

ONTWIKKELINGEN ROND STAATSSTEUN EN DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG NA HET ALTMARK-ARREST

Prof.dr.B. Hessel¹

Zoals bekend, is de Europese Commissie druk doende met de problematiek rond diensten van algemeen (economisch) belang.² In aansluiting op haar Groenboek over diensten van algemeen belang³ beraadt zij zich op een nadere uitwerking van dit voor gemeenten zo belangrijke onderwerp. In reactie op dit Groenboek hebben VNG en IPO onder meer geadviseerd om met een groepsvrijstellingsverordening te komen voor steun aan lokale en regionale diensten van algemeen belang.⁴

Het belang van het leerstuk van staatssteun voor diensten van algemeen economisch belang voor decentrale overheden is vorig jaar in dit tijdschrift geïllustreerd door Van Lotriningen en mijzelf in ons artikel over Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen.⁵ In dat artikel werd aangegeven dat dergelijke steun – afgezien van de ‘de minimis’-vrijstelling -moet worden aangemeld en aan een aantal strenge eisen moet voldoen om voor goedkeuring in aanmerking te komen op grond van artikel 86, lid 2 EG. Deze eisen staan vermeld in de Mededeling van de Commissie voor steun aan openbare omroepen.⁶ Daarmee schetsten wij de situatie voordat het Hof van Justitie zijn Altmark-arrest had gewezen: de zogenaamde staatssteunbenadering. Dit ingrijpende arrest van 24 juli 2003 werd eveneens door mij in dit tijdschrift besproken.⁷ In het Altmark-arrest heeft het Hof van Justitie (definitief) gekozen voor de compensatiebenadering van financiële ondersteuning van diensten van algemeen economisch belang (hierna: d.a.e.b.’s) met als gevolg dat compensatie voor openbare dienstverplichtingen niet onder de staatssteunartikelen 87 e.v. van het EG-Verdrag valt en niet meer behoeft te worden aangemeld. Dit is echter slechts het geval wanneer aan vier strenge criteria wordt voldaan. Door het vage karakter van deze criteria leidt het Altmark-arrest tot grote onzekerheid voor de decentrale overheden. Voldoet de financiering achteraf en naar het oordeel van de Commissie niet aan de vier criteria dan is er als nog sprake van staatssteun die aangemeld had moeten worden. Dit arrest heeft dan ook veel stof doen opwaaien en het is gewenst nader in te gaan op enkele belangwekkende ontwikkelingen die zich daarna hebben voorgedaan.⁸

¹ Bijzonder hoogleraar Europees recht en decentrale overheden, Universiteit Utrecht en adviseur Kenniscentrum Europa decentraal. Met dank aan Ilze Jozepa van Europa decentraal voor haar opmerkingen. De juridische kritiek op de voorstellen van de Commissie komt overigens geheel voor mijn eigen rekening.

² In dit artikel laat ik het geringe onderscheid tussen diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang voor wat het is. Omdat we hier spreken over steun aan ondernemingen kies ik voor de term diensten van algemeen economisch belang.

³ Groenboek van de Commissie over diensten van algemeen belang, 25 mei 2003, COM 2003, 270.

⁴ Zie voor de tekst van deze adviezen: www.europadecentraal.nl, dossier staatssteun actueel

⁵ B.Hessel, R.J.W.M.M. van Lotriningen, Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen, de randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht, *Gst.* 2003, 7188, p. 353-362.

⁶ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van regels inzake staatssteun op openbare omroepen (*PbEG 2001, C 320/5*).

⁷ Zie *Gst.* 2003, 7192, p. 495-505

⁸ Voor een goede analyse van de problemen rond het Altmarkarrest verwijs ik naar de doctoraalscriptie van Charlotte Floor, Financiering van diensten van algemeen economisch belang door lidstaten; staatssteun of compensatie?, faculteit der rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht, januari 2004. Verder dank ik mr. Floor voor haar opmerkingen bij dit artikel.

Na een korte schets van de traditionele visie in het EG-Verdrag op staatssteun voor d.a.e.b.'s en de revolutionaire benadering van het Hof in het Altmark-arrest, wordt stil gestaan bij een recent arrest van het Hof waaruit blijkt dat het niet zonder meer mogelijk is om niet-aangemelde staatssteun alsnog te redden met Altmark. Vervolgens wijs ik op de aanpak van de Commissie van de Nederlandse steun voor AVR waaruit duidelijk blijkt hoe moeilijk het is om aan de Altmark-criteria te voldoen.

Kennelijk heeft de Commissie zich deze moeilijkheid gerealiseerd, want het Altmark-arrest is voor haar aanleiding geweest om, vooruitlopend op haar uitwerking van de Groenboek-discussie, met twee voorstellen te komen rond staatssteun en d.a.e.b.'s voor de gevallen dat de overheidsfinanciering niet aan de Altmark-criteria voldoet: een voorstel voor een aanmeldingsvrijstelling en een voorstel voor een kaderregeling die haar beleid bij de toepassing van artikel 86, lid 2 EG moet verduidelijken. Deze – voor mij althans verrassende⁹ - voorstellen van de Commissie, die de (decentrale) overheden als vangnet moeten dienen, zullen achtereenvolgens worden besproken. Daarbij rijst de vraag naar de praktische relevantie van het vangnet.

Steun voor diensten van algemeen economisch belang in het EG-Verdrag

Bij diensten van algemeen economisch belang 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 zouden doen. Denk aan het hanteren van sociaal verantwoorde tarieven, het bieden van continuïteit en zekerheid of het mede verrichten van verliesgevende activiteiten. Als voorbeeld kan worden gedacht aan het continu aanbieden van gas en elektriciteit, het verrichten van openbaar vervoer ook op verliesgevende plaatsen en tijden en met korting voor 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. In het systeem van het EG-Verdrag wordt met artikel 86, lid 2 voor de d.a.e.b.'s een uitzondering gecreëerd op de gewone regels van de mededinging, waaronder die voor staatssteun.¹⁰ Aldus valt een financiële tegemoetkoming aan een d.a.e.b. onder de verdragsbepalingen voor staatssteun, de artikelen 87 t/m 89 EG, en moet dus worden aangemeld. Als blijkt dat deze staatssteun volgens de normale regels – waaronder de uitzonderingen van de leden 2 en 3 van artikel 87 - onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en dus verboden, kan de Commissie de steun op grond van de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG toch toestaan, wanneer de vervulling van de d.a.e.b. zonder die steun niet mogelijk is. De gedachte is duidelijk: bepaalde d.a.e.b.'s kunnen alleen worden verricht als de overheid financieel bijspringt. De Commissie staat de steun dan alleen toe voorzover hij nodig is om de d.a.e.b. te verrichten. Voor steun aan publieke omroepen heeft de Commissie dat uitgewerkt in de door Van Lotringen en mij besproken Mededeling.¹¹ De eisen die daarin worden genoemd betreffen enerzijds de expliciete, voorafgaande omschrijving en concrete toewijzing van de d.a.e.b. en anderzijds criteria voor de omvang en de transparantie van de steun die waarborgen

⁹ Verderop zal blijken waarom.

¹⁰ Deze uitzondering geldt bijvoorbeeld ook voor de mededingingsregels voor ondernemingen, de artikelen 81 en 82 EG. Dat decentrale overheden ook in dat verband met artikel 86, lid 2 te maken kunnen hebben mag blijken uit het binnenkort bij Kluwer te verschijnen boek van Anna Gerbrandy en mij over Mededingingsrecht voor decentrale overheden. Daarbij heeft artikel 86, lid 2 zijn traditionele positie als uitzondering op de verboden van de artikelen 81 en 82 nog niet verloren.

¹¹ Hessel, Van Lotringen, t.a.p., p. 358 – 360.

dat deze beperkt blijft tot de noodzakelijke compensatie. Deze traditionele staatssteunbenadering voor financiering van d.a.e.b.'s is door het Hof van Justitie verworpen in het Altmark-arrest.

Het Altmark-arrest brengt grote onzekerheid

In het Altmark-arrest¹² heeft het Hof beslist dat overheidssubsidies die worden verleend als compensatie voor de openbare dienstverplichtingen die een onderneming belast met een d.a.e.b. verricht, geen staatssteun zijn in de zin van artikel 87 e.v. EG en daarom niet behoeven te worden aangemeld. De redenering van het Hof is op zich duidelijk: voorzover de subsidies zich beperken tot die compensatie vormen zij in werkelijkheid geen financieel voordeel voor de onderneming waardoor deze in een gunstiger concurrentiepositie komt te verkeren ten opzichte van haar concurrenten op de gemeenschappelijke markt, en dat financieel voordeel moet er zijn voor de toepassing van artikel 87 EG. Dit betekent dat bijvoorbeeld compensatiefinanciering voor regionale en lokale omroepen niet meer hoeft te worden aangemeld. Deze voor decentrale overheden niet onbelangrijke boodschap – tot nu werd die omroepsteun immers toch al niet aangemeld – is echter streng geclausuleerd. Om te waarborgen dat de financiële ondersteuning inderdaad niet verder gaat dan compensatie, heeft het Hof in het arrest de volgende vier strenge eisen geformuleerd:

(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.

In mijn naschrift bij dit arrest heb ik er al op gewezen dat de gemeenten zich niet rijk moeten rekenen omdat het vage karakter van de criteria te veel onzekerheid schept.¹³

De enige die er met dit arrest echt beter van zou worden is volgens mij de Commissie: zij hoeft onder het Altmark-regime een financiële tegemoetkoming aan een d.a.e.b. niet meer vooraf te toetsen en te berekenen bij de toepassing van artikel 86, lid 2, maar heeft – nadat de betrokken overheden zelf het toets- en rekenwerk hebben gedaan - toch het laatste woord. Verder sprak ik in mijn naschrift de verwachting uit dat de Commissie de genoemde Mededeling voor steun aan publieke omroepen wel zou intrekken omdat dat bij toepassing van Altmark geen behoefte meer aan zou bestaan. Zoals we zullen zien heeft de Commissie anders beslist.

Strenge eisen bij het als nog redden van niet aangemelde staatssteun

Het ligt voor de hand dat decentrale overheden die in het verleden bepaalde steun aan d.a.e.b.'s ten onrechte niet hebben aangemeld – en de steun aan lokale en regionale

¹² HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-07747.

¹³ *Gst.* 2003, 7192, p. 495 e.v.

omroepen is daarbij slechts een voorbeeld – uit Altmark hoop putten om als nog schielijk een lijk uit de kast te kunnen wegwerken. Uit het arrest Enirisorce van 27 november 2003¹⁴ mag echter blijken dat dit niet zo schielijk gaat, maar dat die overheden vooraf en zorgvuldig aan de eisen van Altmark moeten voldoen.

Het gaat in deze zaak om een openbare onderneming (een Azienda), die actief is op de markt voor laad- en loswerkzaamheden in een haven op Sardinië. Dergelijke ondernemingen (meervoud: Aziende), waarvan er meerdere zijn in diverse Italiaanse havens, ontvangen een aanzienlijk deel van een havenbelasting op laden en lossen van goederen, die door de Italiaanse Staat wordt geheven. De maatregel lijkt in strijd met de Europese staatssteunregels en het Hof kijkt dan of de overheidsmaatregel beschouwd kan worden als een compensatie in de zin van Altmark, zodat zij aan de kwalificatie staatssteun kan ontkomen. Dit blijkt echter niet het geval.

Om te beginnen is volgens het Hof niet voldaan aan het eerste criterium van Altmark. Uit de rechtspraak blijkt dat de exploitatie van iedere handelshaven niet zonder meer een d.a.e.b is. Een dergelijke activiteit houdt dus niet automatisch in dat openbare dienstverplichtingen worden vervuld. De Italiaanse overheid schiet dan te kort want uit het overgelegde dossier blijkt voorts niet “dat de Aziende belast zijn met een taak van openbare dienstverplichtingen en, a fortiori, evenmin dat deze duidelijk is afgebakend.”

Vervolgens toetst het Hof aan het tweede criterium. De Italiaanse regering geeft aan dat een aanzienlijk deel van de belastingen ten goede moet komen aan de Aziende om de tarieven op een voor de marktdeelnemers aanvaardbaar niveau te houden. Bovendien maakt een dergelijke toedeling het mogelijk de betrokken havens in werking te houden. Deze argumenten zijn voor het Hof evenmin voldoende. “Met name geven zij niet aan waarin de beweerdelijke openbare dienst precies bestaat, noch of uitsluitend het laden en lossen in de betrokken havens wordt bedoeld dan wel ook prestaties zoals het zorgen voor de veiligheid bij het aanleggen zijn inbegrepen. Bovendien geven de opmerkingen van de Italiaanse regering evenmin duidelijkheid over de kosten van deze diensten of de vaststelling van de beweerdelijk noodzakelijke compensatie.”

Tenslotte stelt het Hof nog dat een systeem, waarbij het betaalde bedrag af hangt van de mate van bedrijvigheid in de betrokken onderneming, niet beantwoordt aan het derde criterium van Altmark.

Daarmee mag uit dit arrest blijken dat decentrale overheden weinig kans van slagen hebben om niet-aangemelde staatssteun aan een d.a.e.b. te redden, wanneer zij niet vooraf hebben gezorgd dat de d.a.e.b. duidelijk is omschreven en de betrokken onderneming expliciet is belast met een d.a.e.b. Verder moet duidelijk zijn dat de financiële tegemoetkoming beperkt blijft tot de noodzakelijke compensatie. Met vage argumenten voor de compensatie – niet zelden de decentrale praktijk – komt men er niet. Voor de goede orde: de Altmark-criteria zijn cumulatief, het niet halen van de eerste toets was dus al funest voor de Italiaanse overheid.

De Altmark-criteria vormen inderdaad een zware hobbel

Dat de decentrale overheden zich met het Altmark-arrest niet rijk moeten rekenen, laat zich illustreren aan de hand van een thans lopende Nederlandse steunzaak. Het betreft hier een geval van voorgenomen en onder het traditionele regime van artikel 86, lid 2 EG aangemelde exploitatiesteun voor AVR Nutsbedrijf Gevaarlijk Afval BV

¹⁴ HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 t/m C- 38/01, n.n.g.

te Rotterdam. De steun heeft betrekking op de exploitatie van een speciale deponie en draaitrommelovens die enig is in haar soort. AVR Nutsbedrijf heeft daarbij de publieke taak alle betrokken afval te aanvaarden en de draaitrommelovens zoveel en zo efficiënt mogelijk te gebruiken. Het steunbedrag komt overeen met 100% van het vooraf vastgestelde exploitatietekort over een periode van telkens twee jaren en er is een voorziening getroffen voor de terugbetaling van overcompensatie. Bij schrijven van 26 juni 2003 heeft de Commissie de inleidende procedure van artikel 88, lid 2 EG-Verdrag aangekondigd waarin zij te kennen geeft dat de voorgenomen steun wel eens onverenigbaar zou kunnen zijn met de gemeenschappelijke markt.¹⁵ Hieruit blijkt dat de Commissie streng te werk gaat bij de beoordeling van overcompensatie.

Zo sluit de Commissie de mogelijkheid van overcompensatie niet uit onder meer omdat er onduidelijkheid bestaat over de condities waarop AVR Nuts de brandstof voor de draaitrommelovens betreft. Die brandstof wordt gevormd door ander afval dat AVR Nuts volgens een overeenkomst tegen markttarief van AVR Industrie afneemt. Dat is echter niet voldoende want de Commissie houdt de mogelijkheid open dat AVR Industrie als kennelijk enige leverancier een winstmarge kan berekenen, die via ongunstige uitwerking op het vooraf vastgestelde exploitatietekort kan leiden tot overcompensatie. Daarnaast “kan de Commissie niet uitsluiten dat de overeenkomsten geen andere subtiele bepalingen bevatten waarmee AVR Industrie of andere entiteiten binnen de AVR Holding worden begunstigd.”

Ook het feit dat de steun is gebaseerd op een vooraf gemaakte berekening is problematisch en maakt het systeem van terugbetaling in de ogen van de Commissie aanvechtbaar. “In het systeem is voorzien in terugbetaling van steun in het geval van een vooraf vastgesteld overschot. Aangezien dit echter niet gekoppeld is aan de daadwerkelijke resultaten, bestaat er geen garantie dat buitensporige steun de jaren nadien wordt teruggevorderd.” Aansluitend betwijfelt de Commissie dat de maatregel in zijn aangemelde vorm een situatie uitsluit die leidt tot meer dan “normale winst”.

Hoewel de redenering van de Commissie op zich goed kan worden gevolgd, illustreert deze zaak weer eens dat zij geneigd is het fileermes te hanteren wanneer zij een zaak gaat beoordelen. Op dat punt signaleer ik een duidelijke – en voor decentrale overheden hinderlijke – spanning tussen deze daden en de woorden van de Commissie om in de toekomst haar aandacht meer te concentreren op de zwaardere gevallen van staatssteun: woorden die aanleiding vormen voor de door Van den Tweel in dit nummer geschreven bijdrage.

De Commissie trekt zich de onzekerheid van Altmark aan

Onlangs is gebleken dat de Commissie de winst die Altmark haar volgens mijn naschrift biedt niet pakt, maar zich daarentegen de onzekerheid aantrekt die het arrest geeft. De (decentrale) overheden zullen dat waarderen, maar of het Hof daar ook zo over denkt moeten we afwachten. De Commissie onderkent dat overheden er in de praktijk moeite mee zullen hebben aan de eisen van Altmark te voldoen en daarmee al snel weer onder het gewone regime van de staatssteunregels zullen vallen. Dat betekent: aanmelden van steun aan een d.a.e.b, behoudens een vrijstelling voor aanmelding, waarna een toetsing door de Commissie aan – met name – de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG.

¹⁵ Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2 van het EG-Verdrag opmerkingen te maken betreffende steunmaatregel C 43/03 – Nederland – Exploitatiesteun aan AVR ten behoeve van de verwerking van gevaarlijke afvalstoffen, *PbEG* 2003, C 196/5.

Dit kritische antwoord van de Commissie op Altmark mag nog een extra waarschuwing zijn voor die decentrale overheden die menen dat ze met Altmark in de hand wat lijken in de kast te kunnen wegwerken. Tegelijkertijd blijkt de Commissie bereid de decentrale overheden, die de Europese regels goed willen toepassen, te hulp te komen in hun onzekerheid. Die hulp bestaat uit een ontwerp-beschikking om bepaalde compensatiesteun voor d.a.e.b.'s van aanmelding vrij te stellen en een ontwerp-kaderregeling waarin de criteria worden opgenomen die de Commissie wil hanteren bij haar toetsing aan artikel 86, lid 2 EG van steun die niet onder de vrijstelling valt. Daarbij heeft de Commissie expliciet gevraagd om reacties uit het veld op deze ontwerp-besluiten.

De ontwerp-vrijstellingsbeschikking¹⁶

Dat de Commissie met een ontwerp-vrijstellingsbeschikking komt en niet met een groepsvrijstellingsverordening kan worden verklaard uit het feit dat zij haar bevoegdheid wil ontleen aan artikel 86, lid 3 EG-Verdrag. Deze stap moet waarschijnlijk verklaard worden uit het feit dat Verordening 994/98 die de basis vormt voor generieke vrijstellingsverordeningen naar de huidige inhoud daarvoor geen soelaas biedt en Commissaris Monti heeft nog maar weinig tijd. Het is echter niet uitgesloten dat de Commissie met deze snelle actie een groot risico neemt. Het hanteren van de beschikkingsbevoegdheid van artikel 86, lid 3 voor het vaststellen van een besluit met een algemeen wettelijk karakter riekt naar het oprekken van de bevoegdheden die het Verdrag hier aan de Commissie geeft. Zeker op een voor de lidstaten zo gevoelig terrein als staatssteun moet een (initiatief tot) nietigverklaring van de beschikking dan ook niet worden uitgesloten.¹⁷

Met deze ontwerp-beschikking lijkt de Commissie tegemoet te komen aan de wens van VNG en IPO die in reactie op het Groenboek over diensten van algemeen belang en het Altmark-arrest gepleit hebben voor een groepsvrijstellingsverordening voor lokale en regionale diensten van algemeen belang, omdat deze naar hun oordeel, door hun lokale en regionale karakter niet of nauwelijks verstorend zijn voor het Europese handelsverkeer.¹⁸ Hoewel we de acties van VNG en IPO tezamen met gelijke initiatieven van de Raad van Europese Gemeenten en Regio's uit een oogpunt van beïnvloeding van Europees beleid zeker positief mogen beoordelen¹⁹, mag die conclusie inhoudelijk toch niet te snel getrokken worden. In de mondelinge discussies over het voorstel van VNG en IPO heb ik al eerder aangegeven dat betwijfeld moet worden of er na Altmark inhoudelijk en juridisch gezien nog wel ruimte is voor dat voorstel. Hoewel het verschijnen van het voorstel er op lijkt dat ik mij vergis, versterkt de inhoud van de ontwerp-beschikking van de Commissie juist mijn twijfel.

Allereerst moet de gedachte uit de wereld dat lokale en regionale d.a.e.b.'s het Europese handelsverkeer nauwelijks zouden verstoren. Dat we hier met een – in decentrale kring hardnekkig – misverstand te maken hebben, wordt nu juist weer eens bevestigd in het Altmark-arrest. Daarin heeft het Hof de vaste jurisprudentie nog weer

¹⁶ Zie voor de tekst: www.europadecentraal.nl, dossier staatssteun actueel.

¹⁷ Zie in dit verband HvJ EG 16 juni 1993, zaak C-325/91, Jur.1993 I-3303. In deze zaak werd een mededeling van de Commissie die rechtsgevolgen in het leven riep naast de Transparantierichtlijn nietig verklaard.

¹⁸ Zie voor deze adviezen: www.europadecentraal.nl, dossier staatssteun actueel.

¹⁹ We zien hier een schoolvoorbeeld hoe de koepelorganisaties van de Nederlandse decentrale overheden in Brussel, in goede afstemming met de REGR en het Comité van de Regio's een duidelijke decentrale stem kunnen laten horen in Brussel. Zie voor het advies van de REGR: www.ccre.org.

eens bevestigd dat de vraag of een steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt, niet afhangt van de plaatselijke of regionale aard van een d.a.e.b. of van de omvang van het betrokken werkterrein. Het gaat om de positie die de betrokken onderneming op de gemeenschappelijke markt inneemt. Zo hebben we bij Altmark wel te maken met lokale en regionale ondernemingen, maar die opereren op de gemeenschappelijke vervoermarkt. Deze aanpak vinden we ook in het arrest Enirisorse, waar het gaat om een regionale of zo men wil: lokale onderneming op Sardinië. Daarin herhaalt het Hof zijn standpunt van Altmark “dat er geen drempel of percentage is waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit immers niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.”

In dit verband wil ik ook wijzen op de beoordeling door de Commissie van een, overigens wel aangemelde, Belgische zaak over steun aan lokale omroepen.²⁰ Ook hier hanteert de Commissie weer het fileermes, dat op het laatste moment funest blijkt te zijn. Omdat lokale televisiestations een lokale doelstelling nastreven en overwegend programma's van lokaal belang uitzenden, zijn de gevolgen van de steun op de gemeenschappelijke markt voor programmarechten te verwaarlozen. Ook op de markt voor nationale en internationale reclame zijn de lokale omroepen niet rechtstreeks aanwezig, maar dat zijn zij wel indirect en dat laatste is voldoende voor de Commissie om tot verstoring van de tussenstaatse handel en strijd met artikel 87, lid 1 EG te concluderen.²¹ Die indirecte aanwezigheid bestaat uit het feit dat zij door hun uitzendingen kijkers weglukken van andere televisiezenders die wel concurreren in het intracommunautaire handelsverkeer.

Dat we niet naar het lokale of regionale karakter van activiteiten mogen kijken maar acht moeten slaan op de concrete onderneming en haar eventuele positie op de gemeenschappelijke markt, maakt het ook zo moeilijk om in algemene termen te spreken over staatssteun met beperkte invloed op de tussenstaatse handel. Het verbaast dan ook niet dat de Commissie in de ontwerp-beschikking, zoals we aanstonds zullen zien, een ander aanknopingspunt kiest dan VNG en IPO.

In de tweede plaats lijkt er, zeker op het eerste gezicht, na Altmark ook geen behoefte meer aan een vrijstellingsverordening voor d.a.e.b.'s, want wanneer aan de vier criteria is voldaan, is er immers geen sprake van staatssteun en heeft er toch al niets aangemeld te worden.

Ik beschouw het dan ook als een belangrijke nuancering ten opzichte van de wens van IPO en VNG dat de Commissie haar vrijstellingsbeschikking ziet als een vangnet voor die gevallen waarin niet voldaan wordt aan de criteria van Altmark en moet worden teruggevallen op artikel 86, lid 2. Of we na en naast Altmark, bij nader inzien, toch nog behoefte hebben aan de vrijstellingsbeschikking hangt daarmee af van de ruimte die blijkt te bestaan tussen de Altmark-criteria en de eisen die de Commissie in haar beschikking opneemt om voor die vrijstelling in aanmerking te komen. Het valt op dat de Commissie deze ruimte niet expliciet verwoordt en wanneer we hierna de eisen van de ontwerp-beschikking vergelijken met die van Altmark, lijkt de ruimte zo niet afwezig dan toch zeer gering. Bezien we echter eerst welke ondernemingen voor vrijstelling in aanmerking kunnen komen.

²⁰ Europese Commissie, Brussel 13.02.2002 C(2002)446fin. Steunmaatregel nr.548/2001- België, Steun aan lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap.

²¹ Om deze omroepsteun toch in de lucht te houden moest de Commissie dan ook haar toevlucht zoeken in artikel 86, lid 2 EG.

Als vertrekpunt voor de vrijstellingsbeschikking geldt het uitgangspunt van artikel 86, lid 2 EG dat staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst noodzakelijk kan blijken om de ondernemingen die belast zijn met een d.a.e.b. naar behoren te laten functioneren. Bij de om die reden verenigbaar te achten steun onderscheidt de Commissie dan steun waarvan het hoge bedrag aanzienlijke mededingingsdistorsies kan meebrengen en steun waarvan het bedrag bescheidener is en daarmee de risico's op mededingingsverstoringen beperkt blijven. Aldus wil de Commissie de vrijstelling toepassen op compensaties van geringe omvang die worden toegekend aan met d.a.e.b.'s belaste ondernemingen met een beperkte omzet. Voor de exacte vaststelling van de omzeldrempel wacht de Commissie op de opmerkingen uit het veld, maar als referenties denkt zij aan de jaaromzet van 40 miljoen euro die de Transparantierichtlijn kent en aan de jaaromzet van 50 miljoen euro die per 1 januari 2005 zal gaan gelden voor middelgrote bedrijven die van de KMO-vrijstelling gebruik kunnen maken.²²

Ziekenhuizen en sociale huisvestingsmaatschappijen die een d.a.e.b. verrichten hebben volgens de Commissie specifieke kenmerken. De omzet en compensatiebedragen kunnen zeer hoog liggen zonder dat het gevaar op mededingingsdistorsies bijzonder groot is. Daarom worden die instanties in de ontwerp-beschikking zonder drempel vrijgesteld. De ontwerp-beschikking kent voorts een vrijstelling voor maritiem vervoer naar eilanden dat jaarlijks niet boven de 100.000 pasagiers uitkomt. In de lijn van het Altmark-arrest wordt vervoer over land dat zijn basis vindt in artikel 73 EG-Verdrag en nader is uitgewerkt in met name Verordening 1191/69 van deze vrijstelling uitgezonderd.

Dat de Commissie de vervoersector in de lijn van Altmark uitsluit van de vrijstelling voorkomt een direct conflict met de overwegingen van het Hof in dat arrest, maar omdat de bovengenoemde overweging over de onmogelijkheid om via een drempel ongunstige beïnvloeding uit te sluiten in algemene termen is verwoord, lijkt het niet uitgesloten dat het Hof de Commissie op dit punt zal corrigeren. Ik zie voor de Commissie echter geen andere mogelijkheid dan deze soort 'de minimis'-benadering om de vrijstellingsbeschikking af te bakenen.

Uiteraard stelt de ontwerp-vrijstelling de nodige eisen om de toegestane steun binnen de perken van artikel 86, lid 2 te houden.

Zo moet volgens artikel 4 van de ontwerp-beschikking de publieke opdracht worden toevertrouwd door middel van een officieel besluit, afhankelijk van het recht van de lidstaat in de vorm van een of meerdere wettelijke of bestuursrechtelijke instrumenten of een contract. Daarin moet de precieze aard van de openbare dienstverplichtingen, de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied zijn aangegeven. Wij herkennen hierin het *eerste criterium* van Altmark.

Voorts mag op grond van artikel 5, lid 1 de compensatie niet hoger zijn dan hetgeen 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. Zie hier het *derde criterium* van Altmark.

In artikel 5, lid 2 wordt verduidelijkt om welke kosten het daarbij gaat: "alle kosten die met de dienst van algemeen economisch belang verband houden. De aan de dienst van algemeen economisch belang toegerekende kosten kunnen alle variabele kosten

²² Verordening (EG) nr. 70/2001, *Pb.*2001, L 10/33.

wegens het verstrekken van de dienst van algemeen economisch belang omvatten, plus een passende bijdrage in de vaste kosten en een passende vergoeding voor het eigen kapitaal voor zover dit wordt gebruikt voor de dienst van algemeen economisch belang.”

De in aanmerking komende inkomsten moeten ten minste alle met de dienst behaalde inkomsten bevatten maar ook de overwinst uit eventuele andere d.a.e.b's die de onderneming verricht en andere door de staat toegekende voordelen (artikel 5, lid 1). Onder redelijke winst dient begrepen te worden: “een vergoeding op het kapitaal waarmee rekening wordt gehouden met het risico voor de onderneming of het ontbreken daarvan door het optreden van de Staat met name wanneer deze laatste uitsluitende of bijzondere rechten toekent.” Die redelijke winst mag niet hoger zijn dan het gemiddelde percentage in de betrokken sector tijdens de laatste jaren. Als er geen andere ondernemingen in die sector met een d.a.e.b. zijn belast, kan, aldus de Commissie, de vergelijking worden gemaakt met ondernemingen uit andere lidstaten of zonodig uit andere sectoren. Het komt mij voor dat we hier te maken hebben met een verduidelijking van het *vierde criterium* van Altmark, althans voor zover daarin niet gesproken wordt van aanbesteding. De uitleg die hier wordt gegeven biedt de compenserende overheid overigens de mogelijkheid zich te oriënteren op nationale sector terwijl de omschrijving van Altmark de vraag oproept of men voor de praktisch onmogelijke opdracht is gesteld ook te kijken naar goed geleide ondernemingen in Griekenland, Zweden en Ierland. Ik kom hier nog op terug.

Tenslotte noem ik de eisen van transparantie die in artikel 6 gesteld worden: we ontmoeten ook hier een bekende eis van gescheiden boekhouding wanneer de ondernemingen ook andere activiteiten dan d.a.e.b's verrichten.

De ontwerp-kaderregeling²³

Voor compensatiesteun die niet onder de vrijstelling gaat vallen, heeft de Commissie als tweede vangnet een communautaire kaderregeling in petto. Ook hier wordt dus uitgegaan van het niet werken van de Altmark-criteria en de behoefte aan een vangnet. De Commissie wil de nieuwe kaderregeling niet toepassen op de regionale en lokale publieke omroepen, daarvoor houdt zij vast aan de bestaande Mededeling. Nu de nieuwe kaderregeling en de bestaande Mededeling moeten fungeren als een vangnet, hangt ook hier het nut van dergelijke handreikingen bij artikel 86, lid 2 af van de ruimte die bestaat tussen Altmark en de vrijstellingsbeschikking enerzijds en de criteria die gehanteerd worden in kaderregeling en Mededeling. Ook deze ruimte wordt door de Commissie niet expliciet verwoord en een vergelijking geeft weinig hoop.

De ontwerp-kaderregeling kent hetzelfde uitgangspunt als de ontwerp-vrijstellingsbeschikking dat steun op grond van artikel 86, lid 2 EG met het Verdrag verenigbaar kan worden verkaart, wanneer hij voor het beheer van de d.a.e.b. noodzakelijk is en de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt, daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. Het verbaast dan ook niet dat we in de ontwerp-kaderregeling weer een aantal – zeer herkenbare – eisen terugvinden om de steun binnen de perken van artikel 86, lid 2 te houden.

Ook hier de eis van expliciete en voorafgaande omschrijving en toewijzing van de d.a.e.b en een aantal eisen die de beperking van de steun tot de noodzakelijke

²³ Zie voor de tekst: www.europadecentraal.nl, dossier staatssteun actueel.

compensatie waarborgen. Zo spreekt de ontwerp-kaderregeling, in de lijn van het *tweede criterium* van Altmark, van de parameters voor de berekening van eventuele compensatie, de aanpassing daarvan en van de redelijke winst. Deze moeten ook in het toewijzingsbesluit worden opgenomen. Volgens punt 10 kan daarbij rekening gehouden worden met specifieke kosten die ondernemingen maken in o.a. de regio's van artikel 87, lid 3, sub c EG; een interessante bepaling voor de Nederlandse steunkaartgemeenten. In het toewijzingsbesluit moeten voorts de voorwaarden worden opgenomen voor de terugbetaling van overcompensatie respectievelijk het handelen van de staat bij ondercompensatie.

Het zal niet verbazen dat ook volgens de ontwerp-kaderregeling het bedrag van de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. Bij de omschrijving van de begrippen kosten, inkomsten en redelijke winst volgt de ontwerp-kaderregeling de tekst van de ontwerp-vrijstellingsbeschikking. Nieuw is de uitleg van het begrip overcompensatie.

Uiteraard moet de overcompensatie in het kader van artikel 86, lid 2 worden terugbetaald, maar er zijn wat mogelijkheden voor speling (10%) en overheveling naar latere jaren. Bij een openbaar bedrijf moet de overcompensatie door de staat als aandeelhouder worden gebruikt voor financiële inbreng op marktconforme wijze, op straffe van aanmelding. Tenslotte mag de overcompensatie niet gebruikt worden als staatssteun voor andere doelen, zoals milieu, die verenigbaar kan zijn met het Verdrag. De steun daarvoor moet gewoon worden aangemeld. Het is nog niet duidelijk wanneer de kaderregeling wordt gepubliceerd en toegepast maar zij loopt af op 31 december 2007.

Er lijkt geen ruimte voor de initiatieven van de Commissie

De bedoeling van de voorstellen van de Commissie is duidelijk. Steun die niet onder Altmark valt kan onder de vrijstelling vallen en wanneer de vrijstelling niet van toepassing is, biedt de kaderregeling een handvat voor de toetsing aan artikel 86, lid 2 EG. Dat klinkt erg aardig maar zoals gezegd hangt de betekenis van deze initiatieven af van de ruimte die er feitelijk bestaat tussen de respectieve eisen van Altmark, de vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling. Welnu, het komt mij voor dat de eisen die de Commissie in de ontwerp-vrijstellingsbeschikking stelt, zowel wat betreft de voorafgaande, expliciete omschrijving en toewijzing van de d.a.e.b, als wat betreft de condities dat de steun beperkt blijft tot de noodzakelijke compensatie, zo niet gelijk zijn, dan toch nauwelijks verschillen van de criteria van Altmark. Men zou kunnen stellen dat de criteria van de vrijstellingsbeschikking meer ruimte bieden dan het vierde criterium van Altmark. Omdat de Commissie die eventuele ruimte niet expliciet noemt, ga ik er echter voorshands van uit dat ook hier de Commissie slechts uitleg geeft aan Altmark. In ieder geval zie ik geen verschil tussen de eisen van de ontwerp-vrijstellingsbeschikking en die van de ontwerp-kaderregeling. Dat er geen duidelijke verschillen bestaan tussen Altmark, de ontwerp-vrijstellingsbeschikking en de ontwerp-kaderregeling is ook niet zo vreemd want hoewel het Hof met Altmark een andere benadering kiest voor compensatiesteun aan d.e.a.b's, wijkt het daarbij inhoudelijk niet af van de traditionele benadering via artikel 86, lid 2 op het punt van de omschrijving, toewijzing en omvang van de financiering. Wanneer de Commissie dan via artikel 86, lid 2 een vangnet wil creëren voor steun die niet aan Altmark voldoet, is er ook nauwelijks of geen ruimte voor dat vangnet. Het ziet er bovendien ook niet naar uit dat die ruimte kan worden vergroot, want terecht moet artikel 86, lid

2 EG als uitzondering op het verbod van artikel 87, lid 1 EG eng worden geïnterpreteerd.

Het lijkt mij aannemelijk dat IPO en VNG, in aansluiting op hun beleidsmatige succes, gehoor geven aan het verzoek van de Commissie en de opvattingen peilen bij de decentrale overheden over de hoogte van de vrijstellingsdrempel en de aanvulling van het magere startlijstje van ziekenhuizen en sociale huisvestingsmaatschappijen. Bovenstaande inhoudelijke analyse doet mij twifelen aan het nut van deze exercitie. In ieder geval lijkt het mij gewenst dat de Commissie duidelijk maakt aan welke ziekenhuizen, woningbouwverenigingen et cetera we nu precies moeten denken als we het hebben over instanties die niet aan Altmark voldoen maar wel aan de eisen voor de vrijstellingsbeschikking. In beide gevallen worden immers de eisen van omschrijving en toewijzing van de d.a.e.b. gesteld en is de omvang van de steun beperkt tot compensatiesteun. Dezelfde vraag geldt voor de ondernemingen die onder de vrijstellingsdrempel gaan vallen. Aan die ondernemingen worden ook weer dezelfde eisen gesteld als in Altmark maar wanneer je aan die eisen voldoet heb je de drempel niet nodig en kunnen zowel wat betreft de omzet als wat betreft de omvang van de compensatiesteun de remmen los.

Conclusies en afsluiting

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

1. Uit de ontwikkelingen na het Altmark-arrest blijkt dat de daarin gekozen compensatiebenadering op grond van de vier criteria inderdaad leidt tot grote onzekerheid voor decentrale overheden.
2. Wanneer decentrale overheden proberen niet aangemelde steun aan d.a.e.b's als nog te redden via Altmark, gaat dat blijkens het Enirisorce-arrest niet gemakkelijk: zij moeten vooraf en duidelijk aan de criteria van Altmark voldoen.
3. Uit de thans lopende AVR Nutsbedrijfzaak blijkt dat de Commissie bij de toets aan overcompensatie het fileermes hanteert.
4. De Commissie heeft zich de onzekerheid van Altmark aangetrokken en wil de (decentrale) overheden tegemoet komen met een vrijstellingsbeschikking en een kaderregeling wanneer zij niet aan de Altmark-criteria voldoen. *Procedureel* gezien dient de Commissie met een vrijstelling de rechtszekerheid en de snelheid: als de compensatie onder de vrijstelling valt behoeft men niet de soms langdurige procedure bij de Commissie af te lopen. De door de Commissie gekozen rechtsgrondslag van artikel 86, lid 3 tot het geven van beschikkingen roept echter nieuwe rechtsonzekerheid in het leven.
5. Omdat de eisen van de ontwerp-vrijstellingsbeschikking en van de ontwerp-kaderregeling, zo niet volledig, dan toch nagenoeg overeenstemmen met de Altmark-criteria, lijkt het er op dat de decentrale overheden *inhoudelijk en praktisch* gezien niet veel opschieten met de voorgenomen vrijstellingsbeschikking en kaderregeling. Het is in ieder geval gewenst dat de Commissie duidelijk aangeeft welke ruimte zij voor ogen heeft tussen de Altmark-criteria en de eisen van de vrijstellingsbeschikking respectievelijk die van de kaderregeling.
6. Als die ruimte er niet of nauwelijks blijkt te zijn, hebben de voorstellen van de Commissie louter of voornamelijk tot doel een - overigens zeer welkome - uitleg van de Altmark-criteria te geven. In dat geval ware het beter geweest de bij dat doel passende presentatie te hanteren en met een mededeling te komen, waarin Altmark wordt uitgelegd. Daarmee loopt de Commissie ook niet het risico van nietigverklaring.

Ter afsluiting wil ik even terugkomen op de financiering van de regionale en lokale publieke omroepen. Vóór Altmark moesten deze, na aanmelding, aan de eisen van de Mededeling voldoen en na Altmark zonder aanmelding aan de vier criteria. Met de voorstellen van de Commissie wordt het wel erg gecompliceerd: eerst zonder aanmelden een poging om onder Altmark te vallen; als dat niet lukt, opnieuw zonder aanmelden, zorgen dat je onder de vrijstellingsdrempel blijft. Als dat ook nog niet lukt, alsnog aanmelden met in achtneming van de eisen van de Mededeling. Bij die uitputtingslag krijg je in laatste instantie wel hulp van de Commissie voor het toetsen en rekenwerk.

Het lijkt me goed te benadrukken dat bij al deze varianten de decentrale overheden er niet onderuit komen om steeds aan dezelfde eisen te voldoen: expliciete en voorafgaande omschrijving en toewijzing van de d.a.e.b. en voldoen aan de eisen die waarborgen dat de steun beperkt blijft tot compensatie van de openbare dienstverplichting. Nee, de decentrale overheden zouden er bij de financiering van de lokale publieke omroepen pas echt mee geholpen zijn, wanneer de Commissie in de genoemde Belgische zaak niet zo ver was gegaan om indirecte aanwezigheid al voldoende te achten voor de verstoring van de tussenstaatse handel. Anders gezegd: onze hoop moet vooral gericht zijn op een duidelijke invulling van de Ontwerp-mededeling van de Commissie voor de beoordeling van steun met beperkte invloed op het intracommunautaire handelsverkeer. Maar voor de instanties als ziekenhuizen, woningbouwverenigingen en andere die alsnog opgenomen worden in de vrijstellingsbeschikking is die Ontwerp-mededeling natuurlijk een gepasseerd station.²⁴ Het is te hopen dat VNG en IPO zich dat bij hun eventuele inventarisatieronden voor de vrijstellingsbeschikking realiseren.

²⁴ Ik had dan ook liever gezien dat de Commissie volmondig het standpunt had ingenomen dat steun aan woningbouwverenigingen geen of geringe invloed heeft op het intracommunautaire handelsverkeer zonder ze met een vage verwijzing naar geringe mededingingsdistorsies toch in het keurslijf van de vrijstellingsbeschikking te persen.