

## Rechtspraak

## Financiering van openbare diensten na Altmark

Mr. B.J. Drijber en mr. drs. N. Saanen-Siebenga

**F**inanciële compensatie aan ondernemingen belast met taken van openbaar belang vormt geen staatssteun als aan vier voorwaarden is voldaan, die elk in het teken van transparantie en evenredigheid staan.

*Hof van Justitie, arrest van 24 juli 2003, zaak C-280/00, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, n.n.g.*

De feiten hebben betrekking op het verlenen van vergunningen aan Altmark Trans voor het exploiteren van buslijndiensten. Een andere busonderneming was daartegen in het geweer gekomen omdat Altmark overheidssubsidies nodig had en verkreeg om de uit de vergunning voortvloeiende openbaardienstverplichtingen uit te voeren. De hoogste Duitse bestuursrechter vroeg het Hof onder meer of compensatie van tekorten in het openbare stads-, voorstads- en streekvervoer onder het staatssteunverbod valt. De prejudiciële vragen hadden betrekking op specifieke communautaire regelgeving met betrekking tot openbaardienstverplichtingen in de vervoerssector (zie hierna), maar ook op de uitleg van artikel 87 lid 1 EG. De verwijzende rechter had met name twijfel of de handel tussen lidstaten in het geding was.

Het Hof herinnert eraan dat een financiering een 'staatssteun' in de zin van artikel 87 lid 1 EG vormt als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

*'75. In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigende een voordeel verschaffen en in de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.'*

Wij merken op dat in de derde voorwaarde de zogenoemde specificiteitseis verborgen ligt: het voordeel moet ten goede komen aan een bepaalde onderneming of categorie van ondernemingen – in feite een vijfde voorwaarde. Het feit dat enkel plaatselijke of regionale vervoersdiensten worden verricht, betekent volgens het Hof niet dat

handelsbeïnvloeding moet worden uitgesloten. Dit klemt te meer als een lidstaat in het kader van de liberalisering de markt heeft opengesteld voor buitenlandse dienstverleners (punten 77 t/m 79).

Het Hof gaat vervolgens in op de vraag of de aan Altmark Trans toegekende overheidssubsidies kunnen worden beschouwd als 'een voordeel'. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie<sup>1</sup> oordeelt het:

*'87 (...) wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbaardienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel hebben ontvangen (...), een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel [87], lid 1, van het Verdrag valt.'*

Het nieuwe van dit arrest is dat het Hof preciseert welke voorwaarden moeten zijn vervuld wil compensatie in een concreet geval buiten de definitie van staatssteun vallen:

- 1 De begunstigde onderneming moet 'daadwerkelijk belast zijn' met de uitvoering van openbaardienstverplichtingen en die verplichtingen 'moeten duidelijk omschreven zijn' (punt 89).
- 2 De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, dienen 'vooraf op objectieve en doorzichtige wijze [te] worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat' (punt 90).
- 3 De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen (punt 92).
- 4 Wanneer de betrokken onderneming 'niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de

<sup>1</sup> Arrest van 7 februari 1985, zaak 240/83, ADBHU, Jur. 1985, p. 531 en het arrest van 22 november 2001, zaak C-53/00, Ferring, Jur. 2001, p. I-9067.

*gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen' (punt 93).*

Deze vier voorwaarden zijn cumulatief:

'Een overheidsmaatregel (...) die niet voldoet aan één of meer van voormelde voorwaarden, moet (...) worden beschouwd als een steunmaatregel (...)' (punt 94).

Het slot van het arrest gaat over de uitleg van artikel 73 EG dat met het Verdrag verenigbaar verklaart steunmaatregelen op vervoersgebied 'die beantwoorden aan de behoeften van coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip "openbare dienst" verbonden, verplichte dienstverrichtingen'. Een veror-

dening uit 1970 regelt volgens het Hof uitputtend de voorwaarden waaronder de lidstaten steun op basis van artikel 73 kunnen verlenen.

### Voorgeschiedenis: twee stromingen

De vraag of compensatie van de kosten van openbare dienstverplichtingen een staatssteun vormt, was al geruime tijd voorwerp van discussie. Volgens een eerste leerschool is een overheidsvergoeding voor het uitvoeren van een dienst van algemeen economisch belang niet als steun aan te merken, als zij beperkt blijft tot compensatie van de daadwerkelijke kosten voor het vervullen van die verplichtingen. Anders gezegd, wanneer de financiële lusten en lasten exact in evenwicht zijn is er geen steun. Deze benadering is in het verleden door de Commissie gevolgd. In haar beschikking van 2 oktober 1996 (RTP)<sup>2</sup> gaf zij uitdrukkelijk aan dat 'de financiële middelen ter compensatie van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening geen staatssteun uitmaken'. In navolging van A-G Tizzano paste het Hof diezelfde benadering toe in het arrest *Ferring*, waar het nu naar verwijst. Gevolg is dat compensatiemaatregelen die binnen genoemde grenzen blijven, niet hoeven te worden aangemeld. Concurrenten kunnen zich ook niet bij de nationale rechter beroepen op de *standstill* bepaling van artikel 88 lid 3 laatste zin. Voor lidstaten lijkt dat een aantrekkelijke benadering.

Volgens de tweede leerschool is er bij overheidscompensatie wel sprake van steun, die echter (al dan niet op grond van artikel 86 lid 2 EG) verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden verklaard als – opnieuw – de betaalde compensatie de daadwerkelijke lasten niet overschrijdt. Deze benadering is enkele malen door het Gerecht gevolgd,<sup>3</sup> terwijl oudere rechtspraak van het Hof ook wel aanwijzingen in die richting bevatte.<sup>4</sup> In de communautaire regelgeving zijn eveneens aanknopingspunten te vinden voor deze benadering. Zo verleent Verordening (EEG) nr. 1191/69,<sup>5</sup> in deze zaak aan de orde, een vrijstelling van de aanmeldingsplicht voor de compensaties die de lidstaten toekennen volgens gemeenschappelijke, in de verordening vastgelegde, methoden.<sup>6</sup> Deze groepsvrijstelling *avant la lettre* veronderstelt dat er steun is, omdat er anders niets vrij te stellen valt. De laatste tijd leek deze tweede benadering ook op steun van de Commissie te kunnen rekenen.<sup>7</sup> Voor de Commissie gaat het overigens tot op zekere hoogte om een keuze tussen twee kwaden: geen preventieve controlemogelijkheid of stromen aanmeldingen.<sup>8</sup>

A-G Jacobs stelde in zijn belangwekkende conclusie in de ahangige zaak *Gemo*<sup>9</sup> een compromis tussen beide benaderingen voor: wanneer een rechtstreeks en kennelijk verband bestaat tussen overheidsfinanciering en duidelijk omschreven openbare dienstverplichtingen, vormen de door de overheid uitgekeerde bedragen geen steun; zonder dat verband of wanneer de verplichtingen niet duidelijk zijn omschreven, vormen de door de overheid uitgekeerde bedragen daarentegen wel steun. Mede naar aanleiding van die conclusie heeft het Hof besloten de mondelinge behandeling in *Altmark* te heropenen. Dat alleen al toont het principiële en controversiële karakter van deze materie. A-G Léger hield, in deze zaak, vast aan de tweede benadering.<sup>10</sup>

Het (voltallige) Hof koos echter voor een benadering die qua resultaat aansluit bij de benadering van Jacobs. Daarbij ging het Hof enigszins 'reglementair' te werk, wat niet de eerste keer is<sup>11</sup> en ook niet hoeft te verbazen. De toets of sprake is van een voordeel liet immers nogal wat ruimte aan de lidstaten en was daarom een potentiële bron van concurrentievervalsing. Zo kunnen verschillende methoden van kostenberekening en -allocatie worden toegepast, is

2 Pb. 1997, L 67/10; deze zaak betrof een klacht van de Portugese commerciële omroep SIC inzake vermeende staatssteun door de Portugese overheid aan de publieke omroep RTP.

3 Arrest van 27 februari 1997, zaak T-106/95, FFSA, Jur. 1997, p. II-229, zoals bevestigd bij beschikking van het Hof van 25 maart 1998 in zaak C-174/97 P, Jur. 1998, p. I-1303, en het arrest van 10 mei 2000, zaak T-46/97, SIC, Jur. 2000, p. II-2125.

4 Arrest van 15 maart 1994, zaak C-387/92, Banco Exterior de España, Jur. 1994, p. I-877.

5 Pb. 1969, L 156/1.

6 Zie de preambule en art. 17 lid 2 van die verordening.

7 Ondanks de in voetnoot 3 genoemde zaak RTP, zijn er met name in de sfeer van omroepsteun precedënten waarbij de Commissie steun goedkeurde op grond van artikel 86 lid 2 EG. Zie beschikking van 24 februari 1999, in zaak NN 70/98, Kinderkanal en Phoenix, Pb. 1999, C 238/3 en beschikking van 29 september 1999, zaak NN 88/98, BBC News 24, Pb. 2000, C 78/6. De richtsnoeren voor de beoordeling van steun aan de publieke omroep (Pb. 2001, C 320/4), gaan ook uit van de tweede benadering, omdat de voorwaarden van artikel 86 lid 2 daarin centraal staan. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de beschikking van 13 februari 2002, zaak N 548/2001, steun van de Belgische autoriteiten aan Franstalige, lokale, televisiestations (Pb. 2002, C 150/7). Men raadplege ook de staatssteunwebsite van de Commissie: [http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/register](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/register).

8 In algemene documenten over diensten van algemeen belang hield zij zich zorgvuldig op de vlakte. Zie de Tweede Mededeling inzake diensten van algemeen belang in Europa (Pb. 2001, C 17/4, punt 26); het Verslag aan de Europese Raad Laken over Diensten van algemeen belang (COM (2001) 598 def. van 17 oktober 2001, punten 14 e.v.); het non-paper d.d. 12 november 2002, getiteld 'Diensten van algemeen belang en staatssteun' (op website DG COMP), punt 5; en het wollige Groenboek over diensten van algemeen belang (COM(2003) 270 def. van 21 mei 2003).

9 Conclusie van 30 april 2002 in zaak C-126/01.

10 Zie zijn (tweede) conclusie van 14 januari 2003.

11 Voorbeelden uit het verleden zijn zaak 161/84, Pronuptia, Jur. 1986, p. I-353 (over de verenigbaarheid van franchisecontracten met artikel 85 lid 1 (oud)), en zaak C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, p. I-4165, over de vier voorwaarden waaronder een beperking op de vrijheid van vestiging (en diensten) kan worden gerechtvaardigd.

onduidelijk of ook verder verwijderde kostenposten in aanmerking worden genomen en bestaat zonder nadere regels de kans dat kosten ten gevolge van inefficiënt opereren eveneens worden meegerekend. Het arrest zal in elk geval bijdragen aan de eenvormigheid.

### De vier voorwaarden nader onderzocht

Allereerst een terminologische opmerking. Het begrip 'verplichtingen van openbare dienst' staat in het verdrag alleen in artikel 73 – dus in de vervoerstitel. Maar het is een verschijnsel dat in heel veel sectoren voorkomt. Bedoeld zijn verplichtingen die nader inhoud geven aan een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG.<sup>12</sup> Het onderhavige arrest is daarom van belang voor alle gevallen waarin de opdracht een bepaalde dienst van algemeen economisch belang uit te voeren, voor de betrokken onderneming meerkosten met zich meebrengt – ook bijvoorbeeld voor de financiering van de publieke omroep.<sup>13</sup>

*Eerste voorwaarde:* de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk zijn belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn omschreven.<sup>14</sup> Deze voorwaarde geldt reeds voor artikel 86, lid 2, EG. Een lidstaat moet de desbetreffende ondernemingen uitdrukkelijk, door middel van (bijvoorbeeld) een overheidsbesluit,<sup>15</sup> een concessie dan wel een contract<sup>16</sup> hebben belast met een specifieke dienst van algemeen economisch belang.

*Tweede voorwaarde:* de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld. De gesuggereerde koppeling tussen intransparantie en bevoordeling lijkt ons daarbij geen vanzelfsprekend gegeven. Ook bij perfecte transparantie kan er bevoordeling optreden, namelijk als de kosten te hoog zijn ingeschat. Omgekeerd hoeft gebrek aan transparantie geen bevoordeling tot gevolg te hebben; het een volgt niet uit het ander. Transparantie is voor alles een controlemiddel, geen materiële norm. Voorts is niet erg duidelijk wat de 'parameters' zijn waar het Hof op doelt. Vermoedelijk dient er een financieel kader te zijn waarin de te verwachten kosten zijn onderbouwd.

Het Hof tracht deze tweede voorwaarde in punt 91 te verduidelijken maar slaagt daar voor ons gevoel niet echt in. Het overweegt namelijk dat een compensatie door een lidstaat van door een onderneming geleden verliezen zonder dat de parameters vooraf zijn vastgesteld, een steunmaatregel vormt wanneer achteraf blijkt dat de exploitatie van bepaalde diensten in het kader van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen niet economisch levensvatbaar was. Bedoelt het Hof nu dat indien de parameters niet vooraf zijn vastgesteld, de compensatie reeds daarom een steunmaatregel vormt (hierop duiden immers de punten 90 en 94)? Of vormt de compensatie alleen een steunmaatregel indien achteraf ook nog eens blijkt dat de exploitatie niet economisch levensvatbaar was? En hoe zit het met een extra financiering die op grond van nacalculatie wordt uitgekeerd? Compensatie a posteriori van geleden verliezen zal doorgaans op deze tweede voorwaarde afketsen. Maar die voorwaarde zal vooral problematisch zijn voor bestaande concessieovereenkomsten of subsidieregelingen. Derden zullen al snel betogen dat de vergoeding (destijds) niet 'vooraf op objectieve en doorzichtige wijze' is vastgesteld.

*De derde voorwaarde:* de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met

de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen.<sup>17</sup> Overcompensatie is dus niet toegestaan. Die eis vormde reeds de essentie zowel van *Ferring* (in de eerste benadering) als van de proportionaliteitstoets van artikel 86 lid 2 EG (in de tweede benadering). Overcompensatie leidt steeds tot aanmeldingsplichtige steun. Het voor de praktijk bestaande probleem, hoe te berekenen of er overcompensatie is, wordt door het Hof echter niet opgelost, of het moet zijn dat de vierde voorwaarde (zie hierna) ingewikkelde kostenallocatie-exercities overbodig maakt.

De component 'redelijke winst' (of 'return on investment') zal in de praktijk voor problemen kunnen gaan zorgen. Het is overigens niet voor het eerst dat het Hof het begrip 'redelijke winst' hanteert. Afgezien van antidumpingzaken, waarin hetzelfde begrip nogal eens figureert bij het vaststellen van de constructed value in het land van herkomst,<sup>18</sup> heeft het Hof in het arrest *Commissie/België*<sup>19</sup> in het kader van (thans) artikel 28 EG aangehaakt bij het begrip 'redelijke winst'. In dat arrest oordeelde het Hof dat van een maatregel van gelijke werking sprake is als de prijzen op zodanig niveau worden vastgesteld dat de afzet van ingevoerde producten (in die zaak: geneesmiddelen) onmogelijk wordt gemaakt of meer wordt bemoeilijkt dan de afzet van nationale producten. Het Hof vervolgt in punt 17:

*'Van een dergelijke belemmering is sprake, wanneer ingevoerde producten niet met redelijke winst op de markt van de invoerende staat kunnen worden afgezet.'*

Op welke wijze invulling moet worden gegeven aan het begrip 'redelijke winst' heeft het Hof echter ook toen in het midden gelaten.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> De in voetnoot 9 genoemde Commissiedocumenten bevatten alle definities van de begrippen 'dienst van algemeen belang', 'dienst van algemeen economisch belang', 'openbare dienst', en 'universele dienstverplichting'.

<sup>13</sup> Mogelijk dat de Commissie haar in voetnoot 8 genoemde bekendmaking zal herzien.

<sup>14</sup> Punt 89.

<sup>15</sup> Arrest van 21 maart 1974, zaak 127/73, BRT II, Jur. 1974, p. 313; arrest van 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner, Jur. 1981, p. 2021; arrest van 2 maart 1983, zaak 7/82, GVL, Jur. 1983, p. 480; Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971, GEMA, Pb. 1978, L 134/15; Beschikking van de Commissie van 29 oktober 1981, GVL, Pb. 1981, L 370/49.

<sup>16</sup> Arrest van 27 april 1994, zaak C-393/92, Almelo, Jur. 1994, p. I-1477; arrest van 23 oktober 1997, zaak C-159/94, Commissie versus Frankrijk, Jur. 1997, p. I-5815.

<sup>17</sup> Punt 92 van het arrest Altmark.

<sup>18</sup> Zie voor een voorbeeld Verordening (EG) nr. 781/2003, Pb. 2003, L 114/16.

<sup>19</sup> Arrest van 19 maart 1991, zaak C-249/88, Jur. 1991, p. I-1275. Zie ook ABRvS 9 februari 2001, nrs. HOI.99.00.9600 e.a., afgedrukt in het themanummer van RZA 2003, 4a, nr. 160.

<sup>20</sup> Enerzijds is verdedigbaar dat wordt gekeken naar de winstmarge waarmee vergelijkbare nationale producten op de markt worden afgezet. Indien die winstmarge minimaal is of zelfs negatief, dan is geen sprake van een belemmering als de winstmarge op ingevoerde producten even klein is. Anderzijds is evenzeer verdedigbaar dat de winstmarge op vergelijkbare nationale producten niet relevant is. Het Hof heeft immers in punt 16 aangegeven dat wanneer een maatregel de afzet van zowel ingevoerde als nationale producten bemoeilijkt, volstaat dat de afzet van ingevoerde producten wordt belemmerd. Van een dergelijke belemmering is sprake als de ingevoerde producten niet met redelijke winst op de markt kunnen worden afgezet, aldus punt 17.

Ook in de communautaire regelgeving – de antidumpingverordening buiten beschouwing latend – komt het begrip ‘redelijke winst’ voor. Zo bepaalt artikel 14 van Richtlijn 75/439/EEG<sup>21</sup> bijvoorbeeld:

*‘Als tegenprestatie voor de verplichtingen die de Lid-Staten op grond van artikel 5 opleggen aan de bedrijven die inzamelen en/of verwijderen, kunnen aan deze bedrijven vergoedingen worden verleend voor de verleende diensten. Deze vergoedingen mogen niet uitgaan boven de jaarlijks werkelijk geconstateerde, niet-gedekte kosten van de bedrijven, rekening houdend met een redelijke winst. (...)’*

Hoewel deze bepaling in het arrest ADBHU centraal stond, heeft het Hof het gelaten bij de constatering dat zij niet in strijd met het beginsel van vrije mededinging was.<sup>22</sup>

In de sectorspecifieke regelgeving op het gebied van elektronische communicatie is kostenoriëntatie ijkpunt. Ook dat geeft aanleiding tot discussie over wat een redelijke winst is, bijvoorbeeld bij de vaststelling van interconnectietarieven. In het commune mededingingsrecht ten slotte speelt de discussie met name in zaken waarin moet worden bepaald of een onderneming met een machtspositie excessief hoge of lage prijzen hanteert.<sup>23</sup>

*De vierde voorwaarde:* ten slotte moet, wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen belaste onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. In het geval dat er *wel is aanbesteed*, wordt verondersteld dat er een marktconforme prijs uit de bus rolt. Volgens vaste praktijk van de Commissie sluit aanbesteding in beginsel dan ook steun uit.<sup>24</sup> Bij aanbesteding heeft de concurrentie plaats voorafgaand

aan de exploitatie van de dienst van algemeen economisch belang. De winst van een aanbesteding zit dus in het voorkomen van een steunaanmelding. In de sector stads- en streekvervoer, waar de zaak *Altmark* over ging, zal sowieso een aanbesteding moeten plaatsvinden<sup>25</sup> conform de Dienstenrichtlijn<sup>26</sup> en/of de Nutsrichtlijn,<sup>27</sup> tenzij sprake is van een dienstenconcessie.<sup>28</sup> Hoe dat in het geval *Altmark* zat, blijkt uit het arrest niet.

Veel hangt echter af van de wijze waarop is aanbesteed. Voor gevallen die binnen de werkingssfeer van een van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, is het procedurele kader vastgelegd. Daarbij is de ‘openbare procedure’ een van de toegestane procedurevarianten. De door het Hof gebruikte woordkeus suggereert nu dat alleen een aanbesteding volgens de openbare procedure telt. Het zou echter weinig logisch zijn wanneer in situaties die niet onder de richtlijn vallen, bijvoorbeeld dienstenconcessies, alleen de openbare procedure naar analogie zou moeten worden gevolgd.

Deze discussie is op dit moment in breder verband actueel, omdat de Commissie zich op het standpunt is gaan stellen dat ook voor het vergeven van overheidsopdrachten die buiten de richtlijnen vallen, de beginselen van transparantie en non-discriminatie in acht genomen moeten worden. Zij leidt daaruit af dat in beginsel in elke zaak een passende wijze van voorafgaande publicatie moet plaatsvinden.<sup>29</sup> Uit een aantal Hofuitspraken blijkt inderdaad dat opdrachten die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn vallen, niet om die reden Europeesrechtelijk ‘vrij uit’ gaan: het Verdrag is daarmee niet buiten toepassing. Op zichzelf is dat even juist als logisch. Om daaruit af te leiden dat in beginsel bij *elke* overheidsopdracht een passende mate van transparantie (dus een vorm van publicatie) moet plaatsvinden gaat volgens sommigen echter te ver.<sup>30</sup> Er bestaan immers ook interne situaties waarop het Verdrag niet van toepassing is.<sup>31</sup> Inderdaad lijkt de Commissie in de door haar aangehaalde precedentes meer te lezen dan er bij objectieve lezing uit te halen is.<sup>32</sup>

<sup>21</sup> Pb. 1979, L 194/23, zoals gewijzigd door Richtlijn 87/101/EEG, Pb. 1987, L 87/43.

<sup>22</sup> Arrest van 7 februari 1985, zaak 240/83, Jur. 1985, p. 531, punt 19. Het Hof verwees daarbij mede naar de laatste volzin luidende: ‘Deze vergoedingen mogen niet tot aanzienlijke concurrentievervalsing leiden, noch tot kunstmatige handelsstromen van produkten’.

<sup>23</sup> Zie daarover Pijnacker Hordijk en De Vries, SEW 2002, p. 430 e.v.

<sup>24</sup> Zie de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek en ontwikkeling (Pb. 1996, C 45/5, punt 2.5), de Communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer (Pb. 1997, C 205/5, hoofdstuk 9) en de Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (Pb. 1997, C 209/3).

<sup>25</sup> Zie ook het arrest van 17 september 2002, zaak C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Jur. 2002, p. I-7213.

<sup>26</sup> Richtlijn 92/50/EEG, (Pb. 1992, L 209/1), zoals gewijzigd door Richtlijn 97/52/EG (Pb. 1997, L 328/1) en Richtlijn 2001/78/EG (Pb. 2001, L 285/1).

<sup>27</sup> Richtlijn 93/38 (Pb. 1993, L 199/84), gewijzigd bij Richtlijn 98/4/EG (Pb. 1998, L 101/1), en bij Richtlijn 2001/78/EG.

<sup>28</sup> In Nederland zijn op dit moment voorzover bekend 18 vergunningen voor het exploiteren van busvervoer vergeven – steeds na een openbare aanbesteding.

<sup>29</sup> Zie Persberichten IP/02/1507, IP/03/266, IP/03/1037 en IP/03/1104. In juli 2003 bracht de Commissie een met redenen omkleed advies uit n.a.v. een opdracht van de gemeente Assen tot de levering van vuilnis-

bakken met een waarde onder het drempelbedrag van de Richtlijn Leveringen. De opdracht was onderhands gegund zonder voorafgaande bekendmaking. Uit het antwoord van de regering blijkt dat de gemeente de opdracht in onderdelen aan drie buitenlandse leveranciers heeft gegund. Kan het mooier?

<sup>30</sup> Zie Peter Braun, *A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives* (2000), PPLR Issue 1, p. 39-48 en M.O. Meulenbelt, *Alles aanbesteden!*, in: *Aan Wil Besteed*, bundel opstellen aangeboden aan prof. W. Wedekind, Kluwer-Deventer 2003, p. 57-60.

<sup>31</sup> Soms staat niet bij voorbaat vast of er buitenlandse gegadigden zullen zijn. Maar het gaat te ver als ook voor diensten die bij uitstek een lokaal karakter hebben, bijvoorbeeld taalonderwijs aan allochtone basisscholieren, een publicatie zou moeten plaatsvinden.

<sup>32</sup> De termen ‘passende mate van openbaarheid’ zijn ontleend aan het arrest van 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*, Jur. 2000, p. I-10745. De zaak betrof de toekenning van een omvangrijke dienstenconcessie. Voorts verwijst de Commissie naar een beschikking van 3 december 2001, zaak C-59/00, *Vestergaard*, Jur. 2001, p. I-9505. Die zaak betrof een opdrachtverlening onder de drempel die door het Hof werd veroordeeld, niet omdat er een onvoldoende mate van publiciteit was betracht, maar omdat de opdrachtgever het gebruik van een bepaald nationaal product in het bestek had voorgeschreven, zonder de toevoeging ‘of gelijkwaardig’. Een inschrijver die een vergelijkbaar product van buitenlandse origine wilde gebruiken, was om die reden buiten de boot gevallen.

De vraag is of het arrest *Altmark* deze benadering van de Commissie ondersteunt, ondergraaft of onverlet laat. Enerzijds strookt de koppeling die het Hof maakt tussen het houden van een openbare aanbesteding en de afwezigheid van steun goed met het streven van de Commissie naar zoveel mogelijk transparantie. Anderzijds volgt uit het feit dat het Hof in *Altmark* 'niet-aanbesteden' als (rechtmatige) hypothese onder ogen ziet, impliciet dat de plicht aan te besteden kennelijk geen wet van Meden en Perzen is voor opdrachten die buiten de werksfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen.

In het geval *niet is aanbesteed*, moet volgens het Hof een vergelijking worden gemaakt met een 'gemiddelde, goed beheerde onderneming'. Dit doet op het eerste gezicht denken aan de vergelijking die het Hof kortgeleden in het arrest *Chronopost/Ufex* nu juist verwierp.<sup>33</sup> La Poste stelde haar logistieke netwerk en andere faciliteiten ter beschikking van haar (in concurrentie opererende) dochtermaatschappijen. Door concurrenten werd aangevoerd dat de daarvoor betaalde vergoeding te laag en dus steun was. In afwijking van het Gerecht<sup>34</sup> meende het Hof dat het, gelet op de specifieke kenmerken van de door La Poste verrichte dienst van algemeen economisch belang (met haar netwerk van postkantoor-tjes door heel Frankrijk), onmogelijk is de situatie van La Poste te vergelijken met die van een particuliere groep ondernemingen die niet in een gereserveerde sector werkzaam zijn. De 'normale marktvoorwaarden' konden alleen worden beoordeeld aan de hand van de kosten van La Poste zelf.<sup>35</sup> Op het gebied van busvervoer daarentegen lijkt de vergelijking met een 'modelonderneming' in de regel wel te maken.

Dat neemt niet weg dat toepassing van deze vierde voorwaarde bepaald geen sinecure zal zijn. Kan een onderneming uit eender welke lidstaat als *benchmark* dienen? Zo ja, wordt straks de ruimte van de Franse overheid Air France te steunen mede bepaald door de efficiëntie van British Airways? Dat belooft leuk te worden. En wordt 'goed beheer' beoordeeld op basis van de laatste jaarcijfers, of kijkt men ook naar de lange termijn? Kortom, deze vierde voorwaarde is goed voor accountants, bankers en consultants, maar niet voor de rechtszekerheid. Dus misschien toch maar openbaar aanbesteden.

### Wat als niet aan alle vier de voorwaarden is voldaan?

Is niet aan alle vier de voorwaarden voldaan, dan wordt er geacht wel een 'voordeel' te zijn. De vraag rijst dan of de betrokken lidstaat nog beroep kan doen op artikel 86 lid 2 EG. Formeel gezien wel. In de praktijk zal een dergelijk beroep echter stranden, als aan de eerste en/of de derde voorwaarde van *Altmark* niet was voldaan. Indien het echter stukliep op de tweede en/of de vierde voorwaarde, is een beroep op artikel 86 lid 2 niet bij voorbaat kansloos. In elk geval is duidelijk dat een beroep op artikel 86 lid 2 een lidstaat niet ontslaat van de aanmeldingsplicht van artikel 88 lid 3. Het Hof had dat overigens al eerder uitgemaakt.<sup>36</sup> Het feit dat artikel 86 lid 2 een *exception légale* met rechtstreekse werking is, maakt geen verschil.

Naar verwachting zal de zaak *HBA/Pearle*<sup>37</sup> verdere verduidelijking scheppen ten aanzien van de invulling van het begrip 'voordeel', los van de problematiek van de financiering van openbare dienstverplichtingen. Het Hoofdbedrijfschap Ambachten (HBA) had bestemmingsheffingen aan opticiens opgelegd die werden gebruikt ten behoeve van een collectieve reclamecampagne voor de opticiensbranche. Pearle vordert terugbetaling van de door haar betaalde heffingen met het argument dat de financiering van de collectieve reclamecampagne via de verplichte heffingen een (niet-aangemelde) steunmaatregel vormt. Pikant detail is dat de leden van de Neder-

landse Unie van Opticiens, waaronder Pearle, unaniem hadden ingestemd met het opzetten van een collectieve reclamecampagne en vervolgens het HBA verzocht hebben door middel van een bestemmingsheffing de financiering te regelen. Het geschil draait onder meer om de vraag of sprake is van een bevoordeling. Volgens vaste jurisprudentie dient bij de beoordeling van steunmaatregelen met de wijze van financiering rekening te worden gehouden.<sup>38</sup> In de zaak *HBA/Pearle* hebben de opticiens zelf betaald voor de collectieve reclamecampagne en heeft het HBA slechts als doorgeefluik gefungeerd. De opticiens genieten op het eerste gezicht geen voordeel.<sup>39</sup>

### Handelsbeïnvloeding en mededingingsvervalsing

Het *Altmark*-arrest bevestigt verder dat lagere overheden snel tegen de staatssteunregels aan lopen, omdat de beperkte geografische reikwijdte van de uit te voeren diensten niet betekent dat van handelsbeïnvloeding geen sprake is. Liberalisering heeft tot gevolg dat de markt wordt opengesteld, zodat al snel aannemelijk is dat er buitenlandse gegadigden kunnen zijn. Vooral lagere overheden dienen daarop bedacht te zijn.<sup>40</sup> Niet is vereist dat de beïnvloeding of de (dreigende) vervalsing merkbaar of wezenlijk is. Een enkele versterking van de concurrentiepositie is voldoende. In geval van twijfel dus toch maar aanmelden.

Volgens vaste jurisprudentie dient de Commissie in staatssteunbeschikkingen deugdelijk te motiveren waarom de mededinging wordt vervalst of dreigt te worden vervalst en waarom het intracommunautaire handelsverkeer wordt beïnvloed.<sup>41</sup> Deze motiveringsplicht gaat echter niet zo ver dat de Commissie, in het geval van niet-aangemelde maar wel verleende (en dus onwettig verleende) steun, in haar beschikking moet aangeven wat de werkelijke invloed van de steun op de mededinging en het intracommunautaire handelsverkeer is, aldus het recente arrest van het Gerecht in de zaak *P&O European Ferries*. Die zaak betrof een subsidie van de provincieraad van Biskaje aan de exploitant van een veerdienst tussen Bilbao en

<sup>33</sup> Arrest van 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/93 en 94/01, n.n.g. Zie B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2003/12, p. 460.

<sup>34</sup> Arrest van 14 december 2000, zaak T-613/97, Jur. 2000, p. II-4055, punt 75.

<sup>35</sup> Punt 33 t/m 39 van het arrest *Chronopost/Ufex*.

<sup>36</sup> Zie het arrest van 22 juni 2000, zaak C-332/98, Frankrijk / Commissie (CELF), Jur. 2000, p. I-4833.

<sup>37</sup> HR 27 september 2002, NJ 2002, 534; zaak C-345/02, Pb. 2002, C 289/13 (aanhangig).

<sup>38</sup> Zie onder meer het arrest van 25 juni 1970, zaak 47/69, Franse textielindustrie, Jur. 1970, p. 487. Dat neemt echter niet weg dat de maatregel tot financiering van de steun ook apart in het kader van de artikelen 25 of 90 EG moet worden beoordeeld.

<sup>39</sup> Dit zou vermoedelijk anders zijn indien niet alle opticiens zouden hebben ingestemd met de collectieve reclamecampagne. Doordat de heffing aan alle opticiens wordt opgelegd, zijn de kosten per opticien lager dan in het geval niet alle opticiens zouden hebben meegedaan.

<sup>40</sup> Zie ook het commentaar van B. Hessel, *Gemeentestem* 2003, nr. 7188, p. 353 e.v.

<sup>41</sup> Zie b.v. het arrest van 13 maart 1985, gevoegde zaken 296/82 en 318/82, Leeuwarder Papierfabriek, Jur. 1985, p. 809.

<sup>42</sup> Onwaarschijnlijk is het dat Britten in groten getale de boot nemen om het architectonisch zo bijzondere Guggenheimmuseum van Bilbao te bewonderen. Het zal vooral gaan om vrachtovervoer.

Portsmouth. Dat daar geld bij moet is niet zo heel verwonderlijk.<sup>42</sup> De steun was niet aangemeld en dus 'onwettig'. Het Gerecht overweegt: 'In dit verband kan worden volstaan met op te merken dat de Commissie in het geval van onwettig verleende steun niet verplicht is de werkelijke invloed van die steun op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten aan te tonen. Een dergelijke verplichting zou er immers toe leiden, dat de lidstaten die steun verlenen zonder zich te houden aan de aanmeldingsplicht van artikel 88 lid 3 EG, worden beoordeeld boven lidstaten die hun steunvoornemens wél aanmelden.'<sup>43</sup> Indien er in redelijkheid van uit kan worden gegaan dat de mededinging wordt vervalst of dreigt te worden vervalst of dat het intracommunautaire handelsverkeer wordt beïnvloed (hetgeen bij een voordeel voor de begunstigde onderneming al snel het geval is), is dat in geval van onwettige steun kennelijk voldoende.

De provincieraad had overigens, onder verwijzing naar de arresten *ADBHU* en *Ferring*, aangevoerd dat de aan P&O betaalde bedragen moesten worden aangemerkt als tegenprestatie voor een daadwerkelijk door P&O verleende zeevervoersdienst en dat zij geen voordeel voor P&O opleverden.<sup>44</sup> Het Gerecht, dat met het wijzen van het arrest heeft gewacht tot na de uitspraak van het Hof in *Altmark*, antwoordt dat die arresten situaties betroffen waarin de Staat aan ondernemingen openbaredienstverplichtingen had opgelegd.<sup>45</sup> Dit lijkt wat summier, omdat de provincieraad nu juist in essentie had aangevoerd dat geen sprake was van een voordeel en niet dat het de compensatie van kosten voortvloeiend uit de uitvoering van openbaredienstverplichtingen betrof. De maatstaf die het Gerecht vervolgens hanteert is of de aanschaf van de betrokken diensten voorzag in een 'werkelijke behoefte' van de provincieraad en of het gedrag van de raad kon worden vergeleken met dat van een particuliere investeerder die onder normale omstandigheden van een markteconomie handelt.<sup>46</sup>

### Bijzondere regels voor de beoordeling van steun in de transportsector

De regels inzake het communautaire vervoersbeleid, neergelegd in Titel V van het EG-Verdrag, vertonen een aantal bijzondere kenmerken. In een notendop komen die erop neer dat enkele basisbepalingen van het Verdrag niet direct van toepassing zijn op de vervoersector, maar via secundaire regelgeving – in een sterk geharmoniseerde vorm – geleidelijk aan (per soort transport) zijn ingevoerd. Dat is bijvoorbeeld het geval met het vrij verrichten van diensten. Dat is ook –

tot op zekere hoogte – het geval met de staatssteunregels. Reeds in 1969 stelde de Raad Verordening 1191/69 vast betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.<sup>47</sup> Deze verordening is mede gebaseerd op artikel 94 EEG (thans artikel 89 EG). Verordening 1107/70 van de Raad bepaalt onder welke voorwaarden lidstaten met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen kunnen opleggen, die de toekenning van (verenigbare) steun uit hoofde van artikel 77 (thans 73) van het Verdrag ten gevolge hebben.

In de zaak *Altmark* diende het Hof eerst en vooral uit te maken wat de betekenis is van deze twee verordeningen en hoe zij zich verhouden tot de staatssteunbepalingen, zowel artikel 87 als artikel 73 EG. Verordening 1191/69 beoogt het opleggen van openbaredienstverplichtingen op te heffen. Lidstaten hebben echter de mogelijkheid de verordening niet toe te passen op de exploitatie van een lijn in het openbare stads- en streekvervoer die afhankelijk is van overheids-subsidies. Wanneer een lidstaat niet van die afwijkmogelijkheid gebruik heeft gemaakt en Verordening 1191/69 dus wel van toepassing is, dan dient de rechtmatigheid van de subsidies uitsluitend te worden getoetst aan (het strikte kader van) die verordening. Heeft de lidstaat daarentegen wel van die mogelijkheid gebruikgemaakt en is de verordening daarom niet van toepassing op de betrokken busdiensten, dan moeten de subsidies worden getoetst aan de staatssteunbepalingen van het Verdrag.<sup>48</sup> Dat voert het Hof eerst naar de algemene staatssteunbepaling van artikel 87 (zie uitvoerig hiervoor). Is geen sprake van steun, omdat aan de vier 'Altmarkvoorwaarden' voldaan is, dan komt men aan artikel 73 EG niet toe. Maar ook als niet aan de vier voorwaarden is voldaan, blijft artikel 73 buiten de deur. Die verdragsbepaling is namelijk geconcretiseerd door Verordening 1107/70. Daarin is precies aangegeven wat vergoedingen voor openbaredienstverplichtingen inhouden. Lidstaten kunnen zich buiten de in deze verordening opgesomde gevallen niet meer op artikel 73 beroepen. Deze *long and winding road* maakt in elk geval duidelijk dat aan artikel 73 EG geen praktische betekenis toekomt, omdat ofwel artikel 87 EG ofwel secundaire regelgeving van toepassing is. De Commissie heeft – ruim voor het *Altmark*-arrest – een voorstel ingediend voor een verordening die Verordening 1191/69 geheel en Verordening 1107/70 gedeeltelijk zal vervangen.<sup>49</sup> Die ontwerp-verordening laat onder voorwaarden ook onderhandse gunning toe. In bijlage 1 staan 'regels die voor compensatie gelden wanneer er geen openbare aanbesteding heeft plaatsgevonden'.

### Conclusie

*Altmark* is zonder meer een *landmark*. De complexe beoordeling van de financiering van openbaredienstverplichtingen in het kader van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang is een belangrijke stap verder gekomen. De Commissie zal nu in lopende dossiers knopen moeten gaan doorhakken. Er blijven echter onduidelijkheden over, die de rechtszekerheid bepaald niet bevorderen. In het recht is het wel vaker zo, dat een nieuwe oplossing een veelvoud van nieuwe vragen uitlokt. Verwacht mag worden dat het arrest *Altmark* niet aan deze wetmatigheid zal ontsnappen.

<sup>43</sup> Arrest van 5 augustus 2003, gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01, n.n.g., punt 142.

<sup>44</sup> Zie punten 84 en 85.

<sup>45</sup> Punt 136.

<sup>46</sup> Zie met name punt 137.

<sup>47</sup> Verordening (EEG) nr. 1191/69 (Pb. 1969, L 156/1, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 1893/91 van de Raad van 20 juni 1991 (Pb. 1991, L 169/1).

<sup>48</sup> De lidstaat moet dat om redenen van rechtszekerheid wel op transparante wijze hebben gedaan. Het Hof twijfelt of in casu aan die eis van helderheid en duidelijkheid is voldaan, maar laat aan de nationale rechter het eindoordeel (punten 60 t/m 66).

<sup>49</sup> COM(2000) 7 def. Dit voorstel is inmiddels gewijzigd: COM(2002) 107 def. (Pb. 2002, C 151E/146). Zie overweging 62 van de preambule en artikel 20 lid 1.