

Handreiking

**DIENSTEN VAN
ALGEMEEN
ECONOMISCH
BELANG
EN
STAATSSTEUN**



EUROPA decentraal



Ministerie van
Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun

Colofon

Deze handreiking is een uitgave van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De publicatie is opgesteld in samenwerking met het ministerie van Economische Zaken, onder begeleiding van de Werkgroep Altmark van het Interdepartementaal Steun Overleg (ISO).

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kunnen de auteurs noch de rechthebbenden enige aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele (druk-) fouten en/of onvolledigheden.

Deze publicatie is onder meer te downloaden via de volgende websites:

www.minbzk.nl/staatssteun

www.europadecentraal.nl

Aan deze uitgave werkten mee:

Ministerie van BZK
Robert-Jan van Lotringen

Ministerie van EZ
Kees van Duin, Marco Boerlage, Frits Wierckx

Ministerie van Financiën
Jaklien de Jong

Ministerie van LNV
Dirk Jan Jans

Ministerie van OCW
Jeanine Schukking

Ministerie van VenW
Sophie Heyde

Ministerie van VROM
Angélique van Herwijnen, Saskia Raas

Ministerie van VWS
Esther Duurkoop, Lieke Heuvelmans

Ministerie van SZW
Carmen Lindeman

Kenniscentrum Europa decentraal
Ilze Jozepa

Provincie Noord Brabant/ Kenniscentrum Europa decentraal
Paul Hogenhuis (auteur)

Klankbordgroep

Jan van der Lei (VNG), Gonnie Verbruggen (IPO), Martijn Schavemaker (gemeente Eindhoven), Anna van Gelderen (gemeente Groningen), Alfredo Molina (gemeente Den Haag), Jan de Visser (gemeente Veere), Sina Groesdonk (provincie Zuid-Holland), Amber Mekkes, Marcel Waasdorp (ministerie van VenW).

Bij de totstandkoming van de Handreiking is het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA) geconsulteerd.

De tekst is vastgesteld door het ISO op 10 juni 2008.

Inhoud

Titels van tabellen en teksten in kaders zijn *cursief* weergegeven

Voorwoord	9
Inleiding	11
Wat is de relatie tussen DAEB en de Europese staatssteunregels?	11
Wat is de doelgroep van deze handreiking?	11
Wat is het doel van de handreiking?	11
Wat heeft u aan deze handreiking?	12
Loopt u risico's als u zicht niet druk maakt over staatssteun?	12
Leeswijzer	13
Deel I: DAEB: afbakening en positie	15
Inleiding	17
1.1 Wat is een DAEB?	17
DAEB: een economische activiteit ...	18
... waarmee een algemeen belang wordt gediend	19
DAEB of niet: de beslissing is aan de overheid	19
Zijn er erkende voorbeelden van DAEB?	20
1.2 Een nieuwe term: niet-economische diensten van algemeen belang (NEDAB)	20
Zijn er voorbeelden van NEDAB bekend?	20
1.3 Afbakening DAEB, NEDAB en reguliere economische activiteit	21
<i>NEDAB, DAEB en reguliere economische activiteit</i>	21
<i>Beoordelingskader NEDAB, DAEB en reguliere economische activiteit</i>	22
1.4 DAEB in breder perspectief	22
<i>Wat is het verband tussen een DAEB en een openbare dienst (verplichting)?</i>	23
<i>Wat is de betekenis van DAEB in de Europese Unie?</i>	23
<i>Protocol bij het Verdrag van Lissabon</i>	23
<i>Mededeling over diensten van algemeen belang</i>	23
<i>Wat is de relatie tussen DAEB en de dienstenrichtlijn?</i>	24
<i>Vervoer en DAEB</i>	24
<i>Publieke omroepen en DAEB</i>	25
<i>Wat is de relatie tussen DAEB en 'markt en overheid'?</i>	26

Deel II: DAEB en staatssteun	27
Inleiding	29
<i>Melden of niet? Checklist voor een ‘staatssteunproof’ DAEB</i>	29
II.1 Is er sprake van staatssteun?	30
II.2 Is de de-minimisverordening of een andere vrijstellingsverordening van toepassing?	31
II.3 Gelden er specifieke DAEB-regels? Het Altmark-pakket	31
<i>De ‘drietrapsraket’ van het Altmark-pakket</i>	32
II.3.1 Eerste trap: het Altmark-arrest	32
Inleiding	32
Altmark, voorwaarde 1: belast met en omschreven	33
Altmark, voorwaarde 2: objectieve parameters	35
Altmark, voorwaarde 3: kosten, opbrengsten en redelijke winst	37
Altmark, voorwaarde 4: aanbesteden of vergelijken met een gemiddelde, goed beheerde onderneming (GGBO)	38
Voorbeelden van ‘zuivere Altmark’: <i>Pyrénées-Atlantiques, Limousin, en BUPA</i>	39
II.3.2 Tweede trap: de Vrijstellingsbeschikking voor DAEB	40
Inleiding	40
Vrijstelling, voorwaarde 1: belast met en omschreven	40
Vrijstelling, voorwaarde 2: objectieve parameters	41
Vrijstelling, voorwaarde 3: kosten, opbrengsten en redelijke winst	42
Controle, bewaarplicht en rapportage	44
II.3.3 Derde trap: de Kaderregeling voor DAEB	45
Inleiding	45
Kaderregeling, voorwaarde 1: belast met en omschreven	45
Kaderregeling, voorwaarde 2: objectieve parameters	46
Kaderregeling, voorwaarde 3: kosten, opbrengsten en redelijke winst	46
Voorwaarden en verplichtingen bij goedkeuring	46
II.4 Transparantierichtlijn: gescheiden boekhouding	46
<i>Melden of kennisgeven: de procedure in een notendop</i>	48

Deel III: Het instellen van een DAEB	51
Inleiding	51
III.1 Het benoemen van een dienst tot DAEB	51
<i>In vijf stappen naar een DAEB</i>	51
III.2 Wijze van erkenning van een DAEB en vaststellen van het algemeen belang	52
III.3 Wijze van selectie van de uitvoerder van de DAEB	53
<i>Moet de keuze van een DAEB-uitvoerder worden aanbesteed?</i>	53
III.4 Wijze van bepaling compensatie voor de uitvoering van de DAEB	54
III.5 Checklist aanwijzen en compenseren DAEB voor decentrale overheden	55
<i>Procedurele checklist aanwijzen en compenseren DAEB (Vrijstelling)</i>	56
Deel IV: Meer informatie	57
IV.1 DAEB-beschikkingen	59
IV.2 Jurisprudentie	59
IV.3 Voorbeelden en modellen	60
IV.4 Links en publicaties	61
IV.5 Begrippen	63
IV.6 Contacten	65
Eindnoten	67

Voorwoord

Nationale en decentrale overheden laten allerlei diensten die zij van algemeen belang achten verzorgen door de markt. Er is daarbij sprake van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) als de overheid specifieke verplichtingen oplegt aan degene die de dienst aanbiedt, en daarbij (eventueel) financieel bijspringt, om ervoor te zorgen dat de dienst op de gewenste manier wordt aangeboden.

DAEB spelen een belangrijke rol in de Nederlandse samenleving. Of het nu gaat om het verzorgen van openbaar vervoer in afgelegen gebieden, het hanteren van redelijke tarieven voor sociaal zwakkeren, sociale woningbouw, ambulancevervoer of het in de lucht houden van een regionale of lokale omroep, DAEB weerspiegelen wat een landelijke of decentrale overheid belangrijk vindt voor haar burgers. Toch ontkomen ook DAEB niet aan de mededingingsregels van de Europese markt.

De Europese Unie erkent de speciale status van DAEB, maar wil ook voorkomen dat de overheidsbetrokkenheid bij de uitvoering van de DAEB leidt tot oneerlijke concurrentie op de interne markt. Er kan dan sprake zijn van - in beginsel verboden - staatssteun.

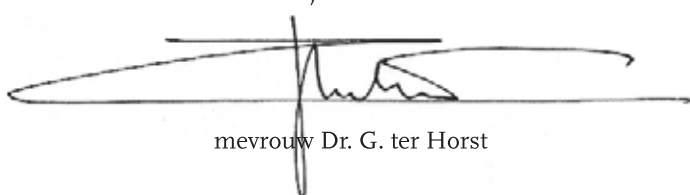
Over de verhouding tussen DAEB met de Europese staatssteunregels rijzen (met name bij decentrale overheden) vaak vragen. Wat maakt dat een dienst in de ene gemeente een DAEB is en in de andere gemeente niet? En wat is nu het verschil tussen een DAEB en een niet economische dienst? Zijn de staatssteunregels überhaupt op DAEB van toepassing, wanneer is dat precies het geval, en aan welke voorwaarden moet dan precies worden voldaan?

Deze handreiking verschaft helderheid op die punten. Er wordt ingegaan op de vraag wat een DAEB is, en hoe deze zich van andere diensten onderscheidt. Vervolgens wordt de relatie tussen DAEB en de Europese staatssteunregels uit de doeken gedaan. Stap voor stap wordt ingegaan op de punten waar een (decentrale) overheid rekening mee moet houden om een DAEB 'staatssteunproof' in te richten. Daardoor wordt overcompensatie voorkomen, en blijft een *level playing field* voor overheid en bedrijfsleven gewaarborgd.

Het is in principe aan de overheid zelf om te bepalen welke dienst zij als 'van algemeen belang' beschouwt, en hoe zij deze inricht. Deze grote discretionaire bevoegdheid, samen met de complexiteit van de materie, maakt dat deze handreiking niet voor ieder DAEB-probleem een pasklaar antwoord of model kan bieden. De handreiking is door zijn inhoud, maar ook door de praktijkvoorbeelden en links naar jurisprudentie, staatssteunbeschikkingen, literatuur en deskundigen, wél een praktische gids voor al uw vragen over DAEB en staatssteun.

Wij wensen u veel succes met het 'staatssteunproof' inrichten van uw DAEB!

De Minister van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties



mevrouw Dr. G. ter Horst

De Minister van Economische
Zaken



mevrouw M.J.A. van der Hoeven

Inleiding

Wat is de relatie tussen DAEB en de Europese staatssteunregels?

Overheden vinden allerlei diensten nuttig en noodzakelijk voor hun burgers. Er zijn diensten bij die de markt goed en efficiënt kan aanbieden, en dat gebeurt volop. Het komt echter ook voor dat diensten die de overheid in het algemeen belang vindt, alleen op de gewenste manier kunnen worden aangeboden met behulp van specifieke sturing en (eventueel) financiering door die overheid. Er is dan sprake van een dienst - of van diensten - van algemeen economisch belang (DAEB).

Om de vaak niet rendabele dienstverlening op de gewenste manier van de grond te krijgen is het logisch dat de overheid de uitvoerder van de DAEB een vergoeding betaalt. Dat mag ook van Europa, maar er is een grens - die van de interne markt. De interne markt wordt tegen oneerlijke concurrentie met overheidsgeld beschermd door de regels over staatssteun. Ook voor DAEB zijn die van toepassing, al gelden er minder strenge regels dan bij steun aan 'gewone' ondernemingen.

Steun voor het uitvoeren van een DAEB mag in principe verleend worden, en is vaak zelfs geen staatssteun. De steun moet dan wel uitsluitend bestaan uit compensatie van de noodzakelijk extra kosten die de onderneming moet maken om de DAEB zo uit te voeren dat die voldoet aan de wensen van de overheid. Als dat het geval is, is de DAEB-steun 'staatssteunproof'.

Wat is de doelgroep van deze handreiking?

Doelgroep van deze handreiking zijn medewerkers en bestuurders van de rijks- en decentrale overheid, die zich bezig houden met de financiering van diensten van algemeen economisch belang, of die overwegen een dergelijke dienst in te stellen.

Wat is het doel van de handreiking?

Deze handreiking wil bijdragen aan het juist toepassen van de staatssteunregels op DAEB. Daarbij staat de financiering van de DAEB centraal. De handreiking geeft inzicht in de manier waarop een DAEB staatssteunproof kan worden ingericht. Voor de volledigheid komen ook de overige voorwaarden voor het correct inrichten van een DAEB kort aan de orde.

Deze handreiking is geen handboek. Zij kan niet de antwoorden bieden op vragen die per DAEB verschillend zullen zijn. De handreiking is wel een hulpmiddel voor het vinden van die antwoorden, door het geven van achtergronden en voorbeelden, het noemen van deskundige personen en instanties, en het aanreiken van literatuurlijsten, stappenplannen en stroomschema's.

Uiteindelijk ligt de verantwoordelijkheid voor het correct inrichten van een DAEB bij de overheid die hem laat uitvoeren. Uit de handreiking vloeien dan ook geen verplichtingen voort, maar er kunnen ook geen rechten aan worden ontleend.

Wat heeft u aan deze handreiking?

Grootste voordeel van het tijdig gebruiken van de handreiking is dat u meer duidelijkheid krijgt over het staatssteunproof financieren van een DAEB. Als uw DAEB staatssteunproof is ingericht biedt dat onder meer de volgende voordelen:

- er is geen sprake van (onrechtmatige) staatssteun en dus ook niet van een risico dat onrechtmatig verleende financiële bijdragen teruggevorderd moeten worden;
- de overheid is zeker dat de DAEB een goedkeurende accountantsverklaring op de jaarrekening niet zal verhinderen wegens mogelijke staatssteun;
- er wordt forse tijdwinst geboekt omdat een project meteen uitgevoerd kan worden en niet het risico loopt tussentijds stilgelegd te worden wegens het vermoeden van staatssteun;
- overheidsmiddelen worden efficiënt ingezet;
- de concurrentieverhoudingen worden niet verstoord.

Overheden blijven zelf verantwoordelijk voor de financiering van hun diensten. Zij dienen altijd na te blijven gaan of de vergoeding die aan een onderneming wordt verleend staatssteunproof is. Het is raadzaam bij twijfel tijdig specialisten op het gebied van staatssteun te raadplegen.

Na lezing van de handreiking kan blijken dat een staatssteunmelding of -kennisgeving bij de Europese Commissie noodzakelijk is. Provincies en gemeenten kunnen daarvoor terecht bij het Coördinatiepunt staatssteun van het ministerie van BZK. Het Coördinatiepunt schakelt indien nodig de vakministeries in voor een inhoudelijke bijdrage en begeleidt en coördineert de melding. Contactpersonen treft u aan in Deel IV. Voor de rijksoverheid geldt dat het betreffende ministerie een eventuele melding of kennisgeving doet.

Loopt u risico's als u zich niet druk maakt over staatssteun?

De risico's die worden gelopen bij het niet naleven van de staatssteunregels vormen deels een spiegelbeeld van de hierboven genoemde voordelen. De Europese Commissie kent maar één sanctie als staatssteun onterecht verleend is: de steun zal moeten worden teruggevorderd. Dat lijkt op het eerste gezicht geen drama: het ergste wat je als overheid kan overkomen is dat je je geld terugkrijgt. Intrekken van de financiering kan echter fataal zijn voor het uitvoeren van de dienst. Politiek-bestuurlijk en publicitair is dat ongewenst. De overheid kan immers bij private partijen, maar ook bij haar burgers, te boek komen te staan als ten minste onzorgvuldig en in het ergste geval onbetrouwbaar. Het is dus altijd verstandig om ten minste aandacht te besteden aan staatssteun, als een overheid een DAEB wil laten uitvoeren. Nu staatssteun de laatste jaren op een toenemende belangstelling kan rekenen, weten klagers de weg naar de Commissie en de nationale rechter steeds sneller te vinden. Een staatssteuntoets wordt dan ook al regelmatig door de potentiële steunontvanger geëist.

Los van dit alles is controle op mogelijke staatssteun natuurlijk een juridische plicht - het EG-Verdrag geldt rechtstreeks, ook voor decentrale overheden.

Leeswijzer

Deze handreiking is opgebouwd uit vier delen.

In het algemene **Deel I** wordt duidelijkheid gegeven over wat een DAEB is, en over de oorsprong van het begrip DAEB. Daarbij zal het verschil duidelijk worden tussen DAEB, reguliere economische activiteiten en Niet Economische Diensten van Algemeen Belang (NEDAB). Bovendien worden DAEB in een breder (Europees) perspectief geplaatst.

In **Deel II** wordt de relatie tussen de Europese staatssteunregels en DAEB verduidelijkt. Dit is de kern van de handreiking. Met behulp van dit deel kan worden bepaald of, en zo ja welke, staatssteunregels op een DAEB van toepassing zijn, hoe een DAEB ‘staatssteunproof’ kan worden ingericht, en of een melding of kennisgeving bij de Europese Commissie nodig is.

Deel III gaat verder in op het juridisch correct inrichten van een DAEB. Het erkennen van een algemeen belang en het correct selecteren van een uitvoerder van een DAEB komen onder meer aan de orde.

Deel IV bevat verwijzingen naar onder meer literatuur, contactpersonen en jurisprudentie. Informatie over DAEB en staatssteun die niet in deze handreiking staat, moet via Deel IV te vinden zijn.

Deel I

DAEB: afbakening en positie



DAEB: afbakening en positie

Inleiding

Artikel 86 lid 2 van het EG-Verdrag luidt:

De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang [...], 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 taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Hieruit (en uit artikel 16 van het Verdrag) blijkt meteen dat diensten van algemeen economisch belang binnen de Europese Unie een speciale positie innemen. De regels uit het EG-Verdrag in het algemeen en de mededingingsregels in het bijzonder zijn alleen op deze diensten van toepassing voor zover de toepassing daarvan de vervulling van de toevertrouwde dienst niet in de weg staat. Voor DAEB geldt dan ook een specifiek staatssteunregime, dat gedeeltelijk afwijkt van het gewone staatssteunregime. Daarover meer in Deel II van deze handreiking.

Wat DAEB nou precies zijn, of welke diensten voor de DAEB-status in aanmerking komen, wordt in het Verdrag verder niet omschreven. Uit de praktijk, beleid en jurisprudentie is dat inmiddels echter wel duidelijk.

1.1 Wat is een DAEB?

Voor een goed begrip van wat een DAEB is (en de toepasselijkheid van de Europese regels hierop) moet langs twee lijnen een onderscheid worden gemaakt.

Het eerste onderscheid betreft het verschil tussen gewone economische activiteiten en activiteiten met een publiek belang (ook wel Diensten van Algemeen Belang - DAB - genoemd).

Het tweede onderscheid, binnen de categorie DAB, is dat tussen economische activiteiten (Diensten van Algemeen Economisch Belang of DAEB) en niet economische activiteiten (Niet Economische Diensten van Algemeen Belang, of NEDAB, zie ook hieronder). Bij een DAEB gaat het om een economische activiteit met een publiek belang. Alleen als er sprake is van economische activiteiten heeft de (decentrale) overheid te maken met de staatssteunregels.

Bij lezing van het navolgende moet u rekening houden met het feit dat dezelfde dienst of activiteit een verschillend etiket kan dragen. Dat is afhankelijk van de manier waarop de dienst door een overheid is vormgegeven (binnen de overheid, door de overheid 'op afstand gezet', of uitbesteed aan een particulier bedrijf), en van de marktontwikkeling op een bepaald moment. De markt is immers dynamisch.

Zo zijn loodsdiensden, vroeger een zogenaamd overheidsprerogatief, inmiddels een 'reguliere economische activiteit'. Bij reguliere economische activiteiten is er geen sprake van specifieke overheidssturing ter borging van een 'algemeen belang'. Er is dus ook geen sprake van een DAEB.

Het berijdbaar houden van wegen door het strooien van zout in de winter kan volledig door de overheid, maar ook door een door de overheid gecontroleerde instelling of bedrijf, of in opdracht van de overheid door een particulier bedrijf verricht worden. De markt voor zoutstrooi-bedrijven ziet er in dichtbevolkte stedelijke delen van het land heel anders uit dan in afgelegen landelijke gebieden. In deze situaties gaat het om dezelfde dienst, maar zal een ander juridisch regime toegepast moeten worden. Dat heeft invloed op de vraag of een dienst als DAEB kan worden aangemerkt.

DAEB: een economische activiteit ...

Diensten van algemeen economisch belang (DAEB) zijn diensten die worden verricht door een 'entiteit' die bij het verrichten van deze dienst als 'onderneming' in de zin van het Europees recht valt aan te merken. Het begrip onderneming is door het Europese Hof van Justitie functioneel uitgelegd. Of een entiteit bij het verrichten van een dienst als onderneming kan worden aangemerkt is afhankelijk van de karakteristieken van de dienst, niet van aspecten als de juridische vorm, wijze van financiering of de aanwezigheid van een winstoogmerk. Ook een publiek orgaan of bijvoorbeeld een stichting kan dan ook als onderneming worden aangemerkt. Het karakteristieke aan de diensten waar het hier om gaat is dat er sprake is van een 'economische activiteit'. Een 'economische activiteit' is iedere activiteit waarbij goederen en/of diensten in concurrentie op een bepaalde markt worden aangeboden. Als er geen sprake is van een economische activiteit handelt de entiteit niet als een onderneming (en zijn de staatssteunregels ook niet van toepassing).

Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of activiteiten economisch van aard zijn. Deze beoordeling zal dan ook altijd afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Wel zijn er een aantal indicatoren die meewegen bij de beoordeling. Zo heeft het Europees Hof van Justitie in eerdere uitspraken aangegeven dat er geen sprake is van een economische activiteit als er, onder omstandigheden, sprake is van een zogenaamde 'typische overheidstaak', of als de activiteit wordt uitgevoerd om een zuiver sociaal doel te bewerkstelligen (zie voor meer informatie en voorbeelden van deze twee gevallen de hierna volgende paragraaf over NEDAB).

Sterke indicaties dat een activiteit wel van economische aard is, zijn:

- De aanwezigheid van winstgerichtheid bij de onderneming of instelling die de dienst levert.
- Een grote vrijheid van de onderneming om zijn gedrag door economische motieven te laten leiden. Af te leiden bijvoorbeeld uit het recht om eigen prijzen te bepalen.¹
- De aanwezigheid van meerdere aanbieders.

Omgekeerd volgt uit deze indicatoren ook dat wanneer een (decentrale) overheid er voor kiest om voor een aan haar toevertrouwde dienst geen markt te creëren, door de uitoefening hiervan aan zichzelf voor te behouden (de overheid vestigt dan een nationaal overheidsprerogatief), er geen sprake is van een economische activiteit (en dus van een handelen als onderneming). Denk hierbij aan de situatie waarbij een gemeente ervoor kiest om haar wettelijke taak op het gebied van bijvoorbeeld afvalinzameling (zie titel 10.4 Wet milieubeheer) zelf voor haar rekening te nemen door de inzameling van huishoudelijk afval door een gemeentelijke afvalinzamelingsdienst uit te laten voeren (in plaats van deze dienst bijvoorbeeld aan een derde uit te besteden).

Ook als de overheid een aan haar toevertrouwde dienst niet direct zelf uitvoert, maar uitvoerder niet of nauwelijks ruimte laat om zelf zaken als organisatie, prestatie en prijs te bepalen, is er geen sprake van een economische activiteit. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de manier waarop in Nederland de publieke drinkwatervoorziening is vormgegeven. In dit soort gevallen blijven de staatssteunregels dus buiten beeld.

... waarmee een algemeen belang wordt gediend

Een DAEB onderscheidt zich van reguliere economische activiteiten omdat er een publiek (algemeen) belang mee gemoeid is waarin door de markt niet, onvoldoende of op onjuiste wijze wordt voorzien. Kort gezegd: een DAEB zou niet of op voor de overheid onbevredigende wijze worden uitgevoerd als de overheid niet zou ingrijpen ('marktfalen²'). De overheid hecht zo veel belang aan bijvoorbeeld de beschikbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van dergelijke activiteiten dat ze als het ware wil garanderen (via 'overheidssturing' of 'specifiek overheidsingrijpen') dat deze activiteiten op haar voorwaarden worden aangeboden. Daarmee onderscheidt deze dienst zich van andere, reguliere economische activiteiten.

DAEB of niet: de beslissing is aan de overheid

De beslissing of een activiteit van algemeen belang wordt geacht ligt bij de (nationale of decentrale) overheid in kwestie. Er is hierbij sprake van een grote discretionaire bevoegdheid. Overheden zijn in beginsel zelf bevoegd te bepalen welke activiteiten zij 'van algemeen belang' achten, of ze een dienst als DAEB willen erkennen en hoe die moet worden uitgevoerd. Deze bevoegdheid is echter niet onbeperkt: de Europese Commissie (bijvoorbeeld in geval van een staatssteunmelding) en het Europese Hof van justitie (bij een conflict voor het Hof) kunnen achteraf toetsen of de overheid bij het aanwijzen van een DAEB geen 'kennelijke fout' heeft gemaakt, en of de toewijzing volgens de procedurele vereisten is verlopen.³

Voorbeelden van gevallen waar een 'kennelijke fout' aanwezig werd geacht zijn:

1. *Arrest Porto di Genova*⁴: uit dit arrest van het Europees Hof blijkt dat bepaalde havenwerkzaamheden in beginsel geen algemeen belang dienen dat hen van andere economische activiteiten onderscheidt. Daardoor zijn zij als reguliere economische activiteit en niet als DAEB of NEDAB (zie I.2) te beschouwen.
2. *Beschikking TV2 Denemarken*⁵: uit deze beschikking van de Europese Commissie blijkt dat commerciële internetdiensten van een geprivatiseerde, met DAEB belaste commerciële omroep niet als DAEB, maar als reguliere economische activiteit zijn te beschouwen.
3. *Beschikking Marktpassage Haaksbergen*⁶: de Commissie vindt dat de bouw, verkoop en verhuur van appartementen en winkelruimten van hoge kwaliteit, waarvan de toegang niet beperkt is tot een bepaalde sociale categorie, niet beschouwd kunnen worden als een DAEB.

4. Beschikking Grijswater circuits⁷: milieusteunmaatregelen ten behoeve van het aanleggen van distributiekanaalen voor 'grijswater' (gezuiverd afvalwater, hemelwater of oppervlaktewater), die geen openbaredienstverplichting inhouden maar op initiatief van een waterbedrijf worden genomen, kunnen niet beschouwd worden als een DAEB. Daarnaast was de maatregel gericht op een klein aantal industriële bedrijven in een bepaald gebied en niet op een groot aantal bedrijven of burgers.

Zijn er erkende voorbeelden van DAEB?

Of een dienst een DAEB kan zijn, is afhankelijk van de nationale, decentrale of lokale regelgeving en context. In dat licht moeten de voorbeelden worden gezien. In Nederland worden onder andere de inspectie van monumenten, publieke taken van notarissen, natuurbeheer door particuliere organisaties⁸ en parkeerbeheer⁹ gerekend tot DAEB.

Activiteiten die het Europese Hof in zijn uitspraken als DAEB heeft erkend zijn onder meer het bevaarbaar houden van een belangrijke waterweg¹⁰, het verzorgen van televisie-uitzendingen¹¹ ¹², post- en telecommunicatiediensten¹³, beheer van afvalstoffen¹⁴, arbeidsbemiddeling¹⁵, ambulancevervoer¹⁶ en exploitatie van niet-rendabele vervoerstrajecten¹⁷. De Europese Commissie heeft het aanleggen en exploiteren van breedbandnetwerken bij publieke instellingen en in afgelegen en achtergestelde gebieden¹⁸ alsook het voorzien in sociale woningbouw aan dit lijstje toegevoegd¹⁹.

1.2 Een nieuwe term: niet-economische diensten van algemeen belang (NEDAB)

Behalve de bovengenoemde economische activiteiten van algemeen belang, komen er ook nog activiteiten voor die wel een algemeen belang dienen maar die niet economisch van aard zijn, de zogenaamde NEDAB. De term NEDAB wordt bij het Protocol over diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon (het nieuwe EU-Verdrag) geïntroduceerd. Een NEDAB wordt daarmee onderscheiden van een DAEB en een DAB (de overkoepelende categorie). Op een NEDAB zijn de mededingingsregels niet van toepassing.

Zoals hierboven vermeld benadert de Europese Commissie het onderscheid tussen economische en niet-economische diensten van algemeen belang functioneel: of een dienst als een economische activiteit moet worden gezien kan niet a priori worden gezegd. Dat dient per geval te worden beoordeeld. In de praktijk blijken volgens de Commissie de meeste diensten 'economisch' van aard.²⁰

Zijn er voorbeelden van NEDAB bekend?

Tot dusver zijn twee soorten activiteiten erkend als niet-economische activiteiten: activiteiten gerelateerd aan de uitoefening van zogenaamde *typische overheidstaken* (exclusief behorend tot het overheidsdomein), en bepaalde activiteiten van *puur sociale aard*²¹. Denk aan het handhaven van de openbare orde, het verlenen van vergunningen, maar ook kwaliteitsbewaking van voedsel en de controle van het luchtverkeer. Een entiteit die zo'n taak uitvoert is geen onderneming - en de taak is dus geen DAEB.

Voorbeelden van NEDAB:

- dijkbewaking;
- politiezorg;
- publiek bekostigd onderwijs;
- publieke drinkwatervoorziening;
- controle en toezicht op het luchtruim, ter waarborging van de interne en externe veiligheid;²²
- het verrichten van milieu-inspectietaken in een zeehaven;²³
- rechtspleging;
- uitvoering van de wettelijke sociale zekerheid (onder voorwaarden);²⁴
- vakbonden voor zover zij hun sociale functie uitoefenen;
- politieke partijen;
- consumentenorganisaties, maatschappelijke organisaties, wetenschappelijke verenigingen;
- kerken (kernactiviteiten), liefdadigheidsinstellingen en hulpverleningsorganisaties.

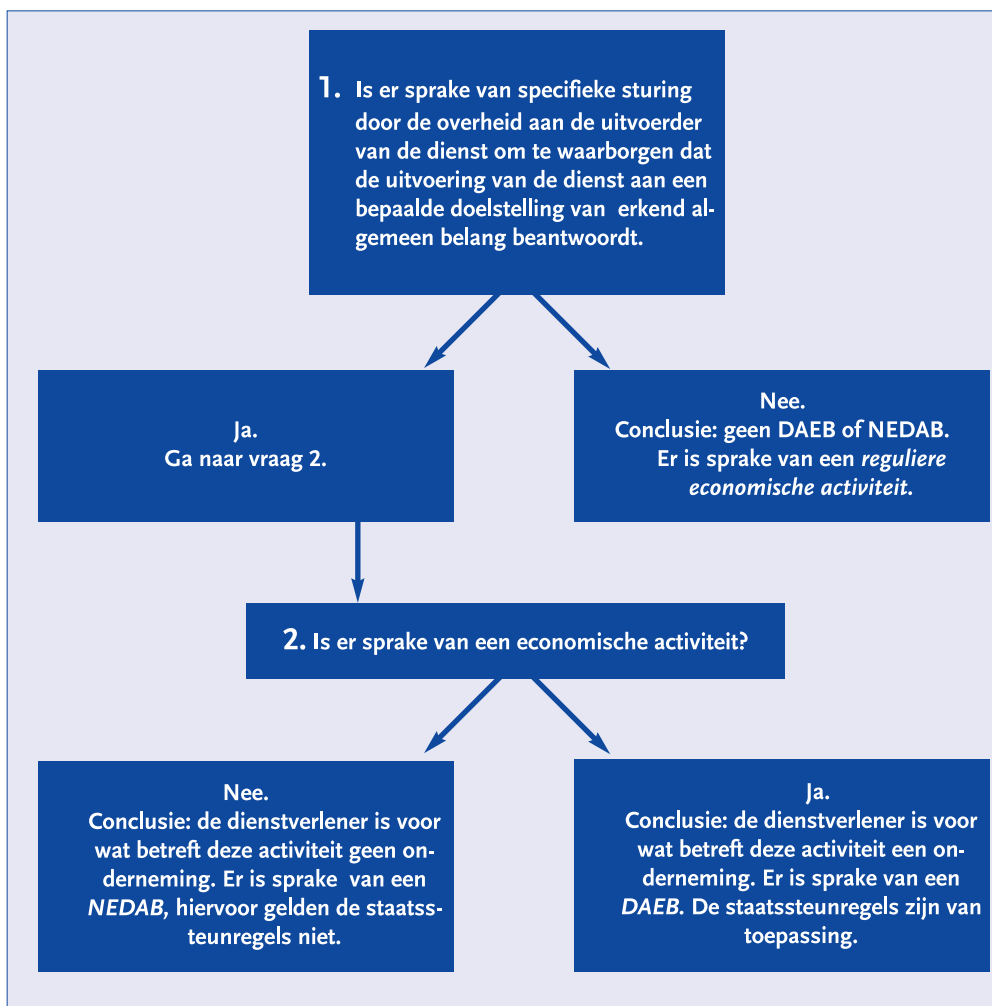
I.3 Afbakening DAEB, NEDAB en reguliere economische activiteit

Hiervoor is uiteengezet waarom bepaalde soorten activiteiten als DAEB, NEDAB dan wel een reguliere economische activiteit kunnen worden gekwalificeerd. In deze tabel zijn de verschillen tussen de drie weergegeven. Voor de betekenis van de termen zoals ‘economische activiteit’ moet u I.1 en I.2 weer raadplegen.

NEDAB, DAEB en reguliere economische activiteit			
	NEDAB	DAEB	Reguliere economische activiteit/dienst
Kenmerken	Activiteiten vinden plaats ter realisering van een algemeen belang EN De dienst is <u>geen</u> economische activiteit.	Activiteiten vinden plaats ter realisering van een algemeen belang waarbij specifieke regels van toepassing zijn om een specifiek door de overheid gewenst resultaat te bereiken EN De dienst is een economische activiteit.	Er is geen sprake van specifieke overheidssturing; activiteiten vinden niet plaats ter realisering van een algemeen belang. EN De dienst is een economische activiteit.
Zijn de interne markt- en mededingings/ staatssteunregels van toepassing?	Nee. Wel dient, als niet wordt gekozen voor uitvoering door de overheid zelf, bij uitbesteding rekening te worden gehouden met de aanbestedingsregels.	Ja. Bepaalde regulering/ steun is echter toegestaan om bijvoorbeeld kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de openbare dienst te waarborgen.	Ja, volledig.
Toets Europese Commissie en Europees Hof van Justitie?	In beginsel niet van toepassing, wel kan het Europees Hof bepalen of een dienst een NEDAB of DAEB betreft.	Bepaalde toetsing op kennelijke fouten, proportionaliteit, non-discriminatie en noodzakelijkheid.	Volledige interne markt- en mededingingstoets.
Voorbeelden	In Nederland: politie, publiek bekostigd onderwijs, publieke drinkwatervoorziening, riolering.	In Nederland: netwerksectoren, sociale woningbouw, afvalverwerking, spoedeisende zorg, publieke taken van notarissen.	Architecten, loodgieters, adviesbureaus, uitzendbureaus.

Bij de financiering van een DAEB moeten de staatssteunregels worden nageleefd. In Deel II komen deze regels aan bod. Om te bepalen of er rekening moet worden gehouden met die regels bij de financiering van een bepaalde dienst, moet worden nagegaan of er sprake is van een NEDAB, DAEB of reguliere economische activiteit. Bij deze afweging kan de (decentrale) overheid gebruik maken van het onderstaande beoordelingskader. Daarbij blijkt ook of staatssteunverplichtingen gelden.

Beoordelingskader NEDAB, DAEB en reguliere economische activiteit



I.4 DAEB in breder perspectief

DAEB hebben raakvlakken met veel andere juridische en beleidsmatige onderwerpen. Een aantal daarvan is hieronder op een rij gezet.

Wat is het verband tussen een DAEB en een openbare dienst(verplichting)?

Openbare dienst is een dubbelzinnige term omdat hij kan verwijzen naar de dienstverlenende instantie, of naar de taak van algemeen belang, die de instantie toegewezen wordt. Bij DAEB gaat het uitsluitend om de taak, niet om de instantie die hem uitvoert.

De term *openbare dienstverplichting*²⁵ wordt gebruikt voor de verplichtingen die de overheid aan een de uitvoerder van een DAEB oplegt 'om te waarborgen dat de uitvoering van een dienst aan bepaalde doelstelling van algemeen belang beantwoordt'. Denk aan de toegankelijkheid van de dienst, het aanpassingsvermogen van de dienst, de betaalbaarheid van de dienst, de continuïteit en kwaliteit van de dienst, een gelijke en universele behandeling van gebruikers bij de voorziening van deze dienst, langetermijnplanning etc.

Deze verplichtingen kunnen op communautair, nationaal of regionaal niveau gelden, en kunnen betrekking hebben op allerlei sectoren. Concrete voorbeelden zijn de verplichting om post binnen een dag te bezorgen, in alle uithoeken van het land, de verplichting aan de publieke omroep een bepaald percentage zendtijd aan culturele televisieprogramma's te besteden of een opdracht tot het verrichten van openbaar vervoer binnen een gebied. De uitvoerder van een DAEB kan aan openbare dienstverplichtingen gebonden worden via (meestal) wet- en regelgeving, maar ook door een 'service-level agreement' of een prestatiecontract tussen overheid en uitvoerder.

Wat is de betekenis van DAEB in de Europese Unie?

DAEB nemen een belangrijke plaats in in het huidige EG-Verdrag. Het EG-Verdrag en het Handvest van de grondrechten van de EU²⁶ leggen de Gemeenschap en de lidstaten een zorgplicht op met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang. Dit zijn middelen om ervoor te zorgen dat de gebruikers in de Europese Unie toegang hebben tot diensten van algemeen economisch belang. Wel blijft het in de eerste plaats de taak van de nationale, regionale en lokale overheden om diensten van algemeen belang te definiëren, te organiseren, te financieren en erop toe te zien. Dit is het concept van gedeelde verantwoordelijkheid. Gedeelde verantwoordelijkheid voor toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van DAEB behoort tot de beginselen van de Europese Unie.

Het recht van de (decentrale)overheden om specifieke openbare dienstverplichtingen aan marktdeelnemers op te dragen en op de uitvoering ervan toe te zien, is ook impliciet erkend in artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag. In dit artikel is ook neergelegd dat het Europese mededingingsrecht van toepassing is tenzij dit de uitvoering van DAEB verhindert.

Protocol bij het Verdrag van Lissabon

Aan het nieuwe EU-Verdrag is een 'Protocol betreffende diensten van algemeen belang'²⁷ toegevoegd. Het Protocol consolideert het juridisch EU-raamwerk. Het wordt voor het eerst in primair recht (in het Verdrag) vastgelegd dat de autoriteiten van de lidstaten een grote vrijheid hebben om te bepalen wat zij van publiek belang achten en hoe zij de voorziening van dat publiek belang ordenen. Ook legt het protocol vast dat de overheid regels en voorwaarden mag stellen om de kwaliteit van de DAEB te waarborgen, ze voor iedereen toegankelijk te maken en om ze betaalbaar te houden.

De positie van DAEB ten opzichte van staatssteunregelgeving zal bij inwerkingtreden van het nieuwe Verdrag niet veranderen. Omdat het gaat om economische diensten die in concurrentie op de markt worden aangeboden blijft het zo dat in beginsel de interne marktregels (inclusief de staatssteunregels) hierop van toepassing zijn. Ten behoeve van het goed functioneren van een DAEB kunnen echter nog steeds afwijkingen gelden, mits noodzakelijk, proportioneel en goed gemotiveerd.

Mededeling over diensten van algemeen belang

Het EU-beleid inzake DAEB is in ontwikkeling. De Europese Commissie heeft sinds 2001 een aantal beleidsdocumenten opgesteld (Mededeling 2001, Non- paper 2002, Groenboek 2003 en Witboek 2004) om de toegang tot en de beschikbaarheid van DAEB te verzekeren. In een recente Mededeling over diensten van algemeen belang²⁸ heeft de Commissie aangegeven het Protocol over DAEB (zie hiervoor) als leidraad voor toekomstig beleid te gebruiken.

Wat is de relatie tussen DAEB en de dienstenrichtlijn?

De Europese dienstenrichtlijn²⁹ (DRL) wil de vrije handel in diensten in Europa bevorderen, door het wegnemen van administratieve belemmeringen (denk aan vergunningvereisten, erkenningen, diplomaverreisten, etc.) die vestiging en verkeer van dienstverrichters hinderen. De DRL moet eind 2009 zijn ingevoerd.

De hoofdregel is dat de DRL alleen van toepassing is voor zover de desbetreffende activiteiten voor concurrentie zijn opengesteld. DAEB die op basis van een wettelijke inkadering en toewijzing van een alleenrecht worden uitgevoerd, vallen niet onder de DRL. De DRL laat bestaande monopolies van DAEB-uitvoerders met rust, en staat neutraal ten opzichte van (het tempo van) liberalisering van DAEB. Er worden ten aanzien van verschillende DAEB ook van de hoofdregel afwijkende regimes gehanteerd in de DRL. Bepaalde DAEB (bijvoorbeeld op vervoersgebied) zijn geheel van de werkingssfeer van de Richtlijn uitgezonderd, terwijl voor sommige andere (bijvoorbeeld postdiensten) wordt afgeweken van de bepaling van het vrij verrichten van diensten. Ten slotte kan, als DAEB betrekking heeft op het leveren van goederen, deze onder het vrije verkeer van goederen vallen.

Screening van relaties met dienstverleners

In het algemeen zijn de consequenties van de DRL voor DAEB's dus beperkt. Voor de praktijk verdient het echter wel aanbeveling dat (decentrale) overheden de relaties met 'vaste partners' screenen. De dienstenrichtlijn wordt namelijk wel onverkort van toepassing op eventuele reguliere economische activiteiten van ondernemingen die DAEB verrichten. Een heldere boekhoudkundige of juridische scheiding tussen de twee soorten activiteiten wordt hiermee des te meer van belang.

Vervoer en DAEB

Bijzondere positie

De vervoerssector neemt een bijzondere positie in voor wat betreft DAEB en compensatie voor DAEB. Voor de sector vervoer over land (spoor, weg en binnenwater) geldt een speciaal regime. Het primaire beoordelingskader voor steunmaatregelen in de sector vervoer over land wordt gevormd door artikel 73 EG-Verdrag. Dit artikel gaat voor (*lex specialis*) op het 'gewone' staatssteunregime van artikel 87 EG. Artikel 73 EG is onder meer uitgewerkt in twee Europese verordeningen. Verordening 1191/69 schrijft voor compensatie voor het verrichten van openbare diensten in de sector vervoer over land (spoor, weg en binnenwater) een dwingend kader voor. Verordening 1107/70 vormt het kader voor maatregelen met betrekking tot de coördinatie van het vervoer of openbare dienstverplichtingen die niet onder de toepassing van (onder andere) verordening 1191/69 vallen.

Als er sprake is van compensatie in de sector vervoer over land, dan moet eerst de toepasselijkheid van de verordeningen worden beoordeeld. Als deze niet van toepassing zijn, dan moet een maatregel worden getoetst aan de algemene verdragsbepalingen inzake staatssteun. Hiertoe behoort ook de toets aan de criteria van het Altmark-arrest (zie II.3.1).

Als de verordeningen niet van toepassing zijn en er sprake is van staatssteun (omdat niet aan de Altmark-criteria wordt voldaan, zie II.3.1) dan moet de maatregel in principe worden aangemeld bij de Europese Commissie.

PSO-Verordening

Op 3 december 2007 is een nieuwe Europese verordening gepubliceerd: de verordening betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg, of 'Public Service Obligations-verordening' (PSO).³⁰ Deze verordening vervangt de hiervoor genoemde verordeningen 1191/69 en 1107/70. Anders dan met deze verordeningen, is de PSO-verordening in principe niet van toepassing op binnenwateren. Lidstaten kunnen er echter wel voor kiezen om de werkingssfeer van de PSO-verordening uit te breiden tot binnenwateren. De PSO-verordening zal twee jaar na de publicatie van de definitieve tekst in het Publicatieblad van de EU in werking treden (op 3 december 2009), en kent wat de aanbestedingsplicht van openbaar vervoersdiensten betreft een overgangstermijn van tien jaar (tot en met 3 december 2019).

De PSO-verordening bevat de spelregels voor het verlenen van compensatie voor openbare dienstverplichtingen en/of het verlenen van exclusieve rechten als tegenprestatie voor het vervullen van die verplichtingen in de sector openbaar personenvervoer (spoor en weg). Compensaties die volgens de voorwaarden van de PSO-verordening worden verleend hoeven niet bij de Europese Commissie te worden aangemeld ter goedkeuring. De verordening bevat onder meer regels voor de inhoud van openbare dienstcontracten, de gunning van openbare dienstcontracten en de berekening van de compensatie.

(Niet-)toepasselijkheid Vrijstellingsbeschikking en Kaderregeling

De Vrijstellingsbeschikking (zie II.3.2) geldt niet voor staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst aan ondernemingen in de sector vervoer over land (spoor, weg, binnenwater). Dit houdt verband met de bovengenoemde specifieke verordeningen over compensatie in de sector vervoer over land. De Vrijstellingsbeschikking is wel van toepassing op compensatie voor de openbare dienst in het zee- en luchtvervoer, mits die compensatie ook voldoet aan sectorale regels (verordening 2408/92 en verordening 3577/92). De Kaderregeling (zie II.3.3) is niet van toepassing op de vervoerssector in z'n geheel.

Publieke omroepen en DAEB

Bijzondere positie

De Europese Commissie beschouwt de publieke omroep als een bijzondere DAEB.³¹ Ook de Lidstaten kennen de publieke omroep een bijzondere positie toe en daarom werd met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999 het interpretatieve Protocol betreffende de publieke omroep aan het EG-Verdrag gehecht.

Op publieke omroepen zijn een Vrijstellingsbeschikking (Beschikking van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van 28 november 2005³², zie ook II.3.2) en de 'Omroepmededeling' (Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen³³) van toepassing.

Landelijk

De Vrijstellingsbeschikking kan niet worden toegepast voor de landelijke publieke omroep, aangezien de financiering daarvan boven het drempelbedrag (jaarlijks € 30 miljoen) uitkomt. Voor de landelijke publieke omroep dient gekeken te worden naar de Omroepmededeling 2001 van de Commissie, waarin de beginselen en methoden voor de beoordeling van de verenigbaarheid van financiering voor de publieke omroep zijn neergelegd. De Commissie is een consultatie gestart voor een mogelijke herziening van de Omroepmededeling, met als doel meer gedetailleerde eisen op te nemen.

Lokaal en regionaal

De lokale en regionale publieke omroep vallen wel onder het toepassingsgebied van de Vrijstellingsbeschikking (financiering onder het drempelbedrag) en kunnen hier een beroep op doen. Ze zullen dan ook aan de andere voorwaarden van de beschikking moeten voldoen (zie hieronder).

Hoe is de publieke omroep 'staatssteunproof' te maken?

Lokale en regionale publieke omroep

Staatssteun die aan de Vrijstellingsbeschikking voldoet is verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en is vrijgesteld van de staatssteunmelding. De Vrijstellingsbeschikking kan pas worden toegepast als de betrokken omroep met de verantwoordelijkheid voor het beheer van de DAEB wordt belast door middel van een of meer officiële besluiten. In een dergelijk besluit moet voldaan worden aan bepaalde voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 4 van de beschikking (zie II.3.2). Met betrekking tot de lokale en regionale omroep zijn een aantal van deze voorwaarden in eerste instantie in de Mediawet bepaald.³⁴ Naast de Mediawet, subsidiebesluiten van gemeenten en provincies en de statuten van de lokale en regionale omroepen, is het aan te bevelen dat provincies en gemeenten een apart (aanwijzings-)besluit nemen waarin de voorwaarden van artikel 4 van de Vrijstellingsbeschikking nader worden ingevuld. Een concreet voorbeeld is het besluit van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant tot aanwijzing van DAEB uit te voeren door de Stichting Regionale Omroep Brabant (SROB).³⁵

Landelijke publieke omroep

In de nog lopende zaak van de Nederlandse publieke omroep heeft de Europese Commissie in haar eerste oordeel een aantal voorwaarden genoemd die gelden voor de financiering ervan (deze zaak is nog niet gesloten):

- de publieke omroep moet worden verplicht duidelijk omschreven taken te verrichten die beantwoorden aan democratische, sociale en culturele behoeften van de samenleving en taken moeten vooraf worden toegewezen aan de publieke omroep;
- er moet duidelijk en nauwkeurig worden vastgesteld wat de taak precies inhoudt en dat het daarbij om een openbare dienst gaat, zodat derden (commerciële ondernemingen) daar rekening mee kunnen houden bij het plannen van hun activiteiten;
- er moeten procedures worden ingevoerd om periodiek na te gaan of sprake is van structurele overcompensatie van de publieke omroep; in de eerdergenoemde beschikking in de ad hoc zaak acht de Europese Commissie een reserve van 10% van het jaarlijkse budget acceptabel;
- alle commerciële activiteiten moeten marktconform worden verricht en de nettowinst van de commerciële exploitatie van publieke dienstactiviteiten moet volledig worden meegerekend bij de berekening van de nettokosten van de publieke dienst en de bijbehorende compensatie;
- alle financiële relaties met commerciële dochtermaatschappijen moeten transparant en marktconform zijn (de commerciële dochtermaatschappijen moeten marktprijzen betalen voor producten en diensten van de publieke omroep en omgekeerd);
- elke vorm van commerciële exploitatie van programma's die onder de publieke taak vallen, waaronder de verkoop van programmarechten, dient marktconform te zijn (hierdoor wordt maximale opbrengst uit de commerciële exploitatie van publieke programma's gehaald).³⁶

Wat is de relatie tussen DAEB en 'markt en overheid'?

Voor DAEB gelden specifieke staatssteunregels, zoals beschreven in deze handreiking. Eveneens worden voor DAEB bepaalde uitzonderingen gemaakt op andere mededingingsregels. Dat geldt ook voor het wetsvoorstel inzake de problematiek van 'markt en overheid'.

In 2008 is een voorstel tot wijziging van de Mededingingswet gedaan³⁷, dat beoogt gedragsregels in te voeren voor overheden die economische activiteiten verrichten. Dit wetsvoorstel (ook wel bekend als wetsvoorstel Markt en Overheid) beoogt te voorkomen dat overheden bij het verrichten van economische activiteiten private ondernemingen oneerlijk beconcurreren. Om die reden is bijvoorbeeld bepaald dat overheden alle kosten moeten doorberekenen als zij een product of dienst op de markt aanbieden. Deze gedragsregel geldt niet als sprake is van een DAEB en de bekostiging daarvan uit de algemene middelen daarvoor noodzakelijk is. Een overheid houdt op deze wijze de vrijheid om in het algemeen belang een product of dienst onder de kostprijs aan te bieden.

Deel II

DAEB en staatssteun

DAEB en staatssteun

Inleiding

In deel I is vastgesteld wanneer een dienst een DAEB is (en wanneer niet). Dit deel gaat over de relatie tussen DAEB en de Europese staatssteunregels. We hebben al gezien dat de staatssteunregels van toepassing zijn voorzover de uitoefening van dienst hierdoor niet wordt verhinderd.

De overheid mag het verrichten van een DAEB in beginsel financieren. Voor de taak die de overheid oplegt, moet de uitvoerder van de DAEB een extra inspanning verrichten, en daarvoor mag ook extra betaald worden. Om te voorkomen dat deze financiering leidt tot concurrentievervalsing, moeten de (decentrale) overheden rekening houden met de Europese staatssteunregels. Als er sprake is van staatssteun, is het mogelijk dat er vrijstellingen van de meldingsplicht of speciale regels van toepassing zijn, maar ook dat een melding bij de Europese Commissie verplicht is. Die beoordeling moet de overheid zelf maken. In dit deel wordt beschreven hoe dit in zijn werk gaat.

De tabel hieronder is een praktische samenvatting van de regels die in dit deel uitgebreid worden beschreven. Aan de hand van de vragen kan de overheid in drie stappen bepalen of er bij de financiering van 'zijn' DAEB al dan niet sprake is van staatssteun, en of er sprake is van een kennisgevings- of meldingsplicht (zie ook het kader 'Melden of kennisgeven' op pagina 48). Het zal niet altijd nodig zijn het hele 'stappenplan' door de lopen. Afhankelijk van het antwoord wordt per vraag aangegeven of de lezer verder de materie in moet.

Melden of niet? Checklist voor een 'staatssteunproof' DAEB

Stap 1

Is er sprake van staatssteun? (II.1)

1. Is sprake van financiering van de DAEB met overheidsmiddelen? Nee ⇒ stop. Ja ⇒ ga verder.
2. Wordt economisch voordeel verschaft aan een onderneming? Nee ⇒ stop. Ja ⇒ ga verder.
3. Is er sprake van een selectief voordeel aan een onderneming? Nee ⇒ stop. Ja ⇒ ga verder.
4. Is er sprake van invloed op tussenstaatse handel die potentieel concurrentievervalsend is? Nee ⇒ stop. Ja ⇒ ga verder.

Stap 2

Is de de-minimisverordening van toepassing? (II.2)

1. Is de algemene de-minimis of een andere vrijstellingsverordening van toepassing? ⇒ Ja ⇒ stop (let wel op voorwaarden), Nee ⇒ ga verder.
2. Is de wegvervoer-, landbouw- of visserij- de-minimis van toepassing? ⇒ Ja ⇒ stop (let wel op voorwaarden). Nee ⇒ ga verder.

Stap 3

Gelden er specifieke DAEB-regels? Het Altmark-pakket (II.3)

1. Wordt voldaan aan voorwaarden van het Altmark-arrest? Ja ⇒ geen staatssteun, dus geen melding. Nee ⇒ ga verder.
2. Wordt voldaan aan voorwaarden vrijstellingsbeschikking DAEB? Ja ⇒ geen melding nodig, wel driejaarlijkse rapportage. Nee ⇒ ga verder.
3. Wordt voldaan aan voorwaarden van de Kaderregeling? Nee ⇒ stop (de staatssteun is in beginsel niet toegestaan). Ja ⇒ meldingsplichtige staatssteun.

II.1 Is er sprake van staatssteun?

Als een overheid in het kader van een publieke taak een economische activiteit van een onderneming financiert kan dat leiden tot staatssteun. Op die gevallen zijn de Europese regels voor staatssteun van toepassing. Als een overheid voor de verrichting van de DAEB méér betaalt dan de noodzakelijke (om de dienst conform de wensen van de overheid uit te voeren) netto-kosten (inclusief redelijke winst) is er sprake van *overcompensatie*. Dit is een vorm van (onrechtmatige) staatssteun.

In beginsel is staatssteun verboden. De Europese Commissie kan een steunmaatregel echter ook goedkeuren. Daartoe moet de overheid het voornemen om steun te verlenen melden bij de Europese Commissie. De vorm, de reden en het doel van de toegekende compensatie zijn niet van primair belang voor de vaststelling of sprake is van staatssteun; de uitwerking daarvan op de concurrentie, het effect, is bepalend.

Voor de beoordeling van een steunmaatregel gelden vier algemene criteria. Aan deze vier cumulatieve criteria uit artikel 87 lid 1 EG-Verdrag moet zijn voldaan wil er sprake zijn van staatssteun:

1. De steun wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd;
2. De steun verschaft een economisch voordeel aan een onderneming³⁸ dat zij niet langs de normale commerciële weg zou hebben verkregen;
3. Dit voordeel is selectief, het komt ten goede aan bepaalde onderneming(en);
4. Het voordeel vervalst de mededinging of dreigt die te vervalsen en heeft een (potentiële) invloed op de tussenstaatse handel.

Er bestaat geen economisch voordeel (en dus geen staatssteun) als de overheid voorwaarden hanteert die voor een particuliere investeerder onder exact dezelfde omstandigheden aanvaardbaar zouden zijn. Ook is er geen niet-marktconform voordeel als de overheid producten of diensten tegen een marktconforme prijs inkoopt, zoals na een openbare aanbestedingsprocedure. De Commissie kan het bestaan van 'economisch voordeel' (het tweede criterium) onder meer toetsen aan de hand van het zogenaamde *market economy investor principle* en het *market economy purchaser principle*.

Vaststelling of is voldaan aan het vierde criterium (dreigende vervalsing van de mededinging en de beïnvloeding van het handelsverkeer) is niet eenvoudig. De Commissie oordeelt al snel dat aan dit criterium is voldaan. Wanneer aan de eerste drie criteria is voldaan moet er daarom in principe al worden overgegaan tot melding van de steunmaatregel, tenzij er overduidelijk sprake is van een activiteit met slechts lokaal bereik. In de optiek van de Commissie ontbreekt zelden de invloed op de tussenstaatse handel.³⁹

Als de conclusie van de beoordeling is dat een maatregel positief scoort op alle vier de criteria en geen van de uitzonderingsmogelijkheden is van toepassing, is er in principe sprake van staatssteun. Staatssteunmaatregelen moeten ter beoordeling worden gemeld bij de Europese Commissie - behalve als gebruik kan worden gemaakt van een vrijstelling van meldingsplicht, zoals hieronder wordt beschreven.

II.2 Is de de-minimisverordening of een andere vrijstellingsverordening van toepassing?

Volgens de zogenaamde de-minimisverordening heeft steun die de € 200.000 in drie belastingjaren per onderneming niet overschrijdt geen ongunstig effect op het handelsverkeer tussen de lidstaten en/of wordt de mededinging door steun van deze omvang niet vervalst. Melden bij de Europese Commissie is dan ook niet nodig als deze verordening wordt toegepast. Voor ondernemingen die in het wegvervoer actief zijn ligt dit plafond op € 100.000. Voor de ondernemingen in de sector primaire productie van landbouwproducten geldt een de-minimisdrempel van € 7.500 euro steun binnen een periode van drie belastingjaren. Voor de visserij geldt een drempel van € 30.000.⁴⁰

Volledigheidshalve moet worden vermeld dat een overheid ook beroep kan doen op andere vrijstellingsverordeningen voor staatssteun. Tijdens het afronden van deze handreiking werkte de Europese Commissie aan een Algemene Groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun, waarin de bestaande vrijstellingsverordeningen worden gebundeld en uitgebreid. Deze vrijstelling zal van toepassing zijn op bepaalde vormen van steun ten behoeve van regionale investerings- en werkgelegenheidssteun, steun aan kleine en middelgrote ondernemingen (KMO), milieusteun, steun in de vorm van risicokapitaal, steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, opleidingssteun en steun voor kwetsbare en gehandicapte werknemers. De tekst van de vrijstelling is in juli 2008 vastgesteld. Daarnaast is er een vrijstellingsverordening voor de KMO, die actief zijn in de primaire productie van landbouwproducten. Ook werkt de Commissie aan een vrijstelling voor KMO in de visserijsector.⁴¹

Staatssteun die onder een vrijstellingsverordening valt, hoeft niet te worden aangemeld bij de Europese Commissie. Een kennisgeving bij de Commissie volstaat, waarna de steunmaatregel officieel wordt gepubliceerd in het Publicatieblad van de EU. Het gebruikmaken van een vrijstellingsverordening heeft het voordeel van weinig administratieve lasten. Er moet wel over de steunmaatregel gerapporteerd worden.

II.3 Gelden er specifieke DAEB-regels? Het Altmark-pakket

Als is vastgesteld dat er sprake is van staatssteun die niet onder de de-minimisgrens of een andere vrijstelling valt worden de specifieke staatssteunregels voor DAEB relevant. Deze regels worden ook wel het 'Altmark pakket' genoemd. Dit naar aanleiding van een arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak 'Altmark'.⁴² In het arrest werden voorwaarden gesteld waaraan compensatie voor het verrichten van een DAEB moet voldoen om niet als staatssteun te worden aangemerkt.

In aanvulling op het Altmark-arrest en ter verduidelijking hiervan heeft de Europese Commissie op 15 juli 2005 nadere regels vastgesteld die aangeven wanneer compensatie voor het verrichten van een DAEB wel staatssteun vormt, maar óf niet hoeft te worden gemeld in Brussel óf bij melding zal worden goedgekeurd. Deze regels bestaan uit een Vrijstellingsbeschikking, een Kaderregeling en (in aanvulling hierop) een wijziging van de Transparantierichtlijn. Met het Altmark-arrest vormen de vrijstellingsbeschikking en de kaderregeling een 'drietrapraket'. Per 'trap' worden de voorwaarden voor het inrichten van een DAEB versoepeld, maar worden tegelijkertijd wel zwaardere procedure- en rapportage-eisen gesteld. Bij het inrichten van uw DAEB kunt u hier rekening mee houden: gaat u voor 'geen staatssteun' en zorgt u dus dat u voldoet aan alle voorwaarden van het Altmark-arrest,

of acht u dat niet haalbaar of wenselijk en kiest u er voor de DAEB-financiering onder de vrijstelling te brengen? De afweging moet zorgvuldig plaatsvinden, want de (administratieve) gevolgen kunnen aanzienlijk zijn.

Bepaalde steunmaatregelen, bijvoorbeeld voor vervoer, landbouw of regionale omroepen die onder provinciale of gemeentelijke bevoegdheden vallen, zijn gebonden aan sectorspecifieke staatssteunregels. Deze sectorspecifieke steunregels zijn ook van toepassing in gevallen van financiering van een DAEB en gaan vóór op de algemene Altmark-regels. Enkele voorbeelden hiervan (vervoer, publieke omroep) zijn in Deel I in aparte kaders beschreven. Hier wordt alleen op de drie algemene onderdelen van het Altmark-pakket ingegaan.

Altmark en de staatssteunmelding

De tabel hieronder vat de onderdelen van het Altmark-pakket samen als een 'drietrapsraket'. De 'trappen' volgen elkaar op. Als de eerste niet van toepassing is kan de tweede van toepassing zijn, enzovoort. Bij de eerste twee trappen is een staatssteunmelding bij de Europese Commissie niet nodig.

De 'drietrapsraket' van het Altmark-pakket

1. Altmark-arrest.

Als de financiering van een DAEB voldoet aan de criteria van het Altmark-arrest (hierna aangeduid als: Altmark) is er geen sprake van staatssteun. Deze 'trap' wordt behandeld in II.1.1.

2. Vrijstellingsbeschikking.

Als de financiering niet voldoet aan de Altmark criteria maar valt onder de vrijstellingsbeschikking voor 'kleine' DAEB of gericht is op een aantal specifieke diensten, dan hoeft de financiering niet te worden gemeld bij de Europese Commissie. Er is wel een driejaarlijkse rapportage vereist. Deze 'trap' wordt behandeld in II.1.2.

3. Kaderregeling.

Als de financiering niet voldoet aan de Altmark criteria, en niet valt onder de vrijstellingsbeschikking, dan is er sprake van staatssteun die moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Als de financiering voldoet aan de criteria van de Kaderregeling voor 'grote diensten', kan de financiering - die immers staatssteun is - door de Europese Commissie worden goedgekeurd. Deze 'trap' wordt behandeld in II.1.3.

II.3.1 Eerste trap: het Altmark-arrest

Inleiding

Zoals gezegd wordt de basis van de regelgeving voor staatssteun en DAEB gevormd door het Altmark-arrest. In dat arrest bepaalde het Europese Hof van Justitie dat financiering ter compensatie van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen onder bepaalde omstandigheden geen staatssteun is.

Als wordt voldaan aan alle criteria van het Altmark-arrest is de conclusie ('geen staatssteun') hier dus dezelfde als wanneer niet voldaan zou zijn aan één van de criteria voor staatssteun, zoals behandeld in II.1 ('Is er sprake van staatssteun'). Dit komt omdat door het voldoen aan de Altmark criteria wordt geborgd dat er geen sprake is van een niet marktconform voordeel voor de entiteit die de DAEB uitvoert. Uit praktische overwegingen blijft het echter handig om eerst de algemene staatssteuntoetsen uit stap 1 en 2 te doen voordat wordt overgegaan tot de Altmark-toets. Het kan

immers zo zijn dat de financiering van DAEB geen staatssteun bevat omdat er bijvoorbeeld geen voordeel is van selectiviteit of overheidsmiddelen. Ook kan de toepassing van de de-minimisvrijstelling of andere vrijstellingsverordeningen (II.2), die verhoudingsgewijs weinig administratieve lasten met zich meebrengen, een eenvoudiger oplossing bieden dan het moeten vervullen van alle Altmark-criteria.

Het Europese Hof heeft in het Altmark-arrest de volgende criteria gesteld:

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn;
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld;
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is 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;
4. Als de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die de diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met (productie-)middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt (rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen).

Deze voorwaarden voor compensatie voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen worden in de praktijk vertaald als criteria waaraan de overheidsfinanciering van een DAEB moet voldoen om staatssteun te voorkomen. Let op: de genoemde voorwaarden zijn cumulatief! Als niet aan alle vier voorwaarden is voldaan, is er sprake van staatssteun en moet de financieringsmaatregel alsnog bij de Commissie worden aangemeld om goedkeuring te verkrijgen. Dit geldt overigens niet als de maatregel zo wordt vormgegeven dat aan de voorwaarden van de vrijstellingsbeschikking, die hierna wordt besproken, wordt voldaan.

Altmark, voorwaarde 1: belast met en omschreven

Deze voorwaarde is van fundamenteel belang. Immers: als de uitvoerder van de DAEB niet (formeel) is belast met de DAEB en de dienst niet is afgebakend, is niet meer te berekenen, laat staan te controleren, waarvoor de vergoeding wordt gegeven.

Het eerste deel van deze voorwaarde, 'daadwerkelijk belast met', wil zeggen dat de opdracht in een openbare officiële rechtshandeling moet zijn neergelegd (wetgeving, compensatiebesluit of contract, zie hiervoor ook Deel III van de handreiking). Deze officiële rechtshandeling moet openbaar of op aanvraag toegankelijk zijn. Denk hierbij aan een officiële publicatie.

Uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie blijkt dat – naast een bijzondere belasting – ook een 'samenstel van (Europese) regelgeving' voldoende is om aan te nemen dat een onderneming met een DAEB is belast⁴³. Een belasting blijkend uit een samenstel van regelgeving kan afgeleid worden uit een samenstel van plannen, wettelijke bepalingen en regelingen. Of zelfs uit overheidsbemoediging met bepaalde ondernemingsactiviteiten, mits aantoonbaar is dat de overheid heeft besloten een onderneming te belasten met een bijzondere taak. Duidelijk is echter dat een overheid een risico neemt door een taak op een impliciete wijze op te dragen⁴⁴. Geadviseerd wordt om een belasting steeds op basis van één of meer besluiten te doen.

Het tweede deel van deze voorwaarde, 'afgebakend', houdt in dat er een duidelijke omschrijving van de basisverplichting voor het verrichten van de diensten moet zijn, met daarin opgenomen⁴⁵

1. De aard van de openbardienstverplichtingen;
2. De betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied;
3. De verantwoordelijkheid voor het vaststellen van de verkoopprijs van de ondernemingen en de herzieningsvoorwaarden (op basis waarvan prijzen gedurende de looptijd van de aanwijzing bijgesteld mogen worden);
4. De aard van de eventuele uitsluitende of bijzondere rechten, die aan de ondernemingen worden toegekend (zie hieronder);
5. Het bedrag van de eventuele vergoeding die aan de ondernemingen wordt toegekend en de herzieningsvoorwaarden, en
6. De (beperkte) geldigheidsduur van de voorwaarden.

Bij het afbakenen van de verplichtingen is dus een gedetailleerde omschrijving van de gewenste diensten vereist. Als de keuze van de uitvoerder van de DAEB via een aanbestedingsprocedure wordt gemaakt bevatten de aanbestedingsdocumenten in de regel voldoende gedetailleerde omschrijvingen van verplichtingen om aan Altmark I te voldoen.

In het algemeen kan een parallel getrokken worden met een 'gewone' overeenkomst met een onderneming en de onderwerpen, die bij zo'n overeenkomst doorgaans aan de orde komen. Wat zijn precies de prestaties, die de onderneming moet leveren? Hoe vaak moet hij de diensten aanbieden? Aan wie, ten behoeve van wie? Hoe worden de prestaties van de onderneming gemonitord, aan welke kwaliteitseisen wordt de prestatie getoetst? Welke rapportageverplichting heeft de onderneming (welke managementinformatie dient deze bij te houden)? Aan welke resultaten wordt getoetst (performance-eisen)? Welk klachten-afhandelingssysteem dient toegepast te worden? Wat zijn de sancties als de onderneming niet aan de gestelde eisen voldoet?

Een voorbeeld van dit soort 'kwalitatieve verplichtingen' is een (regionale) publieke omroep die zich verplicht om een rampenomroepvoorziening te realiseren, die bij een ramp uiterlijk binnen 5 minuten na verzoek van de overheid operationeel kan zijn.

De duur van de voorwaarden

De DAEB moet voor een beperkte duur worden toegewezen, zodat de concurrentie niet voor een onevenredig lange periode wordt beperkt. De Commissie neemt als referentiepunt een periode van *vijf jaar*; een langere periode moet gemotiveerd worden.⁴⁶ Dit kan zich voordoen bij zeer kapitaalintensieve projecten, zoals bij breedband-⁴⁷ of veerdienstconcessies. In de PSO-verordening (vervoer over spoor en weg, zie kader 'Vervoer en DAEB' op pagina 24) is een maximumduur voor openbardienstcontracten van tien jaar voor busdiensten en vijftien jaar voor personenvervoerdiensten per spoor of met andere vormen van spoorvervoer opgenomen. De looptijd van deze contracten kan onder voorwaarden worden verlengd.

Bij de uitgifte van concessies kan ook gekozen worden voor het opleggen van de verplichting om de infrastructuur of het materieel tegen een volgens bepaalde normen vastgestelde prijs door te verkopen aan een eventuele andere concessiehouder, die na 5 jaar de concessie verkrijgt. Men verkleint dan de afschrijving die de eerste concessiehouder normaliter zal gebruiken (en zal doorberekenen in de tarieven). Er is echter geen voorbeeld van een

beschikking op dit terrein.

Afrondend wordt geadviseerd om de redenen waarom de DAEB langer dan 5 jaar wordt opgelegd of waarom geen 'doorverkoopverplichting' wordt opgelegd inzichtelijk te maken. Bijvoorbeeld wanneer doorberekening van kosten anders leidt tot te hoge tarieven voor afnemers van de diensten.

Op grond van de aard van de investeringen zijn uitzonderingen⁴⁸ mogelijk maar deze moeten naar behoren worden gemotiveerd. De overheid moet zorgen voor regelmatige controle, om te verzekeren dat de opgelegde taken daadwerkelijk worden vervuld en dat de vergoeding van de DAEB dus gerechtvaardigd blijft.

Uitsluitende en bijzondere rechten en de relatie tot DAEB

Voor de uitoefening van een DAEB kan het noodzakelijk zijn om een uitsluitend of bijzonder recht aan een onderneming⁴⁹ toe te kennen. Dankzij dit recht kan een onderneming binnen een bepaald geografisch gebied een dienst verrichten of een activiteit uitoefenen ongehinderd door vrije concurrentie (voor de definities en het onderscheid tussen uitsluitende en bijzondere rechten zie de begrippenlijst). Een uitsluitend of een bijzonder recht kan voor de uitoefening van een DAEB noodzakelijk zijn als de onderneming zonder deze rechten de haar opgedragen DAEB niet kan vervullen, of als de betrokken onderneming de hem opgedragen DAEB niet onder '*economisch aanvaardbare omstandigheden*' kan verrichten.⁵⁰

Zo kan de toekenning van een uitsluitend of bijzonder recht noodzakelijk zijn om de exploitatie rond te kunnen krijgen of om gedane investeringen terug te kunnen verdienen. Ook kunnen deze rechten nodig zijn om problemen met 'cherry picking' te voorkomen, waarbij een onderneming slechts de economisch rendabele activiteiten zou uitvoeren ten nadele van de verliesgevende activiteiten. Bijvoorbeeld: met de toekenning van een uitsluitend of bijzonder recht worden ondernemingen die investeringen hebben gedaan voor een landelijk dekkende dienstverlening, zoals in de netwerksectoren (energie, water-distributie, afvalverwerking), beschermd tegen ondernemingen die zich alleen toeleggen op economisch rendabele activiteiten (bijvoorbeeld postbezorging in grote steden of elektriciteitsvoorziening in industriële gebieden) en die niet belast zijn met universele dienstverlening of anderszins een wettelijke taakstelling hebben.

Bij de toekenning van bijzondere rechten aan meerdere ondernemingen moet rekening gehouden worden met een hogere compensatie dan bij toekenning van uitsluitend recht. De (winst)marges per bedrijf zullen immers lager zijn omdat er meerdere ondernemingen op de markt actief zijn. Als een uitsluitend of bijzonder recht wordt toegekend zonder daarbij een compensatie te verstrekken, zal er doorgaans geen sprake zijn van een met overheidsmiddelen bekostigd voordeel.

Ook is van belang dat de onderneming geen misbruik maakt van zijn machtspositie, en dat het uitsluitende of bijzondere recht de mededinging op bepaalde markten op geen enkele wijze meer beperkt dan noodzakelijk is om aan de regeling voor openbare- en universele dienstverplichtingen te voldoen waaraan de betreffende contractant is gehouden.

Altmark, voorwaarde 2: objectieve parameters

Het tweede Altmark-criterium vereist dat de parameters voor de berekening van de hoogte van compensatie vooraf en op een objectieve en doorzichtige wijze dienen te worden vastgesteld. Welk financieringssysteem de overheid hierbij gebruikt is niet van belang.

Objectieve parameters

Wat zijn nu precies objectieve en transparante parameters voor compensatie? Het gaat hierbij om door de overheid vastgestelde criteria of 'parameters' voor (1) berekening, (2) controle en (3) herziening van de compensatie van kosten.

Het Altmark-arrest geeft weinig concrete aanknopingspunten om te kunnen bepalen wat verstaan kan worden onder berekening en objectiviteit. Het Hof geeft aan dat er in het algemeen geen overcompensatie is, als alleen die kosten bij de berekening van de compensatie worden betrokken, die op basis van objectief gerechtvaardigde criteria zijn toegerekend.⁵¹ Een gedetailleerd kostentoerekeningssysteem kan daarbij helpen (zie hierover ook pagina 41, *Toerekening van kosten*).

Voorbeelden van toerekeningsparameters⁵² zijn:

- vierkante meters kantoorruimte, toe te rekenen aan de verschillende activiteiten;
- onderhoud, toe te rekenen aan de verschillende activiteiten;
- medewerkers naar rato van hun activiteiten;
- apparatuur naar rato van gebruik (niet naar rato inkomsten).

Advies met betrekking tot het toerekeningssysteem:

1. Neem in het compensatiebesluit als algemene norm op dat de uitvoerder van de DAEB een toerekeningssysteem gebruikt dat voldoet aan de eisen.
2. Laat de uitvoerder van de DAEB met een model voor zo'n toerekeningssysteem komen, en laat dit door een accountant beoordelen vóór besluitvorming.

Er kan ook een format vastgesteld worden met een standaard-kostenverdeelsysteem (zie bijvoorbeeld de format-offerte van de provincie Noord-Brabant⁵³) waar aanvragen of offertes standaard aan moeten voldoen.

De parameters moeten *vooraf* worden vastgesteld en kenbaar gemaakt. De parameters kunnen gelden voor een langere periode, bijvoorbeeld de subsidieperiode. Als de parameters vooraf vaststaan, heeft de overheid geen ruimte (discretionaire marge) bij het feitelijk beoordelen en vaststellen van de compensatie. Op het moment namelijk dat het mogelijk is achteraf nog aanvullende compensatie te verlenen of bepaalde criteria nader in te vullen, zal de compensatie niet voldoen aan de Altmark-criteria.

Hetzelfde geldt als de parameters het mogelijk maken, dat de uitbater van een DAEB op termijn meer verdient dan volgens het systeem van vergoeding van netto-kosten, inclusief redelijke winst (Altmark 3, zie hierna) wordt gerechtvaardigd. Of wanneer een aanbesteding is ingezet, nadat de parameters in een onderhandelingsprocedure met inschrijvers zijn bepaald. De parameters liggen dan niet tevoren vast.

De parameters moeten ook zeer precies in tijd en omvang in een document worden vastgelegd (bijvoorbeeld de totale kosten van een project, de kosten voor rekening van de overheid - procentueel en tot welk absoluut maximum -, en de afbakening in tijd).

Een voorbeeld is een subsidiebesluit dat gericht is aan een muziekschool. Hierin staat dat een bepaald maximum bedrag wordt uitgekeerd per leerling. Dit bedrag is samengesteld uit de vaste kosten en personeelskosten, die betrekking hebben op de DAEB (muziekonderwijs aan

jongeren tot 18 jaar). In het besluit wordt gedefinieerd welke groepen mensen als leerlingen worden aangemerkt (bijvoorbeeld jongeren tot 18 jaar). De kosten die voortvloeien uit andere activiteiten, bijvoorbeeld muziekonderwijs voor volwassenen, worden niet meegerekend. Het bedrag wordt vooraf, aan het begin van het cursusjaar uitgekeerd op basis van de te verwachte aantal leerlingen. Aan het eind van het cursusjaar vindt een verrekening plaats aan de hand van de daadwerkelijk binnengekomen leerlingen.

Overzicht van de financierings- en controlesystemen van de overheid

Ieder denkbaar compensatiesysteem voor DAEB is volgens Europees recht toegelaten, mits overcompensatie door een vooraf kenbaar gemaakte, sluitende, extern controleerbare parameter wordt uitgesloten. Bij al deze systemen is toegelaten dat de overheid de compensatie van de DAEB geheel voor haar rekening neemt, of een (groot) deel voor rekening van marktdeelnemers laat, al naar gelang in haar beleid past.

Voor de financiering⁵⁴ van DAEB maken overheden binnen de EU gebruik van (onder meer) een of meer van de volgende financieringssystemen:

- directe financiële ondersteuning via de overheidsbegroting (onder andere via subsidies);
- bepaling van een gemiddeld tarief;
- op solidariteit of op bijdragen van marktdeelnemers⁵⁵ berustende financiering;
- toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten (zie Altmark I).

Deze opsomming is uiteraard niet limitatief.

Altmark, voorwaarde 3: kosten, opbrengsten en redelijke winst

Het derde Altmark-criterium heeft betrekking op de kosten die gecompenseerd mogen worden. Het Hof bepaalt dat de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen (DAEB) geheel of gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komen, waarbij rekening gehouden moet worden met opbrengsten en een redelijke winst.

Het Altmark-arrest geeft geen nadere invulling aan de formule 'kostendeekkende compensatie, rekening houdend met opbrengsten en redelijke winst'. Wel kan er uit opgemaakt worden dat de vergoeding kostengerelateerd moet zijn. Exploitatiefinanciering van DAEB zonder een duidelijke relatie met kosten vormt staatssteun die moet worden aangemeld. Het zogenaamde 'SMART' maken van kosten (Specifiek, Meetbaar, Afrekenbaar, Realistisch, Tijdgebonden) kan hierbij behulpzaam zijn.⁵⁶

Onder 'opbrengsten' waarmee rekening moet worden gehouden wordt verstaan de uit de DAEB behaalde inkomsten, evenals de winsten uit andere activiteiten die verband houden met de uitvoering van de DAEB.

Veel subsidieregelingen bevatten als uitgangspunt dat overheidsfinanciering alleen gegeven kan worden als er een aantoonbare financiële noodzaak voor ondersteuning van overheidswege bestaat. Dit veronderstelt een systeem van vergoeding van kosten, die overblijven na aftrek van inkomsten. Volgens Europese rechtspraak mag de vergoeding alle extra kosten dekken, die zijn gemaakt voor het uitvoeren van de DAEB. De onderneming moet kunnen werken in economisch evenwicht en dus over een normale marge kunnen beschikken.

Alle opbrengsten, ook uit andere activiteiten dan de DAEB maar hiermee wel ‘verband houdend’, zullen na aftrek van een redelijke winst in mindering gebracht moeten worden om het bedrag aan compensabele extra kosten te bepalen.⁵⁷

Wat zijn inkomsten die ‘verband houden met’? Dit zijn bijvoorbeeld:

- inkomsten uit het organiseren van reizen voor derden (leden van de vereniging), georganiseerd door een publieke omroep;
- inkomsten die een luchthavenbeheerder geniet omdat hij uitsluitende of bijzondere rechten heeft, die verbonden zijn aan de uitvoering van de DAEB ⁵⁸;
- inkomsten die de beheerder van een verbrandingsoven geniet uit de verkoop van activa of baten uit het voortgezet gebruik van een afgeschreven oven.⁵⁹

Hoe zit het met inkomsten uit activiteiten, die geen verband houden met de DAEB? Het beleid van de Europese Commissie verplicht niet tot zogenaamde ‘omgekeerde kruis-subsidiëring’: financiering van DAEB door inkomsten uit activiteiten, die geen verband houden met de DAEB. Het staat (decentrale) overheden vrij om hier autonoom beleid op te ontwikkelen. Denk bijvoorbeeld aan ondernemingen die zijn belast met DAEB en aanzienlijke inkomsten realiseren uit nevenactiviteiten, in het verlengde van de uitoefening van de DAEB.

Begrip ‘redelijke winst’

‘Redelijke winst’ is in het algemeen de vergoeding op eigen kapitaal, rekening houdend met risico van onderneming. Het Europees Hof geeft in het Altmark-arrest weinig concrete aanknopingspunten. Als de vergoeding niet met een aanbesteding is bepaald hanteert de Commissie als maatstaf voor een redelijke winst, de marge behaald bij ‘ondernemingen, die gelijkwaardige activiteiten uitoefenen en een vergelijkbaar risico lopen’⁶⁰. Het begrip ‘redelijke winst’ is meer concreet ingevuld bij de 2e en 3e trap van de drietrapsraket, zie hieronder (II.3.2 respectievelijk II.3.3).

De Commissie heeft eerder onderkend dat ondernemerskwaliteiten bij het bepalen van de redelijke winst een grote rol spelen. Dat laat een ruime beoordelingsmarge⁶¹, maar is geen vrijbrief⁶². Aan de hand van een aanbesteding of een *benchmark* van andere, soortgelijke (ook buitenlandse) ondernemingen dient de redelijke winstmarge te worden vastgesteld (zie hierna bij Altmark, voorwaarde 4).

De winstmarges lopen per sector uiteen. Informatie over de gebruikelijke winstpercentages in verschillende sectoren kan worden ingewonnen bij bijvoorbeeld het CBS of de Kamers van Koophandel.

Altmark, voorwaarde 4: aanbesteden of vergelijken met een gemiddelde, goed beheerde onderneming (GGBO)

Als een overheid de uitvoering van een DAEB aanbesteedt, kan er van worden uitgegaan dat de winnende partij de dienst tegen een marktconforme prijs uitoefent. Er is dan in beginsel geen sprake van staatssteun⁶³ - met een aanbesteding is het vierde Altmark-criterium vervuld.

Altmark verplicht in beginsel niet tot aanbesteden (zie voor een belangrijke nuancering van deze conclusie het kader ‘Moet de keuze van een DAEB-uitvoerder worden aanbesteed?’ op pagina 53). De hoogte van de compensatie kan ook worden vastgesteld door middel van een zogenaamde *benchmark*, een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen. Dit kan bijvoorbeeld worden bepaald aan de hand van een onafhankelijk onderzoek naar wat

redelijkerwijs de (bedrijfseconomische) kosten op de markt van het betreffende bedrijf zouden zijn of via een gesimuleerde aanbesteding.

Deze voorwaarde wordt ook wel de 'efficiencyvoorwaarde' genoemd. In de visie van het Europese Hof van Justitie kan het niet zo zijn dat een kostengerelateerde compensatie gegeven wordt aan een onderneming, die zeer inefficiënt werkt. De overheid mag geen inefficiency in de markt in stand houden. Daarom dient als benchmark een gemiddelde goed beheerde onderneming gebruikt te worden. Maar welke bedrijven kunnen als benchmark worden gebruikt? Soms moet een bedrijf van over de landsgrenzen als maat genomen worden. Als dit niet mogelijk is kan ook een bedrijf uit een vergelijkbare sector gekozen worden.⁶⁴

Voorbeelden van 'zuivere Altmark': Pyrénées-Atlantiques, Limousin, en BUPA

De staatssteunbeschikkingen in de Franse zaken Pyrénées-Atlantiques (N-381/2004) en Limousin (N-382/2004) gingen om de aanleg en exploitatie van een breedbandnetwerk in een buitengebied. Onderzoek maakte duidelijk dat de op de markt beschikbare breedbanddiensten onvoldoende waren om aan de wensen van de bevolking tegemoet te komen (marktfalen). De Europese Commissie keurde de cofinanciering door de overheid goed, omdat die voldeed aan de criteria van het Altmark-arrest. Daarmee werd toegang tot breedbanddiensten (uitsluitend investeringen in het netwerk), voor het eerst gekwalificeerd als een DAEB. De Commissie heeft in deze beschikking de Altmark-criteria nader uitgewerkt.

De Franse autoriteiten werkten eerst scenario's uit, waarbij ze variabelen als de dekkinggraad van het gebied, de maximale subsidie, de hoogte van de investeringen, enzovoort gebruikten. Op die manier konden op 'objectieve en transparante wijze' verschillende oplossingen voor de uitvoering en bekostiging van de openbare dienst worden doorgerekend, en kon worden vastgesteld op welke manier de gewenste diensten tegen de laagst mogelijke kosten konden worden verricht.

Vervolgens schreven de autoriteiten een openbare aanbesteding uit, om te komen tot de keuze van de concessionaris. Die werd verplicht om een juridisch onafhankelijke bedrijfseenheid op te zetten, waarvan de bankrekeningen regelmatig gecontroleerd werden. Door het afsluiten van een 'terugbetalingsregeling' hield men bovendien rekening met inkomsten die wellicht boven een redelijke winst uit zouden komen.

Opvallend was dat de winnaar niet alleen aan de hand van kwantitatieve, maar ook op basis van kwalitatieve criteria (dekkinggraad van het gebied, 'kwaliteit' van het businessplan) werd geselecteerd. 'Altmark IV' werd zo eerder functioneel dan letterlijk geïnterpreteerd. De Commissie keek naar het doel van het criterium (laagste kosten en meest efficiënte uitvoerder), en stelde vast dat de methode die de Franse autoriteiten daarvoor gebruikten de beste was.

De Commissie ging dus akkoord omdat in dit geval het hanteren van kwalitatieve criteria en een slechts gedeeltelijk openbare procedure als noodzakelijk werden beschouwd om tot het gewenste resultaat te komen. Daarbij werd in aanmerking genomen dat het, gezien de complexiteit en de ontwikkeling van de techniek, onmogelijk was de opdracht van tevoren helemaal te specificeren.

In de zaak BUPA e.a. vs. Europese Commissie, (T-289/03) gaat het Gerecht van Eerste Aanleg uitgebreid in op de vereisten waaraan voldaan moet zijn om te kunnen spreken van een dienst van algemeen economisch belang. Het Gerecht verheldert onder meer dat geen sprake hoeft te zijn van een expliciete opdracht aan een onderneming om een dienst van algemeen economisch belang te verrichten. Het volstaat dat dat kan worden afgeleid uit de context van de situatie. In dit geval ging het om Ierse zorgverzekeraars, die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang omdat ze een acceptatieplicht hebben, levenslange dekking moeten verlenen, en een vastgesteld minimumpakket moeten bieden tegen een door de overheid bepaald tarief.

11.3.2 Tweede trap: de Vrijstellingsbeschikking voor DAEB

Inleiding

Als de financiering van een DAEB niet voldoet aan de Altmark-criteria is er sprake van staatssteun. Normaal gesproken is er voor staatssteun een meldingsplicht bij de Europese Commissie. Als de steun voor DAEB echter valt onder de Vrijstellingsbeschikking voor DAEB⁶⁵, hoeft de financiering niet ter goedkeuring te worden aangemeld bij de Commissie. De beschikking bepaalt dus onder welke voorwaarden compensaties aan ondernemingen belast met een DAEB verenigbaar zijn met de staatssteunregels. De voorwaarden die de beschikking stelt worden hieronder nader toegelicht.

De vrijstelling is van toepassing op jaarlijkse compensaties die de 30 miljoen euro niet overschrijden, mits de omzet van de onderneming die belast is met de DAEB onder de 100 miljoen euro per jaar blijft. De Europese Commissie verwacht dat veel lokale diensten zoals thuiszorg en lokale radio daardoor onder de vrijstelling zullen vallen. Een aanmelding acht zij niet nodig omdat de kans op ernstige vervalsing van de mededinging op deze beleidsterreinen klein is. De vrijstelling verplicht wel tot een rapportage om de 3 jaar.

Verder bepaalt de vrijstelling dat compensaties voor ziekenhuizen en sociale woningbouw evenmin aangemeld moeten worden, ongeacht de omvang van de financiering. Ook compensatiebetalingen voor zee- en luchtvervoer naar kleine eilanden (minder dan 300.000 passagiers per jaar), steun aan kleine luchthavens (minder dan 1.000.000 passagiers per jaar) en kleine havens (minder dan 300.000 passagiers per jaar), worden vrijgesteld van aanmelding.

Volgens de Commissie hebben geringe compensatiebedragen die worden toegekend aan ondernemingen die met het beheer van een DAEB zijn belast en die een beperkte omzet hebben, geen invloed op het handelsverkeer en de mededinging in een mate die strijdig is met het belang van de Europese Gemeenschap. Daarom heeft zij deze vrijstelling van de aanmeldingsplicht in het leven geroepen. Voor wat betreft ziekenhuizen en woningcorporaties die zijn belast met het beheer van een DAEB is de Commissie van oordeel dat, gezien de huidige stand van de ontwikkeling van de interne markt in die sectoren, een koppeling aan bepaalde omzet- en compensatiebedragen niet nodig is. Zij vallen dus sowieso onder de vrijstelling (mits aan alle voorwaarden hieronder voldaan is).

Om onder de Vrijstellingsbeschikking te vallen moet aan drie voorwaarden worden voldaan, die corresponderen met de eerste drie voorwaarden uit het Altmark-arrest.

Vrijstelling, voorwaarde 1: belast met en omschreven

De eerste voorwaarde die de beschikking stelt is meteen ook de belangrijkste. Deze houdt in dat een uitvoerder dient te worden belast met de DAEB door middel van een of meer officiële besluiten. Zie artikel 4 van de Vrijstellingsbeschikking:

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 openbare dienstverplichtingen;
- b. de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied;
- c. de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de ondernemingen 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.

Zorgvuldige naleving van deze voorwaarde is van groot belang. Hiervoor moet de overheid dezelfde aanpak volgen als bij de eerste Altmark-voorwaarde, zoals hiervoor beschreven in II.3.1 (Altmark, voorwaarde 1).

De Commissie verzoekt de lidstaten *'bij het vaststellen van de openbare dienstverplichtingen 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'* (overweging 10 Vrijstellingsbeschikking).

Vrijstelling, voorwaarde 2: objectieve parameters

De Vrijstellingsbeschikking vereist, net als bij het Altmark-arrest, dat parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op 'objectieve en doorzichtige wijze' worden vastgesteld. In artikel 5 van de Vrijstellingsbeschikking is een regeling neergelegd voor de berekening van compensatie en de 'redelijke winst'. Deze bepaling dient nauwgezet te worden nageleefd, om extern financieel toezicht mogelijk te maken.

Onder kosten worden volgens de Vrijstellingsbeschikking alle kosten verstaan die direct zijn gerelateerd aan het beheer van de DAEB.

Kosten van andere activiteiten dan de DAEB mogen niet worden verrekend met de kosten van de DAEB. Als dezelfde middelen (personeel, uitrusting, vaste installaties) worden gebruikt voor de DAEB én voor de andere activiteiten, dienen de kosten te worden uitgesplitst aan de hand van 'objectief te rechtvaardigen criteria' (deze worden hiervoor bij Altmark 2 beschreven).

Toerekening van kosten

Wat mag worden toegerekend als de onderneming naast een DAEB ook nog een andere economische activiteit ontplooit?

- Alle variabele kosten voor zover uitsluitend ten behoeve van de DAEB;
- Een evenredige bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten die voortkomen uit de dienst van algemeen economisch belang plus een redelijke winst. Daarvoor is een duidelijke uitsplitsing van de vaste kosten noodzakelijk;
- Een passende vergoeding voor het voor de DAEB bedoelde kapitaal (voor zover niet willekeurig vastgesteld);
- De kosten van investeringen, voor zover deze noodzakelijk zijn voor de DAEB.

Bijvoorbeeld: de exploitant van een luchthaven voert een DAEB uit (het faciliteren van opstijgen en landen van vliegtuigen, het parkeren ervan, het afhandelen van passagiers en hun bagage, het uitvoeren van de beveiliging van passagiers en hun bagage, waaronder het faciliteren van grenscontrole). Daarnaast voert hij in zijn gebouw andere economische activiteiten uit, zoals de exploitatie van winkels. In dit geval mag hij de gemeenschappelijke vaste kosten, zoals schoonmaak en beveiliging van het gebouwencomplex, toerekenen aan de

DAEB, mits uitgesplitst en evenredig toegerekend aan DAEB en andere economische activiteit (bijvoorbeeld naar rato van het aantal gebruikte vierkante meters vloeroppervlak).

Kostentoerekeningssystemen

De Vrijstellingsbeschikking eist (artikel 5 leden 1 en 2) dat de uitvoerder van de DAEB een kostentoerekeningssysteem hanteert. Het toerekeningssysteem dient de principes aan te geven op grond waarvan wordt vastgesteld hoe de kosten van de productiemiddelen worden toegerekend aan DAEB. Dit gebeurt op basis van 'algemeen aanvaarde bedrijfseconomische grondslagen' naar de mate waarin de productiemiddelen worden gebruikt voor uitvoeren van de DAEB. Het toerekeningssysteem moet transparant zijn, en het moet duidelijk zijn dat een andere toerekening niet mogelijk is.

Als behoefte bestaat aan zekerheid over de kwaliteit, de betrouwbaarheid of aanvaardbaarheid van het kostentoerekeningssysteem kan een accountant worden ingeschakeld. Gezien de complexiteit van de materie en de afbreukrisico's verdient aanbeveling dat de overheid in offerteaanvragen voor DAEB standaard een verklaring van een accountant vraagt.

Reserves

Als een onderneming zowel reguliere economische activiteiten als een DAEB uitvoert, bestaat de mogelijkheid dat bij beide activiteiten reserves ontstaan. Als er een gescheiden boekhouding wordt gevoerd is er in ieder geval geen risico van vermenging van reserves van deze activiteiten. De compensatie voor kapitaalvergoeding en de inzet van risico-egaliseringsreserves en voorzieningen dient volgens de Commissie gebaseerd te zijn op een strategisch plan van de uitvoerder van de DAEB. De overheid moet compenseren zoals een particuliere marktgerichte investeerder dat onder vergelijkbare omstandigheden zou doen.⁶⁶ Overschotten mogen volgens de Commissie alleen bij het eigen kapitaal gevoegd worden op doorzichtige voorwaarden, na een uitdrukkelijk besluit en voor een bepaald doel, overeenkomstig de regels voor kapitaaloverdracht.

Het verdient aanbeveling dat compensatieregelingen een beleidsregeling voor het beoordelen van reserves bevatten. Het ontbreken van een strategisch beheersplan voor reserves bij ontvangers van compensatie is voor de Europese Commissie een indicatie om overcompensatie aanwezig te achten.

Als daar aanleiding voor is kan op basis van nationale of decentrale beleidsoverwegingen (Europese regelgeving verplicht hier niet toe) een verrekenings- en reservebeleid voor winsten uit nevenactiviteiten geformuleerd worden, gebaseerd op artikel 5 lid 3

Vrijstellingsbeschikking:

*De betrokken lidstaat kan besluiten dat de met andere activiteiten buiten de dienst van algemeen economisch belang behaalde winsten geheel of gedeeltelijk voor de financiering van de dienst van algemeen economisch belang moeten worden bestemd.*⁶⁷

Vrijstelling, voorwaarde 3: kosten, opbrengsten en redelijke winst

Deze voorwaarde eist dat de compenserende overheid zeker stelt dat de compensatie niet hoger is dan nodig om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. Ook moet de compensatie daadwerkelijk worden gebruikt voor de DAEB. Dit laat de mogelijkheid van de onderneming om een redelijke winst te genieten onverlet.

Opbrengst

Artikel 5 van de Vrijstellingsbeschikking biedt een volledige regeling voor diverse inkomstensoorten. Hieronder vallen alle met de DAEB behaalde inkomsten. Te denken valt aan belastingvrijstellingen en -verminderingen, kapitaal, compensatie, subsidies, zachte leningen, afzien van winst, het niet terugvorderen van verschuldigde bedragen en het afzien van een normale vergoeding voor diensten.⁶⁸

Als voordelen in natura worden toegekend (bijvoorbeeld gebruik van kantoorruimte) wordt er van uitgegaan dat hiermee kosten worden vergoed waarvoor anders financiering moet worden gezocht. Als deze voordelen mede ten goede komen aan reguliere economische activiteiten die geen DAEB vormen, moet de normale waarde die in het regulier economisch verkeer aan de prestatie toegekend wordt (het 'bruto-subsidie-equivalent') worden gebruikt bij de berekening.⁶⁹

De (decentrale) overheid kan op basis van eigen beleidsoverwegingen beslissen dat óók inkomsten van andere economische activiteiten dan de DAEB voor de financiering van de DAEB worden gebruikt. Zoals hiervoor bij Altmark 3 is opgemerkt, verplicht Europese regelgeving hier niet toe, maar laat er wel de ruimte voor in de Vrijstellingsbeschikking (artikel 5, lid 3).

Als bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend die verband houden met een DAEB die een hogere winst opleveren dan een redelijke winst, moeten deze voordelen bij de inkomsten worden gevoegd. Ook andere eventuele door de staat toegekende voordelen moeten bij de inkomsten worden meegerekend.

Redelijke winst

Zie artikel 5, lid 4 Vrijstellingsbeschikking:

Voor de toepassing van deze beschikking wordt onder „redelijke winst” begrepen een vergoeding op het eigen kapitaal waarbij rekening wordt gehouden met het risico voor de onderneming, of het ontbreken daarvan, door het optreden van de lidstaat, met name wanneer deze laatste uitsluitende of bijzondere rechten verleent. Dit percentage mag in de regel niet hoger liggen dan het gemiddelde percentage dat in de betrokken sector tijdens de laatste jaren is vastgesteld. In sectoren waar er geen onderneming is die met de met de dienst van algemeen economisch belang belaste onderneming valt te vergelijken, kan een vergelijking worden gemaakt met ondernemingen uit andere lidstaten of zonnodig uit andere sectoren, mits met de specifieke kenmerken van elke sector rekening wordt gehouden. Om te bepalen wat een redelijke winst is, mag de lidstaat stimulerende criteria invoeren, afhankelijk van met name de kwaliteit van de aangeboden dienst en winst inzake de productie-efficiëntie.

Een DAEB mag een redelijke winst genereren, maar het redelijke winst- of rendementspercentage mag in de regel niet hoger liggen dan het percentage in de betrokken sector in de laatste jaren. Mocht een vergelijking daarmee niet mogelijk zijn, dan moet een vergelijking worden gemaakt met ondernemingen uit andere lidstaten of ondernemingen uit een vergelijkbare sector. Dit zal per geval moeten worden bekeken.

Uitgangspunt bij het bepalen van een redelijke winstmarge is het rendement op investeringen, waarbij ook rekening mag worden gehouden met het risico dat een onderneming loopt bij het verrichten van een DAEB. Tevens mogen stimulerende criteria

worden ingevoerd, waarbij de te behalen redelijke winst afhankelijk wordt gesteld van de kwaliteit van de dienst en de productie-efficiëntie.⁷⁰

Bij deze rendementsbepaling gaat het om het rendement op het eigen vermogen dat gebruikelijk is in de sector waarin de begunstigde actief is. Uitgangspunt hierbij is dat de begunstigde onderneming uit de te ontvangen vergoedingen haar verschafters van kapitaal kan vergoeden, zowel van vreemd kapitaal als van eigen vermogen.

Overcompensatie

Bij het inrichten van de DAEB moeten duidelijke en objectieve criteria worden vastgesteld om te bepalen op welke wijze wordt berekend of sprake is van overcompensatie. Deze criteria of parameters dienen te worden gekoppeld aan de werkelijke resultaten.

Bijvoorbeeld: compensatie (subsidie, natura, belastingvoordeel en dergelijke) is maximaal 110 procent van kosten inclusief redelijke winst min de opbrengsten.

Overcompensatie is een vergoeding aan een exploitant van een DAEB, die niet beperkt is tot werkelijk gemaakte netto-kosten (vast en variabel) plus een redelijke winstmarge.

Ook moet bij het inrichten van de DAEB te worden bepaald op welke manier, en binnen welke termijn, de overcompensatie moet worden terugbetaald.

Controle op overcompensatie

Of sprake is van overcompensatie moet regelmatig, in ieder geval jaarlijks, aan de hand van de vooraf vastgestelde criteria/parameters worden getoetst.⁷¹ Eventuele overcompensatie mag ook een jaar later worden verrekend. In de Vrijstellingsbeschikking is de 'over te hevelen overcompensatie' vastgesteld op tien procent van de jaarlijkse compensatie. De overcompensatie moet dan op het compensatiebedrag dat voor die periode zou worden uitbetaald in mindering worden gebracht. In de sector sociale huisvesting mag overcompensatie tot 20% van de jaarlijkse compensatie naar de volgende periode worden meegenomen, mits de betrokken onderneming uitsluitend DAEB beheert.

Als de staat (rijk, provincie of gemeente) aandeelhouder is van een openbaar bedrijf moet de overcompensatie op marktconforme wijze als kapitaal worden ingebracht in de onderneming.⁷²

In het algemeen geldt dat indien overcompensatie van meer dan tien procent wordt toegestaan door de betrokken overheid, omdat dat voor het beheer van de DAEB noodzakelijk is, dit bij de Commissie moet worden gemeld. Overcompensatie kan ook worden gebruikt ter financiering van andere door dezelfde onderneming beheerde diensten van algemeen economisch belang. Dit moet dan wel duidelijk in de boekhouding worden verantwoord. Uit de staatssteunpraktijk blijkt dat een toets door een onafhankelijke accountant extra zekerheid kan bieden over de vraag of een overcompensatie is voorkomen.⁷³

Controle, bewaarplicht en rapportage

Als aan de voorwaarden van de vrijstellingsbeschikking is voldaan hoeft de steun niet gemeld te worden bij de Europese Commissie. Dat betekent echter niet dat de overheid 'van Brussel af is'. Hoewel er (anders dan bij een vrijstellingsverordening) ook geen kennisgeving bij de Europese Commissie vereist is, geldt wel een bewaarplicht van alle dossiergegevens gedurende 10 jaar.

Als gebruik gemaakt wordt van de beschikking moet daar bovendien om de 3 jaar over gerapporteerd worden aan de Europese Commissie.

De rapportage moet de Commissie de mogelijkheid te geven te controleren of de beschikking conform de regels wordt uitgevoerd. Het ministerie van Economische Zaken coördineert de rapportage voor Nederland. Voor gemeenten en provincies verloopt de rapportage via het Coördinatiepunt staatssteun van het ministerie van BZK. Het eerste verslag moet op 19 december 2008 zijn ingediend. Het Coördinatiepunt zal tijdig een herinnering en een rapportageformulier sturen.

De Vrijstellingsbeschikking is summier over de inhoud van de rapportage. De Commissie heeft Nederland echter inmiddels laten weten welke elementen zij in het verslag opgenomen wil zien. Op dit moment zijn dat in ieder geval de volgende:

- Het bedrag aan steun dat voor de dienst van algemeen economisch belang is verleend;
- Een toelichting op de contractuele en/of wettelijke vorm(en) waarmee de betrokken onderneming (conform artikel 4 van de beschikking) met de dienst van algemeen economisch belang is belast;
- Een toelichting van de adviezen of (boekhoudkundige) regels die aan de onderneming zijn gegeven om kruissubsidiëring te voorkomen, om te zorgen voor een transparante toerekening van de kosten en ter voorkomen van overcompensatie (conform artikel 5 van de beschikking);
- Een toelichting (conform artikel 6 van de beschikking) op de wijze waarop het controlestelsel is ingevoerd. Of dit door de eigen ambtenaren of met externe accountants is gedaan, hoeveel controles zijn verricht, etc;
- In geval van overcompensatie: of er een verzoek tot terugbetaling is gedaan, en zo ja, voor welk bedrag en voor welke percentages dit succes heeft gehad.

11.3.3 Derde trap: de Kaderregeling voor DAEB

Inleiding

Als de financiering niet voldoet aan de Altmark criteria, en niet valt onder de Vrijstellingsbeschikking, dan is er sprake van staatssteun die moet worden aangemeld bij de Europese Commissie. Als deze echter voldoet aan de criteria van de Kaderregeling voor 'grote diensten', kan deze financiering door de Europese Commissie worden goedgekeurd. De Kaderregeling is van toepassing op jaarlijkse compensaties boven € 30 miljoen, en bij ondernemingen met een jaaromzet boven de € 100 miljoen. De sectoren vervoer en openbare omroep vallen buiten de kaderregeling.

De Kaderregeling stelt nagenoeg dezelfde voorwaarden als de Vrijstellingsbeschikking. Hierna worden daarom alleen de afwijkende elementen ten opzichte van de trappen 1 (het arrest in de zaak Altmark) en 2 (de Vrijstellingsbeschikking) besproken. Voor het overige wordt volstaan met een verwijzing.

Kaderregeling, voorwaarde 1: belast met en omschreven

Deze voorwaarde, die inhoudt dat een uitvoerder dient te worden belast met de DAEB door middel van een of meer officiële besluiten, is neergelegd in de Kaderregeling, in overweging 12. De voorwaarde is gelijk aan de eerste Altmark-voorwaarde (zie pagina 33) en volgt ook de eerste voorwaarde van de Vrijstellingsbeschikking.

Ook geldt de volgende aanbeveling, die te vinden is in overwegingen 10 en 13:

de lidstaten worden aangemoedigd om bij het vaststellen van de openbare dienstverplichtingen en bij het beoordelen of de betrokken ondernemingen aan deze verplichtingen hebben voldaan, een brede raadpleging gehouden, met de bijzondere klemtoon op de gebruikers.

De Commissie doet dit verzoek ook in de Vrijstellingsbeschikking.

Kaderregeling, voorwaarde 2: objectieve parameters

De Kaderregeling vereist, net als het Altmark-arrest en de Vrijstellingsbeschikking, dat de criteria (parameters) op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op 'objectieve en doorzichtige wijze' worden vastgesteld. Deze voorwaarde is te vinden in overweging 12 van de Kaderregeling.

Kaderregeling, voorwaarde 3: kosten, opbrengsten en redelijke winst

Deze voorwaarde komt grotendeels overeen met de derde voorwaarde in het Altmark-arrest en de Vrijstellingsbeschikking. Volgens deze voorwaarde mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten, alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. De voorwaarde is te vinden in paragraaf 2.4 en 3 van de Kaderregeling.

Als de onderneming met meerdere DAEB is belast, moet de interne boekhouding kunnen waarborgen dat er voor geen van de DAEB overcompensatie plaatsvindt. Deze voorwaarde wijkt af van de vergelijkbare voorwaarde in Altmark en de Vrijstellingsbeschikking.

In specifieke situaties kan de Commissie na aanmelding een overcompensatie van meer dan 10% toestaan. Ook kan zij toestaan dat de overcompensatie voor de financiering van een andere DAEB, die door dezelfde onderneming wordt beheerd, gebruikt wordt.

Voorwaarden en verplichtingen bij goedkeuring

Als de Europese Commissie de aangemelde steun goedkeurt, dan kan zij aan die beschikking voorwaarden verbinden. Ook kan zij verplichtingen opleggen in verband met toezicht op de naleving van de beschikking. Voorwaarden en verplichtingen kunnen met name noodzakelijk zijn om ervoor te zorgen dat er geen overcompensatie zal plaatsvinden. De Commissie kan aan de goedkeuring per geval een bijzondere rapportageverplichting hechten. Zie hiervoor overweging 24 van de Kaderregeling.

II.4 Transparantierichtlijn: gescheiden boekhouding

Met het oog op de financiering van DAEB is als sluitstuk van het Altmark-pakket de zogenaamde Transparantierichtlijn⁷⁴ gewijzigd. Alle ondernemingen die bijzondere/uitsluitende rechten hebben of een DAEB uitvoeren én een compensatie van de overheid voor het verrichten van deze diensten ontvangen, moeten - om controle mogelijk te maken - een gescheiden boekhouding voeren. Deze verplichting geldt voor ondernemingen die naast de DAEB nog andere activiteiten verrichten. Het is niet van belang of de compensatie voor het verrichten van DAEB als staatssteun wordt beschouwd of niet.

De verplichting tot het voeren van gescheiden boekhouding moet concurrentievervalsing door kruissubsidiëring - het inzetten van de compensaties voor DAEB voor de financiering van de andere activiteiten - tegengaan.

De Transparantierichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Mededingingswet (artikelen 25a tot en met 25e). Door de voorgeschreven transparantie kan eventuele kruissubsidie vanuit publiek geld naar andere economische activiteiten van de onderneming eenvoudiger worden vastgesteld en gemakkelijker worden voorkomen. Het gaat erom dat intern een en ander goed wordt geadmistreerd. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die verantwoordelijk is voor de handhaving van de Mededingingswet, kan inzage in de boekhouding verlangen.

Transparantieverplichtingen en handhaving

In artikel 25b Mededingingswet is opgenomen aan welke transparantieverplichtingen ondernemingen waaraan een bijzonder of uitsluitend recht is verleend of die een DAEB uitvoeren, moeten voldoen. Zij houden een zodanige administratie bij dat:

- de registratie van de lasten en baten van de verschillende activiteiten gescheiden zijn;
- alle lasten en baten, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, correct worden toegerekend;
- de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de administratie wordt gevoerd, duidelijk zijn vastgelegd;
- de gegevens worden door de onderneming gedurende vijf jaar, gerekend vanaf het einde van het boekjaar waarop de gegevens betrekking bewaard.

Op grond van de Mededingingswet (art. 70a) kan de NMa een boete van maximaal € 450.000,- opleggen (of 1% van de totale jaaromzet als dat meer is). Het is voor overheden mogelijk om in de overeenkomsten met de verrichters van een DAEB een bepaling op te nemen dat zij zich zullen houden aan bovengenoemde transparantiebepalingen, zodat de compenserende overheid in ieder geval nooit kan worden aangesproken als de uitvoerder van een DAEB een boete opgelegd krijgt door de NMa wegens niet naleving van de Mededingingswet.

Gescheiden boekhouding

De afzonderlijke registratie van DAEB en andere activiteiten kan gerealiseerd worden binnen één fysieke boekhouding, waarbinnen de nodige maatregelen zijn getroffen om een aparte registratie van activiteiten te waarborgen. Deze maatregelen hangen sterk af van onder meer de aard en de omvang van de activiteiten en de organisatie daarvan. Ze kunnen bijvoorbeeld variëren van een of meer afzonderlijke grootboekrekeningen (een rekenschema met verschillende paragrafen, rubrieken) tot een afzonderlijke boekhouding van een tak van dienst of agentschap. Ook kan gekozen worden voor gescheiden kostenplaatsen en kostendragers of een daartoe ingerichte projectorganisatie, zoals die bij voorbeeld in gebruik is bij TNO.

Welke vorm van gescheiden registratie ook gekozen wordt, in ieder geval moet zeker zijn dat kosten en baten van de DAEB en van de overige activiteiten apart worden vastgelegd. Als deze registratie transparant en voldoende traceerbaar is, is een afzonderlijke verantwoording op het niveau van de jaarrekening niet noodzakelijk.

Voorbeelden

Bij kleinere bedrijven kan gedacht worden aan een door de overheid gesubsidieerde stichting, bijvoorbeeld ter exploitatie van een museum die daarnaast ook reguliere economische activiteiten (een congrescentrum, een restaurant, een museumwinkel en dergelijke) ontplooit.

Melden of kennisgeven; de procedure in een notendop

Staatssteunmeldingen (als er sprake is van staatssteun) of kennisgevingen (als de financiering van uw DAEB valt onder een andere vrijstelling dan de Vrijstellingsbeschikking voor DAEB) verlopen voor decentrale overheden via het Coördinatiepunt staatssteun van met ministerie van BZK. Voor steun van het Rijk is het steunverlenende ministerie verantwoordelijk. Meldingen en kennisgevingen worden gedaan aan de Europese Commissie, en kunnen alleen elektronisch verlopen (inclusief alle bijlagen), via de internetapplicatie State Aid Notification Interactive (SANI).

Een kennisgeving bestaat uit het invullen van een formulier, en is bedoeld om informatie over een steunmaatregel bekend te kunnen maken in het Publicatieblad van de EU. Bij een melding, in feite een onderzoek, duurt het formeel twee maanden voordat de Europese Commissie met een beschikking komt. In de praktijk duurt het langer, omdat de Commissie vragen stelt - en daarmee de behandelingstermijn verlengt - als ze de gemelde informatie niet volledig acht. Een melding duurt korter naarmate die beter (en tijdig!) is voorbereid, bijvoorbeeld door het voeren van een zogenaamd prenotificatiegesprek bij de Commissie.

Het voert in het kader van deze handreiking te ver om uitgebreid in te gaan op de details van de procedures, maar in deel IV vindt u onder 'contactpersonen' de deskundigen die u verder kunnen helpen.

Deel III

Het instellen van een DAEB



Het instellen van een DAEB

Inleiding

In Deel II zijn de verschillende Europeesrechtelijke voorwaarden besproken waaraan moet worden voldaan om een DAEB 'staatssteunproof' in te richten en te financieren. Deel III gaat - voor de volledigheid - kort in op de vraag hoe in praktijk, met behulp van het Nederlands rechtstelsel, op correcte wijze een DAEB kan worden ingericht.

Hieronder wordt overigens om praktische redenen onderscheid gemaakt tussen een erkennings- en een compensatiebesluit. De Vrijstellingsbeschikking en de Kaderregeling eisen alleen dat de betreffende onderneming wordt belast met de DAEB door een of meer besluiten, waarin onder meer het algemeen belang en de compensatie aan de orde komen. Als bijvoorbeeld sprake is van het verlenen van een meerjarige concessie, waar tussentijds geen wezenlijke veranderingen in de te leveren diensten of het beschikbare overheidsbudget te verwachten is, kan met één erkennings- en compensatiebesluit (dus één besluit in plaats van twee) worden volstaan.

III.1 Het benoemen van een dienst tot DAEB

We hebben gezien dat overheden een behoorlijke vrijheid hebben om diensten die zij van algemeen belang achten tot DAEB te 'benoemen'. Bij de financiering van de uitvoering moet rekening worden gehouden met de staatssteunregels, zoals uitgebreid is behandeld in deel II. Om een DAEB ook verder juridisch correct in te richten moeten echter nog wat meer hordes worden genomen. De tabel hieronder somt alle stappen die noodzakelijk zijn om te komen tot een goed ingerichte (en dus ook 'staatssteunproof') DAEB op.

In vijf stappen naar een DAEB

- 1 Erken de dienst als DAEB en stel (bestuurlijk) het algemeen belang vast. Om kennelijke fouten te voorkomen kan een voorafgaand onderzoek naar marktfalen (zie Deel I van deze handreiking) nuttig zijn;
- 2 Richt de DAEB staatssteunproof in conform een van de onderdelen van het Altmark-pakket (arrest, vrijstelling of kaderregeling, zie Deel II van deze handreiking);
- 3 Selecteer de uitvoerder van de DAEB. Houd rekening met de procedures van de Awb en/of de (Europese) aanbestedingsregels;
- 4 Stel een compensatiebesluit vast (eventueel met overgangperiode);
- 5 Zorg voor publicatie en documentatie (dossievorming) gericht op informatievoorziening richting Europese Commissie.

Van de stappen die hierboven worden genoemd worden de volgende in dit deel verder behandeld:

- Wijze van erkenning van een DAEB en vaststellen algemeen belang (stap 1, III.2);
- Wijze van selectie van de uitvoerder van de DAEB (stap 3, III.3);
- Wijze van bepaling van compensatie voor de uitvoering van de DAEB (stap 4, III.4).
- Wijze van bekendmaking (stap 5, III.2 en III.4).

Deel III wordt afgesloten met een checklist, die vooral is gericht op decentrale overheden (III.5).

III.2 Wijze van erkenning van een DAEB en vaststellen van het algemeen belang

Zodra een bestuursorgaan heeft vastgesteld dat een dienst of de voorwaarden die daaraan gesteld worden zo belangrijk is / zijn dat een overheidsorgaan sturend moet optreden, is sprake van een 'erkend' publiek of algemeen belang. Sommige algemene belangen zijn in een wet erkend. In andere gevallen kan een bestuursorgaan 'ad hoc' besluiten een activiteit als 'van algemeen belang' te erkennen. Daarbij kan ook gebruik gemaakt worden van een toetsingskader dat eerder door het bestuur is vastgesteld (zie hierna het voorbeeld van de provincie Noord-Brabant).

Er zijn geen Europese procedurele vereisten om een erkenningsbesluit voor te bereiden, deze zijn en blijven het domein van Nederlands staats- en bestuursrecht. Jurisprudentie van het Europese Hof en beleid van de Europese Commissie geven aan dat de uiteindelijke erkenning expliciet en zo concreet mogelijk moet zijn, zodat toezicht op de naleving van openbaredienstverplichtingen mogelijk is.

Om feiten en belangen van (en mededingingseffecten op) belanghebbenden of concurrenten bij erkenning van een algemeen belang te inventariseren is het verstandig een DAEB via een procedure te erkennen. Dat kan via een normale voorbereidingsprocedure (bij overzichtelijke erkenningsbesluiten met een of enkele belanghebbenden), of een uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb (bij meer complexe erkenningen).

Bij de laatste wordt het ontwerpbesluit gepubliceerd, en volgt eventueel een internetconsultatie. Inzet van consultatie zal de veronderstelling zijn dat sprake is van een belang dat door de werking van het marktmechanisme (zonder sturing van de overheid) onvoldoende gediend is, en dat de dienst kenmerken heeft die overheidsingrijpen rechtvaardigen. Het erkenningsbesluit kan overigens samengaan met het compensatiebesluit (zie hieronder)

Hulpmiddelen bij het vaststellen van een algemeen belang

Overheden gebruiken vaak (beleids-)documenten om te bepalen of een activiteit geschikt is om aan te merken als van algemeen belang. Hiermee worden ook de uitvoeringsmogelijkheden en de borging van publieke belangen via overheidsorganisatie of via concurrentie beoordeeld. De volledige teksten van de voorbeelden hieronder zijn te bekijken op de site van Europa decentraal (zie voor de exacte vindplaats Deel IV van deze handreiking, 'Toetsingskaders voor bepalen van het publiek belang').

- Rijk: Nota 'Calculus van het publiek belang';
- Provincie Noord-Brabant: Toetsingskader voor activiteiten van steunfunctie-instellingen;
- Gemeente Den Haag: 'Handreiking DAEB' en 'Model redelijke prijs';
- Gemeente Eindhoven: Memo staatssteun en DAEB.

Een ander voorbeeld ligt besloten in art. 4:15 Telecommunicatiewet: er is sprake van marktfalen en een grond voor financiering in het kader van algemeen economisch belang, als gemeente of een marktdeelnemer aan een project door middel van een rapportage aannemelijk kan maken dat de markt een bepaalde activiteit niet oppakt.

III.3 Wijze van selectie van de uitvoerder van de DAEB

De uitvoering van een DAEB kan worden opgedragen aan een onderdeel van de overheid, maar ook aan een private onderneming. Hierbij wordt de organisatie die met de uitvoering van de DAEB is belast, verplicht de diensten binnen bepaalde randvoorwaarden aan een bepaalde doelgroep aan te bieden (de zogenaamde openbaardienstverplichtingen). Openbaardienstverplichtingen kunnen de vorm hebben van wettelijke verplichtingen en vergunningsvoorwaarden. Dan legt de overheid het handelen van de desbetreffende organisaties aan banden, gericht op de aanbidding van diensten aan derden. Een lichte vorm van verplichtingen is voldoende om een activiteit als DAEB te kenmerken. Afrekenbaar geformuleerde subsidieverplichtingen voor de uitoefening van een DAEB leveren voldoende verplichtingen op. Deze hoeven niet aangescherpt of omgezet te worden.

Soms is het opleggen van een openbaardienstverplichting niet voldoende voor het verwezenlijken van het algemeen belang. Dan kan de organisatie die de DAEB aanbiedt een sterkere positie op de markt worden geboden, door de verlening van een bijzonder of uitsluitend recht (zie hiervoor Deel II). De organisatie die is belast met de uitvoering van een DAEB kan hiervoor een overheidscompensatie krijgen. De kosten kunnen ook deels of geheel aan de afnemers worden doorberekend.

DAEB en Aanbestedingsregels

Vaak zijn bij de selectie van de uitvoerder van de DAEB de (Europese) aanbestedingsregels van toepassing. In het onderstaande kader wordt kort toegelicht wanneer moet worden aanbesteed en in welke gevallen een min of meer 'onderhandse' selectie is toegestaan.

Moet de keuze van een DAEB-uitvoerder worden aanbesteed?

Wanneer u besluit tot erkenning van een DAEB of tot compensatie heeft genomen bent u nog niet klaar. Er wordt wel verondersteld dat (Europees) aanbesteden van de opdracht om een DAEB uit te voeren niet nodig is. Dit is niet juist. Het Europese aanbestedingsrecht en het Altmark-pakket gelden onafhankelijk van elkaar. Het enige verband tussen de Altmark- en aanbestedingsregels is dat de keuze van een partij door een aanbesteding meer zekerheid biedt dat er sprake is van een marktconforme prijs (die is immers via open competitie door de markt bepaald). Alleen het kiezen van een partij via een (Europese) aanbestedingsprocedure biedt echter geen zekerheid dat overcompensatie is uitgesloten. Die zekerheid ontstaat pas door ook een aanwijzings- of compensatiebesluit (contract) met parameters te nemen, zoals is beschreven in Deel II.

Aanbestedingsregels zijn er onder andere om te voorkomen dat de overheid een partij bevoordeelt boven een andere partij, waardoor marktverhoudingen verstoord zouden worden. De aanbestedingsregels zijn in beginsel ook bij de opdrachtverlening voor de uitvoering van een DAEB van toepassing.

Een belangrijke uitzondering op de toepassing van Europese aanbestedingsregels doet zich voor in de situatie dat een concessie voor diensten of verlening van een alleenrecht (uitsluitend recht) wordt toegekend, zoals bij DAEB vaak het geval zal zijn. Als een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst (vaak een publiekrechtelijke instelling) een opdracht tot dienstverlening geeft op basis van alleenrecht, is een min of meer 'onderhandse' procedure mogelijk.⁷⁵

De aanbestedingsregels kunnen ook bij het opdragen van DAEB via een zogenaamde inbesteding (binnen de eigen organisatie, ook wel 'in house'-opdracht) of quasi-inbesteding (binnen de eigen gezagsstructuur)⁷⁶, beperkt of niet van toepassing zijn.

De vraag of bij samenwerking tussen overheden, bijvoorbeeld in een gemeenschappelijke regeling of een publiek- publiek (maar soms ook publiek-privaat) samenwerkingsverband, tóch de aanbestedingsrichtlijnen gelden, is nog niet volledig beantwoord. In de afgelopen jaren is deze vraag in diverse zaken bij het Europees Hof van Justitie aan de orde geweest.⁷⁷ Bekijk daarom steeds per geval welke regels van toepassing zijn.

Zodra de uitvoering van een DAEB in de vorm van een overheidsopdracht of een concessie⁷⁸ verleend wordt aan een externe partij (dus buiten de overheid) worden de regels voor aanbesteding en concessieverlening van toepassing als aan de overige voorwaarden voor toepasselijkheid⁷⁹ voldaan is.

Meer informatie

Uitgebreide informatie over een complex onderwerp als aanbesteden valt buiten het bereik van deze handreiking. Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal (dossier 'Aanbestedingen'), en/of raadpleeg een deskundige.

III.4 Wijze van bepaling compensatie voor de uitvoering van de DAEB

In deel 2 is besproken welke kosten van de uitvoering van een DAEB voor compensatie in aanmerking komen. De wijze van vastleggen van deze compensatieverlening is voorbehouden aan Nederlands recht. Compensatie voor uitvoering van de dienst kan in de vorm van een bestuursbesluit of een uitvoeringsovereenkomst gegoten worden. Zowel het subsidie-recht (Titel 4.2 Awb) als het opdrachtrecht (artikelen 7:400-7:413 BW) zijn daarvoor geschikt.

Het *subsidierecht* is aangewezen als er sprake is van prestaties, die de onderneming *aan derden* levert.⁸⁰

Het *opdrachtrecht* is aangewezen als de prestatie *direct aan de financierende overheid* geleverd wordt. Deze overheid is daar zelf 'rechtstreeks bij gebaat' (in fiscale zin).

De keuze tussen subsidie- en opdrachtrecht is niet altijd makkelijk. Toch is zorgvuldige keuze van belang. Ten eerste in verband met financiële rechtmatigheid van bestedingen en ten tweede (voor decentrale overheden) om BTW over bestedingen terug te kunnen vragen uit het BTW-compensatiefonds. Bij twijfel over de keuze wordt decentrale overheden aangeraden om een advies in te winnen van de controlerende accountant.

De bekendmaking van een (compensatie-)besluit in de vorm van een subsidie is in artikel 3:41 Awb geregeld: bekendmaking van besluiten, die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen. Openbaarmaking of publicatie is op grond van de Awb niet vereist. Op het moment dat het college besluit tot instellen van een DAEB is 3:42 Awb van toepassing: er moet worden gepubliceerd, bijvoorbeeld in het Gemeenteblad.

Splitsing erkennings- en compensatiebesluit

Het compensatiebesluit kan onderdeel zijn van het erkenningsbesluit. Zo kan bij regionaal openbaar vervoer het compensatiebesluit (voor een meerjarige concessie van momenteel in principe maximaal 8 jaar) bijvoorbeeld worden meegenomen in de concessieverlening aan een vervoerder.

Bij een meerjarige activiteit is dat echter niet handig. Praktischer is het in dat geval om concrete algemene belangen op hoofdlijnen in een erkennings- of aanwijzingsbesluit voor langere periode te benoemen, en de aanduiding van activiteiten uit te werken in een jaarlijks

opnieuw te nemen compensatiebesluit. In dit besluit worden activiteiten gespecificeerd, toegesneden op bij begroting beschikbaar gestelde middelen en actuele beleidsprioriteiten. Een extra reden voor splitsing van beide besluiten is dat het compensatiebesluit in sommige gevallen (periodiek) pas genomen kan worden nadat op basis van een (Europese) aanbestedingsprocedure is bepaald welke partij de dienst mag gaan verrichten.

Bestaande financiële verhoudingen

Bij de praktische toepassing van het Altmark-pakket (arrest, Vrijstellingsbeschikking, Kaderregeling en Transparantierichtlijn) moet ook rekening gehouden worden met bestaande financiële verhoudingen tussen overheid en uitvoerder van de DAEB. Hier is soms een overgangstermijn nodig, waarin de ontvanger van de compensatie in de gelegenheid wordt gesteld zijn bedrijfsvoering aan te passen aan de toepassing van de Altmark-regels. Bij een bestaande meerjarige subsidierelatie zijn aspecten van zorgvuldigheid, overleg en redelijke overgangstermijn (art. 4:51 Awb) van belang. Bij een meerjarig contract spelen aspecten van redelijkheid en billijkheid: in hoeverre kunnen contractspartners verwachten dat een contract ongewijzigd wordt voortgezet? Bij nieuwe financieringen zal het Europese recht meteen toegepast moeten worden.

III.5 Checklist aanwijzen en compenseren DAEB voor decentrale overheden

Nadat u heeft gekozen welk onderdeel van het Altmark-pakket (Altmark, vrijstelling of kaderregeling) op uw compensatie voor een dienst van toepassing is (zie Deel II van de handreiking) kunt u overgaan tot het daadwerkelijk aanwijzen van de gewenste dienst als DAEB. Als geheugensteun is onderstaande checklist opgesteld. De checklist is toegesneden op de organisatie van decentrale overheden.

Er wordt uitgegaan van een compensatiebedrag dat meer dan 'marginaal' is (boven de de-minimisgrens), dat de mededinging kan (dreigen te) vervalsen en dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

De checklist is een schematische weergave van de procedurele werkwijze volgens de Vrijstellingsbeschikking, zoals beschreven in Deel II. Aangegeven wordt welke acties voor aanwijzing en compensatie van een DAEB nodig zijn, welke producten geleverd moeten worden en welke personen of instanties daarbij betrokken zijn. Voor inhoudelijke informatie over het desbetreffende onderwerp wordt verwezen naar de relevante pagina's in deze handreiking.

De werkwijze bij aanwijzing en compensatie volgens het Altmark-arrest en de Kaderregeling komt grotendeels overeen met deze checklist. Er zijn echter wel belangrijke verschillen. Zo is er bij de Kaderregeling ook nog een staatssteunmelding bij de Europese Commissie voorgeschreven. Bij toepassing van de Altmark-criteria is melding noch rapportage nodig.

Procedurele Checklist aanwijzen en compenseren DAEB (Vrijstelling)

<i>Actie</i>	<i>Product</i>	<i>Wie is (naast de opsteller) betrokken?</i>	<i>Pag.</i>
Omschrijven project en financieringswijze.	Analyse, plan van aanpak met bijbehorende (EU) spelregels.	Jurist, financieel beleidsmedewerker.	19-32
Is de economische activiteit geschikt om te erkennen als DAEB?	Beoordeling of kenmerken van de dienst overheidsingrijpen rechtvaardigen, (eventueel) marktconsultatie. Zijn er andere marktspelers die de activiteit reeds op de door overheid voorgestane wijze aanbieden, of aan kunnen gaan bieden? Zo ja: DAEB is niet mogelijk, het is een reguliere economische activiteit. Zo nee: DAEB is mogelijk.	Bestuur Afdeling Economische Zaken, Kamer van Koophandel, ondernemersorganisatie.	17-20
Juridische situatie DAEB afbakenen: gaat het om herstructureren of om nieuwe situatie?	Bestaande situatie: zo nodig overgangsbeleid bepalen Nieuwe situatie: aanduiden (EU-) regels die meteen, onverkort toegepast moeten worden.	Jurist, financieel beleidsmedewerker.	55
Is (Europees) aanbesteden DAEB noodzakelijk?	Zo nodig aanbestedingsstrategie opstellen.	Bureau inkoop, jurist.	53
Vooroverleg met potentiële uitvoerder DAEB over offerte, c.q. aanvraag en inzenden van offerte.	Al dan niet als verplicht onderdeel van aanbestedingsprocedure: ⁵¹ Offerte, c.q. aanvraag.	Financieel medewerker	42
Offerte van potentiële uitvoerders beoordelen. Accountantsverklaring over toerekenings-systeem.	Beoordeling a.h.v. controleprotocol. Schriftelijke reactie na verklaring accountant. Concept aanwijzingsbesluit volgens FORMAT en compensatiebeschikking DAEB volgens FORMAT. ⁵²	Accountant	36, 42
(optioneel) Interbestuurlijk afstemmen.	Concept-aanwijzingsbesluit en concept-compensatiebesluit (of delen daarvan): 1. wat kan, mede gelet op marktactiviteiten, als DAEB aangewezen worden; 2. is de omschrijving van de activiteit voldoende gespecificeerd en passend (zodat toezicht op naleving mogelijk is)?	Medeoverheden/ specifieke toezichthouders, bijvoorbeeld het Commissariaat voor de Media als het om regionale omroep gaat.	-
Concept-aanwijzingsbesluit opstellen.	1. Conceptbesluiten voor bestuur 2. met volledige achtergrondinformatie zoals eerdere besluitvorming. 3. Conceptbesluit cc naar bestuurlijk portefeuillehouder	Jurist, financieel medewerker.	33-34; 41-42
Vorbereidings-procedure Awb.	Concept-aanwijzingsbesluit ter inzage (Afd. 3.4 Awb) voor zienswijze betrokken bedrijf voorleggen. Reageren binnen 14 dagen. Weerlegging zienswijzen verwerken in concept. Bespreking omschrijving DAEB in beleidsoverleg. Definitief conceptbesluit	Jurist	42
Interne afstemming.	Resultaat afstemming vermelden in dossierbegeleidingsformulier.	Afdelingen Inkoop, Financiën, Juridische Zaken.	
Bestuurlijke besluitvorming.	Besluit met bijlagen: 1. Conceptbesluiten aanwijzing DAEB en compensatiebesluit DAEB, c.q. opdracht tot verrichten van diensten; 2. Evt. ingewonnen ambtsberichten n.a.v. contact met medeoverheden of specifieke toezichthouders; 3. Brief zienswijze bedrijf, verslag horing Awb; 4. Conceptpublicatie aanwijzingsbesluit DAEB conform Awb, bijv. in van overheidswege uitgeven blad; 5. Evt. verslag marktconsultatie.	Bestuur	
Bekendmaking en mededeling, registratie besluiten.	1. Publicatie aanwijzingsbesluit DAEB in van overheidswege uitgegeven blad of andere geschikte openbare bekendmaking; 2. Bekendmaking door toezending of uitreiking subsidiebesluit DAEB of opdracht tot verrichten van diensten; 3. Kennisgeving besluiten aan hen die zienswijzen hebben ingebracht; 4. Registratie besluiten, in verband met periodieke rapportageplichten DAEB.	Afdelingen registratie, Contactfunctionaris Europese aangelegenheden.	44

Deel IV

Meer informatie



IV.1 DAEB-beschikkingen

Ryanair, België (C 76/2002)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:137:0001:0062:NL:PDF>

AVR, Nederland (C 43/2003 - CR 43/03)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:084:0037:0059:NL:PDF>

Grijswater circuits, België (N 443/2003)

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n443-03-nl.pdf

Overheidssteun aan TV2, Denemarken (C 2/2003)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:085:0001:0021:NL:PDF>

Garantstelling ten gunste van Housing Financing Agency, Ierland (N 89/2004)

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n089-04.pdf

Pyrénées Atlantiques, Frankrijk (N 381/2004)

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf

Limousin-Dorsal, Frankrijk (N 382/2004)

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n382-04.pdf

Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem, Nederland (N 541/2004 en N 542/2004)

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf

Ad-hocfinanciering van de Nederlandse publieke omroep (C 2/2004, ex 170/2003)

http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/C-2-2004-WLAL-nl-22.06.2006.pdf

Marktpassageplan Haaksbergen, Nederland (C 33/2005, ex N 277/2004)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:307:0207:0212:NL:PDF>

Financiering publieke omroep, Duitsland (E 3/2005)

http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/E-3-2005-WLWL-en-24.04.2007.pdf

IV.2 Jurisprudentie

Jurisprudentie over DAEB vindt u op de site van Europa decentraal:

http://www.europadecentraal.nl/menu/639/Uitspraken_DAB_en_staatssteun.html

Zoeken naar Europese jurisprudentie kan op de site van het Europese Hof van Justitie:

<http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=nl>

Zie voor veel jurisprudentie ook de noten in deze Handreiking.

IV.3 Voorbeelden en modellen

Aanwijzing van diensten als DAEB

Stichting Provinciaal Steunpunt Werkgelegenheidsadvies (PSW):

<http://www.brabant.nl/layouts/SISHtmlDocument.aspx?docid=27319&doctype=pdf>

Brabants Bureau voor Toerisme (BBT):

<http://www.brabant.nl/layouts/SISHtmlDocument.aspx?docid=27004&doctype=pdf>

Dienst Regelingen (DR) (ter uitvoering van het stimuleringskader Groen-Blauwe diensten):

<http://www.brabant.nl/layouts/SISHtmlDocument.aspx?docid=26256&doctype=pdf>

Stichting Regionale Omroep Brabant (SROB):

<http://www.brabant.nl/layouts/SISHtmlDocument.aspx?docid=24572&doctype=pdf>

Stichting vrijwillige agrarische samenwerking (STIVAS):

http://www.noord-holland.nl/zoeken/get_url.asp?page=/pdfstukken/GS/GSO/2007/GSO1206.07.doc.pdf

(zie punt 7).

Formats

In het DAEB-dossier van Europa decentraal staan voorbeelden van een aanwijzingsbesluit, subsidiebeschikking en een offerteverzoek:

<http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>

Toetsingskaders voor bepalen van het publiek belang

Ministerie van Economische Zaken: Nota 'Calculus van het publiek belang' (2006)

http://www.ez.nl/Actueel/Onderzoeken/Bewerkt/De_calculus_van_het_publieke_belang

Provincie Noord-Brabant: Toetsingskader voor activiteiten van steunfunctie-instellingen, pag. 22 en 23 (2006)

<http://www.brabant.nl/applicaties/sis/agenda/achterliggendedocumenten.aspx?qcc=CZWC&qdi=22786&qvd=08-09-2006>

Gemeente Den Haag: Handreiking DAEB en Model redelijke prijs (2006)

<http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>

Gemeente Eindhoven: Memo staatssteun en DAEB (2006)

<http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>

IV.4 Links en publicaties

Links

Dossier DAEB van Europa decentraal

<http://www.europadecentraal.nl/menu/621/Voorpagina.html><http://www.europadecentraal.nl/menu/621/Voorpagina.html>

Webpagina's van de Europese Commissie over DAEB

http://ec.europa.eu/services_general_interest/index_en.htm

Site van het Nederlands Instituut voor Registeraccountants (NIVRA), publieke sector

<http://www.nivra.nl>

Publicaties over DA(E)B van de Europese Commissie

Mededeling (2007)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0725:FIN:NL:PDF>

Werkdocument voortgang sinds Witboek (2007)

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/sec_2007_1515_en.pdf

Meest gestelde vragen over staatssteun en DAEB (2007)

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/sec_2007_1516_en.pdf

Witboek (2004)

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/com/2004/com2004_0374nl01.pdf

Groenboek (2003)

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/com/2003/com2003_0270nl01.pdf

Non-paper (2002)

http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/archive_docs/1759_sieg_nl.pdf

Wet- en regelgeving

Vrijstellingsbeschikking

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2005/L_312/L_31220051129nl00670073.pdf

Kaderregeling

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2005/c_297/c_29720051129nl00040007.pdf

Transparantierichtlijn (geconsolideerd)

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2006/L_318/L_31820061117nl00170025.pdf

Artikelen

- B.J. Drijber, 'Het Hervormingsverdrag van de EU : stap vooruit of stap achteruit?', Markt&Mededinging (M&M) 2007, nr. 5, p. 131-136.
- B. Hessel, 'Ontwikkelingen rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang na het Altmark-arrest', Gemeentestem, 2004, 7211, p. 405-412.
- A.C.T.M. Martin en F.H.K. Theissen, 'Inbesteden en samenwerking tussen overheden, Het arrest Asemfo tegen Tragsa en de verdere invulling van de voorwaarden voor legitiem quasi-inbesteden', EHJ 19-04-2007, zaak C-295/05, NJB 2007, nr. 39.
- E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', SEW 2007, nr. 10, p. 395-396.
- J.M. van de Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?', SEW 2007, 10, p.409.
- B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', SEW 2007, p.262.
- J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: meer recente ontwikkelingen', NTER, 10, oktober 2007, p.201-209;
'Concessie en aanbesteding in gemeentelijk perspectief', Gemeentestem 2003, 7184, p.221-225
- P.J. Slot c.s., 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', M&M 2007, p. 105.
- F.J. van Ommeren, 'Uit-, aan- en inbesteden in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen', Gemeentestem 2007, 7266, p.29-37
- L. Hancher en S.J.H. Evans, 'Altmark als catalisator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?', NTER, 7, juli 2006, p.153-159.
- B.S. ten Kate en T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht? Het moeizame onderscheid tussen de publiekrechtelijke subsidie en de privaatrechtelijke opdracht', Gemeentestem 2006, 7261, p. 583.
- 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, nr. 8, augustus 2006, p. 697-709;
- B. Hessel, 'Compensatiesteun aan diensten van algemeen economisch belang vereist zorgvuldigheid', Gemeentestem 2006, 7258, p. 479 – 488.

E.W.F. Schotanus, 'Voordeel versus compensatie', M&M 2005, 7, p.200-205

B. Hessel, 'Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen, de randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht' (met R.J.W.M.M. van Lotringen), Gemeentestem 2003, 7188, p. 353 – 362.

Boeken

C.T. Dekker en Y. van der Wal, Staatssteun in de decentrale praktijk. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2008.

L. Hancher e.a., EC state aids. Londen: Sweet & Maxwell 2006.

F. Hordijk J. Tilburgs, J. Vermeulen, Het BCF-boek, Beleidgestuurde contractfinanciering. Lochem, LochemDruk 2006.

A. Gerbrandy & B. Hessel, Mededingingsrecht voor decentrale overheden. Deventer: Kluwer, 2004.

B. Hessel & A. Neven, Staatssteun en EG-recht. Deventer: Kluwer 2001.

Divers

Handreiking kostentoerekening leges en tarieven
Deloitte Belastingadviseurs in opdracht van BZK, Den Haag, juni 2007
<http://www.bzk.nl/onderwerpen/openbaar-bestuur/financien-provincies/gemeentelijke/blindganger/handreiking>

IV.5 Begrippen

Bevoegde overheidsinstantie

Ieder communautaire, nationale, regionale of lokale overheidsinstantie die bevoegd is openbardienstverplichtingen met betrekking tot een bepaalde dienst te specificeren en deze verplichtingen aan dienstverleners op te leggen.

Bruto-subsidie-equivalent

De normale, door te berekenen waarde die in het regulier economisch verkeer aan een prestatie, geleverd in 'natura' (bijvoorbeeld gebruik van kantooruimte), wordt toegekend. Voordelen in natura vormen een materiële bevoordeling (subsidie) voor de ontvanger, omdat hiermee kosten worden vergoed waarvoor anders financiering moet worden gezocht.

Bijzondere rechten

Rechten die door een overheid aan een beperkt aantal ondernemingen worden verleend bij een wetgevend of bestuursrechtelijk besluit waarbij binnen een bepaald geografisch gebied:

- 1 het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen, op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria, tot twee of meer wordt beperkt,
- 2 verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen, op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of

3 aan een onderneming of aan ondernemingen op een andere wijze dan volgens deze criteria wettelijke of bestuursrechtelijke voordelen worden toegekend waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt bemoeilijkt dezelfde activiteit binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen gelijkwaardige voorwaarden uit te oefenen.

Continuïteit van de dienstverlening

Permanente verlening van een dienst aan het publiek onder de door de bevoegde overheidsinstantie bepaalde voorwaarden.

Economische activiteit

Iedere daadwerkelijke activiteit die bestaat uit het op een bepaalde markt in concurrentie aanbieden van een goed of dienst.

Inbesteden / In house opdrachtverlening

Zuiver inbesteden betreft het verlenen van een opdracht door een overheid aan een eigen dienst waarbij opdrachtgever en opdrachtnemer onderdeel zijn van een en dezelfde rechtspersoon.

Op dergelijke opdrachten zijn de EG-aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing.

Quasi-inbesteden betreft een opdracht die een overheid verleent aan een gelieerde instelling die een andere rechtspersoon is. Voor de vraag in hoeverre in het geval van quasi-inbesteden een beroep gedaan kan worden op niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn 2004/18 zijn in de jurisprudentie diverse criteria ontwikkeld.

Kruissubsidie

Iedere vorm van overheveling binnen een onderneming, van middelen die van publieke herkomst zijn naar andere economische activiteiten van de onderneming.

Market economy investor principle (MEIP)

De Commissie vergelijkt het handelen van de (decentrale) overheid met dat van een private investeerder. Deze zal zich door vooruitzichten op rentabiliteit op langere termijn laten leiden en in principe voor (aankoop van) een dienst altijd een prijs betalen, die niet hoger is dan het verschil tussen marktwaarde en kosten van ontwikkeling van de dienst, zonder overheidssteun.

Market economy purchaser principle

Ook wel 'private purchaser principle' genoemd. Staatssteunregels kunnen van toepassing zijn op openbare aanbestedingen. Volgens dit beginsel dient de overheid goederen of diensten aan te kopen tegen een prijs die acceptabel is voor een private partij onder normale marktomstandigheden. Aankoop van goederen of diensten waar de overheid geen actuele behoefte aan heeft of tegen een abnormale prijs kan een vorm van staatssteun zijn.

Onderneming

Iedere entiteit (zowel privaat als overheid) die een economische activiteit verricht.

Open kostprijscalculatie

Een transparante en integrale wijze van offreren, waarbij kosten gespecificeerd worden weergegeven, zodat alle kostenonderdelen, in ieder geval ook de 'redelijke winst'-component apart worden opgevoerd.

Openbaredienstcontract

Een besluit met kracht van wet ter bevestiging van een overeenkomst tussen een bevoegde overheid en een onderneming waarover de bevoegde overheid niet een soortgelijke zeggenschap heeft als over haar eigen diensten, om deze onderneming met het beheer en de uitvoering van een DAEB te belasten; hiertoe behoren met name concessie- en associatieovereenkomsten, of publiek-private partnerschappen of stichtingen. Waar sprake is van een afzonderlijk wetgevings- of regelgevingsbesluit, of waarbij voorwaarden gelden waaronder de bevoegde overheidsinstantie zelf het rechtstreekse beheer van de dienst overneemt.

Openbaredienstverplichting

Specifieke verplichting die een bevoegde overheidsinstantie mag opleggen aan de dienstverlenende onderneming om te waarborgen dat wordt voldaan aan vooraf vastgestelde doelstellingen van algemeen belang.

Overcompensatie

Vergoeding aan een exploitant van een DAEB, die niet beperkt is tot werkelijk gemaakte netto-kosten plus een redelijke winstmarge.

Uitsluitende rechten

Deze rechten worden ook als exclusieve rechten of alleenrechten aangeduid. Uitsluitende rechten zijn rechten die door een lidstaat aan een onderneming worden verleend bij een wetgevend of bestuursrechtelijk besluit, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.

IV.6 Contacten

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale Overheden
Lieneke de Jong-Goris / Robert-Jan van Lotringen / Marnix Dijkman
Tel. (070) 426 6618 / 426 8218 / 426 6222
Mail: coordinatiepuntstaatssteun@minbzk.nl
Web: www.minbzk.nl/staatssteun
Fax 070 426 7668
Post: Postbus 20011, 2500 EA Den Haag

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu

Directie Bestuurlijke en Juridische Zaken, afdeling Internationaal
Saskia Raas/ Marleen Sparla
Telefoon: (070) 3398147 / 3390454 of b.g.g. 3394446
Mail: djz.internationaal@minvrom.nl
Web: www.minvrom.nl
Fax: 070 3391592
Post: Interne postcode 880, Postbus 20951, 2500 EZ Den Haag

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Jeanine Schukking-Kaptein
Telefoon: (070) 4124883
Mail: j.a.m.schukking@minocw.nl
Fax: 070 412 2969
Post: Postbus 16375, 2500 BJ Den Haag

Ministerie van Economische Zaken

Mr. drs. C.P.S. van Duin (Kees)
Directie Europa, Mededinging en Consumenten
Mail: c.duin@minez.nl
Marco Boerlage
Directie wetgeving en juridische zaken
Telefoon: (070) 379 7407
Mail: m.boerlage@minez.nl
Web: www.minez.nl
Post: Postbus 20101, 2500 EC Den Haag

Ministerie van Verkeer en Waterstaat

Hoofddirectie Juridische Zaken/ Sector Algemeen Bestuurlijk-Juridische Zaken
Sophie Heyde/ Michelle de Ree/ Klaas Sevinga
Telefoon: (070) 351 1044/ 351 1471 / 351 9304
Mail: sophie.heyde@minvenw.nl / michelle.de.ree@minvenw.nl / klaas.sevinga@minvenw.nl
Web: www.verkeerenwaterstaat.nl
Fax: 070 351 8550
Post: Postbus 20906, 2500 EX Den Haag

Kenniscentrum Europa decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden
Ilze Jozepa/ Paul Hogenhuis
Telefoon: (070) 3381095
Mail: i.jozepa@europadecentraal.nl/ p.hogenhuis@europadecentraal.nl
Web: www.europadecentraal.nl
Fax: (070) 3381099
Post: Bezuidenhoutseweg 10-12, 2594 AV Den Haag

Eindnoten

- 1 Zie zaak C-323/93 Crespelle, rechtsoverweging (r.o.) 24. Uit het oordeel van het Hof valt af te leiden dat wanneer geen enkele ruimte bestaat om de prijs van de eigen diensten te bepalen, hieruit volgt dat de dienst geen economische activiteit is. De dienstverlener is voor wat betreft deze dienst geen onderneming.
- 2 Zie zaak C-179/90 Porto di Genova. Een exclusief of bijzonder recht om een DAEB te verrichten is in ieder geval niet voldoende. De opgedragen diensten moeten een algemeen belang dienen dat ze onderscheidt van andere economische activiteiten. De economische ontwikkeling die door de ondersteunde activiteit wordt gerealiseerd is daarvoor niet voldoende. Deze opvatting van het Hof wordt door de Commissie herhaald bij de uitleg van het begrip 'marktfalen' voor het aanleggen en exploiteren van breedbandnetwerken bij publieke instellingen en in achtergestelde gebieden, zie de staatssteunbeschikking N 381/2004 Pyrénées-Atlantiques.
- 3 Ook is hierbij van belang dat de dienst niet op Europees niveau is geliberaliseerd. Zie hiervoor beschikkingen Pyrénées Atlantiques, Frankrijk (N 381/2004), Limousin-Dorsal, Frankrijk (N 382/2004), en uitspraak BUPA e.a. vs. Europese Commissie, T-289/03.
- 4 Zaak C-179/90 Porto di Genova.
- 5 Beschikking Overheidssteun aan TV2, Denemarken (C 2/2003). Zie ook Omroepmededeling 2001/C 320/04, punt 31.
- 6 Beschikking C 33/2005, ex N 277/2004 Marktpassageplan Haaksbergen, punt 31.
- 7 Beschikking Grijswater circuits, België (N 443/2003), punt 4.1.
- 8 Zie hierover: E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', verschenen in SEW 2007, nr. 10, p. 395-396.
- 9 Zie E. Steyger, *ibid.*
- 10 Zaak 10/71 Muller/Luxemburg.
- 11 Zaak 155/73 Sacchi.
- 12 Zaak 96/82 NV I.A.Z. International.
- 13 Zaak C-320/91 Corbeau.
- 14 Zaak C-209/98 FFAD.
- 15 Zaak C-41/90 Höfner.
- 16 Zaak C-475/99 Ambulanz-Glöckner.

- 17 Zaken 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen en C-280/00 Altmark.
- 18 Beschikking N 381/2004 Pyrénées-Atlantiques.
- 19 Beschikking N 89/2004 Housing Financing Agency.
- 20 Zie in 2007 verschenen Memo 07/475 met meest gestelde vragen over de Mededeling DAB (vanaf 'Services of General Interest'), en het Commissie werkdocument SEC 2007/1516 met de meest gestelde vragen over staatssteun en DAEB (2007).
- 21 Zie Commissie werkdocument SEC 2007/1516 (ibid.), onder 2.4.
- 22 Zaak C-364/92 Eurocontrol.
- 23 Zaak C-343/95 Diego Cali.
- 24 Zaak C-218/00 Cisal di Battistello.
- 25 Zaak T-157/01, Danske Busvognmaend/Commissie (Combus).
- 26 Artikel 14 Verdrag van Lissabon (oud artikel 16 EG-Verdrag):

Onverminderd artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en de artikelen 93, 106 en 107 van dit Verdrag en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Unie en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Verdragen zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordeningen deze beginselen en voorwaarden vast, onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Verdragen, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.

Het Handvest van de grondrechten van de EU is op 12 december 2007 te Straatsburg afgekondigd bij ondertekening van het Verdrag van Lissabon en zal na inwerkingtreding van het EU-werkingsverdrag naar verwachting op 1 januari 2009 juridisch bindende status hebben in alle lidstaten behalve het Verenigd Koninkrijk. Over DAEB meldt het Handvest in artikel 36:

De Unie erkent en eerbiedigt de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals deze is geregeld in de nationale wetgevingen en praktijken, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen

27 Het Protocol luidt:

PROTOCOL (nr. 9) INZAKE DE DIENSTEN VAN ALGEMEEN BELANG

*De Hoge Verdragsluitende Partijen,
Wensend het belang van diensten van algemeen belang te benadrukken;
Hebben overeenstemming bereikt over de volgende interpretatieve bepalingen, die aan het
Verdrag betreffende de Europese Unie en aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese
Unie zullen worden gehecht:*

Artikel 1

*De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang
in de zin van artikel 14 van het EG-Verdrag omvatten met name:*

- *de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om
diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te machtigen en te organiseren op een
manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;*
- *de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in
de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende
geografische, sociale of culturele omstandigheden;*
- *een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de
bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker;*

Artikel 2

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

28 Mededeling Diensten van Algemeen Belang COM (2007) 725:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0725:FIN:NL:PDF>

29 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2006/L_376/L_37620061227nl00360068.pdf

30 Verordening (EG) nr.1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad.

31 Publicatieblad EG C 17 van 19.1.2001, blz. 4.

32 Publicatieblad EG L 312 van 29.11.2005, blz. 67.

33 Publicatieblad EG C 320 van 15.11.2001, blz. 5.

34 Zie de artikelen 13c, 30, 42-43 C, 51e en 51f en 107 van de Mediawet. Van belang is ook artikel 32e Mediabesluit waarin voor de lokale en regionale omroep een voorafgaande melding en goedkeuring door het Commissariaat voor de Media van voorgenomen neventaken is opgenomen.

35 <http://www.brabant.nl/layouts/SISHtmlDocument.aspx?docid=24572&doctype=pdf>

Er is naar het oordeel van GS sprake van een DAEB omdat de programma's en activiteiten van de stichting gericht dienen te zijn op:

- het op evenwichtige wijze een beeld geven van de Brabantse samenleving en de van de onder de bevolking in Noord-Brabant levende interesses en inzichten op maatschappelijk cultureel en levensbeschouwelijk gebied;
- bijdragen aan de ontwikkeling en verspreiding van de pluriforme en culturele diversiteit in Noord-Brabant;
- een breed algemeen publiek en daarbinnen te onderscheiden bevolkings- en leeftijdsgroepen (onafhankelijk van commerciële en overheidsinvloeden).
En dat deze:
- d.m.v. diverse technieken (o.a. satellietverspreiding en kabelnetwerken) goed toegankelijk zullen zijn voor de gehele Noord-Brabantse bevolking.

36 In de recente beschikking van de Commissie over de Duitse publieke omroep (E 3/2005), (MEMO/07/150 en IP/07/543) komen de volgende algemene punten naar voren:

- Het is aan te bevelen dat commerciële activiteiten worden verricht door commerciële dochtermaatschappijen en niet door de publieke omroep zelf;
- investeringen van de publieke omroep in andere ondernemingen moeten in lijn zijn met het handelen van een private investeerder;
- de Commissie bevestigt dat nieuwe media-activiteiten onderdeel kunnen zijn van de publieke taak indien wordt voldaan aan de democratische, sociale en culturele behoeften van de samenleving (conform de bewoordingen in het Protocol betreffende de publieke omroepen);
- Duitsland heeft, ter uitvoering van de door de Commissie opgelegd 'market impact assessment' (marktverstoringstoets), toegezegd om nieuwe media-activiteiten te beoordelen op grond van de zogenoemde 'contribution to editorial competition-test'. Hierbij wordt het belang van een activiteit ten behoeve van de opinievorming bekeken in het licht van ander marktaanbod;
- ten aanzien van de digitale kanalen zullen de ARD en ZDF onderbouwen dat deze kanalen bijdragen aan 'informatie, cultuur en educatie' en zullen derde partijen de mogelijkheid krijgen hun visie te geven op de mogelijke impact van deze nieuwe diensten op de markt.

37 Kamerstukken II 2007/2008, 31354, nr. 2. Op het moment dat deze handreiking werd voltooid was het wetsvoorstel nog niet aangenomen.

38 Het begrip 'onderneming' is in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie ontwikkeld. Ook onderdelen van overheden kunnen een onderneming zijn. Voor een overzicht van deze jurisprudentie zie bijv. de conclusie van AG Francis Jacobs in de AOK-Bundesverband zaak (HvJ) EG 16 maart 2004, gev. zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, Jur. p. I-2493).

39 Voor nadere uitleg en interpretatie van de criteria van staatssteun zie o.a. L. Hancher, e.a., EC state aids, Londen: Sweet & Maxwell 2006 of voor decentrale overheden <http://www.europadecentraal.nl/menu/113/Voorpagina.html>

- 40 Verordening (EG) Nr. 1998/2006 (de minimis algemeen en wegvervoer), Verordening (EG) Nr. 1535/2007 (landbouw), Verordening (EG) Nr. 875/2007 (visserij).
- 41 De Algemene Groepsvrijstellingsverordening is op het moment dat deze handreiking werd afgerond nog niet in gepubliceerd. De Commissie is wel akkoord gegaan met de definitieve tekst, op 8 juli 2008.
- 42 Zaak C-280/00 Altmark.
- 43 Bijvoorbeeld beschikking Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem, Nederland (N 541/2004 en N 542/2004).
- 44 J.M. van de Gronden, Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?, SEW 2007, 10, p. 409.
- 45 Zie Non-paper Diensten van algemeen economisch belang 2002:
http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/archive_docs/1759_sieg_nl.pdf
- 46 Non-paper (ibid), randnummer 61. De Commissie verwijst naar het voorstel voor de Verordening op het gebied van personenvervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, COM (2000) 7 def.
- 47 De Commissie heeft 20 jaar geaccepteerd in de zaken Pyrénées Atlantiques, Frankrijk (N 381/2004) en Limousin-Dorsal, Frankrijk (N 382/2004).
- 48 De duur van het contract of de compensatieperiode dient normaal gesproken in verhouding te staan tot de hoogte van de te vergoeden redelijke winst.
- 49 Een uitsluitend recht kan ook aan meer ondernemingen toegekend, mits deze zich met hun werkgebied beperken tot door de overheid aangewezen gebieden. Zie zaak 17/82, Interhuiles, Jur. 1983, p. 555.
- 50 Zie onder meer zaken C-67/96 Albany, r.o. 107, C-320/91 Corbeau, r.o. 14-17, en C-157/94 Commissie vs. Nederland, r.o. 53.
- 51 Zie Non paper (ibid.), randnummer 90 en verder.
- 52 Zie het toerekeningssysteem van de luchthaven Schiphol, goedgekeurd door de NMa op 25 april 2007:
http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Besluiten/Besluiten_2007_VK/200057aB8G.asp
- 53 Format offerte op de site van Europa decentraal:
<http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>, met open kostprijscalculatie, beleids- en beheersplan reserves, netto-kostprijsberekening met redelijke winstopslag, directe urenprijs/ eenheid productberekening en afschrijvingspercentages.

- 54 Het Non-paper (ibid.), nr. 79, onderscheidt 4 categorieën: financiering door de gebruikers, overheidsvergoeding aan de beheerder, zelffinanciering door kruissubsidiëring, en zelffinanciering door verrichting van commerciële activiteiten.
- 55 Het Groenboek uit 2003 erkent ook een categorie van financiering van ondernemingen, die niet met de DAEB zijn belast, maar die wel met de betreffende onderneming concurreren.
- 56 Een voorbeeld hiervan vormt zaak T-157/01, Danske Busvognmaend/Commissie (Combus) op basis van art. 73 EG-Verdrag.
- 57 Deze voorwaarde is in de praktijk moeilijk toepasbaar buiten het kader van de exploitatie van concessies. Zie mr. B.J. Drijber, 'Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling', SEW 2007, p.262.
- 58 Zie de Richtsnoeren (punt 67) van de Europese Commissie voor de financiering van vliegvelden en regionale luchthavens, 9 december 2005, Pb C 312/1, voor opstartsteun voor luchtvaartmaatschappijen die van regionale luchthavens vertrekken.
- 59 Zie beschikking C 43 / 2003 - CR43/03 AVR, punt 93.
- 60 Zie Non paper (ibid.), randnummer 90 en verder.
- 61 Mededeling van de Commissie over openbare bedrijven in de industriector, Pb EG 1993, p.I-6993.
- 62 Beschikking C 76/2002 Ryanair.
- 63 Als het verlenen van de opdracht voor de winnende partij tot voordelen leidt (meteen of in de toekomst) die deze onder normale marktomstandigheden niet zou hebben gekregen, kan er wél sprake zijn van staatssteun. Een aanbesteding sluit staatssteun dus niet per definitie uit. Per opdracht is altijd controle nodig.
- 64 Deze voorwaarde is in de praktijk moeilijk toepasbaar buiten het kader van de exploitatie van concessies, zie Drijber, ibid.
- 65 Vrijstellingsverordening 2005/842/EG van de Commissie:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2005/L312/L31220051129nl00670073.pdf>
- 66 Zie bijvoorbeeld beschikking C 2/2003 TV2, punt 124:
'Er kan niet van worden uitgegaan dat de Deense autoriteiten zorgvuldig onderzocht en grondig geanalyseerd hebben met welke investering zij de hoogste opbrengst zouden hebben. Bovendien is het overschot niet bij het eigen kapitaal van TV2 gevoegd op doorzichtige voorwaarden, na een uitdrukkelijk besluit en voor een bepaald doel, overeenkomstig de regels voor kapitaaloverdracht. Zoals hierboven verklaard, wensten de Deense autoriteiten geen opbrengst van hun investering en er was geen marktgerichte investeringsstrategie gemoeid met de herinvestering van de jaarlijkse overschotten in TV2 door de Deense staat. De enige uitzondering is de kapitaalsinvestering in de digitalisering van de productie-uitrusting van TV2. De Commissie merkt op dat de Deense autoriteiten

hebben gesteld dat dit kapitaal niet als vrij kan worden beschouwd. Volgens de jaarrekening van 1997 was in de mediaovereenkomst besloten dat TV2 zijn productie-uitrusting zou digitaliseren vóór einde 2000. Een bedrag van 300 miljoen DKK werd geormerkt voor de digitalisering van TV2 en de regionale zenders. In 1997 werd 167 miljoen DKK overgemaakt aan TV2 voor deze doelstelling.’

De Commissie is het er dus mee eens dat de investering was gebaseerd op een duidelijk besluit en een specifieke doelstelling had.

- 67 Zie voor een voorbeeld beschikkingen Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem, Nederland (N 541/2004 en N 542/2004). De Commissie overweegt:

‘De concurrentieverstorende effecten van het behoud van de reserves moeten als vrij beperkt worden beschouwd. In de eerste plaats gaat het om een eenmalige maatregel. In de tweede plaats zal, doordat de reserves gedurende tien jaar voor de openbare dienstverplichting zijn bestemd, zoals neergelegd in artikel 10 en 11 van de Zorgverzekeringswet, een eventueel ‘spill-over’ effect naar andere markten beperkt zijn. In het geval van een liquidatie van een voormalig ziekenfonds gedurende de eerste tien jaar van het nieuwe systeem, vallen de wettelijke reserves de Staat toe. Wanneer een voormalig ziekenfonds een deel van zijn cliëntenportefeuille binnen deze periode van tien jaar verkoopt, moet het desbetreffende deel van de reserves binnen de onderneming blijven wanneer deze verzekeringsportefeuille bij een winstgeoriënteerde verzekeraar - dus niet bij een voormalig ziekenfonds - wordt ondergebracht’.

- 68 Non Paper (ibid.), p. 21.

- 69 Non Paper (ibid.), p. 26.

- 70 Vrijstellingsbeschikking (ibid.), artikel 5 lid 4.

- 71 Bijvoorbeeld na afsluiting van de rekeningen van het boekjaar van de onderneming, Verordening 1191/69 (vervoer per spoor over land).

- 72 Non paper (ibid.), p. 27.

- 73 Beschikking C 33/2005, ex N 277/2004 Marktpassageplan Haaksbergen, punt 46.

- 74 Transparantierichtlijn, nr. 2006/111/EEG.

- 75 Artikel 18 jo 31 richtlijn 2004/18, art. 17 Bao. Vereisten in de jurisprudentie over een ‘alleenrecht dat specifiek is verleend voor de betreffende activiteit’ koppelen dit aan uitoefening in het kader van algemeen belang. Immers, het alleenrecht moet specifiek voor de betreffende activiteit aan de betreffende publiekrechtelijke instelling zijn verleend. Om publiekrechtelijke instelling te zijn moet deze een niet commerciële doelstelling (opgericht ter voorziening in behoeften van algemeen belang) hebben. De ‘onderhandse’ procedure van alleenrecht op basis van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dient verenigbaar te zijn met het Verdrag, te weten de beginselen van transparantie, non-discriminatie, en objectiviteit.

- 76 Zie voor meer informatie over (quasi-)inbesteden <http://www.europadecentraal.nl/menu/507/Inbesteden.html>. In de zaak C-107/98 Teckal heeft het Hof bepaald dat er sprake is van het verlenen van een '(quasi) in-house' opdracht indien een aanbestedende dienst binnen zijn eigen gezagsstructuur een opdracht verstrekt. Er is sprake van een gezagsstructuur als de gemeente toezicht uitoefent op een entiteit zoals op zijn eigen diensten (1) en de entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden (2) verricht ten behoeve van de gemeente.
- 77 Enig houvast bij publiek-publieke samenwerking geeft de zaak C-295/05 Asemfo-Tragsa. Een voorwaarde voor inbesteden is dat een onderneming het merendeel van haar activiteiten verricht t.b.v. de overheidsinstantie(s) die deze onderneming bezitten. Zie noot 76. Het arrest Asemfo - Tragsa geeft verdere invulling aan deze voorwaarde in een situatie van quasi-inbesteden. Als meerdere lichamen een onderneming in handen hebben, wordt aan deze voorwaarde voldaan wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd; zij hoeft deze niet noodzakelijkerwijs voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen te verrichten. Zie ook mr. A.C.T.M. Martin en mr. F.H.K. Theissen, Inbesteden en samenwerking tussen overheden, NJB 2007, nr. 39. In juni 2008 heeft de Advocaat Generaal bij het Europese Hof zijn opinie uitgebracht over de zaak C-324/07 Coditel Brabant, waarin de samenwerking in een constructie die vergelijkbaar is met een Nederlandse gemeenschappelijke regeling centraal staat.
- 78 Een overheidsopdracht voor diensten omvat een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (op geld waardeerbare tegenprestatie, die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten, en die betrekking hebben op de verlening van diensten. Een concessieovereenkomst voor diensten is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gekoppeld aan een prijs. Het verschil zit 'm dus in de tegenprestatie.
- 79 Voor overheidsopdrachten de aanbestedingsregels van toepassing. Voor diensten zijn dit de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten ('klassieke sectoren'), en de Richtlijn 2004/17/EG voor de 'speciale sectoren'. Beide richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd via het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass).

Artikel 1 lid 2 sub 9 richtlijn 2004/18 bevat een definitie van aanbestedende dienst (a.d.) en publiekrechtelijke instelling. Als een instelling is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, rechtspersoonlijkheid heeft en in hoofdzaak door overheid gefinancierd en bestuurd wordt is deze instelling een aanbestedende dienst (en kan de richtlijn van toepassing zijn).

De aanwijzing van een een of meerdere DAEB en NEDAB bij een instelling maakt de interpretatie van deze bepaling niet anders.

Artikel 3 richtlijn 2004/18, art. 3 Bao: wanneer een a.d. aan een lichaam dat zelf geen a.d. is bijzondere/uitsluitende rechten toekent om DAEB's te verlenen, wordt in de akte van verlening bepaald dat dit lichaam bij opdrachten voor leveringen die het in het kader van

deze activiteit bij derden plaatst, het non-discriminatiebeginsel op grond van nationaliteit moet naleven. Die lichamen kunnen DAEB's uitoefenen wanneer deze als zodanig correct zijn aangewezen en erkend.

Artikel 17 richtlijn 2004/18: bij een concessie voor diensten is de richtlijn niet van toepassing. In de jurisprudentie over II-diensten en over aanbesteden onder de drempel wordt inmiddels afstand genomen van deze bepaling.

80 In het DAEB-dossier van Europa decentraal staan voorbeelden van een aanwijzingsbesluit, subsidiebeschikking en een offertezoek:
<http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>

81 Zie format offerte op de site van Europa decentraal:
<http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>

82 Zie format aanwijzingsbesluit en format compensatiebeschikking op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/706/Praktijk.html>



22832