

Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun

mr. M.J.J.M. Essers en mr. H.C. Lejeune*

Het European Institute of Public Administration hield op 15 en 16 april 2013 in Maastricht een seminar over Diensten van Algemeen Economisch Belang (hierna: DAEB) en Staatssteun. Mede omdat het door het Tijdschrift voor Staatssteun bestreken gebied is breed met openbare diensten wordt aan de hand van dit seminar in deze bijdrage een introductie op het gebied van DAEB gegeven. Het programma voor de eerste dag betrof de grondbeginselen. De tweede dag, die aan het eind van de bijdrage aan de orde zal komen was meer praktijkgericht.

Inleiding

De uitvoering van economische diensten ten behoeve van burgers die een overheid van een lidstaat in het algemeen belang vindt, zoals afvalinzameling, ambulancevervoer of het beheer van openbare parkeergarages, kan door haar soms worden overgelaten aan de markt. Vaak zijn dan wel overheidsmaatregelen (sturing, financiering) nodig om de diensten op de door de overheid in het algemeen belang gewenste wijze door de markt te laten aanbieden.¹ Als dergelijke overheidsmaatregelen nodig zijn en daadwerkelijk zijn genomen, wordt gesproken van een DAEB.

Het Communautaire recht kent in art. 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) een zorgplicht voor de lidstaten om beginselen en voorwaarden vast te stellen voor DAEB.² Het VwEU steunt overheidsmaatregelen van de lidstaten ten behoeve van DAEB, omdat zij met deze maatregelen de toegang van burgers tot betaalbare DAEB van hoge kwaliteit, de samenhang in de Unie wil bevorderen. Deze overheidsmaatregelen kunnen echter onder omstandigheden ook de interne markt verstoren, bijvoorbeeld waar zij leiden tot overcompensatie en daarmee tot staatssteun. Vandaar dat bij de financiering van een DAEB het verbod van staatssteun van art. 107 VwEU moet worden nageleefd, voor zover de toepassing daarvan de uitvoering van de DAEB niet verhindert (art. 106 lid 2 VwEU).

De verhouding tussen het verbod van staatssteun en DAEB is nader uitgewerkt in het Altmark arrest en, in aansluiting daarop, in het zogenaamde DAEB pakket van de Europese Commissie. Dit pakket bestaat uit een Mededeling³, een Besluit⁴ en een Kaderregeling⁵ en een Verordening inzake de minimissteun.^{6,7} Met dit pakket zoekt de Commissie een balans tussen de voor een interne markt vereiste mededinging en de met het Verdrag van Lissabon nagestreefde sociale markteconomie.

Het concept 'DAEB'

Het begrip 'DAEB' is in het DAEB pakket en het VwEU bewust niet nader gedefinieerd. De lidstaten hebben zo een ruime beoordelingsmarge bij het omschrijven van een bepaalde dienst als DAEB en bij het verlenen van compensatie aan een dienstverrichter.⁸ De Europese Commissie toetst alleen

of de lidstaat een kennelijke fout heeft gemaakt bij het omschrijven van de dienst als een DAEB.⁹ Een praktijkvoorbeeld komt hieronder aan de orde.

Voor een goed begrip van 'DAEB' is verder het verschil met niet-economische diensten van algemeen belang (hierna: DAB) relevant.¹⁰ Dit verschil is relevant omdat op DAB art.

* Maurice Essers is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam, Bert Lejeune is advocaat bij Paulussen Advocaten te Maastricht.

1. Lidstaten bepalen in beginsel zelf hoe hun DAEB worden georganiseerd, gefinancierd en welk niveau daarbij gehanteerd wordt.
2. Zie in verband hiermee ook art. 1 van Protocol nr. 26 bij het VwEU.
3. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* C8/4 van 11 januari 2012.
4. Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 van het Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* L7/3 van 11 januari 2012.
5. Mededeling van de Commissie EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* C8/15 van 11 januari 2012.
6. Verordening nr.360/2012 van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU*, L114/8 van 26 april 2012.
7. Voor wat betreft vervoer over land heeft deze uitwerking plaatsgevonden in Verordening (EG) 1370/2007, *PbEU* L315 van 3 december 2007. Deze Verordening is geen onderdeel van het hier bedoelde DAEB pakket.
8. Mededeling, nr. 46.
9. Zie het BUPA arrest, zaak T-289/03, *Jur.* 2008, p.II-81 en het arrest Fred Olsen, zaak T-17/02, *Jur.* 2005, p. II-2031. De Europese Commissie kan bijvoorbeeld onderzoeken of een lidstaat een dergelijke fout heeft gemaakt bij de inschatting of een dienst al op bevredigende wijze door de markt kan worden geleverd op voorwaarden die stroken met het algemeen belang.
10. Tot de DAB behoren overheidsprerogatieven, zoals leger en politie, en op solidariteit gebaseerde socialezekerheidsregelingen. Zie Mededeling nr. 17 e.v. (ook over onderwijs en gezondheidszorg) en de Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SEC(2010) 1545 definitief.

107 VwEU niet van toepassing is.¹¹ Bij DAB kan geen sprake zijn van staatssteun. Bedacht moet wel worden dat beide begrippen (DAEB en DAB) dynamisch zijn. Loodsdiensten, bijvoorbeeld, waren vroeger een overheidsprerogatief, maar tegenwoordig zijn het economische activiteiten.¹²

De Altmark voorwaarden

In het Altmark arrest¹³ heeft het Hof van Justitie van de EU de cumulatieve voorwaarden genoemd waaronder compensatie voor een DAEB geen staatssteun vormt.¹⁴

1. de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk zijn belast met de uitvoering van een DAEB en die verplichtingen moeten duidelijk in een besluit (wet, bestuursrechtelijk instrument of contract) 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 DAEB geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
4. als de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt. Het vierde criterium voorziet erin dat de compensatie efficiënt besteed moet worden. Dat is ofwel het geval bij een aanbesteding van de DAEB ofwel bij een gemiddeld goed beheerde onderneming als benchmark.

Met name het vierde criterium wordt uitgebreid toegelicht in de Mededeling. Volgens de Mededeling volstaat niet elke openbare aanbesteding, zoals geregeld in de EU aanbestedingsrichtlijnen, om aan de vierde voorwaarde te voldoen. Bij keuze in een aanbesteding voor het gunningcriterium laagste prijs wordt aan de vierde voorwaarde voldaan. Maar bij keuze van het gunningcriterium van de economisch meest voordelige inschrijving moeten de subcriteria nauw verband houden met de inhoud van de te verrichten dienst om aan die voorwaarde te voldoen. Kwaliteitsnormen en subcriteria die zien op milieu of sociale aspecten hoeven niet aan het voldoen aan de vierde voorwaarde middels een aanbesteding in de weg te staan. Ook zal met het programma van eisen en het voorwerp van de aanbesteding voldoende mededinging gewaarborgd moeten zijn om aan de vierde voorwaarde te voldoen. Tenslotte moeten er voldoende inschrijvers zijn. Eén inschrijver is niet genoeg en ook ten aanzien van twee inschrijvers kan allicht worden getwijfeld of voldoende is verzekerd dat de winnende inschrijver de laagste mogelijke kosten voor de gemeenschap biedt. Volgens de Mededeling zijn de openbare procedure en de niet-openbare procedure in beginsel geschikt. Een procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande aankondiging of een concurrentiegericht dialoog zijn dat niet, omdat daarin een ruimere beoordelingsbevoegdheid zou worden verleend aan de aanbestedende dienst en de deelneming van belangstellende marktdeelnemers kan worden beperkt. Overtuigend is dit in de Mededeling gemaakte onderscheid tussen de in de EU aanbestedingsrichtlijnen geregelde aanbestedingsprocedures niet, omdat ook bij een niet-openbare procedure een beperking van deelnemers plaatsvindt. Bovendien dient bij al deze procedures te worden gekozen voor de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrij-

ving. Omdat beide gunningcriteria uit moeten gaan van Total Cost of Ownership¹⁵, zou je verwachten dat beide criteria tot de laagste kosten en hoogste baten voor de gemeenschap leiden. Verschil bij deze aanbestedingsprocedures is wel dat in de niet-openbare procedure door een aanbesteder tenminste vijf deelnemers moeten worden uitgenodigd om in te schrijven, terwijl in een onderhandelingsprocedure kan worden volstaan met drie deelnemers. Het verschil in behandeling wordt in de Mededeling echter niet verklaard door het onderscheid in het minimum aantal deelnemers.¹⁶

Behalve de in de EU aanbestedingsrichtlijnen geregelde aanbestedingsprocedures kan ook door het volgen van een vrijwillige (ongereguleerde) aanbesteding aan de vierde voorwaarde worden voldaan. Die procedure moet dan wel zijn gebaseerd op de beginselen van transparantie. De procedure moet verder voorzien in een geschikte methode om aanbiedingen te vergelijken en om de compensatie zodanig vast te stellen dat de aanwezigheid van staatssteun is uitgesloten. Alleen zo wordt de deelnemer geselecteerd die de DAEB tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren. Of met een openbare aanbesteding wordt voldaan aan de vierde voorwaarde, zal zowel bij een vrijwillige als bij een Europese aanbesteding kortom bepaald moeten worden aan de hand van de kenmerken van de aanbesteding. Wanneer onduidelijk is of aan de vierde voorwaarde wordt voldaan, ligt het voor de hand dat DG Mededinging daarover DG Interne Markt zal consulteren voordat de Europese Commissie daarover (als college) een beslissing zal nemen.

Het Besluit, EU-kaderregeling en Verordening inzake de-minimissteun

Bij de meeste DAEB wordt niet aan één of meer van deze voorwaarden voldaan. Wanneer dan wel aan de algemene criteria voor de toepassing van art. 107 lid 1 VwEU is voldaan, vormt de compensatie staatssteun die gemeld moet worden. Het Besluit regelt enkele bijzondere situaties waarin desondanks een melding achterwege kan blijven indien aan in het besluit geformuleerde voorwaarden wordt voldaan. Ook wanneer aan de voorwaarden van de Verordening inzake de-minimissteun wordt voldaan, is een melding niet vereist. Eén van de voorwaarden van die Verordening is dat

11. Art. 2 Protocol 26.
12. Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun, Europa Decentraal, 2008, p.17.
13. Zaak C-280/00, Altmark. *Jur.* 2003, p.1-7747. Zie ook het BUPA arrest, zaak T-289/03 en het TV2 arrest, zaak T-309/04.
14. Aangezien de compensatie die niet als een voordeel geldt, wordt niet voldaan aan één van de voorwaarden voor kwalificatie als staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VwEU.
15. Dat wij zeggen: de totale kosten over de gebruiksduur. Zie *Gids Proportionaliteit*, p. 44. Het gaat dus niet om de laagste aankoopprijs.
16. Behalve een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking is in de EU aanbestedingsrichtlijnen ook een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking geregeld. Het onderscheid tussen een openbare procedure of een niet-openbare procedure met de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking is groter dan bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, omdat bij de procedure zonder voorafgaande bekendmaking geen enkele concurrentiestelling plaatsvindt.

de steun niet hoger is dan 500.000 euro over een periode van drie belastingjaren. De EU-kaderregeling geeft voorwaarden waaronder staatssteun aan ondernemingen die een DAEB verrichten en waarvoor uit hoofde van art. 108 lid 3 VwEU een verplichting tot voorafgaande aanmelding geldt, door de Europese Commissie verenigbaar met de interne markt wordt verklaard. Een dergelijke verklaring kan volgen wanneer de Commissie, na het op de aanmelding volgende onderzoek vaststelt dat aan de voorwaarden van de Kaderregeling wordt voldaan.

Werken met het DAEB pakket in de praktijk

De ervaringen met het DAEB pakket zijn nog beperkt. Vanwege een overgangstermijn is het pakket pas op 31 januari 2012 in werking getreden. Het pakket geldt ook alleen voor de maatregelen die na 1 januari 2013 in werking zijn getreden.

Hoewel in de praktijk nog weinig ervaring is opgedaan heeft het EIPA wel haar best gedaan om de tweede cursusdag praktijkgericht in te vullen.

Kostenberekening in het DAEB-pakket

In het eerste deel van tweede dag stond centraal de hoogte van de compensatie die ziet op het dekken van kosten van de DAEB. Over de kostenberekening heeft dr. Michal Bernat, senior medewerker bij Dentons in Warschau, een presentatie gegeven. Het Altmark-arrest (derde criterium) zegt dat de compensatie voor het uitvoeren van een DAEB niet hoger mag zijn dan nodig om de uitvoering te dekken (rekening houdende met een redelijke winst).

De Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels op DAEB en de in dat kader verleende compensatie, bepaalt dat alleen de kosten die rechtstreeks met het verrichten van de DAEB verband houden, vergoed mogen worden. Dat is een exercitie die dient te geschieden op basis van criteria die tevoren te zijn vastgesteld. Indien de onderneming als onderdeel van de compensatie voor het verrichten van de DAEB naast een kostenvergoeding ook een redelijke winst ontvangt, wat doorgaans het geval zal zijn, dan dienen ook de criteria voor de winstberekening vooraf te worden vastgesteld. Bij een aanbesteding van de uitvoering van een DAEB moeten zulke criteria deel uitmaken van de aanbestedingsdocumentatie.

De crux is volgens Michal Bernat de definitie van de relevante kosten. Dat is geen probleem indien de onderneming alleen de DAEB-activiteiten uitvoert, want dan mogen alle kosten vergoed worden. Indien men het zo kan organiseren, verdient deze constructie de voorkeur, aldus Bernat. Complexer is het bij 'gemengde ondernemingen', dus ondernemingen die ook andere activiteiten hebben naast de DAEB. Directe kosten zullen bij 'gemengde ondernemingen' geen probleem opleveren, maar dat is anders voor indirecte kosten die wellicht niet geheel toe te rekenen zijn aan de DAEB. De berekening werd voor de introductie van het pakket uitgevoerd middels de AC-methode (*avoided cost*). Deze methode is thans uit hoofde van de kaderregeling tweede keus. De AC-methode hield in een optelsom van alle kosten die voor het beheer van de DAEB worden gemaakt; dus alle kosten die nodig zijn voor het beheer van de DAEB vermeerderd met een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten van de DAEB en de overige activiteiten. Om een passende bijdrage in de gemeenschappelijke kosten voor het gebruik van bepaalde middelen te kunnen bepalen moeten, aldus de Commissie, de marktprijzen wor-

den gehanteerd. Indien geen marktprijzen voorhanden zijn, dan kan de omvang van de bijdrage in de gemeenschappelijke kosten worden bepaald aan de hand van de hoogte van de redelijke winst die de onderneming naar verwachting maakt met activiteiten die buiten de DAEB vallen. De inkomsten - alle specifiek met de DAEB behaalde inkomsten - dienen van het aldus verkregen kostentotaal te worden afgetrokken.

De kaderregeling gaat echter primair uit van de Net Avoided Cost-methode (hierna: NAC-methode). De NAC-methode houdt in dat een berekening wordt gemaakt van de totale netto kosten van een DAEB-dienstverlener, welke vervolgens vergeleken wordt met de netto kosten die dezelfde dienstverlener zou hebben gehad indien deze geen verplichting zou hebben gehad de DAEB uit te voeren. Om de netto kosten te verkrijgen moeten alle voordelen die specifiek gelden voor de DAEB op geld worden gewaardeerd en in mindering worden gebracht op de kosten. De NAC-methode is de preferentiële methode en meest accurate methode volgens de Commissie. In uitzonderingsgevallen kan de AC-methode gebruikt worden.

De Commissie wijst erop dat een DAEB-onderneming die over uitsluitende of bijzondere rechten beschikt (daardoor) een hogere winst kan hebben dan redelijk. In dat geval moet bij de berekening van de compensatie dit surplus tot mindering strekken. Welhaast in het verlengde daarvan ligt de mogelijkheid voor degene die de DAEB verleent, de met de DAEB belaste onderneming te verplichten de (hogere) winst die behaald wordt met bepaalde activiteiten aan te wenden om de DAEB te bekostigen. In dat kader wijzen wij erop dat indien de overheid de tarieven vaststelt dat eventuele voordelen die daaruit voortvloeien geen staatssteun vormen nu zulke voordelen niet ten laste zijn van de staatskas.

Compensatie mag niet 'gratis' zijn. Indien de criteria voor compensatie vastgesteld worden moeten prikkels ingebouwd worden om te waarborgen dat de DAEB doelmatig verricht wordt. Kwaliteit blijft echter voorop staan. De Commissie staat 'het systeem van de stok en wortel' voor. De stok is dat indien men (sectorspecifiek) kan voorzien dat op onderdelen van de bedrijfsvoering efficiencywinsten behaald kunnen worden, dan dienen zulke efficiencywinsten door de onderneming ook behaald te worden en kan men daar alvast rekening mee houden bij het vaststellen van de compensatiegrondslag. De wortel is dat men het aantrekkelijk maken door een onderneming een hogere winst te laten behouden bij productie-efficiency. Zulke voordelen moeten evenwel verdeeld worden. De verlener van de DAEB en de gebruikers moeten een eerlijk deel krijgen.

Van belang is in het oog te houden dat bij 'gemengde' ondernemingen de DAEB en andere diensten in een gescheiden boekhouding moeten worden geadministreerd. In het geval dat een onderneming zelfs met meerdere DAEB's belast is, moet uit de boekhouding kunnen worden opgemaakt of ter zake één DAEB overcompensatie heeft plaatsgevonden. Overcompensatie is onverenigbare steun die moet worden teruggevorderd.

Redelijke winst

De consultant Enno Eilts (van het economisch onderzoeksbureau Oxera) heeft in het tweede deel gesproken over de vraag hoe een redelijke winst berekend moet worden in licht van het gevaar dat een onderneming overcompensatie ontvangt. De vraag wanneer er sprake is van overcompensatie, noemt hij de Goldilocks-vraag gebaseerd op het sprookje

waarin Goldilocks de pap van de drie beren proeft: de eerste is te flauw, te tweede zout en de derde *'just right'*.

Er geldt een objectieve maatstaf. Als redelijke winst mag verstrekt worden het rendement op kapitaal dat een gemiddelde onderneming zou (mogen) verlangen voor het verrichten van de DAEB gedurende de contractperiode waarbij rekening gehouden wordt met het bedrijfsrisico. Voor de test berekent Enno Eilts het voorziene rendement op het contract/de kasstromen: de interne opbrengstvoet (Internal rate of return / IRR). Die moet in lijn zijn met de externe benchmark, te weten kosten van kapitaal bij vergelijkbare soorten openbare dienstcontracten in concurrerende omstandigheden. Zulke benchmarks moeten gezocht worden. De Commissie zegt aan te sluiten bij contracten die worden vergund op basis van een aanbesteding. Bij het ontbreken van een benchmark op nationaal niveau moet men desnoods gaan vergelijken met andere ondernemingen actief in andere lidstaten; of zelfs desnoods andere sectoren. Als externe benchmark wordt de WACC genomen: het gewogen gemiddelde voor eigen en vreemd vermogen (*weighted average cost of equity en cost of debt*).

Dit is echter niet de enige methode om te waarborgen dat niet meer dan een proportionele winst wordt toegekend. Er zijn omstandigheden waarbij het niet passend is het rendement op kapitaal te gebruiken, omdat ondernemingen met een DAEB vaak onder speciale omstandigheden op een unieke markt opereren. Soms zijn het monopolisten, soms met staatsgaranties in de een of andere vorm, waardoor er geen goed objectief vergelijkingsmateriaal is. Dan kunnen andere methoden geschikt zijn om te bepalen wat als redelijke winst kan worden gezien (*return on capital employed, return on assets* of de *return on sales*). Lidstaten hebben de mogelijkheid om stimulerende criteria in de contracten op te nemen, gericht op de kwaliteit van de dienstverlening en/of om productie-efficiëntie te bewerkstelligen.

Rechtszekerheid en het vierde Altmarkcriterium

De heer Preben Sandberg Petterson, werkzaam bij het Deens ministerie van Economische zaken als hoofd van de Staatssteunafdeling, heeft in het derde deel zijn visie op de praktijk besproken. Daarbij werd kritiek geuit op de uitingen van de Commissie in de mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels op voor het verrichten van DAEB verleende compensatie (2012/C 8/02) en de EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (2012/C 8/03). Bij voorkeur wordt geen melding gedaan, maar rechtszekerheid is gewenst. In die context ging het om het vierde criterium dat inhoudt dat *'wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding (...)'* de noodzakelijke compensatie moet worden vastgesteld *'op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen'*. Preben Petterson meent dat het onterecht is aanbesteding een dergelijke status te geven nu in praktijk om verschillende redenen een aanbesteding niet voor de hand ligt en het alternatief, waarbij een zware bewijslast op de lidstaat rust, zeer complex is. Hij bepleit meer *'guidance'* en rechtszekerheid.

De heer Achim Schröder, werkzaam als expert bij Deutsche Post DHL, zou in het vierde deel ingaan op de verplichting onverenigbare steun terug te vorderen. Op zich is de terugvordering van onrechtmatige steun wegens overcompensatie voor een DAEB niet anders dan bij zaken waarbij geen DAEB in het geding is. Daarom heeft hij zich geconcentreerd op de toepassing van Altmark in de postsector.

De toepassing van de regels op die sector is gezien de liberalisering niet gemakkelijk. Een speciaal probleem dat zich voordoet bij Deutsche Post DHL is dat werknemers van voor 1995 als *'Beamte'* over bijzondere arbeidsvoorwaarden, waaronder pensioenvoorwaarden, beschikken die normaliter in de markt niet betaald worden, terwijl vanaf dit jaar de markt voor alle poststukken geopend is.

Altmark is onverkort van toepassing voor de postsector. Met verholen trots heeft Achim Schröder vermeld dat de Deutsche Post nooit overcompensatie ontvangen heeft, terwijl de Commissie de onderneming sinds 1994 onderzoekt. Een mogelijke conclusie is dat het een gebrek aan rechtszekerheid voortvloeit uit het feit dat het eigenlijk onmogelijk is om een goede benchmark te vinden voor natuurlijk monopolies zoals de postsector (was). Marktregulering, bijvoorbeeld door het vaststellen van tarieven, kan eigenlijk niet geadresseerd worden door de staatssteunregels. Mede daardoor is de toepassing van het vierde Altmarkcriterium op de postsector complex.

De kennelijke fout als grond voor vernietiging

In het vijfde en afsluitende deel van de dag heeft de heer Michel Debroux van ReedSmith (Parijs) aandacht besteed aan het leerstuk van de kennelijke fout, met andere woorden de marginale toets die gehanteerd wordt door het HvJ EU op de definitie van wat een DAEB is, toegespitst op de breedbandsector.

Die toets respecteert enerzijds een zekere discretionaire bevoegdheid voor de overheid een DAEB vast te stellen, maar dient anderzijds onaanvaardbare resultaten te voorkomen. In dat kader werd een opmerkelijke casus ten tonele gevoerd waarbij verschillende telecombédrijven bij het HvJ EU opkomen tegen de door de Commissie in september 2009 op basis van de Altmarkcriteria afgedane mogelijke steun gemoeid met de uitrol van breedband in het Parijse arrondissement Hauts-de-Seine. Het ging daarbij om de vraag of de (gesubsidieerde) aanleg van breedband op een locatie als Hauts-de-Seine, die vergelijkbaar is met de Amsterdamse Zuidas, door de Lidstaat als DAEB gekarakteriseerd mocht worden. Daarvoor was van belang of er sprake is van een marktfalen, hetgeen vereist is om te kunnen komen tot de conclusie dat er sprake kan zijn van een DAEB. De Commissie heeft de resultaten van een onderzoek aanvaard die een economische benadering inhielden dat in verschillende delen van Hauts-de-Seine onvoldoende bevolkingsdichtheid bestond waardoor er sprake zou zijn van niet-winstgevende locaties en waardoor een interventie (DAEB) voor het gehele gebied gerechtvaardigd zou zijn.

Michel Debroux betoogde dat dit een twijfelachtig oordeel was nu die locaties onder meer openbare parken bleken te zijn. Bij het beroep bij de rechter zal er thans sprake zijn van 2 marginale toetsen. In de beslissing van de Commissie waartegen het beroep dient, heeft de Commissie middels in een marginale toets geoordeeld dat de beslissing van de Franse Staat, dat er sprake van was een DAEB, in stand kon blijven (marginale toets 1). Het HvJ EU toetst op haar beurt marginaal het oordeel van de Commissie dat de Franse Staat

mocht oordelen dat er sprake is van een DAEB (marginale toets 2). Debroux die optreedt voor de klagers meent dat het HvJ EU met een marginale toets (toets 2) de beslissing van de Commissie op basis van marginale toets (toets 1) moet vernietigen. In deze casus lijkt ruimte te bestaan voor een gerechtelijk oordeel dat er sprake is geweest van een kennelijke fout bij het vaststellen van de DAEB.¹⁷

Conclusie

Het seminar over Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB) en Staatssteun georganiseerd door het EIPA (15 en 16 april 2013 Maastricht) gaf een zinvolle introductie over de toepassing van de staatssteunregels op de bekostiging van DAEB's en welke zaken daarbij in de praktijk spelen.

17. Voor een bijdrage over de toepassing van de marginale toets en de intensiteit en effectiviteit van de Europese bestuursrechtspraak wordt verwezen naar Arjen Meij, 'In Search of a Manifest Error: Dutch Complexities Between Certainties of the Law and Uncertainties of Economics', *ESIAL* 3/2012 p. 547 e.v.