

De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (II). Aspecten van concrete toepassing

[gepubliceerd in de Gemeentestem, september 2012, nr. 89, p. 438 – 448.]

Mr. Maarten Aalbers & prof.dr. Bart Hessel

1. Inleiding

In onze eerste bijdrage over het nieuwe Almunia-pakket over DAEB en staatssteun zijn de toepasselijke regels besproken en een aantal punten genoemd die nadere uitwerking verdienen. In deze bijdrage worden die punten besproken. Daarmee willen wij meer duidelijkheid geven over de toepassing van het staatssteunpakket van artikel 106 lid 2 VWEU maar ook over de verhouding tussen DAEB-steun en de gewone staatssteun van artikel 107 de leden 1 en 3 VWEU. Het gaat om de praktische toepassing van de DAEB de- minimisvrijstellingsverordening (par. 2) een nadere analyse van het marktfaalen bij DAEB (par.3) de toepassing van het Vrijstellingsbesluit in de Nederlandse context (par.4) en de rol van de aanbestedingsregels in het nieuwe staatssteunpakket voor DAEB (par. 6) Aanvullend staan we ook nog stil bij de geschiktheidstoets (par. 5) en sluiten we de bijdrage af met conclusies (par. 7).

2. De toepassing van de DAEB de - minimisvrijstelling in de praktijk

In onze eerste bijdrage kwam ter sprake dat de Commissie cumulatieregels heeft vastgesteld in de DAEB de - minimisvrijstelling om te voorkomen dat de Altmarkcriteria worden omzeild. Dat er in de de - minimisvrijstelling geen sprake is van enig Altmarkcriterium brengt echter het risico met zich mee dat decentrale overheden deze vrijstelling veel ruimhartiger gaan toepassen dan de bedoeling is. Dan is er ook sprake van onbedoeld omzeilen. Onder het oude DAEB staatssteunpakket is al gebleken dat gemeenten en provincies de voorkeur geven aan vrijstellingsmogelijkheden om aan de aanmeldingsverplichting van artikel 107 lid 1 VWEU te ontkomen. Deze reflex kan er toe leiden dat allerlei activiteiten als DAEB aangemerkt worden waarover op zijn minst gerede twijfel bestaat of zij wel als een DAEB kunnen worden opgevat.

Voorkomen moet worden dat een te ruime interpretatie van DAEB zal worden gehanteerd om in plaats van de € 200.000,- grens van de gewone de - minimisvrijstelling gebruik te kunnen maken van de € 500.000,- grens. Dat in de DAEB de - minimisvrijstelling de Altmarkcriteria niet genoemd worden neemt niet weg dat deze de - minimisvrijstelling moet worden gezien als een onderdeel van het DAEB pakket. Dat betekent dat voor de toepassing van deze vrijstelling aan een aantal eisen moet worden voldaan.

a. vooraf bepaalde activiteiten als DAEB aanmerken

Om te beginnen moet vooruitlopend op het eerste Altmarkcriterium dat de betrokken onderneming daadwerkelijk belast wordt met een DAEB voor de toepassing van de DAEB - regels aan de vooreis worden voldaan dat de

overheid bepaalde activiteiten als een DAEB aanmerkt. Voor de mogelijke toepassing van de DAEB de - minimisvrijstelling moet aan die vooreis worden voldaan.

Zoals bekend hebben lokale en regionale overheden de ruimte om zelf bepaalde activiteiten aan te merken als DAEB maar die ruimte is niet onbeperkt: er moet voldaan worden aan de eisen van marktwerking en marktfalen.

b. de betrokken onderneming(en) expliciet belasten met een DAEB

Naast de eis die voorafgaat aan de Altmarkcriteria moet voor de toepassing van de DAEB de - minimisvrijstelling naar onze mening ook voldaan zijn aan de eerste Altmarkeis. De betrokken onderneming moet expliciet belast zijn met een DAEB. Als de onderneming daar niet mee is belast kan het DAEB en staatssteunpakket niet worden toegepast en gelden de 'gewone' staatssteunregels, waaronder de 'gewone' de - minimisvrijstelling.

Het voordeel van de DAEB de - minimisvrijstelling boven de toepassing van de Altmarkcriteria ligt dan hierin dat bij de toepassing van de de - minimisvrijstelling geen rekening behoeft te worden gehouden met het tweede, het derde en het vierde Altmarkcriterium. De ingewikkelde eisen van de daadwerkelijke omschrijving van de activiteiten op basis waarvan de compensatie wordt berekend (tweede criterium) en het voorkomen van overcompensatie (derde criterium) zijn niet aan de orde binnen de grens van € 500.000,-. In ruil voor die belangrijke speelruimte stelt de Commissie wel de eis dat lidstaten voor het berekenen van die grens dezelfde rekenmethode gebruiken.

c. rekening houden met boekhoudkundige scheiding

Bij de toepassing van het DAEB en staatssteunpakket moet niet alleen gelet worden op de vier Altmarkcriteria en de vooreis van het aanmerken van een DAEB. Er is nog een zesde eis die meespeelt. Bij ondernemingen die deels DAEB activiteiten en deels commerciële activiteiten verrichten moet een boekhoudkundige scheiding worden gehanteerd. Daarmee wordt voorkomen dat de DAEB - compensatie terecht komt bij de commerciële activiteiten. Bij de toepassing van de DAEB de - minimisvrijstelling kan het ook gewenst zijn deze boekhoudkundige scheiding te hanteren. De Commissie laat overheden de ruimte om de DAEB de - minimisvrijstelling en de gewone de - minimisvrijstelling te combineren. Binnen de DAEB - activiteiten mag die combinatie dan niet boven de € 500.000,- grens uitkomen. Het is ons niet duidelijk waarom een gemeente in een dergelijke DAEB-situatie zou kiezen voor een combinatie van beide de - minimisregels in plaats van de volledige toepassing van de DAEB de - minimisvrijstelling. De cumulatierregel lijkt er dan ook voornamelijk op gericht om te voorkomen dat overheden de DAEB de - minimisvrijstelling voor € 500.000,- toepassen op een onderneming die al gewone de - minimissteun heeft gehad. Als die gewone de - minimissteun betrekking heeft op DAEB activiteiten is die cumulatierregel relevant. Het komt ons echter voor dat bij een boekhoudkundige scheiding het zeer wel mogelijk is dat een onderneming die deels DAEB activiteiten verricht voor die activiteiten de DAEB vrijstelling ontvangt van € 500.000,- en daarnaast voor haar commerciële activiteiten de 'gewone' de - minimis van € 200.000,-. De boekhoudkundige scheiding voorkomt immers niet alleen dat de DAEB

compensatie terecht komt bij de commerciële activiteiten maar ook dat de steun voor commerciële activiteiten terecht komt bij de DAEB activiteiten.

d. analoge toepassing van de 'tankstations steunregels'

Het mag bekend zijn dat in het verleden de toenmalige minister van Financiën Zalm de mist is ingegaan met de toepassing van de gewone de - minimisvrijstelling door alle bezinepomphouders in de grensstreek de volledige minimissteun te geven van toen nog € 100.000,-, om het omzetverlies als gevolg van het kwartje van Kok te compenseren.¹ Bij de toepassing van de de - minimisvrijstelling werd ten onrechte geen rekening gehouden met het verschil tussen tankstations die geëxploiteerd werden door eigen ondernemingen en door dochterondernemingen van de benzinemaatschappijen. Evenmin werd ten onrechte rekening gehouden met de zogenaamde SPB-clausule op grond waarvan de benzinemaatschappij het teruglopen van omzet door externe oorzaken van zelfstandige ondernemingen voor haar rekening zou nemen. De de - minimissteun aan de dochters en aan de zelfstandige ondernemingen met SPB-clausule moest worden toegerekend aan de benzinemaatschappijen en die kregen daardoor meer dan de toegestane € 100.000,-

In artikel 2 lid 2 wordt gesteld dat het totale bedrag aan de-minimissteun dat wordt verleend aan *een* onderneming die DAEB verricht niet hoger ligt dan € 500.000,-. Bij *een* moeten we dus lezen: *één zelfstandige economisch eenheid*.

Wanneer wordt een onderneming als 'zelfstandig' beschouwd? Dit is het geval wanneer deze niet voor 25% of meer van het kapitaal of van de stemrechten in handen is van één onderneming of van verscheidene verbonden van ondernemingen gezamenlijk of via natuurlijke personen afzonderlijk of in een groep. Dit is echter niet het enige door de Commissie en het Hof van Justitie gehanteerde criterium: ook dezelfde bestuurders, familierelaties en contractuele verplichtingen kunnen ervoor zorgen dat een onderneming niet als zelfstandig kan worden gezien.²

Bij de toepassing van de DAEB de - minimisvrijstelling moeten decentrale overheden er dus evenzeer op letten dat een onderneming van andere overheden al DAEB de - minimissteun heeft gehad en ook of zij te maken hebben met een zelfstandige onderneming of een dochter. Het kan dus niet zo zijn dat gemeenten zonder onderlinge afstemming aan woningcorporaties die in meerdere gemeenten actief zijn alle € 500.000,- de - minimissteun geven.

3. Het begrip marktfalen bij DAEB nader bezien

Zoals gebleken benadrukt de Commissie in het nieuwe DAEB en staatssteunpakket dat taken die al voldoende door de markt worden verricht niet in aanmerking komen voor DAEB - compensatie.³ Er moet sprake zijn van

¹ HvJEG 13 juni 2002, zaak C-382/99 Nederland tegen de Commissie (*Zalmsteun tankstations*).

² Zie bijlage I bij de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, *PbEU* 2008, l 214/38.

³ Algemene Mededeling, p. 8/11, de punten 47-49.

marktfalen om een activiteit als een DAEB te kunnen kwalificeren en het pakket (de - minimisvrijstelling, Vrijstellingsbesluit en Kaderregeling) te kunnen toepassen.

Terwijl marktfalen daarmee een inherente voorwaarde is voor DAEB en compensatiesteun geeft de Commissie in haar mededelingen over DAEB en staatssteun niet precies aan wat we in het kader van artikel 106 lid 2 VWEU moeten verstaan onder marktfalen. Voor de betekenis van artikel 106 lid 2 zelf is het van belang hier meer duidelijkheid over te krijgen, maar ook voor de relatie met de staatssteunregels van artikel 107 VWEU. Zoals bekend heeft de Commissie bij de uitwerking van het Actieplan Staatssteun bij de toepassing van artikel 107 lid 3 naast het kiezen van een duidelijk communautair belang ook de eis gesteld dat er sprake moet zijn van marktfalen. Daarmee moet er niet meer alleen bij de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU, maar ook bij de toepassing van de staatssteunregels van artikel 107 lid 3 VWEU sprake zijn van marktfalen. Kunnen we meer duidelijkheid krijgen over dat marktfalen en eventuele verschillen bij de toepassing van artikel 106 lid 2 en artikel 107 lid 3 VWEU? Wanneer we zien dat decentrale overheden wel de neiging vertonen om artikel 106 lid 2 te gebruiken om aan de melding van artikel 107 lid 1 VWEU te ontkomen, zou het mooi zijn als het economische begrip marktfalen hier wat meer duidelijkheid zou kunnen geven.

a. verschillende typen van marktfalen

Bij de uitwerking van het Actieplan Staatssteun en de toepassing van artikel 107 lid 3 VWEU hebben decentrale overheden al kennis gemaakt met verschillende typen van marktfalen.

De Commissie onderscheidt de volgende typen: ⁴

1. Externaliteiten, ofwel het optreden van positieve of negatieve externe effecten.

Daarvan is sprake wanneer de marktspelers niet alle kosten of baten van hun handelen voor de samenleving meewegen. Er kunnen negatieve externe effecten aan hun handelen verbonden zijn, zoals milieuvervuiling. Maar er kan ook sprake zijn van positieve externaliteiten bijvoorbeeld maatschappelijke voordelen van onderwijs, onderzoek en innovatie.

2. Collectieve goederen.

Collectieve goederen als defensie en waterstaat kunnen niet via de markt worden geproduceerd maar zijn wel van belang voor de samenleving.

3. Imperfecte informatie.

Efficiënte marktwerking veronderstelt volledige informatie van marktpartijen. Imperfecte informatie kan leiden tot transactiekosten, *agency costs*, moreel risico of antiselectie en daarmee tot marktfalen. Denk aan imperfecte informatie op de financiële markten die er toe leidt dat starters niet voldoende financiële middelen kunnen aantrekken.

4. Coördinatieproblemen.

Coördinatieproblemen tussen de marktspelers kunnen er ook toe leiden dat de markt niet efficiënt werkt. Denk bijvoorbeeld aan onderlinge afstemming bij innovatie

⁴ Actieplan Staatssteun, p. 7.

5. Marktmacht.

Het bestaan van marktmacht, waardoor ondernemingen zich kunnen onttrekken aan de tucht van de markt, kan leiden tot ondoelmatige uitkomsten van de markt.

In al deze gevallen wordt gesproken van marktfalen, maar vanuit de markt bezien moeten we een onderscheid maken tussen: (a) marktfalen omdat de markt niet toereikend is, ook al werkt zij optimaal volgens het boekje van de economen en (b) marktfalen omdat de markt imperfect werkt dus niet volgens het boekje van de economen.

Bij het optreden van externaliteiten en (semi-) collectieve goederen hebben we te maken met de ontoereikendheid van de markt ook als deze optimaal werkt. Dit kan aanleiding zijn tot interventies door de overheid om de markt aan te vullen of eventueel te corrigeren.

Imperfecte informatie, coördinatieproblemen en marktmacht leiden tot marktimperfections. De markt werkt niet volgens het boekje van de economen en dat kan aanleiding zijn tot interventies door de overheid om de markt alsnog volgens dat boekje te laten functioneren. Denk daarbij aan het aanpakken van verboden kartels via het mededingingsrecht.

Uit een oogpunt van marktdenken, dat de Commissie de decentrale overheden in alle hevigheid opdringt, is het slordig om geen duidelijk onderscheid te maken tussen marktimperfections en het naar zijn aard tekortschieten van de markt. Dat was al slordig bij de uitwerking van het Actieplan Staatssteun,⁵ maar is niet acceptabel wanneer door diezelfde Commissie het liberale marktdenken ter discussie wordt gesteld en wordt ingeruild voor een sociale markteconomie. Daarmee wordt immers benadrukt dat de markt op een aantal punten – waaronder ‘het sociale’ - naar zijn aard tekortschiet, ook als hij optimaal werkt.

De vraag is of het onderscheid tussen naar zijn aard tekortschieten van de markt en het optreden van marktimperfections meer duidelijkheid kan geven bij de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU.

Naar ons oordeel zijn daar wel aanknopingspunten voor maar tegelijkertijd is het voor decentrale overheden belangrijk kennis te nemen van de bedenkingen die daartegen kunnen worden aangevoerd. Het is interessant voor gemeenten om op deze punten in te gaan want niet alleen de economische benadering levert hen bepaalde kansen op (zie par. 3.1. onder a). ook de bedenkingen tegen onze economische benadering en de inconsistente benadering van de Commissie enerzijds en het Gerecht anderzijds bieden kansen voor decentrale overheden (zie par. 3.2. onder a).

3.1 DAEB als de markt naar zijn aard tekortschiet?

Als aanknopingspunt voor het marktfalen bij artikel 106 lid 2 VWEU hebben we de omschrijving dat we aan een DAEB kunnen denken als bepaalde algemene belangen niet of niet toereikend worden gerealiseerd door

⁵ Zie B. Hessel, De economische benadering van staatssteun. Ingrijpende gevolgen voor de decentrale staatssteunpraktijk, in: Bart Hessel, Emile Pertou, Jolinda Verwoert (red.), Europa op het grensvlak van recht en beleid, Praktijckahiers Europees recht deel 1, Sdu Uitgevers 2007, p. 86.

ondernemingen die zich alleen laten leiden door hun eigen commerciële belangen ofwel alleen maar kijken naar de signalen van de markt. Eerder heeft Bart Hessel in aansluiting op dat aanknopingspunt de gedachte geopperd dat we bij marktfalen in het kader van artikel 106 lid 2 VWEU met name moeten denken aan de situatie dat de markt naar zijn aard tekort schiet en niet aan situaties waarin de markt feitelijk niet werkt zoals zij volgens het boekje van de economen zou moeten werken.⁶ Ook wanneer de markt optimaal werkt - er sprake is van voldoende concurrentie en volledige informatie voor alle marktpartijen -, zullen vervoersondernemingen er niet vrijwillig voor kiezen 's avonds na tien uur een bus te laten rijden tussen Utrecht en Wijk bij Duurstede. Ook wanneer de woningmarkt optimaal zou functioneren – quod non - zullen commerciële marktdeelnemers er niet vrijwillig voor kiezen om personen die een marktconforme huur niet kunnen betalen, goedkope huurwoningen aan te bieden. In zijn masterscriptie heeft Maarten Aalbers onderzocht of bij het marktfalen van artikel 106 lid 2 VWEU inderdaad gekeken moet worden naar het naar zijn aard tekortschieten van de markt. Aalbers komt tot een bevestiging van dat standpunt.⁷

Op basis van onze eerdere bevindingen en in een poging de toepassingen van de artikelen 106 lid 2 en 107 lid 3 VWEU economisch duidelijker te onderscheiden, gaan wij ervan uit dat we bij marktfalen met betrekking tot DAEB primair moeten aannemen dat de markt naar zijn aard ontoereikend is. Voor semi-collectieve goederen zoals natuurbeheer of NUTS-voorzieningen kan daarom het instellen van een DAEB noodzakelijk zijn, omdat de markt niet voldoende deze (semi-) collectieve goederen kan voortbrengen. Verder kan DAEB - financiering gerechtvaardigd zijn wanneer de compensatie positieve externe factoren oplevert en negatieve externe factoren kan verminderen of wegnemen. In dat geval draait het om activiteiten die een publiek belang dienen waar het marktmechanisme marktpartijen onvoldoende stimuleert (sociale woningbouw).⁸ Ook kan het gaan om onrendabele activiteiten die een algemeen belang dienen en die zonder overheidsprykkels niet door de markt worden opgepakt (busvervoer op onrendabele trajecten).⁹ Vanuit deze benadering wordt het ook begrijpelijk dat in een sociale markteconomie meer ruimte toekomt aan sociale DAEB omdat de optimaal werkende markt geacht kan worden naar zijn aard sociaal tekort te schieten.

⁶ B. Hessel, Compensatiesteun aan diensten van algemeen economisch belang vereist zorgvuldigheid, Gst. 2006, 123, p.481.

⁷ M. Aalbers, Masterscriptie Europees recht, Universiteit Utrecht, Diensten van Algemeen Economisch Belang & Staatssteun: Een verkenning naar de juridische, economische en politieke aspecten omtrent de financiering van diensten van algemeen economisch belang, Utrecht, 19-08-2010, gepubliceerd in Maarten Aalbers, Karin van den Brand, Anna Gerbrandy, Ann-Marie Kühler, 'Beleidskansen bij de diensten van algemeen economisch belang', in: Pluk de vruchten van de interne markt, Bart Hessel et al, Sdu 2011, p. 205-227.

⁸ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 209.

⁹ Aalbers, van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w. p 209 en p. 226.

Dat deze economische benadering gemeenten voordelen kan opleveren kan worden geïllustreerd aan de hand van de problematiek van de € 33.000,- grens voor sociale huurwoningen.¹⁰

a. de economische benadering bij de inkomensgrens voor de sociale huurwoningen

Bij de bespreking van het probleem dat de inkomensgrens van € 33.000,- om voor sociale een huurwoning in aanmerking te kunnen komen te laag zou liggen, heeft Bart Hessel er voor gepleit om in plaats van de weg naar de rechtbanken in Luxemburg (de juristen dus) te kiezen voor een discussie met de economen van de DG-Mededinging.¹¹ De Commissie staat open voor de bijzondere positie van de woningmarkt in Nederland en bij de bestaande inkomensgrens hebben we in vergelijking met andere lidstaten al te maken met een extreem hoog percentage van 41% van de huurders. Als Nederland de Commissie duidelijk kan maken dat de woningmarkt al faalt bij een inkomensgrens van € 38.000,- biedt artikel 106 lid 2 VWEU volgens Hessel de ruimte om die grens aan te nemen.

In haar besluit van 9 december 2009 analyseerde de Commissie de Nederlandse vastgoedmarkt en stelde vast dat de felle concurrentiedruk negatieve externe effecten veroorzaakt in de vorm van hoge prijzen voor woningen, met name in stedelijke gebieden.¹² Deze schaarste heeft via oplopende grondprijzen geleid tot stijgende huizenprijzen.¹³ De Commissie stelde vast dat zonder de openbare dienstverplichtingen aan de woningcorporaties bepaalde groepen burgers in Nederland niet in staat zijn de markthuurgeld te betalen en accepteert daarmee de noodzaak voor Nederland om dit marktfalen op te vangen door middel van het financieringsstelsel voor sociale huisvesting en maatschappelijk vastgoed. Anno 2012 heeft de Europese Commissie, deze keer in het kader van de eurocrisis, wederom de Nederlandse woningmarkt geanalyseerd en een advies uitgebracht. Deze aanbevelingen zijn niet door DG Mededinging gedaan en zien niet toe op het staatssteunstelsel voor woningcorporaties, maar hebben indirect wel hierop gevolgen. Eén van de aanbevelingen die de Commissie maakt, houdt in dat Nederland een meer marktgericht prijsstelsel op de huurwoningenmarkt moet realiseren en een aanpassing van de huren voor sociale woningen aan het inkomen van huishoudens moet maken.¹⁴ Met name deze laatste passage lijkt

¹⁰ Per 1 januari 2013 is een drietal wijzigingen in de *Tijdelijke Regeling DAEB toegelaten instellingen volkshuisvesting* van het Ministerie van BZK van kracht geworden. Ten eerste is de voornoemde inkomensgrens verhoogd naar van € 33.614 (prijsspeil 2011) naar € 34.085,00 (prijsspeil 2012). Brief aan de Tweede Kamer over staatssteunregels voor woningcorporaties, Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 15-12-2011, kenmerk ABC2011057926.

¹¹ B.Hessel, Woningcorporaties en de Europese regels voor staatssteun, in: Special woningcorporaties en Europees recht, bouwrecht 2010/10, p. 782/783.

¹² Steunmaatregelen nr. E 2/2005 en N 642/2009 – Nederland, Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties., punt 51.

¹³ SER-rapport, Naar een integrale hervorming van de woningmarkt, april 2010; p. 31. Steunmaatregelen nr. E 2/2005 en N 642/2009 – Nederland, Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties.

¹⁴ Aanbeveling van de Europese Commissie over het nationale hervormingsprogramma van Nederland voor de periode 2012 -2015, 30-05-2012, COM(2012) 322 final provisoire, aanbeveling nummer 5, pagina 6.

een mogelijkheid te bieden om een extra marktfaal bij een hogere inkomensgrens voor huishoudens die in aanmerking komen voor sociale huisvesting in Brussel of in Luxemburg te bepleiten.

Aangezien het marktfaal in de Nederlandse sociale woningbouwsector niet een statisch gegeven is, maar juist dynamisch van aard is, zou deze economische benadering er toe moeten leiden dat Nederland de Commissie ervan kan overtuigen dat de woningmarkt al tekortschiet voor mensen met een inkomen van € 38.000,- En dan zou volgens deze economische benadering artikel 106 lid 2 ruimte bieden voor het optrekken van deze inkomensgrens.¹⁵

Het is opmerkelijk dat de mogelijkheid die deze economische benadering van artikel 106 lid 2 VWEU biedt ook is erkend door de SP-Europarlementarier Dennis de Jong.¹⁶ Zijn pleidooi om de bestaande inkomensgrens bij de Commissie aan de orde te stellen kreeg echter geen gehoor bij de toenmalige minister van BZK Donner, een jurist in optima forma. Zijn opvolger Spies heeft wel bereidheid uitgesproken om dat met de Commissie te bespreken, maar tot nu toe is ons niet gebleken of Spies concrete stappen heeft gezet.

3.2 Bedenkingen bij deze benadering van DAEB

Bij het door ons gekozen uitgangspunt moeten wij echter wel enige bedenkingen plaatsen die op dit moment van economische onduidelijkheid tussen artikel 106, lid 2 en artikel 107 lid 3 VWEU ook voordelen kunnen opleveren voor gemeenten.

Om te beginnen kunnen we constateren dat in de literatuur de toepassing van DAEB ook wordt bepleit bij het bestaan van bepaalde marktperfecties.¹⁷

a. Het Gerecht gaat wel erg soepel om met marktfaal

Voor de decentrale overheden is het nog belangrijker te vernemen dat uit de rechtspraak van het Gerecht blijkt dat het niet zo strikt vasthoudt aan het bestaan van marktfaal als de Commissie wenst.

Met de arresten BUPA en TV2/Danmark heeft het Gerecht gekozen voor een flexibele interpretatie van de Altmark-voorwaarden ten gunste van de ruime beoordelingsbevoegdheid die overheden hebben om zelf

¹⁵ Voor de goede orde: we hebben hier natuurlijk niet te maken met een markt die optimaal functioneert en alleen naar zijn aard tekort schiet. Door allerlei marktperfecties – mede door toedoen van de overheid – zou die inkomensgrens zo hoog kunnen liggen. Als de overheid maatregelen neemt om de markt beter te laten functioneren kan dat er toe leiden dat de inkomensgrens op termijn zou moeten worden verlaagd.

¹⁶ Zie 'Brussel heeft nog geen mening over sociale huur', NRC 11 november 2011.

¹⁷ Zie onder meer B. Baarsma & J. Teeuwes, 'Publiek belang en marktwerking: Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak', in 'Markt en Publieke belangen' o.r.v., E. van Damme & M.Schinkel, Preadviezen Koninklijke Vereniging voor Staathuishoudkunde, 2009; D. Neven & V. Verouden, Towards a more refined economic approach in State aid Control, 2010; P. Nicolaidis, 'Essays on law and economics of state aid', Proefschrift Universiteit van Maastricht, Maastricht, 20 november 2008; W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', Markt en Mededinging, 2008 ,nr.1, p.4-12.; V. Verouden, De rol van artikel 86 lid 2 EG, in 'Markt en Publieke belangen' o.r.v. E. van Damme & M.Schinkel, Preadviezen Koninklijke Vereniging voor Staathuishoudkunde, 2009.

toezichtmechanismen vast te stellen op een efficiënte besteding en DAEB - compensatie.¹⁸ Beide zaken vormen het markeringspunt voor een weinig economische benadering door het Gerecht van het DAEB en staatssteunpakket. Het risicovereveningssysteem uit BUPA had een zeer specifieke casuïstiek en speelde zich af in een marktsector waar weinig harmonisatie heeft plaatsgevonden en kon daarom nog uitgelegd worden als een Altmark- à la carte – benadering. Echter het arrest Tv2 Danmark heeft aangetoond dat de soepele toepassing van de Altmark voorwaarden, zoals beschreven in BUPA, overheden meer speelruimte hebben ten opzichte van het invullen van beleid op het terrein van publieke financiering. In het arrest TV2/Danmark stond de financiering van de Deense publieke omroep TV2 centraal. De Europese Commissie had vastgesteld dat TV2/Danmark overgecompenseerd werd en de Deense commerciële omroepen beklagden zich bij het Gerecht over het feit dat de DAEB - verplichtingen die aan Tv2/Danmark waren opgelegd, tot onrendabele uitzendingen beperkt moesten worden.¹⁹ De vraag die in dit arrest centraal stond was of de omroepbijdragen van de Deense overheid berustten op duidelijk vooraf opgestelde objectieve en transparante parameters. Hierbij speelde de vraag of de door TV2 opgebouwde reserves niet tot overcompensatie konden leiden.²⁰ Het Gerecht stelt, net als in BUPA, dat Lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben in de omschrijving van een DAEB.²¹ Verder stelt het Gerecht dat de mogelijkheid voor een lidstaat om DAEB op het gebied van omroepen ruim te omschrijven, waardoor deze ruime omschrijving betrekking heeft op de uitzendingen van breed geschakeerde programma's, niet ter discussie gesteld kan worden gesteld door het feit dat de publieke omroep tevens commerciële activiteiten verricht, zoals de verkoop van advertentieruimte.²² Daarnaast oordeelt het Gerecht dat een DAEB op het gebied van omroepen niet beperkt hoeft te blijven tot onrendabele uitzendingen, aangezien punt 36 van de Mededeling van de Europese Commissie inzake publieke omroepen een scheiding mogelijk maakt tussen de omschrijving van een openbare opdracht 'en het financieringsmechanisme dat met het oog op het aanbieden van deze diensten wordt gekozen'.²³

b. Kennelijke fout - toets is ingeperkt

Het Gerecht heeft in het arrest TV2 Danmark de tweede en vierde Altmark voorwaarde dusdanig in het voordeel van Lidstaten uitgelegd dat dit de kennelijke fout toets van de Europese Commissie ernstig heeft ingeperkt. De vraag rijst hoe zwaar de Europese Commissie de economische analyses en toezichtmechanismen van overheden mag toetsten, en aan de hand van welke criteria? Uit TV2 Danmark volgt dat een DAEB op het gebied van omroepen niet beperkt hoeft te blijven tot onrendabele uitzendingen en dat het financieringsmechanisme niet gekoppeld hoeft te zijn aan de omschrijving van

¹⁸ GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03 (*BUPA*); GvEA 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04 (*TV2/Danmark*);

¹⁹ TV2/Danmark, r.o. 90.

²⁰ TV2/Danmark, r.o. 24 en 197.; Beschikking van de Commissie van 19 mei 2004, C(2004)1814 def. in zaak C 2/2003.

²¹ TV2/Danmark, r.o. 101.

²² TV2/Danmark, r.o. 107.

²³ TV2/Danmark, r.o. 107.

de DAEB. Uit de besluitpraktijk van de Europese Commissie over de financiering van publieke omroepen kan worden opgemaakt dat Lidstaten inspelen op deze beleidsvrijheid.²⁴

c. onbegrijpelijke benadering maar hoopvol voor de doorzetters

Het is voor ons onbegrijpelijk dat het Gerecht de economische kant van artikel 106 lid 2 VWEU zo slecht interpreteert. In onze ogen belemmert de rechtspraak van het Gerecht een coherente toepassing van de Altmark-voorwaarden en werkt deze benadering voor decentrale overheden rechtsonzekerheid in de hand bij de financiering van DAEB.

Voor decentrale overheden is de inconsistente benadering echter een ook kans die wij niet onvermeld willen laten. Overheden moeten zich dan wel realiseren dat die kans pas aan de orde kan komen wanneer zij na een conflict met de Commissie de stap naar het Gerecht in Luxemburg willen zetten. Overigens hebben wij nog wel de hoop dat het Hof van Justitie deze onbegrijpelijke houding van het Gerecht zal corrigeren wanneer de Commissie tegen een toekomstige uitspraak van het Gerecht besluit in hoger beroep te gaan.

3.3. Hoe kan marktfalen inzichtelijk gemaakt worden?

Gemeenten krijgen met het vaststellen van een DAEB met twee belangrijke exercities te maken. De eerste exercitie is het vaststellen van een marktfalen. Wanneer een duidelijk algemeen belang is vastgesteld, moet de gemeente vervolgens een marktanalyse ten aanzien van de desbetreffende activiteit houden om vast te stellen dat de markt daadwerkelijk ontoereikend is in het voorzien van die activiteit. De tweede exercitie is het berekenen van de compensatie. Om overcompensatie te voorkomen moeten de juiste kosten in kaart gebracht worden die het uitvoeren van de DAEB met zich meebrengen (zie deel I par. 2.3.).

Decentrale overheden die een DAEB inrichten dienen voorafgaand aan het toewijzen van een DAEB aan ondernemingen een marktfalen aantoonbaar maken, en als daar twijfel over ontstaat de Commissie van dat marktfalen kunnen overtuigen. Dit kan door middel van een marktanalyse en een uitwerking van het falen. Ter illustratie een *best practice* uit de decentrale praktijk. Bij de aanwijzing van een DAEB hanteert bijvoorbeeld de provincie Noord-Brabant een voorbereidingsprocedure, waarbij onderzocht wordt of een bepaalde openbare dienstverplichting ontoereikend door de markt wordt verricht.²⁵ Uit deze voorbereiding kan ook volgen dat een marktconsultatie noodzakelijk is voor het vaststellen van een specifiek marktfalen.

Als de overheid ingrijpt op een specifieke markt dan is het van belang te weten op welke markt dat dan precies is. Soms echter is het een zeer

²⁴ S. Verschuur, Steunmaatregelen voor publieke omroepen en diensten van algemeen economisch belang, Tijdschrift voor staatssteun, 2011/3, p. 87. Steunmaatregel E 5/2005 (ex NN 170b/2003), 26-01-2010, Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep, C(2010)132 def.I, overwegingen 73, 211, 226, 227, 270-274; Beschikking Europese Commissie, C(2005) 1166 final, 20 april 2005, Steunmaatregel Frankrijk E 10/2005, par. 1, 58, 70-71; GvEA 11 maart 2009. zaak T-354/05, (*Télévision Française*), r.o. 15.

²⁵ Format Aanwijzingsbesluit DAEB provincie Noord-Brabant, te vinden op www.europadecentraal.nl.

omvangrijke exercitie waarbij veel economisch inzicht komt kijken. De Commissie heeft beleidsregels opgesteld die daarbij behulpzaam kunnen zijn als stappenplan voor een juiste afbakening van de relevante markt.²⁶ De 'relevante markt' moet worden afgebakend, zowel naar product of dienst als naar geografische omvang (is er bijvoorbeeld sprake van een regionale, nationale of Europese markt). Als vastgesteld is op welke markt(en) de DAEB wordt uitgevoerd kan de gemeente een marktanalyse houden. Een hulpmiddel voor de gemeente kan gevonden worden in de NMa-rapporten over sectorspecifieke marktwerking. Zo kan de gemeente kijken of een bepaalde economische activiteit overheidsoptreden via het vaststellen van DAEB kan rechtvaardigen.

Een ander hulpmiddel kan het houden van een consultatie onder marktpartijen zijn. In de besluitpraktijk voor staatssteun en breedband vraagt de Europese commissie nadrukkelijk om een gedetailleerde marktanalyse van de breedbanddekking in de regio, waar de steun voor is bedoeld. Door middel van publieke consultaties met bestaande partijen in de breedbandsector kunnen overheden beter inschatten waar overheidsingrijpen op de breedbandmarkt noodzakelijk is.²⁷

In de volgende paragrafen zullen wij de toepassing van DAEB in het kader van marktwerking in de kinderopvang en de zorgsector beschrijven, om de toepassing van een marktanalyse in de decentrale praktijk te illustreren.

4. Toepassing van het Vrijstellingsbesluit in de Nederlandse context

In onze eerste bijdrage hebben we benadrukt dat de voorbeelden uit het Vrijstellingsbesluit niet zonder meer mogen worden overgenomen, maar in de Nederlandse context moeten worden geplaatst. Enkele voorbeelden mogen dit illustreren.

4.1 Marktwerking en DAEB - compensatie voor kinderopvang

De nieuwe DAEB - vrijstelling noemt kinderopvang als uitgezonderde DAEB - categorie. Belangrijk is dat hierbij de voorwaarde van marktfalen niet vergeten wordt. Kinderopvang kan als DAEB gezien worden wanneer er sprake is van onvoldoende kwalitatief aanbod in de regio voor kinderopvang. De markt voor kinderopvang is in Nederland sinds 2005 geliberaliseerd (Zie de Wet Kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen). Gezien de marktwerking in de kinderdagverblijfssector lijkt een DAEB in Nederland niet het meest voor de hand liggende instrument.

²⁶ Anna Gerbrandy, 'Beleidskansen in het mededingingsrecht, in: Bart Hessel, Ann-Marie Kühler & Emile Perton (red.) Pluk de vruchten van de interne markt, Praktijkcahiers Europees recht. deel 6, Sdu Uitgevers 2011, p 142.

²⁷ Een interessant besluit waarbij de Commissie toetste aan marktfalen in de breedbandsector is het eerder besproken besluit (N 299/2010 Duitsland) waar de Duitse deelstaat door middel van een gedetailleerde marktanalyse de breedbanddekking in Beieren in kaart had gebracht om de aanleg van breedband in witte gebieden financieel te ondersteunen. Zie ook de zaken Estwin, N 172/2009, Slovenië, N 596/2009, Italië, Lombardije)

De markt moet namelijk ontoereikend zijn ten aanzien van het aanbieden van diensten van algemeen belang als een decentrale overheid wil overgaan tot het compenseren van kinderdagverblijfondernemingen.²⁸ Als een DAEB voor kinderopvang wordt ingericht moet een specifiek marktfalen aangetoond worden. Aan de hand van een economische analyse zal aangetoond moeten worden dat zonder overheidsingrijpen de markt kinderopvang niet kan voortbrengen tegen prijzen die maatschappelijk verantwoordelijk zijn.²⁹ Ook zullen de positieve externe effecten van kinderopvang duidelijk in kaart gebracht moeten worden. Draagt overheidsingrijpen op de markt bijvoorbeeld bij aan sociale cohesie of leidt interventie van de overheid toch tot een disproportionele mededingingsverstoring?

Hierbij zal een vorm van regionaal marktfalen zich eerder voordoen in achterstands- of krimpgebieden, dan in een regio of stedelijk gebied waar veel aanbod is van kinderopvang. De reeds genoemde marktfalenbenadering van de Commissie in de beschikking inzake de woningcorporaties zou eventueel een aanknopingspunt kunnen vormen voor het vaststellen van een sectorspecifiek marktfalen in de kinderopvang. In deze zaak stelde de Europese Commissie vast dat zonder de openbare dienstverplichtingen aan de woningcorporaties bepaalde groepen burgers in Nederland niet in staat zijn de markthuurlaten te betalen. Zoals hiervoor werd beschreven (par. 3.1 onder a.) mogen woningcorporaties DAEB - compensatiesteun ontvangen wanneer zij 90% van de vrijgekomen sociale huurwoningen toewijzen aan huishoudens met een jaarlijks belastbaar inkomen tot 33.000 euro. Deze inkomensdrempel is vastgesteld op basis van politieke afstemming met de Tweede Kamer en niet op grond van een zorgvuldige economische analyse. Als gemeenten aan de hand van een deugdelijke economische analyse kunnen aantonen dat de relevante geografische markt voor kinderopvang naar zijn aard ontoereikend is voor bepaalde inkomensgroepen, zou DAEB - steun eventueel verleend kunnen worden.

Als dat marktfalen er niet is kan een gemeente bij financiële bijdragen dus geen gebruik maken van artikel 106 lid 2 VWEU en moet zij de weg bewandelen van de staatssteunregels van artikel 107 de leden 1 en 3 VWEU.

4.3. Marktwerking en DAEB - compensatiesteun in de zorgsector

In Nederland bieden gezondheidscentra en andere zorgaanbieders hun diensten aan tegen betaling, hetzij rechtstreeks door patiënten hetzij door hun verzekering. In Nederland is er sprake van een gereguleerde marktwerking in de zorgsector.³⁰ Zowel de NMa als de Nederlandse Zorgautoriteit houden toezicht op de Nederlandse zorgmarkten. Zo heeft de NMa begin dit jaar de Landelijke vereniging voor Huisartsen beboet wegens kartelafspraken.³¹ Dit

²⁸ Het NMa rapport spreekt over een markt voor peuterspeelzaalwerk: Rapport 'Contracturen, prijzen en openingstijden in dagopvang en buitenschoolse opvang', Regioplan, september 2009, p.61.

²⁹ P. Nicolaidis, a.w., p. 420-423; SER Rapport, Overheid en markt, het resultaat telt, Advies nr. 2010/01, 19 maart 2010, Commissie Marktwerking en Publieke Belangen) p.30-31.

³⁰ B. Keuper, 'Steunverlening en het nieuwe zorgstelsel', Tijdschrift voor staatssteun, 2012/3, 2012, p. 5-7.

³¹ Besluit NMa 30-12-2011 over kartelafspraken Landelijke vereniging voor Huisartsen, Zaaknummer 6888/435.

onderstreept dat huisartsenpraktijk economische activiteiten verrichten op de zorgmarkt.³²

Het nieuwe Vrijstellingsbesluit biedt mogelijkheden om gezondheidszorgactiviteiten als DAEB aan te merken en te financieren. Onder bepaalde omstandigheden kunnen activiteiten op het gebied van gezondheidszorg als DAEB onder het nieuwe besluit worden ingericht. Zo noemt de DAEB - vrijstelling expliciet spoedeisende hulp en worden in de Gids ook voorbeelden gegeven van ouderenzorg en jeugdzorg.³³ Wel moet er sprake zijn van een marktfaal. Dat is in Nederland problematisch gezien de toenemende marktwerking in de zorg.³⁴ Er zijn dan ook weinig voorbeelden van DAEB in de zorgsector in Nederland. De Nza heeft in het verleden de IJsselmeerziekenhuizen steun gegeven voor het in stand houden van kwalitatieve en toegankelijke zorg, maar dit was niet in de vorm van een DAEB - aanwijzingsbesluit.³⁵

Als een gemeente zou overgaan tot het verlenen van DAEB - compensatiesteun voor zorgactiviteiten moet rekening gehouden worden met specifieke vormen van marktfaal die voor de landelijke zorgsector gelden. Zo vormt imperfecte informatie een specifieke vorm van marktfaal op zorgmarkten.³⁶ Sauter stelt dat ten aanzien van zorgverzekeringsactiviteiten consumenten betere informatie hebben over hun gedrag, en de daaraan gekoppelde schaderisico's, dan de verzekeraar die als derde de zorg bekostigt.³⁷ In dat geval kan er een moreel risico optreden aan zowel de kant van consumenten als aan die van zorgaanbieders.³⁸ Zo'n moreel risico aan de kant van consumenten treedt op wanneer consumenten in staat worden gesteld meer gezondheidszorg te consumeren dan zij zouden doen wanneer zij het zelf zouden moeten bekostigen.³⁹ Een moreel risico aan de kant van aanbieders van gezondheidszorg treedt op wanneer producenten ofwel te veel, ofwel te weinig goederen of diensten leveren die voldoen aan de vereisten van doelmatigheid en sociale wenselijkheid. Ook is het mogelijk dat

³² Zie ook: HvJ EG zaak C-244/94 (*FFSA*), zaak C-67/96 (*Albany*), gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97 (*Brentjens*), zaak C-219/97 (*Drijvende Bokken*) en gevoegde zaken C-180 t/m C-184/98 (*Pavlov*).

³³ Steunmaatregel NN 54/2009 (ex CP 244/2005) – België, Financiering van openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Zie voor een beschrijving van deze zaak L. Hancher & W. Sauter, Steunmaatregelen voor ziekenhuizen en DAEB, Nter 2010/9, p. 326 - 334.

³⁴ B. Keuper, a.w., p. 7.

³⁵ Y. A. Maasdam, J. M. M., Sluijs, Het arrest Hartlauer: reguleren van zorgverlening begrensd, Nter 2009/6, p. 219; W. Sauter & M.F.M. Canoy, *Ziekenhuisfusies en publieke belangen*, Markt en Mededinging, 2009/2, p. 57, 61. NZa-besluit inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van de Stichting IJsselmeerziekenhuizen, 2 februari 2009.

³⁶ W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg, Markt & Mededinging, 2008/1, p.10.

³⁷ Sauter, 2008, p.10. Zie voor meer informatie over marktfaal in de zorgsector: W. Sauter & M.F.M. Canoy, *Ziekenhuisfusies en publieke belangen*, Markt en Mededinging, 2009/2, p. 54-61.

³⁸ Sauter, a.w., 2008, p.10-11.

³⁹ Sauter, a.w., 2008, p.10-11.

deze goederen of diensten niet voldoen aan de specifieke vraagvereisten, of tegen een te hoge of een te lage prijs geleverd worden.⁴⁰

Gezien de complexiteit van de zorgmarkten moeten gemeenten opletten dat zij niet zomaar zorginstellingen, zoals een lokaal gezondheidscentrum, als DAEB gaan aanmerken, omdat veel zorgactiviteiten verweven zijn met de landelijke zorgverzekeringsmarkten. Daarnaast moet een gemeente die DAEB - steun wil verlenen rekening houden met de steunverlenende bevoegdheden die de NZA en de Minister van VWS hebben.⁴¹ Als gemeentelijke DAEB - steun cumuleert met steun van de rijksoverheid is de kans op overcompensatie groot.

Wij raden aan om aansluiting te zoeken bij de materiële reikwijdte van de DAEB - vrijstelling. Spoedeisende hulp en zorg- en welzijnsactiviteiten die in de sociale markteconomie voorkomen, zullen minder snel een kennelijke fout opleveren. De gemeente dient voorafgaand aan het instellen van een DAEB daarom na te gaan of bepaalde zorgactiviteiten onrendabel zijn en of dit het gevolg is van een ontoereikendheid van de markt. Het waarborgen van toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorgdiensten zijn vervolgens belangrijke criteria bij het onderzoeken naar de toereikendheid van de specifieke markt.

Een huisartsenpost als DAEB inrichten zal in beginsel een kennelijke fout opleveren.⁴² Ter illustratie: Minister Donner heeft op 28 oktober 2011 op Kamervragen geantwoord dat huisartsen en therapeuten niet onder de DAEB - definitie van maatschappelijk vastgoed vallen.⁴³

5. Geschiktheidstoets DAEB

De economische benadering van de Europese Commissie staat niet alleen een marktfalantest voor. Als een overheid een marktfalen wil aanpakken, dient zij zich af te vragen of DAEB - financiering op basis van de vier Altmarkvoorwaarden of DAEB - compensatiesteun op basis van een DAEB - vrijstelling of de Kaderregeling het meest geschikte beleidsinstrument is. Ten opzichte van negatieve externe effecten in de vorm van milieuvervuiling heeft de Europese Commissie een uitgebreid milieusteunkader opgezet, terug te vinden in zowel de Algemene Groepsvrijstellingsverordening en de Richtsnoeren milieusteun. Voor het genereren van positieve externe effecten bestaat een kader voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (O&O&I) dat terug te vinden is in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening en de Kaderregeling O&O&I.

De Europese Commissie heeft deze geschiktheidstoets toegepast in een zaak over milieubescherming die door Malta was aangemeld onder de eerste

⁴⁰ Sauter, 2008, a.w., p.10.

⁴¹ B. Keuper, a.w., p. 7; Wet marktordening gezondheidszorg

⁴² Besluit NMa 30-12-2011 over kartelafspraken Landelijke vereniging voor Huisartsen, Zaaknummer 6888/435.

⁴³ Antwoord Minister Donner op vragen leden Van Bochove en Smilde over waarborging maatschappelijkvastgoed, 31-10-2011, Kamerstukken II 2011-2012, nr. 445.

Kaderregeling DAEB.⁴⁴ Het tegengaan van negatieve respectievelijk aanvullen van positieve externe effecten door middel van een beroep op Altmark kan mogelijk als ongeschikt gezien worden door de Europese Commissie, wanneer de steunkaders voor milieusteun en O&O&I meer waarborgen bieden voor het tegengaan van marktfalen. De Commissie stelt: 'bij gebreke van specifieke EU-regelgeving die de ruimte voor het bestaan van een dienst van algemeen economisch belang afbakent, beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge bij het omschrijven van een bepaalde dienst als dienst van algemeen economisch belang'.⁴⁵ Naast de grote vrijheid die overheden hebben om collectieve doelstellingen door middel van DAEB - compensaties te financieren, dienen overheden dus wel rekening te houden met deze geschiktheidsstoets.⁴⁶

6. Aanbesteden en het nieuwe DAEB - pakket

De teksten van de Mededeling en de DAEB - vrijstelling stellen nadrukkelijk dat bij de toewijzing van een DAEB overheden rekening moeten houden met de aanbestedingsregels. Naast de toepassing van de staatssteunregels moeten gemeenten, indien de DAEB een overheidsopdracht is, ook de regels over aanbesteding en concessieverlening respecteren. Voor grote DAEB onder de Kaderregeling is aanbesteding verplicht zo volgt uit paragraaf 2.6. van de DAEB - Kaderregeling. Om ook de aanbestedingsregels in acht te nemen bij een DAEB - aanwijzing op basis van een DAEB – vrijstelling, dienen gemeenten na te gaan of er sprake is van een overheidsopdracht of van een pure subsidie. En als er sprake is van een overheidsopdracht: wordt dan de aanbestedingsdrempel voor diensten overschreden? Dan moet rekening gehouden worden met de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

6. 1. Aanbestedingsregels blijven een struikelblok bij toepassing DAEB - pakket

Voor decentrale overheden blijft de invulling van met name de vierde Altmark voorwaarde bij de financiering van DAEB een struikelblok bij het toepassen van de regels van het DAEB - pakket. De vierde Altmark voorwaarde ziet toe op een efficiënte besteding van de compensatie.⁴⁷ Wanneer een aanbestedingsprocedure niet mogelijk is, dient als benchmark een gemiddelde goed beheerde onderneming gebruikt te worden bij de selectie van een onderneming als DAEB - beheerder. Wanneer de compensatie wordt vastgesteld op basis van benchmarking, dient een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen op de relevante markt gemaakt worden. In tegenstelling tot een aanbestedingsprocedure hoeft er op basis van benchmarking geen andere onderneming te bestaan.⁴⁸

⁴⁴ Steunmaatregel nr. C 32/10 (ex N 520/09), 17 november 2010, Milieubescherming voor een elektriciteitscentrale in Malta.

⁴⁵ Algemene Mededeling, p. 8/11.

⁴⁶ Zie ook Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 222.

⁴⁷ T. Müller, 'Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs', *European State Aid Law Quarterly*, 2009/1, p. 43.

⁴⁸ Müller, a.w., p. 43.

Uit de besluitpraktijk van Europese Commissie blijkt dat het uitblijven van een aanbestedingsprocedure of een selectie op basis van benchmarking vaak het hoofdgeding is als de Commissie vraagtekens plaatst bij de toepassing van de Altmarkvoorwaarden. In deze paragraaf spitsen wij ons toe op de samenhang tussen DAEB en de aanbestedingsregels en gaan wij niet verder op benchmarking in.

In de praktijk lopen gemeenten vaak tegen de vraag aan of zij een DAEB wel/of niet moeten aanbesteden om niet in conflict met de staatssteunregels te komen. Het feit dat overheden op basis van de Vrijstellingsbeschikking en de Kaderregeling uit 2005 niet verplicht waren om over te gaan tot aanbesteding, wekte bij veel gemeenten de indruk dat toepassing van de beschikking of de Kaderregeling volstond om risico's op het gebied van het Europese aanbestedingsrecht weg te nemen.

In het boek 'Pluk de vruchten van de interne markt', hebben Maarten Aalbers en Ann-Marie Kühler de compensatie van DAEB vanuit de aanbestedingsrechtelijke hoek beschreven.⁴⁹ Het is belangrijk dat gemeenten zich realiseren dat een DAEB - toewijzingsbesluit onder bepaalde omstandigheden een overheidsopdracht kan zijn waarop de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn.

Een DAEB - toewijzingsbesluit voldoet aan de beschrijving van overheidsopdracht die onder de aanbestedingsregels valt als er sprake is van 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel voor een bepaalde dienstverlening door een onderneming aan een aanbestedende dienst'.⁵⁰ De aanbestedingsregels gelden alleen als een overheidsinstantie besluit een dienstverrichting tegen betaling te laten uitvoeren door een derde partij.⁵¹ Ook in het geval van een subsidie door een gemeente aan een DAEB - uitvoerder is er door de ruime interpretatie van het Hof van Justitie snel sprake van een overheidsopdracht voor diensten waarop de aanbestedingsregels van toepassing zijn. Als er sprake is van een wederkerigheid bij een toewijzingsbesluit is er al snel sprake van een bezwarende titel in de besluitvorming.⁵²

Gelukkig bieden de aanbestedingsregels ook diverse uitzonderingen, die hieronder genoemd worden.

6. 2. Meer nadruk op de samenhang met de aanbestedingsregels

Met de Gids over de toepassing van de staatssteun en aanbestedingsregels op DAEB en het nieuwe DAEB - pakket heeft de Commissie de relatie tussen de staatssteunregels voor DAEB en de regels voor overheidsopdrachten willen verduidelijken. De Gids geeft diverse voorbeelden van DAEB - toewijzingsbesluiten waarbij rekening gehouden moet worden met de aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en concessieverlening.⁵³ De Gids geeft nadrukkelijk aan dat de staatssteunregels toezien op de

⁴⁹ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 243 -246.

⁵⁰ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 240.

⁵¹ Gids, p. 16.

⁵² Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w.,p. 240.

⁵³ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 241; Gids, p. 16.

financiering van DAEB, terwijl de regels voor overheidsopdrachten en concessies toezien op de wijze waarop DAEB worden toegewezen aan ondernemingen.⁵⁴ Met de toepassing van de staatssteunregels zijn gemeenten er dus nog niet. Veronachtzaming van de aanbestedingsregels kan ook tot een mededingingsverstoring leiden.

Vooropgesteld, een aanbestedende dienst is niet per definitie verplicht om een DAEB als overheidsopdracht in de markt te zetten, als ook voor inbesteding gekozen kan worden.⁵⁵ Ook kan op basis van de Stadtreinigung Hamburg - jurisprudentie gekozen worden voor publiek - publieke samenwerking.⁵⁶ Daarnaast bieden de aanbestedingsregels mogelijkheden om de toewijzing van DAEB uit te zonderen van een aanbestedingsverplichting, zoals hieronder geschetst zal worden.

6.3. DAEB - toewijzing als concessie of als alleenrecht is uitgezonderd van de aanbestedingsrichtlijn.

Als de gemeente een compensatie voor een DAEB niet in eigen beheer houdt maar door een marktpartij wil laten verrichten, moet de gemeente vaststellen of er sprake is van een overheidsopdracht voor diensten. In de praktijk zal de gemeente hier geconfronteerd worden met het subsidie of opdrachtvraagstuk.⁵⁷ Denk bijvoorbeeld aan subsidieverlening voor een DAEB in het kader van de WMO. Als het aanwijzingsbesluit wederzijdse verplichtingen bij de uitvoering van de WMO-taken vastlegt, komen de aanbestedingsregels om de hoek kijken. Het DAEB - aanwijzingsbesluit is dan al snel 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel'. Hierdoor kan vervolgens sprake zijn van een overheidsopdracht voor diensten waarop de aanbestedingsregels van toepassing zijn.⁵⁸

a. DAEB - compensatie gekoppeld aan een alleenrecht

Zoals gesteld biedt de aanbestedingsrichtlijn mogelijkheden om DAEB uit te zonderen van een aanbestedingsplicht. Artikel 18 van aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG biedt de mogelijk om een alleenrecht te vestigen voor een DAEB zonder dat een aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd. Met een alleenrecht wordt bedoeld op een recht op grond waarvan de opdrachtnemer de enige is die een specifieke dienstverrichting binnen een bepaalde geografische zone mag uitvoeren.⁵⁹ De vestiging van een alleenrecht moet een algemeen belang dienen. Ten tweede moet worden vastgesteld dat marktpartijen geen initiatief nemen tot het verrichten van de activiteiten

⁵⁴ Gids, p. 87.

⁵⁵ Gids, p. 16.

⁵⁶ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 245. Gids, p. 16. HvJ EG 9 juni 2009, zaak C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg).

⁵⁷ Over het onderscheid wanneer een subsidie nog een zuivere subsidie is en wanneer een subsidie kenmerken gaat vertonen van een overheidsopdracht, is in samenwerking tussen Europa decentraal en PIANOo een visiedocument opgesteld. Dit document is in te zien via de PIANOo-website: www.pianoo.nl (visiedocument nr. 8 Subsidie of opdracht).

⁵⁸ Gids, p. 34, 78, 81-83. 'Kan een besluit tot compensatiesteun op basis van een DAEB - vrijstelling ook onder de aanbestedingsregels vallen?', Europese Ster, nr 661., 29-05-2012 nieuwsbrief Europa decentraal, <http://www.europadecentraal.nl/europesester/661/2463/>.

⁵⁹ A.Kühler & E. Manunza, 'Kansen bij de aanbestedingsregels, in: Pluk de vruchten van de interne markt, p. 113-114.

waarvoor het alleenrecht gevestigd zal worden. Een specifieke aanwijzing voor het betreffende alleenrecht met een duidelijke beschrijving van het alleenrecht is daarvoor noodzakelijk. Het vestigen van een alleenrecht moet zijn grondslag vinden in de wet of een bestuursrechtelijke bepaling, zoals een raads - of collegebesluit of een gemeentelijke verordening.⁶⁰ Deze bestuursrechtelijke bepalingen moeten verenigbaar zijn met de verdragsbeginselen. Hierbij moet gedacht worden aan de beginselen van transparantie, gelijkheid en mededinging.

b. DAEB - compensatie in de vorm van een concessie voor diensten

Een andere mogelijkheid is het verlenen van een concessie. Artikel 17 van de richtlijn 2004/18 stelt dat de richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten. Een concessieovereenkomst voor diensten betreft een overeenkomst met dezelfde overeenkomsten als een overheidsopdracht voor diensten, met als uitzondering dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat uit het recht de dienst te exploiteren (artikel 1 lid 4 richtlijn 2004/18/EG).⁶¹ Ook bij het verlenen van een concessie moeten de verdragsbeginselen van transparantie, gelijkheid en mededinging gerespecteerd worden. Als een gemeente een DAEB als concessie inricht, moet in het DAEB - aanwijzingsbesluit opgenomen worden dat de openbare dienstverplichting in overeenstemming met deze beginselen wordt uitgevoerd.⁶²

6. 4. DAEB - compensaties en de aanbestedingsregels in de praktijk

Bij het aanwijzen van een beheerder die DAEB - compensatie zal ontvangen kunnen gemeenten dus door middel van een alleenrecht of concessie een overheidsopdracht uitsluiten van de aanbestedingsrichtlijn, zolang dit niet tot mededingverstoringen en schendingen met het vrij verkeer van diensten leidt. Een alleenrecht of een concessie 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 haar opgedragen DAEB niet onder 'economisch aanvaardbare omstandigheden' kan verrichten. Zo kan de toekenning van een alleenrecht of concessie noodzakelijk zijn om de exploitatie van een bepaalde dienst rond te kunnen krijgen of om gedane investeringen terug te kunnen verdienen.⁶³ Ook kan de vestiging van een alleenrecht of concessie nodig zijn om te voorkomen dat marktpartijen slechts de rendabele activiteiten van DAEB verrichten (*cherry picking*).⁶⁴

Voorbeelden van DAEB - compensatie in de vorm van een concessie zijn in met name de vervoerssector en NUTS-sectoren terug te vinden.⁶⁵ Bij DAEB - compensatiesteun voor openbaar vervoer moet er op basis van de Public

⁶⁰ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 240. Gids, p. 45.

⁶¹ Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 240.

⁶² Aalbers, Van den Brand, Gerbrandy & Kühler, a.w., p. 242-243.

⁶³ HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-147/97 (*Deutsche Post*), HvJ EG 25 juni 1998, zaak C-203/96 (*Dusseldorp*), HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-209/98 (*FFAD – Kopenhagen*).

⁶⁴ Gerbrandy, a.w., p. 232.

⁶⁵ GvEA 16 maart 2004, zaak T-157/01 (*Combus*), r.o. 80-81; HvJ EG 7 mei 2009, zaak C-504/2007 (*Antrop*).

Services Obligations (PSO) - verordening voor openbare dienstverplichtingen in het openbaar vervoer zelfs nadrukkelijk mee rekening worden gehouden.⁶⁶ Het verlenen van een alleenrecht in samenhang met DAEB - compensatie kan in diverse sectoren voorkomen. Denk hierbij ook aan compensatie voor sociale DAEB onder het DAEB - vrijstellingsbesluit en DAEB die onder de DAEB - de-minimisvrijstelling kunnen worden geplaatst. Waar in de afgelopen jaren bij de nationale rechter de toepassing van de aanbestedingsregels bij de selectie van een DAEB - beheerder in toenemende mate wordt aangekaart, verwachten wij dat het verlenen van DAEB - compensatiesteun op basis van de nieuwe vrijstellingsmogelijkheden vaker door de nationale rechter aan een aanbestedingstoets zal worden onderworpen.⁶⁷

7. Conclusies

Aan de hand van de behandelde onderwerpen komen wij tot de volgende conclusies met betrekking tot de praktische toepassing van het DAEB-staatssteunpakket van artikel 106 lid 2 VWEU en de verhouding ten opzichte van de staatssteunregels van artikel 107 VWEU.

1. De DAEB de-minimisvrijstelling van € 500.000,- moet duidelijk onderscheiden worden van de gewone de-minimisvrijstelling van € 200.000,- en overheden moeten er voor zorgen bij de toepassing van de DAEB de-mimisivrijstelling eerst bepaalde activiteiten als DAEB aan te merken en de betrokken ondernemingen expliciet te belasten met een DAEB. Een boekhoudkundige scheiding biedt ruimte de beide de-minimisvrijstellingen naast elkaar toe te passen.
2. In een poging het begrip marktfalen bij DAEB te onderscheiden van het marktfalen bij staatssteun ex artikel 107 lid 3 VWEU is het gewenst het begrip marktfalen te verfijnen. Wij zijn van mening dat bij DAEB-steun de nadruk moet liggen op marktfalen in de zin dat de markt naar zijn aard tekortschiet. Dat kan ook de toenemende belangstelling voor DAEB van Almunia verklaren als gevolg van de keuze voor een sociale markteconomie. Deze economisch genuanceerde benadering van marktfalen kan decentrale overheden voordelen bieden (ophogen van de inkomensgrens van € 33.000,- bij sociale woningbouw).
3. In de literatuur worden ook andere vormen van marktfalen in verband gebracht met DAEB. Dat maakt het onderscheid met staatssteun ex artikel 107 lid 3 VWEU op dat punt minder duidelijk. Een oplossing voor dat onderscheid kan wellicht gevonden worden in de geschiktheidstoets (par. 5)
4. Het Gerecht gaat in arresten als BUPA en TV2Danmark wel erg ruim om met marktfalen en dat staat op gespannen voet met de functie van artikel 106 lid 2 VWEU en de opvatting van de Commissie. Wij vinden

⁶⁶ Artikelen 5 en 6 Verordening (EG) Nr. 1370/2007 inzake het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg, PbEU 31-12-2007,L315. Beter bekend als de Public Services Obligations (PSO) - verordening.

⁶⁷ Rb. Middelburg 13 augustus 2010, *Zeeland Seaports / Martens Havenontvangstinstallaties B.V.*, LJN BN9817; Rb. Leeuwarden, 27 januari 2010, *SITA en Van Gansewinkel / gemeente Leeuwarden en B.V. Fryslân Miljeu Noord-West (FMNW)*, LJN: BL0852; Rb. Arnhem, 10-11-2010, *P1 Holding BV / gemeente Ede*, LJN: BO4451.

dat ongewenst, maar het kan decentrale overheden die tot aan het Gerecht willen doorzetten ook voordelen bieden.

5. De voorbeelden uit het Vrijstellingsbesluit mogen niet zonder meer worden overgenomen. Decentrale overheden moeten deze toetsen aan de Nederlandse context van marktwerking en marktfalen.
6. Bij de keuze voor en toepassing van het DAEB en staatssteunpakket moeten decentrale overheden rekening houden met de aanbestedingsregels (richtlijnen en verdragseisen van non-discriminatie en transparantie). Dit geldt niet alleen bij de toepassing van het vierde Altmarkcriterium maar ook bij de toepassing van het Vrijstellingsbesluit en de Kaderregeling. Bij de formulering van het besluit dat de onderneming met de DAEB belast, kan bij elementen van wederkerigheid snel sprake zijn van een overheidsopdracht voor diensten. De decentrale overheden kunnen daarbij bewust gebruik maken van de uitzonderingen van alleenrecht of concessie