

Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang

13

1. Inleiding

Het is algemeen bekend dat gemeenten en andere decentrale overheden diverse diensten laten uitvoeren door marktpartijen. Voor het staatssteunproof vormgeven van de financiële afspraken met de marktpartij die de desbetreffende dienst uitvoert kan het een interessante optie zijn om de dienst te kwalificeren als een dienst van algemeen economisch belang (hierna: DAEB).² Of het nu gaat om afvalbeheer,³ parkeerbeheer,⁴ het onderhoud van natuurgebieden,⁵ watervoorziening,⁶ het aanleggen van breedbandnetwerken,⁷ uitbestede taken van de plantsoendienst,⁸ zorgverlening in het kader van de Wmo,⁹ gebruikmaking van straatcoaches,¹⁰ activiteiten van het bureau voor toerisme,¹¹ leerlingenvervoer,¹² openbaar vervoer,¹³ arbeidsbemiddeling (door bijvoorbeeld de sociale werkplaats),¹⁴ activiteiten van de regionale omroep,¹⁵ al deze activiteiten kunnen onder omstandigheden worden aangewezen als een DAEB.

Om staatssteunrechtelijke redenen is een dergelijke aanwijzing vaak aantrekkelijk, aangezien het kiezen voor de

'DAEB-route' tot gevolg heeft dat de financiële afspraken niet hoeven te worden gemeld bij de Europese Commissie. De financiële afspraken behoeven met andere woorden niet eerst de goedkeuring van de Europese Commissie voordat deze ter uitvoering kunnen worden gelegd.¹⁶

De genoemde voorbeelden zijn niet uitputtend, aangezien het primair de verantwoordelijkheid is van de decentrale overheden zelf om te bepalen of een specifieke activiteit als een DAEB valt aan te wijzen.¹⁷ Deze vrijheid van (decentrale) overheden is historisch verklaarbaar, aangezien de opkomst van het begrip DAEB mede kan worden gezien als een reactie op de steeds verdergaande Europese integratie op het gebied van vrij verkeer en mededinging.¹⁸ Alhoewel het begrip in eerste instantie door het Hof als strikte uitzondering op deze Europese regels werd geïnterpreteerd,¹⁹ heeft het in de loop der jaren een veel ruimere betekenis gekregen.²⁰ De bevoegdheid van de Europese Commissie op dit punt is beperkt tot het nagaan of de lidstaat een kennelijke fout heeft gemaakt bij het omschrijven van de DAEB.²¹

Deze discretionaire vrijheid is met het Verdrag van Lissabon nog eens expliciet benadrukt door de Europese wetgever in een apart Protocol, door daarin te stellen:

"De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang ... omvatten met name de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers".²²

Het is dan ook, zoals Professor Sauter recent concludeerde, in zekere zin opmerkelijk dat de Commissie precies twee jaar na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon met een nieuw DAEB-pakket komt, waardoor deze discretio-

1 Mr. dr. A.D.L. (Allard) Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Reacties zijn welkom via allard.knook@cms-dsb.com.
2 De actualiteitswaarde van dit onderwerp blijkt wel uit het feit dat in 2011 twee interessante boeken hierover verschenen, te weten Cremona (red.), *Market Integration and Public Services*, Oxford, 2011; en Szyzszak (red.), *Developments in Services of General Interest*, Springer 2011.
3 Nr. C-209/98 (FFAD).
4 E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', *SEW* 2007, nr. 10, p. 395-396.
5 E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', *SEW* 2007, nr. 10, p. 395-396.
6 HvJ EG 8 november 1983, nr. 96/82 (IAZ e.a. t. Commissie).
7 Beschikking 381/2004 Pyrénées-Atlantiques; en de Mededeling van de Commissie 'Communautaire richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken' (PB 2009, C 235, p. 7).
8 P.Th. van der Zeijden, M.J. Overweel, *Diensten van Algemeen Economisch belang (DAEB), Onderzoeksrapport EIM, Zoetermeer*, 2009, p. 29-32.
9 P.Th. van der Zeijden, M.J. Overweel, *Diensten van Algemeen Economisch belang (DAEB), Onderzoeksrapport EIM, Zoetermeer*, 2009, p. 29-32.
10 P.Th. van der Zeijden, M.J. Overweel, *Diensten van Algemeen Economisch belang (DAEB), Onderzoeksrapport EIM, Zoetermeer*, 2009, p. 29-32.
11 P.Th. van der Zeijden, M.J. Overweel, *Diensten van Algemeen Economisch belang (DAEB), Onderzoeksrapport EIM, Zoetermeer*, 2009, p. 29-32.
12 P.Th. van der Zeijden, M.J. Overweel, *Diensten van Algemeen Economisch belang (DAEB), Onderzoeksrapport EIM, Zoetermeer*, 2009, p. 29-32.
13 HvJ EG 11 april 1989, nr. 66/86, *Jur.* 1989, p. 803 (*Ahmed Saeed Flugreisen*) en HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans GmbH en Regiungspräsidium Magdeburg tegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*).
14 Nr. C-41/90 Höfner.
15 Steunmaatregel nr. 548/2001 – België Steun aan lokale televisiestations in de Franse Gemeenschap, C (2002)446 fin. Zie ook: Hessel & van Lothringen, 'Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen. De randvoorwaarden van het gemeenschapsrecht', *Gst.* 2003/107, afl. 7188, p. 353-362.

16 Dit als gevolg van het standstill-beginsel van art. 108 lid 3 VWEU.
17 Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M & M* 2008, nr. 1.
18 Schweizer, 'Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the role of Markets and of Member States', in: Cremona (red.), *Market Integration and Public Services*, Oxford, 2011, p. 11 e.v.
19 Zie bijv. zaak nr. C-320/91, *Corbeau* [1993] OJ I-2533; en zaak nr. C-393/92, *Almelo* [1994] OJ I-1477.
20 Baquero Cruz, 'Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law', in: de Burca (red.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, p. 169.
21 Arrest van 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-81, punten 166 t/m 169 en 172 (*British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie*), en arrest van 15 juni 2005, nr. T-17/02, *Jur.* 2005, p. II-2031, punt 216 (*Fred Olsen SA/Commissie*).
22 Art. 1 Protocol nr. 26 Betreffende de diensten van algemeen belang (PB 2007, C 306).

naire ruimte van decentrale overheden weer wordt begrensd.²³ Op 20 december 2011 nam de Europese Commissie de eerste drie onderdelen van dit pakket aan, bestaande uit enerzijds een nieuwe Mededeling²⁴ en anderzijds een herziene Beschikking²⁵ en Kaderregeling,²⁶ en kwam het verder met een geheel nieuwe Ontwerp-Verordening over de-minimissteun²⁷ (hierna, respectievelijk: 'de Mededeling', 'het Besluit', 'de Kaderregeling' en 'de Verordening'). Naar verwachting zal de Verordening nog dit jaar worden aangenomen. Dit artikel bespreekt, na een korte schets van het huidige juridische kader, de inhoud van de vier onderdelen van dit nieuwe DAEB-pakket, alsmede de voornaamste veranderingen in de praktijk voor gemeenten en andere lagere overheden.

2. Huidig juridisch kader

Al begint een bespreking van het juridisch kader betreffende DAEB doorgaans met het – welbekende – *Altmark* arrest uit 2003, het begrip DAEB zelf kent al een veel langere geschiedenis. De eerste verwijzing door het Hof van Justitie van de Europese Unie dateert, voor zover ik heb kunnen nagaan, al uit 1971, in een arrest waarin het bevaarbaar houden van een rivier door een privaat bedrijf door het Hof als een DAEB wordt gekwalificeerd.²⁸

Ondanks deze lange voorgeschiedenis betekende het *Altmark* arrest uit 2003 niettemin een belangrijke verduidelijking voor de praktijk.²⁹ In dit arrest werd bepaald dat indien een onderneming wordt gecompenseerd voor een bepaalde dienst – in dit geval betrof het streekvervoer – er geen sprake is van staatssteun omdat de betrokken onderneming dan geen voordeel ontvangt. Al was een dergelijke benadering ook reeds af te leiden uit eerdere jurisprudentie

van het Hof,³⁰ en eerdere Mededelingen van de Europese Commissie,³¹ het *Altmark* arrest bleek tegelijkertijd in de praktijk een erg belangrijk en erg bruikbaar arrest. Kort samengevat oordeelde het Hof van Justitie dat compensatie van een DAEB geen staatssteun is en niet hoeft te worden aangemeld als aan de volgende – cumulatieve – voorwaarden wordt voldaan:

1. De onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting en die verplichting moet duidelijk zijn afgebakend.
2. De criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten van tevoren op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld.
3. De hoogte van de compensatie mag niet meer bedragen dan wat nodig is om de kosten van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te compenseren. Bij de compensatie mag rekening worden gehouden met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst.
4. Wanneer niet gebruik is gemaakt 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.

Alleen als aan deze *Altmark*criteria wordt voldaan hoeven de desbetreffende financiële afspraken niet te worden gemeld aan de Europese Commissie. Dit is echter ook het geval als de financiële afspraken vallen onder de zogenoemde Vrijstellingsbeschikking uit 2005.³² Wel is dan een kennisgeving bij de Europese Commissie vereist, waarna de financiële afspraken officieel worden gepubliceerd in het *Publicatieblad van de EU*. Vervolgens is een driejaarlijkse rapportage vereist, reden waarom afgelopen november door het Coördinatiepunt Staatssteun van het Ministerie van BZK is geïnventariseerd welke gemeenten van de Vrijstellingsbeschikking gebruikmaken. De Vrijstellingsbeschikking is van toepassing op ondernemingen met minder dan 100 miljoen omzet over de twee voorafgaande jaren – met een compensatie van 30 miljoen – alsmede op onder meer ziekenhuizen en woningcorporaties – al is de Vrijstellingsbeschikking wat betreft de Nederlandse woningcorporaties ingehaald door

23 Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* december 2011, nr. 6.

24 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 (Brussel, 20 december 2011, C(2011) 9404 definitief).

25 Besluit van de Commissie betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 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 (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9380 definitief).

26 EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9406 definitief).

27 Ontwerp Verordening betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9381 draft).

28 Zaak nr. 10/71, r.o. 11 (*Muller/Luxemburg*).

29 Hessel, *Gst.* 2003/147, afl. 7192, p. 495.

30 Onder andere uit arrest van 7 februari 1985, ADBHU, 240/83, *Jur.* p. 531, r.o. 16-23; arrest van 22 november 2001, nr. C-53/00, *Ferring*, *Jur.* 2001, p. I-9067, r.o. 26 en 27; Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 5 augustus 2003 Gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01, *Jur.* 2003, p. II-02957 (gewezen anderhalve week na *Altmark*, doch opmerkelijk genoeg zonder verwijzing hiernaar).

31 Mededeling uit 1996 betreffende de Diensten van Algemeen Economisch Belang in Europa, *Pb* C 281, 26 september 1996, r.o. 26, p. 6; Mededeling uit 2002 betreffende de Diensten van Algemeen Economisch Belang in Europa, *Pb* C 17, 19 januari 2001, p. 8-9.

32 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van art. 86 lid 2 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *PbEG* 2005, L 312/67. 2005/842/EG: Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van art. 86 lid 2 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend.

de Beschikking van de Europese Commissie van 19 december 2009.³³

De Vrijstellingsbeschikking was, samen met de Kaderregeling, onderdeel van het 'Monti-Kroes'-pakket van juli 2005. Als de financiële afspraken voldoen aan de Altmarkcriteria, noch vallen onder de vrijstellingsbeschikking dan moeten deze als staatssteun worden aangemeld bij de Europese Commissie. Echter, de Commissie zal de afspraken – naar alle waarschijnlijkheid – goedkeuren indien deze voldoen aan de criteria van de Kaderregeling voor 'grote diensten', al kan de Commissie hieraan wel voorwaarden verbinden.³⁴ Parallel hieraan stelde de Europese Commissie in 2006 de (vernieuwde) Transparantierichtlijn vast, die in Nederland is geïmplementeerd in hoofdstuk 4a van de Mededingingswet.³⁵ Het nieuwe DAEB-pakket heeft geen gevolgen voor de Transparantierichtlijn, deze zal dus blijven gelden.

3. Het DAEB-pakket

Het doel van het deels nieuwe, deels vernieuwde DAEB-pakket is in essentie driedelig. In de eerste plaats beoogt het meer duidelijkheid te verschaffen 'over een aantal cruciale begrippen uit het staatssteunbeleid'.³⁶ Daarnaast beoogt het het vereenvoudigen van de regels met betrekking tot DAEB's, met name wat betreft lokale DAEB's en DAEB's met een sociaal doel. Tot slot beoogt het pakket dat bij grotere DAEB's juist 'concurrentieoverwegingen'³⁷ meer gaan meespelen.

Zoals gezegd bestaat het nieuwe pakket uit vier instrumenten die zullen gelden voor alle (nationale, regionale, lokale) overheden die compensatie verlenen voor het verrichten van DAEB's. De opbouw en onderlinge samenhang tussen de Mededeling, het Besluit, de Kaderregeling en de Verordening is kort samengevat als volgt.

3.1 De Mededeling

De Mededeling beoogt meer duidelijkheid te geven over diverse begrippen uit het staatssteunrecht die voor DAEB's van belang zijn, zoals het begrip DAEB zelf, maar ook de begrippen 'steun', 'economische activiteit' en 'onderneming'. Aangezien op grond van art. 107 lid 1 VWEU het staatssteunrecht alleen van toepassing is op de relaties tussen overheden enerzijds en 'ondernemingen' anderzijds biedt de Mededeling in dat opzicht een welkome verduidelijking.

De Commissie stelt op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat onder het begrip onderneming moet worden verstaan 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.³⁸ De Commissie benadrukt dat deze ruime omschrijving drie belangrijke gevolgen heeft:

1. De status van de entiteit in het nationale recht is niet bepalend. Het heeft dus geen zin om het Burgerlijk Wetboek er op na te slaan om te bepalen of er sprake is van een onderneming. De Commissie geeft in dit verband als voorbeeld dat een entiteit die volgens het nationale recht een vereniging of een sportclub is, misschien toch als een onderneming in de zin van art. 107 lid 1 Verdrag wordt aangemerkt.
2. De toepassing van de staatssteunregels is niet afhankelijk van de vraag of de entiteit is opgezet om winst te genereren. Dit is in lijn met vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie en het gerecht, waaruit volgt dat ook entiteiten zonder winstoogmerk goederen of diensten op een markt aanbieden.³⁹
3. Wanneer een entiteit als onderneming wordt aangemerkt, houdt dit steeds verband met een specifieke activiteit. Een entiteit die zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dient alleen ten aanzien van de economische activiteiten als onderneming te worden aangemerkt.

In de Mededeling benadrukt de Commissie dat het enige relevante criterium om te bepalen is of er sprake is van een onderneming de vraag is of de entiteit een 'economische activiteit' uitoefent. Probleem is echter dat reeds lange tijd onduidelijkheid bestaat wat precies onder dit laatste begrip moet worden verstaan. De Commissie expliciteert nu – in lijn met de jurisprudentie van het Hof⁴⁰ – dat iedere activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden, een economische activiteit is. De vraag of er voor bepaalde diensten een markt bestaat, kan volgens de Commissie afhangen van de wijze waarop die diensten in de betrokken lidstaat zijn georganiseerd.⁴¹ Verder wordt nogmaals benadrukt dat het feit dat een bepaalde dienst intern

33 Steunmaatregelen nr. E 2/2005 en N 642/2009. Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties. Hierover uitgebreid: Hessel, 'Woningcorporaties en de Europese regels voor de staatssteun', *BR* 2010/147; Knook, 'In hoeverre zijn woningcorporaties gebonden aan het staatssteunrecht?', *BR* 2009/877.

34 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEG* 2005, C 297/4. Zie verder: Slot, Park en Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. 101 (nr. 4).

35 Richtlijn 2006/111/EG, *PbEU* 2006 L 318/17.

36 Persbericht van de Europese Commissie, te raadplegen op <http://bit.ly/Aa3K5n>.

37 Persbericht van de Europese Commissie, te raadplegen op <http://bit.ly/Aa3K5n>.

38 Dit volgde reeks uit (o.a.) het arrest van 12 september 2000, gevoegde zaken nr. C-180/98 tot C-184/98, *Jur.* 2000, p. I-6451 (*Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*).

39 Arrest van 29 oktober 1980, gevoegde zaken nr. 209 tot 215 en 218/78, *Jur.* 1980, p. 3125, punt 21 (*Heintz van Landewyck SARL e.a. t. Commissie*); arrest van 16 november 1995, nr. C-244/94, *Jur.* 1995, p. I-4013 (*Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) e.a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*); arrest van 1 juli 2008, nr. C-49/07, *Jur.* 2008, p. I-4863, punten 27 en 28 (*Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio*).

40 Arrest van 16 juni 1987, nr. 118/85, *Jur.* 1987, p. 2599, punt 7 (*Commissie/Italië*); arrest van 18 juni 1998, nr. C-35/96, *Jur.* 1998, p. I-3851, punt 36 (*Commissie/Italië*); gevoegde zaken nr. C-180/98 tot en met C-184/98, *Jur.* 2000, p. I-6451, punt 75 (*Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*).

41 Arrest van 13 februari 1993, gevoegde zaken nr. C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637 (*Christian Poucet/Assurances générales de France (AGF) en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac)*) en *Daniel Pistre/Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*).

wordt verricht niet relevant is voor het economische karakter van de activiteit. Dit is volgens de Commissie evenmin relevant voor de vraag of de dienst als DAEB kan worden omschreven. Bovendien wordt benadrukt dat twee afzonderlijke rechtspersonen mogelijkwerwijs één economische entiteit kunnen vormen, waarbij onder andere moet worden gekeken of er sprake is van een zeggenschapsdeelneming of van functionele, economische of organische banden.⁴²

Tot slot geeft de Mededeling meer duidelijkheid over de relatie tussen DAEB's en aanbestedingsprocedures, wat met name van belang is in het kader van het vierde Altmarkcriterium. De Europese Commissie benadrukt dat een openbare procedure die in overeenstemming is met de voorwaarden van de regels inzake een openbare aanbesteding aanvaardbaar is in dit verband. Echter, ook indien gebruik wordt gemaakt van een niet-openbare procedure kan aan het vierde Altmarkcriterium worden voldaan, tenzij de betrokken exploitanten zonder geldige redenen wordt belet op de aanbesteding in te schrijven. Tegelijkertijd stelt de Commissie dat een concurrentiegericht dialoog of een procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht alleen in uitzonderlijke omstandigheden geacht kan worden aan het vierde Altmarkcriterium te voldoen. Gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht kan verder volgens de Commissie geen garantie bieden dat de procedure ertoe leidt dat de inschrijver wordt geselecteerd welke die diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan verrichten.

3.2 Het Besluit

In het Besluit wordt nogmaals geëxpliciteerd dat compensaties voor bepaalde categorieën DAEB's niet bij de Europese Commissie hoeven te worden aangemeld. Dit geldt niet langer meer alleen voor ziekenhuizen en woningcorporaties, maar nu ook voor een ruimere groep sociale DAEB's, om precies te zijn voor 'diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van kwetsbare groepen'.⁴³ In beginsel zijn sociale DAEB's in algemene zin derhalve nu vrijgesteld van de verplichting tot melding bij de Commissie, ongeacht het bedrag dat zij aan compensatie ontvangen.

Ook andere DAEB's worden nu van deze verplichting vrijgesteld, maar dan wel op voorwaarde dat het bedrag dat zij aan compensatie ontvangen, minder dan € 15 miljoen per jaar bedraagt (art. 2 onder a). De drempel waarbij compensaties moeten worden aangemeld wordt daarmee dus ver-

laagd van € 30 miljoen naar € 15 miljoen. De Commissie beoogt hiermee 'een antwoord te bieden op de zorgen van stakeholders dat door de vroegere drempel zeer grote opdrachten in belangrijke sectoren van de interne markt aan het toezicht van de Commissie werden onttrokken'.⁴⁴

Daarnaast wordt een nieuwe definitie gegeven van het begrip 'redelijke winst'. Hieronder dient volgens de Commissie te worden verstaan:

"het rendement op kapitaal dat zou worden verlangd door een gemiddelde onderneming die afweegt of zij de dienst van algemeen economisch belang al dan niet moet verrichten gedurende de hele periode waarvoor zij met het beheer van die dienst zou worden belast, rekening houdende met de omvang van het risico".⁴⁵

De omvang van de redelijke winst dient derhalve te worden bepaald aan de hand van de omvang van het risico, dat volgens de Europese Commissie afhankelijk is 'van de betrokken sector, het soort dienst en de kenmerken van de compensatie'.⁴⁶ Van belang is dat overheden stimulerende criteria mogen invoeren met betrekking tot, met name, de kwaliteit van de dienstverlening en de winst op het punt van productie-efficiëntie, teneinde te bepalen wat een redelijke winst is in een specifieke situatie.

3.3 De Kaderregeling

De (herziene) Kaderregeling dient te worden gehanteerd voor het beoordelen van grote compensatiebedragen voor partijen die buiten de sociale dienstverlening actief zijn. Opnieuw wordt geëxpliciteerd dat die gevallen wel bij de Europese Commissie moeten worden gemeld, doch kunnen worden goedgekeurd – oftewel: verenigbaar worden verklaard – indien zij aan bepaalde criteria voldoen. De Kaderregeling bevat onder meer een preciezere methodiek om het compensatiebedrag te bepalen. Daarnaast bevat de Kaderregeling enkele – nu automatische verplichtingen – voor steunverleners, zoals onder andere:

- de verplichting om doelmatigheidsprikkels in compensatiemechanismen op te nemen;
- de verplichting om het aanbestedingsrecht in acht te nemen;
- de verplichting om verrichters van dezelfde dienst gelijk te behandelen wanneer het gaat om het bepalen van de compensatie.

Bovendien stelt de Kaderregeling dat de Commissie optioneel verplichtingen kan opleggen wat betreft het beperken van concurrentieverstorende effecten van bepaalde compensaties, met name wanneer deze een bijzonder groot risico inhouden dat de mededinging op de interne markt wordt verstoord.

⁴² Arrest van 16 december 2010, nr. C-480/09 P, punten 47 t/m 55 (*Acea-Electrabel Produzione SpA/Commissie*); arrest van 10 januari 2006, nr. C-222/04, *Jur.* 2006, p. I-289, punt 112 (*Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*).

⁴³ Art. 2 onder c van het Besluit.

⁴⁴ Persbericht van de Europese Commissie, te raadplegen op <http://bit.ly/Aa3K5n>.

⁴⁵ Art. 5 lid 5 Besluit.

⁴⁶ Art. 5 lid 5 laatste volzin Besluit.

3.4 De Verordening

Een nieuw voorstel voor een de-minimisverordening zal naar verwachting in het voorjaar 2012 worden aangenomen, na een laatste consultatieronde. Daarin zal worden bepaald dat compensatie voor een DAEB die onder een bepaalde drempel blijft, niet als staatssteun hoeft te worden aangemeld – oftewel niet aan de voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU voldoet.⁴⁷ De ontwerp-Verordening is derhalve alleen van toepassing indien voor de DAEB-route wordt gekozen en is daarmee een *lex specialis* van de huidige – algemene – de-minimisregeling, die zoals bekend een plafond van € 200.000 kent.⁴⁸

Kort gezegd dient het totale bedrag dat de begunstigde onderneming aan steun voor het beheer van diensten van algemeen economisch belang ontvangt, niet meer dan € 500.000 over een periode van drie belastingjaren te bedragen. Wanneer steun in een andere vorm dan subsidies wordt verleend, zoals leningen of kapitaalinjecties, geldt eveneens een plafond van € 500.000. Tot slot dient ook wanneer de steun de vorm heeft van een garantie, het gegarandeerde gedeelte van de onderliggende lening niet meer dan € 500.000 te bedragen.

Net als bij de huidige de-minimisregeling zal een verklaring worden verlangd van de betrokken onderneming. Lidstaten mogen bij wijze van alternatief ook de eerbiediging van het plafond garanderen door middel van een centraal register.

De ontwerp-Verordening kent bovendien een anti-cumulatie bepaling, waardoor wordt voorkomen dat door 'creatief gebruik' van meerdere regelingen tegelijkertijd de compensatie onder de drempel van € 500.000 blijkt (art. 2 lid 5 Verordening). De compensatie mag met andere woorden niet worden opgeknipt. De-minimissteun op grond van de ontwerp-Verordening mag weliswaar wel worden gecumuleerd met de algemene de-minimissteun op grond van Verordening (EG) nr. 1998/06, maar slechts tot het plafond van € 500.000. De-minimissteun op grond van de ontwerp-Verordening mag niet worden gecumuleerd met compensaties voor dezelfde DAEB, ongeacht of deze staatssteun vormt of niet.

4. Conclusie

Het nieuwe DAEB-pakket bevat met name een – welkome – verduidelijking van de diverse aspecten van de DAEB-route. Gemeenten en provincies die in de praktijk van deze route gebruik (willen) maken lopen immers nu in de praktijk nog vaak tegen veel onduidelijkheden aan. Al is het nieuwe DAEB-pakket voor een groot deel niet meer dan een codificatie van reeds bestaande jurisprudentie, het geeft tegelijkertijd een aantal concrete definities van diverse begrippen,

zoals het begrip 'economische activiteit' en 'redelijke winst'. Bovendien beoogt het DAEB-pakket meer duidelijkheid te geven over het vierde Altmarkcriterium. Dat is een goede zaak, aangezien juist in de praktijk veel onduidelijkheid bestaat over de relatie tussen dit criterium en het aanbestedingsrecht.

Een ander gevolg dat in de gemeentelijke praktijk naar mijn mening zeker niet onbelangrijk zal blijken is het feit dat de ontwerp-Verordening alle sociale DAEB's beoogt uit te sluiten. Het behoeft geen betoog dat dit voor gemeenten, die er de afgelopen jaren immers steeds vaker voor hebben gekozen om sociale diensten uit te besteden, een aantrekkelijk wijziging zal zijn ten opzichte van de huidige praktijk.

Gebruikmaken van de DAEB-route is geen easy escape, aangezien aan een aantal strikte voorwaarden dient te worden voldaan. Echter, gelet op de al met al toch ruime mogelijkheden die het pakket biedt en het duidelijke begrippenkader dat het hanteert, is mijns inziens de DAEB-route voor de praktijk een nog interessantere optie geworden om het uitbesteden van gemeentelijke diensten staatssteunproof in te richten.

⁴⁷ Art. 2 lid 1 Ontwerp Verordening.

⁴⁸ Verordening (EG) 1998/06 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 Verdrag op de-minimissteun (PbEU 2006, 379/5).