

Administratief recht algemeen

86

Rechtbank Rotterdam 28 maart 2013, nr. DOR 12/163
(Mrs. J.H. de Wildt, B. van Velzen en M.C. Woudstra)
m.nt. A.D.L. Knook¹

(Art. 106, 107 en 108 VWEU)

LJN BZ5824

DAEB-aanwijzing praktisch, maar niet eenvoudig.

De rechtbank heeft vragen gesteld aan de Europese Commissie omdat er onduidelijkheid was over de toepasselijkheid van o.a. de Vrijstellingsbeschikking en het DAEB-besluit op het vervoer over binnenwateren. Naar aanleiding van de antwoorden van de Europese Commissie komt de rechtbank tot de conclusie dat de Vrijstellingsbeschikking en het DAEB-besluit in deze casus niet van toepassing zijn.

“Art. 2, lid 5 van het DAEB-besluit bepaalt dat dit besluit niet van toepassing is op staatsteun [...] in de sector van het vervoer over land”.

Volgens de Commissie (9.3) moet daaronder verstaan worden ‘vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren’. Verordening (EG) nr. 1370/2007 is evenmin van toepassing nu Nederland ervoor heeft gekozen geen gebruik te maken van de mogelijkheid de werkingssfeer van de Verordening uit te breiden tot vervoersdiensten over de binnenwateren. Vervolgens heeft de rechtbank getoetst aan de Altmark-criteria en komt tot de conclusie dat niet voldaan is aan alle criteria. Een daarvan is dat het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloed wordt. De Rechtbank is van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat er sprake is van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Altmark onder punten 77-79 overwogen dat het geenszins uitgesloten is dat een overheidssubsidie die wordt verleend aan een

onderneming welke enkel plaatselijke of regionale vervoersdiensten verricht en geen vervoersdiensten levert buiten de staat van vestiging, niettemin gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen lidstaten. Met betrekking tot het vierde criterium is de keuze voor de uitvoerder DAEB niet gemaakt op basis van een aanbestedingsprocedure en is ten behoeve van de berekening van de exploitatiebijdrage niet getoetst of de door de veerdienst Gorinchem ingeschatte kosten voor de voorliggende perioden overeenkomen met de kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming. De rechtbank is van oordeel dat, nu de Vrijstellingsbeschikking noch het DAEB-besluit van toepassing is, verweerder gelet op de constatering dat niet aan alle Altmark-criteria is voldaan, een melding had moeten doen bij de Commissie en, op grond van het bepaalde in art. 108 lid 3 VWEU de maatregel niet alvast had mogen uitvoeren. Het beroep wordt daarom gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd. Het primaire besluit, voor zover dat ziet op de aanwijzing van de interne dienst van verweerder als uitvoerder van de veerverbinding wordt herroepen.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 28 maart 2013 in de zaak tussen

[naam], te [plaats], eiseres,
en

het College van burgemeester en wethouders van de gemeente Gorinchem, verweerder.

(...)

Overwegingen

1. Op grond van artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) moet de Unie, onverminderd de artikelen 93, 106 en 107 van het Verdrag, haar bevoegdheden zodanig gebruiken dat er zorg voor wordt gedragen dat de diensten van algemeen economisch belang functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.

Om bepaalde diensten van algemeen economisch belang te laten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die deze in staat stellen hun taken te vervullen, kan financiële steun van de overheid noodzakelijk blijken om enkele of alle uit de openbardienstverplichtingen voortvloeiende specifieke kosten te dekken. In overeenstemming met artikel 345 van het Verdrag, zoals dat door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna evenals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aangeduid als het Hof van Justitie) is uitgelegd, doet daarbij niet ter zake of die diensten van algemeen economisch belang door overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen worden beheerd.

In artikel 106, tweede lid, van het VWEU is bepaald dat de ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast of die het karakter van een fiscaal monopolie dragen, onder de regels van het Verdrag vallen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in rechte of in feite, van de toevertrouwde taken niet verhindert. Een en ander

¹ Mr. dr. Allard Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Utrecht. Reacties welkom via: allard.knook@cms-dsb.com.

mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

Op grond van artikel 107, eerste lid, van het VWEU zijn, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU wordt de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

2. In artikel 106, derde lid, van het VWEU is bepaald dat de Commissie waakt over de toepassing van dit artikel en, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten richt tot de lidstaten.

2.1 In de op oud artikel 86, derde lid, van het EG-verdrag thans artikel 106, derde lid, van het VWEU berustende Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het 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 (Vrijstellingsbeschikking, *Publicatieblad* L 312 van 29 november 2005), worden de inhoud en de omvang van de afwijking van artikel 106, tweede lid, van het VWEU nader bepaald en worden regels vastgesteld die het mogelijk maken er daadwerkelijk op toe te zien dat aan de criteria van die bepaling wordt voldaan.

2.2 Per 31 januari 2012 is de Vrijstellingsbeschikking vervangen door Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het 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 (DAEB besluit, *Publicatieblad* 11 januari 2012, L 7/3).

2.3 Zowel de Vrijstellingsbeschikking als het DAEB-besluit stelt voorwaarden vast waaronder staatsteun die in de vorm van compensatie voor de openbare dienst wordt verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, verenigbaar is met de interne markt en vrijgesteld is van de in artikel 108, derde lid, van het VWEU neergelegde aanmeldingsverplichting.

3. In zijn arrest in de zaak Altmark (arrest van 24 juli 2003, zaak C-280/00) heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat compensatie voor de openbare dienst geen staatssteun

in de zin van oud artikel 87 van het EG-verdrag thans artikel 107 van het VWEU vormt, mits aan vier cumulatieve criteria is voldaan. In de eerste plaats dient de begunstigde onderneming daadwerkelijk met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen belast te zijn en dienen die verplichtingen duidelijk te zijn omschreven. In de tweede plaats dienen de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en transparante wijze te zijn vastgesteld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdende met de opbrengsten en een redelijke winst. Ten slotte dient, wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, de noodzakelijke compensatie te worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die afdoende met de nodige middelen is uitgerust, zou hebben gemaakt. Wanneer deze criteria niet zijn vervuld en aan de algemene criteria voor de toepassing van artikel 107, eerste lid, van het VWEU is voldaan, vormt compensatie voor de openbare dienst staatssteun en valt deze onder de artikelen 93, 106, 107 en 108 van het VWEU.

4. Bij het besluit van 31 januari 2012, aangevuld bij brief van 14 maart 2012, heeft verweerder – kort samengevat – het standpunt ingenomen dat niet relevant is of aan de Altmarkcriteria wordt voldaan, aangezien – zelfs indien niet aan die criteria wordt voldaan – de verleende subsidie niet wordt aangemerkt als ongeoorloofde staatsteun als wordt voldaan aan de criteria zoals bepaald in de Vrijstellingsbeschikking. Aan die criteria is volgens verweerder voldaan. Verweerder meent dat het overgangsrecht van het DAEB-besluit van toepassing is. Dit overgangsrecht houdt in dat steunregelingen die reeds voor de inwerkingtreding van het DAEB-besluit van kracht zijn geworden, gedurende een periode van twee jaar verenigbaar blijven met de interne markt. Het uitvoeren van de veerverbinding is aangewezen als DAEB bij het primaire besluit van 3 februari 2011, zodat sprake is van een van kracht geworden steunregeling in de zin van het overgangsrecht. Dat pas per 1 april 2012 uitvoering zal worden gegeven aan de steunregeling, in de zin dat pas vanaf dat moment daadwerkelijk wordt gevaren en dus wordt uitbetaald, doet daar volgens verweerder niet aan af.

4.1 In zijn brief van 18 januari 2013 heeft verweerder aangegeven het bezwaar ten aanzien van het motiveringsbeginsel voor zover dit ziet op de onderbouwing van de aanwijzing van het uitvoeren van de veerverbinding als DAEB gegrond te verklaren, indien de rechtbank de visie van de Commissie zou volgen. Indien aldus vereist, wordt de in het besluit op bezwaar van 14 maart 2012 opgenomen motivering uitgebreid door het nemen van een nieuw besluit. De motivering wordt – indien de rechtbank zou oordelen dat het uitgangspunt van de Commissie dat voor personenvervoer over water geen vrijstellingskader van toepassing is, juist is én de rechtbank meent dat er sprake is van beïnvloe-

ding van het interstatelijk handelsverkeer - dat verweerder is nagegaan of de compensatie past binnen de voorwaarden van het Altmarkcriterium. Verweerder heeft ter zake een onderzoeksoopdracht gegeven aan SEO Economisch Onderzoek te Amsterdam (SEO) en deze bevestigt dat aan de Altmarkcriteria is voldaan. Verweerder is dan ook van mening dat geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun en dat de aanwijzing van de veerdienst niet in strijd is met Europese aanbestedingsregelgeving, zodat er geen grond is voor vernietiging of nadere overweging van het bestreden besluit op bezwaar en geen nieuw besluit op bezwaar hoeft te worden genomen.

5. De rechtbank stelt vast dat de brieven van 14 maart 2012 en 18 januari 2013 geen andere rechtsgevolgen in het leven roepen dan het besluit van 31 januari 2012, omdat zij slechts door verweerder beoogde verbeteringen van het besluit van 31 januari 2012 met zich brengen.

5.1 Uit de brief van 14 maart 2012 volgt dat verweerder de motivering van het bestreden besluit ontoereikend acht. Reeds hierom is het beroep gegrond en moet het bestreden besluit worden vernietigd.

5.2 De rechtbank zal hierna onderzoeken of zij het geschil tussen partijen definitief kan beslechten, waarbij de rechtbank tevens acht zal slaan op de inhoud van de brieven van 14 maart 2012 en 18 januari 2013.

6. In dit geschil heeft verweerder het uitvoeren van de veerverbinding Boven Hardinxveld - Werkendam - Gorinchem - Sleenwijk aangewezen als DAEB. De rechtbank overweegt dat, zoals ook in considerans 8 van het DAEB-besluit is gesteld, uit de (Europese) rechtspraak duidelijk blijkt dat de lidstaten, ingeval er ter zake geen sectorale Unieregelgeving bestaat, over een ruime beoordelingsmarge beschikken om diensten als DAEB aan te merken.

7. Verweerder stelt dat de veerverbinding waar het hier om gaat de noodzakelijke mobiliteit in de regio dient en het omringende wegennet ontlast, wat de terugdringing van congestie bevordert en de milieubelastende uitstoot van uitlaatgassen vermindert. Daarnaast heeft de veerverbinding een rol om de veiligheid op de Merwede te bevorderen. Daartoe wordt de veerverbinding uitgevoerd door snelle schepen (minimale topsnelheid 39 km per uur) die zijn uitgerust met adequate blus- en reddingsmiddelen, zodat de schepen bij ongelukken en/of calamiteiten bij of op het water direct kunnen worden ingezet als blus-, reddings- of ambulanceschepen. Deze algemene belangen worden gediend door de veerverbinding. De veerverbinding kan zonder overheidsbijdrage niet rendabel worden geëxploiteerd. Dat blijkt uit diverse rapporten die ter voorbereiding van deze veerverbinding zijn opgesteld, waaronder een rapport van SEO. Verweerder stelt dat uit de rapporten blijkt dat de veerverbinding niet aan de markt kan worden overgelaten en dat het aanwijzen van het uitvoeren daarvan als DAEB op goede gronden heeft plaatsgevonden.

8. De rechtbank stelt vast dat de Commissie (in het non-paper inzake DAEB en staatssteun van 12 november 2002) DAEB definieert als "marktdiensten waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke openbaredienstverplichtingen laten gelden, waarbij

openbaredienstverplichtingen de verplichtingen zijn die de onderneming, indien zij haar eigen commerciële belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen". Gelet hierop acht de rechtbank de aanwijzing als DAEB voldoende gemotiveerd. Eiseres stelt dat de motivering van verweerder niet toereikend is, omdat niet wordt aangetoond dat een particuliere marktpartij de genoemde algemene belangen niet voldoende kan dienen. Volgens eiseres kan het ondernemingsdoel uitstekend of zelfs beter door een particuliere partij worden behaald. Deze argumentatie van eiseres maakt niet dat verweerder de veerverbinding niet als DAEB kan aanwijzen. Een DAEB kan immers ook door een particuliere onderneming worden verricht.

9. Partijen zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of de Vrijstellingsbeschikking en het DAEB-besluit toepasselijk zijn op openbaar personenvervoer over binnenwateren. Kort gezegd stelt eiseres dat het vervoer over binnenwateren expliciet is uitgesloten van de toepassing van de Vrijstellingsbeschikking en het DAEB-besluit (en dat verweerder - nu niet is voldaan aan de Altmarkcriteria - had moeten aanmelden bij de Commissie). Verweerder bestrijdt dit.

9.1 Met het oog op beantwoording van deze vraag heeft de rechtbank de Commissie op grond van punt 3.2 van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties van 9 april 2009 (*Publicatieblad* C85/1) gevraagd te adviseren.

9.2 De rechtbank heeft de Commissie de volgende vragen voorgelegd:

"In dit beroep is onder meer de vraag aan de orde of de Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 en het Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2012 van toepassing zijn op openbaar personenvervoer over binnenwateren.

In zowel artikel 2, vijfde lid, van de Beschikking als in artikel 2, vijfde lid, van het Besluit is bepaald dat de Beschikking/het Besluit niet van toepassing is op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (die wordt verleend aan ondernemingen in de sector van (het) vervoer over land.

De rechtbank wil graag advies met betrekking tot de volgende vragen:

I. Valt openbaar personenvervoer over binnenwateren ook onder vervoer over land als bedoeld in artikel 2, vijfde lid, van de Beschikking/het Besluit, en zo ja, in welke (passages van) documenten kan hiervoor steun gevonden worden?;

II. Is van betekenis dat Nederland er niet voor heeft gekozen Verordening nr. 1370/2007 van 23 oktober 2007 toe te passen op openbaar personenvervoer via de binnenwateren?;

III. Betekent die keuze van Nederland dat - gelet op artikel 1, tweede lid, en gezien considerans 10, van

de Verordening nr. 1370/2007 – artikel 106, tweede lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en daarmee ook de Beschikking en thans het Besluit (gelet op considerans 23) in Nederland op het vervoer over binnenwateren van toepassing zijn?”

9.3 Bij brief van 2 oktober 2012 heeft de Commissie de volgende reactie op de vragen van de rechtbank gegeven:

“Overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) moet elk voornemen om staatssteun te verlenen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, aan de Europese Commissie worden meegedeeld. Wanneer compensatie voor openbare dienstverlening wordt verstrekt voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten over de binnenwateren, acht de Commissie drie scenario's mogelijk waarin voor een dergelijke compensatie de verplichting tot voorafgaande aanmelding van artikel 108, lid 3, VWEU, niet geldt.

Allereerst wordt compensatie voor ondernemingen voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang geacht niet aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU te voldoen – en derhalve vrijgesteld te zijn van de verplichting tot voorafgaande aanmelding uit hoofde van artikel 108, lid 3, VWEU – wanneer deze compensatie de minimis wordt geacht in de zin van artikel 2 van Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie (DAEB de-minimisverordening). (...)

Ten tweede vormt een dergelijke compensatie, wanneer zij wordt toegekend voor het uitvoeren van openbare dienstverplichtingen, zodat de begunstigde onderneming in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangt en die compensatie dus niet tot gevolg heeft dat deze onderneming vergeleken met haar concurrenten in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst, geen steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, zodat deze de Commissie niet hoeft te worden gemeld uit hoofde van artikel 108, lid 3, VWEU. Opdat een dergelijke compensatie in een concreet geval evenwel niet als staatssteun kan worden aangemerkt, moeten echter een aantal criteria in acht worden genomen die in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, en met name in het Altmark-arrest, zijn vastgelegd.

In de derde plaats moeten overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1370/2007 verstrekte compensaties voor openbare dienstverlening voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten verenigbaar met de interne markt en vrijgesteld van meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU geacht worden. In Verordening (EG) nr. 1370/2007 is vastgelegd hoe artikel 93 VWEU moet worden toegepast op steun die wordt verstrekt voor het verrichten van personenvervoersdiensten per spoor en over de weg.

Artikel 1, lid 2, van deze verordening bepaalt dat de lidstaten 'de bepalingen van deze verordening kunnen toepassen op het openbare personenvervoer over de binnenwateren'.

Wanneer een lidstaat ertoe heeft besloten om Verordening (EG) nr. 1370/2007 niet op het verrichten van vervoersdiensten over de binnenwateren toe te passen, geldt daarom voor de compensatie die wordt verstrekt voor de exploitatie van openbaar personenvervoer op deze wijze, de vrijstelling van de meldingsplicht van artikel 9, lid 1, van die verordening niet. De Commissie maakt uit de informatie die u samen met uw verzoek om een juridisch advies heeft verstrekt, op dat Nederland geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid de werkingssfeer van Verordening (EG) nr. 1370/2007 uit te breiden tot het verstrekken van vervoersdiensten over de binnenwateren. Deze mogelijkheid is dus in de bij uw rechtbank aanhangige zaak niet van toepassing.

Evenmin onthefte Besluit 2012/21 van de Commissie (het DAEB-besluit) dergelijke compensatie van het vereiste van voorafgaande aanmelding van artikel 108, lid 3, VWEU, Artikel 93, VWEU, dat de verenigbaarheid regelt van staatssteun die op het gebied van vervoer over land wordt toegekend, is immers een *lex specialis* ten opzichte van artikel 106, lid 2, VWEU, dat van toepassing is op ondernemingen die zijn belast met de exploitatie van diensten van algemeen economisch belang in andere sectoren. Het hoofdstuk 'Vervoer' van het VWEU bepaalt in artikel 100, lid 1, dat deze *lex specialis* van toepassing is op 'vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren'. Artikel 2, lid 5, van het DAEB-besluit bepaalt dat dit besluit 'niet van toepassing [is] op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die wordt verleend aan ondernemingen in de sector van het vervoer over land'. In overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag en met overweging 23 van het DAEB-besluit moet daarom onder vervoer over land worden verstaan 'vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren'.

Wanneer de toekenning van compensatie voor openbare dienstverlening voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten via de binnenwateren niet onder een van de twee hierboven omschreven scenario's (de criteria van de DAEB de-minimisverordening en/of de vervulling van de Altmark-criteria) valt, geldt daarvoor dientengevolge de vrijstelling van de verplichting tot voorafgaande melding van artikel 108, lid 3, VWEU, niet.”

9.4 De rechtbank volgt deze redenering van de Commissie en concludeert dan ook dat in dit geval de Vrijstellingsbeschikking noch het DAEB-besluit van toepassing is. Niet ter discussie staat dat de in geding zijnde DAEB niet valt onder de criteria van de DAEB de minimisverordening.

9.5 Naar het oordeel van de rechtbank betekent het voorgaande dat alleen als aan de Altmarkcriteria en de algemene criteria voor toepassing van artikel 107, eerste lid, van

het VWEU wordt voldaan, er vrijstelling is van de verplichting tot voorafgaande melding van artikel 108, derde lid, van het VWEU.

10. Verweerder heeft in zijn reactie op het advies van de Commissie naar voren gebracht dat er geen sprake is van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Verweerder voert hiertoe aan dat de veerdienst een voet-/fietsveer betreft, dat van de veerdienst met name gebruik wordt gemaakt door scholieren en door dagjesmensen uit de regio, dat het veer tevens wordt ingezet als lokale brandweerboot en dat eiseres een Nederlandse exploitant van Nederlandse veerdiensten is. Hierdoor is aan een van de voorwaarden van artikel 107 van het VWEU niet voldaan en kan er dus geen sprake zijn van staatssteun, aldus verweerder.

10.1 De rechtbank is van oordeel dat voldoende aanneemelijk is dat er sprake is van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Altmark onder punten 77-79 overwogen dat het geenszins uitgesloten is dat een overheidssubsidie die wordt verleend aan een onderneming welke enkel plaatselijke of regionale vervoersdiensten verricht en geen vervoersdiensten levert buiten de Staat van vestiging, niettemin gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen lidstaten. Wanneer een lidstaat overheidssteun toekent aan een onderneming, kan de verrichting van vervoersdiensten door die onderneming daardoor in stand blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun vervoersdiensten op de markt van die lidstaat te verrichten, afnemen. De rechtbank overweegt dat dit in het onderhavige geval niet louter een hypothetische kwestie is. Ter zitting is door eiseres – onweersproken door verweerder – aangevoerd dat Connexxion en Arriva, beide buitenlandse ondernemingen, ook veerdiensten (waaronder voet-/fietsveren) in Nederland exploiteren en dat eiseres bijvoorbeeld met Connexxion heeft gestreden om de concessie voor het (auto)veer bij Kop van 't Land.

Volgens de rechtspraak van het Hof is er geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit immers niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. De toepassingsvoorwaarde van artikel 107, eerste lid, van het VWEU, volgens welke de steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig moet beïnvloeden, hangt dus niet af van de plaatselijke of regionale aard van de geleverde vervoersdiensten of van de omvang van het betrokken werkterrein (punten 81-82 van het Altmark-arrest).

11. Uit het rapport van januari 2012 van SEO dat aan de brief van 14 maart 2012 ten grondslag ligt, blijkt dat SEO heeft geconcludeerd dat in het geval van de veerverbinding niet is voldaan aan het vierde Altmarkcriterium. In het rapport wordt daarover het volgende vermeld:

“Met betrekking tot het vierde criterium is de keuze voor de uitvoerder DAEB niet gemaakt op basis van een aanbestedingsprocedure en is ten behoeve van de bereke-

ning van de exploitatiebijdrage niet getoetst of de door de veerdienst Gorinchem ingeschatte kosten voor de voorliggende periode, overeenkomen met de kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming.

De exploitatiebijdrage is derhalve aan te merken als staatssteun. Deze staatssteun is echter toegestaan indien deze binnen het toepassingsgebied van de Beschikking valt. (...)”.

11.1 De rechtbank is van oordeel dat, nu de Vrijstellingsbeschikking noch het DAEB-besluit van toepassing is, verweerder gelet op de constatering dat niet aan alle Altmarkcriteria is voldaan, een melding had moeten doen bij de Commissie en, op grond van het bepaalde in artikel 108, derde lid, van het VWEU de maatregel niet alvast had mogen uitvoeren.

11.2 Naar het oordeel van de rechtbank kan het niet melden niet achteraf hersteld worden. Artikel 108, derde lid, van het VWEU schrijft voor dat de Commissie tijdig op de hoogte wordt gebracht van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien de Commissie meent dat zulk een voornemen onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld aan met de in artikel 108, tweede lid, van het VWEU beschreven procedure. Op grond van de laatste volzin van artikel 108, derde lid, van het VWEU kan de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie is artikel 108, derde lid, laatste volzin, van het VWEU (voorheen: artikel 88 van het Verdrag betreffende de oprichting van de Europese Gemeenschap) bedoeld om er preventief voor te zorgen dat een onverenigbare steunmaatregel nooit tot uitvoering zal worden gebracht. Teneinde deze doelstelling te bereiken, wordt de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel opgeschort totdat de twijfel over de verenigbaarheid ervan is weggenomen door de eindbeslissing van de Commissie (onder meer: arrest van 12 februari 2008, C-199/06, CELF-SIDE, *Jur.blz.* 1-469, punten 47-48). De rechtbank vindt ook steun voor haar opvatting dat het niet melden niet achteraf kan worden hersteld in punten 16 en 17 van het arrest van 21 november 1991 van het Hof van Justitie (zaak C-354/90). Het Hof concludeert in dit arrest dat artikel 93, derde lid, laatste volzin, van het EEG-Verdrag (thans artikel 108, derde lid, van het VWEU) aldus moet worden uitgelegd, dat deze bepaling de autoriteiten van de lidstaten een verplichting oplegt waarvan de niet-nakoming de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen aantast, en dat wanneer de Commissie naderhand een eindbeslissing geeft waarbij die maatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard, dit niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van die handelingen achteraf wordt gedekt.

12. De taak van de nationale rechter bij de toepassing van de toezichtregeling voor staatssteun bestaat eruit om toe te zien op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van schending van de verplichting tot voor-

afgaande aanmelding van steunmaatregelen bij de Commissie (onder meer: arrest van 21 oktober 2003, C-261/01 en C-262/01, Van Calster e.a., *Jur. blz.* I-12249, punt 75). Hierbij is van belang dat een steunmaatregel die tot uitvoering wordt gebracht met schending van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 108, derde lid, van het VWEU onwettig is (onder meer: arrest van 21 november 1991, C-354/90, FNCE, *Jur. blz.* I-5505, punt 17).

12.1 Uit deze jurisprudentie leidt de rechtbank af dat zij in beginsel gehouden is om - nu er niet bij de Commissie is aangemeld - een zodanige beslissing te nemen dat de toestand van vóór de aanwijzing van de veerdienst Gorinchem als uitvoerder van de DAEB wordt hersteld. Slechts in geval van uitzonderlijke omstandigheden kan het aangewezen zijn om hier niet toe over te gaan.

12.2 De rechtbank ziet daarom aanleiding het primaire besluit, voor zover dit ziet op de aanwijzing van de interne dienst van verweerder als uitvoerder van de DAEB, te herroepen. De rechtbank acht geen uitzonderlijke omstandigheden aanwezig om hier niet toe over te gaan. Het uiterst subsidiaire betoog van verweerder dat hem gelet op de complexiteit van de Europese regelgeving niet kan worden verweten dat hij deze regelgeving verkeerd heeft uitgelegd levert geen uitzonderlijke omstandigheid als hiervoor bedoeld op. Bij twijfel had verweerder voorafgaand aan de aanwijzing van zijn interne dienst als uitvoerder van de DAEB navraag kunnen doen bij de Commissie. Dat verweerder dit niet heeft gedaan, komt voor zijn rekening en risico.

13. Eiseres heeft bij brief van 8 november 2012 een verzoek om schadevergoeding ingediend en dit verzoek bij brief van 6 februari 2013 gewijzigd in een verzoek om een schadestaatprocedure. Nu hoger beroep door verweerder waarschijnlijk is, terwijl eiseres de gestelde schade op geen enkele wijze heeft onderbouwd en zij na afronding van de procedure over de uitvoering van de DAEB een verzoek om schadevergoeding kan indienen, zal de rechtbank geen toepassing geven aan artikel 8:73, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

Eindoordeel

14. Het beroep dient gegrond te worden verklaard en het bestreden besluit dient te worden vernietigd. De rechtbank ziet aanleiding het primaire besluit te herroepen in de zin zoals hiervoor onder 12.2 is weergegeven.

14.1 Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

14.2 De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten waaronder ook de kosten in bezwaar gemaakt. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 4.602,- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het beroepsschrift, 0,5 punt voor de reactie op de brief van 14 maart 2012, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, 0,5 voor reactie op concept-vraagstelling aan de Commissie, 0,5 punt voor de zienswijze over het advies van

de Commissie, 0,5 voor de reactie op de brief van 18 januari 2013 en 0,5 punt voor het verschijnen ter nadere zitting, met een waarde per punt van € 472,- en een wegingsfactor 1,5).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit,
- herroept het primaire besluit, voor zover dit ziet op de aanwijzing van de interne dienst van verweerder als uitvoerder van de veerverbinding Boven Hardinxveld - Werkendam - Gorinchem - Sleeuwijk;

(Enz., enz., Red.)

Noot

Inleiding

Als een gemeente (of een overheid) een dienst laat uitvoeren door een externe partij, kan het voor het staatssteunproof vormgeven van de financiële afspraken met de desbetreffende partij interessant zijn om die dienst te kwalificeren als een dienst van algemeen economisch belang (hierna: DAEB). Te denken valt aan diensten als inzameling van afval, parkeerbeheer, streekvervoer, het strooien van zout in de winter, het bevaarbaar houden van rivieren, ambulancevervoer, sociale woningbouw, onderhoud van natuurgebieden, watervoorziening, het aanleggen van breedbandnetwerken, uitbestede taken van de plantsoendienst, zorgverlening in het kader van de Wmo's, gebruikmaking van straatcoaches, activiteiten van het bureau voor toerisme, leerlingenvervoer, openbaar vervoer, arbeidsbemiddeling, activiteiten van de sociale werkplaats, watervoorziening, onderwijs, postbezorging, gezondheidszorg, en activiteiten van de regionale en lokale omroep.² Deze voorbeelden zijn allesbehalve uitputtend, het is primair aan de decentrale overheden zelf om te bepalen of een specifieke activiteit als een DAEB valt aan te wijzen.

Alhoewel gebruikmaking van de DAEB-regelgeving in de praktijk vaak een goede en praktische manier is om financiële afspraken op dit gebied staatssteunproof in te richten, is het wel van essentieel belang om erop toe te zien dat aan de strikte voorwaarden die deze regelgeving stelt wordt voldaan. Alhoewel de Europese Commissie vorig jaar een breed pakket aan DAEB-regelgeving heeft gepubliceerd, blijkt in de praktijk dat het vaak lastig is om vast te stellen in hoeverre aan de verschillende voorwaarden die uit deze regelgeving volgen wordt voldaan.

² Voorbeelden zijn ontleend aan Th. van der Zeijden & M.J. Overweel, *Diensten Van Algemeen Economisch belang, Onderzoeksrapport EIM*, Zoetermeer 2009, p. 29-32; en E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', *SEW* 2007, nr. 1, p. 395-396; Europese Commissie, *Green paper on services of general interest* 2003, r.o. 31; Europese Commissie, 'werkdokument met betrekking tot de toepassing van de EU-staatssteunregels op diensten van algemeen economisch belang sinds 2005', 2011, p. 19-20.

Het voornaamste voordeel van de DAEB-route is dat de financiële afspraken niet hoeven te worden gemeld bij de Europese Commissie, althans indien aan de voorwaarden die de DAEB-regelgeving stelt wordt voldaan. Het belangrijkste voordeel daarvan is vervolgens weer dat de financiële afspraken niet eerst hoeven te worden goedgekeurd door Europese Commissie alvorens deze kunnen worden uitgevoerd. Als gevolg van het zogenoemde stand-stillbeginsel van art. 108 lid 3 VWEU mag namelijk aan een besluit, een overeenkomst of een andere financiële afspraak dat elementen van meldingsplichtige staatssteun bevat geen uitvoering worden gegeven totdat de Europese Commissie deze steun verenigbaar heeft geacht. Zo oordeelde de Rechtbank Utrecht in 2010 over de bijzondere projectsteun aan woningcorporaties:

“Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt volgens de rechtbank dat, indien de bijzondere projectsteun een maatregel is die voldoet aan de voorwaarden van de DAEB-beschikking, er geen strijd is met artikel 107 van het VWEU en dus geen sprake is van (ongeoorloofde) staatssteun. De maatregel behoefde in dat geval niet te worden aangemeld bij de Commissie, zoals bedoeld in artikel 108, eerste lid, van het VWEU in samenhang met artikel 2, eerste lid, van de Procedureverordening. Van schending van de standstillbepaling van artikel 108, derde lid, van het VWEU in samenhang met artikel 3 van de Procedureverordening is in dat geval dan geen sprake.”³

De DAEB-route is vaak ook interessant als de dienst wordt uitgevoerd door een interne dienst van de gemeente, zoals in de onderhavige uitspraak tot uitdrukking komt. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Gorinchem (hierna: ‘de gemeente’) had de veerverbinding Boven Hardinxveld-Werkendam-Gorinchem-Sleeuwijk aangewezen als een DAEB en een interne dienst van de gemeente Gorinchem, de veerdienst Gorinchem, aangewezen als uitvoerder van deze dienst.

Altmark-criteria en het DAEB-besluit

Kort samengevat hoeft op grond van het *Altmark*-arrest⁴ van het Hof van Justitie compensatie van een DAEB niet te worden aangemeld als aan de volgende 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. Dit kan bijvoorbeeld door middel van een benchmark onderzoek.

Als aan al deze criteria wordt voldaan hoeven de desbetreffende financiële afspraken niet te worden gemeld. Dit is echter ook het geval als de financiële afspraken voldoen aan de criteria van het DAEB-besluit (voorheen de Vrijstellingsbeschikking).⁵ Dit besluit is onderdeel van het voornoemde brede pakket aan DAEB-regelgeving dat sinds vorig jaar van kracht is,⁶ dat verder bestaat uit een nieuwe Mededeling, een Verordening over de-minimissteun voor DAEB-compensatie en herziene Kaderregeling.⁷ De onderhavige uitspraak betreft met name de vraag in hoeverre van het DAEB-besluit gebruik kon worden gemaakt. De gemeente stelt dat het niet relevant is of aan de Altmark-criteria wordt voldaan, aangezien – zelfs indien niet aan die criteria wordt voldaan – het voldoen aan de criteria van de Vrijstellingsbeschikking en het DAEB besluit eveneens leidt tot de conclusie dat de verleende subsidie niet kan worden aangemerkt als ongeoorloofde staatssteun. De gemeente stelt dat aan die laatste criteria wordt voldaan.

Verzoek om advies Europese Commissie

De rechtbank benadrukt in eerste plaats dat de Commissie een DAEB definieert als ‘een marktdienst waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke openbaredienstverplichtingen laten gelden, waarbij openbaredienstverplichtingen de verplichtingen zijn die de onderneming, indien zij haar eigen commerciële belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen’⁸. Ook benadrukt de rechtbank dat het daarbij niet ter zake doet of die diensten door overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen worden beheerd.

Aangezien partijen verdeeld waren over het antwoord op de vraag of de Vrijstellingsbeschikking en het DAEB-besluit toepasselijk waren op openbaar personenvervoer over bin-

³ 26 november 2010, LJN BO5098, r.o. 2.78.

⁴ Arrest van 24 juli 2003, nr. C-280/00.

⁵ Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het 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 (DAEB-besluit, Pb 2012, L 7/3, 11 januari 2012).

⁶ Over dit pakket meer uitgebreid: Knook, ‘Nieuwe Regelgeving Diensten van Algemeen Economisch Belang’, BR 2012/13.

⁷ 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 COM(2011)9404 definitief); EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (Brussel 20 december 2011 COM(2011)9406 definitief); Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 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; Pb 2012, L 114, 26 april 2012, p. 8-13.

⁸ Non-paper inzake DAEB en staatssteun van 12 november 2002.

nenwateren, heeft de rechtbank de Europese Commissie gevraagd hierover te adviseren. Deze mogelijkheid is opgenomen in de Mededeling van de Commissie over de handhaving van staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties van 9 april 2009 (*Pb* C 85/1):

“Wanneer een nationale rechter wordt verzocht in een bij hem aanhangige zaak de staatssteunregels toe te passen, moet hij alle toepasselijke communautaire voorschriften op het gebied van staatssteun evenals de bestaande rechtspraak van de gemeenschapsrechters in acht nemen. Daarnaast kan een nationale rechter zich laten leiden door de besluitvormingspraktijk van de Commissie en de door de Commissie bekendgemaakte mededelingen en richtsnoeren betreffende de toepassing van de staatssteunregels.

Er kunnen zich evenwel omstandigheden voordoen waarin de genoemde instrumenten de nationale rechter onvoldoende houvast bieden met betrekking tot de betrokken vraagstukken. Gezien ... de belangrijke en complexe rol die de nationale rechterlijke instanties spelen met betrekking tot de handhaving van de staatssteunregels, biedt de Commissie de nationale rechterlijke instanties de gelegenheid om haar advies in te winnen over relevante kwesties betreffende de toepassing van de staatssteunregels.

Dit advies van de Commissie kan in beginsel betrekking hebben op alle economische, feitelijke of juridische vraagstukken die zich in het kader van de nationale procedure voordoen.”

De Europese Commissie wijst echter op Verordening (EG) nr. 1370/2007 (beter bekend als ‘Public Service Obligations- of “PSO-verordening”’), op grond waarvan verstrekte compensaties voor openbare dienstverlening voor de exploitatie van openbare personenvervoersdiensten niet hoeft te worden gemeld bij de Europese Commissie. Art. 1 lid 2 van deze verordening bepaalt dat de lidstaten ‘de bepalingen van deze verordening kunnen toepassen op het openbare personenvervoer over de binnenwateren’. De Commissie merkt op dat van deze mogelijkheid geen gebruik is gemaakt.

De Commissie stelt vervolgens dat het DAEB-besluit niet van toepassing is, aangezien art. 2 lid 5 DAEB-besluit bepaalt dat dit besluit ‘niet van toepassing [is] op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die wordt verleend aan ondernemingen in de sector van het vervoer over land’. In overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag en met overweging 23 van het DAEB-besluit moet daarom onder vervoer over land worden verstaan ‘vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren’.

Deze redenering heeft alles te maken met het feit dat het DAEB-besluit de algemene regels voor gebruikmaking van

de DAEB-route geeft, terwijl de PSO-verordening de specifieke regels geeft als het gaat om het openbare personenvervoer. Deze systematiek is ook terug te vinden in het VWEU zelf, zoals ook de Europese Commissie in haar antwoord benadrukt. Art. 93 VWEU, dat de verenigbaarheid regelt van staatssteun die op het gebied van vervoer over land wordt toegekend, is een *lex specialis* ten opzichte van art. 106 lid 2 VWEU, dat van toepassing is op ondernemingen die zijn belast met de exploitatie van DAEB's in andere sectoren.⁹

Aangezien de compensatie voor de veerverbinding verder niet valt onder de criteria van de DAEB de-minimisverordening,¹⁰ valt de rechtbank terug op de Altmark-criteria en het algemene staatssteunverbod van art. 107 lid 1 VWEU.

Ondanks louter vervoer dagjesmensen uit regio toch beïnvloeding interstatelijk handelsverkeer

De rechtbank constateert derhalve dat alleen als aan de Altmark-criteria en de algemene criteria voor toepassing van art. 107 lid 1 VWEU wordt voldaan, er een vrijstelling is van de verplichting tot voorafgaande melding van art. 108 lid 3 VWEU. Andere mogelijkheden om van melding aan de Europese Commissie af te zien zijn in die situatie niet meer voorhanden.

Het Werkingsverdrag definieert in art. 107 lid 1 VWEU verboden staatssteun als 1. een selectief voordeel; 2. voor een onderneming; 3. verleend door de overheid; 4. waardoor de mededinging wordt vervalst; en 5. de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. In de uitspraak wordt met name ingegaan op het laatste criterium. De gemeente stelt dat aan dit laatste criterium niet wordt voldaan. Immers, de veerdienst betreft een voet-/fietsveer, waarvan met name gebruik wordt gemaakt door scholieren en door dagjesmensen uit de regio.

De rechtbank is van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat er sprake is van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Hierbij verwijst de rechtbank naar het Altmark-arrest, waarin wordt gesteld dat:

“Dienaangaande zij om te beginnen opgemerkt dat het geenszins uitgesloten is dat een overheidssubsidie die wordt verleend aan een onderneming welke enkel plaatselijke of regionale vervoersdiensten verricht en geen vervoersdiensten levert buiten de Staat van vestiging, niettemin gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen lidstaten.”

De rechtbank stelt, ondanks het feit dat de veerdienst wordt uitgevoerd door een interne dienst van de gemeente, dat als gevolg van de subsidie de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun vervoersdiensten op de markt van die lidstaat te verrichten af zouden kunnen

⁹ Zie voor de volledige beantwoording van de Europese Commissie r.o. 9.3.

¹⁰ Kort gezegd dient op grond van de ‘DAEB de-minimisverordening’ 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 3 belastingjaren te bedragen.

nemen. Bovendien benadrukt de rechtbank dat er – anders dan bijvoorbeeld in het aanbestedingsrecht – het staatssteunrecht geen drempel of percentage kent waaronder het handelsverkeer wordt geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit met andere woorden niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.

Deze overweging van de rechtbank is in lijn met de vaste beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin al vrij snel wordt aangenomen dat er sprake is van beïnvloeding van het interstatelijke handelsverkeer. Hessel en Neven stelde in 2001 zelfs al dat louter het voldoen aan de eerste drie criteria van art. 107 lid 1 VWEU reden moet zijn om tot melding aan de Europese Commissie over te gaan:

“Zonder voorafgaande aanmelding en daaropvolgende goedkeuring van de Europese Commissie mag staatssteun niet worden verleend. Er is sprake van staatssteun die moet worden aangemeld, wanneer aan de volgende drie criteria, genoemd in artikel 87, wordt voldaan:

1. de steun wordt door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd;
2. hij komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties;
3. hij verschaft een voordeel aan de onderneming(en) dat zij niet langs normale commerciële weg zou(den) hebben verkregen.

Na de aanmelding is het aan de Commissie om te beoordelen of de steun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en of hij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”¹¹

Feit is dat slechts in uitzonderlijke gevallen wordt aangenomen dat er geen sprake is van beïnvloeding van het interstatelijke handelsverkeer. Zo werd de gemeente Leidschendam begin januari nog opgedragen door de Europese Commissie om € 6,9 miljoen terug te vorderen van een combinatie van twee projectontwikkelaars, ondanks dat de gemeente Leidschendam – onder andere – had gewezen op de zeer beperkte omvang en plaatselijke aard van het project. De Commissie oordeelde echter dat ‘het feit dat subsidies aan een onderneming worden toegekend die enkel lokale of regionale diensten aanbiedt en buiten de lidstaat van oorsprong geen diensten levert, op zich niet uit[sluit] dat deze subsidies het handelsverkeer tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden’.¹²

De rechtbank concludeert uiteindelijk – in lijn met het *Altmark*-arrest – dat de vraag of er sprake is van beïnvloeding van het interstatelijke handelsverkeer, niet afhangt van de plaatselijke of regionale aard van de geleverde ver-

voersdiensten of van de omvang van het betrokken werkterrein. Opmerkelijk genoeg vertoont deze uitspraak hiermee opvallende gelijkenissen met een beroemde uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof uit 1824 in de zaak *Gibbons/Ogden*.¹³ Ogden had een monopolie van de staat New York voor een (stoomboot)veerdienst in die staat, maar het Hooggerechtshof oordeelde, door een ruime interpretatie te geven aan het begrip ‘interstatelijk effect’, dat dit monopolie in strijd was met federale regelgeving. Het Hooggerechtshof legde daarmee de basis voor de beroemde ‘commerce clause’-jurisprudentie, die op de dag van vandaag in belangrijke mate de juridische verhoudingen tussen het federale gezag in Washington en de Amerikaanse (lid)staten bepaalt. Maar dit geheel terzijde.

Gevolgen handelen in strijd met staatssteunverbod

Aangezien de gemeente in strijd heeft gehandeld met het staatssteunrecht door de veerdienst als DAEB aan te wijzen, had de steun volgens de rechtbank moeten worden gemeld aan de Europese Commissie. Interessant is dat de rechtbank vervolgens vrij uitvoerig ingaat op de juridische gevolgen hiervan.

Naar het oordeel van de rechtbank kan het feit dat geen melding heeft plaatsgevonden niet achteraf hersteld worden, aangezien de melding juist is bedoeld om er preventief voor te zorgen dat een onverenigbare steunmaatregel nooit tot uitvoering zal worden gebracht.¹⁴ De rechtbank stelt dat de stand-stillbepaling van art. 108 lid 3 VWEU de autoriteiten van de lidstaten een verplichting oplegt waarvan de niet-nakoming de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen aantast, en dat wanneer de Commissie naderhand een eindbeslissing geeft waarbij die maatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard, dit niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van die handelingen achteraf wordt gedekt.¹⁵ De rechtbank stelt dat de taak van de nationale rechter bij de toepassing van de toezichtregeling voor staatssteun eruit bestaat om toe te zien op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van schending van de verplichting tot voorafgaande aanmelding van steunmaatregelen bij de Commissie.¹⁶

Op grond van de vaste jurisprudentie over art. 107 lid 1 jo. art. 108 lid 3 VWEU zijn nationale rechters gehouden om – bij ten onrechte niet bij Commissie aangemelde steun – een zodanige beslissing te nemen dat de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld. Slechts in geval van uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter van deze plicht afwijken. Zo bevestigde in januari dit jaar de Hoge Raad nog haar *Residex*-uitspraak uit 2010,¹⁷ door te benadrukken dat overeenkom-

¹¹ Hessel & Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Kluwer 2001, p. 25.

¹² Besluit betreffende steunmaatregel SA. 24123 Brussel (2012/C) COM(2013)87.

¹³ *Gibbons/Ogden*, 9 Wheaton 1; 6 L.Ed. 23 (1824).

¹⁴ O.a. arrest van 12 februari 2008, nr. C-199/06, *Jur.* p. I-469, punten 47-48 (*CELF-SIDE*).

¹⁵ De rechtbank ontleent dit aan het *FNCE*-arrest: HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*).

¹⁶ De rechtbank ontleent dit onder meer aan het *Calster*-arrest van 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01, *Jur.* p. I-12249.

¹⁷ HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082.

sten die met het staatssteunrecht strijdige bepalingen bevatten nietig zijn.¹⁸ De Hoge Raad voegde hieraan toe:

“een enkele verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van een overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is ... (dus zonder een daaraan gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie als zojuist bedoeld) in dit verband niet kan worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun.”¹⁹

In onderhavige – bestuursrechtelijke – kwestie oordeelt de rechtbank dat voornoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie slechts kan leiden tot de conclusie dat het primaire besluit, voor zover dit ziet op de aanwijzing van de interne dienst van de gemeente als uitvoerder van de DAEB, moet worden herroepen. De rechtbank acht geen uitzonderlijke omstandigheden aanwezig om hier niet toe over te gaan.

Al met al geeft deze uitspraak een goed beeld van de systematiek van de (nieuwe) DAEB-regelgeving en van de gevolgen van het handelen in strijd hiermee. Bewezen wordt maar weer eens dat de DAEB-route geen easy escape is om niet te hoeven melden. De DAEB-route is in de praktijk vaak wel een aantrekkelijke en goed bruikbare mogelijkheid, maar niet moet worden vergeten dat slechts indien aan de strikte voorwaarden die de regelgeving stelt wordt voldaan van melding aan de Europese Commissie kan worden afgezien.

A.D.L. Knook