

'Marktfalen' en Diensten van algemeen economisch belang

mr. A.A. al Khatib¹

1. Inleiding

De Europese Unie kent een interne markt met als doel om vrije handel tussen Lidstaten mogelijk te maken. Het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') voorziet om die reden in regels over het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.² Dit verdrag verbiedt tevens in beginsel het verstrekken van staatssteun door nationale overheden aan ondernemingen. Dit staatssteunverbod is vervat in art. 107 VWEU,³ en de handhaving ervan staat meer dan ooit op de voorgrond. Dit moge blijken uit de aangenomen Wet terugvordering staatssteun en de verschillende afspraken tussen overheden over de naleving van het staatssteunrecht.⁴ Een uitzondering op het staatssteunverbod vormt het financieren van Diensten van algemeen economisch belang ('DAEB' (enkelvoud) of 'DAEB's' (meervoud)). Dit blijkt uit art. 106 lid 2 VWEU dat bepaalt dat ondernemingen die met een DAEB belast zijn niet door de mededingingsregels verhinderd mogen worden in de uitoefening van de aan hen toevertrouwde taak. Het doel van art. 106 lid 2 VWEU is om staatssteun aan dergelijke ondernemingen mogelijk te maken én tegelijkertijd grenzen te stellen aan hoeveel staatssteun zij krijgen en onder welke voorwaarden.⁵ Door de jaren heen zijn verschillende activiteiten als DAEB aangemerkt door de Europese Commissie en nationale en Europese rechters: het aanbieden van vervoerdiensten, sociale huurwoningen, basale gezondheidszorg en het afnemen van zwangerschapstesten.⁶ Een cruciaal aspect voor het aan-

merken van een economische activiteit als DAEB is de situatie in de relevante markt. Over die relatie bestaan verschillende duidingen.⁷ Het Hof van Justitie ('HvJ') overweegt dat een DAEB zich vanwege *special characteristics* moet onderscheiden van andere economische activiteiten op de markt. De Europese Commissie concretiseert dit tamelijk vage vereiste door te eisen dat de markt waarop de DAEB betrekking heeft *onbevredigend* functioneert. Deze voorwaarde is nu vervat in beleidsdocumenten van de Europese Commissie die bekend staan als het *Almunia*-pakket.

De literatuur is op haar beurt verdeeld. Aan de ene kant betogen sommigen dat marktfalen in de economische zin van het woord een noodzakelijk of in ieder geval belangrijk vertrekpunt is voor het DAEB-begrip.⁸ Aan de andere kant betogen anderen dat art. 106 VWEU qua tekst en doelstelling geen basis biedt voor dergelijk marktfalen als eis om een activiteit als DAEB aan te wijzen.⁹

Dit artikel onderzoekt de relatie tussen de markt en het DAEB-begrip door de toepassing van dit begrip in verschillende sectoren van de economie te onderzoeken. Het gaat aan de hand van jurisprudentie die verschenen is vanaf de inwerkingtreding van het *Almunia*-pakket na of, en zo ja in hoeverre, marktfalen noodzakelijk is om een economische activiteit als DAEB aan te mogen merken. Het artikel onderzoekt of de toepassing van dit vereiste per gekozen sector van de economie verschilt. Er zal daarbij onderscheid gemaakt worden tussen twee definities van het begrip marktfalen: een economische en een politieke definitie.

Dit artikel eindigt met een driedelige conclusie: (i) marktfalen in politieke of in economische zin is vereist om een economische activiteit als een DAEB aan te kunnen merken, waarbij de Europese Commissie in sommige sectoren alleen economisch

1. Advocaat bij Stibbe en buitenpromovendus bij Universiteit Leiden.

2. Zie onder meer artt. 28 en 29 (vrij verkeer van goederen) en artt. 45 tot en met 66 (vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal) VWEU.

3. Zie voor toelichting over het staatssteunbegrip: Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01).

4. De Wet terugvordering staatssteun is op 1 juli 2018 in werking getreden. Zie Interdepartementale afspraken inzake staatssteun 2017. Zie hierover ook: Allard Knook, Eric van der Stroom en Joop Kluft, 'Staatssteun en risicobeheersing: een eerste aanzet voor State Aid Control Framework', *Staatssteun* 2019, nr. 1.

5. Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, Oregon: Hart Publishing 2015, p. 246.

6. Zie ook de DAEB-rapportage 2015-2016 van Nederland

aan de Europese Commissie. Online raadpleegbaar: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2015_2016/netherlands_nl.pdf.

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 (2012/C 8/02), randnummer 3.

8. Zie paragraaf 5 van dit artikel voor een meer gedetailleerde beschrijving. Zie ook Ølykke en P Møllgaard, 'What is a Service of General Economic Interest?', (2016) 41(1) *European Journal of Law and Economics*, 205.

9. Idem.

marktfalen toelaat, (ii) de wijze waarop en de mate waarin aan het vereiste van marktfalen getoetst wordt verschilt per sector van de economie zonder dat hiervoor een goede verklaring is en (iii) het Almunia-pakket (of een ander beleidskader) moet meer duidelijkheid verschaffen aan Lidstaten en begunstigden over de relatie tussen de markt en het DAEB-begrip. Op die basis kunnen nationale overheden en rechters hun verantwoordelijkheden bij de tenuitvoerlegging van het staatssteunrecht veel beter dragen dan nu het geval is.

1.1. Structuur van dit artikel

Dit artikel begint met het duiden van het onderscheid tussen economisch en politiek marktfalen (**paragraaf 2**), waarna het algemene juridische kader in het VWEU en de rechtspraak van de Europese rechter voor staatssteun aan DAEB's uiteengezet wordt (**paragraaf 3**). Vervolgens staat dit artikel stil bij het Almunia-pakket en de definitie van de DAEB als daarin beschreven (**paragraaf 4**). Het doel is om na te gaan wat de relatie tussen markten en DAEB's is op basis van deze bronnen. Daarna staat dit artikel stil bij de opvattingen in de literatuur over de deze relatie (**paragraaf 5**).

Dit artikel zoomt vervolgens in op de Europese rechtspraak sinds de inwerkingtreding van het Almunia-pakket (31 januari 2012) tot op heden (15 juni 2019) (**paragraaf 6**). Aan de hand van deze rechtspraak zijn DAEB's in verschillende sectoren van de economie geanalyseerd om de relatie tussen DAEB's en marktfalen te duiden. De hiervoor genoemde driedelige conclusie vormt het sluitstuk van dit artikel (**paragraaf 7**).

1.2. Methodologie

Het onderzoek naar de hierboven geformuleerde rechtsvraag heeft plaatsgevonden door uitspraken van het HvJ en het GvEU inzake DAEB's die zijn geweest tussen 31 januari 2012 en 15 juni 2019 te analyseren. Het gaat dus om uitspraken die zijn verschenen na de inwerkingtreding van het Almunia-pakket. Die uitspraken zijn gezocht op de website van het HvJ waarbij verschillende zoektermen zijn gehanteerd. De gevonden relevante uitspraken zijn vervolgens gecategoriseerd in een aantal markten.¹⁰ Uitspraken van Nederlandse rechters zijn in het onderzoek niet betrokken daar de voornoemde Europese rechters in eerste instantie vragen over de interpretatie van het DAEB-begrip dienen te beantwoorden. Het gaat hier immers om een Unie-

rechtelijk begrip waarvan de betekenis in laatste instantie door het HvJ van de EU wordt vastgesteld.

2. Het concept marktfalen: een economische en politieke benadering

2.1. Economische definitie van marktfalen¹¹

In de (rechts)economie is het gedrag van marktspe- lers uitgebreid geanalyseerd en in theorieën gevat. Een belangrijke invalshoek waarmee dit gedrag bekeken wordt is het *Pareto-criterium*. Dit criterium veronderstelt dat van een welvaartsverbetering sprake is als de allocatie van goederen en middelen op de markt tot gevolg heeft dat een persoon of een groep personen vooruit gaat qua welvaart, terwijl de rest van de samenleving geen nadeel ondervindt. Een dergelijke welvaartsverbetering heet dan een *Pareto-verbetering*. Als de situatie in een bepaalde markt zodanig is dat geen Pareto-verbetering meer mogelijk is, spreken (rechts)economen van een *Pareto-optimum*. De markt kan onder bepaalde voorwaarden, waaronder volledige mededinging en een groot aantal bidders en afnemers, leiden tot een resultaat dat Pareto-optimaal is. De welvaartswinst van de markt voor de samenleving zit dan op het optimum.

Economen onderscheiden een aantal vormen van marktfalen waarbij de markt niet tot een dergelijke Pareto-optimale situatie leidt. Met andere woorden: de welvaart van de samenleving is dan lager dan zou kunnen in geval van een goed functionerende markt. Het gaat specifiek om de volgende vormen van marktfalen. De eerste categorie betreft positieve en negatieve externaliteiten. Dat wil zeggen dat marktpartijen positieve en negatieve gevolgen niet verdisconteren in hun transacties. Daardoor worden deze transacties vaker of minder vaak dan efficiënt zou zijn verricht. Een negatieve externaliteit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een producent water vervuult, maar niet voor de zuiveringskosten hoeft te betalen. Een positieve externaliteit is aan de orde wanneer een activiteit veel maatschappelijke voordelen heeft maar niet vaak genoeg wordt verricht omdat partijen onvoldoende van die activiteit profiteren zonder overheidsingrijpen. Een voorbeeld biedt investeringen in hernieuwbare energie. Daarnaast onderkent de economie het fenomeen collectieve goederen. Bij dergelijke goederen is het niet mogelijk om partijen die niet betalen uit te sluiten van het profiteren van het collectieve goed. Ten derde kan marktfalen door onvolledige mededinging ontstaan. Er zijn dan te weinig aanbieders. In het uiterste geval is er één aanbieder, oftewel een monopolie. Een winst maximaliserende monopolist zal in beginsel te hoge prijzen vragen voor zijn producten en onvoldoende produceren.

10. De website van het Hof van Justitie van de Europese Unie: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=nl>. De zoektermen zijn: 'Diensten van algemeen economisch belang', 'Dienst van algemeen belang', 'Artikel 106, lid 2, VWEU', 'Services of general economic interest', 'Service of general economic interest' en 'Article 106(2) TFEU'. Dit artikel behandelt vanwege de hoeveelheid zoekresultaten niet alle gevonden uitspraken.

11. Zie B.C.J. van Velthoven en P.W. Van Wijck, *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2019, paragraaf 2.7.

Tot slot zijn onzekerheid en informatiegebreken ook oorzaken van marktfalen: dit is bijvoorbeeld het geval met verzekeringen. Een verzekerd individu kan zich door de verzekering riskanter gedragen. Dit verschijnsel duidt men aan als 'moreel risico'. Als de verzekeraar op dit moreel risico zekerheidshalve anticipeert is het mogelijk dat prijs van de verzekering te hoog wordt. Meer in het algemeen kan marktfalen ontstaan wanneer een verzekeraar niet op de hoogte is van het risicoprofiel van de verzekeringsnemer. In een dergelijk geval zal de verzekeraar selecteren en gaan voor de kandidaten waarvan hij denkt dat zij het meest gezond of risicomijdend zijn. Dit fenomeen heet 'adverse selectie'. De hiervoor genoemde oorzaken van marktfalen kunnen zich gelijktijdig voordoen. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat op de markt voor vervoer de prijzen te hoog zijn omdat een beperkt aantal vervoerders actief is op bepaalde gebieden (onvolledige mededinging), terwijl de reden achter het beperkte aantal vervoerders het ontbreken van onder andere wegen en haltes is (collectief goed).

2.2. Politieke definitie van marktfalen

De overheid kan ingrijpen in de economie vanuit een politiek of moreel principe en niet om een Pareto-optimum te bereiken. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de overheid van mening is dat een bepaalde dienst voor iedereen, ongeacht inkomen, toegankelijk moet zijn.¹² De aanwijzing van een dienst van algemeen economisch belang is in een dergelijke context niet gebaseerd op een economische analyse maar op een (rechts)principe. Waar een economische definitie van marktfalen concentreert op gebreken in het functioneren van de markt, focust de politieke definitie op een doel of principe.¹³ Als de uitkomsten van de markt in het licht van dat doel of principe niet volstaan, dan faalt de markt in de politieke zin van het woord.

Het is overigens ook mogelijk om de naleving van dergelijke doelen en principes in te passen in het economische kader als geschetst in paragraaf 2.1. Zo kan een overheid overwegen dat televisieomroepen belast moeten worden met een dienst van algemeen economisch belang om te waarborgen dat burgers geïnformeerd zijn met als doel om het maatschappelijke debat te bevorderen.¹⁴ Deze poli-

tieke overweging kan makkelijk in economische termen geduid worden. De voordelen van goede geïnformeerde burgers kunnen namelijk geduid worden als positieve externaliteiten. Iedereen, zo zou geredeneerd kunnen worden, heeft belang bij een publieke omroep, die programma's aanbiedt niet op basis van wat op dit moment populair is, maar educatieve programma's maakt waarvan de populariteit niet groot is maar wel een educatieve functie heeft. Een goed geïnformeerde burgerij functioneert beter zowel in economische als in sociale zin.

3. De juridische basis voor de DAEB-exceptie

3.1. De verdragsrechtelijke grondslag voor de DAEB-exceptie

Het staatssteunverbod is alleen van toepassing op steun aan *economische* activiteiten. Met andere woorden: als een entiteit handelt in de uitoefening van overheidsgezag, dan is art. 107 VWEU dus niet van toepassing. Hierbij kan gedacht worden aan de financiering van het leger, de politie of de luchtverkeersleiding.¹⁵ DAEB's zijn een subcategorie van economische activiteiten. Niet elke economische activiteit is een DAEB, maar DAEB's zijn wél altijd economische activiteiten. De financiering van DAEB's door de overheid is dus vaak staatssteun.¹⁶ Het is echter een verenigbare, en daardoor toegestane, vorm van staatssteun, zolang de overheid en de begunstigde aan bepaalde voorwaarden voldoen.

De verdragsrechtelijke basis voor de verenigbaarheid van staatssteun aan DAEB's is vervat in art. 106 VWEU. Dat staatssteun aan DAEB's verenigbaar kan zijn, wil niet zeggen dat lidstaten dergelijke staatssteun zomaar mogen verstrekken. Zij moeten op grond van art. 108 lid 3 VWEU deze staatssteun in principe aanmelden bij de Europese Commissie ter goedkeuring. Totdat de Europese Commissie deze goedkeuring heeft verleend mogen lidstaten de staatssteun dan niet verstrekken (standstill-verplichting).¹⁷ Concurrenten kunnen (in theorie) vroegtijdige verstrekking van staatssteun via de Nederlandse rechter tegenhouden.

Op grond van art. 106 lid 3 VWEU mag de Europese Commissie passende besluiten én richtlijnen maken over de toepassing van art. 106 VWEU. Door de jaren heen heeft de Europese Commissie, zoals hierna in paragraaf 4 zal blijken, verschillende besluiten en richtsnoeren uitgevaardigd. In die besluiten zijn bepaalde categorieën DAEB's vrijgesteld

12. Zie de Subsidieregeling NIPT (*Stcrt.* 2017, 11748): 'de Subsidieregeling [beoogt] in de onderzoekssetting gelijke toegang tot prenatale screening en gelijke keuzevrijheid uit de beschikbare testen te bieden aan zwangere vrouwen die dat willen, rekening houdend met het uit hoofde van de Zorgverzekeringswet met een zorgverzekering te verzekeren pakket (kortweg het basispakket)'.

13. Zie voor het onderscheid tussen economisch en politiek marktfalen ook: Theon van Dijk, 'Regulering van investeringen in infrastructuur', in: G. J. M. Arts, W. Dicke, L. Hancher, *New Perspectives on Investment in Infrastructures*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

14. Mededeling van de Commissie betreffende de toepas-

sing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (2009/C 257/01), par. 9 en 10.

15. Zie voetnoot 7, randnummer 16.

16. Die financiering is geen staatssteun als bijvoorbeeld het Europese handelsverkeer en de mededinging niet (negatief) beïnvloed kunnen worden.

17. HvJ EU 21 november 2013, C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), AB 2014/113, m.nt. A.J. Metselaar; HvJ EU 11 juli 1996, C-39/94 (*SFEI*).

van de standstill-verplichting. In de richtsnoeren en de besluiten wordt ook stilgestaan bij de definitie van de DAEB's.

3.2. Rechtspraak van de Europese rechter over het DAEB-begrip

De Europese rechters zijn vóór het Almunia-pakket in verschillende uitspraken ingegaan op het DAEB-begrip. Zo oordeelt het HvJ in de zaak *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA* dat het laden en lossen door een havenonderneming geen activiteiten zijn die zich onderscheiden van reguliere economische activiteiten.¹⁸ Uit deze uitspraak kan afgeleid worden dat een DAEB zich vanwege bijzondere eigenschappen, oftewel zoals in de Engelse versie van de uitspraak staat: *special characteristics*, moet onderscheiden van andere economische activiteiten.

Sinds deze uitspraak heeft het HvJ niet nader toegelicht wat die 'special characteristics' precies zijn. In de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie ('GvEU' of 'Gerecht') is de aandacht voornamelijk uitgegaan naar de zogeheten manifeste fout-toets. Het Gerecht overweegt in de BUPA-uitspraak namelijk dat lidstaten bij gebreke aan een Unierechtelijke definitie van het DAEB-begrip een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij het omschrijven en aanwijzen van een DAEB. Met andere woorden: in beginsel staat het een lidstaat vrij om een bepaalde activiteit in het algemeen economisch belang te achten. De Commissie moet zich daarbij beperken tot de manifeste fout-toets. Het Gerecht licht meer in het bijzonder toe dat het de taak van de Europese Commissie is om in te grijpen wanneer een lidstaat een activiteit als een DAEB bestempelt op basis van kennelijk onjuiste economische en feitelijke aannames.¹⁹ Over de aard van een DAEB merkt het Gerecht op dat een DAEB een algemeen of openbaar belang dient terwijl gewone economische activiteiten een 'privébelang' dienen.²⁰

De materie in de zaak *BUPA* heeft een sterk economische achtergrond. In die zaak was namelijk een maatregel aan de orde die een risicovereveningssysteem in de gezondheidszorgmarkt implementeert. Dit risicovereveningssysteem houdt kort en goed in dat een zorgverzekeraar elke burger moet accepteren, en een compensatie ontvangt als het profiel van al degenen die bij hem verzekerd zijn in negatieve zin afwijkt van het gemiddelde. Het risicovereveningssysteem dient het in de economische wetenschap erkende fenomeen van adverse selectie aan banden te leggen. Dit is een vorm van marktfalen die zich in het bijzonder bij verzekeringen voordoet vanwege onzekerheid en informatiegebreken.

Omdat een verzekeraar weinig zicht heeft op de gezondheid van een persoon die een verzekering wil zal een verzekeraar, zonder overheidsingrijpen, partijen met een groot risicoprofiel weigeren of hoge premies in rekening brengen. Dat hier sprake is van marktfalen en dat dit probleem aangepakt dient te worden kan onder verwijzing naar economische wetenschap worden aangenomen.

4. De (beleids)documenten van de Europese Commissie over de DAEB-exceptie

4.1. Inleiding over (beleids)documenten van de Europese Commissie

De term DAEB, en de relatie van deze term tot het al dan niet adequaat functioneren van de markt, heeft de Europese Commissie door de jaren heen toegelicht. Dit is vóór de vaststelling van het Almunia-pakket gebeurd in onder meer de vastgestelde Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (de 'oude Kaderregeling')²¹ van 2005 en de Beschikking 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 'oude Beschikking') van datzelfde jaar.²² Deze documenten zijn per 31 januari 2012 vervangen door een nieuw pakket, het zogeheten Almunia-pakket. Dit pakket bevat onder meer een nieuwe kaderregeling ('Kaderregeling') en een nieuwe beschikking ('Beschikking').²³ Dit pakket behelst naast een nieuwe kaderregeling en een nieuwe beschikking ook een Mededeling van de Europese Commissie over het DAEB-begrip ('Mededeling DAEB').²⁴ De Europese Commissie heeft ook in een gids de voornaamste vragen van Lidstaten over het DAEB-begrip beantwoord ('DAEB gids').²⁵

21. Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2005/C 297/04).

22. 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 (2005/842/EG).

23. Zie A.D.L. Knook, 'De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd', *NtEr* 2013/6, p. 191-196.

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 (2012/C 8/02).

25. Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang (SWD(2013) 53 final/2).

18. HvJ 10 december 1991, C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA*, par. 27.

19. GvEU 12 februari 2008, T-289/03, *Bupa t. Europese Commissie*, par. 266-268. Zie ook de annotatie van W. Sauter in (2009) 46 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 269-286.

20. *Idem*, par. 178.

4.2. Het Almunia-pakket en het DAEB-begrip

De Europese Commissie gaat in het Almunia-pakket uit van een dynamische invulling van het DAEB-begrip. In de Mededeling DAEB geeft zij namelijk aan dat een DAEB *'onder meer onderhevig is aan de behoeften van burgers, technologische ontwikkelingen en ontwikkelingen op de markt, en maatschappelijke en politieke voorkeuren in de betrokken lidstaat'*.²⁶ Gezien het gebrek aan een specifieke definitie van het begrip DAEB in Unieregelgeving geeft de Europese Commissie aan dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij het omschrijven van een bepaalde dienst als DAEB.²⁷ De Europese Commissie beoordeelt volgens de Mededeling DAEB dus alleen of een lidstaat een kennelijke vergissing heeft begaan bij het omschrijven, oftewel zij hanteert de manifeste-fout-toets. De beoordelingsmarge van lidstaten is, zo benadrukt de Europese Commissie, echter meer beperkt als er voor de sector waarin een DAEB aangewezen wordt specifieke Unieregels zijn.²⁸

In de Mededeling DAEB noemt de Europese Commissie specifieke voorwaarden voor het aanwijzen van DAEB. De Commissie stelt voorop dat DAEB's zich vanwege hun specifieke kenmerken moeten onderscheiden van andere economische activiteiten.²⁹ Zij geeft meer concreet aan dat van een DAEB alleen sprake kan zijn als een onderneming de economische activiteit in kwestie niet of niet in dezelfde mate of niet onder dezelfde voorwaarden zou verrichten als de overheid die onderneming niet met een DAEB zou belasten.³⁰

'De Commissie is dus van oordeel dat het niet passend zou zijn om specifieke openbaardienstverplichtingen te verbinden aan een activiteit die al wordt verricht of die op bevredigende wijze kan worden verricht en op voorwaarden (zoals prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de staat is omschreven, door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn. Wat betreft de vraag of een dienst door de markt kan worden geleverd, blijft de beoordeling door de Commissie beperkt tot het nagaan of de lidstaat een kennelijke fout heeft gemaakt.'

De Europese Commissie illustreert dit door te verwijzen naar haar beslissingenpraktijk in de breedbandsector. Volgens de Commissie is het 'belangrijkste punt daarbij (...) dat in gebieden waar particuliere investeerders al in breedbandnetwer-

kinfrastructuur hebben geïnvesteerd (of doende zijn hun netwerkinfrastructuur verder uit te breiden) en al concurrerende breedbanddiensten met afdoende dekking aanbieden, het opzetten van parallelle breedbandinfrastructuur niet als een dienst van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt'. Met andere woorden: de Europese Commissie hecht blijkens de Mededeling DAEB grote waarde aan het al dan niet bestaan van particulier initiatief. De Europese Commissie geeft verder aan dat van DAEB sprake is als deze diensten gericht zijn op burgers of in het belang zijn van de samenleving als geheel.³¹

De Kaderregeling verwijst als het gaat om het DAEB-begrip naar de Mededeling DAEB.³² De Beschikking stelt 'dat de lidstaten, ingeval er ter zake geen sectorale Unieregelgeving bestaat, over een ruime beoordelingsmarge beschikken om diensten als diensten van algemeen economisch belang aan te merken. In dat verband is het de taak van de Commissie ervoor te zorgen dat er geen kennelijke fout is bij de definitie van diensten van algemeen economisch belang'. In de Beschikking worden tevens bepaalde economische activiteiten als DAEB's aangemerkt. Het gaat concreet om onder meer sociale huisvesting voor bepaalde achtergestelde groepen die geen huisvesting onder marktvoorwaarden kunnen krijgen, ziekenhuizen, kinderopvang en sociale zorg.³³

4.3. Juridisch belang van de (beleids) documenten van de Europese Commissie

Het Almunia-pakket heeft direct en indirect juridische relevantie. De Beschikking is uitdrukkelijk gebaseerd op art. 106 lid 3 VWEU en bindt Lidstaten (art. 13). Het voornaamste belang van de Beschikking is dat het bepaalde categorieën staatssteun aan DAEB's uitzondert van de standstill-verplichting. Hierdoor krijgen de nationale overheden en rechters een grote verantwoordelijkheid. Zij zijn er dan immers primair voor verantwoordelijk dat steun op basis van de Beschikking alleen naar DAEB's gaat. Dit geldt temeer nu de Beschikking niet alleen een aantal vastomlijnde categorieën als DAEB's aanmerkt,³⁴ maar bepaalt dat tot maximaal € 15 miljoen staatssteun gegeven kan worden aan in beginsel elke DAEB zonder melding/goedkeuring van de Commissie.³⁵ Dit gegeven illustreert het belang van duidelijkheid over wat precies een DAEB is. De Mededeling DAEB en de Kaderregeling zijn niet bindend voor lidstaten.³⁶ Dergelijke documenten

26. Mededeling DAEB, randnummer 45.

27. Idem, randnummer 46.

28. Idem, randnummer 46.

29. Idem, randnummer 50.

30. Idem, randnummer 48.

31. Idem, randnummer 50.

32. Kaderregeling, randnummers 12-14.

33. Beschikking, randnummer 11. Zie ook art. 2 van de Beschikking.

34. Idem.

35. Zie art. 2 lid 1 onder a van de Beschikking. De sector vervoer en vervoersinfrastructuur zijn uitgesloten.

36. Vgl. CbB 27 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO2425, AB 2011/173 m.nt. J.E. van den Brink (oriëntatiedocu-

hebben als primaire functie om de ruime bevoegdheid van de Europese Commissie om staatssteun al dan niet verenigbaar met de interne markt te achten te reguleren.³⁷ Deze documenten drukken hun stempel op de praktijk binnen Lidstaten. De Europese Commissie zal bijvoorbeeld deze documenten gebruiken om te beoordelen of bestaande staatssteun nog verenigbaar is met de interne markt (art. 108 lid 1 VWEU). De Europese Commissie kan naar aanleiding van deze beoordeling aanbevelingen doen die gebaseerd zijn op deze documenten. Als de lidstaten die aanbeveling accepteren, dan zijn zij daaraan juridisch gebonden en dus indirect ook aan de beleidsdocumenten waarop de aanbeveling is gebaseerd.³⁸ Ook gebruikt de Europese Commissie deze documenten om na te gaan of nieuwe staatssteun verenigbaar is met de interne markt. Uit rechtspraak van het HvJ kan overigens afgeleid worden dat nationale overheden en de nationale rechter niet gebonden zijn aan dergelijke documenten, maar dat het beginsel van loyale samenwerking hen verplicht om die documenten te betrekken bij het uitvoeren van het staatssteunrecht.³⁹ Dit geldt in het bijzonder nu het staatssteunrecht een nauwe samenwerking vereist tussen lidstaten en de Europese Commissie.⁴⁰

De hiervoor genoemde documenten zullen overigens feitelijk een grote rol spelen omdat de Lidstaten en in het bijzonder de nationale rechter niet snel daarvan zullen afwijken. Dit heeft te maken met wat in de literatuur als een 'kennisparadox' is betiteld.⁴¹ Een dergelijke paradox doet zich voor wanneer de rechter vanwege ontbrekende kennis en ervaring vaart op een gegeven advies. Met dit fenomeen in het achterhoofd ligt het voor de hand om te veronderstellen dat de rechter een groot gewicht zal toekennen aan beleidsdocumenten zoals de Mededeling DAEB bij het interpreteren van het DAEB-begrip.⁴²

Dat dergelijke beleidsdocumenten lidstaten en de nationale rechter de nodige handvatten geven om het complexe DAEB-begrip te interpreteren heeft veel voordelen, waaronder dat dergelijke beleidsdocumenten belangrijke jurisprudentie van de Europese rechter op een geordende wijze weergeven.

ment).

37. GvEU 9 juli 2008, T-301/01 (*Alitalia – Linee aeree italiane SpA*), par. 405.

38. HvJ EU 15 oktober 1996, C-311/94 (*IJssel-Vliet*).

39. Vgl. HvJ EU 13 februari 2014, AB 2015/1, m.nt. A.A. al Khatib (*Mediaset/Ministero delo Sviluppo Economico*).

40. Zie Clara van Dam, De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?, *NALL* 2013 januari-maart, paragraaf 2.2.1.

41. Vgl. A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 6.2.4. Dit onder verwijzing naar het werk van G. De Groot over de rol van de deskundige in de civiele procedure. Zie G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2009, p.441.

42. Vgl. de uitspraak over de zogeheten NIP-test, waar voor de definitie van een DAEB sterk geleund wordt op de Mededeling DAEB: Rb. Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278, r.o. 4.6.

Tegelijkertijd is het van belang dat de nationale rechter dergelijke beleidsdocumenten kritisch benadert, een eigen oordeel velt en desnoods prejudiciële vragen stelt aan het HvJ.⁴³ Zij kunnen immers niet alleen de opvattingen van het HvJ als hoogste rechter bevatten, maar ook de eigen opvattingen van de Europese Commissie over hoe het DAEB-begrip van art. 106 VWEU dient te worden geïnterpreteerd. Die eigen opvattingen kunnen in theorie niet in lijn zijn met (de jurisprudentie over) art. 106 VWEU of het overige Unierecht. Die opvattingen dienen in het bijzonder de delicate balans tussen de ruime beoordelingsvrijheid die Lidstaten hebben bij het aanmerken van een economische activiteit als een DAEB en de goede werking van de interne markt te respecteren. Als de nationale rechter twijfelt of die balans in de beleidsdocumenten van de Commissie is gevonden is een prejudiciële vraag aan het HvJ op zijn plaats.

5. Duiding in de literatuur van het DAEB-begrip

Het door de Europese Commissie gestelde vereiste dat de markt niet (voldoende) goed functioneert is op kritiek komen te staan in de literatuur. Zo hebben Van de Gronden en Rusu aangegeven dat dit vereiste niet terug te vinden is in de rechtspraak van het HvJ.⁴⁴ Tegelijkertijd geven zij aan dat het voor de Europese Commissie niet mogelijk was om meer duidelijkheid te geven over het DAEB-begrip daar de jurisprudentie van het HvJ daarover beperkt is. Andere auteurs zijn ook kritisch op de koppeling tussen het functioneren van de markt en DAEB niet louter vanwege het formele argument dat daarvoor geen basis is in de rechtspraak van het HvJ, maar om nog meer principiële redenen. Schmauch meent bijvoorbeeld dat de koppeling tussen het DAEB-begrip en marktfalen niet gepast is.⁴⁵ Dit aangezien art. 106 VWEU lidstaten de mogelijkheid geeft om in het belang van de samenleving een DAEB aan te wijzen zonder daarbij te eisen dat sprake is van marktfalen.

De literatuur is echter zeker niet onverdeeld negatief over het voornoemde vereiste. Al in 2005 geeft Sauter aan dat marktfalen in economische zin een logisch vertrekpunt is voor de definitie van een DAEB.⁴⁶ Aan Burke kan een verdragsrechtelijke rechtvaardiging voor het nemen van een marktanalyse als vertrekpunt ontleend worden. Hij wijst

43. Vgl. A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 6.2.4.

44. Prof. mr. J.W. van de Gronden en dr. C.S. Rusu, 'De update van het Monti-Kroesepakket: de prijs van staatssteun, Diensten van Algemeen Economisch Belang en duidelijkheid', *SEW* 2012/7, p. 284.

45. Zie: M Schmauch, *EU Law on State Aid on Airlines: Law, Economics and Policy* (Lexxion Verlagsgesellschaft 2012), 109.

46. W. Sauter, 'Services of General economic interest and universal service in EU Law', *European Law Review* 2008.

erop dat het VWEU een vrije marktuitleggingpunt faciliteert met onder meer regels ter voorkoming van vervalsing van de mededinging. Art. 106 lid 2 VWEU probeert, zo geeft Burke aan, een balans te vinden tussen die vrije markt en de behoeftes van het algemeen belang.⁴⁷ In die zin is marktfalen als grondslag voor overheidsingrijpen te begrijpen en te rechtvaardigen. Verschillende auteurs hebben, uitgaande van marktfalen als rechtvaardiging voor het belasten van een onderneming met een DAEB, een theorie ontwikkeld om te verklaren wanneer wel en wanneer niet sprake is van een DAEB. Ølykke en Møllgaard betogen bijvoorbeeld dat een DAEB aan de orde is wanneer met de opgelegde dienst een netwerk wordt aangevuld of versterkt.⁴⁸

6. De Europese rechter in de periode vanaf het Almunia-pakket tot heden

Om een gedegen beeld te krijgen van onder welke marktomstandigheden de Europese rechter aanvaardt dat een lidstaat een economische activiteit terecht als een DAEB aanmerkt, zal de jurisprudentie sinds de vaststelling van het Almunia-pakket in deze paragraaf worden geanalyseerd. Uit die jurisprudentie is een aantal marktsectoren geselecteerd: vervoer (6.1), woningmarkt (6.2), televisie en publieke omroepen (6.3), natuurbeheer (6.4) en overige markten (6.5). Dit om te bezien hoe door overheden opgelegde DAEB's in verschillende markten beoordeeld worden door de Europese Commissie en de Europese rechter.

Uit het *BUPA*-arrest en de Mededeling DAEB blijkt dat de mate waarin een sector op Europees niveau gereguleerd is, ook invloed heeft op de beoordelingsvrijheid van lidstaten bij het aanwijzen van DAEB's. Daarom zal elke paragraaf hierna aanvangen met een beschrijving van het juridische kader op Europees niveau voor de betreffende sector.

6.1. Vervoer

6.1.1. Europeesrechtelijk kader voor verzoek op zee en vaste land

Sinds 1 januari 1993 is het zeevervoer binnen de Europese Unie geliberaliseerd door middel van de Cabotageverordening.⁴⁹ Ondernemers die tegen vergoeding zeevervoerdiensten verrichten binnen een lidstaat, kunnen op basis van deze verordening in

beginsel dergelijke diensten overal verrichten (art. 1). De verordening legt daarmee het principe vast dat cabotagediensten vrij verricht moeten worden in lidstaten.⁵⁰ Voorwaarde is wel dat zij voldoen aan de eisen van de Cabotageverordening. Deze zeevervoerdiensten kunnen betrekking hebben op (a) het vervoer over zee tussen havens op het vasteland van een lidstaat, (b) het vervoer tussen havens op eilanden in een lidstaat en (c) het vervoer over zee tussen een haven in een lidstaat en installaties of bouwwerken op het continentale plat van die lidstaat (art. 2 lid 1).⁵¹ Deze verordening betreft het vervoer van mensen én goederen.

Op grond van de Cabotageverordening kan een lidstaat openbare-dienstcontracten sluiten met scheepvaartmaatschappijen die aan geregelde diensten vanuit, tussen en naar eilanden deelnemen (art. 4 lid 1). Het is in principe toegestaan om, in plaats van een dergelijk contract af te sluiten, eenzijdig een verplichting op te leggen. Dan is er sprake van een openbare-dienstverplichting. De Cabotageverordening definieert een openbare-dienstverplichting als een verplichting die de betrokken reder uit de gemeenschap, indien hij zijn eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen (art. 2 lid 4). Lidstaten moeten zich evenwel bij het opleggen van openbare-dienstverplichtingen beperken tot eisen inzake de havens die moeten worden aangedaan, de regelmaat, de continuïteit, de frequentie, de dienstverleningscapaciteit, de te heffen tarieven en de bemanning van het schip (art. 4 lid 2).

In het arrest *Analir* heeft het HvJ bepaald dat een vergunningstelsel voor het verrichten van cabotagediensten in het zeevervoer een belemmering vormt van het voornoemde principe dat zeevervoerdiensten vrij verricht kunnen worden. Een dergelijk stelsel voor het opleggen van openbare-dienstverplichtingen moet gerechtvaardigd worden door een reële behoefte aan openbare diensten. De Lidstaat moet voldoende aan kunnen tonen dat er onvoldoende geregelde vervoerdiensten zouden zijn indien het verrichten van die diensten uitsluitend aan de marktwerking werd overgelaten.⁵² Hiermee sluit het HvJ aan bij de definitie van de Cabotageverordening van een openbare-dienstverplichting.

Art. 93 VWEU is een *lex specialis* ten opzichte van art. 106 lid 2 VWEU voor het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (art. 100 VWEU). Verordening (EG) 1370/2007 ('PSO-verordening') regelt het openbaar personenvervoer over de weg en over het spoor, en vormt een uitwerking van art. 93 VWEU.⁵³ Het is voor lidstaten mogelijk om deze ver-

47. J.M. Burke, *A Critical Account of Article 106 (2) TFEU: Government Failure in Public Service Provision*, Hart Publishing 2018, The Constitutional Grounding For Government Failure.

48. Ølykke en P Møllgaard, 'What is a Service of General Economic Interest?', (2016) 41(1) *European Journal of Law and Economics*, 205.

49. Verordening (EEG) 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de Lid- Staten (cabotage in het zeevervoer).

50. HvJ EU 20 februari 2001, C-205/99, par. 20 (*Analir e.a. t. Administración General del Estado*).

51. Zie N. Saanen, 'De Cabotageverordening, de stand van zaken', *Tijdschrift Vervoer & Recht* (TVR) 2016/2.

52. Voetnoot 50, par. 34.

53. Verordening (EG) 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het

ordering van toepassing te verklaren op openbaar personenvervoer over de zee (art. 1 lid 2). Op grond van deze verordening is een lidstaat verplicht om een openbare-dienstcontract af te sluiten als zij een exclusief recht en/of compensatie wil toekennen voor de naleving van openbare-dienstverplichtingen (art. 3 lid 1). Het openbare-dienstcontract moet onder meer de compensatie van de vervoerder regelen (art. 3 leden 2 en 3). Wanneer staatssteun verleend wordt conform de voorwaarden van de PSO-verordening geldt de standstill-verplichting niet (art. 9).

Het internationale goederenvervoer is tot slot geregeld door middel van de verordening (EG) nr. 1072/2009.⁵⁴ Deze verordening is alleen van toepassing op internationaal goederenvervoer.

6.1.2. *Jurisprudentie over vervoer van goederen en mensen*

Lidstaten belasten ondernemingen met grote regelmaat met DAEB's op het gebied van vervoer. Tijdens de onderzoeksperiode buigt het Gerecht zich over onder meer een drietal zaken op dit gebied. Deze zaken illustreren dat het noodzakelijk is om (a) de behoefte aan een Dienst van Algemeen Economisch Belang vanwege het ontbreken van een particulier initiatief aan te tonen, (b) deze dienst nauwkeurig te omschrijven wanneer een lidstaat een onderneming daarmee belast en (c) de omvang van de dienst noodzakelijk en evenredig te laten zijn ten opzichte van de behoefte daaraan. Sinds de invoering van het Almunia-pakket heeft de Europese rechter zich driemaal gebogen over staatssteun op het gebied van vervoer van personen en/of goederen.

De eerste zaak betreft staatssteun verleend door Frankrijk aan Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM). Het vermeende doel van deze steun is het bevorderen van de continuïteit tussen de regio Corsica en het Franse vaste land. De staatssteun is vervat in een overeenkomst voor de periode 1 juli 2007 tot 31 december 2013. Op basis van deze overeenkomst moet SNCM scheepvaartdiensten verzorgen tussen de haven Marseille (Franse vaste land) en de volgende havens in Corsica: Bastia, Ajaccio, Porto-Vecchio, Propriano en Balagna. De overeenkomst bevat meer concreet een *basisdienst* en een *aanvullende dienst*. De basisdienst houdt in dat SNCM het hele jaar door vracht- en passagiersvervoer moet verzorgen. De aanvullende dienst behelst de verplichting om op de lijnen Marseille-Ajaccio, Marseille-Bastia en Marseille-Propriano

verkeerspieken op te vangen gedurende bepaalde in de overeenkomst gespecificeerde periodes. Voor beide soorten diensten krijgt SNCM een vergoeding van de Franse overheid.

De Europese Commissie stelt voorop dat lidstaten bij het formuleren van een DAEB een grote beoordelingsvrijheid hebben. De beoordelingsmarge van lidstaten wordt verder ingeperkt door Unieregels. De DAEB moet, zo geeft de Europese Commissie aan, in lijn met de Cabotageverordening als geïnterpreteerd door het HvJ zijn. Uit het voornoemde *Analir*-arrest leidt de Europese Commissie af dat *'het toepassingsgebied van de openbare dienst zoals omschreven door een openbare dienstovereenkomst noodzakelijk en evenredig moet zijn ten opzichte van een reële behoefte aan openbare dienst, die is aangetoond door de ontoreikendheid van de geregelde zeevervoerdiensten onder normale marktvoorwaarden'*.⁵⁵ De Europese Commissie hanteert dus twee cumulatieve eisen voor de definitie van DAEB: (i) het bestaan van een reële behoefte aan de openbare dienst (ii) en de noodzakelijkheid en evenredigheid van de opgelegde dienst ten opzichte van die behoefte.

Vervolgens oordeelt de Europese Commissie dat het nastreven van territoriale continuïteit een algemeen belang is. De Europese Commissie concludeert dat een behoefte bestaat aan de basisdienst tussen Marseille en de vijf betrokken Corsiaanse havens omdat een gebrek aan 'particulier initiatief' bestaat. Met andere woorden: marktpartijen zijn niet in staat om zelfstandig de territoriale continuïteit te waarborgen.⁵⁶ Deze conclusie is niet controversieel daar verschillende marktdeelnemers zelf hebben toegegeven niet voor continuïteit het hele jaar door te kunnen zorgdragen.⁵⁷ De Europese Commissie overweegt in dit kader dat het gebrek aan particulier initiatief zich niet gedurende het gehele jaar hoeft voor te doen om het belasten van SNCM met een DAEB (de basisdienst) te rechtvaardigen. De Europese Commissie benadrukt in het bijzonder dat het economisch niet doeltreffend zou zijn om de diensten van SNCM te beperken tot de dalperiodes. Bij de beoordeling van het karakter van deze dienst slaat de Europese Commissie acht op hoe gedetailleerd deze dienst is beschreven in de overeenkomst: de basisdienst verplicht SNCM bijvoorbeeld om bepaalde vertrek- en aankomsttijden aan te houden. In het licht van al deze omstandigheden concludeert de Europese Commissie dat de basisdienst als DAEB kwalificeert.

Ten aanzien van de aanvullende dienst concludeert de Europese Commissie daarentegen dat deze niet als een DAEB aangemerkt kan worden. De Commissie is van mening dat een reële behoefte aan deze dienst niet bestaat. De Commissie wijst erop dat de lijnen waarop deze dienst betrekking heeft geëxploiteerd zijn door SNCM met (slechts) twee passagiersboten. Deze dienst is bovendien volgens de

openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad.

54. Verordening (EG) nr. 1072/2009 van het Europees parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de markt voor internationaal goederenvervoer over de weg.

55. EC 2 mei 2013, SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN), alinea (136).

56. Idem, alinea (145).

57. Idem, alinea (146).

Commissie niet nauwkeurig omschreven. Tot slot hecht de Europese Commissie aan het bestaan van particulier initiatief om drukte op piekmomenten op te vangen. In het bijzonder geeft de Europese Commissie aan dat de markt reeds voorziet in passagiersvervoerdiensten tussen Toulon en Corsica. Toulon is slechts ongeveer 50 km verwijderd van Marseille. Vanwege deze geringe afstand zijn de diensten die de markt aanbiedt vanuit Toulon een substituuat voor de aanvullende dienst. De Europese Commissie stelt vast dat de Franse overheid niet aangetoond heeft dat een gebrek aan particulier initiatief bestaat en dat de aanvullende dienst noodzakelijk en proportioneel is ten opzichte van dit gebrek aan particulier initiatief. Het Gerecht onderschrijft de analyse van de Europese Commissie.⁵⁸

De tweede uitspraak in de onderzoeksperiode over vervoer en DAEB betreft een openbare dienstverplichting van Sardinië aan de veermaatschappij Saremar om territoriale continuïteit met het Italiaanse vasteland te verbeteren. Concreet dient Saremar tegen vergoeding in twee routes vaardiensten te voorzien, waarbij reizigers gebruik kunnen maken van de diensten van Saremar tegen goede, betaalbare, tarieven. De Europese Commissie gaat na (i) of de markt niet in voldoende mate voorziet in reizen tussen Sardinië en het Italiaanse vasteland en dus of een openbare dienstverplichting gerechtvaardigd wordt door het ontbreken van particulier initiatief en (ii) of Saremar belast werd met een duidelijk omschreven DAEB.⁵⁹ De Europese Commissie koppelt deze toets aan de Cabotageverordening en het voornoemde arrest *Analir*.

Beide vragen beantwoordt de Commissie ontkenkend. De Commissie stelt vast dat de markt voldoende ritten aanbiedt op dezelfde routes voor ongeveer dezelfde prijzen. Hierdoor staat de noodzaak om Saremar met een DAEB te belasten niet vast.⁶⁰ Tegelijkertijd constateert de Europese Commissie dat de besluiten waarin de DAEB is aangewezen een grote mate van beoordelingsvrijheid overlaten aan Saremar om te bepalen hoeveel ritten er komen en voor welke prijs. Een duidelijk omschreven DAEB ontbrak derhalve.⁶¹ Een beroep tegen het besluit van de Europese Commissie bij het Gerecht mocht niet baten.⁶²

Tot slot heeft de Europese Commissie zich ontfemd over een DAEB toegekend aan een Deense treinvervoerder, de Deense openbare spoorwegmaatschappij ('DSB').⁶³ Het treinverkeer is door middel van een hybride systeem gereguleerd in Denemarken.

Voor een deel is dit verkeer geliberaliseerd, waarbij bepaalde gebieden zonder overheidssteun, op commerciële basis, geopereerd kunnen worden. Voor een ander deel steunt de overheid ondernemingen om in bepaalde gebieden te opereren. DSB is in verschillende contracten belast met het verzorgen van het treinverkeer. Een van deze contracten omvat de lijn Kopenhagen (Denemarken) – Ystad (Zweden).

De Europese Commissie is van mening dat deze gesloten contracten als doel hebben om een coherent en uitgebreid vervoersysteem te creëren en dat dit als een DAEB kwalificeert. Dit komt overeen met het doel van territoriale continuïteit in de eerdergenoemde twee zaken over vervoer. Een concurrent benadrukt echter dat deze contracten lijnen/verbindingen omvatten die op zichzelf winstgevend zijn. Met andere woorden: daar is geen gebrek aan particulier initiatief. Hierop heeft de Europese Commissie geantwoord dat lidstaten ervoor kunnen kiezen om een DAEB meer rendabele delen van de markt te laten omvatten. Dit heeft als bijkomend voordeel dat de rendabele delen de niet-rendabele delen kunnen financieren,⁶⁴ waardoor de uiteindelijk door de overheid te betalen compensatie minder is. Ten aanzien van de lijn Kopenhagen-Ystad stelt de Europese Commissie zich op het standpunt dat deze lijn een bijzondere, tweeledige functie, vervult: de bereikbaarheid van verschillende Zweedse steden bevorderen door te stoppen in verschillende op de lijn tussenliggende steden en de bevordering van de verbinding met het eiland Bornholm.⁶⁵

De concurrent beklaagt zich vervolgens meer specifiek bij het GvEU dat op de lijn zijn bus rijdt. Dus, zo stelt deze concurrent, de territoriale continuïteit is reeds gewaarborgd. Het GvEU overweegt dat DSB, ook voor deze lijn, belast is met een DAEB. Volgens het GvEU heeft de Deense overheid terecht geoordeeld dat de diensten van DSB op deze lijn zich onderscheiden van de diensten van de bus. Dit aangezien DSB op meer tussenstations stopt dan het bestaande busvervoer en daardoor het doel van territoriale continuïteit beter gediend wordt.⁶⁶ De voornoemde concurrent legt het GvEU voor dat hij tegen financiering bereid zou zijn geweest om met zijn busvervoer in de betreffende stations te stoppen. Als de Deense overheid hiervoor had gekozen, dan zou de overheid minder kosten hebben gemaakt dan bij financiering van DSB. Er is volgens de concurrent geen sprake van marktfalen die het financieren van treinvervoer op de lijn Kopenhagen (Denemarken) – Ystad (Zweden) rechtvaardigt. Het GvEU overweegt dat marktfalen een omstandigheid kan zijn die de kwalificatie van een dienst als DAEB rechtvaardigt. Zoals eerder is gebleken in dit artikel zou marktfalen aangetoond moeten wor-

58. GvEU 1 maart 2017, T-454/13 (*SNCM t. Europese Commissie*).

59. Gerecht d.d. 6 april 2017, T-219/14 (*Regione autonoma della Sardegna t. Europese Commissie*). EC 22 januari 2014, SA.32014 (2011/C), SA.32015 (2011/C), SA.32016 (2011/C), alinea (191).

60. Idem, alinea (204), (206) en (208).

61. Idem, alinea (212).

62. Voetnoot 58.

63. EC 24 februari 2010, 2011/3/EU. GvEU 18 januari 2017, T-92/11 (*RENV, Jørgen Andersen, t. Europese Commissie*).

64. Het HvJ heeft eerder bepaald dat een DAEB ook onder omstandigheden rendabele delen van de markt mag omvatten: HvJ EU 25 oktober 2001, C-475/99 (*Firma Ambulanz Glöckner t. Landkreis Südwestpfalz*), par. 57.

65. EC 24 februari 2010, 2011/3/EU, alinea 272.

66. GvEU 18 januari 2017, T-92/11 (*RENV, Jørgen Andersen, t. Europese Commissie*), par. 63.

den door te laten zien dat een behoefte bestaat aan een bepaalde dienst maar dat een particulier initiatief ontbreekt. Dit falen is echter volgens het GvEU niet cruciaal voor een dergelijke kwalificatie.⁶⁷ Volgens het Gerecht: *'a State may justify aid by the pursuit of a legitimate objective in the public interest'*. Het Gerecht geeft aan dat verschillende overwegingen een rol hebben gespeeld bij de keuze van de Deense overheid om de DAEB ook de lijn Kopenhagen-Ystad te laten omvatten. Zo was de bereikbaarheid van het eiland Bornholm ook een belang dat de overheid beoogde te dienen. En stopte de trein in meer steden op de route Kopenhagen-Ystad. De overheid hoeft die keuze om DSB met een DAEB te belasten niet alleen met marktfalen te onderbouwen volgens het Gerecht. De overheid kan dus bredere publieke belangen aan die beslissing ten grondslag leggen.

6.1.3. Toetsingskader DAEB voor vervoer

Uit het voorgaande kunnen wij afleiden dat een DAEB op het gebied van vervoer een legitiem doel moet dienen. Het waarborgen van de territoriale continuïteit erkennen zowel de Europese Commissie als het GvEU als zodanig. De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie toetst het bestaan van een DAEB door na te gaan of een reële behoefte bestaat aan een openbare dienst en of de opgelegde dienst ten opzichte van die behoefte noodzakelijk en evenredig is. Die toets kan in de praktijk relatief streng uitpakken. De behoefte moet blijken uit het gegeven dat marktdeelnemers geen initiatief tonen. Als een vervoer- of transportlijn bestaat die een goed alternatief vormt voor de lijn waarop de DAEB betrekking heeft, kan de Europese Commissie oordelen dat een reële behoefte aan de openbare dienst ontbreekt. Als echter vast staat dat een particulier initiatief gedeeltelijk ontbreekt, bijvoorbeeld in bepaalde tijden van het jaar, dan kan de Europese Commissie uit doelmatigheidsoverwegingen accepteren dat een DAEB ook betrekking heeft op delen van de markt die goed functioneren.

Het ontbreken van particulier initiatief kan gezien worden als een vorm van marktfalen in de economische zin van het woord. Immers, als marktpartijen niet investeren in vervoer van personen en goederen op bepaalde lijnen, terwijl dergelijk vervoer verschillende sociale en economische voordelen heeft voor de samenleving, kan dit gezien worden als bijvoorbeeld het probleem van positieve externaliteiten. De samenleving zou veel baat hebben bij beter vervoer, maar marktpartijen hebben zonder overheidsingrijpen geen of onvoldoende prikkels om dit vervoer op te zetten. Dit omdat de voordelen niet terugkomen in de winst die marktpartijen kunnen maken met openbaar vervoer.

Het GvEU heeft echter duidelijk gemaakt dat marktfalen in de economische zin van het woord niet strikt noodzakelijk is. Het is ook mogelijk dat een

legitiem algemeen belang de grondslag vormt voor een DAEB. De lijn waarover de DAEB van DSB gaat onderscheidt zich naar het oordeel van het GvEU in voldoende mate van de lijn van de busvervoerder vanwege het belang van goede verbindingen met steden op die lijn en met het eiland Bornholm. Er is wel kritiek geuit op de benadering van het GvEU in deze zaak omdat het te snel heengestapt zou zijn over het bezwaar van de concurrent dat de DAEB in grote mate overlapt met zijn route. Die kritiek komt hierop neer dat onduidelijk is wat de DAEB in voldoende mate onderscheidt van de route van de concurrent. Een dergelijk onderscheid is temeer van belang – zo is aangegeven – omdat uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat een DAEB *special characteristics* dient te hebben.⁶⁸ Mijns inziens had het GvEU weliswaar meer overwegingen kunnen wijden aan het onderscheidende karakter, maar tegelijkertijd is duidelijk dat de DAEB niet alleen bij meer stations stopt, maar tevens onderdeel is van een ruimere visie van de Deense overheid op territoriale continuïteit te weten de bereikbaarheid van het eiland Bornholm. Deze route is in die zin een onderdeel van een ruimer plan voor een coherent en uitgebreid vervoersysteem.

6.2. Wonen

6.2.1. Unierechtelijke kader voor de woningmarkt

Het Unierechtelijke kader behelst geen verordening die specifiek ziet op de woningmarkt. In de oude Beschikking geeft de Europese Commissie echter wel het volgende aan:⁶⁹

'De (...) woningcorporaties die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast, vertonen specifieke kenmerken die in aanmerking moeten worden genomen. (...) woningcorporaties die huisvestingsdiensten aanbieden aan achterstandsgroepen of sociaal kansarme groepen die, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden, ontheffing kunnen krijgen van de in deze beschikking neergelegde aanmeldingsverplichting, zelfs wanneer het door hen ontvangen compensatiebedrag de in deze beschikking vastgestelde drempels overschrijdt, indien de uitgevoerde diensten door de lidstaten als diensten van algemeen economisch belang worden aangemerkt.'

Dit standpunt herhaalt de Europese Commissie in de Beschikking.⁷⁰ De Europese Commissie koppelt het toekennen van een DAEB aan woningcorpora-

67. Idem, par. 69 en 70.

68. Zie P. Nicolaidis, *The Scope of Public Service Obligations*. Online te raadplegen: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/7909>.

69. Oude beschikking, alinea 16.

70. DAEB beschikking, alinea 11.

ties uitdrukkelijk aan het aanbieden van woningen aan achtergestelde groepen die niet tegen marktvoorwaarden een woning kunnen vinden. Als de woningmarkt dus faalt in het bedienen van deze groepen, ziet de Europese Commissie daarin een rechtvaardiging om een woningcorporatie of een vergelijkbare organisatie te belasten met een DAEB en op basis hiervan staatssteun te verstrekken.

6.2.2. Jurisprudentie over de woningmarkt

In de onderzoeksperiode buigt de Europese Commissie zich over staatssteun aan woningcorporaties in Nederland. Naar aanleiding hiervan procederen Nederlandse woningcorporaties bij het GvEU over de beschikking waarin de Europese Commissie bepaalt dat zij alleen staatssteun mogen ontvangen voor kortgezegd het aanbieden van huisvesting aan sociaal achtergestelde personen met een bruto inkomen van circa € 33.000.⁷¹

De feiten zijn kortgezegd als volgt: in 2005 bepaalt de Woningwet dat '[v]erenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen' die 'zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en niet beogen uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting' als toegelaten instelling aangewezen kunnen worden. Dergelijke toegelaten instellingen, ofwel woningcorporaties, hadden als taak 'bij voorrang personen die door hun inkomen of door andere omstandigheden moeilijkheden ondervinden bij het vinden van hun passende huisvesting' te helpen.⁷²

Als aangegeven is het bieden van huisvesting aan sociaal kansarme groepen volgens de Europese Commissie een dienst van algemeen economisch belang. De Europese Commissie oordeelt echter in de bestreden beschikking dat de voornoemde taakomschrijving van de woningcorporaties manifest onjuist is. Ten eerste omdat de taakomschrijving de sociaal kwetsbare groep niet nauwkeurig omschrijft. Ten tweede staat deze taakomschrijving op zichzelf beschouwd toe dat woningcorporaties bij overcapaciteit woningen verhuren aan niet sociaal kansarme groepen.

In de bestreden beschikking legt de Europese Commissie objectieve criteria vast voor de verdeling van huizen die woningcorporaties met staatssteun hebben verkregen: 90% van deze huizen is bedoeld voor huishoudens met een bruto-inkomen van circa 30.000 euro, terwijl de andere 10% gaat naar groepen die in sociale nood verkeren. Het gaat dan bijvoorbeeld om grote families met een inkomen hoger dan 33.000 euro.⁷³ De Europese Commissie

lijkt dus de verhuur van woningen alleen als een DAEB te zien wanneer de verhuur beperkt is tot sociaal achtergestelde groepen.

Een beroep van de woningcorporaties tegen deze Commissiebeschikking wijst het Gerecht af. Omdat dit beroep ingesteld was door de woningcorporaties alleen, en omdat de Nederlandse overheid akkoord ging met de door de Europese Commissie voorgestelde wijziging van de taakomschrijving van de woningcorporaties, heeft het Gerecht geen directe uitspraak gedaan over de principiële vraag of de Europese Commissie inderdaad mag eisen dat de verhuur van woningen zich beperkt tot sociaal achtergestelden om als DAEB aangemerkt te worden. Het Gerecht lijkt echter de benadering van de Europese Commissie waarbij een DAEB op het gebied van de woningmarkt uitdrukkelijk gekoppeld dient te zijn aan het bedienen van sociaal achtergestelden niet op voorhand af te wijzen.⁷⁴

'Bovendien heeft de Commissie in het bestreden besluit alleen overwogen dat die nieuwe definitie van de DAEB van sociale huisvesting voldeed aan de vereisten van beschikking 2005/842. Het kan echter niet worden uitgesloten dat de Commissie een door de Nederlandse autoriteiten voorgestelde definitie van de DAEB op basis van een ander criterium dan een inkomensgrens ook zou hebben goedgekeurd, als die definitie voldoende duidelijk was geweest en een verband zou hebben gelegd met sociaal achtergestelden.'

6.2.3. Toetsingskader voor de woningmarkt

De Europese Commissie lijkt uit te gaan van een strikte benadering waarbij staatssteun aan woningcorporaties in principe alleen aan de orde is als de markt geen oplossingen biedt voor bepaalde, sociaal achtergestelde, groepen. In de literatuur is opgemerkt dat als een DAEB gedefinieerd wordt als een dienst die de markt niet of onvoldoende aanbiedt de benadering van de Europese Commissie aardig in de roos zit.⁷⁵ In die zin lijkt de Europese Commissie een meer economische benadering van marktfalen te hanteren dan op het gebied van vervoer waar ten behoeve van territoriale continuïteit niet alleen verbindingen waar onvoldoende aanbod is als DAEB aangemerkt kunnen worden, maar de DAEB ook meer rendabele delen van de markt mag omvatten. De markt is het uitgangspunt en alleen als bepaalde groepen buiten de boot vallen, omdat de markt de positieve externaliteiten van het huisvesten van deze groepen niet internaliseert of

71. GvEU 15 november 2018, T-202/10 en T-203/10 (*Stichting Woonlinie c.s. t. Europese Commissie*). Koninkrijk België ondersteunt het beroep van Stichting Woonlinie c.s. Het besluit van de Europese Commissie ziet concreet op de herziening van *bestaande staatssteun* in de zin van

72. Art. 70 en 70c Woningwet.

73. EC 15 december 2009, E 2/2005 en N 642/2009, alinea

41 onder c en d.

74. GvEU 15 november 2018, T-202/10 en T-203/10 (*Stichting Woonlinie c.s. t. Europese Commissie*), par. 137.

75. B. Hessel, 'Het standpunt van Brussel over de Nederlandse woningcorporaties is niet echt verrassend. Maar het antwoord van minister Dekker blijkt niet Europa-proof', *BR* 2006/150.

vanwege informatieonzekerheden geen hypotheeken verschaft,⁷⁶ kan de overheid ingrijpen op die gebieden.

Er zijn tegelijkertijd redenen om aan te nemen dat een dergelijke benadering bij een volle inhoudelijke toetsing door het Gerecht en het HvJ geen stand zou houden. Er kunnen immers legitieme algemene belangen zijn op basis waarvan een overheid huishoudens met hogere inkomens ook aan een woning wenst te helpen. Zo zou de overheid bijvoorbeeld – om een Nederlands voorbeeld te geven – kunnen beslissen dat bepaalde wijken meer diversiteit kunnen gebruiken en mensen met (voor die wijken lage inkomens) steun kunnen krijgen om een huis te kopen. Of, een overheid kan meer principieel van mening zijn dat alle burgers op een makkelijkere wijze dan op de markt gangbaar is toegang moeten kunnen krijgen tot een woning.⁷⁷

Op basis van de eerder, in de context van vervoer, besproken uitspraak van het GvEU zou het aantonen van marktfalen niet de enige manier mogen zijn een DAEB te rechtvaardigen. Het is echter de vraag of die lijn ook doorgetrokken zou worden door de Europese Commissie en de Europese rechter naar de woningmarkt. Tegelijkertijd is tijdens de onderzoeksperiode een dergelijke politieke visie op wonen niet voorgelegd aan de Europese Commissie en de Europese rechter. Het is wel duidelijk dat de visie van de Commissie op DAEB's in de woningmarkt als verwoord in de Beschikking de eerste lens is geworden waarmee de Commissie het huisvestingsbeleid toetst. Dit illustreert dat opvattingen van de Europese Commissie over wat een DAEB is een grote rol kunnen spelen, ook in een sector van de economie die niet door sectorale Unieregelgeving wordt geharmoniseerd. Nederland heeft zich – al dan niet omdat dat toch al de wens was bij de nationale politiek – bij die visie neergelegd door in het kader van de procedure van art. 108

lid 1 VWEU in te stemmen met de aanbevelingen van de Europese Commissie.⁷⁸

6.3. Televisie en publieke omroepen

6.3.1. *Unierechtelijke kader voor televisie en publieke omroepen*

Het Verdrag van Amsterdam, dat verschillende constitutionele wijzigingen in de Europese Unie tot gevolg heeft gehad, bevat het Protocol betreffende het publieke-omroepstelsel in lidstaten.⁷⁹ In dit protocol verklaren de verdragsluitende partijen dat *'het publieke-omroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden'*. Het Protocol bevat vervolgens de verklaring dat gezien het belang van publieke omroepen Unierechtelijke bepalingen geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van lidstaten om publieke oproepen te financieren. Een randvoorwaarde is evenwel dat het handelsverkeer en de mededinging niet zodanig beperkt worden dat het gemeenschappelijke belang zou worden geschaad.

In de *Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep* gaat de Europese Commissie in op de financiering van publieke omroepen. De Europese Commissie benadrukt het belang van de publieke omroep onder meer door het volgende te stellen:⁸⁰

'Openbardienstverlening in de omroepsector heeft weliswaar een duidelijk economisch belang, maar valt niet te vergelijken met openbardienstverlening in enige andere economische sector. Er is geen enkele andere dienst die terzelfder tijd een zo ruim publiek bereikt, de bevolking voorziet van een zo ruim aanbod aan informatie en content, en zodoende de opinie van individuen en van de bevolking weergeeft en beïnvloedt.'

De Europese Commissie verwijst naar het Protocol betreffende het publieke-omroepstelsel in lidstaten om vervolgens aan te geven dat art. 106 VWEU in het licht van dit protocol geïnterpreteerd moet worden.⁸¹ Vervolgens zet de Europese Commissie uiteen wanneer een publieke omroep met een pu-

76. Vgl. Planbureau voor de Leefomgeving, *Perspectieven voor het middensegment van de woningmarkt*, PBL: Den Haag 2017, p. 58: 'In de hiervoor genoemde studies wordt ingegaan op de specifieke vormen van marktfalen (m1: informatieasymmetrie, m2: marktmacht en m3: een ondoelmatige verdeling van woonruimte) en van negatieve externe effecten op de woningmarkt (e1: inefficiënt ruimtegebruik; e2: risicoselectie en uitsluiting van bepaalde groepen; e3: woonlasten die de ability to pay (draagkracht) te boven gaan; e4: kwaliteitsproblemen in de voorraad; e5: schaal- en coördinatieproblemen bij renovatie en groot onderhoud; e6: crowding externalities (negatieve externe effecten van agglomeratie) zoals congestie en milieudruk; e7: ruimtelijke segregatie van groepen). Doordat de aanbieders van en de vragers naar woonruimte met deze effecten geen rekening houden, worden ze ook niet verdisconteerd in de prijzen die ze met elkaar overeenkomen.'

77. H.M.H. Speyart, 'Een bouwwerk met krimpnaden: het besluit inzake staatssteun aan de Nederlandse woningcorporaties nader bekeken', *NrEr* 2010/4, p. 126-134.

78. Inmiddels bestaat overigens op Europees niveau een petitie over de huisvestingsproblemen in Europa. Online te raadplegen: <https://www.housingforall.eu/nl/wonen-moet-sociaal-betaalbaar/>.

79. Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende Akten. De Nederlandse tekst van het Verdrag is geplaatst in *Trb.* 1998, 11.

80. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (2009/C 257/01), par. 9.

81. Idem, par. 11.

blieke taak is belast. De nadruk ligt daarbij op een correcte en goede afbakening van de taken van de publieke omroep die voor financiering als dienst van algemeen economisch belang in aanmerking komen. Die omschrijving mag algemeen van aard zijn in die zin dat een generieke kwalitatieve omschrijving volstaat, waarbij een verplichting om een breed scala aan programma's aan te bieden opgelegd wordt aan de publieke omroep.

De Europese Commissie maakt echter duidelijk dat de vrijheid van lidstaten om een publieke omroep te financieren niet onbeperkt is:

'Er zou evenwel sprake zijn van een kennelijke fout bij de omschrijving van de publieke taak indien deze laatste activiteiten omvat waarvan niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze — om de bewoordingen van het Protocol van Amsterdam te gebruiken — voldoen aan „de democratische, sociale en culturele behoeften van de samenleving”. Dat zou normaal gesproken het geval zijn voor bijvoorbeeld reclame, e-commerce, telewinkelen, het gebruik van dure inbelnummers bij belspellen (41), sponsoring of merchandising.'

De Europese Commissie maakt een onderscheid tussen de (omschreven) dienst van algemeen economisch belang en de financiering daarvan. Volgens de Europese Commissie is het dus mogelijk dat publieke omroepen commerciële activiteiten, zoals de verkoop van advertentieruimte, uitoefenen om inkomsten te verwerven, maar dat dergelijke activiteiten niet als onderdeel van de publieke taak kunnen worden beschouwd.⁸² Dergelijke commerciële activiteiten mogen met andere woorden niet profiteren van de verleende staatssteun aan de dienst van algemeen economisch belang.

6.3.2. *Jurisprudentie over staatssteun aan publieke omroepen*

De Europese Commissie en de Europese rechters toetsen met enige terughoudendheid of de financiering van een publieke omroep gerechtvaardigd kan zijn op grond van art. 106 VWEU. Een voorbeeld biedt de financiering van de Deense publieke omroep TV2. De publieke taak waarmee TV2 is belast houdt kort en goed het via programma's aanbieden van informatie, amusement, kunst en cultuur aan de gehele Deense bevolking in.⁸³ Met andere woorden: in het aanwijzingsbesluit is niet geconcretiseerd welke programma's precies aangeboden moeten worden door TV2. Een dergelijke abstracte omschrijving van de aan TV2 opgelegde DAEB is echter goedgekeurd.⁸⁴

Het GvEU maakt duidelijk dat in het licht van het voornoemde Protocol betreffende het publieke-omroepstelsel in lidstaten de Europese Commissie de programmering van de publieke omroep niet mag toetsen. Meer specifiek mag de Europese Commissie volgens het Gerecht niet een vergelijking maken tussen het aanbod van publieke omroepen en commerciële zenders om na te gaan of de publieke omroep een gat in de markt dicht.⁸⁵

'Het argument dat aan TV2 niet de status van publiekszender had mogen worden toegekend omdat haar programma's niet verschillen van die van de commerciële zenders, en dat de Commissie de respectieve programma's van TV2 en van die commerciële zenders had moeten vergelijken, moet worden afgewezen.

Dit argument aanvaarden en de omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep door middel van een vergelijkende analyse van de programma's dus te laten bepalen door het scala van de programma's van de commerciële zenders, zou tot gevolg hebben dat de lidstaten hun bevoegdheid tot omschrijving van de openbare dienst wordt ontnomen. De omschrijving van de dienst van algemeen economisch belang zou namelijk uiteindelijk afhangen van de commerciële exploitanten en hun beslissingen om al dan niet bepaalde programma's uit te zenden. Zoals TV2 A/S terecht opmerkt, kunnen de lidstaten bij de omschrijving van de taak van de publieke omroep niet worden beperkt door de activiteiten van de commerciële televisiezenders.'

In aanvulling hierop merkt het Gerecht op, in navolging van de Europese Commissie, en om te verklaren waarom een abstracte omschrijving volstaat, dat het gebruikelijk is dat een publieke omroep inhoudelijk over onafhankelijkheid beschikt ten opzichte van de overheid. Dit mede in het licht van grondrechten als de vrijheid van meningsuiting.⁸⁶

'Voor zover verzoeksters met hun grief dat de omschrijving onnauwkeurig is, wilden opkomen tegen de vrijheid die de Deense autoriteiten TV2 hebben gelaten bij de concrete opstelling van haar programma's, moet verder worden vastgesteld dat het allesbehalve ongebruikelijk is dat een publieke omroep, behoudens uiteraard de naleving van de kwalitatieve eisen die hem als exploitant belast met een dienst van algemeen economisch belang op het gebied van televisie worden gesteld, jegens het politieke gezag over een inhoudelijke onafhankelijkheid beschikt bij de concrete keuze van de programma's. In dit verband wijst de ERU, interveniënte

82. Idem, par. 49.

83. EC 19 mei 2004, 2006/217/EG en EC 20 april 2011, 2011/839/EU, alinea (160).

84. Idem, alinea (161) e.v.

85. Idem, alinea (168). Bevestigd door het GvEU 22 oktober 2008, T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, par. 122 en 123.

86. GvEU 22 oktober 2008, T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, par. 118.

aan de zijde van de Commissie, terecht op het belang, voor de bescherming van de vrijheid van meningsuiting, van de inhoudelijke onafhankelijkheid van de openbare dienst op het gebied van de omroep ten opzichte van de overheid; die vrijheid van meningsuiting wordt in artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1), en in artikel 10 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, omschreven als het recht dat omvat "de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvingen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen".

Door deze benadering, waarbij een abstracte omschrijving volstaat en geen vergelijking gemaakt hoeft te worden met de rest van het aanbod op de markt, zal staatssteun aan publieke omroepen in beginsel nagenoeg altijd mogelijk zijn op basis van art. 106 VWEU. De discussie zal dan veelal toegespitst zijn op de vraag of de publieke omroep in kwestie te veel staatssteun ontvangt, oftewel overgecompenseerd wordt. Dit was hier precies het geval nu de Commissie in de beschikking van 2004 van oordeel was dat TV2 overgecompenseerd werd en terugvordering van een deel van de staatssteun daarom beval.⁸⁷ Toen het Gerecht in 2008 het Commissiebesluit vernietigde heropende de Europese Commissie het onderzoek en concludeerde zij dat van een dergelijke overcompensatie geen sprake was.⁸⁸

6.3.3. Toetsingskader voor publieke omroepen

Anders dan bij vervoer en bij wonen toetsen de Europese Commissie en de Europese rechter niet of een particulier initiatief ontbreekt. Met andere woorden: er wordt geen analyse verricht inzake of de markt reeds in een voldoende educatieve en op inhoud gerichte programmering voorziet. Het is voldoende dat de overheid bepaalde evident commerciële activiteiten (ecommerce, telewinkelen, het gebruik van dure inbelnummers bij belpellen sponsoring of merchandising) buiten de definitie van de DAEB houdt. In de literatuur is kritisch gereageerd op de weigering van de Europese Commissie en de Europese rechter om de op basis van de DAEB-exceptie te financieren diensten van publieke omroepen aan een kritische vergelijking met de markt te onderwerpen.⁸⁹ Hier lijkt de politieke invloed

van lidstaten, die zich onder meer in het Protocol betreffende het publieke-omroepstelsel heeft uitgekristalliseerd, een sterke rol te spelen. De Europese Commissie en de Europese rechter gaan uit van een vergaande vorm van politiek marktfalen, waarbij een lidstaat alleen hoeft te stellen dat een publieke omroep naar het oordeel van de lidstaat nodig is.

6.4. Natuurbeheer: de 'atypische' DAEB

6.4.1. Unierechtelijk kader voor natuurbeheer

De Europese Commissie heeft geen mededeling uitgevaardigd over staatssteun voor natuurbeheer. Natuurbeheer bestaat kortgezegd uit het verwerven van grond om daarop natuur te realiseren en de inrichting of behoud van natuur op al dan niet verworven grond.⁹⁰

Voorafgaand aan de onderzoeksperiode heeft de Europese Commissie verschillende vormen van staatssteun ten behoeve van natuurbeheer beoordeeld. Al in het jaar 2009 heeft de Europese Commissie een Duitse steunregeling ten behoeve van natuurbeheerders als staatssteun gekwalificeerd.⁹¹ Op basis van deze subsidieregeling kregen natuurbeheerders (natuur)gronden gratis van de overheid en ontvingen zij tevens subsidies voor grootschalige natuurprojecten.

Deze steun is volgens de Europese Commissie staatssteun. Volgens de Europese Commissie is natuurbeheer een Dienst van Algemeen Belang (dus *niet* een Dienst van algemeen *economisch* belang) en zijn natuurbeheerders voor zover zij zich exclusief toeleggen op natuurbeheer geen ondernemingen. Deze natuurbeheerders verrichten volgens de Europese Commissie echter ook economische activiteiten zoals de verkoop van hout, de verhuur van grond en activiteiten op het gebied van toerisme. Daardoor zijn deze natuurbeheerders ondernemingen in de zin van art. 107 VWEU.⁹²

'The Commission notes that nature conservation entities may carry out a variety of tasks, which are not defined exhaustively ex ante, either in the legal basis (the Förderrichtlinien) or in the notification itself. While it cannot be excluded that some of the conservation tasks globally defined by Germany as Services of General Interest will be purely non-economic

though it annulled the underlying Decision, the General Court upheld the Commission's verification of the PSB remit as an SGEI. Before citing Article 10 of the Convention, the General Court held that 'In this respect, the EBU, intervener in support of the Commission, was right to stress the importance, for protecting freedom of expression, of the public service broadcaster's editorial independence from public authority'.

90. Vgl. N. Saanen, 'Met een kanon op een mug schieten? De toepassing van de staatssteunregels op natuurbeheer', *TvS* 2012/2, p. 60.

91. EC 2 juli 2009, NN 8/2009.

92. Idem, alinea (39).

87. EC 19 mei 2004, 2006/217/EG.

88. EC 20 april 2011, 2011/839/EU.

89. J.M. Burke, *A Critical Account of Article 106 (2) TFEU: Government Failure in Public Service Provision*, Hart Publishing 2018, *The Constitutional Grounding For Government Failure: 'In 2008 that was endorsed by the General Court judgment in TV2/Danmark. Alt-*

in nature, in other cases the conservation objective will be achieved through the imposition of environmental constraints on activities such as forest and pasture management, leases of land and tourism. Even though these activities may be limited in scope and not particularly profitable due to the environmental constraints, profitability is not a relevant criterion for the classification of an activity as economic in nature.'

Dat natuurbeheerders vanwege de economische activiteiten die zij verrichten als ondernemingen kwalificeren heeft de Europese Commissie in andere beschikkingen eveneens besloten.⁹³ Zij grijpt hiermee terug naar de *Höfner*-rechtspraak waaruit volgt dat elke activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt een economische activiteit is.⁹⁴ Als een entiteit – ongeacht de rechtsvorm of winstoogmerk – dergelijke activiteiten verricht is zij een onderneming in de zin van art. 107 VWEU.

De Europese Commissie heeft de Duitse steunregeling goedgekeurd omdat deze natuurbeheerders volgens de Europese Commissie een DAEB verrichten. Volgens de Europese Commissie is een dergelijke DAEB op het gebied van natuurbeheer nog niet eerder voorgekomen in de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, maar sluit dit gegeven niet uit dat in casu van een DAEB sprake is:

'Environmental protection tasks of the type proposed by Germany have never so far been defined as a SGEI by a Member State. SGEI missions have typically concerned network industries such as telecommunications, water and electricity distribution, postal services, transport services as well as certain airport or port services. On the other hand, the notion of SGEI cannot be a static one, since the perception of what services should be guaranteed through the intervention of the State is liable to develop over time. In its 2004 White Paper on Services of General Interest the Commission already recognized that "services of general interest and the context in which they are provided, including the European Union itself, are constantly evolving and will continue to evolve.'

Deze passage laat zien dat de Europese Commissie uitgaat van een dynamische invulling van het DAEB-begrip. Een voorwaarde voor het accepteren van natuurbeheer is volgens de Europese Commissie dat dit beheer in het belang van de samenleving als geheel is:

'The Commission considers, however, that a necessary precondition for qualifying a measure as a SGEI is that it genuinely serves the interest

of citizens. The conservation tasks entrusted by Germany to the nature conservation entities pursue objectives which are in the interest of society as a whole, namely the preservation of intact habitats of outstanding naturalistic value for future generations. These tasks, which can be construed as services rendered to all citizens, clearly fall within the remit of the State acting as public authority, which however may find it appropriate to entrust them to other entities, for example for budgetary reasons.'

De Europese Commissie kiest hiermee voor een bijzondere DAEB. In wezen zijn natuurbeheeractiviteiten namelijk geen economische activiteiten. Dit terwijl het DAEB-begrip een economische activiteit als uitgangspunt veronderstelt. Deze benadering van de Europese Commissie is niet aangevochten in het beroep tegen deze beschikking. Daar draaide de discussie rondom de vraag of de Europese Commissie de natuurbeheerders terecht als ondernemingen bestempelde. Het GvEU bevestigde het oordeel van de Europese Commissie.⁹⁵

6.4.2. *Jurisprudentie over natuurbeheer*

Tijdens de onderzoeksperiode heeft het GvEU zich gebogen over een besluit van de Europese Commissie over staatssteun aan natuurbeheerders in Nederland. Deze natuurbeheerders staan bekend als terreinbeherende organisaties, oftewel TBO's.⁹⁶ De Nederlandse overheid heeft deze terreinbeherende organisaties in de periode 1993 tot en met 2011 onder meer staatssteun gegeven in de vorm van (i) subsidies om gronden aan te kopen op basis van een subsidieregeling genaamd de PNB-regeling en (ii) het gratis ter beschikking stellen van overheidsgronden aan de terreinbeherende organisaties. Het doel van deze staatssteun is kortgezegd om de natuur in Nederland te beschermen.

De Europese Commissie oordeelt naar aanleiding van een door concurrenten ingediende klacht over onrechtmatige staatssteun, in lijn met de hiervoor besproken beschikking over staatssteun aan natuurbeheerders in Duitsland, dat de terreinbeherende organisaties een DAEB verrichten. De staatssteun die zij ontvangen acht de Europese Commissie daarom verenigbaar met de interne markt.

Volgens de Europese Commissie is in casu sprake van een atypische en ruimere DAEB. De DAEB bestaat namelijk aldus de Europese Commissie uit een dienst van algemeen belang en daaraan gerelateerde economische activiteiten:

93. Zie bijvoorbeeld: EC 20 april 2011, N 376/2010 (Subsidies voor natuurbeheer).

94. HvJ EU 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), par. 21.

95. GvEU 12 september 2013, T-347/09 (*Duitsland t. Europese Commissie*).

96. EC 2 september 2015, SA.27301 (2015/NN). Het gaat specifiek om de Vereniging Natuurmonumenten en om de zogeheten 12Landschappen. Hierbij verdient vermelding dat ondergetekende als advocaat van de Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters bij deze nog lopende procedure betrokken is.

'Bovendien is de openbardienstverplichting van natuurbescherming in deze zaak een atypische en ruimere DAEB die bestaat uit een dienst van algemeen belang van natuurbescherming en daarmee verbonden secundaire economische activiteiten, die, zoals het Gerecht heeft bevestigd, als DAEB compensaties kunnen worden beschouwd. Aangezien de hoofdactiviteit van de TBO's, namelijk natuurbescherming, niet-winstgevend is (de kosten zijn hoger dan de mogelijke opbrengsten), is deze niet-economisch van aard en garandeert deze geen permanente inkomstenstromen. Alleen de ondersteunende activiteiten zijn economisch van aard en kunnen winst opleveren, waarmee de eraan verbonden kosten worden gedekt. Wat het verleden betreft, d.w.z. vóór de DAEB-kaderregeling werd aangenomen waarin uitdrukkelijk werd vermeld dat toewijzing in alle gevallen tijdsgebonden moest zijn, zou de onbepaalde DAEB-toewijzing dus kunnen worden gerechtvaardigd door het feit dat de TBO's bij de overdracht van gronden in het kader van de PNB-regeling verplicht waren om aan de (nietwinstgevende) openbardienstverplichting van natuurbescherming te voldoen.'

Dat natuurbeheer een dienst van algemeen belang is baseert de Europese Commissie op het gegeven dat deze activiteit verliesgevend is omdat de kosten hoger zijn dan de opbrengsten.⁹⁷ Samen met de gerelateerde economische activiteiten vormt het verrichten van natuurbeheer een DAEB. Het GvEU oordeelt in een door klagers ingesteld beroep tegen dit besluit dat de Europese Commissie onvoldoende onderzoek heeft verricht om tot de conclusie te komen dat hier een atypische DAEB aan de orde is:⁹⁸

'De bevoegdheid van de lidstaat om de DAEB's te definiëren is daarom nog niet onbeperkt (zie in die zin arrest van 17 juli 1997, GT-Link, C242/95, EU:C:1997:376, punt 53). Zo is geoordeeld dat de betrokken dienst, om als DAEB te kunnen worden gekwalificeerd, een algemeen economisch belang moet dienen dat deze onderscheidt van andere economische activiteiten (zie in die zin arrest van 10 december 1991, Merci convenzionali porto di Genova, C179/90, EU:C:1991:464, punt 27).

In casu moet worden opgemerkt dat de Commissie in punt 50 van het bestreden besluit haar conclusie inzake de economische aard van de secundaire activiteiten heeft gebaseerd op een uitdrukkelijke verwijzing naar de motivering in punt 41 van het arrest van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), waarin erop werd gewezen dat de goederen en diensten die door milieu-

beschermingsorganisaties werden aangeboden in het kader van hun secundaire activiteiten weliswaar voortvloeiden uit hun hoofdactiviteit van bescherming van het milieu, maar zij door deze hoofdactiviteit niet verplicht waren gesteld. Uit de in dat punt gevolgde logica volgt dat de Commissie die beoordeling met betrekking tot de secundaire activiteiten die in het onderhavige geval aan de orde zijn, heeft onderschreven. Bovendien moet worden vastgesteld dat de Commissie niet heeft onderzocht of de secundaire economische activiteiten van de TBO's correct konden worden uitgevoerd tegen marktvoorwaarden of van algemeen belang waren, overeenkomstig de in de punten 124 en 125 supra uiteengezette beginselen.'

Hieruit kan afgeleid worden dat het GvEU van oordeel is dat economische activiteiten die tot een DAEB behoren zich dienen te onderscheiden van gewone economische activiteiten en dat de Europese Commissie in principe per activiteit of groep activiteiten moet onderzoeken of deze activiteit(en) het algemeen belang dient (dienen).⁹⁹

6.4.3. Toetsingskader voor natuurbeheer

Het toetsingskader voor natuurbeheer is niet uitgekristalliseerd. Dit is te verklaren doordat staatssteun in het natuurbeheer relatief pas recent door de Europese Commissie en de Europese rechter is getoetst. De Europese Commissie stelt zich op het standpunt dat het mogelijk is natuurbeheer als dienst van algemeen belang in samenhang met andere economische activiteiten (toerisme, houtverkoop) als dienst van algemeen economisch belang aan te merken. Die benadering lijkt echter door het GvEU niet gevolgd te worden daar het van belang acht dat die economische activiteiten niet tegen marktvoorwaarden uitgevoerd kunnen worden of in het algemeen belang zijn.

De benadering van de Europese Commissie is kritisch ontvangen. Zo is aangegeven dat een atypische DAEB voornamelijk de financiering van een niet economische activiteit probeert te faciliteren. Dit terwijl niet-economische activiteiten buiten het staatssteunrecht en ook het DAEB-begrip vallen. Tegelijkertijd wordt voor de economische activiteiten die natuurbeheerders verrichten geen analyse verricht voor waarom deze onder het DAEB-begrip mogen vallen.¹⁰⁰ Gezien de uitspraak van het GvEU

99. Zie ook Allard Knook, 'Wanneer vormt steun voor natuurbeheerders staatssteun?', *TvAR* 2019, 4.

100. Phedon Nicolaidis, *Nature Conservation as a Service of General Economic Interest*. Online te raadplegen: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4665>. The puzzling aspect is that for a service to be considered as an SGEI, it must be economic in nature. In the quoted sentence above, there is only reference to SGI, which is non-economic. This is reinforced by the acknowledgment in the same sentence that the service was based on 'solidarity'. This is a typical

97. EC 2 september 2015, SA.27301 (2015/NN), alinea (74).

98. GvEU 15 oktober 2018, (*Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters t. Europese Commissie*), par. 126.

wordt aangeraden om per activiteit die een natuurbeheer uitvoert na te gaan of van een DAEB sprake is. Het Gerecht lijkt een vergelijking van de rest van de markt te eisen, waarbij vooralsnog niet duidelijk is uit de uitspraak van het Gerecht of een economisch of politiek marktfalen nodig is.

6.5. Overig

6.5.1. Rechtspraak tijdens de onderzoeksperiode

Het opleggen van een dienst van algemeen economisch belang is ook toegestaan om de leveringszekerheid van energie te regelen.¹⁰¹ Het HvJ oordeelt dat Franse wetgeving die energieleveranciers verplicht om maximaal een bepaald tarief te hanteren als DAEB aangemerkt kan worden. Het waarborgen van de continuïteit van energievoorzieningen is immers, zo overwoog het Hof, een in het VWEU erkend algemeen belang.¹⁰²

'Met name Protocol nr. 26 erkent uitdrukkelijk de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de overheden van de lidstaten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.

(...)

Zoals de advocaat-generaal in punt 56 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, vermeldt artikel 194, lid 1, onder b), VWEU de continuïteit van de energievoorziening in de Unie immers als een van de gronddoelstellingen van het Uniebeleid op het gebied van energie. Wat meer bepaald het gebied van de aardgassector betreft, blijkt uit verschillende overwegingen en artikelen van richtlijn 2009/73 dat de continuïteit van de energievoorziening uitdrukkelijk als een van de gronddoelstellingen van deze richtlijn wordt beschouwd.

(...)

characteristic of a non-economic activity. By contrast, the revenue obtained by the NMOs was not from selling SGEI to the public but from providing economic activities [e.g. tourism]. The Commission bypassed this problem by deciding to examine the compatibility of compensation through a 'global approach' and 'global analysis' of all revenues [paragraphs 75-76]. It is as if the Commission bundled together a non-economic activity with some economic activities in order to produce an SGEI. Perhaps this strange arrangement was the only means by which the aid could be found compatible with the internal market.

101. HvJ 7 september 2016, C-121/15 (ANODE t. Premier ministre e.a.).

102. Idem, par. 48. Onlangs bevestigd in een prejudiciële procedure: HvJ EU 15 mei 2019, C-706/17, (AB "Achema" e.a. t. VKeKK), par.105.

Zoals de advocaat-generaal in punt 57 van zijn conclusie heeft aangegeven, erkent artikel 14 VWEU uitdrukkelijk de rol die de diensten van algemeen economisch belang hebben gespeeld bij het bevorderen van de territoriale samenhang van de Unie. Bovendien vermeldt artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie de territoriale samenhang uitdrukkelijk in het kader van het recht op toegang tot diensten van algemeen economisch belang.'

Het HvJ en het GvEU hebben voorts tijdens de onderzoeksperiode geoordeeld dat staatssteun voor het verzamelen en verwijderen van dierenkarkassen geen DAEB is.¹⁰³ Zij hebben het oordeel van de Europese Commissie dat staatssteun voor een dergelijke dienst onverenigbaar is met de interne markt bevestigd. In het bijzonder hebben zij het oordeel van de Europese Commissie dat de kosten voor het verzamelen en verwijderen van dierenkarkassen voor de rekening van de ondernemers moeten komen op grond van het beginsel de vervuiler betaalt bevestigd.¹⁰⁴ Dit beginsel heeft de Europese Commissie afgeleid uit het GEMO-arrest van het HvJ.¹⁰⁵

De Europese Commissie maakt een onderscheid tussen het bestaan van enerzijds een legitiem doel in de context van de bepalingen van Unierecht over vrij verkeer van goederen, diensten, mensen en kapitaal en anderzijds een DAEB. Het bestaan van een legitiem belang om vrij verkeer van diensten te beperken door een exclusief recht toe te kennen aan de steunontvanger om afval te verzamelen, betekent niet automatisch dat deze steunontvanger een DAEB verricht.

Het waarborgen van continuïteit op het gebied van brandpreventie en -veiligheid tot slot kan als DAEB kwalificeren volgens het HvJ. Zo oordeelt het Hof

103. HvJ EU 18 februari 2016, C-446/14 P (Duitsland t. Europese Commissie); GvEU 16 juli 2014, T-295/12, par. 46 e.v. 104. EC 25 april 2012, SA.25051, alinea (156) tot en met (179).

105. HvJ EU 20 november 2003, C-126/01 (Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t. GEMO SA), par. 31: 'In dit verband dient te worden vastgesteld dat de financiële kosten van de verwijdering van dierlijke kadavers en slachtafval moeten worden beschouwd als kosten die inherent zijn aan de economische activiteit van veehouders en slachthuizen'. Zie conclusie AG: "65. Luidens artikel 2 EG dient de Gemeenschap te streven naar een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Overeenkomstig artikel 6 EG dienen de eisen inzake milieubescherming te worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap. Artikel 174, lid 2, EG bepaalt op zijn beurt dat het milieubeleid van de Gemeenschap onder meer berust op het beginsel dat de vervuiler betaalt. 66. Het beginsel dat de vervuiler betaalt is afkomstig uit de economische theorie en is ontwikkeld om het hoofd te kunnen bieden aan een gebrek van de markt: verontreiniging is wellicht het belangrijkste voorbeeld van wat door economen wordt aangeduid als negatieve externaliteit, dat wil zeggen een verlies (normaliter voor de samenleving) dat niet in de prijs wordt doorberekend. (...)'.
(...).

naar aanleiding van prejudiciële vragen over de Dienstenrichtlijn.¹⁰⁶ Dit is in het bijzonder het geval waar de prijs voor de dienstverlening gemaximeerd is en gewaarborgd is dat alle dienstontvangers een dienst van vergelijkbare kwaliteit krijgen, ondanks de rendabiliteit van een specifieke dienst.¹⁰⁷

6.5.2. Toetsingswijze van de Europese rechter

Deze (rest)jurisprudentie laat zien dat de Europese rechter niet altijd een marktanalyse verricht, maar voor kwalificatie van een DAEB vaart op in het VWEU vervatte principes. Die principes, bijvoorbeeld het waarborgen van de continuïteit van de energievoorziening (art. 194 lid 1 onder b VWEU), kunnen het opleggen van een DAEB rechtvaardigen. Dergelijke principes kunnen op hun beurt ook juist in de weg staan aan het opleggen van een DAEB. Het principe 'de vervuiler betaalt' staat in de weg aan financieren van een DAEB op het gebied van afvalverwerking ten gunste van ondernemingen die het afval maken.

7. Conclusie: op naar een duidelijk toetsingskader voor DAEB's?

De DAEB's zijn een bijzondere categorie van economische activiteit. Zij zijn, zo benadrukt de Europese rechter, economische activiteiten die bijzondere eigenschappen hebben. Het vereiste dat DAEB's bijzondere eigenschappen hebben concretiseert de Europese Commissie door te eisen dat de markt niet op bevredigende wijze functioneert, oftewel faalt. Tot nu toe ontbreekt een uitspraak van het HvJ waarin principieel wordt ingegaan op hoe bepaald moet worden of en zo ja wanneer het marktfalen een rechtvaardiging vormt voor het bestempelen van een economische activiteit als DAEB.

7.1. Conclusies naar aanleiding van bestudeerde rechtspraak

Uit de rechtspraak van het GvEU en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie kan opgemaakt worden dat economische redenen (economisch marktfalen) en politieke redenen (politiek marktfalen) de basis kunnen vormen om een ac-

tiviteit als DAEB aan te merken. Per sector van de economie verschilt echter de benadering. In de woningsector lijkt de Europese Commissie, gesteund door het GvEU, uit te gaan van economisch marktfalen, waarbij niet zozeer principes en beleidsvoorkeuren van de overheid een rol spelen, maar welke delen door de markt onvoldoende bediend worden. Aan het andere uiteinde staan de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de uitspraken van de Europese rechter over publieke omroepen. Daar is in het geheel geen economische analyse vereist, maar is louter de wens van de overheid om een bepaalde kwaliteit van programmering te garanderen voldoende. Een tussenvariant vormt de vervoersector waar de Europese Commissie expliciet toestaat dat een DAEB, vanwege politieke redenen, ook delen van de markt omvat waar marktpartijen actief zijn.

Het voorgaande is zichtbaar als het gaat om of en in hoeverre de Europese Commissie of de Europese rechter toetst of een particulier initiatief bestaat op de markt. Er bestaat een groot contrast bijvoorbeeld tussen de toetsing aan dat vereiste in de vervoersector enerzijds en de sector voor (publieke) omroepen anderzijds. Waar in de eerstgenoemde sector vrij intensief wordt getoetst aan dat vereiste en tevens nagegaan wordt of de aangewezen DAEB noodzakelijk en evenredig is in het licht van het ontbrekende particuliere initiatief, wordt in de laatstgenoemde sector dat vereiste min of meer losgelaten. Dit kan verklaard worden door het feit dat de vervoersector sinds jaar en dag streng op Europees niveau wordt gereguleerd en de sector voor (publieke) omroepen niet. In tegendeel voor die sector bestaat een protocol dat in wezen een rechtvaardiging is om DAEB's aan publieke omroepen met nog meer terughoudendheid te toetsen. Die verklaring gaat echter niet helemaal op nu de Europese Commissie bijvoorbeeld in de woningmarkt in de kern streng toetst welke delen wel of niet bediend worden door de markt en alleen staatssteun lijkt toe te staan waar de markt niet of onvoldoende levert en dus sterk leunt op het al dan niet bestaan van een particulier initiatief. Dit terwijl deze markt in het geheel niet geharmoniseerd is. Op het gebied van natuurbeheer toetst de Europese Commissie dan weer in het geheel niet of particulier initiatief bestaat, terwijl daarvoor niet – net als bij publieke omroepen – een Unierechtelijke basis bestaat om terughoudend te toetsen. De Europese Commissie is op dit punt teruggefloten door het GvEU.

7.2. De behoefte aan een uniform kader voor het DAEB-begrip

Het DAEB-begrip zoals uitgelegd door Europese rechters en de Europese Commissie is op dit moment waarschijnlijk voor veel overheden en begunstigen te complex om te doorgronden. Dit geldt temeer nu de aanpak per marktsegment verschilt terwijl hiervoor niet altijd duidelijke verklaringen zijn.

Tegelijkertijd zal op nationaal niveau meer dan ooit besloten moeten worden door de overheid en door

106. Richtlijn 2006/123/EG, art. 15 lid 4: 'De leden 1, 2 en 3 zijn alleen van toepassing op wetgeving op het gebied van diensten van algemeen economisch belang voor zover de toepassing van die leden de vervulling, in feite of in rechte, van de aan hen toegewezen bijzondere taak niet belemmert.'. Het DAEB-begrip komt terug in verschillende deelgebieden van het Europees recht waaronder ook het aanbestedingsrecht. Zie over deze relatie: 'EU Public Procurement and Services of General Economic Interest', in: C. Bovis (ed.), *Research Handbook on Public Procurement*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 295- 323.

107. HvJ 23 december 2015, C-293/14 (*Gebhart Hielber t. Walter Schlagblauer*), r.o. 42.

de nationale rechter of een economische activiteit een DAEB is en dus steun mag ontvangen. Dit past binnen een bredere staatssteunrechtelijke trend waarbij lidstaten meer het voortouw krijgen bij de uitvoering van het staatssteunrecht.¹⁰⁸ Er is daarom behoefte aan een duidelijk toetsingskader op basis waarvan alle betrokkenen kunnen vaststellen in hoeverre een economische activiteit een DAEB is. Dat kader zou dan niet alleen moeten ingaan op de algemene principes die lidstaten in acht moeten nemen bij het aanmerken van een economische activiteit als DAEB. Dat kader zou tevens, in ieder geval bij de belangrijkste sectoren van de economie, moeten uitleggen wanneer van een DAEB sprake is: moet er sprake zijn van marktfalen en, zo ja, moet het gaan om economisch marktfalen of volstaat politiek marktfalen ook. Een belangrijke vraag is ook of de DAEB meer rendabele delen van de markt mag omvatten. De voorgestelde aanpak moet per marktsector getoetst worden op onderlinge consistentie in het licht van algemene Unierechtelijke principes.

De Europese Commissie zou een eerste aanzet kunnen doen voor een dergelijk toetsingskader. Het is echter belangrijk dat lidstaten waaronder nationale rechters kritisch blijven ten aanzien van dat toetsingskader en waar nodig bij de Europese rechter aankloppen om belangrijke rechtsvragen op te helderen.

108. Zie Interdepartementale afspraken inzake staatssteun 2017, waar aangegeven wordt: 'Aanleiding voor deze actualisatie van de interdepartementale afspraken inzake staatssteun zijn de ontwikkelingen in het Europese staatssteunrecht, met name de modernisering van de EU staatssteunregels door de Europese Commissie en de daarbij gepaard gaande grotere verantwoordelijkheden voor de lidstaat Nederland en de steunverlenende autoriteiten, zoals ministeries, provincies, gemeenten en waterschappen'.