



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Bouwrecht, de staatssteunthematiek van markt en overheid in de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU: van particuliere marktdeelnemer tot publieke marktintervenierder [BR 2015/90]
Aalbers, M.

Citation

Aalbers, M. (2015). Bouwrecht, de staatssteunthematiek van markt en overheid in de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU: van particuliere marktdeelnemer tot publieke marktintervenierder [BR 2015/90]. *Bouwrecht*, 2015(10), 1-12. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/73773>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/73773>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Bouwrecht, De staatssteunthematiek van markt en overheid in de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU: van particuliere marktdeelnemer tot publieke marktintervenierder.

Vindplaats:	BR 2015/90	Bijgewerkt tot:	22-09-2015
Auteur:	Mr. M. Aalbers ^[1]		

1. Inleiding

Dit nummer van Bouwrecht stelt de markt en overheid-thematiek centraal. Dit thema speelt meer dan tevoren een centrale rol in de toepassing van het Europese staatssteunrecht. Bij het toepassen van het materiële staatssteunrecht is de verhouding tussen de overheid en de markt de relevante graadmeter voor het vaststellen van een schending van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU. Een centrale voorwaarde van artikel 107 lid 1 VWEU is dat de overheid een onderneming een voordeel verschafft dat deze onderneming niet onder normale omstandigheden zou hebben verkregen.^[2] In de jurisprudentie heeft het Hof van Justitie rekening gehouden met wijze waarop de overheid op de markt actief kan zijn.^[3] Dat kan allereerst in de hoedanigheid van een particuliere investeerder zijn, waarbij de overheid onder vergelijkbare voorwaarden moet opereren als een zogeheten “marktdeelnemer in de markteconomie” (MEO).^[4] In dat geval handelt de overheid als een marktpartij en moet zij transacties baseren op zuiver economische en financiële afwegingen.^[5] In het tweede geval heeft het Hof van Justitie de situatie aanvaard dat een overheid in de markt interenieert om bepaalde “publieke marktdiensten” die een algemeen belang dienen, te doen stimuleren. In het geval van zogeheten diensten van algemeen economisch belang (DAEB) hoeft een overheid niet zozeer marktconform te opereren, maar eerder marktcomplementair omdat de markt ontoereikend deze diensten voortbrengt.^[6] Wanneer een overheid een compensatie verleent voor het beheren van een DAEB is er geen sprake van een voordeel op basis van het arrest Altmark, dat nader geduid zal worden in paragraaf 4.^[7] De overheid laat namelijk aan de hand van vooraf bepaalde objectieve en transparante voorwaarden een dienst uitvoeren die anders onvoldoende naar maatschappelijk aanvaardbare voorwaarden zou worden verricht op de markt.^[8] Marktconform en marktcomplementair handelen zijn dus twee verschillende manieren van de overheid om actief te zijn op de markt. Echter, de wijze waarop de Commissie uitleg geeft aan

nationale overheden over het MEO-criterium en de toepassing van de Altmark-voorwaarden laat ook overeenkomsten zien. Zo geldt voor zowel het MEO-criterium als de toepassing van de Altmark-voorwaarden dat de overheid zich in de marktsituatie moet verdiepen teneinde een voordeel en daarmee onrechtmatige staatssteun te voorkomen.

2. Opzet artikel

Dit artikel onderzoekt welke overeenkomsten en verschillen er bestaan tussen marktconform en marktcomplementair overheidshandelen op de markt in het kader van de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU. In paragraaf 4 wordt het MEO-criterium uiteengezet en worden verschillende methoden voor marktconforme transacties omschreven. In paragraaf 5 worden diensten van algemeen economisch belang en het Altmark-arrest geplaatst in het kader van marktcomplementair handelen. Paragraaf 5 vergelijkt de verschillende markttoetsen op basis van het MEO-criterium en de Altmark-voorwaarden. In deze paragraaf worden de verschillen en de overeenkomsten geschetst ten opzichte van het handelen van de overheid als onderneming en de overheid als intervenieerder op de markt. Tot slot volgt de conclusie in paragraaf 6.

3. Het criterium van een marktdeelnemer in een markteconomie (MEO)

3.1. Marktconform handelen door de overheid op de markt sluit staatssteun uit

Het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie (market economy operator (MEO)) is als toets door het Hof van Justitie ontwikkeld om na te gaan of een overheidsinstantie of een overheidsbedrijf een marktconforme transactie heeft afgesloten met een onderneming. De vuistregel is dat economische transacties die worden aangegaan door een overheidsinstantie of een overheidsbedrijf, geen voordeel aan een onderneming tot gevolg hebben wanneer deze marktconform worden ingericht. Het MEO-criterium is niet een nieuw concept in het staatssteunrecht, maar eerder een verzamelbegrip dat door de Commissie gebruikt wordt als toets voor marktconforme handelingen van de overheid. Het criterium vindt zijn oorsprong in het beginsel van de particuliere investeerder. Aan de hand van dit toetst het Hof van Justitie of overheidsinvesteringen tot een voordeel leiden of dat de overheid onder soortgelijke omstandigheden als een particuliere investeerder van een vergelijkbare omvang investeringen verricht.^[9] Het MEO-criterium is eveneens in de jurisprudentie toegepast op de positie van de overheid als “particuliere schuldeiser”^[10] (van toepassing bij het innen van kredieten) en op de positie van de overheid als “particuliere verkoper”, waar getoetst wordt of de overheid onder normale marktomstandigheden een marktconforme prijs heeft overeengekomen met een koper.^[11] De Europese Commissie heeft de beginselen van een particuliere investeerder, een particuliere schuldeiser en een particuliere verkoper in een ontwerpmededeling omschreven als subvarianten van het overkoepelende criterium van een marktdeelnemer in de markteconomie (MEO).^[12] In deze ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107

lid 1 VWEU heeft de Commissie een aantal basiselementen uiteen gezet die van toepassing zijn op de overheid als deze zich als marktdeelnemer in de markteconomie gedraagt. De Commissie heeft hier het begrip van een “rationale particuliere marktdeelnemer” aan toegevoegd.^[13] Zo behoort de overheid als marktdeelnemer transacties te verrichten die gebaseerd zijn op zuiver financiële en economische afwegingen. Voor overheidsbeleid en sociale en maatschappelijke afwegingen is volgens de Commissie geen plaats als een overheid aanvoert dat zij onder normale marktomstandigheden vergelijkbaar met die van particuliere marktdeelnemer heeft gehandeld. In dat geval acht de Commissie het noodzakelijk dat een overheid bij twijfel het bewijs levert waaruit blijkt dat het besluit om op dat moment de transactie uit te voeren, is genomen op grond van economische analyses als die van een vergelijkbare marktdeelnemer.^[14] In een recent arrest van het Hof van Justitie (BVVG/Commissie) heeft het Hof echter wel enige ruimte geboden om financieel-economisch overheidsbeleid inzake grondbeleid als rechtsgrond toe te passen voor het garanderen van marktconformiteit.^[15]

3.2. Methoden voor marktconform handelen van de overheid als marktdeelnemer

Om de toepassing van het MEO-criterium te verduidelijken heeft de Commissie diverse methoden in de ontwerpmededeling opgesteld om een marktconform resultaat te verzekeren.^[16] De methoden zijn niet uitputtend en het Hof van Justitie heeft in haar rechtspraak lidstaten de ruimte geboden om nationaalrechtelijke methoden te gebruiken zolang de transactie overeenkomt met de reële marktwaarde.^[17]

- De eerste methode is de transactie die op voet van gelijkheid verricht wordt. In dat geval verricht een overheidsinstantie of overheidsbedrijf gelijktijdig met particuliere marktpartijen een economische transactie onder gelijke voorwaarden. De overheid mag bij deze transactie niet een groter financieel risico lopen dan de andere marktdeelnemers die betrokken zijn bij de transactie. Daarom moet de gelijktijdige transactie van particuliere marktdeelnemers reële economische betekenis hebben.
- De tweede methode is van toepassing op de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten via een open, transparante en onvoorwaardelijke tenderprocedure. In dat geval gelden de nationale en Europese aanbestedingsregels. In paragraaf 5 wordt nader ingegaan op de aanbestedingsregels.
- De derde methode betreft benchmarking. Deze methode stelt een overheid in staat om na te gaan of vergelijkbare transacties door vergelijkbare particuliere marktpartijen in vergelijkbare situaties hebben plaatsgevonden. Een geschikte benchmark hangt af van de economische activiteiten die een marktpartij uitvoert en ook van het marktsegment waarin deze marktpartij actief is. In paragraaf 4.1. ga ik nader in op benchmarking.

- Tot slot zijn er ook specifieke methoden, die geschikt zijn voor het bepalen van rendement op investeringen, zoals de interne opbrengstvoet (IRR). De Commissie heeft ruimte geboden voor overige waarderingmethoden voor marktconformiteit, zolang deze berusten op beschikbare, objectieve, verifieerbare en betrouwbare gegevens.^[18]

4. Diensten van algemeen economisch belang (DAEB)

4.1 Een pure compensatie voor het beheren van een DAEB voorkomt staatssteun

Diensten van algemeen economisch belang (DAEB) zijn economische diensten die een publiek belang dienen. Overheidsoptreden ten aanzien van deze diensten is noodzakelijk omdat deze diensten anders niet door de markt naar maatschappelijk aanvaardbare voorwaarden worden verricht. Deze voorwaarden hebben betrekking op de kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang van grote groepen burgers tot deze diensten.^[19] DAEB zijn maatschappelijk relevant omdat burgers, ondernemingen en overheden dagelijks in aanraking komen met deze publieke marktdiensten.

Omdat ondernemingen die met een DAEB belast zijn gecompenseerd moeten worden voor de openbare diensten die zij uitvoeren, is er doorgaans sprake van onrendabele activiteiten en/of activiteiten die de markt ontoereikend naar (sociaal-)maatschappelijk verantwoorde voorwaarden kan uitvoeren. Zonder interventie van de overheid kunnen grote groepen burgers geen gebruikmaken van deze diensten. Hiermee onderscheiden DAEB zich ook van gebruikelijke marktactiviteiten die voldoende door de markt worden aangeboden en geënt zijn op commerciële doeleinden. Er bestaat geen limitatieve lijst van activiteiten die als DAEB gekwalificeerd kunnen worden. Wel zijn er in de jurisprudentie en de besluitpraktijk talloze voorbeelden te vinden.^[20] Recente voorbeelden uit de Nederlandse praktijk betreffen sociale huisvesting door woningcorporaties en eerstelijnsverzorgingsposten in vinexwijken.^[21] Lidstaten hebben een ruime beleidsvrijheid om economische activiteiten die een publiek dienen te omschrijven als DAEB. Echter, de staatssteunregels zijn onverkort van toepassing op DAEB. Slechts in het geval van een pure compensatie op basis van het Altmark-arrest is er geen sprake van een voordeel en daarmee ook geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Uit het Altmark-arrest volgt dat artikel 107 lid 1 VWEU niet van toepassing is als de overheid een onderneming die zij belast heeft met het uitvoeren van een DAEB een vergoeding verleent ter financiële compensatie voor het uitvoeren van deze DAEB. Deze vergoeding moet beperkt blijven

tot een compensatie van de extra kosten die de onderneming maakt voor de openbare dienstverplichtingen. De compensatiebenadering van het Altmark-arrest maakt het overheidsinstanties mogelijk om via een stappenplan een DAEB te financieren zonder dat er sprake is van staatssteun. Deze benadering houdt in dat een overheid die een onderneming met een DAEB belast moet voldoen aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden:

- 1) De DAEB-taken moeten duidelijk omschreven zijn voorafgaand aan het aanwijzen van de onderneming die de DAEB gaat beheren. Daarom moet de onderneming die de DAEB gaat uitvoeren door middel van een aanwijzingsbesluit met de DAEB worden belast.
- 2) De criteria voor de berekening van de compensatie moeten voor de aanwijzing objectief en transparant zijn vastgesteld.
- 3) Er moet op worden toegezien dat het compensatiebedrag niet hoger is dan noodzakelijk voor het uitvoeren van de DAEB-taak. Uit de opbrengsten van de DAEB-taak mag de onderneming die de DAEB beheert een redelijke winst ontvangen.
- 4) De onderneming die de DAEB gaat uitvoeren dient door middel van een aanbestedingsprocedure of door middel van benchmarking geselecteerd te worden.^[22]

Er is geen sprake van staatssteun als aan alle vier de Altmark-criteria is voldaan. Aanmelding van compensatiesteun voor DAEB bij de Commissie is in dat geval niet nodig.^[23] De laatste Altmark-voorwaarde ziet toe op een efficiënte besteding van de compensatiegelden. Overheden hebben bij de selectie van de onderneming die de DAEB zal beheren de keuze om te kiezen tussen een aanbestedingsprocedure of selectie op basis van benchmarking. De Commissie omschrijft deze selectiemethoden als volgt:

- 1) een aanbestedingsprocedure op basis van open, transparante en niet-discriminerende selectiecriteria, waarbij de diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap worden geleverd;
- 2) een procedure waarmee de overheid het compensatiebedrag vaststelt op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde goed beheerde onderneming zou maken.^[24] Doorgaans kan de vierde voorwaarde als het grootste struikelblok voor toepassing beschouwd worden, als gevolg van een gebrekkige markwerking of omdat overheden in het kader van maatschappelijk ondernemen een selecte groep ondernemingen op het oog hebben.^[25]

4.2. De notie van een marktfalen laat marktcomplementair optreden door de overheid op de markt toe

In de arresten BUPA en Colt heeft het Gerecht bevestigd dat een sectorspecifiek marktfalen een nadrukkelijke voorwaarde is voor het kwalificeren van een activiteit als een DAEB.^[26] In het arrest BUPA achtte het Gerecht DAEB-compensaties van de Ierse nationale overheid in overeenstemming met het Altmark-arrest, omdat deze compensaties “het slechte functioneren van de markt” beoogden tegen te gaan. In het arrest Colt oordeelde het Gerecht dat het Franse departement Hauts-de-Seine aan de hand van een marktanalyse had vastgesteld dat geen enkele marktpartij initiatief toonde om een hoogwaardig breedbandnetwerk aan te leggen.^[27] Deze marktanalyse voldeed aan het vereiste van marktfalen als intrinsieke voorwaarde voor DAEB-financiering, zo stelde het Gerecht.^[28] Deze arresten hebben inzicht gegeven in de marginale toetsing van de Commissie, die bij het toetsen aan een marktfalen beperkt tot is het onderzoeken van een kennelijke fout.^[29] Enerzijds biedt deze ruime interpretatie van het begrip marktfalen lidstaten een discretionaire bevoegdheid om tekortkomingen van de markt in relatie tot het voorzien van openbare diensten zelfstandig te analyseren. Anderzijds ontbreekt er een algemeen juridisch kader voor het toepassen van deze inherente voorwaarde voor het aanwijzen van een DAEB.^[30] Wel is marktfalen als economisch begrip verankerd in het beleid van de Commissie en inmiddels ook in secundaire regelgeving ten aanzien van DAEB. In het Commissierapport aan de Europese Raad, verbonden aan de Verklaring van Laken, heeft de Commissie verklaard dat DAEB-compensaties toegestaan zijn wanneer de markt niet aan maatschappelijke doelstellingen voldoet en onvoldoende diensten verleent. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen (i) omdat het individu of de markt niet alle voordelen kan beoordelen die in de toekomst of voor de samenleving als geheel kunnen worden verwezenlijkt (lees hier: externe effecten van marktwerking); (ii) als gevolg van het in de samenleving bestaande verlangen om het aanbod en gebruik van bemoeigoederen aan te moedigen; (iii) als gevolg van het streven in de samenleving om alle burgers, met inbegrip van de armsten, de toegang te garanderen tot bepaalde diensten van een adequate kwaliteit.^[31] Bij bovenstaande vormen van marktfalen ten aanzien van DAEB-compensaties in de breedbandsector heeft de Commissie aangegeven dat dergelijke steun marktimperfecties kan corrigeren en de ontoereikend van de markt DAEB-compensatiesteun kan rechtvaardigen teneinde ‘rechtvaardige marktuitskomsten te behalen’.^[32] Steun is in dat geval mogelijk in het geval van snelle marktontwikkelingen, waarbij marktspelers gestimuleerd moeten worden om investeringen te verrichten die in het belang zijn van de samenleving.^[33] Een andere mogelijkheid voor overheidsinterventie in deze sector zijn ‘rechtvaardigheidsdoelstellingen die sociale en regionale ongelijkheid corrigeren’.^[34]

Deze invulling van het economische begrip marktfalen geeft inzicht in de speelruimte die de overheid heeft om door middel van een DAEB-compensatie marktimperfecties te corrigeren. Waar er een marktfalen

optreedt, kan marktinterventie door de overheid in het kader van maatschappelijke doelen gerechtvaardigd zijn ten bate van bepaalde marktdiensten die een algemeen belang dienen. Deze benadering vindt zijn oorsprong in het economisch publiekrecht.^[35] Marktcomplementair handelen heeft daarom als doel dat overheden bij een ontoereikende marktwerking in het kader van het algemeen belang interveniëren in de markt. Voor de praktijk betekent dit dat voorafgaand aan het aanwijzen van een DAEB een overheid een marktanalyse dient te houden. Als blijkt dat een marktdienst die van algemeen belang is, onvoldoende naar maatschappelijk relevante voorwaarden door particuliere marktpartijen wordt voortgebracht, is het mogelijk om op basis van de eerste Altmark-voorwaarde een onderneming met een DAEB te belasten. In dat geval heeft de overheid een aanvullende rol te spelen op de markt, waarop zij intervenueert omdat het marktmechanisme tekortschiet ten aanzien van marktdiensten die een algemeen belang dienen.

5. Overeenkomsten en verschillen in de toepassing van de compensatiebenadering en de toepassing van het MEO-criterium

Uit paragraaf 3 volgt dat het MEO-criterium erop toeziet dat de overheid als een particuliere marktdeelnemer moet handelen wanneer hij economische transacties marktconform wil inrichten. Op deze wijze wordt een voordeel, door bijvoorbeeld het aanbieden van preferente tarieven aan een onderneming, voorkomen. Paragraaf 4 heeft uiteengezet dat een pure compensatie voor een DAEB niet tot staatssteun leidt. Een inherente voorwaarde is dat de overheid alleen in het geval van marktfalen mag interveniëren op de markt. In dat geval handelt de overheid complementair aan het marktmechanisme om maatschappelijke doelen te verwezenlijken. In beide gevallen wordt een voordeel voorkomen. Ook vereisen zowel het MEO-criterium als de correcte toepassing van de compensatiebenadering een marktanalyse voorafgaand aan de overdracht van staatsmiddelen. Echter marktconform handelen vereist een ander besluitkader dan marktcomplementair handelen. Als particuliere marktdeelnemer dient de overheid op basis van zuiver financiële en economische afwegingen transacties op de markt aan te gaan.^[36] Dit geldt in beginsel ook voor het toepassen van de methoden van aanbesteding en benchmarking.^[37] Daarentegen maakt de overheid als marktintervenieerder bij het aanwijzen van een DAEB zowel afwegingen op basis van overheidsbeleid en maatschappelijke doelen als op economische analyses. Wanneer de overheid de DAEB-taak heeft omschreven moeten hier objectieve en transparante parameters, alsmede een regeling tegen overcompensatie, aan worden verbonden die gebaseerd zijn op financiële en economische afwegingen. Als overheden de tweede Altmark voorwaarde toepassen hoeft de compensatie echter niet berekend te worden aan de hand van het efficiëntiebeginsel.^[38] Dit beginsel komt alleen terug in de vierde Altmark-voorwaarde. Deze voorwaarde heeft hoofdzakelijk als doelstelling het waarborgen van een efficiënte besteding van de DAEB-compensatie.^[39] Deze voorwaarde houdt in dat de onderneming die de DAEB gaat beheren door middel van een aanbestedingsprocedure geselecteerd dient te worden. Wanneer dat niet mogelijk is

dient als benchmark een gemiddeld goed beheerde onderneming gebruikt te worden bij de selectie van een onderneming als DAEB-beheerder.^[40] Hoewel de laatste Altmark-voorwaarde bekend staat als de voorwaarde die economische en financiële efficiëntie moet bevorderen, betekent dit niet dat er geen ruimte mag zijn voor maatschappelijke doelen. Deze voorwaarde vereist namelijk niet dat een overheid zuiver economische en financiële afwegingen maakt. Ter illustratie geldt het arrest aangaande de Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI), waarin het Gerecht oordeelde dat ondernemingen die belast worden met een DAEB van sociale aard niet puur op economische efficiëntiecriteria moeten worden geselecteerd.^[41] Ondernemingen die met een DAEB belast worden en daarvoor financieel gecompenseerd worden, kunnen namelijk in het kader van het verrichten van deze publieke diensten ook geselecteerd worden op basis van maatschappelijke en sociale criteria en andere voorwaarden die de toegang, levering en continuïteit van een DAEB kunnen garanderen.^[42] Deze benadering sluit aan bij het inmiddels verlichte aanbestedingsregime voor sociale diensten, zoals aangenomen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen.^[43] Omdat dit regime voor alle overheidsopdrachten geldt, waaronder aanbestedingsplichtige DAEB-taken, is het niet uitgesloten dat wanneer het instrument aanbesteding door overheden ingezet wordt als methode om marktconformiteit te verzekeren, er in de toekomst wellicht meer ruimte ontstaat voor sociale doelen in de toepassing van het MEO-criterium. Een dergelijke kruisbestuiving tussen de toepassing van benchmarking in het kader van het Altmark-arrest en in het kader van het vaststellen van marktconformiteit heeft reeds plaatsgevonden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.^[44]

6. Conclusie

In de vorige paragraaf is aangegeven dat overheden bij een marktanalyse in beginsel twee verschillende strategieën dienen te volgen als het gaat om de hoedanigheid van een particuliere marktdeelnemer en een particuliere marktinterveneerder. Om marktconform te opereren moet gehandeld worden vanuit een economische rationaliteit die hoofdzakelijk gebaseerd is op financiële en economische overwegingen. In het geval van een DAEB-compensatie op basis van het Altmark-arrest is er naast financiële en economische overwegingen ook ruimte voor sociaal-economische afwegingen, zowel in de fase waarin de DAEB-taak omschreven wordt als in de fase waarin de DAEB-beheerder wordt geselecteerd. Waarom is dit onderscheid relevant voor de praktijk? Overheden en overheidsbedrijven zijn vaker dan wordt aangenomen actief op een markt in het kader van hun privaatrechtelijke activiteiten of publiekrechtelijke taken. Als overheden zich in commerciële marktsegmenten begeven geldt er een andere markttoets dan wanneer overheden in het kader van openbare diensten ondernemingen financieren. In beide gevallen moet een overheid zich bewust zijn van haar positie ten opzichte van de markt. Verricht de overheid economische activiteiten, dan moet zij zich ervan vergewissen wat het marktsegment is en met welke marktdeelnemers de overheid zich kan meten. Wanneer de overheid een marktdeelnemer wordt, kan zij zich niet meer beroepen op overheidsbeleid of sociaal beleid om zich te onttrekken aan de werkings sfeer van de staatssteunregels. Wil de overheid dat bepaalde marktdiensten die een algemeen belang dienen onder maatschappelijke voorwaarden aangeboden worden op de markt, dan moet de overheid een marktanalyse verrichten waarbij onderzocht wordt of marktpartijen deze diensten toereikend (kunnen) verrichten. Als er een

daadwerkelijk marktfalen is dan kan de overheid in de markt ingrijpen door een onderneming te belasten met een DAEB. De voorwaarde van economische efficiëntie bij het selecteren van een DAEB-beheerder staat er niet aan in de weg dat de overheid ook sociale voorwaarden laat meewegen bij het selecteren van een onderneming via een aanbestedingsprocedure. Omdat het Hof van Justitie en de Commissie de methoden van aanbesteding en benchmarking zowel hebben toegepast op het vaststellen van marktconform handelen als marktcomplementair optreden door de overheid, kunnen de compensatiebenadering van het arrest Altmark en het beginsel van de marktdeelnemer in de markteconomie elkaar in de toekomst wederzijds beïnvloeden. Bij de toepassing van deze leerstukken zal de jurisprudentie van het Hof moeten uitwijzen hoeveel ruimte het staatssteunrecht biedt voor sociaal-economische doelstellingen.

Voetnoten

- [1] Maarten Aalbers LL.M. is promovendus aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.
- [2] Hof van Justitie, 21 maart 1990, C-142/87, België/Commissie (Tubemeuse), r.o. 29.
- [3] Hof van Justitie, 21 maart 1990, C-142/87, België/Commissie (Tubemeuse); Hof van Justitie, 24 juli 2003, C-280/00, Altmark.
- [4] Hof van Justitie, 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, Libert, r.o. 83; Hof van Justitie, 4 september 2014, C-533/12 P en C-536/12 P, SNCM/Commissie.
- [5] Gerecht EU, 30 juni 2015, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, T-186/13, T-190/13, T-193/13, r.o 113.
- [6] Het begrip marktcomplementariteit is geïntroduceerd door prof. Bart Hessel in B. Hessel, Rechtstaat en economische politiek, Utrecht 1987, Tjeenk Willink Zwolle, p. 111, p. 514, p. 525, p. 528, p. 547.
- [7] Hof van Justitie, 24 juli 2003, C-280/00, Altmark.
- [8] Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, T-258/10, T-325/10, Colt Télécommunications/Commissie, Orange/Commissie, Illiad e.a./Commissie, r.o. 154.
- [9] Hof van Justitie, 21 maart 1990, C-142/87, België/Commissie (Tubemeuse); Hof van Justitie, 5 juni 2012, C-124/10 P, Commissie/Électricité de France.
- [10] Hof van Justitie, 24 januari 2013, C-73/11 P, Frucona Košice/Commissie.
- [11] Hof van Justitie, 28 februari 2012, T-268/08 en T-281/08, Land Burgenland en Oostenrijk/Commissie.

- [12] Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU te vinden op http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf .
- [13] Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, randnummer 82.
- [14] Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, randnummers 81 en 82.
- [15] Zie M. Aalbers, M. Jaarsma, ‘Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie: rechtsontwikkelingen en praktische knelpunten in gebiedsontwikkeling. Terug naar de basis?’, Tijdschrift voor Staatssteun, nr. oktober 2015, nog niet gepubliceerd.
- [16] Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, paragraaf 4.2.3.1. en 4.2.3.2.
- [17] Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de marktconformiteit van grondtransacties de zaken Hof van Justitie EU, 16 december 2010, C-239/09, Seydaland en Hof van Justitie, 16 juli 2015, C-39/14, BVVG/Landkreis Jerichower Land.
- [18] De IRR is niet gebaseerd op het boekhoudkundige rendement in een bepaald jaar, maar houdt rekening met de toekomstige kasstromen die de investeerder verwacht te ontvangen over de hele levensduur van de investering. Zie ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, randnummer 105.
- [19] Protocol nr. 26 bij het Verdrag van Lissabon over DAEB en artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.
- [20] Voorbeelden in de jurisprudentie hebben betrekking op: publieke omroepen (Hof van Justitie, 21 maart 1974, 127/73, BRT1, p. 313); ambulancediensten (Hof van Justitie, 25 oktober 2001, C 475/99, Ambulanz Glöckner); onrendabele vervoersdiensten (Hof van Justitie, 24 juli 2003, C-280/00, Altmark); postdiensten (Hof van Justitie, 19 mei 1993, C-320/91, Corbeau); sociale huisvesting (Hof van Justitie, 8 mei 2013, C-197/11, Libert).
- [21] Commissiebericht over DAEB-steunrapportages van de lidstaten, State Aid Weekly e-News (Nr. 29/15, 10 September 2015). Het rapport over Nederland is terug te vinden op http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/reports_2012_2014_en.html .
- [22] Hof van Justitie EG, 24 juli 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH.
- [23] Hof van Justitie EG, 24 juli 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH.
- [24] Commissiegids inzake de toepassing van diensten van algemeen economisch belang, 29 april 2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 69.
- [25] T. Müller, ‘Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs’, European State Aid Law Quarterly, nr. 1, 2009, p. 43.
- [26] Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, T-258/10, T-325/10, Colt Télécommunications/Commissie, Orange/Commissie, Illiad

e.a./Commissie, r.o. 154; Gerecht EU, BUPA, 12 februari 2008, T-289/03 British United Provident Association Ltd (BUPA), r.o. 267.

- [27] Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, T-258/10, T-325/10, Colt, r.o. 146-178; Zie besluit van de Commissie SA.21630, 2010/C 256/01, 30 september 2009, Hauts-de-Seine.
- [28] Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, T-258/10, T-325/10, Colt Télécommunications/Commissie, Orange/Commissie, Iliad e.a./Commissie, r.o. 154.
- [29] A. Knook, 'De nieuwe DAEB Gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijk', NTER nr. 6, 2013, p.195-196; Gerecht EU, 1 juli 2008, T-266/02, Deutsche Post/Commissie, r.o. 90.
- [30] Zie B. Hessel, M. Aalbers, 'De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (Deel 2: aspecten van concrete toepassing)', Gst. 2012/89, september 2012, p. 442.
- [31] COM(2001) 598, paragraaf; W. Sauter, Public Services in EU Law, Cambridge press, 2015, p. 30.
- [32] EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken, Mededeling (2013/C 25/01), paragraaf 2.3.
- [33] W. Sauter, 'The impact of EU competition law on national healthcare systems', European Law Review, vol. 38, nr. 4, 2013, p. 465-468.
- [34] EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken, Mededeling (2013/C 25/01), kadernummer 39.
- [35] Zie B. Hessel, Rechtstaat en economische politiek, Utrecht 1987, Tjeenk Willink, Zwolle, p. 111.
- [36] Gerecht EU, 30 juni 2015, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, T-186/13, T-190/13, T-193/13, r.o. 113.
- [37] Hof van Justitie, 4 september 2014, C-533/12 P en C-536/12 P, SNCM/Commissie, r.o. 34.
- [38] Gerecht EU, 24 augustus 2015, TV2/Danmark /Commissie, T-674/11, r.o. 104 -106.
- [39] T. Müller, 'Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs', European State Aid Law Quarterly, nr. 1, 2009, p. 43; Hof van Justitie, 3 juli 2003, C-83, C-93 en C-94/01, Chronopost; Gerecht EU, 24 augustus 2015, TV2/Danmark /Commissie, T-674/11, r.o. 85.
- [40] Als de compensatie wordt vastgesteld op basis van benchmarking, dient er een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen op de relevante markt gemaakt te worden. Dit kan bijvoorbeeld worden bepaald aan de hand van een onafhankelijk onderzoek naar wat de (bedrijfseconomische) kosten op de markt van het betreffende bedrijf redelijkerwijs zouden zijn of via een gesimuleerde aanbesteding.

- [41] Gerecht EU, 7 november 2012, CBI/Commissie, T- 137/10, r.o. 68; Gerecht EU, 24 augustus 2015, TV2/Danmark /Commissie, T-674/11, r.o. 70.
- [42] Deze voorwaarden vloeien voort uit het protocol nr. 26 bij het Verdrag van Lissabon inzake diensten van algemeen belang.
- [43] Zie E. Manunza, in: E. Szyszczak, *Social Services of General Interest in the EU*, Den Haag, 2013, p.374-384.387-388 en Richtlijn 2014/24/EU (Aanbestedingsrichtlijn) (PbEU L94/65).
- [44] Hof van Justitie, 4 september 2014, C-533/12 P en C-536/12 P, SNCM/Commissie, r.o. 30.