



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Viasat: een duidelijke waterscheiding tussen Altmark en artikel 106 lid 2 VWEU?

Aalbers, M.

Citation

Aalbers, M. (2017). Viasat: een duidelijke waterscheiding tussen Altmark en artikel 106 lid 2 VWEU? *Markt & Mededinging*, 2017(4), 132-138.
doi:10.5553/MenM/138762362017020004004

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/59072>

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

Annotatie

Viasat: een duidelijke waterscheiding tussen Altmark en artikel 106 lid 2 VWEU?

Hof van Justitie EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, Viasat Broadcasting UK/Commissie, ECLI:EU:C:2017:178

Maarten Aalbers*

132

Inleiding

Het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU is objectief van aard. Elke vorm van overheidsinterventie, in de vorm van een economisch voordeel, kan de mededingingspositie van steunontvangers mogelijk vervalsen ten opzichte van concurrenten. Het Hof van Justitie laat in zijn rechtspraak in beginsel geen ruimte om, binnen de toepassing van de verbodsbepaling van artikel 107 lid 1 VWEU, algemene belangen te wegen. Om de omzeiling van deze bepaling te voorkomen, spelen daarom algemene belangen geen rol in de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU. Op 24 juli 2003 koos het Hof van Justitie er echter voor om, naar aanleiding van het eerdere arrest *Ferring*, binnen de werking van artikel 107 lid 1 VWEU een speciaal toepassingskader te creëren voor diensten van algemeen economisch belang.¹ In het *Altmark*-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat, zolang een onderneming, belast met een openbare dienst, een compensatie ontvangt voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang (hierna: DAEB), zij in beginsel geen staatssteun ontvangt. Met dit baanbrekende arrest koos het Hof van Justitie voor een zogeheten

‘voorwaardelijke compensatiebenadering’.² Voorafgaand aan de arresten *Ferring* en *Altmark* vielen compensaties voor een DAEB in principe onder het normale toetsingskader van artikel 107 lid 1 VWEU (de staatssteunbenadering), waarbij het bijzondere karakter van de DAEB pas beoordeeld werd in het kader van de verenigbaarheid met de interne markt op basis van artikel 106 lid 2 VWEU. In het *Altmark*-arrest heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat overheidscompensaties voor DAEB geen economisch voordeel inhouden indien aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan. De vier voorwaarden luiden als volgt:

1. Een onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting. Deze verplichting is duidelijk omschreven als een DAEB.
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld.
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij mag rekening worden gehouden met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van de DAEB.
4. De onderneming die de DAEB gaat beheren moet gekozen worden door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten voor de gemeen-

* Mr. M. Aalbers is promovendus aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

1. HvJ EG 22 november 2001, zaak C-53/00, *Ferring*, ECLI:EU:C:2001:627; HvJ EG 24 juni 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415.

2. Zie de Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK/Commissie*, ECLI:EU:C:2016:854, randnr. 28.

schap. Bij wijze van alternatief kan de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten (inclusief een redelijke winst) die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt (benchmarking).

Op basis van deze strikte voorwaarden kan de nationale rechter feitelijk nagaan of er sprake is van staatssteun.³ Hoewel het Hof van Justitie in latere jurisprudentie de terminologie van de vier voorwaarden wel heeft verduidelijkt, blijven veel aspecten van het *Altmark*-arrest nog onduidelijk.⁴ Een van deze zaken blijft de verhouding tussen artikel 106 lid 2 VWEU en de *Altmark*-jurisprudentie. Op basis van artikel 106 lid 2 VWEU mag de uitvoering van een DAEB niet strijdig zijn met de staatssteun- en mededingingsregels. Echter, wanneer de toepassing van het Unierecht het uitvoeren van de DAEB-taak, in rechte of in feite, verhindert, biedt artikel 106 lid 2 VWEU de Commissie de mogelijkheid om staatssteun voor een DAEB verenigbaar te verklaren met de interne markt. In het laatste geval is aanmelding bij de Commissie vereist; als aan de voorwaarden van *Altmark* is voldaan hoeft dat niet omdat er geen sprake is van staatssteun. Daarmee bestaat er een groot verschil in de praktische toepassing van deze voorwaarden. In de zaak *Viasat Broadcasting UK/Commissie* heeft het Hof van Justitie voor het eerst de mogelijkheid gekregen zich uit te spreken over de verhouding tussen de toepassing van het *Altmark*-arrest en de voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU.⁵

Het toepasselijke staatssteunkader op diensten van algemeen economisch belang

De toepassing van het *Altmark*-arrest

Op basis van het *Altmark*-arrest kan zowel de nationale rechter als de Commissie beoordelen of er sprake is van een economisch voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De nationale rechter is op basis van de *Altmark*-jurisprudentie de enige instantie die bevoegd is om feitelijk te controleren of aan alle vier de cumulatieve voorwaarden is voldaan.⁶ De rol van de Commissie ten aanzien van de DAEB-omschrijving is *de jure* beperkt tot het 'controleren van een kennelijke foute

toepassing'.⁷ In de praktijk heeft de Commissie, door haar deskundigheid, echter wel de ruimte om inhoudelijk na te gaan of aan het *Altmark*-arrest is voldaan, om zo te kunnen vaststellen of er sprake is van staatssteun op basis van artikel 107 lid 1 VWEU.⁸ Zowel in de rechtspraak van het Hof van Justitie als in de besluitpraktijk van de Commissie zijn er echter weinig voorbeelden van DAEB-compensaties die de *Altmark*-test doorstaan.⁹ Doorgaans kan de vierde voorwaarde, die bekend staat als de efficiëntievoorwaarde, als het grootste struikelblok voor toepassing beschouwd worden.¹⁰ Dit als gevolg van een ontoereikende markwerking in de openbare dienstsector¹¹ of omdat overheden maatschappelijke doelen willen realiseren en daarvoor op voorhand slechts een of enkele ondernemingen op het oog hebben.¹²

Vrijgestelde en aanmeldingsplichtige steun voor DAEB

Om rechtszekerheid te verschaffen over situaties waarin DAEB-compensaties wel staatssteun inhouden, heeft de Commissie in 2005 een DAEB-regelgevingspakket aangenomen: 'het Kroes-pakket'.¹³ Dit pakket verhelderde de verhouding tussen aanmeldingsplichtige steun voor DAEB en steun voor DAEB die op basis van artikel 106 lid 2 VWEU vrijgesteld is van de meldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU. Dit pakket bestond uit een DAEB-Mededeling, DAEB-Vrijstellingsbeschikking en een DAEB-Kaderregeling en een gewijzigde transparantierichtlijn.¹⁴ Wanneer een steunmaatregel wel aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden voldeed (omschrijving en aanwijzing DAEB, per besluit; objectieve en transparante toewijzing kosten; een effectief mechanisme tegen overcompensatie) maar niet aan de laatste *Altmark*-voorwaarde (selectie van een DAEB-beheerder door middel van een aanbestedingsprocedure of door middel van benchmarking) stelde de Vrijstellingsbeschikking maximale compensaties van 30 miljoen euro vrij van aanmelding. Bedragen daarboven moesten aangemeld worden op basis van de Kaderregeling.

3. *Altmark Trans* en *Viasat Broadcasting UK*.

4. Zie bijvoorbeeld de prejudiciële uitspraak HvJ EU 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert e.a./Vlaamse Regering*, ECLI:EU:C:2013:288, m.nt. H. van Harten en R. Fröger, 'Bindingseisen passé?', *NIEr* 2013/ 8, p. 265-273. Zie ook N. Fiedziuk, 'Services of general economic interest in EU law: the role of the "public service" exception in the light of recent developments in EU law' (diss. Tilburg), 2013.

5. Zie de Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij *Viasat Broadcasting UK*, randnr. 20.

6. *Eric Libert e.a.*; HvJ EG 30 maart 2006, zaak C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, ECLI:EU:C:2006:208, r.o. 69.

7. HvJ EU 22 september 2011, zaak C-148/09, *België /Deutsche Post*, ECLI:EU:C:2011:603.

8. Gerecht 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM/Commissie*, ECLI:EU:T:2017:134.

9. Zie bijvoorbeeld Gerecht 16 september 2013, zaak T-79/10, *Colt Télécommunications*. Zie ook M. Klasse, 'The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses', in: E. Szyzycak en J.W. van de Gonden (red.), *Financing Services of General Economic Interest*, 's-Gravenhage: TMC Asser Press 2013, p. 36, en P. Nicolaides, 'The Perennial Altmark Questions', 27 oktober 2015, beschikbaar op <www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/3961>.

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

11. Zie bijvoorbeeld Gerecht 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM/Commissie*, ECLI:EU:T:2017:134.

12. Zie bijvoorbeeld Gerecht 7 november 2012, zaak T-137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI)/Commissie*, ECLI:EU:T:2012:584.

13. Zie B. Hessel, 'Compensatiesteun aan diensten van algemeen economisch belang vereist zorgvuldigheid', *De Gemeentestem* 2006, 7258, p. 478.

14. De gewijzigde Transparantierichtlijn 2006/111/EG, *PbEU* 2006, L 318/17, is nog steeds van toepassing.

Tussen 2011 en 2012 heeft de Commissie dit DAEB-pakket hernieuwd en uitgebreid met het 'Almunia-pakket'.¹⁵ Dit pakket bevat een DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening; een vrijstellingsbesluit en een kaderregeling. Met name het Vrijstellingsbesluit voorziet in een praktische toepassing door lidstaten en kan voor de nationale rechter ingeroepen worden. Dit besluit stelt de compensatie van een DAEB vrij van melding zolang voldaan is aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Als voldaan wordt aan de specifieke voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit is staatssteun verenigbaar op grond van artikel 106 lid 2 VWEU en daarom van rechtswege vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting.¹⁶ De algemene drempel voor melding betreft 15 miljoen euro aan jaarlijkse compensaties.¹⁷ Compensaties boven deze drempel moeten, tenzij ze onder een bijzondere sector vallen, op basis van artikel 106 lid 2 VWEU en de voorwaarden van deze Kaderregeling aangemeld worden.¹⁸ In het geval van openbare omroepen geldt er voor de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU een gestandaardiseerd beoordelingskader op basis van de hernieuwde Omroepmededeling.¹⁹

Voorgeschiedenis van het geding

De zaak die in deze annotatie centraal staat, is de hogere voorziening ingesteld door commerciële televisieomroep Viasat Broadcasting UK (hierna: Viasat). Deze zaak draait om de DAEB die de Deense openbare omroep TV2 Danmark beheert op het gebied van openbare omroepuitzendingen. De zaak kent een lange voorgeschiedenis en is nauw verbonden met de hogere voorziening die TV2 Danmark heeft ingesteld tegen de uitspraak van het Gerecht in zaak T-674/11, die nog aan-

hangig is voor het Hof van Justitie.²⁰ Naar aanleiding van een klacht van Viasat in 2000 onderzoekt de Commissie de financiering van openbare omroep TV2 Danmark op de toepassing van de *Altmark*-voorwaarden. De Commissie besluit dat de financiering van TV2, in de vorm van een omroepbijdrage en de verschaffing van reservekapitaal, niet voldoet aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde en dat de steun ook niet op grond van artikel 106 lid 2 VWEU en de omroepmededeling verenigbaar is met de interne markt (besluit TV2 Danmark I).²¹ Omdat TV2 Danmark hierop insolvent wordt, besluit Denemarken in 2004 om een kapitaalinjectie te verstrekken. Deze maatregel wordt door de Commissie verenigbaar verklaard met de interne markt op basis van artikel 106 lid 2 VWEU (besluit TV2 Danmark II).²²

Intussen heeft zowel TV2 Danmark als Viasat het besluit TV2 Danmark I voor het Gerecht aangevochten. TV2 Danmark stelt zich op het standpunt dat aan de *Altmark*-criteria is voldaan. Viasat voert ten principale aan dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun. Viasat stelt dat niet voldaan is aan de voorwaarden van *Altmark*, noch aan artikel 106 lid 2 VWEU. Het Gerecht oordeelde ten eerste dat de Commissie onvoldoende had gemotiveerd dat niet voldaan was aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde. Ten aanzien van de tweede *Altmark*-voorwaarde oordeelde het Gerecht dat een DAEB-compensatie niet alleen onrendabele kosten hoeft te dekken, maar ook winstgevende inkomsten – uit reclame – mag bevatten, en zelfs financiële reserves.²³ Ten aanzien van de vierde voorwaarde oordeelde het Gerecht dat de Commissie verzuimd heeft aan te tonen dat Denemarken een ontoereikende economische analyse heeft gemaakt over de efficiëntie van TV2 Danmark als DAEB-beheerder.²⁴ Ten tweede oordeelde het Gerecht dat de Commissie onvoldoende had gemotiveerd waarom de financiering van TV2 Danmark overcompensatie vormde en onverenigbaar was op basis van artikel 106 lid 2 VWEU.

Na deze nietigverklaring besluit de Commissie om de financiering van TV2 Danmark aan een nieuw formeel onderzoek te onderwerpen.²⁵ Na afronding van dit onderzoek neemt de Commissie in 2011 een nieuw besluit (besluit TV2 Danmark III). Omdat de financiering naar het oordeel van de Commissie niet berekend

15. Het zogeheten Commissie- of Almunia-pakket bestaat uit: (1) de mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/4 (hierna: de mededeling); (2) de mededeling van de Commissie inzake de goedkeuring van een de-minimisverordening voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/23 (hierna: de DAEB-de-minimisvrijstelling); (3) het besluit van de Commissie van 20 december 2011 over de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU op staatssteun in de vorm van compensatie voor het beheer van diensten van een DAEB, *PbEU* 2012, L 7/3b (hierna: het DAEB-Vrijstellingsbesluit); (4) de EU-kaderregeling inzake staatssteun voor DAE, *PbEU* 2012, C 8/15 (hierna: de DAEB-Kaderregeling).

16. Zie ook A. Knook, 'De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd', *NtEr* 2013/6, p. 191-196. B. Hessel B en M. Aalbers, 'De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden' (Deel 1: begrippen en regelgeving), *De Gemeentestem* 2012, 82, p. 398-406.

17. Voor steuncategorieën in de zorg en het sociale domein (waaronder kinderopvang en woningcorporaties) geldt overigens geen enkele drempel.

18. DAEB-Vrijstellingsbesluit; DAEB-Kaderregeling. Zie ook hiervoor noot 14.

19. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep, *PbEU* 2009, C 257/01, p. 1-14. Deze Mededeling vervangt de omroepmededeling uit 2011, C 320, p. 5.

20. Zie de hogere voorziening in zaak C-649/15 P, *TV2 Danmark/Commissie* tegen de uitspraak van het Gerecht van 24 september 2015, zaak T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 116, 100, 131.

21. Besluit van de Commissie 19 mei 2004, 2006/217/EG, *TV2 Danmark I*, *PbEU* 2006/85/1.

22. Besluit van de Commissie van 20 april 2011, 2012/109/EU, herstructureringssteun TV2 Danmark (Besluit TV2 Danmark II), *PbEU* 2012/50/21.

23. Gerecht 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*, *Viasat*, *SBS* en *Denemarken/Commissie*, ECLI:EU:T:2008:457.

24. Gerecht, *TV2 Danmark I*, r.o. 231-232.

25. Viasat heeft vervolgens beroep ingesteld tegen het tweede TV2 Danmark-besluit, maar het Gerecht heeft verklaard dat er geen uitspraak nodig was, aangezien het eerste besluit nietig is verklaard. Zie Gerecht 24 september 2009, zaak T-16/05, *Viasat Broadcasting UK/Commissie*, ECLI:EU:T:2009:358.

was op basis van objectieve en transparante parameters en TV2 Danmark ook niet geselecteerd was door middel van een openbare aanbesteding of benchmarking, besluit de Commissie dat niet voldaan is aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde. Daarom is er sprake van staatssteun op basis van artikel 107 lid 1 VWEU. De Commissie heeft deze steun evenwel verenigbaar verklaard met de interne markt op basis van artikel 106 lid 2 VWEU.²⁶ Hierop heeft Viasat beroep ingesteld tegen besluit TV2 Danmark III. Ook TV2 Danmark heeft een hogere voorziening ingesteld.²⁷

Uitspraak van het Gerecht in zaak T-125/12, Viasat/Commissie

Voor het Gerecht voert Viasat aan dat de Commissie de compensaties niet verenigbaar had mogen verklaren met de interne markt. Viasat betoogt namelijk dat de Commissie bij beoordeling van een steunmaatregel op evenredigheid op basis van artikel 106 lid 2 VWEU, ook rekening had moeten houden met de *Altmark*-voorwaarden. In essentie voert Viasat aan dat zowel het *Altmark*-arrest als artikel 106 lid 2 VWEU ertoe strekt dat een DAEB-beheerder alleen een compensatie mag ontvangen voor de kosten die noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van de DAEB. Viasat voert daarom aan dat de *Altmark*-toepassing samenvalt met het evenredigheids criterium van artikel 106 lid 2 VWEU. Viasat voert ten tweede aan dat de efficiëntiebepalingen uit de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde verbonden zijn aan de evenredigheidsbeoordeling van artikel 106 lid 2 VWEU, omdat zij door de Commissie zijn opgenomen in het Almunia-regelgevingspakket voor DAEB. Zo zijn in de DAEB-Mededeling en de DAEB-Kaderregeling efficiëntiemethoden opgenomen aan de hand waarvan de Commissie kan controleren of de noodzakelijke kosten zijn gecompenseerd ofwel dat er sprake is van overcompensatie.²⁸ Zo staan bijvoorbeeld in de Kaderregeling diverse methoden voor doelmatigheidsprikkels en het behalen van productie-efficiëntie.²⁹ Ook stelt paragraaf 2.6 van de kaderregeling dat 'steun alleen op grond van artikel 106, lid 2 VWEU met de interne markt als verenigbaar kan worden beschouwd wanneer de lidstaat de Unieregels op het gebied van overheidsopdrachten in acht heeft genomen of toezegt deze in acht te zullen nemen'.³⁰ Viasat voert tot slot aan dat bij de toepassing

van de omroepmededeling de Commissie in haar toetsing aan artikel 106 lid 2 VWEU ook gebonden is aan de tweede *Altmark*-voorwaarde.³¹

Het Gerecht verwerpt het beroep van Viasat. Het Gerecht grijpt allereerst de kans aan om de verhouding tussen het *Altmark*-arrest en artikel 106 lid 2 VWEU te verhelderen. Daarbij erkent het Gerecht dat de *Altmark*-voorwaarden en artikel 106 lid 2 VWEU op het eerste oog veel overeenkomende kenmerken hebben. Zo heeft het Gerecht in het *BUPA*-arrest reeds geoordeeld dat de derde *Altmark*-voorwaarde grotendeels samenvalt met het evenredigheids criterium.³² De doelen van *Altmark* en artikel 106 lid 2 VWEU lopen volgens het Gerecht echter sterk uiteen. Bij toepassing van het *Altmark*-arrest gaat het erom vast te stellen of er sprake is van een economisch voordeel op basis van artikel 107 lid 1 VWEU, terwijl de evenredigheidstoepassing van artikel 106 lid 2 VWEU toeziet op de verenigbaarheid van een maatregel die reeds als steun is beoordeeld onder artikel 107 lid 1 VWEU. Ten aanzien van de toepassing van het *Altmark*-arrest maakt het Gerecht allereerst duidelijk dat het Hof van Justitie in *Altmark* niet vereist heeft dat de objectieve en transparante parameters bijdragen aan een efficiënte financiering van de DAEB. Alleen de vierde voorwaarde vereist dat de DAEB-beheerder de compensatie zo efficiënt mogelijk uitvoert. Als er sprake is van staatssteun, oordeelt het Gerecht dat de Commissie deze steun op basis van artikel 106 lid 2 VWEU verenigbaar mag verklaren, zonder dat hierbij een efficiëntietest gehouden hoeft te worden. Dat de regelgeving uit het Almunia-pakket efficiëntiemethodes verbindt aan de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde is voor het Gerecht niet relevant bij de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU. Vervolgens oordeelt het Gerecht dat artikel 106 lid 2 VWEU niet vereist dat objectieve en doorzichtige berekeningscriteria worden toegepast.³³ Een ander verschil is dat op basis van artikel 106 lid 2 VWEU het evenredigheidsbeginsel vereist dat de reële kosten van een DAEB niet overschreden worden, terwijl de *Altmark*-toepassing de nettokosten van de DAEB als uitgangspunt neemt.³⁴ Tot slot oordeelt het Gerecht dat de gelijkenis tussen de tweede *Altmark*-voorwaarde en (punt 51 van) de Omroepmededeling niet relevant is, omdat de Commissie alle voorwaarden van de omroepmededeling heeft meegewogen in haar verenigbaarheidsbeoordeling. Hierop verwerpt het Gerecht het beroep.

Uitspraak van het Hof van Justitie in hoger beroep

In hoger beroep voert Viasat aan dat het Gerecht een onjuiste uitleg heeft gegeven van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel ten aanzien van het financieren van DAEB, door de twee en vierde *Altmark*-voorwaarde niet te betrekken in de analyse van artikel 106 lid 2

26. Besluit van de Commissie van 20 april 2011 (Besluit TV 2 Danmark III).

27. Deze hogere voorziening is op het moment van schrijven nog aanhangig voor het Hof van Justitie: zaak C-649/15 P, *Tv2 Danmark/Commissie*.

28. DAEB-Kaderregeling, punten 38-43. Zie ook A. Sinnaeve, 'What's New in SGEI in 2012? – An Overview of the Commission's SGEI Package', *European State Aid Law Quarterly* 2012, nr. 11, p. 347-367.

29. DAEB-Kaderregeling, punten 38-46.

30. DAEB-Kaderregeling, punt 19. Zie ook de punten 37, 49, en 56 van deze Kaderregeling. Zie ook de Mededeling inzake de toepassing van DAEB en staatssteun, *PbEU* 2012, C 8/4, overwegingen 65, 66, 70, 75.

31. Gerecht 24 september 2015, zaak T-125/12, *Viasat*, r.o. 68.

32. Gerecht 12 februari 2008, zaak T-289/03, *BUPA*, ECLI:EU:T:2008:29. m.nt. W. Sauter, 'Case note on Case T-289/03, *BUPA*', *Common Market Law Review* 2009, p. 269-286.

33. Gerecht 24 september 2015, *Viasat*, r.o. 88, 89, 90.

34. Gerecht 24 september 2015, *Viasat*, r.o. 89, 90.

VWEU. Daarnaast voert Viasat aan dat toepassing van het evenredigheidsbeginsel op basis van artikel 106 lid 2 VWEU ziet op verschillende fasen van de steunverlening en niet exclusief op de verenigbaarheid van staatssteun. Viasat voert aan dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel moet toepassen in een aantal stadia. Viasat deelt deze stadia als volgt in: een omschrijvingsfase waarin de economische activiteit als DAEB wordt omschreven, een opdrachtphase waarin de wettelijke taak voor de onderneming wordt bepaald en een toepassingsstadium waarin een schending van artikel 107 lid 1 VWEU moet worden vastgesteld. Naast het stadium van verenigbaarheid zou het evenredigheidsbeginsel ook een rol in de drie eerdere fases moeten spelen.³⁵

Het Hof van Justitie oordeelt dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de Commissie bij de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU niet verplicht is om rekening te houden met de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde. Het Hof van Justitie baseert zijn oordeel hoofdzakelijk op de conclusie van advocaat-generaal Wahl.³⁶ Deze stelt vast dat de verhouding tussen artikel 106 lid 2 VWEU en het *Altmark*-arrest onvoldoende duidelijk is geweest in het verleden.³⁷ Juist omdat het Hof van Justitie de *Altmark*-voorwaarden zeer strikt toepast, waardoor in de meeste gevallen de voorwaarden niet vervuld worden, speelt artikel 106 lid 2 VWEU nog een centrale rol. Op basis van Wahls heldere conclusie brengt het Hof van Justitie een duidelijke waterscheiding aan tussen de toepassing van het *Altmark*-arrest en de werking van het evenredigheidsbeginsel van artikel 106 lid 2 VWEU. De doelstelling van het *Altmark*-arrest is om te beoordelen of er sprake is van een compensatie of een economisch voordeel op basis van artikel 107 lid 1 VWEU. De evenredigheidstoepassing van artikel 106 lid 2 VWEU valt exclusief binnen de bevoegdheid van de Commissie om een maatregel die niet aan de *Altmark*-voorwaarden voldoet, verenigbaar te verklaren met de interne markt. Binnen deze toets geldt de vraag of een DAEB 'onder economisch aanvaardbare omstandigheden' kan worden uitgevoerd door een onderneming en niet de vraag of de DAEB zo efficiënt mogelijk wordt verricht. Artikel 106 lid 2 VWEU vereist volgens het Hof van Justitie in elk geval niet dat een DAEB-beheerder op basis van een aanbesteding of benchmarking wordt geselecteerd. Het feit dat de DAEB-Kaderregeling aanbestedingsverplichtingen en methoden voor kostenefficiëntie noemt bij melding van artikel 106 lid 2 VWEU bindt volgens het Hof van Justitie daarom niet de lidstaten. Anders zou dit het begrip 'economisch aanvaardbare omstandigheden' te eng maken, en daarmee de evenredigheidstoepassing van artikel 106 lid 2 VWEU beperken. Bij het beoordelen van verenigbaarheid van staatssteun voor openbare omroepen heeft de Commissie een ruime beoordelingsbevoegdheid op basis van de omroepmededeling. Hier hoeven de *Altmark*-

voorwaarden niet meegewogen te worden, oordeelt het Hof van Justitie.³⁸ Het Hof van Justitie oordeelt daarom dat de hogere voorziening ongegrond is en laat de uitspraak van het Gerecht in stand.

Opmerkingen

Het *Altmark*-arrest werd door het Hof van Justitie gewezen om duidelijkheid te verschaffen over de verhouding tussen artikel 107 lid 1 VWEU en artikel 106 lid 2 VWEU. Deze duidelijkheid lijkt er na de uitspraak van het Hof van Justitie in *Viasat/Commissie* op het eerste gezicht te zijn, omdat het Hof van Justitie een zeer duidelijke waterscheiding aanbrengt tussen het toepassingsbereik van het *Altmark*-arrest en de evenredigheidstoepassing van artikel 106 lid 2 VWEU, die exclusief gereserveerd is voor de verenigbaarheidstoets. Toch kan de uitspraak van het Hof van Justitie een aantal zaken niet verbloemen. Allereerst geeft zowel het Gerecht, het Hof van Justitie als advocaat-generaal Wahl duidelijk toe dat het *Altmark*-arrest in de praktijk zeer moeilijk toepasbaar is. Het is daarom niet verwonderlijk dat de Commissie een vrijstelling voor DAEB heeft gecreëerd waarin de vierde *Altmark*-voorwaarde wordt losgelaten. Ondanks deze praktische ruimte zorgt de diversiteit van DAEB-omschrijvingen in de uiteenlopende openbare sectoren voor een flinke uitdaging voor de Unierechter om de *Altmark*-voorwaarden coherent en uniform uit te leggen. Dat geldt zowel voor de nationale rechter in zijn controle op onrechtmatige staatssteun ex artikel 107 lid 1 jo. 108 lid 3 VWEU als voor het Gerecht dat in eerste instantie over de rechtmatigheid van Commissiebesluiten oordeelt. Uit de uitspraak van het Gerecht blijkt dat juist deze Unierechter een zeer harde kluit heeft gehad aan de toepassing van de strikte voorwaarden van het *Altmark*-arrest in uiteenlopende sectoren (zoals zorgmarkten en publieke omroepstelsels). De uitspraken van het Gerecht en het Hof van Justitie corrigeren een aantal technieken die het Gerecht zelf in zijn eerdere rechtspraak heeft toegepast om een uniforme toepassing voor alle economische sectoren te verzekeren. In het arrest *BUPA* oordeelde het Gerecht nog dat de *Altmark*-toepassing grotendeels overeenkomt met de evenredigheidstoets van artikel 106 lid 2 VWEU door te bepalen dat een compensatie voldeed aan het 'doel en de geest' van *Altmark*.³⁹ Deze complexe zaak draaide om een financieringsstelsel van particuliere zorgverzekeringen in Ierland dat van toepassing was op alle particuliere zorgverzekeraars op het Ierse grondgebied. Het Gerecht beoordeelde het financieringsstelsel op geschiktheid ten aanzien van de doelstelling (in casu volksgezondheid) en oordeelde dat de Commissie moest controleren of de financiering noodzakelijk was. De Commissie moest daarom nagaan of de compensatie de minst ingrijpende maatregel was ten

35. Zie de Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*.

36. Zie de Conclusie van A-G Wahl bij zaak *Viasat*.

37. Conclusie van A-G Wahl bij zaak *Viasat*, randnr. 20.

38. *PbEU* 2010/83/308.

39. Gerecht 12 februari 2008, zaak T-289/03, *BUPA*, ECLI:EU:T:2008:29.

aanzien van de mededinging. Deze evenredigheidstoepassing gaf de Commissie voorrang boven een strikte toepassing van de derde en vierde *Altmark*-voorwaarde. Ook in *CBI/Commissie*, een andere zaak uit de zorgsector, oordeelde het Gerecht dat de aard van een economische sector een 'flexibele interpretatie' mag inhouden van de *Altmark*-voorwaarden, waardoor niet altijd gekozen hoeft te worden voor een openbare aanbesteding of benchmarking. Daarom moet rekening gehouden worden met de specifieke kenmerken van de openbare dienstmarkt. Door de praktische toepassingsproblemen in deze sector wees het Gerecht de Belgische overheid overigens op de praktische mogelijkheden van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.⁴⁰ De toepassingen van het evenredigheidsbeginsel in *BUPA* en *CBI* hebben bij auteurs de vraag opgeroepen of de *Altmark*-voorwaarden meer open normen vormen in openbare dienstsectoren waar de Unie een beperkte bevoegdheid heeft ten opzichte van ruime bevoegdheden van lidstaten, zoals de gezondheidszorg, sociaal beleid en publieke omroepen.⁴¹ In zekere zin moest het Hof van Justitie in *Viasat* met een duidelijk antwoord komen op deze vraag. Met de zaak *Viasat* heeft het Hof van Justitie schoon schip willen maken door de evenredigheidstoepassing exclusief te reserveren voor de verenigbaarheidsfase en daarmee hoofdzakelijk voor de Commissie. Evenredigheid en verenigbaarheid worden hier door het Hof van Justitie als inwisselbare begrippen uitgelegd. Het is de mening van deze auteur dat evenredigheid weliswaar een onderdeel is van de verenigbaarheidstoetsing, maar geen synoniem begrip is. Vanuit zowel een theoretisch als een praktisch oogpunt werpt het exclusieve toepassingsbereik van dit Uniebeginsel, zoals geformuleerd door het Hof van Justitie, daarom ook de nodige vragen op. Aan het betoog van *Viasat* dat het evenredigheidsbeginsel op basis van artikel 106 lid 2 VWEU meerdere toetsingsfasen kent, is het Hof van Justitie eigenlijk voorbijgegaan. De vier stadia van evenredigheid (omschrijving, aanwijzing, toepassing en verenigbaarheid) die *Viasat* heeft aangevoerd, waren helaas dusdanig ongelukkig geformuleerd dat het Hof van Justitie niet inhoudelijk op het middel van *Viasat* is ingegaan. Desondanks kunnen elementen van evenredigheid teruggevonden worden in de

Altmark-toepassing. De eerste *Altmark*-voorwaarde ziet nadrukkelijk op het omschrijven van het algemeen belang van een openbare dienst. De omschrijving van de dienst moet geschikt zijn om een openbare dienst te bereiken.⁴² Dat betekent dat een compensatie er daadwerkelijk toe strekt om dit algemene belang op een stelsmatige wijze te bereiken. De tweede *Altmark*-voorwaarde verbindt aan de algemeenbelangactiviteiten duidelijke kostenposten, zodat de doelstelling van de DAEB op een objectieve wijze bereikt kan worden.⁴³ Tot slot ziet de derde voorwaarde op de noodzakelijkheid van een compensatie: de compensatie van de daadwerkelijke en noodzakelijke nettokosten is volgens het Hof van Justitie in *Altmark* de minst ingrijpende manier van overheidsingrijpen op de markt.⁴⁴ Deze evenredigheidsbenadering is recent door het Gerecht toegepast in de zaak *SNCM/Commissie*.⁴⁵ De Commissie heeft in deze zaak een vervoersdienst voor een veerbootverbinding tussen Corsica en het Franse vasteland beoordeeld op basis van de *Altmark*-voorwaarden. De Commissie heeft opgemerkt dat de aanvullende compensaties die DAEB-beheerder SNCM ontving bovenop de compensatie voor de openbare dienst, in strijd waren met de eerste en tweede *Altmark*-voorwaarde en met de derde én vierde *Altmark*-voorwaarde.⁴⁶ De Commissie besloot namelijk dat de door de SNCM verstrekte aanvullende dienst niet noodzakelijk was om in een reële behoefte van een overheidsdienst te voorzien en dat de financieringsvoorwaarden en selectiemethoden evenmin evenredig waren aan deze behoefte.⁴⁷ In *SNCM/Commissie* oordeelde het Gerecht dat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel door de Commissie binnen de *Altmark*-test (in casu de eerste en de tweede *Altmark*-voorwaarde) een effectieve belangenafweging tussen artikel 107 lid 1 VWEU en het uitvoeren van een DAEB mogelijk maakte.⁴⁸ Deze illustratie laat zien dat het Gerecht, om de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden te verzekeren, het evenredigheidsbeginsel doorheen de *Altmark*-voorwaarden toepast, zonder dat het hier de fase van verenigbaarheid betreft.

40. Gerecht 7 november 2012, zaak T-137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI)/Commissie*, ECLI:EU:T:2012:584.

41. E. Szyszczak, 'Survey: Services of general economic interest and measures that effect competition', *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, 5(7), p. 508-518; W. Sauter, 'The impact of EU competition law on national healthcare systems', *European Law Review* 2013, 38(4), p. 457-478; E. Manunza, 'Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules', in: E. Szyszczak, 'Social Services of General Interest in the EU', Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 367; T. von Danwitz, 'State aid Control over public services: a view from the Court', in: M. Krajewski, U. Neergaard en J.W. van de Gronden (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009; M. Ross, 'A Healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance', *European Law Review* 2009, 34(1), p.127-140; A. Bartosch, 'The ruling in BUPA - Clarification or Modification of Altmark', *European State Aid Law Quarterly* 2008, 7(2), p. 1.

42. HvJ EU 18 februari 2016, zaak C-446/14 P, *Duitsland/Commissie*, ECLI:EU:C:2016:97; Gerecht 16 juli 2014, zaak T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:T:2014:676; Gerecht 3 december 2014, zaak T-57/11, *Castelnou Energia*, ECLI:EU:T:2014:1021, r.o. 150-152.

43. Gerecht 16 juli 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*.

44. Inclusief een redelijke winst (zie ook HvJ EU 26 oktober 2016, zaak C-211/15 P, *Orange/Commissie*, ECLI:EU:C:2016:798).

45. Gerecht 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM/Commissie*, ECLI:EU:T:2017:134.

46. Besluit Commissie inzake steunmaatregelen aan Société Nationale Corse Méditerranée en de Compagnie Méridionale de Navigation (SNCM), 2 mei 2013, 2013/435/E.

47. Besluit Commissie inzake steunmaatregelen aan Société Nationale Corse Méditerranée en de Compagnie Méridionale de Navigation (SNCM), 2 mei 2013, 2013/435/E.

48. Gerecht 1 maart 2017, *SNCM/Commissie*. Zie ook HvJ EU 9 juli 2015, zaak C-63/14, *Commissie/Frankrijk (SNCM)*, ECLI:EU:C:2015:458; HvJ EU 4 september 2014, gevoegde zaken C-533/12 P en C-536/12 P, *SNCM/Corsica Ferries*, ECLI:EU:C:2014:2142 en HvJ EU 21 januari 2014, zaak C-574/13 P, *Frankrijk/Commissie (SNCM)*, ECLI:EU:C:2014:36.

In zijn uitspraak in *Viasat* heeft het Hof van Justitie zich volledig geconcentreerd op het doel van het *Altmark*-arrest ten opzichte van het doel van de verenigbaarheidstest. Dat is te betreuren omdat de rechtsvraag die in *Viasat* centraal stond relevant is voor de toepassing van het *Altmark*-arrest en artikel 106 lid 2 VWEU door de nationale rechter. Het Hof van Justitie heeft zich niet gerealiseerd dat de evenredigheidstoepassing wel degelijk kan voorkomen bij een controle op staatssteun, en daarmee binnen het *Altmark*-arrest. De omschrijving van een DAEB kan namelijk voor de nationale rechter worden aangevochten door belanghebbenden, zowel op basis van het *Altmark*-arrest als het Vrijstellingsbesluit en op basis van de eerste volzin van artikel 106 lid 2 VWEU waaraan het Hof van Justitie rechtstreekse werking heeft toegekend.⁴⁹ Hier moet de nationale rechter het Uniebeginsel van evenredigheid toepassen en controleren of er sprake is van een maatregel die geschikt is om een algemeen belang te bereiken ofwel dat er sprake is van een normale marktactiviteit.⁵⁰ In dat laatste geval is de nationale rechter verplicht om verder te controleren of er mogelijk sprake is van onrechtmatige staatssteun.⁵¹ Deze geschiktheidstoets zal door de nationale rechter zowel beoordeeld moeten worden in de fase van de omschrijving van de DAEB als in de aanwijzingsfase. Hier komen de materiële reikwijdte van de eerste *Altmark*-voorwaarde en de eerste volzin van artikel 106 lid 2 VWEU inhoudelijk overeen. Op basis van de rechtstreekse werking van artikel 106 lid 2 VWEU, eerste volzin, VWEU en de eerste *Altmark*-voorwaarde is de nationale rechter de aangewezen instantie om feitelijk na te gaan of er sprake is van een daadwerkelijke DAEB. De praktische naleving van deze verplichtingen voor de nationale rechter op basis van de rechtstreeks werkende bepalingen van artikel 108 lid 3 VWEU en artikel 106 lid 2 VWEU sluiten naar de mening van de auteur overigens ook niet uit dat de nationale rechter vervolgens ook de andere *Altmark*-voorwaarden, binnen de *Altmark*-toepassing toetst aan het evenredigheidsbeginsel. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel is hier nadrukkelijk niet gericht op verenigbaarheidsverklaring, maar op het controleren van mogelijk onrechtmatige steun en het handhaven van de belangen van de partijen. Tot slot heeft dit arrest een andere praktische implicatie. Omdat het Hof van Justitie zeer duidelijk geoordeeld heeft dat de efficiëntiebepalingen uit het Almunia-pakket de lidstaten niet binden, is uit het arrest *Viasat/Commissie* duidelijk geworden dat de DAEB-Kaderregeling niet vereist dat een aangemelde DAEB aanbesteed hoeft te worden of door middel van benchmarking moet worden geselecteerd.⁵² De uitspraak van het Hof van

Justitie betekent dan ook dat aangemelde steunmaatregelen door de Commissie beoordeeld moeten worden op basis van de specifieke economische voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU.

Conclusie

Deze bijdrage laat zien dat de '*Altmark*-bus' weer terug is van weggeweest. Hoewel het *Altmark*-arrest een simpele rit van A naar B moest worden voor het Hof van Justitie, is de eindbestemming nog lang niet bereikt. In de rechtspraak van het Gerecht zijn de voorwaarden van de compensatiebenadering en artikel 106 lid 2 VWEU vaak complementair toegepast. Het Hof van Justitie brengt nu een waterscheiding aan tussen *Altmark* en het toepassingsbereik van artikel 106 lid 2 VWEU. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat *Altmark* toeziet op het vaststellen van een voordeel op basis van artikel 107 lid 1 VWEU. Artikel 106 lid 2 VWEU biedt de lidstaten meer ruimte door algemene belangen in openbare sectoren te verzoenen met de naleving van de mededinging en de werking van de interne markt. Door deze uitspraak wordt de werking van artikel 106 lid 2 VWEU geen dode letter en zijn de lidstaten niet langer gebonden aan de efficiëntiebepalingen op basis van het Almunia-pakket. Hoewel het Hof van Justitie terecht heeft geoordeeld dat artikel 106 lid 2 VWEU de centrale bepaling vormt voor het beoordelen van DAEB, legt het het evenredigheidsbeginsel wel erg beperkt uit. De *Altmark*-voorwaarden en de rechtstreekse werking van artikel 106 lid 2 VWEU sluiten namelijk niet uit dat buiten de verenigbaarheidstoets ook de nationale rechter een gedeeltelijke evenredigheidsbeoordeling moet verrichten in nationale procedures. Daarnaast past de Commissie het evenredigheidsbeginsel ook binnen de *Altmark*-test toe en heeft het Gerecht dit recent in *SNCM* toegestaan. Het Hof van Justitie zal deze vraag nader moeten beantwoorden bij de volgende halte van de *Altmark*-toepassing: zaak C-649/15 P, *TV2 Danmark/Commissie*.

49. HvJ EG 30 januari 1974, zaak C-127/73, *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:6.

50. HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03, *Wolfgang Heiser*, ECLI:EU:C:2005:130.

51. HvJ EU 8 december 2011, zaak C-275/10, *Residex/Gemeente Rotterdam*, ECLI:EU:C:2011:814; HvJ EU 17 september 2014, zaak C-242/13, *Commerz/Havenbedrijf Rotterdam*, ECLI:EU:C:2014:2224.

52. HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 38, 44 en 46; Gerecht 24 september 2015, *Viasat*, r.o. 103.