



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?

Aalbers, M.

Citation

Aalbers, M. (2024, June 5). *De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3762243>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3762243>

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

Het *Altmark*-arrest van het Hof van Justitie: het toepassingskader voor de nationale rechter om diensten van algemeen economisch belang in de verbodsfase op staatssteun te beoordelen

1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 werd uiteengezet hoe een belangenafweging een objectieve rechtvaardiging mogelijk maakt en daarmee maatregelen uitzondert van het staatssteunrecht. In het kader van de materiële selectiviteitstest zijn knelpunten van bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten bij deze belangenafweging gesignaleerd.

In dit hoofdstuk wordt de aandacht gevestigd op de diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB). Net zoals de legitieme belangen die een afwijking op het begrip “materiële selectiviteit” rechtvaardigen, komen DAEB volgens het staatssteunrecht eveneens in aanmerking voor een afwijkende behandeling. Deze openbare diensten vragen op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU, artikel 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU om een bijzondere behandeling waar het de toepassing van de staatssteunregels betreft. Zoals in de inleiding van dit proefschrift (paragraaf 2.2.2) is uiteengezet valt het beheer van een DAEB volgens artikel 106, lid 2, VWEU “onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.”¹ Anders dan bij de vrij verkeersbepalingen en de artikelen 101 en 102 VWEU is de nationale rechter niet bevoegd om eventuele objectieve rechtvaardigingen voor staatssteun rechtstreeks op basis van artikel 106, lid 2, VWEU te billijken.² De nationale rechter mag niet in de bevoegdheid treden van

1 Artikel 106, lid 2, VWEU luidt: “De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.” Artikel 14 VWEU heeft hieraan toegevoegd dat zowel de lidstaten als de instellingen van de Unie – vanuit hun onderscheidende bevoegdheden – bijdragen aan het functioneren van DAEB op grond van de Verdragen, in het bijzonder de artikelen 93, 106 en 107 VWEU.

2 Zie hoofdstuk 3. Zie voor de rol van de nationale rechter bij de toepassing van DAEB en de artikelen 101 en 102 VWEU artikel 6 van Verordening 1/2003/EG en HvJ EU, 6 oktober 2015, C-23/14, *Post Danmark t Konkurrencerådet*, r.o. 31,47. Zie conclusie A-G Cruz Villalón van 30 april 2013 voor zaak C-518/11, *UPC Nederland t Gemeente Hilversum*, randnummers 46-48. Zie ook Wils 2020, p. 15-18; Komninos 2008, p. 7-12.

de Commissie om staatssteun voor DAEB op grond van artikel 106, lid 2, VWEU verenigbaar te verklaren met de interne markt.³

Het bijzondere karakter van de DAEB – en de bevoegdheidsverdeling die de Unie en de lidstaten respectievelijk hebben ten opzichte van deze diensten – komt nadrukkelijk terug in de verbodsfase van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. De staatssteuntoepassing kent een afwijkende behandeling toe aan DAEB, die evenwel niet mag leiden tot een voorkeursbehandeling van ondernemingen die een DAEB beheren. Indachtig het bijzondere belang van DAEB onder de Verdragen heeft het Hof in het *Altmark*-arrest voor afwijkingsmogelijkheid op het begrip “voordeel” onder artikel 107, lid 1, VWEU toegestaan. In de eerdere jurisprudentie van het Hof bestond er geen ruimte om op grond van algemene belangen een uitzondering te formuleren op het voordeeltbegrip.⁴ De *Altmark*-toepassing vormt een afwijking op het voordeeltbegrip omdat de beoordeling van compensaties niet beoordeeld wordt op marktconformiteit volgens het beginsel van een particuliere marktinvesteerder.⁵ Als er voldaan wordt aan vier cumulatieve voorwaarden is er volgens het Hof geen voordeel en daarmee geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. In plaats van een voordeel is volgens de *Altmark*-rechtspraak sprake

3 Zie hoofdstuk 5. Staatssteun die onder het DAEB-Vrijstellingsbesluit valt kan overigens door de overheden van de lidstaten aangemerkt worden als verenigbaar. In een geschil voor de nationale rechter kan deze verenigbaarheidsstoepassing door de nationale rechter op rechtmatigheid gecontroleerd worden. De Commissie heeft op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit de lidstaten gemachtigd, als uitzondering op de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU, om binnen hun bevoegdheden verschillende categorieën van steun direct te implementeren.

4 Voor de wijziging van de uitspraken van het Hof in *Ferring* en *Altmark* viel elke vorm van financiering van DAEB onder het normale toetsingskader van artikel 107, lid 1, VWEU (de staatssteunbenadering). Hier maakte het Hof in beginsel geen onderscheid tussen een “normale steunmaatregel” en het bijzondere karakter van een DAEB-compensatie. Dit bijzondere karakter werd pas getoetst in de verenigbaarheidsfase van een maatregel, waar de Commissie op basis van artikel 106, lid 2, VWEU een algemeen belang afwoog tegen de belangen van de interne markt. In het *Ferring*-arrest heeft het Hof weliswaar een compensatiebenadering geaccepteerd, maar de invulling hiervan aan de nationale rechter gelaten. In het *Altmark*-arrest heeft het Hof deze compensatiebenadering geconcretiseerd. Zie HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*, r.o. 18, 32,33; Zie conclusie A-G Tizzano van 8 mei 2001 voor zaak, C-53/00, *Ferring*, randnummer 27-32, 54, 63, 68. 79, 84 HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 27,29,36, 53,56. Zie Hessel 2006, p. 479-498.

5 Kavanagh 2017, p. 65-85; Cyndecka 2016. Conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 voor zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummer 85.

van een compensatie aan een DAEB-beheerder en wordt deze financiële transactie onder normale marktomstandigheden verricht.⁶

Compensaties die voldoen aan de *Altmark*-voorwaarden hoeven vervolgens niet aangemeld te worden bij de Commissie om volgens artikel 108, lid 3, VWEU jo. artikel 106, lid 2, VWEU beoordeeld te worden op verenigbaarheid met de interne markt. De uitspraak van het Hof is een aanzet geweest van het Hof om de nationale rechter te voorzien van een maatstaf voor feitelijke controle op DAEB-compensaties in het kader van private handhaving.⁷ Bovendien heeft de rechtspraak van het Hof *ex ante* toezichtcriteria uiteengezet voor de compensatiebenadering die gelden voor de overheden van de lidstaten.⁸

Anno 2024 volgt uit een overzicht van prejudiciële procedures en beroepszaken dat de toepassing van dit arrest evenwel nog steeds ingewikkeld en enigszins omslachtig is voor nationale actoren, waaronder de nationale rechter.⁹ De oorzaak van het ingewikkelde karakter van de *Altmark*-voorwaarden ligt in de diversiteit van de DAEB-omschrijvingen door de lidstaten zelf en de geringe beperkingen die het Unierecht hieraan stelt. Eveneens zijn deze beperkingen niet duidelijk afgebakend en variëren zij per economische sector. Zodoende laten DAEB als algemene belangen-categorie zich naar hun aard en opzet moeilijk juridisch inkaderen in een objectief staatssteunbegrip dat in beginsel geen ruimte toekent aan de lidstaten om algemene belangen mee te wegen. De compensatiebenadering beoogt weliswaar staatssteun op zijn effecten te beoordelen en niet op zijn doelstellingen, maar vraagt ook van de nationale rechter als feitenrechter, en

-
- 6 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*. 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 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 gemeenschap. 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.
- 7 Sinnavee 2003, p. 351-363; Renzuli 2008, p. 399-432. Zie ook Corhaut et al 2017, p. 275-325. Szyszczak 2017, p. 395-407.
- 8 Van Buiren 2014, p. 61-66; Sauter 2015, p. 138-153.
- 9 Onderzoeksrapport Commissie, "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts", Bureau voor publicaties EU, Luxemburg, 2019, p. 84, 86; *Korkein hallinto-oikeus* (Hoogste bestuursrechter Finland), 16 februari 2018, *Jokilaaksojen pelastuslaitoksen* No 4003/3/16, ECLI:FI:KHO:2018:28. Zie Annex III: landenrapport Finland.

ook van de Commissie, om toch wel rekening te houden met de bijzondere aard van DAEB, op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.¹⁰

In de praktijk ervaren nationale rechters moeilijkheden bij het controleren van de *Altmark*-voorwaarden in het kader van de staatssteunhandhaving.¹¹ Ondanks de mogelijkheden van zelfstandige toepassing, twijfelen nationale rechters of zij voldoende uitgerust zijn om het *Altmark*-arrest feitelijk toe te passen.¹² Zo had het Belgische Grondwettelijk Hof, ondanks de aanwijzingen van het Hof in de zaak *Libert*, moeite met de controle op de feitelijke toepassing van de voorwaarden.¹³ De rechtbank Den Haag kwam zelfs tot de slotsom dat de Commissie beter uitgerust is om na te gaan of aan de *Altmark*-voorwaarden is voldaan, dan de nationale rechter zelf.¹⁴ Ondanks de mogelijkheden voor directe toepassing leunen de nationale rechters op hun hulplijnen: het Hof en de Commissie.¹⁵ Uiteraard is hier vanuit het oogpunt van loyale samenwerking niets mis mee, maar deze ontwikkeling is wel opmerkelijk omdat het Hof de *Altmark*-toepassing specifiek heeft ontwikkeld om de nationale rechter bij te staan.¹⁶ In situaties waarin de nationale rechter niet kiest voor het inzetten van een hulplijn, komt het in sommige gevallen zelfs voor dat de nationale rechter juist tot de slotsom komt dat een eigenstandige interpretatie van *Altmark*-voorwaarden de voorkeur had boven het stellen van een prejudiciële vraag of een interpretatie door de Commissie.¹⁷ Zo oordeelde het *Bundesverwaltungsgericht* dat enkel aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden getoetst hoeft te worden bij

10 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 5.2.4.

11 Rapport Commissie, Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study, European Union, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 8, 86, 92. Zie ook Annex 3 inzake de landenrapporten van Finland, Litouwen, p. 125, 311.

12 Zie Hoogerechtshof van Tsjechië, 25 juni 2014, *Městský soud v Praze* ECLI:CZ:NS:2014:23. CDO.1341.2012.1; 23 Cdo 1341/2012-1.

13 Grondwettelijk Hof, 18 december 2013, *Eric Libert t Vlaamse regering*, nr. 145/2013, 2014/200307, r.o. 89, 90, Belgisch Staatsblad [2015]. Zie ook Hoofdstuk 5, paragraaf 4.3.

14 Rechtbank Den Haag, 28 mei 2014, *Zuid-Hollands Landschap t Gedeputeerde Staten provincie Zuid-Holland*, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726, par. 5.3.

15 Zie rapport Commissie, "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts", European Union, 2019, p. 8. Zie ook Annex 3 bij dit rapport, country reports, p. 334. Zie ook Langer, J et al 2016, p. 19-20. Zie ook het arrest van het Hoogerechtshof van Tsjechië, 25 juni 2014, *Městský soud v Praze* ECLI:CZ:NS:2014:23. CDO.1341.2012.1; 23 Cdo 1341/2012-1

16 Vanuit het perspectief van rechtsbescherming op grond van het Unierecht is dit mogelijk problematisch omdat namelijk alleen de nationale rechter bevoegd is om inhoudelijk te toetsen aan de *Altmark*-voorwaarden. Zie HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 68.

17 Rapport Commissie, "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts", European Union, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), Annex III, p. 311. Zie ook 5.2.3 van dit hoofdstuk.

het beoordelen van staatssteun in de verbodsfase.¹⁸ In enkele gevallen van *ex post* onderzoek kwamen Commissie en Hof eveneens tot de conclusie dat nationale rechters de *Altmark*-voorwaarden niet daadwerkelijk toegepast hadden.¹⁹

In dit hoofdstuk wordt zodoende onderzocht hoe de nationale rechter op basis van het Unierecht de *Altmark*-voorwaarden dient toe te passen. Aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU wordt een leidraad voor nationale rechters geformuleerd voor de concrete invulling van deze voorwaarden. Allereerst worden daartoe in paragraaf 2 de kernelementen van DAEB op basis van het Unierecht kort beschreven. Vervolgens wordt de compensatiebenadering uit het arrest *Altmark* in herinnering gebracht in paragraaf 3. In paragraaf 4 worden de begrippen uit het *Altmark*-arrest nader uitgelegd aan de hand van interpretatie door het Hof van Justitie tijdens prejudiciële procedures. Paragraaf 5 plaatst deze conceptuele interpretaties in de context van de beroepsprocedure. In de procedure volgens artikel 263 VWEU controleert het Hof van Justitie van de EU de toepassing van *Altmark*-voorwaarden door de lidstaten en de Commissie. In paragraaf 6 worden deze bevindingen toegepast op de verplichtingen van het *Altmark* – arrest voor de nationale rechter. Hierbij wordt het toepassingskader van het Hof van Justitie van de EU vergeleken met de bevoegdheden en verplichtingen van de nationale rechter onder Unierecht. Aan de hand van deze vergelijking, wordt een antwoord gegeven op de vraag of de toepassing van het *Altmark* – arrest door het Hof van Justitie van de Europese Unie een leidraad biedt voor de nationale rechter.

2 DE KERNELEMENTEN VAN EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

DAEB worden in het Werkingsverdrag (VWEU) genoemd in de artikelen 14 VWEU en 106, lid 2, VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU. Voorts wordt de toegang tot DAEB in artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten erkent vanwege het belang van sociale samenhang. Uit deze constitutionele Verdragsbepalingen, noch uit secundaire Uniewetgeving, volgt een alomvattende definitie van DAEB.²⁰ Dit is een bewuste keuze geweest van de Verdragsluitende partijen: DAEB kunnen per lidstaten verschillen. In diverse mededelingen heeft de Commissie DAEB omschreven als “marktdiensten waarvoor lidstaten, krachtens een criterium van algemeen belang,

18 Zie ook paragraaf 5.2.4. BVerwG, 16 december 2010, zaak 3 C 44.09, *OVG Rheinland-Pfalz* ECLI:DE:BVerwG:2010:1612210U3C44.09.0.

19 Consiglio di Stato, arrest van 3 maart 2010 (nr. 1405/2010), *Simet*. Zie ook HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*, r.o. 47. Zie ook paragraaf 5.4.1.

20 Zie ook Hessel et al 2011, p. 207.

openbare dienstverplichtingen laten gelden.”²¹ Het gaat volgens de Commissie om “economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder openbare dienstverplichting, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden) had verricht.”²²

DAEB komen in diverse openbare sectoren voor. Algemene kenmerken van DAEB zijn: kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling en algemene toegang van grote groepen burgers tot deze diensten.²³ Voorbeelden in de rechtspraak en de besluitpraktijk van de Commissie zijn: openbaar vervoersdiensten²⁴, natuurbeheer²⁵, publieke omroepen²⁶, de verhuur van sociale woningbouw²⁷, de aanleg van breedband op het platteland²⁸, kinderopvang en ouderenzorg.²⁹ Het Unierecht biedt lidstaten de ruimte om DAEB naar eigen inzicht te omschrijven, zolang deze omschrijving geen “kennelijke fout” oplevert.³⁰

Er is sprake van een kennelijke fout (gemaakt door de lidstaat) als de omschrijving niet voldoet aan de algemene kenmerken van een openbare dienst of wanneer er een economische activiteit als DAEB wordt aangewezen om de staatssteunregels te omzeilen.³¹ Daarom stelt het Unierecht een aantal randvoorwaarden aan DAEB-omschrijvingen. Een DAEB moet namelijk een aantal belangrijke bestanddelen bevatten. Allereerst moet deze openbare dienst ten goede komen aan alle gebruikers op een bepaald grondgebied. Ten tweede moet de DAEB een verplichting inhouden voor een onderneming en moet deze universeel van aard zijn. Ten derde moet deze openbare dienst bijdragen aan een ononderbroken toegang. Deze

21 Mededeling van de Commissie, 12 december 2002, paragraaf 17.

22 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”, Werkdocument Commissie, 29 april 2013, SWD (2013) 53 final/2, p. 22. De begrippen “DAEB” en “openbare dienstverplichting” worden soms als inwisselbare begrippen door het Hof uitgelegd. In beginsel benadrukt het begrip DAEB het algemeen belang van de economische activiteit. De openbare dienstverplichting ziet op het verplichte karakter van de DAEB; Zie ook Gerecht EU, 11 juli 2018, zaak T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*, r.o. 125.

23 Protocol nr. 26 bij het Verdrag van Lissabon over DAEB en artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten van de EU; Zie hiervoor artikel 2, sub c van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* (2012), p. 3-10.

24 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

25 Gerecht, 12 september 2013, T-347/09, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurgebieden)*.

26 Gerecht, 11 maart 2009, T-354/05, *Télévision Française*.

27 HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Minister van Wijken, Wonen en Integratie t. Sint Servaatius*.

28 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

29 Zie het DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* 2012, L 7/3b.

30 HvJ EU, 22 september 2011, C-148/09, *België t Deutsche Post*; HvJ EU, 29 april 2004, C-372/97, *Italië t Commissie*; HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*.

31 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C - 66/16 P t/m C - 69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 64.

voorwaarde betreft de continuïteit van de openbare dienst. Ten vierde moet de openbare dienst gelijke tarieven en kwaliteitsvoorwaarden beiden aan de eindgebruikers.³² Hierbij is economische rentabiliteit in beginsel niet van belang.³³ Deze voorwaarde houdt een gelijke toegang tot de openbare diensten in.³⁴ Tot slot mag een DAEB geen afbreuk doen aan materiële Uniebelangen, waaronder mededinging en de werking van de interne markt.³⁵ Een DAEB mag daarom de mededinging en het handelsverkeer niet onevenredig schaden.³⁶

Bovenstaande vier kernbestanddelen universaliteit, continuïteit en gelijkheid en evenredigheid zijn door het Hof bevestigd.³⁷ Daarnaast accepteert het Hof ook elementen van solidariteit en kostenefficiëntie als kenmerken van een openbare dienst.³⁸ Het Verdrag van Lissabon heeft deze kernbestanddelen nader ingevuld. Artikel 14 VWEU vult de Uniebelangen aan. DAEB moeten bijdragen aan de gemeenschappelijke waarden van de EU *ex* artikel 2 VEU. Artikel 14 VWEU benadrukt dat de Europese Unie en de lidstaten gezamenlijk zorg dienen te dragen dat DAEB functioneren en gefinancierd worden op basis van de Uniebeginselen, waaronder de beginselen van evenredigheid en non-discriminatie.³⁹ Het doel van artikel 14 VWEU is dat de algemene belangen van lidstaten in evenwicht worden gebracht met de werking van de interne markt en in het bijzonder de mededinging- en staatssteunregels. Eveneens zouden DAEB kunnen bijdragen aan sociale samenhang.⁴⁰

De centrale bepaling inzake DAEB en het mededingingsrecht betreft artikel 106, lid 2, VWEU:

“De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie,

32 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*.

33 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*, r.o. 42; HvJ EG, 19 mei 1993, C-320/91, *Corbeau*.

34 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český Telekomunikační t T-Mobile*, r.o. 39 en 40.

35 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*, r.o. 53.

36 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*; Conclusie HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 64; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 48.

37 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*; HvJ EU, 7 september 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*; Conclusie van A-G Mengozzi, 12 april 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*.

38 HvJ EU, 11 december 2014, C-113/13, *ANPAS t San Lorenzo*; HvJ EU, 7 december 2013, C-518/11 *UPC Nederland t Hilversum*.

39 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*, r.o. 53; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september 2017 bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 37.

40 Dawson & De Witte 2012, p. 41-70; Dawson & De Witte 2014, p. 964-990.

vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels (eerste volzin), voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.” (tweede volzin). De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.”

In *BRT t Sabam* heeft het Hof het begrip “DAEB-omschrijving”, en daarmee aan artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU, rechtstreekse werking toegekend, ten opzichte van alle Verdragsbepalingen.⁴¹ Voor zover de toepassing van het Unierecht het uitvoeren van de DAEB-taak, in rechte of in feite, verhindert, biedt artikel 106, lid 2, VWEU een uitzonderingsgrond voor de lidstaten. Deze “voor zover”-bepaling, in de tweede volzin van artikel 106, lid 2, VWEU, vereist een beoordeling op verenigbaarheid op grond van het evenredigheidsbeginsel, waarbij het algemene belang wordt afgewogen tegen de uitwerkingen op de mededinging en het handelsverkeer.⁴²

Omdat een DAEB zich door bovengenoemde kernelementen onderscheidt van andere economische activiteiten, kan een inbreuk op mededingings- en staatssteunregels – overigens alleen gerechtvaardigd zijn wanneer deze regels de vervulling van een DAEB verhinderen.⁴³ Wanneer het de toepassing van artikel 107, lid 1 jo. artikel 106, lid 2, tweede volzin, VWEU betreft is alleen de Commissie bevoegd om staatssteun voor DAEB rechtstreeks op grond van het Verdrag verenigbaar te verklaren met de interne markt.⁴⁴

3 DE *ALTMARK*-TOEPASSING: EEN COMPENSATIE VOOR HET VERRICHTEN VAN EEN DAEB IS GEEN STAATSSTEUN

3.1 De keuze van het Hof voor een compensatiebenadering voor DAEB in *Altmark*

In het *Altmark*-arrest gaf het Hof de nationale rechter zeer concrete en bindende aanwijzingen om een compensatie te beoordelen op staatssteun. Op voorwaarde dat een compensatie voor een DAEB slechts een tegenprestatie

41 HvJ EG, 30 januari 1974, C-127/73, *BRT t SABAM*, r.o. 19-23. In r.o. 22 oordeelde het Hof: “Dat het derhalve tot de taak van de nationale rechter behoort om na te gaan of een onderneming, die zich op grond van artikel 90, lid 2, op een derogatie aan de Verdragsregels beroept, inderdaad door de lidstaat met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast”. Zie eveneens Jones & Suffrin, p. 641-642.

42 Sauter 2015, p.125; Jones & Suffrin 2014, p. 641-642; Krajewski *et al* 2009, p. 66.

43 Sauter 2015, p.125; HvJ EU, 7 september 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*, r.o. 39-44; HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility*, r.o. 32; Gerecht EU, 25 maart 2015, T-556/08, *Slovenska post*, r.o. 388,394; HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*, r.o. 13-14, 16-19; HvJ EG, 10 december 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, r.o.27.

44 HvJ EU, 3 maart 2021, C-434/19 en C-435/19, *Poste Italiane t Riscossione Sicilia*, r.o. 73.

vormt voor het uitvoeren van een openbare dienstverplichting ontvangt de vervoerder geen staatssteun. Met de wijzing van dit arrest koos het Hof definitief voor een zogeheten “compensatiebenadering.”⁴⁵

Deze uitspraak heeft de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU drastisch gewijzigd. Voor de uitspraak van het Hof in *Altmark* viel elke vorm van financiering van DAEB onder het normale toetsingskader van artikel 107, lid 1, VWEU (de staatssteunbenadering).⁴⁶ Bij de staatssteunbenadering maakte het Hof in beginsel geen onderscheid tussen een “normale steunmaatregel” en het bijzondere karakter van een DAEB-compensatie. Dit bijzondere karakter werd pas getoetst in de verenigbaarheidsfase van een maatregel, waar de Commissie op basis van artikel 106, lid 2, VWEU het algemene belang afwoog tegen de belangen van de interne markt.⁴⁷

In zijn conclusie voor het *Altmark*-arrest plaatste A-G Léger (gelet op het spanningsveld tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase) grote kanttekeningen bij de toepassing van een speciaal staatssteunregime voor DAEB. Hij waarschuwde het Hof voor het probleem dat een onderscheid tussen steunmaatregelen die een algemeen belang dienen en steunmaatregelen voor openbare diensten conceptueel moeilijk te maken is. Hoewel een compensatiesysteem volgens hem wel in de vervoersector zou werken, uitte Léger zijn twijfels over de toepassing van een compensatiebenadering op andere economische sectoren, zoals bijvoorbeeld de publieke omroepen. De flexibele interpretatie van het objectieve staatssteunbegrip zou volgens hem tot rechtsonzekerheid leiden en nationale rechters een effectieve toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU jo. 108, lid 3, VWEU beletten.⁴⁸

In de uitspraak van het Hof in *Altmark* gaat het Hof niet inhoudelijk in op deze kanttekening van A-G Léger. Het Hof geeft niet bijzonder veel toelichting voor de keuze voor een compensatiebenadering.⁴⁹

Het hoofdgeding draaide om het besluit van het Regierungspräsidium Magdeburg om een vergunning te verlenen aan busvervoerder Altmark

45 Zie Klasse 2013, p. 35-52; Szyszczak et al 2013, p. 303-329; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Nicolaidis, 2017a, p. 96-106; Van Buijen et al 2014, p. 61-66; Hancher & Evans 2006, p.153-159. 2006, p.153-159. Zie ook Schotanus 2005, p. 200-205; Lynskey 2007, p. 157. Zie Nicolaidis 2015b. Zie de conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 voor zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 24.

46 In het *Ferring*-arrest heeft het Hof weliswaar de compensatiebenadering geaccepteerd, maar de invulling hiervan aan de nationale rechter gelaten (HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*). Zie Louis & Vallery 2004, p.53-74; Sinnaeve 2003, p. 351-363; Renzuli 2008, p. 399-432.

47 Sauter 2015, p. 125-144.

48 Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 19 maart 2002, *Altmark Trans*, 86 en 89. Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 14 januari 2003, randnummer 86.

49 Zie Nicolaidis 2017a, p. 96-106; Sauter 2015, p. 138-153; Schotanus 2005, p. 200-205; Louis & Vallery 2004, p.53-74; Sinnaeve 2003, p. 351-363.

voor het exploiteren van een lijndienst. Om de exploitatie te dekken, ontving Altmark al jarenlang subsidies van Magdeburg. Altmark heeft (na een procedure in eerste aanleg) hoger beroep ingesteld bij het *Bundesverwaltungsgericht*. Altmark voerde aan dat de exploitatie van de lijndienst onrendabel was en dat overheidssubsidies daarom noodzakelijk waren voor de continuïteit van de openbare dienst.⁵⁰ Het *Bundesverwaltungsgericht* stelde het Hof vervolgens prejudiciële vragen over het vergunningsstelsel en de exploitatiesubsidies. Het *Bundesverwaltungsgericht* vroeg het Hof of deze maatregelen in strijd waren met artikel 107, lid 1, VWEU⁵¹

De *Altmark*-test moest volgens het Hof de nationale rechter in staat stellen om te controleren of een onderneming, belast met een openbare dienstverplichting, in vergelijking tot zijn concurrenten, in een meer gunstige mededingingspositie wordt geplaatst.⁵² Als de DAEB-beheerder slechts een vergoeding zou krijgen voor daadwerkelijk verleende diensten was er geen sprake van een economisch voordeel en was daarmee niet voldaan aan artikel 107, lid 1, VWEU.

Aan de hand van vier cumulatieve voorwaarden dient de nationale rechter na te gaan of er sprake is van een compensatie voor een DAEB.⁵³ 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 gehouden met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van de DAEB;

50 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*, r.o. 27.

51 De prejudiciële vragen zagen eveneens op de toepassing van artikel 93 VWEU en verordening 1191/69/EG (thans de PSO-Verordening). Het Hof besloot dat de vraag van het *Bundesverwaltungsgericht* allereerst beantwoord moest worden op basis artikel 93 VWEU en de PSO-verordening. Het Hof oordeelde dat artikel 93 VWEU een *lex specialis* vormt op artikel 107, lid 1, VWEU. Het Hof oordeelde vervolgens dat de PSO-verordening een *lex specialis* vormt op artikel 93 VWEU. Daarom paste het Hof eerst deze verordening toe. Wanneer de speciale regels voor de vervoerssector niet van toepassing zouden zijn, zou het Hof het algemene staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU toepassen. Het Hof oordeelde, dat in geval de PSO-Verordening niet van toepassing zou zijn, de subsidies op basis van het *Altmark*-arrest moeten worden beoordeeld. In dat geval hoeft artikel 93 VWEU niet meer toegepast te worden HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 37, 61-64, 87.

52 *Idem*, r.o. 87.

53 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*.

- 4) De onderneming die de DAEB gaat beheren moet gekozen worden door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten voor de gemeenschap. 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).

De compensatiebenadering biedt wel degelijk ruimte voor het speciale karakter van een DAEB binnen de verbodstoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze benadering ziet op de vraag of er sprake is van een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktomstandigheden niet zou hebben gekregen of een zuivere compensatie voor het uitvoeren van een DAEB.⁵⁴ Wanneer niet voldaan is aan alle *Altmark*-voorwaarden kan de steun alsnog verenigbaar worden verklaard, hetzij op basis van een vrijstellingsmogelijkheid, ofwel op basis van artikel 106, lid 2, VWEU.⁵⁵

4 CONCEPTUELE INVULLING VAN DE *ALTMARK*-VOORWAARDEN DOOR HET HOF VAN JUSTITIE IN DE PREJUDICIËLE PROCEDURE

4.1 Inleiding

De toepassing van de zeer specifieke *Altmark*-voorwaarden heeft bij nationale rechters de nodige uitleggingsvragen doen rijzen. Via de prejudiciële procedure heeft het Hof de interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden verduidelijkt.

Het Hof heeft benadrukt dat de nationale rechter uiteindelijk de aangewezen instantie is om deze voorwaarden inhoudelijk toe te passen.⁵⁶ Het Hof acht zichzelf “niet bevoegd om een feitelijke toepassing van de

54 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 84, HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 66.

55 Er bestaan twee DAEB-vrijstellingsmogelijkheden. De DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening (Verordening nr. 2023/2832/EU van de Commissie van 13 december 2023 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU*(2023) L 2023/2832 (hierna: “DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening”)) stelt steun over een periode van drie tot maximaal € 750.000 vrij van melding. Het DAEB-Vrijstellingsbesluit stelt compensaties die wel voldoen aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden, maar niet aan de laatste *Altmark*-voorwaarde vrij van melding op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Zie Sauter 2012, p. 29-32. Daarnaast kan een lidstaat steun die alleen voldoet aan de eerste *Altmark*-voorwaarde melden op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. De Commissie besluit in dat geval over de verenigbaarheid van de steun.

56 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*; HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 69.

Altmark-voorwaarden te verrichten.”⁵⁷ Daarom heeft het Hof geoordeeld dat zowel in het kader van een prejudiciële procedure als in een beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 263 VWEU het Hof van Justitie van de Europese Unie zich beperkt tot het controleren van een kennelijke foute toepassing.⁵⁸ Binnen de context van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten heeft het Hof een exclusieve bevoegdheid om artikel 107, lid 1, VWEU uit te leggen, maar past het Hof een marginale toetsing toe ten aanzien van de *Altmark*-toepassing, zoals het Hof dit ook doet bij verenigbaarheidscriteria op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en 107, lid 2 en 3, VWEU.⁵⁹

Om de nationale rechter richtsnoeren te bieden heeft het Hof diverse concepten, zoals “normale economische activiteiten”, “aanwijzingsbesluit”, “objectieve en transparante parameters”, “overcompensatie”, “redelijke winst” en “een gemiddeld goed beheerde onderneming” nader ingevuld.⁶⁰ Deze begrippen en hun doelstellingen, zijn essentieel voor de toepassing van het arrest *Altmark* voor het Hof van Justitie van de Europese Unie en de nationale rechter.

4.2 De eerste *Altmark*-voorwaarde: een DAEB onderscheidt zich door een daadwerkelijk algemeen belang

4.2.1 Een onderneming wordt belast met een duidelijk omschreven DAEB

De eerste *Altmark*-voorwaarde veronderstelt dat een onderneming belast wordt met een duidelijk omschreven openbare dienstverplichting. Het Hof heeft deze voorwaarde uitgelegd conform artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin.⁶¹ De term “openbare dienstverplichting” ziet toe op het verplichte

57 Alleen de nationale rechter kan beoordelen of “de *Altmark*-voorwaarden op nationale maatregelen of situaties toe zijn te passen, aangezien dit tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoort”. HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 94.

58 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 88; HvJ EU, 20 december 2017, C-66/16 C-69/16, *Comunidad Autónoma del País Vasco t Commissie*, r.o. 67-76.

59 Flynn & Gilliams 2021, p. 1143-1145.

60 en door de Commissie en in het zogeheten Almunia-pakket geconcretiseerd (DAEB-Mededeling, *PbEU* (2012) C8, p. 4-14; DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* (2012), L7, p. 3-10; DAEB-Kaderregeling *PbEU* (2012) C8, p. 15-22).

61 Artikel 106, lid 2, VWEU luidt: “De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.”

karakter van de DAEB, maar wordt door het Hof vaak ook gebruikt voor het aanduiden van een DAEB.⁶²

In verschillende procedures heeft het Hof voorbeelden gegeven van situaties waarin economische activiteiten zich niet onderscheiden door een duidelijk omschreven algemeen belang. Als er *prima facie* sprake is van economische activiteiten die normaal gesproken door marktpartijen verricht worden, is een openbare dienstverplichting volgens het Hof een ongeschikt instrument. Zo kunnen havenwerkzaamheden, tandartspraktijken en landbouwactiviteiten zich niet onderscheiden door een algemeen belang wanneer deze toereikend door de markt uitgevoerd worden.⁶³ In het *Oostenrijkse tandartsen*-arrest oordeelde het Hof ondubbelzinnig dat tandartspraktijken normale economische activiteiten zijn die zich niet door een algemeen belang onderscheiden. In het arrest *Enirisorse* oordeelde het Hof dat het exploiteren van een haven zich niet onderscheidt door een algemeen belang.⁶⁴ Ook het ophalen van afval in de landbouwsector is een normale economische activiteit en vormt geenszins een algemeen belang, oordeelde het Hof in *GEMO* en *Duitsland t Commissie*.⁶⁵ Uit deze rechtspraak van het Hof kan worden opgemaakt dat het Hof controleert wat het beoogde doel is van een DAEB-aanwijzing. Wanneer dit het bevoordelen is van overheidsbedrijven zonder dat een algemeen belang door de lidstaat wordt aangetoond en er sprake is van compensatie van normale bedrijfskosten merkt het Hof een DAEB-omschrijving door de lidstaten aan als kennelijke fout.⁶⁶

Het Hof heeft naast kennelijk foute DAEB-omschrijvingen, ook de *prima facie* rechtmatigheid DAEB-omschrijvingen bevestigd. In het feitencomplex van de zaak *Eric Libert* besloot het Grondwettelijk Hof om prejudiciële vragen te stellen over een compensatiemechanisme voor sociale huisvesting.⁶⁷ Ten aanzien van de eerste *Altmark*-voorwaarde stelde het Hof vast dat sociale huisvesting door het Hof eerder in de zaak *Sint Servatius* sociale

62 Zie paragraaf 2 voor de definitie van “openbare dienstverplichting.”

63 Zie de zaken HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*; HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Oostenrijkse tandartsen*, HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie* (ZT Rheinland-Pfalz).

64 HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*.

65 HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*; HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie* (Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz).

66 HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*.

67 In casu heeft de Vlaamse overheid aan bouwbedrijven een “sociale last” opgelegd om sociale huisvesting aan te bieden voor sociaal kansarme groepen. Deze sociale last bestaat ten eerste uit een financiële bijdrage, te betalen door de bouwbedrijven uit de regio. In ruil hiervoor stelt de Vlaamse regering subsidies beschikbaar voor gerealiseerde sociale huurwoningen (het zogeheten “compensatiemechanisme”). Ten tweede bestaat deze sociale last uit een verplichting voor bouwheren om vast te stellen bij kandidaat-huurders en kandidaat-kopers of zij een “voldoende band” kunnen aan tonen met de gemeente van vestiging (de zogeheten “bindingseis”). Zie van Harten & Fröger 2013, p. 265-273. Zie De Cock, p. 277-280.

huisvesting als een dwingende reden van algemeen belang was aange-merkt. Het Hof verbond aan deze Unierechtelijke kwalificatie de mogelijkheid om ook sociale huisvesting als DAEB te omschrijven en dat daarmee op het eerste oog was voldaan aan de eerste *Altmark*-voorwaarde.⁶⁸

Overheden moeten door middel van een aanwijzingsbesluit duidelijk maken welke activiteiten als DAEB gaan worden uitgevoerd. In dit besluit moet daarom duidelijk omschreven zijn: 1) wat het algemene belang is; 2) waarom een openbare dienst wordt aangewezen; 3) wie de DAEB gaat uitvoeren; 4) waar de DAEB wordt uitgevoerd; 5) wanneer de DAEB wordt aangewezen en; 5) hoe de DAEB wordt uitgevoerd. In het arrest *Enirisorse* heeft het Hof benadrukt dat een algemene wettelijke bepaling – noch een nationaal- en/of Unierechtelijke wettelijke verplichting-niet volstaat als aanwijzingsbesluit.⁶⁹ Het Hof stelde vast dat er door de Italiaanse overheid geen daadwerkelijk en duidelijk omschreven besluit was genomen om de havenbedrijven met een DAEB te belasten.

Afhankelijk van de aard en inhoud van de DAEB behoren lidstaten ook de geografische markt van de DAEB vast te leggen, om zo mededingingsvervalsingen op andere markten te voorkomen.⁷⁰

Eveneens moet het besluit weergeven hoe lang de onderneming met een DAEB belast is. Duidelijk is dat dit een termijn moet zijn die redelijk in verhouding staat tot de aard van de openbare dienst. Zo heeft het Hof in het arrest *Traghetti del Mediterraneo* geoordeeld dat een termijn van twintig jaar in elk geval de mededinging kan vervalsen.⁷¹ Het aanwijzingsbesluit moet bovenal een uitwerking geven aan de tweede en derde *Altmark*-voorwaarde. Het besluit moet daarom de kostenparameters die gebruikt worden voor de berekening van de compensatie weergeven, alsmede een bepaling tegen overcompensatie inhouden.

4.3 De tweede *Altmark*-voorwaarde: Objectieve en transparante parameters

4.3.1 *Berekeningscriteria voor een noodzakelijke compensatie*

Het Hof heeft in het arrest *Enirorse* het begrip “objectieve en transparante parameters” uiteengezet. Het betreft hier berekeningscriteria op basis

68 HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Minister van Wijken, Wonen en Integratie t. Sint Serva-tius*, r.o. 29-31.

69 HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse*. Zie ook HvJ EU, 27 januari 2022, C-238/20, *Sātiņi-S t Dabas aizsardzības pārvalde*, r.o. 48.

70 HvJ EU, 7 mei 2009, C-504/07, *Antrop t Carris*. r.o. 23-28.

71 HvJ EU, 10 juni 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, r.o. 43-44.

waarvan de compensatie vooraf op objectieve en doorzichtige wijze kan worden vastgesteld.⁷² Het Hof heeft helder gemaakt dat alleen de noodzakelijke netto-kosten in aanmerking komen voor compensatie. Het moet gaan om kosten die direct betrekking hebben op een duidelijk omschreven openbare dienst.⁷³ Zo oordeelde het Hof in *Libert* dat in een Vlaamse subsidieregeling voor sociale woningbouw *prima facie* geen duidelijke scheiding was aangebracht in de kostentoerekening voor sociale woningbouwprojecten en andere economische bouwactiviteiten.⁷⁴ Het Hof oordeelde dat het aanwijzingsbesluit kennelijk objectieve criteria ontbeerde, omdat de uitvoering van de sociale last niet berekend was op basis van de reële kosten.

Naast een duidelijke toebedeling van de netto-kosten spelen ook andere parameters een rol bij het berekenen en controleren van een compensatie. De volgende kostenparameters zijn relevant: de netto-kosten, de opbrengsten en een redelijke winst per specifieke openbare dienstverplichting.⁷⁵

In het *Oostenrijkse Tandartsenarrest* heeft het Hof duidelijk gemaakt dat “de kosten die een onderneming normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen” (zoals de BTW-afdracht van tandartsdiensten) niet in aanmerking komen voor compensatie.⁷⁶ Het Hof heeft bepaald dat alleen de extra kosten, die een openbare dienst met zich meebrengt, gecompenseerd mogen worden.⁷⁷ Dit mogen variabele kosten zijn, maar mag ook een evenredige vergoeding zijn van de vaste kosten.⁷⁸ Hoewel de nationale rechter zelf na mag gaan of een berekeningsmethode van de overheid berust op transparante en objectieve parameters, moet deze in elk geval controleren of de compensatie gebaseerd is op de extra netto kosten die daadwerkelijk verbonden zijn aan de DAEB.⁷⁹ Het Hof heeft deze kosten omschreven als de netto-kosten die “buiten commerciële normen” vallen en die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de DAEB.⁸⁰

De tweede parameter voor berekening betreft de opbrengsten. Het Hof heeft geoordeeld dat wanneer opbrengsten als parameter gebruikt worden, deze wel afgezet moeten worden tegen de uiteindelijke kosten. In de zaak *Enirirorse* kwamen opbrengsten van de Italiaanse havenbelasting niet

72 HvJ EG, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisore*, r.o. 35.

73 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 86-88.

74 *Idem*.

75 Zie de conclusie van AG Bot van 12 juni 2014 voor zaak HvJ EU, 9 oktober 2014, C-222/13, *TDC t Erhvervsstyrelsen*, randnummers 77-86, 109-112.

76 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Oostenrijkse tandartsen*, r.o. 55.

77 HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 56.

78 HvJ EG, 3 juli 2003, C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost I*.

79 HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*.

80 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český telekomunikační t T-Mobile Tsjechië*. r.o 38-39.

overeen met de kosten die daadwerkelijk gemaakt zijn voor het verlenen van hun laad- en losdiensten. Het Hof oordeelde dat de opbrengsten van de havenbelasting, boven op eerder gevoerde tarieven, niet noodzakelijk waren om de activiteiten “op een voor de marktdeelnemers aanvaardbaar niveau te houden.”⁸¹

Tot slot kunnen overheden een redelijke winst opnemen als berekeningsparameter voor de compensatie. Er is lang gespeculeerd over de vraag wat het begrip “redelijke winst” nu daadwerkelijk moet inhouden.⁸² In het arrest *Český telekomunikační t T-Mobile* heeft het Hof een redelijke winst omschreven als een “een rendement op eigen kapitaal dat zou worden verlangd door een met de aanbieder van de universele dienst vergelijkbare onderneming, die afweegt of zij de dienst van algemeen economisch belang al dan niet moet verrichten gedurende de hele periode waarvoor zij met het beheer van die dienst zou worden belast, rekening houdende met de omvang van het risico.”⁸³ Onder een “redelijke winst” wordt verstaan een rendement op kapitaal dat een gemiddeld goed beheerde onderneming zou vragen bij het verrichten van een DAEB. Daarbij wordt rekening gehouden met de duur van de openbare dienstverplichting en de grootte van het risico voor de onderneming die de DAEB verricht.

4.3.2 Controleparameters voor een compensatie

De eerste parameter voor controle op de hoogte van de compensatie is het hanteren van een gescheiden boekhouding voor de DAEB-beheerder. In de zaak *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* gaf het Hof daarom nader inzicht in het doel van de tweede *Altmark* voorwaarde.⁸⁴ In deze zaak maakte het Hof duidelijk dat vooraf vastgestelde parameters als doel hebben dat een financiële vergoeding niet hoger wordt vastgesteld dan nodig is om de kosten van uitvoering van die verplichtingen te dekken. Omdat in dit geval een gescheiden boekhouding tussen de kosten voor de DAEB en kosten voor normale economische activiteiten ontbrak, oordeelde het Hof dat de kostenparameters onvoldoende gespecificeerd waren. Hierdoor was er mogelijk sprake van kruissubsidiëring.⁸⁵

81 HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse*.

82 Zie Van Buijten et al 2014, p. 61 – 66; Sinnaeve 2012, p. 347-367.

83 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český telekomunikační t T-Mobile*. Een rendement op kapitaal wordt door de Commissie uitgelegd als ‘de interne opbrengstvoet’ die de onderneming voor de looptijd van het project op het door haar geïnvesteerde kapitaal behaalt. Zie hiervoor de DAEB-Mededeling, *PbEU* (2012).

84 HvJ EU, 10 juni 2010, zaak C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*.

85 Inmiddels verwijst het Hof in de rechtspraak naar de DAEB-mededeling en de transparantierichtlijn 2006/111/EG, waarin de verplichting tot het hanteren van een gescheiden boekhouding als verplichting genoemd wordt; Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels en DAEB (“DAEB-Mededeling”), *PbEU* (2012); Transparantierichtlijn 2006/111/EG, *PbEU* (2006).

Naast een gescheiden boekhouding moet een DAEB-aanwijzingsbesluit ook parameters bevatten voor herziening of aanpassing van de DAEB-compensatie. Als door gewijzigde marktomstandigheden afgeweken wordt van vooraf vastgestelde voorwaarden voor aanpassing, dan moet een lidstaat verifiëren of er niet een te hoge compensatie betaald wordt. Daarom impliceert deze parameter dat aan voorwaarden voor aanpassing een terugbetalingsregeling verbonden is.⁸⁶

4.4 De derde *Altmark*-voorwaarde: controle op overcompensatie inclusief een redelijke winst

De belangrijkste bepaling van het arrest *Altmark* is de derde voorwaarde.⁸⁷ Deze voorwaarde verplicht lidstaten om overcompensatie uit te sluiten. Het verbod op overcompensatie houdt in dat de vergoeding niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij moet zowel rekening worden gehouden met de opbrengsten als een redelijke winst (zie voor dit begrip paragraaf 4.3.2.). Het Hof heeft in het arrest *Altmark* benadrukt dat deze voorwaarde onmisbaar is om vast te stellen of er sprake is van een compensatie of van een voordeel. Wanneer er sprake is van een overcompensatie, dan is er automatisch sprake van een potentiële vervalsing van de mededinging. Bij het toepassen van de derde voorwaarde moet de lidstaat daarom nagaan of de financiële bijdrage hoger is dan de extra netto-kosten die verbonden zijn aan de openbare dienstverplichting.⁸⁸ De lidstaat moet mechanismen creëren die overcompensatie tegen gaan. Het is volgens Unierecht de taak van de nationale rechter om feitelijk te controleren of een aanwijzingsbesluit een terugbetalingsregeling bevat.⁸⁹ Wanneer een DAEB-beheerder te veel compensatie ontvangt, moet dit bedrag teruggevorderd worden op basis van de derde *Altmark*-voorwaarde.⁹⁰

Het *Laboratoires Boiron*-arrest geeft nader inzicht in de rol die de nationale rechter dient te vervullen bij de controle op overcompensatie. Het Hof oordeelde dat nationale procesregels de toepassing van het *Altmark*-arrest niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken, zeker niet als een derde partij verzoekt om een overcompensatie te laten terugvorderen.⁹¹ Het Hof raadde de nationale rechter aan om de concurrent, die stelt dat er sprake is van overcompensatie, te laten bewijzen dat er daadwerkelijk sprake is van over-

86 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk*.

87 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*.

88 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

89 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk*.

90 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk*.

91 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

compensatie.⁹² Als de concurrent hier echter niet in slaagt, omdat de informatie hierover niet toegankelijk is, dan kan de nationale rechter-gelet op het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel – binnen zijn bevoegdheid – “gebruikmaken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, waaronder het bevelen van de noodzakelijke maatregelen van instructie, door één der partijen of door een derde.”⁹³ In het geval van het Franse *Cour de Cassation* bestond er een rechterlijke bevoegdheid om ambtshalve één der procespartijen (of een derde) te bevelen om een bewijsstuk van overcompensatie te overleggen, om zodoende overcompensatie vast te stellen.⁹⁴ De uitoefening van deze bevoegdheid moet in de context geplaatst worden van de nationale procesautonomie die is afgebakend door de Unierechtelijke beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.⁹⁵ Zo maken de Nederlandse bestuursrechter en de Nederlandse civiele rechter niet altijd gebruik van hun bevoegdheden tot onderzoek ter zitting, zijn zij in de praktijk lijdelijk en vullen zelf ambtshalve weinig aan op de partijen.⁹⁶

Het Hof heeft het standpunt ingenomen dat de nationale rechter, gelet op de doeltreffendheid van de *Altmark*-voorwaarden, wel verplicht is om een bepaalde standaard van bewijslast te hanteren ten aanzien van het invoeren van de *Altmark*-voorwaarden.⁹⁷ Het Hof heeft in *Achmea* geoordeeld dat in geval van een geschil voor de nationale rechter over feitelijkheden of technische aspecten, de nationale rechter-gelet op doeltreffendheid en gelijkwaardigheid – volgens Unierecht verplicht is tot een feitelijke toetsing van *Altmark*-voorwaarden “die ziet op het controleren van een kennelijke fout”.⁹⁸ De omvang van de toetsing moet volgens het Hof berusten op de minimumvoorwaarden voor toetsing, zoals het Hof van Justitie van de EU deze hanteert in de beroepsprocedure (zie paragraaf 5.2 en paragraaf 5.2.6 voor een overzicht van deze minimumvoorwaarden).⁹⁹

92 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

93 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 50, 55-57.

94 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

95 Zie. Conclusie A-G Stix-Hackl, 7 november 2002, *Enirisorse t Ministero delle Finanze*, randnummer 174; HvJ EU, 4 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*; Zie Girerd 2002, p. 86. Zie De Cock 2023, p.174-180.

96 Zie Metselaar 2016, p. 15, 75-82,117, 158, 234, 553. Van den Brink & Den Ouden 2020, p. 289-293. Zie ook De Cock 2023, p. 266-267.

97 HvJ EU, 15 mei 2019, C-706/17, *Achema t VKEKK*, r.o. 107-108, 118-120, Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummers 75, 79, 81, 97.

98 *Idem*.

99 HvJ EU, 3 maart 2021, C-434/19 en C-435/19, *Poste Italiane t Riscossione Sicilia*, r.o. 59, 73. Zie ook HvJ EU, 15 mei 2019, C-706/17, *Achema t VKEKK*, 107. Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummers 75-78. Het gaat hier om de zogenoemde minimumvoorwaarden uit het *Pais Vasco*-arrest (zie paragraaf 5.2.4 en 5.2.6). Zie conclusie van advocaat-generaal Wathelet bij de zaak Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commissie (C-66/16 P-C-69/16 P, C-70/16 P en C-81/16 P, EU:C:2017:654, punt 112).

In *Eric Libert* oordeelde het Hof eveneens dat de nationale rechter bij een vermoeden van overcompensatie feitelijk moet controleren of de overheid een doeltreffend mechanisme hiertegen heeft gecreëerd.¹⁰⁰ Als de nationale rechter dus van oordeel is dat een effectief toezichtmechanisme op overcompensatie ontbreekt, dan moet de nationale rechter direct overgaan tot terugvordering.¹⁰¹ De aanwezigheid van een terugbetalingsregeling is hier het minimumcriterium, zo volgt uit deze uitspraak van het Hof.¹⁰²

4.5 De vierde *Altmark*-voorwaarde: aanbesteding of benchmarking

4.5.1 Een (openbare) aanbestedingsprocedure tegen de laagste kosten

Het Hof gaat op twee manieren na of een DAEB-beheerder geselecteerd wordt aan de hand van kostenefficiëntie. Het Hof gaat allereerst na of één van de procedures op basis van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is gevolgd door een aanbestedende dienst.¹⁰³ Daarbij moet een procedure gevolgd worden waarbij de mededinging in de sector niet vervalst wordt. In dat geval kan het gaan om een openbare aanbesteding, het vergeven van een concessie of het vestigen van een alleenrecht.¹⁰⁴ Het Hof is bij de beoordeling van de vierde *Altmark*-voorwaarde doorgaans afhankelijk van de omvang van het geschil tussen de partijen in een nationale procedure. Wanneer geen aanbestedingsprocedure is gevolgd, kunnen lidstaten een DAEB-beheerder selecteren op basis van de kostenanalyse van een “gemiddeld goed beheerde onderneming” (ook wel “benchmarking” genoemd). Beide selectiemethoden hebben tot doel om een efficiënte besteding van de DAEB-compensatie te verzekeren.¹⁰⁵

Belangrijk is dat de vierde *Altmark*-voorwaarde vereist dat een onderneming door middel van een aanbestedingsprocedure geselecteerd moet worden “tegen de laagste prijs voor de gemeenschap”. Wanneer dat niet mogelijk is, dient als benchmark een gemiddelde goed beheerde onderneming gebruikt

100 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 99-102.

101 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*, r.o. 45-48.

102 Zie Conclusie van A-G Wathelet van 21 mei 2015 bij zaak C-303/13 P, *Commissie t Andersen*, randnummers 25-26, 40, 44,52. Zie voor een toepassing HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*.

103 Zie Artikelen 67 en 74-77 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014; Artikel 19 van Concessierichtlijn 2014/23/EU van 26 februari 2014.

104 Zie HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*; HvJ EU, 17 december 2015, gevoegde zaken C-25/14 en C-26/14, *UNIS t Ministre du Travail*; HvJ EU, 28 januari 2016, C-50/14, *CASTA t ANPAS*.

105 Müller 2009, p. 43; HvJ EU, 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P & C-94/01 P, *Chronopost t Commissie (Chronopost I)*.

te worden bij de selectie van een onderneming als DAEB-beheerder.¹⁰⁶ In het arrest *Altmark* heeft het Hof uitgemaakt dat een aanbesteding tegen de laagste prijs één van de methoden is om te garanderen dat de DAEB tegen de laagste kosten voor de gemeenschap wordt gecompenseerd. Het Hof heeft in *Enirisorse* overigens ook ruimte geboden voor andere methoden dan een openbare aanbestedingsprocedure, zoals onderhandelingen met marktpartijen, zolang er maar een passende vergoeding wordt afgesproken voor het verrichten van de DAEB.¹⁰⁷

In prejudiciële procedures laat het Hof het doorgaans over aan de nationale rechter om te beoordelen of voldaan is aan de vierde *Altmark*-voorwaarde.¹⁰⁸ In *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* oordeelde het Hof dat de toepassing van deze voorwaarde alleen feitelijk kan worden vastgesteld en niet *in abstracto*.¹⁰⁹ Deze verplichting tot een feitelijke controle geldt volgens het Hof in het bijzonder voor de vierde *Altmark*-voorwaarde, wanneer het in een nationale procedure voor de nationale rechter evident is (op grond van de gegevens verstrekt door de procespartijen) dat een DAEB-beheerder niet gekozen is volgens een aanbestedingsprocedure.¹¹⁰ De nationale rechter kan dan nagaan of er als alternatief wel gekozen is voor een benchmarkingprocedure.¹¹¹

4.5.2 Benchmarking

In plaats van een aanbestedingsprocedure kunnen lidstaten er ook voor kiezen om een DAEB-beheerder te selecteren op basis van de kostenbenchmark van een gemiddeld goed beheerde onderneming. Het begrip “gemiddeld goed beheerde onderneming” is nauw verbonden aan de parameter van een redelijke winst (paragraaf 4.3.4.).

Selectie door middel van benchmarking komt daarmee grotendeels overeen met de *market economy investor test*.¹¹² Het grote verschil is dat de benchmarktest alleen van toepassing is op soortgelijke ondernemingen in, doorgaans onrendabele, openbare dienstsectoren.¹¹³ De overheid moet op

106 Als de compensatie wordt vastgesteld op basis van benchmarking, dient er een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen op de relevante markt gemaakt 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.

107 HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse*.

108 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

109 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 67-68 ; HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 94.

110 HvJ EU, 15 mei 2019, C-706/17, *Achema t VKEKK*, r.o. 119-121.

111 Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij Zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummer 85.

112 Zie Cyndecka 2016. Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij Zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummer 85.

113 Zie HvJ EU, 1 juli 2008, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost t UFEX*.

basis van deze benchmark een onderneming selecteren aan de hand van de kosten die een efficiënte onderneming zou maken in een vergelijkbaar marktsegment. Relevante selectiecriteria zijn hier de continuïteit en de kostendekking van de openbare dienst. De overheid handelt dan ook niet als een particuliere marktdeelnemer, maar als een overheid die een openbare dienst zo efficiënt mogelijk laat uitvoeren. Daarbij mogen de mededingingsomstandigheden niet onevenredig geschaad worden.¹¹⁴ In de praktijk is benchmarking vooral toepasselijk in netwerksectoren, zoals de postsector, maar ook in de vervoersector.¹¹⁵

4.6 Tussenconclusie I: Conceptuele invulling *Altmark*-voorwaarden door het Hof voor de nationale rechter in prejudiciële procedures

Met de uitgebreide *Altmark*-rechtspraak heeft het Hof een poging gedaan om het technische karakter van de *Altmark*-voorwaarden conceptueel te verduidelijken en te verfijnen. De eerste *Altmark*-voorwaarde komt in de rechtspraak van het Hof in grote mate overeen met de werking van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. De DAEB moet verplicht zijn, voorafgaand duidelijk omschreven en zich door een daadwerkelijk algemeen belang onderscheiden van normale economische activiteiten. De voorwaarden voor de compensatie moeten duidelijk worden vastgelegd in een aanwijzingsbesluit. De vereisten van een aanwijzingsbesluit zijn door het Hof nader uitgewerkt in de tweede *Altmark*-voorwaarde. Op basis van deze voorwaarde mogen alleen de noodzakelijke netto-kosten gecompenseerd worden voor het uitvoeren van een DAEB. De derde *Altmark*-voorwaarde is de belangrijkste voorwaarde: als een DAEB-beheerder een overcompensatie ontvangt, is er sprake van een voordeel dat de marktpositie van deze onderneming versterkt ten koste van andere ondernemingen. Daarom moeten overheden een effectief mechanisme tegen overcompensatie creëren. De beste manier is een terugbetalingsregeling op te nemen in het aanwijzingsbesluit. Tot slot heeft het Hof de vierde *Altmark*-voorwaarde uitgelegd op grond als een selectiemethode op grond een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten en alternatief op grond van benchmarking naar kostenefficiëntie.

Het Hof heeft in de rechtspraak aan de nationale rechter aanwijzingen gegeven om kennelijke foute toepassingen te controleren zonder evenwel de *Altmark*-voorwaarden volledig voor de nationale rechter “in te vullen”. Concrete toepassing behoort “tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter.”¹¹⁶ In de prejudiciële procedure heeft het Hof nationale rechters geïnstrueerd om de eerste en tweede *Altmark*-voorwaarde concreet toe te

114 Gerecht EU, 15 december 2009, T-156/04, *EDF*.

115 Zie de *Chronopost*-arresten (zie paragraaf 4.6 en de voetnoten 52 en 53). Zie ook Gerecht EU, 16 maart 2003, T 157/01, *Danske Busvognmænd (Combus)*.

116 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

passen. Bij de toepassing van de derde en vierde *Altmark*-voorwaarde heeft de nationale rechter een discretie en kan hij controleren of er in het aanwijzingsbesluit een effectieve regeling is opgenomen tegen overcompensatie.

5 DE VERFIJNING VAN DE TOEPASSING VAN ALTMARK DOOR HET HOF IN DE BEROEPSPROCEDURE

5.1 De bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten, de Commissie en het Hof bij de toepassing van het *Altmark*-arrest

Evenals de overheden van de lidstaten kan de Commissie een kennelijke beoordelingsfout maken bij het toepassen van het *Altmark*-arrest. Het Gerecht moet bij beroepen tot nietigverklaring controleren of de Commissie een dergelijke kennelijke beoordelingsfout op grond van feitelijke, economische en juridische omstandigheden heeft gemaakt.¹¹⁷ Dit geldt ook voor het Hof in hoger beroep.¹¹⁸

In tegenstelling tot de prejudiciële procedure hoeft het Hof veel minder terughoudendheid te betrachten bij het beoordelen van beroepen tot nietigverklaring. De procedure van artikel 263 VWEU vereist een feitelijke controle op de toepassing van het *Altmark*-arrest door de Commissie. Het Gerecht en het Hof zijn weliswaar ook in deze procedure beperkt tot het controleren van een kennelijke beoordelingsfout, maar dat betekent in de praktijk niet dat zij de *Altmark*-voorwaarden niet feitelijk kunnen toepassen. Zo heeft het Gerecht in de zaak *SNCM* geoordeeld dat de kennelijke fouttoets de Commissie toestaat om de omschrijving van een DAEB te controleren.¹¹⁹ De beroepsprocedures voor het Hof nemen daarom zeer uitvoerige feitelijke en economische analyses van DAEB-compensaties als voorwerp. In de praktijk heeft het Hof de Commissie, juist door haar deskundigheid, wel de nodige ruimte geboden 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.¹²⁰ In de beroepszaken en hogere beroepszaken zijn respectievelijk het Gerecht en het Hof naast toepassing van de *Altmark*-voorwaarden ook in veel gevallen overgegaan tot een verdere interpretatie van het *Altmark*-arrest. Gedurende de onderzoeksperiode van dit proefschrift is het aantal hogere voorzieningen tegen uitspraken van het Gerecht over Commissiebesluiten behoorlijk

117 HvJ EU, 2 september 2010, C-399/08 P, *Commissie t Deutsche Post*; HvJ EU, 20 december 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*.

118 HvJ EU, 20 december 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*; HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

119 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

120 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*; Klasse 2013, p. 36; Nicolaidis 2015b.

toegenomen. In deze zaken moet het Hof zowel de doelstellingen van het *Altmark* arrest consistent als eenduidig uitleggen, alsook de toepassing van dit arrest door het Gerecht controleren. Dit heeft gezorgd voor een aantal nieuwe rechtsregels over de toepassing van het *Altmark*-arrest.

5.2 De eerste *Altmark*-voorwaarde: de onderscheidende kenmerken van een DAEB

5.2.1 *Is een openbare dienstverplichting voor een economische activiteit daadwerkelijk een DAEB?*

Het Gerecht en het Hof hebben de eerste *Altmark*-voorwaarde uitgelegd in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten enerzijds en de Commissie anderzijds.¹²¹ De beleidsruimte die lidstaten hebben op grond van artikel 14 VWEU om economische activiteiten als DAEB te kwalificeren staat bij deze uitlegging centraal. Bij gebrek aan geharmoniseerde Uniewetgeving is de Commissie namelijk niet bevoegd om de omvang van openbare dienstverplichtingen te beoordelen.¹²² De Commissie mag daarom geen inhoudelijk oordeel vellen over de politieke en budgettaire keuzes van lidstaten om ondernemingen een DAEB te laten beheren. In navolging van het arrest *Enirisorse* heeft het Hof geoordeeld dat de beleidsruimte van lidstaten niet onbegrensd is. Zij mogen niet strijdig te handelen met het Unierecht en in het bijzonder de staatssteun en- mededingingsregels. DAEB mogen niet als interventiemiddel gebruikt worden om de mededingingsomstandigheden in een bepaalde sector te vervalsen.¹²³ Uit de arresten *BUPA* en *SNCM* volgt dat de Commissie, bij het onderzoek of voldaan is aan het eerste *Altmark*-criterium, mag controleren of de openbare dienst noodzakelijk en evenredig was.¹²⁴ De Commissie mag in dat kader toetsen of er sprake is van een reële behoefte van een openbare dienst.¹²⁵ Bij de aanwijzing van de openbare dienst moet de overheid aantonen dat deze dienst ontoereikend onder normale marktvoorwaarden kan worden uitgevoerd.¹²⁶ Hierop kan de Commissie de economische analyses van de lidstaten volledig doorlichten. Het Gerecht, en later het Hof, heeft in het arrest *Pais Vasco* geconcludeerd dat ook het Hof van Justitie van de Europese Unie alle relevante gegevens mag toetsen, inclusief de economische en feitelijke gegevens

121 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

122 Gerecht EU, 26 november 2015, T-462/13, *País Vasco t Commissie*. Deze uitspraak is bovendien door het Hof bevestigd in HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*.

123 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Wolfgang Heiser (Oostenrijkse tandartsen)*, r.o. 53.

124 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*.

125 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

126 *Idem*, r.o. 94.

waarop een Commissiebesluit berust.¹²⁷ Rechterlijke toetsing moet daarom gebeuren aan de hand van een aantal minimumcriteria nagaan of de DAEB-omschrijving een kennelijke fout betreft.

Deze minimumcriteria betreffen:

- 1) een aanwijzingsbesluit waarin de DAEB verplicht wordt (5.2.2);
- 2) geen strijdigheid met geharmoniseerde Uniewetgeving (5.2.3);
- 3) geen strijdigheid met het VEU en VWEU en beginselen van Unierecht (5.2.4);
- 4) een algemeen legitiem belang dat zich onderscheid van normale marktactiviteiten (5.2.5).

Bovengenoemde minimumcriteria worden in de onderstaande paragrafen uiteengezet.

5.2.2 *Uit een aanwijzingsbesluit moet het verplichte karakter van de DAEB volgen*

Het eerste onderdeel dat het Hof van Justitie van de Europese Unie controleert is het vereiste dat een onderneming door middel van een aanwijzingsbesluit daadwerkelijk belast is met een DAEB.¹²⁸ Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat ook de voorwaarden voor aanpassing (voorafgaand) in het aanwijzingsbesluit moeten zijn opgenomen en niet *ad hoc* mogen worden vastgelegd.¹²⁹

Nationale regelgeving die sectoren met openbare dienstenverplichtingen liberaliseert, blijkt daarmee een onvoldoende rechtsbasis voor een DAEB-aanwijzing.¹³⁰ Desalniettemin kan een wetgevingsbepaling wel degelijk meerdere marktdeelnemers belasten met een openbare dienstverplichting als deze voldoende gespecificeerd is.¹³¹

127 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-462/13, *Comunidad País Vasco t Commissie*; HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*.

128 HvJ EU 20 december, C-70/16 P, *Galicië t Commissie*; Zie Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie* en HvJ EU, 20 December 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*. De begrippen DAEB en openbare dienst zijn synoniemen, zo stelde het Gerecht in r.o. 60; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, voetnoot 58.

129 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*. Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, r.o. 63, HvJ EG, 29 april 2004, C-372/97, *Italië t Commissie*, r.o. 67.

130 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 100-102; HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

131 HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*.

In de arresten *Pais Vasco* en *Cellnex* heeft het Hof verder duidelijk gemaakt dat de aanwezigheid van een marktfalen niet gelijkstaat aan een DAEB-aanwijzing. Het bestaan van een marktfalen ziet namelijk om economische omstandigheden terwijl het aanwijzingsbesluit een officiële juridische aanwijzing moet zijn van de openbare dienstverplichting.¹³²

5.2.3 Wordt de DAEB verricht in een geharmoniseerde sector?

In het geval van geliberaliseerde, openbare diensten mag de Commissie inhoudelijk beoordelen of een economische activiteit een DAEB is.¹³³ In geliberaliseerde sectoren zijn inmiddels diverse universele dienstverplichtingen geharmoniseerd: waaronder telecom, post en energie.¹³⁴ In *Pais Vasco t Commissie* was er geen sprake van een geharmoniseerde Unieregeling op het gebied digitale televisie¹³⁵ Daarom was de Commissie volgens het Gerecht en het Hof niet bevoegd om zich uit te spreken over de inhoud van de openbare dienst. In *Orange t Commissie* oordeelde het Hof dat de telecomsector in de Unie geliberaliseerd was en stond daarom een inhoudelijke controle van de DAEB door de Commissie toe.¹³⁶ In de praktijk staat het Gerecht echter toe dat de Commissie, ondanks de beperking van een kennelijke fout- toets, feitelijk kan controleren in openbare dienstsectoren die niet volledig geharmoniseerd zijn, waaronder de vervoersector.¹³⁷

5.2.4 Is de DAEB strijdig met (beginselen van) Unierecht?

Ten aanzien van liberalisatie van openbare diensten dient het Hof van Justitie van de Europese Unie altijd na te gaan of deze strijdig zijn met het Unierecht, en dan in het bijzonder de beginselen van Unierecht.¹³⁸ Ook als is er geen sprake van harmonisatie, dan is de Commissie nog steeds bevoegd om te toetsen aan de beginselen van universaliteit, evenredigheid, gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. De wettelijke basis hiervoor is artikel 14 VWEU en het protocol nr. 26 bij het VWEU.

Een belangrijk voorbeeld waar een lidstaat een DAEB vestigde in strijd met

132 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*; HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

133 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, r.o. 104.

134 Zie voor een overzicht Sauter 2015, p. 180-212.

135 HvJ EU, 20 December 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

136 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*. Commissiebesluit van 25 april 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, C(2012) 2557 final, *PbEU* (2012) L 236, blz. 1-34, paragraaf 176.

137 Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

138 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o.64; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P & C-69P, *Comunidad País Vasco*.

geschreven en ongeschreven beginselen van Unierecht is de zaak *Zweckverband Rheinland Pfalz* (hierna: *ZT t Commissie*).¹³⁹ De Commissie besloot dat de DAEB-omschrijving in strijd was met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁴⁰ De Commissie beoordeelde de aanwijzing van op het ophalen van slachtafval als een kennelijke fout. Hiertegen voerde Duitsland aan dat het *Bundesverwaltungsgericht* (hierna: BVerwG)-inmiddels had geoordeeld dat het ophalen van slachtafval voldeed aan de eerste *Altmark*-voorwaarde.¹⁴¹ Het BVerwG werd door de Duitse overheden overtuigd dat de maatregel als doel had de volksgezondheid te bevorderen. De Commissie merkte in haar besluit op dat het BVerwG hier miskend heeft dat het compensatiestelsel in strijd was met het evenredigheidsbeginsel – hetgeen door het Gerecht en het Hof bevestigd is.¹⁴²

Het Gerecht heeft ook in de zaken *BUPA*, *Castelnou* en *SNCM* geoordeeld dat een DAEB-omschrijving moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁴³ In het *BUPA*-arrest was het Gerecht voorzichtig door te oordelen dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel beperkt moet zijn.¹⁴⁴ Het Gerecht heeft geoordeeld dat bij de beoordeling van de economische en feitelijke omstandigheden het Gerecht alleen mag nagaan of een DAEB kennelijk ongeschikt is ten opzichte van het nagestreefde doel, dat wil zeggen dat de DAEB niet aantoonbaar bijdraagt aan een “reële behoefte van algemeen belang”¹⁴⁵

Naast de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, controleert het Gerecht ook of een DAEB-aanwijzingsbesluit niet leidt tot discriminatie. Zo oordeelde het Gerecht in de arresten *Pais Vasco* en *Spanje t Commissie* dat Spaanse wetgeving geen openbare dienstverplichting inhield omdat deze maatregel een onderscheid maakte tussen ondernemingen die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevonden.¹⁴⁶ Daarmee

139 Commissiebesluit van 25 april 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, C(2012) 2557 final, *PbEU* (2012) par. 176.

140 *Idem*.

141 BVerwG, 16 december 2010, zaak 3 C 44.09, *OVG Rheinland-Pfalz*, ECLI:DE:BVerwG:2010:1612210U3C44.09.0.

142 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*; HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie (Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz)*. Zie voor een toepassing van het “polluter pays beginsel” als uitwerking van het evenredigheidsbeginsel artikel 191, lid 1, VWEU en secundair EU-recht (Verordening nr. 1069/2009/EU). Zie ook HvJ EU, C-487/06 P, 22 december 2008, *British Aggregates*. Zie De Sadeleer 2012, p. 405-419. Zie ook de Conclusie van A-G Mengozzi bij zaak 279/08 P, 22 december 2010, *Commissie t Nederland*, voetnoot 46.

143 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht, 3 december 2014, T-57/11, *Castelnou*, r.o. 150-152; Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

144 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o.269.

145 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 131, 270. Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

146 Gerecht EU, 26 november, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

bood het exploitatiestel van de DAEB geen eerlijk concurrentie (en toegangsvoorwaarden) op de telecommunicatiemarkten. Het Hof heeft dit oordeel bekrachtigd en daarbij overwogen “dat de bevoegdheid van een lidstaat om een DAEB aan te wijzen beperkt wordt door verplichtingen op basis van algemene beginselen van het recht van de Unie en het evenredigheidsbeginsel.”¹⁴⁷

In aanvulling op het beginsel van non-discriminatie maakt tot slot het transparantiebeginsel deel uit van de controle op basis van het *Altmark*-arrest. Een belangrijke materiële voorwaarde is natuurlijk het vereiste financiële transparantie zodat gecontroleerd kan worden of bepaalde economische nevenactiviteiten onderdeel uitmaken van een DAEB-omschrijving (zie ook paragraaf 5.3).¹⁴⁸ Maar daarboven vereist het Hof ook dat lidstaten op transparante wijze een DAEB aanwijzen en organiseren en dat de minimumvoorwaarden voor toepassing geen louter formele verplichtingen zijn.¹⁴⁹ De transparantiecontrole op grond van de eerste *Altmark*-voorwaarde vereist zodoende dat “de rechtszekerheid vergroot wordt voor de lidstaten, de DAEB-beheerders, hun mogelijke concurrenten en de consumenten die toegang (willen) verkrijgen tot de openbare dienst”.¹⁵⁰

5.2.5 *Is er sprake van een algemeen legitiem belang dat zich van normale activiteiten onderscheidt?*

Als er geen geharmoniseerde EU-regelgeving bestaat over universele dienstverplichtingen toetst het Hof van Justitie van de EU of een economische activiteit die als DAEB is aangewezen, zich wel onderscheidt door een algemeen belang. In het arrest *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM)* heeft het Gerecht geoordeeld dat een openbare dienst moet voldoen aan een reële behoefte onder consumenten.¹⁵¹ In navolging van een formele onderzoeksprocedure heeft de Commissie een aanvullende compensatie voor passagiersvervoer aan vervoerder SNCM onderzocht. De Commissie stelde namelijk in de eerste plaats vast dat de aanvullende dienst niet noodzakelijk was om in een reële behoefte van een DAEB te voorzien en evenmin evenredig was aan deze behoefte. Het Gerecht en het

147 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*; Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 48, 111-118.

148 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters t Commissie (VGG)*, r.o. 118,129.

149 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 71-73.

150 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 73. Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 115.

151 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

Hof hebben deze toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde in stand gelaten.¹⁵²

Naast een reële behoefte spreekt het Gerecht ook van een algemeen belang dat universeel en verplicht van aard is. In dat geval vertrouwt het Gerecht op de rechtspraak van het Hof over de omschrijving van een DAEB op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Het Gerecht volgt hier een economische benadering, waarin de structuur en werking van de markt worden afgewogen tegenover maatschappelijke belangen.¹⁵³ Economische activiteiten mogen niet als DAEB ingeroepen worden om de staatssteun- en mededingingsregels te omzeilen.¹⁵⁴ Alleen als deze economische activiteiten specifieke kenmerken bezitten kunnen zij als universeel worden aangemerkt.¹⁵⁵ Een dienst is universeel wanneer deze onder gelijke voorwaarden toegankelijk is voor alle verbruikers over een hele betrokken grondgebied.¹⁵⁶ Universaliteit betekent volgens het Gerecht en het Hof dat een groot gedeelte van de bevolking toegang heeft tot een openbare dienst, die wegens het algemene belang, niet onder normale marktomstandigheden kan worden aangeboden.¹⁵⁷

In het arrest *BUPA* oordeelde het Gerecht dat er een duidelijke verplichting was voor particuliere zorgverzekeraars om een DAEB te beheren, ondanks het feit dat de openbare dienst in strikte zin niet universeel van aard was.¹⁵⁸ Voor het Gerecht heeft BUPA Ireland aangevoerd dat de DAEB een universeel karakter ontbeerde. BUPA voerde aan dat het Ierse particuliere ziektekostenverzekeringstelsel niet alleen betrekking had op ziektekosten die vallen onder het basispakket, maar ook op zogeheten luxe diensten (verzekeringdiensten met een aanvullende dekking voor particulieren). Het Gerecht merkte op dat universaliteit niet vereist dat de gehele bevolking in de praktijk gebruik maakt van een dienst. Omdat de Ierse zorgverzekeraars elke particulier moest accepteren, en uniforme tarieven moest vragen voor de verzekeringspremies droeg de DAEB juist bij aan een legitiem doel: solidariteit tussen verschillende bevolkingsgroepen. Daarom oordeelde het Gerecht dat de DAEB een passende maatregel is om een universele toegang tot ziektekostenverzekeringen te verzekeren. In dat kader merkte het Gerecht op dat dergelijke diensten tegen gelijke en niet-discriminerende

152 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*; HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*.

153 Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*.

154 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, r.o. 62.

155 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, r.o.106, 122.

156 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*.

157 Gerecht EU, 16 september 2013, zaken T-79/10, T-258/10, T-325/10, *Colt, Orange en Iliad t Commissie*; HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*. Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*; Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

158 Zie ook Hoofdstuk 3, paragraaf 4.2.1.

tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit voor alle klanten moeten worden aangeboden.¹⁵⁹

In haar rechtspraak heeft het Gerecht een geschiktheidstoets ontwikkeld om een DAEB te onderscheiden van een normale economische activiteit. Deze toets wordt door het Gerecht toegepast maar is niet door het Hof overgenomen in hogere voorzieningen. Het betreft hier de toets of een DAEB-aanwijzing een geschikt middel is om een marktfalen tegen te gaan.¹⁶⁰ Een DAEB mag aangewezen worden in een situatie waarin van “de werking van de markt geen bevredigende aanbieding van diensten kan worden verwacht”, overwoog het Hof in het arrest *Enirisorse*.¹⁶¹ Aan de hand van zowel een beleidsmatige als een economische analyse dienen lidstaten aan te voeren dat de ontoereikendheid van de markt door een overheidscompensatie gecorrigeerd kan worden.¹⁶²

De voorwaarde van een marktfalen is door het Gerecht aanvankelijk omschreven als een “inherente beoordelingsmaatstaf voor de redelijkheid van een compensatie.”¹⁶³ Een DAEB kan alleen aangewezen worden als de lidstaat aannemelijk maakt dat een DAEB niet door marktpartijen (kan) worden aangeboden tegen bepaalde objectieve voorwaarden.¹⁶⁴

Het Gerecht heeft in het *Colt*-arrest het begrip marktfalen als voorwaarde expliciet verbonden aan het kwalificeren van een DAEB.¹⁶⁵ Binnen de economische theorie zijn er verschillende vormen van marktfalen aangeduid.¹⁶⁶ Het Gerecht hoeft hier echter geen economische analyse te verrichten, maar controleert slechts aan de hand van de feiten of een lidstaat een DAEB als instrument gebruikt om marktimperfecties te corrigeren. In het arrest *Colt* oordeelde het Gerecht dat de Franse overheid op basis van een marktanalyse had vastgesteld dat geen enkele marktpartij initiatief toonde om een hoogwaardig breedbandnetwerk aan te leggen.¹⁶⁷ Deze marktanalyse voldeed aan “het vereiste van marktfalen als een intrinsieke voorwaarde

159 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

160 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, Gerecht EU, 26 november, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*; HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*.

161 HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*, r.o. 154.

162 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Wolfgang Heiser (Oostenrijkse tandartsen)*. Conclusie van A-G Tizzano, 28 oktober 2004, overwegingen 47-50.

163 Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*.

164 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 16 september 2013, gevoegde zaken T-79/10, T-258/10, T-325/10, *Colt*; Zie ook beschikking HvJ EU, C-621/13 P, 11 februari 2015, *Orange*, r.o. 168.

165 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*, Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, Gerecht EU, 26 november, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*.

166 Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final; Fiedziuk 2013, p. 21.

167 Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunication.t Commissie*, r.o. 146-178.

voor DAEB-compensatie”, zo oordeelde het Gerecht.¹⁶⁸ Het Gerecht heeft het begrip marktfalen als een economische gedragsregel en geoordeeld dat dit begrip niet een afdwingbare norm betreft, maar dat de omschrijving tot de beleidsruimte van de lidstaten behoort.¹⁶⁹

In het *Andersen*-arrest heeft het Gerecht deze voorwaarde versoepeld en een alternatief richtsnoer voor marktfalen aangeboden. Het Gerecht oordeelde dat een lidstaat overigens niet *per se* een marktfalen hoeft aan te tonen; een gebrek aan particulier initiatief bij het volbrengen van een legitiem belang volstaat ook.¹⁷⁰ Het Gerecht oordeelde dat de overheid een DAEB mag aanwijzen in de omstandigheid dat marktpartijen in een bepaalde economische sector geen zelfstandig particulier initiatief nemen om een dienst met een “legitiem belang” aan te bieden.¹⁷¹ Een nationale overheid moet zich er dan wel van vergewissen dat een economische activiteit met een inherent algemeen belang ontoereikend door marktpartijen wordt verricht.

De mededingingsomstandigheden moet derhalve ontoereikend zijn naar maatschappelijke maatstaven.¹⁷² Het is aan de lidstaten om te bepalen welke doelstellingen van sociaal of economisch beleid een DAEB-compensatie rechtvaardigen, zolang zij aantoonbaar kunnen maken dat marktpartijen niet zelfstandig of toereikend deze diensten aanbieden.¹⁷³ In elk geval moet de lidstaat die een DAEB aanwijst, voldoende motiveren dat de mededingingsomstandigheden op de markt verstoord zijn.

Het Hof heeft deze benadering inmiddels ook overgenomen ten opzichte van openbare diensten. In de arresten *Spanje en Pais Vasco t Commissie* oordeelde het Hof, in navolging van het Gerecht, dat het volstaat voor een lidstaat om vast te stellen dat marktpartijen niet bereid zijn aanvullende kosten te dragen voor de exploitatie van openbare diensten.¹⁷⁴ Het Hof oordeelde dat een officiële aanwijzing van een DAEB niet vereist dat er een marktfalen

168 In de zaken *Colt* en *BUPA* accepteerde het Gerecht de aanwezigheid van een marktfalen omdat de Commissie de economische analyse van de lidstaten had bevestigd. Gerecht EU, 16 september 2013, gevoegde zaken T-79/10, *Colt Télécommunications*, r.o. 154.

169 Zie Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie* en Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*.

170 Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*, 69-70. Zie ook HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

171 Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*, r.o. 69.

172 Gerecht EU, 16 september 2013, gevoegde zaken T-79/10, *Colt*, r.o.159; Gerecht, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*.

173 Gerecht EU, 16 september 2013, zaken T-79/10, T-258/10, T-325/10, *Colt, Orange en Iliad t Commissie*; Zie specifiek Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*. Zie ook Gerecht EU, 15 december 2009, T-156/04, *EDF t Commissie*; Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

174 Het Gerecht nam daarom de aanwezigheid van een marktfalen aan, temeer omdat de Commissie dit punt ook niet betwiste. Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, r.o. 62.

bestaat.¹⁷⁵ De omstandigheid dat er sprake is van marktfalen kan echter wel meewegen in de beantwoording van de vraag of er sprake is van een algemeen belang dat zich onderscheidt van normale marktactiviteiten. Deze analyse viel volgens het Hof binnen de ruime beleidsruimte die lidstaten hebben om een DAEB aan te wijzen.¹⁷⁶ In navolging van het oordeel van het Gerecht, oordeelde het Hof dat het bestaan van een marktfalen niet zonder meer een rechtvaardiging oplevert.¹⁷⁷

Een DAEB-compensatie kan weliswaar gerechtvaardigd worden door markttekortkomingen, maar een dergelijke maatregel mag niet evenwel geen “onnodige concurrentieverstoring veroorzaken.”¹⁷⁸ Daarom oordeelden het Gerecht en het Hof in *Cellnex* dat, in de situatie waarin een onderneming voor kosten wordt gecompenseerd, die hij normaal gesproken zelf had moeten dragen, een marktfalen juist aantoonde dat een DAEB-beheerder nooit onder normale marktomstandigheden kan opereren.¹⁷⁹ Tot de kosten die een onderneming zelf moet dragen, vallen volgens het Hof ook de extra kosten die ondernemingen moeten dragen wegens “de wettelijke, regelgevende of conventionele verplichtingen die van toepassing op een economische activiteit zijn.”¹⁸⁰ Bovendien oordeelde het Hof in zowel *Pais Vasco* als *Cellnex* dat het Hof van Justitie van de EU als Unierechter niet het nationale recht mag beoordelen, en op grond van het Unierecht niet feitelijk kan controleren of er wel of geen marktfalen is.¹⁸¹

De uitkomst van deze extensieve rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is dat een marktfalen dus een wegingsfactor kan zijn voor een toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde, maar niet een intrinsieke of onvoorwaardelijke voorwaarde inhoudt, zoals het Gerecht eerder in haar *Colt*-rechtspraak voorlopig had geconstateerd. Daarmee heeft het Hof de lidstaten weliswaar een ruime beleidsruimte geboden voor het omschrijven van een DAEB, maar waakt het er ook voor dat een beroep op het begrip marktfalen een verstoring van mededingingsomstandigheden *per se* kan rechtvaardigen.

5.2.6 Tussenconclusie II: De reikwijdte van de eerste *Altmark*-voorwaarde komt overeen met artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin

De toepassing van het *Altmark*-arrest in beroepszaken door het Gerecht en

175 HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o. 75.

176 HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 45-46.

177 Zie Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*. In de procedure voor het Gerecht heette *Cellnex* nog *Abertis Telecom*.

178 Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*, r.o. 239.

179 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

180 *Idem*, r.o. 112-113.

181 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 46; HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o. 75.

het Hof berust op een aantal “minimumcriteria”, die in wezen vier concrete maatstaven vormen voor het toepassen van de *Altmark*-voorwaarden. De toepassing van deze minimumvoorwaarden biedt een controle op de DAEB-omschrijving volgens artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. Op grond van deze *Pais Vasco*-criteria controleert het Hof van Justitie van de EU- of de DAEB-verplichting: 1) daadwerkelijk is aangewezen; 2) al dan niet in strijd is met geharmoniseerd Unierecht en/of bepalingen uit het VEU en het VWEU; 3) strijdig is met de beginselen van het Unierecht, in het bijzonder de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en evenredigheid en transparantie en; 4) een algemeen legitiem belang dat zich onderscheidt van normale marktactiviteiten. De geschiktheid van een DAEB-aanwijzing kan beoordeeld worden op grond van een ontoereikendheid van de markt, waarbij de lidstaten een beleidsruimte hebben om dit aan te tonen door middel van een marktfalen of door middel van een objectieve rechtvaardiging vanwege een legitiem belang. Het Hof van Justitie kan op wel de geschiktheid van een legitiem belang beoordelen op grond van het Unierecht, maar kan een marktfalen niet feitelijk op zijn (nationaalrechtelijke) merites beoordelen.

Bovenstaande vier minimumcriteria, zoals gehanteerd door het Gerecht en Hof, hebben primair betrekking op de aanwijzing van een DAEB. In de volgende paragrafen worden de uitwerkingen door Hof en Gerecht van de tweede-, derde-, en vierde-*Altmark*-voorwaarden uiteengezet.

5.3 De tweede *Altmark*-voorwaarde: Toetsing van objectieve en transparante parameters

5.3.1 *Controle op berekeningsparameters*

Overheden hebben op basis van de rechtspraak van het Gerecht en het Hof een beoordelingsmarge bij het berekenen van de kosten die gecompenseerd dienen te worden.¹⁸² Hierbij mogen de lidstaten alle daadwerkelijke netto kosten compenseren die verbonden zijn aan een DAEB. Deze kostenparameters moeten voorafgaand zijn vastgelegd in het aanwijzingsbesluit.¹⁸³ Voorbeelden van toepasselijke parameters kunnen zijn: het aantal klanten, het aantal individuele diensten, loonkosten, materialen en vaste kosten.¹⁸⁴ Wanneer lidstaten vergeten het nodige toets- en rekenwerk te verrichten

182 Gerecht EU, 22 oktober 2008, *TV2/Danmark I*; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

183 HvJ EU, 1 juli 2008, C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost*; Gerecht EU, 11 juli 2018, T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*; Gerecht EU, 11 juli 2018, T-185/15, *Buonotourist t Commissie*.

184 Werkdocument Commissie: “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”, e, 29 april 2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 72.

en niet vooraf duidelijk maken welke kosten voor welke activiteiten vergoed zullen worden, heeft een lidstaat de compensatie kennelijk onjuist berekend.¹⁸⁵ Wanneer een maatregel een tijdelijk karakter ontbeert, is er sprake van een kennelijke fout.¹⁸⁶ Dit is eveneens het geval als een DAEB-beheerder zelfstandig de tarieven voor de openbare dienst mag vastleggen.¹⁸⁷ Niet een DAEB-beheerder, maar alleen de overheid die de DAEB aanwijst, stelt de berekeningsparameters vast en hieraan verbonden controlemechanismen. In VVG oordeelde het Gerecht dat een gescheiden boekhouding tussen DAEB- en niet-DAEB-activiteiten bij het bij uitstek geschikte instrument is om transparantie aan te tonen.¹⁸⁸

5.3.2 Het doel van de tweede Altmark-voorwaarde: het objectiveren van noodzakelijke kosten

In het arrest *Commissie t. Deutsche Post* maakte het Hof duidelijk dat de economische activiteiten waarop een DAEB betrekking heeft zo nauwkeurig mogelijk moeten worden omschreven door de lidstaat.¹⁸⁹ De tweede *Altmark*-voorwaarde heeft specifiek als doel dat een lidstaat inzichtelijk maakt op basis van welke objectieve criteria een compensatie wordt berekend. Deze voorwaarde heeft uitdrukkelijk niet als doel dat een compensatie efficiënt besteed wordt, oordeelde het Gerecht in het arrest *Viasat*.¹⁹⁰ Het Hof heeft deze uitspraak bevestigd in hoger beroep.¹⁹¹ De Commissie mag daarom niet de tweede en de vierde *Altmark*-voorwaarde aan elkaar gelijk stellen.¹⁹² Eerder betreft deze tweede voorwaarde een gedeeltelijke toets aan de noodzakelijkheid van de compensatie.¹⁹³

Wanneer een overheid onjuiste economische parameters heeft gebruikt, kunnen de mededinging en de markttoegang beperkt worden.¹⁹⁴ Eveneens

185 HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*; Gerecht EU, 29 november 2018, T-720/16, *ARFEA t Commissie*, r.o. 77, 104-105; Zie Hessel 2006, p. 479-498.

186 HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*, r.o. 54. Zie ook de conclusie van A-G Colomer, 20 oktober 2009, C-265/08, *Federutility*, r.o. 70.

187 Gerecht EU, 16 maart 2003, T 157/01, *Danske Busvognmænd (Combus)*; Gerecht EU, 11 juli 2018, zaak T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*.

188 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters t Commissie (VGG)*, r.o.113, 119, 135, 137, 139.

189 HvJ EU, 2 september 2010, C-399/08 P, *Commissie t Deutsche Post*.

190 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*.

191 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat t Commissie*.

192 Het Gerecht merkte daarbij op dat de Commissie dit wel had vastgesteld in de zogeheten DAEB-Kaderregeling, maar dat dit richtsnoer alleen de Commissie bindt en niet de lidstaten. Zie Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

193 Zie ook Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*. Deze benadering volgt ook uit de eerste toepassing van de tweede Altmark voorwaarde door het Hof van Justitie in de zaken HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse I* en HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse II*.

194 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*.

moeten de kosten berekend worden over een voorafgaand vastgestelde periode.¹⁹⁵ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat de Commissie moet vergelijken of de parameters ook gebruikt zouden worden door ondernemingen in een situatie waar volledige mededinging heerst.¹⁹⁶ Zo oordeelde het Gerecht in het arrest *TV2 Danmark I* dat een DAEB-compensatie niet alleen onrendabele kosten hoeft te dekken, maar ook winstgevende inkomsten mag bevatten.¹⁹⁷

Het is evenwel niet gemakkelijk te bepalen wat “normale marktomstandigheden” zijn in openbare dienstsectoren. De besluitpraktijk van de Commissie en de rechtspraak laten zien dat marktomstandigheden in publieke sectoren naar loop van tijd kunnen veranderen. Dit geldt bijvoorbeeld voor DAEB die uitgevoerd worden door openbare bedrijven die later geprivatiseerd worden.¹⁹⁸ In *Orange t Commissie* overwoog het Hof, in navolging van A-G Wahl, dat een DAEB-beheerder zich juist door zijn openbare taak in een bijzondere marktpositie bevindt.¹⁹⁹ Deze positie is bepaald door de voorwaarden van die overheid aan de DAEB stelt. Daarom is het volgens het Hof moeilijk voor de Commissie om te controleren of er sprake is van normale marktvoorwaarden.²⁰⁰ Duidelijk moet zijn wat de economische factoren zijn op het moment van aanwijzing van een DAEB. Zo kan de toetreding van concurrenten tot de markt en de factor van prijsstabilisatie ertoe leiden dat een overheid de parameters voor een DAEB moet aanpassen.²⁰¹ In de zaak *SNCM* oordeelde het Gerecht dat de Commissie op juiste gronden had beoordeeld dat de economische parameters (gelet op de snel veranderende omstandigheden van de passagiersvervoermarkt) niet geschikt waren omdat zij resulteerden in het uitschakelen van de mededinging.²⁰² Daarom moeten de parameters voor een DAEB-compensatie altijd tijdelijk en aanpasbaar zijn.²⁰³

195 Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*.

196 HvJ EG, 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 t Commissie*. In het arrest *Combus* had de Deense overheid bijvoorbeeld verzaakt om voor een vervoersdienst het aantal passagiers en de opbrengst van vervoerstickets als parameters te gebruiken, terwijl dit wel gebruikelijk is in de vervoerssector (Gerecht EU, 16 maart 2003, T-157/01, *Danske Busvoognmænd (Combus)*).

197 Gerecht EU, 22 oktober 2008, Gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*.

198 HvJ EU, 4 september 2014, gevoegde zaken C-533/12 P en C-536/12 P, *SNCM t Corsica Ferries en Commissie*; Gerecht EU, 26 februari 2016, T-135/12, *Frankrijk t Commissie (Orange)*.

199 Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o.47. HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o.27-30.

200 *Idem*.

201 Zie ook HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

202 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

203 Conclusie van A-G Colomer, 20 oktober 2009, C-265/08, *Federutility*. Gerecht EU, 29 november 2018, T-720/16, *ARFEA t Commissie*.

5.4 De derde *Altmark*-voorwaarde: controlemechanismen tegen overcompensatie

5.4.1 *Controlemechanismen om overcompensatie tegen te gaan*

De derde *Altmark*-voorwaarde ziet op de vraag of er sprake is van een vergoeding van de noodzakelijke netto-kosten, danwel een overcompensatie. Een overcompensatie staat gelijk aan een economisch voordeel. Lidstaten moeten effectieve mechanismen tegen overcompensatie creëren-zoals een terugbetalingsregeling-om dit verbod op overcompensatie te handhaven.²⁰⁴ De derde *Altmark*-voorwaarde ziet naast controle op een voordeel ook op de beïnvloeding van de mededinging.²⁰⁵ Als een lidstaat toestaat dat een DAEB-beheerder een onevenredige vergoeding ontvangt, wordt de DAEB-beheerder in een gunstigere mededingingspositie geplaatst vergeleken met zijn concurrenten.²⁰⁶ Daarom moeten lidstaten *ex post* toezicht houden op de compensatie. Ook moeten zij in het aanwijzingsbesluit een mechanisme opnemen dat een periodieke herziening van de kostenparameters mogelijk maakt.²⁰⁷ Het Gerecht heeft voor bepaalde openbare sectoren ruimte geboden om reserves op te bouwen, zonder dat er sprake is van overcompensatie.²⁰⁸ Zolang uit de parameters van de berekening volgt dat een evenredig percentage van de compensatie bestemd is voor financiële reserves hoeft dit niet te leiden tot overcompensatie. Het Gerecht heeft in meerdere instanties geoordeeld dat een gebrek aan overheidstoezicht op de compensatie mogelijk leidt tot barrières voor de markttoegang in de openbare dienstsector.²⁰⁹ Daarbij heeft het Gerecht geoordeeld dat, zonder een effectief toezichtmechanisme, de Commissie mag aannemen dat er sprake is van een versterking van de concurrentiepositie van de DAEB-beheerder ten opzichte van zijn concurrenten.²¹⁰

Een mechanisme tegen overcompensatie dat door de Commissie is ontwikkeld in de besluitpraktijk, en door het Hof in *Commissie t Jørgen Andersen* is bevestigd, is de zogeheten terugbetalingsregeling.²¹¹ Dit is een clausule in

204 Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*, r.o. 242-247.

205 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 47; HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

206 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; HvJ EU, 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06, r.o. 86.

207 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, r.o. 157,171, 184.

208 Gerecht EU, 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*, r.o. 223; Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*, r.o.12, 238-240.

209 Gerecht EU, 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*.

210 Gerecht EU, 12 september 2013, T-347/09, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurgebieden)*. Gerecht EU, 16 december 2010, gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *NOS t Commissie*.

211 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

het aanwijzingsbesluit waarin de jaarlijkse hoogte van de compensatie en de redelijke winst vermeld worden. Als de plafonds overschreden worden dient de lidstaat over te gaan tot terugvordering.²¹²

In het arrest *Simet* gaf het Hof van Justitie van de Europese Unie een aantal instructies aan overheden en nationale rechters om de derde *Altmark*-voorwaarde toe te passen.²¹³ Zowel het Gerecht als het Hof adviseerden dat de nationale rechter slechts nagaat of er doeltreffende controlemechanismen op overcompensatie zijn opgenomen in het aanwijzingsbesluit. De rechter hoeft hierbij niet zelfstandig toets- en rekenwerk te verrichten om de volledige hoogte van de compensatie vast te stellen.²¹⁴ In deze zaak had de Italiaanse nationale rechter de hoogte van de compensatie nagerekend, terwijl dit in beginsel een taak is voor de overheid die de DAEB aanwijst.²¹⁵

Indien een terugbetalingsregeling ontbreekt, kan de nationale rechter volgens het Gerecht in *Hotel Cipriani* eenvoudig vaststellen dat er sprake is van een beperking van de mededinging.²¹⁶ In deze zaak maakte het Gerecht duidelijk dat de derde *Altmark*-voorwaarde als doel heeft dat er daadwerkelijke mededinging in openbare dienstsectoren blijft bestaan.²¹⁷ De uitvoering van een compensatie hoeft volgens het Gerecht dus niet zozeer onder gelijke concurrentievoorwaarden te gebeuren.²¹⁸ Belangrijker is dat het toezicht op de hoogte van de compensatie doeltreffend is. Als er sprake is van overcompensatie zonder doeltreffende controlemechanismen, dan is er eveneens sprake van een economisch voordeel dat de mededinging vervalst.²¹⁹ In dat geval is er naar alle waarschijnlijkheid sprake van onrechtmatige staatssteun volgens artikel 107, lid 1, jo. artikel 108, lid 3, VWEU.

5.4.2 Een “structureel nadeel” als rechtvaardiging voor een overcompensatie?

In de *Combus en Duitsland t Commissie*-arresten, heeft het Gerecht een exceptie op de derde *Altmark*-voorwaarde aangenomen.²²⁰ In deze arresten

212 Gerecht EU, 29 augustus, T-366/13 R, *Frankrijk t Commissie*; Gerecht EU, T-454/13, 3 oktober 2010, *SNCM t Commissie*; HvJ EU, 21 januari 2014, C-574/13 P, *Frankrijk t Commissie (SNCM)*.

213 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*; HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*, r.o. 47.

214 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*.

215 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*, r.o. 35-36, 54, 145-146.

216 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*.

217 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*.

218 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*, r.o.184.

219 Müller 2009, p. 43.

220 Gerecht EU, 16 maart 2003, T 157/01, *Danske Busvognmænd (Combus)*. Gerecht EU, 14 juli 2016, T-143/12, *Duitsland t Commissie (Deutsche Post)*.

heeft het Gerecht toegestaan dat lidstaten een DAEB-beheerder eenmalig compenseren om “een structureel nadeel” op te heffen. In de *Combust* en *Deutsche Post*-arresten oordeelde het Gerecht dat geprivatiseerde overheidsbedrijven (belast met een DAEB-taak) niet gebonden waren aan hoge overheidspensioenen, (die overeengekomen waren vóór privatisering). Deze exceptie houdt in dat overheden eenmalig de DAEB-beheerders wettelijk mogen ontheffen van de betaling van hoge overheidspensioenen. Vervolgens ontvangen werknemers een compensatie van de overheid die het verschil tussen marktconforme- en de voormalige overheidspensioenen dekt. Het Gerecht moest in het *Combust*-arrest beantwoorden of er hier sprake was van een overcompensatie. Het Gerecht introduceerde in deze zaak de controversiële rechtsregel van een “structureel nadeel”.²²¹ In dat geval is er volgens het Gerecht geen overcompensatie omdat het opheffen van dat nadeel de concurrentievoorwaarden op de markt herstelt door een voormalig overheidsbedrijf in een gelijke positie te plaatsen. Deze rechtsregel werd na *Combust* niet toegepast door het Hof van Justitie van de EU. In *Deutsche Post* gaf de Commissie aan dat het zich niet gebonden achtte aan de *Combust*-exceptie.²²² Bezien vanuit het *Altmark*-arrest is er volgens de Commissie eerder sprake van een eenzijdige aanpassing van de mededingingsomstandigheden door de staat die leidt tot overcompensatie.²²³

In de zaak *Orange t Commissie* heeft het Hof, in navolging van het Gerecht, in een hogere voorziening de structureel nadeel-exceptie verworpen.²²⁴ In *Orange t Commissie* volgt het Hof de conclusie van A-G Wahl die de structureel nadeel-exceptie omschrijft als “een ongeschikte rechtsregel en een onvoldoende ontwikkelde toepassing.”²²⁵ De zaak *Orange* draait om de toepassing van het *Altmark*-arrest door de Commissie in een besluit over de compensatie van France Télécom voor het overnemen van overheidspensioenen na de privatisering van dit bedrijf.²²⁶ De Commissie heeft besloten dat deze compensatiemaatregel tot verboden overcompensatie leidde.²²⁷ In de beroepszaak die *Orange* (namens rechtsvoorganger France Télécom) heeft aangespannen tegen dit besluit, bepleitte *Orange* dat er sprake was van een *Altmark*-compensatie voor een structureel nadeel die noodzakelijk was om transitie van niet-marktconforme voorwaarden (hoge overheidspensioenkosten) naar marktconforme voorwaarden (private pensioensregelingen) mogelijk te maken. Het Gerecht heeft dit beroep verworpen.²²⁸ In

221 Zie ook Nicolaidis 2013; Von Bonin & Rodenhausen 2014, p. 600-605; Hessel 2004, p. 405-412.

222 Gerecht EU, 14 juli 2016, T-143/12, *Duitsland t Commissie (Deutsche Post)*, r.o. 140.

223 *Idem*, r.o. 108.

224 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

225 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o.40-45. Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 49-51.

226 Besluit 2012/540/EU *France Télécom*.

227 Besluit 2012/540/EU *France Télécom*.

228 Gerecht EU, 6 februari 2015, T-385/12, *Orange t Commissie*.

hoger beroep tegen dit arrest voerde Orange aan dat de maatregel onder normale marktomstandigheden werd uitgevoerd en conform de zogeheten *Combus*-regel een compensatie van een structureel nadeel mogelijk maakt.

Het Hof verwierp dit beroep en oordeelde dat het inroepen van een structureel nadeel voorbij gaat aan de doelstellingen van het *Altmark*-arrest. Als een onderneming zich op basis van wetgeving in een bijzondere positie bevindt, kan volgens het Hof de Commissie niet beoordelen of het opheffen van dit nadeel tot normale marktvoorwaarden of een verbetering van concurrentieverhoudingen leidt.²²⁹ Dit is ook niet de taak van de Commissie, voegde het Hof hier aan toe.²³⁰ Het Hof oordeelde dat de Commissie moet vaststellen of er sprake is van een daadwerkelijke DAEB en of een compensatie noodzakelijk is.²³¹ Omdat DAEB-beheerders zich doorgaans wettelijk in een bijzondere positie bevinden en niet onder gelijke marktomstandigheden opereren als concurrenten, zou de structurele nadeel-exceptie het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU uithollen.²³² Daarmee zou volgens het Hof de structureel nadeel-exceptie in strijd zijn met de beginselen van het *Altmark*-arrest.²³³

Het begrip staatssteun van artikel 107, lid 1, VWEU biedt volgens het Hof nadrukkelijk geen enkele ruimte om de redenen of de doelstellingen van overheidsingrepen op de markt te wegen. De toepassing van het *Altmark*-arrest ziet volledig toe op de gevolgen van een maatregel.²³⁴ Om dit vast te kunnen stellen moest volgens het Hof de Commissie nagaan of een DAEB-beheerder in een gunstigere financiële positie dan haar concurrenten wordt geplaatst, danwel of een de DAEB-beheerder een voordeel heeft verkregen dat het niet onder normale marktomstandigheden zou hebben gekregen.²³⁵ Het Hof concludeerde dat Frankrijk voor France Télécom een bijzondere marktpositie had geschapen, terwijl concurrenten niet in aanmerking kwamen voor lastenverlichting in de vorm van compensaties voor hoge pensioenen. Het Hof oordeelde daarom dat het toekennen van een extra compensatie de mededingingsomstandigheden in een economische sector probeerde aan te passen. Orange kon tijdens de transitie van een door de staat gestuurde markt naar een concurrerende markt zich gemakkelijker ontwikkelen voor concurrentie op nieuwe opengestelde markten in andere

229 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 27-28. Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

230 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

231 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, 28-32.

232 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, 61, 62, 66. Zie ook conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, randnummer 47.

233 Zie ook Conclusie AG Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, randnummer 34-35.

234 Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, randnummer 35; Zie ook HvJ EU, 8 december 2011, C-81/10 P, *France Télécom t Commissie*.

235 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 66-68.

lidstaten. Daarmee oordeelde het Hof dat de maatregel France Télécom bevoorreedde en staatssteun inhield volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Het Hof oordeelde dat eventuele structurele mededingingsnadelen voor DAEB-beheerders niet binnen artikel 107, lid 1, VWEU mogen worden meegewogen, noch de daadwerkelijke effecten van compensaties op de mededinging. Dat kan alleen binnen de Verdragsexcepties.²³⁶

5.5 De vierde *Altmark*-voorwaarde: Selectie op basis van kostenefficiëntie

5.5.1 *Aanbesteding*

De toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde is doorgaans allereerst een feitelijke controle of er een correcte aanbestedingsprocedure is verricht. In veel zaken heeft een overheid niet gekozen voor een aanbestedingsprocedure.²³⁷ Wanneer er wel een overheidsopdracht in de markt wordt gezet, dan moet deze opdracht wel daadwerkelijke mededinging genereren.²³⁸ In de zaak *SNCM* had Corsica wel een aanbestedingsprocedure gehouden, maar was de overheidsopdracht zo omschreven dat slechts de bestaande concessiehouder de openbare dienst tegen de laagste prijs kon verrichten. Omdat de overheidsopdracht zo was omschreven dat deze niet bijdroeg tot een daadwerkelijke behoefte van algemeen belang, noch tot een vrije mededinging, mocht de Commissie besluiten dat de compensatie onevenredig was en niet voldeed aan de vierde *Altmark*-voorwaarde.²³⁹ Het Gerecht oordeelde daarom dat de daadwerkelijke naleving van de vierde *Altmark*-voorwaarde door de Commissie gecontroleerd mag worden op basis van het evenredigheidsbeginsel, in het geval er twijfels bestaan over de geschiktheid van een openbare dienst.²⁴⁰ Dat de Corsicaanse overheid een aanbestedingsprocedure had gehouden betekende volgens het Gerecht niet dat daarmee voldaan was aan het *Altmark*-arrest. Het arrest *SNCM* is een voorbeeld van een semi-gereguleerde economische sector waarop van oudsher gevestigde marktspelers belast zijn met zijn een DAEB en de overheid exclusief in zee wil gaan met één uitvoerder vanwege een his-

236 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

237 Nicolaidis 2017a.

238 HvJ EU, 1 juli 2008, C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost*; Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*.

239 Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 258-262.

240 *Idem*.

torische band.²⁴¹ Naast de vervoersmarkt is het ook in de zorgmarkt niet ongebruikelijk dat een DAEB-beheerder geselecteerd is zonder dat een correcte aanbesteding of kostenbenchmark heeft plaatsgevonden.²⁴² Een ander voorbeeld is de publieke omroepsector, waar aanbesteding niet een geschikt selectie-instrument is, en deze omroepen de traditionele uitvoerders zijn van een openbare dienst.²⁴³

5.5.2 Efficiëntiebenchmark?

In de *Chronopost*-arresten heeft het Hof duidelijk gemaakt dat lidstaten de keuze hebben tussen aanbesteding of benchmarking. In dat laatste geval dient er een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen op de relevante markt gemaakt worden. In het arrest *Chronopost I* kwam het Hof tot de slotsom dat de DAEB-beheerder niet vergeleken kon worden met particuliere ondernemingen buiten de postsector.²⁴⁴ Als er geen andere ondernemingen actief zijn in de sector waarin de DAEB zal worden uitgevoerd dan kan de DAEB-beheerder volgens het Hof bepaald worden op grond van een hypothetische marktvergelijking op grond van de kosten die een “gemiddeld goed beheerde onderneming zou maken.”²⁴⁵ In het *Chronopost II*-arrest maakte het Hof duidelijk dat de test van een “gemiddeld goed beheerde onderneming” in grote mate overeenkomt met het beginsel van een particuliere investeerder in de markteconomie.²⁴⁶ In dat geval moet rekening gehouden worden met de bedrijfseconomische kosten en de redelijke winst die voor een die in een openbare dienstsector redelijkerwijs nodig zouden zijn.²⁴⁷ Eveneens moeten hier “de lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”, beoordeeld worden.²⁴⁸ De DAEB-beheerder moet op basis van de benchmarkmethode met de “noodzakelijke middelen” worden uitgerust om de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren.²⁴⁹

241 Het beste voorbeeld zijn hier de zaken Gerecht EU T-565/08 (*Corsica Ferries t SNCM*), 11 september 2012, en de gevoegde zaken C-533/12 P en C-536/12 P, HvJ EU, 4 september 2014 (*SNCM t Corsica Ferries*) waar DAEB-beheerder een DAEB-taak, aangewezen voor 25 jaar, misbruikt door de mededinging gedurende twee decennia te vervalsen. Zie voor een uitgebreide bespreking van het begrip “incumbent” Commissiebesluit van 2013/435/EU van 2 mei 2013, *SNCM, PbEU*(2013) L 220/20.

242 Zie Hancher & Sauter 2010, p. 326-334.

243 Verschuur & ten Hove 2011, p. 87-94.

244 HvJ EG, 3 juli 2003, C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost I*.

245 Dit kan bijvoorbeeld worden bepaald aan de hand van een onafhankelijk onderzoek naar wat de (bedrijfseconomische) kosten in een openbare dienstsector redelijkerwijs zouden zijn.

246 HvJ EU, 1 juli 2008, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost II*.

247 DAEB-Mededeling 2012, par.61; DAEB-Gids 2013, par. 131-136.

248 HvJ EG, 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 t Commissie*.

249 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*.

Afhankelijk van de economische sector moet een overheid dus als benchmark voor een gemiddeld goed beheerder nemen het winstpercentage dat een particuliere marktinvesteerder zou verwachten. Het Hof bevestigde in het SNCM-arrest dat – wanneer het volstrekt onmogelijk is de situatie van een DAEB-beheerder te vergelijken met die van een particuliere onderneming – de “normale marktvoorwaarden” moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en verifieerbare elementen.²⁵⁰ In wezen past het Hof hier het beginsel van de private marktinvesteerder toe op de hoedanigheid van een publieke marktdeelnemer; namelijk de DAEB-beheerder.

In de zaak *TV2 Danmark II* voerde openbare omroep TV2 Danmark voor het Gerecht aan dat er op basis van Unierecht geen objectieve wijze bestaat om een efficiënte besteding van de openbare diensten vast te stellen.²⁵¹ Het is voor TV2 Danmark moeilijk op de Deense markt een correcte benchmarking te vinden; wel vergelijkt TV2 haar productiviteit met publieke omroep uit andere lidstaten. Het Gerecht wees TV2 erop dat publieke én commerciële omroepen vergelijkbare uitgaven hebben aan producties, aankoop van goederen en diensten en IE-rechten. Het Gerecht oordeelde dat Denemarken TV2 niet geselecteerd heeft op basis van een correcte benchmark. De productiviteitsvergelijking tussen de buitenlandse omroepen en TV2 volstond volgens het Gerecht niet om aan te tonen dat TV2 geselecteerd is op basis van de kosten die een gemiddeld goed beheerde onderneming zou maken. Het Gerecht benadrukte dat een *ex post* audit naar de efficiëntie van TV2 niet volstaat. Denemarken had namelijk voorafgaand aan de DAEB-aanwijzing moeten controleren of TV2 de kosten maakte die een gemiddeld goed beheerde onderneming zou maken.

5.5.3 Selectiemethode afhankelijk van de marktomstandigheden

Het Hof van Justitie van de Europese Unie houdt bij het toepassen van de *Altmark*-voorwaarden rekening met de specifieke mededingingsomstandigheden in de economische sectoren waarop DAEB worden aangeboden. Doorgaans zijn er geen identieke marktomstandigheden op de markten waarop DAEB-beheerders met andere ondernemingen concurreren. Bij de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde gaat het Hof van Justitie van de EU dan ook niet uit van een gelijke concurrentievoorwaarden tussen de DAEB-beheerder en concurrenten.²⁵² Zodoende heeft het Gerecht een aantal toepassingsvormen gecreëerd om specifieke mededingingsomstandigheden binnen de kennelijke fout-toets mee te wegen.

250 HvJ EU, 4 september 2014, C-533/12 P en C-536/12 P, *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) t Corsica Ferries*.

251 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

252 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*.

Zo heeft het Gerecht in het *CBI*-arrest geoordeeld dat de *Altmark*-voorwaarden, en dan in het bijzonder de vierde *Altmark*-voorwaarde, niet even strikt mogen worden toegepast op DAEB in economische sectoren die niet noodzakelijkerwijze commercieel van aard en aan mededinging onderhevig zijn.²⁵³ Het Gerecht, indachtig de woorden van A-G L  g  r bij het *Altmark*-arrest, merkte op dat het criterium van economische efficiëntie beter geschikt is voor de vervoersector.²⁵⁴ Het Gerecht beoordeelde de Brusselse gezondheidssector als een economische sector met beperkte commerciële oogmerken en een beperkte mededinging.²⁵⁵ Bij het beoordelen van de *Altmark*-voorwaarden wijst het Gerecht erop dat het derde criterium doorslaggevend is om te beoordelen of er een beperking van de mededinging is.²⁵⁶ Het Gerecht oordeelde dat de vierde *Altmark* voorwaarde – en dan in het bijzonder het criterium dat de DAEB tegen de laagste prijs voor de gemeenschap wordt uitgevoerd – niet geschikt is voor een compensatiestelsel voor openbare ziekenhuizen.²⁵⁷ De compensatie is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de ziekenhuiszorg en aanpalende sociale diensten voort blijven bestaan. Daarom besluit het Gerecht rechtstreeks te toetsen aan artikel 106, lid 2, VWEU.²⁵⁸ Daarbij oordeelt het Gerecht dat de compensatie hoger is dan de netto-kosten die verbonden zijn aan het uitvoeren van de DAEB en daarom niet voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.

Inmiddels erkent ook het Hof dat de vierde *Altmark*-voorwaarde, “vanwege zijn strikte karakter, in veel gevallen niet vervuld wordt.”²⁵⁹

5.6 Tussenconclusie III: Samenhang *Altmark*-voorwaarden

De toepassing van het *Altmark*-arrest door het Hof van Justitie van de EU laat zien dat er een duidelijke samenhang bestaat tussen de vier *Altmark*-voorwaarden. De eerste *Altmark*-voorwaarde is volgens het Hof vergelijkbaar aan de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. De aard en inhoud openbare dienstverplichting en het algemeen belang moet duidelijk in een aanwijzingsbesluit zijn opgenomen. De tweede *Altmark*-voorwaarde vereist dat in dit aanwijzingsbesluit duidelijk de parameters voor berekening en controle van de hoogte van de compensatie zijn opgenomen. Van belang is daarom dat de berekeningsparameters overeenkomen met de normale marktomstandigheden in de sector waarin de DAEB verricht wordt. Alleen de noodzakelijke kosten, opbrengsten en redelijke winst

253 Gerecht EU, 7 november 2012, T-137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI) t Commissie*.

254 *Idem.* r.o. 89.

255 *Idem.* r.o. 89.

256 *Idem.* r.o. 87-88,

257 *Idem.* r.o. 293-294,300.

258 *Idem.* r.o 85-86, 88, 92, 98 290-297.

259 Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 29.

kunnen gecompenseerd worden. Een zeer belangrijke controleparameter is een terugbetalingsregeling. Deze parameter stelt de Commissie, maar ook de nationale rechter, in staat om te controleren of er voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. Belangrijk is dat de vaststelling van overcompensatie automatisch leidt tot de conclusie dat een DAEB-beheerder een artificieel voordeel ontvangt. Om te controleren of een onderneming onder normale omstandigheden de DAEB opgedragen krijgt, geldt het selectievereiste van kostenefficiëntie. Zowel bij een aanbestedingsprocedure als bij benchmarking moet de nationale rechter volgens het Hof controleren of een DAEB-beheerder de kosten maakt die een normale marktdeelnemer in de openbare dienstsector zou maken. In de *Chronopost*-zaken heeft het Hof de vierde *Altmark*-voorwaarde uitgelegd als een criterium voor economische efficiëntie. Als een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten niet mogelijk is, dan moet een onderneming tegen kostenefficiëntie worden geselecteerd. Dat blijkt volgens het Gerecht niet altijd mogelijk te zijn in openbare sectoren met een beperkte mededinging. Sommige sectoren zijn minder geschikt voor een volledige *Altmark*-toepassing dan andere sectoren, waaronder de particuliere zorgverzekeringsmarkt, openbare ziekenhuizen en sociale en geestelijke gezondheid- en welzijnszorg, zo oordeelt het Gerecht. Daarom heeft het Gerecht ook een mededingingstoets geïntroduceerd ten aanzien van de vierde *Altmark*-voorwaarde in het *CBI*-arrest. In dat geval moet de vierde *Altmark*-voorwaarde niet te strikt geïnterpreteerd worden en is de benchmark van economische efficiëntie niet doorslaggevend voor het aanwijzen van een DAEB. In de *Viasat*-arresten hebben het Gerecht en het Hof hieraan toegevoegd dat voor het opstellen van objectieve en transparante parameters geen efficiëntiebenchmark hoeft te gelden. Hoewel er dus een conceptuele band is tussen de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde, betekent dit niet dat alle kostenparameters gebaseerd moeten zijn op de laagste kosten voor de gemeenschap.

6 DE POST-ALTMARK-JURISPRUDENTIE VAN HET HOF: EEN LEIDRAAD VOOR EEN INHOUDELIJKE BEOORDELING DOOR DE NATIONALE RECHTER?

6.1 Minimumcriteria voor de *Altmark*-toepassing

De nationale rechter is de instantie die alle beschikbare feitelijke en juridische omstandigheden mag controleren bij het toepassen van de *Altmark*-criteria. De rechtspraak van het Gerecht en het Hof biedt een aantal minimumcriteria, die de nationale rechter binden bij de toepassing van het *Altmark*-arrest. De eerste categorie minimumcriteria is in *Pais Vasco*-arresten geformuleerd en nader uitgebreid door het Gerecht en het Hof in recente rechtspraak. Het Gerecht spreekt van minimumcriteria bij de toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde. Ook de andere drie *Altmark*-voorwaarden hebben minimumvoorwaarden die door het Gerecht en Hof toegepast worden.

Altmark-voorwaarde	Minimumcriteria
<i>Altmark I</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1) een aanwijzingsbesluit waarin de DAEB duidelijk omschreven wordt en verplicht wordt; 2) een DAEB mag niet aangewezen worden op beleidsterreinen die geharmoniseerd zijn; 3) een DAEB mag niet in strijd zijn met geschreven of ongeschreven beginselen van Unierecht; 4) een DAEB onderscheidt zich door een algemeen legitiem belang van normale marktactiviteiten.
<i>Altmark II</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1) De berekeningsparameters moeten voorafgaand aan de compensatie opgenomen zijn in het aanwijzingsbesluit. Het gaat hier om: <ol style="list-style-type: none"> i) de noodzakelijke netto-kosten; ii) de opbrengsten en iii) een redelijke winst; 2) Deze berekeningsparameters moeten voorafgaand aan de selectie van de DAEB-beheer bekend gemaakt worden aan ondernemingen die meedingen naar de openbare dienstopdracht; 3) De DAEB-beheerder moet een gescheiden boekhouding voeren op basis van de transparantierichtlijn 2006/111/EG.
<i>Altmark III</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1) De overheid moet een effectief mechanisme tegen overcompensatie bieden; 2) In het aanwijzingsbesluit moet een terugbetalingsregeling opgenomen worden.
<i>Altmark IV</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1) De DAEB-beheerder wordt geselecteerd op basis van een openbare aanbesteding tegen de laagste prijs voor de gemeenschap, of; 2) De DAEB-beheerder wordt geselecteerd op basis van de benchmark van een gemiddeld goed beheerder onderneming.

Figuur II: Een overzicht van de minimumvoorden voor de Altmark-toepassing

Deze minimumcriteria kunnen de nationale rechter een leidraad bieden om het *Altmark*-arrest toe te passen. In de volgende paragraaf wordt er per *Altmark*-voorwaarde een leidraad geformuleerd voor concrete toepassing.

6.2 De toepassing van minimumcriteria bij de feitelijke beoordeling volgens de compensatiebenadering

6.2.1 *Leidraad voor de eerste Altmark-voorwaarde: de rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU*

De belangrijkste leidraad voor de nationale rechter is dat de eerste *Altmark*-voorwaarde gelijk moet worden uitgelegd aan artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU. Een DAEB-omschrijving heeft rechtstreekse werking en mag niet in strijd met Unierecht worden aangewezen (zie paragraaf 2). Dit houdt in dat de nationale rechter op verzoek van de procespartijen kan controleren of er sprake is van een onderneming die een DAEB beheert of van een “een onderneming, waaraan de staat geen enkele taak heeft opge-

dragen en die slechts particuliere belangen beheert.”²⁶⁰ Dat betekent dat belanghebbenden tegen de DAEB-omschrijving beroep kunnen aantekenen. Het Hof heeft hier twee categorieën belanghebbenden voorzien. Ten eerste betreft dit de belangen van concurrenten wiens mededingingspositie wordt aangetast door DAEB-aanwijzing. Ten tweede spelen ook de belangen van consumenten die recht hebben op een gelijke toegang tot de openbare dienst een rol.²⁶¹ Daarom heeft het Hof in de rechtspraak erkend dat de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, niet uitsluitend binnen de bevoegdheden van de Commissie valt.²⁶² Ten aanzien van het beheer van de DAEB speelt de nationale rechter ook een belangrijke rol in de rechtsbescherming van de rechtstreekse werkende bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. Deze is als enige actor in staat om (op basis van nationaalrechtelijke voorschriften en Unierechtelijke randvoorwaarden) de rechtmatigheid van een DAEB-aanwijzing feitelijk te controleren. Onder deze randvoorwaarden valt een *prima facie* beoordeling op de potentiële effecten op de mededinging en het handelsverkeer.

In samenhang met de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU, dient vervolgens de nationale rechter voorlopige maatregelen nemen wanneer de aanwijzing in strijd is met de (constitutionele) kernelementen van artikel 106, lid 2, eerste volzin VWEU, artikel 14 VWEU of protocol nr. 26 bij het VWEU, zoals omschreven in paragraaf 2.

Om te beoordelen of er sprake is van een daadwerkelijke en verplichte DAEB kan de rechter eerst controleren of een DAEB berust op een rechtsbasis in de vorm van een aanwijzingsbesluit. Hiertoe kan de nationale rechter het belangrijkste minimumcriterium inhoudelijk beoordelen. Daartoe moet de vraag beantwoord worden of er sprake is van een algemeen belang of van alledaagse economische activiteiten. Voor de beantwoording van deze vraag kan de nationale rechter – op verzoek van de procespartijen – beoordelen of de overheid voldoende gemotiveerd heeft dat een economische activiteit zich door een algemeen belang onderscheidt van normale economische activiteiten. Dat betekent dat de DAEB moet voldoen aan de kernelementen zoals genoemd in paragraaf 2. De nationale rechter kan hier onderzoeken of de omschrijving van de DAEB voorziet in de continuïteit van een reële behoefte van algemeen belang en of deze onder universele en gelijke voorwaarden wordt aangeboden aan de afnemers van de afnemers van de openbare dienst. Vervolgens kan de nationale rechter controleren of de openbare dienst, zonder compensatie, ontoereikend onder normale marktomstandigheden wordt aangeboden.

260 HvJ EG, 30 januari 1974, zaak C-127/73, *BRT t SABAM*, r.o. 23.

261 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*. Zie ook A-G Wathelet bij zijn bespreking over *BRT t Sabam* in zijn Conclusie van 7 september 2017 voor de zaken C 66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad Pais Vasco*, randnummer 98.

262 HvJ EG, 19 oktober 1995, C-19/93 P, *Rendo t Commissie*, r.o 7.

Hierbij kan de vraag gesteld worden of de openbare dienst onder vrije mededinging kan worden uitgevoerd, zonder dat de kernelementen van de openbare dienst noodzakelijkerwijs verloren gaan. Hiertoe biedt de rechtspraak van het Hof de nationale rechter de mogelijkheid om een overheid een marktanalyse te laten overleggen, waaruit blijkt dat er sprake is van een marktfalen of een gebrek aan particulier initiatief. Omdat deze twee methoden geen juridische normen zijn, maar door het Gerecht als economische gedragsregels omschreven zijn, heeft de nationale rechter hier rekening te houden met een beoordelingsruimte van de overheid.²⁶³ In dat geval doen rechters er goed aan om na te gaan of een DAEB-omschrijving niet strijd is met juridisch afdwingbare beginselen van Unierecht. Bij een (doorgaans) gebrek aan geharmoniseerde Unie-wetgeving over de DAEB-sector is een gedetailleerde toetsing in dat geval niet nodig, zolang de nationale rechter de DAEB-omschrijving toetst aan beginselen van non-discriminatie, evenredigheid, gelijkheid en transparantie.²⁶⁴ De kernelementen voor een DAEB die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU bieden de nationale rechter in deze beoordeling een leidraad om na te gaan of voldaan is aan beginselen van Unierecht. Zo kan de nationale rechter nagaan of een DAEB de volgende kernelementen bevat die allen berusten op algemene beginselen van Unierecht.²⁶⁵

Omdat de nationale rechter op basis van de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU door partijen gevraagd kan worden te controleren of er mogelijk sprake is van onrechtmatige staatssteun, vraagt het Unierecht van de nationale rechter om alle nodige consequenties te verbinden aan een DAEB-omschrijving die mogelijk in strijd is met de kernelementen over DAEB. Dat zou kunnen betekenen dat de nationale rechter over moet gaan tot opschorting van de maatregel, totdat deze is aangemeld en onderzocht door de Commissie, dan wel moet hij een (voorlopige) terugvordering gelasten.²⁶⁶ Artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, biedt, in aanvulling op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU, een rechtsinstrument voor private handhaving. In dat geval spreekt de nationale rechter zich niet uit over verenigbaarheid van de maatregel, omdat de eindbeoordeling dan

263 Zie Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie* en Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*.

264 Er bestaat een uitputtende lijst van sectorale regelgeving waarin universele dienstverplichtingen geharmoniseerd zijn, met name in netwerksectoren. Zie de Gids van de Commissie DAEB en staatssteun, PbEU(2012), p.24-25. *PbEU*(2012). Zie Sauter 2015, p. 180-212.

265 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o.64. Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 37.

266 HvJ EU, 18 mei 2017, C-150/16, *Fondul t CEO*, r.o. 42; HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 28.

gelaten wordt aan de Commissie, onder toezicht van het Hof.²⁶⁷ De Commissie is vervolgens exclusief bevoegd om te beoordelen of de eventuele staatssteun verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.²⁶⁸ In hoofdstuk 5, paragraaf 3.3. zal overigens een tussenvariant besproken worden (in de vorm van het DAEB-Vrijstellingsbesluit). Op grond van deze secundaire wetgeving is de nationale rechter bevoegd om na te gaan of staatssteun voor DAEB in overeenstemming is met de Unierechtelijke randvoorwaarden die de Commissie gesteld heeft voor vrijstelling van melding van verenigbaar geachte steun.²⁶⁹

6.2.2 Leidraad voor de tweede Altmark-voorwaarde: controle objectiviteit parameters

De toetsing van de eerste *Altmark*-voorwaarde loopt voor de nationale rechter vrij soepel over in de tweede voorwaarde. Nadat de rechter een beoordeling heeft gedaan over de aard en inhoud van de DAEB moet deze kunnen nagaan of de berekeningsparameters voor compensatie inzichtelijk zijn en geobjectiveerd worden. De nationale rechter moet op grond van een aanwijzingsbesluit kunnen controleren of deze parameters voor de selectie openbaar waren voor alle geïnteresseerde ondernemingen. Ook moet de nationale rechter kunnen controleren of de parameters effectief beogen het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU te omzeilen. Dat betekent niet dat de nationale rechter het werk van de overheid moet overdoen en alle kosten gaat narekenen, volgt uit het arrest *Simet*. De nationale rechter kan op verzoek van één van de procespartijen nagaan of het aanwijzingsbesluit een beoordelingsruimte laat aan de DAEB-beheerder om zelfstandig kosten, tarieven of de redelijke winst te bepalen. In dit het geval is dan is de compensatieberekening in strijd met het *Altmark*-arrest. Het moet daadwerkelijk gaan om de noodzakelijke netto kosten, opbrengsten en redelijke winst die verbonden is aan de uitvoering van de DAEB.²⁷⁰ Daarom moeten kosten die onder de normale bedrijfsvoering van een onderneming boekhoudkundig gescheiden worden van de kosten die verbonden zijn aan een DAEB.²⁷¹ Het Gerecht en het Hof hebben in de *Viasat*-arresten ondubbelzinnig duidelijk gemaakt dat de parameters niet gebaseerd hoeven te zijn op kostenefficiëntie. Nationale rechters hoeven de mededeling van de Commissie over DAEB en staatssteun op dit punt dan ook niet te volgen.²⁷²

267 HvJ EG, 21 november 1991, C-354/90, *Saumon t Frankrijk*, r.o. 14. Zie ook Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, randnummer 77.

268 In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet dat deze verenigbaarheidstoepassing gedeeltelijk is gedecentraliseerd, op basis van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

269 Zie ook Sauter 2015, p. 176-177. Zie ook hoofdstuk 5, paragraaf 4.3.

270 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

271 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters t Commissie (VGG)*. Zie ook Transparantierichtlijn 2006/111/EG PbEU(2006).

272 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*, r.o. 33-35, 38. Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 92.

6.2.3 *Leidraad voor de derde Altmark-voorwaarde: effectief toezicht op overcompensatie*

De derde *Altmark*-voorwaarde voorziet in een minimumcriterium waaraan de nationale rechter kan toetsen. Er moet een effectief mechanisme bestaan tegen overcompensatie: een terugbetalingsregeling. Deze regeling moet opgenomen zijn in het aanwijzingsbesluit. In dat besluit moeten de voorwaarden staan voor controle op overcompensatie en de voorwaarden voor terugbetaling. De inhoudelijke toepassing van de derde *Altmark*-voorwaarde berust bij de overheid die de DAEB heeft aangewezen. Controle op overcompensatie door de overheid is daarom essentieel. Wanneer deze onvoldoende toezicht uitoefent op de hoogte van de compensatie kan de nationale rechter vaststellen dat niet voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. De leidraad voor het toepassen van deze inhoudelijke component van de derde *Altmark*-voorwaarde ligt verborgen in de hoofddoelstelling van het *Altmark*-arrest: er moet sprake zijn van een doeltreffend toezicht op overcompensatie. Overcompensatie *an sich* hoeft dan ook niet daadwerkelijk vastgesteld te worden door de rechter.²⁷³ Voor de nationale rechter volstaat het dat bewezen wordt dat een overheid onvoldoende juridisch afdwingbare toezichtmechanismen heeft ingevoerd. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als er geen plafond is vastgesteld voor de hoogte van de kosten, opbrengsten of de redelijke winst. Daarnaast is het ontbreken van een gescheiden boekhouding een voldoende indicatie voor de nationale rechter om vast te stellen dat er het toezichtmechanisme onvoldoende effectief is.²⁷⁴

6.2.4 *Leidraad voor de vierde Altmark-voorwaarde: selectie vereist openbaarheid, gelijke behandeling van ondernemingen en objectieve selectiecriteria*

Hoewel de vierde *Altmark*-voorwaarde de overheid twee zeer concrete minimumcriteria biedt om kostenefficiëntie van de compensatie na te streven, biedt de *post-Altmark*-jurisprudentie de nationale rechter geen afdoende leidraad voor concrete toepassing van deze criteria. De oorzaak hiervoor ligt ten eerste in de uitleg van het Hof van Justitie van de Europese Unie van de vierde *Altmark* voorwaarde die nu "selectie tegen de laagste kosten voor de gemeenschap" als criterium neemt. De *Chronopost*-arresten geven inzicht in de beperkingen van deze uitleg. Hier wordt een gemiddeld goed beheerde onderneming gelijkgesteld aan een onderneming die marktconform handelt. De overheid moet een kostenvergoedingsmodel opstellen aan de hand van marktconforme voorwaarden. Als er geen marktconforme benchmark beschikbaar is, moet een andere economische sector als benchmark dienen.

273 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*; HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*.

274 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters t Commissie* (VGG).

Een dergelijke hypothetische kostenvergelijking lijkt moeilijk te controleren door de nationale rechter. Door een DAEB-aanwijzing bevindt de DAEB-beheerder zich immers in een bijzondere situatie ten opzichte van concurrenten. Het vinden van een vergelijkbare benchmark sluit daarom niet het artificiële karakter van een DAEB-compensatie uit. Als leidraad dient de nationale rechter daarom te controleren of een openbare (niet-discriminerende) selectiemethode daadwerkelijk mededinging kan genereren. Het Gerecht heeft in meerdere instanties overwogen dat de toegankelijkheid en de continuïteit van een DAEB zwaarder weegt dan de kostenefficiëntie van een compensatie.²⁷⁵ Dat geldt hoofdzakelijk voor economische sectoren met een beperkte mededinging, zoals de zorgsector. In dat geval lijken ook andere selectiemethoden open te staan, zolang deze gebaseerd zijn op objectieve, openbare en niet-discriminerende voorwaarden. De selectieprocedure mag bovenal niet beogen, of als gevolg hebben, dat de mededinging potentieel vervalst wordt.

De beperkingen van de uitleg van de vierde *Altmark*-voorwaarde komt vooral terug bij de toepassing van de aanbestedingsprocedure. Het vereiste van een aanbesteding tegen de laagste prijs voor de gemeenschap plaatsvindt, is inmiddels achterhaald. Inmiddels heeft het Hof in zijn aanbestedingsjurisprudentie bevestigd dat voor het uitvoeren van overheidsopdrachten niet meer de laagste prijs voor de gemeenschap een vereiste is, maar dat ook sociale prestaties van bedrijven als criteria mogen gelden voor een aanbesteding.²⁷⁶ Ook in de *Altmark*-jurisprudentie, onder meer het arrest *Enirisorse*, heeft het Hof reeds andere selectiemethoden dan het criterium van de laagste kosten voor de gemeenschap toegelaten.²⁷⁷

Het criterium van de laagste kosten voor de gemeenschap is daarom niet meer geschikt als om als rechtsregel toe te passen. Daarmee is het onderdeel van het efficiëntiecriterium uit *Altmark* aan modernisering toe. Op basis van de conforme uitleg van de aanbestedingsrichtlijnen dient de nationale rechter thans nagaan of een selectieprocedure op basis van de aanbestedingsrichtlijnen voldoet aan objectieve criteria.²⁷⁸ In dat geval kan de nationale rechter op basis van de rechtstreeks werkende bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen verplicht zijn om deze criteria te controleren. Allereerst moet hij nagaan wat voor selectieprocedure gekozen is en of er sprake

275 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, Gerecht EU, 7 november 2012, T-137/10, *CBI t Commissie*.

276 HvJ EU, 18 september 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei t Stadt Dortmund*; HvJ EU, 17 november 2015, C-115/14, *Regiopost t Stadt Landau*; HvJ EU, 25 oktober 2018, zaak C-260/17, *Anodiki Services t GNA*.

277 Zie HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse I* en HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse II*.

278 Artikelen 67 en 74-77 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU *PbEU* 2014; Artikel 19 van Concessierichtlijn 2014/23/EU *PbEU* 2014. De richtlijnen breiden het sociale regime van artikel 26 van Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG aanzienlijk uit.

is van een overheidsopdracht voor goederen of diensten die boven de Europese aanbestedingsdrempels komen.²⁷⁹ Hierbij kan de rechter controleren of de DAEB door een aanbestedende dienst in eigen beheer kan worden verricht.²⁸⁰ Vervolgens moet de rechter nagaan welke objectieve criteria voor selectie en gunning van de DAEB door de overheid zijn geformuleerd. De selectievoorwaarden zien op de geschiktheid van de DAEB-beheerder.²⁸¹ Hier kan de overheid de financiële en economische draagkracht van een onderneming controleren, maar ook sociaal-maatschappelijke eisen stellen aan de onderneming. De gunningsvoorwaarden bieden de overheid meer ruimte dan alleen het gunnen van de aanbesteding op basis van de laagste kosten of kostenefficiëntie. Dit kan op basis van de aanbestedingsrichtlijnen een gunningscriterium zijn maar ook de beste prijs-kwaliteitverhouding of gunning op basis van sociaal-maatschappelijke voorwaarden is mogelijk.²⁸²

7 CONCLUSIE

In de toepassing en uitlegging van de *Altmark*-voorwaarden vullen het Gerecht en het Hof elkaar nauw aan. Het Hof heeft de toepassing van het *Altmark*-arrest van twee kanten belicht. Tijdens de prejudiciële procedure heeft het Hof de doelstellingen van *Altmark* nader uitgelegd. In de beroepszaken heeft het Hof van Justitie van de EU minimumvoorwaarden voor toepassing aangebracht. Het Hof heeft het technische karakter van de *Altmark*-voorwaarden conceptueel verduidelijkt en verfijnd (tussenconclusie I). Door middel van de prejudiciële procedure heeft het Hof nationale rechters geïnstrueerd om de eerste en tweede *Altmark*-voorwaarden concreet toe te passen. De eerste voorwaarde werd daarbij in het licht van artikel 106, lid 2 VWEU geïnterpreteerd (tussenconclusie II). Het Hof is, vanuit haar institutionele rol, terughoudend geweest om de derde en vierde voorwaarde toe te passen in prejudiciële procedures en wil – gelet op de procedurele autonomie van de nationale rechter – niet de autonome en discretionaire rol van de nationale rechter aantasten. Het Hof heeft de nationale rechter nadrukkelijk aangewezen als instantie die feitelijke en economische gegevens inhoudelijk en in samenhang kan controleren op basis van het Unierecht (tussenconclusie II). In beroepen tot nietigverklaring heeft het

279 Op basis van verordening 1336/2013/EU *PbEU* 2013 zijn de drempelbedragen € 209.000 voor diensten van algemeen belang en 750.000 voor sociale diensten van algemeen belang.

280 Aan deze zogeheten “in-house”-aangebestedingsconstructie zijn strenge vereisten verbonden wat betreft het toezicht van de aanbestedende dienst op de uitvoering van een dienst van algemeen belang. Zie HvJ EU, 19 juni 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar t Eurest* en Rechtbank Leeuwarden, 27 januari 2010, *SITA t gemeente Leeuwarden*, ECLI:NL:RBLLE:2010:BL0852.

281 Zie artikel 58 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014.

282 Zie artikelen 67 en 74-77 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014. Zie ook HvJ EU, 17 november 2015, C-115/14, *Regiopost t Stadt Landau*.

Hof van Justitie van de EU de samenhang tussen de *Altmark*-voorwaarden handen en voeten gegeven (tussenconclusie III). In dat kader hebben zij minimumcriteria opgesteld voor de toepassing van het *Altmark*-arrest (tussenconclusie III en figuur II). Op basis van deze minimumcriteria kan nationale rechter het *Altmark*-arrest toepassen in nationale procedures. Op grond van deze minimumcriteria kan de nationale rechter conform het Unierecht een afdoende leidraad bieden om DAEB-compensatie te toetsen aan de verplichtingen van het *Altmark*-arrest. Ten aanzien van de eerste *Altmark*-voorwaarde kan de nationale rechter aansluiting vinden bij de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. Deze voorwaarde vereist dat de nationale rechter algemene belangen kan identificeren aan de hand van de kernelementen van universaliteit, continuïteit, non-discriminatie, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie. De tweede *Altmark* voorwaarde vereist een geschiktheids-toets voor de overheden van de lidstaten-die feitelijk gecontroleerd kan worden door de nationale rechter. Deze moet op basis van het aanwijzingsbesluit kunnen vaststellen of de objectieve voorwaarden voor het uitvoeren van een DAEB transparant zijn. Kostenefficiëntie speelt hier in beginsel geen rol. De derde *Altmark*-voorwaarde is de belangrijkste voorwaarde om een compensatie al dan niet als economisch voordeel te kwalificeren. De nationale rechter moet op grond van het Unierecht feitelijk controleren of in het aanwijzingsbesluit door een overheid een terugbetalingsregeling voor overcompensatie is opgenomen. De bewijslast ligt hier bij de partijen die in een geschil voor de nationale rechter aanvoeren dat niet voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. Tot slot bieden de minimumcriteria voor de vierde *Altmark*-voorwaarde de nationale rechter geen afdoende leidraad. Het vereiste van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten van de gemeenschap komt niet meer overeen met de ruimere mogelijkheden die overheden hebben op basis van de thans geldende aanbestedingsrichtlijnen. Als leidraad kunnen rechters – binnen de bevoegdheidsverdeling tussen Unierechtelijke en nationale actoren – en volgens de beginselen van procedurele autonomie, evenredigheid, gelijkheid en transparantie, controleren of de DAEB-beheerder is geselecteerd op basis van objectieve en transparante criteria die niet het effect (of doel) hebben de mededinging te vervalsen. Invulling van deze leidraad vraagt om een belangenafweging tussen de aard en inhoud van de DAEB en de potentiële beperkingen van de mededingingsomstandigheden.

De controle op de naleving van de minimumcriteria van de *Altmark*-voorwaarden gaat daarmee verder dan een formele controle per voorwaarde, maar vraagt om een samenhangende benadering waarbij de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en die van artikel 106, lid 2, VWEU met elkaar in evenwicht worden gebracht. De vraag is of deze belangenafweging plaats moet vinden in de verbodsfase. De compensatiebenadering beoogt weliswaar staatssteun op zijn effecten te beoordelen en niet op zijn doelstellingen, maar vraagt desondanks van de nationale rechter als feitenrechter,

en ook van de Commissie, om toch wel rekening te houden met de bijzondere aard van een DAEB, op grond van artikel 106, lid 2, VWEU. Opnieuw lijkt het daarom niet uit te sluiten dat de toepassing van de verfijnde voorwaarden door de nationale rechter botst op de grenzen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten zoals vooropgesteld in het staatssteunrecht. Daarom wordt in hoofdstuk 3 ten principale onderzocht of de bovengenoemde leidraad voor toepassing van de minimumcriteria – gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten – kan passen binnen de objectiviteit van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU en of verdere verfijningen daartoe mogelijk of nuttig kunnen zijn.