

Diensten van algemeen economisch belang; een recept voor een betere balans tussen algemene en economische belangen?



Mr. Yvonne Maasdam

Het Europeesrechtelijk concept 'Diensten van algemeen economisch belang' (DAEB) begint de laatste jaren een steeds grotere vlucht te nemen. Vooral decentrale overheden passen het concept steeds vaker toe. Het concept lijkt bij uitstek geschikt om te zorgen voor betaalbare, kwalitatief hoogwaardige en toegankelijke publieke diensten. Het doel van het DAEB concept is het vinden van een balans tussen de behartiging van legitieme publieke belangen enerzijds en de (Europese) regels voor vrij verkeer, mededinging en staatssteun anderzijds. Wat opvalt is dat het DAEB concept in het kader van (het ontkomen aan) de staatssteunregels door de overheid steeds vaker wordt toegepast, terwijl het concept in het mededingingsrecht tot nu toe nog nauwelijks een rol heeft gespeeld. In dit artikel wordt het DAEB concept onder de loep genomen in het licht van de mededingingsregels en staatssteunregels, waarbij de vraag centraal staat of het DAEB concept een geschikt instrument is om een betere balans te bewerkstelligen tussen algemene en economische belangen. Dit zou bijvoorbeeld in transitie markten zoals de zorgsector een uitkomst kunnen bieden.

Wat is een DAEB?

Het begrip DAEB is afkomstig uit artikel 86 lid 2 EG. Daarin is bepaald dat de Europese regels voor vrij verkeer, mededinging en staatssteun voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een DAEB slechts van toepassing zijn, voor zover daardoor de vervulling van hun bijzondere taak niet wordt verhinderd. De Verdragsregels, in het bijzonder de mededinging- en staatssteunregels, zijn dus beperkt toepasbaar op DAEB-ondernemingen. Anders gezegd: DAEB-ondernemingen mogen de mededinging beperken voor zover dit noodzakelijk en evenredig is ter uitvoering van hun bijzondere dienst van algemeen economisch belang. Bovendien bestaan er meer mogelijkheden voor het verlenen van steun aan DAEB-

ondernemingen, mits wordt voldaan aan bepaalde criteria. Voor de definitie van het begrip DAEB moet in eerste instantie aansluiting worden gezocht bij de Europese jurisprudentie over artikel 86 EG en documenten van de Europese Unie.¹ De sleutelbegrippen 'dienst van algemeen belang', 'economische activiteit' en 'belast zijn met een DAEB' spelen bij de vaststelling van een DAEB een cruciale rol. Hieronder wordt kort ingegaan op deze drie sleutelbegrippen.

1. Dienst van algemeen belang

Ten eerste moet er sprake zijn van een dienst waarmee een publiek belang gemoeid is en waarvan de levering onvoldoende door de markt gegarandeerd wordt. De Europese Commissie

¹ Zie Mededeling van de Commissie "Diensten van algemeen belang" van 20 november 2007, COM (2007), 725 en Witboek van 2004 over diensten van algemeen belang COM (2004) 374; zie ook Protocol betreffende diensten van algemeen belang nr. 9 bij het Hervormingsverdrag, 18 oktober 2007.

heeft het als volgt in haar Witboek over diensten van algemeen belang geformuleerd: *'Volgens dit concept heeft iedereen recht op toegang tot bepaalde, als onontbeerlijk beschouwde diensten en zijn dienstverleners verplicht welomschreven diensten onder specifieke voorwaarden aan te bieden, waaronder de voorwaarde dat de dienst op het gehele grondgebied beschikbaar moet zijn tegen een betaalbare prijs.'*² In het door de Europese Raad vastgestelde Protocol betreffende diensten van algemeen belang is bovendien bepaald dat de nationale, regionale en lokale autoriteiten een essentiële rol en ruime bevoegdheid hebben om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te machtigen en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers. Hieraan wordt toegevoegd dat sprake moet zijn van een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.³

Uit de aangehaalde documenten blijkt dat het begrip 'dienst van algemeen belang' een flexibel en dynamisch concept is dat op nationaal niveau kan worden bepaald, maar wel aan bepaalde Europese basisprincipes dient te voldoen. Kern van de Europese basisprincipes is dat enerzijds ondernemingen daadwerkelijk verplichtingen worden opgelegd om bepaalde diensten te leveren die - zonder overheidsingrijpen - niet door de markt zouden worden geleverd en dat anderzijds alle gebruikers toegang moeten hebben tot die diensten. Deze basisprincipes houden verband met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets die in

artikel 86, lid 2 EG is opgenomen. Het is dus uitdrukkelijk aan de lidstaten, met inachtneming van de basisprincipes, om te bepalen wat zij als dienst van algemeen belang beschouwen. Het kan per lidstaat verschillen welke diensten van algemeen belang zijn. Er bestaat dus ook geen lijst van activiteiten die daaronder kunnen vallen. De Commissie noemt wel voorbeelden van diensten die van algemeen belang kunnen zijn, zoals energievoorziening, telecommunicatie, openbaar vervoer, publieke radio en televisie, postdiensten, onderwijs, watervoorziening, afvalbeheer, gezondheidsdiensten en sociale diensten.⁴

II. Economische activiteit

Een tweede sleutelbegrip is het begrip 'economische activiteit'. De mededinging- en staatssteunregels zijn namelijk alleen van toepassing op ondernemingen. Het vaststellen wat een onderneming is, is dus van groot belang. Het ondernemingsbegrip wordt in de Europese rechtspraak ruim uitgelegd en functioneel geïnterpreteerd. Onder het begrip "onderneming" valt elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.⁵ De aanwezigheid van winst oogmerk is niet noodzakelijk. Derhalve kan ook een stichting of een publiekrechtelijke rechtspersoon een onderneming zijn in de zin van het mededingingsrecht en het staatssteunrecht.⁶ Beslissend is of de betrokken entiteit een economische activiteit verricht. Onder economische activiteiten wordt verstaan iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een markt.⁷ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gekeken of de

2 Witboek van 2004 over diensten van algemeen belang COM (2004) 374, p.8.

3 Protocol betreffende diensten van algemeen belang nr. 9 bij het Hervormingsverdrag, 18 oktober 2007.

4 Zie Mededeling van de Commissie "Diensten van algemeen belang" van 20 november 2007, COM (2007), 725, p. 4.

5 Zie onder meer HvJ EG, 23 april 1991, Höfner en Elser T. Macroton C-41/90.

6 Gerecht van Eerste Aanleg, zaken T-213/95 en T-18/96, SKC en FNK, Jur. 1997, II-739, r.o. 121.

7 HvJ EG, zaak 118/85, Commissie vs. Italië, Jur. 1987, 2599, r.o. 7.

betrokken entiteit een activiteit verricht die in beginsel door een onderneming met winstoogmerk kan worden verricht. Zo overwoog het Hof van Justitie in het arrest MOTOE dat het feit dat goederen en diensten zonder winstoogmerk worden aangeboden, geen beletsel is om de betrokken entiteit als onderneming te kwalificeren, omdat dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wel winst nastreven.⁸

Het is in sommige gevallen lastig om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit, bijvoorbeeld als de overheid het aanbieden van goederen en diensten aan zichzelf voorbehoudt. Denk bijvoorbeeld aan een gemeente die zelf de afvalinzameling verzorgt. Dat zou echter ook kunnen gebeuren door een onderneming met winstoogmerk. Gelet op de Europese rechtspraak, waarbij met name naar de aard van de activiteit zelf wordt gekeken en de mogelijkheid dat deze worden verricht door entiteiten met winstoogmerk, zal al snel worden aangenomen dat er sprake is van een economische activiteit ook in die gevallen waar de overheid het aanbieden van een dienst aan zichzelf voorbehoudt. Om het onderscheid te maken steunt het Hof van Justitie op een reeks criteria die verband houden met de exploitatievoorwaarden van de desbetreffende dienst, zoals het bestaan van een markt, overheidsprerogatieven of solidariteitsverplichtingen. Een activiteit heeft geen economisch

karakter indien zij als uitvoering van een typische overheidstaak kan worden gezien. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan justitie, politie, rechtspraak, het handhaven van de openbare orde en het verlenen van vergunningen. Ook wettelijke socialezekerheidsstelsels vallen in beginsel niet onder het ondernemingsbegrip, al worden de Nederlandse zorgverzekeraars in het huidige Zorgverzekeringsstelsel wel aangemerkt als ondernemingen in de zin van de mededingingsbepalingen. De Commissie heeft evenwel bepaald dat Nederlandse zorgverzekeraars wel belast zijn met een DAEB.⁹

De juridische grens tussen de begrippen DAB (dienst van algemeen belang), DAEB en reguliere economische activiteiten is dus casuïstisch en zal per geval moeten worden beoordeeld. Daarbij biedt de (Europese) regelgeving en jurisprudentie wel enige houvast.¹⁰

III. Belast zijn met een DAEB

Het invoeren van de DAEB-uitzondering vereist wel dat een onderneming daadwerkelijk belast is met een DAEB door een handeling van de overheid.¹¹ Dit geldt zeker voor het verstrekken van compensatiesteun voor het verrichten van een DAEB. In het Altmark-arrest heeft het Hof van Justitie duidelijk aangegeven dat de overheidshandeling een duidelijke adressant moet kennen en duidelijk omschreven verplichtingen.¹² Uit de Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen

⁸ HvJEG, zaak C-49/07, r.o. 27.

⁹ De Commissie oordeelde in een beschikking van 3 mei 2005, waarin zij het risicovereveningssysteem tussen zorgverzekeraars goedkeurde in het licht van aangemelde steunmaatregelen, dat de Nederlandse zorgverzekeraars als uitvoerders van de basisverzekering zijn te kwalificeren als ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang (Cie nr. C (2005) 1329, steunmaatregelen Zw-stelsel, par. 4.2.1.) Zie ook arrest BUPA, zaak T-289/03, waarin het GvEA bepaalde dat Ierse ziektekostenverzekeraars waren belast met een DAEB. In het arrest AOK, zaak C-264/01, kwam het Hof daarentegen tot de conclusie dat de Duitse ziekenfondsen niet kwalificeerden als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels. Het hangt dus af van de inrichting van het socialeziektekostenstelsel of verzekeraars kwalificeren als ondernemingen.

¹⁰ Zie hiervoor uitgebreid: 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd' van Prof. mr. P.J. Slot, mr. M.H. Park en mr. A. Cuyvers, M&M 2007, nr. 4.

¹¹ GvEA 13 juni 2000, zaken T-204 en 270/97 EPAC, Jur. 2000, p. II-2267, r.o. 125-128.

¹² HvJ EG 27 juli 2003, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747.

belang blijkt ook dat de taak van openbare dienstverrichting duidelijk moet zijn omschreven en in een overheidsbesluit moet zijn vastgelegd.¹³ In de literatuur wordt, onder verwijzing naar het Almelo-arrest,¹⁴ ook gewezen op de mogelijkheid dat een DAEB kan worden afgeleid uit een complex van wet- en regelgeving.¹⁵ Tevens volgt uit dit arrest dat niet een enkele of een beperkt aantal ondernemingen hoeft te zijn belast met een DAEB, maar dat een hele categorie van ondernemingen met een DAEB kan zijn belast. In het onlangs verschenen Preadvies 2009 van de Vereniging van Gezondheidsrecht gaan J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs zover dat zij menen dat ziekenhuizen en vrije beroepsbeoefenaren gelet op de huidige wet- en regelgeving belast zijn met een DAEB.¹⁶ Eerder stelden W.T. Algera en J.J.M. Sluijs al dat dit ook zou gelden voor AWBZ-instellingen.¹⁷ Wat daar ook van zij, het verdient de voorkeur dat de overheid een onderneming of een groep van ondernemingen expliciet belast met een DAEB. De eerder aangehaalde schrijvers zijn deze mening overigens ook toegedaan.

Mededingingsrecht, DAEB en toepassing door de NMa

Zoals hierboven uiteengezet zijn de Verdragsregels, in het bijzonder de mededingings- en staatssteunregels, beperkt toepasbaar op DAEB-ondernemingen. DAEB-ondernemingen mogen de mededinging beperken voor zover dit

noodzakelijk en evenredig is ter uitvoering van hun bijzondere taak. Op nationaal niveau zijn ook uitzonderingsbepalingen opgenomen in de Mededingingswet voor DAEB-ondernemingen. De Mededingingsregels gelden voor DAEB-ondernemingen voor zover deze hen niet verhindert de hen opgedragen taak te vervullen. Dit is voor het karteltoezicht neergelegd in artikel 11 Mw, voor misbruik van economische machtspositie in artikel 25 Mw en voor fusiecontrole in artikel 41 lid 3 Mw.

De NMa is tot nu toe zeer terughoudend geweest wat betreft de toepassing van de uitzonderingen voor DAEB-ondernemingen. De NMa lijkt geen oog te (willen) hebben voor het feit dat bedrijven in bepaalde sectoren wettelijke verplichtingen opgelegd hebben gekregen in het kader van waarborging van bepaalde publieke belangen. Zo lijkt de NMa bij de toepassing van de mededingingsregels in de zorgsector ervan uit te gaan dat alle zorgverleners moeten worden aangemerkt als 'gewone' ondernemingen.¹⁸ Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor waterleidingbedrijven¹⁹ en woningcorporaties.²⁰ De NMa is dus niet snel geneigd om de uitzonderingsbepalingen van de Mededingingswet voor DAEB-ondernemingen van toepassing te verklaren. Daarbij stelt de NMa zich op het standpunt dat het aan de betrokken ondernemingen is om een beroep op de uitzonderingsbepalingen te doen en dit te motiveren, waarbij zij tevens dienen aan te tonen dat eventuele

¹³ Zie Mededeling van de Commissie "Diensten van algemeen belang" van 20 november 2007, COM (2007), 725.

¹⁴ HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94, Almelo, Jur. 1997, p. I-05699, r.o. 40.

¹⁵ Zie onder meer mr. dr. W. Sauter, *Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg*, M&M 2008, nr.1 en Prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs, Preadvies 2009, *Gezondheidszorg en Europees recht, De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt*.

¹⁶ Prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs, Preadvies 2009, *Gezondheidszorg en Europees recht, De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt*.

¹⁷ Mr. W.T. Algera en mr. dr. J.J.M. Sluijs, 'Marktordening in de gezondheidszorg', M&M 2007, nr.5.

¹⁸ Zie onder meer besluit d-g NMa van 13 december 2000, zaak 882, Amicon. Zie recent speech van mr. P. Kalbfleisch van 9 oktober 2008.

¹⁹ Zie speech van mr. P. Kalbfleisch, voorzitter van de RvB NMa, van 4 oktober 2005, inzake marktwerking in waterbeheer. Zie ook besluit van 1 september 2003, zaaknummer 1941, Waterbedrijf Europoort.

²⁰ Zie Besluit d-g NMa van 4 maart 1999, zaaknummer 553, Amsterdamse Federatie van Woningcorporaties.

mededingingsbeperkende afspraken noodzakelijk en proportioneel zijn en dat de toepassing van de mededingingsregels de uitvoering van de bijzondere taak zou verhinderen. Bovendien is de NMa van mening dat er een duidelijk besluit van de overheid aanwezig moet zijn waarin de betrokken ondernemingen zijn belast met een DAEB.²¹

Het is naar mijn mening een gemiste kans dat de NMa zo strikt omgaat met de DAEB-uitzonderingsbepalingen van de Mededingingswet. Door deze opstelling wordt immers de enige mogelijkheid voor een meer genuanceerde benadering van sectoren waarin evident algemeen aanvaarde publieke belangen een rol spelen, bij voorbaat de kop ingedrukt. Zoals al eerder gesteld door W. Sauter is het concept DAEB bij uitstek geschikt als instrument voor gedeeltelijke liberalisering, voor hybride systemen zoals markten met overheidsbemoeienis en voor overgang naar marktwerking.²² Zo heeft het concept van universele dienst een sleutelrol gespeeld bij de liberalisering van netwerksectoren zoals de telecommunicatiesector. Aan de andere kant kan deze houding van de NMa als een signaal aan de wetgever worden opgevat om veel duidelijker en explicieter aan te geven wanneer ondernemingen – en in het bijzonder zorginstellingen – worden belast met een DAEB, welke specifieke verplichtingen worden opgelegd en onder welke voorwaarden de DAEB moet worden uitgevoerd. Dit zou bijvoorbeeld voor de zorgsector een uitkomst kunnen bieden voor het 'prisoners

dilemma' waarin zij nu verkeert namelijk gehoor geven aan de oproep van de overheid om tegelijkertijd te concurreren én samen te werken met andere (concurrerende) zorginstellingen. Een duidelijk DAEB-beleid biedt de overheid bovendien de kans om greep te houden op haar nationale gezondheidszorgbeleid.²³

De NMa zal overigens binnenkort vaker geconfronteerd gaan worden met het DAEB-vraagstuk, als het voorstel tot aanpassing van de Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid is aangenomen en in werking getreden.²⁴ In deze wetwijziging zijn gedragsregels voor overheden en overheidsbedrijven opgenomen indien zij economische activiteiten verrichten. Deze gedragsregels gelden echter niet als er sprake is van een DAEB. Gelet op het feit dat met name regionale en lokale overheden het concept van DAEB hebben 'ontdekt' en steeds vaker toepassen, zal de NMa zich naar verwachting in de toekomst vaker moeten uitlaten over het DAEB concept.

Staatssteunrecht en toenemend beroep op DAEB

Sinds het Altmark-arrest²⁵ van het Hof van Justitie en de daarop volgende documenten van de Europese Commissie heeft het DAEB concept een grote vlucht genomen in het kader van de staatssteunregels. Kort gezegd, heeft het Hof in het Altmark-arrest geoordeeld dat de financiering van een DAEB geen staatssteun is in de zin van artikel 87 EG, mits aan bepaalde

21 Zie onder meer besluit d-g NMa van 21 december 2001, zaaknummer 2513, LHV.

22 W. Sauter, *Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg*, M&M 2008, nr.1

23 Zie hiervoor uitgebreid: mr. dr. drs. W. Sauter, *Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg*, M&M 2008, nr.1 en Prof. mr. J.W. van de Gronden en mr. dr. J.J.M. Sluijs, *Preadvies 2009, Gezondheidszorg en Europees recht, De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt*.

24 Kamerstukken II 2007-2008, 31 354, nr. 2, Voorstel tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid).

25 HvJ EG 27 juli 2003, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747. Zie ook arrest van 24 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met 38/01, Enirisorse SpA.

voorwaarden is voldaan.²⁶ Het regime ten aanzien van staatssteun en DAEB is verder uitgewerkt in een Kaderregeling en een Beschikking van de Commissie.²⁷

Er wordt terecht gewaarschuwd voor een al te optimistische interpretatie door met name lokale overheden van het begrip DAEB.²⁸ Zoals hierboven aangegeven, moeten de Europese basisprincipes in acht worden genomen bij het vaststellen van een DAEB. Dit betekent dat enerzijds ondernemingen daadwerkelijk verplichtingen worden opgelegd om bepaalde diensten te leveren die - zonder overheidsingrijpen - niet door de markt zouden worden geleverd en dat anderzijds alle gebruikers toegang moeten hebben tot die diensten. Deze basisprincipes houden verband met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets die in artikel 86, lid 2 EG is opgenomen. De Europese Commissie kan de lidstaten controleren, waarbij beoordeeld wordt of de betrokken lidstaten een 'kennelijke beoordelingsfout' heeft gemaakt met betrekking tot de kwalificatie en uitvoering van het DAEB-concept. Op de lidstaat rust daarbij de bewijslast aan te tonen dat aan de minimale voorwaarden wordt voldaan.²⁹

Aan de andere kant biedt het DAEB concept, mits goed toegepast, een uitstekend instrument voor lidstaten om een op maat gesneden en genuanceerd beleid te voeren in sectoren waar sprake is van enerzijds (introductie van)

marktwerking en anderzijds de noodzaak tot borging van bepaalde publieke belangen. De zorgsector is bij uitstek een sector waar een duidelijk DAEB-beleid door de overheid gevoerd zou moeten en kunnen worden. Dit zou niet alleen uitkomst bieden voor een duidelijker beleid over de toepassing van de mededingingsregels, maar zou ook uitkomst kunnen bieden voor het verlenen van 'Europaproof' staatssteun aan zorginstellingen in financiële problemen die noodzakelijke zorg verlenen.

26 De begunstigde onderneming moet ten eerste daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting en de verplichtingen moeten duidelijk zijn omschreven in een formeel overheidsbesluit. Ten tweede moet de overheidsbijdrage een 'objectief bepaalde compensatie' vormen voor het uitvoeren van deze taak. Er mag ten derde geen sprake zijn van overcompensatie, maar er mag wel rekening gehouden worden met een redelijke winst. Ten vierde moet de compensatie gebaseerd zijn op de kosten die een 'gemiddeld goed beheerde onderneming belast met een openbare dienstverplichting zou hebben gemaakt', tenzij de onderneming is geselecteerd op basis van een openbare aanbesteding.

27 De Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst [2005] Pb. C 29/4 en Beschikking van de Commissie van 28 november 2005, betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, Pb EG 2005, L312/67.

28 Zie Prof. dr. B. Hessel, *Europaproof, een permanent leerproces*, De Europese gemeente, jaargang 44, nr.1.

29 Zie onder meer GvEA, BUPA e.a. vs. Europese Commissie, T-289/03.