

RECHTSLEER

DOCTRINE

Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en het begrip “diensten van algemeen economisch belang”: meer dan een rechtsbasis voor een genuanceerde toepassing van de interne markt- en mededingingsregels op openbare diensten?

Pierre de Bandt¹

I. Inleiding	212
II. De toepassingsvoorwaarden van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag	214
A. Onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang	215
1. Het begrip “diensten van algemeen economisch belang”	215
2. De toewijzing van de DAEB	217
B. De toepassing van de mededingingsregels en vrije marktregels moet de uitvoering van de DAEB verhindern	218
C. Er is geen verstoring van de interstatenhandel in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap	218
III. Draagwijdte van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag	218
A. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als uitzonderingsregime voor DAEB	218
1. Algemeen	218
2. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als uitzondering op de interne marktregels	219
3. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als uitzondering op de mededingingsregels	220
B. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en het DAEB-pakket als nieuw normeringskader voor openbare diensten met een economisch karakter	220
1. Algemeen	220
2. Het zgn. DAEB-pakket	222
IV. Impact van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag op de Belgische rechtsorde	223
A. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als rechtsbasis voor een genuanceerde toepassing van de interne marktregels en de mededingingsregels op openbare diensten	223
B. Artikel 86, lid 2 als toetssteen voor de reglementering en financiering van DAEB's	224
V. Besluit	225

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de draagwijdte van de in artikel 86, lid 2 EG-Verdrag voorziene uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang en de rechtsgevolgen van deze exceptie voor de Belgische rechtsorde en -praktijk. Deze bepaling, die centraal staat in de besprekingen over de toekomst van Europa, biedt de mogelijkheid om de onverkorte toepassing van mededingingsregels en interne marktregels op deze diensten uit te sluiten voor zover deze regels een hinderpaal zouden vormen voor het vervullen van de bijzondere taak die hen is opgedragen. Als gevolg van een aantal recente initiatieven van de Europese Commissie om de rechtszekerheid in deze sector te bevorderen, in het bijzonder voor wat betreft de financiering ervan, heeft deze bepaling bovendien een belangrijke impact op de regulering van deze diensten.

¹ Advocaat te Brussel, De Bandt Keustermans & Van den Brande.

RÉSUMÉ

La présente contribution a pour objet d'examiner la portée de l'exception prévue à l'article 86, paragraphe 2 du Traité CE en faveur des services d'intérêt économique général et ses conséquences pour notre ordre juridique. Cette disposition, qui est au cœur du débat sur le futur de l'Europe, permet d'excepter ces services de l'application des règles de concurrence et de libre circulation dans la mesure où ces règles auraient pour effet d'empêcher la réalisation de la mission particulière dont ils sont investis. À la suite de récentes initiatives de la Commission européenne pour améliorer la sécurité juridique dans ce secteur et, en particulier, du point de vue de son financement, il apparaît que cette disposition a également un impact important sur la réglementation de ces services.

I. INLEIDING

1. Sinds een aantal decennia stelt men een gestage vervaaging van het onderscheid tussen publiek en privaat initiatief vast.

Daar waar vroeger het meestal de overheid was die het voortouw nam om openbare diensten (bv. water- en energievoorziening, openbaar vervoer, postdistributie, e.d.m.) te verstrekken of op zijn minst de ontwikkeling ervan te bevorderen, doet zij thans steeds vaker beroep op publieke en private actoren om aan deze noden te voldoen.

Door middel van *ad hoc* reglementering en/of op maat geschreven beheersovereenkomsten zorgt de overheid er echter voor dat deze diensten door de betrokken operatoren worden verstrekt met eerbiediging van een aantal essentiële verplichtingen (o.m. op het vlak van beschikbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid) die ertoe strekken het algemeen belang te waarborgen (zgn. "openbardienstverplichtingen"). In ruil daarvoor krijgen de operatoren vaak het al dan niet exclusief recht om deze diensten uit te baten of ontvangen zij een gepaste financiering ter compensatie van de meerkost van die verplichtingen.

Ook de overheidsbedrijven zelf zijn aanzienlijk veranderd. Mede als gevolg van ingrijpende wijzigingen van het wettelijke kader² zijn zij van relatief rigide structuren (meestal onder de vorm van regiën³) geëvolueerd naar entiteiten met een soepeler en meer efficiënt beleid dat hen toelaat om een ruimer en beter aanbod op de markt te brengen.

Er komen tenslotte steeds vaker hybride formules voor waar publiekrechtelijke organen met particuliere ondernemingen samenwerken om bepaalde infrastructuurwerken te realiseren (bv. de bouw en exploitatie van tram- en metro-infrastructuur). Het succes, of, op zijn minst, de toegenomen aandacht voor publiek-private samenwerking ("PPS") is hier een stille getuige van.

2. Wellicht is deze evolutie kenschetsend van een veran-

derde ingesteldheid binnen onze maatschappij, waarbij onze verwachtingen t.a.v. de overheid van deze aard zijn dat deze minder maar vooral op een andere wijze tussenkomt om bepaalde taken van algemeen belang waar te nemen.

Ook de Europese eenmaking en de globalisering van de wereldeconomie hebben een belangrijke rol in deze evolutie gespeeld.

De schaalvergroting van de ondernemingen laat hen toe om als globale speler ook globale diensten (bv. water- en energievoorziening) aan de overheid en particulieren te bieden. Bovendien kijken de bewindvoerders, daarbij gesteund door vergelijkende studies op Europees niveau, steeds vaker met gezonde nieuwsgierigheid over de grens om te onderzoeken hoe en onder welke voorwaarden openbare diensten in andere landen en regio's worden verstrekt. Daarbij zullen zij vaststellen dat er in Europa en elders een waaier aan mogelijkheden bestaat met de zuiver publieke en zuiver private dienstverlening aan de extremen.

3. Het spreekt voor zich dat deze geleidelijke toenadering tussen publiek en private beleidssfeer en de steeds actievare rol van de overheid in het economisch gebeuren niet zonder gevolgen voor de economische reglementering kan zijn.

Daar waar vroeger het duidelijke onderscheid tussen publieke en private actoren een rechtvaardiging kon bieden voor het afzonderlijke juridische statuut van beide sferen⁴, lijkt dit in de huidige context niet langer mogelijk, laat staan wenselijk.

4. Daarnaast stelt zich de vraag of een onverkorte toepassing van economische reglementering op openbare diensten wel kan worden verzoend met de doelstellingen die de overheid probeert te verwezenlijken door zelf bepaalde economische activiteiten op de markt te ontwikkelen of door bepaalde marktoperatoren met de uitvoering van dergelijke openbardienstactiviteiten te belasten.

² Zie o.m. de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, B.S. 27 maart 1991.

³ Men denke bv. aan de vroegere Radioregie, Regie der Posterijen, Regie voor Telefoon en Telegrafie, e.a.

⁴ Een onderscheid dat zich, tot voor kort, ook volledig doortrok op het vlak van het contentieux, met een naar Frans model strikt onderscheid tussen objectief en subjectief contentieux. Sinds de invoering van beperkte (en fel bekritiseerde: zie X. TATON, "Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire", *T.B.H.* 2005, p. 799) bevoegdheden van het hof van beroep te Brussel inzake beroepen tegen een aantal beslissingen van de Raad voor de Mededinging en de sectoriële regulatoren is dit onderscheid wel wat vervaagd.

In de meeste gevallen beoogt de overheid met de ontwikkeling van deze activiteiten immers aan maatschappelijke noden tegemoet te komen of een oplossing te bieden voor een marktfalen in een bepaalde sector.

5. Zoals vaker is het antwoord dat men in België aan deze cruciale vraag heeft gegeven niet altijd het resultaat van een diepgaand debat.

Zij getuigt eerder van een casuïstische en pragmatische benadering. In sommige gevallen heeft de federale of deelstatelijke regelgever bijvoorbeeld geopteerd voor een onverkorte toepassing van de economische reglementering op openbare voorzieningen⁵. In andere gevallen is dan weer gekozen voor een niet-toepassing⁶, met eventuele uitzonderingen.

Deze benadering hoeft niet *per se* slecht te zijn: de noodzaak om openbare diensverlening niet te onderwerpen aan bepaalde of alle economische regels is immers ook functie van de stand van de liberalisering van een bepaalde markt, van de bijzonderheden van een bepaalde sector⁷ of nog in belangrijker mate van politieke keuzen.

6. Ook op Europees niveau is de aanpak – tot voor kort – zeer casuïstisch en sectorieel gebleven en voor een groot deel overgelaten aan de interpretatieve bevoegdheden van het Europees Hof van Justitie.

Dit hoeft niet te verbazen. De Europese Gemeenschap beschikt slechts over beperkte bevoegdheden op het vlak van

openbare diensten zodat de impact van de Europese regels op deze sector, tot voor kort, al bij al beperkt is gebleven (met uitzondering van de zgn. nutssectoren – zie verder).

7. Nochtans kan men de auteurs van het EG-Verdrag niet verwijten geen oog te hebben gehad voor de problemen die met een onverkorte toepassing van de regels van het verdrag op openbare diensten gepaard gaan.

Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag voorziet immers in een specifieke regeling voor de “*diensten van algemeen economisch belang*” (hierna ook “DAEB”)⁸, welke hierna uitvoerig ter sprake zal komen.

Sinds de inwerkingtreding van het verdrag van Amsterdam is er ook artikel 16 EG-Verdrag⁹ dat de Gemeenschap en lidstaten opdraagt er zorg voor te dragen dat “*deze diensten [van algemeen economisch belang] functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen*”. Artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹⁰ erkent op zijn beurt het belang van de toegang tot de diensten van algemeen economisch belang.

Ten slotte heeft de toegenomen aandacht voor de essentiële rol van openbardienstverlening in de Europese Gemeenschap ertoe geleid dat bij het nog te ratificeren Verdrag van Lissabon¹¹ nu ook een afzonderlijk (interpretatief) protocol met betrekking tot de diensten van algemeen belang is gevoegd¹².

5. Een voorbeeld hiervan is de wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991. Over de ongrondwettelijkheid van een interpretatie van deze wet in deze zin dat zij niet van toepassing zou zijn op openbare dienstverlening (in casu van de NMBS), zie Arbitragehof 26 oktober 2005, *Loumaye/SNCB, T.B.H.* 2006, p. 208, met noot A. PUTTEMANS.

6. Zie art. 87 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, die de toepassing van de bepaling van de wet uitsluit op de openbare ondernemingen en de ondernemingen waaraan de overheid bijzonder of exclusieve rechten verleent “*voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite en in rechte, van de hun door of krachtens een wet toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert*”.

7. Men denke bv. aan sectoren waar er slechts plaats is voor één speler die, op grond van een wettelijk monopolie, belast is met het exploiteren van een unieke infrastructuur (bv. transport van gas en elektriciteit).

8. Art. 86, lid 2 EG-Verdrag bepaalt: “*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 dit verdrag, 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 Gemeenschap.*”

9. Art. 16 EG luidt: “*Onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit verdrag zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.*”

10. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PB.* 2000, C. 364 van 18 december 2000, p. 1.

11. Verdrag van Lissabon tot wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie en het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon, 13 december 2007, *PB.* 2007, C. 306 van 17 december 2007, p. 1.

12. De tekst van dit protocol “*betreffende de diensten van algemeen belang*” luidt als volgt:

“*Artikel 1.*

De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 16 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name de gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 16 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name:

- *de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;*
- *de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;*
- *een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.*

Artikel 2

De bepalingen van de verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.”

8. De Europese instellingen hebben, in ieder geval, tijd noch moeite gespaard om de impact van het EG-Verdrag op de voorziening van openbare diensten in de lidstaten toe te lichten.

Het begrip diensten van algemeen belang (als verzamelnaam voor economische en niet-economische activiteiten) lanceerde de Commissie reeds in een Mededeling van 1996¹³, vijf jaar later gevolgd door een mededeling met een vergelijkbare strekking¹⁴ en een Non-paper¹⁵.

Sinds het mijlpaalarrest van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Altmark Trans*¹⁶ is de toevloed aan beleidsdocumenten, resoluties¹⁷ en normeringen nog toegenomen. Belangrijke mijlpalen zijn het Groenboek¹⁸ en Witboek¹⁹ over diensten van algemeen belang. Daarna volgde in 2006 nog een mededeling over de sociale diensten van algemeen belang²⁰ en, op 20 november 2007, een mededeling over diensten van algemeen belang²¹.

Voornoemd arrest zette de Commissie er bovendien toe aan om, op 28 november 2005, het zgn. DAEB-pakket vast te stellen.

Dit pakket bestaat uit drie belangrijke teksten. Het gaat in de

eerste plaats om de beschikking 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 (hierna “DAEB-beschikking”)²². Vervolgens is er ook de communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (hierna “DAEB-kaderregeling”)²³. Ten slotte werd op die dag ook een richtlijn tot wijziging van de zgn. Transparantierichtlijn aangenomen²⁴. De eerste twee teksten, die hierna nog uitvoerig aan bod zullen komen, hebben belangrijke implicaties voor de rechtspraak.

9. Het is, in het kader van deze bijdrage, vanzelfsprekend niet mogelijk om een volledige analyse te geven van deze complexe en omvangrijke materie, waaraan reeds meerdere boeken zijn gewijd²⁵.

Het voorwerp van deze bijdrage is veel meer een analyse te geven van de belangrijkste beginselen die bij de toepassing van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag in acht moeten worden genomen en de impact van deze boeiende materie op de economische regulering in België.

II. DE TOEPASSINGSVOORWAARDEN VAN ARTIKEL 86, LID 2 EG-VERDRAG

10. Uit de tekst van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag volgt dat de toepassing van deze bepaling de vervulling van drie cumulatieve voorwaarden vereist. In de eerste plaats moet de betrokken regeling of gedraging betrekking hebben op een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang. Vervolgens moet worden aangetoond dat de

toepassing van de regels van het EG-Verdrag de vervulling van de aan deze onderneming opgedragen taak van algemeen belang verhindert. Ten slotte mag de interstatenhandel niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

¹³. PB. 1996, C. 281 van 26 september 1996, p. 3.

¹⁴. PB. 2001, C. 17 van 19 januari 2001, p. 4.

¹⁵. Non-paper Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun van 12 november 2002.

¹⁶. Arrest *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, *Jur.* 2003, I-7747. Dit arrest is uitvoerig becommentarieerd in de rechtsleer. Zie o.m. J. DE BEYS, “Aide d’État et financement des services publics. Un bilan après l’adoption du paquet post-*Altmark*”, *J.T.-dr. eur.* 2006, p. 1; L. HANCHER en S.J.H. EVANS, “*Altmark* als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?”, *N.T.E.R.* 2006, p. 153-159.

¹⁷. Zie onder meer de resolutie van het Europees Parlement over het Witboek van de Commissie over diensten van algemeen belang (200/2101(INI)).

¹⁸. Com.(2003) 270. Over dit onderwerp, zie ook J. MEULMAN, “Na het Groenboek over de Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?”, *S.E.W.* 2004, 13, p. 98-107.

¹⁹. Com.(2004) 374 van 12 mei 2004.

²⁰. Com.(2006) 177 van 26 april 2006.

²¹. Com.(2007) 725 van 20 november 2007. De mededeling heeft als titel: “*Een interne markt voor het Europa van de 21^{ste} eeuw. Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement*”. Samen met deze mededeling werden nog drie andere Engelstalige werkdokumentten op de site van de Europese Commissie (DG Comp) gepubliceerd, waarvan twee FAQ’s zijn en een derde een beschrijving geeft van de diverse initiatieven van de Commissie sinds 2004.

²². PB. 2005, L. 312 van 29 november 2005, p. 67.

²³. In het Europese rechtstelsel heeft een kaderregeling geen bindende werking t.a.v. derden. In dit soort documenten geeft de Commissie wel aan hoe ze de betrokken bepalingen zal interpreteren en toepassen in concrete gevallen.

²⁴. PB. 2005, L. 312 van 29 november 2005, p. 47. Een nieuwe gecodificeerde versie van de Transparantierichtlijn (thans richtlijn 2006/111/EC) werd aangenomen op 16 november 2006, PB. 2006, L. 318 van 17 november 2006, p. 17.

²⁵. Zie o.m. de bundel “*Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*”, J.-V. LOUIS en S. RODRIGUES (reds.), Brussel, Bruylant, 2006.

A. Onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang

1. Het begrip “diensten van algemeen economisch belang”

11. Het begrip “*diensten van algemeen economisch belang*” is niet in het EG-Verdrag gedefinieerd. Het Verdrag geeft ook niet aan wat onder “onderneming belast met” een dergelijke dienst met worden verstaan.

12. Het ontleden van de verschillende termen geeft aan dat (i) het moet gaan om een onderneming, (ii) die diensten verleent²⁶, (iii) welke economische van aard moeten zijn, en (iv) die het algemeen belang moeten dienen.

Daarenboven moet de betrokken onderneming “*belast*” zijn met het verlenen van deze diensten.

13. Zoals bekend is het voor de kwalificatie als “*onderneming*” in de zin van de Europese (mededingings-)regels irrelevant dat de begunstigde entiteiten publiekrechtelijke overheden zijn, dan wel verenigingen zonder winstoogmerk²⁷.

Doorslaggevend voor de kwalificatie als onderneming is wel de vraag of de begunstigde een economische activiteit uitoefent²⁸.

Daarmee is reeds onmiddellijk een brug geslagen naar de derde voorwaarde voor de toepassing van deze bepaling, met name dat de diensten “*economisch*” van aard moeten zijn.

14. Het begrip “*economische activiteit*” slaat, volgens de interpretatie die er aan gegeven is door het Hof van Justitie, op iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt²⁹. Daarbij is het van belang te achterhalen of de betrokken activiteit tegen vergoeding en in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend³⁰.

15. Over het algemeen wordt het begrip economische activiteit bijzonder ruim geïnterpreteerd.

Er zijn slechts twee categorieën van activiteiten waarvan wordt aangenomen dat zij niet economisch van aard zijn³¹. Enerzijds zijn er de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de uitoefening van overheidsprerogatieven^{32,33}. Het gaat o.a. om politie en leger, justitie, diensten ikv de controle op luchtvaart³⁴ en scheepvaart³⁵, normeringsactiviteiten³⁶, e.d.m.

Anderzijds zijn er de activiteiten van zuiver sociale aard, zoals bijvoorbeeld de activiteiten in het kader van de sociale zekerheid³⁷. Het gaat meer bepaald om activiteiten die naast een duidelijke sociale doelstelling ook (en vooral) op andere principes (met name het solidariteitsbeginsel) dan de klassieke marktdiensten zijn gestoeld³⁸.

Het enkele feit dat een activiteit als sociaal wordt gekwalificeerd is op zich niet relevant³⁹. Er bestaan immers talrijke voorbeelden van activiteiten waarvan de economische aard, ondanks de sociale doelstellingen, toch door het Hof van Justitie en/of de Europese Commissie worden erkend, men denke maar aan de arbeidsbemiddelingsactiviteiten door openbare besturen⁴⁰, sociale huisvesting⁴¹, of ziekenvervoer⁴².

²⁶. Er zijn, in het EG-Verdrag, geen bepalingen die betrekking hebben op “goederen van algemeen economisch belang”. Dit is enigszins begrijpelijk omdat de auteurs van het verdrag in de eerste plaats oog hadden voor openbare voorzieningen/diensten. Toch blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat art. 90, lid 2 EG-Verdrag ook kan worden ingeroepen om maatregelen die in strijd zouden zijn met het vrijgoederenverkeer te rechtvaardigen: zie arrest van 23 oktober 1997, C-158/94, *Commissie/Italië*, *Jur.*, p. I-57.

²⁷. Arrest *Steinicke und Weinlig*, 78/76, *Jur.* 1977, 595, r.o. 18 en conclusie van advocaat-generaal Warner in dezelfde zaak, p. 584.

²⁸. Zie arrest *Höfner & Macrotron*, C-41/90, r.o. 27: “*het begrip onderneming [omvat] elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”.

²⁹. Arrest *Commissie/Italië*, 118/85, *Jur.*, p. 2599, r.o. 7; arrest *Commissie/Italië*, C-35/96, *Jur.*, p. I-3851, r.o. 36; arrest *Wouters*, C-309/99, *Jur.*, p. I-1577, r.o. 46.

³⁰. Zie ook over het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten, het interessante overzichtsartikel van M. DONY, “*Les notions de ‘service d’intérêt général’ et ‘service d’intérêt économique général’*”, in *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, p. 3-38.

³¹. B.J. DRIJBER, “*Interne Markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling*”, *S.E.W.* 2007, nr. 7/8, p. 258-264.

³². Dit beginsel vindt ook zijn uiting in de uitzondering voorzien in art. 45 EG-Verdrag.

³³. Voor een olijsting van de activiteiten die, in dit kader, als niet-economisch werden bevonden, zie de het werkdokument van de Commissie (SEC (2007)1516) met als titel a “*Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation*” (hierna de “FAQ inzake DAEB”).

³⁴. Arrest *SAT/Eurocontrol*, C-364/92, *Jur.*, p. I-43, r.o. 27.

³⁵. Beschikking van de Europese Commissie in zaak N438/02 van 16 oktober 2002, Vlaamse steun aan havens voor de uitvoering van overheidstaken.

³⁶. Arrest *Selex*, T-155/04, *Jur.*, p. II -4797, r.o. 73-82.

³⁷. Voor olijsting van de voornaamste activiteiten, zie de FAQ inzake DAEB geciteerd in de voetnoot 33.

³⁸. Arresten *Poucet et Pistre*, C-159/91 en C-160/91; *Cisal de Batistello*, C-218/00; en *AOK Bundesverband*, C-306/01, C-354/01 en C-355/01. Over dit onderwerp, zie ook S. VAN RAEPENBUSCH, “*Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d’un juste équilibre entre l’économie et le social*”, in *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, p. 3-38.

³⁹. Arrest *Pavlov e.a.*, C-180/98 t.e.m. C-184/98, *Jur.*, p. I-6451, r.o. 118.

⁴⁰. Arrest *Höfner en Macrotron*, C-41/90, *Jur.*, p. I-197, r.o. 21.

⁴¹. Beschikking van de Europese Commissie in zaak N89/2004, Ierland – Garantie in favour of the Housing Financing Agency, Social Housing schemes funded by the HFA, *PB*. C. 131.

⁴². Arrest *Ambulanz Glöckner*, C-451/03, *Jur.*, p. I-8089, r.o. 20.

De toepassing van de regels van het verdrag op deze “sociale diensten van algemeen belang” heeft echter veel protest oogst. Mede onder druk van de sociale sector hebben de Europese instellingen geprobeerd om, aan de hand van een aantal beleidsdocumenten⁴³ maar ook in het kader van de DAEB-beschikking (zie verder), de rechtszekerheid in deze sector te bevorderen.

16. Wanneer een openbare dienstverlening niet van economische aard is wordt er vaak naar verwezen als een “Dienst van Algemeen Belang” (DAB). De term Dienst van Algemeen Belang wordt echter vaak ook gebruikt (als verzamelnaam voor alle openbare diensten), ongeacht of zij betrekking hebben op een economische activiteit. Hierna wordt telkens tussen haakjes aangeduid in welke zin de term DAB wordt gebruikt.

17. Het vereiste dat de betrokken diensten het “algemeen economisch belang” moeten raken lijkt een evidentie maar is op zich wel bron van betwistingen.

Het spreekt immers voor zich dat een invulling van dit begrip op Europees niveau niet evident is (en wellicht ook niet wenselijk) aangezien er tussen de lidstaten aanzienlijke meningsverschillen zijn over de rol van de overheid in het economisch gebeuren en de invulling van het algemeen belang.

Er bestaat wel een zekere eensgezindheid over het feit dat het moet gaan om diensten die aan een aantal essentiële vereisten moeten beantwoorden, zoals o.m. de universaliteit van de dienstverlening, continuïteit, kwaliteit, betaalbaarheid en bescherming van consument en gebruiker⁴⁴.

Over het algemeen wordt het begrip “algemeen economisch belang” ook vrij ruim geïnterpreteerd.

Meer bepaald wordt aangenomen dat, met uitzondering van de sectoren waarvoor een uitgebreide communautaire regelgeving bestaat⁴⁵, de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij het bepalen van de diensten die als diensten van “algemeen economisch belang” kunnen worden aangemerkt⁴⁶. De Europese Commissie kan enkel bij een kennelijke beoordelingsfout ingrijpen⁴⁷.

18. In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie bovendien een aantal indicaties gegeven over welke belangen al dan niet van algemene aard kunnen zijn.

Werden aldus niet gekwalificeerd als van zijnde van “algemeen belang”: het beheren van auteursrechten⁴⁸, de landingsdiensten op luchthavens⁴⁹ of nog het lossen in havens⁵⁰.

Daarnaast zijn er echter talrijke voorbeelden van activiteiten die wel als DAEB werden gekwalificeerd: de ononderbroken levering van gas en elektriciteit⁵¹, de brievenpost⁵², de afvalverwerking⁵³, het transport op onrendabele lijnen⁵⁴ en de ambulancediensten⁵⁵.

19. Uit deze voorbeelden blijkt dat de basisdiensten die in het kader van de klassieke nutssectoren (gas, elektriciteit, water, transport, post en telecom) worden gepresteerd vaak als diensten van algemeen economisch belang worden gekwalificeerd.

De draagwijdte van het begrip DAEB is, wat deze sectoren betreft, overigens steeds meer op Europees niveau ingevuld.

Een goed voorbeeld biedt de Universeledienstrichtlijn inzake elektronische communicatie⁵⁶. Artikel 3, lid 1 van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat bepaalde universele diensten “van een nader gespecificeerde kwaliteit en tegen een in het licht van de specifieke

⁴³. Zie onder meer de mededeling van de Commissie inzake de sociale diensten van algemeen belang, Com.(2006)177 van 26 april 2006.

⁴⁴. Groenboek over de diensten van algemeen belang, Com.(2003)270, randnr. 49 e.v.

⁴⁵. Uit de rechtspraak volgt immers dat voor de sectoren die volledig zijn geharmoniseerd (zoals bv. de verzekerings- en banksector) er geen plaats meer is voor een afzonderlijke toepassing van art. 86, lid 2 EG-Verdrag omdat de Europese wetgever, bij het vaststellen van het geharmoniseerde kader, al rekening heeft gehouden met het algemeen belang. Zie in deze zin arrest *Commissie/België*, C-206/98, r.o. 45.

⁴⁶. Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PB*, 2005, C. 297 van 29 november 2005, p. 4, randnr. 9. Zie Mededeling van de Europese Commissie inzake Diensten van Algemeen Economisch Belang, *PB*, 2001, C. 17 van 19 januari 2001, p. 4, randnr. 55. Zie ook de Mededeling van de Europese Commissie inzake Openbare Omroep, *PB*, 2001, C. 320 van 15 november 2001, p. 5.

⁴⁷. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, o.c., randnr. 36. In haar recente beschikkingspraktijk (zie beschikking E 3/2005 inzake steun aan de Duitse openbare omroepen) en in het kader van de herziening van de omroepmededeling (zie de vragenlijst en bijgevoegd memorandum gepubliceerd op de site van DG Comp) heeft de Commissie er echter op gewezen dat, in bepaalde gevallen (met name wanneer de DAEB wordt uitgebreid tot nieuwe mediadiensten) er eveneens behoefte kan zijn aan *ex ante*-marktbevraging om het algemeen belang karakter van een bepaalde dienst na te gaan. De verplichting om dergelijke mechanismen in te voeren lijkt ons echter regelrecht in te druisen op de beoordelingsvrijheid van de lidstaten. Bovendien kan men zich de vraag stellen of de invoering van dergelijke mechanismen de met een DAEB belaste onderneming wel zal toelaten om, met voldoende soepelheid, in te spelen op verplichtingen die haar worden opgelegd in het kader van de DAEB.

⁴⁸. Arrest *GVL*, 7/82, *Jur.*, p. 483, *S.E.W.* 1995, met noot AKYUREK-KIEVITS.

⁴⁹. Arrest *Aeroports de Paris*, C-81/01P, *Jur.*, p. I-9297.

⁵⁰. Arrest *Porto di Genova*, C-179/90, *Jur.*, p. I-5889, *S.E.W.* 1993 met noot E. PIJNACKER-HORDIJK.

⁵¹. Arrest *Gemeente Almelo*, C-393/92, *Jur.*, p. I-1477, *S.E.W.* 1995 met noot H. GILLIAMS.

⁵². Arrest *Corbeau*, C-320/91, *Jur.*, p. I-2533, *S.E.W.* 1994 met noot H. GILLIAMS.

⁵³. Arrest *Gemeente Kopenhagen*, C-290/98, *Jur.*, p. I-3743.

⁵⁴. Arrest *Corsica Ferries*, C-266/96, *Jur.*, p. I-3949.

⁵⁵. Arrest *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Jur.*, p. I-8909.

⁵⁶. Richtlijn 2002/22 van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst- en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PB*, 2002, L. 108 van 24 april 2002, p. 51.

nationale omstandigheden betaalbare prijs beschikbaar zijn voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie". De kosten van de universele dienst worden gereguleerd door de nationale regelgevende instantie (op federaal niveau is deze taak weggelegd voor het BIPT). De Postrichtlijn bevat een vergelijkbare algemene bepaling en gedetailleerde bepalingen over de "essentiële vereisten" waaraan universele postdienstverlening moet voldoen⁵⁷. De Elektriciteits- en Gasrichtlijnen laten de lidstaten ruimte voor het opleggen van openbardienstverplichtingen en verplichtingen ter bescherming van Belgische afnemers onder toezicht van een regelgevende instantie (op federaal niveau, de CREG)⁵⁸.

Wat betreft transport voorziet artikel 73 EG-Verdrag, in de mogelijkheid om "openbare dienstverplichtingen" op te leggen. Op grond van deze bepaling werden er in het derde luchtvaartpakket publieke dienstverplichtingen opgenomen als onderdeel van de luchtvaartdiensten⁵⁹. Recent werd ook de verordening inzake openbaar personenvervoer over de weg en het spoor aangenomen⁶⁰. Ook daarin worden regels over de financiering en organisatie van openbare dienstverplichtingen binnen deze sector gegeven.

20. Het spreekt echter voor zich dat er, naast de nutssectoren, nog vele andere sectoren zijn waar de overheid ondernemingen met DAEB's heeft belast. Voorbeelden hiervan zijn de openbare omroep⁶¹, de afvalverwerking, de watervoorziening, de pensioenstelsels, het ziekenvervoer en vanzelfsprekend ook de reedsvermelde sociale diensten van algemeen belang (vnl. gezondheidszorg en huisvesting).

2. De toewijzing van de DAEB

21. Het volstaat niet dat een onderneming op eigen initiatief een DAEB verstrekt om artikel 86, lid 2 in te roepen.

Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag vereist uitdrukkelijk dat de onderneming daadwerkelijk door de overheid met de verstrekking van deze dienst wordt *belast*.

Deze toewijzing moet op een formele wijze gebeuren, meer

bepaald door middel van een dwingende rechtshandeling (wet, decreet, besluit, overeenkomst⁶²).

22. Het is bovendien essentieel dat de overheid zo duidelijk mogelijk in deze rechtshandeling aangeeft welke DAEB zij precies oplegt⁶³. Het volstaat dus niet om een algemene en vage beschrijving te geven van de betrokken activiteiten.

Deze gestrengheid is wellicht logisch. Het is meestal enkel omwille van de DAEB en niet van andere activiteiten dat aan de betrokken onderneming een exclusief recht wordt verleend of een overheidsfinanciering wordt verstrekt.

Deze transparantie is ook nodig om andere markspelers toe te laten, met kennis van zaken, hun activiteiten in een bepaalde sector te ontplooien⁶⁴. Meer bepaald moeten zij op voorhand weten dat zij in concurrentie zullen staan met een onderneming die, aan de hand van overheidsfinanciering of een exclusief recht, bepaalde activiteiten zal ontwikkelen.

Het spreekt voor zich dat de definiëring van de taak van algemeen belang in de praktijk niet altijd eenvoudig zal zijn; de overheid zal immers een delicaat evenwicht moeten vinden tussen enerzijds het opstellen van een duidelijke en precieze definitie van de betrokken activiteiten en anderzijds een definitie die voldoende flexibiliteit aan de betrokken onderneming laat om niet voor iedere nieuwe activiteit een wijziging van het toewijzingsbesluit te moeten vragen.

23. Bovendien moet worden onderlijnd dat het enkele feit dat een onderneming door de overheid belast wordt met het vervullen van een DAEB niet *per se* impliceert dat alle activiteiten van deze onderneming automatisch onder deze kwalificatie vallen noch dat de met een DAEB belaste onderneming, naast deze dienst, geen andere activiteiten zou mogen ontwikkelen.

Het EG-Verdrag laat de lidstaten volledig vrij om beperkingen van deze aard in de nationale regelgeving te voorzien maar deze besprekingen vloeien niet voort uit het verdrag zelf.

In beginsel is het dus volledig mogelijk dat de betrokken onderneming, naast de DAEB, ook andere zuiver commer-

⁵⁷. Richtlijn 97/67 van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst, *PB*. 1998, L. 15, van 21 januari 1998, p. 14, zoals gewijzigd bij richtlijn 2002/39, *PB*. 2002, L. 176 van 5 juli 2002, p. 21.

⁵⁸. Zie art. 3 van richtlijn 2003/54 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG, *PB*. 2003, L. 176 van 15 juli 2003, p. 37, en art. 3 van richtlijn 2003/55 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 96/30/EG, *PB*. 2003, L. 176 van 15 juli 2003, p. 57. Zie ook Ch. JONES en W. WEBSTER, *EU Energy Law, Volume I – The International EnergyMarket*, Leuven, 2006, hoofdstuk 10.

⁵⁹. Art. 4 van verordening 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroute, *PB*. 1992, L. 240 van 24 augustus 1992, p. 1.

⁶⁰. Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad, *PB*. L. 315 van 3 december 2007, p. 1.

⁶¹. Zie ook de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *o.c.*, p. 5.

⁶². Zie arrest *Bodson/Pompes funèbres*, 30/87, *Jur.*, p. 2479. De toewijzing gebeurde bij wijze van een exclusieve concessieovereenkomst.

⁶³. Mededeling van de Commissie betreffende diensten van algemeen belang in Europa, *o.c.*, p. 4, randnr. 22. Zie ook arrest *EDF*, C-159/94.

⁶⁴. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen, *o.c.*, p. 5.

ciële activiteiten of zelfs niet-economische activiteiten ontwikkelt. Zoals hierna zal worden toegelicht heeft artikel 86, lid 2 EG-Verdrag echter wel een impact op de manier waarop deze verschillende activiteiten worden georganiseerd indien de overheid tussenkomt in de financiering van de DAEB.

B. De toepassing van de mededingingsregels en vrije marktregels moet de uitvoering van de DAEB verhinderen

24. De tweede voorwaarde voor de toepassing van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag is dat de toepassing van de regels van het verdrag enkel kan worden uitgesloten “voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert”.

25. De overheid of onderneming die zich beroept op de uitzondering moet bewijzen dat de onverkorte toepassing van de regels van het EG-Verdrag de vervulling van de DAEB onmogelijk maken of op zijn minst bemoeilijken.

26. Over de interpretatie van deze voorwaarde, die de draagwijdte van de exceptie raakt, wordt verder ingegaan in hoofdstuk III.

C. Er is geen verstoring van de interstatenhandel in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap

27. Als laatste voorwaarde voor de toepassing van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag geldt het vereiste dat “de ontwikkeling van het handelsverkeer niet [mag] worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap”.

28. Dat er een verstoring van de interstatenhandel moet zijn is een klassiek vereiste voor de toepassing van de interne marktregels en de Europese mededingingsregels; zoals bekend zijn deze regels niet van toepassing op zuiver interne situaties.

29. Aangezien artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als een uitzondering op deze regels fungeert is het niet nodig gebleken om deze voorwaarde ook in deze bepaling in te lassen.

Er wordt wel met dit vereiste rekening gehouden bij de toepassing van de uitzondering, met name in deze zin dat de verstoring van de interstatenhandel niet van dergelijke intensiteit mag zijn dat zij “*strijdig is met het belang van de Gemeenschap*”. De bewijslast rust ook hier op de overheid of onderneming die de toepassing van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag inroept maar uit de rechtspraak van het Hof valt af te leiden dat deze bewijslast vrij snel wordt omgekeerd⁶⁵.

Vanzelfsprekend zal het niet eenvoudig zijn om uit te maken (zeker voor een nationale rechter) wanneer de niet-toepassing van de regels van het verdrag in strijd met het “belang van de Gemeenschap” zal zijn, temeer dit begrip niet in het verdrag wordt gedefinieerd⁶⁶.

III. DRAAGWIJDTE VAN ARTIKEL 86, LID 2 EG-VERDRAG

A. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als uitzonderingsregime voor DAEB

1. Algemeen

30. Zoals boven reeds toegelicht biedt artikel 86, lid 2 EG-Verdrag de mogelijkheid om de toepassing van de regels van het verdrag op de diensten van algemeen economisch belang geheel of partieel uit te sluiten.

31. Te dien einde wordt een evenredigheidstoets toegepast⁶⁷.

Er moet met name geverifieerd worden of de uitsluiting van

de regels van het EG-Verdrag (i.h.b. beperkingen van de mededinging en beperkingen van de vrijheden van de interne markt) niet verder gaat dan wat voor een effectieve tenuitvoerlegging van de DAEB noodzakelijk is. Het noodzakelijkheidsvereiste impliceert dat de met die dienst belaste ondernemingen in staat worden gesteld de specifieke belasting en de extra nettokosten voor de taak die hun is toegewezen te dragen⁶⁸.

De toepassing van een evenredigheidstoets in het kader van de toepassing van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag geeft aan dat deze bepaling geen volledige uitsluiting van de regels van het EG-Verdrag op DAEB beoogt maar eerder een redelijke en genuanceerde toepassing ervan.

⁶⁵. Arrest *Commissie/Frankrijk*, C-159/94, *Jur.*, p. I-5815, r.o. 109-116.

⁶⁶. Zie evenwel R. WHISH, *Competition Law*, 5th edition, die zich terecht de vraag stelt of de laatste zin wel rechtstreekse werking heeft/kan hebben.

⁶⁷. Mededeling van de Commissie betreffende diensten van algemeen belang in Europa, Com. (2001), C. 17, p. 4, randnr. 23.

⁶⁸. *Ibid.*

32. Zoals blijkt uit de bewoordingen in artikel 86, lid 2 EG-Verdrag (“*met name onder de mededingingsregels*”), kan deze bepaling worden ingeroepen om de toepassing van de regels inzake vrije mededinging *sensu stricto* uit te sluiten, d.w.z. op het verbod van restrictieve mededingingsafspraken (art. 81 EG-Verdrag), het verbod van misbruik van machtspositie (art. 82 EG-Verdrag) en de regels inzake overheidssteun (art. 87 en 88 EG-Verdrag).

Daarnaast wordt artikel 86, lid 2 EG-Verdrag echter ook aangewend als uitzondering op de interne marktregels, en meer bepaald het vrij dienstenverkeer⁶⁹.

33. Het is aan de partij die deze uitzondering inroept om het bewijs te leveren dat alle toepassingsvoorwaarden ervan voldaan zijn⁷⁰.

In de meeste gevallen zal dit de overheid zijn. Met verwijzing naar artikel 86, lid 2 EG-Verdrag zal de overheid het bewijs moeten leveren dat een bepaalde maatregel ten voordele van een onderneming belast met een DAEB (bv. de toekenning van een exclusief recht voor de uitoefening van bepaalde economische activiteiten) die normaliter in strijd zou zijn met de interne marktregels of de mededingingsregels, aan de toepassing van deze bepalingen ontsnapt omdat deze regels de vervulling van de taak van algemeen economisch belang verhinderen.

34. Het Hof van Justitie heeft echter erkend dat artikel 86, lid 2 EG-Verdrag ook een rechtstreekse werking heeft zodat particulieren er zich op kunnen beroepen voor de nationale rechter⁷¹. Het zullen meestal de ondernemingen belast met een DAEB zijn die zich op artikel 86, lid 2 EG-Verdrag zullen beroepen om de onverkorte toepassing van de regels van het verdrag op een maatregel of gedraging te verhinderen in het kader van een vordering ingesteld door een concurrent.

35. Ten slotte moet worden benadrukt dat artikel 86, lid 2 EG-Verdrag op restrictieve wijze moet worden geïnterpreteerd aangezien het een uitzondering op de algemene regels van het verdrag voorziet⁷².

Zoals echter blijkt uit de hieronder besproken gevallen getuigt de rechtspraak van het Hof niet van een overdreven gestrengheid.

2. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als uitzondering op de interne marktregels

36. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag wordt vaak ingeroepen om de onverkorte toepassing van de interne marktregels op maatregelen ten voordele van ondernemingen belast met DAEB te milderen.

37. In de meeste gevallen gaat het om betwistingen in verband met de strijdigheid van het exclusieve recht dat toegekend is aan met een DAEB belaste onderneming met de regels inzake vrij verkeer.

Dit was onder meer het geval in de zaak *Corsica Ferries*⁷³. In deze zaak ging het om een Italiaanse regeling die in een andere lidstaat gevestigde zeevervoersondernemingen verplichtte bij het aanleggen van hun schepen in de havens van eerstgenoemde lidstaat tegen betaling van een vergoeding gebruik te maken van de diensten van de plaatselijke corporaties van walpersoneel waaraan exclusieve concessies waren verleend. De Franse onderneming Corsica Ferries, die een geregelde lijndienst met veerboten tussen Corsica en een aantal Italiaanse havens uitbaatte, voerde aan dat deze regeling o.m. in strijd was met het vrij verkeer van goederen en diensten, gelet op de aard van de uitsluitende rechten toegekend aan de plaatselijke corporaties, het verplichte karakter van de dienst, de wijze van vaststelling van de tarieven en de hoogte ervan. De Italiaanse regering beriep zich terzake op de in artikel 86, lid 2 voorziene exceptie.

38. In zijn arrest bevestigt het Hof vooreerst dat de dienst waarmee de corporaties belast zijn, met name het vast- en ontmeren, een DAEB uitmaakt die “*zich door zijn specifieke kenmerken onderscheidt van dat van de andere economische activiteiten en waardoor die werkzaamheden binnen de werkingssfeer van artikel [86], lid 2, van het verdrag kunnen vallen. Het walpersoneel dient immers te allen tijde en ten behoeve van elke gebruiker een universele dienst inzake vast- en ontmeren te verzekeren en wel omwille van de veiligheid in de havens*”⁷⁴.

39. Het Hof bevestigt vervolgens de toepasselijkheid van het uitzonderingsregime van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag op grond van de vaststelling dat het voor het vervullen van deze dienst “*noodzakelijk was het uitsluitende recht om de uni-*

⁶⁹. Art. 49 e.v. EG-Verdrag. Zie over dit onderwerp, B.J. DRIJBER, “Les services d’intérêt économique général et la libre prestation de services”, in *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, o.c., p. 65 t.e.m. 98.

⁷⁰. In dezelfde passage nuanceert het Hof van Justitie echter in belangrijke mate deze bewijslast. Volgens het Hof kan “*deze bewijslast [...] niet zo zwaar zijn dat deze lidstaat, wanneer hij uitvoerig uiteenzet waarom bij afschaffing van de bestreden maatregelen de vervulling, onder economisch aanvaardbare omstandigheden, van de door hem aan een onderneming toevertrouwde taken van algemeen economisch belang in zijn ogen in gevaar zou komen, vervolgens ook nog positief moet aantonen, dat met geen enkele andere voorstelbare, per definitie hypothetische, maatregel de vervulling van die taken onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd*”.

⁷¹. Arrest *Cisal di Battistello*, C-218/00, *Jur.*, p. I-691, r.o. 19.

⁷². Arrest *BRT/SABAM*, 127/73, *Jur.*, p. 313, r.o. 19.

⁷³. Arrest *Corsica Ferries*, C-266/96, *Jur.*, p. I-3949.

⁷⁴. Arrest *Corsica Ferries*, o.c., r.o. 45.

versele dienst inzake vast- en ontmeren te verzekeren, te verlenen aan plaatselijke corporaties van walpersoneel”⁷⁵.

3. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als uitzondering op de mededingingsregels

40. Het arrest *Corbeau* biedt op zijn beurt een goede illustratie van de toepassing van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als (beperkte) uitzondering op de mededingingsregels.

41. In deze strafzaak had de Belgische Regie der posterijen zich burgerlijke partij gesteld. *Corbeau*, een ex-werknemer van de Regie, had een bedrijfje voor het huis-aan-huis ophalen van poststukken binnen de agglomeratie Luik, gestart. Hij garandeerde levering van de stukken voor de middag van de volgende dag. Hij rekende daarenboven een tarief aan dat lager lag dan dat van de Regie. Hem werd verweten het wettelijk postmonopolie van de Regie te hebben overtreden.

In het arrest erkent het Hof uitdrukkelijk dat de Regie belast is met een DAEB *“bestaande in de verplichting te zorgen voor het inzamelen, vervoeren en bestellen van poststukken, ten behoeve van alle gebruikers, over het gehele grondgebied van de betrokken lidstaat, tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden van kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting”*⁷⁶.

Het Hof onderzoekt vervolgens of de uit het postmonopolie voortvloeiende uitsluiting van alle mededinging noodzakelijk is om de *“houder van het alleenrecht in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen en zulks met name onder economisch aanvaardbare omstandigheden”*. Volgens het Hof is voldaan aan de noodzakelijkheidsvoorwaarde wanneer kan worden aangetoond dat zonder een uitsluiting van de mededinging de betrokken onderneming niet in staat zal zijn om het financieel evenwicht van de DAEB te verzekeren door ervoor te zorgen dat onrendabele diensten met rendabele diensten worden gecompenseerd. Immers, indien aan particuliere ondernemingen de mogelijkheid wordt gegeven om *“de houder van de alleenrechten te beconcurreren in de aan die rechten beantwoordende sectoren van hun keuze, dan zouden dezen immers in staat worden gesteld, zich op de economisch rendabele activiteiten te concentreren en daarbij voordeliger tarieven te hanteren dan door de houders van de alleenrechten worden toegepast, aangezien zij, anders dan deze laatsten, niet economisch verplicht zijn de in de onrendabele sectoren geleden verliezen met de in de rendabele sectoren gemaakte winsten te compenseren”*.

⁷⁵. Arrest *Corsica Ferries*, o.c., r.o. 45.

⁷⁶. Arrest *Corbeau*, o.c., r.o. 15.

42. Uit deze passages volgt dat artikel 86, lid 2 EG-Verdrag kan worden ingeroepen om te vermijden dat concurrenten aan *“cherry-picking”* zouden doen, door zich enkel toe te leggen op de meest rendabele activiteiten.

43. Het Hof stelt echter ook vast dat een beroep op deze uitzondering niet mogelijk is wanneer *“de uitsluiting van de mededinging is echter niet gerechtvaardigd wanneer het gaat om specifieke, van de dienst van algemeen belang dissocierbare diensten, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdeelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen, die de traditionele post niet aanbiedt, zoals inzameling ten huize, grotere snelheid of betrouwbaarheid bij het bestellen of de mogelijkheid de bestemming onderweg te wijzigen, voor zover die diensten naar hun aard en naar de omstandigheden, zoals het geografisch gebied, waarin zij worden aangeboden, het economisch evenwicht van de door de houder van het alleenrecht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen”*.

M.a.w. het postmonopolie kan niet zomaar uitgebreid worden tot om het even welke andere activiteit die enige band met de postale activiteiten vertoont, tenzij het bewijs wordt voorgelegd dat een niet-uitbreiding tot deze activiteiten het financieel evenwicht van de DAEB dreigt te verstoren. De aldus opgelegde bewijslast is bijzonder zwaar.

B. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en het DAEB-pakket als nieuw normeringskader voor diensten van algemeen economisch belang

1. Algemeen

44. Zoals de titel van deze bijdrage ook aangeeft is artikel 86, lid 2 EG-Verdrag stilaan zijn functie van uitzonderingsbepaling ten voordele van DAEB ontgroeid.

45. Deze eerder onverwachte evolutie heeft zich voorgedaan in het kader van de toepassing van deze bepaling als exceptie op de Europese verdragsregels inzake staatssteun.

Zoals bekend zijn de regels inzake staatssteun neergelegd in de artikelen 87 e.v. van het EG-Verdrag. Krachtens artikel 87, lid 1 EG-Verdrag *“zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”*.

In beginsel moet elk voornemen tot invoering of wijziging van een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag, bij de Europese Commissie worden aangemeld (art. 88, lid 3 EG-Verdrag). De steunmaatregel mag niet worden uitgevoerd zolang de Commissie geen beslissing terzake heeft genomen. Overeenkomstig de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie raakt het gebod van artikel 88, lid 3 EG-Verdrag de openbare orde zodat iedere steunmaatregel die in strijd met deze bepaling wordt uitgevoerd, absoluut nietig is⁷⁷.

46. In het kader van de toepassing van deze regels op de financiering van DAEB's is de vraag gerezen of de al dan niet financiële voordelen die de ondernemingen belast met een DAEB van de overheid ontvangen als staatssteun kunnen worden aangemerkt.

Op het eerste gezicht luidt het antwoord op deze vraag positief: indien aan alle voorwaarden van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag voldaan is dan lijkt een kwalificatie als staatssteun onvermijdelijk.

Een andere interpretatie van de staatssteunregels is nochtans mogelijk. Volgens deze interpretatie geniet de onderneming belast met een DAEB die een overheidsfinanciering ontvangt geen voordeel van de overheid, indien en voor zover de betrokken financiering enkel de meerkost van het verstrekken van de DAEB dekt. In dit laatste geval is er geen sprake van staatssteun omdat een essentiële voorwaarde voor de toepassing van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag (het bestaan van een voordeel) niet is vervuld.

47. In het arrest *Altmark Trans* heeft het Europese Hof van Justitie ook voor deze laatste interpretatie gekozen. Meer bepaald bevestigt het Hof met dit arrest dat de overheidsfinanciering ter compensatie van openbare dienstverplichtingen⁷⁸ niet als een steunmaatregel kan worden beschouwd indien aan vier strikte en cumulatieve voorwaarden wordt voldaan⁷⁹:

- (1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend;
- (2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;

- (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- (4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van deze verplichtingen.

48. Op zichzelf genomen is het *Altmark Trans*-arrest goed nieuws voor de ondernemingen belast met een DAEB.

Met dit arrest bevestigt het Hof van Justitie immers met zoveel woorden dat, zolang de financiering die deze ondernemingen ontvangen van de overheid niet hoger is dan wat noodzakelijk is om de kosten van de uitvoering van de DAEB te dekken, vermeerderd met een redelijke winst, er geen sprake is van verboden staatssteun. Daaruit volgt dat de in artikel 88, lid 3 EG-Verdrag voorziene aanmeldingsplicht (en de daarbij horende sancties) niet van toepassing is op deze steun.

Problematisch is echter dat de voorwaarden van het *Altmark Trans*-arrest dermate strikt zijn geformuleerd (i.h.b. voor wat betreft de tweede en vierde voorwaarde) dat het bijzonder moeilijk zal zijn om, met toepassing van de beginselen van dit arrest, met zekerheid te kunnen stellen dat de overheidsfinanciering van de DAEB niet als staatssteun kwalificeert⁸⁰.

De betrokken voorwaarden zijn ook relatief onduidelijk geformuleerd en leiden tot een vervaging van de relatie tussen artikel 86, lid 2 EG-Verdrag en artikel 87, lid 1 EG-Verdrag⁸¹.

Bovendien zijn er maar weinig lidstaten die een duidelijk zicht hebben op het kwantum van alle voordelen die aan de ondernemingen belast met een DAEB worden toegekend. Enerzijds worden de voordelen vaak toegekend onder de vorm van fiscale vrijstellingen of lagere belastingvoeten. De

⁷⁷. Cass. 18 juni 1992, *T.R.V.* 1993, 236, noot H. GILLIAMS.

⁷⁸. Het Europeesrechtelijke begrip "openbare dienstverplichting" stemt niet volledig overeen met het begrip "openbare dienstverplichting" naar Belgisch recht, omdat het meestal ruimer wordt geïnterpreteerd. Aldus is het niet uitgesloten dat een verplichting die op nationaal vlak *stricto sensu* niet als een openbare dienstverplichting kan worden gekwalificeerd, op Europees vlak toch deze kwalificatie verdraagt.

⁷⁹. Arrest *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, *Jur.*, 2003, I-7747, r.o. 95. In het arrest *Ferring* (arrest C-53/00, *Jur.* 2001, I-9067, r.o. 27) had het Hof reeds gesteld dat, voor zover de aan bepaalde actoren (*in casu* farmaceutische laboratoria) opgelegde heffing overeenstemt met de door de groothandelaars-distributeurs daadwerkelijk gedragen extra kosten om hun verplichtingen inzake openbare dienstverlening na te komen, het feit dat deze lasten niet aan die heffing zijn onderworpen kan worden beschouwd als de tegenprestatie voor de verrichte prestaties, en bijgevolg als een maatregel die geen staatssteun in de zin van art. 87, lid 1 EG-Verdrag is.

⁸⁰. Het aantal gevallen waar de Europese Commissie heeft geoordeeld dat de voorwaarden van het *Altmark*-arrest vervuld zijn is ook zeer beperkt. Voor een overzicht zie de FAQ inzake DAEB, punt 3.1, p. 14.

⁸¹. B.J. DRIJBER, "Interne Markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling", *S.E.W.* 2007, nr. 7/8, p. 258-264.

precieze waarde van dergelijke voordelen wordt bijna nooit ingeschat en is, in bepaalde gevallen, ook moeilijk in te schatten⁸². Anderzijds worden de al dan niet geldelijke voordelen vaak toegekend door verschillende overheden, op verschillende niveaus (federaal, regionaal, provinciaal en vaak zelfs gemeentelijk), zonder dat een bepaalde instantie de gegevens over de toegekende financiering centraliseert en verwerkt. Nochtans moeten, overeenkomstig de regels inzake staatssteun, alle voordelen in rekening worden gebracht om te bepalen of een bepaalde DAEB al dan niet wordt overgecompenseerd. In het geval van overcompensatie (d.w.z. wanneer de toegekende voordelen de kosten van de DAEB, vermeerderd met een redelijke winstmarge, overstijgen), zijn de artikelen 87 e.v. EG-Verdrag (inclusief de aanmeldingsplicht) van toepassing.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat *Altmark Trans*-arrest voor enige paniek (en wrevel) in de lidstaten heeft gezorgd, waarbij vele lidstaten geneigd waren om alle financiering van DAEB bij de Europese Commissie aan te melden ten einde de dramatische consequenties van een mogelijke schending van het aanmeldingsvereiste te vermijden.

2. Het zgn. DAEB-pakket

49. Om deze vloedgolf van aanmeldingen tegen te gaan en bij te dragen tot de rechtszekerheid in de sector heeft de Commissie op 28 november 2005 het reeds geciteerde DAEB-pakket aangenomen. Het pakket bestaat uit drie verschillende reglementeringen, met name de DAEB-beschikking, de DAEB-kaderregeling en een richtlijn tot wijziging van de zgn. Transparantierichtlijn.

De DAEB-beschikking, die merkwaardig genoeg op artikel 86, lid 3 EG-Verdrag is gesteund⁸³, voorziet in een vrijstelling van de aanmeldingsplicht voor de overheidsfinanciering van DAEB die onder het toepassingsgebied van de beschikking vallen. Bovendien wordt de steun ter compensatie van openbaredienstverplichting *a priori* verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard (art. 3 van de DAEB-beschikking). De beschikking is enkel van toepassing mits de omzet van de betrokken onderneming maximaal 100 miljoen EUR en de compensatie maximaal 30 miljoen per jaar bedraagt (art. 2, lid 1, onder a))⁸⁴.

⁸² Dit is onder meer het geval indien kan worden aangetoond dat zonder toepassing van de fiscale vrijstelling de betrokken onderneming minder goederen of diensten zou hebben verkocht.

⁸³ Art. 86, lid 3 EG-Verdrag laat de Europese Commissie toe om de inhoud en de omvang van de afwijking van art. 86, lid 2 van het verdrag nader te bepalen aan de hand van "passende richtlijnen en beschikkingen". O.i. kan men zich de vraag stellen of de Commissie wel bevoegd was om de DAEB-beschikking op grond van deze bepaling vast te stellen, nu de beschikking voorziet in een ontheffing van de aanmeldingsplicht voorzien in art. 88, lid 3 EG-Verdrag. Overeenkomstig art. 89 van het EG-Verdrag is immers enkel de Raad bevoegd om de ontheffing van de aanmeldingsplicht (toch wel een verdragsbepaling) te voorzien. Bovendien houdt de DAEB-beschikking algemene regels in die gericht zijn tot de lidstaten, wat o.i. niet mogelijk is in het kader van een "beschikking" in de zin van art. 249 EG-Verdrag.

⁸⁴ Ingevolge letter b) van deze bepaling gelden deze omzetplafonds niet voor de financiering van ziekenhuizen en sociale huisvesting.

⁸⁵ De drie eerste voorwaarden zijn op 19 december 2005 in werking getreden. De voorwaarden d) en e) zijn daarentegen pas sinds 29 november 2006 in voege (art. 10 van de DAEB-beschikking).

50. Om van dit gunstregime te kunnen genieten moeten een aantal strikte voorwaarden worden nageleefd. Zo bepaalt artikel 4 van de DAEB-beschikking dat de betrokken onderneming met de DAEB moet zijn belast op grond van een officieel besluit (bv. een decreet, een ministerieel besluit e.d.m.). In dit besluit moeten nader zijn bepaald:

- a) de aard en de duur van de openbaredienstverplichtingen;
- b) de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied;
- c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de ondernemingen zijn toegekend;
- d) de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie;
- e) de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen⁸⁵.

Uit de DAEB-beschikking vloeit voort dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan noodzakelijk om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst (verbod van overcompensatie).

De compensatie moet bovendien daadwerkelijk worden gebruikt voor het beheer van de desbetreffende DAEB (art. 5 § 1 DAEB-beschikking). Tevens moet de overheid op geregelde tijdstippen controleren dat de betrokken organen geen overcompensatie genieten (art. 6). Ten slotte moet voor de DAEB ook een afzonderlijke (interne) boekhouding gehouden worden, zeker indien de begunstigde entiteit daarnaast ook commerciële activiteiten zou hebben. Het voeren van een afzonderlijke boekhouding laat ondermeer toe te verifiëren of er eventuele kruissubsidiëring is tussen DAEB-activiteiten en de zuivere commerciële activiteiten.

51. Is de DAEB-beschikking niet van toepassing dan moet toepassing gemaakt worden van de DAEB-kaderregeling.

Deze kaderregeling hanteert een vergelijkbaar regime als de DAEB-beschikking. Het verschil tussen beide regimes ligt voornamelijk in het feit dat de steunmaatregelen die onder het toepassingsgebied van de kaderregeling vallen wel moeten bij de EG-Commissie worden aangemeld door haar worden goedgekeurd.

IV. IMPACT VAN ARTIKEL 86, LID 2 EG-VERDRAG OP DE BELGISCHE RECHTSPRAKTIJK

52. Hierboven werd een overzicht gegeven van het toepassingsgebied en de draagwijdte van de in artikel 86, lid 2 EG-Verdrag voorziene exceptie en van het DAEB-pakket.

53. Thans wordt onderzocht welke gevolgen deze regels voor de Belgische rechtsorde en -praktijk hebben.

A. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als rechtsbasis van een genuanceerde toepassing van de interne marktregels en de mededingingsregels op openbare diensten

54. In de eerste plaats kan artikel 86, lid 2 EG-Verdrag, gelet de rechtstreekse werking ervan, door ondernemingen belast met een DAEB worden ingeroepen om de toepassing van de Europese mededingingsregels en internemarktregels uit te sluiten.

Dit zal meestal gebeuren in het kader van vorderingen ingesteld voor de burgerlijke rechtscollages (o.m. stakingsvorderingen) alsmede in het kader van procedures voor de Raad voor de Mededinging.

In dit kader geldt artikel 86, lid 2, aldus, naast artikel 81, lid 3 EG-Verdrag, als een bijkomende mogelijkheid om de toepassing van het in artikel 81, lid 1 EG-Verdrag voorziene verbod op een bepaalde gedraging uit te sluiten. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag kan vanzelfsprekend ook als exceptie worden ingeroepen in geval van een vermeend misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag.

55. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag kan eveneens in het kader van het zgn. *objectif contentieux* worden ingeroepen.

Meer bepaald zal de toepassing van deze bepaling in het kader van een vordering tot nietigverklaring van een wet, besluit of beslissing door de auteur van de wet, besluit of beslissing als verweermiddel worden ingeroepen wanneer de strijdigheid van de betrokken akte met de interne marktregels en/of de mededingingsregels wordt opgeworpen.

56. Uit de bewoordingen van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag volgt echter duidelijk dat deze bepaling enkel kan worden ingeroepen om de toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag uit te sluiten. Het is dus niet mogelijk om deze bepa-

ling in te roepen om de toepassing van interrechtelijke bepalingen uit te sluiten.

57. Mede om deze reden heeft de Belgische wetgever er voor gekozen om in artikel 87 van de Mededingingswet⁸⁶ een bepaling met een vergelijkbare strekking als artikel 86, lid 2 EG-Verdrag op te nemen.

Luidens deze bepaling zijn “openbare ondernemingen en de ondernemingen waaraan de overheid bijzondere en exclusieve rechten verleent [...] onderworpen aan de bepalingen van deze wet voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun door of krachtens de wet toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert”⁸⁷.

Het valt op dat het personeel toepassingsgebied van deze bepaling veel ruimer is dan die van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag. De term “openbare ondernemingen”, die in de Mededingingswet niet wordt gedefinieerd⁸⁸, lijkt alleszins een ruimere strekking te hebben dan het begrip “onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang”. Overheidsondernemingen en publiekrechtelijke rechtspersonen (zoals o.m. Belgacom, De Post, NMBS) kunnen naast hun activiteiten van openbare dienstverlening immers ook zuiver commerciële activiteiten ontwikkelen. Het spreekt voor zich dat een uitsluiting van de toepassing van de Belgische mededingingsregels op deze laatste activiteiten niet kan worden gerechtvaardigd om redenen van “algemeen belang”.

Ook de verwijzing naar “ondernemingen waaraan de overheid bijzondere en exclusieve rechten verleent” is merkwaardig, aangezien er ook ondernemingen zijn die over bijzondere en exclusieve rechten beschikken zonder een taak van algemeen belang te moeten vervullen (bv. exclusieve concessie voor de exploitatie van een gebouw dat eigendom is van de overheid).

Wellicht zullen deze onnauwkeurigheden geen reële impact op de praktijk hebben. Uit artikel 87 vloeit immers voort dat de toepassing van de mededingingsregels enkel wordt uitgesloten voor zover zij de toepassing van de “hun door of krachtens de wet toevertrouwde bijzondere taak” verhindert. De betrokken ondernemingen zullen deze uitzondering dus enkel kunnen inroepen met betrekking tot activiteiten die zij uitvoeren in het kader van hun bijzondere taak en voor zover de toepassing van de mededingingsregels deze uitvoering zou verhinderen.

^{86.} Het gaat in feite om twee wetten, met name de wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, B.S. 29 juni 2006 en de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging, B.S. 29 juni 2006. Deze wetten werden bij koninklijk besluit van 15 september 2006 (B.S. 29 september 2006) gecoördineerd onder de naam wet tot bescherming van de economische mededinging (hierna “Mededingingswet”).

^{87.} Deze bepaling is letterlijk overgenomen van de voorloper van de huidige Mededingingswet (d.i. de thans opgeheven wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999), zie het vroegere art. 47.

^{88.} O.i. zijn er twee mogelijke interpretaties: ofwel gaat om alle door de overheid gecontroleerde ondernemingen ofwel om alle publiekrechtelijke rechtspersonen.

De wet geeft weliswaar niet aan wat onder “*bijzondere taak*” moet worden verstaan. In het licht van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag lijkt de enige mogelijke interpretatie de vervulling van een taak van algemeen economisch belang. Een andere (ruimere) interpretatie zou immers voor gevolg kunnen hebben dat, bepaalde activiteiten die krachtens artikel 87 van de Mededingingswet, niet onder de Belgische mededingingsregels zouden vallen wel onder de Europese mededingingsregels zouden vallen omdat de uitzondering voorzien in artikel 86, lid 2 EG-Verdrag niet van toepassing is.

Ten slotte bepaalt artikel 87 van de Mededingingswet dat de bijzondere taak “*door of krachtens de wet*” moet zijn toevertrouwd. Het komt ons voor dat deze beperking van de toewijzing door middel van of op grond van wettelijke bepalingen ongelukkig is. Naar het voorbeeld van het artikel 86, lid 2 EG-Verdrag was het inlassen van het vereiste van een toewijzing “*door of krachtens de wet*” niet nodig. Om artikel 87 van de Mededingingswet te kunnen invoeren zal het dus noodzakelijk zijn na te gaan of de wet een specifieke toewijzing voorziet aan de betrokken onderneming dan wel de rechtsbasis inhoudt voor een latere toewijzing (bv. op grond van een delegatie van bevoegdheden aan de Koning).

58. Ondanks deze kritische bemerkingen – die overigens beperkt zijn tot de formulering van artikel 87 van de Mededingingswet – verdient het initiatief van de wetgever om een op een evenredigheidstoets gesteunde uitsluiting van de mededingingsregels voor wat betreft de activiteiten van ondernemingen belast met een taak van algemeen belang bijval.

59. Meer bepaald lijkt het ons opportuun om na te gaan of een vergelijkbare bepaling niet in andere economische reglementeringen kan worden opgenomen.

Het is immers niet uitgesloten dat de toepassing van een bepaalde economische reglementering (bv. de WHPC) onder bepaalde omstandigheden de vervulling van de taak van algemeen belang die aan een bepaalde onderneming is opgedragen ernstig kan verhinderen.

Dit lijkt ons alleszins een betere oplossing dan de techniek die er in bestaat om de toepassing van bepaalde reglementeringen op ondernemingen belast met taken van algemeen belang ofwel volledig uit te sluiten ofwel zonder enige exceptie van toepassing te verklaren. Een genuanceerde toepassing in plaats van een alles of niets verhouding.

B. Artikel 86, lid 2 als toetssteen voor de reglementering en financiering van DAEB's

60. Naast de hierboven geschetste impact van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag als basis voor een (genuanceerde) toepassing van de economische reglementeringen, geldt deze bepaling (en daaruit afgeleide beginselen) thans ook als toets-

steen voor de reglementering en financiering van DAEB's in alle lidstaten.

Zoals reeds benadrukt vloeit deze impact voort uit de toepassing van de Europese regels inzake staatssteun in combinatie met artikel 86, lid 2 EG-Verdrag. Om de rechtmatige toekenning van de financiering voor DAEB's te verzekeren is het immers essentieel dat de vereisten van de DAEB-beschikking of, indien die niet van toepassing zou zijn, de vereisten van de DAEB-kaderregeling strikt worden nageleefd.

61. Het is evident dat de strikte naleving van deze reglementeringen een enorme inspanning zal vergen, zowel van de begunstigden van deze financiering als van de overheid.

In de eerste plaats moeten alle ondernemingen die met een DAEB belast zijn geïdentificeerd worden. Voor de nutssectoren zal dit relatief eenvoudig zijn. Zoals gezegd omvat het begrip “diensten van algemeen economisch belang” echter nog vele andere sectoren en is het voornamelijk in die andere sectoren dat er (in plaats van of in combinatie met een exclusief recht) overheidsfinanciering wordt verstrekt.

Vervolgens moet worden nagegaan of deze taak aan de aldus geïdentificeerde ondernemingen is opgedragen krachtens een besluit en, in voorkomend geval, of dit besluit de hoger opgelijste vermeldingen inhoudt, met name (i) de aard en de duur van de openbaardienstverplichtingen, (ii) de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied, (iii) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de ondernemingen zijn toegekend, (iv) de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie, en (v) de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.

In een derde fase moet een onderzoek gevoerd worden naar alle voordelen die de betrokken ondernemingen ontvangen om deze taak te vervullen. Zoals reeds benadrukt gaat het hier niet alleen om alle rechtstreekse subsidies of dotaties die door de overheid worden toegekend. Er moet immers rekening gehouden worden met alle voordelen, ongeacht of zij in natura of in geld, rechtstreeks of onrechtstreeks, worden toegekend. Ter illustratie: er is ook sprake van een voordeel indien de betrokken onderneming vrijgesteld is van bepaalde heffingen of belastingen of indien zij van de overheid of van een door de overheid gecontroleerd bedrijf een bepaald goed ontvangt zonder betaling of tegen een prijs die lager is dan de marktprijs (bv. energie).

Het spreekt voor zich dat dergelijk onderzoek niet eenvoudig zal zijn, zeker in een land zoals België waar er talrijke beleidsniveaus (van de federale en regionale overheden t.e.m. de gemeenten) zijn en waar ieder niveau eigen bevoegdheden heeft voor het toekennen van rechtstreekse en onrechtstreekse voordelen aan ondernemingen. Veelal gebeurt de toekenning van deze voordelen overigens zonder veel coördinatie tussen deze overheden.

62. Het komt ons tevens voor dat de toepassing van de Europese regels inzake staatssteun in combinatie met artikel 86, lid 2 EG-Verdrag, de overheden tot het opstellen van een centraal register van steunmaatregelen zal aanzetten.

Dit lijkt immers de enige manier om na te gaan of een bepaalde onderneming belast met een DAEB niet overmatig voor het vervullen van deze dienst wordt gefinancierd⁸⁹.

Zolang een dergelijk register uitblijft zal het o.i. bijzonder moeilijk zijn voor een onderneming belast met een DAEB om aan te tonen dat zij niet wordt “overgecompenseerd” voor het vervullen van deze dienst en derhalve dat de steun die zij ontvangt niet bij de Europese Commissie moet worden aangemeld.

63. Wij zijn er ons terdege van bewust dat het leveren van deze inspanningen niet eenvoudig zal zijn en door velen zal worden aangezien als het zoveelste staaltje bureaucratie vanuit Europa.

Nochtans lijkt dit de enige manier om te vermijden dat de ondernemingen belast met een DAEB geconfronteerd worden met klachten van concurrenten die aanvoeren dat de door hen ontvangen steunmaatregelen onder de vorm van dotaties, e.d.m. ofwel onrechtmatig is (omdat zij moesten worden aangemeld) ofwel onverenigbaar is (omdat zij niet dienen voor de vervulling van de taak van algemeen belang).

Er is op dit vlak dringend nood aan rechtszekerheid.

Bovendien bieden voornoemde regels de concurrenten van de ondernemingen belast met een DAEB de garantie van een “*level playing field*”.

V. BESLUIT

64. In bovenstaande analyse is er meermaals op gewezen dat het begrip “*diensten van algemeen economisch belang*” en het voor deze diensten voorziene uitzonderingsregime van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag een centrale rol speelt bij de toepassing van de Europese internemarktregels en mededingingsregels op de openbare diensten met een economisch karakter.

65. O.i. zou de strekking van deze bepaling de aanzet kunnen zijn voor een grondige reflectie met betrekking tot de reglementering en de financiering van deze diensten en meer in het algemeen van de toepassing van economische reglementeringen op DAEB's.

In ieder geval zullen alle beleidsniveaus zich moeten inspannen om de reglementering en financiering van DAEB's te conformeren aan het recent aangenomen DAEB-pakket ten einde de voordelen van deze reglementering ten volle aan de betrokken ondernemingen te gunnen.

Het komt ons voor dat deze inspanningen niet alleen broodnodig zijn om een vloedgolf van betwistingen en litiges terzake van de toepassing van de staatssteunregels op deze diensten te vermijden, maar ook om de unieke positie van de DAEB's in België en Europa veilig te stellen.

⁸⁹. Volledigheidshalve moet er op worden gewezen dat er nog minstens één andere Europese reglementering is die de opstelling van een dergelijk register noodzakelijk maakt, met name verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 van het verdrag op deminimissteun, *PB*. L. 379, p. 5.