

Entiteiten met deels economische en deels niet-economische activiteiten: altijd ondernemingen voor doeleinden van de staatssteunregels?

Leen Goossens¹

1. Inleiding	819
2. Het begrip “onderneming”	819
3. Economische en niet-economische activiteiten	820
4. Gemengde activiteiten	821
4.1. Zuiver ondersteunende economische activiteiten	822
4.1.1. <i>Leer geïntroduceerd door de EU-Commissie</i>	822
4.1.2. <i>Leer bevestigd door advocaat-generaal maar (nog) niet door Hof van Justitie</i>	822
4.1.3. <i>Leer toegepast door de nationale rechter</i>	823
4.2. Economische activiteiten die niet kunnen worden gescheiden van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag of van zuiver sociale activiteiten	824
5. Conclusie	825

SAMENVATTING

Een hogeschool beslist om een leegstaande zaal te gebruiken voor de vertoning van films en krijgt hiervoor subsidies van de overheid. Wat nu?

De vraag of de hogeschool als een “onderneming” moet worden aangemerkt, is van doorslaggevend belang in het kader van het verlenen van steun. De Europese staatssteunregels zijn enkel van toepassing als de begunstigde van steun een onderneming is – d.w.z. een entiteit die een economische activiteit uitoefent. Het begrip “economische activiteit” wordt ruim geïnterpreteerd zodat de meeste activiteiten als “economisch” kwalificeren en een “niet-economische” activiteit eerder de uitzondering is. Deze bijdrage staat stil bij entiteiten met deels economische en deels niet-economische activiteiten, die in beginsel voor het deel economische activiteiten als onderneming worden aangemerkt. Het deel niet-economische activiteiten valt buiten de staatssteunregels. De grenslijn tussen economische en niet-economische activiteiten is bij dergelijke entiteiten voortdurend in beweging, wat deze bijdrage aan de hand van enkele recente arresten illustreert.

RÉSUMÉ

Une école supérieure décide d'utiliser une salle inoccupée pour la projection de films et reçoit à cet effet des subsides du gouvernement. Et maintenant?

La question de savoir si l'école supérieure doit être qualifiée comme une « entreprise », est déterminante dans le cadre de l'octroi d'aides d'Etat. Les règles européennes relatives aux aides d'Etat ne s'appliquent que si le bénéficiaire d'aides d'Etat est une entreprise – c'est-à-dire une entité exerçant une activité économique. La notion d'« activité économique » est interprétée au sens large de sorte que la plupart des activités sont considérées comme « économiques » et une activité « non économique » est plutôt une exception. Cette contribution porte sur les entités avec des activités partiellement économiques et non économiques, qui en principe sont considérées comme entreprises pour la partie des activités économiques. La partie des activités non économiques ne tombe pas sous les règles relatives aux aides d'Etat. La ligne de séparation entre activités économiques et non économiques de telles entités évolue constamment, ce que cette contribution illustre à l'appui de quelques arrêts récents.

¹ Advocaat te Brussel (Eubelius) en praktijkassistent UGent.
De auteur dankt Hans GILLIAMS voor zijn opmerkingen bij een ontwerp van deze bijdrage.

1. INLEIDING

1. Artikel 107, 1. van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) definieert het begrip staatssteun. Daarvan is sprake indien een maatregel (1) een voordeel verschaft (2) dat met staatsmiddelen is bekostigd en (3) dat selectief van aard is (4) waardoor de mededinging vervalst dreigt te worden en (5) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Wanneer een maatregel voldoet aan deze 5 voorwaarden, kwalificeert de betrokken maatregel als staatssteun en zijn de Europese staatssteunregels van toepassing.

Staatssteun mag, op grond van artikel 108, 3. VWEU, alleen verleend worden na aanmelding bij en goedkeuring door de EU-Commissie (standstill-verplichting), tenzij beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsregeling, zoals de algemene groepsvrijstelling² of de vrijstelling voor diensten van algemeen economisch belang³.

De nationale rechter dient erop toe te zien dat de overheidsinstanties de aanmeldings- en standstill-verplichting naleven. Hij kan in dat kader zowel de ongeldigheid vaststellen van de handelingen waarmee de steun wordt uitgevoerd als de terugvordering van de verleende steun, met rente, bevelen.

2. Van belang is dat de staatssteunregels enkel van toepassing zijn als de begunstigde van steun een “onderneming” is – d.w.z. een entiteit die een economische activiteit uitoefent. Niet-economische activiteiten zijn niet onderworpen aan de staatssteunregels. De kwalificatie als economische of niet-economische activiteit moet per activiteit van een entiteit gebeuren.

3. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij “hybride” entiteiten die zowel economische als niet-economische activiteiten verrichten, en meer in het bijzonder bij entiteiten waarvan de economische activiteiten in vergelijking met hun niet-economische activiteiten volledig ondergeschikt zijn, of niet kunnen worden gescheiden van hun niet-economische activiteiten. Bij dergelijke entiteiten kan worden geargumenteed dat de economische activiteiten de aard van de hoofdactiviteit volgen en als niet-economisch moeten worden aangemerkt. Dit betekent dat de entiteit in haar geheel niet als onderneming wordt aangemerkt en de staatssteunregels niet van toepassing zijn.

2. HET BEGRIJ “ONDERNEMING”

4. Het begrip “onderneming” komt herhaaldelijk in het VWEU voor, evenwel zonder dat het in dat verdrag wordt gedefinieerd, zodat voor de invulling van dit begrip te rade moet worden gegaan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.

In het arrest *Höfner* preciseerde het Hof van Justitie dat het begrip onderneming in de context van het EU-mededingingsrecht “*elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”⁴.

5. Of een bepaalde entiteit als onderneming wordt aangemerkt, hangt dus af van de aard van haar activiteiten. Het begrip “*economische activiteit*” wordt over het algemeen zeer ruim geïnterpreteerd in de EU-rechtspraak en de beslissingspraktijk van de EU-Commissie: het gaat om iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt⁵. Zelfs activiteiten waarvoor

geen “markt” bestaat (bv. in geval van een wettelijk monopolie of wanneer de overheid een dienst intern verricht) kunnen toch als economisch worden bestempeld indien andere partijen bereid en in staat zouden zijn de dienst te verrichten⁶.

6. De rechtsvorm of de wijze van financiering van de betrokken entiteit speelt geen enkele rol: het feit dat een entiteit zonder winst oogmerk opereert of het feit dat de activiteit als “sociaal” kan worden aangemerkt, sluit niet uit dat zij een onderneming kan zijn. Een vzw of sportclub kan perfect een onderneming zijn. De Staat zelf of een overheidsorgaan kan eveneens een onderneming zijn.

7. Doorslaggevend voor de kwalificatie als onderneming is dus de vraag of een activiteit die wordt uitgeoefend al dan niet economisch van aard is.

² Pb. 2014, L. 187/1.

³ Pb. 2012, L. 7/3.

⁴ HvJ 23 april 1991, C-41/90, *Höfner en Elser*, EU:C:1991:16.

⁵ HvJ 16 juni 1987, 118/85, *Commissie / Italië*, EU:C:1987:283, punt 7 en HvJ 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, punt 47.

⁶ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van art. 107, 1. van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Pb.2016, C. 262/1) (hierna “Staatssteunmededeling”), punt 14.

3. ECONOMISCHE EN NIET-ECONOMISCHE ACTIVITEITEN

8. Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen, enerzijds, economische activiteiten en, anderzijds, activiteiten met een algemeen belang (“diensten van algemeen belang” of “DAB”). “Diensten van algemeen belang” zijn activiteiten die overheden aanmerken als zijnde van algemeen belang en waaraan dus specifieke openbare dienstverplichtingen⁷ zijn verbonden. “Diensten van algemeen belang” kunnen, afhankelijk van de betrokken activiteit, ofwel economisch zijn (“diensten van algemeen economisch belang” of “DAEB’s” genoemd⁸) ofwel niet-economisch zijn⁹.

9. Het is niet altijd eenvoudig om, op grond van de in deel 2. genoemde algemene principes, een onderscheid te maken tussen economische activiteiten (al dan niet van algemeen belang) en niet-economische activiteiten. De EU-Commissie geeft in haar Staatssteunmededeling van 2016 een aantal voorbeelden van niet-economische activiteiten¹⁰. Dit is geen uitputtende lijst van voorbeelden, aangezien de vraag of er voor een bepaalde activiteit een markt bestaat, sterk afhankelijk is van de concrete marktomstandigheden. De voorbeelden bieden wel een leidraad.

10. Zoals reeds langer bekend, vormt de *uitoefening van overheidsgezag* geen economische activiteit. Activiteiten die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoren en die de Staat op zich neemt, vormen in de regel geen economische activiteiten. Voorbeelden hiervan zijn activiteiten met betrekking tot het leger of de politie, de luchtverkeersveiligheid en luchtverkeersleiding¹¹, de maritieme veiligheid en verkeersafwikkeling, milieu-inspectiediensten, de aanleg van goede en veilige wegverbindingen¹², en de organisatie, financiering en handhaving van gevangenisstraffen.

11. Ook *socialezekerheidsregelingen* die gebaseerd zijn op het solidariteitsbeginsel houden geen economische activiteit in als ze voldoen aan volgende kenmerken: de regeling berust op een systeem van verplichte aansluiting, vervult een functie van uitsluitend sociale aard, mist ieder winstoo-

merk, staat onder overheidstoezicht, en de betaalde uitkeringen zijn niet afhankelijk van het bedrag van de premies en het bedrag van de betaalde prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan de beroepsinkomsten van de verzekerde.

Wanneer evenwel een socialezekerheidsregeling overheersende sociale kenmerken en kenmerken inzake solidariteit en overheidsregulering heeft, maar de wet de verzekeringsinstellingen toelaat om winst te maken, en met elkaar te concurreren op kwaliteit en dienstverlening, gaat het wel om een economische activiteit. Dit oordeelt het Gerecht van de EU in de recente zaak *Dóvera*¹³ met betrekking tot de Slovaakse verplichte zorgverzekering. Aan deze conclusie wordt geen afbreuk gedaan voor de 2 verzekeringsinstellingen die geen winst nastreven aangezien ze in concurrentie treden met 2 andere verzekeringsinstellingen die wel winst nastreven. Het is volgens het Gerecht van de EU immers niet mogelijk dat op een bepaalde markt niet-economische en economische spelers actief zijn. Van zodra er een speler is die winst nastreeft, worden de andere spelers door een besmettingseffect eveneens economisch.

12. De EU-Commissie verduidelijkt verder in haar Staatssteunmededeling dat activiteiten waarmee de Staat zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult, en dus niet de bedoeling heeft om werkzaamheden tegen vergoeding te verrichten, evenmin economisch zijn. *Openbaar onderwijs* en *activiteiten op het gebied van cultuur of instandhouding van cultureel en natuurlijk erfgoed* die kosteloos toegankelijk zijn voor het brede publiek, zijn niet-economisch van aard¹⁴. Zelfs wanneer een kleine vergoeding dient betaald te worden door de gebruikers die enkel een fractie van de reële kosten dekt, wordt, aldus de EU-Commissie, aan het niet-economisch karakter geen afbreuk gedaan. Onderwijs dat wordt verstrekt door instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en volledig of hoofdzakelijk door de overheid worden gefinancierd (geen economische activiteit) moet worden onderscheiden van onderwijs verstrekt door onderwijsinstellingen

7. Bv. op het vlak van toegankelijkheid, betaalbaarheid, continuïteit, kwaliteit, ...

8. “Diensten van algemeen economisch belang” zijn economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsop-treden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht. Voorbeelden van “diensten van algemeen economisch belang” zijn zorgdiensten (zie bv. besluit van de Commissie van 5 juli 2016, SA.19864 – België – Overheidsfinanciering van Brusselse openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk), kinderopvang en sociale huisvesting.

9. Ook sociale diensten van algemeen belang (“SDAB”) kunnen, afhankelijk van de betrokken activiteit, al dan niet economisch van aard zijn. Sociale diensten van algemeen belang met een economisch karakter zijn “diensten van algemeen economisch belang” (DAEB).

10. Staatssteunmededeling, punten 17-37 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

11. Het gaat om het toezicht op en de bewaking van het luchtruim. Het verzekeren van de veiligheid van het luchtverkeer op de grond (ook bij het landen en opstijgen) daarentegen maakt integrerend deel uit van de commerciële exploitatie van de luchthaven en is economisch van aard: Ger.EU 25 januari 2018, T-818/14, *Brussels South Charleroi Airport*, EU:T:2018:33, punten 86 *et seq.*

12. Zie bv. besluit van de Commissie van 8 januari 2016, SA.36019 – België – Financiering van de weginfrastructuur in de omgeving van een vastgoedproject – Uplace, punten 36-37.

13. Ger.EU 5 februari 2018, T-216/15, *Dóvera*, EU:T:2018:64, punten 68-69. Een hogere voorziening tegen dit arrest werd ingesteld bij het Hof van Justitie (C-262/18 P).

14. M.b.t. natuur- en landschapsbehoud: zie bv. besluiten van de Commissie van 11 augustus 2016, SA.44011 – Duitsland (Thüringen) – Steun voor projecten inzake de ontwikkeling van natuur en landschap, en van 15 februari 2017, SA.45645 – Duitsland (Saksen-Anhalt) – Richtsnoeren voor de ondersteuning van projecten van natuurbehoud en landschapsbehoud.

die hoofdzakelijk worden gefinancierd uit particuliere middelen. Wanneer onderwijs of culturele activiteiten overwegend worden bekostigd door de gebruikers/bezoekers of uit commerciële inkomsten, vormen deze economische activiteiten¹⁵.

Deze op het eerste gezicht tegenstrijdige stelling dat 100%-overheidsfinanciering geen staatssteun is, terwijl overheidsfinanciering voor een kleiner deel wel staatssteun uitmaakt, gaat uit van de volgende premisse: financiering in hoofdzaak door de overheid van openbaar onderwijs en culturele activiteiten *die toegankelijk zijn voor het brede publiek*, is een aanwijzing dat met die activiteit een overheidstaak wordt uitgevoerd en de wetgever ten aanzien van die activiteit geen marktwerking heeft geïntroduceerd.

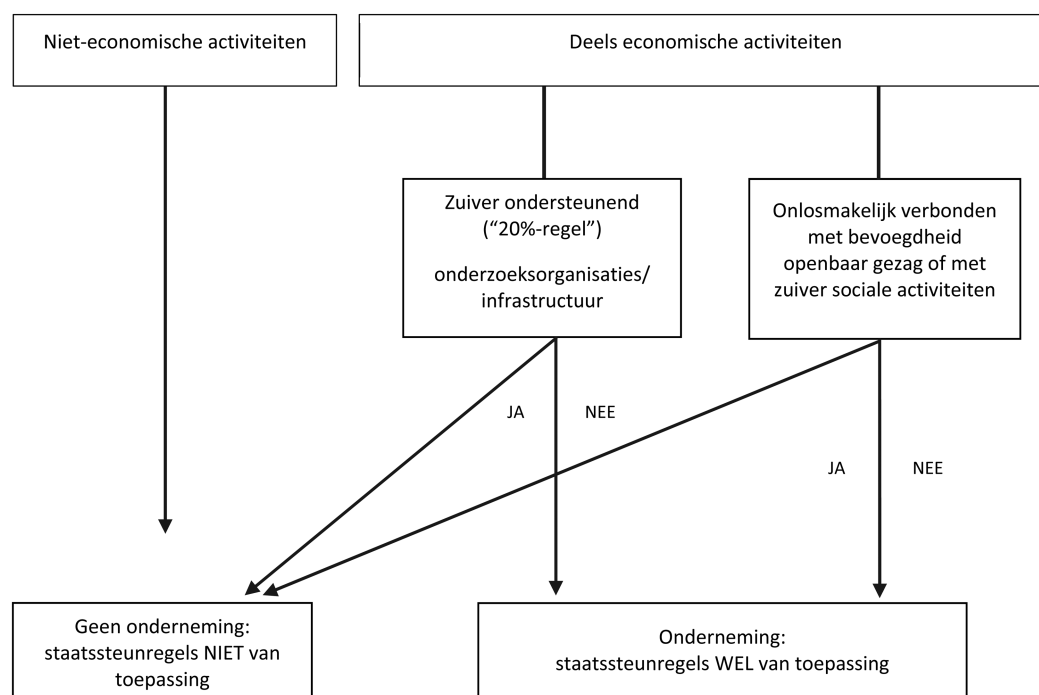
Activiteiten op het gebied van instandhouding van erfgoed of cultuur die *niet ten goede komen aan het brede publiek* maar aan bepaalde ondernemingen (bv. de restauratie van een door een onderneming gebruikt historisch pand) zijn economische activiteiten.

13. De *kerntaken van universiteiten en onderzoeksorganisaties*, zoals “opleiding met het oog op meer en beter gekwalificeerd menselijk kapitaal”, het “verrichten van onafhankelijk onderzoek & ontwikkeling met het oog op meer kennis en beter inzicht, met inbegrip van onderzoek en ontwikkeling in samenwerkingsverband” en “de verspreiding van onderzoeksresultaten”, zijn volgens de EU-Commissie evenmin economisch van aard.

4. ENTITEITEN MET GEMENGDE ACTIVITEITEN

14. Eenzelfde entiteit kan zowel niet-economische als economische activiteiten verrichten. Bijvoorbeeld een hogeschool die enerzijds (niet-economische) openbare onderwijsactiviteiten verricht en anderzijds films vertoont (economisch). Op grond van bovengenoemde principes wordt dergelijke entiteit enkel ten aanzien van de economische activiteiten als onderneming aangemerkt. De entiteit wordt dus opgedeeld in een “onderneming” voor de economische activiteiten en een entiteit “niet zijnde een onderneming”

voor de niet-economische activiteiten. Hierop bestaan twee uitzonderingen: de entiteit wordt in haar geheel niet als onderneming aangemerkt, ook niet voor haar economische activiteiten, in geval van zuiver ondersteunende economische activiteiten (deel 4.1.) en economische activiteiten die niet kunnen worden gescheiden van hun niet-economische activiteiten, zoals de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag of zuiver sociale activiteiten (deel 4.2.).



¹⁵ Zie bv. besluit van de Commissie van 6 november 2013, SA.36581 – Griekenland – Bouw van archeologisch museum te Messara, Kreta, punt 42.

4.1. Zuiver ondersteunende economische activiteiten

15. Er is sprake van zuiver ondersteunende of volledig ondergeschikte economische activiteiten, wanneer de economische activiteiten (1) rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor het functioneren van de betrokken entiteit of de infrastructuur die bijna uitsluitend voor een niet-economische activiteit wordt gebruikt, of intrinsiek verband houden met het niet-economische hoofdgebruik ervan, en (2) beperkt zijn in omvang. Dit is, aldus de EU-Commissie, het geval wanneer (1) de economische activiteiten dezelfde input (bv. materialen, uitrusting, arbeid, vaste activa) verbruiken als de primaire niet-economische activiteiten en (2) de jaarlijks voor de economische activiteiten uitgetrokken capaciteit ten hoogste 20% bedraagt van de totale jaarcapaciteit van de betrokken entiteit.

4.1.1. Leer geïntroduceerd door de EU-Commissie

16. De leer van de “zuiver ondersteunende economische activiteiten” of de “20%-regel” werd in 2014 geïntroduceerd door de EU-Commissie in de O&O&I-Kaderregeling¹⁶ voor onderzoeksorganisaties en onderzoeksinfrastructuur met gemengde activiteiten. Wanneer het economisch gebruik zuiver ondersteunend blijkt, “kan”, aldus de EU-Commissie, de overheidsfinanciering ervan niet onder de staatssteunregels vallen.

17. Ook in overweging 49 van de algemene groepsvrijstelling en in de Staatssteunmededeling¹⁷ herhaalt de EU-Commissie de leer van de “zuiver ondersteunende economische activiteiten”, en geeft ze als voorbeeld onderzoeksinfrastructuur¹⁸ en een onderzoeksorganisatie die incidenteel haar uitrusting en laboratoria aan industriële partners verhuurt¹⁹. Uit de “Analytical grids”²⁰ voor staatssteun aan infrastructuur volgt dat de EU-Commissie de “20%-regel” niet enkel op onderzoeksinfrastructuur toepast maar ook op gemengd

gebruik van *andere infrastructuur*²¹ zoals culturele infrastructuur²², sport- en multifunctionele recreatieve infrastructuur²³, en haven- en luchthaveninfrastructuur²⁴.

18. Deze 20%-regel en de verduidelijking dat overheidsfinanciering van dergelijke activiteiten niet onder de staatssteunregels kan vallen, is vanuit praktisch oogpunt welgekommen. Ze ontslaat de lidstaten (en steunontvangers) van de verplichting en administratieve kost om te voldoen aan de staatssteunregels in gevallen die slechts een marginale impact hebben.

4.1.2. Leer bevestigd door advocaat-generaal maar (nog) niet door Hof van Justitie

19. De leer van de “zuiver ondersteunende economische activiteiten” wordt bevestigd door advocaat-generaal KOKOTT maar niet door het Hof van Justitie in de zaak *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*²⁵.

In deze zaak dient het Hof van Justitie zich uit te spreken over de prejudiciële vraag of een gemeentelijke belastingvrijstelling voor de verbouwing van een aula in een school van de congregatie van de kerk staatssteun is. De vraag rijst of de congregatie, die naast religieuze activiteiten ook onderwijsactiviteiten uitoefent, een onderneming is.

20. Het Hof van Justitie herhaalt eerst zijn vaste rechtspraak m.b.t. onderwijs²⁶: gesubsidieerd onderwijs dat deel uitmaakt van het openbaar onderwijsstelsel is geen “economische activiteit”, terwijl vrijwillig onderwijs dat hoofdzakelijk wordt gefinancierd door particuliere middelen wel een “economische activiteit” is (zie *supra*, randnr. 12). Aangezien de belastingvrijstelling betrekking heeft op de verbouwing van een aula, zijn beslissend voor de kwalificatie van de congregatie als onderneming, de activiteiten waarvoor de aula wordt gebruikt: wanneer de aula van de school uitsluitend wordt gebruikt voor gesubsidieerd onderwijs, dan valt de belastingvrijstelling niet onder de Europese staatssteunre-

¹⁶. Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (*Pb.* 2014, C. 198/1), punt 20.

¹⁷. Staatssteunmededeling, punt 207.

¹⁸. Zie ook “*Infrastructure analytical grid for research infrastructure*”.

¹⁹. Volgens de O&O&I-Kaderregeling niet enkel bij de incidentele verhuur van uitrusting en laboratoria maar bv. ook bij incidentele dienstverlening aan ondernemingen of uitvoering van contractonderzoek.

²⁰. Allen te raadplegen op www.ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html.

²¹. Het Gerecht van de EU erkende in 1999 dat “*de terbeschikkingstelling van infrastructuur door eenheden die met het beheer daarvan waren belast*” een economische activiteit kan vormen: Ger.EU 12 december 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris*, EU:T:2000:290, zoals in beroep bevestigd door HvJ 24 oktober 2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, EU:C:2002:617, punten 75 t.e.m. 80.

²². “*Infrastructure analytical grid for culture, heritage and nature conservation*”.

²³. “*Infrastructure analytical grid for sport and multifunctional recreational infrastructures*”.

²⁴. “*Infrastructure analytical grid for port infrastructure*” en “*Infrastructure analytical grid for airport infrastructure*”. De Commissie voegt er wel meteen aan toe dat, aangezien haven- en luchthaveninfrastructuur vooral voor economische activiteiten wordt gebruikt, deze hypothese niet veel zal voorkomen. Zie bv. besluit van de Commissie van 27 juli 2017, SA.38393 – België – Belastingregeling havens in België, punten 64-66 (tegen dit besluit werden verschillende beroepen tot nietigverklaring ingesteld, zie bv. T-696/17).

²⁵. HvJ 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496. Voor een uitgebreide bespreking van dit arrest: P. NICOLAIDES, “Not Even the Church Is Absolved from State Aid Rules: The Essence of Economic Activity”, *ESTAL* 2017, 527-536 en M.A. FIERSTA, “Staatsteun en economische activiteiten van de kerk”, *NTER* 2017, 181-189.

²⁶. *Ibid.*, punten 48-50 van het arrest en de daardoor geciteerde rechtspraak.

gels. Dit is wel het geval indien de aula uitsluitend wordt gebruikt voor vrijwillig onderwijs. Bij gemengd gebruik van de aula kan, aldus het Hof, de belastingvrijstelling onderworpen zijn aan de staatssteunregels voor het deel dat betrekking heeft op vrijwillig onderwijs. Een gescheiden boekhouding is dan vereist zodat elk risico op kruissubsidiëring van de “onderworpen” onderwijsactiviteiten wordt uitgesloten. Het Hof legt niet uit hoe de nationale rechter het commercieel deel van het gebruik van de aula moet vaststellen, maar dit zou op basis van tijdsbesteding kunnen gebeuren²⁷.

21. Opvallend is dat het Hof in dit arrest niet ingaat op de “20%-regel” van de EU-Commissie, terwijl deze op de gebouwen van de congregatie perfect kan worden toegepast. Advocaat-generaal KOKOTT doet dit wel²⁸. Wanneer de economische activiteiten (vrijwillig onderwijs) “volledig ondergeschikt” zijn, is volgens de advocaat-generaal de veronderstelling gerechtvaardigd dat de congregatie per saldo geen economische activiteiten verricht en de staatssteunregels niet van toepassing zijn. Wel aanvaardt de advocaat-generaal de 20%-drempel van de EU-Commissie *in casu* niet. Volgens haar vermeldt overweging 49 van de algemene groepsvrijstelling en de O&O&I-Kaderregeling de “relatief hoge” drempel van 20% in de zeer specifieke context van onderzoeksinfrastructuur of onderzoeksorganisaties maar kan hieruit niet worden afgeleid dat deze drempel in het algemeen moet worden toegepast. Volgens de advocaat-generaal moet ervan worden uitgegaan dat een economische activiteit ten opzichte van een niet-economische activiteit “volledig ondergeschikt” is, als deze minder dan 10% van de activiteiten van de instelling in de relevante sector bedraagt. *In casu* zou dit dus 10% van de activiteiten van de congregatie op het gebied van schoolonderwijs zijn.

22. Waarom de advocaat-generaal een onderscheid maakt tussen een drempel van enerzijds 20% voor onderzoeksinfrastructuur en anderzijds 10% voor andere infrastructuur, zoals bijvoorbeeld schoolinfrastructuur of culturele infrastructuur, is niet duidelijk. Wat is er “specifieker” aan onderzoeksinfrastructuur dan aan school- of culturele infrastructuur? Dit zou in elk geval niet tot vereenvoudiging leiden. De advocaat-generaal wijst er nog op dat een drempelwaarde van 10% “*in aansluiting [is] op de algemeen gebruikelijke drempelwaardes in het mededingingsrecht*”. De advocaat-generaal verwijst in voetnoot naar de martaandeeldrempel van 5% om bij overeenkomsten en gedragingen van onder-

nemingen een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten vast te stellen. De vraag hierbij rijst of een drempelwaarde voor de kwalificatie van een entiteit als “onderneming” moet worden vergeleken met een marktaandeel-drempel om merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel vast te stellen.

23. Het Hof keurt de “20%-regel” niet uitdrukkelijk goed maar biedt een andere oplossing in deze zaak: aangezien het om een betrekkelijk laag bedrag gaat, raadt het Hof de verwijzende rechter aan om de regeling inzake de-minimissteun²⁹ toe te passen. Dit belet een nationale rechter evenwel niet om in andere zaken de 20%-regel van de EU-Commissie toe te passen.

4.1.3. *Leer toegepast door de nationale rechter*

24. De leer van de “zuiver ondersteunende economische activiteiten” wordt toegepast in een kortgedingzaak voor de rechtbank van Den Haag³⁰, waarin de aankoop van het EYE-gebouw door de “Stichting Film Instituut Nederland” (hierna “stichting”) ter discussie staat. Voor de financiering van de aankoop van het EYE-gebouw heeft de stichting gebruik gemaakt van een aan haar door het ministerie van Financiën verstrekte lening waarbij door het ministerie van Cultuur een garantstelling is verleend. Volgens de tegenpartij zijn de staatssteunregels op deze overheidsfinanciering van toepassing.

25. De stichting exploiteert in het EYE-gebouw te Amsterdam het Filmmuseum. Zij is belast met een wettelijke taak gericht op het beheer en behoud van museale collecties en de publieke tentoonstelling daarvan. De opbrengst van de museum- en filmkaartjes wordt gebruikt voor de financiering van die wettelijke taak maar dekt slechts een gering deel van de kosten, m.a.w. het gaat om een niet-economische activiteit (zie *supra*, randnr. 12). Daarnaast gebruikt de stichting het EYE-gebouw voor een aantal economische activiteiten, zoals de verhuur ervan voor evenementen en de exploitatie van een horecagelegenheid en een museumwinkel.

26. De Nederlandse rechter oordeelt, onder verwijzing naar de “*Infrastructure analytical grid for culture, heritage and nature conservation*” van de EU-Commissie, dat de economische activiteiten waarvoor de stichting het EYE-

²⁷. Volgens advocaat-generaal KOKOTT is het de taak van de nationale rechter de nodige vaststellingen te doen met betrekking tot de activiteiten van de congregatie waaruit kan worden afgeleid hoe de aula wordt gebruikt. Belangrijke elementen hierbij zijn, aldus de advocaat-generaal, het aantal schoolklassen en lesuren alsmede het aantal leerlingen en leraren die aan het ene of andere onderwijs moeten worden toegerekend, en het gemiddelde jaarlijkse budget dat de school voor het ene of andere onderwijs gebruikt.

²⁸. Concl. Adv. Gen. KOKOTT van 16 februari 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:135.

²⁹. Pb. 2013, L. 352/1. Op basis van deze de-minimisverordening kan de gemeente over 3 jaar maximum 200.000 EUR verlenen aan de congregatie, zonder dat deze steun “staatssteun” uitmaakt. Om na te gaan of deze drempel wordt bereikt, dient enkel rekening te worden gehouden met de voordelen die de congregatie voor haar economische activiteiten heeft genoten en moeten de niet-economische activiteiten van deze berekening worden uitgesloten.

³⁰. Rb. Den Haag 3 april 2017, NL:RBDHA:2017:9251: te raadplegen op www.uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2017:9251.

gebouw gebruikt niet als resultaat hebben dat de stichting als onderneming moet worden aangemerkt. Deze economische activiteiten zijn immers “onlosmakelijk verbonden” aan het niet-economische gebruik van het EYE-gebouw en de omvang van die activiteiten bedraagt niet meer dan 20% van het totaal aan activiteiten. Dit laatste wordt vastgesteld aan de hand van de jaarrekening van de stichting waaruit volgt dat de inkomsten uit zaalverhuur, de museumwinkel en de horecagelegenheid onder de drempel van 20% blijven.

27. De toepassing van de “20%-regel” lijkt me volkomen terecht wat betreft de incidentele verhuur van het EYE-gebouw voor evenementen, maar de vraag rijst of de exploitatie van een horecagelegenheid en een museumwinkel “zuiver ondersteunend” zijn aan de museale activiteiten. Dit is volgens de EU-Commissie enkel het geval wanneer voor de betrokken economische activiteiten dezelfde input (bv. materialen, uitrusting, arbeid, vaste activa) wordt gebruikt als de niet-economische activiteiten. Hieraan lijkt me niet voldaan te zijn bij de exploitatie van een horecagelegenheid en een museumwinkel (economische activiteiten) enerzijds en de exploitatie van een filmmuseum (niet-economische activiteit) anderzijds: hiervoor worden niet dezelfde materialen, uitrusting en arbeid gebruikt. Toch kan geargumenteed worden dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn op de exploitatie van de horecagelegenheid en museumwinkel. Niet omdat het om niet-economische activiteiten gaat³¹, zoals de Nederlandse Staat argumenteert voor de rechter. Wel omdat niet aan de vijfde voorwaarde van de staatssteundefinitie (beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten, zie *supra*, randnr. 1) is voldaan. Zoals de EU-Commissie in haar Staatssteunmededeling stelt: “overheidsfinanciering voor gebruikelijke faciliteiten (zoals restaurants, winkels of plaatsen voor betaald parkeren) van infrastructuur die vrijwel uitsluitend voor een niet-economische activiteit wordt gebruikt, [beïnvloedt] in de regel het handelsverkeer tussen de lidstaten niet, omdat het weinig waarschijnlijk is dat die gebruikelijke faciliteiten [op zich] klanten uit andere lidstaten zullen aantrekken en het weinig waarschijnlijk is dat de financiering ervan meer dan een marginaal effect zal hebben op grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging”³².

4.2. Economische activiteiten die niet kunnen worden gescheiden van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag of van zuiver sociale activiteiten

28. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie³³ dat een overheidsinstantie die een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag (niet-economische activiteit, zie *supra*, randnr. 10) kan worden losgekoppeld, wat deze activiteit betreft, handelt als een onderneming. Indien daarentegen die economische activiteit niet van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag (niet-economische activiteit) kan worden gescheiden, hangen alle door die instantie verrichte activiteiten samen met de uitoefening van de bevoegdheden van openbaar gezag en vallen zij dus niet onder het begrip “onderneming”. Deze rechtspraak kan ook toegepast worden op activiteiten die niet kunnen worden gescheiden van zuiver sociale activiteiten³⁴.

29. In de zaak *TenderNed*³⁵, het Nederlands platform voor e-aanbesteden ingericht door de overheid, oordeelt het Gerecht van de EU dat de activiteiten van TenderNed niet kunnen worden gescheiden van de uitoefening van de bevoegdheden van openbaar gezag en daarom niet economisch van aard zijn. De activiteiten van TenderNed bestaan uit het aanbieden van een elektronisch platform aan aanbestedende diensten voor de publicatie van aankondigingen van opdrachten, een inschrijvingsmodule, en ondersteuning aan aanbestedende diensten bij het gebruik van TenderNed. Het Gerecht van de EU bevestigt dan ook het Commissiebesluit dat stelt dat de activiteiten van TenderNed niet-economisch zijn en de staatssteunregels niet van toepassing zijn.

30. De verschillende functionaliteiten die TenderNed aanbiedt zijn met elkaar verbonden en vormen verschillende facetten van dezelfde activiteit, aldus het Gerecht.

31. Bij het onderzoek naar het al dan niet economisch karakter van deze activiteit, oordeelt het Gerecht dat de omstandigheid dat TenderNed zijn diensten gratis aanbiedt een relevant, maar onvoldoende criterium is voor de beoordeling of een activiteit al dan niet economisch van aard is. Het Gerecht stelt vervolgens vast dat de aard en het doel van de activiteiten van TenderNed het gratis voorzien is van functionaliteiten die aanbestedende diensten in staat stellen

³¹. Zie bv. besluit van de Commissie van 6 november 2013, SA.36581 – Griekenland – Bouw van archeologisch museum te Messara, Kreta, punt 44.

³². Staatssteunmededeling, punt 207. Dit standpunt van de EU-Commissie wordt niet onderbouwd met rechtspraak.

³³. HvJ 12 juli 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, punt 38 en HvJ 26 maart 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati*, EU:C:2009:191, punten 72 *et seq.*

³⁴. Zie bv. HvJ 22 oktober 2015, C-185/14, *EasyPay*, EU:C:2015:716, punt 40 en Ger.EU 12 september 2013, T-347/09, *Duitsland / Commissie*, EU:T:2013:418. In dit laatste arrest oordeelde het Gerecht dat de verkoop van hout en toeristische activiteiten (economische activiteiten) door verenigingen voor natuurbehoud losgekoppeld konden worden van hun primaire natuurbeschermingsactiviteiten (zuiver sociale activiteiten). De activiteiten van verkoop van hout en toeristische activiteiten zijn immers niet noodzakelijk voor hun natuurbeschermingsactiviteiten.

³⁵. Ger.EU 28 september 2017, T-138/15, *Aanbestedingskalender e.a. / Commissie*, EU:T:2017:675. Een hogere voorziening tegen dit arrest werd ingesteld bij het Hof van Justitie (C-687/17 P).

te voldoen aan de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de aanbestedingsregels. M.a.w. de activiteiten van TenderNed zijn noodzakelijk voor de aanbestedingsactiviteit. Het Gerecht concludeert dan ook dat de activiteiten van TenderNed naar aard en doel onlosmakelijk verbonden zijn met de aanbestedingsactiviteit – waarbij aanbestedende diensten handelen in hun hoedanigheid van overheid – en dus samenhangen met de uitoefening van openbaar gezag.

32. Het bestaan van commerciële platformen die gelijkaardige diensten aanbieden als deze van TenderNed betekent, aldus het Gerecht, niet dat de activiteiten van TenderNed economisch van aard zijn. Het Gerecht verwijst hierbij naar de geleidelijke ontwikkeling in de aanbestedingsregels naar e-aanbesteden, op grond van overwegingen van algemeen belang, en concludeert dat de EU-Commissie terecht heeft beslist dat e-aanbesteden geen inherent economische activiteit is. Het gaat eerder om een “dienst van algemeen belang”, die commercieel kan worden geëxploiteerd zolang de Staat die dienst niet zelf aanbiedt. De overheid mag dus beslissen om bepaalde activiteiten zelf uit te voeren als “dienst van algemeen belang” voor zover die activiteiten samenhangen met zijn overheidsprerogatieven.

Het Gerecht verwijst ook naar overweging 68 in het Commissiebesluit, waarin de EU-Commissie stelt dat “*de Staat evenwel geen afstand [doet] van het recht om een activiteit te verrichten die hij noodzakelijk acht om te verzekeren dat zijn overheidsinstanties hun wettelijke verplichtingen nakomen, door op een bepaald tijdstip te handelen wanneer private partijen – misschien doordat de Staat niet eerder handelde – reeds het initiatief hebben genomen om diezelfde diensten aan te bieden*”³⁶. Hieruit volgt dat het enkel de Staat is die kan beslissen om een activiteit die noodzakelijk is voor de uitoefening van openbaar gezag los te koppelen en uit te besteden aan marktpartijen. Zolang de Staat

dit niet doet, gaat het om een activiteit die niet economisch van aard is.

33. De vraag rijst hoe dit arrest te verzoenen valt met het arrest *Dôvera*, waarin het Gerecht oordeelt dat het niet mogelijk is dat op een bepaalde markt niet-economische en economische ondernemingen actief zijn en dat van zodra er een onderneming is die winst nastreeft, de andere ondernemingen door een besmettingseffect eveneens economisch worden (zie *supra*, randnr. 11). Naast TenderNed bestaan immers commerciële platformen (die winst nastreven) op de markt die gelijkaardige diensten aanbieden. Het Gerecht overweegt dat verwacht wordt dat de commerciële platformen hun activiteiten zullen aanpassen en functionaliteiten verschillend van deze van het gratis TenderNed zullen aanbieden, maar vervolgt dat in elk geval het bestaan, naast TenderNed, van commerciële platformen niet automatisch betekent dat de activiteiten van TenderNed economisch zijn. In dit opzicht dient vastgesteld te worden, aldus het Gerecht, dat zelfs als het gebruik van TenderNed louter facultatief is, dit niet het verband van zijn activiteiten met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag uitsluit of de aard van die activiteiten wijzigt. In tegenstelling tot de *TenderNed* zaak oefenen de ondernemingen in de *Dôvera* zaak die door een besmettingseffect eveneens economisch worden geen activiteiten uit die onlosmakelijk verbonden zijn met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag (of met zuiver sociale activiteiten). Het lijkt er dus op dat het wel mogelijk is dat op een bepaalde markt niet-economische en economische ondernemingen actief zijn, voor zover de activiteiten van de niet-economische onderneming onlosmakelijk verbonden zijn met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag (of met zuiver sociale activiteiten). Tegen zowel het arrest *TenderNed* als het arrest *Dôvera* werd een hogere voorziening ingesteld³⁷. Afwachten dus wat het Hof van Justitie zal beslissen.

5. CONCLUSIE

34. Wanneer een entiteit deels economisch en deels niet-economisch actief is, wordt zij in beginsel voor het deel economische activiteiten als “onderneming” aangemerkt. Daarop bestaan twee uitzonderingen waarbij de entiteit in haar geheel ontsnapt aan de kwalificatie als “onderneming” en buiten de staatssteunregels valt.

35. Een eerste uitzondering is wanneer de economische activiteiten van de entiteit onlosmakelijk verbonden zijn met haar niet-economische activiteiten, zoals de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag of zuiver sociale activiteiten.

36. Een tweede uitzondering is wanneer de economische activiteiten van de entiteit zuiver ondersteunend zijn aan de niet-economische activiteiten, d.w.z. dat de economische activiteiten (1) rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor het functioneren van de organisatie/infrastructuur, of intrinsiek verband houden met het niet-economische hoofdgebruik ervan en (2) indien zij jaarlijks niet meer innemen dan 20% van de totale jaarcapaciteit van de betrokken entiteit.

37. Beide uitzonderingen zijn een variant van de regel dat de nevenactiviteit de hoofdactiviteit volgt. Bij de eerste uit-

^{36.} Besluit van de Commissie van 18 december 2014, SA.34646 – Nederland – e-aanbestedingsplatform TenderNed, punt 68.

^{37.} Zaken C-687/17 P en C-262/18 P.

zondering wordt geen drempelwaarde voor de omvang van de economische activiteiten gehanteerd, bij de tweede uitzondering wel, zij het dat over de hoogte van die drempel nog discussie bestaat: voor de EU-Commissie is de economische activiteit beperkt in omvang wanneer de drempelwaarde van 20% niet wordt overschreden, terwijl advocaat-generaal KOKOTT vindt dat een drempelwaarde van 20% enkel gerechtvaardigd is voor onderzoeksorganisaties en

onderzoeksinfrastructuur en in alle andere gevallen een drempelwaarde van 10% zou moeten worden toegepast. Zolang het Hof van Justitie hierover geen uitspraak doet, kan de drempel van 20% worden toegepast maar zal geen volledige duidelijkheid bestaan. Nochtans is de nood om verduidelijking en vereenvoudiging groot, getuige de recente oproep van het Comité van de Regio's aan de EU-Commissaris voor Mededinging³⁸.

³⁸. Zie Advies van het Europees Comité van de Regio's van 1 december 2017 – Verslag van de Europese Commissie over het mededingingsbeleid 2016: te raadplegen op www.cor.europa.eu/en/news/Pages/EU-Competition-policy.aspx.