

Bekostiging en subsidiëring van publieke taken en het Europese staatssteunrecht

JAN VAN DER LEI
Beleidsmedewerker VNG

Europese Hof van Justitie, Luxemburg



Van tijd tot tijd dient er voor het Europese Hof van Justitie een zaak, waarvan de uitspraak vergaande gevolgen kan hebben voor de nationale (economische) rechtsorde van de Europese lidstaten. Onlangs heeft het Europese Hof van Justitie zo'n uitspraak gedaan in de zaak Altmark.¹ De zaak handelde over een Duitse vervoersonderneming, die een subsidie en een vergunning had verkregen voor de exploitatie van regionale lijnbusdiensten. Dit tegen de zin van een concurrent, die in de busverbindingen ook wel brood zag. De concurrent heeft de subsidie en vergunningverlening voor de rechter aangevochten op grond van ongeoorloofde staatssteun. De hoogste nationale rechter van Duitsland in dit geschil stelde om uitspraak te kunnen doen, een aantal prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie. De prejudiciële vragen handelden in hoofdzaak over de uitleg van de staatssteunregels uit het Verdrag van de Europese Gemeenschap. Aan de orde was dus niet alleen de bekostiging van openbaar vervoer door de overheid, maar de toepassing van het Europese staatssteunrecht in het algemeen. De belangrijkste kwestie die in de prejudiciële vragen aan de orde werd gesteld, luidde:

Wanneer zijn de Europese staatssteunregels van toepassing op de bekostiging of subsidiëring door de overheid van ondernemingen, die publieke taken uitvoeren?

Nederlandse provincies en gemeenten subsidiëren en bekostigen in het kader van het openbaar belang veel publieke taken. We kunnen hierbij denken aan de bekostiging en de subsidiëring van de activiteiten van musea, theaters, culturele centra, lokale omroepen, sportverenigingen, ambulancediensten, openbaar vervoersbedrijven, sociale werkplaatsen, verzelfstandigde onderdelen van gemeenten die gemeentelijke taken uitvoeren, zoals het groenonderhoud, inzamelen van huisvuil of het parkeerbeheer. In dit artikel wordt de uitspraak van het Hof op de voornoemde prejudiciële vraag en de gevolgen ervan voor de gemeentelijke en provinciale praktijk belicht.

Hoewel de begrippen openbaar belang en publieke taak in Neder-

land algemeen aanvaarde en ingeburgerde begrippen zijn, hanteert men in de Nederlandse versies van het Europees recht een ander begrippenkader. Men spreekt in de Europese context over diensten van algemeen belang in plaats van openbaar belang. Als men in het kader van het openbaar belang publieke taken uitvoert dan spreekt men in het Europese recht over het uitvoeren van openbare dienstverplichtingen. In het vervolg van dit artikel zullen de ingeburgerde begrippen openbaar belang en publieke taak worden gehanteerd.

Subsidies voor en bekostiging van publieke taken en de voorwaarden van het Hof

In veel gevallen volgt het Hof in zijn uitspraak het advies op van de aan de zaak toegewezen advocaat-generaal. In deze zaak pleitte de advocaat-generaal, dat alle overheidsmaatregelen betreffende bekostiging en subsidiëring van ondernemingen voor de uitvoering van publieke taken vooraf bij de Commissie voor goedkeuring moeten worden aangemeld. De Europese Commissie zou dan iedere aangemelde regeling kunnen controleren op mogelijke staatssteun aan ondernemingen.

Indien dit advies was opgevolgd, hadden alle lokale- en regionale overheden in Europa – en dat zijn er nog al wat – de publieke taken die ze subsidiëren en bekostigen en de wijzigingen van deze maatregelen met terugwerkende kracht moeten aanmelden bij de Europese Commissie voor goedkeur. Gezien de beperkte capaciteit van het directoraat van de Commissie dat de aanmeldingen beoordeelt, zou de papierstroom Brussel binnen de kortste keren hebben begraven. Het grootste deel van de aanmeldingen zou zijn gebruikt als kastvulling. Gelukkig heeft het Hof het advies van de advocaat-generaal naast zich neergelegd. Het Hof heeft gesteld, dat het hier in beginsel de invulling van overheidstaken betreft.

De uitspraak van het Hof sluit aan bij de heersende opvatting over deze problematiek. Het EG-verdrag reikt niet verder dan de economische ruimte en gaat niet over de invulling van overheidstaken door de lidstaten. De afgrenzing tussen het publiek en privaat domein is een zaak van de

lidstaten zelf. De wijze waarop de lidstaten invulling geven aan de uitvoering van publieke taken is in beginsel vrij.

De hiervoor genoemde vrijheden voor de lidstaten plaatst de Europese Commissie echter voor problemen met het voorkomen van onverenigbare staatssteun aan ondernemingen. In de afgelopen decennia hebben overheden steeds meer de uitvoering van publieke taken buiten de deur geplaatst door deze te laten verrichten door private partijen of door eigen bedrijfsonderdelen te verzelfstandigen.

Concurrentieverstoringen liggen hierdoor op de loer. Bedrijven die publieke taken uitvoeren, kunnen worden overgecompenseerd. Met de overcompensatie kunnen andere commerciële activiteiten worden bekostigd, maar ook inefficiënte productiemethoden in stand worden gehouden.

Het Hof lijkt de Commissie in de strijd tegen concurrentieverstoringen tegemoet te komen door in zijn arrest vier nadere voorwaarden te stellen, waaraan de bekostiging en subsidiëring van publieke taken moet voldoen, zodat overcompensatie en dus staatssteun aan ondernemingen wordt uitgesloten. De vier voorwaarden zijn:

- 1 De onderneming die de subsidie/bekostiging ontvangt, moet daadwerkelijk zijn belast met de publieke taken en de publieke taken moeten duidelijk blijken uit wetgeving of vergunningen e.d.
- 2 De subsidiëring/bekostiging moet plaatsvinden op basis van objectieve en doorzichtige parameters, die vooraf zijn vastgesteld.
- 3 De compensatie mag niet hoger zijn, dan nodig is om de kosten van de publieke taken geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij moeten mogelijke opbrengsten in mindering worden gebracht en mag een opslag voor redelijke winst worden toegekend.
- 4 De noodzakelijke compensatie moet worden vastgesteld op basis van de kosten, die een gemiddelde goed beheerde onderneming voor de uitvoering zou hebben gemaakt.

Aan de derde en vierde voorwaarde hoeft niet worden voldaan als de desbetreffende publieke taken door middel van een openbare aanbesteding

dingsprocedure aan een onderneming worden gegund, stelt het Hof.² Het vaststellen van het subsidiabel bedrag wordt dan immers door een methode bepaald, die door marktwerking overcompensatie uitsluit.

Wordt niet aan de door het Hof gestelde voorwaarden voldaan, dan moeten dergelijke overheidsmaatregelen wel voor goedkeuring bij de Europese Commissie worden aangemeld. De Europese Commissie kan dan beoordelen of deze maatregelen geen staatssteun bevatten of dat eventuele staatssteuncomponenten verenigbaar zijn met het EG-verdrag. Voordat een overheid een aangemelde maatregel kan uitvoeren, moet de desbetreffende overheid wachten op de goedkeuring van de Europese Commissie.

De voorwaarden voor subsidiëring of bekostiging van ondernemingen die publieke taken uitvoeren

We bespreken de vier voorwaarden om een idee te krijgen hoe provincies en gemeenten deze uitspraak moeten interpreteren.

Eerste voorwaarde Een publieke taak die door de politiek als een dienst van openbaar belang is bestempeld, kan worden opgedragen aan een onderneming als de publieke taken zijn neergelegd in wetgeving of een (uit die wetgeving volgend) bestuursrechtelijk besluit, is de strekking van de eerste voorwaarde. In geval van gemeenten en provincies zijn de meeste diensten van openbaar belang vastgelegd in nationale wetgeving, zoals bijvoorbeeld de plicht om huisvuil in te zamelen. Daarnaast kunnen gemeenten en provincies zelf diensten van openbaar belang formuleren en vastleggen in verordeningen en besluiten, zoals bijvoorbeeld een parkeerverordening.

Indien een gemeente of provincie een dienst van openbaar belang (gedeeltelijk) wenst te laten uitvoeren door een onderneming in plaats van door het overheidsapparaat zelf, dient men na te gaan of de publieke taken die er uit voortvloeien, in de desbetreffende wetgeving staan vermeld. Is dit niet het geval, dan moet men de publieke taken in een alsnog te nemen besluit formuleren. Een gemeente of provincie kan de publieke

taken in bijvoorbeeld een verordening, een collegebesluit of een te verlenen vergunning vastleggen.

Om een idee te geven van het formuleren van publieke taken in een dergelijk besluit: men kan ingeval van een openbare veerdienst denken aan het beschrijven van de te onderhouden dienstregeling over een bij naam genoemd kanaal. Het aantoonbaar belasten van een onderneming kan een gemeente of provincie vormgeven door een overeenkomst met de desbetreffende onderneming te sluiten, waarin de publieke taken aan de onderneming worden opgedragen.

Tweede voorwaarde De bekostiging moet plaatsvinden op basis van objectieve en doorzichtige parameters, die van tevoren zijn vastgesteld, luidt de tweede voorwaarde. Bij objectieve en doorzichtige parameters kunnen we denken aan zowel eenheden input als eenheden output. Terugkerend naar het voorbeeld van de veerdienst kan dit bijvoorbeeld door in de overeenkomst de te onderhouden dienstregeling, de capaciteit per overvaart en het subsidiebedrag per overvaart met de onderneming in kwestie af te spreken.

Derde voorwaarde De strekking van de derde voorwaarde is, dat het totale bedrag aan subsidie de te maken kosten inclusief een opslag voor redelijke winst voor de onderneming niet mag overtreffen. Hierbij moet rekening worden gehouden met eventuele nevenopbrengsten voor de onderneming uit de uitvoering van de publieke taken. Als we terugkeren naar de veerdienst: bij een gegeven aantal afvaarten per jaar en de beschikbare capaciteit per overvaart zijn de kosten voor de desbetreffende onderneming te bepalen. Indien de onderneming aan de passagiers eveneens een bijdrage mag vragen, is op basis van het geschatte of het werkelijke aantal passagiers het bedrag van de nevenopbrengsten te bepalen. Tot slot kan men bijvoorbeeld op basis van het geïnvesteerd vermogen in de activiteit een redelijke winststopslag berekenen. Het hiervoor te hanteren percentage is de dan heersende geldmarktrente vermeerderd met een risicopremie. Het uiteindelijke subsidiabele bedrag aan de veerdienst

bedraagt in dit voorbeeld de totale kosten vermeerderd met de winststopslag minus de neveninkomsten uit de kaartverkoop aan de passagiers.

De vierde voorwaarde De laatste door het Hof genoemde voorwaarde houdt in, dat men bij de berekening van het subsidiabele bedrag moet uitgaan van de kosten die een gemiddelde onderneming in de desbetreffende branche maakt. Voor veel branches zijn dit soort cijfers bekend. Als alternatief kan men bij het bepalen van de kosten van de desbetreffende onderneming vooraf een onderbouwing van de kosten verlangen en de verschillende elementen uit de onderbouwing toetsen op plausibiliteit en de gehanteerde tarieven toetsen aan standaard uurtarieven e.d., waarbij natuurlijk een en ander kan worden onderhandeld.

Er zijn bij de toepassing van de vier voorwaarden enige kanttekeningen te maken. Ten eerste vervallen de derde en de vierde voorwaarde als een gemeente of provincie de dienst openbaar aanbesteedt. Voor veel diensten die een bedrag van € 249.681,- overstijgen, geldt een aanbestedingsplicht op grond van de Europese aanbestedingsregels.

Ten tweede hoeft niet aan de door het Hof gestelde voorwaarden te worden voldaan, indien de publieke taken niet-economische activiteiten behelzen en de organisatie die ze uitvoert, in Europese zin geen onderneming³ is. Het gaat in het staatssteunrecht immers om het verstrekken van een voordeel aan een onderneming. Zo worden de handhavingstaken op het gebied van het parkeerbeleid niet gezien als ondernemingsactiviteiten, maar als typische overheidstaken. Indien deze worden uitbesteed aan een bedrijf dat geen andere ondernemingsactiviteiten ontplooit, kan er nooit sprake zijn van staatssteun.

Ten derde hoeft niet aan de door het Hof gestelde voorwaarden worden voldaan, indien de publieke taken het grensoverschrijdende handelsverkeer niet beïnvloeden en de organisatie die ze uitvoert, ook geen andere activiteiten ontplooit, die het grensoverschrijdende handelsverkeer beïnvloeden. Zo wordt van een plaatselijk zwembad verondersteld, dat deze geen grensoverschrijdend handelseffect heeft. Bekostiging van de stich-

ting die het plaatselijke zwembad exploiteert en verder geen activiteiten ontplooit met een grensoverschrijdend effect op het handelsverkeer, hoeft niet aan de door het Hof gestelde voorwaarden te voldoen.

Ten vierde hoeft niet aan de door het Hof gestelde voorwaarden worden voldaan, indien de publieke taken worden uitgevoerd door een overheidsbedrijf dat slechts aan de overheid zelf levert. Bekostiging van een verzelfstandigde dienst, die het groenonderhoud openbare ruimte uitvoert kan dus zonder dat aan de vier voorwaarden wordt voldaan.

Dit verandert als deze verzelfstandigde dienst ook het groenonderhoud voor derden uitvoert. Dan moet wel aan de vier voorwaarden worden voldaan. Zo moet de bekostiging van een naamloze vennootschap van drie gemeenten die als publieke taak het huisvuil ophaalt, maar daarnaast ook bedrijfsafval inzamelt, voldoen aan de vier voorwaarden. De inzameling van bedrijfsafval is namelijk een activiteit die wordt gezien als een onderneming met een grensoverschrijdend handelseffect.

Zijn de consequenties nu duidelijk?

Met de uitspraak heeft het Hof helderheid verschaft over de huidige status van diensten van algemeen belang. Gemeenten en provincies moeten nagaan welke subsidies en bekostigingen van publieke taken er ten laste van de begroting plaats vinden aan ondernemingen met een grensoverschrijdend handelseffect. Deze financiële relaties moeten voldoen aan de vier door het Hof gestelde voorwaarden. Indien dit niet het geval is, moet men om aan het regiem van de Europese staatssteunregels te ontsnappen, deze financiële relaties herzien. In die gevallen waar aanbesteding mogelijk is, kan men de publieke taken ook aanbesteden om de derde en de vierde voorwaarde te ontlopen. Overige subsidies en bekostigingen zijn vormvrij.

Het bepalen wanneer er sprake is van een onderneming met een grensoverschrijdend handelseffect kan echter enige hoofdbreken opleveren. Want wat is nu een onderneming en wat niet. En wanneer is er sprake van een grensoverschrijdend handelseffect.

Door invoering van marktwerking in de overheidssector en de opkomst van professionele non-profit organisaties die publieke belangen behartigen, is er een groot grijs gebied ontstaan ten opzichte van het Europese staatssteunrecht. Het begrip onderneming valt Europees rechtelijk gezien niet samen met commerciële activiteiten gericht op het behalen van winst. In het Europese recht vallen sommige commerciële activiteiten niet onder het begrip onderneming en andere niet op winst gerichte activiteiten juist wel. De logica van de begrippen uit het Europese staatssteunrecht sluit slecht aan bij deze nieuwe economische werkelijkheid. Het valt dus niet mee om te bepalen of een activiteit moet worden gezien als een onderneming of niet.

Een tweede moeilijkheid is het inschatten of een activiteit een grensoverschrijdend handelseffect heeft. In de zaak Altmark heeft het Hof gezegd, dat men hiervoor niet alleen naar het lokale of regionale karakter van de desbetreffende activiteit moet kijken. Ook moet men kijken of buitenlandse ondernemingen actief zijn op de binnenlandse markt en deze een concurrentienadeel ondervinden bij mogelijke steunverlening. Is dit het geval dan is er ondanks het lokale karakter van de onderneming sprake van een grensoverschrijdend handelseffect. Voor de beoordeling geldt geen drempel of percentage, waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed, benadrukt het Hof.

Om de beoordelingsproblematieken te omzeilen kan een gemeente of provincie er voor kiezen bepaalde subsidies en bekostigingen van publieke taken aan te melden bij de Europese Commissie.

Onlangs heeft de Europese Commissie het groenboek over diensten van algemeen belang uitgebracht, waarop belanghebbenden konden reageren. Dit om de toekomstige positie van de Europese instellingen ten opzichte van diensten van algemeen belang te bepalen. De VNG heeft deze mogelijkheid aangegrepen om haar standpunten inzake de discussie over diensten van algemeen belang duidelijk te maken. De beslissingsbevoegdheid over wat van openbaar belang is en wat niet moet een exclusie-

ve zaak van de lidstaten blijven. Alleen als de lidstaten voor een bepaalde publieke taak op democratische wijze besluiten deze bevoegdheid naar Brussel te verleggen, kan er sprake zijn van een Europese dimensie, vindt de VNG. Inzake de onduidelijke positie van non-profit organisaties en overheidsbedrijven heeft de VNG er voor gepleit de staatssteunregels alleen te richten op commerciële activiteiten gericht op het behalen van winst. Verder heeft de VNG er voor gepleit lokale en regionale diensten binnen de staatssteunregels vrij te stellen. De VNG ziet geen argumenten, waarom men zich in Brussel met deze in Europese zin kleinschalige problematiek moet bezighouden en beschouwt deze bemoeienis als onnodig en belemmerend.

Noten

- 1 Zaak C-280/00, Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg en Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH.
- 2 Het Hof stelt dit overigens alleen bij de vierde voorwaarde. Aangezien een openbare aanbesteding een methode is om aanbidders een dusdanig bod te laten uitbrengen, zodat de vergoeding voor de dienst niet hoger is dan de werkelijk te maken kosten vermeerderd met een redelijke winststop-slag, mag men aannemen dat bij een openbare aanbesteding ook de derde voorwaarde automatisch wordt vervuld.
- 3 Het begrip onderneming in het Europese recht wijkt af van dat van het Nederlandse recht. Een onderneming is in het Europees recht gedefinieerd als een activiteit waarmee men in concurrentie treedt met derden uitgezonderd typische overheidstaken en prerogatieven. Voor het bepalen of bepaalde activiteiten een onderneming zijn, wordt in het Europese recht dus niet gekeken naar de juridische structuur, maar slechts naar de activiteiten zelf. Daarbij vallen onder het begrip dus ook activiteiten die worden ondernomen zonder winst oogmerk. Op grond van de jurisprudentie echter worden sommige non-profit activiteiten niet gezien als onderneming.

Met dank aan Jochem Berns en Ilze Jozepa van het Kenniscentrum Europa Decentraal en Ton Jacobs van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten voor hun commentaar.