

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22187> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Nijland, Jelle

Title: De overheidsonderneming : overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd

Issue Date: 2013-11-12

5 | Overheidsonderneming in Europeesrechtelijk perspectief

1 INLEIDING

1.1 Algemeen

Nadat de mogelijkheden en beperkingen van de vormgeving van overheidsinvloed via het Nederlandse (vennootschaps)recht in de hoofdstukken 2 en 4 uiteen zijn gezet en in hoofdstuk 3 het toepasselijke normenkader van de overheidsonderneming is besproken, moet worden bezien welke bepalingen van EU-recht toepasselijk zijn op het handelen van een overheidsonderneming en in hoeverre het Europese recht het gebruik van een overheidsonderneming toelaat.¹ Deze vragen spelen met name in het kader van de privatisering of nationalisering van bepaalde diensten van algemeen economisch belang en de daarmee samenhangende inrichting van overheidsondernemingen.

Het Europese recht heeft door de aanpassing van het nationale recht via implementatie van Europese regelgeving, maar ook door rechtstreekse werking, een zeer grote invloed op de inrichting en het functioneren van overheidsondernemingen.² Dit hoofdstuk geeft een bespreking van de werking van de voor de overheidsonderneming relevante regels.

De constructies waarmee lidstaten trachten overheidsinvloed in (overheids-)ondernemingen te bewerkstelligen, worden doorgaans getoetst aan de zogenaamde 'fundamentele' vrijheden. Of en welke overheidsmaatregelen die een beperking op de vrijheden kunnen vormen, toelaatbaar zijn volgens Europees recht, wordt geanalyseerd aan de hand van de werking van artikel 345 VWEU waarin een bijzondere positie voor nationale eigendomsregelingen is neergelegd en de relevante vrijverkeersjurisprudentie.

Daarnaast bespreek ik in hoeverre het Europese recht de ruimte laat aan lidstaten om een bijzondere positie aan overheidsondernemingen te verlenen,

1 Aangezien het hoofdonderwerp van dit onderzoek naar de inrichting van de overheidsonderneming vanuit nationaalrechtelijk perspectief wordt bekeken, wordt in dit hoofdstuk in sommige gevallen verwezen naar secundaire bronnen.

2 Zie voor de doorwerking van het staatssteunrecht in de Nederlandse rechtsorde, P.C. Adriaanse en J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunaanvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 669-686.

in het bijzonder in het kader van het mededingingsbeleid van de Europese Unie. De nationale soevereiniteit met betrekking tot de (vormgeving van de) overheidsonderneming is immers begrensd.³ Om de vrije markt in de gehele Europese Unie optimaal te laten werken en misbruik van overheidsondernemingen te voorkomen, moeten lidstaten bij het bepalen van de rol van de overheid in de nationale economie steeds het Europese recht in acht nemen.

Niet alleen het optreden van de *overheid* ten aanzien van de overheidsonderneming moet voldoen aan de Europeesrechtelijke normen – in het bijzonder de normen ter voorkoming van vervalsing van de mededinging – maar ook het marktgedrag van de *overheidsonderneming* zelf wordt aan Europese regels zoals de mededingingsregels getoetst.⁴ Vanwege de beoogde openmarkteconomie met vrije mededinging⁵ en de vermeend bevoorrechte positie van de overheidsonderneming, richten de hieronder te bespreken verdragsregels zich alleen op de *economische* activiteiten van de overheidsonderneming.⁶ Voor zover een entiteit *niet-economische* activiteiten verricht, valt deze niet onder

-
- 3 Zie HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), waarin het HvJ EU reeds overweegt dat 'de gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd'. De woorden 'zij het op een beperkt terrein' worden in latere jurisprudentie geheel achterwege gelaten. Zie R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 60, die stellen dat het Europese recht voorrang heeft op het nationale recht omdat het 'uit autonome bron voortvloeit, (en) op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast'. Zie voor deze gedachte reeds HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/E.N.E.L.*).
 - 4 De Nederlandse wetgever heeft in aanvulling op de Europese mededingingsregels in het (zeldzame) geval dat deze niet van toepassing zijn, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van grensoverschrijdende marktverstoring, de in hoofdstuk 3 besproken Wet Markt & Overheid ingevoerd, met daarin enkele gedragsregels voor ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden. Zie de op 1 juli 2012 in werking getreden wet tot 'Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden' (de wet Markt & Overheid), bij besluit van 6 juni 2012, *Stb.* 2012, nr. 254.
 - 5 Zie art. 119 VWEU lid 1: 'Teneinde de in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie genoemde doelstellingen te bereiken, omvat het optreden van de lidstaten en de Unie, onder de voorwaarden waarin de Verdragen voorzien, de invoering van een economisch beleid dat gebaseerd is op de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten, op de interne markt en op de uitwerking van gemeenschappelijke doelstellingen en dat wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging'.
 - 6 Zie V. Kronenberger, 'A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory', *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 302-303.

de toepassing van de mededingingsregels.⁷ Gezien het uitgangspunt dat bevoordeling van de overheidsonderneming ten opzichte van reguliere ondernemingen zo veel mogelijk moet worden voorkomen, ligt een bespreking van de toepasselijke regels gericht op economische activiteiten derhalve in de rede. Bij de beoordeling van deze vragen ligt het voor de hand om enerzijds – voorzover het het optreden van de overheid betreft – de staatssteunregels te behandelen en anderzijds – voor zover het (overheids)ondernemingen betreft – de mededingingsregels te behandelen. De verstoring van de mededinging is immers in beginsel een verantwoordelijkheid van een onderneming. Vragen rijzen met name met betrekking tot zogenoemde gemengde markten, waarop zowel overheden als zuiver private ondernemingen actief zijn.⁸ Opgemerkt moet worden dat het begrip onderneming zoals in hoofdstuk 1 besproken, ruim moet worden geïnterpreteerd. Indien een onderneming die voor 100% in handen van de Staat is, economische activiteiten verricht, heeft deze voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels als onderneming te gelden.⁹ Dit geldt evenzeer voor de overheidsonderneming.¹⁰ Echter, uit recente jurisprudentie van het HvJ EU blijkt, dat het onderscheid tussen de overheid en een onderneming als normadressaat voor bepaalde Europese regels niet meer zo scherp wordt gehanteerd.¹¹ Steyger ziet de wens van het HvJ EU om het Unierecht nuttig effect te verlenen als hoofdoorzaak van deze vervaging.¹² Ik ben het met haar eens dat het nuttig effect een goede zaak is, maar dat de vervaging een onwenselijk neveneffect met zich meebrengt. Het is hierdoor voor zowel particuliere ondernemingen als voor overheden lastig te bepalen waar de grenzen liggen. Dit geldt in het bijzonder voor de overheidsonderneming.

7 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 564 en P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 962.

8 R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 84.

9 Steeds moet worden beoordeeld of er sprake is van een economische activiteit welke wordt ontplooid door een onderneming. In dit verband is het door Whish gegeven voorbeeld illustratief. Zie R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 84-85. Een lokale autoriteit in het Verenigd Koninkrijk kan zowel over de bevoegdheid beschikken om wetten uit te vaardigen met betrekking tot de mogelijkheid om een auto ergens te parkeren of niet, als ook een terrein bezitten dat zij commercieel exploiteert als parkeerterrein. Waarbij de eerste taak niet onder de mededingingsregels valt op grond van het arrest Wouters aangezien niet als een onderneming wordt gehandeld, en de tweede taak wel. Zie HvJ EU 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*).

10 R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 87.

11 Conclusie bij zaak nr. C-171/11, 28 maart 2012, *Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV/ Technisch Wissenschaftlicher verein*. Hierbij moet ook worden opgemerkt dat overheden ook wanneer zij niet zelf als onderneming in de zin van de toepasselijkheid van de mededingingsregels kwalificeren, verplichtingen hebben geen maatregelen te nemen die het nuttig effect van de Europese mededingingsregels ondermijnen op grond van het beginsel van loyale samenwerking zoals dat in art. 4 lid 3 VEU is vastgelegd.

12 Zie E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: toenadering van privaat en publiekrecht', *NJB* 2012/30, p. 2114-2121.

In zowel *Wouters* als *Meca-Medina* werden op een privaatrechtelijke organisatie niet alleen het mededingingsrecht,¹³ maar ook de bepalingen betreffende het vrij verkeer van personen en diensten toepasselijk geacht. Deze organisaties werden ondanks hun privaatrechtelijke karakter getoetst aan deze vrijverkeersregels omdat zij als quasi-wetgevend orgaan hadden te gelden.¹⁴ Vanwege deze semi-overheidstaak, werd de toepasselijkheid van beide normenkaders gerechtvaardigd geacht om aldus het nuttig effect van het Unierecht te verzekeren. Mijn mening is dat de overheidsonderneming, evenzeer als de organisaties die centraal stonden in de zaken *Wouters* en *Meca-Medina* beoordeeld dient te worden onder de vrijverkeersbepalingen.¹⁵ Dit vanwege de uitvoering van een *taak in het publiek belang* in combinatie met een *verbondenheid met de overheid waarmee de overheid overwegende zeggenschap beoogt*. De overheidsonderneming is daarmee namelijk een semi-overheidsinstelling of een semi-private instelling die voor de toepassing van bepaalde vrijverkeersbepalingen valt onder een definitie van het begrip 'overheid'.¹⁶ Wat betreft de mededingingsregels geldt voor de overheidsonderneming dat aangezien ik aansluit bij het ondernemingsbegrip zoals dat in het kader van de mededingingsregels wordt toegepast, deze steeds toepasselijk kunnen zijn. In de volgende paragraaf geef ik aan in hoeverre door het in dit kader zeer relevante artikel 106 VWEU ruimte wordt geboden voor lidstaten om ten behoeve van het publieke belang van toepassing van de relevante Verdragsregels af te wijken.

1.2 Toetsing overheidsonderneming aan artikel 106 VWEU

Artikel 106 VWEU is een zogenoemd verwijzingsartikel voor de relevante primaire verdragregels voor de overheidsonderneming. Het artikel luidt:

'1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.

13 Een situatie die onder toetsing aan een van de fundamentele vrijheden valt, kan ook onder toetsing van de staatssteunregels vallen. Zie HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-206/06, *Jur.* 2008, p. I-5497 (*Essent Network*), r.o. 59, HvJ EU 17 november 2009, zaak C-169/08, *Jur.* 2009, p. I-10821 (*Presidente del Consiglio dei Ministri*) en HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-519/04 P, *Jur.* 2006, p. I-06993 (*Meca-Medina*).

14 Zie HvJ EU 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*) en HvJ EG 18 juli 2006, nr. C-519/04 P, *Jur.* 2006, p. I-06991 (*Meca-Medina*).

15 Afhankelijk van de categorie van fundamentele vrijheden (goederen, diensten, personen of kapitaal) zullen de toepasselijke vrijverkeersregels verplichtingen opleggen aan lidstaten, dan wel aan zowel lidstaten als individuen. Zie R.C. Tobler en J. Beglinger, *Essential EU Law in Charts*, Hvgorac: Budapest 2010, p. 145.

16 Zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 134.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.
3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten.'

Het heeft geen zelfstandige werking, maar moet steeds in combinatie worden gezien met één van de inhoudelijke normen van het Europese recht. Hierbij valt te denken aan de expliciet in artikel 106 lid 1 VWEU genoemde mededingingsregels en staatssteunbepalingen. Het bereik van het artikel is hiertoe echter niet beperkt en het geldt ook voor bijvoorbeeld de fundamentele vrijheden.¹⁷

Het artikel is van groot belang voor overheidsondernemingen omdat het de toepasselijkheid van de Verdragen bepaalt. Aan de hand van dit kapstokartikel wordt – in combinatie met andere verdragsbepalingen zoals artikel 345 VWEU, de vrijverkeersbepalingen en de mededingingsregels in ruime zin – het Europeesrechtelijke kader bepaald en kunnen aldus de regels voor de overheidsonderneming met betrekking tot de vormgeving van overheidsinvloed in dergelijke ondernemingen en het bijpassend normenkader worden vastgesteld.

In artikel 106 VWEU wordt de aanwezigheid van overheidsondernemingen en ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten in het speelveld van de in beginsel vrije markt erkend.¹⁸ Het artikel is een poging de belangen van de lidstaten enerzijds en de Europese Unie anderzijds te verenigen. Indien regelingen met betrekking tot een overheidsonderneming binnen de reikwijdte van de verdragsregels vallen, biedt artikel 106 lid 2 VWEU de mogelijkheid om een dergelijke regeling uit te zonderen van onverkorte toepassing. De vrije markt is echter uitdrukkelijk het uitgangspunt.¹⁹ Artikel 106 lid 1 VWEU beoogt de onvervalste mededinging te waarborgen en de lidstaten te verplichten om de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag, met name de in het artikel genoemde bepalingen, niet in gevaar te brengen.²⁰ Het artikel biedt

17 Zie R. Whish, *Competition Law* Londen: Oxford University Press 2012, p. 221 en 223.

18 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 620.

19 Zie omtrent de discussie over de verhouding tussen de vrije markt en diensten van algemeen economisch belang P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1073-1074.

20 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 571-572 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 126-127. Art. 106 VWEU behoort tot een van de verdragsartikelen die beogen de onvervalste mededinging te verzekeren. Zie

een aanknopingspunt voor staatsaansprakelijkheid en moet verzekeren dat (overheids)ondernemingen niet oneigenlijk gebruikt worden door lidstaten om de mededinging te vervalsen.²¹ Hoewel artikel 106 lid 1 VWEU zich niet richt tot de overheidsondernemingen, is het artikel wel degelijk van belang aangezien dit artikel ook de gedragingen van de overheid met betrekking tot bepaalde bevoorrechte ondernemingen – zoals de overheidsonderneming – normeert.

Artikel 106 VWEU bestaat uit drie leden. De eerste twee leden worden afzonderlijk besproken nadat ik hieronder eerst de algemene strekking van het gehele artikel heb weergegeven. In artikel 106 lid 1 VWEU is de algemene verplichting voor lidstaten neergelegd om de Verdragsregels te eerbiedigen. Dit geldt ook voor hun bemoeienis met betrekking tot overheidsondernemingen. Zowel de vrijheden, de mededingingsregels – zoals neergelegd in artikel 101 VWEU en artikel 102 VWEU – als ook de staatssteunregels van artikel 107 VWEU en artikel 108 VWEU, gelden derhalve voor overheidsondernemingen. In artikel 106 lid 2 VWEU wordt de mogelijkheid gegeven om bepaalde ondernemingen uit te zonderen van onverkorte toepassing van de verdragsregels. Het dient dan te gaan om ondernemingen die diensten van algemeen belang verschaffen. Het derde lid bevat een zelfstandige bevoegdheid voor de Europese Commissie om ter handhaving van de eerste twee leden van artikel 106 VWEU passende richtlijnen en beschikkingen tot de lidstaten te richten.²² Hoewel de Europese Commissie aldus de mogelijkheid heeft liberaliserende maatregelen in te stellen, heeft zij toegezegd geen gebruik te maken van artikel 106 lid 3 VWEU voor het aannemen van harmoniserende maatregelen, maar deze steeds te baseren op artikel

nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105. Art. 106 VWEU kan als een uitwerking van het loyaliteitsbeginsel van art. 4 lid 3 VWEU worden gezien. Zie W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 6.

21 Dunne verwoordt dit als volgt: "a State cannot do indirectly (through its influence over public, or privileged, undertakings) what it cannot do directly (through the activities of public authorities acting qua economic agents)." Zie N. Dunne, 'Knowing When To See It: State Activities, Economic Activities, And The Concept Of Undertaking', *Columbia Journal of European Law* 2010/16, p. 461.

22 Art. 106 lid 3 VWEU luidt: 'De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten'. Over de (uitoefening) van deze specifieke bevoegdheid van de Europese Commissie zie nader de bespreking van het eerste en tweede middel, HvJ EG 6 juli 1982, nrs. C-188/80 t/m 190/80, *Jur.* 1982, p. 2545 (*Transparantierichtlijn I (Frankrijk, Italië, Verenigd Koninkrijk)*), r.o. 4-19. Zie nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 693-695.

114 VWEU.²³ Een voorbeeld van een op grond van artikel 106 lid 3 VWEU aangenomen maatregel is de Transparantierichtlijn.²⁴ Deze kan voor de overheidsonderneming relevant zijn, omdat ondernemingen die onder de eerste twee leden van artikel 106 VWEU vallen en een compensatie van de overheid ontvangen, een gescheiden boekhouding moeten voeren indien zij hiernaast ook reguliere economische activiteiten uitvoeren. Andere relevante maatregelen voor de overheidsonderneming die op basis van artikel 106 lid 3 VWEU zijn aangenomen, worden gevormd door het Altmark-pakket²⁵ dat van groot belang is voor de interpretatie van het aan lid 1 derogerende lid 2 van artikel 106 VWEU. Dit pakket van maatregelen wordt in paragraaf 4 van dit hoofdstuk besproken.

23 Dit om aldus te voldoen aan de door de lidstaten uitgesproken voorkeur voor deze rechtsbasis. Zie W. Sauter, 'Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law', *ELR* 2008, p. 169-170 en V. Kronenberger, 'A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory', *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 304. Haar monopolie op het instellen van wetgeving voor diensten van algemeen economisch belang blijft ondanks art. 14 VWEU echter onverminderd in stand. Een andere (concurrerende) rechtsbasis voor het aannemen van wetgeving met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang wordt gevormd door art. 14 VWEU, waarvan de bewoording ten opzichte van de voorganger art. 16 VEG met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zou worden aangevuld. Voorlopig geeft de Europese Commissie – gezien haar standpunt dat verdere regelgeving op basis van VEG onnodig is – de voorkeur aan het gebruik van art. 106 lid 3 VWEU. Zie nader W. Sauter, 'Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law', *ELR* 2008, p. 172-173. De aanvulling is achterwege gebleven zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 620. De wetgevende bevoegdheid op grond van art. 14 VWEU is tot op heden nog niet gebruikt. Zie W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 224.

24 Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25.

25 Het pakket is op grond van art. 106 lid 3 VWEU door de Commissie aangenomen, met uitzondering van de Deminimisverordening die op basis van Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, *PbEG* 1998, L142/1 is genomen. Zie Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, L7/3; Mededeling van de Commissie – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C8/15; Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C8/4. Zie nader over het pakket W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 228-229.

1.3 Opzet

Alvorens in te gaan op voor de overheidsonderneming toepasselijke verdragsregels, zoals de mededingingsregels, wordt in paragraaf 2 de toelaatbaarheid van de maatregelen op grond van welke de overheid invloed wil bewerkstelligen binnen vennootschappen besproken. Deze toelaatbaarheid is afhankelijk van de vraag in hoeverre het de lidstaten vrijstaat om de eigendom van overheidsondernemingen op grond van artikel 345 VWEU te regelen zodat aan toetsing van de fundamentele vrijheden kan worden ontkomen. Voorzover wordt geconcludeerd dat deze van toepassing zijn, wordt vervolgens in paragraaf 3 nader ingegaan op de via artikel 106 lid 2 VWEU toepasselijke Europeesrechtelijke normen zoals neergelegd in het kartelverbod en het verbod misbruik te maken van een machtspositie en hun toepasselijkheid op de overheidsonderneming. De verhouding van de overheidsonderneming ten aanzien van de staatssteunregels, in het bijzonder wanneer het de toelaatbaarheid van steun aan een overheidsonderneming op grond van artikel 106 lid 2 VWEU betreft, wordt in paragraaf 4 behandeld. Hierbij zal ook het op grond van artikel 106 lid 3 VWEU aangenomen Altmark-pakket dat de beoordeling van compensatie voor diensten van algemeen economisch belang onder de staatssteunregels nader toelicht, worden besproken. In paragraaf 5 wordt ten slotte een conclusie getrokken.

1.4 Vrije markt als uitgangspunt in de Europese Unie

Artikel 3 lid 3 VEU verwoordt de doelstelling om een interne markt tot stand te brengen.²⁶ Dit is volgens artikel 26 lid 2 VWEU 'een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen'. De verwezenlijking van een interne markt vindt enerzijds plaats door verbodsregels (en excepties daarop) die beogen belemmeringen voor de tussenstaatse handel weg te nemen. Anderzijds worden maatregelen in de vorm van secundaire regelgeving genomen die beogen nationale bepalingen te harmoniseren.²⁷

Allereerst wordt ter verduidelijking van de context waarbinnen de regulering van de overheidsonderneming plaatsvindt, in deze paragraaf de betekenis van

26 Deze interne markt is een vorm van economische eenwording die beoogt de fysieke landsgrenzen van de lidstaten in de Europese Unie voor productiefactoren buiten werking te stellen. Zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 11.

27 Zie S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 264 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 488-489.

het begrip interne markt in de Europese Unie besproken.²⁸ In het kader van de vervolmaking van deze interne markt lijkt de behartiging van publieke belangen door de overheid en aldus de overheidsonderneming een ondergeschikte rol te spelen.²⁹ Het primaat ligt bij vrije marktwerking, of zoals Craig en De Búrca stellen:

‘Recent thinking has tended to favour a more confined role for the state, as manifested in the privatization of nationalized industries and in the deregulation of sectors of the economy.’³⁰

Ondanks de gedachte van het primaat van de vrije werking van de markt, wordt in het Europese recht wel degelijk ruimte gelaten aan lidstaten om een bijzondere positie voor diensten van algemeen economisch belang te creëren. In het VWEU wordt zoals gezien in artikel 106 VWEU immers bepaald dat rekening kan worden gehouden met ‘diensten van algemeen economisch belang’.³¹

Voor wat betreft de toepasselijkheid van Europees recht worden drie categorieën van diensten onderscheiden, te weten 1) reguliere economische diensten, 2) diensten van algemeen belang en 3) diensten van algemeen economisch belang. Met de verlening van reguliere economische diensten is geen door de nationale overheden aangewezen algemeen belang gemoeid. Deze worden zonder specifieke overheidsinterventie verleend. Voor deze diensten gelden de mededingingsregels onverkort. Anders dan reguliere economische activiteiten worden diensten van algemeen belang en diensten van algemeen economisch belang wel aangeboden met behulp van specifieke overheidsinterventie om een specifiek publiek belang te behartigen.³² Voorbeelden die in de juris-

28 Over de vraag of sprake is van een paradigmawisseling na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon omdat het regime voor de onvervalste mededinging niet langer meer wordt beschouwd als één van de doelstellingen van de EU zie nader F. Amtenbrink en J.W. van de Gronden, ‘Economisch recht en het Verdrag van Lissabon: mededinging en interne markt’, in: R.H. van Ooik en R.A. Wessel (red.), *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Kluwer: Deventer 2009, p. 139-153. Auteurs menen dat op korte termijn het streven naar de onvervalste mededinging en een interne markt ongewijzigd blijft.

29 Deze interne markt is een vorm van economische eenwording die beoogt de fysieke landsgrenzen van de lidstaten in de Europese Unie voor productiefactoren buiten werking te stellen. Zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 11.

30 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1072.

31 Zie art. 14 VWEU.

32 Zie art. 2 Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang gehecht aan het VWEU en VEU, *PbEU* 2007, C 306/ 158-159. Zie nader P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007/4, p. 101-112.

prudentie als dienst van algemeen belang worden aanvaard zijn onder andere afvalverwerking, ambulancediensten en publieke pensioenfondsen.³³

Van belang is dat het verdrag alleen spreekt over diensten van algemeen economisch belang.³⁴ De term 'dienst van algemeen belang' vinden we in de tekst van het verdrag niet terug, maar met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is voor het eerst het begrip diensten van algemeen belang in primaire communautaire wetgeving opgenomen door toevoeging van een Protocol met betrekking tot diensten van algemeen belang.³⁵ Dit laatste begrip is breder en omvat zowel economische als *niet*-economische activiteiten die door de overheden van algemeen belang worden geacht.³⁶ Gezien het belang van diensten van algemeen economisch belang, moest de Europese wetgever de lidstaten de mogelijkheid bieden een uitzonderingspositie voor deze diensten van algemeen economisch belang te creëren.³⁷ De meningen omtrent de uitwerking van het Europese beleid op dit terrein verschillen. Met Baquero Cruz ben ik van mening dat de nadruk bij het uitvaardigen en handhaven van de regelgeving de afgelopen decennia met name heeft gelegen op de waarborging van mededinging en minder op de waarborging van diensten van algemeen belang.³⁸

Ondanks de nog steeds door het verdrag uitgedaemde angst voor staatsmonopolies,³⁹ heeft in de afgelopen jaren echter een kentering plaatsgevonden in

33 Zie respectievelijk de zaken HvJ EG 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorf e.a.*), HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*) en HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 (*Albany International BV/ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*).

34 Zie art. 14 en 106 VWEU.

35 Zie Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang, *PbEU* 2007, C 306/ 158-159. Op grond van art. 51 VEU vormt dit protocol een integrerend deel uit van de Verdragen.

36 De Commissie is in een Witboek nader ingegaan op de term diensten van algemeen belang, waartoe ook de diensten van algemeen economisch belang als subcategorie worden gerekend. In het Witboek over diensten van algemeen belang '(...) wordt bevestigd dat er in de Unie een gemeenschappelijk concept van diensten van algemeen belang bestaat. Dit concept weerspiegelt de waarden en doelstellingen van de Gemeenschap en is gebaseerd op een reeks gemeenschappelijke elementen, waaronder universele dienst, continuïteit, kwaliteit van de dienst, betaalbaarheid, en gebruikers- en consumentenbescherming.' Zie Witboek over diensten van algemeen belang (COM 2004), nr. 374, p. 4-5.

37 Zie nader P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1074. In het Witboek over diensten van algemeen belang worden diensten van algemeen belang als 'een belangrijke pijler (...) van het Europese samenlevingsmodel' beschouwd. Zie Witboek over diensten van algemeen belang (COM 2004), nr. 374, p. 4-5.

38 Zie J. Baquero Cruz, 'Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law', in: G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State, In Search of Solidarity*, New York: Oxford University Press 2005, p. 207.

39 Zie E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Portland: Hart Publishing 2007, p. 112 e.v.

het denken met betrekking tot het nut en de noodzaak van diensten van algemeen (economisch) belang. In het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Amsterdam werden de voorheen louter economische doelstellingen van de toen nog Europese Gemeenschappen reeds aangevuld met sociale doelstellingen. Nu moet voor een duurzame ontwikkeling van Europa volgens artikel 3 lid 3 VEU worden uitgegaan van een sociale markteconomie waarbij ook oog moet zijn voor andere dan economische belangen. Artikel 14 VWEU benadrukt bovendien het belang en de bijzondere positie van diensten van algemeen economisch belang. De bevoegdheid van lidstaten om diensten van algemeen economisch belang aan te wijzen, is hierin vastgelegd. Het besef van de noodzaak van goed functionerende diensten van algemeen belang lijkt op Europees niveau derhalve steeds sterker te worden. Prosser stelt met betrekking tot de ontwikkeling van de gedachte ten aanzien van diensten van algemeen belang:

‘Initially they were seen as something of an irritant, limiting the creation of a full market. Now a much more positive view is taken, despite only cautious substantive proposals in the 2004 White Paper. Such services are confirmed an essential element of European citizenship and, rather than the main question being that of how their operation can be restricted and remodeled to become compatible with the single market, it is of how their operation can be improved and made both more efficient and more responsive to social values such as those underlying public service.’⁴⁰

Er zou derhalve vanwege het in artikel 14 VWEU gestelde voldoende ruimte moeten zijn om rekening te houden met de behartiging van publieke belangen. Ik kom hierop terug in paragraaf 4. De interne markt doelstelling heeft bij de economische integratie in de Europese Unie echter lange tijd voorop gestaan.

2 NATIONALE EIGENDOMSREGELINGEN VAN OVERHEIDSONDERNEMING EX ARTIKEL 345 VWEU

2.1 Algemeen

De vraag of en in hoeverre lidstaten gebruik kunnen maken van privaatrechtelijk ingerichte overheidsondernemingen, hangt af van de ruimte die het Europees recht de lidstaten op grond van artikel 345 VWEU geeft.⁴¹ Op grond van artikel 345 VWEU kunnen lidstaten zelfstandig beslissen een overheidsonderneming op te richten of een reeds bestaande onderneming als overheidsonder-

40 Zie T. Prosser, *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services*, New York: Oxford University Press 2005, p. 172.

41 Het subsidiariteitsbeginsel dat inhoudt dat de overblijvende beleidsmakende bevoegdheden bij de lidstaten blijven, ondersteunt dit uitgangspunt. Zie A. Verhoeven, ‘Privatisation and EC Law: Is the European Commission “Neutral” with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?’, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 861-863.

neming in te richten. In dit artikel – waarvan de bewoordingen sinds 1957 onveranderd zijn gebleven⁴² – is namelijk een bijzondere positie voor de regeling van het eigendomsrecht door de lidstaten vastgelegd.⁴³

2.2 Artikel 345 VWEU: neutraliteit als uitgangspunt?

De tekst van de bepaling verwoordt een soevereiniteitsbehoud van de lidstaten.⁴⁴ Artikel 345 VWEU luidt: ‘De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.’⁴⁵ Het uitgangspunt van het artikel is dat het de neutraliteit van de Europese Unie ten opzichte van nationaliserings- of privatiseringsprogramma’s van de lidstaten weergeeft.⁴⁶ Dit houdt in dat lidstaten in beginsel de vrijheid hebben om het systeem van eigendom en de rol van de overheid in de nationale economie te kiezen en individuele beslissingen te nemen waarmee eigendomsrechten worden toegekend. Met artikel 345 VWEU wordt tot uitdrukking gebracht dat het Europese recht zogenaamd een neutrale positie inneemt tegenover privaat dan wel publiek ingerichte ondernemingen, in die zin dat de bevoegdheid van de lidstaten om te bepalen wat tot de publieke en private sector behoort, in beginsel niet ter discussie wordt gesteld. Er bestaat volgens Europees recht dan ook geen verplichting om te privatiseren.⁴⁷

42 Zie B. Akkermans en E. Ramaekers, ‘Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations’, *European Law Journal* 2010/16, p. 296 en 300.

43 Hoewel deze bijzondere positie verband houdt met vraagstukken van bevoegdheidsverdeling, moet dit artikel niet als rechtsbasis worden gezien voor een bevoegdheidsverdeling tussen de EU en lidstaten. Zo ook B.J. Drijber, ‘Interne markt en publieke voorzieningen: een schijntegenstelling’, *SEW* 2007/7/8, p. 258-264. Vossestein bespreekt de reikwijdte van art. 345 VWEU in het kader van de vraag in hoeverre de EU bevoegd is vennootschapsrecht in te stellen. Zie G.J. Vossestein, ‘De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot regeling van het vennootschapsrecht’, *WPNR* 2002/6481, p. 247-253.

44 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 609.

45 Art. 345 VWEU, het voormalige art. 295 VEG en daarvoor art. 222 EEG. Zie B. Akkermans en E. Ramaekers, ‘Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations’, *European Law Journal* 2010/16, p. 299.

46 Zie nader A. Verhoeven, ‘Privatisation and EC Law: Is the European Commission “Neutral” with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?’, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 863 en J.H.M. van Erp, ‘Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder “Europees privaatrecht” en bestaat er “Europees” goederenrecht?’, *WPNR* 2000/6408, p. 476.

47 Zie B. Baarsma, M. de Nooij, W. Koster en C. van der Weijden, ‘Divide and rule. The economic and legal implications of the proposed ownership unbundling of distribution and supply companies in the Dutch electricity sector’, *Energy Policy* 2007/35, p. 1791 en K.J.M. Mortelmans en H.A.G. Temmink, ‘Het wetsvoorstel Markt en Overheid in een Europeesrechtelijk perspectief: concurrerende stelsels?’, *NTER* 2002/10, p. 245.

Het is echter de vraag of het Europese recht daadwerkelijk neutraal tegenover ondernemingen staat die in publieke handen worden gedreven.⁴⁸

‘Thus, while article 345 [TFEU] supports EU agnosticism as to the regime of ownership within any particular state, the thrust of much else in the Treaty is against the type of dominance that can accompany public ownership. It is also against the grant of any special, beneficial position to firms which may distort competition within the internal market’.⁴⁹

Tussen de vrijheid van lidstaten om het systeem van eigendomsrecht (waar- onder dat van ondernemingen) in te richten enerzijds en de doelstelling van in beginsel onvervalste mededinging anderzijds,⁵⁰ bestaat een zeker spanningsveld. Privaat ingerichte ondernemingen zonder dominante positie en publiek ingerichte ondernemingen worden onder het Europese recht – ondanks de in artikel 345 VWEU neergelegde neutraliteit – dan ook niet gelijk behandeld. Dit is in principe niet verwonderlijk en bovendien in lijn met de voor onder- nemingen met een dominante positie geldende normering. Voor onderne- mingen met een dergelijke machtspositie gelden immers strengere normen dan voor niet-dominante ondernemingen om aldus een gelijk speelveld te creëren.⁵¹ In die zin gelden ook voor overheidsondernemingen in bepaalde opzichten meer of strengere eisen doordat zij in een machtigere positie ten opzichte van eventueel concurrerende private ondernemingen kunnen verkeren. Het Europese recht poogt overheidsondernemingen derhalve zo veel mogelijk van een eventueel bevoordeelde positie te ontdoen. De neutraliteit houdt in dat zich geen ongerechtvaardigde discriminatie tussen private en publieke ondernemingen mag voordoen: zij hebben dezelfde rechten en plichten.⁵² In beginsel gelden derhalve dezelfde regels voor zowel publieke als private ondernemingen met een dominante positie, tenzij de Verdragen zelf een afwijking toestaan.⁵³ Dominantie van ondernemingen die publiek eigendom zijn, wordt – ondanks artikel 345 VWEU en de wens van lidstaten om rekening

48 Zo ook W. Devroe, *Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy*, *Common Market Law Review* 1997/34, p. 267-306.

49 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1073.

50 Zo spreekt de preambule van het VWEU er over dat ‘de verwijdering van de bestaande hinderpalen eensgezind optreden vereist teneinde de gestadige expansie, het evenwicht in het handelsverkeer en de eerlijkheid in de mededinging te waarborgen’.

51 Zo is bepaald gedrag slechts verboden onder het verbod van misbruik van machtspositie, indien de onderneming een machtspositie bezit. Zie nader par. 5.2.

52 Zie Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de door- zichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17, onder 4 van de preambule en Witboek over diensten van algemeen belang (COM 2004), nr. 374.

53 Zie L. Hancher, ‘European utilities policy: The emerging legal framework’, *Utilities Policy* 1991/1 (3), p. 255-266.

te houden met de bijzondere positie van de overheidsonderneming – zoveel mogelijk bestreden via de genoemde verdragsregels.⁵⁴

2.3 Onderscheid toekenning en uitoefening eigendomsrechten

Artikel 345 VWEU is een voorbehoud van niet-economische aard.⁵⁵ Verdragsregels dienen de eigendomsregelingen van lidstaten onverlet te laten, omdat de lidstaten zich met dit artikel het soevereine recht voor hebben willen behouden om over het systeem van eigendom te beslissen. Artikel 345 VWEU is echter een algemeen voorbehoud en wordt daarom eng geïnterpreteerd. De vrijwaring wordt derhalve niet zo ruim geïnterpreteerd dat *alle* nationale regels over eigendomsbezit volledig buiten het bereik van het Europees recht zouden vallen.⁵⁶ Volgens het HvJ EU is het niet de bedoeling dat met artikel 345 VWEU alle nationaliserings- en privatiseringsvraagstukken buiten de reikwijdte van de Verdragen geplaatst kunnen worden.⁵⁷ Uit het gebruik van de woorden ‘laten onverlet’ in artikel 345 VWEU, blijkt dat de Europese Unie slechts neutraal is ten opzichte van het *systeem* van eigendom in de lidstaten.⁵⁸ De neutraliteit heeft derhalve slechts betrekking op de toekenning van eigendomsrechten. Lidstaten hebben de bevoegdheid eigendomsregelingen of regelingen van onteigening in te voeren.⁵⁹ De eigendomsregeling valt echter niet buiten het toepassingsbereik van de fundamentele verdragsregels.⁶⁰ Ondanks de vrijheid die het artikel de lidstaten laat bij de *toekenning* van eigendomsrechten, wordt de *uitoefening* van deze eigendomsrechten niet afgeschermd van de toepasselijkheid van de verdragsartikelen. De uitoefening van de eigendomsrechten moet op grond van het reeds genoemde artikel 106 VWEU wel steeds in overeenstemming zijn met fundamentele verdragsregels zoals het non-discriminatiebeginsel, de vrijheden, de mededingingsregels en

54 Zie P. Craig en G. de Búrca, *EU Law: text, cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1073.

55 Zie nader S. Bartels, ‘Europees privaatrecht: enkele opmerkingen over de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaat met betrekking tot het eigendomsrecht, AA 1995/4, p. 244-251 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 489.

56 Vergelijk H.H. Fredriksen, ‘The EFTA Court 15 Years On’, *International and Comparative Law Quarterly* 2010/59, p. 742-743.

57 HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*) en HvJ EG 23 mei 1978, nr. 102/77, *Jur.* 1978, p. 1139 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG/Centralfarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*), par. 16.

58 Zie B. Akkermans en E. Ramaekers, ‘Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations’, *European Law Journal* 2010/16, p. 298.

59 Zie HvJ EG 6 november 1984, nr. 182/83, *Jur.* 1984, p. 3677, r.o. 7 (*Fearon*).

60 Zie HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-302/97, *Jur.* 1999, p. I-3099, r.o. 38 (*Konle*).

de staatssteunregels.⁶¹ Het neutraliteitsbeginsel rechtvaardigt mijns inziens bij de toepassing van de verdragsregels echter wel een genuanceerde afweging tussen Europese publieke belangen (zoals de vervolmaking van de interne markt) en nationale publieke belangen (zoals de behartiging van continuïteit en onverstoord energievoorziening). En hiertoe moeten voldoende mogelijkheden voor de lidstaten open staan om effectief toezicht te houden op dergelijke legitieme publieke belangen.

2.4 De reikwijdte van de bescherming van artikel 345 VWEU

Daargelaten of lidstaten ter behartiging van bepaalde publieke belangen wel voldoende mogelijkheden hebben om in bepaalde ondernemingen overheidsinvloed te bewerkstelligen, wordt de beantwoording van de vraag in hoeverre de Verdragen overheidsinvloed in vennootschappen toelaten, bemoeilijkt omdat de reikwijdte van de bescherming onder artikel 345 VWEU niet evident is. Het artikel heeft volgens sommigen een zeer beperkte reikwijdte, aangezien de beleidsruimte voor de lidstaten anders te groot zou blijven.⁶² Mijns inziens doet een dergelijke beperkte uitleg echter niet geheel recht aan de plaats van het artikel in het VWEU. Systematisch 'staat' artikel 345 VWEU op gelijke hoogte met de in de verdragsartikelen genoemde fundamentele vrijheden, zodat de toepassing en werkingssfeer van artikel 345 VWEU relevant zouden kunnen zijn voor de vraag of en in hoeverre nationale regelingen van (zeggenschapsrechten in de) overheidsonderneming onder toetsing van Europees recht vallen.⁶³

Dat er onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of sprake is van een situatie die op grond van artikel 345 VWEU wordt beschermd of van een situatie die onder de overige verdragsregels moet worden getoetst, blijkt uit prejudi-

61 Het HvJ EU maakt voor de toepasselijkheid van EU recht op eigendomsrechten een onderscheid tussen de bevoegdheid om een eigendomsrecht in het leven te roepen en de bevoegdheid om het toegekende recht uit te oefenen, waarbij slechts de vrijheid om een bevoegdheid in het leven te roepen door art. 345 VWEU wordt afgeschermd van toetsing aan de verdragsregels en de uitoefening van het toegekende recht onder toetsing van de verdragsregels valt. Zie HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*) en HvJ EG 23 mei 1978, nr. 102/77, *Jur.* 1978, p. 1139 (*Hoffmann-La Roche & Co. AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*), par. 16 en nader A. Johnston, A. Kavali en K. Neuhoff, 'Take-or-pay contracts for renewables deployment', *Energy Policy* 2008/36 (7), p. 2502.

62 Zie J.H.M. van Erp, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder "Europees privaatrecht" en bestaat er "Europees" goederenrecht?', *WPNR* 2000/6408, p. 477.

63 Zie concl. van A-G Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak C-463/00, HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-4581 (*Commissie/Spanje*). Deze visie wordt besproken bij de analyse van de genoemde gouden aandelen jurisprudentie van het HvJ EU in par. 6.2. Zie ook B. Akkermans en E. Ramaekers, 'Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations', *European Law Journal* 2010/16, p. 292-314.

ciële vragen die de Hoge Raad ten aanzien van deze kwestie in een aantal energiezaken heeft gesteld aan het HvJ EU.⁶⁴ In deze nog bij het HvJ EU aanhangige zaken is de vraag voorgelegd of een absoluut privatiseringsverbod tot de door het Europese recht in artikel 345 VWEU gewaarborgde vrije beleidsruimte van lidstaten behoort of dat een dergelijk verbod als uitoefening van eigendomsrechten moet worden beschouwd.⁶⁵ Het laatste standpunt zou inhouden dat deze beperkingen vergelijkbaar zijn met 'gouden aandeel' regelingen en dat deze aan eenzelfde toetsing onder de Verdragen worden onderworpen.⁶⁶ In de volgende paragraaf wordt de 'gouden aandeel'-jurisprudentie in het kader van de bespreking van artikel 106 lid 1 VWEU en de vrijverkeersregels, nader besproken.

2.5 Vrij verkeerregels voor de overheidsonderneming

2.5.1 *De fundamentele vrijheden*

Inleiding

Lidstaten nemen om verschillende redenen deel in (overheids)ondernemingen. Hoewel dergelijke keuzes democratisch tot stand komen binnen de nationale rechtsorde, vindt in het kader van de Europese Unie toetsing van deze keuzes plaats om te verzekeren dat ze in overeenstemming met de doelstellingen van de interne markt zijn. Zo kan de regeling waarbij een lidstaat bijzondere zeggenschapsrechten heeft verbonden aan bepaalde aandelen, als een – onder de rechtstreeks werkende vrijverkeersbepalingen – verboden handelsbelemmering worden gezien. Het is derhalve mogelijk dat hetgeen een private aandeelhouder wél is toegestaan, een lidstaat niet is toegestaan.⁶⁷

64 De Hoge Raad stelde prejudiciële vragen omtrent de verenigbaarheid van een absoluut privatiseringsverbod onder de Verdragsregels en daarmee uitleg over de precieze reikwijdte en betekenis van art. 345 VWEU. Zie HR 24 februari 2012, *LJN BQ9210, BQ9212 en BQ9214 (Essent; Eneco; Delta/Staat)*. Zie voor een bespreking de rubriek 'Jurisprudentie NL Actueel' in *SEW 2012/5*, p. 204-205.

65 Zie het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden op 29 februari 2012 – Staat der Nederlanden tegen Essent NV en Essent Nederland BV. Het betreft drie gevoegde zaken. Zie HvJ EU 26 mei 2012, nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, *Jur.* 2012, p. 12.

66 Zie nader J.M.T. Feld en S.J.W.H. Reintjes, 'Gerechtshof Den Haag: splitsen energiebedrijven in strijd met het Europese recht', *Bb* 2010/24, nr. 49. Over het verschil tussen de vrijheid voor lidstaten van keuze tussen wel of niet privatiseren die door art. 345 VWEU onverlet wordt gelaten en de uitoefening van eigendomsrechten die wel worden getoetst onder het EU recht. Zie nader de rubriek 'Jurisprudentie Actueel NL', *SEW 2012/5*, p. 204-205. Zie nader hoofdstuk 6.

67 Zie L.C. Backer, 'The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law', *Tul. L. Rev.* 2007-2008/82, p. 1801-1868.

Hieronder wordt gezien in hoeverre vennootschapsrechtelijke constructies onder de vrijverkeersbepalingen toelaatbaar zijn. Hiertoe wordt een analyse van de 'gouden aandeel'- jurisprudentie gegeven en bekeken in hoeverre lidstaten de ruimte hebben om beleid ter behartiging van nationale publieke belangen aldus vorm te geven.⁶⁸ Het begrip gouden aandeel ziet strikt genomen op een aandeel met bijzondere zeggenschapsrechten, maar met het begrip worden alle constructies 'either in law or in the company's constitution, made by Member States with respect to companies in their jurisdiction, typically companies that have been privatized, and that confer to a Member State certain powers of control over those companies, or the ability to prevent certain shareholders to acquire control over those companies' bedoeld.⁶⁹ Met 'gouden aandeel'- jurisprudentie bedoel ik derhalve alle jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking op de vormgeving van overheidsinvloed in ondernemingen via vennootschapsrechtelijke constructies en specifieke regulering die binnen het bereik van de vrijverkeersbepalingen valt.

De relevante verdragsbepalingen en hun onderlinge verhouding

Voor de overheidsonderneming kunnen met name de vrijverkeersbepalingen van goederen,⁷⁰ vestiging,⁷¹ diensten⁷² en kapitaal⁷³ relevant zijn.⁷⁴

68 Voor het belang van jurisprudentie voor de uitleg van de werking van de vrijverkeersbepalingen zie J.F. Appeldoorn en G.T. Davies, *Vier vrijheden. Een inleiding tot het recht van de Europese interne markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 487-488.

69 Zie J.W. Winter, 'Ius Audacibus. The future of EU company law', in: M. Tison e.a. (red.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation. Essays in Honour of Eddy Wymeersch*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 52.

70 De voor het vrije verkeer van goederen relevante bepalingen zijn art. 28 VWEU tot en met art. 37 VWEU. Voor de inrichting van de overheidsonderneming zijn de bepalingen met betrekking tot vrij verkeer van goederen minder relevant. Ik noem een aantal artikelen en bespreek hier echter kort in het bijzonder de artt. 34 en 35 VWEU omdat deze inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van goederen. Deze artikelen bevatten rechtstreeks werkende verboden van twee categorieën handelsbelemmeringen, kwantitatieve maatregelen en maatregelen die eenzelfde beperkende werking hebben. Art. 34 VWEU bepaalt: 'Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Art. 35 VWEU luidt: 'Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Art. 36 VWEU bevat een exceptiemogelijkheid ten aanzien van deze verboden. In art. 36 VWEU staat: 'De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapt beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.' Art. 37 VWEU ziet op nationale monopolies van commerciële aard.

Vennootschappen worden op grond van artikel 54 VWEU voor wat betreft de

-
- 71 Het vrije verkeer van vestiging is geregeld in de artikelen 49 tot en met 55 VWEU. Ik noem hier kort de artikelen die inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van vestiging. Art. 49 VWEU bevat het verbod op belemmering van vrij verkeer van vestiging. Het artikel luidt voluit: 'In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.
- De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.' De verdragsexceptie op het in art. 49 VWEU geformuleerde verbod staat in art. 52 VWEU: '1. De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.'
- 72 Het vrij verkeer van diensten wordt geregeld in de artikelen 56 tot en met 62 VWEU. Hoewel het vrije verkeer van diensten in het algemeen van groot belang is voor rechtspersonen, waaronder derhalve ook (kapitaal)vennootschappen, zal deze voor de overheidsonderneming die een nationaal publiek belang behartigt, minder relevant zijn. Ik bespreek hier echter kort de artikelen die inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van diensten. Art. 56 VWEU (oud art. 49 VEG) bevat het verbod: 'In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.' Vanwege de verwijzing in art. 62 VWEU naar de artikelen 51 tot en met 54 VWEU, moet voor de verbodsexceptie van belemmering van het vrij verkeer van diensten derhalve worden gekeken naar art. 52 VWEU en geldt ook voor dienstenverkeer dat vennootschappen gelijk worden gesteld met onderdanen.
- 73 Het vrij verkeer van kapitaal wordt gegarandeerd door de artikelen 63 tot en met 66 VWEU. Bij de bespreking van de vrij verkeerregels wordt met name aandacht besteed aan de gouden aandelen jurisprudentie. Ik bespreek hier kort de artikelen die inzicht geven in het schema waaraan beperkingen worden getoetst op verenigbaarheid met het vrij verkeer van kapitaal. De verbodsbepaling staat in lid 1 van art. 63 VWEU (oud art. 56 VEG): 'In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.' De verdragsexceptie in lid 1 sub b van art. 65 (oud art. 58 VEG) luidt: '1. Het bepaalde in art. 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten: b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.'
- 74 Het vrij verkeer van werknemers en betalingsverkeer komen bij de weergave van de relevante artikelen en hun onderlinge verhouding derhalve niet aan de orde.

in het artikel genoemde regels met betrekking tot het vrije verkeer van vestiging en diensten gelijkgesteld met onderdanen van de lidstaten.⁷⁵

De bepalingen met betrekking tot deze fundamentele vrijheden hebben in beginsel (bijna) allemaal dezelfde structuur. De verbodsbepaling waarin belemmeringen van het vrije verkeer worden verboden, wordt in beginsel steeds opgevolgd door een bepaling waarin limitatief de excepties op het verbod zijn opgenomen.⁷⁶ Ook de schematische toetsing door het HvJ EU van maatregelen aan deze bepalingen van vrij verkeer zijn onder alle vrijheden op grote lijnen hetzelfde.⁷⁷ Deze vrijverkeerstoetsing wordt hieronder besproken.

In het kader van dit onderzoek lijkt artikel 37 VWEU wellicht relevant.⁷⁸ Dit artikel reguleert publieke monopolies op goederen, zoals artikel 106 VWEU voorwaarden aan de uitvoering van publieke diensten stelt.⁷⁹ Indien sprake is van een publiek monopolie met betrekking tot goederen vindt toetsing plaats onder hetzij artikel 37 VWEU, hetzij de artikelen 34 en 35 VWEU.⁸⁰ De huidige benadering van het HvJ EU is echter dat artikel 37 VWEU bijna nooit van toepas-

75 Werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag vallen niet onder het verbod van het artikel. Zie art. 51 VWEU.

76 Dit geldt niet voor art. 30 VWEU.

77 Er valt convergentie te herkennen in de interpretatie van de vrijverkeersbepalingen vanwege toegepaste assimilatietechnieken bij de vrijheden onderling, hoewel er zeker verschillen zijn. Zo is er discussie omtrent de vraag of het in het Keck arrest geformuleerde omtrent het toepassingsbereik van de vrijheid van goederen ook van toepassing is op de vrijheid van kapitaal. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 500. Slot meent dat hiervoor een opening is zie P.J. Slot, 'Overheid en markt: golden shares en andere instrumenten', *AA* 2012, p. 51.

78 In art. 37 VWEU staat: '1. De lidstaten passen hun nationale monopolies van commerciële aard aan in dier voege dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft is uitgesloten. De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing op elk lichaam waardoor een lidstaat de invoer of de uitvoer tussen de lidstaten in rechte of in feite rechtstreeks of zijdelings beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt. Deze bepalingen zijn eveneens van toepassing op de door een staat gedelegeerde monopolies.

2. De lidstaten onthouden zich ervan enige nieuwe maatregel te treffen welke tegen de in lid 1 vermelde beginselen indruist of de draagwijdte van de artikelen inzake het verbod op douanerechten en kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten beperkt.

3. Wanneer er een monopolie van commerciële aard bestaat, dat een regeling ter vergemakkelijking van de afzet of van de valorisatie van landbouwproducten omvat, dienen bij de toepassing van de bepalingen van dit artikel gelijkwaardige waarborgen te worden gegeven voor de werkgelegenheid en de levensstandaard van de betrokken producenten'.

79 Zie H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcoholmonopolie', *NTER* 2007/10, p. 185-190.

80 Gesteld dat de handelsbelemmering in casu de invoer van producten betreft en niet de uitvoer omdat art. 35 VWEU dan het toepasselijke verdragsartikel zou zijn.

sing is, en dit artikel zal derhalve in dit onderzoek buiten beschouwing blijven.⁸¹

De vrijverkeerstoets

De vrijverkeerstoets is zoals gezegd in grote lijnen hetzelfde voor de verschillende vrijheden. Allereerst geldt dat indien er secundaire regelgeving is, hieraan wordt getoetst in plaats van aan primaire Europese regelgeving zoals de relevante verdragsregels.⁸² Dit geldt voor zover er sprake is van volledige en uitputtende harmonisatie. Bij gedeeltelijke harmonisatie, wordt voor de niet geharmoniseerde onderdelen getoetst aan de in de hierboven genoemde verdragsregels neergelegde verboden en excepties.⁸³ Onder de vrijverkeersbepalingen zijn ongerechtvaardigde belemmeringen van het vrije verkeer verboden. Als beperkingen zijn bijvoorbeeld voor het vrij verkeer van goederen te beschouwen 'iedere handelsbelemmering van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren.'⁸⁴ Voor het vrij verkeer van diensten geldt bijvoorbeeld dat belemmeringen alle maatregelen zijn die de uitoefening van de fundamentele vrijheden van het Verdrag belemmeren of minder aantrekkelijk maken.⁸⁵ De betwiste overheidsmaatregelen die als handelsbelemmering moeten worden aangemerkt mogen niet willekeurig discrimineren of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten zijn. Om de belemmering te rechtvaardigen moet sprake zijn van een legitieme rechtvaardigingsgrond. Die kan worden gevonden in de limitatieve opsommingen van de (met de verbodsbepalingen corresponderende) verdragsbepalingen met exceptiemogelijkheid of in de in

81 Deze betreft slechts belemmerende overheidsmaatregelen in de vorm van een invoer- of uitvoermonopolie. De regulering van de verkoop van goederen valt aldus reeds buiten het toepassingsbereik van het artikel. Zie HvJ EG 5 juni 2007, nr. C-170/04, *Jur.* 2007, p. I-4071 (*Rosengren e.a./Rikslagskåren*) en H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcoholmonopolie', *NTER* 2007/10, p. 188. Zie de recente uitspraak HvJ EU 12 april 2012, nr. C-456/10, nog niet gepubliceerd (*ANETT*) waarin art. 37 VWEU niet relevant werd geacht.

82 Zie HvJ EG 5 oktober 1977, nr. 5/77, *Jur.* 1977, p. 1555 (*Carlo Tedeschi tegen Denavit Commerciale s.r.l.*) voor het vrij verkeer van goederen en in een algemenere context HvJ EU 18 juni 2009, nr. C-303/07, *Jur.* 2009, p. I-05145 (*Aberdeen*).

83 Wel wordt de richtlijn geïnterpreteerd in het licht van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 499.

84 De in de rechtspraak in het kader van het vrij verkeer van goederen ontwikkelde Dassonville-formule – die *mutatis mutandis* analoog van toepassing kan zijn op andere vrijverkeersbepalingen – geeft een omschrijving van een handelsbelemmering door een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking die zeer breed is. Hieronder valt namelijk 'iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren.' Zie HvJ EG 11 juli 1974, nr. 8/74, *Jur.* 1974, p. 837, r.o. 5 (*Dassonville*).

85 Zie HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, *Jur.* 1995, p. I-4165 (*Reinhard Gebhard t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*).

het Cassis de Dijon-arrest⁸⁶ geformuleerde 'Rule of Reason' redenering. Dwingende behoeften die niet onder de in de verdragsexcepties genoemde rechtvaardigingsgronden vallen, kunnen in bepaalde gevallen ook worden ingeroepen ter rechtvaardiging van overheidsmaatregelen die de tussenstaatse handel belemmeren. Indien een beroep wordt gedaan op een rechtvaardiging, moet deze wel de toets van de evenredigheid doorstaan. De betwiste overheidsmaatregel moet geschikt zijn om het gestelde doel te verwezenlijken, niet verder gaan dan noodzakelijk en leiden tot een evenredige uitkomst.⁸⁷ Als de omstreden nationale maatregelen de evenredigheidstoets doorstaan, zijn zij onder de vrijverkeersbepalingen toegestaan, ook al wordt het vrije verkeer hierdoor belemmerd.

Nationale overheidsmaatregelen worden derhalve niet steeds doorkruist ten behoeve van het vrije verkeer.⁸⁸ Echter, de beleidsvrijheid van lidstaten is wel beperkt in die zin dat een publiek belang slechts ter rechtvaardiging kan worden ingeroepen wanneer wordt voldaan aan de evenredigheidstoets.

2.5.2 Gouden aandelen en het vrij verkeer van kapitaal en vestiging

In deze paragraaf wordt de 'gouden aandeel'-jurisprudentie geanalyseerd. Bij deze analyse speelt de vraag in hoeverre overheden het publiek belang kunnen behartigen door het houden van bijzondere aandelen in privaatrechtelijk ingerichte vennootschappen, al dan niet in combinatie met een publiekrechtelijke regulering.

De eerste drie arresten waarin dergelijke overheidsmaatregelen aan de vrijverkeersbepalingen werden getoetst, lieten weinig hoop voor het voortbestaan van mogelijkheden tot overheidsingrijpen via vennootschapsrechtelijke constructies.⁸⁹ Niet alleen moet de maatregel vanwege een legitiem publiek belang zijn ingesteld, maar bovendien moet de maatregel evenredig zijn om het gewenste doel te bereiken. Deze evenredigheid van de maatregelen blijkt het grootste probleem voor het doorstaan van de toets van het HvJ EU.

In de zaak *Commissie/Portugal* had de overheid in het kader van de privatisering van een aantal staatsondernemingen – mede om aldus de overheids-schuld te verminderen⁹⁰ – wetten aangenomen waarin werd bepaald dat slechts een maximum van 25% van de aandelen in handen van buitenlandse ondernemingen mocht zijn en bovendien dat de verkrijging van een deelneming boven de 10% slechts met een vergunning van de Portugese minister

86 HvJ EG 20 februari 1979, nr. C-120/78, *jur.* 1979, p. 649 (*Cassis de Dijon*).

87 Zie J. H. Jans, 'Evenredigheid revisited?', *SEW* 2000/7-8, p. 270-282.

88 Ook maatregelen tegen misbruik van de verkeersbepalingen kunnen worden toegelaten. Zie HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, *jur.* 1999, p. I-01459, r.o. 39 (*Centros*).

89 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809 (*Commissie/België*), HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781 (*Commissie/Frankrijk*) en HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731 (*Commissie/Portugal*).

90 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, r.o. 10 (*Commissie/Portugal*).

van Financiën mogelijk was.⁹¹ Het betrof derhalve een nationale regeling die investeerders uit andere lidstaten verbood meer dan een bepaald aantal aandelen te verwerven en die verwerving van deelneming boven het gestelde maximum in bepaalde nationale ondernemingen aan voorafgaande vergunning onderworpen. Dit wierp een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal op.⁹² Het HvJ EU erkende dat lidstaten weliswaar belang kunnen hebben bij overheidsinvloed in geprivatiseerde ondernemingen die diensten van algemeen belang of strategisch belang leveren, maar oordeelde dat een beroep op artikel 345 VWEU de vrijverkeersbepalingen niet buiten werking kon stellen. Op deze vrijverkeersbepalingen was in casu geen uitzondering mogelijk, aangezien het de Portugese overheid ontbrak aan een geldige rechtvaardigingsgrond. De wet, die de maatregelen instelde, gaf aan dat de omstreden maatregelen met name vanwege economische overwegingen waren opgesteld. Zuiver economische overwegingen kunnen geen rechtvaardigingsgrond opleveren en de Portugese constructie werd derhalve afgekeurd.

De zaak *Commissie/Frankrijk* betrof bijzondere rechten die de Franse Staat zich had voorbehouden ten aanzien van de privatisering van een Franse petroleum onderneming. Zij behield zich het recht voor twee bestuursleden te benoemen en hield aandelen met bijzondere zeggenschap. Bovendien moest voor een deelneming boven een tiende, een vijfde of een derde deel van het kapitaal in de onderneming, steeds toestemming van de minister van Economische Zaken verkregen worden. Ook hier was het vrij verkeer van kapitaal in het geding.⁹³ Ten slotte behield de Franse overheid zich een vetorecht voor ten aanzien van beslissingen om bepaalde activa over te dragen of hierop zekerheid te verlenen.⁹⁴ Het belang van de Franse Staat om een minimale bevoorrading van aardolieproducten te waarborgen, werd door het HvJ EU erkend als legitiem publiek belang en kon dienen als eventuele rechtvaardigingsgrond. De genomen maatregelen doorstonden de evenredigheidstoets echter niet. De regelingen gingen verder dan noodzakelijk om een minimale bevoorrading van aardolieproducten te waarborgen aldus het HvJ EU,⁹⁵ omdat de overheid een te ruime bevoegdheid had voorbehouden. Het HvJ EU overwoog hiertoe dat het stelsel van maatregelen ten behoeve van de rechtszekerheid moest voldoen aan objectieve criteria die niet-discriminatoir en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zouden zijn. Een dergelijke discretionaire bevoegdheid van lidstaten om een – weliswaar legitiem – publiek belang te waarborgen zou het vrije verkeer onaanvaardbaar aantasten en was om die

91 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, r.o. 13-14 (*Commissie/Portugal*).

92 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, r.o. 38-40 (*Commissie/Portugal*).

93 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 38 (*Commissie/Frankrijk*). Een afzonderlijke toetsing aan het vrije verkeer van vestiging bleef uit omdat reeds een schending van het vrij verkeer van kapitaal was geconstateerd. Zie dezelfde uitspraak, r.o. 56.

94 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 9-10 (*Commissie/Frankrijk*).

95 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 51 (*Commissie/Frankrijk*).

reden niet toelaatbaar. Bovendien stond voor de door de restrictieve maatregel benadeelde personen, geen rechtsmiddel open.⁹⁶

Alleen in het arrest *Commissie/België* oordeelde het HvJ EU dat de betwiste maatregel een het vrije verkeer van kapitaal belemmerende overheidsmaatregel betrof,⁹⁷ die gerechtvaardigd kon worden met beroep op een legitiem belang, omdat deze voldeed aan de evenredigheidstoets.⁹⁸ De Belgische overheidsmaatregelen omtrent aandelen met bijzondere zeggenschapsrechten waren zeer specifiek. Het betrof geen systeem van voorafgaande goedkeuring, maar een regeling van verzet met strikte verzetstermijnen. Bovendien waren de aan het aandeel verbonden rechten slechts van toepassing op beslissingen betreffende strategische activa van specifiek aangewezen vennootschappen. Het HvJ EU achtte deze maatregelen toelaatbaar omdat recht werd gedaan aan de hierboven genoemde criteria van rechtszekerheid.⁹⁹ Ook had de Commissie niet bewezen dat minder vergaande maatregelen mogelijk waren.¹⁰⁰ Deze bewijslast leek derhalve bij de Commissie te liggen.

Ook uit dit laatste arrest blijkt dat hetgeen gerechtvaardigd kan worden op grond van een publiek belang, strikt moet worden opgevat omdat het een afwijking van de fundamentele vrijverkeersbepalingen betreft.¹⁰¹ Desalniettemin bestaat er enige ruimte voor overheidsinvloed via vennootschapsrechtelijke constructies.

Een tweede serie 'gouden aandeel' arresten verduidelijkte de invulling van de bestaande ruimte.¹⁰² Het HvJ EU achtte in deze zaken in aanvulling op de eerdere jurisprudentie bijzondere zeggenschap ten aanzien van 'beheersbeslissingen' wel toelaatbaar, maar bijzondere zeggenschap ten aanzien van fundamentele beslissingen (fusie, splitsing, ontbinding en wijziging vennootschapsrechtelijke doel) niet. Niet alle fundamentele beslissingen beperken zoals in de eerste reeks 'gouden aandeel'-jurisprudentie de mogelijkheid voor potentiële investeerders om een deelneming in het aandelenkapitaal te verwerven. Denk bijvoorbeeld aan een wijziging van het vennootschapsrechtelijke doel. Het is daarom de vraag of deze besluiten (of regulering hieromtrent) als

96 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 47 (*Commissie/Frankrijk*).

97 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809, r.o. 39 (*Commissie/België*). De Commissie meende dat ook het vrij verkeer van vestiging in het geding was, maar het Hof oordeelde dat een eventuele belemmering van het vrij verkeer van vestiging om dezelfde redenen genoemd in r.o. 43-55 bij de behandeling van de rechtvaardiging van de belemmering van het vrije verkeer van kapitaal, zou kunnen worden gerechtvaardigd.

98 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809 (*Commissie/België*).

99 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 52 (*Commissie/Frankrijk*).

100 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 53 (*Commissie/Frankrijk*).

101 HvJ EG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, r.o. 47 (*Commissie/Frankrijk*).

102 Zie HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-463/00, *jur.* 2003, p. I-04581 (*Commissie/Spanje*), HvJ EG 13 mei 2003, nr. C-98/01, *jur.* 2003 I-04641 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*). Als derde serie kan worden gezien HvJ EG 28 september 2006, nr. C-282/04 en C-283/04 (gev.), *jur.* 2006, p. I-09141 (*Commissie/Nederland*).

beperkingen van het vrij verkeer moeten worden gezien. Bovendien ben ik met Drijber¹⁰³ van mening dat juist fundamentele beslissingen, met inachtneming van de vrijverkeerstoets, tot de toegestane bevoegdheid van lidstaten zouden moeten behoren:

‘Het Hof overweegt dat de voorafgaande goedkeuring op grond van de Spaanse wetgeving betrekking had op ‘fundamentele beslissingen in het bestaan van de onderneming’, terwijl de Belgische goedkeuring alleen maar nodig was voor een aantal specifieke ‘beheersbeslissingen’.

Ik zou ook hier menen dat het argument kan worden omgedraaid. Het strookt *juist* met het evenredigheidsbeginsel om het middel van voorafgaande goedkeuring voor te behouden aan alleen de meest ingrijpende ondernemingsbeslissingen (met structurele of onomkeerbare gevolgen), maar beheersbeslissingen (wat daaronder ook moet worden verstaan) integraal over te laten aan het bestuur van de vennootschap.¹⁰⁴ De lijn die het HvJ EU hanteert, houdt in dat de aan de lidstaat voorbehouden bevoegdheden die mogelijkheden tot (preventief) ingrijpen bieden, eerder als onevenredig worden beoordeeld. In de Belgische constructie betrof de overheidsmaatregel waarin de overheidsinvloed was vormgegeven, geen *ex ante* maar *ex post* toetsing. Deze is minder ingrijpend dan preventief toezicht en derhalve eerder aanvaardbaar als gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheden. Politiek gezien kan een dergelijke minder doeltreffende vorm van overheidsingrijpen echter als onvoldoende worden geacht. Nederland zou bijvoorbeeld bij de verkoop van energiebedrijven niet alleen achteraf de mogelijkheid willen hebben om verkoop van aandelen bijvoorbeeld tegen te gaan, maar ook vooraf.

Zoals zal worden besproken in paragraaf 3.3.3 van dit hoofdstuk, zou een belangenafweging geïnspireerd door de toets bij het verlenen van ontheffing van het kartelverbod, het evenredigheidsbeginsel kunnen invullen op een wijze die beter recht doet aan de behartiging van het publieke belang. Een concrete uitwerking hiervan zou kunnen betekenen dat in bepaalde gevallen *ex ante* controle mogelijkheden door de overheid die een inbreuk opleveren voor de vrijheden wél kunnen worden gerechtvaardigd. De moeite die het HvJ EU zich in andere zaken heeft getroost om bepaalde discriminerende maatregelen die waren gericht op de bescherming van publieke belangen zoals milieubeschermt te sauveren, geldt echter nog niet voor de hierboven besproken bijzondere vennootschapsrechtelijke constructies.¹⁰⁵ Overigens behoudt een lidstaat

103 Zie B.J. Drijber, ‘Gouden aandelen verder in de min’, *NTER* 2003/7-8, p. 185.

104 Zie B.J. Drijber, ‘Gouden aandelen verder in de min’, *NTER* 2003/7-8, p. 185.

105 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 502.

mijns inziens wanneer deze een meerderheidsbelang bezit, steeds de reguliere,¹⁰⁶ bij het aandeelhouderschap behorende vennootschapsrechtelijke bevoegdheden zoals besproken in hoofdstuk 4.

Gesteld kan worden dat de huidige lijn van het HvJ EU ten aanzien van eigendomsregelingen van overheden in vennootschappen in de 'gouden aandeel'-jurisprudentie, een afschrikwekkende werking heeft op het handelen van overheden via privatiseringsverboden. Ondanks het feit dat nog moet worden bezien of absolute privatiseringsverboden afgeschermd worden van toetsing aan de vrijheden vanwege de afscherming van artikel 345 VWEU, kan deze stelling worden geïllustreerd met de volgende noemenswaardige zaak in de discussie over de verhouding van privatiseringsverboden en de verhouding met de vrijheden, de zaak *Essent/Delta*.¹⁰⁷ Een kwaliteitseis in de statuten van energiebedrijf Delta hield in dat de aandelen in kwestie slechts door publieke aandeelhouders zouden mogen worden gehouden. De aandelen in Delta werden gehouden door drie provincies en 19 gemeenten. Deze statutaire regeling hield in feite een privatiseringsverbod in. In deze zaak (*Essent/Delta*) wilde het grotendeels in private handen zijnde Duitse RWE, aandelen overnemen die (in)direct werden gehouden door decentrale overheden. Er ontstond een verschil van mening over de vraag of dit wel of niet toegelaten was in verband met de in de statuten opgenomen kwaliteitseis. Indien de in de statuten opgenomen kwaliteitseis ongeldig zou zijn op grond van de vrijheden zoals neergelegd in de Verdragen, zou met de aandelenoverdracht aan RWE niet in strijd met de statuten worden gehandeld.¹⁰⁸ De juridische grondslag van de regeling die privaatrechtelijk is, verschilt van de privatiseringsverboden in de hierboven genoemde energiezaken die op wettelijke regelingen berusten.¹⁰⁹ Op 17 mei 2011 hebben Delta en het Duitse RWE aangegeven tot een minnelijke schikking te zijn gekomen, waarbij een intentieverklaring is getekend dat RWE slechts een belang van 30% krijgt in de kerncentrale en Delta een belang van 70% behoudt.¹¹⁰ Aldus is door de decentrale overheden als aandeelhouders in Delta gekozen om invloed via het meerderheidsaandeelhouderschap te bewerkstelligen en van een algeheel privatiseringsverbod af te zien.

106 Wanneer het geen bijzondere afwijking van het gemene vennootschapsrecht betreft dat uitsluitend ten gunste van de publieke investeerders is ingevoerd. Zie HvJ EG 23 oktober 2007, nr. C-112/05, *jur.* 2007, p. I-08995, r.o. 61 (*Commissie/Duitsland*).

107 Zie HR 21 januari 2011, LjN BO5290 (*Essent/Delta*).

108 Saillant detail is overigens dat RWE voor 16 procent mede in handen is van Duitse decentrale overheden.

109 Zie HR 24 februari 2012, LjN BQ9210, BQ9212 en BQ9214 (*Essent; Eneco; Delta/Staat*).

110 Zie *Het Financieele Dagblad* 17 mei 2011, 'Kerncentrale Borssele 1 voor 30% naar Duitsers'.

2.6 Tussenconclusie

Als een absoluut privatiseringsverbod door artikel 345 VWEU wordt beschermd, zou dit de lidstaten de gelegenheid geven om bij de transitie van publieke diensten naar (gedeeltelijke) privatisering een voorfase te creëren. De lidstaten zouden een beslissing om te privatiseren vooraf kunnen laten gaan door een absoluut privatiseringsverbod zonder dat dit volledige toepassing van de verdragsregels met zich brengt.

Enerzijds is het standpunt te verdedigen dat de keuze voor een absoluut privatiseringsverbod behoort tot de keuzevrijheid van lidstaten om een onderneming tot de publieke sector te rekenen en dat een andere zienswijze het neutraliteitsbeginsel van artikel 345 VWEU zou uithollen. Anderzijds zouden lidstaten economische activiteiten onder het mom van een absoluut privatiseringsverbod af kunnen schermen van de verdragsbepalingen waardoor een ongewenst ongelijk speelveld ontstaat. In feite is het de vraag of ook overheidslichamen – als publieke aandeelhouders die wegens een absoluut privatiseringsverbod hun aandelen niet kunnen verkopen aan private partijen – een beroep kunnen doen op de inbreuk die het privatiseringsverbod maakt op hun aandeelhoudersrechten en vrijheid van kapitaal. Mijn verwachting is dat de huidige lijn – waarbij lidstaten beleidsvrijheid hebben met betrekking tot de toekenning van eigendomsrechten, maar de uitoefening van die rechten onder toetsing van de verdragsregels valt – gehandhaafd blijft en dat het absolute privatiseringsverbod wordt getoetst onder de verdragsregels omdat artikel 345 VWEU anders een te grote ruimte voor afscherming van de verdragsregels zou bieden.

Artikel 345 VWEU kent de beleidsvrijheid aan de lidstaten toe om eigendom te reguleren en eigendomsrechten toe te kennen. Nationale beslissingen om al dan niet te privatiseren vallen derhalve op basis van deze toegekende bevoegdheid op basis van artikel 345 VWEU in beginsel buiten het toepassingsbereik van het Europese recht. De *uitoefening* van eigendomsrechten wordt echter wel onder het Europees recht getoetst. De scheidslijn tussen de vrijheid om eigendomssystemen te regelen en de uitoefening van die eigendomsrechten die door de lidstaat zijn toegekend is echter niet steeds evident. Het is de vraag of een (absoluut) privatiseringsverbod wordt gevrijwaard van toepasselijkheid van de fundamentele verdragsregels. Aangezien artikel 345 VWEU een uitzonderingsbepaling op de toepasselijkheid van verdragsregels betreft, past enerzijds een enge uitleg.

Anderzijds zou ondanks dit uitgangspunt artikel 345 VWEU mijns inziens vanwege de systematiek van het verdrag en de bewoordingen van het artikel zelf aldus kunnen worden uitgelegd dat een absoluut privatiseringsverbod op grond van artikel 345 VWEU wordt afgeschermd van de toetsing aan de

verdragsregels.¹¹¹ In het licht van de huidige benadering van het HvJ EU acht ik het echter waarschijnlijker dat ook een absoluut privatiseringsverbod niet wordt gevrijwaard van toetsing aan de verdragsregels, de vrijheden in het bijzonder. Of een absoluut privatiseringsverbod tot de beleidsvrijheid behoort die door artikel 345 VWEU wordt beschermd, moet nog blijken uit toekomstige uitspraken van het HvJ EU. Wellicht zal het HvJ EU zich over deze kwestie uitspreken bij de beantwoording van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad in de zaken *Essent*, *Eneco* en *Delta/Staat*.¹¹²

Indien het HvJ EU in de bovengenoemde zaken echter anders zou oordelen en het privatiseringsverbod geen bescherming geniet, zou verhelderd worden dat artikel 345 VWEU niet slechts een bepaling over de toepasselijkheid van verdragsregels is, maar ook betrekking heeft op de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten waarbij niet alleen de uitoefening van de bevoegdheden, maar ook de toekenning ervan, steeds voor toetsing aan de verdragsregels open staat.

3 ARTIKEL 106 LID 1 VWEU EN DE OVERHEIDSONDERNEMING IN HET MEDEDINGINGSRECHT

Zoals gezien is artikel 106 VWEU een belangrijk artikel bij de beoordeling van de vraag of de verdragsregels met betrekking tot de fundamentele vrijheden van toepassing zijn op overheidsondernemingen. Even belangrijk is het artikel echter met betrekking tot de uitleg en werking van de mededingingsrechtelijke bepalingen in het Europees verdrag. In deze paragraaf wordt nader in gegaan op het eerste lid van artikel 106 VWEU. In paragraaf 4 wordt vervolgens ingegaan op het belang van het tweede lid voor overheidsondernemingen.

3.1 Openbare bedrijven en overheidsondernemingen

Het eerste lid van artikel 106 VWEU bevestigt dat gedragingen van lidstaten met betrekking tot overheidsondernemingen niet buiten de toepassing van de verdragsbepalingen vallen. Artikel 106 lid 1 VWEU luidt namelijk:

111 Zie nader A. Verhoeven, 'Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with Respect to Public versus Private Ownership of Companies?', *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 863 en J.H.M. van Erp, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2). Wat wordt nu eigenlijk verstaan onder "Europees privaatrecht" en bestaat er "Europees" goederenrecht?', *WPNR* 2000/6408, p. 476.

112 Zie het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Hoge Raad op 29 februari 2012 – Staat der Nederlanden tegen *Essent NV* en *Essent Nederland BV*. Zie HvJ EU 26 mei 2012, nr. C-105/12, C-106/12, C-107/12, *Jur.* 2012, p. 12.

‘De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109’.¹¹³

Het artikel eist van lidstaten dat zij geen maatregelen nemen of in stand houden die strijdig zijn met Europees recht. En hoewel in het bijzonder wordt verwezen naar artikel 18 VWEU (discriminatieverbod) en de artikelen 101 tot en met 109 VWEU (mededingingsregels), mogen dergelijke maatregelen ook niet strijdig zijn met andere verdragsbepalingen of secundair recht. Onder overheidsmaatregelen worden wetten, reguleringen, bestuursrechtelijke bepalingen en praktijken en alle andere van overheidswege uitgevaardigde instrumenten verstaan. Voor de interpretatie van het begrip ‘maatregel’ kan worden aangesloten bij Richtlijn 70/50/EEG.¹¹⁴ Maatregelen hoeven geen bindend effect te hebben om als maatregel te kwalificeren. Wel is bepalend dat de maatregel van overheidswege wordt opgelegd.¹¹⁵ In het artikel wordt daarbij gesproken over ‘openbare bedrijven’ en ‘ondernemingen waaraan de lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen’. Voor wat betreft de definiëring van bijzondere of exclusieve uitsluitende rechten, lijkt een functionele interpretatie de voorkeur te hebben boven een formalistische invulling ervan, vanwege het nuttig effect van het Unierecht.¹¹⁶

Openbare bedrijven zijn nader gedefinieerd in de Transparantierichtlijn.¹¹⁷ Artikel 2 onder b van de Transparantierichtlijn omschrijft een openbaar bedrijf als volgt:

113 Zie *PbEU* 2008, C 115/90.

114 Zie Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van art. 33 lid 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *PbEG* 1970, L 13/29-31.

115 En hoewel in het bijzonder wordt verwezen naar artikel 18 VWEU (discriminatieverbod) en de artikelen 101 tot en met 109 VWEU (mededingingsregels), mogen dergelijke maatregelen ook niet strijdig zijn met andere verdragsbepalingen of secundair recht. Onder overheidsmaatregelen worden wetten, reguleringen, bestuursrechtelijke bepalingen en praktijken en alle andere van overheidswege uitgevaardigde instrumenten verstaan. Voor de interpretatie van het begrip ‘maatregel’ kan worden aangesloten bij Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van art. 33 lid 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *PbEG* 1970, L 13/29-31. Maatregelen hoeven geen bindend effect te hebben om als maatregel te kwalificeren. Wel is bepalend dat de maatregel van overheidswege wordt opgelegd. Zie nader A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 576-577.

116 R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 225.

117 Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25.

‘elk bedrijf waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels. De mogelijkheid om dominante invloed uit te kunnen oefenen wordt vermoed, wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van het bedrijf:

- i) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten,
- ii) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikken of
- iii) meer dan de helft van de leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van genoemd bedrijf kunnen benoemen.’

Zowel controle via de zeggenschapsrechten van aandelen, als controle via institutionele verbondenheid maken een bedrijf aldus tot een openbaar bedrijf. De begrippen openbaar bedrijf en bedrijven waaraan de lidstaten bijzondere of exclusieve rechten hebben verleend, sluiten elkaar niet uit omdat het geen complementaire of tegengestelde begrippen zijn. Een openbaar bedrijf kan aldus een van overheidswege toegekend bijzonder of exclusief recht hebben.¹¹⁸

Deze elementen uit de definitie van openbaar bedrijf maken niet zonder reden deel uit van de in hoofdstuk 1 gegeven definitie van de overheidsonderneming. De begrippen ‘openbaar bedrijf’ en ‘overheidsonderneming’ vertonen weliswaar enige overlap, maar de definitie van ‘openbaar bedrijf’ is ruimer aangezien ook een publiekrechtelijk ingerichte onderneming onder dit begrip valt. Dit in tegenstelling tot het begrip overheidsonderneming dat uitdrukkelijk ziet op privaatrechtelijk ingerichte ondernemingen. In het vervolg hanteer ik steeds de term overheidsonderneming. Wanneer ik doel op een onderneming die publiekrechtelijk is ingericht wordt dit expliciet aangegeven.

3.2 De verhouding tussen artikel 106 lid 1 VWEU en artikel 345 VWEU: overheidsonderneming en bijzondere of exclusieve rechten

Het in artikel 345 VWEU neergelegde neutraliteitsbeginsel heeft zoals besproken in paragraaf 2 slechts betrekking op de toekenning van eigendomsrechten.

118 Zie voor een omschrijving van de begrippen bijzondere of uitsluitende rechten nader art. 2 onder f en g Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17-25 of *PbEU* 2006, L 318/17 en zie zaak HvJ EG 19 maart 1991, nr. C-202/88, *Jur.* 1991, p. I-1223 (*Frankrijk/Commissie*) en HvJ EG 10 maart 1983, nr. 172/82, *Jur.* 1983, p. 555 (*Syndicat national des fabricants raffineurs d’huile de graissage en anderen tegen Groupement d’intérêt économique “Inter-Huiles” en anderen*). Een eerste dergelijke omschrijving vond plaats in het kader van procedures voor het HvJ EU met betrekking tot telecommunicatiediensten. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 575-576.

Er bestaat discussie over de vraag of het verlenen van een monopolie op zich reeds in strijd is met verdragsregels, of dat de lidstaten op grond van het in artikel 345 VWEU neergelegde neutraliteitsbeginsel, de vrijheid hebben om een monopolie toe te kennen. Een voorbeeld van een dergelijk publiek monopolie is het Zweedse alcoholmonopolie.¹¹⁹

Indien een overheidsonderneming een van overheidswege toegekend monopolie (voor diensten) bezit, moet de lidstaat overeenstemming hiervan met Europees recht verzekeren op grond van artikel 106 lid 1 VWEU.¹²⁰ Het HvJ EU stelt weliswaar dat het gunnen van exclusieve rechten op zichzelf niet wordt verboden door de verdragsregels (zie artikel 345 VWEU), maar dat het de lidstaten wel verboden is de mededingingsregels van hun effectiviteit te ontdoen.¹²¹ Wanneer een (toegekend) monopolie potentieel aanzet of kan leiden tot misbruik van de machtspositie door de onderneming, wordt de toekenning van dat monopolie in strijd met de verdragsregels geacht. De benadering van het HvJ EU laat weinig ruimte over voor lidstaten om een monopolie toe te kennen:¹²² het vergunnen van exclusieve rechten levert in beginsel een schending van artikel 106 lid 1 VWEU op, hoewel het tegendeel van een schending bewezen kan worden indien een objectieve rechtvaardiging voor de exclusiviteit bestaat.¹²³

Deze benadering holt de betekenis van het hierboven besproken artikel 345 VWEU enigszins uit.¹²⁴ Het organiseren van economische activiteiten door het verlenen van exclusieve rechten aan bepaalde ondernemingen is derhalve moeilijker geworden, of zoals Craig en De Búrca stellen: 'Agnosticism as to forms of economic organization has been replaced by a more strident belief in the operation of free markets, unless the state can provide special justification for the privileges accorded.'¹²⁵

119 Zie H.J. van Harten, 'Over innemen en afscheiden; tussen vrij verkeer en alcoholmonopolie', *NTER* 2007/10, p. 185-190. Over monopolies zie nader V. Kronenberger, 'A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory', *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 301-338.

120 Voor een toegekend monopolie betreffende goederen geldt art. 37 VWEU dat wordt besproken bij het vrij verkeer van goederen in par. 6.1 van dit hoofdstuk.

121 De begrippen van art. 106 VWEU worden zodanig uitgelegd dat deze geen afbreuk mogen doen aan het nuttig effect van de overige verdragsbepalingen. Zie nader Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 689.

122 Zie voor een aantal categorieën die in ieder geval strijd opleveren met art. 106 VWEU A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 596-598.

123 Zie P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1080 en A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 585-598.

124 Zo ook A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 575-576.

125 Zie P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1080.

3.3 De overheidsonderneming in het mededingingsrecht

3.3.1 Inleiding

Hierboven is de toepasselijkheid van de verdragsregels op grond van artikel 106 lid 1 VWEU (met relevantie voor de overheidsondernemingen) besproken. Wanneer geen beroep kan worden gedaan op de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU, zijn de verdragsregels met betrekking tot de fundamentele vrij verkeersbepalingen, mededingings- en staatssteunbepalingen onverkort van toepassing op de overheidsonderneming. In deze paragraaf wordt de overheidsonderneming in het Europese mededingingsrecht besproken.¹²⁶ Hieronder worden het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie toegepast op de overheidsonderneming. De staatssteunregels worden in de volgende paragraaf besproken.

In deze paragrafen wordt steeds besproken in hoeverre een bijzondere afweging van belangen of een bijzondere behandeling van de overheidsonderneming kan plaatsvinden, indien de overheidsonderneming op grond van artikel 106 lid 2 VWEU geen uitzonderingspositie heeft.

3.3.2 De verhouding tussen de verschillende relevante normatieve bepalingen voor de overheidsonderneming

De doelstelling van de interne markt, de vrijverkeersbepalingen, het mededingingsrecht en de staatssteunregels verhouden zich als volgt. De vrijverkeersbepalingen beogen belemmeringen die de totstandkoming van de interne markt verhinderen weg te nemen door (overheids)maatregelen op verenigbaarheid met de interne markt te toetsen. Het mededingingsrecht beoogt hetzelfde voor belemmeringen van het functioneren van de interne markt te bereiken door het marktgedrag van ondernemingen te normeren.¹²⁷ Om ten slotte de daad-

126 Het Nederlandse mededingingsrecht is georiënteerd op het Europese mededingingsrecht en sluit hierbij zoveel mogelijk aan maar zal verder buiten beschouwing blijven. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 3, 7 en 10. De regeling met betrekking tot toezicht bij concentraties door de Europese Commissie op basis van de Concentratieverordening om voorafgaand aan een fusie toezicht te houden op het eventueel verkrijgen van een machtspositie blijft buiten beschouwing. Zie Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de EG-concentratieverordening), *PbEU* 2004, L 24/1–22.

127 De normadressaten van art. 101 VWEU zijn ondernemingen. Ook lidstaten dienen het artikel in acht te nemen. Zij mogen het nuttige effect niet teniet doen. Lidstaten mogen ondernemingen niet aanmoedigen om de mededingingsrechtelijke verboden te overtreden. Zie in dit verband met betrekking tot de voorganger van art. 102 VWEU, art. 82 EG-Verdrag, HvJ EG 21 september 1988, nr. 267/86 *Jur.* 1988, p. 4769 (*Van Eycke/ASPA*). Hoewel dit arrest het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie betrof, kan een analoge redenering worden gevolgd voor de verplichtingen die lidstaten hebben ten aanzien van

werkelijke concurrentie te bevorderen, beoogt het staatssteunbeleid concurrentievervalsing door overheidsfinanciering te voorkomen door investeringen van de overheid te toetsen aan het zogenaamde ‘*economy investor*’ beginsel.

3.3.3 *Het kartelverbod van artikel 101 VWEU*

Algemeen

Concurrentiebeperkende afspraken of onderling afgestemde gedragingen als bedoeld in artikel 101 VWEU zijn voor zowel overheidsondernemingen als reguliere ondernemingen verboden. Omdat de overheidsonderneming in dit kader in beginsel geen van reguliere ondernemingen afwijkende positie inneemt, kan een uitgebreide bespreking achterwege blijven. Slechts voor zover specifiek voor de overheidsonderneming relevant worden enkele opmerkingen bij dit artikel gemaakt.

Het kartelverbod

Artikel 101 VWEU verbiedt in het eerste lid onder meer alle overeenkomsten tussen ondernemingen, die de tussenstaatse handel ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.¹²⁸ Artikel 101 lid 1 VWEU geeft een – overigens geenszins extensieve – opsomming van gevallen die als verboden moeten worden beschouwd. Het betreft een lijst van voorbeelden. Dergelijke verboden¹²⁹ overeenkomsten zijn op grond van artikel 101 lid 2 VWEU van rechtswege nietig.¹³⁰ De overheid mag ondernemingen niet behulpzaam zijn bij het overtreden van het kartelverbod.¹³¹ Ook op afspraken tussen overheidsondernemingen onderling kan artikel 101 VWEU van toepassing zijn.¹³² Overeenkomsten gesloten door overheidsondernemingen in strijd

het kartelverbod in art. 101 VWEU. De lidstaten hebben een onthoudingsplicht. Zie HvJ EG 16 november 1977, nr. 13/77, *Jur.* 1977, p. 2115 (*Inno/Atab*).

128 Ook worden alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, maar deze blijven buiten beschouwing. Zie nader A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 171-183.

129 De nietigheid betreft slechts de verboden in de individuele bepalingen tenzij deze onscheidbaar zijn van de overige bepalingen. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 186.

130 Additionele sancties zijn mogelijk en door de overeenkomst gelaedeerde personen kunnen schadevergoeding eisen. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 122-123.

131 Zie HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 34 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*).

132 Zie Commissie beschikking 16 januari 1991, zaak IV/32.732 (*IJsselcentrale e.a.*), *PbEG* L 028 van 2 februari 1991, p. 32-46. waar afzonderlijke energiemaatschappijen aanvoerden dat zij tezamen met de door hun opgerichte joint venture een opzichzelfstaande economisch entiteit vormden. Dit werd afgewezen nu zij alle afzonderlijke rechtspersonen waren, niet door een enkele natuurlijke dan wel rechtspersoon werden bestuurd en in staat waren om

met artikel 101 VWEU kunnen derhalve nietig zijn, hetgeen een doorkruising van overheidsbeleid kan betekenen.¹³³

Op grond van artikel 101 lid 3 VWEU kan de Commissie (een groep van) afspraken, besluiten of gedragingen buiten het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU plaatsen.¹³⁴ Er moet dan sprake zijn van een bijdrage tot verbetering van de productie of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Wel is dan vereist dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, er geen disproportionele beperkingen aan de betrokken ondernemingen worden opgelegd en de mededinging niet voor wezenlijk deel van de betrokken producten wordt uitgeschakeld. Zo kunnen bijvoorbeeld crisiskartels toelaatbaar worden geacht.¹³⁵

Er bestaat derhalve ruimte om onder artikel 101 VWEU de negatieve effecten op de mededinging af te wegen tegen bepaalde positieve effecten.¹³⁶

Over de vraag of deze afweging onder artikel 101 lid 1 (ongunstige beïnvloeding) of onder artikel 101 lid 3 VWEU (mogelijke verbetering) behoort plaats te vinden, bestaat discussie.¹³⁷ Gezien de systematiek van het VWEU, ligt het

hun eigen bedrijfsvoering onafhankelijk in te richten. Zie ook R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2012, p. 95.

133 Indien een overheidsonderneming mededingingsbeperkende overeenkomsten sluit, zullen deze onder art. 101 VWEU nietig kunnen worden verklaard, tenzij de overheidsonderneming niet de vrijheid had om anders te handelen vanwege nationale regelgeving. Indien een lidstaat zijn deelneming in een overheidsonderneming gebruikt om overheidsbeleid uit te werken, zal deze getoetst worden als een nationale maatregel die mogelijk strijd oplevert met de vrijverkeersbepalingen. Wel moet worden opgemerkt dat concessie-overeenkomsten niet onder het kartelverbod vallen. 'Dit artikel slaat niet op concessie-overeenkomsten tussen gemeenten handelend in hun hoedanigheid van overheid, en ondernemingen belast met de uitvoering van een openbare dienst'. Zie HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 18 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*).

134 Zie nader hierover A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 253. Voor de geldende groepsvrijstellingen op basis van dit artikel zie de website van de Commissie <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

135 Zie hierover nader D.W.L.A. Schrijvershof, 'Mededingingsrecht in economisch zware tijden: de (on)mogelijkheden voor crisiskartels', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2012/1, p. 9-20.

136 Zie J.W. van de Gronden, 'Niet-economische belangen en het mededingingsrecht: het Europese en Nederlandse kader', in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans (red), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 27.

137 De belangenafweging vindt plaats in de context van de mededingingsbeperkende gedraging en opgemerkt moet worden dat de Europese Commissie het standpunt aanhangt dat een belangenafweging slechts plaats kan vinden indien aan de overige voorwaarden van art. 101 lid 3 wordt voldaan. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 246.

in de rede om de visie van de Europese Commissie te volgen, en de belangenafweging plaats te laten vinden onder artikel 101 lid 3 VWEU.¹³⁸ Interessant in het kader van dit onderzoek is de vraag of onder artikel 101 VWEU ruimte is voor een afweging van de negatieve economische effecten tegen andere belangen, zoals een door de overheidsonderneming behartigd publiek belang.¹³⁹ Wanneer gekeken wordt naar de wisselwerking tussen het mededingingsbeleid, andere doelstellingen van de Europese Unie en rechtspraak van het HvJ EU kan worden gesteld dat ook andere belangen doordringen in het mededingingsrecht.¹⁴⁰

Voor de overheidsonderneming kan worden beargumenteerd dat bevoegdheden tot ingrijpen voor de overheid weliswaar een beperkende invloed op de mededinging hebben, maar dat het feit dat de publieke taak niet in de publieke sector plaatsvindt, maar door een onderneming, mededingingsbevorderend is.

Toetsingskader gebaseerd op belangenafweging ontheffing kartelverbod

De afweging tussen publieke en economische belangen is niet eenvoudig. In het huidige kader van 'de fundamentele vrijheden' worden mijns inziens publieke belangen slechts toegelaten als geconditioneerde uitzonderingen waarbij *ex ante* controle nauwelijks mogelijk lijkt.

Maar hoewel niet eenvoudig, is het wellicht mogelijk om de negatieve mededingingsbeperkende effecten van overheidcontrole op publieke taakbehar-ting door de overheidsonderneming, af te wegen tegen andere positieve effecten. Een aan het publieke belang aangepast toetsingskader, dat gebaseerd is op de belangenafweging bij de toets voor ontheffing van het kartelverbod zou hierbij richting kunnen geven. Er zijn op grond van artikel 101 lid 3 VWEU vier criteria voor het kunnen geven van een ontheffing van het kartelverbod:

138 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 231-240.

139 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 244-247.

140 Zie J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, 'Conclusies: Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 Het cruciale jaar?', in: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans (red), *Mededingingen niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 316-317. Weatherill stelt zelfs dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, mogelijk een subtiele wijziging in het stellen van prioriteiten heeft plaatsgevonden voor wat betreft de afweging van het interne markt doel tegenover andere belangen. Hij zegt hierover: '(...) it cannot be excluded that the Court might conclude that the prominence of the Union's commitment to undistorted competition has been reduced and that it accordingly carries less weight than it has done hitherto when pitched against other concerns (...). Zie S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 264-265.

- de overeenkomst moet een bijdrage leveren aan de verbetering van de productie of van de distributie van de producten of leiden tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
- een billijk aandeel van de voordelen van de overeenkomst moet ten goede komen aan de gebruikers;
- de mededingingsbeperkingen moeten onmisbaar zijn voor de te bereiken doelstelling;
- er moet voldoende restconcurrentie overblijven.¹⁴¹

Om tot een voor de overheidsonderneming geschikt toetsingskader te komen, zullen deze criteria enigszins aangepast geïnterpreteerd moeten worden. Zo moet in plaats van 'overeenkomst', 'overheidsinvloed op overheidsondernemingen' worden gelezen en moeten de voorwaarden niet in het kader van de verkoop van producten, maar het leveren van diensten worden gezien. Het eerste criterium kan aldus worden verstaan dat de overheid bij de publieke taakbehartiging door de overheidsonderneming, met name het publieke belang voor ogen heeft. Het tweede criterium kan inhouden dat voldoende is dat de overheid nastreeft dat de overheidsonderneming een van overheidswege opgelegd plafond voor winstmaximalisatie kent, opdat de winst die de overheidsonderneming maakt, voor een deel ten goede komt aan de publieke taakbehartiging. Het derde criterium kan als een invulling van het geschiktheids criterium van de vrijverkeerstoets worden gezien en het vierde criterium zal betekenen dat de ratio van overheidsinvloed voldoende wordt gemotiveerd. Het rekening houden met het belang van de publieke taak past bij het kader dat artikel 3 VEU en artikel 14 VWEU schetsen voor diensten van algemeen economisch belang geleverd door overheidsondernemingen.

Echter, voornamelijk wordt er van uitgegaan dat de bewoordingen van artikel 101 VWEU weinig ruimte lijken te laten voor het meewegen van andere belangen dan de effecten op de mededinging. De mogelijkheden voor de afweging van publieke belangen tegenover de negatieve economische effecten op de mededinging lijken aldus beperkt.

3.3.4 Het verbod op misbruik van machtspositie ex artikel 102 VWEU

Algemeen

Artikel 102 VWEU verbiedt ondernemingen¹⁴² om misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt, wanneer de tussenstaatse handel hierdoor ongunstig wordt beïnvloed. In deze paragraaf wordt aangetoond dat overheids-

141 Zie ook HvJ EG 13 juli 1966, gev. zaken nrs. 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 449 (*Consten-Grundig*).

142 Zowel individueel of gezamenlijk, in die zin dat een collectieve dominante positie mogelijk is.

ondernemingen door haar bijzondere positie bijna zonder uitzondering onder toetsing van dit artikel vallen.¹⁴³

Niet het hebben van een machtspositie, maar het misbruik maken ervan is verboden.¹⁴⁴ Het vaststellen van het hebben van een machtspositie en het misbruik ervan maken zijn twee afzonderlijke toetsen.¹⁴⁵ Dit geeft aan dat bepaald gedrag voor een niet-dominante onderneming toelaatbaar kan zijn, terwijl dit voor een onderneming met machtspositie misbruik in de zin van artikel 102 VWEU oplevert.¹⁴⁶ Hieronder licht ik de begrippen machtspositie en misbruik nader toe omdat deze met name bepalend zijn voor de mate van vrijheid voor de lidstaten om nationaal beleid uit te voeren door middel van het deelnemen aan het economisch verkeer via privaatrechtelijke constructies, zoals de overheidsonderneming.

Machtspositie

Een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU is op grond van jurisprudentie 'een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen.'¹⁴⁷ Het criterium is derhalve in hoeverre de onderneming zich onafhankelijk kan gedragen binnen een bepaalde markt.¹⁴⁸ Daarbij is van belang in welke mate de onderneming invloed kan uitoefenen op de voorwaarden waaronder mededinging binnen die markt plaatsvindt.¹⁴⁹ Er bestaat een machtspositie als er sprake is van (een dominante) marktmacht op de relevante markt. De huidige benadering van de Commissie en het HvJ EU is dat vrij

143 Het feit dat de afwezigheid of de beperking van de mededinging op een bepaalde markt zijn oorzaak vindt in of in de hand wordt gewerkt door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, staat geenszins in de weg aan toepassing van het verbod van misbruik van machtspositie. Zie HvJ EG 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, r.o. 26 (*Corinne Bodson tegen SA Pompes funèbres des régions libérées*)

144 Het artikel bevat vijf constitutieve elementen. De entiteit moet gekwalificeerd kunnen worden als onderneming (1) volgens de eerder genoemde functionele definitie van het HvJ EU. De onderneming moet bovendien een machtspositie hebben (2) op de interne markt of een substantieel deel daarvan (3), en hiervan misbruik maken (4). En de tussenstaatse handel moet negatief worden beïnvloed (5).

145 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 291.

146 Zie HvJ EG 9 november 1983, nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461, r.o. 57 (*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/ Commissie*).

147 Zie HvJ EG 14 februari 1978, nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 274-275 (*United Brands*).

148 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 285.

149 Zie HvJ EG 13 februari 1979, nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-LaRoche&Co*).

eenvoudig een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU wordt aangenomen, aangezien de relevante markt zeer eng wordt geïnterpreteerd.¹⁵⁰

Er is een aantal indicatoren die wijst op het hebben van marktmacht. De grootte van het marktaandeel vormt hierbij de belangrijkste factor. Indien het marktaandeel van een onderneming ten minste 50% van de markt is, bestaat het weerlegbare vermoeden dat deze onderneming een dominante positie heeft en hoe hoger het marktaandeel, des te eerder marktmacht wordt aangenomen.¹⁵¹ Het marktaandeel wordt zowel absoluut als in verhouding tot het aandeel van concurrerende ondernemingen bekeken en ook de eventuele duur van de periode waarin het aandeel wordt gehouden. Hoewel een marktaandeel onder de 40% het ontbreken van marktmacht aannemelijk maakt, bestaat er geen 'veilige haven'-drempel.¹⁵²

Onder de andere factoren die mee kunnen spelen bij het bepalen of sprake is van marktmacht zijn in het bijzonder voor de overheidsonderneming de volgende twee indicatoren van belang. Allereerst worden wettelijke monopolies en specifieke regulering zoals een verplicht vergunningstelsel, automatisch gezien als hindernissen van markttoegang die in ieder geval wijzen op het hebben van marktmacht.¹⁵³ Ten tweede is ook de toegang tot de kapitaalmarkt – indien een grote investering nodig is om de markt te betreden – een indicatieve factor van marktmacht.¹⁵⁴ Vanwege deze benadering ten aanzien van het vaststellen van een machtspositie door het HvJ EU en de Commissie zullen overheidsondernemingen bijna steeds worden beschouwd als ondernemingen met een machtspositie.¹⁵⁵ De overheidsonderneming zal immers door middel van een wettelijk monopolie of bijzondere rechten bijna steeds de relevante markt beheersen. En ook wanneer de overheidsonderneming geen

150 Indien de relevante markt namelijk nauw wordt afgebakend, zal eerder sprake zijn van marktmacht leidend tot dominantie en derhalve een machtspositie. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 292-324. Zie voor de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie de Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* C45/2, preambule 1 en 9 en A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 366-368.

151 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 327-329.

152 Zie Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* C45/2, onder 14.

153 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 342-343.

154 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 345-346.

155 Zie bijv. zaak C-209/98, *Jur.* 2000 p. I-03743 (*Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) tegen Københavns Kommune*) en nader E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswetenschappen* 2010/5, p. 74-87.

groot marktaandeel heeft – maar de overheid haar institutionele verbondenheid met de onderneming bijvoorbeeld heeft beperkt tot het houden van een aandeel met bijzondere zeggenschap – zal de overheidsonderneming al snel als dominant worden beschouwd. Wanneer de kosten voor markttoegang hoog zijn, kan de overheid en daarmee wellicht ook de overheidsonderneming een betere toegang tot de kapitaalmarkt hebben, dan een reguliere onderneming. Wanneer de toegangskosten tot een markt hoog zijn en de betrokken diensten niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zouden kunnen worden aangeboden, kan de overheid het garanderen van die diensten middels een overheidsonderneming als onderdeel van haar publieke taak zien. En diezelfde reden voor overheidsingrijpen – namelijk de hierboven genoemde hoge markttoegangskosten – is in combinatie met de bevoorrechte positie van de overheid tot de kapitaalmarkt, reden om een machtspositie aan te nemen.

Misbruik

Als vaststaat dat de overheidsonderneming een machtspositie onder artikel 102 VWEU heeft, zal moeten worden bezien of het gedrag van die onderneming als misbruik in de zin van artikel 102 valt te kwalificeren. Een dominante onderneming heeft ten aanzien van de mededinging onder Europees recht een bijzondere verantwoordelijkheid.¹⁵⁶ Zo kan een weigering om te leveren of het discrimineren van afnemers – hetgeen een onderneming zonder machtspositie wel is toegestaan¹⁵⁷ – misbruik opleveren onder artikel 102 VWEU.¹⁵⁸ Het is zelfs mogelijk dat een bepaalde overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU ter vrijstelling van het kartelverbod, maar desalniettemin verboden is op grond van artikel 102 VWEU.¹⁵⁹

Artikel 102 VWEU bevat een niet-limitatieve opsomming van (categorieën van) gevallen waarin sprake kan zijn van misbruik.¹⁶⁰ Misbruik kan gelegen zijn in het exploiteren van de consumenten of het uitsluiten of beperken van concurrentie.¹⁶¹ Het huidige toezicht concentreert zich op de laatste vorm van misbruik. De grens tussen hetgeen is toegestaan omdat dit behoort tot

156 Zie HvJ EG 9 november 1983, nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461, r.o. 57 (*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commissie*) en zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 366-368.

157 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 667.

158 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 357.

159 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 668.

160 Zie HvJ EG 21 februari 1973, nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Europemballage Corp & Continental Can Inc./Commissie*), r.o. 26 en zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 361-362.

161 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 358.

normale concurrentie en hetgeen is verboden omdat het misbruik van de machtspositie oplevert, is niet eenvoudig aan te geven.¹⁶²

Voor de overheidsonderneming is van belang, dat gedrag – ook wanneer er geen financieel of ander voordeel uit voortvloeit – als misbruik kan kwalificeren, zelfs wanneer geen misbruik wordt beoogd.¹⁶³ Daarbij moet worden opgemerkt dat wanneer de dominante positie het gevolg is van een toekenning van een wettelijk monopolie in beginsel steeds sprake zal zijn van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU.¹⁶⁴ De mogelijkheid om eventueel gedrag dat kwalificeert te rechtvaardigen met een beroep op publieke belangen, wordt niet expliciet geboden door artikel 102 VWEU. Het artikel bevat anders dan artikel 101 VWEU namelijk geen uitdrukkelijke uitzonderingsmogelijkheid. In het arrest Hilti¹⁶⁵ deed de producent van schiethamers, nagels en patroonstrips ter rechtvaardiging van de koppelverkoop van patroonstrips en nagels – kwalificerend als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU – een beroep op de behartiging van publieke veiligheid. De onderneming had een dergelijke taak niet opgelegd gekregen door de Britse overheid, maar achtte het zelf noodzakelijk het gebruik van niet door haar zelf geproduceerde patronen voor de door haar geïmporteerde schiethamers vanuit veiligheidsredenen te voorkomen.¹⁶⁶ Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde dat het in de context van haar overige gedragingen, waarschijnlijker was dat de onderneming haar machtspositie probeerde te versterken dan dat zij daadwerkelijk een publiek belang probeerde te behartigen. De daarover beslissende rechtsoverwegingen luiden:

‘118 Zoals de Commissie heeft gesteld, bestaat er in het Verenigd Koninkrijk wetgeving die de verkoop van gevaarlijke producten en misleidende uitingen ten aanzien van de eigenschappen van een produkt strafbaar stellen. Ook zijn er de nodige bevoegde instanties om die wetgeving te handhaven. Onder deze omstandigheden is het zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt, [om] op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij al of niet terecht als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren.’

162 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 368-375.

163 Zie HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-LaRoche&Co*), r.o. 91.

164 Dit wordt de ‘automatisch misbruik’ theorie van het HvJ EU genoemd. Zie V. Kronenberger, ‘A Model of the Transformation Process of Statutory Monopolies in European Community Law: From Practice to Theory’, *European Business Organization Law Review* 2001/2, p. 307.

165 Zie GvEA 12 december 1991, nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-01439 (*Hilti AG/Commissie van de Europese Gemeenschappen*).

166 De onderneming leverde bepaalde eindverbruikers of distributeurs alleen patroonstrips wanneer tegelijkertijd met deze strips de daarbij passende hoeveelheid nagels werd besteld. De onderneming vertoonde nog andere gedragingen die hier echter buiten bespreking blijven.

De bewoordingen ‘op eigen initiatief’ laten mijns inziens aldus wel ruimte voor private ondernemingen om ter rechtvaardiging van handelingen een beroep te doen op de behartiging van hun door de bevoegde autoriteiten toegekende publieke belangen. Ook de Europese Commissie lijkt hiervan uit te gaan gezien de volgende overweging in een mededeling omtrent de handhaving van artikel 102 VWEU:

‘De vraag of de gedraging *objectief noodzakelijk en evenredig* is, dient te worden beantwoord op basis van factoren die extern zijn aan de onderneming met een machtspositie. Uitsluitingsgedrag kan bijvoorbeeld worden beschouwd als objectief noodzakelijk uit met het karakter van het betrokken product verband houdende veiligheids- of gezondheidsoverwegingen. Toch dient bij de bewijsvoering dat dit soort gedrag objectief noodzakelijk is, rekening te worden gehouden met het feit dat het normaal de taak is van overheden om voor de volksgezondheid en veiligheid normen vast te stellen en deze te doen naleven. Het is zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt, om op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij, al of niet terecht, als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren’.¹⁶⁷

De bepaling in de Commissiemededeling geeft weer dat om te bezien of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor gedrag dat als misbruik kwalificeert onder artikel 102 VWEU, beoordeeld dient te worden of de gedraging evenredig is om het gestelde doel te bereiken. Deze werkwijze lijkt op de toets van evenredigheid die onder de vrijverkeersregels plaatsvindt ter beoordeling of er een objectieve rechtvaardigingsgrond is voor op de vrijverkeersbepalingen inbreukmakende overheidsmaatregelen (*‘Rule of Reason’-redenering*).¹⁶⁸

Overheidsinvloed onder artikel 102 VWEU

De invloed die de overheid op de onderneming zelf wenst te hebben, wordt vormgegeven door vennootschapsrechtelijke constructies en/of specifieke regulering. Hiermee wordt een mate van invloed bewerkstelligd die veelal als een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU wordt beschouwd. Ook vanwege de vormgeving van overheidsinvloed via privaatrechtelijke instrumenten zullen overheidsondernemingen bijna steeds onder het verbod op misbruik van machtspositie vallen. Hierdoor wordt de overheid beperkt in haar beleidsvrijheid om afspraken te maken die wel gemaakt kunnen worden door regulie-

¹⁶⁷ Zie Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C 45/2, onder 29.

¹⁶⁸ Er is in het algemeen feit dat er een mate van convergentie te zien tussen de interpretatie van de vrijverkeersbepalingen en de mededingingsregels. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 500.

re ondernemingen. Het is de vraag in hoeverre gedrag dat als misbruik kan worden gekwalificeerd onder artikel 102 VWEU door de betrokken overheidsonderneming met een beroep op een toegekend publiek belang, objectief kan worden gerechtvaardigd. De toekomst zal dit moeten uitwijzen, vooralsnog is objectieve rechtvaardiging van misbruikgedrag op grond van publieke taakbehartiging nauwelijks mogelijk.¹⁶⁹

4 ARTIKEL 106 LID 2 VWEU. DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG EN DE STAATSSTEUNREGELS

4.1 Algemeen

Hierboven is de verplichting uiteengezet van lidstaten om de verdragsregels met betrekking tot de in artikel 106 lid 1 VWEU omschreven ondernemingen, waaronder overheidsondernemingen, onverkort na te leven. Deze onverkorte toepassing van de verdragsregels kan echter vanuit het standpunt van een lidstaat onwenselijk zijn wanneer aan dergelijke ondernemingen een dienst van algemeen economisch belang is toevertrouwd. Hoewel er geen algemene uitzondering voor dergelijke publieke diensten bestaat – toekomstige liberaliseringsprocessen zouden hierdoor namelijk kunnen worden geblokkeerd¹⁷⁰ – biedt artikel 106 lid 2 VWEU bepaalde ondernemingen¹⁷¹ onder voorwaarden een uitzonderingspositie voor de toepasselijkheid van verdragsregels.¹⁷²

Artikel 106 lid 2 luidt als volgt:

‘De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang [...],¹⁷³ vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of

169 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 376.

170 Zie nader W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *ELR* 2008, p. 174.

171 Ondanks het feit dat ook dit lid zich evenals het eerste lid van art. 106 VWEU richt tot de lidstaten, kan een onderneming zich (bijvoorbeeld ter verdediging van het maken van misbruik van een machtspositie ex art. 102 VWEU) beroepen op de derogerende werking van art. 106 lid 2 VWEU. Zie W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *ELR* 2008, p. 169. Anders zie N. Dunne, ‘Knowing When to See It: State Activities, Economic Activities, and the Concept of Undertaking’, *Columbia Journal of European Law* 2010/16, p. 431-432.

172 Voor een vergelijking met dergelijke Nederlandse mededingingsrechtelijke regels zie W. Sauter, ‘Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg’, *M&M* 2008/1, p. 4-12.

173 ‘...of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie’, De in het artikel genoemde fiscale monopolies komen nauwelijks meer voor, zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 690.

in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.'

Het belang van de uitzonderingspositie voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang is groot, en door liberalisering van in het verleden bestaande staatsmonopolies zelfs groter geworden.¹⁷⁴ Hierbij kan niet alleen gedacht worden aan ongestoorde energievoorziening, maar ook aan de reeds genoemde ambulancediensten of afvalverwerking.¹⁷⁵ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon waarbij voor het eerst het begrip 'diensten van algemeen belang' in primaire communautaire wetgeving is opgenomen door toevoeging van een Protocol met betrekking tot diensten van algemeen belang, zal het belang van de uitzondering alleen maar toenemen.¹⁷⁶ Allereerst zullen lidstaten graag gebruik maken van de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU aangezien volgens de huidige benadering van het HvJ EU afwijking van de toepasselijke regels (op de aanvullende uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU voor diensten van algemeen belang en fiscale monopolies na) slechts mogelijk is wanneer de toepasselijke regels daarin zelf voorzien zoals de verdragsexcepties een aan de verbodsbepalingen van de vrijheden derogerende werking hebben.¹⁷⁷ Ten tweede zal de uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang onverminderd de belangstelling van lidstaten hebben, omdat zij onder de huidige stand van zaken ten aanzien van artikel 106 lid 2 VWEU, de mogelijkheid hebben om diensten van algemeen economisch belang grotendeels naar eigen inzicht in te richten.¹⁷⁸ Want:

174 Dit vanwege de verruimde betekenis van het begrip dienst van algemeen economisch belang, zie A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

175 Zie HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*) en HvJ EG 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorf e.a.*).

176 Zie Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang, *PbEU* 2007, C 306/158-159. Zie bijv. voor de liberalisering in zorgmarkten W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 4-12.

177 Zie bijvoorbeeld de mogelijke verdragsexcepties van art. 36 VWEU die afwijking van art. 34 VWEU en art. 35 VWEU toestaat.

178 Zie de Mededeling van de Commissie 'Communautaire richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken' (*PbEU* 2009, C 235, p. 7).

‘Bij gebrek aan Europese harmonisatie genieten de Lidstaten een aanzienlijke beleidsvrijheid bij de instelling en vormgeving van diensten van algemeen economisch belang.’¹⁷⁹

4.2 Uitzondering diensten van algemeen economisch belang

Indien een onderneming als bedoeld in artikel 106 lid 2 VWEU een bijzondere taak vervult, welke taak in het gedrang komt indien de verdragsregels onverkort worden toegepast, kan de toepassing van de verdragsregels worden genuanceerd.¹⁸⁰ Om de vraag te beantwoorden of een beroep kan worden gedaan op de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU, dient te zijn voldaan aan de in dit artikel gestelde voorwaarden. Alvorens toe te komen aan de vraag of sprake is van een dienst van algemeen economisch belang, moet eerst worden vastgesteld of sprake is van een *onderneming* die diensten van algemeen economisch belang verricht.

Het in het Europese recht gehanteerde ondernemingsbegrip dat reeds in hoofdstuk 1 aan de orde kwam, wordt aldus geïnterpreteerd door het HvJ EU dat de vraag of sprake is van een onderneming niet afhankelijk is van de gekozen nationale organisatievorm. Het is een autonoom en functioneel begrip waarbij het doorslaggevende criterium de aanwezigheid van een economische activiteit is.¹⁸¹ Dit criterium is nader uitgewekt in de rechtspraak van het HvJ EU en ‘gecodificeerd’ in een Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels.¹⁸² Aangezien het tweede lid een uitzondering op het verdrag betreft, hanteert het HvJ EU een zeer strikte uitleg van de in dit artikel bedoelde ondernemingen.¹⁸³

179 Zie S.A.C.M. Lavrijssen en D. Özmis, ‘Naar een effectief toezicht op de woningcorporaties. Balanceren tussen staat en markt’, *RegelMaat* 2010/3, p. 109-122, i.h.b. noot 8. Zie nader over diensten van algemeen economisch belang, W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *European Law Review* 2008/33-2, p. 167-193.

180 Zo kan compensatie voor het uitvoeren van een dienst van algemeen economisch belang – indien wordt voldaan aan bepaalde voorwaarden – worden gekwalificeerd als verenigbare steun. Zie nader met betrekking tot staatssteun par. 4 en par. 7 van dit hoofdstuk. Overigens kan geen beroep op de uitzondering worden gedaan wanneer dit een inbreuk op het belang van de Unie van de ontwikkeling van het handelsverkeer oplevert, op grond van de laatste zin van art. 106 lid 2 VWEU.

181 Zie A. Jones en B. Sufirin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 565-568.

182 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C 8/4.

183 Zie HvJ EG 27 maart 1974, nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/SABAM*), HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-242/95 *Jur.* 1997, p. I-4449 (*GT-Link*) en HvJ 10 december 1991, nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889, nr. 27 (*Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli SpA*). Zie nader P. Craig en G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1080-1081.

4.3 Discretionaire bevoegdheid lidstaten tot wettelijke aanwijzing onderneming en publieke taak als dienst van algemeen economisch belang

De ondernemingen moeten specifiek door de lidstaten zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Het louter toekennen van een exclusief of bijzonder recht in de zin van het eerste lid is niet voldoende. Er moet sprake zijn van een specifiek door de overheid opgedragen taak. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU betekent dit dat vereist is dat de taak van overheidswege, dat wil zeggen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan, is toegekend.¹⁸⁴ Het belang om een publieke taak uitdrukkelijk op te nemen in de statuten geeft niet alleen uitdrukking aan het feit dat de overheidsonderneming een deel van de publieke taak op zich heeft genomen zodat de institutionele vennootschapsrechtelijke verhoudingen hierdoor mede bepaald worden, maar is ook een verlengstuk van de wettelijke opgedragen taak. Voor de overheidsonderneming is het derhalve van belang dat om een beroep op de aan de verdragsregels derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU te kunnen doen, de dienst expliciet moet zijn toegekend, de dienst in het publiek belang noodzakelijk wordt geacht en de aanbieder een verplichting moet hebben deze dienst aan te bieden.¹⁸⁵

De wens van de Rijksoverheid dat alle door publiek aandeelhouderschap te behartigen publieke belangen zo duidelijk mogelijk moeten worden omschreven in overeenstemming met statutaire bevoegdheden,¹⁸⁶ kan worden gezien als een aanzet om te voldoen aan deze voorwaarde, maar een wettelijke toekenning (bij wet of door concessie) lijkt vooralsnog noodzakelijk.¹⁸⁷ De publieke taakbehartiging door de overheidsonderneming moet van overheidswege zijn opgelegd.

Naast het feit dat er sprake moet zijn van een specifiek aan een onderneming wettelijk opgedragen taak, dient op grond van het tweede lid sprake te zijn van een dienst van algemeen economisch belang. Diensten van algemeen economisch belang moeten worden onderscheiden van reguliere economische activiteiten en diensten van algemeen (niet-economisch) belang. Voor reguliere economische activiteiten kan de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU niet opgaan en gelden de verdragsregels derhalve onverkort. Voor diensten die *niet* economisch van aard zijn, heeft de uitzondering voor wat betreft de

184 Zie HvJ EG 27 april 1994, nr. C-293/92, *Jur.* 1994, p. I- 1477, r.o. 47-49 (*Almelo/NV Energiebedrijf IJsselmij*).

185 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 601-606.

186 Zie het rapport van de stuurgroep voorgezeten door H. Vijlbrief, *Professioneel aandeelhouderschap: nu en straks*, Bevindingen van de stuurgroep visie netbeheer, 2 maart 2011, p. 2.

187 Toekenning hoeft evenwel niet op individuele basis te geschieden, dit kan ook op sectoraal niveau geschieden. Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 601.

mededingingsregels en staatssteunbepalingen geen relevantie, daar deze reeds buiten het toepassingsbereik van deze regels vallen.¹⁸⁸

In de verdragstekst wordt geen definitie van diensten van algemeen economisch belang gegeven.¹⁸⁹ Voor een algemene omschrijving van diensten van algemeen economisch belang kan worden verwezen naar de omschrijving van de Commissie:

‘DAEB’s zijn economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht. De openbaredienstverplichting waarmee de dienstverrichter wordt belast, waarbij het criterium “algemeen belang” als leidraad dient, moet ervoor zorgen dat de dienst wordt verricht onder voorwaarden waarmee de publieke taak kan worden vervuld.’¹⁹⁰

Het verband tussen diensten van algemeen economisch belang en dergelijke (universele) openbaredienstverplichtingen kan als volgt worden gezien: ‘Uit rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat het gaat om diensten (zoals post, energie, ambulancediensten) die de Lidstaten onderwerpen aan verdergaande verplichtingen (universele dienstverplichtingen) dan normale diensten. Deze verplichtingen moeten garanderen dat deze diensten van goede kwaliteit en betaalbaar zijn en daadwerkelijk voor de burger beschikbaar zijn.’¹⁹¹

Zoals gezegd zijn er geen harmoniserende maatregelen op dit terrein aangenomen en bestaat er aanzienlijke ruimte voor de lidstaten om een eigen beleid

188 Zie art. 2 Protocol nr. 26, betreffende de diensten van algemeen belang gehecht aan het VWEU en VEU, *PbEU* 2007, C 306/158-159: ‘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’. Zie nader P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007/4, p. 101-112.

189 Dit is waarschijnlijk omdat het begrip dynamisch is en het wenselijk werd geacht de lidstaten een grote, bijna absolute vrijheid te geven om dit begrip te definiëren en te organiseren. Zie nader W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *ELR* 2008, p. 174-176.

190 Zie de Mededeling van de Commissie ‘Een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa’, COM(2011) 900 definitief, p. 3. Recentelijk heeft de Commissie een nieuwe gids uitgebracht met een nadere toelichting. De omschrijving van DAEB blijft gelijk. Zie het werkdocument van de Commissie ‘Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang’, SWD(2013) 53 final/2.

191 Zie S.A.C.M. Lavrijssen en D. Özmis, ‘Naar een effectief toezicht op de woningcorporaties. Balanceren tussen staat en markt’, *RegelMaat* 2010/3, p. 109-122, i.h.b. noot 8. Zie nader over diensten van algemeen economisch belang, W. Sauter, ‘Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law’, *European Law Review* 2008/33-2, p. 167-193.

te voeren ten aanzien van het instellen van diensten van algemeen economisch belang,¹⁹² zij het onder toezicht van de Europese Commissie en het HvJ EU.¹⁹³ Dit gaat zelfs zover dat de toegang tot een markt geheel mag worden afgesloten om te verzekeren dat de betrokken dienst van algemeen economisch belang kan worden verricht. Dit kan niet alleen wanneer producten of diensten anders niet rendabel zijn, maar ook wanneer minder of niet rendabele sectoren gecompenseerd moeten worden.¹⁹⁴ Deze discretionaire vrijheid is bevestigd in art. 1 Protocol nr. 26 bij VWEU en VEU betreffende de diensten van algemeen belang.¹⁹⁵ Met betrekking tot het aanwijzen en organiseren van diensten van algemeen economisch belang bepaalt het artikel het volgende:

‘De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 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.’

192 In het kader van de hierboven besproken discretionaire bevoegdheid van de lidstaten om een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen, wil ik er op wijzen dat de Kaderregeling in het bijzonder van belang is in de discussie omtrent de bevoegdheid van de lidstaten om een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen. Zie Mededeling van de Commissie – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C8/15. In het oorspronkelijke voorstel van de Kaderregeling werd de bevoegdheid van lidstaten om een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen beperkt. De voorgestelde Kaderregeling bepaalde namelijk dat diensten die al onder marktcondities en prijs- en toegangsvoorwaarden in overeenstemming met het openbaar belang werden geleverd (of geleverd zouden kunnen worden) door ondernemingen, niet meer zouden kunnen worden gedefinieerd als dienst van algemeen economisch belang. Hierop is in de definitieve tekst teruggekomen. Er geldt voor de aanwijzingsbevoegdheid van lidstaten derhalve nog steeds dat slechts wordt bezien of geen sprake is van een marginale beoordelingsfout. Wel wijzen de woorden ‘tenzij bepalingen in de Uniewetgeving een strengere norm bevatten’ op de mogelijkheid dat toekomstige Europese regelgeving de discretionaire aanwijzingsbevoegdheid kan inperken. Zie nader L. Hancher en W. Sauter, ‘Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie’, *M&M* 2012/1, p. 31.

193 Zie P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, ‘Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd’, *M&M* 2007/4, p. 112.

194 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 692-693.

195 Zie *PbEU* 2008, C 115/308.

Er is derhalve een beleidsvrijheid die bestaat zolang de Europese wetgever geen maatregelen neemt om deze bevoegdheid in te perken.¹⁹⁶ De discretionaire bevoegdheid van lidstaten om diensten van algemeen economisch belang te definiëren wordt echter wel onder Europees recht getoetst. Hoewel het definiëren van diensten van algemeen economisch belang aldus behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten, wordt deze discretionaire bevoegdheid beperkt door de jurisprudentie van het HvJ EU en het hierop gebaseerde Altmark-pakket dat hieronder wordt besproken, waarin een aantal begrippen nader wordt uitgewerkt.¹⁹⁷ De Europese Commissie ziet er op grond van het hieronder te bespreken artikel 106 lid 3 VWEU bovendien op toe dat de betreffende maatregelen voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid en geschiktheid en niet in strijd met het belang van de Unie zijn.¹⁹⁸

De uiteindelijke beoordeling of inderdaad sprake is van een dienst van algemeen economisch belang wordt momenteel casuïstisch bepaald door het HvJ EU.¹⁹⁹ Er is kritiek op deze praktijk waarbij het rechtscollege *de facto* oordeelt over de vraag of al dan niet sprake is van een activiteit van algemeen economisch belang. Het zou beter zijn deze bevoegdheid te laten aan politieke instituties die daartoe democratisch verkozen zijn,²⁰⁰ temeer daar in de jurisprudentie veelal sprake is van een gebrekkige motivatie voor wat betreft de vraag wat al dan niet onder een dienst van algemeen economisch belang moet worden verstaan.²⁰¹

Alleen wanneer de vervulling van de bijzonder toevertrouwde taak aan onverkorte toepassing van eventueel toepasselijke verdragsbepalingen in de weg staat, zal een uitzonderingspositie voor wat betreft die dienst van algemeen economisch belang worden toegestaan. Dit zogenaamde proportionaliteitsbeginsel²⁰² wordt in het arrest Corbeau²⁰³ als volgt ingevuld. Artikel 106 lid 2

196 Zie nader L. Hancher en W. Sauter, 'Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie', *M&M* 2012/1, p. 31.

197 Zie W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 224-230. Het Altmark-pakket wordt hieronder besproken.

198 Zie W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 6 en Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 691.

199 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 691 en A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 609-616.

200 Zie J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004/3, p. 98-107.

201 Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 691.

202 Zie A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York: Oxford University Press 2011, p. 606-608.

VWEU staat de lidstaten toe 'aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van economisch belang, alleenrechten te verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het verdrag kunnen belemmeren, *voor zover* die beperkingen van de mededinging – of zelfs een uitsluiting van elke mededinging – van andere marktdeelnemers *noodzakelijk zijn* om te verzekeren dat de houders van die alleenrechten de hun opgedragen bijzondere taak vervullen.²⁰⁴ Artikel 106 lid 2 VWEU wordt in de volgende paragraaf, in het bijzonder in het kader van de staatssteunregels, behandeld.

4.4 De uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU en de verhouding tot staatssteunregels

Voor de beoordeling of de financiering van een dienst van algemeen economisch belang voldoet aan staatssteunregels (die in de volgende paragraaf nader aan de orde komen), is op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU en artikel 106 lid 3 VWEU een bijzonder rechtskader geschapen, namelijk de leer van de compensatiebenadering. Deze compensatiebenadering is één van de twee verschillende benaderingen die zijn ontwikkeld in de rechtspraak over de toepassing van staatssteunregels ex artikel 107 VWEU op vergoedingen voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang.²⁰⁵ Niet steeds zal in geval van een dienst van algemeen economisch belang een beroep op de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU noodzakelijk zijn. Voor de vergoeding die een onderneming van de overheid krijgt voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang bestaat namelijk op grond van de door het HvJ EU gevolgde compensatiebenadering de mogelijkheid dat deze niet wordt aangemerkt als staatssteun. Hierdoor is een beroep op de uitzonderingspositie die kan worden verkregen via artikel 106 lid 2 VWEU overbodig.

Het onderscheid tussen de twee benaderingen, te weten de compensatiebenadering en de staatssteunbenadering, is dus van belang vanwege de aanmeldverplichting op grond van het *standstill*-beginsel in artikel 108 lid 3 VWEU. De compensatiebenadering zou lidstaten vrijstellen van deze aanmeldplicht wanneer het compensatie voor diensten van algemeen economisch belang betreft, omdat in deze visie compensatie geen voordeel oplevert en derhalve

203 Zie HvJ EG 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533 (*Corbeau*) en HvJ EG 27 april 1994, nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477 (*Almelo/NV Energiebedrijf IJsselmij*).

204 Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 692.

205 Zie L. Hancher, T. Ottervanger en P.J. Slot, *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2012, p. 116-118 en F.D. Schild, 'Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier', *AA* 2006/3, p. 182-187.

niet als staatssteun kwalificeert.²⁰⁶ Een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU om te derogeren aan de staatssteunbepalingen is dan niet meer nodig. Volgens de staatssteunbenadering is weliswaar sprake van steun, maar kan deze eventueel als verenigbare steun worden aangemerkt op basis van artikel 106 lid 2 VWEU. In het Altmark-arrest koos het HvJ EU uitdrukkelijk voor de compensatiebenadering.²⁰⁷ Het bepaalde in het Altmark-arrest is gecodificeerd en uitgewerkt in een pakket van maatregelen dat onlangs is vernieuwd en wordt aangeduid als het Altmark-pakket.²⁰⁸

4.4.1 *Het Altmark-arrest*

In het Altmark-arrest²⁰⁹ worden vier voorwaarden gesteld voor de kwalificatie als compensatie van financiële steun aan een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang verricht. In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig

206 Dit is een groot voordeel omdat de financiële afspraken dan niet eerst de goedkeuring van de Europese Commissie behoeven voordat deze ter uitvoering kunnen worden gelegd. Zo ook A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

207 Enerzijds kan men beargumenteren dat art. 106 lid 2 VWEU betekent dat indien aan de voorwaarden van de uitzondering wordt voldaan, de vergoeding in het geheel geen staatssteun betreft. Dit is de compensatiebenadering. Anderzijds gaat de staatssteunbenadering ervan uit dat eerst bepaald moet worden of er sprake is van staatssteun, waarna eventueel op basis van art. 106 lid 2 VWEU een vrijstelling kan worden toegepast en sprake kan zijn van verenigbare steun. Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

208 Zie nader de volgende paragraaf en voor een vergelijking tussen het oude en het nieuwe Altmark-pakket: L. Hancher en W. Sauter, 'Het nieuwe Altmark-pakket vastgesteld door de Commissie', *M&M* 2012/1, p. 29-31.

209 Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

met middelen 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 en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. Als een overheidsmaatregel voldoet aan deze vier cumulatieve voorwaarden is *geen* sprake van steun en is een beroep op artikel 106 lid 2 VWEU om onder de onverkorte toepassing van de staatssteunbepalingen uit te komen, overbodig.

Mocht aan één of meer van voormelde voorwaarden niet worden voldaan, dan is sprake van een steunmaatregel,²¹⁰ die op grond van de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU echter eventueel alsnog verenigbaar met het verdrag kan worden verklaard.²¹¹

4.4.2 Het Altmark-pakket

Om de Altmark-voorwaarden te verduidelijken en voorzieningen voor bepaalde maatregelen die niet aan de Altmark-voorwaarden voldoen te treffen,²¹² heeft de Commissie een pakket maatregelen genomen dat tezamen wordt aangeduid als het Altmark-pakket.²¹³

210 Althans, als ook aan de andere criteria van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan.

211 Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747, r.o. 88-94 (*Altmark*) en W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 225.

212 Zie W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 225.

213 Het huidige Altmark-pakket bestaat uit een Besluit (Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van art. 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, L7/3), een Kaderregeling (EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PbEU* 2012, C8/15), een Mededeling (Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C8/4) en een Verordening (Verordening (EU) Nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L114/8). Het Besluit bevat onder andere een groepsvrijstelling voor de aanmeldverplichting van art. 108 lid 3 VWEU voor ondernemingen onder een bepaalde drempelwaarde en voor bepaalde aangewezen groepen ondernemingen zoals ziekenhuizen. Het Besluit bevat ook voorschriften voor de compensatie zoals rapportageverplichtingen. Het is mogelijk om een redelijke winst te maken op de dienst van algemeen economisch belang. Als wordt voldaan aan de voorwaarden in het Besluit, is de steun verenigbaar met de interne markt op grond van art. 106 lid 2 VWEU. De Kaderregeling is een aanvulling op het Besluit in die zin dat grote ondernemingen die niet voldoen aan de in het Besluit gestelde drempelwaarde, op individuele basis toch eenzelfde uitzonderingspositie als onder het Besluit kunnen krijgen voor de financiering van de door hen verrichte dienst van algemeen economisch belang indien zij aan dezelfde materiële

Beknopt weergegeven is de verhouding tussen de onverkorte toepassing van staatssteunbepalingen op de vergoeding voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, het Altmark-pakket en de uitzonderingsbepaling van artikel 106 lid 2 VWEU als volgt. Indien voldaan wordt aan de voorwaarden van het Altmark-arrest²¹⁴ of de 'De minimis Verordening',²¹⁵ is de vergoeding niet te kwalificeren als steun en valt deze derhalve niet onder de staatssteunbepalingen. Een beroep op de derogerende werking van artikel 106 lid 2 VWEU is dan niet nodig. Als niet wordt voldaan aan ofwel de Altmark-criteria ofwel de Verordening, kan de compensatie toch nog als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd op grond van artikel 106 lid 2 VWEU. Het Vrijstellingsbesluit geeft vrijstellingen voor de aanmeldverplichting en verduidelijkt voor bepaalde groepen van ondernemingen dat zij onder de uitzonderingsbepaling van artikel 106 lid 2 VWEU vallen. De Kaderregeling doet dit voor bepaalde ondernemingen die niet onder het Besluit vallen, maar materieel wel in dezelfde positie verkeren. Het is mogelijk dat in een dergelijk geval door de Europese Commissie extra voorwaarden aan de dienst van algemeen economisch belang worden gesteld, om onder de uitzondering van

normen voldoen. In de Mededeling wordt een aantal begrippen dat van belang is voor de toepassing van de uitzonderingsbepaling nader uitgewerkt zoals het begrip onderneming, economische activiteit en openbaar gezag. Deze zijn in hoofdstuk 1 aan de orde gekomen. Ook worden de voorwaarden van de uitzondering van art. 106 lid 2 VWEU en de relatie met aanbestedingsregels nader toegelicht. Zie uitgebreid W. Sauter, 'De herziening van het Altmark-pakket. Nieuwe regels voor staatssteun en diensten van algemeen economisch belang', *M&M* 2011/6, p. 224-230. De Verordening ten slotte, is een *de minimis* regeling die slechts van toepassing is op diensten van algemeen economisch belang in de zin van art. 106 lid 2 VWEU. Indien onder de in deze Verordening gestelde drempelwaarden wordt gebleven, is geen sprake van steun. Het oorspronkelijke Altmark-pakket uit 2005 bestond uit de Commissiebeschikking over de toepassing van art. 86 lid 2 VEG (de voorganger van art. 106 lid 2 VWEU) op staatssteun in de vorm van verleende compensatie voor openbare diensten aan bepaalde ondernemingen belast met de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang, *PbEU* 2005, L 312/67 en de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst *PbEU* 2005, C 297/4. Daarnaast vond ook een wijziging van de Transparantierichtlijn plaats middels Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005 tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2005, L 312/47. De huidige Transparantierichtlijn is de eerder genoemde Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *PbEU* 2006, L 318/17.

214 Zie HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark*).

215 Zie Verordening (EU) Nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L114/8.

artikel 106 lid 2 VWEU te kunnen vallen. De Mededeling verduidelijkt relevante begrippen en de verhouding met aanbestedingsregels.²¹⁶

Verder moeten lidstaten, alvorens een dienst van algemeen economisch belang aan te wijzen, een openbare raadpleging houden om de behoefte die bestaat aan de betreffende dienst te bepalen. Indien er strijd met de openbare aanbestedingsregels blijkt te zijn, kan geen beroep worden gedaan op de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU, omdat dit dan in strijd met het belang van de Europese Unie zou zijn. De Europese Commissie kan nadere voorwaarden stellen voor ondernemingen die onder de regeling willen vallen.

4.5 Staatssteunregels voor overheidsondernemingen

Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU heeft de overheidsonderneming die een dienst van algemeen economisch belang verleent geen uitzonderingspositie en valt deze onder de volledige werking van de staatssteunregeling van artikel 107 VWEU. De overheidsonderneming die dergelijke diensten verleent kan zich ondanks het feit dat volgens de lidstaat een legitieme publieke taak wordt uitgeoefend, niet beroepen op een bijzondere behandeling. Er is dan slechts ruimte voor een bijzondere behandeling voor zover de overheidsonderneming een beroep kan doen op één van de in artikel 107 VWEU genoemde uitzonderingsbepalingen.

4.5.1 Definitie staatssteun ex artikel 107 VWEU

Het staatssteunverbod wordt vanwege het gevaar dat de marktwerking verstoord kan worden wanneer lidstaten hun eigen economische doelen nastreven, ruim geïnterpreteerd.²¹⁷ De staatssteunregels zijn neergelegd in artikel 107 VWEU en volgende.²¹⁸ Voor de toetsing aan het handelen van (lidstaten met betrekking tot) overheidsondernemingen beperkt dit onderzoek zich tot een bespreking van het in artikel 107 VWEU neergelegde materiële toepassings-

216 Zie nader A.D.L. Knook, 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/2, nr. 13.

217 Deze ruime uitleg houdt in dat de criteria om onder het verbod te vallen zowel in de jurisprudentie van de Europese rechters als in de besluitenpraktijk van de Europese Commissie erg ruim worden uitgelegd. Zie P.C. Adriaanse, 'Vergoedende maatregel of steunregel?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 642.

218 Art. 108 en 109 VWEU betreffen procedurele aspecten en blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

bereik.²¹⁹ Op grond van dit artikel is staatssteun verboden, tenzij het Verdrag in een uitzondering voorziet.²²⁰ Artikel 107 VWEU geeft geen definitie van het begrip staatssteun, maar indien aan de volgende vier uit het artikel te destilleren criteria is voldaan, is er sprake van verboden staatssteun.²²¹

Ten eerste moet er sprake zijn van steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd.²²² De steun hoeft niet direct door een staat te zijn verleend, ook wanneer steun met staatsmiddelen wordt bekostigd is sprake van staatssteun. Dat wil zeggen dat een bevoordeling door zowel publieke als private organen onder het bereik van artikel 107 VWEU kan vallen.²²³ Derhalve is het niet alleen mogelijk dat een overheidsonderneming wordt geconfronteerd met een beroep op artikel 107 VWEU als *ontvanger*,²²⁴ maar tevens als *verstrekker* van steun. Dit criterium betekent voor de overheidsonderneming dat de Staat direct betrokken moet zijn geweest bij de desbetreffende steunverlening.²²⁵ Zo werd in de zaak *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV*²²⁶ bepaald dat de door de Gasunie aan zekere bedrijven berekende (gunstige) tarieven staatssteun inhielden. De vaststelling van de hoogte van het tarief werd namelijk aan de Nederlandse Staat toegerekend. Dit niet alleen vanwege het feit dat de Nederlandse Staat direct dan wel indirect 50% van de aandelen in de privaatrechtelijk rechtspersoon Gasunie hield, maar voorts omdat:

‘de minister van Economische Zaken bevoegd [is] de door Gasunie toegepaste tarieven goed te keuren, hetgeen, ongeacht hoe die bevoegdheid wordt uitgeoefend,

219 Art. 107 VWEU luidt: ‘Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen [...] vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

220 Daarbij is te denken aan de onder art. 106 lid 2 VWEU bestaande uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang. Zie par. 4.2 van dit hoofdstuk.

221 Zie nader over privaatrechtelijke handhaving van staatssteunregels P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU), Kluwer: Deventer 2006.

222 Het begrip staat moet ruim worden opgevat. Ook decentrale overheden kunnen in dit kader steun verlenen.

223 Zie voor een uitgebreid jurisprudentieoverzicht P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1091, i.h.b. noot 109.

224 Althans indirect, nu de Lidstaat de in overtreding zijnde adressaat is op grond van art. 107 VWEU.

225 Zie HvJ EG 16 mei 2002, nr. C-482/99, *Jur.* 2002, p. I-4397 (*Frankrijk/Commissie*) en HvJ EG 26 juni 2008, nr. T-443/03, *Jur.* 2008, p. II-1161 (*Sociedade Independente de Comunica, SA/Commissie*).

226 HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*).

de Nederlandse regering de mogelijkheid geeft een tarief dat haar niet past, te blokkeren.²²⁷

Op grond daarvan overweegt het Hof: '...dat Gasunie bij de vaststelling van de gastarieven geenszins volledig autonoom handelt, maar onder toezicht van de overheid staat en haar aanwijzingen volgt'²²⁸ mede op grond waarvan de gunstige tarifiering als een steunmaatregel van de Staat in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU wordt gezien.

Of sprake is van 'steunmaatregelen van de staat' in de zin van artikel 107 VWEU, wanneer deze worden verleend door een private rechtspersoon, is niet steeds helder. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het verschil van inzicht tussen de Commissie en de ECB, in het kader van de verstrekking van liquiditeitssteun door nationale centrale banken.²²⁹ Voorafgaand aan het faillissement van Lehman Brothers oordeelde de Commissie op grond van de zogenaamde Northern Rock-criteria nog dat maatregelen die mogelijk maakten dat gezonde banken met tijdelijke liquiditeitsproblemen (aanvullende) liquiditeiten tegen onderpand bij 'hun' centrale bank konden krijgen, geen staatssteun inhielden.²³⁰ Dit ging echter alleen op, onder de voorwaarde dat de maatregel niet verzekerd was door een garantie van de overheid ten behoeve van de liquiditeitssteun verstrekkende centrale bank.²³¹ De invulling van deze voorwaarde was nu juist het probleem bij de steunverlening door de Nationale Bank van België aan Fortis Bank België en Dexia. De banken voldeden aan de Northern Rock-criteria, maar omdat alle kredieten die de Nationale Bank van België verleende ter handhaving van de financiële stabiliteit automatisch genoten van een waarborg van de Belgische staat, kwalificeerde de Commissie de liquiditeitssteun toch als overheidssteun. De Belgische overheid – met rugdekking van de ECB – was het hier niet mee eens.²³² Het betrof volgens haar een

227 HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219, r. o. 36 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*).

228 HvJ EG 2 februari 1988, C-67, C-68 en C-70/85, *Jur.* 1988, p. 219, r. o. 37 (*Kwekerij Gebroeders Van der Kooy/Commissie*).

229 Zie H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

230 Zie bijvoorbeeld het oordeel van de Commissie met betrekking tot de steunverlening aan Northern Rock dat de maatregel geen staatssteun betrof aangezien 1). de betrokken bank solvent was, 2). onderpand had verstrekt dat van hoge kwaliteit was, 3). de bank een 'strafrente' betaalde op de faciliteit, en 4). de betrokken nationale bank, te weten de Bank of England in het geval van Northern Rock, op eigen initiatief handelde, en derhalve niet op instructie van de overheid. Zie nader H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

231 H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281, noot 9.

232 Zie het advies van de ECB gegeven op verzoek van het ministerie van Financiën van België van 8 oktober 2008, (CON/2008/46), in het bijzonder punt 4.3, raad te plegen via <www.ecb.int/ecb/legal/pdf/en_con_2008_46_f_sign.pdf>.

organieke garantie om de autonomie van de Nationale Bank bij het verlenen van liquiditeitssteun te verzekeren en geen maatregelspecifieke garantie waardoor geen sprake van steun door de Staat zou zijn. De Europese Commissie rekende derhalve in dit geval het handelen van een centrale bank toe aan de staat, ongeacht de mate van autonomie.²³³ Hiermee is niet gezegd wanneer steun door een private rechtspersoon gezien moet worden als staatssteun, maar is wel het hoog casuïstisch gehalte benadrukt.

Het tweede criterium in artikel 107 VWEU is selectiviteit. Dit houdt in dat de steun ten goede moet komen aan *bepaalde* ondernemingen.²³⁴ Algemene maatregelen van economische stimulans, zoals algemene belastingmaatregelen, zijn niet aan te merken als staatssteun omdat specificiteit ontbreekt.²³⁵

Ten derde moet de steun een *voordeel* verschaffen dat de desbetreffende ondernemingen niet op commerciële gronden via de markt zouden hebben verkregen.²³⁶ Niet alleen steun in de vorm van leningen, maar ook in de vorm van overheidsdeelneming in het kapitaal van de onderneming kan aldus onder het regime van artikel 107 VWEU vallen.²³⁷ Zo werd ook de garantieverlening door de Nederlandse Staat aan ING NV aangemerkt als steunverlening.²³⁸ Bij de beoordeling of sprake van een voordeel is, is het 'market economy investor' beginsel, oftewel het beginsel van een goed geïnformeerde particuliere investeerder handelend in een markteconomie, van belang. Slechts voor zover de overheid niet marktconform handelt, is sprake van een voordeel. Indien private

233 Deze criteria zijn neergelegd in de Bankenmededeling, zie Mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen, *PbEU* 2008, C 270/8, punt 51. Zie nader H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

234 Entiteiten die niet te kwalificeren zijn als onderneming vallen buiten de reikwijdte van het artikel.

235 Deze maatregelen blijven binnen het bereik van de soevereiniteit van de lidstaten. Het exacte onderscheid tussen staatssteun en algemene maatregelen van economisch of fiscaal beleid valt soms echter lastig aan te geven. Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1089.

236 Zie voor een overzicht van de door de Commissie opgestelde lijst met voorbeelden van vormen van voordeel, P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1088.

237 Barents geeft een uitgebreid overzicht van voorbeelden van staatssteun; niet alleen directe financiële betalingen kunnen als steun worden gezien, maar steun kan ook bestaan uit garantielingen, lagere kosten voor diensten of goederen door de staat, of een onder staatsinvloed staand bedrijf. Zie R. Barents, 'The Competition Policy of the EC', in: P.J.G. Kapteyn en VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer 2008, p. 852-853, en de aldaar genoemde jurisprudentie.

238 De steunmaatregelen aan ING vielen in twee onderdelen uiteen. Ten eerste een kapitaalinjectie van 10 miljard euro in 2008 door de Nederlandse staat in ruil voor effecten zonder stemrecht. En ten tweede een garantieverstreking begin 2009 met betrekking tot een pakket zogenaamde Alt-A hypotheke, welke zich in de portefeuilles van Amerikaanse dochterondernemingen van ING bevonden.

investeerd onder dezelfde voorwaarden hebben geïnvesteerd in een onderneming, is het niet nodig om het handelen van de overheid onder diezelfde voorwaarden te toetsen. Er kan dan worden uitgegaan van de veronderstelling dat sprake is van marktconform handelen. Echter, dit gaat niet op wanneer de private investeringen zijn gedaan, *nadat* de overheid heeft geïnvesteerd.²³⁹

Het vierde criterium is dat de steun moet leiden tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de gemeenschappelijke markt of tot ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

4.5.2 Uitzonderingsmogelijkheden op het staatssteunverbod

Staatssteun kan worden toegestaan wanneer de Commissie – na aanmelding – een beroep op één van de verdragsuitzonderingen op het staatssteunverbod honoreert. Er zijn drie verdragsuitzonderingen: namelijk ten eerste die in het reeds besproken artikel 106 lid 2 VWEU, ten tweede die in artikel 107 lid 2 en ten derde die in artikel 107 lid 3 VWEU.

Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties. In de eerste plaats de situatie dat wordt voldaan aan artikel 107 lid 1 VWEU, maar niet aan lid 2 of 3. Wanneer in dat geval wel aan de vereisten van 106 lid 2 is voldaan, kan steun gerechtvaardigd zijn. In de tweede plaats bestaat er de situatie dat op een onderneming verplichtingen met betrekking tot diensten van algemeen belang rusten op grond van nationaal of gemeenschapsrecht. Wanneer het steun betreft ter compensatie van de kosten om de dienst van algemeen belang door de onderneming uit te voeren, is er zoals eerder besproken met betrekking tot de Altmarkuitzondering, geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De consequentie hiervan is dat deze steun ook niet hoeft te worden aangemeld in de zin van artikel 108 VWEU.

Artikel 106 lid 2 VWEU waaronder de reeds besproken Altmarkuitzondering, is uitgebreid ter sprake gekomen in paragraaf 4.

Artikel 107 lid 2 en lid 3 VWEU luiden:

‘2. Met de interne markt zijn verenigbaar:

- a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten;
- b) steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen;
- c) steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voor zover deze steunmaatregelen noodzakelijk zijn om de door deze deling berokkende economi-

²³⁹ Zie C.T. Dekker en M. Duman, ‘Kroniek staatssteun 2008-2009’, *SEW* 129 juni 6 2010, p. 231 en GvEA EG 24 september 2008, nr. T-20/03, *Jur.* 2008, p. II-2305 (*Kahla*).

sche nadelen te compenseren. Vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kan de Raad op voorstel van de Commissie een besluit tot intrekking van dit punt vaststellen.

3. Als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd:

- a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst en van de in artikel 349 bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie;
- b) steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
- c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
- d) steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
- e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie.'

Op grond van artikel 109 VWEU kunnen verordeningen over de toepassing van de artikelen 107 en 108 VWEU worden vastgesteld. Deze kunnen de voorwaarden voor de toepassing van artikel 108 lid 3 VWEU bepalen en de van die aanmeldprocedure vrijgestelde soorten van steunmaatregelen. Op grond van artikel 107 lid 3 sub e VWEU kan de Raad ook bij besluit, op voorstel van de Commissie, soorten van steunmaatregelen aanwijzen die als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd. Op grond van dit artikel is Verordening 994/98 aangenomen.²⁴⁰ Artikel 1 van deze verordening bepaalt dat groepsvrijstellingsverordeningen kunnen worden aangenomen.²⁴¹ Op basis van artikel 2 van deze verordening kan van bepaalde maatregelen van overheidssteun 'gezien de ontwikkeling en de werking van de gemeen-

240 Zie Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen. *PbEG* 1998, L 142/1. Verordening 733/2013 heeft het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 994/98 uitgebreid en haar naam gewijzigd. De vrijstellingsmogelijkheid van Verordening 994/98 is nu mede relevant voor bepaalde maatregelen voor infrastructuurprojecten die als steun bekostigd met staatsmiddelen worden gezien. Het betreft projecten die relatief beperkte steunbedragen vergen. Zie Verordening (EU) Nr. 733/2013 van de Raad van 22 juli 2013 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 994/98 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, zie *PbEU*, L 204/11.

241 Voor een overzicht van de verschillende aangenomen verordeningen, zie http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/state_aid_01_08_13_en.pdf.

schappelijke markt', worden bepaald dat deze niet voldoet aan alle criteria van het staatssteunverbod in artikel 107 lid 1 VWEU en derhalve wordt vrijgesteld van de in artikel 108 VWEU bedoelde aanmeldingsprocedure, op voorwaarde dat de aan eenzelfde onderneming over een zekere periode toegekende steun een bepaald vastgesteld bedrag niet overschrijdt.²⁴² Wanneer overheidssteun de desbetreffende vastgestelde *de minimis* drempel niet overschrijdt en voldoet aan de overige gestelde voorwaarden is deze derhalve verenigbaar met de interne markt.

De verordeningen die op basis van de artikelen 1 en 2 van Verordening 994/98 zijn vastgesteld, hebben op basis van artikel 4 van Verordening 994/98 slechts geldigheid voor een bepaalde periode.²⁴³ Steunregelingen die uit hoofde van een van een dergelijke verordening zijn vrijgesteld zijn dat slechts gedurende de tijdsspanne waarin de desbetreffende verordening van kracht is.

Vanwege de vele verschillende diensten die overheidsondernemingen kunnen verrichten is het mogelijk dat bepaalde overheidssteun onder een van de vrijstellingsverordeningen valt. Hoewel bij het nemen van deelnemingen door de overheid in het kapitaal van vennootschappen of het uitbreiden van overheidsinvloed die als overheidssteun kan worden gezien, rekening moet worden gehouden met de staatssteunbepalingen, gaat het echter te ver om in het kader van de vennootschapsrechtelijke inrichting van de overheidsonderneming de uitzonderingsmogelijkheden van artikel 107 leden 2 en 3 VWEU en alle (potentieel relevante) vrijstellingsverordeningen en te bespreken. De vrijstellingsverordening 360/2012 wordt wel afzonderlijk behandeld bij de bespreking van de mogelijkheden om financiering voor diensten van algemeen economisch belang vrij te stellen in paragraaf 4.4.2 van hoofdstuk 5.²⁴⁴ Het is van belang om te realiseren dat bij (gedeeltelijke) nationalisering eventueel mogelijkheden bestaan om de overheidssteun op basis van vrijstellingsverordeningen vrij te stellen.²⁴⁵

242 Zie bijvoorbeeld Verordening (EG) nr. 1535/2007 van de Commissie van 20 december 2007 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de-minimissteun in de landbouwproductiesector *PbEU* 2007, L 337/35.

243 Wel kunnen de verordeningen worden verlengd, hetgeen soms geschied zonder een uitgebreide beoordeling om de heropening van een juridisch en politiek debat te voorkomen. Zie Leigh Hancher, Tom Ottervanger, Piet Jan Slot, *EU State Aids*, Sweet & Maxwell: London 2012, p. 24.

244 Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L. 114/8.

245 Wel kan worden opgemerkt dat bepaalde vrijstellingen niet zien op de steun aan een onderneming in moeilijkheden. Zie bijvoorbeeld art. 1 lid 6 sub c Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard („de algemene groepsvrijstellingsverordening”) *PbEU* 2008,

Voor wat betreft de intentie van de Nederlandse overheid met betrekking tot overheidsinvloed in (overheids)ondernemingen kan onderscheid worden gemaakt tussen tijdelijke en permanente overheidsinvloed. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de nationaliserings- en of steunmaatregelen aan financiële instellingen na het uitbreken van de financiële crisis. De overheidsinvloed die bij de nationalisering van Fortis NV en ABN-AMRO NV werd uitgeoefend bestond uit de benoeming van voormalig minister Zalm.²⁴⁶ De staatsdeelneming (die als staatssteun kan worden gekwalificeerd) werd slechts tijdelijk beoogd.²⁴⁷ De vormen van tijdelijke overheidsinvloed in financiële instellingen vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Over de maximale duur van een dergelijke tijdelijke deelneming bestaat echter geen consensus en het is derhalve niet geheel duidelijk welk onderscheidend criterium de Nederlandse overheid voor tijdelijke of permanente deelnemingen (die als een vorm van steun met staatsmiddelen bekostigd kunnen worden aangemerkt) hanteert. Een duidelijke grens ten aanzien van permanente en tijdelijke overheidsinvloed ontbreekt zoals mede blijkt uit het feit dat de 'tijdelijke' overheidsinvloed en steun aan ABN AMRO reeds een aantal jaren voortduren zonder dat duidelijkheid bestaat omtrent de terugtrekking door de overheid.²⁴⁸ Opgemerkt moet echter ook worden dat de Nederlandse overheid dan wel onderscheid maakt tussen haar verschillende deelnemingen, voor wat betreft de duur van overheidsinvloed, maar dat de intentie van de overheid bij een maatregel irrelevant is voor de toepassing van de mededingingsregels. Voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun wordt gekeken naar de effecten van de maatregel.²⁴⁹ Evenals permanente steun, kan ook tijdelijke steun derhalve wanneer aan de overige voorwaarden van de bepaling is voldaan, onder het staatssteunverbod vallen.²⁵⁰

De focus in dit onderzoek ligt op staatssteun aan overheidsondernemingen omdat lidstaten vanwege publieke belangen permanente invloed zullen willen

L 214/3.

246 Zie <http://www.abnamro.com/en/about-abn-amro/corporate-governance/managing-board/gerrit-zalm.html>.

247 Het tijdelijk karakter van de staatsdeelnemingen in Fortis Bank Nederland, ASR, Fortis Corporate Insurance en RFS Holdings (de Staat heeft het Fortis-deel in deze holding waarin ABN AMRO), heeft altijd voorop gestaan. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 28 165, nr. 97, p. 12. Zie ook nader de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 24 januari 2011 over het exitbeleid van financiële deelnemingen, *Kamerstukken II* 2010/11, 28 165, nr. 117.

248 Zie <http://www.nrc.nl/nieuws/2013/08/23/kabinet-beursgang-abn-amro-beste-optie-maar-nu-nog-niet/>. Eventuele terugtrekking door de overheid in financiële instellingen die systeemrelevant zijn, moet zorgvuldig worden overwogen. Wellicht dat een permanente overheidsaanwezigheid de voorkeur verdient boven tijdelijke overheidsinvloed. Zie <http://www.nrc.nl/nieuws/2013/08/17/kamer-sterke-twijfels-bij-volledige-beursgang-abn-amro/>.

249 Zie HvJ EU 22 december 2008, nr. C-487/06P, *Jur.* 2008, p. I-10515 (*British Aggregates*).

250 Zie http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&case_title=ABN%20AMRO voor de zaak ABN Amro http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/230806/230806_1235915_338_2.pdf.

hebben in ondernemingen die van (strategisch) publiek belang zijn. De tijdelijke overheidsinvloed in financiële instellingen die in het kader van de financiële crisis hulp behoeft vallen in beginsel buiten het bestek van dit onderzoek omdat deze vanwege het ontbreken van duurzame verbondenheid mijns inziens niet als overheidsondernemingen te kwalificeren zijn. Echter, het politieke debat over de duur en wijze van verbondenheid is nog gaande en wijzigingen zouden snel kunnen volgen. Voor het geval de overheidsinvloed in deze instellingen toch een permanent karakter krijgen en de financiële instellingen daarmee tot overheidsondernemingen verworden, een enkel woord over de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 107 lid 3 sub b VWEU voor staatssteun aan financiële instellingen.

Gezien de recente ontwikkelingen met betrekking tot de redding van ondernemingen in de financiële sector die door sommigen een nutsfunctie worden toegedicht, wordt derhalve ook aan tijdelijke overheidsinvloed en mogelijke steun een enkel woord gewijd. Staatssteun kan worden gegeven voor reddings- of herstructureringsoperaties en in geval een onderneming hulp nodig heeft met het voorzien in operationele kosten.²⁵¹ Met betrekking tot deze mogelijkheden heeft de Europese Commissie richtlijnen opgesteld.²⁵² Voor de overheidsonderneming zou elk van de bovengenoemde uitzonderingscategorieën het behartigen van een publiek belang kunnen toestaan, maar in het kader van de financiële crisis heeft artikel 107 lid 3 sub b VWEU in het bijzonder de aandacht gekregen in het kader van de steunverlening aan financiële instellingen. Deze uitzondering is in het bijzonder relevant voor de overheidsonderneming die al dan niet tijdelijk wordt aangegaan om de financiële stabiliteit te bevorderen en zal in de volgende paragraaf nader worden toegelicht.

4.5.3 *Artikel 107 lid 3 sub b VWEU als uitzondering voor financiële instellingen*

Bij de beoordeling of sprake is van staatssteun wordt aan de hand van het 'market economy investor principle' bezien of sprake is van een voordeel. Indien de overheid niet marktconform gehandeld heeft, kan de maatregel (indien ook aan de overige elementen wordt voldaan) als steun worden gekwalificeerd. Het beginsel vindt normaliter toepassing op overheidshandelen op een functionerende markt. Het probleem tijdens een financiële crisis, is dat (financiële) markten niet functioneren als gewoonlijk. Het feit dat een markt niet functioneert, is dan de reden voor het overheidsingrijpen. Doordat niet gezegd kan worden dat een particuliere investeerder hetzelfde zou hebben gehandeld als de overheid, kan het ingrijpen lastig als marktconform worden

251 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1085.

252 Zie Mededeling van de Commissie – Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, C 244/2.

aangemerkt. Overheidsingrijpen leidt dan derhalve steeds tot een voordeel.²⁵³ Tijdens de financiële crisis werd overheidsingrijpen teneinde financiële instellingen overeind te houden door de Europese Commissie derhalve stelselmatig aangemerkt als steun.^{254,255} Dat wil niet zeggen dat de steun daarom ook onverenigbaar met de markt en derhalve verboden was. Steun kan immers worden toegestaan indien deze voldoet aan de voorwaarden van een van de verdragsuitzonderingen. Om onzekerheid omtrent de beoordeling van reddingssteun aan financiële instellingen tijdens de financiële crisis weg te nemen, vaardigde de Europese Commissie de Herkapitalisatiemededeling uit.²⁵⁶ Hierin verklaarde de Europese Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt als 'steunmaatregelen om een ernstige verstoring van de economie van een lidstaat op te heffen'²⁵⁷ op grond van haar bevoegdheid daartoe ex artikel 107 lid 3 vWEU.²⁵⁸ Wel achtte de Europese Commissie het nodig onderscheid te maken tussen maatregelen om een verstoorde markt te herstellen en andere maatregelen. Steun voor fundamenteel gezonde financiële instellingen die door de buitengewone omstandigheden in moeilijkheden zijn gekomen, kan worden gelegitimeerd op grond van artikel 107 lid 3 sub b vWEU.²⁵⁹ Steun voor financiële instellingen die zelf al met

253 H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regels inzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 281.

254 Zie met name het besluit van de Europese Commissie van 12 mei 2009, N 255/2009 en N 274/2009, Aanvullende steun ten behoeve van Fortis Bank, Fortis Bank Luxemburg en Fortis Holding, *PbEU* 2009, C(2009) 3907 definitief, te raadplegen via http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/N-255-2009-N-274-2009-WLWL-en-12.05.2009.pdf.

255 Voor een kritische beschouwing over maatregelen genomen naar aanleiding van de kredietcrisis, zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Staats(steen)rechtelijk noodrecht gewenst?', *NJB* 2008/2053, p. 2622-2626.

256 Mededeling van de Commissie – De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperkingen van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen, *PbEU* 2009, C 10/2.

257 De steun moet: (1) doelgericht zijn, zodat daarmee daadwerkelijk de doelstelling van het opheffen van een ernstige verstoring in de economie kan worden behaald; (2) evenredig zijn en niet meer bedragen dan nodig en (3) zo zijn ontworpen dat negatieve overloopeffecten naar concurrenten, andere sectoren en andere lidstaten tot een minimum beperkt blijven. Zie Mededeling van de Commissie – De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperkingen van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen, *PbEU* 2009, C 10/2.

258 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1096.

259 Zie voor de voor de crisismaatregelen ten behoeve van financiële instellingen relevante Bankenmededeling (de voormalige Mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen, *PbEU* 2008, C 270/8 die per 1 augustus 2013 is vervangen door) Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *PbEU* 2013, C 216/1, de Herkapitalisatiemededeling, Mededeling betreffende de herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperking van de steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige

interne moeilijkheden te maken hadden, wordt beoordeeld onder de Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, die zijn gebaseerd op de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 107 lid 3 sub c VWEU.²⁶⁰ Er vindt snelle goedkeuring van reddingssteun plaats, maar deze is slechts voorlopig. Pas na nader onderzoek, op grond waarvan de Commissie overtuigd moet zijn van de levensvatbaarheid op lange termijn én dat passende compenserende maatregelen zijn genomen, kan de goedkeuring definitief worden.

Gesteld kan worden dat de Europese Commissie in het aangezicht van de financiële crisis, coulant omging met uitleg van de staatssteunbepalingen.²⁶¹ Overheidsingrijpen in een overheidsonderneming die gelijk de bedoelde financiële instellingen systeemrelevant is, wordt derhalve volgens bovenstaand rechtskader beoordeeld.

4.5.4 Tussenconclusie

Ondanks het uitgangspunt van de Europese Commissie dat staatssteun slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden toegestaan, lijkt de Europese Commissie als gevolg van de financiële crisis, steun aan banken sneller (voorlopig) goed te keuren. Van belang is te constateren dat de Commissie het gebruik van artikel 107 lid 3 sub b VWEU als juridische basis voor de uitzondering op het steunverbod heeft geaccepteerd, en de financiële crisis ziet als een ernstige verstoring van de economie van een lidstaat in de zin van dit artikel. Ook andere publieke belangen kunnen in de toekomst, wanneer sprake is van een systemische dreiging, wellicht onder de werking van het artikel vallen. De constatering dat de staatssteunregels zijn opgeschort gaat echter te ver; zelfs in de uitzonderlijke situatie van de financiële crisis blijft de Europese

mededingingsverstoringen, *PbEU* 2009, C 10/2, de Mededeling slechte activa, Mededeling betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector, *PbEU* 2009, C 72/1, de Mededeling bankherstructurering, Mededeling betreffende het herstel van de levensvatbaarheid en de beoordeling van de herstructureringsmaatregelen in de financiële sector in de huidige crisis met inachtneming van de staatssteunregels, *PbEU* 2009, C 195/9, de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 januari 2011 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *PbEU* 2010, C 329/7 en Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 januari 2012 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *PbEU* 2011, C 356/7.

260 Zie Mededeling van de Commissie Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, C 244/2.

261 Zo kon reddingssteun aanvankelijk niet uit structurele maatregelen bestaan, maar werd het onderschrijven van kapitaal aandelen door overheden toegelaten en werden er niet steeds harde garanties vereist, gesteld dat de overheid voor het door haar ingebrachte kapitaal een marktconforme vergoeding kreeg. Zie nader H. Gilliams, 'Steun aan financiële instellingen na Lehman: een 'stresstest' voor de regelsinzake staatssteun', *SEW* aug 2010, nr. 7/8, p. 282-283.

Commissie vasthouden aan de regels van de interne markt en met name de staatssteunregels.

5 CONCLUSIE

In de Europese Unie bestaat een spanningsveld tussen de wens van de vervolmaking van de interne markt en de wens van lidstaten om overheidsbeleid uit te voeren via privaatrechtelijke ondernemingen.²⁶² Of onder Europees recht ruimte bestaat voor publieke taakbehartiging via overheidsondernemingen, moet worden beoordeeld aan de hand van de samenhang tussen artikel 345 VWEU, artikel 106 VWEU, de mededingingsrechtelijke verboden, de vrijverkeersjurisprudentie en de staatssteunregeling.

Artikel 345 VWEU biedt onder de huidige benadering van het HvJ EU nauwelijks mogelijkheden om overheidsmaatregelen af te schermen van toetsing aan de verdragsbepalingen.²⁶³ Wel resteert de vraag of een deel van de overheidsbevoegdheid kan worden afgeschermd van de werking van de vrijverkeersbepalingen door een absoluut privatiseringsverbod. Een dergelijk verbod zou anders dan de overheidsmaatregelen in de hierboven besproken vrijverkeersjurisprudentie toegestaan moeten zijn, aangezien dit onder artikel 345 VWEU valt. Het is echter de vraag of het HvJ EU dit ook zo ziet.

Er bestaat evenwel ruimte om rekening te houden met een door een overheidsonderneming verrichte dienst van algemeen economisch belang, doordat deze op grond van artikel 106 VWEU eventueel een uitzonderingspositie op de onverkorte toepasselijkheid van verdragsregels kan verkrijgen.²⁶⁴ Deze uitzonderingspositie geeft echter geen algemene vrijbrief. Op grond van het hierboven besprokene hebben lidstaten immers steeds de verplichting om de verdragsregels – in het bijzonder de staatssteunregels – in acht te nemen. Indien niet aan de voorwaarden van artikel 106 lid 2 VWEU wordt voldaan, zal de overheidsonderneming onder de onverkorte toepassing van de verdragsregels vallen waarbij met name de mededingingsrechtelijke verboden, vrijverkeersbepalingen en staatssteunbepalingen beperkingen kunnen inhouden voor de bevoegdheid van lidstaten de publieke taakbehartiging vorm te geven via private ondernemingen.

262 Zie P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1110.

263 Zie E. Szyszczak, 'Golden Shares and Market Governance,' (29) *LIEI* 2002 (4), 255-284 en J. Meulman, 'Reactie op "Financiële zekerheidsvereenkomsten" van prof. mr. J.H.M. van Erp in WPNR (2004) 6601. Nogmaals de Richtlijn financiële zekerheidsvereenkomsten – Een Europese barrière voor de Nederlandse implementatiewet? -', *WPNR* 2005/6615, p. 248-251.

264 P. Craig, G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 1110.

De mogelijkheden om publieke taakbeartiging als rechtvaardigingsgrond van schendingen van de verdragsbepalingen aan te voeren, verschillen onder de mededingingsregels, de vrijverkeersregels en de staatssteunregels. Onder de mededingingsregels bestaat er geen consensus over de vraag of publieke belangen een mededingingsbeperkende gedraging kunnen rechtvaardigen. Aangezien de overheidsonderneming in geval sprake is van hoge kosten van markttoegang, snel zal worden beschouwd als een onderneming met machtspositie, zal hetgeen aan een dergelijke overheidsonderneming is toegestaan, veelal beperkter zijn dan een onderneming zonder overheidsbemoediging of machtspositie is toegestaan.

Het is onder de verdragsbepalingen met betrekking tot de fundamentele vrijheden en staatssteun echter wel mogelijk ter rechtvaardiging van schending van de verbodsbepaling een beroep te doen op de beartiging van een publiek belang, maar dit beroep moet voldoen aan specifieke voorwaarden. Onder de vrijverkeersbepalingen kunnen publieke belangen een handelsbelemmering rechtvaardigen vanwege de expliciete verwoording van deze belangen in de desbetreffende verdragsbepalingen en de *Cassis de Dijon* formule. Hoewel de vrijverkeerstoets ruimte biedt voor de erkenning dat een overheidsmaatregel verband houdt met een publiek belang, heeft de evenredigheidstoets een beperkende werking voor de vormgeving van publieke taakbeartiging. Het HvJ EU vat het begrip handelsbelemmering uitermate ruim op. Hoewel begrijpelijkerwijs zuiver economische maatregelen de vrijverkeerstoets niet mogen doorstaan, kunnen vraagtekens worden gezet bij de invulling van de uitzonderingsmogelijkheid onder toetsing van de vrijverkeersbepalingen. Hetgeen de nationale overheid in lijn met coherent overheidsbeleid ziet, hoeft nog niet noodzakelijk en geschikt te zijn in de ogen van het HvJ EU. Bijkomend nadeel is dat nationale publieke belangen geenszins dominant zijn in de belangenafweging onder de vrijverkeersbepalingen. De rechtvaardiging vanwege publieke belangen wordt in de vrijverkeerstoets behandeld als afwijking van de fundamentele verdragsregelingen en derhalve als ondergeschikt aan het belang van de vervolmaking van de interne markt beschouwd.

Door de zeer brede interpretatie van handelsbelemmeringen en de rigide toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals uitgewerkt in het Belgische gouden aandelen arrest, hebben overheidsmaatregelen weinig kans van slagen. Deze benadering beperkt derhalve de keuzebevoegdheid van lidstaten om overheidsingrijpen vorm te geven sterk.²⁶⁵

De zeer formele benadering van hetgeen de overheid is toegestaan onder de vrijverkeersregels, biedt de mogelijkheid om een redelijk strakke grens te trekken. Afwijking van het algemene vennootschapsrechtelijke kader om bijzondere bevoegdheden voor de overheid te creëren is tot dusver niet moge-

265 Zo ook L.C. Backer, 'The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law', *Tul. L. Rev.* 2007-2008/82, p. 1801-1868.

lijk gebleken. Het moet mijns inziens echter wel mogelijk zijn voor de overheid om gebruik te maken van vennootschapsrechtelijke bevoegdheden bij de besluitvorming in de onderneming wanneer hierbij geen bijzondere van het nationale vennootschapsrecht afwijkende bevoegdheden worden gecreëerd. Of anders toegepast: Een rechtsvorm waarin bijzondere aandacht wordt besteed aan het publieke belang zou – indien de overheid niet in afwijking van de algemene wettelijke vennootschapsrechtelijke basisregeling voor die rechtsvorm, bijzondere rechten voor zichzelf creëert – niet in strijd met de vrijverkeersregels moeten zijn. Ook hier moet de toekomst uitwijzen of deze ruimte inderdaad bestaat.

Kortom, op de overheidsonderneming als hybride constructie van publiek- en privaatrechtelijke regelingen, kunnen de mededingingsrechtelijke (waaronder de staatssteunregeling) en vrijverkeersbepalingen cumulatief van toepassing zijn. De consequentie hiervan is dat de vrijheid van de lidstaten om de overheidsonderneming vorm te geven in meerdere opzichten beperkt is. De Europeesrechtelijke beperkingen gelden ten eerste voor de wijze waarop lidstaten trachten een van het gewone vennootschapsrechtelijke regime afwijkende positie voor zich te creëren. Ten tweede geldt ook dat de wijze van financiering van een overheidsonderneming met een dienst van algemeen economisch belang wordt begrensd. Ten derde wordt de toegestane ruimte voor handelen door de overheidsonderneming als onderneming met machtspositie ook beperkt door het Europeesrechtelijke kader.

De Verdragen behouden een bijzondere positie voor aan diensten van algemeen economisch belang in het kader gevormd door artikel 3 lid 3 VEU, artikel 14 VWEU en de in artikel 14 VWEU genoemde artikelen 93, 106 en 107 VWEU. Hierbij past een evenredigheidstoets door het HvJ EU die, in overeenstemming met de geldende verdragsbepalingen, afdoende ruimte laat aan lidstaten om effectieve controle ten aanzien van ondernemingen met een publieke taak die tot de kerntaak van de lidstaat kunnen worden gerekend (een legitiem publiek belang) uit te oefenen. De door het HvJ EU in de gouden aandeel-jurisprudentie totstandgekomen regel lijkt slechts *ex post* controle toe te staan die gezien het vennootschapsrechtelijk kader waarin de overheidsinterventie plaatsvindt, als onbevredigend moeten worden gezien. Het is, volgens dit vennootschappelijk kader, lastig voor de overheid (zeker wanneer die geen meerderheidsaandeelhouder is) om vernietiging van een overeenkomst van de overheidsonderneming met derden in naam van het publieke belang te vorderen. Doeloverschrijding die leidt tot vernietigbaarheid met externe werking jegens derden wordt immers bijna nooit aangenomen. Daarbij heeft de overschrijding van statutaire (vertegenwoordigings)bevoegdheden zoals besproken in hoofdstuk 2 en 4 geen derdenwerking, waardoor een eventuele overeenkomst niet op grond van deze overschrijding reeds aantastbaar is en de overheid de controle over een onderneming op deze wijze kan kwijtraken. Mijns inziens zou wel de vraag

gesteld kunnen worden of de met het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Amsterdam ingezette nieuwe lijn van redenering – het belang van het beter functioneren van diensten van algemeen economisch belang zodat deze meer in overeenstemming zijn met het onderliggende publieke belang – gevolgd moet worden bij de beoordeling van de verschillende wijzen waarop lidstaten trachten overheidsinvloed te verwezenlijken in ondernemingen in privaatrechtelijke rechtsvormen. Deze lijn zie ik doordat het evenredigheidsbeginsel heel eng wordt toegepast, niet terug in de gouden aandeel-jurisprudentie tot nu toe. Het HvJ EU vaart vooralsnog een strenge koers bij de beoordeling van gouden aandeel-achtige constructies, die zeer weinig tot geen ruimte laat aan lidstaten om *ex ante* overheidsinvloed middels controlemogelijkheden anders dan via meerderheidsaandeelhouderschap in (overheids)ondernemingen die diensten van algemeen economisch belang leveren, vorm te geven. Het publieke belang van bijvoorbeeld de energievoorziening voor een lidstaat zal er bij gebaat zijn wanneer bij de doelstellingen van de onderneming oog wordt gehouden op het publieke belang bij belangenafwegingen. Nationale overheden zullen meer dan private investeerders prioriteit geven aan de behartiging van publieke belangen, waardoor een meer genuanceerde beoordeling van instrumenten van overheidsinvloed in overheidsondernemingen door het HvJ EU gewenst lijkt. Het door de verdragen gestelde juridische kader voor diensten van algemeen economisch belang lijkt een interpretatie van de evenredigheids-toets mogelijk te maken waarbij de lidstaten ook *ex ante* controle houden op ondernemingen met een publieke taak.

Het is de bedoeling dat de concurrentie niet wordt verstoord of vervalst. Dat wat ondernemingen niet mogen, mogen ook lidstaten niet bewerkstelligen. Hetzij via publiekrechtelijke wet- en regelgeving, hetzij via een overheidsonderneming. Wat een private aandeelhouder echter wel mag, namelijk een bijzondere positie voor zichzelf creëren via vennootschapsrechtelijke overeenkomsten zoals stemovereenkomsten en statutenwijziging, lijkt tot op heden voor het behartigen van publieke belangen in privaatrechtelijk ingerichte ondernemingen niet mogelijk. *Golden share*-constructies worden streng beoordeeld door het HvJ EU en het is de vraag welke ruimte de overheid heeft om de publieke belangenbehartiging door ondernemingen met een publiek belang te verzekeren. Om aan de stringente voorwaarden van de vrijverkeersbepalingen tegemoet te komen, zou een mogelijkheid om het publieke belang in een overheidsonderneming te kunnen behartigen kunnen liggen in het creëren van een dominantere positie in de vennootschapsrechtelijk kader voor het publieke belang zonder dat hierbij een bijzondere positie voor de overheid wordt gecreëerd (zodat geen sprake is van een overheidsmaatregel).

Ik wens de overheidsonderneming niet gelijk te stellen met de overheid zodat deze wordt uitgesloten van toepasselijkheid van bepaalde verdragsbepalingen, maar ik bepleit dat juist omdat de publieke taak bij de overheidsonderneming op afstand is gezet, een bepaalde mate van controle die nodig is, wordt toege-

staan. Juist omdat de publieke dienst op afstand van de overheid wordt uitgevoerd, moet ook een *ex ante* beïnvloedingsmogelijkheid voor de overheid bestaan.²⁶⁶ Het op afstand zetten van de overheid geschiedt vaak met de gedachte dat de economische activiteiten met publiek belang zo efficiënter kunnen worden uitgevoerd dan wanneer de overheid deze zelf uitvoert. De overheid wenst niet verantwoordelijk te zijn voor het de dagelijkse uitvoering. Echter, juist omdat deze directe verantwoordelijkheid ontbreekt, bestaat het risico dat de onderneming niet de prioriteit geeft aan het publieke belang of besluiten neemt die het publieke belang kunnen schaden. Omdat de overheid de politieke eindverantwoordelijkheid voor het specifieke publieke belang draagt, is een controlemogelijkheid door de overheid wenselijk. Deze controlemogelijkheid kan zowel achteraf als vooraf geschieden. Vanwege de mogelijkheden in het vennootschapsrecht om ook vooraf invloed uit te oefenen bij besluiten die door een vennootschap worden genomen en het feit dat niet alle gevolgen van een besluit zich terug laten draaien, is het wenselijk ook deze beïnvloedingsmogelijkheden *ex ante* te benutten. In sommige gevallen is het nodig om bij besluitvorming in te grijpen als het publieke belang wordt bedreigd. De overheid heeft voor wat betreft de overheidsonderneming, zeker wanneer zij geen meerderheidsaandeelhouder is, meer ruimte nodig voor de verzekering dat het publieke belang wordt behartigd, dan dat momenteel wordt gelaten op grond van de 'gouden aandeel'-jurisprudentie. Een aangepaste belangenafweging door het HvJ EU waarbij onder de evenredigheidstoets in acht wordt genomen dat vanwege de afstand tussen overheid en overheidsonderneming, een *ex ante* toetsingsmogelijkheid nodig is, zou een uitkomst zijn. Indien dit niet wordt aangenomen, betekent verzelfstandiging in feite het prijsgeven van bijna alle *ex ante* controle mogelijkheden. Wanneer de overheid geen meerderheidsaandeelhouder is van een overheidsonderneming, is derhalve een minder effectieve controle op de publieke taak op afstand mogelijk.

266 Zie het rapport 'Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten' in het kader van het parlementair onderzoek, *Kamerstukken I* 2012/13, C, B, p. 3-4 (Rapport van de tijdelijke commissie voorbereiding parlementair onderzoek privatisering/verzelfstandiging overheidsdiensten).

