

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/64907>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-20 and may be subject to change.

Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?

13

J. Meulman*

In het onderhavige artikel wordt ingegaan op het Groenboek over diensten van Algemeen Belang van de Europese Commissie (COM (2003) 270 def.), meer in het bijzonder op de mogelijkheden om te komen tot horizontale regulering van zulke diensten. Daartoe worden eerst de binnen het kader van art. 86 EG gebezigde begrippen nader bekeken. Het vermogen om diensten van algemeen belang te onderscheiden is immers van cruciaal belang om te komen tot horizontale regulering daarvan. Vervolgens wordt een basis voor een voorstel gedaan dat strekt tot invulling, op lidstatelijk niveau, van de proportionaliteitstoets die in art. 86 lid 2 EG besloten ligt.

1. Inleiding

Op 21 mei 2003 presenteerde de Europese Commissie het *Groenboek over Diensten van Algemeen Belang*.¹ Een potentiële mijlpaal die het begin- zowel als het eindpunt van een tijdperk van rechtsonzekerheid kan markeren. Kan, want het is uiteindelijk aan de communautaire wetgever om iets te doen aan de bestaande onduidelijkheden binnen dit relatief kleine, maar niet onbelangrijke gebied van het Europese recht. Het verzoek om verduidelijking van de status van diensten van algemeen belang en (de omvang van) het toepasselijke regelgevende regime komt van de Europese Raad, die in Barcelona de Commissie verzocht:

'(...) haar onderzoek voort te zetten teneinde de aan artikel 16 van het Verdrag ten grondslag liggende beginselen inzake diensten van algemeen economisch belang in een voorstel voor een kaderrichtlijn te bevestigen en nader te omschrijven, rekening houdend met de kenmerken van de verschillende betrokken sectoren en met de inachtneming van artikel 86 van het Verdrag'.²

Er ligt dus een expliciete vraag naar *kaderwetgeving*, hetgeen in wezen op te vatten is als een verzoek om te komen met een horizontale benadering van diensten van algemeen belang.³ Kennelijk wensen de lidstaten meer rechtszekerheid omtrent de hun toegestane marge om ten behoeve van algemene belangen te interveniëren in de economie. Dat is begrijpelijk en de roep om duidelijkheid wordt vaker gehoord in de context van het negatieve integratieproces dat voortschrijdend het spectrum van nationale beleidsopties verkleint. Vooral als door recht-

spraak van de Europese rechtscollages bepaalde beleidskeuzes strijdig met het Europese recht worden verklaard, rijst onmiddellijk de vraag 'welke maatregelen de lidstaten dan nog wel mogen nemen om hun belangen te beschermen'.⁴ Ook aangaande diensten van algemeen belang bestaat er kennelijk rechtsonzekerheid aan de zijde van de lidstaten. Deze wordt mede veroorzaakt door de dynamische interpretatie van art. 86 EG,⁵ dat uitzonderingen op onder meer het EG-mededingingsrecht toelaat om het algemeen belang te dienen, en de bij toepassing van dat artikel gebruikte begrippen.

* De auteur is junior onderzoeker aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

Dit artikel moet worden aangehaald als J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004, 13.

1 *Groenboek over Diensten van Algemeen Belang*, COM(2003)270 def., hierna: *Groenboek*. Het was lang verwacht, er werd in augustus 2002 reeds melding van gemaakt dat het onderweg was: zie het redactioneel commentaar in de *Financial Times* (Europese editie) van 9 augustus 2002.

2 Conclusie van het voorzitterschap van de Europese Raad van Barcelona, 15 en 16 maart 2002, punt 42. Het verzoek werd in Laken herhaald: Conclusie van het voorzitterschap van de Europese Raad van Brussel, 20 en 21 maart 2003, punt 26.

3 De Commissie neemt deze vraag over. In punt 12 van het *Groenboek* stelt de Commissie de vraag wat de uitgangspunten van een *kaderrichtlijn of een ander algemeen instrument* zouden kunnen worden, waarmee m.i. de voorkeur voor een horizontale aanpak wordt aangegeven. Ook uit de punten 37-42 blijkt dat een horizontale aanpak de eerste keus is. De kwestie heeft zelfs beslag gekregen in de ontwerpgrondwet voor Europa: art. III-6 spreekt van de neerlegging van de beginselen van diensten van algemeen economisch belang in een Europese wet. In dit opzicht is het een belangrijke verandering ten opzichte van het huidige art. 16 EG dat enkel verwijst naar andere bepalingen in het EG-Verdrag.

4 Zeer illustratief is de opmerking die door de vertegenwoordiger van de Duitse regering werd ingediend in de zaak *Inspire Art*, die het Hof uitdrukkelijk verzocht aan te geven welke beleidsruimte nog openstond om nationale belangen te beschermen. In dat geval ging het om beperkingen op de vrijheid van vestiging om misbruik van dat recht tegen te gaan: HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam t. Inspire Art Ltd*, n.n.g.: par. 122-123 van de conclusie van A-G Mischo.

5 Zie hieromtrent in algemene zin: J.-L. Buendia-Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty* (diss. Zaragoza), Oxford: Oxford University Press 1999, en: R.A. Abdullah Khan, *Ondernemingsconcentraties en marktliberalisering – Over macht en onmacht van rechters bij de toepassing van artikelen 82 en 86 van het EG-Verdrag* (diss. Amsterdam UvA) (Serie Mededingingsmonografieën deel 6), Deventer: Kluwer 2002.

Doel van het *Groenboek* is om meningen van alle belanghebbende partijen over de plaats van diensten van algemeen belang binnen het EG-recht te inventariseren. Aan de hand daarvan kan gekomen worden tot een voorstel voor een sectoroverstijgende richtlijn die de regulering van die diensten mogelijk maakt.⁶ Het lijkt er niet op dat de Commissie van zins is om de lidstaten *carte blanche* te geven om naar believen uitzonderingen op het mededingingsregime en de interne-marktregels in het leven te roepen. Veeleer lijkt het de bedoeling duidelijkheid te scheppen over de diensten waarvoor en de omstandigheden waaronder interventie mogelijk is. Voordat op dit gebied overgegaan wordt tot actie zal helderheid moeten komen in het brede scala aan gehanteerde begrippen en hun onderlinge verhouding. Het succes van horizontale wetgeving valt of staat immers met het vermogen om allereerst diensten met een algemeen-belangcomponent *in abstracto* te identificeren, dus zonder daarbij in te gaan op sectorspecifieke kenmerken. Niet minder belangrijk is het om, na kwalificatie van een gegeven dienst, de toegestane mate van overheidsinterventie in algemene zin aan te geven. Het zijn deze twee elementen die wellicht zouden moeten worden gecodificeerd opdat de lidstaten bij interventie in de economie zelf kunnen toetsen of hun tussenkomst strookt met het communautaire recht.

Hieronder zal ik eerst onderzoeken hoe tot op heden invulling werd gegeven aan de begrippen 'dienst van algemeen belang', 'dienst van algemeen economisch belang',⁷ 'universele dienst' en 'openbare dienst-(verplichting)' om te kijken of gestalte is of kan worden gegeven aan algemene kenmerken van de verdragsrechtelijke notie 'dienst van algemeen (economisch) belang'. De conclusie zal ik hier reeds prijsgeven. Deze luidt dat tot op heden geen eenduidige invulling is gegeven aan de genoemde begrippen, alle bemoeienissen en pogingen van de EG-instellingen ten spijt. Toch valt geen van de partijen in het debat hierover iets te verwijten: het algemeen-belangbegrip heeft gewoonweg te weinig handvatten die zich lenen voor codificatie of definitie door de ontwikkeling van jurisprudentiële criteria. Daarnaast ontbreekt het de EG aan bevoegdheden om het toegestane niveau van intensiteit van overheidstussenkomst uitputtend verticaal (per sector) vast te leggen.

Om toch ook een positieve bijdrage te leveren aan het debat zal ik vervolgens ingaan op de vraag of en hoe dan wel duidelijkheid kan worden verkregen omtrent de toegestane marge van overheidsinterventie in de markt. Hiertoe zal worden aangeknoopt bij, ten eerste, de in art. 86 lid 2 EG gebezigde termen 'belast' en 'toevertrouwde taak' en, ten tweede, bij de evenredigheidstoets die in dit artikellid besloten ligt. Dit zijn twee elementen die zich wellicht lenen voor een zekere mate van codificatie die kan bijdragen aan grotere rechtszekerheid op het gebied van overheidsinterventie.

2. Diensten van algemeen belang

De titel van het *Groenboek* luidt: Groenboek over Diensten van Algemeen Belang. De Commissie beklemtoont echter meteen dat de term 'diensten van algemeen belang' nergens in het EG-Verdrag kan worden gevonden en deze is ontleend aan de term 'diensten van algemeen

economisch belang'.⁸ Hij omvat zowel economische (marktgerichte) als niet-economische (niet-marktgerichte) diensten. In die zin is het een overkoepelend begrip.⁹ De diensten van algemeen belang worden door de Commissie ingedeeld in drie hoofdcategoryën: (1) door de grote netwerkindustrieën verleende diensten van algemeen economisch belang; (2) andere diensten van algemeen economisch belang, en; (3) niet-economische diensten en diensten die het handelsverkeer niet beïnvloeden. Over de a.e.b.-diensten (c.q. de eerste en tweede categorie) hieronder meer (*infra*, par. 3). Over de derde categorie hier twee opmerkingen.

Ten eerste moet in ieder geval opgemerkt worden dat de Commissie erin geslaagd is duidelijkheid te brengen in het begrippenscala door consistent om te springen met de term 'algemeen-belangdienst'. Tot op heden werd deze term nu eens gebruikt als overkoepelend begrip,¹⁰ zoals hierboven gesignaleerd, dan weer als synoniem voor algemeen-economisch belangdienst.¹¹ Helder is nu in ieder geval dat de algemeen-belangdienst een generieke aanduiding is voor economische en niet-economische diensten.

Ten tweede heeft het er niet de schijn van dat de Commissie al teveel wenst te reguleren aangaande de 'de *minimis* diensten' en niet-economische algemeen-belangdiensten. In die zin is de titel van het *Groenboek* dus enigszins misleidend voor de lezer die zou denken dat alle algemeen-belangdiensten onderworpen worden aan communautair toezicht. Overigens ontbreekt het de Gemeenschap ook aan bevoegdheden om op de *minimis*-en niet-economisch gebied al te vergaand op te treden.¹² Wel worden de vragen geopperd of de scheidslijn tussen wat economisch en wat niet-economisch is verduidelijking behoeft en of de Gemeenschap op het gebied van niet-economische diensten wellicht meer bevoegdheden zou moeten krijgen.¹³ De eerste kwestie leent zich mis-

6 Hiertoe stelt de Commissie vier algemene vragen (*Groenboek*, punt 12) die worden uitgewerkt in een dertigtal specifiekere (waarvan een overzicht op p. 36-38 van de Nederlandstalige versie).

7 Hierna ook: 'a.e.b.-dienst(en)'.

8 *Groenboek*, punt 16. Deze categorie van diensten werd voor het eerst door de Commissie geïdentificeerd in 1996 in: 'Mededeling van de Commissie – De diensten van algemeen belang in Europa', *PbEG* 1996 C 281/3, punt 10.

9 *Groenboek*, punt 16.

10 'Mededeling van de Commissie – De diensten van algemeen belang in Europa', *PbEG* 1996 C 281/3.

11 Bijvoorbeeld HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92, *Gemeente Almelo e.a. t. NV Energiebedrijf IJsselmij*, *Jur.* 1994, p. I-1477, r.o. 46, 47 t.o.v. r.o. 49; HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner t. Landkreis Südwestpfalz*, *Jur.* 2001, p. I-8089, r.o. 51 en 55 t.o.v. r.o. 61 en 62. Ook de Europese Raad hanteert deze noties soms als synoniemen, vgl. de conclusie van het voorzitterschap van Barcelona van 15 en 16 maart 2002 (punt 42) met de begeleidende nota van het voorzitterschap aan de delegaties van de Europese Raad van Brussel van 20 en 21 maart 2003 (punt 26).

12 De *minimisdiensten* vallen niet onder communautaire competentie omdat zij het handelsverkeer tussen de lidstaten niet merkbaar beïnvloeden, hetgeen een essentieel bevoegdheidscriterium is voor EG-optreden. De EG heeft wel degelijk bevoegdheden op het gebied van de niet-economische diensten van algemeen belang, bijvoorbeeld de regels met betrekking tot non-discriminatie, vrij verkeer van personen en overheidsopdrachten (*Groenboek*, punt 43).

13 *Groenboek*, punt 42.

schien nog voor een deels wetgevende oplossing;¹⁴ de tweede is van meer politieke aard en eventueel wenselijke bevoegdheidsuitbreiding kan m.i. alleen via een amendering van het Verdrag worden bereikt.

Het zwaartepunt van het *Groenboek* ligt dus niet op de afbakening van het terrein waarop het mededingingsrecht zijn werking kan hebben maar op het bepalen van de speelruimte die de lidstaten hebben om binnen het kader waarin mededinging plaatsvindt, te kunnen intervensiëren.¹⁵ Begripsmatig speelt de dienst van algemeen economisch belang dus een sleutelrol.

3. Diensten van algemeen economisch belang

Het a.e.b.-begrip is, in tegenstelling tot het algemeen-belangbegrip, wél verankerd in het EG-Verdrag, te weten in art. 16 en 86; beide zwijgen over zijn status, inhoud en omvang. Die constatering is niet meer dan het intrappen van een open deur. Ook het *Groenboek* geeft opnieuw¹⁶ geen definitief antwoord op de vraag wat een a.e.b.-dienst is of hoe deze zich laat definiëren. Dat is begrijpelijk want deze notie is moeilijk tastbaar te maken wegens steeds weer wisselende visies op het takenpakket van de overheid. Het *Groenboek* beperkt zich tot de stelling dat aan de hand van bestaande Gemeenschapswetgeving terzake een aantal gemeenschappelijke elementen kunnen worden gedefinieerd die zich lenen voor de ontwikkeling van een communautair concept: universele dienstverlening (*sic*), continuïteit, kwaliteit van de dienstverlening, betaalbaarheid en gebruikers- en consumentenbescherming.¹⁷ Toegegeven, dit zijn kenmerken die veel a.e.b.-diensten bezitten. De opgesomde kenmerken zijn echter ontleend aan het universele dienstbegrip, dat hieronder nog zal worden besproken en dat m.i. enger is dan het a.e.b.-begrip.

De ongrijpbaarheid van de a.e.b.-dienst schuilt in de algemeen-belangcomponent: is een activiteit misschien *ipso facto* aan te merken als 'van algemeen economisch belang', of is juist aan de hand van objectieve kenmerken te bepalen wat er inherent van algemeen belang is aan een gegeven dienst? Het blijft helaas, ook na ruim veertig jaar Europese wetgeving en rechtspraak, gissen naar de relevante factoren om de status van een activiteit te bepalen. Bestaan die überhaupt? Hoe meet men de algemeen-belangcomponent van een economische activiteit? Er zijn hiervoor twee soorten factoren te onderscheiden, subjectieve en objectieve.

A. Het subjectieve belang van de activiteit

Het is moeilijk om te bepalen of er iets inherent 'van algemeen belang' is aan een economische activiteit.¹⁸ Een discussie hierover zal dan ook snel verzanden in een welles-nietes. Wat (men in) één lidstaat belangrijk vindt, beschouwt (men in) een andere misschien als ondergeschikt. Bovendien is de mening van de lidstaten niet doorslaggevend, ook de instellingen hebben hier zeggenschap over.¹⁹ Het Hof stelde bijvoorbeeld vast in *Porto di Genova* dat: 'Noch uit de door de nationale rechter overgelegde stukken, noch uit de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt, dat de havenwerkzaamheden een

algemeen economisch belang dienen dat deze onderscheidt van andere economische activiteiten.'²⁰ Waar op EG-niveau de betreffende dienst wetgevend is geïdentificeerd en de toegestane marge voor interventie is aangegeven, zullen zich weinig problemen voordoen; Hof, Gerecht en nationale rechter kunnen dan overgaan tot toetsing van die wetgeving.²¹ Het is vooral van belang dat, wanneer op lidstatelijk niveau een dienst wordt gekwalificeerd als van algemeen economisch belang, handvatten worden aangereikt om te bepalen of de aanmerking terecht geschiedt.

Zoals hoger reeds werd beweerd, moet toegegeven worden dat zulke criteria tot het 'verheffen' van diensten tot a.e.b.-diensten niet bestaan, hoezeer enkele partijen in het debat in het verleden ook hun best hebben gedaan

14 Vooral een recente reeks arresten waarin de scheidslijn tussen economische en niet-economische activiteiten op het gebied van sociale zekerheid wordt aangegeven zou via wetgevende weg wellicht verduidelijkt kunnen worden.

15 Zie voor een duidelijke omschrijving van het verschil: M.H. van der Woude, *De grenzen van de mededinging* (oratie Rotterdam), (uitgeverij onbekend) 2001.

16 Ook de beide algemeen-belangmededelingen gaven hierover geen uitsluitsel: 'Mededeling van de Commissie – De diensten van algemeen belang in Europa', *PbEG* 1996 C 281/3; 'Mededeling van de Commissie - Diensten van algemeen belang in Europa', *PbEG* 2001 C 17/4.

17 *Groenboek*, punt 49.

18 Treffend is in dit opzicht het volgende citaat uit Gilliams' bijdrage aan de Asser-Conferentie in 1997: 'Evenmin valt in te zien waarom het exploiteren van een openbaar telefoonnetwerk (...) of de productie van energie (...) als *dusdanig* (cursivering: JM) zijn te beschouwen als diensten van algemeen belang. Indien daarmee wordt gesuggereerd dat de kwalificatie samenhangt met het economisch of sociaal belang van de betrokken diensten, dan ligt het voor de hand om eveneens als diensten van algemeen economisch belang te beschouwen het bakken van brood en het bottelen van water, het vervaardigen van geneesmiddelen, het bouwen van woningen, het verdelen van brandstoffen, het verhelpen van autopech, het toedienen van geneeskundige zorgen, enzomeer.' H. Gilliams, 'Artikel 90, lid 2 EG-Verdrag: Onbeantwoorde vragen', in: *Art. 90 EG en de privatisering van Nederlandse publieke ondernemingen*, Asser Conferentie Europees Recht 1997, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1997, p. 24, t.a.p. p. 27-28.

19 Hoewel de Commissie in de 'Mededeling inzake diensten van algemeen belang in Europa' (*PbEG* 2001 C 17/4) uitdrukkelijk stelt dat het aanwijzen van diensten van algemeen economisch belang een taak van de lidstaten is (punt 22), blijft het afwachten of het Hof en het Gerecht in die redenering meegaan. Er zijn indicaties dat dat het geval is, zie: GvEA EG 27 februari 1997, zaak T-106/95 *Fédération française des sociétés d'assurances e.a. t. Commissie*, *Jur.* 1997, p. II-229, r.o. 108, waarin het Gerecht stelt dat bij gebreke van Europeesrechtelijke regelgeving terzake de lidstaten een ruime beoordelingsmarge aangaande de bepaling van het algemeen belang hebben.

20 HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179-90, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa t. Siderurgica Gabrielli Spa*, *Jur.* 1991, p. I-5889, r.o. 27. In *Höfner* stelt het Hof dat arbeidsbemiddeling wel een dienst van algemeen economisch belang is; in *RTT* dat de exploitatie van een openbaar telefoonnet als zodanig kwalificeert. Zie resp.: HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *Klaus Höfner en Fritz Elser t. Macrotron GmbH*, *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 24, en: HvJ EG 13 december 1991, zaak 18/88, *Regie des télégraphes et des téléphones t. GB-INNO-BM SA*, *Jur.* 1991, p. I-5941, r.o. 16.

21 Bijvoorbeeld de Universele dienstrichtlijn voor de telecommunicatiesector: Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *PbEG* 2002 L 108/51.

om ze te destilleren uit rechtspraak en wetgeving.²² Vragen naar de definitie van de a.e.b.-dienst is vragen naar de kerntaken van de overheid: in welke sectoren van de economie mag de overheid interveniëren om niet-economische doelstellingen te verwezenlijken en uit welke sectoren moet zij zich terugtrekken? Abdullah Khan haakt in zijn proefschrift²³ aan bij Donner:²⁴

‘Praktisch noch theoretisch zijn er (...) kerntaken aanwijsbaar. Waar politiek en bestuur een extern ijkpunt zoeken voor de kerntaken van de overheid om zo een objectieve grondslag te verkrijgen bij het maken van keuzen en het stellen van prioriteiten, worden zij langs de verschillende invalshoeken uiteindelijk toch weer teruggevoerd op zichzelf.’²⁵

Men kan zich dus afvragen of rechtscolleges zich de vraag wel mogen stellen of een activiteit van algemeen economisch belang is of niet, dat is, of een niet-democratisch verkozen instantie zulks behoort te bepalen. Beantwoording ervan zou wellicht aanmatigend overkomen. Beter is het misschien de vraag te stellen of rechtscolleges de vraag wel hoeven te stellen. Veiligheidshalve kunnen zij zich hier misschien beter niet in mengen, daar is wellicht ook geen noodzaak toe. Wanneer de Luxemburgse rechtscolleges beslissen dat een gegeven activiteit niet van algemeen economisch belang is, is het resultaat van die vaststelling dat voor de uitvoering ervan van overheidswege geen mededingingsbeperkingen in het leven mogen worden geroepen die strijdig zijn met het EG-Verdrag. Daarmee wordt gezegd dat het subjectieve algemeen belang dat wordt verbonden aan de activiteit ook onder normale concurrentie, hetzij zonder regulering, hetzij onder regulering die gelijkelijk voor alle marktdeelnemers geldt, wordt of kan worden beschermd. Het feit dat nationale overheden een subjectief belang toekennen aan de activiteit kan eenvoudig worden vastgesteld aan de hand van de regelgeving terzake.²⁶ Eerst moet natuurlijk worden vastgesteld dat het niet gaat om de bescherming van een puur economisch belang.²⁷ Eventueel kan daarna, om gelegenheidsargumenten uit te sluiten, hieraan een marginale toetsing worden gekoppeld waaruit moet blijken dat er enige democratische besluitvorming ten grondslag ligt aan de toekenning van de rechten terzake.²⁸ Vervolgens kan in de proportionaliteitstoets in het kader van art. 86 lid 2 worden beoordeeld welke mate van interventie geoorloofd zal zijn. Hier moet in ieder geval worden opgemerkt, dat die mate van interventie nihil kan zijn.

Verder durf ik te beweren dat vaststellingen van het Hof dat een activiteit als zodanig niet van algemeen economisch belang is, gevaarlijk zijn. Er wordt niet alleen mee gezegd dat de voorliggende toekenning van bijzondere of exclusieve rechten niet gerechtvaardigd kan worden, ook toekomstige interventie wordt hiermee uitgesloten. Het Hof stelde in *RTT* bijvoorbeeld uitdrukkelijk dat: ‘Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht is dit monopolie, dat ertoe strekt de gebruikers een openbaar telefoonnet ter beschikking te stellen, een dienst van algemeen economisch belang in de zin van art. 90, lid 2, EEG-Verdrag [.]’²⁹ daarmee zeggend dat die de situatie kan veranderen, wellicht *a contrario* ook ten voordele van interventie. De vraag die dan wordt opgeworpen luidt: onder welke omstandigheden mogen dan wel (weer) bijzondere of exclusieve maatregelen worden getroffen? Daarvoor zal

een nieuwe uitspraak van het Hof nodig zijn of tussenkomst van de Commissie, al dan niet in samenwerking met de Raad en het Parlement. Hiermee wordt soms acuut noodzakelijke interventie aanzienlijk bemoeilijkt, want afhankelijk gemaakt van trage Gemeenschapsrechtelijke procedures.

Resultaat van bovenstaande benadering is dat het begrip ‘a.e.b.-dienst’ hol wordt. Het feit dat aan diensten het a.e.b.-label wordt gehecht, rechtvaardigt aldus niet per definitie overheidsinterventie.³⁰ Buendia-Sierra verwoordt het in zijn dissertatie als volgt: ‘In the national approach, the concept of services of general economic interest is like an empty glass, to be filled by each Member States as it sees fit.’³¹ Hij voegt hieraan meteen toe: ‘On the other hand, in the “Community approach” this concept has substantive content which is common to the Community and which the Member States must respect.’³² Niet te ontkennen valt dat er ook een communautaire dimensie aan het a.e.b.-begrip zit. Er moet echter onderscheid worden gemaakt tussen de communautaire instellingen die gerechtigd zijn die dimensie aan diensten te verbinden. Het begrip a.e.b.-dienst kan perfect ingevuld worden door Raad, Commissie en Parlement;³³ Hof en Gerecht (en nationale rechter) zullen in mijn visie daartoe niet de aangewezen instanties zijn.

22 Gilliams gaf een hiertoe goede voorzet in zijn hoger geciteerde bijdrage aan de Asser-conferentie 1997 (supra, noot 18). Devroe werkte later criteria uit aan de hand van het universele dienstbegrip in zijn bijdrage aan dit blad: W. Devroe, “Universele dienstverlening” als nieuwe manier van denken?, *SEW* 2000, p. 82.

23 R.A. Abdullah Khan, *Ondernemingsconcentraties en marktliberalisering - Over macht en onmacht van rechters bij de toepassing van de artikelen 82 en 86 van het EG-Verdrag* (diss. Amsterdam UvA) (Serie Mededingingsmonografieën deel 6), Deventer: Kluwer 2002.

24 J.P.H. Donner, *Staat in beweging* (WRR-rapport V 100), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

25 R.A. Abdullah Khan, *supra*, noot 23, p. 215-216.

26 Onder ‘regelgeving’ moeten ook worden begrepen: overheidscontracten, concessies, convenanten, etc. Nergens is de voorwaarde opgenomen dat een uitzondering onder art. 86 lid 2 EG alleen bij wet kan worden gemaakt.

27 HvJ EG 30 april 1974, zaak 155/73, *Giuseppe Sacchi*, *Jur.* 1974, p. 409, r.o. 14; GvEA EG 8 juli 1999, zaak T-266/96, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV t. Commissie*, *Jur.* 1999, p. II-2329, r.o. 107-109.

28 Althans, vanuit een nationaalrechtelijk perspectief zou dat wenselijk kunnen zijn. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief zou het in ieder geval een extra controle op toekenning opleveren.

29 *Supra*, noot 20, r.o. 16 (cursivering: JM). Overigens blijft onduidelijk wat het Hof met die opmerking bedoelde. Misschien werd zij geplaatst om aan te geven dat er liberaliseringswetgeving onderweg was. Minder waarschijnlijk is dat het Hof beoogde te zeggen dat in alle lidstaten een vorm van interventie aanwezig was en dat er dus een zekere consensus bestond tussen de lidstaten aangaande het algemeen belang van bepaalde telecommunicatiediensten.

30 Vgl. Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) *PbEG* 2002 L 108/51, art. 3 en art. 8 lid 1.

31 J.-L. Buendia-Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 281.

32 *Ibid.*

33 Gebruikmaking van art. 86 lid 3 EG acht ik persoonlijk minder wenselijk wegens het gebrek aan democratische legitimiteit van beschikkingen en richtlijnen die door een alleen opererende Commissie worden vastgesteld. Legitimiteit die m.i. noodzakelijk is voor het bepalen van de kerntaken van de overheid.

Op praktisch niveau betekent dit dat genoemde rechtscolleges misschien het beste in het midden kunnen laten of een dienst van algemeen economisch belang is of niet en rechtstreeks doorgaan naar de evenredigheidstoetsing, hetgeen het Hof bijvoorbeeld deed in *Dusseldorp*.³⁴ Eventueel kan met formules als: 'Als de voorliggende dienst al een dienst van algemeen economisch belang zou zijn ..., ' aangegeven worden dat interventie ten behoeve van operatoren wellicht niet gewenst is. Steeds zou dan niettemin een evenredigheidstoetsing moeten volgen.

B. *Het subjectieve belang vertaald: objectieve voorwaarden*

De Commissie stelt in het *Groenboek* dat het waarschijnlijk wenselijk noch mogelijk is om tot één definitie van diensten van algemeen economisch belang te komen.³⁵ Toch onderscheidt zij enkele kenmerken aan de hand waarvan een communautair concept van algemeen economisch belang zou kunnen worden vastgesteld, de eerdergenoemde voorwaarden van universaliteit, continuïteit, kwaliteit van de dienstverlening, betaalbaarheid en gebruikers- en consumentenbescherming. De meeste zijn tevens kenmerk van de universele dienst, waarop hieronder uitgebreider zal worden ingegaan (*infra*, par. 4). Over de geschiktheid van deze criteria om een dienst van het predikaat 'van algemeen economisch belang' te voorzien, twee opmerkingen:

Het feit dat deze voorwaarden vaak terugkeren als middelen om publieke belangen te behartigen, wil m.i. niet zeggen dat daarmee een communautaire dimensie zit aan een dienst waaraan een dergelijke verplichting verbonden is. Die dimensie zou er wel aan toegekend kunnen worden; de subjectieve visie op lidstatelijk niveau kan als motor dienen om tot harmonisatie van het dienstenpakket en de intensiteit van de aanbieding (en daarvoor noodzakelijke bijzondere en exclusieve rechten) te komen. Met andere woorden: oorzaak en gevolg moeten gescheiden worden gehouden. De objectieve voorwaarden zijn het gevolg van de toekenning van een subjectief belang. Zonder de subjectieve component zijn de objectieve voorwaarden niet geschikt als toetsingscriterium: zij zijn immers aan eender welke dienst te verbinden. Ze worden naar het aanziet zo nu en dan ook aangegrepen om te komen tot een gelegenheidsexceptie.³⁶ Ten tweede moet de volgende beperking van de benadering van de Commissie worden ingezien. Niet alle a.e.b.-diensten worden onder de met universaliteit geassocieerde voorwaarden aangeboden. Hoezeer de criteria van universaliteit ook bijdragen tot de identificatie van merendeel³⁷ van de a.e.b.-diensten, zij zijn niet geschikt om alle a.e.b.-diensten te herkennen. Het wettelijk monopolie op verwerking van bouwpuin binnen een bepaalde regio in Denemarken dat aanleiding gaf tot de zaak *Sydhavnens*³⁸ was niet om redenen van universaliteit opgericht: de afvalverwerking was niet beschikbaar voor een ieder en de betaalbaarheid van de verwerking werd beheerst door het principe 'de vervuiler betaalt'. Bovendien is moeilijk vast te stellen of het om een continue dienst ging of niet of dat het exclusieve recht in casu de kwaliteit van de dienst garandeerde. Exclusieve rechten als in *Sydhavnens* aan de orde zijn overigens niet uit-

zonderlijk. In de zaak *Dusseldorp*³⁹ en het al wat oudere *Campus Oil*⁴⁰ ging het om uitsluitende rechten met vergelijkbare doelen en dito middelen om ze te bereiken. Het gaat dus om een categorie van niet-universele a.e.b.-diensten die zelfstandig bestaansrecht heeft. Om deze reden is het a.e.b.-begrip volgens mij breder dan het universele-dienstbegrip.

Aan de hand van alleen de objectieve criteria (bijvoorbeeld die van universaliteit) is niet vast te stellen of een dienst van algemeen economisch belang is, hoezeer men ook probeert voorwaarden te vinden die aan alle situaties recht doen. Zulke criteria zijn immers altijd te verbinden aan diensten, ook om puur economische redenen. Anderzijds volgt uit de simpele vaststelling dat een gegeven dienst niet van algemeen economisch belang is de conclusie dat er door de lidstaten hoe dan ook geen mededingingsbeperkingen mogen worden opgeworpen om de voorziening ervan te borgen. Dat doet op zijn beurt geen recht aan het subjectieve belang dat aan een bepaalde activiteit gehecht kan worden door een daartoe bevoegde autoriteit. Een toetsingscriterium is dus wel nodig. De enige verplichting die in algemene zin zou kunnen, en m.i. moeten, worden opgelegd aan de lidstaten lijkt dus het in wetgeving opnemen van het algemeen belang dat een interventie maatregel noodzakelijk maakt en de middelen die daartoe worden ingezet. Die regel werd door het Hof reeds in enigszins verholde vorm naar voren gebracht in *Ahmed Saeed*⁴¹ en door het Gerecht herhaald in *Air Inter*.⁴² Verder vermoed ik dat het weinig zin heeft nadere wetgeving vast te stellen n.a.v. het *Groenboek*, zo zal bijvoorbeeld een document waarin

34 HvJ EG 25 juni 1998, zaak C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. t. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, Jur. 1998, p. I-4075, r.o. 67.

35 *Groenboek*, punt 49.

36 B.v. in HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96, *Corsica Ferries France SA t. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl en Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Jur. 1998, p. I-3949. Niet in te zien is wat de algemeen-belangcomponent is van een universele dienst voor het aan- en afmeren van schepen in de haven van Genua. De juiste vraag om te stellen is: welk algemeen belang zou worden geschaad als de aan- en afmeerdienst niet onder universele condities zou worden aangeboden? Om kort te gaan: de vraag naar het subjectieve belang moet eerst worden beantwoord voordat de objectieve voorwaarden worden beoordeeld op hun proportionaliteit in het kader van art. 86 lid 2 EG.

37 J.-L. Buendia-Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 337.

38 HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-209/98, *Entrepreneurforenings Affalds/Miljøsektion (FFAD) t. Københavns Kommune ('Sydhavnens')*, Jur. 2000, p. I-3743, r.o. 75-76. Het is ook tekenend dat het Hof niet ingaat op de elementen van universaliteit om vast te stellen of de verwerking van puin een a.e.b.-dienst is terwijl in andere zaken het Hof daar vaak steun in zoekt. bijvoorbeeld in HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner t. Landkreis Südwestpfalz*, Jur. 2001, p. I-8089, r.o. 55.

39 HvJ EG 25 juni 1998, zaak C-203/96, *supra*, noot 34.

40 HvJ EG 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil Limited e.a. t. Minister van Industrie en Energie e.a.*, Jur. 1984, p. 2727.

41 HvJ EG 11 april 1989, zaak 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebuero GmbH t. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.v.*, Jur. 1989, p. 803, r.o. 57.

42 GvEA EG 19 juni 1997, zaak T-260/94, *Air Inter SA t. Commissie*, Jur. 1997, p. II-997.

ofwel diensten worden geïdentificeerd die als a.e.b.-dienst zijn aan te merken ofwel krampachtige voorwaarden voor identificatie worden opgesomd waarschijnlijk te exclusief van aard zijn en daarmee afbreuk doen aan het dynamische en evolutieve karakter van a.e.b.-dienst.⁴³

4. Universele diensten

Een eerste algemene definitie van de universele dienst werd voor het eerst door de Commissie gegeven in de Algemeen-belangbekendmaking van 1996. Daar werd het als volgt omschreven:

‘Dit evolutieve begrip dat door de Instellingen van de Gemeenschap is ontwikkeld, behelst een geheel van eisen van algemeen belang waaraan de activiteiten van de telecommunicatie of de post bij voorbeeld in de gehele Gemeenschap dienen te voldoen. De verplichtingen die eruit voortvloeien hebben ten doel overal en voor iedereen de toegang tot bepaalde wezenlijke prestaties van goede kwaliteit en tegen betaalbare prijzen mogelijk te maken.’⁴⁴

De daaropvolgende bekendmaking inzake diensten van algemeen belang, uit 2000, was cryptischer want gebruikte een specifiek voorbeeld uit de telecommunicatiemarkt.⁴⁵ Het *Groenboek* vertoont ten opzichte van de Algemeen-belangmededelingen uit 1996 en 2000 een paar belangrijke verschillen wat betreft het concept ‘universele dienst’. Volgens de Commissie heeft ‘(h)et concept universele dienst betrekking op *een reeks eisen* ten aanzien van het algemeen belang (...)’⁴⁶ hetgeen in ieder geval impliceert dat er objectieve criteria zijn verbonden aan de voorziening van universele diensten. Tegelijkertijd zit hierin de erkenning dat er subjectieve afwegingen in het algemeen belang ten grondslag liggen aan de regelgeving die universele dienstverlening verplicht stelt of er eisen aan verbindt. Beide elementen van de a.e.b.-dienst zijn dus aanwezig. Wat rechtvaardigt dan een verschil in benadering?

De Commissie stelt ten eerste dat het concept is ‘ontwikkeld ten behoeve van een aantal netwerkindustrieën’.⁴⁷ Daarnaast, en misschien nog belangrijker, dat ‘(h)et concept bepaalt dat iedereen recht heeft op toegang tot bepaalde, als onontbeerlijk beschouwde diensten en verplicht sectoren tot de verrichting van een bepaalde dienst onder nadere voorwaarden, zoals onder andere dat de dienst op het gehele grondgebied beschikbaar is’.⁴⁸ Duidelijke verschillen met de ‘gewone’ a.e.b.-dienst blijken het onontbeerlijke⁴⁹ karakter van de diensten en het recht op toegang voor een ieder, hetgeen resulteert in een plicht tot beschikbaarstelling op het gehele grondgebied. Vandaar wellicht dat netwerkindustrieën een speciale status behoeven: zij zien immers toe op beschikbaarstelling op het gehele grondgebied. De overige verplichtingen die door de Commissie onderscheiden worden, te weten die van continuïteit, betaalbaarheid, kwaliteit en gebruikers- en consumentenbescherming zijn geen typische universele kenmerken maar hebben meestal wel hun weerslag in communautaire wetgeving die de universele diensten definieert en reguleert. Ze zijn abstracte middelen om tegemoet te komen aan de eis van onontbeerlijkheid.

Het perspectief waarmee universele diensten worden benaderd, lijkt te verschuiven ten opzichte van de overige a.e.b.-diensten: in plaats van een middel (om publieke belangen te behartigen) lijkt voorziening een op zichzelf staand doel te worden. Er is namelijk een subjectieve, communautaire visie dat deze diensten essentieel zijn en derhalve aan iedereen moeten worden aangeboden. Niet langer wordt de vraag gesteld waarom deze diensten essentieel zijn, om vervolgens over te gaan tot een nauwe evenredigheidstoets. Hiermee wordt de universele dienst op een hoger, Europees, plan getrokken. Hoewel, dat is slechts ten dele waar, want de middelen die worden ingezet om brede beschikbaarheid te bewerkstelligen zijn grotendeels dezelfde voorwaarden als voor veel a.e.b.-diensten gelden. Anderzijds schuilt m.i. de ware communautaire notie van het universele dienstbegrip juist in de visie dat de onontbeerlijkheid op Europees niveau is vastgesteld en dat de middelen om te komen tot voorzieningszekerheid ook duidelijk om dat niveau omlind zijn. Het is fascinerend om te zien dat de werkelijke, expliciteerbare noodzaak van de universele diensten (of liever: de universaliteit van verlening van bepaalde diensten) naar de achtergrond verdwijnt. De contouren van een gemeenschappelijke welvaartsstandaard worden zo zichtbaar.⁵⁰ Dit vergt overigens een andere invulling van de proportionaliteitstoets van art. 86 lid 2 EG, waarover hieronder meer (*infra*, par. 6). Er is dus wel een noodzaak om universele diensten van andere a.e.b.-diensten te onderscheiden. Dat is niet zo gemakkelijk. Begripsverwarring tussen niet-universele a.e.b.-diensten enerzijds en universele diensten anderzijds kan voortkomen uit het feit dat het bij aanbidding van beide soorten diensten mogelijk is dat in alle ervan deel uitmakende activiteiten of juist een gedeelte ervan kan worden voorzien door de markt zelf; die activiteiten zullen als ‘stand alone’ rendabel zijn. Wanneer slechts een deel van de activiteiten rendabel is, zal het overige gedeelte op andere dan marktconforme wijze gefinancierd moeten worden. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door het toekennen van directe financiële overheidssteun, maar kan ook plaatsvinden door de toekenning van een exclusief recht met daaraan gekoppeld een (impliciete of expliciete) verplichting tot kruissubsidiëring, het financieren van een niet-rendabele activiteit met de inkomsten uit een een rendabele activiteit, c.q. het delen van gemeenschappelijke kosten door

43 Hoewel dynamiek en evolutie door de Commissie vooral lijken te worden geassocieerd met de universele dienst. *Groenboek*, punten 51 en 52.

44 ‘Mededeling van de Commissie – De diensten van algemeen belang in Europa’, *PbEG* 1996 C 281/3, p. 3 (kader).

45 ‘Mededeling van de Commissie – Diensten van algemeen belang in Europa’, *PbEG* 2001 C 17/4, p. 23.

46 *Groenboek*, punt 50.

47 *Ibid.*, bijlage, punt 2.

48 *Ibid.*

49 De onontbeerlijkheid is daarmee een verzamelnaam geworden voor een keur aan algemene belangen die geschaad zouden worden wanneer de dienst niet aan een ieder en onder aanvullende, door de overheid gestelde voorwaarden zouden worden aangeboden.

50 Sommigen koppelen de Europese dimensie van diensten van algemeen belang aan de identiteit die ten grondslag ligt of komt te liggen aan het Europees burgerschap: M. Ross, ‘Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?’, (25) *ELR* 2000, p. 82.

twee activiteiten. Van het gebruik van kruissubsidiëring als financieringsmethode gaat meestal een prijsnivellerend effect uit dat resulteert in een vergrote toegankelijkheid voor de gebruiker tot niet-rendabele activiteiten en dus schijnbaar⁵¹ tot de dienst als geheel.⁵² Omdat brede beschikbaarheid één van de constitutieve kenmerken van de universele dienst is, lijkt het alsof door het opleggen van de verplichting⁵³ tot kruissubsidiëring, een dienst als vanzelf universeel wordt. Dat is geenszins het geval. Het gaat er niet om dat de *afnemers* van de dienst onder gelijke of vergelijkbare voorwaarden toegang tot de dienst hebben. Waar het om draait, is dat aan universele diensten de premisse ten grondslag ligt dat *iedere burger* recht heeft op toegang tot zulke diensten.⁵⁴ Die laatste premisse zal inderdaad ook vaak tot uitdrukking komen in tarifaire nivellering om een bredere toegang mogelijk te maken.⁵⁵ Dat wil andersom niet zeggen dat iedere tarifaire nivellering ('Tarifausgleichung', 'péréquation tarifaire') een dienst tot een universele maakt.

5. Openbare diensten en openbare dienstverplichtingen

De Commissie geeft duidelijk aan dat het begrip 'openbare dienst' geen functionele bijdrage aan het debat rond het *Groenboek* zal leveren omdat het te veel onnauwkeurigheden bevat.⁵⁶ Ten eerste heeft het een personele connotatie die verwijst naar de brede doelgroep van de dienst. Daarnaast heeft het een functionele connotatie, gerelateerd aan de bijzondere rol van algemeen belang van de betrokken dienst. Ten derde zit er een organieke connotatie bij, die verwijst naar de publieke identiteit van de aanbieder. Niet minder belangrijk lijkt mij de vierde, nationale connotatie die vooral onder invloed staat van de Franse notie '*service public*'.⁵⁷ Hoewel moet worden toegegeven dat nationale regimes model hebben gestaan voor de vorming van dit hoofdstuk van EG-recht, moet er een eenduidig communautair begrippenscala worden gevormd en streng gehanteerd, al was het maar om verhitte debatten vanaf nationale barricades te voorkomen.⁵⁸ 'Openbare dienst' hoort dus blijkbaar niet in het Gemeenschapsvocabulaire thuis. Toch wordt er in het Verdrag op één plaats verwezen naar de notie 'openbare dienst', te weten in art. 73 EG, dat tekstueel niet uitblinkt in helderheid. Het handelt over de toelaatbaarheid van '(...) steunmaatregelen (...) die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip 'openbare dienst' verbonden, verplichte dienstverrichtingen'. Het toepassingsbereik van deze bepaling is, gezien haar plaats in het Verdrag, in het hoofdstuk betreffende vervoer, beperkt tot steun die wordt verleend voor verplichte dienstverrichtingen in de vervoersector. In het recente arrest *Altmark Trans*⁵⁹ komt naar voren dat deze bepaling binnen de vervoersector in wezen dezelfde functie heeft als art. 86 jo. 87-89 EG voor alle andere sectoren. De vraag is of de context-specifieke term 'openbare dienst' niet in de eigen (vervoers-)context moet worden gelaten, dat zou wellicht minder gevaar voor verwarring kunnen opleveren.

Hoewel, de Commissie doet in het *Groenboek* geen afstand van de notie 'openbare dienstverplichting' waaraan wellicht dezelfde bezwaren van verwarring kleven.⁶⁰

Het is desalniettemin duidelijk dat deze term in het *Groenboek* in neutrale zin wordt gehanteerd, dus zonder verdere connotaties als hierboven vermeld. Ook Hof en Gerecht doen dit tamelijk consistent.⁶¹ Naast de term 'openbare dienstverplichting' wordt in het *Groenboek* echter ook nog de notie 'universele dienstverplichting' gebezigd.⁶² Wordt hiermee op één identificeerbare verplichting gedoeld of is het een amorfe verplichting, die één of meerdere verplichtingen van universaliteit kan omvatten of blijft zij beperkt tot de verplichting tot brede ('universele') voorziening? Kan, om verwarring te voorkomen, in het algemeen niet beter gesproken worden van 'wettelijke verplichtingen' of 'bijkomende verplichtingen' of wellicht van 'verplichtingen in het algemeen belang'? Alle bovengenoemde begrippen bevatten onzuiverheden en onduidelijkheden. De a.e.b.-dienst is te vormeloos om houvast te bieden. De universele dienst heeft de meest tastbare toetsingscriteria maar aan de hand van dit begrip alleen kunnen niet alle gevallen waarop art. 86 lid 2 EG

- 51 Schijnbaar, want de relatieve prijsverhoging in de rendabele markt zal in minder consumptie in die markt resulteren.
- 52 Zie over de verschillende effecten van kruissubsidiëring in Europeesrechtelijke context: D. Heald, *Cost allocation and cross subsidies*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 1994.
- 53 Vaak zal het niet gaan om een expliciete verplichting. Wanneer een onderneming wordt belast met de voorziening in een dienst die rendabele zowel als niet-rendabele activiteiten behelst, zal zij ook 'spontaan' tot kruissubsidiëring kunnen overgaan. Kruissubsidiëring is niet meer dan het zetten van prijzen omgekeerd evenredig aan de elasticiteit aan de vraagzijde, hetgeen ook onder normale marktomstandigheden gebeurt. Zie voor de grondleggende theorie: F. P. Ramsey, 'A contribution to the theory of taxation', (37) *American Economic Review* 1927, p. 47.
- 54 *Groenboek*, punt 50.
- 55 In *Corsica Ferries France* (*supra*, noot 36) verbindt het Hof m.i. dus ten onrechte de status van 'universeel' aan de aan- en afmeerdienst in de haven van Genua. Het knoopt aan bij de brede voorziening ten behoeve van afnemers en niet ten behoeve van een ieder.
- 56 *Groenboek*, punt 19. Zie op dit punt ook de kritiek van W. Devroe, "'Universele dienstverlening" als nieuwe manier van denken?', *SEW* 2000, p. 82 t.a.p. p. 87-88.
- 57 De Franse rechtsleer gaat dan ook wat gespannen om met de communautaire noties. Zie bijvoorbeeld: M. Debène & O. Raymundie, 'Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?', *AJDA* 1996, p. 183, waarin de universele dienst gezien wordt als uitgekledde versie van de 'service public'; zie ook de daar in voetnoot 2 aangehaalde literatuur.
- 58 Dat is waarschijnlijk ook de reden dat art. 86 EG niet rept van 'openbare diensten'. Zie J.-L. Buendia-Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty* (diss. Zaragoza), Oxford: Oxford University Press 1999, p. 279-280, en de daar aangehaalde literatuur (voetnoot 26).
- 59 HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg t. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, n.n.g.
- 60 *Groenboek*, punt 20.
- 61 Zie o.a.: HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Análir) e.a. t. Administración General del Estado*, Jur. 2001, p. I-1271; HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 t/m C-38/01 *Enirisorse SpA t. Ministero delle Finanze*, n.n.g.; HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t. GEMO SA*, n.n.g.; GvEA EG 30 september 2003, zaak T-158/00, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) t. Commissie*, n.n.g.; GvEA EG 5 augustus 2003, gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya), SA (zaak T-116/01) t. Commissie en Diputación Foral de Vizcaya (zaak T-118/01) t. Commissie*, n.n.g.
- 62 *Groenboek*, o.a. in punt 50.

op dit moment van toepassing is, worden opgelost. De openbare dienst, waarmee de Commissie kennelijk wenst te breken, heeft te veel kleurende connotaties. De term 'openbare dienstverplichting' refereert aan middelen om tot bescherming van openbare belangen te komen, niet aan bepaalde diensten. In ieder geval lenen de begrippen zich m.i. niet voor horizontale *self-help*-instrumenten die identificatie van diensten met een algemeen-belangcomponent mogelijk maken. Misschien dat de noodzaak hiertoe ook niet aanwezig is; het zwaartepunt van de toetsing in het kader van art. 86 lid 2 EG ligt immers bij de evenredigheidstoets.

6. De opgedragen taak en het proportionaliteitsvereiste

Terug naar de vraag om kaderwetgeving die de Raad stelde aan de Commissie; deze werd hoogstwaarschijnlijk niet gesteld om te komen tot een definitie van 'diensten van algemeen economisch belang', hoewel dat belangrijk is om, als eerste stap, het toepassingsbereik van art. 86 lid 2 EG te bepalen. De Raad wil duidelijkheid over de voorwaarden waaronder interventie is toegestaan. Welnu, die voorwaarden liggen vast in art. 86 lid 2 EG en de jurisprudentie aangaande die bepaling, met name in de proportionaliteitstoets. Het probleem is hier dat de lidstaten vastere grond onder de voeten willen omdat de toepassing van art. 86 lid 1 EG, in combinatie met interne-marktbepalingen of mededingingsbepalingen, leidt tot negatieve integratie, een proces waarbij het positief formuleren van voorwaarden waaronder interventie is toegestaan niet vooropstaat. Art. 86 lid 2 EG bevat wel degelijk houvast om te komen tot horizontale regulering van diensten van algemeen economisch belang. De bepaling luidt:

'De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.'

De woorden 'belast' en 'toevertrouwde' houden in ieder geval in dat de taak van algemeen economisch belang door de overheid moet zijn opgedragen aan ondernemingen.⁶³ Aan de wijze van opdraging stelt het artikel geen verdere eisen.⁶⁴ Niet vereist is dus dat een doel van algemeen belang wordt gestipuleerd dat door de onderneming moet worden nagekomen en waartoe het wellicht middelen krijgt toebedeeld. Welnu, dat lijkt mij bij uitstek een eerste vereiste om te komen tot een zinvolle invulling van de proportionaliteitstoets. Het beginsel van proportionaliteit (of evenredigheid) houdt immers in dat een afweging wordt gemaakt tussen belangen.⁶⁵ In de termen van art. 86 lid 2 EG moet het belang van vrije mededinging of vrij verkeer worden afgewogen tegen een specifiek nationaal belang dat bescherming behoeft. Het is dus cruciaal dat bekend is wat het te beschermen nationale belang is. Niet alleen de middelen om het te dienen moeten aan de onderneming die wordt belast met een

dienstverplichting kenbaar worden gemaakt, maar dus allereerst ook het doeleinde zelf. Een zinvolle bijdrage aan horizontale regulering lijkt me dan ook de verplichting voor lidstaten om een algemeen belang te formuleren, dat wordt neergelegd in een instrument dat geschikt is om een taak van algemeen economisch belang op te dragen aan ondernemingen.⁶⁶ Vervolgens kunnen dan problemen worden gesignaleerd die zich voordoen als ondernemingen belast worden met die taak van algemeen economisch belang. Volgende stap is om te kijken of een oplossing kan worden gevonden door het in het leven roepen van een bijzonder of exclusief recht, een beperking van het vrije verkeer of een inbreuk op de 'nieuwe norm',⁶⁷ etc. Oftewel: doel (het subjectieve algemeen belang) en middelen (de objectieve vertaling ervan in het recht) moeten op een juiste manier expliciet worden gemaakt. Hof en Gerecht hebben al te kennen gegeven dat het stipuleren van het algemeen belang wellicht geen verplichting is, maar wel het preciseren van de middelen en de noodzaak om die in te zetten. Reeds in 1989, in *Ahmed Saeed* gaf het Hof te kennen dat: 'De werking van de mededingingsregels kan echter slechts dan overeenkomstig artikel (86), lid 2, worden beperkt door uit de vervulling van een taak van algemeen belang voortvloeiende vereisten, wanneer de nationale autoriteiten die de tarieven moeten goedkeuren, en de rechterlijke instanties die van geschillen daarover kennisnemen, kunnen vaststellen om welke vereisten het precies gaat en hoe zij de structuur van de door de betrokken luchtvaartmaatschappijen toegepaste tarieven beïnvloeden.

Zonder een echt transparante tariefstructuur valt immers maar moeilijk of in het geheel niet te beoordelen, welke invloed de taak van algemeen belang heeft op de gelding van de mededingingsregels op het gebied van de tarieven. Het staat aan de nationale rechter om terzake het nodige feitelijke onderzoek te verrichten.'⁶⁸

63 Vgl. Beschikking nr. 81/1031/EEG *GVL* (PbEG 1981 L 370/58); Beschikking nr. 85/77/EEG *Eurocheques* (PbEG 1985 L 35/48).

64 Het Hof heeft inmiddels wel bepaald dat overheidsinstanties bijzondere en/of exclusieve rechten alleen mogen toekennen bij overheidsbesluit: HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, *Gerhard Züchner t. Bayerische Vereinsbank AG*, Jur. 1981, p. 2021, r.o. 7. Daarbij moet het overheidsorgaan wel handelen in de hoedanigheid van overheidsorgaan en niet als particulier: HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92, *Gemeente Almelo e.a. t. NV Energiebedrijf IJsselmij.*, Jur. 1994, p. I-1477, r.o. 31.

65 J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 182 e.v.

66 Voor een opsomming van geschikte instrumenten, zie: J.-L. Buendia-Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty* (diss. Zaragoza), Oxford: Oxford University Press 1999, p.284-285. Nu moet meteen worden opgemerkt dat de opdracht als een handeling moet worden gezien die strikt gescheiden is van het toekennen van bijzondere of exclusieve rechten in de zin van art. 86 lid 1 EG, hoewel deze twee handelingen vaak zullen samenvallen. Niettemin kan m.i. het doeleinde steeds worden gestipuleerd in de akte van toekenning, ook al staat het ook elders, bijvoorbeeld in wetgeving, tevens vermeld.

67 De nieuwe norm is de gecombineerde toepassing van art. 3g, 10 en 81 en/of 82 EG die voor het eerst werd toegepast in HvJ EG 16 november 1977, zaak 13/77, *N.V. 'G. B. - Inno - B.M.' t. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB)*, Jur. 1977, p. 2115.

68 HvJ EG 11 april 1989, zaak 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebuero GmbH t. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.v.*, Jur. 1989, p. 803, r.o. 56 en 57.

Het Hof spreekt van vereisten die voortvloeien uit een taak van algemeen belang en de economische problemen die het voldoen aan die vereisten veroorzaken voor de onderneming. Vervolgens wordt gekeken naar de middelen die worden ingezet om een remedie te bieden tegen de problemen. Een duidelijke doel-middeltoetsing dus, die hier werd gevolgd, hoewel het doel als zodanig nog niet expliciet wordt gemaakt. Toegegeven, een algemene plicht tot definitie van doel en middelen geeft een rechterlijke uitspraak natuurlijk niet, dat is een taak van de communautaire wetgever. Wat er echter kan gebeuren als de uiteengezette handelwijze van het Hof niet strikt wordt gevolgd, bleek in *Air Inter*:

‘Verzoekster stelt evenwel alleen, dat de organisatie van het binnenlandse luchtvervoer op het systeem van compensatie tussen de rendabele en niet-rendabele routes beruiste, en dat haar exclusieve concessie op de routes Orly-Marseille en Orly-Toulouse gerechtvaardigd was door haar verplichting geregelde en betaalbare diensten op de niet-rendabele routes te onderhouden en aldus bij te dragen tot de ruimtelijke ordening. Zij geeft geen cijfers over de waarschijnlijke inkomstenderving ingeval andere luchtvaartmaatschappijen op de twee litigieuze routes met haar zouden concurreren. Evenmin toont zij aan, dat deze inkomstenderving zo groot is, dat zij genoodzaakt zou zijn bepaalde lijnen van haar net op te geven.’⁶⁹

Hier werden de economische problemen die ontstaan door behartiging van een a.e.b.-taak onvoldoende gekwantificeerd om de middelen (i.c. een wettelijk monopolie op een aantal luchtvaartroutes) te rechtvaardigen. Hoewel in zowel *Ahmed Saeed* als *Air Inter* de nadruk lag op het rechtvaardigen van de middelen, kan dat natuurlijk niet als niet ook het doeleinde bekend is. De toelaatbare mate van ingrijpendheid van getroffen maatregelen is immers evenredig met de zwaarte van het belang. Het is dus zinvol een verplichting voor de lidstaten om het algemeen belang en de middelen om dat te behartigen te scheppen en op te nemen in horizontale wetgeving op communautair niveau.⁷⁰ Steun voor die benadering vind ik ook in het arrest *Altmark Trans*, waarin het Hof bepaalde dat art. 86 lid 2 EG, toegepast in combinatie met het staatssteunregime, alleen directe werking heeft indien is voldaan aan vier voorwaarden:

- in de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend;
- in de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- in de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- in de vierde plaats moet, wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming,

die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen’.⁷¹

Deze redenering uit *Altmark Trans* werd herhaald in de zaak *Enirisorse*.⁷² Duidelijk is dat ook het Hof toe wil naar een heldere omlijning van de middelen die worden ingezet ten behoeve van doelen van algemeen belang. In zekere zin bevat deze uitspraak dan ook een vorm van horizontale regulering die zich in aangepaste vorm ook laat vertalen naar gecombineerde toepassing van art. 86 lid 2 EG met andere verdragsartikelen dan 87-89 EG. Dat maakt toetsing van inbreuken op het communautaire recht eenvoudiger, wat ook ten goede komt aan toepassing van art. 86 lid 2 EG door nationale rechters.

Een en ander leidt tot een coherenter benadering van diensten van algemeen economisch belang. Het wordt duidelijk wat de algemeen-belangcomponent van een gegeven dienst is, dus twist hierover kan beperkt blijven tot de vraag of het belang niet puur economisch is. Het subjectieve element van algemeen belang wordt zo marginaal getoetst. Vervolgens wordt gekeken of de getroffen maatregelen die inbreuken op het EG-recht veroorzaken geschikt, noodzakelijk en evenwichtig zijn. Ook de middelen, het objectieve element, worden dus aan toetsing onderworpen. Bijkomend voordeel is dat, indien lidstaten gedwongen worden doel en middelen te definiëren en vast te leggen, het debat rond de proportionaliteit van de te nemen maatregelen al op nationaal niveau kan worden gevoerd. Dat kan een basis zijn om tot meer weloverwogen keuzes te komen.

Door de mededingingsrechtelijke oorsprong van deze benadering heeft zij als belangrijke troef het voordeel dat zij op alle sectoren van de economie van toepassing is, zonder daarbij afbreuk te doen aan de mogelijkheid om op communautair niveau sectorgewijs harmonisatiemaatregelen aan te nemen om te komen tot specifieke invullingen van de proportionaliteitstoets in verschillende contexten.

De verplichting om de doeleinden waarvoor interventie plaatsvindt op te nemen in een ‘publiek instrument’ is helaas moeilijker waar te maken voor universele diensten. De redenen van algemeen belang die ten grondslag liggen aan de aanmerking van een dienst als ‘essentieel’ zijn niet meer individueel aan te wijzen, voornamelijk

69 GvEA EG 19 juni 1997, zaak T-260/94, *Air Inter SA t. Commissie*, Jur. 1997, p. II-997.

70 Wellicht dat echter begonnen kan worden met een niet-bindend document waarin deze handelwijze als ‘best practice’ wordt voorgeschreven. Hiermee opgedane ervaring levert wellicht kennis op om tot bindende wetgeving over te gaan.

71 HvJ EG 23 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg t. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, n.n.g., r.o. 95.

72 HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 t/m C-38/01, *Enirisorse SpA t. Ministero delle Finanze*, n.n.g., r.o. 47.

73 Daarnaast kan men zich afvragen in hoeverre juist puur economische motieven (al dan niet van protectionistische aard) ten grondslag liggen aan het aanbieden van universele diensten. De lidstaten zijn in ieder geval niet bevoegd om o.g.v. zulke motieven tot interventie over te gaan (*supra*, noot 27), de EG in beginsel wel.

om historische, maar ook om praktische redenen.⁷³ In andere woorden: de universele dienst wordt als essentieel beschouwd zonder dat men zich afvraagt *waarom* een gegeven dienst essentieel is. Dit is een fundamenteel andere zienswijze dan geldt voor de 'normale' a.e.b.-dienst. Een directe doel-middeltoetsing is immers niet (meer) mogelijk; het causale verband tussen individuele openbare dienstverplichtingen en publieke belangen is niet (meer) te traceren. Vandaar wellicht dat de Commissie in het verleden flexibeler omsprong met de evenredigheidstoets van art. 86 lid 2 EG ten aanzien van universele diensten.⁷⁴ Hoe dit onderscheid te codificeren en op welke niveau? Ik aarzel in ieder geval om te zeggen dat de bevoegdheid om universele diensten vast te stellen niet langer zou toekomen aan de lidstaten.⁷⁵ Anderzijds: het criterium 'onontbeerlijkheid' alleen geeft te weinig houvast om over te gaan tot een verregaande mate van interventie; ook onontbeerlijkheid is een subjectieve factor. De vraag wie mag bepalen of een gegeven dienst essentieel is, de EG, de lidstaten of beide, blijft dan ook.

7. Conclusie

Het *Groenboek over Diensten van Algemeen Belang* biedt vele nieuwe kansen op duidelijkheid omtrent de plaats van diensten van algemeen belang in de communautaire rechtsorde. Een horizontale aanpak van die diensten en van interventie in de economie in bredere zin is wenselijk volgens de Commissie en de Europese Raad. Om daartoe te kunnen overgaan moet helder zijn welke diensten in aanmerking komen voor bescherming door de overheid. De consequenties van die kwalificatie kunnen groot zijn; daarom is het verstandig dat het debat hierover plaatsvindt in democratische gremia, meer dan voor rechtscolleges.

Belangrijker nog dan de identificatie van diensten van algemeen belang is de vraag hoe ver lidstatelijke interventie ten nadele van de Europese economische integratie mag gaan. Het ontbreekt de instellingen aan bevoegdheden en middelen om deze marge sectorgewijs te bepalen, althans op sommige terreinen. Om ook op die velden niettemin een minimaal niveau van rechtszekerheid te verkrijgen zouden het doel van overheidsinterventie en de daartoe ingezette middelen steeds moeten worden geëxpliciteerd, bij voorkeur in handelingen van de overheid. Dit komt transparantie ten goede en opent het evenredigheidsvraagstuk reeds op nationaal niveau. Eventuele verdergaande integratie kan daarna nog op ver-

ticale wijze worden bewerkstelligd, indien daartoe bevoegdheid bestaat of wordt verkregen.

De notie 'universele dienst' speelt een voorname en aparte rol. Wegens het om meerdere redenen amorfe karakter van de algemene belangen die ten grondslag liggen aan universaliteit van dienstverlening blijken universele diensten een andere benadering te behoeven dan diensten van algemeen economisch belang. Zij verdienen in tweërlei opzicht extra aandacht in het debat. Ten eerste omdat ten aanzien van universaliteit flexibeler omgesprongen zou moeten worden met de proportionaliteitstoets, hetgeen een getrapte invulling daarvan noodzakelijk maakt. Ten tweede omdat zij wellicht een embryonale vorm van een nieuwe Europese levensstandaard zijn die nu en in de toekomst kan bijdragen tot een Europees bewustzijn.

De horizontale regulering van diensten van algemeen belang is een heet hangijzer. Enerzijds is er de druk van de Europese Raad om de beginselen van een Europese benadering te codificeren. Die druk wordt versterkt door art. III-6 van de Grondwet voor de Europese Unie.⁷⁶ Het advies van het Economisch en Sociaal Comité is gematigd positief over een horizontale benadering.⁷⁷ Aan de andere kant zijn er ook sceptische geluiden te horen uit Brussel. Het Parlement stemde op 16 december in voorlopige stemming tegen horizontale wetgeving.⁷⁸ Zelf wil ik toch pleiten voor de introductie van kaderwetgeving, mits deze flexibel van aard is en er naast zulke kaderwetgeving ruimte is voor verdergaande verticale maatregelen op specifieke terreinen. Zo wordt een minimumniveau van rechtszekerheid verkregen voor algemeen-belangsdiensten, ook voor die diensten waarvoor de introductie van verticale wetgeving niet mogelijk is om juridische of politieke redenen. Kaderwetgeving brengt Europa op weg

74 J.-L. Buendia-Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law. Article 86 (Formerly Article 90) of the EC Treaty* (diss. Zaragoza), Oxford: Oxford University Press 1999, p. 337, zie ook voetnoot 203 aldaar.

75 Uit onder meer het *Corbeau*-arrest blijkt dat lidstaten wel degelijk autonoom bevoegd zijn om universele diensten aan te wijzen: HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91, *Strafzaak tegen Paul Corbeau*, *Jur.* 1993, p. I- 2533, zie met name de conclusie van A-G Tesouro, punt 15.

76 Bij het afronden van dit artikel was reeds bekend dat de onderhandelingen omtrent de Europese grondwet voorlopig zijn gestagneerd. Dat doet niet af aan de bekrachtiging van de wens tot nadere wetgeving die in de tekst is vastgelegd.

77 Zie opinie van het Economisch en Sociaal Comité van 11 december 2003, TEN/151 – CESE 1607/2003 (alleen beschikbaar in het Frans).

78 De definitieve stemming stond bij afronding van dit artikel geagendeerd voor 12 januari 2004.