

Juridische aspecten eigen aan de onderneming in de sociale economie

Onderzoeksdeel 2: Harmonisatie van de statuten –

Sociale economie en Europa

Onderzoeker: Astrid Coates
Promotor: Prof.dr. Josse Van Steenberghe
Instituut Sociale Economie
Universiteit Antwerpen

13-2009

WSE Report

Steunpunt Werk en Sociale Economie
Parkstraat 45 bus 5303 – 3000 Leuven
T:32(0)16 32 32 39 F:32(0)16 32 32 40
steunpuntwse@econ.kuleuven.be
www.steunpuntwse.be



Inleiding	4
Hoofdstuk I: Dienstenrichtlijn	5
1. Inleiding	5
1.1. Situering	5
1.2. Wat voorafging.....	6
1.2.1. Het EG verdrag: vrij verkeer.....	6
1.2.2. Het voorstel Bolkestein	6
2. De kernbepalingen.....	8
2.1. Reikwijdte	8
2.2. Het begrip dienst	8
2.2.1. Definitie	8
2.2.2. Toepassingsgebied	9
2.2.2.1. Activiteiten met een economische tegenprestatie of vergoeding	9
2.2.2.2. Uitzonderingen.....	9
2.2.2.3. Uitzonderingen voor “bepaalde” sociale diensten in de richtlijn	10
2.2.2.4. Wat met de sociale economie?	11
2.3. Het begrip dienstverrichter	12
2.4. Vrij verkeer van diensten op tijdelijke en permanente basis	12
2.4.1. Vrijheid van vestiging	13
2.4.1.1. Vergunningen	14
A. Begrip	14
B. Vergunningsvoorwaarden	14
B.1. Vergunningen	14
B.2. Criteria om vergunningen te verlenen.....	15
2.4.1.2. Verboden vestigingseisen en aan evaluatie onderworpen eisen	15
2.4.1.3. Wat met andere eisen?.....	16
2.4.2. Vrij verkeer van diensten.....	16
2.4.2.1. Het tijdelijk karakter	16
A. Toegelaten beperkingen	17
A.1. De vier redenen van artikel 16, leden 1 en 3	17
A.2. De afwijkingen van artikel 17	18
A.3. Afwijkingen van artikel 18	18
B. Verbod op discriminatie.....	18
C. Evenredigheid.....	19
D. Verboden eisen.....	19
3. De dienstenrichtlijn en ondernemingen in de sociale economie?	20
3.1. Ondernemingen van de sociale economie	20
3.2. Situering van ondernemingen in de sociale economie	20
4. Conclusie	21
Hoofdstuk II: Staatssteun	23
1. Steunmaatregelen	23
1.1. Situering	23
1.2. Begrip steun	23
1.2.1. Bekostigd door de staat of uit staatsmiddelen	24
1.2.1.1. Staatsmiddelen	24
1.2.1.2. Staat	24
1.2.2. Voordeel.....	25
1.2.3. Selectiviteit.....	26

1.2.4. Effect op concurrentie en handel.....	27
3. De- Minimissteun	30
3.1. Principe	30
3.2. De financiële crisis & het verlenen van beperkte steunbedragen	31
3.3. Welke steun?.....	31
3.4. Controle.....	32
4. Steun ter bevordering van de werkgelegenheid.....	32
4.1. Situering	32
4.2. Actieplan staatssteun	33
4.3. De nieuwe algemene groepsvrijstellingsverordening en de sociale economie	35
4.3.1. Inleiding.....	35
4.3.2. De Algemene GroepsvrijstellingsVerordening (AGV).....	35
4.3.2.1. Begrippen	35
4.3.2.2. Voorwaarden	36
A. Doorzichtige steun	36
B. Stimulerend effect.....	36
4.3.2.3. Kwetsbare en gehandicapte werknemers.....	37
A. Kwetsbare werknemers.....	37
B. Gehandicapte werknemers	38
B.1. Overeenkomstig het nationaal recht	38
B.2. Werkgelegenheidssteun voor gehandicapte werknemers	39
4.3.2.4. Bijkomende voorwaarden	40
4.3.2.5. Individuele aanmelding	40
4.3.2.6. Cumulering	40
4.3.2.7. Resultaat?.....	40
A. Vroegere problemen	40
B. De huidige verordening	41
4.3.3. Analyse van werkgelegenheidssteun	42
4.3.3.1. Situering.....	42
4.3.3.2. Loonsubsidies.....	42
4.3.3.3. Andere maatregelen	43
4.3.3.4. Behoud van werkgelegenheid en scheppen van werkgelegenheid.....	45
4.3.3.5. Voorbeelden	45
4.3.3.6. Horizontale staatssteunmaatregelen	46
4.4. Opleidingssteun.....	48
4.4.1. Situering.....	48
4.4.2. Algemene opleiding.....	49
4.4.3. Specifieke opleiding	49
4.4.4. Verenigbare steun.....	50
4.4.5. Stimulerend effect	50
5. Goedgekeurde steunschema's	52
Hoofdstuk III: Diensten van algemeen (economisch) belang.....	53
1. Inleiding	53
1.1. Situering	53
1.2. Wat voorafging	53
1.2.1. Groenboek en Witboek	53
1.2.2. Sociale diensten van algemeen belang.....	54
2. Diensten van Algemeen Belang: wat, hoe, waarom?	55
2.1. Begrip.....	55

2.2. Rol en bevoegdheid	56
2.3. Diensten van algemeen economisch belang	56
2.3.1. Inhoud	56
2.3.1.1. Artikel 86 lid 2 EG Verdrag	57
A. Ondernemingen	57
B. “Belast zijn met”	58
C. DAEB	58
D. “Voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert.”	59
E. De ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap	60
2.3.1.2. Artikel 16 EG Verdrag	60
4. Sociale diensten van algemeen belang	62
4.1. Situering	62
4.2. Begrip sociale dienst?	63
4.3. Sociale economie	65
4.3.1. Lokale Diensteneconomie	65
4.3.2. Andere ondernemingen in de sociale economie	66
4.4. Toepassing mededingingsrecht	66
4.4.1. Situering van de socialprofitsector	66
4.4.1.1. Interne markt vs. Mededinging	66
4.4.1.2. Economische activiteit	67
4.4.2. Beperking van het mededingingsrecht?	67
4.4.2.1. Uitoefening van de soevereine macht van een staat	67
4.4.2.2. Solidariteit	68
4.4.3. De toekomstige invloed van het Verdrag van Lissabon?	69
5. Compensatie van diensten van algemeen belang	70
5.1. Situering	70
5.2. Altmark	71
5.2.1. Situering overheidsfinanciering voor DAEB	71
5.2.2. De voorwaarden	73
5.2.3. De Altmark criteria: pro en contra	74
5.2.3.1. De begunstigde onderneming is daadwerkelijk belast en de verplichtingen zijn duidelijk omschreven	75
5.2.3.2. Niet hoger zijn dan nodig	75
5.2.3.3. Kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt/Openbare aanbesteding	75
A. Tegenstanders	76
B. Voordelen?	77
C. Tegen de laagste kosten voor de gemeenschap	78
D. Artikel 86, lid 2 EG	78
5.3. Een recente toepassing: het BUPA arrest	79
5.3.1. Feiten	79
5.3.2. Toepassing van de Altmark voorwaarden	80
5.4. Het “pakket” inzake DAEB en staatssteun	81
5.4.1. De vrijstellingsbeschikking	81
5.4.1.1. Categorieën	82
5.4.1.2. Het “belasten” van ondernemingen	82
5.4.1.3. Compensatiebedrag	83
5.4.1.4. Controle op overcompensatie	84

5.4.2. De Kaderregeling	84
5.4.3. Transparantierichtlijn	85
5.5. Is het gebruik van openbare aanbestedingen te combineren met het ontvangen van subsidies?	85
Algemene Conclusie	88
Wetgeving	90
Rechtspraak	94
Bibliografie	98

Inleiding

In het eerste onderzoeksdeel over de juridische aspecten eigen aan de onderneming in de sociale economie, concludeerden we dat er binnen de Belgische regelgeving nog juridische belemmeringen zijn voor organisaties in de sociale economie. Zo wordt de markttoegang door het Vzw statuut zwaar op de proef gesteld en blijft het VSO statuut problematisch.

Er is echter nog regelgeving die een zware impact heeft op de sector: de Europese regelgeving. Uit recent onderzoek over sociale en gezondheidsdiensten van algemeen belang in de EU uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, blijkt echter dat veel organisaties op het nationaal niveau niet bewust zijn van de “Europese invloeden” of ze toch niet aanzien als van groot belang. Niets is echter minder waar. De aanwezigheid van een “solidariteits”- of van een “non-profit” element is immers niet altijd een geldig argument meer om te ontsnappen aan de toepassing van de Europese regelgeving.

In het kader van de strategie van Lissabon is de Europese Commissie ingegaan op de uitnodiging van de Europese Raad om een beleid op te zetten met als doel de hinderpalen voor het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van dienstverrichters uit de weg te ruimen. De dienstenrichtlijn was geboren.

Diensten kunnen echter van allerlei aard zijn en er kan zelfs sprake zijn van een “mix” van mededinging, solidariteit en algemeen belang.

Er stelt zich dan ook een tweevoudige vraag. Ten eerste of Europa al deze diensten over één kam mag scheren, ten tweede welke belemmeringen van het vrij verkeer zijn toegestaan.

Er stelt zich echter niet enkel een mogelijk probleem inzake de dienstenrichtlijn. Ook het mededingingsrecht speelt een rol. Inzake staatssteun voor (sociale) diensten stellen zich onder andere de volgende vragen: Mogen diensten van algemeen (economisch) belang met overheidsgeld worden gefinancierd, hoever mag men hierin gaan en welke beperkingen van de mededingingsregels zijn gerechtvaardigd in het kader van het “algemeen belang?”

Er werd geluisterd naar de bedenkingen van de Europese, de federale en de Vlaamse overheden, naar de deelsectoren of actoren uit de sociale economie alsook naar de academische wereld:

Harold Nyssens (DG Competition), Bérengère Steppe (Cel Sociale Economie), Joseph Thys (RSZ), Kathleen Vandebroek en Farah Nolens (Departement WSE), Het Subsidieagentschap WSE, Karel Decorte (Departement Economie), Chantal Goyvaerts en Danny Vandewalle (VDAB), Greet Castermans en Koen Repriels (VOSEC), Sébastien Pereau (Concertes), Katrien Van Den Broucke (SST), Christel Vanroelen en Stef De Cock (VLAB), Bernard Fornoville (Trividend), Peter Bosmans (Febecoop), Marc Standaert (De Punt), Joeri Vancoillie (ISIS vzw), Tine De Vriendt (Koepel LDE), Marc Willem (Komosie), Steven De Schepper (Care), Johan De Beule en Nathalie Saelens (Pro Natura Halle), Leo Mertens (Mivas), Hans De Vriese en Jos Sterckx (Kleis), Inge Weber, Griet Vanden Abeele (Curia), Prof.dr. Yves Jorens (RUG), Maarten Janssens (KUL), Freek Louckx (VUB).

Onze dank gaat ook speciaal uit naar Prof.dr. Anne-Marie Van den Bossche (UA), lector van dit onderzoek.

Ook willen we Prof.dr. Marleen Deneff (UA/Curia) danken voor haar informatie en input.

Dank ook aan Erik Samoy van het Departement WSE voor zijn opmerkingen en voorstellen.

Wij hopen dat, ondanks de complexiteit van de materie, we met dit onderzoek alvast een verdere vooruitgang kunnen boeken inzake de “harmonisatie van de statuten.”

Hoofdstuk I: Dienstenrichtlijn

1. Inleiding

1.1. Situering

De saga over de dienstenrichtlijn¹ is een lang en ingewikkeld verhaal. Bondig gezegd streeft de dienstenrichtlijn ernaar de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in andere lidstaten en het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten onderling te vergemakkelijken, om zo tegen 2010 een echte interne markt voor diensten tot stand te brengen. Europa wil bijgevolg belemmeringen aan de interne markt wegwerken en doet hiervoor een beroep op economische basisvrijheden in het Verdrag zoals vrij verkeer van personen, goederen, diensten, kapitaal en regels in verband met mededinging. De reden hiervoor is eenvoudig: wanneer men belemmeringen wegwerkt heeft dit een positieve invloed op de concurrentie wat voor de consument in eerste instantie meer aanbod, lagere prijzen en meer efficiëntie betekent.

In 2002 bleek uit een verslag van de Commissie dat de toestand van de interne markt voor diensten zeker niet optimaal was. Nochtans is de economische groei hoofdzakelijk te danken aan diensten die 70 % van het BNP en de werkgelegenheid vertegenwoordigen in de meeste lidstaten. Het groeipotentieel werd niet ten volle gerealiseerd doordat de ontwikkeling door talrijke grenzen werd belemmerd: moeilijkheden bij vestiging van dienstverlenende bedrijven, moeilijkheden bij het gebruik van input voor de verlening van diensten en bij de verkoopbevordering, moeilijkheden bij de distributie en verkoop van diensten, om niet te spreken over moeilijkheden als gevolg van een gebrek aan informatie en op het gebied van taal en cultuur. Dienstverlening is vaak onderhevig aan veel complexere voorschriften in vergelijking met goederen aangezien dienstverlening een ingewikkeld en immaterieel proces is en afhankelijk is van de kennis en kwalificaties van de dienstverlener.² Zo kon de eis worden gesteld dat een dienstverlener verplicht was om een rechtspersoon "op maat" in het leven te roepen, terwijl dergelijke eis in het land van oorsprong niet werd gesteld. Een meer gunstige fiscale behandeling voor diensten van plaatselijke dienstverleners vormde ook een sterke, zelfs discriminerende belemmering voor de verlening van diensten.³

In het kader van de strategie van Lissabon⁴ is de Europese Commissie ingegaan op de uitnodiging van de Europese Raad om een beleid op te zetten met als doel de hinderpalen voor het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van dienstverrichters uit de weg te ruimen.⁵

Met de aanneming van de dienstenrichtlijn heeft Europa alvast gebroken met de traditionele werkwijze voor harmonisatie van de interne markt, waarin sectorspecifieke regelgeving voor diverse sectoren werd aangenomen in het verleden. Nu is de communautaire regeling van toepassing op bijna alle diensten en spreken we van een horizontale benadering.⁶

¹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB. L. 376/36.

² Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, De toestand van de interne markt voor diensten: Verslag ingediend in het kader van de eerste fase van de internemarktstrategie voor de dienstensector, Brussel, 30 juli 2002.

³ Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, De toestand van de interne markt voor diensten: Verslag ingediend in het kader van de eerste fase van de internemarktstrategie voor de dienstensector, Brussel, 30 juli 2002, 22 en 42.

⁴ Tijdens de Europese Raad van Lissabon in maart 2000 hebben de staatshoofden en regeringsleiders de strategie van Lissabon gelanceerd, die tot doel had van de Europese Unie vóór 2010 de meest concurrerende economie ter wereld te maken en volledige werkgelegenheid te scheppen. http://europa.eu/scadplus/glossary/lisbon_strategy_nl.htm. Op 13 december 2007 werd het Verdrag van Lissabon ondertekend. http://europa.eu/lisbon_treaty/index_nl.htm.

⁵ <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/133237.htm>.

⁶ E. BELHADJ, S.J.H. EVANS en J.W. VAN DE GRONDEN, "De dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn," *S.E.W.* 2007, nr. 4, 142.

1.2. Wat voorafging...

1.2.1. Het EG verdrag: vrij verkeer

De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.⁷

Artikel 137 (h) van het verdrag stelt dat het optreden van de lidstaten op gebied van de integratie van personen die van de arbeidsmarkt zijn uitgesloten door de Gemeenschap wordt ondersteund en aangevuld.

Toch moeten de lidstaten volgens vaste rechtspraak bij de uitoefening van een aan hen toekomende bevoegdheid, het gemeenschapsrecht, inzonderheid de bepalingen inzake het vrij verkeer, eerbiedigen.⁸

Ook bij de vrijheid van diensten zijn discriminerende maar ook niet-discriminerende belemmeringen bijgevolg niet toegelaten.⁹ Rechtvaardigingsgronden zijn echter mogelijk op grond van het openbaar gezag, de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid volgens artikelen 45 en 46 van het verdrag als zij beperkt blijven tot hetgeen noodzakelijk is voor de bescherming van de belangen die zij beogen te waarborgen. Het Hof heeft echter ook beperkingen op grond van de "rule of reason" toegestaan.¹⁰ Zuiver economische doelstellingen kunnen echter geen dwingende redenen van algemeen belang vormen.¹¹

1.2.2. Het voorstel Bolkestein

Ondertussen was er in 2004 echter ook een voorstel van de Commissie betreffende diensten op de interne markt: het voorstel Bolkestein.¹² De richtlijn voorzag (1) een juridisch kader voor het wegwerken van obstakels met betrekking tot de vrijheid van vestiging voor dienstenaanbieders, (2) de richtlijn zou obstakels wegnemen voor tijdelijke dienstenaanbieding tussen lidstaten en (3) de richtlijn voorzag gedetailleerde regels met betrekking tot wederzijdse bijstand tussen lidstaten.¹³ Men wilde drie radicale voorstellen doorvoeren aangezien vooral punt (2) problematisch was: in sommige lidstaten was het niet mogelijk om diensten aan te bieden als men geen vestiging had. Het voorzien van diensten op een tijdelijke basis werd echter belangrijk bevonden aangezien het een goede manier was om het water te testen met het oog op een permanente vestiging. Deze voorstellen bestonden uit het geven van rechten aan afnemers van diensten van andere lidstaten met bijhorend bijstandsmechanisme, het laten gelden van de detacheringsrichtlijn boven de dienstenrichtlijn en de invoering van het oorspronglandbeginsel.¹⁴ Deze voorstellen baarden echter kopzorgen en de angst voor sociale dumping was reëel.

In het kort bepaalde de voorloper van de huidige dienstenrichtlijn dat wie in de ene lidstaat zijn diensten mocht aanbieden, dit ook mocht in alle andere lidstaten. Hiervoor werd het beginsel van het land van oorsprong¹⁵ gehanteerd, dat inhield dat de regelgeving van het land van herkomst gold voor grensoverschrijdende dienstverleners die geen vestiging hadden in het andere land. De lidstaat van oorsprong werd belast met controle

⁷ Artikel 14, 2 EG verdrag.

⁸ Zie bijvoorbeeld r.o. 44-46 HvJ C-157/99, *Smits en Peerbooms*, 2001 en r.o. 92 HvJ C-372/04, *Watts*, 2006. A.M. VAN DEN BOSSCHE, "Vestiging en overname van zieken- en rusthuizen in de interne markt," Bijdrage aan het 23^e Symposium van de Vlaamse vereniging voor Gezondheidsrecht, 5 december 2008, n.n.g.

⁹ HvJ 33/74, *Van Binsbergen*, 1974 en HvJ C-381/93, *Commissie/Frankrijk*, 1994.

¹⁰ De dienst mag niet reeds geharmoniseerd zijn op niveau van de Gemeenschap, de beperkingen moeten zonder onderscheid van toepassing zijn, de beperkingen moeten gerechtvaardigd zijn vanuit het algemeen belang en de beperkingen moeten objectief noodzakelijk zijn.

¹¹ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 144.

¹² Proposal of a directive on services in the Internal Market, European Commission, 13 January 2004, COM (2004) 2.

¹³ C. BARNARD, "Unravelling the services directive," *I.c.*, 328.

¹⁴ C. BARNARD, "Unravelling the services directive," *I.c.*, 328.

¹⁵ Voor de Commissie was het gebruik van het land van oorsprongbeginsel een logisch gevolg van andere richtlijnen waaronder de richtlijn 89/552 omtrent Televisie zonder grenzen en de E-commerce richtlijn 2000/31 waarvan het oorspronglandbeginsel de kern vormde. Er was echter een belangrijk verschil: De televisierichtlijn bevatte een mengeling van deregulatie (land van oorsprongprincipe) met herregulatie (regels omtrent bescherming van minderjarigen en het voorkomen van racisme), terwijl het Bolkesteinvoorstel wel deregulatie voorzag maar slechts een beperkte mate van herregulatie (zie het hoofdstuk omtrent de kwaliteit).

van de dienstverrichter en de door hem verrichte diensten, ook in een andere lidstaat zo nodig zouden de autoriteiten van het gastland bijstand verlenen.¹⁶

Wel werden er bepaalde uitzonderingen voorzien: in specifieke gevallen kon men van het oorspronglandbeginsel afwijken. Op grond van één van de limitatief opgesomde redenen kon een lidstaat een afwijkende maatregel nemen, mits hij die eerst aan de Commissie voorlegde volgens een procedure die werd aangeduid met de naam “wederzijdse bijstand.” Een voorbeeld was de detacheringsrichtlijn¹⁷: alles behandeld door deze richtlijn in het kader van de terbeschikkingstelling van werknemers en hun verblijfsrecht (minimumloon, minimum rustperiodes, gezondheids- en veiligheidsvoorschriften, enzovoorts) werd uitgesloten van het land van oorsprongbeginsel.¹⁸

Dit oorspronglandbeginsel werd door critici problematisch genoemd en de kritieken stapelden zich op.

Een Nederlandse onderneming zou op de Belgische markt kunnen concurreren met ondernemingen uit lidstaten met een lichtere regelgeving. Er was helemaal geen sprake van een “gelijk speelveld.”¹⁹ Het was dan ook niet denkbeeldig dat dienstverleners zich in lidstaten zouden vestigen met de laagste belastingstarieven, milieuvoorschriften en bescherming van de rechten van werknemers. Lidstaten met een hogere beschermingsgraad zouden misschien op hun beurt hun standaarden verlagen om concurrerend te blijven.²⁰ Ook als in het land van oorsprong wel op permanente basis activiteiten plaatsvonden, was het volgens hen een illusie te denken dat die lidstaat controle zou kunnen uitoefenen op de tienduizenden dienstverleners die op zijn grondgebied zijn gevestigd, desondanks de ingebouwde informatieverplichtingen waaraan de dienstverrichters moesten voldoen en het feit dat de lidstaten elkaar wederzijdse bijstand moesten verlenen bij de controle van de naleving. Het oorspronglandbeginsel had ook een enorme reikwijdte en had betrekking op het strafrecht, het civiele recht en het belastingsrecht.²¹ Het is logisch dat er een vergelijkbare regelgeving tussen de lidstaten aanwezig zou moeten zijn, wat niet het geval was.²²

In februari 2006 werd de McCreevy draft door de Commissie opgesteld, dat beperkter was van omvang en het oorspronglandbeginsel weglief. Bepaalde sociale voorzieningen, namelijk sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood en de voorzieningen omtrent gezondheidszorg werden ook weggelaten.²³ De Nationale Arbeidsraad merkte in zijn advies van 2004 op dat de diensten voor hulp aan personen, zoals de thuiszorg voor oudere personen en de hulp aan personen met een handicap, dezelfde kenmerken vertonen als de gezondheidszorg. Hoewel die diensten georganiseerd zijn op Gewest- en Gemeenschapsniveau, komen ze immers tegemoet aan collectieve behoeften en treedt de overheid ook op als marktregelaar en als subsidiërende derde om de toegang van de gerechtigde tot de voorzieningen te vergroten en bepaalde kwaliteitsnormen te waarborgen.²⁴

Toch kan men nog steeds elementen van het oorspronglandbeginsel terugvinden in de richtlijn. Zo bepaalt artikel 29 dat de autoriteiten van de vestigingsstaat informatie moeten verlenen aan de ontvangende staat over de wettelijkheid van de voorziene dienst. Indien de ontvangende staat reden heeft om te denken dat de dienstverrichter niet in overeenstemming is met de wetten van de vestigingsstaat, moet de vestigingsstaat “checks” en inspectiebezoeken uitvoeren of een onderzoek instellen. Indien handelingen van een op het grondgebied van de lidstaat van vestiging gevestigde dienstverrichter ernstige schade kunnen berokkenen aan de gezondheid of veiligheid van de mens of het milieu, stelt de lidstaat van vestiging alle andere lidstaten en de Commissie daarvan in kennis.

¹⁶ B.J. DRIJBER, “De bezems van Bolkestein,” *NTER* 2004, nr. 5, 116.

¹⁷ Richtlijn 96/71 EG, Pb. EG 1997, L 18/1.

¹⁸ The EU single market, Services directive, Frequently Asked Questions, Europese Commissie, Ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/faq/200410-faq-toc_en.htm.

¹⁹ B.J. DRIJBER, “De bezems van Bolkestein,” *I.c.*, 117.

²⁰ C. PASSCHIER, “The point of view of the ETUC,” *BCLR* 2006, 143.

²¹ B.J. DRIJBER, “De bezems van Bolkestein,” *I.c.*, 117.

²² W. GEKIERE, “The proposal of the European Commission for a directive on services in the internal market: an overview of its main features and critical reflections,” *BCLR* 2006, 13.

²³ C. BARNARD, “*I.c.*”, 328.

²⁴ Advies nr. 1463 van de NAR, Voorstel voor een richtlijn betreffende de diensten op de interne markt, 5 mei 2004, 9.

Om de kritiek te temperen heeft men ook een hele reeks uitzonderingen opgenomen in de definitieve versie van de dienstenrichtlijn. In de rechtsleer zijn sommigen dan ook van mening dat de dienstenrichtlijn nu te vergelijken is met een Emmental kaas: een product dat meer gaten (uitzonderingen) bevat dan substantie.²⁵

2. De kernbepalingen

Eerst een paar woorden uitleg bij de kernbepalingen van de richtlijn.

2.1. Reikwijdte

In artikel 2 lid 1 wordt geformuleerd wat *de reikwijdte* is van de richtlijn, namelijk “diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd.” De richtlijn heeft dus geen betrekking op de artikelen 28 tot en met 30 van het EG Verdrag over het vrij verkeer van goederen en betreft eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten.²⁶

Het kan om diverse activiteiten gaan: zo noemt de dienstenrichtlijn zowel zakelijke als consumentendiensten op. De richtlijn geeft als voorbeelden van zakelijke diensten: diensten van management-consultants, de werving van personeel, diensten van handelsagenten,...Onder consumentendiensten vallen bijvoorbeeld diensten van reisleiders, vrijetijdsdiensten, sportcentra en pretparken.²⁷

Verder heeft de dienstenrichtlijn een subsidiair karakter: de sectorale regelgeving heeft met andere woorden voorrang. Zo worden financiële diensten, elektronische-communicatiediensten en –netwerken, vervoersdiensten, audiovisuele diensten, gokactiviteiten en de gezondheidszorg uitgezonderd van de dienstenrichtlijn.²⁸

Ten slotte is het belangrijk te onthouden dat de dienstenrichtlijn impact heeft op regelgeving die eisen oplegt met betrekking tot de uitoefening van of de toegang tot een dienstenactiviteit. We zullen verder in het onderzoek zien dat deze nuance voor de sociale economie sector belangrijk zal kunnen zijn.²⁹

2.2. Het begrip dienst

2.2.1. Definitie

Onder *het begrip dienst* wordt verstaan: “Elke *economische activiteit, anders dan in loondienst*, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld *in artikel 50 van het Verdrag*.”

Overweging 87 van de richtlijn stelt dat het het recht van de lidstaat is waar de dienst wordt verricht om te bepalen of er sprake is van een arbeidsverhouding en om het onderscheid vast te stellen tussen zelfstandigen en werknemers, met inbegrip van schijnzelfstandigen. Een activiteit die wordt uitgevoerd buiten een relatie van ondergeschiktheid moet in het kader van de artikelen 43 en 49 van het Verdrag worden aangemerkt als een werkzaamheid anders dan in loondienst.

Artikel 50 EG Verdrag omschrijft het begrip dienst als volgt: “Dienstverrichtingen of handelingen welke *gewoonlijk tegen betaling* geschieden. De vergoeding vormt de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst, ongeacht de directe of indirecte voorwaarden voor de financiering van een dienst.”

²⁵ R. SMITH, “Old wine in new bottles? From the country of origin principle to the freedom to provide services in the European Community directive on services in the internal market,” Europa Institute, Mitchell working paper series, 6/2007, 23.

²⁶ Overweging 76 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

²⁷ Overweging 33 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

²⁸ Zie artikel 3 en overwegingen 18 tot en met 27.

²⁹ Zie overweging 9.

2.2.2. Toepassingsgebied

2.2.2.1. Activiteiten met een economische tegenprestatie of vergoeding

De richtlijn is alleen van toepassing op activiteiten die gewoonlijk een economische tegenprestatie of vergoeding meebrengen. Dit moet per geval en per activiteit worden beoordeeld in het licht van de manier waarop zij wordt voorzien, georganiseerd en gefinancierd.³⁰ Het feit dat een activiteit wordt verricht of gefinancierd door de staat, een overheidsinstantie of een organisatie zonder winstoogmerk betekent niet dat er geen sprake zou zijn van een dienst in de zin van het EG-Verdrag en de dienstenrichtlijn.³¹

In de richtlijn wordt gesteld dat het Hof van Justitie erkend heeft dat er geen sprake is van een vergoeding bij activiteiten die door of namens de overheid zonder economische tegenprestatie in het kader van haar taken op sociaal, cultureel, opvoedkundig en justitieel gebied worden verricht, zoals cursussen die worden gegeven in het kader van het nationaal onderwijsstelsel of het beheer van socialezekerheidsstelsels, die geen economische activiteit behelzen.³² Een dienst die gewoonlijk wordt vergoed maar sporadisch gratis wordt verleend, is niet uitgesloten. De dienst moet niet noodzakelijk worden betaald door de personen voor wie hij wordt verricht, maar het moet wel gaan om diensten die hoofdzakelijk worden vergoed met privé-geld.³³

In ieder geval vermeldt men in de richtlijn dat de diensten waarop de richtlijn betrekking heeft, zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen. Het kan dus ook gaan om thuiszorg, zoals hulp aan ouderen, voor zover zij niet van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten. Het kan zowel gaan om diensten waarvoor de dienstverrichter en de afnemer in elkaars nabijheid bevinden als om diensten waarvoor de dienstverrichter of de afnemer zich moet verplaatsen of die op afstand kunnen worden verricht, waaronder via internet.³⁴

2.2.2.2. Uitzonderingen

In artikel 2, tweede lid van de dienstenrichtlijn worden bepaalde diensten letterlijk uitgezonderd van de dienstenrichtlijn:

- (a) niet-economische diensten van algemeen belang³⁵;
- (b) financiële diensten;
- (c) elektronische communicatiediensten;
- (d) diensten op het gebied van vervoer;
- (e) diensten van uitzendbureaus;
- (f) diensten van de gezondheidszorg;
- (g) audiovisuele diensten;

³⁰ C. BARNARD, "Unravelling the services directive," *I.c.*, 332.

³¹ R.o. 17-18 HvJ 36/74, *Walrave*, 1974 en r.o. 47 HvJ C-51/96 en C-191/97, *Dellége*, 2000.

³² Overweging 34 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

³³ Zo vormt het onderricht in een onderwijsinstelling die voornamelijk door de staat wordt gefinancierd, geen dienst in de zin van artikel 50 EG. Dit is wel het geval voor onderwijs dat wordt gegeven door onderwijsinstellingen die vooral uit particuliere middelen worden gefinancierd, ook al komen deze particuliere middelen niet hoofdzakelijk van de studenten of hun ouders. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 136-137.

³⁴ Randnummer 33 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt. De activiteiten van de meeste geregelende beroepen, ambachtslieden, diensten voor ondernemingen, distributiehandel, diensten op het gebied van toerisme, vrijetijdendiensten, bouwdiensten, diensten op het gebied van installatie en onderhoud van apparatuur, informatiediensten, diensten op het gebied van accommodatie en voedselverstreking, diensten op het gebied van opleiding en onderwijs, verhuur en leasediensden, diensten op het gebied van onroerend goed, certificering en testen, enzovoorts, zijn diensten die onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen. X., *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, DG interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 10.

³⁵ Niet-economische diensten van algemeen belang (ook gekend als NEDAB) vallen niet onder de definitie van artikel 50 EG Verdrag en komen dus ook niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn. Deze diensten worden niet op de markt aangeboden. Dit is echter verwarrend aangezien een niet-economische dienst geen dienst is en alleen al om die reden buiten de richtlijn valt. Voorbeelden zijn justitie, politie, rechtspraak en openbare drinkwatervoorziening.

Diensten van algemeen economisch belang (ook gekend als DAEB) worden daarentegen wel om een economische prestatie verricht en vallen in principe wel binnen de werkingssfeer van de richtlijn. Voorbeelden zijn de post, energie, telecommunicatie, bepaalde vormen van hoger onderwijs, audiovisuele diensten, sociale woningbouw en bepaalde zorgdiensten. Meer hierover in hoofdstuk III.

- (h) gokactiviteiten;
- (i) activiteiten in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag;
- (j) sociale diensten;
- (k) particuliere beveiligingsdiensten;
- (l) diensten van notarissen en deurwaarders.

De diensten aangeboden in deze sectoren vallen bijgevolg niet binnen de reikwijdte van de richtlijn. De reden hiervoor kan ofwel zijn dat er voor een bepaalde sector al een specifieke communautaire regelgeving is, ofwel dat een sector geacht wordt te behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten.³⁶

Op de uitgezonderde economische diensten blijven de fundamentele vrijheden in het EG Verdrag, waaraan richtlijnen geen afbreuk kunnen doen, van toepassing.³⁷ Voor het vrij verkeer van diensten gaat het om artikel 49 e.v.: “de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap zijn verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht,” en artikel 43 e.v.: “Beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn verboden.”

2.2.2.3. Uitzonderingen voor “bepaalde” sociale diensten in de richtlijn

Onder de sociale diensten die onder artikel 2 (j) van de dienstenrichtlijn worden uitgesloten verstaat men:

- sociale huisvestingsdiensten,
- steun aan kinderen en gezinnen en
- aan permanent of tijdelijk behoeftigen die door de staat ten laste worden genomen.³⁸

Deze uitzonderingen moet men echter eerst kaderen. De diensten zijn immers alleen maar uitgesloten wanneer zij worden verricht door de staat zelf, door aanbieders die daartoe door de staat zijn gemachtigd en dus verplicht zijn om dergelijke diensten te verrichten, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend.

Dergelijke diensten worden volgens de richtlijn niet uitgesloten als zij worden verricht door andere soorten dienstverrichters, zoals particuliere marktdeelnemers die zonder opdracht van de staat opereren. Kinderzorg verstrekt door particuliere kinderverzorgsters of andere diensten voor kinderverzorg die worden verricht door particuliere marktdeelnemers en particuliere thuiszorgdiensten, zijn bijgevolg niet uitgesloten van de werkingssfeer van de dienstenrichtlijn.³⁹

Wat de “machtiging” betreft, vermeldt de richtlijn dat aan de verrichter door de staat bepaalde taken is toegekend waarbij de toewijzing moet gebeuren bij één of meer besluiten, waarvan de vorm door de betrokken lidstaat kan worden bepaald en die een nauwkeurige specificatie van de aard van de speciale taak moet geven.⁴⁰

Deze diensten worden aanzien als van wezenlijk belang voor de waarborging van het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit en een uiting van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit. Daarom dienen zij door deze richtlijn onverlet te worden gelaten. Overweging 27 van de richtlijn stelt dat deze diensten verleend dienen te worden met het doel “ondersteuning te geven aan personen met permanente of tijdelijke bijzondere behoeften wegens hun ontoereikend gezinsinkomen of met een volledig of gedeeltelijk gebrek aan onafhankelijkheid en die gevaar lopen te worden gemarginaliseerd.”

³⁶ Dit is bijvoorbeeld het geval bij de zorg. J.W. VAN DER GRONDEN, *l.c.*, 403-404.

³⁷ A.M. VAN DEN BOSSCHE, “Vestiging en overname van zieken- en rusthuizen in de interne markt,” *n.n.g.*, 9 en B. HESSEL, “De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 2,” *De Europese Gemeente*, 2006/6.

³⁸ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L. 376/38-39, nr. 17 en 27.

³⁹ X., *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, DG Interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 13.

⁴⁰ Zie Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB. L. 376/45, nr. 70.

De richtlijn heeft echter geen betrekking op eisen die bijvoorbeeld de toegang van bepaalde dienstverrichters tot publieke middelen regelen. Hierbij gaat het vooral om de voorwaarden waaronder dienstverrichters recht hebben op publieke financiering, zoals specifieke contractuele voorwaarden, en met name kwaliteitsnormen waaraan zij moeten voldoen als voorwaarde voor de ontvangst van publieke middelen, bijvoorbeeld voor sociale diensten.⁴¹ De richtlijn heeft dan ook geen betrekking op de financiering van sociale dienstverlening en de steunmaatregelen daarvoor. Zij laat de criteria en voorwaarden die lidstaten vaststellen om ervoor te zorgen dat de sociale dienstverlening het algemeen belang en de sociale samenhang doeltreffend dient, onverlet.⁴²

2.2.2.4. Wat met de sociale economie?

Het is niet duidelijk waarom de uitsluiting op het toepassingsgebied beperkt blijft tot slechts bepaalde sociale diensten. In België worden immers volgende diensten aanzien als sociale diensten van algemeen belang (SDAB)⁴³: de diensten belast met de uitvoering van het algemeen beleid inzake huisvesting, zorgverstrekking (buiten de federale bevoegdheden), sociaal-professionele integratie en het beleid inzake hulpverlening aan personen zoals: het beleid inzake gezinnen, sociale bijstand, opvang en integratie van immigranten, personen met een handicap, bejaarden, jeugdbescherming, hulpverlening aan gedetineerden,...⁴⁴ Er is ook nog veel onduidelijkheid onder de juridische experts omtrent wat wel en niet onder de bovenvermelde uitzonderingen valt.⁴⁵

Op basis van het voorgaande kan men niet met zekerheid stellen dat de sociale economie automatisch onder deze uitzonderingen valt. Men zou echter wel kunnen aannemen dat bijvoorbeeld de aanvullende kinderopvang in de lokale diensteneconomie eronder valt op voorwaarde dat men ervoor zorgt dat deze zorg specifiek gericht is op zwakkere groepen in de samenleving. Men zou ook een beroep kunnen doen op de uitzondering "ondersteuning aan personen in permanente of tijdelijke nood" aangezien er anders sprake kan zijn van een tekort aan onafhankelijkheid, dat riskeert de ontvanger van de dienst te marginaliseren.

Wij nemen aan dat de andere sociale economie ondernemingen niet onder de uitzondering valt en in principe onder de dienstenrichtlijn vallen, hoewel we verder zullen bespreken dat de impact waarschijnlijk minimaal zal zijn.⁴⁶

Zoals eerder opgemerkt betekent dit echter niet dat men in dit geval niet meer onder de verdragsbepalingen van het EG verdrag valt. De verboden eisen van de dienstenrichtlijn reflecteren immers de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent verboden en niet te rechtvaardigen beperkingen/belemmeringen van de vrijheid van diensten en van vestiging.⁴⁷

Men zal dus in principe de verplichting een bepaalde rechtsvorm te bezitten (in het kader van de lokale diensteneconomie bijvoorbeeld de vzw) toch nog moeten toetsen aan de EG verdragsregels.

Hier blijft de vraag of bij een dergelijk gesubsidieerd initiatief de beperking tot niet-commerciële initiatieven behouden kan blijven. Kan deze beperking niet in vraag worden gesteld op basis van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van verkeer? Het klopt dat iedereen een vzw kan oprichten en dat een niet-commerciële rechtsvorm uit een andere lidstaat nog mogelijk blijft, toch zou men dit nog als een hindernis kunnen aanzien...men moet nog altijd immers een "bepaalde" rechtsvorm aannemen om te mogen participeren.

Misschien kan de rechtspraak van het Hof van Justitie helpen om dit te duiden. Zo ging het in de zaak Sodemare om een Luxemburgse vennootschap die met commerciële motieven bejaardentehuizen wilde exploiteren in Italië,

⁴¹ Overweging 10 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L. 376/38-39.

⁴² Randnummer 27 en 28 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L. 376/38-39.

⁴³ Voor meer duiding over SDAB, zie hoofdstuk III.

⁴⁴ Belgisch antwoord op de vragenlijst betreffende de sociale diensten van algemeen belang, 4, www.socialeconomy.be.

⁴⁵ M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, o.c., 284.

⁴⁶ Bij de kringloopcentra valt "beheer van afval" niet onder de dienstenrichtlijn, andere activiteiten kunnen wel onder de dienstenrichtlijn vallen. www.sst.be.

⁴⁷ A.M. VAN DEN BOSSCHE, "Vestiging en overname van zieken- en rusthuizen in de interne markt," n.n.g.

met recht op dezelfde overheidstussenkomsten als de niet-commerciële sector. De Advocaat-Generaal stelde toen dat dit indirecte discriminatie was aangezien men mocht aannemen dat de VZW's vooral Italiaans waren.⁴⁸ Het Hof volgde zijn opvatting echter niet en besliste dat het de Italiaanse overheid toekwam te bepalen hoe zij deze sociale bijstand inrichtte: "Volgens de Italiaanse regering is de voorwaarde van het ontbreken van winstoogmerk het meest logische middel, gezien de louter sociale doelstellingen van het stelsel waar het in het hoofdgeding om gaat. Bij de gemaakte keuzes ten aanzien van de organisatie en de zorgverlening door particuliere aanbieders zonder winstoogmerk is geen plaats ingeruimd voor het winststreven, opdat die aanbieders zich primair op de sociale doelstellingen zouden richten."⁴⁹

Als men ervoor kan zorgen dat het inderdaad om louter sociale doelstellingen gaat en men het economisch aspect hierin kan kaderen/beperken, zou dit misschien weldegelijk een argument kunnen zijn. Sommige auteurs uit de rechtsleer zijn echter van mening dat het niet zeker is dat het Hof, moest het de zaak opnieuw moeten berechten, tot dezelfde uitspraak zou komen.⁵⁰

2.3. Het begrip dienstverrichter

Het begrip *dienstverrichter* dient iedere natuurlijke persoon te dekken die onderdaan van een lidstaat is en iedere rechtspersoon die in een lidstaat een dienstenactiviteit uitoefent en daarbij gebruik maakt van het recht van vrijheid van vestiging of het vrij verkeer van diensten.

De dienstverrichter moet dus onderdaan van een lidstaat zijn (of een vennootschap hebben opgericht volgens het recht van een lidstaat) en in een lidstaat zijn gevestigd.⁵¹ Het begrip *rechtspersonen* laat de marktdeelnemers vrij in de keuze van de rechtsvorm die zij voor hun activiteiten geschikt achten.⁵² Of men nu Vzw is of Vennootschap (met sociaal oogmerk), maakt voor Europa met andere woorden, niets uit.

Het begrip "grensoverschrijdend" dekt niet alleen gevallen waarin de *dienst* in het kader van het vrij verkeer van diensten grensoverschrijdend wordt verricht. Denk maar aan het uitzenden van grensoverschrijdende televisiesignalen, maar ook die gevallen waarin een *marktdeelnemer* zich in een lidstaat vestigt om er dienstenactiviteiten te ontplooiën. Hierbij hoeven dienstverrichter en dienstontvanger niet noodzakelijk in een andere lidstaat te zijn gevestigd.⁵³ Het kan dus gaan om de dienstontvanger die de grens overgaat, de dienstverlener en de dienstontvanger die de grens overgaan en wanneer verlener en ontvanger blijven zitten maar de dienst de grens over gaat.⁵⁴

2.4. Vrij verkeer van diensten op tijdelijke en permanente basis

De richtlijn streeft ernaar het vrij verkeer van diensten te bevorderen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen het aanbieden van diensten op tijdelijke (artikelen 16 tot en met 21) en op permanente basis (artikelen 9 tot en met 15). In tegenstelling dus tot wat haar officiële titel laat uitschijnen ("diensten"richtlijn) beperkt ze zich niet tot het vrij verkeer van diensten in de zin van artikel 49 en volgende, maar bevat zij ook bepalingen over de vrijheid van vestiging.⁵⁵

⁴⁸ "Een beperking van het recht om overeenkomsten met USSL te sluiten voor het verrichten van sociale-bijstandsdiensten op gezondheidsgebied, tot particuliere aanbieders zonder winstoogmerk, vormt een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit en dus een verboden beperking van de vrijheid van vestiging." Rechtsoverweging 41 van de Conclusie Advocaat-Generaal Fennelly 6 februari 1997, *Sodemare SA*, C 70/95.

⁴⁹ Rechtsoverweging 31 H.v.J. 17 juni 1997, *Sodemare SA*, C 70/95.

⁵⁰ M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, *o.c.*, 283.

⁵¹ Het vrije dienstenverkeer kan niet alleen door de dienstverrichter en de dienstontvanger worden ingeroepen maar onder omstandigheden ook door de werknemers van de dienstverrichter. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 137.

⁵² Randnummer 38 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

⁵³ Wanneer een reisorganisator toeristen uit eigen land naar een andere lidstaat stuurt en hierbij beroep doet op een gids die ofwel in de andere lidstaat ofwel in de lidstaat van de reisorganisator is gevestigd, zijn de regels inzake het vrije dienstenverkeer in beide gevallen toepasselijk omdat diensten worden verricht in een andere lidstaat dan die waar de dienstverrichter is gevestigd. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 138.

⁵⁴ B. HESSEL, "De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 1", *De Europese Gemeente*, 2006/5, 4.

⁵⁵ A.M. VAN DEN BOSSCHE, "Vestiging van zieken- en rusthuizen in de interne markt," bijdrage aan het 23^e symposium van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht, 5 december 2008, n.n.g.

Indien de dienstverrichter is gevestigd in de lidstaat waar hij zijn diensten verricht, valt hij onder de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Indien de marktdeelnemer daarentegen niet is gevestigd in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, vallen zijn activiteiten onder het vrij verkeer van diensten.⁵⁶ Uit artikel 50 volgt dat de bepalingen betreffende het vrij verkeer van diensten subsidiaire bepalingen zijn en slechts van toepassing als die betreffende het recht van vestiging dat niet zijn.⁵⁷

We nemen aan dat gezien het “lokaal” karakter van de economische activiteiten van de sociale economie ondernemingen (men is gevestigd in de lidstaat waar men zijn diensten verricht) en het “dubbel” karakter van de activiteiten (men wil commerciële activiteiten ontplooiën maar men doet dit als gevolg van de doelstelling, namelijk het in dienst nemen van personen die zich anders niet in de arbeidsmarkt zouden kunnen integreren), het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging normaal gezien niet van toepassing zullen zijn omdat de activiteiten beperkt zijn binnen de staat.⁵⁸ We wijzen in deze context op het rapport van de SDAB⁵⁹ expertengroep waarin wordt voorgesteld om deze wettelijke veronderstelling opnieuw te bevestigen.⁶⁰

Toch is het niet ondenkbaar dat, gezien de toenemende vermarkting, in de toekomst ook buitenlandse actoren een rol zullen willen spelen op deze markt. De vrijheid van vestiging zal bijgevolg eerder van toepassing zijn. We moeten hier echter ook op wijzen dat de erkenningsvoorwaarden voor ondernemingen die in de sociale economie werkzaam zijn niet gekoppeld zijn aan een toelating om te mogen starten maar wel aan de financiering van de activiteit. Als men subsidiëring wil verkrijgen, moet men aan bepaalde voorwaarden voldoen. We komen hier later op terug.

Voor de volledigheid geven wij echter ook een kort overzicht van het regime vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten.

2.4.1. Vrijheid van vestiging

Artikel 9 e.v. van de Dienstenrichtlijn gaat over het permanente dienstenverkeer en bevat regels voor de vrijheid van vestiging en de vergunningenstelsels van lidstaten.

Indien de marktdeelnemer gevestigd is in de lidstaat waar hij de betrokken dienst verricht, valt hij onder de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Deze vrijheid verbiedt iedere beperking of belemmering van vestiging van EG onderdanen en –vennootschappen op het grondgebied van een andere lidstaat.

Bij primaire vestiging richt een EG-onderdaan een duurzame activiteit of onderneming op in een andere lidstaat. Natuurlijke personen die in een andere lidstaat agentschappen, filialen of dochterondernemingen oprichten maken gebruik van het recht op secundaire vestiging: hier is er sprake van vestiging in meer dan één lidstaat.⁶¹

Bij vestiging is er dus sprake van de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit vanuit een *duurzame* vestiging voor onbepaalde tijd.⁶² Volgens artikel 43 EG Verdrag bevat de vrijheid van vestiging “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 artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

⁵⁶ Randnummer 77 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

⁵⁷ A.M. VAN DEN BOSSCHE, “Vestiging en overname van zieken- en rusthuizen in de interne markt,” n.n.g.

⁵⁸ “It is settled case law that the provision of the Treaty on freedom of establishment and freedom to provide services do not apply to activities which are confined in all respects within a single Member State.” Commission Staff Working document, Annexes to the Communication from the Commission on Social services of general interest in the European Union, Socio-economic and legal overview, COM(2006) 177 final, 24. Zie in dit verband HvJ C-29/94 en C-35/94, *Aubertin*, 1995 en HvJ C-41/90, *Höfner*, 1991.

⁵⁹ Voor meer duiding over SDAB, zie hoofdstuk III.

⁶⁰ “It may therefore be useful to reaffirm a sort of presumption of EC legality for this kind of very local and personalized SSGI, referring to case law according to which “the provisions of the Treaty on freedom of movement cannot be applied to activities which are confined in all respects within a single member state.”” M. DONY, S. GIUBBONI, J. HAJDU, Y. JORENS, M. NETTESHEIM, S. RODRIGUES, *Social services of general interest – report by the Expert Group*, commissioned by the European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal opportunities, Brussel, juli 2007, 17-18.

⁶¹ A.M. VAN DEN BOSSCHE, “Vestiging en overname van zieken- en rusthuizen in de interne markt,” n.n.g.

⁶² R.o. 20 HvJ C-221/89, *Factortame*, 1991.

2.4.1.1. Vergunningen

Artikel 9 stelt dat de lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mogen stellen van een vergunningstelsel. Vergunningstelsels vormen een beperking van de vrijheid van vestiging, wat bevestigd wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁶³

A. Begrip

Onder vergunningstelsel verstaat men: "elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit."⁶⁴ Het begrip vergunningstelsel wordt tamelijk breed gedefinieerd: in beginsel vallen alle figuren van vergunningen, ontheffingen, toestemmingen,...onder de reikwijdte van artikel 9 e.v. van de richtlijn.⁶⁵

Artikel 9 lid 1 vermeldt verder dat vergunningstelsels alleen in stand worden gehouden wanneer zij geen discriminerende werking (rechtstreeks of onrechtstreeks) hebben, gerechtvaardigd zijn om redenen van algemeen belang (één van de dwingende redenen van algemeen belang) en evenredig zijn (kan het nagestreefde doel met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt?).

B. Vergunningsvoorwaarden

B.1. Vergunningen

Volgens artikel 10 lid 2 kan een vergunning wel indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) het vergunningstelsel heeft *geen discriminerende werking*, rechtstreeks of onrechtstreeks, jegens de betrokken dienstverrichter;
- b) de behoefte aan een vergunningstelsel is *gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang*;
- c) het nagestreefde doel kan *niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt*, (bijvoorbeeld door het monitoren van de activiteiten van de dienstaanbieder of door een verklaring af te leggen)⁶⁶ met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.

Onder dwingende redenen van algemeen belang verstaat men volgens artikel 4 (8) redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie waaronder de volgende gronden: openbare orde⁶⁷, openbare veiligheid, staatsveiligheid, volksgezondheid, handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, eerlijkheid van handelstransacties, fraudebestrijding, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, diergezondheid, intellectuele eigendom, behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid. De lijst in overweging 40 is echter nog langer. Voor alle duidelijkheid haalt de lijst in artikel 4 voorbeelden aan maar eigenlijk vat zij alle toekomstige gevallen (zie overweging 40 waar men stelt dat "het begrip zich nog verder kan ontwikkelen") die men terugvindt in overweging 40 waar gezegd wordt dat het begrip "ten minste" de volgende gevallen omvat en vervolgens tot een opsomming overgaat.⁶⁸

⁶³ Arrest H.v.J. 22 januari 2002, Canal Satélite, zaak C-390/99.

⁶⁴ Artikel 4, lid 6 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L. 376/52.

⁶⁵ E. BELHADJ, S.J.H. EVANS en J.W. VAN DE GRONDEN, *I.c.*, 143. Bij tijdelijke dienstverrichtingen is er geen ruimte voor vergunningen, inschrijvingen in registers of bij een beroepsorde en mag van de dienstverrichter niet worden verlangd dat hij zich vestigt. De lidstaat van ontvangst mag wel in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht zijn voorschriften inzake arbeidsvoorwaarden toepassen. B. HESSEL, "De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 2", *De Europese Gemeente*, 2006/6.

⁶⁶ C. BARNARD, *I.c.*, 353.

⁶⁷ Onder "openbare orde" verstaat men volgens overweging 41: De bescherming tegen een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving en kan met name onderwerpen in verband met de menselijke waardigheid, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen, alsook dierenwelzijn, omvatten.

⁶⁸ Zie ook Nota gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt-Compromistekst van het voorzitterschap, Brussel, 1 juni 2006, SN 2813/06, waar de oorspronkelijke overweging een beperktere

Vergunningen mogen ook geen beperkte geldigheidsduur hebben. Een beperkte geldigheidsduur van vergunningen hindert de uitoefening van dienstenactiviteiten omdat daardoor de dienstverrichter ook met betrekking tot investeringen wordt belemmerd bij de ontwikkeling van een lange termijn strategie. Artikel 11 voorziet hier wel een uitzondering op, namelijk wanneer een beperkte geldigheid kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang of wanneer het aantal beschikbare vergunningen beperkt is om een dwingende reden van algemeen belang.⁶⁹ De voorwaarden mogen ook niet overlappen met de eisen die in het land van herkomst al werden gesteld en de vergunningsprocedures en –formaliteiten moeten objectief, onpartijdig en snel verlopen.⁷⁰

Opvallend is de eis vastgelegd in het vierde lid: “Een vergunning moet de dienstverrichter toegang verlenen tot het hele grondgebied.”⁷¹ Voor decentrale overheden heeft dit uiteraard verregaande gevolgen. Een vergunning mag alleen beperkt blijven tot een beperkt gedeelte van het grondgebied van een lidstaat, indien individuele vergunningen voor elke vestiging of een beperking van de vergunning tot een bepaald deel van het grondgebied gerechtvaardigd zijn vanwege een dwingende reden van algemeen belang en evenredig en niet discriminerend zijn.⁷² Er wordt in de dienstenrichtlijn ook specifiek vermeld bij de vrijheid van vestiging dat een lidstaat dienstverrichters met een bijzondere nationale of lokale sociaal-economische band geen voordeel mag toekennen.⁷³

Niet elke individuele vergunning en iedere voorwaarde die men verbindt aan een vergunning moet worden getoetst aan de Dienstenrichtlijn. De vergunningstelsels, procedures en formaliteiten die men hanteert, moeten wel verenigbaar zijn met de desbetreffende artikelen van de Dienstenrichtlijn. Het gaat onder meer om de vergunningscriteria, de geldigheidsduur van vergunningen en de inrichting van vergunningsprocedures en –formaliteiten.⁷⁴

B.2. Criteria om vergunningen te verlenen

Daarnaast moeten de criteria om vergunningen te verlenen *geen discriminerende werking hebben, gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang* en kan het nagestreefde doel *niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt*. Zij moeten ook duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, transparant en toegankelijk zijn, alsook van tevoren worden bekendgemaakt.

2.4.1.2. Verboden vestigingseisen en aan evaluatie onderworpen eisen

Artikel 14 bevat een lijst met eisen die lidstaten niet mogen opleggen voor de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Deze eisen hebben een discriminerende werking of leggen op een andere manier beperkingen op en mogen daarom niet worden gehandhaafd. Dit betekent ook dat buiten de uitzonderingen in hoofdstuk 1, er geen dwingende redenen zijn van algemeen belang waarop de lidstaten een beroep kunnen doen.

omschrijving gaf, namelijk volksgezondheid, consumentenbescherming, diergezondheid en bescherming van het stedelijk milieu (overweging 27 ter).

⁶⁹ X., *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, DG Interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 27.

⁷⁰ B. HESSEL, “Gemeenten en de dienstenrichtlijn (1),” *de Gemeentestem*, 7296, 10 maart 2007, 113-125.

⁷¹ Zie onder andere ook overweging 59 van de richtlijn. Hier staat ook dat de bepaling uiteraard niet van invloed is op de regionale of lokale bevoegdheden voor het verlenen van vergunningen binnen een lidstaat.

⁷² Wanneer in een lidstaat de afgifte van een vergunning voor een bepaalde activiteit tot de bevoegdheid van regionale of lokale overheden behoort, verplicht de richtlijn lidstaten niet om dit te wijzigen. Het enkele feit echter dat lokale of regionale overheden bevoegd zijn om vergunningen af te geven is op zichzelf geen geldige reden om een territoriale beperking van de geldigheid van de vergunningen te rechtvaardigen. X., *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, DG Interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 28.

⁷³ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L. 376/44, nr. 65. Uit de rechtspraak blijkt dat er een zeker verschil bestaat tussen de ruimte die lidstaten hebben bij personen die zich duurzaam vestigen en bij tijdelijke dienstverrichters. Verder wijst het Hof een eis van vestiging af omdat daardoor het vrij dienstenverkeer zijn betekenis verliest. B. HESSEL, “De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 1”, *De Europese Gemeente*, 2006/5, 4.

⁷⁴ X., *Dienstenrichtlijn*, Europa Decentraal, juni 2008, nr. 22, www.europadecentraal.nl.

Het gaat om discriminerende eisen die direct of indirect verband houden met de nationaliteit of, voor ondernemingen, met de plaats van de statutaire zetel; eisen die dienstverrichters verbieden om vestigingen te hebben in meer dan een lidstaat; eisen die beperkingen inhouden voor de keuze van de dienstverrichter tussen een hoofd- en nevenvestiging; het verbod op wederkerigheidsvoorwaarden, op economische criteria, op betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers, op verplichtingen tot het stellen van of deelnemen in een financiële waarborg of het afsluiten van een verzekering bij in dezelfde lidstaat gevestigde marktdeelnemers en op verplichtingen om gedurende een bepaalde periode ingeschreven te staan in de registers of de activiteit al gedurende een bepaalde tijd in dezelfde lidstaat te hebben uitgeoefend.

Artikel 15 vermeldt eisen die ernstige belemmeringen voor de vrije vestiging vormen en die vaak kunnen worden vervangen door minder beperkende maatregelen. Onder bepaalde omstandigheden en in specifieke sectoren kunnen zij echter wel gerechtvaardigd zijn. Lidstaten zijn bijgevolg verplicht om hun wetgeving door te lichten om te zien of de maatregelen geen discriminerende werking hebben, gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang en niet door een minder beperkende maatregel kunnen worden bereikt .

Concreet gaat het hier over kwantitatieve of territoriale beperkingen, eisen die van de dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft, eisen aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming, eisen die het verrichten van bepaalde diensten voorbehouden aan specifieke dienstverrichters, het verbod om op het grondgebied van dezelfde lidstaat meer dan één vestiging te hebben, eisen die een minimumaantal werknemers vaststellen, de verplichte toepassing van vaste minimum- of maximumtarieven en de verplichting voor de dienstverrichter om in combinatie met zijn dienst andere specifieke diensten te verrichten.

2.4.1.3. Wat met andere eisen?

Eisen die niet als verboden worden aanzien of aan evaluatie zijn onderworpen en niet als vergunningen worden beschouwd in het licht van artikel 9 en 10 van de richtlijn, zullen onderworpen worden aan de toetsing onder artikel 43 EG verdrag zoals dat door het Hof geïnterpreteerd werd in zaken zoals het arrest Gebhard.⁷⁵

2.4.2. Vrij verkeer van diensten

2.4.2.1. Het tijdelijk karakter

De vrijheid van dienstverrichting kenmerkt zich door het ontbreken van een duurzame en blijvende deelname aan het economisch leven van de ontvangende lidstaat.⁷⁶

Het tijdelijk karakter van een dienst moet niet enkel aan de hand van de duur van de dienst worden beoordeeld, maar tevens aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit.⁷⁷ Een dienstverrichter in de zin van het Verdrag kan zich in de lidstaat waar de dienst wordt ontvangen van een zekere infrastructuur voorzien, bijvoorbeeld een kantoor of een kabinet, wanneer die infrastructuur noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten.⁷⁸

Artikel 16 e.v. heeft de tijdelijke dienstverrichting als onderwerp en draagt de lidstaten op het vrije dienstenverkeer te respecteren. “De lidstaten eerbiedigen het recht van dienstverrichters om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn.” De lidstaten moeten zorgen voor een vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied. Hierbij mag het discriminatieverbod niet worden geschonden en moet een nationale regeling noodzakelijk en ook proportioneel zijn.

⁷⁵ C. BARNARD, *l.c.*, 358.

⁷⁶ R.o. 23 HvJ C-131/01, *Commissie tegen Italië*, 2003.

⁷⁷ R.o. 27, HvJ C-55/94, *Gebhard*, 1995.

⁷⁸ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 139.

A. Toegelaten beperkingen

A.1. De vier redenen van artikel 16, leden 1 en 3

Het vrij verkeer van diensten mag dus niet beperkt worden door een nationale maatregel, tenzij deze maatregel valt onder de uitzonderingen van artikel 16, lid 1 en 3. Dit betekent dat lidstaten slechts in beperkte mate eisen kunnen stellen aan inkomende dienstverrichters en dit geldt voor alle soorten eisen, ongeacht het type of niveau van de wetgeving of de territoriale grenzen waarbinnen een nationale regel van toepassing is.⁷⁹ Eisen moeten volgens artikel 16 (1) altijd voldoen aan de beginselen van non-discriminatie, noodzaak en evenredigheid⁸⁰ indien zij dergelijke eisen willen rechtvaardigen.

Onder het discriminatieverbod verstaat men dat de eisen geen direct of indirect onderscheid maken naar nationaliteit of, voor rechtspersonen, naar de lidstaat waar zij gevestigd zijn.

Onder noodzakelijkheid verstaat men de eisen die gerechtvaardigd zijn om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. Het begrip noodzakelijkheid is hier misleidend aangezien men eigenlijk niet verwijst naar de proportionaliteitstoets, maar naar rechtvaardigingsgronden die in artikel 16 (3) worden herhaald.⁸¹ Deze begrippen zijn door het Hof van Justitie altijd in enge zin geïnterpreteerd, wat wil zeggen dat er sprake moet zijn van een werkelijke en ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving en dat de lidstaat die zich op deze doelen van algemeen belang beroept de desbetreffende risico's moet aantonen.⁸²

In navolging van de *Cassis de Dijon*-rechtspraak⁸³ inzake het vrij goederenverkeer heeft het Hof enkele voorwaarden uitgewerkt waaronder uitzonderingen op het vrij dienstenverkeer omwille van een "rule of reason" of anders gezegd wegens "dwingende redenen" zijn toegelaten. In het *Cassis de Dijon* arrest, heeft het Hof van Justitie gesteld dat het verbod van artikel 28 EG op kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking, zich ook uitstrekt tot de "zonder onderscheidmaatregelen". Deze maatregel discrimineert niet, maar door het verschil in nationale wetgeving, "distorsie", is er toch sprake van een verboden belemmering. Een lidstaat kan zich echter enkel op een rechtvaardigingsgrond beroepen indien het gaat om een regeling van aspecten die nog niet het voorwerp uitmaken van harmonisatie op het niveau van de Gemeenschap.⁸⁴

Onder proportionaliteit verstaat men dat eisen geschikt moeten zijn om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaan dan wat nodig is om het doel te bereiken. In de rechtspraak is het de vereiste van de ontvangende lidstaat om het niveau van bescherming voorzien in de lidstaat van vestiging te peilen. Dit wordt niet vermeld in artikel 16 (1) maar is impliciet opgenomen in de voorzieningen van wederzijdse bijstand in hoofdstuk VI.⁸⁵

⁷⁹ In tegenstelling tot de andere artikelen van de richtlijn, waaronder artikel 14, verplicht artikel 16 lidstaten in beginsel niet om bestaande eisen af te schaffen, maar alleen om hun eigen eisen niet toe te passen op dienstverrichters die in andere lidstaten zijn gevestigd. X., *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, DG Interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 38.

⁸⁰ X., *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, DG Interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 38.

⁸¹ Deze afwijkende bepalingen zijn opgenomen in artikel 45 EG (openbaar gezag) en 46 EG (openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid). De gestelde beperkingen moeten beperkt blijven tot hetgeen noodzakelijk is voor de bescherming van de belangen die zij beogen te waarborgen (evenredigheidsbeginsel). K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 142.

⁸² HvJ C-36/02, *Omega*, 2004 (openbare orde), r.o. 19 HvJ C-54/99, *Eglise de Scientologie*, 2000 (openbare orde en openbare veiligheid), r.o. 25 HvJ C-257/05, *Commissie tegen Oostenrijk*, 2006 (openbare veiligheid en volksgezondheid).

⁸³ HvJ 120/78, *Cassis de Dijon*, 1979. Een niet-discriminerende Duitse regeling die zowel voor Duitse als voor ingevoerde likeur minimaal 20 % alcohol voorschrijft is een verboden maatregel van gelijke werking. De regel vormt immers een belemmering voor de invoer van Franse *Cassis de Dijon* waarin slechts 15 % alcohol zat. B. HESSEL, "De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 1", *De Europese Gemeente*, 2006/5, 4.

⁸⁴ R.o. 32 HvJ C-429/02, *Bacardi France*, 2004. Het is echter niet zeker of dergelijke harmonisatie met deze dienstenrichtlijn tot stand is gekomen.

⁸⁵ C. BARNARD, *l.c.*, 368.

A.2. De afwijkingen van artikel 17

In artikel 17 wordt de lijst met uitzonderingen op artikel 16 nog verder aangevuld. Het gaat om “bijkomende” uitzonderingen, zoals diensten van algemeen economisch belang (DAEB) die in een andere lidstaat worden verricht, onder meer in de postsector, in de elektriciteitssector, in de gasector, watervoorziening en –distributie en afvalwaterdiensten, afvalverwerking, enzovoorts.⁸⁶

De artikelen 16 en 17 hebben echter alleen betrekking op het vrij verkeer van diensten uit de dienstenrichtlijn. Daarom kunnen op de uitgezonderde DAEB⁸⁷ nog wel de bepalingen omtrent de vrijheid van vestiging uit de dienstenrichtlijn van toepassing zijn.

A.3. Afwijkingen van artikel 18

Artikel 18 heeft het over afwijkingen in “speciale gevallen”. In afwijking van artikel 16 en alleen in uitzonderlijke omstandigheden, kan een lidstaat ten aanzien van een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter maatregelen nemen betreffende de veiligheid van diensten.

B. Verbod op discriminatie

Als een dienst een grens overschrijdt, mag hiervoor geen belemmering ontstaan. De verboden van het vrije verkeer zijn hierop gericht.

Het vrij dienstenverkeer verbiedt alle beperkingen welke aan de verrichter van de dienst, met name op grond van zijn nationaliteit⁸⁸ of de omstandigheid dat hij geen vaste woonplaats heeft in de staat waar de dienst wordt verricht, worden gesteld en niet gelden voor op het nationale grondgebied gevestigde personen dan wel geëigend zijn de werkzaamheden van de dienstverrichter anderszins te beletten of te hinderen.⁸⁹ Overheden mogen diensten (maar ook goederen, personen en kapitaal) uit andere lidstaten niet direct discrimineren. Indirecte discriminatie die feitelijk gunstiger uitpakt voor eigen goederen of personen valt ook onder het verbod.

Men moet ook letten op niet-discriminerende belemmeringen.⁹⁰ In die zin paste het Hof de Dassonville-rechtspraak betreffende het vrij goederenverkeer toe op het vrij dienstenverkeer.⁹¹ Een nationale regeling die zonder onderscheid naar nationaliteit van de dienstverrichter van toepassing is, maar ertoe leidt dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één enkele lidstaat, doorstaat op die manier niet langer de toets van het gemeenschapsrecht.⁹²

⁸⁶ Verder gaat het om aangelegenheden die vallen onder richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers, aangelegenheden die vallen onder richtlijn 95/46/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens, aangelegenheden die vallen onder richtlijn 77/249/EEG tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten, gerechtelijke inning van schuldvorderingen, aangelegenheden die vallen onder Titel II van Richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroepskwalificaties en nationale eisen die een activiteit voorbehouden aan een gereguleerd beroep, aangelegenheden die vallen onder verordening nr. 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen, aangelegenheden die vallen onder de bepalingen van Richtlijn 2004/38/EG voor wat betreft administratieve formaliteiten inzake het vrije verkeer van personen en hun verblijfplaats, eisen met betrekking tot een visum of verblijfsvergunning voor onderdanen van derde landen, aangelegenheden die vallen onder Verordening nr. 259/93 betreffende de overbrenging van afvalstoffen, intellectuele eigendomsrechten, handelingen waarvoor de wet de tussenkomst van de notaris voorschrijft, aangelegenheden die vallen onder de bepalingen van richtlijn 2006/43/EG betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, inschrijving van voertuigen die in een andere lidstaat zijn geleased, bepalingen betreffende contractuele en niet-contractuele verbintenissen, bepaald volgens de regels van het internationaal privaatrecht.

⁸⁷ Voor meer duiding over dit begrip, zie hoofdstuk III.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ 2/74, *Reyners*, 1974; HvJ 36/74, *Walrave en Koch*, 1974; HvJ C-221/89, *Factortame II*, 1991; HvJ C-388/01, *Commissie tegen Italië*, 2003.

⁸⁹ Het Hof oordeelde dat Nederland het recht om partijen te vertegenwoordigen bij een rechterlijke instantie niet kon voorbehouden aan personen die in Nederland waren gevestigd. R.o. 10 HvJ, 33/74, *Van Binsbergen*, 1974.

⁹⁰ HvJ C-76/90, *Säger*, 1991; HvJ C-369/96 en 376/96, *Arblade*, 1999; HvJ C-279/00, *Commissie tegen Italië*, 2002.

⁹¹ HvJ C-381/93, *Commissie/Frankrijk*, 1994.

⁹² Het verrichten van diensten inzake zeevervoer tussen lidstaten mag niet worden onderworpen aan strengere voorwaarden dan die welke gelden voor vergelijkbare binnenlandse dienstverrichtingen. r.o. 17-21 HvJ C-381/93, *Commissie/Frankrijk*, 1994.

De richtlijn is hier echter minder duidelijk over. Is het verbod op discriminatie bedoeld tegen discriminatoire beperkingen of ook tegen niet discriminatoire beperkingen die wel de markttoegang versperren? Overweging 9 en 65 stellen een loutere-discriminatie aanpak voor en stellen dat men niet alleen het discrimineren op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook elke indirecte discriminatie op grond van andere criteria die in de praktijk tot hetzelfde resultaat kunnen leiden. In overweging 69 kan men echter lezen dat een beoordeling nodig is van bepaalde niet-discriminerende eisen van de lidstaten die door hun kenmerken de toegang tot of zelfs de uitvoering van een activiteit uit hoofde van de vrijheid van vestiging aanzienlijk kunnen beperken of verhinderen.

C. Evenredigheid

Zelfs wanneer een eis geen discriminerende werking heeft en onder één van de vier genoemde dwingende redenen van algemeen belang valt, is het laatste criterium om vast te stellen of de toepassing van een dergelijke eis in overeenstemming is met artikel 16, leden 1 en 3, het evenredigheidscriterium. Dit houdt in dat de eis passend moet zijn om het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan wat nodig is om dat doel te bereiken.⁹³

“Evenredig” kent verschillende uitwerkingen in de richtlijn.

Bij de artikelen 15 en 16 moet men motiveren dat de gekozen maatregelen geschikt zijn het beoogde doel te bereiken; er geen realistisch alternatief is voor de maatregel die het desbetreffend belang even goed beschermt en minder beperkend werkt voor de dienstverlener en het desbetreffend belang en de daarop gerichte maatregel in verhouding staat tot de inbreuk die hij met zich meebrengt ten aanzien van de vrijheid van vestiging of het vrij verrichten van diensten.⁹⁴

In artikel 9 wordt het begrip verder ingevuld: lid 1, c stelt de vraag of in plaats van een vergunning ook een controle achteraf voldoende zou zijn om het desbetreffend belang te waarborgen. Als een controle achteraf voldoende zou zijn, dan is het eisen van een vergunning per definitie disproportioneel.

D. Verboden eisen

Men mag volgens artikel 16, lid 2 van de richtlijn de volgende eisen niet stellen aan de dienstverrichter:

- de verplichting om een vestiging op het grondgebied te hebben,
- de verplichting om bij de bevoegde instanties een vergunning te verkrijgen,
- een verbod om op het grondgebied een bepaalde vorm van infrastructuur op te zetten,
- de toepassing van een specifieke contractuele regeling tussen dienstverrichter en afnemer die het verrichten van diensten door zelfstandigen verhindert of beperkt,
- de verplichting om een door hun bevoegde instanties afgegeven identiteitsdocument te bezitten,
- eisen leggen die betrekking hebben op het gebruik van uitrusting en materiaal die een integrerend deel van de dienstverrichting vormen,
- beperkingen opleggen aan afnemers.⁹⁵

De Verdragsbepalingen inzake het vrij dienstenverkeer verzetten zich er immers tegen dat het verrichten van een dienst in een andere lidstaat afhankelijk wordt gemaakt van een voorafgaande toestemming of vergunning. Dit geldt ook in verband met de verplichting voor dienstverrichters om een bepaalde rechtsvorm of juridische structuur te bezitten of om naast de activiteit in kwestie geen andere activiteit uit te oefenen alsook voor het verbod om een winsttoegmerk na te streven. De verplichting dat een bepaalde activiteit enkel onder de vorm van een arbeidsovereenkomst zou worden uitgevoerd is ook een belemmering van het dienstenverkeer waarvoor een

⁹³ R.o. 15 HvJ C-76/90, *Säger*, 1991; r.o. 35 HvJ C-369/96, *Arblade en anderen*, C-369/96 en C-376/96; r.o. 39 HvJ C-58/98, *Corsten*, 2000 en r.o. 33 HvJ C-390/99, *Canal Satélite*, 2002.

⁹⁴ X., *Screening en notificatie van regelgeving in het kader van de Dienstenrichtlijn: Een handreiking voor gemeenten, provincies en waterschappen*, Europa Decentraal, april 2008, 13.

⁹⁵ Artikel 16, 2 richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

lidstaat een rechtvaardiging moet geven. Dergelijke verplichtingen zijn immers vaak indirect discriminerend ten opzichte van dienstverrichters uit andere lidstaten.⁹⁶

3. De dienstenrichtlijn en ondernemingen in de sociale economie?

3.1. Ondernemingen van de sociale economie

Volgens artikel 54 van het Meerwaardenbesluit verstaat men onder “ondernemingen in de sociale economie”, ondernemingen die tegelijkertijd:

a) behoren tot één van de volgende categorieën :

- invoegbedrijven zoals bedoeld in Titel II, hoofdstuk II van dit besluit;
- invoegafdelingen zoals bedoeld in Titel II, hoofdstuk III van dit besluit;
- sociale werkplaatsen zoals bedoeld in het decreet van 14 juli 1998 inzake de sociale werkplaatsen;
- door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest erkende kringloopcentra;
- sociale verhuurkantoren erkend bij besluit van de Vlaamse regering van 21 oktober 1997 houdende bepaling van de erkennings- en subsidievoorwaarden van sociale verhuurkantoren;
- (coöperatieve vennootschappen);
- vennootschappen met sociaal oogmerk zoals ingesteld bij wet van 13 april 1995 tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, inzonderheid artikel 164bis;
(- de door minister in het kader van titel VIbis van dit besluit erkende nabijheidsdiensten.)
(- invoegbedrijven die erkend zijn met toepassing van het besluit van de Vlaamse Regering van ... juni 2005;)

b) over een exploitatiezetel beschikken in het Vlaamse Gewest;

c) het charter van de meerwaardeconomie onderschrijven zoals bedoeld in artikel 2, 4° van dit besluit.⁹⁷

3.2. Situering van ondernemingen in de sociale economie

We hebben in het eerste onderzoeksluik gezien dat sociale economie ondernemingen economische activiteiten ontplooiën. Het is mogelijk dat sommige diensten verleend door sociale economie ondernemingen onder een uitzondering vallen, waardoor de dienstenrichtlijn niet van toepassing is. Andere diensten echter niet. Men moet bijgevolg de eisen bekijken die men aan de ondernemingen oplegt, om te zien of dit een probleem zou kunnen vormen in het kader van de dienstenrichtlijn.

De overheid meldt dat de verplichting om van sociale economie ondernemingen een voorafgaande erkenning te bezitten louter bestaat in het kader van de subsidieregeling en dat dit geen probleem vormt aangezien de dienstenrichtlijn niet van toepassing is op eisen die de toegang van bepaalde dienstverrichters tot publieke middelen regelen.

Om bijvoorbeeld financiering⁹⁸ te kunnen krijgen in het kader van lokale diensteneconomie moet men inderdaad erkend zijn. Dit wordt uiteengezet in artikel 20 van het besluit lokale diensteneconomie: “De financiering wordt alleen toegekend aan het erkend initiatief lokale diensteneconomie dat een gemiddelde jaaromzet, alle werkzaamheden bijeengenomen, vóór belasting van in totaal minder dan 100 miljoen euro behaalt gedurende de twee boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin de erkenning werd verleend, en die voor de dienst in

⁹⁶ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 140.

⁹⁷ De minister kan de onder subletter a) vermelde categorieën uitbreiden of beperken.

⁹⁸ Volgens artikel 13 stelt het Subsidieagentschap aan de hand van prestatiestaten maandelijks het subsidiebedrag vast. Maandelijks bezorgt het erkende initiatief lokale diensteneconomie de prestatiestaten van de doelgroepwerknemers en omkaderingspersoneelsleden aan het Subsidieagentschap. Daarbij worden de effectief geleverde prestaties binnen het kader van de toegekende premies voor de maand in kwestie meegedeeld. Het subsidiebedrag wordt berekend op basis van de effectieve tewerkstelling binnen het kader van de toegekende premies voor de maand in kwestie. Alleen werkelijk verrichte en daarmee gelijkgestelde arbeidsprestaties komen in aanmerking voor een premie. Voor de tiende kalenderdag van de lopende kalendermaand stort het Subsidieagentschap het subsidiebedrag op rekening van het erkende initiatief lokale diensteneconomie.

kwestie jaarlijks minder dan 30 miljoen euro subsidie ontvangt. De som van het bedrag aan subsidies, toegekend binnen de klaverbladfinanciering, en de eventuele inkomsten kan niet hoger zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van het erkende initiatief lokale diensteneconomie geheel of gedeeltelijk te dekken.”

Ook bij beschutte werkplaatsen⁹⁹, de sociale werkplaatsen¹⁰⁰ en de invoegbedrijven vinden we erkenningsregelingen terug die gekoppeld zijn aan de steunverlening en zou er dus normaal gezien geen probleem zijn.

Zo vinden we in artikel 2 van het Besluit tot vaststelling van de algemene regels inzake het verlenen van vergunningen en erkenningen door het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap¹⁰¹ terug dat: “Het bouwen, het inrichten, het oprichten, het in gebruik nemen, het exploiteren en het wijzigen van de opnamecapaciteit van de voorzieningen, vermeld in artikel 1, is, tenzij het anders bepaald is in de reglementering betreffende de erkenning van het type voorziening, in kwestie, onderworpen aan een voorafgaande vergunning, verleend door het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap.”

Artikel 6 vervolgt door te stellen dat “Het verlenen van een voorafgaande vergunning houdt geen automatisch recht op erkenning en op subsidiëring van de werken, verrichtingen, aanpassingen of exploitatie in.” Artikel 8 bis vervolgt en stelt: “Om door het agentschap te kunnen worden gesubsidieerd, moet een voorziening door het agentschap zijn erkend.”

Artikel 6 van het decreet sociale werkplaats vermeldt dat: “Om aanspraak te maken op de subsidiëring zoals bepaald in artikel 12 moeten de voorzieningen een erkenning als sociale werkplaats bezitten.”¹⁰²

Artikel 9 van het besluit tot vaststelling van de bijzondere regelen inzake de erkenning en subsidiëring van kringloopcentra stelt: “Binnen de perken van de begrotingskredieten wordt jaarlijks aan elk erkend kringloopcentrum een subsidie toegekend. Het krediet dat beschikbaar is voor subsidies aan de erkende kringloopcentra, bestaat uit het totale begrotingskrediet dat jaarlijks voor dit besluit ter beschikking wordt gesteld.”¹⁰³

Artikel 11 van het Besluit betreffende de erkenning en financiering van de invoegbedrijven¹⁰⁴ stelt dat de erkende invoegbedrijven binnen het begrotingskrediet per voltijds equivalente invoegwerknemer aanspraak maken op een degressieve en in de tijd beperkte loonpremie van maximaal 50 % van het in de erkenningsbeslissing vastgestelde refertebedrag.

De ondervraagde academici begrepen dit wel maar waren van mening dat men toch, voor alle zekerheid, de automatische koppeling tussen erkenning en eisen in verband met de toegang tot publieke middelen nogmaals van naderbij zou moeten bekijken.

4. Conclusie

In de dienstenrichtlijn worden bepaalde sociale diensten van de richtlijn uitgesloten. Het is echter niet zeker dat alle sociale economie ondernemingen hier automatisch onder kunnen vallen. Men zou echter wel kunnen

⁹⁹ De activiteiten van beschutte werkplaatsen zijn divers, zo kan het gaan om verpakking, montage/assemblage, enclave werk, conditionering/mailings, boekbinden, drukkerij/printing, electromontage, groenzorg, houtbewerking, logistiek, metaalbewerking, recyclage, textielbewerking. VLAB, *Jaarverslag 2007*, 25.

¹⁰⁰ Ongeveer 1 op 3 sociale werkplaatsen is een kringloopcentrum, een tweede grote sector is die van de natuurbeheerswerken. Een derde belangrijke sector wordt gevormd door sociale werkplaatsen die productielijnen onderhouden in ateliers, met het accent op het arbeidsintensieve ambachtelijke in de productkeuze. Daarnaast hebben zijn er nog sociale werkplaatsen die zich situeren in de biologische teelt, in de confectiesector, de bouwsector, de horecasector, en poetsprojecten. Enkelingen situeren zich in manègeonderhoud, verhuizingen en marketingopdrachten. Bij de kringloopcentra valt “beheer van afval” niet onder de dienstenrichtlijn, andere activiteiten kunnen wel onder de dienstenrichtlijn vallen. www.sst.be.

¹⁰¹ Besluit Vlaamse Regering 15 december 1993 tot vaststelling van de algemene regels inzake het verlenen van vergunningen en erkenningen door het Vlaams Agentschap voor Personen met een handicap, *B.S.* 11 maart 1994.

¹⁰² Decreet Vlaams Parlement 14 juli 1998 inzake sociale werkplaatsen, *B.S.* 2 september 1998.

¹⁰³ Besluit Vlaamse Regering 20 mei 2005 tot vaststelling van de bijzondere regelen inzake de erkenning en de subsidiëring van kringloopcentra, *B.S.* 7 juli 2005.

¹⁰⁴ Besluit Vlaamse Regering 15 juli 2005 betreffende de erkenning en financiering van de invoegbedrijven, *B.S.* 29 juli 2005.

aannemen dat bijvoorbeeld de aanvullende kinderopvang in de lokale diensteneconomie onder de uitzondering valt op voorwaarde dat men ervoor zorgt dat deze zorg specifiek gericht is op zwakkere groepen in de samenleving.

Men zou ook een beroep kunnen doen op de uitzondering “ondersteuning aan personen in permanente of tijdelijke nood” aangezien er anders sprake kan zijn van een tekort aan onafhankelijkheid, dat riskeert de ontvanger van de dienst te marginaliseren. Wij nemen aan dat de andere sociale economie ondernemingen activiteiten uitoefenen die van economische aard zijn en bijgevolg onder de dienstenrichtlijn vallen.

De dienstenrichtlijn zou echter normaal gezien geen grote problemen mogen veroorzaken voor de sociale economie. Ofwel valt men er niet onder wegens een uitzondering, ofwel zijn de vereiste erkenningen gekoppeld aan de toegang tot publieke middelen, wat niet door de richtlijn wordt gevat. Een uitsluiting van de dienstenrichtlijn betekent echter niet dat de verdragsregels van het EG verdrag niet meer meespelen. Dit moet men bijgevolg in het achterhoofd houden.

Rechtsgedingen in het kader van de dienstenrichtlijn zijn er voorlopig nog niet, men is immers nog in een overgangsfase. Pas vanaf 1 januari 2010 kan men ze verwachten.

Het feit dat de betrokken regelgeving niet in strijd zou zijn met de dienstenrichtlijn betekent echter niet automatisch dat deze regelgeving ook in overeenstemming is met de Europese staatssteunregels. Dit bekijken we van dichtbij in het volgend hoofdstuk.

Hoofdstuk II: Staatssteun

1. Steunmaatregelen

1.1. Situering

Het EG verdrag heeft een zekere basisfilosofie, namelijk het verhogen van het welzijn van de bevolking. Men is van mening dat de beste manier om dit te bereiken de mededinging is, die slechts door redenen van sociale bescherming, solidariteit en geharmoniseerde ontwikkeling kan worden beperkt.¹⁰⁵

Het kan gebeuren dat de staat de mededinging wil beperken en steun wil verlenen. Een onderneming die echter steun van de overheid ontvangt, geniet een onbillijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten. Daarom wordt in het EG-Verdrag staatssteun over het algemeen verboden, tenzij deze wordt gerechtvaardigd om redenen van algemene economische ontwikkeling.¹⁰⁶

Artikel 87(1) EG Verdrag bepaalt dat steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde *ondernemingen* of *bepaalde producties* vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de Gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.¹⁰⁷ Het is van belang om een interne markt te creëren waar er een "level playing field" is tussen ondernemingen uit alle lidstaten.¹⁰⁸

Artikel 88 EG Verdrag geeft de Commissie de taak om toezicht uit te oefenen op de naleving van dit verbod.¹⁰⁹ Dit gebeurt via een aanmeldingssysteem. Lidstaten moeten voorgenomen steun aanmelden en zich dan houden aan een "stand-still" verplichting.¹¹⁰ Men moet bijgevolg in dit geval wachten op het oordeel van de Commissie voor men steun uitvoert.¹¹¹

Als een maatregel nieuwe steun is in de zin van artikel 87(1) EG Verdrag is hij dus verboden en moet hij worden aangemeld. Bestaande steunmaatregelen onderwerpt de Commissie aan een voortdurend onderzoek.¹¹²

Artikel 87(3) bevat echter een aantal gevallen waarbij de Commissie steun kan goedkeuren.

1.2. Begrip steun

In het Verdrag is er geen beschrijving opgenomen van het begrip "steun" maar de jurisprudentie heeft verduidelijkt dat dit breed moet worden opgevat.

Het Hof van Justitie heeft gesteld dat men onder steunmaatregelen voordelen moet begrijpen die *rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd*.¹¹³ Zo kan het gaan om directe subsidies, rentevrije leningen en

¹⁰⁵ R. FELTKAMP, "Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome," *EC Competition policy newsletter*, Spring 2003, nr. 1, 29.

¹⁰⁶ *Het mededingingsbeleid in de EU & de Consument*, Europese Commissie, 2005, 15.

¹⁰⁷ *Vademecum community rules on state aid*, Europese Commissie, 15 februari 2007, 2.

¹⁰⁸ L. PARRET, "Staatssteun: een nieuw elan," *NjW* 2005, 1338.

¹⁰⁹ *Vademecum community rules on state aid*, Europese Commissie, 15 februari 2007, 2.

¹¹⁰ Artikel 88, 3 EG verdrag.

¹¹¹ L. PARRET, *l.c.*, 1338.

¹¹² K. LENAERTS, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 267.

¹¹³ r.o. 19 HvJ C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptun*, 1993: "Zoals het Hof besliste in zijn arrest van 24 januari 1978 (zaak 82/77, *Van Tiggele*, *Jurispr.* 1978, blz. 25, r.o. 24 en 25), zijn enkel voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd, te beschouwen als steunmaatregelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag. Reeds uit de tekst van deze bepaling en uit de procedureregels van artikel 93 van het Verdrag blijkt immers, dat de uit andere dan staatsmiddelen bekostigde voordelen niet binnen het toepassingsgebied van bedoelde bepaling vallen. Het onderscheid tussen steunmaatregelen van de staten en met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen is bedoeld om niet slechts de rechtstreeks door de staat bekostigde steun onder het begrip steunmaatregel

kapitaalinjecties maar ook om de kwijtschelding van bijdragen, de toekenning van contracten, korting op sociale premies, staatsgaranties en fiscale voorkeursbehandelingen.¹¹⁴

Om van staatssteun te kunnen spreken moet er voldaan zijn aan vijf cumulatieve voorwaarden.

Ten eerste moet de steun bekostigd zijn door de staat of uit staatsmiddelen waarbij de staat niet optreedt als een normale marktinvesteerder. Ten tweede moet er sprake zijn van een voordeel. Ten derde moet er sprake zijn van selectiviteit. Vervolgens moet de handel tussen lidstaten beïnvloed worden. Ten slotte moet de concurrentie erdoor worden vervalst.¹¹⁵

1.2.1. Bekostigd door de staat of uit staatsmiddelen

1.2.1.1. Staatsmiddelen

Er is alleen maar staatssteun als deze een effect heeft op de schatkist van de overheid. Een effect kan zowel een uitgave als een verminderde inkomst zijn.¹¹⁶ Deze kunnen verschillende vormen aannemen:

- Steun betaald uit de staatsbegroting of uit de begroting van de decentrale overheden: subsidies, garanties, voordelen in natura,...
- Het niet innen van belastingen, sociale bijdragen, vorderingen, belastingvrijstelling,... aangezien dit leidt tot een daling van de overheidsmiddelen.
- Het geld moet niet definitief ter beschikking staan van de overheid. Zo moeten de middelen uit de sociale zekerheidskas waar constante in- en uitboekingen gebeuren toch als staatsmiddelen worden beschouwd omdat er steeds een batig saldo beschikbaar is.¹¹⁷

1.2.1.2. Staat

Het begrip staat wordt ruim gedefinieerd. Het kan zowel gaan om de federale overheid als de regionale en lokale overheden of zelfs om private entiteiten die een opdracht hebben toegewezen gekregen of opgericht zijn door de staat. Men kijkt dan of de overheid een dominerende invloed heeft: kon de entiteit de beslissing nemen zonder rekening te houden met de vereisten van de openbare overheid of moest de entiteit rekening houden met richtlijnen van de overheid?¹¹⁸ Er bestaat wel een vermoeden dat er sprake is van een dominerende invloed als de overheid bijvoorbeeld over de meerderheid van de aandelen beschikt, de helft van de leden van de raad van bestuur kan benoemen, enzovoorts. Maar zelfs indien zij een minderheidsaandeelhouder is met specifieke voorrechten, bijvoorbeeld omdat zij een vetorecht heeft, kan er ook sprake zijn van een dominerende invloed.¹¹⁹

Alleen die voordelen die rechtstreeks of indirect door staatsmiddelen zijn bekostigd kunnen worden beschouwd als staatssteun. Als geen overdracht van staatsmiddelen heeft plaatsgevonden, is er van steun geen sprake.¹²⁰ Wanneer de overheid als aandeelhouder, schuldeiser of contractant optreedt ten aanzien van een onderneming vormt de overheidsinterventie enkel een steunmaatregel wanneer zij niet in gelijkaardige omstandigheden door een particuliere aandeelhouder, schuldeiser of contractant zou zijn gedaan.¹²¹

te brengen, maar ook die welke wordt toegekend door publiek- of privaatrechtelijke lichamen die door de staat zijn aangewezen of ingesteld.”

¹¹⁴ L. PARRET, *l.c.*, 1341.

¹¹⁵ *Vademecum community rules on state aid*, Europese Commissie, 15 februari 2007, 3-4.

¹¹⁶ L. PARRET, *l.c.*, 1341.

¹¹⁷ K. DE CORTE, *Staatssteun: Praktische handleiding inzake de toepassing van de Europese staatssteunregelgeving*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid, Brussel, 1 december 2005, 8.

¹¹⁸ M. EBNER en E. GAMBARO, “The notion of state aid,” in A. SANTA MARIA, *Competition & state aid: An Analysis of the EC practice*, International competition law series, The Hague, Kluwer law international, 2007, 17-18.

¹¹⁹ K. DE CORTE, *o.c.*, 7.

¹²⁰ X., Dossier staatssteun, www.europadecentraal.nl.

¹²¹ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 187.

Maatregelen die door de sector zelf gedragen worden en waarvan men niet kan stellen dat er sprake is van financiering van de overheid, vallen bijgevolg buiten het verbod van artikel 87 EG-Verdrag. Zo vormde een regeling van een lidstaat, waarbij particuliere elektriciteitsbedrijven werden verplicht om in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen tegen minimumprijzen geen steunmaatregel. Deze minimumprijzen waren hoger dan de werkelijke economische waarde van dit soort elektriciteit en de financiële last werd verdeeld tussen deze elektriciteitsbedrijven en de toeleverende particuliere netexploitanten. Verordeningen die een publiekrechtelijk bedrijfslichaam heeft vastgesteld om een ten behoeve van zijn leden georganiseerde en door hen vastgestelde reclamecampagne te financieren door middel van bij die leden geïnde middelen die verplicht worden aangewend voor de financiering van die campagne, maken geen integrerend deel uit van een steunmaatregel en moeten niet vooraf bij de Commissie worden aangemeld. Het ging immers om financiering met middelen waarover het bedrijfslichaam op geen enkel moment vrijelijk had kunnen beschikken.¹²²

1.2.2. Voordeel

Bij het verkrijgen van een voordeel gaat het erom of een onderneming van de overheid een economisch voordeel ontvangt dat zij niet onder normale marktomstandigheden had kunnen verkrijgen. Het gaat om een situatie waarin de staat eenzijdig (om niet) een voordeel verstrekt. Als de begunstigde onderneming geen directe tegenprestatie hoeft te verlenen, die opweegt tegen de prestatie van de overheid, kan er sprake zijn van een dergelijk voordeel. Een staatsmaatregel bijvoorbeeld, waarbij een overheid zich ertoe verbindt om in de vorm van een overeenkomst tot aankoop van vouchers gedurende meerdere jaren bij een bepaalde onderneming reizen te kopen, kan niet enkel doordat partijen zich wederzijds tot prestaties verbinden die bij voorbaat van het begrip staatssteun zijn uitgesloten.¹²³

Indien de steun werd verleend aan marktconforme principes, dan is er geen sprake van staatssteun. Om te weten of iets marktconform is gebeurd, wordt het handelen van de overheid vergeleken met het gedrag van een "particuliere investeerder" in dezelfde omstandigheden. Zo is het verlenen van een overheidsgarantie meestal een vorm van staatssteun omdat deze de kredietnemer in staat stelt een lening te verkrijgen tegen betere financiële voorwaarden dan hij normaal op de financiële markt zou kunnen krijgen.¹²⁴ Indien een particuliere investeerder op dezelfde manier had gereageerd en dezelfde beslissing had genomen, is er bijgevolg geen sprake van staatssteun.

Er zijn natuurlijk situaties waar er geen gelijkaardige omstandigheden of vergelijkbare marktcondities zijn: denk maar aan ondernemingen die deel uitmaken van een monopolie. In die omstandigheden moet men kijken naar de objectieve en verifieerbare elementen die beschikbaar zijn. Actie van de overheid moet steeds gerechtvaardigd worden op basis van objectieve, commerciële criteria.¹²⁵

Een open, niet discriminerende en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure is misschien wel het beste middel en volwaardig alternatief om ervoor te zorgen dat openbare steunverlening correspondeert met de marktprijs voor de uitvoering van het project. Daarmee kan immers de kans op een niet-marktconform voordeel aan een

¹²² Zie HvJ C-379-98, *PreussenElektra AG*, 2001 en HvJ C-345/02, *Pearle BV*, 2004.

¹²³ Wanneer de bedoelde overeenkomst gevolgen heeft voor de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten, omdat de vouchers enkel gedurende het laagseizoen kunnen worden gebruikt en de extra diensten van de onderneming voor haar in beginsel niet veel extra kosten meebrengen, en wanneer niet blijkt dat de totale hoeveelheid aangeschafte vouchers is vastgesteld op basis van de daadwerkelijke behoefte van de betrokken overheid, valt die overeenkomst onder de werkingssfeer van (oud) artikel 92, lid 1. HvJ T-14/96, *BAI/Commissie*, 1999. Zie in dit verband HvJ 61/79, *Denkavit*, 1983 r.o. 31: "Deze bepaling heeft betrekking op besluiten van de lidstaten, waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden, eenzijdig en autonoom geldmiddelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen. Zij is niet van toepassing op een verplichting tot restitutie van bedragen, die haar oorzaak vindt in de omstandigheid dat die bedragen door degene die ze heeft betaald, niet waren verschuldigd. Hieruit volgt dat een nationaal belastingstelsel, waaronder een belastingplichtige kan opkomen tegen een belasting of terugbetaling ervan kan vorderen, geen steunmaatregel in de zin van (oud) artikel 92 EEG-Verdrag bevat. Of het al dan niet mogelijk is een belasting op die grond terug te vorderen, hangt immers af van de bijzonderheden van de nationale wettelijke regelingen betreffende de actie uit onverschuldigde betaling, met name op fiscaal gebied."

¹²⁴ K. DE CORTE, o.c., 11.

¹²⁵ P. NICOLAIDES, M. KEKELEKIS, P. BUYSKES, o.c., 20.

onderneming worden verkleind. (Wat niet wil zeggen dat een aanbesteding automatisch gelijk te stellen is aan geen steun).¹²⁶ We zullen hier later dieper op ingaan.

1.2.3. Selectiviteit

Van staatssteun is er ook slechts sprake, indien er sprake is van selectiviteit. Men maakt een onderscheid tussen materiële en regionale selectiviteit.¹²⁷

Onder materiële selectiviteit verstaat men ten eerste het begunstigen van een bepaalde onderneming of groep van ondernemingen ten opzichte van anderen, ofwel het begunstigen van de productie van bepaalde goederen.¹²⁸ Men neemt aan dat dit het geval is van zodra alleen ondernemingen met bepaalde kenmerken ervan kunnen profiteren zoals bijvoorbeeld ondernemingen in een bepaalde streek en met een bepaalde omvang.¹²⁹

Een maatregel voor één bepaalde sector is ook zeker selectief. Zo was de verhoogde vermindering van de socialezekerheidsbijdragen door de Belgische overheid toegekend in het kader van de Maribel bis/ter regeling verboden staatssteun. Enkel ondernemingen uit bepaalde sectoren van de verwerkende nijverheid kwamen immers voor die verhoogde verminderingen in aanmerking.¹³⁰

Algemene maatregelen zijn normaal gezien echter geen staatssteun vermits zij geldig zijn voor alle ondernemingen en hun onderlinge verhouding en concurrentiepositie dus onaangetast blijft. Voorbeelden van algemene maatregelen zijn een algemene verlaging van de vennootschapsbelasting, steun ter aanpassing van het onderwijsstelsel en algemene maatregelen ter verbetering van de algemene arbeidswetgeving.¹³¹

Algemene maatregelen worden echter niet automatisch uitgesloten van staatssteun. Een maatregel kan immers ook selectief worden bevonden indien de autoriteiten hieromtrent een zekere discretionaire macht hebben. Zo kan de overheid bijvoorbeeld de vrijheid hebben om de ontvangers van steun vast te stellen of de voorwaarden van de maatregel te bepalen.¹³² Zo werd een Finse maatregel waarbij men de werkgelegenheid wilde aanporren door het subsidiëren van nieuwe jobs strijdig bevonden met de interne markt omdat de overheid de discretionaire macht had om te bepalen of men aan de voorwaarden voldeed en bijgevolg of zij subsidies zou toekennen.¹³³

Algemene maatregelen van regionale of lokale overheden kunnen selectief uitpakken omdat zij vaak enkel ondernemingen in de gegeven regio bevoordelen.¹³⁴ Lange tijd werd een maatregel dat een voordeel toekende aan één deel van het nationaal grondgebied automatisch selectief bevonden. In recente arresten van het Hof van Justitie werd echter tot een andere conclusie gekomen, weliswaar enkel in het kader van fiscale maatregelen. Het grondgebied waarop de regionale entiteit de maatregel heeft vastgesteld, vormt volgens het Hof de relevante context om uit te maken of een door een regionale entiteit vastgestelde maatregel voldoet aan het selectiviteitscriterium. Wanneer die entiteit als gevolg van haar status, rechtens en feitelijk, ten opzichte van het

¹²⁶ Beschikking nr. N 464/99 Pilot Transferium Sittard, r.o. 34.

¹²⁷ B. KURCZ en D. VALLINDAS, « Can general measures be...selective ? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition, » *CMLR* 2008, 161.

¹²⁸ M. EBNER en E. GAMBARO, *l.c.*, 27.

¹²⁹ L. PARRET, *l.c.*, 1342. Zie bijvoorbeeld randnummer 118-120 van HvJ C-501/00, *Spanje/Commissie*, 2004. Spanje stelde dat een bij wet ingevoerde belastingverlaging gold voor elke onderneming volgens objectieve criteria. Het Hof oordeelde dat de verlaging echter ten goede kwam aan één categorie ondernemingen, namelijk ondernemingen die exporteren en bepaalde investeringen doen waarvoor de bestreden maatregelen gelden.

¹³⁰ Zie randnummers 29-39 van zaak HvJ C-75/97, *België/Commissie*, 1999.

¹³¹ K. DE CORTE, *o.c.*, 10.

¹³² *Vademecum community rules on state aid*, Europese Commissie, 15 februari 2007, 3 en M. EBNER en E. GAMBARO, *l.c.*, 28.

¹³³ P. NICOLAIDES, M. KEKELEKIS, P. BUYSKES, *State aid policy in the EC, A guide for practitioners*, International competition law series, The Hague, Kluwer law international, 2005, 25.

¹³⁴ Dit is althans de opvatting van de Commissie. Het Hof heeft nooit duidelijk gesteld dat als een regionale autoriteit een maatregel aanneemt dat voor een voordeel zorgt voor sommige of alle ondernemingen op dat grondgebied, deze maatregel per se territoriaal selectief is. J. WINTER, noot bij C-88/03, *Portugese Republiek v. Commissie*, 6 september 2006, *CMLR* 2006, 191. Zie bij voorbeeld wel r.o. 17 HvJ C-248/84, *Commissie/Duitsland*, 1987: "Vooreerst vormt het feit dat dit steunprogramma is vastgesteld door een deelstaat of een regionaal publiekrechtelijk lichaam en niet door de centrale of federale overheid, geen beletsel voor de toepassing van (oud) artikel 92, lid 1 EEG verdrag."

centraal bestuur van een lidstaat zodanig autonoom is dat zij, door de maatregelen die zij vaststelt, en niet het centraal bestuur, een fundamentele rol speelt in de vaststelling van de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren, zou er geen sprake van selectiviteit zijn.¹³⁵

Het valt echter af te wachten of men dit buiten fiscale maatregelen algemeen zal toepassen en of dit tot een afbrokkeling van de betekenis van artikel 87 en 88 EG zal leiden, gezien de huidige trend naar decentralisatie en federalisering in bepaalde lidstaten waaronder België.¹³⁶ De bepaling van selectiviteit blijft in ieder geval een moeilijke zaak. Ten eerste omdat men zich kan afvragen of er wel zoiets als een puur algemene maatregel bestaat, aangezien men vaak maatregelen toch nog op één of andere manier selectief kan interpreteren en vervolgens ook omdat het begrip niet helemaal op dezelfde manier wordt geïnterpreteerd door het Hof van Justitie en door de Europese Commissie.¹³⁷

In ieder geval moet men zich afvragen of ten eerste, de maatregel bepaalde ondernemingen of groepen ondernemingen bevoordeelt, ten tweede of er een zekere administratieve discretionaire macht is bij de toepassing ervan, ten derde of de resultaten in de praktijk waarschijnlijk bepaalde ondernemingen of groepen van ondernemingen zullen bevoordelen en ten slotte of de maatregel open staat voor alle ondernemingen, zonder discriminatie.¹³⁸

1.2.4. Effect op concurrentie en handel

Wanneer er sprake is van steun bekostigd door de overheid en een voordeel voor een onderneming die daardoor begunstigd wordt, wordt concurrentievervalsing eigenlijk aangenomen.¹³⁹ De steun moet *een potentieel effect* hebben op concurrentie en handel. Het is voldoende om aan te tonen dat de bevoordeelde een economische activiteit uitoefent en dat hij op de markt speelt waar er handel is tussen lidstaten om te kunnen besluiten dat er sprake is van effect op de concurrentie. De aard van de bevoordeelde is, zoals we eerder zagen, niet belangrijk in deze context. Een non-profit organisatie kan immers ook deelnemen aan economische activiteiten.¹⁴⁰

De Commissie oordeelt al snel dat aan het criterium van vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer is voldaan. De steun aan een onderneming kan de mededinging vervalsen als de positie van het ontvangende bedrijf versterkt wordt ten opzichte van andere ondernemingen die concurreren in het intracommunautaire handelsverkeer.¹⁴¹

Uitwerking op het intracommunautaire handelsverkeer wordt in volgende gevallen echter niet vermoed:

- als de maatregel enkel de binnenlandse markt beïnvloedt;
- als het gaat om de minimissteun;
- als de situatie zich buiten de Europese Gemeenschap bevindt.

Ten eerste: het enkel beïnvloeden van de binnenlandse markt. Vormt het regionaal of lokaal karakter inderdaad een argument om te stellen dat er geen beïnvloeding van het handelsverkeer is? De diensten vertonen immers dikwijls persoonlijke en culturele kenmerken die hun mogelijke export of zelfs import beperkt.¹⁴²

In een aantal beschikkingen heeft de Europese Commissie bevestigd dat het inderdaad mogelijk is om lokale activiteiten te steunen, zonder dat er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG.

¹³⁵ r.o. 58 HvJ C-88/03, *Commissie/Portugal*, 2007. Het ging in deze zaak om een Portugese maatregel die het nationaal belastingstelsel aanpaste aan de specifieke kenmerken van de autonome regio van de Azoren. In deze zaak besliste het Hof dat de regio een gebrek aan economische en financiële autonomie vertoonde aangezien de verminderingen in belastingopbrengsten gecompenseerd zouden worden door transfers vanuit de centrale overheid.

¹³⁶ J. WINTER, *I.c.*, 195.

¹³⁷ B. KURCZ en D. VALLINDAS, *I.c.*, 166-181.

¹³⁸ P. NICOLAIDES, M. KEKELEKIS, P. BUYSKES, *o.c.*, 26.

¹³⁹ L. PARRET, *I.c.*, 1342.

¹⁴⁰ *Vademecum community rules on state aid*, Europese Commissie, 15 februari 2007, 3.

¹⁴¹ r.o. 11 HvJ C-730/79, *Philip Morris*, 1980.

¹⁴² M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, *o.c.*, 285.

Zo ging het in een Ierse zaak om het verlenen van een belastingvoordeel aan investeerders van ziekenhuizen om de investeringen met betrekking tot de bouw, uitbreiding en herinrichting van ziekenhuisgebouwen te doen stijgen. De ziekenhuizen voldeden aan een aantal specifieke dienstcriteria en reserveerden een minimumaantal bedden voor de "National Health" patiënten. De Commissie besliste dat hoewel de ziekenhuizen die het voordeel ontvingen zich bevonden op een geliberaliseerde markt en dat er bijgevolg een potentieel grensoverschrijdende handel zou kunnen zijn, er toch geen sprake was van staatssteun in dit geval. De maatregel discrimineerde niet tegen verleners van andere lidstaten. Hij bevoordeelde de ziekenhuizen niet in die mate dat een buitenlandse verlener zou beslissen om faciliteiten in Ierland te vestigen in tegenstelling tot in een andere lidstaat en in de praktijk zou het vooral de creatie van kleine ziekenhuizen ondersteunen. Ten slotte was het doel om bijkomende bedden voor de openbare gezondheidsdiensten te creëren op lokaal niveau een gevolg van bepaalde rapporten die het gebrek aan aanbod bekritiseerden.¹⁴³

In de zaak zwembad Dorsten, besliste de Commissie dat het hier ook niet om staatssteun ging. Het betrof hier een jaarlijkse subsidie voor de privé uitbater van een openlucht zwembad in Dorsten, Duitsland. De stad baatte verschillende zwembaden uit met verlies. Aan de hand van een openbare aanbesteding vonden ze een privé uitbater die de baden zou kunnen openhouden voor het publiek. Hij had daarbij de verplichting om het zwembad gratis open te houden voor scholen en zwemclubs. De stad van haar kant had de verplichting om jaarlijks een bedrag van 2 miljoen DM te betalen. De Commissie stelde vast dat het zwembad door de inwoners van de stad en omliggende gebieden werd gebruikt. Zij bevestigde dat er hier een duidelijk verschil was met bijvoorbeeld het uitbaten van pretparken die niet alleen gericht zijn naar een nationaal maar ook naar een internationaal publiek. Hier was er echter bijna geen kans dat de intracommunautaire handel zou worden aangetast, vooral omdat zelfs het nabijliggend Nederland er ook geen gebruik van maakte.¹⁴⁴

In de zaak Brighton Pier wilde "the National Heritage Memorial Fund" de restauratie van de pier in Brighton, eigendom van "Brighton West Pier Trust" (BWPT) financieren. De Commissie stelde vast dat BWPT de pier niet rechtstreeks zou exploiteren, maar wel wilde verhuren aan een privé uitbater die als tegenprestatie de restauratie en het onderhoud op zich zou nemen. Dit gebeurde via een openbare aanbestedingsprocedure. Klacht werd echter neergelegd door "the Brighton Marine Palace and Pier Company" die zich tegen het project keerde aangezien BWPT na de restauratie een rechtstreekse concurrent zou worden. De Commissie was echter van mening dat, aangezien BWPT slechts een "heritage" centrum op de pier zou uitbaten, enig commercieel aspect van een dergelijk centrum vast en zeker de intracommunautaire handel niet zou verstoren. De restauratie van monumenten met een culturele of historische waarde beïnvloedt op zich de handel tussen lidstaten niet. Artikel 87, lid 3 (d) bevestigt ook dat dergelijke steun verenigbaar is met de interne markt.¹⁴⁵

In de Commissierichtlijnen omtrent het effect op de handel uitgevaardigd in 2004, wordt ook letterlijk gesteld dat, tenzij het aandeel op de nationale markt aanzienlijk is, "plaatselijke overeenkomsten niet de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden. Dit is zelfs het geval indien de plaatselijke markt zich bevindt in een grensregio."¹⁴⁶ Dit werd in 1997 ook reeds gesteld in de richtlijn Controle op overheidssteun en vermindering van de arbeidskosten.¹⁴⁷

¹⁴³ "Consequently, although this effect on trade does exist in potential, it can be considered as in effect non-existent in the case at hand since the effect of this measure is to serve the local market, there exists a clear undercapacity in the local hospital market, and it can be considered not to create complexes which will attract customers from other member states." State aid N 543/2001, 27 february 2002, Ireland – Capital allowances for Hospitals, Brussels, C (2002) 608fin.

¹⁴⁴ "Im vorliegenden Fall wird der Einzugsbereich der Einrichtung mit ca. 50 km angegeben. Da Dorsten etwas weiter von der Grenze zu den Niederlanden entfernt liegt, kann praktisch jede Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ausgeschlossen werden." Staatliche Beihilfe N 258/00, 12 januar 2001, Deutschland Freizeitbad Dorsten, Brüssel, SG(2001) D/285046.

¹⁴⁵ Aids N 560/01 and NN 17/02, 9 april 2002, United Kingdom Brighton West Pier, Brussels, C(2002)942fin.

¹⁴⁶ Randnummer 91, Commission notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in articles 81 and 82 of the Treaty, 2004/C101/07.

¹⁴⁷ Zie §24: "Een gedeelte van deze maatregelen (maatregelen met het oog op de vermindering van de sociale lasten) vallen niet onder artikel 92, lid 1 van het Verdrag omdat de activiteiten van de begunstigden, dikwijls zeer kleine ondernemingen, geen handelsverkeer tussen de lidstaten betreffen. Dit geldt vooral voor bepaalde lokale diensten." Controle op overheidssteun en vermindering van arbeidskosten, 97/C 1/05.

Men kan echter ook stellen dat steun ontvangen door een onderneming die haar producten exclusief binnen een interne markt van een lidstaat verkoopt, de interne markt kan aantasten als het daardoor voor gelijkaardige producten van andere lidstaten moeilijker wordt om op de markt te komen.¹⁴⁸ In het *Altmark* arrest werd ook bevestigd dat het opereren op een vooral lokale markt eigenlijk irrelevant is en er makkelijk wordt voldaan aan de vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer.¹⁴⁹ Men vraagt ook geen significante mededinging in een sector opdat men zou kunnen spreken van een beïnvloeding van de handel.¹⁵⁰

Het de-minimissteun argument moet men ook nuanceren. In de rechtspraak van het Gerecht en het Hof is bepaald dat zelfs steun van een relatief klein bedrag de handel tussen lidstaten kan aantasten en de positie van de ontvanger kan versterken in vergelijking met zijn rivalen.¹⁵¹ Men moet zich dus afvragen wat de positie van de ontvanger zou zijn zonder steun. Als zijn situatie slechter zou zijn, dan spreekt men van verstoring van de markt.

Steun gegeven aan een onderneming die exclusief exporteert naar een niet EU land kan onrechtstreeks ook een effect hebben op de interne markt als het de exporten van ondernemingen in andere lidstaten verschuift en die dan omleidt naar de interne markt.¹⁵²

De Commissie heeft ooit op 8 januari 1998 omtrent de sociale werkplaatsen gemeld dat: “de vaststelling dat de regeling zich in een eerste fase uitsluitend richt tot gemeenten, OCMW’s en Vzw’s, is een voldoende aanwijzing om aan te nemen dat de regeling zich buiten het toepassingsveld van (oud) artikel 92(1) van het EG verdrag bevindt. Steun aan de bovengenoemde rechtspersonen heeft in principe geen invloed op het handelsverkeer.”¹⁵³ Of dit nu nog te verantwoorden is in het licht van de uitspraken van het Hof van Justitie is ons inziens te betwijfelen. Men moet immers niet kijken naar de rechtsvorm maar naar de activiteit. We herhalen hier opnieuw dat de VSO een geldig alternatief is die vermeld wordt in het decreet. Uit de reactie en volgens de redenering van de Commissie kunnen we echter afleiden dat de kans groot is dat de VSO mogelijkheid niet goedgekeurd zou worden.

Er is echter geen algemene regel of richtlijn, ieder geval wordt geanalyseerd in functie van de karakteristieken van de concrete markt, de invloed van de speler, enzovoorts. Het doel van de maatregel is niet van belang, wel de uitwerking op het intracommunautaire handelsverkeer. Dit moet men bijgevolg geval per geval beoordelen.¹⁵⁴

¹⁴⁸ P. NICOLAIDES, M. KEKELEKIS, P. BUYSKES, o.c., 26.

¹⁴⁹ R.o. 106 Concl. Adv. Gen. LEGER bij HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

¹⁵⁰ A. SINNAEVE, “State financing of public services: The Court’s dilemma in the *Altmark* case,” *ESTAL* 2003, nr. 3, 362.

¹⁵¹ T-214/95, *Vlaams Gewest v. Commissie*, 1998 en HvJ C-172/03, *Heiser*, 2005.

¹⁵² P. NICOLAIDES, M. KEKELEKIS, P. BUYSKES, o.c., 27.

¹⁵³ N 778/97, *Werkgelegenheidssteun sociale werkplaatsen*. Er werd tevens opgemerkt dat “De Belgische autoriteiten worden verzocht om een eventuele hernieuwde aanmelding te overwegen indien wijzigingen aan de regeling worden aangebracht of bij de uitbreiding van de regeling naar vennootschappen met sociaal oogmerk, aangezien de modaliteiten van deze laatste categorie op dit ogenblik nog niet bekend zijn.”

¹⁵⁴ X., Kernvragen, Dossier staatssteun, www.europadecentraal.nl.

Besluit

In het Verdrag is er geen beschrijving van het begrip steun opgenomen, maar de jurisprudentie heeft verduidelijkt dat dit begrip breed moet worden opgevat. Om van staatssteun te kunnen spreken moet er voldaan zijn aan vijf cumulatieve voorwaarden: Ten eerste moet de steun bekostigd zijn door de staat of uit staatsmiddelen. Ten tweede moet er sprake zijn van een voordeel. Verder moet er sprake zijn van selectiviteit. Vervolgens moet de handel tussen lidstaten worden beïnvloed. Ten slotte moet de concurrentie erdoor worden vervalst.

Men kan zich afvragen of het regionaal of lokaal karakter, wat het geval is bij de sociale economie sector, een argument is om te stellen dat er geen beïnvloeding is van het handelsverkeer.

Enerzijds heeft de Europese Commissie in een aantal beschikkingen immers bevestigd dat het mogelijk is om lokale activiteiten te steunen, zonder dat er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG.

Anderzijds heeft het Hof van Justitie in het Altmark arrest bevestigd dat het opereren op een vooral lokale markt eigenlijk irrelevant is en dat er makkelijk wordt voldaan aan de vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer.

Aangezien er op Europees vlak geen algemene regel of algemene richtlijn is, moet men hier zeer voorzichtig mee omgaan: bij twijfel is het bijgevolg best om de maatregel aan te melden.

3. De- Minimissteun

3.1. Principe

Het principe van de de-minimisverordening¹⁵⁵ is dat steun van niet meer dan 200 000 euro over een periode van 3 belastingsjaren¹⁵⁶ vrijgesteld wordt van het verbod van artikel 87 lid 1 EG Verdrag.¹⁵⁷ Een overheid mag dit bedrag per onderneming toekennen, in welke vorm van steun ook.¹⁵⁸ De desbetreffende driejaarsperiode dient op voortschrijdende grondslag te worden beoordeeld zodat bij elke nieuwe verlening van de-minimissteun, het totale in het betrokken belastingsjaar en in de twee voorgaande belastingsjaren verleende bedrag aan de-minimissteun moet worden bepaald.¹⁵⁹

Men neemt met andere woorden aan dat bedragen onder dit bedrag het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt en/of de mededinging niet vervalst of dreigt te vervalsen, zodat deze steun bijgevolg niet onder artikel 87, lid 1 van het Verdrag valt.¹⁶⁰

Als een organisatie bijvoorbeeld 180 000 euro krijgt in 2007 en vervolgens 40 000 euro in 2008, zouden de laatste 20 000 euro eventueel teveel kunnen zijn en zal geen steun kunnen worden gegeven in 2009.

¹⁵⁵ Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/5. De Verordening is van toepassing van 1 januari 2007 tot en met 31 december 2013. Artikel 6 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/10.

¹⁵⁶ De periode wordt vastgesteld op basis van de belastingsjaren zoals de onderneming die in de betrokken lidstaat voor fiscale doeleinden gebruikt. Artikel 2, lid 2 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/8.

¹⁵⁷ De de-minimisregel geldt niet voor ondernemingen die actief zijn in de visserij en aquacultuur, de kolenindustrie of de primaire productie van de in bijlage I van het Verdrag vermelde landbouwproducten. In de vervoerssector mag geen de-minimissteun worden gebruikt ten behoeve van de aanschaf van wegvervoermiddelen voor vracht. Ondernemingen in moeilijkheden komen niet voor de toepassing van deze verordening in aanmerking. Zie artikel 1 de-minimisverordening.

¹⁵⁸ X., De Minimis, Staatssteun, www.europadecentraal.nl.

¹⁵⁹ Randnummer 9 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/6.

¹⁶⁰ Randnummer 8 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/6.

3.2. De financiële crisis & het verlenen van beperkte steunbedragen

In de tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële economische crisis¹⁶¹, wordt in paragraaf 4.2.2. een nieuwe maatregel uiteengezet. In het licht van de huidige economische situatie wordt het noodzakelijk geacht om tijdelijk een nieuwe maatregel in te voeren die het verlenen van beperkte steunbedragen toestaat. Zij zal in ieder geval niet worden toegepast na 31 december 2010.

Deze bedragen vallen echter, in tegenstelling tot de-minimissteun, wel binnen het toepassingsgebied van artikel 87, lid 1 van het Verdrag, omdat zij het in de de-minimisverordening vastgestelde plafond overschrijden. Men mag dus ook niet vergeten dat men deze 500 000 euro nog altijd moet aanmelden.¹⁶²

Als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, zal de Commissie de staatssteun op grond van artikel 87, lid 3, b van het Verdrag als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt beschouwen. Het steunbedrag mag daarbij niet hoger zijn dan een subsidie van 500 000 euro per onderneming en de steun moet verleend worden in de vorm van een regeling (het mag dus geen ad hoc steun zijn).

Deze "crisissteun" mag men niet cumuleren met bestaande de-minimissteun. Reeds verleende de-minimissteun moet bijgevolg van het maximale steunbedrag van 500 000 euro worden afgetrokken. De lidstaat moet vaststellen dat het totale steunbedrag dat de onderneming in de periode 1 januari 2008 tot en met 31 december 2010 heeft ontvangen, niet hoger is dan dit bedrag.¹⁶³

3.3. Welke steun?

Een lidstaat moet in de praktijk goed nagaan of ze wel degelijk onder het drempelbedrag blijft op basis van de berekeningswijze die de verordening zelf aangeeft. Om te berekenen of dit plafond bereikt is, moeten alle steunmaatregelen die in de relevante periode aan de onderneming werden toegekend, in rekening worden gebracht, ongeacht de vorm van de steun, het doel waarvoor de steun werd verleend evenals de financieringsbron. Ook steun die dus door de lidstaten wordt uitgekeerd maar uit middelen van communautaire oorsprong wordt gefinancierd, moet worden meegerekend.¹⁶⁴

De Verordening is ook alleen maar van toepassing op steun waarvan, ongeacht de vorm ervan, het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd. Men spreekt zoals eerder gezegd over "transparante" steun.¹⁶⁵ Voor bepaalde vormen van steunverlening wordt aangegeven hoe het bruto-subsidie-equivalent moet worden berekend om aan de vereiste transparantie te voldoen. Zo geldt bijvoorbeeld dat bij steun in de vorm van een lening, voor de berekening van het bruto-subsidie-equivalent de marktrente moet worden gebruikt van toepassing op het tijdstip waarop de steun wordt toegekend.

De Verordening bevat wel een cumulatiebepaling. Mogelijk heeft een onderneming voor dezelfde kosten die in aanmerking komen voor de-minimissteun, reeds staatssteun ontvangen, die onder de groepsvrijstellingsverordening valt of bij besluit van de Commissie is vastgesteld. Het totaalbedrag van de de-minimissteun en deze reeds ontvangen staatssteun mag dan de maxima niet overschrijden die in de voor het specifieke geval relevante wetgeving zijn vastgesteld. De bedoeling van deze bepaling is te voorkomen dat het in de diverse vrijstellingsverordeningen of kaderregelingen vastgestelde maximale percentage van toegestane steun wordt omzeild.¹⁶⁶

¹⁶¹ Mededeling van de Commissie – Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis, 2009/C16/1.

¹⁶² Zie punt 7 Mededeling van de Commissie – Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis, 2009/C16/9.

¹⁶³ Zie punt 4.2.2. g van de Mededeling van de Commissie – Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis, 2009/C16/5.

¹⁶⁴ Artikel 2, lid 2 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/8.

¹⁶⁵ Artikel 2, lid 4 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/9.

¹⁶⁶ K. SEVINGA, "De de-minimissteunverordening: enkele belangrijke vernieuwingen," *NTER* 2007, nr. 4, 61.

Steun die de drempel niet overschrijdt, beschouwt men niet als verboden staatssteun en moet men bijgevolg niet aanmelden. Wanneer het totale steunbedrag dit plafond wel overschrijdt, kan het voordeel van de verordening niet worden ingeroepen, ook niet voor een gedeelte van het steunbedrag dat het plafond niet overschrijdt.¹⁶⁷

3.4. Controle

De lidstaat is er dus voor verantwoordelijk om dit de-minimis plafond te respecteren. Men kan de controle hiervan verwezenlijken op twee manieren.

Ofwel richt de lidstaat een centraal register voor de-minimissteun op, dat alle gegevens bevat over alle (de-minimis)steun die door enige autoriteit in die lidstaat is verstrekt.¹⁶⁸ Ofwel stelt men de onderneming schriftelijk in kennis van het voorgenomen steunbedrag en van het feit dat het de-minimissteun betreft. Alvorens de steun te verlenen, moet de betrokken onderneming een verklaring in schriftelijke of elektronische vorm verlenen over alle andere in de twee voorgaande belastingsjaren en in het lopende belastingsjaar ontvangen (de-minimis)steun.¹⁶⁹

Besluit

Het is duidelijk dat grote sociale en beschutte werkplaatsen de grens van 200 000 euro over drie belastingsjaren makkelijk zullen overschrijden. Hoewel het plafond werd verdubbeld ten aanzien van de vorige verordening, gebaseerd op de ontwikkeling tot en met 2006 van de inflatie en van het bruto binnenlands product in de Gemeenschap, alsook met de gedurende de looptijd van de verordening te verwachten ontwikkelingen, is het bedrag aanzienlijk lager dan door de lidstaten en de verenigingen van ondernemingen gepleite bedrag.¹⁷⁰

Een overzicht krijgen op de steun is ook problematisch. In België is er immers geen centraal register voor (de-minimis)steun.

De verantwoordelijkheid ligt bijgevolg ten eerste bij de begunstigde, die moet weten hoeveel de-minimissteun hij reeds heeft gekregen door de som te maken van alle soorten projecten en ten tweede bij de overheid, die de begunstigde moet inlichten over welke steun het gaat bij de toekenning ervan. Het is echter niet ondenkbaar dat de overheid onbewust dit vergeet mee te geven. Ook is het soms moeilijk voor de centrale overheid om zicht te krijgen op wat gemeentes en provincies toekennen. Het gaat immers om relatief lage bedragen, wat de identificatie nog meer bemoeilijkt.¹⁷¹

4. Steun ter bevordering van de werkgelegenheid

4.1. Situering

In het verleden bestonden al verschillende steunmaatregelen waar de Commissie positieve ervaringen mee had aangezien de lidstaten de maatregelen aanmeldten en de voorwaarden voor het verlenen van individuele steun werden uiteengezet aan een onbepaald aantal ontvangers zonder dat de Commissie de individuele gevallen moest doorlichten.

Zo creëert men natuurlijk wel een complexe situatie: men moet op voorhand proberen om de maatregel te evalueren op basis van abstracte elementen en men laat de toepassing in individuele gevallen volledig over aan de lidstaat.

¹⁶⁷ Artikel 2, lid 2 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/8.

¹⁶⁸ Artikel 3, lid 2 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/9.

¹⁶⁹ Artikel 3, lid 1 Verordening No 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, L 379/9.

¹⁷⁰ K. SEVINGA, *l.c.*, 62.

¹⁷¹ B. BAR-BOUYSSIERE, "Les règlements d'exemption en matière d'aides d'Etat," in M. DONY en C. SMITS, *Aides d'état*, Institut d'études européennes, UB, 2005, 188.

Lidstaten deden ook een beroep op richtlijnen. Deze richtlijnen werden door de lidstaten echter meer en meer aanzien als “quasi-wetgeving” en de opgenomen elementen werden bijgevolg vaak door de lidstaat gekopieerd naar de eigen wetgeving waardoor de manoeuvreerruimte van de Commissie werd beperkt.¹⁷² De groepsvrijstellingen zorgden bijgevolg voor een andere aanpak.

Lange tijd was er voor tewerkstelling geen Verordening die de lidstaten vrijstelde van aanmelding en dit omwille van twee redenen.

Ten eerste zijn er talrijke en zeer verschillende tewerkstellingsmaatregelen in de lidstaten, die afhankelijk zijn van de beoogde doelstellingen en de context van de arbeidsmarkt. Eén regelgeving zou nooit alle maatregelen kunnen dekken, dus moest men eerst beslissen wat de omvang van een mogelijke verordening zou zijn. Men wilde ook niet dat de verordening louter zou gelden als aanvulling, maar dat de tewerkstellingssteunrichtlijnen van 1995 met een verordening zou worden vervangen.

Ten tweede is het verschil tussen staatssteun en algemene maatregelen soms moeilijk te onderscheiden. De definitie van staatssteun dekt immers alleen selectieve maatregelen. In het verleden heeft de Commissie echter beslissingen genomen over gemelde maatregelen die geen staatssteun uitmaakten aangezien zij zonder onderscheid van toepassing waren op alle werkgevers in een lidstaat.¹⁷³

Uiteindelijk werd in de Europese Verordening van 12 december 2002 over werkgelegenheidssteun een aanmeldingsplicht en inhoudelijke screening van bepaalde steunmaatregelen geregeld.¹⁷⁴ De bedoeling van deze verordening was om bepaalde soorten steun die in de verordening werden toegestaan, namelijk voor het creëren van banen of ter bevordering van de aanwerving van kwetsbare werknemers, zoals langdurige werklozen en gehandicapten, vrij te stellen van aanmelding. De werkgelegenheid bevorderen, in het bijzonder van benadeelde categorieën werknemers, kadert immers binnen de Europese werkgelegenheidsstrategie.¹⁷⁵

4.2. Actieplan staatssteun

Het aantal maatregelen voor werkgelegenheidssteun dat in het kader van de desbetreffende groepsvrijstellingsverordening werd aangemeld of ten uitvoer gebracht, was relatief klein. De lidstaten meldden de betrokken gevallen aan veeleer vanwege de behoefte aan rechtszekerheid of omdat er krachtens artikel 9 van de groepsvrijstellingsverordening werkgelegenheidssteun een verplichting tot aanmelding was, meer bepaald voor extra categorieën kwetsbare werknemers en voor de omzetting van contracten.

Veel van de door de lidstaten uitgaande vragen over voorschriften en definities toonden aan dat er problemen waren bij de toepassing van de bepalingen van de groepsvrijstellingsverordening betreffende werkgelegenheid, bv. inzake sociale werkvoorzieningen, kosten voor de indienstneming van gehandicapten, banen voor gehandicapte en kwetsbare werknemers die gedurende een bepaalde periode moeten worden gehandhaafd en inzake extra kosten in verband met de arbeidsvoorwaarden van gehandicapten.¹⁷⁶

Daarnaast vonden een aantal lidstaten de bepalingen te ingewikkeld waardoor althans ten dele het relatief klein aantal steunmaatregelen kon worden verklaard dat in het kader van de groepsvrijstellingsverordening betreffende werkgelegenheid ten uitvoer werd gebracht.

¹⁷² A. SINNAEVE, “Block exemptions for state aid: more scope for state aid control by member states and competitors,” *CMLR* 2001, nr. 38, 1481-1482.

¹⁷³ B. SLOCOCK, “Commission adopts Regulation exempting state aid for employment from notification under article 88(1)”, *EC Competition policy newsletter*, nr. 1, Spring 2003, 21.

¹⁷⁴ Oud Verordening No 2204/2002 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun, L 337/3.

¹⁷⁵ Zie in dit opzicht de Sociale Agenda 2005-2010 die een aantal beleidslijnen omvat die gericht zijn op het creëren van banen, het bestrijden van armoede en het creëren van gelijke kansen en de Lissabonstrategie, de overkoepelende strategische doelstelling van de EU, die gericht is op duurzame economische groei en werkgelegenheid.

¹⁷⁶ Ontwerpverslag van de commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Evaluatieverslag betreffende de toepassing van Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 87 (voorheen artikel 92) en 88 (voorheen artikel 93) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, krachtens artikel 5 van die verordening, Brussel, 21 december 2006, 9-10.

In een zaak tegen de Commissie verzocht België¹⁷⁷ zelfs om de nietigverklaring van de groepsvrijstellingsverordening betreffende werkgelegenheid.¹⁷⁸

België voerde aan dat er sprake was van een schending van de rechtszekerheid, een schending van algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en een schending van het Verdrag. Zij voerde bijvoorbeeld aan dat de verordening onduidelijk was omtrent de definitie van “benadeelde werknemer” en dat het evenredigheidsbeginsel werd geschonden aangezien artikel 2 sub f een uitputtende lijst had opgenomen van de categorieën benadeelde werknemers die in aanmerking kwamen voor de op grond van artikel 5 van de verordening verleende steun.¹⁷⁹ Ook de verhouding tussen artikel 4 (betreffende steun voor het scheppen van werkgelegenheid), artikel 5 (betreffende steun voor de indienstneming van benadeelde en gehandicapte werknemers) en artikel 6 (betreffende permanente steun voor de tewerkstelling van gehandicapte werknemers), werd als onduidelijk bestempeld.¹⁸⁰

Het Hof van Justitie verwierp echter het beroep van België, handhaafde de verordening van de Commissie en verklaarde inzake de respectieve bevoegdheden van de Commissie en de Raad op het gebied van staatssteun het volgende: Het Hof oordeelde dat de Commissie haar bevoegdheden niet had overschreden door voor staatssteun verenigbaarheidscriteria te definiëren. De Commissie diende zich niet te beperken tot een eenvoudige codificatie van de bestaande praktijk, maar mocht van haar ervaring gebruik maken om nieuwe criteria inzake verenigbaarheid te definiëren, eventueel zelfs strengere criteria dan de bestaande. De Raad verleende de Commissie bij Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad de bevoegdheid om te verklaren dat bepaalde soorten staatssteun verenigbaar waren met de gemeenschappelijke markt en niet aan de verplichting tot aanmelding onderworpen waren.¹⁸¹

In het kader van het door de Europese Commissie voorgestelde Actieplan staatssteun, wilde Europa toch over een periode van vijf jaar op dit vlak een grondige hervorming doorvoeren. Het doel is om de lidstaten een duidelijk en voorzienbaar kader te waarborgen, zodat zij staatssteun kunnen toekennen, gericht op de verwezenlijking van de doelstellingen van de Lissabonstrategie. Dit zal in concreto betekenen: minder en beter gerichte staatssteun, een verfijndere economische aanpak, meer doelmatigheid op het gebied van procedures, een betere handhaving, grotere voorspelbaarheid en meer transparantie en verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de Commissie en de lidstaten.¹⁸²

De bestaande verordeningen werden op 6 augustus 2008¹⁸³ bijgevolg opgenomen in één overkoepelende algemene groepsvrijstellingsverordening, tevens werden twee aanvullende types steun toegevoegd: milieusteun en risico kapitaalsteun.¹⁸⁴ In het nieuwe vierde lid van artikel 108 VWEU (het huidige artikel 88 EG), wordt gesteld dat de Commissie vrijstellingsverordeningen voor bepaalde categorieën steunmaatregelen kan nemen na hiervoor door de Raad gemachtigd te zijn. Dit is een codificatie van de praktijk die nu bestaat.¹⁸⁵

¹⁷⁷ HvJ C-110/03, *België/Commissie*, 2005.

¹⁷⁸ Johan Vande Lanotte wees in een artikel van Knack op wat voor hem de kern van het probleem vormde: “*Het probleem is dat men in Europa kritiekloos aanvaardt dat alles wat de concurrentie bevordert automatisch goed is en dat men via de vrije markt per definitie ook sociale doelstellingen kan bereiken (...)* De vrijemarkteconomie is een doel op zich geworden (...). Men vergeet dat het principe van vrij verkeer van goederen en diensten bedoeld was om de grote monopolies te verhinderen prijsafspraken te maken. Het is niet bedoeld om selectieve werkgelegenheidsmaatregelen onmogelijk te maken.” Zie X., “Vande Lanotte trekt EU-Commissie voor Hof in Luxemburg,” *De Standaard*, 26 februari 2003, www.standaard.be en P. PIRYNS, “Een lichte vorm van heiligschennis,” *Knack*, 26 februari 2003.

¹⁷⁹ HvJ C-110/03, *België/Commissie*, 2005.

¹⁸⁰ r.o. 59 HvJ C-110/03, *België/Commissie*, 2005.

¹⁸¹ Ontwerpverslag van de commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Evaluatieverslag betreffende de toepassing van Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 87 (voorheen artikel 92) en 88 (voorheen artikel 93) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, krachtens artikel 5 van die verordening, Brussel, 21 december 2006, 9-10.

¹⁸² Actieplan Staatssteun, 14 juli 2005, www.europa.eu.

¹⁸³ Verordening 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, L 214/3.

¹⁸⁴ *Second Memorandum on the revised draft general block exemption Regulation*, DG Competition, September 2007, 3.

¹⁸⁵ F. AMTENBRINK en J.W. VAN DE GRONDEN, “Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt,” *SEW* 2008, 324.

4.3. De nieuwe algemene groepsvrijstellingsverordening en de sociale economie

4.3.1. Inleiding

Vanaf augustus 2008¹⁸⁶ is de nieuwe algemene groepsvrijstellingsverordening (AGV) in werking getreden. De Commissie beoogt met deze verordening vooral consolidatie, harmonisatie (het vermijden van overlappingsen met andere soorten steun zoals regionale steun en steun voor KMO's) en simplificatie. De bestaande specifieke groepsvrijstellingsverordeningen met uitzondering van de de-minimis verordening, werden samengebracht in één regelgevingsinstrument. Naast simplificatie wil men de lidstaten ook aansporen om bestaande staatssteunbudgetten meer te richten naar de types van steun die men essentieel acht om de Lissabon doelstellingen te bereiken.¹⁸⁷

Onder bepaalde voorwaarden is steun aan KMO's, steun ten behoeve van onderzoek en ontwikkeling, steun voor milieubescherming, werkgelegenheid en opleiding en steun die in overeenstemming is met de kaart welke de Commissie met het oog op de toekenning van regionale steun voor elke lidstaat heeft goedgekeurd, met de gemeenschappelijke markt verenigbaar (met name met artikel 87(3) EG) en niet aan de aanmeldingsverplichting van artikel 88, lid 3, van het Verdrag onderworpen.¹⁸⁸ Hoofdstuk I is gericht op het harmoniseren van horizontale en procedurele aspecten, hoofdstuk II bevat de voorwaarden van toepassing op de verschillende soorten steun.

Wat zou er echter concreet veranderen voor de sociale economie? De oude verordening deed volgens de sector niet altijd recht aan de regionale specificiteit van het werkgelegenheidsbeleid. Voor de kansengroepen was er een te beperkte stimulans, zowel naar loonsubsidiëring als naar toegelaten duur. Volgens de overheid werden ondernemingen in de sociale economie ook niet meer automatisch vrijgesteld van aanmelding, wat volgens hen een tegenstelling was met de vroegere situatie onder de communautaire richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun.¹⁸⁹

4.3.2. De Algemene GroepsvrijstellingsVerordening (AGV)

4.3.2.1. Begrippen

Deze verordening dient alle steun vrij te stellen die aan alle desbetreffende voorwaarden van deze verordening voldoet, evenals alle steunregelingen, mits individuele steun die in het kader van dergelijke regeling kan worden verleend, aan alle desbetreffende voorwaarden van deze verordening voldoet.

Steun	Elke maatregel die aan alle criteria van artikel 87, lid 1, van het Verdrag voldoet.
Steunregeling	Elke regeling op grond waarvan aan ondernemingen die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven, individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn, evenals elke regeling op grond waarvan steun die niet aan een bepaald project is gebonden, voor onbepaalde tijd en/of voor een onbepaald bedrag aan één of meer ondernemingen kan worden toegekend.
Ad-hoc steun	Individuele steun die niet op grond van een steunregeling wordt verleend.

¹⁸⁶ De inwerkingtreding van de algemene groepvrijstellingsverordening was op een vroeger tijdstip voorzien maar men heeft die datum moeten aanpassen. Verordening Nr. 1976/2006 van de commissie van 20 december 2006 tot wijziging van de Verordeningen nr. 2204/2002, nr. 70/2001 en nr. 68/2001, wat de verlenging van de geldigheidsduur betreft.

¹⁸⁷ H. NYSENS, "The General block exemption regulation (GBER): bigger, simpler and more economic," *EC Competition policy newsletter*, nr. 3, 2008, 12.

¹⁸⁸ Verordening 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, L 214/3.

¹⁸⁹ Beleidsnota Kathleen Van Brempt 2004-2009 Sociale Economie, 67 en Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, 12 december 1995, 95/C 334/4, overweging 28: "Wanneer de Commissie na een onderzoek van de door de lidstaten voorgenomen werkgelegenheidssteun constateert dat de modaliteiten en voorwaarden ervan overeenstemmen met die van deze richtsnoeren, kan zij deze steun als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt beschouwen." In de richtsnoeren waren wel voorwaarden opgenomen waaraan de steun moest voldoen maar werden geen steundrempels opgenomen.

Individuele steun	Ad-hoc steun en steun die op grond van een steunregeling wordt toegekend en moet worden aangemeld.
--------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------

Figuur 1: Begrippenverklaring

4.3.2.2. Voorwaarden

A. Doorzichtige steun

De verordening is enkel van toepassing op “doorzichtige” steun. Men spreekt van doorzichtige steun wanneer men het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan berekenen zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd.¹⁹⁰

Volgens de verordening worden de volgende categorieën steun als doorzichtig aangemerkt:

- steun in de vorm van subsidies en rentesubsidies;
- steun in de vorm van leningen indien voor het berekenen van het bruto-subsidie-equivalent het referentiepercentage is gebruikt dat van toepassing is op het tijdstip dat de steun wordt toegekend;
- steun vervat in garantieregelingen;¹⁹¹
- steun vervat in belastingmaatregelen indien door de maatregel wordt voorzien in een maximum dat garandeert dat de toepasselijke drempel niet wordt overschreden.

Steun in de vorm van kapitaalinjecties¹⁹², wordt niet als doorzichtig aangemerkt.

De volledige tekst van de steunmaatregel moet ook op het internet worden bekend gemaakt.¹⁹³

B. Stimulerend effect

Enkel steun die een stimulerend effect heeft wordt vrijgesteld.¹⁹⁴ Dit betekent dat het niet mag gaan om activiteiten waartoe de begunstigde reeds onder marktvoorwaarden sowieso zou overgaan.¹⁹⁵

Ten behoeve van kwetsbare of gehandicapte werknemers, dient het stimulerend effect van steun geacht te worden aanwezig te zijn wanneer de betrokken steunmaatregel resulteert in een nettotoename van het aantal kwetsbare of gehandicapte werknemers die door de betrokken onderneming in dienst wordt genomen, dan wel resulteert in aanvullende kosten ten behoeve van faciliteiten of uitrusting ten behoeve van gehandicapte werknemers.

Ingeval de begunstigde van steun ten behoeve van het in dienst hebben van gehandicapte werknemers, reeds voordat hij gehandicapte werknemers in dienst had, steun ontving die voldeed aan de voorwaarden van Verordening nr. 2204/2002 of die individueel door de Commissie is goedgekeurd, wordt aangenomen dat, indien

¹⁹⁰ Overweging 20 Verordening 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, L 214/6.

¹⁹¹ Indien de methode voor het berekenen van het bruto-subsidie-equivalent na aanmelding daarvan door de Commissie is aanvaard in het kader van de toepassing van deze verordening of van Verordening nr. 1628/2006 en indien de goedgekeurde methode uitdrukkelijk is toegespitst op het soort garanties en het soort onderliggende transacties die in het geding zijn; of indien de begunstigde een kleine of middelgrote onderneming is en indien het bruto-subsidie-equivalent is berekend op grond van de safe-harbour-premies die zijn vastgesteld in de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, 2008/C 155/02.

¹⁹² Onverminderd de bijzondere bepalingen betreffende risicokapitaal en steun in de vorm van risicokapitaalmaatregelen, tenzij de steun aan de voorwaarden van artikel 29 voldoet (steun in de vorm van risicokapitaal).

¹⁹³ Artikel 9 Verordening 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, L 214/21.

¹⁹⁴ Artikel 8 Verordening 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, L 214/21.

¹⁹⁵ Overweging 28 Verordening 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, L 214/7.

met de voordien bestaande steunmaatregel werd voldaan aan de voorwaarde van een nettotoename van het aantal gehandicapte werknemers, die voorwaarde nog steeds als vervuld geldt.

Met betrekking tot steun in de vorm van loonsubsidies ten behoeve van de indienstneming van kwetsbare werknemers en steun voor het in dienst hebben van gehandicapte werknemers, zoals bepaald in de artikelen 40 en 41, wordt aan de in de leden 2 en 3 van dit artikel vastgestelde voorwaarden geacht te zijn voldaan, indien de steun resulteert in een nettotoename van het aantal in dienst zijnde kwetsbare of gehandicapte werknemers.¹⁹⁶

Met betrekking tot steun ter compensatie van de bijkomende kosten van het in dienst hebben van gehandicapte werknemers, wordt aan de in de leden 2 en 3 van dit artikel vastgestelde voorwaarden geacht te zijn voldaan, indien aan de voorwaarden van artikel 42, lid 3, is voldaan¹⁹⁷: De in aanmerking komende kosten zijn de kosten, (niet de in artikel 41 bedoelde loonkosten), die bovenop de kosten komen die de onderneming had gemaakt indien geen gehandicapte werknemers in dienst waren, gedurende de gehele periode dat de betrokken werknemer in dienst is.

4.3.2.3. Kwetsbare en gehandicapte werknemers

Volgens de Verordening hebben bepaalde categorieën gehandicapte of kwetsbare werknemers het nog steeds bijzonder moeilijk de arbeidsmarkt te betreden. Werkgelegenheidssteun die ertoe strekt deze ondernemingen aan te moedigen dergelijke personen in dienst te nemen wordt dus gerechtvaardigd doordat de onderneming vanwege de geringere arbeidsproductiviteit van de betrokken werknemers slechts een beperkt financieel voordeel heeft en doordat ook de werknemers van de maatregel profiteren omdat zij bij gebreke van dergelijke stimulansen voor de werkgevers wellicht van de arbeidsmarkt uitgesloten zouden blijven. Daarom is er voor overheden een rechtvaardigingsgrond om maatregelen toe te passen die ondernemingen moeten stimuleren hun personeelsbestand uit te breiden, met name met werknemers uit deze achterstandsgroepen.

De arbeidskosten vormen een onderdeel van de normale exploitatiekosten van elke onderneming. Daarom is het van bijzonder belang dat steun ten behoeve van werkgelegenheid voor gehandicapte en kwetsbare werknemers een positief effect heeft op het werkgelegenheidsniveau van deze categorieën werknemers en dient het de ondernemingen niet gewoon in staat te stellen kosten die zij anders zouden moeten dragen, te verlagen. Bijgevolg dient deze categorie steun van voorafgaande aanmelding te worden vrijgesteld wanneer valt te verwachten dat daarmee deze categorieën werknemers worden geholpen bij hun herintrede op de arbeidsmarkt of, in het geval van gehandicapte werknemers, bij het herintreden en het op de arbeidsmarkt blijven.¹⁹⁸

A. Kwetsbare werknemers

Ten eerste zijn de definities van de sociale economie doelgroepen veranderd.

Waar er in Verordening 2204/2002 sprake was van “benadeelde werknemers” en er een uitgebreide lijst werd opgenomen in artikel 2, f,¹⁹⁹ spreekt men in de nieuwe Verordening van “kwetsbare werknemers” en wordt de lijst beperkt.

Het zou gaan om personen die:

¹⁹⁶ Overweging 30 Verordening 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, L 214/7.

¹⁹⁷ Artikel 8, lid 5,1 Verordening 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, L 214/21.

¹⁹⁸ Overweging 64 Verordening 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, L 214/12.

¹⁹⁹ Benadeelde werknemers werden omschreven als personen die behoren tot categorieën werknemers welke het moeilijk hebben om zonder hulp tot de arbeidsmarkt toe te treden, zijnde personen die ten minste aan één van de lijst van criteria voldoen opgesomd in artikel 2 (f). Dit zijn bijvoorbeeld personen die jonger zijn dan 25 jaar of hun voltijdse opleiding minder dan twee jaar tevoren hebben voltooid, en die nog niet hun eerste reguliere betaalde betrekking hebben gevonden of personen die geen diploma hoger middelbaar onderwijs of daarmee gelijkgestelde kwalificatie hebben behaald, die geen betrekking hebben of die hun betrekking verliezen, etc.

- a) in de voorafgaande zes maanden geen reguliere betaalde betrekking hebben gevonden;
- b) geen diploma van hoger middelbaar onderwijs hebben behaald of beroepsopleiding hebben gevolgd;
- c) ouder zijn dan 50 jaar;
- d) als alleenstaande volwassene de zorg hebben voor één of meer ten laste komende personen;
- e) werkzaam zijn in een sector of beroep in een lidstaat waar een gebrek aan evenwicht bestaat tussen mannen en vrouwen dat ten minste 25 % groter is dan de gemiddelde verhouding tussen mannen en vrouwen in alle economische sectoren in die lidstaat indien die persoon tot de ondervertegenwoordigde geslachtsgroep behoort of;
- f) behoren tot een etnische minderheid in een lidstaat en van wie het profiel met betrekking tot talenkennis, beroepsopleiding of werkervaring moet worden bijgesteld om zijn vooruitzicht op het verkrijgen van een vaste baan te verbeteren.²⁰⁰

Ook wordt de definitie van “uiterst kwetsbare werknemer” opgenomen, die alle personen omvat die in de voorafgaande 24 maanden werkloos zijn geweest.²⁰¹

Er zijn dus een groot aantal categorieën weggelaten zoals bijvoorbeeld migrerende werknemers, verslaafden of ex-verslaafden, personen die sinds de aanvang van een periode van detentie of andere strafrechtelijke maatregelen nog niet hun eerste reguliere betaalde betrekking hebben gevonden, enzovoorts. Europa is echter van mening, hoogstwaarschijnlijk terecht, dat deze categorieën opgenomen zullen worden in de bredere categorieën die nu voorzien zijn.²⁰²

In het nieuwe artikel 40 komt steun in de vorm van loonsubsidies ten behoeve van de indienstneming van kwetsbare werknemers eerst aan bod. De steunintensiteit bedraagt ten hoogste 50 % van de in aanmerking komende kosten, gedurende een maximumperiode van 12 maanden vanaf de indienstneming. Wanneer echter de betrokken werknemer een uiterst kwetsbare werknemer is, zijn de in aanmerking komende kosten de loonkosten gedurende een maximumperiode van 24 maanden vanaf de indienstneming.

Nieuw is dat bij wege van afwijking de lidstaten de minimum werkperiode in overeenstemming met hun nationale wetgeving inzake arbeidscontracten kunnen beperken, in dat geval wordt de steun overeenkomstig pro rata verminderd. Dit heeft men gedaan om de kritiek tegen te gaan dat een minimale aanwervingsperiode van 12 maanden contraproductief was en soms de toegang tot de arbeidsmarkt blokkeerde voor de desbetreffende werknemer(s).²⁰³

B. Gehandicapte werknemers

Gehandicapte werknemers zijn personen die overeenkomstig het nationaal recht worden erkend als gehandicapt of personen die een erkende beperking hebben als gevolg van een fysieke, mentale of psychologische handicap.²⁰⁴

B.1. Overeenkomstig het nationaal recht

Het gehandicaptenbeleid in België is ingewikkeld: afhankelijk van het domein behoort het beleid tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap, het Waals Gewest, de Franse Gemeenschapscommissie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Duitstalige gemeenschap. Het Federaal niveau is bevoegd voor de tegemoetkomingen voor personen met een handicap, alsook voor de sociale zekerheid en de juridische bescherming.²⁰⁵

²⁰⁰ Artikel 2, lid 18 Verordening 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, L 214/16.

²⁰¹ Artikel 2, lid 18 Verordening 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, L 214/16.

²⁰² *Second Memorandum on the revised draft general block exemption Regulation*, DG Competition, September 2007, 23.

²⁰³ *Second Memorandum on the revised draft general block exemption Regulation*, DG Competition, September 2007, 24.

²⁰⁴ Artikel 2, lid 20 Verordening 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, L 214/17.

²⁰⁵ www.handicap.fgov.be.

Naargelang het domein, zijn er dan ook verschillende definities van toepassing.

De federale definitie in de Wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen, omschrijft gehandicapt als: “de persoon waarvan de mogelijkheden van tewerkstelling werkelijk beperkt zijn wegens een ontoereikendheid of een vermindering van zijn lichamelijke geschiktheid met ten minste 30 % of van zijn geestelijke geschiktheid met ten minste 20 %.”²⁰⁶

Deze definitie speelt op federaal niveau en op niveau van de Vlaamse Gemeenschap geen enkele rol meer, maar wel nog in de andere regio's, bijvoorbeeld bij het “Agence Wallone pour l'intégration des personnes handicapées” (AWIPH) en het “Service bruxellois francophone des personnes handicapées.”

De definitie van het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap omschrijft handicap als “elk langdurig en belangrijk participatieprobleem van een persoon dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke en externe factoren.”²⁰⁷

De VDAB definitie spreekt over “arbeidsgehandicapten.” Het gaat om “een persoon met een langdurig en belangrijk probleem van deelname aan het arbeidsleven dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke en externe factoren en die ingeschreven is bij de VDAB.”²⁰⁸

B.2. Werkgelegenheidssteun voor gehandicapte werknemers

Artikel 41 behandelt steunregelingen in de vorm van loonsubsidies ten behoeve van werkgelegenheid voor gehandicapte werknemers. Deze steunintensiteit bedraagt ten hoogste 75 % van de in aanmerking komende kosten. Dit zijn de loonkosten gedurende de gehele periode waarin de gehandicapte werknemer in dienst is. (Dit is voor deze laatste groep uitgebreider dan de vorige verordening, waar gehandicapte werknemers zoals benadeelde werknemers ook gebonden waren aan één jaar).

Ook hier kunnen de lidstaten de minimum werkperiode in overeenstemming met hun nationale wetgeving inzake arbeidscontracten beperken, in dat geval wordt de steun overeenkomstig pro rata verminderd.

Werkgelegenheidssteun ter compensatie van de additionele uitgaven ten behoeve van gehandicapte werknemers werd tevens behouden. De steunintensiteit bedraagt ten hoogste 100 % van de in aanmerking komende kosten. Het gaat om aanpassing van lokalen, de personeelstijd die exclusief wordt besteed aan de bijstand van de gehandicapte werknemers, de kosten voor de aanpassing of aankoop van apparatuur of voor de aankoop en validering van software die hun gehandicapte werknemers gebruiken (wanneer deze kosten bovenop de kosten komen die de begunstigde had moeten maken indien geen gehandicapte werknemers in dienst waren). Wanneer de begunstigde onderneming een sociale werkvoorziening²⁰⁹ biedt, betreft dit ook de kosten voor de bouw, installatie of uitbreiding van de betrokken voorziening, alsmede alle kosten voor administratie en vervoer die rechtstreeks uit het in dienst hebben van gehandicapte werknemers voortvloeien. Wanneer de begunstigde begeleid werken aanbiedt, gaat het om alle kosten voor administratie en vervoer die rechtstreeks uit het in dienst hebben van gehandicapte werknemers voortvloeien.

²⁰⁶ Artikel 1 van Wet 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen, B.S. 24 april 1963.

²⁰⁷ Artikel 2, 2° Decreet 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap, B.S. 11 juni 2004.

²⁰⁸ Artikel 2, 10° van Decreet 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap “Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding,” B.S. 7 juni 2004; gewijzigd door decreet 21 november 2008 houdende bepalingen tot begeleiding van de tweede aanpassing van de begroting 2008, B.S. 27 januari 2009. Sinds 1 oktober 2008 is de VDAB nu volledig bevoegd voor bijstand bij werk en opleiding en niet meer het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap.

²⁰⁹ Dit is een werkvoorziening waarvan het personeelsbestand voor ten minste 50 % uit gehandicapte werknemers bestaat. Artikel 2, lid 21 Verordening 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, L 214/17.

4.3.2.4. Bijkomende voorwaarden

In het geval van zowel kwetsbare als gehandicapte werknemers moeten de vacature of de vacatures zijn ontstaan ten gevolge van ontslag op initiatief van de werknemer, handicap, ouderdomspensionering, vermindering van de werktijd op initiatief van de werknemer of gewettigd ontslag om dringende redenen en niet door afvloeiingen, wanneer de indienstneming niet leidt tot een nettotoename van het aantal werknemers in de betrokken onderneming, in vergelijking met het gemiddelde van de voorbije twaalf maanden.

Bij kwetsbare werknemers moeten zij, behalve in het geval van gewettigd ontslag om dringende redenen, aanspraak kunnen maken op ononderbroken werkzaamheid gedurende een minimumperiode in overeenstemming met de betrokken nationale wetgeving of collectieve overeenkomsten inzake arbeidscontracten. Bij gehandicapte werknemers is dit slechts een mogelijkheid (er wordt immers gesproken van "kunnen").

4.3.2.5. Individuele aanmelding

Er blijven drempels voor individuele aanmelding gelden. In de vroegere verordening stond in artikel 9 dat er geen vrijstelling van aanmelding was voor de toekenning van steun aan één enkele onderneming of vestiging, indien het brutosteunbedrag groter was dan 15 miljoen euro over een periode van drie jaar. Steun die boven deze drempel ging moest steeds individueel aan de Commissie worden gemeld.

Het plafond voor steun voor de indienstneming van *kwetsbare werknemers* bedraagt in de nieuwe verordening 5 miljoen euro per onderneming per jaar. Het plafond voor steun voor werkgelegenheidssteun voor *gehandicapte werknemers* in de vorm van loonsubsidies bedraagt 10 miljoen euro per onderneming per jaar (een verdubbeling ten aanzien van de vroegere situatie). De steun voor gehandicapte werknemers ter compensatie van additionele uitgaven bedraagt 10 miljoen euro per onderneming per jaar.²¹⁰

4.3.2.6. Cumulering

De krachtens deze verordening vrijgestelde steun wordt niet gecumuleerd met enige andere steun die krachtens deze verordening is vrijgesteld; noch met de-minimissteun die aan de voorwaarden van Verordening nr. 1998/2006 van de Commissie voldoet of met andere communautaire financiering met betrekking tot dezelfde in aanmerking komende kosten, indien een dergelijke cumulering ertoe zou leiden dat daarmee de hoogste steunintensiteit of het hoogste steunbedrag dat krachtens deze verordening voor die steun geldt, wordt overschreden.

Steun ten behoeve van gehandicapte werknemers mag volgens artikel 7 worden gecumuleerd met andere krachtens deze verordening vrijgestelde steun met betrekking tot dezelfde in aanmerking komende kosten tot boven de hoogste, krachtens deze verordening geldende drempel, mits die cumulering niet resulteert in een steunintensiteit van meer dan 100 % van de desbetreffende kosten gedurende de gehele periode waarin de betrokken werknemer of werknemers in dienst zijn.

4.3.2.7. Resultaat?

A. Vroegere problemen

Bij de oude verordening merkte de sector dat zij geregeld in de praktijk boven de grens lagen: De grens van 50 % en 60 % was met andere woorden te laag.²¹¹

²¹⁰ Artikel 6, h-j Verordening 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, L 214/19.

²¹¹ VOSEC, Position paper VOSEC: bemerking en voorstellen naar aanleiding van het ontwerp voor een algemene groepsvrijstellingsverordening van de Commissie op het gebied van staatssteun, 2007.

VOSEC had enerzijds voorgesteld om het maximum toegelaten percentage van subsidiëring aan gehandicapte werknemers en aan werkzoekenden die minimum 5 jaar inactief zijn, laaggeschoold en fysieke, psychische of sociale beperkingen hebben, op te trekken naar 75 %.²¹² Workability Europe stelde voor om, met betrekking tot gehandicapte werknemers, de grens van 60 % te behouden, maar een uitzondering te maken voor het eerste jaar van tewerkstelling, waar de steun opgetrokken zou worden tot maar niet verder zou gaan dan 80%.²¹³

De voorgestelde definitie van “kwetsbare werknemer” in het ontwerp groepsvrijstellingsverordening was volgens VOSEC en EASPD erg ruim en maakte volgens hen geen onderscheid naar de ernst van het probleem en de grootte van de afstand tot de arbeidsmarkt. Bij de definitie van “gehandicapte werknemer,” zou men ook het niveau van handicap in rekening moeten brengen. Dit leek voor anderen in de sector echter moeilijk haalbaar.²¹⁴ Nog anderen pleitten ervoor om de definitie van gehandicapte werknemer uit te breiden tot mensen die men als “arbeidsgehandicapt” zou kunnen zien, bijvoorbeeld personen die laaggeschoold zijn en voor meer dan 5 jaar inactief.²¹⁵

Gedifferentieerde subsidies, aangepast aan de ernst van het probleem, was in ieder geval hier de boodschap.²¹⁶

Verdere kritiek was dat men de duur van de ondersteuning en de hoogte van de subsidiëring lineair toepaste. De begeleiding en inschakeling op de arbeidsmarkt van deze kwetsbare groep is echter niet te standaardiseren binnen een vaste periode.²¹⁷ Het verschil was inderdaad groot. Voor kwetsbare werknemers was steun in de vorm van loonsubsidies beperkt tot 12 maanden en vastgelegd op 50 %. Voor gehandicapte werknemers was deze op 60 % vastgelegd en werden de loonkosten ook beperkt tot 12 maanden. Sommigen pleitten ervoor om de werkgelegenheidssteun ter compensatie van de additionele uitgaven ten behoeve van gehandicapte werknemers (bouw, installatie of uitbreiding van de betrokken voorziening) met betrekking tot sociale werkvoorziening²¹⁸, ook uit te breiden tot begeleid werken.²¹⁹ Begeleid werken is onder de nieuwe verordening ook slechts mogelijk voor gehandicapte werknemers en niet voor kwetsbare werknemers. Het verhaal van verschillen in de ernst van het probleem komt ook hier opnieuw naar boven. Men pleitte er dan ook voor dit toegankelijk te maken voor kwetsbare werknemers, aangezien dit soort steun wel voor sommigen onder hen van belang zou kunnen zijn.²²⁰

B. De huidige verordening

In de definitieve verordening stelt men vast dat men de percentages heeft opgetrokken en dat, hoewel de groep kwetsbare werknemers beperkt werd, de definitie voldoende ruim is om de overige weggelaten categorieën in te passen. De categorie “zeer kwetsbare werknemers” werd ook opgenomen. Het Belgisch voorstel om de artikelen van toepassing op gehandicapten ook van toepassing te verklaren op zeer kwetsbare werknemers werd door de Commissie echter niet weerhouden.²²¹

Het verschil in behandeling tussen kwetsbare en gehandicapte werknemers blijft aanwezig in de nieuwe verordening. Kwetsbare werknemers krijgen enkel een tijdelijke tussenkomst en kunnen dus geen aanspraak

²¹² VOSEC, Position paper VOSEC: bemerking en voorstellen naar aanleiding van het ontwerp voor een algemene groepsvrijstellingsverordening van de Commissie op het gebied van staatssteun, 2007.

²¹³ Workability Europe, Position paper Workability Europe, State Aid Reform: draft general Block exemption regulation (2nd version), oktober 2007, 3.

²¹⁴ Workability Europe, Position paper Workability Europe, State Aid Reform: draft general Block exemption regulation (2nd version), oktober 2007, 2 en Position paper EASPD: feedback to the 2nd draft of the general block exemption regulation on state aid, 2.

²¹⁵ KVK, KVK contribution to the Commission's consultation on the draft general Block exemption regulation, 8 October 2007.

²¹⁶ VOSEC, Position paper VOSEC: bemerking en voorstellen naar aanleiding van het ontwerp voor een algemene groepsvrijstellingsverordening van de Commissie op het gebied van staatssteun.

²¹⁷ VOSEC, Position paper VOSEC: bemerking en voorstellen naar aanleiding van het ontwerp voor een algemene groepsvrijstellingsverordening van de Commissie op het gebied van staatssteun.

²¹⁸ Artikel 33, d Ontwerp Verordening betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag, waarbij bepaalde soorten steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard, C 210/36.

²¹⁹ Workability Europe, Position paper Workability Europe, State Aid Reform: draft general Block exemption regulation (2nd version), oktober 2007, 4.

²²⁰ EASPD, Position paper EASPD: Feedback to the 2nd draft of the general Block exemption regulation on state aid, 2 en Position paper Belgium: Belgische reflexies, ontwerp algemene groepsvrijstellingsverordening.

²²¹ Antwoord België na de bespreking van 28 april 2008 van het Ontwerp Algemene Groepsvrijstellingsverordening: herziene versie na publicatie van de ontwerp-versie in het Publicatieblad.

maken op structurele subsidies. Bij gehandicapte werknemers worden wel structurele tussenkomsten toegestaan en ook de extra kosten voor begeleiding worden meegenomen. Het is niet uitgesloten dat dit nichevorming in de sector van de sociale economie in de hand werkt.

Een oplossing zou kunnen zijn dat bepaalde kwetsbare werknemers wel onder het meer gunstige gehandicaptenstatuut zouden kunnen vallen. De sector heeft bijvoorbeeld voorgesteld dat zij ook onder het begrip "arbeidsgehandicapten" zouden vallen.

De overheid heeft echter al het standpunt ingenomen dat dit voor de doelgroep slechts gedeeltelijk zal kunnen aangezien mensen met puur "sociale" problemen niet onder bovenvernoemde opsomming kunnen vallen.

4.3.3. Analyse van werkgelegenheidssteun

4.3.3.1. Situering

Het steunbegrip van artikel 87, lid 1 EG strekt zich uit tot de van overheidswege toegekende voordelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken.²²²

Dat er werkgelegenheidssteun wordt verleend, komt doordat de arbeidsmarkt ontoereikend functioneert en afhankelijk is van institutionele regelingen. Werknemers met een handicap of met andere beperkingen van hun arbeidsvermogen, krijgen vaak geen toegang tot werk tegen de gangbare loontarieven. Een hoog werkgelegenheidsniveau vormt echter een essentieel criterium voor zowel economische als sociale vooruitgang en wordt erkend in artikel 127, lid 2 van het EG verdrag. In artikel 2 van het EG Verdrag worden de algemene doelstellingen van de Unie opgesomd, waaronder een hoog werkgelegenheidsniveau. Om onder andere deze doelstelling te kunnen verwezenlijken streven de lidstaten en de Gemeenschap naar de ontwikkeling van een gecoördineerde Europese strategie voor werkgelegenheid (EWS).²²³

In 2007 dienden de EU lidstaten 303 aanmeldingen in met betrekking tot steun aan KMO's in de industrie en dienstensector, 496 aanmeldingen met betrekking tot steun aan KMO's in de landbouwsector, 108 aanmeldingen met betrekking tot opleidingssteun, 189 aanmeldingen met betrekking tot regionale steun en 31 aanmeldingen met betrekking tot werkgelegenheidssteun.²²⁴ De aanmeldingen in verband met werkgelegenheidssteun zijn bijgevolg in de minderheid (zie voor een vergelijking verder de onderstaande tabellen).

De Commissie heeft zich in het verleden altijd goedwillig getoond ten aanzien van werkgelegenheidssteun, wat blijkt uit het klein aantal veroordelingen hieromtrent. Dit betekent echter niet dat er met dergelijke steun nooit een inbreuk kan zijn op de concurrentie op de interne markt.²²⁵ De doelstellingen en de effecten van de steun moeten zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen. Steun ter vermindering van de arbeidskosten kan aanleiding geven tot vervalsing van de intracommunautaire concurrentie, ombuigingen in de toewijzing van middelen en niet-plaatsgebonden investeringen, alsook tot verschuiving van de werkloosheid van het ene land naar het andere en een verplaatsing van bedrijven. Met andere woorden: zonder strenge controle en passende beperkingen kan werkgelegenheidssteun schadelijke gevolgen hebben die de onmiddellijke resultaten van het scheppen van arbeidsplaatsen tenietdoen.²²⁶

4.3.3.2. Loonsubsidies

Loonsubsidies kunnen volgens de Commissie de volgende verstoringen op de markt teweegbrengen.

Ten eerste kan er sprake zijn van een substitutie en een verplaatsingseffect. Jobs die worden gegeven aan een bepaalde categorie van werknemers vervangen banen voor andere categorieën. De subsidie verdeelt de arbeidskrachten in gesubsidieerde en niet gesubsidieerde werknemers, waardoor ondernemingen aangemoedigd

²²² R.o. 42 Conclusie Advocaat Generaal bij HvJ C-415/07, *Lodato Gennaro & Spa/INPS/SCCI*, 2008.

²²³ Rapport: Scoreboard voor staatssteun, Editie voorjaar 2004, Europese Commissie, Brussel, 20 april 2004, COM (2004) 256, 27.

²²⁴ Rapport: State aid scoreboard – lente 2008, EUROPESE COMMISSIE, Brussel, 21 mei 2008, 39.

²²⁵ B. BAR-BOUYSSIERE, "Les règlements d'exemption en matière d'aides d'Etat," in M. DONY en C. SMITS, *Aides d'état*, Institut d'études européennes, UB, 2005, 184.

²²⁶ Rapport: Scoreboard voor staatssteun, Editie voorjaar 2004, Europese Commissie, Brussel, 20 april 2004, COM (2004) 256, 33.

kunnen worden om niet gesubsidieerde werknemers te vervangen door gesubsidieerde werknemers. Beide soorten ondernemingen concurreren op eenzelfde markt voor goederen en diensten, waardoor de loonsubsidies kunnen bijdragen tot de vermindering van jobs ergens anders binnen de economie.²²⁷

Verder kunnen subsidies de kosten beïnvloeden. Als de productiekosten zoals werkgelegenheidskosten worden verminderd, wordt de toegang aantrekkelijker en kunnen ondernemingen met wat minder commerciële sterkte zich in de markt vestigen ten nadele van meer efficiënte concurrenten. Tevens kunnen deze ondernemingen langer in de markt blijven omdat de verliezen worden verminderd, terwijl meer efficiënte concurrenten de markt moeten verlaten.²²⁸

Vervolgens worden ondernemingen in een markt waar men loonsubsidies krijgt, ontmoedigd om in concurrentie te treden en wordt zowel de investeringsdrang als de toenemende efficiëntie en vindrijkheid ontmoedigd. Ten slotte kunnen loonsubsidies binnen een bepaalde regio ook leiden tot het genieten door ondernemingen van betere productievoorwaarden binnen bepaalde gebieden door het hebben van goedkopere werkkrachten.²²⁹

4.3.3.3. Andere maatregelen

Een algemene, automatische en niet-discretionaire vermindering van de niet-loonkosten valt uiteraard niet binnen het toepassingsgebied van de mededingingsregels inzake staatssteun. Steunmaatregelen voor werkgelegenheid vallen slechts onder artikel 87 indien bepaalde ondernemingen of bepaalde producties worden begunstigd terwijl andere ondernemingen of producties hiervan bij voorbaat worden uitgesloten.²³⁰ Sectorgerichte maatregelen kunnen bijgevolg wel als staatssteun worden aangemerkt.

In het verleden heeft de Commissie gesteld dat maatregelen ten behoeve van bepaalde categorieën werknemers, zoals bijvoorbeeld laaggeschoolde of laagbetaalde werknemers, niet als staatssteun zijn aan te merken. Dit gold volgens haar echter alleen maar "indien de maatregelen automatisch en zonder onderscheid tussen ondernemingen van toepassing zijn." Overigens stelde de Commissie dat variaties in het verminderingpercentage van de lasten naar gelang van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer of van zijn loonniveau een herverdelingseffect kunnen hebben tussen categorieën werknemers wat gezien de structurele problemen op de arbeidsmarkt wenselijk is. De conclusie was dat de gevolgen hiervan, die groter zijn voor bepaalde sectoren met veel laaggeschoolde arbeidskrachten, doorgaans niet van die aard waren dat van staatssteun kon worden gesproken.²³¹

In 2002 werden de structurele lastenverlaging (van de werkgeversbijdragen voor de sociale zekerheid) en het startbanenplan (die werkgevers stimuleert jongeren binnen zes maanden na het verlaten van de school een baan aan te bieden) door de Commissie niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1 aanzien. Zij staan volgens de Commissie immers open voor alle ondernemingen in België. Ten eerste is er geen sprake van selectiviteit, ze kenmerken zich met andere woorden in de praktijk en bij wet noch door specificiteit, noch per sector, noch per regio, noch per categorie. De maatregelen worden niet-discretionair toegepast: ze gelden op basis van objectieve criteria. Alle ondernemingen hebben op voet van gelijkheid toegang tot de werkingssfeer van deze regelingen en het budget voor deze maatregelen is een "open einde" budget en vormt derhalve geen beperking bij de uitvoering van deze maatregelen.²³²

De maatregel arbeidsverdelende bijdragevermindering werd echter wel als staatssteun bestempeld aangezien met deze maatregel een selectief aantal ondernemingen een voordeel genoten: alleen ondernemingen die in een

²²⁷ Criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject to individual notification, European Commission, 2008, 5.

²²⁸ Criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject to individual notification, European Commission, 2008, 5-6.

²²⁹ Criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject to individual notification, European Commission, 2008, 5-6.

²³⁰ Controle op overheidssteun en vermindering van arbeidskosten, 3 januari 1997, 97/C 1/12.

²³¹ Controle op overheidssteun en vermindering van arbeidskosten, 3 januari 1997, 97/C 1/12.

²³² Steunmaatregel van de staat NN 129/2000 – België, Wet ter bevordering van de werkgelegenheid, Europese Commissie, Brussel, 7 mei 2002, 7.

collectieve arbeidsovereenkomst waren aangesloten waarbij een arbeidsduurvermindering werd doorgevoerd die aanleiding gaf tot bijkomende aanwervingen, konden gebruik maken van deze maatregel. Verder werd het aantal ondernemingen dat gebruik kon maken van de maatregel wettelijk beperkt tot 15. Ze werd echter uiteindelijk wel verenigbaar geacht met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87, lid 3 (c).

Werkgelegenheidssteun in de vorm van een vermindering van de sociale lasten voor ondernemingen in Venetië en Chioggia kon dan wel onder de werkingssfeer van artikel 87, lid 1 EG vallen, omdat deze de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen. Een netto toename van het aantal arbeidsplaatsen wordt vereist om vervolgens beide te vergelijken op basis van gemiddelden. Bij beschikking 2000/394/EG stelde de Commissie in de zaak *Hotel Cipriani Spa* vast dat de verlagingen van de sociale bijdragen voor bedrijven in de “Mezzogiorno”, verenigbaar waren met de gemeenschappelijke markt wanneer deze verlagingen zijn toegekend aan a) ondernemingen op het grondgebied van Venetië en Chioggia die kleine en middelgrote ondernemingen zijn in de zin van de communautaire kaderregeling inzake overheidssteun voor KMO's, b) ondernemingen die gevestigd zijn in een zone die in aanmerking komt voor de afwijking uit artikel 87, lid 3, sub c, EG of c) ondernemingen die werknemers aanwerven die het bijzonder moeilijk hebben om tot de arbeidsmarkt toe te treden of opnieuw een arbeidsplaats te vinden, overeenkomstig de communautaire richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun.²³³

Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer haalde vorig jaar in een ander arrest aan dat “ook de richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, ondanks hun karakter van “soft law” (ze zijn geen bron van gemeenschapsrecht in strikte zin), toch een onontbeerlijk uitleggingsinstrument zijn.²³⁴ Dergelijke handelingen kunnen ook rechtsgevolgen hebben, zodat de nationale rechters bij het oplossen van de gedingen waarvan zij kennisnemen er rekening mee moeten houden, vooral wanneer zij duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van de voor hun toepassing vastgestelde nationale regels of wanneer zij een aanvulling vormen op bindende gemeenschapsrechtelijke regels.²³⁵ De richtsnoeren constateren dat bepaalde tewerkstellingsmaatregelen niet onder artikel 87 van het EG verdrag vallen omdat het ofwel gaat om maatregelen ten gunste van personen en bijgevolg geen ondernemingen of producties begunstigen, ofwel het handelsverkeer tussen de lidstaten niet beïnvloeden ofwel algemene maatregelen zijn.”²³⁶

Wat betreft de eerste reden gaat het dan onder meer om de persoonlijke positie van de werknemers op de arbeidsmarkt te verbeteren of hun intrede in het beroepsleven of de maatschappij mogelijk te maken met name door middel van de beroepsopleiding, de inkomsten van bepaalde werknemers aan te vullen, stimulansen te geven voor de aanwerving van vrouwen in typische mannenberoepen of voor de aanwerving van personen uit etnische minderheden, gunstige voorwaarden te scheppen voor de mobiliteit van de werknemers en het in dienst nemen van personen met blijvende lichamelijke of geestelijke handicaps te stimuleren.

Wat de tweede reden betreft stelde de Commissie expliciet dat werkgelegenheidssteun ter bevordering van activiteiten die geen aanleiding geven tot handelsverkeer tussen lidstaten, bijvoorbeeld “lokale diensten”, niet onder het staatssteunverbod valt.²³⁷

²³³ Dit stelsel, bestaande uit een algemene verlaging van door werkgevers verschuldigde sociale bijdragen en een vrijstelling van sociale bijdragen voor in de ondernemingen gecreëerde nieuwe arbeidsplaatsen, werd door de Commissie in 1995 verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt, onder het voorbehoud van de naleving van een aantal voorwaarden, waaronder met name de verplichting voor de Italiaanse autoriteiten om maatregelen mee te delen aan de Commissie voor de geleidelijke afschaffing van dit steunstelsel. In 1995 werd het steunstelsel uitgebreid tot de ondernemingen van het eilandengebied van Venetië en Chioggia. De verlagingen van de sociale bijdragen toegekend aan de ondernemingen op het grondgebied van Venetië en Chioggia bestempelde de Commissie als onverenigbare staatssteun en zij legde de Italiaanse Republiek de verplichting op om deze van de begunstigden terug te vorderen. Drie ondernemingen gingen tegen deze beschikking in beroep. De beroepen werden echter verworpen. Ger. EG. T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani Spa, et al./ Europese Commissie*, 2008.

²³⁴ R.o. 3-7 en 33-37 Conclusie Advocaat Generaal bij HvJ C-415/07, *Lodato Gennaro & Spa/INPS/SCCI*, 2008. In dit arrest werd de vraag gesteld of het gemeenschapsrecht neergelegd in de richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen en verordening (EG) nr. 2204/2002 van de Commissie van 12 december 2002 aldus worden uitgelegd dat, om na te gaan of het aantal arbeidsplaatsen is toegenomen, het gemiddelde aantal werknemers in het jaar voor de indienstneming moet worden vergeleken met het gemiddelde aantal werknemers in het jaar na de indienstneming, dan wel aldus dat het gemiddelde aantal werknemers in het jaar voor de indienstneming moet, of ook alleen kan, worden vergeleken met het precieze aantal werknemers in het bedrijf op de dag van de indienstneming.

²³⁵ Zie overwegingen 8 en 18 van het arrest HvJ C-322/88, *Grimaldi*, 1989.

²³⁶ Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, 95/C 334/5.

²³⁷ Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, 95/C 334/5.

Men moet dit toch enigszins nuanceren. Verordening 2204/2002 was nog niet in werking getreden toen de betrokken Italiaanse vrijstellingen van socialezekerheidsbijdragen uitgevaardigd werden in de jaren 1998 tot 2001. Dat was ook de reden waarom de Italiaanse autoriteiten de wetten 448/98 en 448/01 bij de Commissie ter goedkeuring hadden aangemeld. De (ondertussen oude) verordening 2204/2002 vermeldde ook expliciet dat het de richtsnoeren eigenlijk verving. We hebben ook reeds vermeld dat men zeer voorzichtig moet zijn met de uitspraak dat lokale diensten automatisch niet onder het staatssteunverbod vallen.

4.3.3.4. Behoud van werkgelegenheid en scheppen van werkgelegenheid

De Commissie maakt een onderscheid tussen steun voor het behoud van werkgelegenheid, met andere woorden, steun die aan een bedrijf wordt gegeven om werknemers niet te ontslaan, en steun voor de schepping van werkgelegenheid.

De steun voor behoud van werkgelegenheid wordt dan meestal berekend aan de hand van het totaal aantal werknemers dat op het moment van de toekenning van de steun in dienst is.

Deze steun is verwant met productiesteun en kan in beperkte gevallen worden toegestaan bijvoorbeeld omdat het dient tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of bij de economische ontwikkeling in streken waar de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst.²³⁸ Het spreekt voor zich dat dergelijke steun slechts in welbepaalde omstandigheden en voor een beperkte termijn moet worden toegestaan.

Steun voor de schepping van werkgelegenheid wordt daarentegen verstrekt om een arbeidsplaats te creëren voor werknemers die nog geen arbeidsplaats hebben of hun arbeidsplaats verloren hebben. De steun is gebaseerd op het aantal geschapen arbeidsplaatsen, waarbij wordt uitgegaan van de nettotoename van het aantal arbeidsplaatsen.²³⁹ Deze steun werd volgens de richtsnoeren en wordt volgens de (oude) vrijstellingsverordening gerechtvaardigd op basis van artikel 87, lid 3, c: steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken.²⁴⁰

4.3.3.5. Voorbeelden

Verschiedende maatregelen in verband met werkgelegenheid en opleiding zijn in het verleden onderworpen geweest aan een toetsing van de staatssteunregels.

Een eerste voorbeeld is de “New Deal” regeling in het Verenigd Koninkrijk ingevoerd in 1998. De regeling is onder meer bedoeld om werklozen, in het bijzonder jongeren die ten minste zes maanden werkloos waren, te helpen werk te vinden en hun vooruitzichten op een vaste baan te verbeteren.²⁴¹ De arbeidssubsidie is specifiek gericht op jongeren die men geen ongesubsidieerd werk heeft kunnen geven. De subsidie is beschikbaar voor werkgevers in alle sectoren en wordt voor maximaal 26 weken verstrekt. Omdat de regeling geldt voor alle economische sectoren, alle regio's en alle ondernemingen die jonge of langdurige werklozen in dienst nemen, kwam de Commissie tot de conclusie dat de regeling geen specifieke maatregel bevatte. De autoriteiten

²³⁸ Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, 95/C 334/7 en artikel 87, lid 2, b en lid 3, a.

²³⁹ Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, 95/C 334/7.

²⁴⁰ “Wanneer de steun per werknemer gerechtvaardigd is en geen buitensporig hoog aandeel van de productiekosten van de onderneming vertegenwoordigt, mag men aannemen dat de steun in aanmerking komt voor de vrijstelling onder artikel 87, lid 3, c: het gaat om 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.” Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun, 95/C 334/7. Zie ook overweging 22 van Verordening 2204/2002 die grotendeels werd overgenomen in de AGV.

²⁴¹ The New Deal omvat naast New Deal for Young People (NDYP) ook New Deal 25+, New Deal for Lone Parents, New Deal 50 plus en New Deal for Disabled People. X., *Transforming Britain's labour market: Ten years of the New Deal*, Department for work and pensions, 2008, 4, <http://www.workandpensions.gov.uk> en <http://www.delni.gov.uk/newdeal>.

beschikken ook niet over een discretionaire bevoegdheid als het gaat om de hoeveelheid subsidie, aangezien deze varieert naargelang het aantal wekelijkse werkuren of opleidingskosten.²⁴²

Een voorbeeld van een werkgelegenheidsmaatregel die als verenigbare staatssteun werd aangemerkt is de Deense regeling die jongeren met ernstige lichamelijke of geestelijke problemen helpt een plek op de arbeidsmarkt te bemachtigen.²⁴³ Bedrijven kunnen een subsidie krijgen van ten hoogste 50 % of 66 % van het salaris van de werknemer, afhankelijk van de aard van de handicap. Hoewel de maatregelen in kwestie gelden voor bedrijven in alle sectoren, beschikken de Deense autoriteiten over een zekere discretionaire bevoegdheid als het gaat om de keuze van de desbetreffende bedrijven, personen en de hoeveelheid steun. De Commissie kwam tot de conclusie dat de maatregelen een selectief karakter hadden en dat er bijgevolg sprake was van staatssteun, maar dat zij wel verenigbaar waren met het EG verdrag, overeenkomstig artikel 87, lid 3, c.²⁴⁴

In Italië werden in 1984 leer- en werkervaringsovereenkomsten ingevoerd. Het gaat om overeenkomsten van een bepaalde duur, inclusief een opleidingsperiode, voor jonge werklozen.²⁴⁵ Indienstnemingen op basis van dit soort overeenkomsten komen gedurende een periode van twee jaar in aanmerking voor een vrijstelling van de door de werkgever verschuldigde socialezekerheidsbijdragen. De vermindering wordt automatisch op niet-discriminerende wijze in het hele land toegepast en bijgevolg aanzien als een algemene maatregel. In 1990 kregen de regionale autoriteiten wel een discretionaire bevoegdheid om de leeftijdsgrens van de begunstigen op te trekken waardoor de maatregelen selectief werden.

De Commissie kwam tot de conclusie dat de steun verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, ongeacht of zij betrekking had op de indienstneming van bepaalde categorieën werknemers die het moeilijk hebben om tot de arbeidsmarkt toe te treden of opnieuw een arbeidsplaats te vinden. Een deel van de steun werd echter onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard en verboden. De steun is immers niet exclusief bestemd voor de indienstneming van personen die nog niet eerder hadden gewerkt of die nog werkloos waren na hun eerdere baan te zijn kwijtgeraakt en de steun was niet bedoeld voor de nettoschepping van nieuwe arbeidsplaatsen in de zin van de richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun.²⁴⁶

4.3.3.6. Horizontale staatssteunmaatregelen

Vier lidstaten, namelijk Italië (21 % van het totaal aantal maatregelen), het Verenigd Koninkrijk (15 %), Spanje (12 %) en Duitsland (11 %), zorgden voor bijna 60 % van alle aanmeldingsformulieren ingediend tijdens de periode 2001-2007. De EU-12 lidstaten dienden samen meer dan 600 maatregelen in sinds 2004. De lidstaten worden in dalende volgorde in onderstaande tabel geplaatst naargelang het aantal groepsvrijstellingsmaatregelen.

²⁴² Rapport: Scoreboard voor staatssteun, Editie voorjaar 2004, Europese Commissie, Brussel, 20 april 2004, COM (2004) 256, 32.

²⁴³ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?id=3_138653 en Pb.C. 146/11, 19 juni 2002.

²⁴⁴ "Als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd: 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."

²⁴⁵ Zie http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?id=3_132101 en Pb.L. 42/1, 15 februari 2000.

²⁴⁶ Commission Decision 11 may 1999 concerning aid granted by Italy to promote employment, 2000/128/EC, rechtsoverweging 94 en 95, Pb L 42/14.

Member State	Type of block exemption Regulation						Grand total	Total less agriculture and fish
	SME	Training	Employment	Regional investment	Agriculture	Fish		
EU-27	1196	495	121	189	775	47	2823	2001
Italy	316	126	14	1	120	18	595	457
United Kingdom	215	103	5	17	80	4	424	340
Spain	151	40	12	35	93	5	336	238
Germany	147	86	13	13	42	0	301	259
Slovenia	5	4	1	4	159	1	174	14
Netherlands	66	3	3	1	61	4	138	73
Austria	61	15	0	23	17	0	116	99
Poland	49	5	26	21	7	0	108	101
France	9	5	6	3	76	0	99	23
Hungary	22	10	17	12	11	0	72	61
Czech Republic	33	5	1	18	10	0	67	57
Belgium	6	37	3	3	17	0	66	49
Ireland	11	10	0	2	20	1	44	23
Cyprus	15	10	7	2	6	0	40	34
Greece	26	4	3	3	1	1	38	36
Estonia	12	10	3	3	1	4	33	28
Latvia	9	1	0	1	16	2	29	11
Slovakia	11	1	1	1	11	0	25	14
Lithuania	4	2	1	2	12	1	22	9
Finland	6	1	0	3	5	6	21	10
Denmark	9	4	0	2	5	0	20	15
Malta	9	6	3	1	0	0	19	19
Portugal	2	4	0	5	5	0	16	11
Romania	0	0	0	11	0	0	11	11
Bulgaria	1	2	1	1	0	0	5	5
Sweden	0	1	1	1	0	0	3	3
Luxembourg	1	0	0	0	0	0	1	1

Note: The table excludes cases withdrawn. Figures for the EU-10 are included as of 1 May 2004, for Bulgaria and Romania as of 1 January 2007. Source: DG Competition, DG Agriculture, DG Maritime and Fisheries Affairs

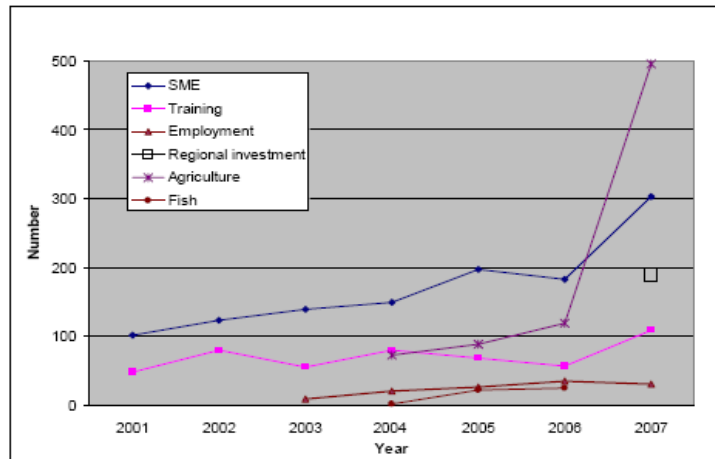
Figuur 2: Aantal maatregelen per lidstaat waarvoor aanmeldingsformulieren werden ingediend onder een groepsvrijstelling voor staatssteun (2001-2007)

Horizontale staatssteunmaatregelen, met andere woorden steun die niet aan specifieke sectoren wordt toegekend, worden meestal gunstiger beoordeeld omdat zij beter gewapend zijn om marktvalingen aan te kaarten en worden bijgevolg als minder storend aanzien dan sectorale steun of ad-hoc steun. In 17 lidstaten was 90% of meer van alle toegekende steun in 2007 horizontale steun.

Er zijn echter wel grote verschillen tussen het doel waarvoor de lidstaten die steun gebruiken. Zo ging het grootste deel naar milieu en energiebesparende maatregelen. Vervolgens betrof het vooral regionale steun. Andere doelstellingen werden minder ondersteund. Zo bedroeg het percentage tewerkstellingssteun maar 5%. Als men echter kijkt naar de EU-12 lidstaten, ziet men dat regionale ontwikkeling op kop staat (28%), gevolgd door tewerkstellingssteun (18%). Men moet dit echter enigszins nuanceren: dit laatste percentage werd voornamelijk veroorzaakt door Polen dat een groepsvrijstellingsmaatregel heeft voor gehandicapten.²⁴⁷

²⁴⁷ Rapport : State aid scoreboard – herfst 2008, Europese Commissie, Brussel, 17 november 2008, 30-31.

Figure 5: Trend in the number of BER measures introduced by Member States 2001-07



Source: DG Competition, DG Agriculture, DG Maritime and Fisheries Affairs. Reading notes: The regional investment BER came into force from 1 January 2007; no exempted aid in the fisheries sector was possible in 2007.

Figuur 3: Trend in het aantal groepsvrijstellingsmaatregelen aangevoerd door de lidstaten 2001-2007 (Bron: Rapport Europese Commissie: State aid scoreboard – lente 2008)

4.4. Opleidingssteun

4.4.1. Situering

Het bevorderen van opleiding is, volgens de overwegingen in de Verordening, naast het indienstnemen van kwetsbare en gehandicapte werknemers en de vergoeding van bijkomende kosten voor het in dienst hebben van gehandicapte werknemers, een centrale doelstelling van het economische en sociale beleid van de Gemeenschap en de lidstaten.

Opleiding heeft over het algemeen positieve externaliteiten voor de samenleving als geheel, omdat daarmee het aanbod van geschoolde arbeidskrachten waaruit andere ondernemingen kunnen putten, vergroot, het concurrentievermogen van de communautaire industrie verbetert en zij een belangrijke rol in de werkgelegenheidsstrategie speelt. Opleiding, waaronder ook e-learning, is tevens van essentieel belang voor de totstandbrenging, de verwerving en de verspreiding van kennis.

Aangezien ondernemingen in de Gemeenschap over het algemeen te weinig in de opleiding van hun werknemers investeren, met name wanneer het algemene opleiding betreft en deze geen onmiddellijk en concreet voordeel voor de betrokken onderneming oplevert, kan staatssteun helpen dit marktfalen te corrigeren. Daarom is de Commissie van mening dat dit soort steun, onder bepaalde voorwaarden, van voorafgaande aanmelding dient te worden vrijgesteld.²⁴⁸

De meeste publieke opleidingssteunmaatregelen vallen niet onder de mededingingsregels, maar zijn algemene maatregelen omdat zij zonder discriminatie en zonder discretionaire bevoegdheid van de autoriteiten die de maatregelen toepassen voor alle ondernemingen in alle sectoren gelden. Een voorbeeld zijn de algemene fiscaal gunstige regelingen, zoals automatische belastingkredieten die gelden voor alle ondernemingen die in opleiding van het personeel investeren.²⁴⁹ Andere maatregelen vormen geen overheidssteun omdat zij rechtstreeks aan personen ten goede komen en geen voordeel toekennen aan bepaalde ondernemingen of sectoren. Het

²⁴⁸ Overweging 61 en 62 van 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, L 214/11-12.

²⁴⁹ Rapport: Scoreboard voor staatssteun, Editie voorjaar 2004, Europese Commissie, Brussel, 20 april 2004, COM (2004) 256, 37.

merendeel van de lidstaten verstrekt bijdragen aan de opleiding van kwetsbare groepen via initiatieven als de scholing of herscholing van werklozen of leercontracten in bedrijven.²⁵⁰

Wegens de opzet van een aantal werkgelegenheids- en opleidingsprogramma's kan bepaalde werkgelegenheidssteun als opleidingssteun worden aangemerkt en vice versa.

Men kan een onderscheid maken tussen algemene en specifieke opleiding. De toegestane steunintensiteiten verschillen naar gelang de soort verstrekte opleiding en de omvang van de onderneming.

4.4.2. Algemene opleiding

Onder algemene opleiding wordt volgens artikel 38, 2 verstaan: "een opleiding die bestaat in onderricht dat niet uitsluitend of hoofdzakelijk op de huidige of toekomstige functie van de werknemer in de begunstigde onderneming is gericht, maar door middel waarvan bekwaamheden worden verkregen die in ruime mate naar andere ondernemingen of werkgebieden overdraagbaar zijn, zodat de inzetbaarheid van de werknemer wordt verbeterd."

Een opleiding wordt als algemeen aangemerkt wanneer zij bijvoorbeeld:

- a) wordt georganiseerd door verschillende onafhankelijke ondernemingen gezamenlijk of wanneer zij aan werknemers van verschillende ondernemingen ten goede kan komen;
- b) wordt erkend, gecertificeerd of gehomologeerd door een overheidsorgaan of –lichaam of door een ander lichaam of orgaan waaraan een lidstaat of de Gemeenschap de bevoegdheid daartoe heeft toegekend.

Door een algemene opleiding worden overdraagbare bekwaamheden verschafte en worden de kansen van de opgeleide werknemer op de arbeidsmarkt aanzienlijk verbeterd. Steun ten behoeve van deze doelstelling heeft minder mededingingsverstoringe effecten, wat betekent dat hogere steunintensiteiten van voorafgaande aanmelding kunnen worden vrijgesteld.

Opleiding dient ook als algemene opleiding te gelden wanneer deze verband houdt met milieubeheer, eco-innovatie of maatschappelijk verantwoord ondernemen zodat de mogelijkheden van de begunstigde om aan de algemene doelstellingen op milieugebied bij te dragen, worden versterkt.²⁵¹ Hoewel men eerder geneigd zou zijn om dit als specifieke steun te aanzien, vermoeden we dat dit kadert in Deel 4 van de AGV waar er een nieuw deel gewijd is aan steun voor milieubescherming.²⁵²

4.4.3. Specifieke opleiding

Onder specifieke opleiding wordt in hetzelfde artikel onder lid 1 verstaan: "Een opleiding die bestaat in onderricht dat direct en hoofdzakelijk op de huidige of toekomstige functie van de werknemer in de begunstigde onderneming is gericht, en door middel waarvan bekwaamheden worden verkregen die niet of slechts in beperkte mate naar andere ondernemingen of andere werkgebieden overdraagbaar zijn."

Specifieke opleiding die in hoofdzaak de onderneming ten goede komt, houdt een groter risico op verstoring van de mededinging in en daarom dient de steunintensiteit die van voorafgaande aanmelding kan worden vrijgesteld, lager te zijn.²⁵³

²⁵⁰ Rapport: Scoreboard voor staatssteun, Editie voorjaar 2004, Europese Commissie, Brussel, 20 april 2004, COM (2004) 256, 38.

²⁵¹ Overweging 63 van 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, L 214/12.

²⁵² Artikel 17: "Elke maatregel die is gericht op de preventie of herstel van aantastingen van de natuurlijke omgeving of de natuurlijke hulpbronnen door de eigen activiteiten van de begunstigde, op het beperken van het risico op dergelijke aantastingen, dan wel op de aanmoediging van een rationeler gebruik van die hulpbronnen, met inbegrip van energiebesparende maatregelen en het gebruik van hernieuwbare energiebronnen."

²⁵³ Overweging 63 van 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, L 214/12.

4.4.4. Verenigbare steun

Opleidingssteun is verenigbaar met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87, lid 3, van het Verdrag en is van de aanmeldingsverplichting van artikel 88, lid 3, van het Verdrag vrijgesteld, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

Ten eerste mag de steunintensiteit niet meer bedragen dan:

- a) 25 % van de in aanmerking komende kosten voor specifieke opleiding, en
- b) 60 % van de in aanmerking komende kosten voor algemene opleiding (een verhoging van 10 % ten aanzien van de vroegere verordening).

De steunintensiteit kan evenwel worden verhoogd tot een maximum steunintensiteit van 80 % van de in aanmerking komende kosten met 10 procentpunt indien de opleiding aan gehandicapte of kwetsbare werknemers wordt gegeven.

Ingeval het steunproject zowel componenten van specifieke opleiding als van algemene opleiding omvat die voor de berekening van de steunintensiteit niet van elkaar kunnen worden gescheiden, of ingeval het specifieke dan wel algemeen karakter van het project inzake opleidingssteun niet kan worden aangetoond, zijn de voor specifieke opleiding geldende steunintensiteiten van toepassing.

De in aanmerking komende kosten van een opleidingsproject zijn de volgende:

- a) de personeelskosten van de opleiders;
- b) de verplaatsingskosten van de opleiders en degenen die de opleiding volgen, daaronder begrepen de verblijfskosten;
- c) andere lopende uitgaven voor materiaal en benodigdheden die rechtstreeks met het project verband houden;
- d) de afschrijving van werktuigen en uitrusting voor zover deze uitsluitend voor het opleidingsproject worden gebruikt;
- e) de kosten van diensten inzake begeleiding en advisering met betrekking tot het opleidingsproject;
- f) de personeelskosten van degenen die de opleiding volgen en algemene indirecte kosten (administratieve kosten, huur, algemene vaste kosten), ten belope van ten hoogste het totaal van de overige, in de punten a) tot en met e) bedoelde, in aanmerking komende kosten. Wat betreft de personeelskosten van degenen die de opleiding volgen, mag slechts rekening worden gehouden met de uren die de deelnemers aan de opleiding daadwerkelijk daaraan besteden, na aftrek van de door hen gewerkte uren.

Individuele opleidingssteun onder 2 miljoen euro per opleidingsproject (een verdubbeling ten aanzien van de vroegere situatie), op ad-hoc basis of krachtens een steunregeling, valt onder de verordening en niet onder de aanmeldingsplicht van artikel 88 (3) EG. Alle steun boven 2 miljoen euro zal door de lidstaat aangemeld moeten worden bij de Commissie, die vervolgens op basis van artikel 87, lid 3 (c) EG zal beslissen of de steun in overeenstemming is met de interne markt.

4.4.5. Stimulerend effect

Ook bij opleidingssteun moet er sprake zijn van een "stimulerend" effect opdat de steun verenigbaar zou zijn. De steun wordt met andere woorden slechts goedgekeurd indien het een "noodzakelijke voorwaarde" is voor de activiteit die gefinancierd wordt. Dit betekent dat de activiteit niet zou plaatsvinden zonder steun omdat de onderneming dit niet zou doen onder normale marktomstandigheden.²⁵⁴ Indien de opleiding hoe dan ook zou plaatsvinden, kan er geen sprake zijn van "het vergemakkelijken van de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën."²⁵⁵

²⁵⁴ A. GARCIA BERMUDEZ en C. GALAND, « Recent training aid cases in the car industry, » *EC Competition policy newsletter*, nr. 1, Spring 2007, 105.

²⁵⁵ Artikel 87, lid 3, (c) EG Verdrag en L. VON BUTTLAR en S. MEDGHOUL, "The principle of incentive effect applied to training aid-Some recent cases," *EC Competition policy newsletter*, nr. 3, 2008, 85.

Concrete voorbeelden, die we terugvinden bij de auto industrie, zijn bijvoorbeeld het verlenen van opleidingssteun bij het introduceren van een nieuw automodel en het verlenen van opleidingssteun bij het in dienst nemen van tijdelijke werkrachten, nadat men vaste werkrachten had ontslaan om kosten te besparen.²⁵⁶ Deze steun dekt immers louter normale, operationele kosten die een onderneming moet dragen of is noodzakelijk om te zorgen dat de productie en kwaliteit wordt gewaarborgd.²⁵⁷ Wat wel wordt aanvaard is steun voor voornamelijk algemene opleidingen, het verlenen van steun bij het beginnen van activiteiten in een nieuwe vestiging in een regio met zwak opgeleide werkrachten en het introduceren van nieuwe knowhow.²⁵⁸

Deze uitspraken werden verder verfijnd in verschillende, recente zaken.

In de zaak DHL²⁵⁹ waar de Duitse overheid opleidingssteun verleende aan de nieuwe DHL vestiging in Leipzig-Halle, stelde de Commissie vast dat de meeste opleidingsmaatregelen verplicht waren door het recht, waardoor ze in ieder geval moesten worden voorzien, zelfs bij gebrek aan steun. De andere opleidingsmaatregelen waren nodig voor het succesvol uitbaten van de nieuwe vestiging van DHL. Aangezien de meeste Belgische werknemers vanuit de oude vestiging in Brussel niet wilden verhuizen, moest de onderneming nieuwe werkrachten werven die niet de nodige competenties hadden, waardoor opleiding nodig was. De steun van de Duitse overheid verlichte DHL bijgevolg van deze kost die het eigenlijk zelf had moeten dragen: opleiding van personeel was immers sowieso nodig om te kunnen beginnen met de exploitatie van het vrachtverkeerscentrum.²⁶⁰

De Commissie verwierp het argument dat opleidingssteun automatisch noodzakelijk is wanneer de ontvanger een activiteit verplaatst naar een andere locatie.

De Commissie was van mening dat het in de EU algemeen gebruikelijk is dat ondernemingen besluiten nemen over hun plaats van vestiging en over de verplaatsing daarvan om hun kosten te verlagen en hun rendement te verhogen. Ondernemingen die een verplaatsing van hun vestiging overwegen, nemen in die overwegingen vaak meerdere, met elkaar concurrerende locaties in verschillende lidstaten in overweging. Het besluit over de plaats van vestiging is uiteindelijk niet alleen afhankelijk van de verwachte bedrijfskosten en andere economische voor- en nadelen, maar tot op zekere hoogte ook van de mogelijkheden om staatssteun te krijgen. In tegenstelling tot wat het geval is bij regionale steun, is opleidingssteun er niet op gericht om het besluit over de plaats van vestiging te beïnvloeden, maar om binnen de Gemeenschap ontoereikende investeringen in opleidingsmaatregelen te corrigeren.²⁶¹ Verder was de Commissie van oordeel dat regionale nadelen op zich niet automatisch ervoor zorgen dat opleidingssteun als noodzakelijk wordt aanzien.²⁶²

Uit Vauxhall²⁶³ leren we dat alleen steun die meer is dan wat men als de “basisnaden” van de onderneming kan beschouwen, toegelaten is. Om aan te tonen welk niveau van opleiding noodzakelijk is, kan men kijken naar jaarlijkse opleidingsbudgetten over een langere periode en een kost/voordeel analyse kan ook helpen. Met name kan men zich de vraag stellen: zelfs indien de voorgestelde opleiding de ontvanger een voordeel zou opleveren, is het redelijk om te verwachten dat de voorzichtige uitbater de kost alleen draagt?²⁶⁴

Naast het bewijzen van de noodzakelijkheid van de steun, spreekt het voor zich dat de lidstaat moet aantonen dat het bedrag tot een minimum is beperkt, het moet met andere woorden proportioneel zijn. De lidstaat kan ook bijvoorbeeld aantonen dat er geen beter alternatief was dan door staatssteun te verlenen en dat er een marktfaling is dat de steun rechtvaardigt.²⁶⁵ Hoewel steun noodzakelijk en proportioneel kan zijn, kan er toch nog

²⁵⁶ R.o. 35 Beschikking van de Commissie C 40/2005, *Ford Genk*, 2006.

²⁵⁷ Grote auto producenten zetten vaak hun fabrieken in concurrentie met elkaar. Eerst kijken ze naar de voordelen van de verschillende vestigingen bij de overweging van het lanceren van nieuwe producten en nemen dan een besluit over de locatie op basis van de totale kost, inclusief overheidssteun voor bijvoorbeeld opleiding. Dit is echter niet de bedoeling, want dit gaat om kosten die de onderneming sowieso had moeten dragen. R.o. 33 Beschikking van de Commissie C 40/2005, *Ford Genk*, 2006.

²⁵⁸ Beschikking van de Commissie N 653/2005, *Webasto Portugal*, 2006.

²⁵⁹ Beschikking van de Commissie C 18/07, *DHL*, 2008.

²⁶⁰ R.o. 63-89 Beschikking van de Commissie C 18/07, *DHL*, 2008.

²⁶¹ R.o. 62 Beschikking van de Commissie C 18/07, *DHL*, 2008.

²⁶² L. VON BUTTLAR en S. MEDGHOUL, *I.c.*, 87-88.

²⁶³ Beschikking van de Commissie C 23/07, *Vauxhall*, 2008.

²⁶⁴ L. VON BUTTLAR en S. MEDGHOUL, *I.c.*, 88.

²⁶⁵ Criteria for the compatibility analysis of training state aid cases subject to individual notification, European Commission, 1-4.

sprake zijn van verstoring. Bijgevolg kan de Commissie ook een analyse doorvoeren omtrent de mate van distortie dat er kan optreden door die steun. De positieve effecten zal men afwegen tegen de negatieve effecten.²⁶⁶

5. Goedgekeurde steunschema's

Lidstaten kunnen ook algemene staatssteunmaatregelen aan de Commissie melden. Als de Commissie deze maatregelen goedkeurt, kunnen de lidstaten vervolgens individuele steunmaatregelen treffen op basis van de algemene steunmaatregel, zonder dat deze individuele maatregelen telkens moeten worden aangemeld. Voorwaarde hiertoe is uiteraard dat de individuele steunmaatregelen in overeenstemming zijn met de voorwaarden neergelegd in de goedkeuringsbeslissing van de Commissie.

Opdat steun gerechtvaardigd wordt door artikel 87(3), moet het een bepaalde marktfaling goedmaken of tot doel hebben ondernemingen aan te sporen iets te doen dat ze onder normale marktvoorwaarden niet zouden doen.

Er moet ten eerste sprake zijn van noodzakelijkheid: zonder steun zouden de ondernemingen het toch niet zelf kunnen doen en vervolgens van proportionaliteit: men mag het minimumbedrag dat de ondernemingen nodig hebben om actie te ondernemen, niet overschrijden. De Commissie berekent met andere woorden de extra kosten die de ontvangers dragen.²⁶⁷

Besluit

Loonsubsidies en andere tewerkstellingsmaatregelen moet men goed in het oog houden omdat zij verstoringen op de markt kunnen teweegbrengen.

Bij loonsubsidies kan er sprake zijn van een substitutie en een verplaatsingseffect, de subsidies kunnen de kosten beïnvloeden en de kans bestaat dat ondernemingen in een markt waar men loonsubsidies krijgt worden ontmoedigd om in concurrentie te treden.

Bij andere maatregelen vallen normaal gezien algemene, automatische en niet-discretionaire verminderingen van de niet-loonkosten niet binnen het toepassingsgebied van de mededingingsregels inzake staatssteun. Bepaalde ondernemingen of bepaalde producties moeten immers worden begunstigd.

Sectorgerichte maatregelen kunnen bijgevolg wel als staatssteun worden aangemerkt.

De Commissie maakt verder een onderscheid tussen het behoud en het scheppen van werkgelegenheid. Het scheppen van werkgelegenheid wordt aangemoedigd, steun tot behoud van werkgelegenheid kan slechts in bepaalde omstandigheden worden toegestaan.

Bij opleidingssteun moet men kijken of het een algemene of specifieke opleiding betreft. Men neemt aan dat een specifieke opleiding bedreigender is voor de markt dan een algemene opleiding.

De nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGV) focust op "stimulerende" en "doorzichtige" steun. Stimulerend betekent dat de activiteit niet zou plaatsvinden zonder steun omdat de onderneming dit niet zou doen onder normale marktomstandigheden. Doorzichtig wil zeggen dat men het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan berekenen zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd. Subsidies vallen hieronder.

In het algemeen wordt de AGV door de sector goed onthaald. Er zijn immers verbeteringen ten aanzien van de oude verordening: zo zijn bijvoorbeeld de percentages verhoogd voor gehandicapte werknemers en is er een nieuwe categorie "zeer kwetsbare werknemers" ingevoerd.

²⁶⁶ Criteria for the compatibility analysis of training state aid cases subject to individual notification, European Commission, 4-6.

²⁶⁷ P. NICOLAIDES, supra, 37-39.

Hoofdstuk III: Diensten van algemeen (economisch) belang

1. Inleiding

1.1. Situering

Het geloof in de vrije markt is gebaseerd op de gedachte dat private ondernemingen meer efficiënt zijn dan voorzieningen van de staat alsook dat zij meer kunnen tegemoetkomen aan de wensen van de consument. De liberalisering van de publieke sector is volgens sommigen dan ook een onvermijdelijk gevolg van de totstandkoming van de interne markt. Publieke en private ondernemingen moeten immers op een “level playing field” kunnen spelen.²⁶⁸ De diensten van algemeen (economisch) belang (DA(E)B) kunnen we hierin kaderen.

Er is in het verleden door Europa een lijn getrokken tussen “economische” en “niet economische” activiteiten. Dat het Hof van Justitie “economische” activiteiten kan definiëren die bijgevolg gevat worden door het Verdrag en bijgevolg door de markt, zorgt ervoor dat het begrip dynamisch blijft en kan evolueren. Dit kan men als een voordeel aanzien. Het nadeel is echter dat het Hof enkel de zaken kan beoordelen die worden voorgebracht en dat er bijgevolg inconsistenties kunnen ontstaan in de rechtspraak.²⁶⁹

Het beginsel van non-discriminatie en de bepalingen inzake het vrij verkeer van personen zijn van toepassing op de toegang tot alle diensten. Ook de regels over overheidsopdrachten zijn van toepassing op publiekrechtelijke instanties, ongeacht of zij diensten van economische, dan wel niet-economische aard verlenen. Er zijn echter veel regels van het Europees Verdrag die slechts van toepassing zijn op “economische” activiteiten.²⁷⁰

1.2. Wat voorafging

1.2.1. Groenboek en Witboek

Reeds in 1988 werd in een rapport van de Europese Commissie opgemerkt dat diensten in de Europese Unie geremd werden door regelgeving en praktijken die het vrij verkeer van diensten belemmerden en bijgevolg ook de vrije concurrentie tussen bedrijven die ze voorzagen.²⁷¹ Het idee om een algemene dienstenrichtlijn op poten te zetten verscheen echter pas in het jaar 2000 in een strategie paper voor diensten door de Commissie opgesteld op aanvraag van de Europese Raad van Lissabon.²⁷²

In mei 2003 gaf de Europese Commissie het startschot met het Groenboek omtrent “diensten van algemeen belang” (DAB).²⁷³ Daar kaartte zij aan dat de situatie van diensten van algemeen belang, die zowel diensten van algemeen economisch als van niet-economisch belang omvatten, complex en aan voortdurende veranderingen onderhevig is. Het gaat om een breed scala van verschillende soorten activiteiten: activiteiten in de grote netwerkindustrieën, gezondheids-, onderwijs- en sociale diensten, met verschillende dimensies (Europees, wereldwijd, lokaal) en van verschillende aard (markt- of niet marktgericht).²⁷⁴ Dit zal in de volgende hoofdstukken nader worden uitgelegd. Men stelde een aantal vragen, zoals bijvoorbeeld of er een algemeen communautair kader voor diensten van algemeen belang wenselijk was en of men de criteria die worden gehanteerd om te bepalen of een dienst van economische of niet-economische aard is, uitvoeriger moest toelichten. Verder vroeg

²⁶⁸ De auteur verwijst naar een uitspraak van Karel Van Miert, die toen als Europees Commissaris verantwoordelijk was voor concurrentie. E. SZYSZCZAK, “Public service provision in competitive markets,” *YEL* 2001, 36-37.

²⁶⁹ E. SZYSZCZAK, *o.c.*, 42.

²⁷⁰ Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, Informatieve nota – De Europese Dienstenrichtlijn: Samenvatting van de belangrijkste principes en verplichtingen, 17 oktober 2008.

²⁷¹ P. CECCHINI, *The European Challenge 1992 – The benefits of a Single Market*, 1988, 37.

²⁷² An internal market strategy for services, 29 December 2000, COM (2000)888.

²⁷³ Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013.htm>.

²⁷⁴ Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013.htm>, 5-6.

men zich af of men de situatie van non-profit organisaties en van organisaties die grotendeels sociale functies vervullen nader moest verduidelijken.²⁷⁵

Dit Groenboek werd een jaar later in 2004 gevolgd door een Witboek omtrent diensten van algemeen belang²⁷⁶, dat de conclusies bevatte van een breed openbaar debat over de wijze waarop het aanbod van kwalitatief hoogwaardige diensten van algemeen belang in de Europese Unie het best kan worden gestimuleerd en gaf tevens richtsnoeren voor een coherent beleid omtrent DAB. Men merkte op dat het van belang was om nader in te gaan op de specifieke kenmerken van sociale diensten en gezondheidsdiensten van algemeen belang, het persoonlijk karakter van vele sociale diensten en gezondheidsdiensten leidt immers tot voorwaarden die aanzienlijk verschillen van die welke gelden voor de netwerkindustrieën²⁷⁷. Men verstuurde bijgevolg een vragenlijst over sociale DAB naar alle lidstaten, om een zo goed mogelijk zicht te krijgen op de sociale dienstverlening in de EU-lidstaten.

1.2.2. Sociale diensten van algemeen belang

In 2006 volgde nog een Mededeling omtrent “sociale diensten van algemeen belang” (SDAB)²⁷⁸, waarin de Commissie erkende dat SDAB in Europa specifieke kenmerken hebben die hen fundamenteel doen verschillen van louter commerciële diensten. Het gaat om principes van solidariteit, sociale integratie en gelijke kansen; een complex systeem van interacties tussen verschillende partijen; publieke financiering; de asymmetrische verhouding tussen zorgverstrekkers en –ontvangers; de rol van sociale actoren zonder winstoogmerk; de rol van vrijwilligers en het vaak lokaal gebonden karakter.²⁷⁹

Het Europees Parlement benadrukte in een resolutie van 2007 dat men in het kader van SDAB twee met elkaar in concurrentie staande factoren moest verzoenen: enerzijds het subsidiariteitsbeginsel (en het proportionaliteitsbeginsel)²⁸⁰, dat de vrijheid van de overheidsinstanties van de lidstaten impliceert om de SDAB naar eigen goedgevoelen te definiëren, te organiseren en te financieren en anderzijds de medeverantwoordelijkheid van de Gemeenschap conform het Verdrag, door regels te bepalen voor SDAB die ten dienste staan van de mensenrechten en de menselijke waardigheid.²⁸¹

De Commissie Juridische zaken van het Europees Parlement betwijfelde ten eerste of een regeling op EU-niveau voor SDAB werkelijk een verbetering kon bewerkstelligen, enerzijds voor de burger en anderzijds voor de efficiëntie van deze diensten. Zij onderstreepte nadrukkelijk dat het aan de lidstaten en hun regionale of lokale overheden is om DAB te definiëren; alsook hoe zij dienen te worden georganiseerd, gefinancierd, aangeboden, geëvalueerd en gecontroleerd.²⁸²

²⁷⁵ Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013.htm>, 15-17.

²⁷⁶ Mededeling van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Witboek over diensten van algemeen belang, Brussel, 12 mei 2004, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013b.htm>.

²⁷⁷ Mededeling van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Witboek over diensten van algemeen belang, Brussel, 12 mei 2004, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013b.htm>, 11.

²⁷⁸ Mededeling van de Commissie: Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, Brussel, 26 april 2006.

²⁷⁹ Mededeling van de Commissie: Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, Brussel, 26 april 2006, 4-5.

²⁸⁰ Artikel 5 EG Verdrag: “De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen. Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt. Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken.”

²⁸¹ Resolutie van het Europees Parlement over de sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie (2006/2134(INI)), 14 maart 2007.

²⁸² Advies van de Commissie Juridische zaken aan de Commissie Werkgelegenheid en sociale zaken inzake sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie (2006/2134(INI)), 21 november 2006.

Eind 2007 werd dan ook in een Mededeling van de Commissie over DAB²⁸³ bekendgemaakt dat zij geen kaderrichtlijn voor de DAB en ook geen specifieke wetgeving voor SDAB zou voorstellen. Zij stelde dat dit niet nodig was aangezien er een protocol over DAB aan het Verdrag van Lissabon werd gehecht.²⁸⁴ In artikel 2 van dit Protocol staat dat de bepalingen van de Verdragen op generlei wijze afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.

Tweejaarlijks zal de Commissie wel een verslag voorleggen over de situatie van SDAB.²⁸⁵ In het rapport van 2008 werd gesteld dat arbeidsmarktdiensten voor benadeelde mensen een sleutelinstrument zijn van de Europese Tewerkstellingsstrategie, die uitdrukkelijk de nadruk legt op de integratie van benadeelde werknemers. Gezien de krimpende arbeidsmarkt en de EU beleidsagenda dat voorziet in het promoten van meer economische groei, concurrentie en sociale cohesie, is het cruciaal om in deze actieve arbeidsmarkt beleidslijnen te implementeren.²⁸⁶

2. Diensten van Algemeen Belang: wat, hoe, waarom?

2.1. Begrip

Om de sociale economie beter te kunnen situeren in heel dit debat, moet men het kader van de DAB schetsen.

Er is ten eerste geen definitie van DAB. Men neemt aan dat de term DAB markt- en niet-marktdiensten omvat die door de overheidsinstanties van *algemeen belang* worden geacht en waarvoor zij specifieke openbardienstverplichtingen²⁸⁷ laten gelden.²⁸⁸ Het gaat met andere woorden over een overkoepelende term voor Diensten van algemeen economisch belang (DAEB) en niet-economische diensten van algemeen belang (NEDAB).

Bij de DAEB, is de dienst tevens een economische activiteit. DAEB verschillen in zoverre van gewone diensten dat overheidsinstanties menen dat in deze diensten moet worden voorzien, ook als de markt daartoe zelf niet voldoende wordt gestimuleerd.²⁸⁹

NEDAB zijn diensten die zonder economisch karakter worden aangeboden als onderdeel van een typische overheidstaak. Deze NEDAB zijn niet onderworpen aan de regelingen betreffende de interne markt, mededinging en staatssteun. Volgens Europa gaat het met name om activiteiten die verbonden zijn aan de uitoefening van het overheidsgezag of met een sterk sociaal karakter (zie verder).

Alle andere DAB worden door de Commissie eigenlijk principieel als DAEB beschouwd.

Onder *openbare dienst* verstaat de Commissie: ofwel het aangeduid orgaan dat de dienst produceert, ofwel de functie van algemeen belang waarmee dit orgaan is belast. Om de vervulling van de functie van algemeen belang te stimuleren of mogelijk te maken kunnen door de overheid aan het orgaan dat de dienst produceert specifieke openbare dienstverplichtingen worden opgelegd, bijvoorbeeld op het gebied van vervoer over land, lucht-of spoorwegvervoer of energie. Deze verplichtingen kunnen op nationaal of regionaal niveau gelden.²⁹⁰

²⁸³ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Begeleidend document bij de Mededeling "Een interne markt voor het Europa van de 21^{ste} eeuw," Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, Brussel, 20 november 2007.

²⁸⁴ Protocol betreffende de diensten van algemeen belang, 17 december 2007, P.B. C. 306/158.

²⁸⁵ Biennial report on social services of general interest, Commission staff working document, Brussels, SEC (2008) 2179/2.

²⁸⁶ Biennial report on social services of general interest, Commission staff working document, Brussels, SEC(2008) 2179/2, 8.

²⁸⁷ Mededeling van de Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa, C 281/03, Pb EG 1996.

²⁸⁸ Mededeling inzake diensten van algemeen belang in Europa, Europese Commissie, C 17/23, Pb EG 2001.

²⁸⁹ Mededeling inzake diensten van algemeen belang in Europa, Europese Commissie, C 17/7, Pb EG 2001.

²⁹⁰ Vaak verwacht men "openbare dienst" met "openbare sector." Mededeling van de Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa, C 281/03, PB EG 1996.

2.2. Rol en bevoegdheid

Diensten van algemeen belang vormen een belangrijke pijler van het Europese samenlevingsmodel. Alle burgers en ondernemingen van de Europese Unie moeten immers beroep kunnen doen op kwalitatief hoogwaardige en betaalbare diensten. Diensten van algemeen belang zijn essentieel voor de waarborging van sociale en territoriale samenhang en voor het concurrentievermogen van de Europese economie.²⁹¹ De overheid wil de verlening van een kwalitatief goede dienst tegen een voor iedereen redelijke prijs dan ook kunnen garanderen.

Het algemeen belang wordt in veel sectoren in nationale wetgeving geregeld. De Commissie deelde mee in 2001 dat de lidstaten “de vrijheid hebben om te definiëren wat zij beschouwen als diensten van algemeen economisch belang, en wel op basis van de specifieke kenmerken van de activiteiten, waarbij deze definitie uitsluitend op duidelijke fouten kan worden gecontroleerd.” Of een dienst moet worden beschouwd als een dienst van algemeen belang en hoe dit moet worden beheerd is een kwestie die in de allereerste plaats op lokaal niveau wordt beslist.²⁹²

Men moet echter ook realistisch blijven: de mening van de lidstaten is niet doorslaggevend, ook de Europese instellingen hebben hier uiteraard zeggenschap over. De Europese Commissie, in geval van een staatssteunmelding, en het Europees Hof van Justitie, bij een conflict voor het Hof, kunnen immers achteraf toetsen of de overheid bij het aanwijzen van een DAEB geen kennelijke fout heeft gemaakt, en of de toewijzing volgens de procedurele vereisten is verlopen. De vraag rijst bijgevolg welke maatregelen de lidstaten dan nog wel mogen nemen om hun belangen te beschermen.²⁹³ Hoewel de lidstaten dus bevoegd zijn om zelf te bepalen wat zij onder algemeen belang verstaan, zijn zij eigenlijk wel aan strikte regels gebonden. Zo moet er onder andere sprake zijn van een ontoereikende markt, moet de dienst duidelijk en officieel zijn omschreven en mag er geen overcompensatie plaatsvinden.²⁹⁴

Aan het nieuwe EU-Verdrag is een protocol betreffende diensten van algemeen belang toegevoegd. Voor het eerst in primair recht, namelijk in het Verdrag, wordt de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om DAEB te verrichten, te doen verrichten en te organiseren erkend en worden de NEDAB vermeld.²⁹⁵

2.3. Diensten van algemeen economisch belang

2.3.1. Inhoud

De term DAEB wordt wel gebruikt in de artikelen 16 en 86 van het EG Verdrag.

Zo machtigt artikel 86 lid 2 de lidstaten en ondernemingen aan wie de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is toevertrouwd, (indien dat noodzakelijk is met het oog op deze taak), af te wijken van de verboden die zijn vastgelegd in verdragsartikelen op het terrein van de mededinging, het vrij verkeer en staatssteun.

Daarnaast draagt artikel 16 EG de lidstaten en de EG op ervoor zorg te dragen dat de DAEB functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.

²⁹¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het comité van de regio's: Witboek over diensten van algemeen belang, 12 mei 2004, COM 374, 4-5.

²⁹² Mededeling inzake diensten van algemeen belang in Europa, C 17/8, Pb EG 2001.

²⁹³ J. MEULMAN, “Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?” *S.E.W.* 2004, nr. 3, 98. Deze auteur schrijft dat vragen naar de definitie van de dienst van algemeen economisch belang, 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? en X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 19.

²⁹⁴ X., Praktijkvraag “De dienstenrichtlijn en DAEB/DAB,” 14 juli 2008, www.europadecentraal.nl en X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 19.

²⁹⁵ Zie artikel 1 en 2 Protocol betreffende de diensten van algemeen belang, 17 december 2007, C-306/158.

2.3.1.1. Artikel 86 lid 2 EG Verdrag

In artikel 86 lid 2 EG Verdrag staat:

De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (...), 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.

Het Verdrag vermeldt niet welke waarde men moet hechten aan DAEB. In het verleden heeft het Hof het begrip dan ook beperkend opgevat opdat het mededingingsrecht zoveel mogelijk vrij spel zou krijgen. Men hanteerde een economische maatstaf, waarbij gekeken werd hoe de economische leefbaarheid van een belaste onderneming aangetast zou worden door volledig in overeenstemming te zijn met het Verdrag.

Vanaf de zaak Corbeau²⁹⁶ is het Hof echter van mening veranderd. Men begrijpt dat ondernemingen die DAEB voorzien soms nood hebben aan bescherming tegen mededinging en het Hof is bijgevolg meer flexibel geworden wanneer het de criteria van artikel 86 lid 2 toepast.²⁹⁷ Men hanteert nu een waardeoordeel, waarbij men kijkt naar de rechtvaardigingen om de dienst te beschermen.²⁹⁸ Sommige auteurs zijn van mening dat dit op zich duidelijke perspectieven biedt om op artikel 86 lid 2 EG een beroep te kunnen doen als tegengewicht voor de normale toepassing van de verdragsregelen door het Hof van Justitie en dat dit versterkt wordt door artikel 16 van het verdrag.²⁹⁹

Om een beroep te kunnen doen op artikel 86 lid 2 moet men aan vier voorwaarden voldoen: het moet gaan om (a) ondernemingen die (b) belast zijn met (c) DAEB en die (d) de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

A. Ondernemingen

Even kort herhalen.³⁰⁰ In het mededingingsrecht staat het begrip “onderneming” centraal. Een onderneming is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.³⁰¹ Belangrijk is echter *welke vorm van activiteit* wordt uitgevoerd: het is immers van belang dat het gaat om economische activiteiten.

Bij de vraag wat een economische activiteit juist is, is het irrelevant of de activiteit “sociaal” is of niet.³⁰² Irrelevante criteria zijn bijgevolg de rechtsvorm, de financieringswijze en de aard van oogmerk of doelstelling.³⁰³ De rechtsvorm, financieringswijze en het al dan niet hebben van een winstoogmerk³⁰⁴ zijn dus van geen tel: afhankelijk van de activiteit die men ontplooit valt men al dan niet onder het ondernemingsbegrip en kan men dus economische activiteiten ontplooiën.³⁰⁵

Wat wel centraal staat is of de activiteit in principe door een private onderneming zou kunnen worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst en of het actuele of potentiële mededinging door een private onderneming kan verwachten.

²⁹⁶ HvJ C-320/91, *Corbeau*, 1993.

²⁹⁷ A. JONES EN B. SUFRIN, o.c., 652.

²⁹⁸ M. ROSS, *l.c.*, 25.

²⁹⁹ Y. JORENS, “De interne markt en de gezondheidszorg in Europa,” in X., *Sociale zekerheden in vraagvorm – Liber Amicorum Jef Van Langendonck*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 197.

³⁰⁰ Zie Onderzoeksdeel 1, *Onderzoek juridische statuten*, Maart 2008, Steunpunt WSE, Beleidsaanbevelingen 2.5.4, 66-70.

³⁰¹ Zie onder andere HvJ C-41/90, *Höfner*, 1991; HvJ C-159/91, *Poucet en Pistre*, 1993.

³⁰² R.o. 118 HvJ C-180/98 en C-184/98, *Pavlov en anderen*, 2000; r.o. 37 HvJ C-218/00, *Cisal*, 2002 en r.o. 77 HvJ C-355/00, *Freskot*, 2003.

³⁰³ M. DENEFF, “Beschouwingen bij het normencomplex dat de economische activiteiten van VZW en Stichting reguleert, getoetst aan de belangen van enkele bijzondere stakeholders (concurrenten, schuldeisers en begunstigde doelgroep)”, *TPR* 2004, afl. 1, 156.

³⁰⁴ “Het enkele feit dat een onderneming geen winstoogmerk heeft, ontnemt aan de door haar uitgeoefende activiteit niet het economisch karakter.” HvJ C-244/94, *FFSA/Ministère de l’Agriculture et de la Pêche*, 1995. Zie ook r.o. 21 HvJ C-475/99, *Glöckner*, C-475/99,

³⁰⁵ HvJ C-415/93, *VZW Koninklijke Belgische Voetbalbond e.a./J.M. Bosman*, 1995.

Om tot deze afbakening te komen gebruikt het Hof een functionele benadering.³⁰⁶ Het stelt zich de vraag “vervullen de onderzochte eenheden de functie van een onderneming?” en gebruikt hiervoor criteria, uitgewerkt in de Europese mededingingsrechtspraak.³⁰⁷

In principe leidt dit ertoe dat elke activiteit onder de werkingssfeer van het mededingingsrecht kan vallen. Daarom komt er een tweede element in de rechtspraak naar voor: de deelname aan een markt.

De onderneming met economische activiteiten bevindt zich op een markt waarop ze concurreert met normale ondernemingen. Elke markt veronderstelt immers dat er marktspelers zijn of minstens *kunnen* zijn (het potentieel moet er zijn, en niet noodzakelijk een markt als dusdanig), zoniet zou er geen mededingingsprobleem kunnen ontstaan.³⁰⁸

Het is niet mogelijk om een lijst van activiteiten op te stellen die a priori “economisch” of “niet economisch” zijn. Het concept “economische activiteit” evolueert immers en is verbonden aan de politieke keuzes van iedere lidstaat: zo kan men beslissen om taken die traditioneel aanzien worden als een overheidstaak op te dragen aan ondernemingen. Een lijst zou dus zorgen voor juridische onzekerheid en zou nooit up-to-date zijn.³⁰⁹

B. “Belast zijn met”

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen we opmaken dat de betrokken verplichtingen tot het verrichten van een DAEB bij een overheidsbesluit moeten worden vastgelegd.³¹⁰ Dit werd nogmaals bevestigd in het Altmark arrest: “de opgelegde openbardienstverplichtingen moeten duidelijk blijken uit de wetgeving en/of vergunningen.”³¹¹

Het louter tolereren, goedkeuren of bevestigen van de activiteiten is echter niet voldoende.³¹²

C. DAEB

In de communautaire praktijk wordt er over het algemeen van uitgegaan dat de term verwijst naar diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang “openbardienstverplichtingen³¹³” van toepassing verklaren.³¹⁴ Wel moet men een nuance maken: het doel van de DAEB moet van niet-economische aard zijn. De middelen om dit doel te bereiken kunnen echter wel economisch zijn.³¹⁵

In het kader van de richtlijn worden diensten alleen als DAEB beschouwd wanneer zij worden verricht uit hoofde van een speciale taak van algemeen belang die door de betrokken lidstaat aan de dienstverrichter is toevertrouwd. Met andere woorden moet de overheid tussenkomen omdat men anders de DAEB niet of op onvoldoende wijze zou uitvoeren. De overheid kiest er dus voor om aan deze noden te voldoen.³¹⁶ Een DAEB

³⁰⁶ Dit functioneel criterium ontwikkelde het Hof in het arrest Mannesmann (HvJ 19/61, *Mannesmann vs. Hoge Autoriteit*, 1962), volgens hetwelk alle entiteiten die op duurzame wijze een economisch doel nastreven, als ondernemingen moeten worden aangemerkt. In latere arresten werd het criterium zelfs ruimer verwoord. H. GILLIAMS, « Enkele beschouwingen i.v.m. de inhoud van het begrip onderneming voor doeleinden van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag, » noot onder HvJ C-244/94, *Fédération Française des sociétés d'assurance e.a. vs. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, 1995, *SEW* 1997, 446.

³⁰⁷ X., *OZZA rapport: Ondernemen zonder zorgen en zonder aandeelhouders? Pleidooi voor onbeperkte economische activiteiten voor VZW's en stichtingen naar Belgisch recht*, 2006, 62-64.

³⁰⁸ M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, o.c., 267.

³⁰⁹ Commission Staff Working document, Annexes to the Communication from the commission on Social services of general interest in the European Union, Socio-economic and legal overview, COM(2006)177, 15.

³¹⁰ Zie bijvoorbeeld r.o. 7 HvJ 172/80, *Züchner*, 1981 en r.o. 55 HvJ 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, 1989.

³¹¹ R.o. 89 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

³¹² A. JONES en B. SUFRIN, o.c., 653.

³¹³ “Openbare dienstverplichting” wordt gebruikt voor de verplichtingen die de overheid aan de uitvoerder van een DAEB oplegt om te waarborgen dat de uitvoering van een dienst aan bepaalde doelstellingen van algemeen belang beantwoordt. X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 23.

³¹⁴ Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, 21 mei 2003, Brussel, 7.

³¹⁵ E. SZYSZCZAK, *I.c.*, 70.

³¹⁶ C. BOVIS, “Financing services of general interest in the EU: How do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?” *ELJ* 2005, vol. 11, nr. 1, 85.

onderscheidt zich bijgevolg van reguliere economische activiteiten omdat er een publiek belang mee gemoeid is waarin door de markt niet, onvoldoende of op onjuiste wijze wordt voorzien.³¹⁷ Het mededingingsrecht is slechts onder voorwaarden van toepassing op het handelen van dergelijke ondernemingen.³¹⁸ Het spreekt echter voor zich dat, aangezien men zo de mededinging beperkt, openbare dienstverplichtingen slechts mogen worden opgelegd indien er een reëel probleem van uitsluiting dreigt.³¹⁹

Men moet echter in het achterhoofd houden dat dezelfde dienst of activiteit een verschillend etiket kan dragen, afhankelijk van de manier waarop de dienst door een overheid is vormgegeven en van de marktontwikkeling op een bepaald moment.³²⁰

Het verschil tussen “economische” en “niet-economische” diensten is zoals aangehaald ook dikwijls moeilijk vast te stellen. Bijna elke dienst van algemeen belang, ook diensten van socialprofitondernemingen, hebben ergens wel een economische waarde wat natuurlijk niet wil zeggen dat ze ook automatisch vallen onder de concurrentie regels. Een dienst kan verder zowel commercieel als niet-commercieel zijn. Er blijven dus tegenstrijdigheden en onduidelijkheden op vlak van concurrentieregelingen alsook op vlak van de economische of niet-economische aard.

D. “Voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert.”

Men moet ook aantonen dat het volgen van de Verdragsregels, de vervulling van de activiteit, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak verhindert. Tot 1993 nam het Hof een strenge aanpak. Zo werd er in het Höfner arrest gesteld dat men moest aantonen dat “de toepassing van deze regels *onverenigbaar* is met de uitoefening van de aan dat orgaan toevertrouwde taak.”³²¹

Vanaf het arrest Corbeau versoepelde de aanpak van het Hof waar het stelde dat “er moest worden onderzocht, in hoeverre een beperking van de mededinging of zelfs een uitsluiting van elke mededinging van andere marktdeelnemers noodzakelijk is om de houder van het alleenrecht in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen en zulks met name onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Bij dit onderzoek moet worden uitgegaan van de premisse, dat de verplichting van degene die met die taak is belast, zijn diensten te verzekeren zonder daarbij het economisch evenwicht te verliezen, de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en minder rendabele sectoren van bedrijvigheid onderstelt en dus een beperking van de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren rechtvaardigt.”³²² Men erkende met andere woorden dat artikel 86, lid 2 een *proportionaliteitsvereiste* bevat.

In 2000 besliste het Hof in het arrest Albany dat “Het volstaat, dat de onderneming zonder de litigieuze rechten de haar opgedragen bijzondere taak, zoals die door de haar opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen nader wordt bepaald, niet kan vervullen of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de betrokkene in staat te stellen, de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.”³²³

Een idee is dat door deze proportionaliteitsvereiste ruim te interpreteren, men de vrijheid van de lidstaten bij het bepalen en organiseren van hun DAB zou kunnen verruimen.³²⁴

³¹⁷ X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 19.

³¹⁸ W.T. ALGERA en J.J.M. SLUIJS, *I.c.*, 187.

³¹⁹ I. HOUBEN, “Public service obligations: moral counterbalance of technical liberalization legislation?” *ERPL* 2008, nr. 1, 12.

³²⁰ X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 17.

³²¹ HvJ C-41/90, *Höfner/Macroton*, 1991, r.o. 24.

³²² HvJ C-320/91, *Corbeau*, 1993, r.o. 16-17.

³²³ HvJ C-67/96, *Albany*, 2000.

³²⁴ M. DONY, S. GIUBBONI, J. HAJDU, Y. JORENS, M. NETTESHEIM, S. RODRIGUES, *Social services of general interest – report by the Expert Group*, commissioned by the European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal opportunities, Brussel, juli 2007, 30.

E. De ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap

Deze vereiste is problematischer aangezien men moet evalueren of de belangen van de gemeenschap aangetast zouden worden.³²⁵ We komen hier later op terug.

2.3.1.2. Artikel 16 EG Verdrag

Artikel 16 stelt dat:

Gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag, er zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen.

Dit artikel werd na het Verdrag van Amsterdam ingevoerd in het deel omtrent de “beginselen” van de Europese Gemeenschap. De Commissie was tot het besluit gekomen dat het voorzien van DAB centraal lag binnen de waarden waarop het Europees sociaal model is gevestigd. Er werd bijgevolg in het Verdrag van Amsterdam een nieuw artikel ingevoerd dat in 1999 in werking trad.³²⁶

Het vormde een belangrijk erkenningsignaal, aangezien men de waarde en een gemeenschapsbetekenis van DAB erkende en men hiervoor voor DAB enkel een beroep kon doen op het mededingingsrecht en de toepassing van artikel 86 (2) EG.³²⁷ Hier gaat men echter verder dan het mededingingsrecht.³²⁸

De meningen over de omvang van het artikel zijn echter nog steeds verdeeld.

Eenzijds zou men ervan kunnen uitgaan dat het artikel de lidstaten en de Gemeenschap onderwerpt aan een positieve verplichting om te verzekeren dat ondernemingen met DAB hun doel kunnen bereiken volgens hun werkingsprincipes en –voorwaarden. Het gaat in dit geval met andere woorden om een verplichting in het belang van “solidariteit” en “sociale cohesie”.³²⁹

Anderzijds zou men kunnen zeggen dat het artikel louter een signaal wilde geven en dat men het toch moet kaderen binnen het mededingingsrecht. Hiermee zou men dan bevestigen dat dit artikel de rechtspraak met betrekking tot artikel 86 niet kan aanpassen zonder te kunnen uitleggen waarom dit artikel hiervoor noodzakelijk is.³³⁰ Een argument voor deze redenering kan men terugvinden in de verklaring bij dit artikel: “De bepalingen van artikel (oud) 7 D van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap over openbare diensten worden uitgevoerd met volledige inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, onder meer wat de beginselen van gelijke behandeling, kwaliteit en continuïteit van deze diensten betreft.”³³¹

Uit de zinsnede: “*dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag...*” kan men eigenlijk alleen vaststellen dat er extra of ruimere rechtvaardigingen kunnen zijn die men kan toepassen op DAEB opdat zij hun taken kunnen vervullen.³³²

³²⁵ Dit lijkt een taak voor de Commissie te zijn, maar men twijfelt in de rechtsleer of dit echt een extra vereiste is en misschien louter een deel van de proportionaliteitsvereiste is van de eerste zin van lid 2: De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, *voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert.* A. JONES en B. SUFRIN, o.c., 667-668.

³²⁶ § 70 Mededeling van de Europese Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa, C 281/3, *Pb EG* 1996.

³²⁷ M. ROSS, “Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?” *ELR* 2000, 22.

³²⁸ M. ROSS, *l.c.*, 38.

³²⁹ M. ROSS, *l.c.*, 31.

³³⁰ M. ROSS, *l.c.*, 29.

³³¹ <http://eur-lex.europa.eu/nl/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0133060030>.

³³² M. ROSS, *l.c.*, 30.

In het nieuwe artikel 14 VWEU van het nog niet door alle lidstaten geratificeerde Verdrag van Lissabon³³³, het Lissabon equivalent van artikel 16 EG verdrag, wordt toegevoegd dat deze voorwaarden met name financiële en economische condities behelzen. Er wordt dus veel armslag gegeven aan de lidstaten, wat in lijn is met de jurisprudentiële ontwikkelingen. Verder bevat artikel 14 een passage dat nu niet in artikel 16 terug te vinden is. Volgens deze passage *kan de Unie bij verordeningen regels vaststellen voor de beginselen en de voorwaarden voor de diensten van algemeen economisch belang*. Er wordt hierbij uitdrukkelijk opgemerkt dat de *bevoegdheden van de lidstaten ten aanzien van deze diensten gerespecteerd dienen te worden*. Uit deze bewoording kan men afleiden dat het Verdrag van Lissabon voorziet in een expliciete rechtsgrondslag voor Europese regelgeving op het terrein van DAEB.³³⁴

	Dienst	DAEB	NEDAB
Definitie	Economische activiteit gewoonlijk tegen vergoeding	Vermeld in artikel 16 + artikel 86, 2 EG V	/
Welke regels?	Interne markt- en mededingingsregels	Interne markt- en mededingingsregels + bepaalde regulering toegestaan	Interne markt- en mededingingsregels niet van toepassing
Dienstenrichtlijn?	Ja	In principe van toepassing, aantal uitzonderingen	Nee
Voorbeelden	Architecten, loodgieters,...	Postdiensten, watervoorziening, telecommunicatie en televisie, energie,...	Justitie, politie, Sz, staatsonderwijs

Figuur 4: Overzichtstabel

³³³ Artikel 14 Verdrag betreffende de werking van de EU, 2008/C 115/54.

³³⁴ F. AMTENBRINK en J.W. VAN DE GRONDEN, "Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt," SEW 2008, 326.

Besluit:

Er bestaat geen officiële definitie van DAB. Men neemt echter aan dat het begrip markt- en niet-marktdiensten omvat die door de overheidsinstanties van algemeen belang worden geacht en waarvoor zij specifieke openbare dienstverplichtingen laten gelden. DAB is een overkoepelende term voor DAEB en NEDAB.

Wel vindt men het begrip DAEB terug in de artikelen 86, lid 2 en artikel 16 EG Verdrag.

Artikel 86, lid 2 machtigt de lidstaten en ondernemingen aan wie de uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang is toevertrouwd af te wijken van de verboden die zijn vastgelegd in verdragsartikelen op het terrein van de mededinging, het vrij verkeer en staatssteun. Om op dit artikel een beroep te kunnen doen moet er sprake zijn van (a) ondernemingen die (b) belast zijn met (c) DAEB en die (d) de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die in strijd is met het belang van de gemeenschap.

Artikel 16 draagt de lidstaten en de EG op ervoor zorg te dragen dat de DAEB functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen. De meningen omtrent de betekenis van dit artikel zijn echter verdeeld. Kan men hier spreken van een positieve verplichting van de lidstaten en de Gemeenschap om te verzekeren dat ondernemingen belast met DAEB hun doel kunnen bereiken of is het artikel louter een signaal, waarbij men wel het belang van deze diensten erkent, maar dat men deze taak verder louter moet kunnen inpassen in het mededingingsrechtkader?

Eén zaak is alvast zeker: tijdens de laatste jaren heeft het Hof van Justitie haar aanpak versoepeld en stelt het dat er moet worden onderzocht in hoeverre een beperking van de mededinging of zelfs een uitsluiting noodzakelijk is opdat de onderneming haar taak van algemeen belang kan vervullen. Men moet bijgevolg niet meer aantonen dat de toepassing van deze regels onverenigbaar is met de uitoefening van de aan dat orgaan toevertrouwde taak.

De tijd zal uitwijzen of de artikelen 86 lid 2 en artikel 16 EG voor een verdere versoepeling van het mededingingsrecht zullen zorgen voor ondernemingen die DAEB uitvoeren.

4. Sociale diensten van algemeen belang

4.1. Situering

Samen met Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Spanje, Griekenland, Portugal en de andere Benelux landen behoort België tot de groep Europese landen die een sterke groei hebben gekend in gezondheids- en sociale diensten. De meeste landen ondergingen snelle maatschappelijke veranderingen zoals een sterke vrouwelijke participatie en de ontwikkeling van nieuwe gezins- en huishoudstructuren wat de vraag naar dergelijke diensten doet stijgen.³³⁵ België zou één van de koplopers zijn wat betreft uitgave voor het arbeidsmarktbeleid voor benadeelde personen met een percentage van 3.6 % BNP (Denemarken is koploper met 4.4 %), waarbij 1 op 6 personen in de EU27 een langdurig gezondheidsprobleem of handicap hebben.³³⁶

Het begrip SDAB wordt meer en meer naar voor geschoven als een mogelijk *tegengewicht* of waarborg tegen een toenemende invloed van interne marktregelen.³³⁷ De situatie van "sociale diensten" is en blijft dan ook een heikel discussiepunt. Sturing door de overheid is voor deze diensten zeer belangrijk aangezien zij niet door de markt worden voorzien of indien zij toch door de markt zouden worden aangeboden, er ongelijkheid zou ontstaan wat betreft toegang, dekking en kwaliteit.³³⁸

³³⁵ Biennial report on social services of general interest, Commission staff working document, Brussel, SEC(2008) 2179/2, 18.

³³⁶ M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, *Study on social and health services of general interest in the European Union*, Final synthesis report, Prepared for DG employment, social affairs and equal opportunities, VC/2006/0131, 134-138.

³³⁷ Y. JORENS, "De interne markt en de gezondheidszorg in Europa," in X., *Sociale zekerheden in vraagvorm. Liber Amicorum Jef Van Langendonck*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 196.

³³⁸ Commission Staff Working Document, Annexes to the Communication from the Commission on Social services of general interest in the European Union, Socio-economic and legal overview, COM(2006)177 final, 4.

Zoals eerder werd uiteengezet hebben de lidstaten in principe de vrijheid om taken van algemeen belang, en dus ook SDAB, te definiëren en de daarmee samenhangende organisatiebeginselen voor de uitvoerende diensten vast te stellen. De overheid kan beslissen om ze ofwel zelf uit te voeren ofwel de diensten te laten uitvoeren door andere profit- of non-profitentiteiten. Momenteel gebeurt er meer en meer een verschuiving naar een marktgebaseerde regelgeving, hoewel de overheid nog steeds bijspringt in het sturen van de vraag, het beïnvloeden van de prijs en het garanderen van kwaliteit, alsook in het financieren van de voorziening van diensten. Er gebeurt dus een decentralisatie van de organisatie van sociale diensten, hoewel de overheid regulator en essentiële bron van financiering blijft. Lidstaten moeten bij het uitwerken van een sociaal beleid, tenminste als het gaat om SDAEB, echter wel de genoemde basisvrijheden en de regels inzake mededinging respecteren. Overheden moeten nu meer en meer rekening houden met deze regelgeving wanneer zij sociale diensten definiëren, organiseren en voorzien.³³⁹

De vraag luidt bijgevolg welke belemmeringen aan het vrij verkeer en welke mededingingsregels gerechtvaardigd zijn in het kader van het algemeen belang? Moet men vasthouden aan een “vermarkting” van sociale dienstverlening of zou men eigenlijk rekening moeten houden met de specifieke taak van algemeen belang die beantwoordt aan sociale dienstverlening?

In het kader van de dienstenrichtlijn bijvoorbeeld is Europa ondertussen akkoord gegaan met het apart behandelen van de gezondheidsdiensten in vergelijking met de industriële sectoren.³⁴⁰ Een mogelijkheid zou dus kunnen zijn om een sectorale richtlijn te maken, die het specifiek karakter van de SDAB bevestigt.³⁴¹ Het ziet er echter niet naar uit dat er specifieke regelgeving zal ontstaan voor SDAB na de aanhechting van een protocol over DAB aan het Verdrag van Lissabon. Dit protocol blijft echter zeer algemeen en vermeldt niets expliciet over SDAB.³⁴² Anderzijds is het misschien niet gewenst om één algemeen juridisch kader te maken voor deze diensten, aangezien er verschillende historische tradities bestaan in de lidstaten en er bijgevolg een groot verschil bestaat in situaties, wetgeving en lokale en nationale praktijken.³⁴³ Men mag ook zeker niet de tegenstand (in het verleden) vergeten van lidstaten zoals het Verenigd Koninkrijk voor een dergelijk uitgebreide en geharmoniseerde sociale politiek.³⁴⁴

De rechtsleer heeft geopperd om artikel 86 §2 als rechtvaardiging in te roepen van nationale maatregelen die solidariteit of andere sociale doelstellingen vooropstellen en waarbij dit artikel een sleutelrol zou kunnen spelen in het vinden van een evenwicht tussen de toepassing van de Europese concurrentieregels enerzijds en sociaal geïnspireerde activiteiten anderzijds, een soort “derde weg” naast de uitzonderingen van soevereiniteit en sociale activiteiten.³⁴⁵

4.2. Begrip sociale dienst?

In het Groenboek van de Commissie staat dat het begrip DAEB voornamelijk diensten betreft die worden verleend door de grote netwerkindustrieën, zoals het aanbieden van vervoer, postdiensten, energie en

³³⁹ Commission Staff Working Document: Biennial Report on social services of general interest, Brussel, SEC(2008)2179/2, 66.

³⁴⁰ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal comité en het comité van de Regio's: Jaarlijkse beleidsstrategie 2007: Werken aan het bouwen van vertrouwen, Brussel, 14 maart 2006, 12 en Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, Brussel, 2 juli 2008. Voor up-to-date informatie, zie de website http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/news_en.htm.

³⁴¹ Belgisch antwoord op de vragenlijst betreffende de sociale diensten van algemeen belang, 2, www.socialeconomy.be.

³⁴² Protocol betreffende de diensten van algemeen belang, 17 december 2007, *Pb. C.* 306/158.

³⁴³ Opinion of the European Economic and social committee on the Communication from the Commission implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union, Brussels, 15 may 2006, COM (2006) 177, 14.

³⁴⁴ Zo werd richtlijn 93/104 van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten over de organisatie van de arbeidstijd door het Verenigd Koninkrijk aangevallen omdat zij van mening was dat dit buiten de bevoegdheid viel van Europa. Het Hof gaf haar echter ongelijk en bevestigde dat de inhoud van de richtlijn wel binnen het toepassingsgebied viel van oud artikel 118 A van het EG verdrag. HvJ C-84/94, *Verenigd Koninkrijk/Commissie*, 1996. S. VAN RAEPENBUSCH, “Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social,” in J.V. LOUIS en S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 103.

³⁴⁵ Y. JORENS, “De interne markt en de gezondheidszorg in Europa,” *l.c.*, 198.

communicatie. De term heeft volgens de Commissie evenwel ook betrekking op “*alle andere economische activiteiten*” waarop “*openbardienstverplichtingen*” van toepassing zijn.

De Commissie heeft nooit een exacte definitie gegeven van SDAB maar heeft wel erkend dat SDAB in Europa specifieke kenmerken hebben die hen fundamenteel doen verschillen van louter commerciële diensten.³⁴⁶

Het gaat om:

- principes gebaseerd op het solidariteitsbeginsel, onder andere in die zin dat er geen risico's worden geselecteerd of dat er op individueel niveau geen evenwicht tussen bijdragen en uitkeringen bestaat;
- diensten die polyvalent en op de persoon zijn toegesneden: zij combineren oplossingen voor verschillende problemen om de fundamentele mensenrechten te garanderen en de meest kwetsbaren te beschermen;
- er is sprake van het ontbreken van een winstoogmerk;
- er is een betrokkenheid van vrijwilligers;
- ze zijn diep geworteld in een (plaatselijke) culturele traditie;
- er is sprake van een asymmetrische relatie tussen dienstverlener en begunstigde, die niet te vergelijken is met een normale leverancier-klant relatie, zodat er een derde-betaler bij betrokken moet zijn.³⁴⁷

Ze worden aangeboden op basis van voornamelijk drie redenen:

- (1) het feit dat de moderne, stedelijke bevolking bijzonder afhankelijk is van bepaalde diensten;
- (2) vanuit de vrees dat de markt niet of onvoldoende in staat is om al deze noodzakelijke diensten te voorzien;
- (3) vanuit het besef dat de staat een verantwoordelijkheid heeft om tekortkomingen te ontwijken of te voorkomen.³⁴⁸

Afhankelijk van de betrokken activiteit kunnen de “sociale diensten” van economische of niet-economische aard zijn. Hoewel ze niet in een definitie werden omschreven, worden twee soorten sociale diensten onderscheiden:

- Enerzijds wettelijke regelingen en aanvullende socialezekerheidsregelingen in verschillende organisatievormen die de fundamentele risico's van het leven dekken zoals die in verband met gezondheid, ouderdom, arbeidsongevallen, werkloosheid, pensionering en handicaps.
- Anderzijds andere diensten die rechtstreeks aan de betrokkene worden verleend. Deze diensten, met een preventief doel en ter verbetering van de sociale cohesie, bieden hulp op maat om de integratie van de betrokkenen in de maatschappij te vergemakkelijken en de uitoefening van hun fundamentele rechten te garanderen.

Het gaat om:

- a) Hulp aan personen met ernstige problemen of in een crisissituatie (schulden, werkloosheid, verslavingen, gezinsbreuk).
- b) Activiteiten die de betrokkenen de nodige vaardigheden moeten geven voor een volledige integratie in de maatschappij (rehabilitatie, taalonderwijs voor immigranten) en vooral op de arbeidsmarkt (opleiding, herintreding in het arbeidsproces). Deze diensten complementeren en ondersteunen de taak van de gezinnen bij de verzorging van jonge kinderen en bejaarden.
- c) Activiteiten ter integratie van langdurig hulpbehoevenden in verband met een handicap of een medisch probleem.
- d) Sociale huisvesting ten behoeve van individuen of sociale groepen in een achterstandspositie.

³⁴⁶ Mededeling van de Commissie: Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, Brussel, 26 april 2006, COM (2006) 177, 4-5.

³⁴⁷ Mededeling van de Commissie: uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, Brussel, 26 april 2006, 4-5.

³⁴⁸ M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, o.c., 34.

Sommige diensten kunnen vanzelfsprekend elk van deze vier aspecten omvatten. Kenmerkend voor deze diensten is dat zij op lokaal niveau worden georganiseerd en sterk afhankelijk zijn van overheidsfinanciering.³⁴⁹

4.3. Sociale economie

4.3.1. Lokale Diensteneconomie

Lokale Diensteneconomie beoogt een koppeling van de invulling van lokale noden aan de lokale werkgelegenheid voor mensen die moeilijk hun weg vinden naar de arbeidsmarkt. Door diverse demografische en socio-economische ontwikkelingen, ontstaan er talrijke behoeften waaraan momenteel niet of onvoldoende wordt tegemoetgekomen. Dankzij lokale diensteneconomie worden er diensten aangeboden die hierop een antwoord geven.³⁵⁰ Deze diensten kunnen verleend worden in individuele en collectieve dienstverlening.

Voorbeelden van individuele dienstverlening zijn:

- aanvullende thuiszorg
- aanvullende kinderopvang en oppas
- vervoer- en boodschappendiensten
- naai-, was- en strijkateliers

Activiteiten die onder collectieve dienstverlening vallen:

- het uitbaten van een fietsenstalling
- sociale restaurants
- groen- en buurtonderhoud
- onderhoud van fiets- en wandelpaden

In art. 2, 1° van het decreet Lokale diensteneconomie vindt men de definitie van lokale diensteneconomie terug. Het gaat met name om “diensten die werkgelegenheid creëren om aan lokale behoeften te beantwoorden en die op een participatieve wijze een maatschappelijke meerwaarde creëren door het duurzaam ondernemen na te streven.”

De verplichtingen gekoppeld aan lokale diensteneconomie vinden we terug in het decreet en het besluit lokale diensteneconomie. De verdere verplichtingen en uitwerking worden vastgelegd op lokaal niveau.

Men zou op basis van bovenvermelde beschrijving gegeven door de Commissie, onder andere op basis van punt b, kunnen stellen dat de lokale diensteneconomie een SDA(E)B is, omdat men lokale diensten aanbiedt in het algemeen belang en daarbij ook nog de integratie van kansengroepen wil bevorderen in de maatschappij: kinderopvang, sociaal restaurants, thuiszorg,...³⁵¹

³⁴⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, De Raad, Het Europees Economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, Begeleidend document bij de Mededeling “Een interne markt voor het Europa van de 21^{ste} eeuw,” Diensten van algemeen belang met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, 20 november 2007, COM (2007) 725, 6.

³⁵⁰ <http://www.werk.be/wg/socecontewerk/diensteneconomie> .

³⁵¹ Werkervaring wordt in het nieuw besluit ook aanzien als een DAEB. Bij werkervaring wil men immers langdurig werkzoekenden met prioriteit van laaggeschoolden door middel van toeleiding proberen te doen uitstromen naar werk in de reguliere economie. De prioritairere kansengroepen zijn allochtonen, personen met een arbeidshandicap, vijftigplussers en kortgeschoolden. SERV, Advies over het ontwerpbesluit van de Vlaamse Regering betreffende werkervaring, Brussel, 21 mei 2008, 2 en Besluit van de Vlaamse regering 10 juli 2008 betreffende werkervaring, B.S. 31 oktober 2008.

4.3.2. Andere ondernemingen in de sociale economie

Momenteel worden de beschutte werkplaatsen³⁵², de sociale werkplaatsen³⁵³ en de invoegbedrijven niet beschouwd als een DAEB. Het merendeel van de diensten die deze ondernemingen leveren zijn immers geen openbare dienstverplichtingen, namelijk een specifieke taak van algemeen belang dat door de staat is opgedragen. Het gaan immers om louter economische diensten zoals drukken, printen, metaalbewerking, textielbewerking, poetsen, horeca diensten, marketingopdrachten... In de toekomst is het volgens de overheid eventueel wel mogelijk om bepaalde diensten van de sociale werkplaatsen onder een DAEB-kader te brengen, bijv. specifieke kringloopactiviteiten.

4.4. Toepassing mededingingsrecht

4.4.1. Situering van de socialprofitsector

4.4.1.1. Interne markt vs. Mededinging

De interne markt is ingesteld om de ondernemingen in staat te stellen onder gelijke voorwaarden op de markten van alle lidstaten met elkaar te concurreren.³⁵⁴ Het mededingingsbeleid beoogt de belangen van de consumenten te beschermen door hen in staat te stellen de goederen en diensten tegen de beste voorwaarden te verwerven. Zo wordt bovendien voorkomen dat eventuele concurrentiebeperkende praktijken van de ondernemingen of van de nationale overheden een gezonde mededingingsdynamiek belemmeren.³⁵⁵

De regels betreffende mededinging omvatten regels die concurrentievervalsing door ondernemingen verbieden (artikelen 81 tot 86 EG) en regels die staatssteun aan ondernemingen beperken (artikelen 87 tot 89 EG).

Het toepassingsgebied van de bepalingen van het vrij verkeer van diensten en het mededingingsrecht is niet identiek. In de interne markt moeten de dienstverrichtingen van economische aard zijn en gewoonlijk tegen vergoeding geschieden om een dienst te zijn. In het mededingingsrecht staat het begrip onderneming centraal, waarbij belangrijk is welke vorm van activiteit uitgevoerd wordt, namelijk economische activiteiten.³⁵⁶

Meer duiding vinden we terug in de Conclusie van Advocaat-Generaal Maduro bij het Fenin arrest³⁵⁷:

“Niets verzet er zich tegen dat een transactie die een ruil inhoudt, wordt gekwalificeerd als dienst, zelfs wanneer de bij de ruil betrokken partijen geen ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht. Zoals hierboven is uiteengezet, kunnen de lidstaten bepaalde activiteiten onttrekken aan de sfeer van de mededinging wanneer zij deze zodanig organiseren dat het solidariteitsbeginsel overheerst, hetgeen de uitsluiting van het mededingingsrecht ten gevolge heeft. De wijze waarop een activiteit op nationaal niveau is georganiseerd, heeft daarentegen geen enkele invloed op de toepassing van het beginsel van het vrij verkeer van diensten. Hoewel de verstrekking van een gratis gezondheidsdienst dus zonder enige twijfel een economische activiteit vormt in de zin

³⁵² De activiteiten van beschutte werkplaatsen zijn divers, zo kan het gaan om verpakking, montage/assemblage, enclave werk, conditionering/mailings, boekbinden, drukkerij/printing, electromontage, groenzorg, houtbewerking, logistiek, metaalbewerking, recyclage, textielbewerking. VLAB, *Jaarverslag 2007*, 25.

³⁵³ Ongeveer 1 op 3 sociale werkplaatsen is een kringloopcentrum, een tweede grote sector is die van de natuurbeheerswerken. Een derde belangrijke sector wordt gevormd door sociale werkplaatsen die productielijnen onderhouden in ateliers, met het accent op het arbeidsintensieve ambachtelijke in de productkeuze. Daarnaast zijn er nog sociale werkplaatsen die zich situeren in de biologische teelt, in de confectiesector, de bouwsector, de horecasector, en poetsprojecten. Enkelingen situeren zich in manègeonderhoud, verhuizingen en marketingopdrachten. www.sst.be.

³⁵⁴ Zoals eerder aangehaald wordt een dienst in artikel 50 EG-Verdrag omschreven als: dienstverrichtingen die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden van industriële aard, van commerciële aard, van het ambacht en van de vrije beroepen.

³⁵⁵ A.M. VAN DEN BOSSCHE, “Mededingingsregels voor ondernemingen naar Europees en Belgisch recht. Achtergrond en rechtsvergelijkend overzicht,” in Y. MONTANGIE, *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 8.

³⁵⁶ Y. JORENS, “Het Europees socialezekerheidsrecht: quo vadis?” in A. VAN REGENMORTEL e.a., *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, Die Keure, 2007, 121.

³⁵⁷ Conclusie Advocaat-Generaal Maduro bij HvJ C-205/03, *Fenin*, 2006, overweging 51.

van artikel 49 EG, volgt daaruit niet noodzakelijkerwijs dat de eenheden die deze activiteit uitoefenen onder het mededingingsrecht vallen.”

4.4.1.2. Economische activiteit

Het begrip “economische activiteit” is belangrijk aangezien het mededingingsrecht en de staatssteunregels alleen van toepassing zijn op economische activiteiten. Tevens moet er sprake zijn van een beïnvloeding van het handelsverkeer: men bevindt zich op een markt waar men met een gelijkaardige activiteit tegen vergoeding in concurrentie zou kunnen treden met een profit entiteit.

Voorbeelden die de rechtspraak al heeft behandeld als zijnde “economische activiteiten” in de socialprofitsector zijn aanvullende sociale zekerheidsregelingen³⁵⁸, sociale “zorg” diensten³⁵⁹, arbeidsplaatsingsdiensten³⁶⁰, privé vormen van onderwijs en opleidingen³⁶¹ en sociale huisvesting.³⁶²

De socialprofitsector is bij uitstek een sector met een uitgebreid stelsel van erkennings-, subsidiëerings- en kwaliteitscriteria met als finaliteit het garanderen van de betaalbaarheid, de toegankelijkheid en de kwaliteit van de dienstverlening. Zij worden aangeboden op een gereguleerde markt omdat de gewone marktmechanismen omwille van de specificiteit van deze sector niet de nodige garanties ten aanzien van de doelstellingen kunnen bieden.³⁶³ De huidige interne marktregulaties blijven van kracht op “alle diensten,” maar geldt dit ook voor de mededingingsregels? En wat is de plaats van lokale diensten in heel dit verhaal? Het Europees Hof van Justitie kan in ieder geval verder arresteren vellen en de Europese Commissie kan inbreukprocedures opstarten op basis van het Verdrag met betrekking tot de interne markt en de gemeenschapswetgeving.

4.4.2. Beperking van het mededingingsrecht?

Er zijn in ieder geval twee manieren om het mededingingsrecht te beperken.

Ofwel wordt de activiteit niet-economisch bevonden en bijgevolg niet onderworpen aan de artikelen 81 en 82. Ofwel is de activiteit wel economisch, maar mag men afwijken van de regel.³⁶⁴ Of een activiteit als economisch moet worden aanzien wordt, zoals we eerder hebben uiteengezet, bepaald door het begrip onderneming. Artikelen 81 en 82 zijn alleen van toepassing op ondernemingen, waarbij het van belang is of er economische activiteiten worden ontplooid.³⁶⁵ Zoals eerder werd uiteengezet kan het begrip economische activiteit echter ruim worden geïnterpreteerd. Het Hof van Justitie heeft bijgevolg uitzonderingen voorzien om het mededingingsrecht in zekere mate te beperken.

4.4.2.1. Uitoefening van de soevereine macht van een staat

Ten eerste activiteiten die voortvloeien uit het uitoefenen van de soevereine macht van een staat maken geen economische activiteit uit aangezien de staat noch een actuele noch een potentiële mededinging met private ondernemingen kan verwachten.³⁶⁶ Het gaat bijvoorbeeld om handhaving van de openbare orde, uitreiking van vergunningen, kwaliteitsbewaking van voedsel, controle van het luchtverkeer, overheidsprerogatieven betreffende het milieu, verstrekking van certificaten en documenten door overheidsdiensten, burgerlijke rechtspraak, strafrechtspraak, administratieve rechtspraak, fiscale rechtspraak.

³⁵⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ C-224/94, *FFSA*, 1995.

³⁵⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ C-70/95, *Sodemare*, 1997.

³⁶⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ C-41/90, *Höfner en Elser*, 1991.

³⁶¹ Zie bijvoorbeeld HvJ C-153/02, *Neri*, 2003.

³⁶² Zie bijvoorbeeld Beschikking N 209/2001, *Ireland*.

³⁶³ SERV, Aanbeveling over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende diensten op de interne markt, Brussel, 14 juli 2004, 26-27.

³⁶⁴ A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 616-617.

³⁶⁵ R.o. 21 HvJ C-41/90, *Höfner v. Macrotron*, 1991.

³⁶⁶ R.o. 30-31 HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft v. Eurocontrol*, 1994 en r.o. 22-25 HvJ C-343/95, *Diego Cali v. SEPG*, 1997.

4.4.2.2. Solidariteit

Een tweede uitzondering betreft activiteiten met voornamelijk sociale doelstellingen en waarbij het idee van "solidariteit" een grote rol speelt. Hier is het Hof dus anders te werk gegaan. Men kijkt niet of de diensten op de markt kunnen worden voorzien, maar wel of er sprake is van solidariteit. Deze solidariteit kan verschillende vormen aannemen en wordt door het Hof gebruikt om economische van niet-economische activiteiten te onderscheiden.³⁶⁷ Het gaat bijvoorbeeld om welzijnswerk, onderwijs en ziekenhuiszorg.

In het arrest Höfner³⁶⁸ had het Hof al besloten dat de juridische vorm en wijze van financiering niet doorslaggevend waren om tot een niet-economische activiteit te besluiten. Het doorslaggevend criterium was wel of de activiteiten door een private marktpeler konden worden voorzien. In het arrest Poucet³⁶⁹ zou dit ervoor gezorgd hebben dat de sociale zekerheidsvoorziening door de staat ook onderworpen zou zijn aan het concurrentierecht. Het begrip "sociale solidariteit" werd dus in het leven geroepen. Verplichte sociale zekerheidssystemen zijn gebaseerd op het principe van solidariteit omdat zij niet gericht zijn op het maken van winst: de uitbetaalde bijdragen zijn proportioneel in vergelijking tot het bedrag van de verplichte bijdragen. De lidstaat probeert met andere woorden een sociale functie uit te oefenen ten aanzien van haar bevolking.

Enkele jaren na het arrest FFSA³⁷⁰ ging het om een aanvullende sociale zekerheidsregeling. Dergelijk systeem werd door het Hof wel aanzien als een economische activiteit. Het solidariteitsprincipe werd hier onvoldoende teruggevonden en werd als doorslaggevend aanzien door het Hof. Aanvullende pensioenfondsen in het arrest Albany³⁷¹ bevatten enkele elementen van solidariteit maar opnieuw niet genoeg om ze te onttrekken aan het mededingingsrecht: de fondsen gebruikten immers het kapitalisatie principe.

Hoe sterker de aanwezigheid van het solidariteitsprincipe, hoe waarschijnlijker het is dat we te maken hebben met een eerder puur sociale dan een louter economische activiteit. Wel moet men onderstrepen dat wanneer een entiteit in eerste instantie niet-economische activiteiten verricht, maar in tweede instantie wel actief is in activiteiten van economische aard, zij met betrekking tot deze laatste activiteiten als onderneming kan worden beschouwd.³⁷² Iedere zaak wordt afzonderlijk bekeken waardoor het ook onmogelijk is om een allesomvattende lijst te maken waarin staat wanneer SDAB geen economische activiteit zijn en bijgevolg niet onder de mededingingsbepalingen vallen.³⁷³

Het is echter vreemd dat het Hof gegrepen heeft naar het idee van solidariteit en besloot om bepaalde activiteiten volledig uit te sluiten van het mededingingsrecht. Logischer was geweest om de activiteiten in het sociaal domein als economische activiteiten te beschouwen en dan om deze vervolgens te rechtvaardigen onder de exceptie van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag. Door de veelal brede, allesomvattende economische interpretatie van het Hof van Justitie, wordt alles economisch, maar zoals hierboven reeds aangehaald, is het Hof onduidelijk gebleven door bepaalde activiteiten te onttrekken aan de mededingingsregels en andere dan weer niet.³⁷⁴ Zo ontsnappen de

³⁶⁷ A. JONES en B. SUFRIN, *EC Competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 617. Uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat de volgende elementen wijzen op het bestaan van solidariteit en dat zulke instellingen eerder niet economische activiteiten verrichten: De bijdragen zijn afhankelijk van het inkomen, maar de uitkeringen zijn over het algemeen dezelfde voor alle rechthebbenden, dus leidende tot een redistributie van inkomen en de bescherming van diegenen die normalerwijze uitgesloten zouden zijn; het bestaan van een compensatiemechanisme tussen socialezekerheidsinstellingen; verplichte verzekering en het feit dat er geen echte mogelijkheid is om de hoogte van bijdragen te beïnvloeden. Y. JORENS, "Het Europees socialezekerheidsrecht: quo vadis?" in A. VAN REGENMORTEL e.a., *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, Die Keure, 2007, 126.

³⁶⁸ HvJ C-41/90, *Höfner*, 1991.

³⁶⁹ HvJ C-159 en 160/91, *Poucet en Pistre*, 1993.

³⁷⁰ HvJ C-244/94, *FFSA*, 1995.

³⁷¹ HvJ C-67/96, *Albany*, 1999.

³⁷² r.o. 45-58 HvJ C-264/01, *AOK*, 2004, <http://eur-lex.europa.eu/nl/index.htm>. In r.o. 57 stelt het Hof dat "Nu de activiteiten van organen zoals ziekenfondsen niet van economische aard zijn, volgt daaruit dat deze organen geen ondernemingen zijn in de zin van artikelen 81 en 82 EG. Evenwel valt niet uit te sluiten dat ziekenfondsen en de organisaties die hen vertegenwoordigen, naast hun uitsluitend sociale taken in het kader van het beheer van het Duitse socialezekerheidsstelsel, ook handelingen verrichten die geen sociaal doel hebben, maar van economische aard zijn. In dat geval zouden de beslissingen die zij in dat kader nemen, eventueel als besluiten van ondernemingen of ondernemersverenigingen kunnen worden aangemerkt."

³⁷³ N. BOEGER, "Solidarity and EC competition law," *ELR* 2007, 320.

³⁷⁴ Sommige organisaties mogen niet als een onderneming worden beschouwd voor de toepassing van de mededingingsregels, toch kunnen zij beschouwd worden een economische activiteit uit te oefenen onder de regels van het vrij verkeer van diensten, gelet op het bestaan van een relevante markt om hun dienst aan te bieden. Y. JORENS, "Het Europees socialezekerheidsrecht: quo vadis?" in A. VAN

verplichte sociale zekerheidsstelsels aan de mededingingsregels: er is immers van een sterke solidariteit sprake.³⁷⁵ Toch was deze keuze van het Hof misschien zelfs niet nodig geweest: in een vroeger arrest, namelijk in het arrest Duphar, had het Hof immers gesteld dat het Europees recht geen afbreuk doet aan de macht van de lidstaten om hun sociale zekerheidssystemen te organiseren.³⁷⁶ Het Hof is dus verre van consequent.

4.4.3. De toekomstige invloed van het Verdrag van Lissabon?

Het Verdrag van Lissabon, dat nu nog door alle lidstaten moet geratificeerd worden, lijkt de invloed van niet-mededingingsbelangen op de mededingingsbepalingen uit het EG Verdrag licht te wijzigen. In het nieuwe artikel 9 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU)³⁷⁷, wordt immers bepaald dat de Unie, wanneer zij haar bevoegdheden uitoefent, rekening moet houden met *“de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de volksgezondheid.”* Nu worden deze belangen in het EG-Verdrag genoemd in verschillende artikelen die verspreid zijn over verschillende paragrafen. Door nu een centrale integratie bepaling te formuleren en deze een prominente plaats te geven aan het begin van de VWEU, zou men kunnen zeggen dat men een signaal heeft willen geven: De instellingen van de Unie moeten een zwaar gewicht toekennen aan deze belangen, ook wanneer zij het mededingingsrecht toepassen.

In artikel 3, lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)³⁷⁸ moet de Unie naast het realiseren van de instelling van de interne markt, *“een sociale markteconomie nastreven die niet alleen gebaseerd is op een groot concurrentievermogen, maar ook op volledige werkgelegenheid, sociale vooruitgang en een hoog niveau van het leefmilieu.”*

Enkele auteurs uit de rechtsleer merken op dat het niet uitgesloten is dat dit uiteindelijk zal resulteren in een op een *“Cassis de Dijon”*³⁷⁹ geïnspireerde rechtvaardiging, waarin een afweging wordt gemaakt tussen de eisen van de mededinging en andere belangen op basis van proportionaliteit.³⁸⁰ Zover is het echter nu nog niet gekomen, maar dit vormt misschien wel een bewijs dat de wens bestaat om de markt niet alleen in te richten volgens principes van vrije concurrentie.

Anderzijds vindt men nu reeds een gelijkaardige bepaling terug, namelijk in artikel 127, lid 2: *“Bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en de activiteiten van de Gemeenschap wordt rekening gehouden met de doelstelling van een hoog werkgelegenheidsniveau.”* De operationele betekenis is echter gering gebleven.³⁸¹

REGENMORTEL e.a., *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, Die Keure, 2007, 130.

³⁷⁵ “On peut dire que les régimes obligatoires ont de grandes chances d'échapper aux règles de concurrence parce que l'élément de solidarité qui est déterminant y est très fort, tandis que les régimes complémentaires rentrent en principe dans l'ordre concurrentiel... Il a été avancé que la solution dépendait de l'existence ou non d'un marché, le droit de la concurrence ne pouvant s'appliquer que s'il y a possibilité de confronter l'offre et la demande.” L. IDOT, « Concurrence et services d'intérêt général, bref bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam » in J.V. LOUIS en S. RODRIGUES, o.c., 46.

³⁷⁶ HvJ 238/82, *Duphar*, 1984.

³⁷⁷ Artikel 9 Verdrag betreffende de werking van de EU, 2008/C 115/53.

³⁷⁸ Artikel 3, 2 Verdrag betreffende de EU, 2008/C 115/17.

³⁷⁹ Ook wel “algemeen belang- Rule of reason” genoemd. HvJ 120/78, *Cassis de Dijon*, 1979.

³⁸⁰ F. AMTENBRINK en J.W. VAN DER GRONDEN, “Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt,” *SEW* 2008, 325.

³⁸¹ B.J. DRIJBER, « Interne markt en publieke voorzieningen : een schijntegenstelling, » *SEW* 2007, 259.

Besluit:

Men heeft nooit een exacte definitie gegeven van SDAB maar de Commissie heeft wel erkend dat deze diensten in Europa specifieke kenmerken vertonen die hen fundamenteel doen verschillen van louter commerciële diensten. Afhankelijk van de betrokken activiteit kunnen de sociale diensten van economische of van niet-economische aard zijn. Er zijn twee soorten: enerzijds wettelijke regelingen en aanvullende socialezekerheidsregelingen, en anderzijds andere diensten die rechtstreeks aan de betrokkene worden verleend. Deze diensten, die een preventief doel hebben en de sociale cohesie moeten verbeteren, bieden hulp op maat om de integratie van de betrokkenen in de maatschappij te vergemakkelijken en de uitoefening van hun fundamentele rechten te garanderen. In ieder geval kunnen we wel stellen dat de lokale diensteneconomie sociale diensten uitoefent in het algemeen belang.

De volgende vraag is of men ten aanzien van sociale diensten het mededingingsrecht kan inperken. Het Hof heeft immers in het verleden uitzonderingen gemaakt om dit in zekere mate te doen. Het moet dan ofwel gaan om de uitoefening van de soevereine macht van een staat, ofwel om activiteiten die een hoge graad van "solidariteit" dragen. De sociale economie valt wel onder het begrip onderneming, is een speler in het mededingingsrecht en valt ook onder het staatssteunregime. Het feit dat ze een sociaal doel nastreeft verandert hier niets aan. De realiteit toont aan dat zij meedraait in de economie ondanks de verkregen subsidies en andere financiële voordelen.

5. Compensatie van diensten van algemeen belang

5.1. Situering

Talrijke DA(E) B kunnen niet op basis van marktmechanismen alleen worden aangeboden. Er moeten specifieke regelingen worden getroffen om het financiële evenwicht van de dienstverlener te garanderen aangezien de markt geen universele toegang of volledige geografische dekking kan bieden. Er zijn diverse mechanismen om het financiële evenwicht van verleners van DAB te waarborgen. Het kan gaan om directe financiële ondersteuning (subsidies, belastingverlagingen,...), bijzondere of exclusieve rechten (een wettelijk monopolie), bijdragen van marktdeelnemers (een fonds voor de universele dienst), bepaling van een gemiddeld tarief, op solidariteit berustende financiering (premiebijdragen).³⁸²

Volgens het Groenboek hanteren de lidstaten diverse mechanismen om het financieel evenwicht van verleners van DAB te waarborgen, afhankelijk van bepaalde historisch gegroeide tradities en bijzondere kenmerken van de betrokken diensten.

De financieringsmechanismen waar de lidstaten van gebruik maken, betreffen onder andere:

- directe financiële ondersteuning uit de overheidsbegroting (bijvoorbeeld subsidies of andere financiële voordelen, zoals belastingverlagingen).
- bijzondere of exclusieve rechten (bijvoorbeeld een wettelijk monopolie).
- bijdragen van marktdeelnemers (bijvoorbeeld een fonds voor de universele dienst).
- bepaling van een gemiddeld tarief (bijvoorbeeld een uniform landelijk tarief, ongeacht aanzienlijke verschillen in de kosten van de dienstverrichting).
- op solidariteit berustende financiering (bijvoorbeeld premiebijdragen).³⁸³

³⁸² Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003, 28-29.

³⁸³ Zie paragraaf 86 Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003.

Het Groenboek vermeldt verder dat de lidstaten steeds meer afgestapt zijn van het verlenen van exclusieve rechten voor het aanbieden van diensten van algemeen belang en hebben de markten voor nieuwe deelnemers opengesteld. Hierdoor moest worden overgestapt op andere vormen van financiële ondersteuning, zoals de instelling van bijzondere, door de marktdeelnemers gefinancierde fondsen of rechtstreekse financiering uit de begroting, een financieringsvorm die de minste verstoringen teweegbrengt. Deze vormen van financiering hebben de DAB en de aan de grondslag liggende beleidskeuzes transparanter gemaakt en het politieke debat over deze diensten gestimuleerd.

Verder stelt het dat: *“Over het algemeen kunnen de lidstaten zelf bepalen van welk stelsel zij gebruik maken voor de financiering van hun diensten van algemeen belang. Zij hoeven er alleen maar op toe te zien dat het mechanisme waarvoor zij gekozen hebben de werking van de interne markt niet te veel verstoort. Met name kunnen de lidstaten openbaardienstvergoedingen toekennen, die voor het functioneren van een dienst van algemeen economisch belang noodzakelijk zijn. De regels betreffende overheidssteun verbieden slechts overcompensatie.”*³⁸⁴

De overheid mag in beginsel bijgevolg een DAEB financieren. De uitvoerder moet immers voor die taak een extra inspanning verrichten. Toch moet men zich houden aan de Europese staatssteunregels om concurrentievervalsing te voorkomen. De situatie is echter veel ingewikkelder dan in het Groenboek werd beschreven. Het gaat immers veel verder dan de markt “niet teveel verstoren.”

Om onder de mededingingsregels te vallen, moeten DAB diensten zijn die worden verricht door een entiteit die bij het verrichten van deze dienst als onderneming in de zin van het Europees recht valt aan te merken.³⁸⁵ Als er sprake is van economische activiteiten, heeft de overheid te maken met staatssteunregels. De overheid mag in beginsel het verrichten van DAB financieren. Om echter te voorkomen dat deze financiering tot concurrentievervalsing leidt, moet men rekening houden met de staatssteunregels.

Het is echter in het verleden niet altijd duidelijk geweest onder welke voorwaarden de compensatie voor DAEB staatssteun vormt. Ook wanneer het vaststond dat het om staatssteun ging, kon er nog enige onzekerheid bestaan over de voorwaarden waaronder dergelijke steun verenigbaar was met de interne markt. De vraag is vooral sterk op lokaal niveau in verband met lokale diensten. Diensten in het kader van de lokale diensteneconomie worden immers aanschouwd als DAEB, alsook activiteiten in het kader van werkervaring.

Wat vaststaat is dat volgens de Europese Commissie de overheid een vergoeding mag verlenen aan een onderneming voor zover het een compensatie is voor het verrichten van DAB, die de overheid aan deze onderneming heeft opgedragen.³⁸⁶ Slechts overcompensatie is door de regels betreffende overheidssteun verboden.³⁸⁷ Overcompensatie betekent dat de overheid voor de verrichting van de DAEB meer betaalt dan de noodzakelijke netto-kosten, inclusief redelijke winst.³⁸⁸

5.2. Altmark

5.2.1. Situering overheidsfinanciering voor DAEB

Er bestond lange tijd onzekerheid over de vraag of overheidsfinanciering die slechts de uitvoeringskosten van een DAEB vergoedt al dan niet staatssteun is.

Men zou kunnen argumenteren dat een dergelijke vergoeding helemaal niet als steun te aanzien is omdat deze slechts dient *ter compensatie* van de kosten die de desbetreffende onderneming moet maken voor het vervullen

³⁸⁴ Zie paragrafen 87 en 88 Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003.

³⁸⁵ X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 18.

³⁸⁶ X., *Verhouding tot DAEB, Dossier staatssteun*, www.europadecentraal.nl.

³⁸⁷ Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003, 28-29.

³⁸⁸ X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 30.

van haar DAEB-verplichtingen: De onderneming verkrijgt door middel van de vergoeding tenslotte geen voordeel in de zin van artikel 87 EG. Dit noemt men de “compensatiebenadering”.³⁸⁹

Advocaat-Generaal Tizzano argumenteerde in zijn Advies bij het Ferring arrest³⁹⁰ dat men met deze benadering niet enkel keek naar het doel maar ook naar de effecten van de maatregel: “*Dat bewijst dat, ondanks de afwijkende beoordeling in het arrest SIC, de noodzaak om bijzondere taken inzake openbare dienstverlening te compenseren, meer is dan alleen maar de reden of de doelstelling van de betrokken maatregelen, maar onvermijdelijk ook een weerslag heeft op de gevolgen daarvan, omdat de overheidsinterventie daardoor economisch neutraal wordt en het ontstaan van ongerechtvaardigde concurrentievervalsingen wordt voorkomen.*”³⁹¹

Men zou echter ook kunnen argumenteren dat een dergelijke financiering resulteert in *staatssteun* die, na aanmelding bij de Europese Commissie ex artikel 88 EG, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden verklaard op grond van artikel 87 of artikel 86, lid 2 EG. Dit noemt men de “staatssteunbenadering”. Voor het Ferring arrest van het Hof van Justitie, waar de compensatiebenadering werd aangenomen, werd de staatssteunbenadering aangenomen door het Gerecht van Eerste Aanleg.³⁹² Ook was Advocaat-Generaal Léger in zijn Advies bij het Altmark arrest voorstander van deze benadering en dit om verschillende redenen.

Ten eerste was hij van mening dat men twee juridisch onderscheiden vragen door elkaar had gehaald, namelijk die van het aanmerken van de maatregel als staatssteun en die van de rechtvaardiging van de overheidsmaatregel. De kwalificatie van een maatregel als steunmaatregel is uitsluitend afhankelijk van de vraag of die maatregel al dan niet aan één of meerdere ondernemingen een voordeel toekent. Men kijkt met andere woorden naar het effect. In geen geval kan de overheidsmaatregel beoordeeld worden aan de hand van het door de overheid nagestreefde doel. In Ferring had het Hof eerst vastgesteld dat de litigieuze vrijstelling staatssteun kon zijn dat onder het in artikel 87, lid 1 vervat verbod valt. Daarna heeft het de kwalificatie als steunmaatregel uitgesloten wegens de specifieke verplichtingen inzake openbare dienstverlening die aan de groothandelaars-distributeurs werden opgelegd.³⁹³

Ten tweede vond hij dat artikel 86, lid 2 zo grotendeels aan betekenis verloor. Indien het door de overheid van een lidstaat verleende voordeel kleiner is dan of gelijk is aan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening, vormt het voordeel in deze interpretatie geen steunmaatregel in de zin van artikel 86, lid 1. Indien het voordeel echter groter is dan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening kan het gedeelte van dit voordeel dat groter is dan deze extra kosten hoe dan ook niet als noodzakelijk worden beschouwd om de marktdeelnemers hun bijzondere taak te laten vervullen. In beide gevallen wordt lid 2 buiten spel gezet (op de tweede mogelijkheid is artikel 86(2) in ieder geval niet van toepassing aangezien enige overcompensatie dat staatssteun uitmaakt niet noodzakelijk kan zijn binnen de betekenis van artikel 86(2)) en de ingevoerde regeling kenmerkt zich door een grote flexibiliteit in vergelijking met de toetsing voorgeschreven in artikel 86, lid 2 EG Verdrag.³⁹⁴

Het laatste probleem heeft te maken met het feit dat de maatregelen ter financiering van de openbare diensten aan de controle van de Commissie worden onttrokken.³⁹⁵

Er is natuurlijk ook een derde mogelijkheid die in het Advies bij het arrest GEMO door Advocaat-Generaal Jacobs werd uiteengezet: de “quid pro quo” benadering. Hij zette uiteen dat geen van beide oplossingen ideaal zijn, ook

³⁸⁹ L. HANCHER en S. EVANS, “Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?” *NTER* 2006, nr. 7, 153-154.

³⁹⁰ HvJ C-53/00, *Ferring S.A.*, 2001. Eigenlijk werd de aanzet reeds in 1985 gegeven in het ADBHU arrest, waar de vergoeding voorzien in een richtlijn en verleend aan ondernemingen die afvalolie ophaalden en verwijderden niet als staatssteun werd aanzien. Bij ADBHU ging het om een vergoeding inzake de verwijdering van afgewerkte olie. Deze vergoeding kon aan bedrijven die afgewerkte olie inzamelden en/of verwijderden, worden toegekend als tegenprestatie voor verplichtingen die hun door de lidstaat waren opgelegd inzake inzameling en/of verwijdering, mits de jaarlijkse niet-gedekte en reële kosten van de ondernemingen, rekening houdend met een redelijke winst, niet werden overschreden. HvJ C-240/83, *ADBHU*, 1985.

³⁹¹ R.o. 61 Concl. Adv.Gen. Tizzano van 8 mei 2001 bij HvJ C-53/00, *Ferring*, 2001.

³⁹² Zie T-106/95, *FFSA*, 1995 en T-46/97, *SIC*, 2000.

³⁹³ R.o. 76-78 Concl. Adv.Gen. Léger bij HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

³⁹⁴ R.o. 79-82 Concl. Adv.Gen. Léger 19 maart 2002 bij HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

³⁹⁵ R.o. 91 Concl. Adv.Gen. Léger 19 maart 2002 bij HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

aan de staatssteunbenadering zijn er problemen verbonden: artikel 87(1) is enkel van toepassing op maatregelen die een economisch voordeel voorzien en die de handel verstoren of dreigen te verstoren. Waarom past men dus *het één of het andere niet toe naargelang het concreet geval*? Men zou een onderscheid kunnen maken tussen twee uiteenlopende categorieën van gevallen waarbij wordt uitgegaan van de aard van het verband tussen de toegekende financiering en de opgelegde verplichtingen van algemeen belang en de mate van duidelijkheid waarmee deze verplichtingen zijn gedefinieerd.³⁹⁶

Tot de eerste categorie zouden de gevallen behoren waarbij de financieringsmaatregelen kennelijk bedoeld zijn als tegenprestatie voor duidelijk afgebakende verplichtingen van algemeen belang. Met andere woorden gevallen waarin het verband tussen enerzijds de toegekende financiering door de staat en anderzijds de opgelegde, duidelijk omlinjende verplichtingen van algemeen belang, rechtstreeks en onmiskenbaar is. Gevallen in deze categorie zouden volgens de compensatiebenadering moeten worden beoordeeld.³⁹⁷

De tweede categorie zou bestaan uit gevallen waarbij het niet van meet af aan duidelijk is dat de financiering door de staat bedoeld is als tegenprestatie voor duidelijk omlinjende verplichtingen van algemeen belang. In deze gevallen is het verband tussen de financiering door de staat en de opgelegde verplichtingen van algemeen belang ofwel niet rechtstreeks of niet onmiskenbaar, of zijn de verplichtingen van algemeen belang niet duidelijk omlijnd. Gevallen van de tweede categorie zouden aan de hand van de staatssteunbenadering moeten worden beoordeeld.³⁹⁸ De Advocaat-Generaal gaf echter zelf toe dat het niet makkelijk is om de voorgestelde indeling in twee categorieën te maken.³⁹⁹

5.2.2. De voorwaarden

In het Altmark arrest⁴⁰⁰ en dus ook reeds ervoor in het Ferring arrest, heeft het Hof van Justitie gekozen voor de compensatie benadering, verbonden echter aan strikte voorwaarden.

In een geding tussen Altmark Trans GmbH en Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ging het om de toekenning aan eerstgenoemde, door het Regierungspräsidium Magdeburg van vergunningen om met bussen in de Landkreis Stendal lijnvervoer te verrichten en om toekenning van overheidssubsidies voor de uitvoering van die diensten. De concurrent had bezwaar gemaakt tegen de verlening van een buslijnvervoervergunning aan Altmark in de "Landkreis" Stendal. Voor dit doeleinde ontving Altmark overheidssubsidies. Aangezien zij per kilometer van het netwerk 0,58 DEM verlies leed, had Altmark Trans immers de aanvullende financiering van de overheid nodig. De concurrent voerde aan dat zij geen economisch gezonde onderneming was, omdat zij niet in staat was te overleven zonder die overheidssubsidies. Bijgevolg waren de haar verleende vergunningen onwettig.

Het Hof antwoordde dat het geenszins uitgesloten is dat een overheidssubsidie die wordt verleend aan een onderneming welke enkel plaatselijke of regionale vervoersdiensten verricht en geen vervoersdiensten levert buiten de Staat van vestiging, niettemin gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen lidstaten.⁴⁰¹ Wanneer een lidstaat overheidssteun toekent aan een onderneming, kan de verrichting van vervoersdiensten door die onderneming hierdoor in stand blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun vervoersdiensten op de markt van die lidstaat te verrichten, afnemen.⁴⁰² Er is volgens de rechtspraak van het Hof geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit immers a priori de mogelijkheid niet uit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.⁴⁰³

³⁹⁶ R.o. 118 Concl. Jacobs 30 april 2002 bij HvJ C-126/01, *Gemo*, 2002.

³⁹⁷ R.o. 119 Concl. Jacobs 30 april 2002 bij HvJ C-126/01, *Gemo*, 2002.

³⁹⁸ R.o. 120 Concl. Jacobs 30 april 2002 bij HvJ C-126/01, *Gemo*, 2002. Voor meer informatie zie ook P. NICOLAIDES, "Compensation for public service obligations: The floodgates of state aid?" *ECLR* 2003, 561-567.

³⁹⁹ R.o. 129 Concl. Jacobs 30 april 2002 bij HvJ C-126/01, *Gemo*, 2002.

⁴⁰⁰ HvJ C-280/00, *Altmark Trans*, 2003 en H.v.J. C-34/01 tot en met 38/01, *Enirisorse Spa*, 2003.

⁴⁰¹ R.o. 77 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

⁴⁰² R.o. 78 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

⁴⁰³ R.o. 81 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

Het Hof oordeelde dat in geval de overheidsmaatregel als *compensatie voor een tegenprestatie* door de desbetreffende onderneming kan worden aangemerkt, deze onderneming geen financieel voordeel heeft ontvangen en de maatregel bijgevolg buiten de werkingsfeer van artikel 87, lid 1 EG valt.⁴⁰⁴ Dit artikel is niet van toepassing op dergelijke compensatie indien aan vier voorwaarden is voldaan:⁴⁰⁵

1. De begunstigde onderneming moet ten eerste daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn. “Belast zijn met” wil zeggen dat de opdracht in een openbare officiële rechtshandeling moet zijn neergelegd. “Afgebakend” houdt in dat er een duidelijke omschrijving van de basisverplichting moet zijn voor het verrichten van diensten.⁴⁰⁶

2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vervolgens vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. Het gaat hierbij om door de overheid vastgesteld criteria voor berekening, controle en herziening van de compensatie van kosten. Welk financieringssysteem de overheid gebruikt is niet van belang.⁴⁰⁷

3. De compensatie mag vervolgens niet hoger zijn dan nodig om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van de verplichtingen.

4. Het bedrag van de compensatie moet worden vastgelegd aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt. Men gaat de hoogte van de compensatie vaststellen door middel van een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen. Een alternatief is om te werken in het kader van een openbare aanbesteding. Bij een aanbesteding is de Commissie immers van oordeel dat de markt ook heeft gespeeld. Dit garandeert immers dat de kwaliteit bepaald in de aanbesteding vastgesteld wordt tegen “de laagste kosten voor de gemeenschap.”⁴⁰⁸

Als aan alle vier voorwaarden is voldaan, is er geen sprake van staatssteun en zijn de artikelen 87 en 88 niet van toepassing. Als niet aan alle vier voorwaarden is voldaan of als er getwijfeld wordt, en als aan de algemene criteria voor een toepassing van artikel 87 (1) van het Verdrag zijn voldaan om van steun te kunnen spreken is er sprake van staatssteun.

5.2.3. De Altmark criteria: pro en contra

Het is positief dat het Hof in dit arrest verschillende aspecten bevestigde uit de benadering die de Commissie traditioneel reeds hanteerde. Het arrest met deze voorwaarden krijgt echter ook kritiek te verduren omdat er nog grijze zones blijven bestaan. Ook is bijna nooit aan alle voorwaarden voldaan, waarbij vooral het vierde criterium uiterst moeilijk blijkt te zijn.⁴⁰⁹ Slechts in enkele gevallen sinds het Altmark arrest, zijn alle vier criteria simultaan vervuld geweest.⁴¹⁰

⁴⁰⁴ Dit had het Hof eerder in de zaken ADBHU (HvJ 240/83, 1985) en Ferring (H.v.J. C-53/00, *Ferring S.A.*, 2001) besloten. In Ferring oordeelde het Hof in dezelfde zin voorzover een aan farmaceutische laboratoria opgelegde heffing op de rechtstreekse verkopen overeenstemde met de extra kosten die de groothandelaars-distributeurs daadwerkelijk hadden gedragen om hun openbardienstverplichtingen na te komen. Het feit dat deze laatste niet aan die heffing waren onderworpen, kon beschouwd worden als de tegenprestatie voor de verrichte prestaties en bijgevolg als een maatregel die geen staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag was.

⁴⁰⁵ R.o. 88-93 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

⁴⁰⁶ X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 34.

⁴⁰⁷ X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, EUROPA DECENTRAAL & MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES, 2008, 35-36.

⁴⁰⁸ R.o. 93 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

⁴⁰⁹ M. DONY, “Les compensations d’obligations de service public,” in M. DONY en C. SMITS, *Aides d’état*, Institut d’études européennes, ULB, 2005, 109-152.

⁴¹⁰ O. LYNSKEY, *I.c.*, 168. Zie bijvoorbeeld Beschikking N 382/2004, *DORSAL*, C (2005) 1170fin; Beschikking N 475/2003, *Ireland – PSO in respect of electricity*, C 34/06; Beschikking N 381/2004, *Haut Débit des Pyrénées Atlantiques*, 162/5.

5.2.3.1. De begunstigde onderneming is daadwerkelijk belast en de verplichtingen zijn duidelijk omschreven

Compensaties voor het verwezenlijken van een algemeen belang mogen slechts worden toegekend aan ondernemingen die hier werkelijk mee belast zijn.

Vaak is het echter moeilijk om bijvoorbeeld bij SDAB “een officieel mandaat” aan te tonen, al kan achteraf nog duidelijk blijken dat men hier inderdaad met algemene diensten belast is geweest. Ook het vaststellen van parameters “op objectieve en doorzichtige wijze” kan voor de nodige problemen zorgen. Het is immers denkbaar dat een compensatie, die achteraf werd verschaft om bepaalde verliezen te dekken, zonder dat de parameters op voorhand werden bepaald, juist hierdoor tot verboden staatssteun leidt.⁴¹¹

Het is anderzijds wel duidelijk dat de verplichtingen helder uiteengezet moeten zijn om de Commissie in staat te stellen om te toetsen of de lidstaten een “kennelijke fout” hebben gemaakt bij de beoordeling. Zonder die definitie kan men zich moeilijk inbeelden hoe men de kosten van de dienst kan berekenen. Dat is de reden voor het vastleggen van parameters. Men spreekt niet over het effectief bedrag, maar wel van parameters. Hoe men dit interpreteert heeft men wel niet gepreciseerd. Deze opvatting kan men alleen maar toejuichen aangezien ondernemingen anders hun kosten zouden kunnen laten stijgen omdat ze weten dat de staat hen toch zou compenseren hetgeen hen een oneerlijk voordeel zou bieden ten aanzien van potentiële concurrenten.⁴¹²

5.2.3.2. Niet hoger zijn dan nodig

Dat de compensatie “niet hoger mag zijn dan nodig” om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van de verplichtingen, zou voor verarring kunnen zorgen omdat het onduidelijk zou kunnen zijn wat men met deze begrippen precies bedoelt.⁴¹³

Het bedrag mag echter niet meer bedragen dan de ondersteunende kosten aangezien de compensatie exclusief bestemd moet zijn voor de financiering van de DAB. De onderneming moet met andere woorden haar taken uitvoeren op een economische, efficiënte manier.⁴¹⁴ Waar de Commissie vroeger bijvoorbeeld 100 had goedgekeurd in het kader van artikel 86 lid 2 aangezien aan de voorwaarde dat het overeenstemde met de reële kosten voor de uitoefening van de dienst was voldaan, zal men nu eerder kijken naar de gemiddelde, goed beheerde onderneming die misschien al genoeg heeft met 80. Wel blijft het natuurlijk nog onzeker hoe men dan die overblijvende 20 zal beoordelen.⁴¹⁵

5.2.3.3. Kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt/Openbare aanbesteding

Ten slotte brengt het vierde criterium enkele aanpassingen aan voor het berekenen van de compensatie.⁴¹⁶ Overheden mogen niet langer ongelimiteerde steunbedragen uitdelen zonder te kijken naar de efficiëntie van de onderneming in kwestie in vergelijking met haar concurrenten. De compensatie mag niet hoger zijn dan wat strikt noodzakelijk is.⁴¹⁷

⁴¹¹ Y. JORENS, “Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema’s,” in A. VAN REGENMORTEL, H. VERSCHUEREN en V. VERVLIEET, o.c., 137.

⁴¹² P. NICOLAIDES, « Compensation for public service obligations : the floodgates of state aid ? » *ECLR* 2003, 573. In het verleden had de Commissie de houding aangenomen dat die parameters vastgelegd of gewijzigd werden tijdens of na verloop van het jaar. J. DE BEYS, “Aide d’état et financement des services publics,” *JTdr.eur* 2006, 2.

⁴¹³ C. BOVIS, “Financing services of general interest in the EU: How do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?” *ELJ* 2005, vol. 11, nr. 1, 108. Non-believers van het Altmark pakket raden zelfs aan dat er een vermoeden zou moeten bestaan dat de compensatie voor DAEB redelijk is tenzij men kan aantonen dat het niet zo is. Opinion prepared by the State Aid Group of EAGCP, Services of General Economic Interest, June 29, 2006, 7.

⁴¹⁴ A. SINNAEVE, « State financing of public services : The Court’s dilemma in the Altmark case, » *ESTAL* 2003, nr. 3, 358.

⁴¹⁵ J. DE BEYS, *l.c.*, 3.

⁴¹⁶ A. ALEXIS, « L’arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003 : La Cour de justice précise les conditions de financement des services d’intérêt économique général, » *EC Competition policy newsletter*, Autumn 2003, nr. 3, 4-5.

⁴¹⁷ J. DE BEYS, *l.c.*, 2.

A. Tegenstanders

Eenzijdig zijn er volgens critici heel wat nadelen.

Zo kan de vergelijking met een "gemiddelde goed beheerde onderneming" volgens sommige auteurs problematisch uitdraaien.

Ten eerste is het vaak onmogelijk om te vergelijken of de verschillende dienstverstrekkers binnen de sector niet in een zuivere mededingingspositie staan ten overstaan van elkaar, vooral wanneer er geen private onderneming is (die eenzelfde activiteit uitoefent). Het spreekt voor zich dat de kosten in ieder geval hoger zullen zijn dan die van een om het even welke hypothetische marktspeeler.⁴¹⁸ Dit zorgt voor subjectiviteit en onzekerheid.⁴¹⁹ Ten slotte lijkt dit volgens hen in strijd te zijn met wat het Hof eerder had beslist in bijvoorbeeld de Chronopost zaak.⁴²⁰ Hoewel het om een heel andere situatie ging, werd in dit arrest beslist dat:

"Wegens de kenmerken van de dienst die het net van La Poste moet verzekeren, kan dit net dus niet vanuit een louter economisch perspectief worden opgezet en in stand gehouden. Zoals in punt 22 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, hebben Ufex e.a. overigens erkend dat een netwerk zoals dat waarvan SFMI-Chronopost gebruik heeft kunnen maken, kennelijk niet bestemd is om onder marktvoorwaarden te functioneren. Een particuliere onderneming zou dus nooit een dergelijk net hebben opgezet. Overigens is het verlenen van logistieke en commerciële bijstand onverbrekkelijk verbonden met het net van La Poste, aangezien het juist hierin bestaat dat een netwerk zoals er op de markt geen ander bestaat, ter beschikking wordt gesteld. In deze omstandigheden is het volstrekt onmogelijk de situatie van La Poste te vergelijken met die van een particuliere groep ondernemingen die niet in een gereserveerde sector werkzaam zijn, zodat de "normale marktvoorwaarden", die noodzakelijkerwijs hypothetisch zijn, moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare elementen. In casu kunnen de kosten die La Poste voor het verlenen aan haar dochteronderneming van logistieke en commerciële bijstand heeft gedragen, als objectieve en controleerbare elementen worden aangemerkt."

Critici zijn van mening dat het risico bestaat dat men eventueel te snel zal overgaan tot het plaatsen van overheidsopdrachten, zelfs wanneer dit niet echt verplicht is onder het EU recht.⁴²¹ Sommige overheden gebruiken ze ten onrechte uit voorzichtigheid, wat in de praktijk echter ook negatieve consequenties kan hebben.⁴²² Anderzijds is het ook niet ondenkbaar dat bepaalde opdrachten door overheden eerder "in-house" zullen worden gehouden om zo de eventuele moeilijkheden van een overheidsopdracht te vermijden.⁴²³

In de rechtsleer is wel geopperd dat men, bij gebrek aan toewijzing door een overheidsopdracht, de toewijzing van DAEB sowieso niet vrij door de lidstaten kan worden bepaald. Men meent immers dat men ook hier rekening moet houden met de principes in het Verdrag, met name de vrijheid van diensten en de vrijheid van vestiging alsook met de principes met betrekking tot transparantie, gelijkheid van behandeling en evenredigheid. Deze principes vragen een voldoende graad van publiciteit, waardoor mededinging toegelaten wordt en bijgevolg objectieve en niet discriminatoire voorwaarden worden toegepast in de selectieprocedure. Indien dit inderdaad het geval is, zouden deze principes ervoor zorgen dat de kosten niet hoger gaan dan die van een gemiddelde onderneming en is er bijgevolg geen probleem.⁴²⁴

Sommigen zijn van mening dat men de positieve aspecten van overheidsopdrachten ook niet mag overdrijven. Het louter gebruik van overheidsopdrachten betekent immers niet dat men automatisch in orde is met de

⁴¹⁸ A. SINNAEVE, *I.c.*, 358.

⁴¹⁹ C. BOVIS, "Financing services of general interest in the EU: How do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?" *I.c.*, 108.

⁴²⁰ HvJ C-83/01, C-93/01 en C-94/01, *Chronopost*, 2003.

⁴²¹ Y. JORENS, "Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's," in A. VAN REGENMORTEL, H. VERSCHUEREN en V. VERVLIEET, *o.c.*, 137.

⁴²² Zo zorgde de verkeerde interpretatie van de overheidsopdrachtenwet door de plaatselijke autoriteiten met het vervolgens ten onrechte gebruik van een openbare aanbesteding in Zweden ervoor dat een verzorgingstehuis zijn deuren moest sluiten. M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, *o.c.*, 269.

⁴²³ Wanneer de overheid beslist de activiteit zelf te doen moet zij geen openbare aanbestedingsprocedure organiseren. L. SVANE, "Public service compensation in practice: Commission package on state aid for services of general economic interest," *Competition Policy Newsletter*, 2005, nr. 3, 37.

⁴²⁴ A. SINNAEVE, "State financing of public services: The Court's dilemma in the Altmark case," *I.c.*, 359.

staatssteunregels. Belangrijk hierbij is te kijken of de onderneming die gewonnen heeft een voordeel krijgt die zij niet onder normale marktvoorwaarden had gekregen, het zogenaamde "Market Economy Investor Principle".⁴²⁵

In situaties waar de *kwaliteit van diensten* hoog op de agenda staat zal het misschien ook moeilijk toe te passen zijn. De toepasbaarheid van aanbestedingen moet men bijgevolg beoordelen in het kader van de algemene dienst, alsook in het kader van het aanbodproces. Zo kan het zijn dat men in het kader van een dienst gelinkt aan de kwaliteit van deze dienst beter met de geïnteresseerde partijen rechtstreeks onderhandelt dan een aanbesteding op gang trekt.⁴²⁶ Ook als er slechts één aanbieder is, stelt men voor om rechtstreeks te onderhandelen met de aanbieder dan een aanbestedingsprocedure te gebruiken die ervoor zou zorgen dat de aanbieder grote winsten zou binnenhalen.⁴²⁷

Advocaat-Generaal Jacobs stelde in zijn Conclusie bij het GEMO arrest dat het: "*buiten verhouding zou zijn om iedere keer wanneer de compensatiebenadering wordt toegepast, een formeel openbaardienstcontract te verlangen, aangezien het de lidstaten in mijn ogen vrijstaat om de beschikbaarstelling van openbare diensten niet op basis van contracten te organiseren, maar bijvoorbeeld via wetgeving.*"⁴²⁸

DAEB moeten vaak in stand worden gehouden over zeer lange periodes. De vraag rijst of het dan ook de bedoeling is dat men DAEB offertes periodiek uitschrijft?⁴²⁹

B. Voordelen?

Het is echter duidelijk dat een openbare aanbesteding de voorkeur draagt van de Commissie. Waarschijnlijk omdat het zo moeilijk blijkt te zijn om bijvoorbeeld verkoopprijzen vast te stellen die overeenstemmen met de voorwaarden van de markteconomie.⁴³⁰ Bij overheidsopdrachten kan men met andere woorden, de steun beperken tot het minimum dat men nodig heeft waardoor er geen sprake van overcompensatie kan zijn en afwijkingen zoals kruissubsidiëring worden verhinderd.⁴³¹ Dergelijke procedure biedt ook het voordeel dat men kijkt naar de toekomstige, te verwachten kosten voor de verlening van een dienst, wat vanuit een economisch oogpunt alvast sterker gefundeerd is dan het vergelijken met de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt. Bij een aanbesteding hebben ondernemingen de prikkel om zo weinig mogelijk geld te vragen en aldus de kosten zo laag mogelijk te houden omdat ze anders de kans op de overheidsopdracht misschien mislopen. Eens de aanbesteding is toegewezen, is het bedrag van de subsidie vastgelegd, waardoor men verplicht wordt om het geld zo efficiënt mogelijk aan te wenden.⁴³²

Auteurs opperen dat de nadelen die lokale autoriteiten ondervinden door het organiseren van overheidsopdrachten niet opwegen tegen de transparantie en efficiëntie die op lange termijn toch positieve effecten zou moeten hebben.⁴³³ Zij zijn ook van mening dat een overheidsopdrachtprocedure niet alleen verwijst naar procedures voor overheidsopdrachten voorgeschreven en vereist door de Europese richtlijnen hieromtrent, maar ook naar "*any open, transparent and unconditional bidding procedure organised by the member state.*"⁴³⁴

⁴²⁵ N. TOSICS en N. GAAL, "Public procurement and state aid control - the issue of economic advantage," *Competition policy newsletter*, 2007, nr. 3, 18 en L. VON BUTTLAR, Z. WAGNER en S. MEDGHOU, "State aid issues in the privatisation of public undertakings - Some recent decisions," *Competition Policy Newsletter*, 2008, nr. 2, 77.

⁴²⁶ Opinion prepared by the State Aid Group of the Economic Advisory Group for Competition Policy, Services of General Economic Interest, June 29 2006, 7. "The EAGCP creates a discussion forum on competition policy matters between academics who have a recognised reputation in the field of industrial organisation. Members represent different fields of research and academic research centres in Europe. Its main purpose is to support DG Competition in improving the economic reasoning in competition policy analysis. At the request of the Commissioner or the Director-General, EAGCP members may also be asked on an ad-hoc basis to provide economic advice on issues of topical interest. After proposal by the Chief Competition Economist, EAGCP members are nominated by the Commissioner." <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp.html>.

⁴²⁷ Opinion prepared by the State Aid Group of EAGCP, Services of General Economic Interest, June 29, 2006, 7.

⁴²⁸ R.o. 129 Concl. Jacobs 30 april 2002 bij HvJ C-126/01, *Gemo*, 2002.

⁴²⁹ J. DE BEYS, *l.c.*, 2.

⁴³⁰ A. BARTOSCH, "The relationship between public procurement and state aid surveillance: The toughest standard applies?" *CMLR* 2002, 570.

⁴³¹ R. FELTKAMP, *l.c.*, 30 en L. SVANE, *l.c.*, 37.

⁴³² P. NICOLAIDES, *l.c.*, 573.

⁴³³ F. LOUIS en A. VALLERY, « Ferring revisited : the Altmark case and state financing of public service obligations, » *WComp*, 2004, nr. 27, 70.

⁴³⁴ U. SCHNELLE, « Bidding procedures in EC State aid surveillance over public services after Altmark trans, » *ESTAL* 2003, nr. 3, 412.

Men stelt ook voor om eventueel andere mechanismen die men in de overheidsopdrachtenrichtlijn terugvindt toe te passen als alternatief: procedures van gunning door onderhandelingen, concurrentiegerichte dialoog, het gebruik van kwalitatieve selectiecriteria,...

Andere voorstellen zijn het opsplitsen van de overheidsopdracht in verschillende delen, waardoor men de markt zou opsplitsen, de taken zo zou kunnen verdelen en dat men, gezien de kleine schaal van de onderneming, op die manier zo beter zou kunnen voldoen aan de opdracht.⁴³⁵

C. Tegen de laagste kosten voor de gemeenschap

In het Altmark arrest staat in het vierde criterium dat men een openbare aanbestedingsprocedure kan gebruiken om ervoor te zorgen dat de kosten niet meer zijn dan een compensatie (met inbegrip van een redelijke winst) voor het uitbaten van de openbardienstverplichting, *“waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren.”*⁴³⁶

In het verleden heeft het Hof gesteld dat men in het kader van overheidsopdrachten niet noodzakelijk de onderneming moet kiezen die de laagste prijs aanbiedt. Er werd gesteld dat de “economisch voordeligste aanbidding” niet noodzakelijk de aanbidding was tegen de laagste prijs, maar dat men ook kan kijken naar kwalitatieve (bijvoorbeeld ecologische) criteria voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht.⁴³⁷ Een ander voorbeeld vinden we terug bij het arrest Commissie v. Frankrijk. Hier werd een voorwaarde verbonden aan een lokaal project om werkloosheid te bestrijden ook aanzien als een mogelijk gunningscriterium van het contract, op conditie dat de voorwaarde in overeenstemming was met alle relevante bepalingen van het EG recht.⁴³⁸

Men moet zich bijgevolg de vraag stellen of het begrip “economisch voordeligste aanbidding” gelijk te stellen is aan “de laagste kosten voor de gemeenschap.”⁴³⁹ Op eerste zicht zou men eerder zeggen van niet, het vernoemen van de “laagste kosten” lijkt te impliceren dat het moet gaan om de laagste prijs. Indien men toch de twee begrippen zou kunnen gelijkstellen, zouden we kunnen stellen dat ook “de laagste kosten voor de gemeenschap” niet noodzakelijk gelijk is aan de laagste prijs en dat ook sociale overwegingen een rol kunnen spelen bij de toekenning.

Men kan dus andere punten in overweging nemen bij het gunnen van een overheidsopdracht, hoewel de kritiek hierop wel te begrijpen is. Als men criteria gebruikt om bepaalde beleidsdoelstellingen te kunnen bereiken, zoals de bestrijding van werkloosheid, spreekt het voor zich dat het de diensten waarschijnlijk duurder zal maken of dat men ze zal aanbieden op een minder economische manier.⁴⁴⁰

De uitdaging zal erin bestaan om deze sociale criteria te vertalen naar objectieve en niet-discriminatoire voorwaarden, opdat men deze criteria kan vergelijken met de andere offertes.⁴⁴¹

D. Artikel 86, lid 2 EG

In het arrest wordt geen enkele referentie gemaakt naar artikel 86 lid 2 EG maar men moet toegeven dat men de eerste en de derde voorwaarde vastgelegd door Altmark, eigenlijk terugvindt in de toepassing van artikel 86 lid

⁴³⁵ M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, *o.c.*, 289.

⁴³⁶ R.o. 93 HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

⁴³⁷ HvJ C 513/99, *Concordia Bus Finland*, 2002.

⁴³⁸ C. BOVIS, *I.c.*, 44. Indien deze gunningscriteria echter leiden tot het sluiten van contracten die niet meer als normale commerciële contracten kunnen worden aanzien, zullen deze contracten staatssteun bevatten. De aanbestedingsactiviteiten van de staat moeten met andere woorden overeenstemmen met normale, commerciële transacties. Zie T-14/96, *BAI/Commission*, 1999.

⁴³⁹ A. ALEXIS, *I.c.*, 5.

⁴⁴⁰ A. BARTOSCH, *I.c.*, 572.

⁴⁴¹ M. HUBER, M. MAUCHER en B. SAK, *o.c.*, 288.

2.⁴⁴² De tweede en vierde criteria zijn anders dan artikel 86 lid 2 omdat dit artikel geen verplichting oplegt om op voorhand parameters vast te leggen.⁴⁴³

De praktijk toont aan dat de Commissie toch nog een beroep doet op artikel 86 lid 2 telkens niet aan de Altmark criteria is voldaan, aangezien vooral het tweede en vierde Altmark criterium problemen veroorzaakt.⁴⁴⁴ Hoewel hier nog geen consensus over bestaat neemt men aan dat artikel 86 lid 2 wel van toepassing kan zijn op voorwaarde dat aan criterium 1 en 3 is voldaan. Dit wordt bevestigd dankzij de DAEB beschikking.⁴⁴⁵ Dit bespreken we verder in dit onderzoek.

5.3. Een recente toepassing: het BUPA arrest

Het recente BUPA arrest verduidelijkt het onderscheid iets meer tussen het geven van staatssteun en het verlenen van compensatie voor het verrichten van DAEB.

5.3.1. Feiten

BUPA, een particuliere ziektekostenverzekeraar (PZ) in Ierland, stelde een beroep tot nietigverklaring in tegen een beschikking van de Commissie (gebaseerd op het Ferring arrest aangezien het Altmark arrest nog niet was geweest) waarbij zij had besloten geen bezwaar te maken tegen de invoering van een risicovereveningssysteem. Het RES is een mechanisme dat er voor moet zorgen verschillen in risicoprofiel tussen verzekeraars te neutraliseren. Het systeem werkt op dergelijke manier dat de verzekeraars met een gunstiger risicoprofiel dan het gemiddelde risicoprofiel op de markt, een bijdrage moeten betalen aan een speciaal daartoe opgericht fonds dat door de Ierse Health Insurance Authority (HIA) wordt beheerd. Verzekeraars met een ongunstiger risicoprofiel dan het gemiddelde risicoprofiel van de markt, ontvangen een bijdrage uit het fonds. Deze RES betalingen komen voort uit openbare middelen en kwamen in de praktijk ten goede aan de VHI, de voornaamste concurrent van BUPA met een marktaandeel van 85 % van de inkomsten.

BUPA voerde aan dat de Commissie ten onrechte het besluit had genomen dat het niet om staatssteun ging.⁴⁴⁶

De Commissie was immers van mening dat het ging om een compensatie die bedoeld was als vergoeding voor de verplichtingen tot het verrichten van een DAEB die voor alle verzekeraars op de Ierse PZ markt gelden, met name verplichtingen die ertoe strekken alle in Ierland woonachtige personen een minimumniveau van PZ diensten tegen betaalbare prijzen en van vergelijkbare kwaliteit te verzekeren. Dit doel werd volgens de Commissie bereikt door solidariteit tussen de verzekerden te creëren.⁴⁴⁷

Hoewel de Commissie zich op het Ferring arrest had gebaseerd, heeft het Gerecht van Eerste Aanleg de strekking van de vaststellingen in het Altmark arrest niet in de tijd beperkt. Zij zijn bijgevolg ten volle van toepassing op de feitelijke en juridische situatie zoals deze zich voordeed toen de Commissie de bestreden beschikking vaststelde.⁴⁴⁸

⁴⁴² S. BRACQ, "Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente," *RTDE* 2004, nr. 1, 51.

⁴⁴³ O. LYNSKEY, "The application of article 86(2) EC to measures which do not fulfil the Altmark criteria; Institutionalising incoherence in the legal framework governing state compensation of public service obligations," *WComp* 2007, nr. 30, 1, 160.

⁴⁴⁴ J. DE BEYS, *l.c.*, 3 en O. LYNSKEY, *l.c.*, 162. Wat een probleem zou kunnen zijn is dat ook nationale rechtbanken de Altmark criteria mogen toepassen. De kans bestaat bijgevolg dat er een bepaalde standaard zal worden toegepast door nationale rechtbanken en een andere door de Commissie. Men hoopt dat het "Monti pakket" met o.a. de DAEB beschikking hier een oplossing voor zal bieden.

⁴⁴⁵ Zie bijvoorbeeld de beslissingen van de Commissie in de zaken RAI (15 oktober 2003), TIRRENIA (16 maart 2004), CREDIT UNION (6 mei 2005).

⁴⁴⁶ Zie r.o. 14-26 T-289/03, *BUPA/Commissie*, 2008.

⁴⁴⁷ R.o. 41 T-289/03, *BUPA/Commissie*, 2008.

⁴⁴⁸ R.o. 158.

5.3.2. Toepassing van de Altmark voorwaarden

Het Gerecht bevestigde dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als DAEB beschouwen en dat de Commissie de omschrijving enkel in geval van *een kennelijke fout* ter discussie kan stellen.⁴⁴⁹ Als men zich wil beroepen op het bestaan van een taak van algemeen economisch belang, dient er sprake te zijn van een algemeen of openbaar belang. Daarin onderscheiden de verplichtingen tot het verrichten van een DAEB zich met name van de diensten die een privé belang dienen, ook al kan dit belang meer of minder collectief zijn dan wel door de lidstaat als legitiem of nuttig worden erkend.⁴⁵⁰ Het is ook niet noodzakelijk dat aan de met die taak belaste ondernemer een uitsluitend of bijzonder recht voor de vervulling van die taak wordt verleend.⁴⁵¹

Vervolgens moet er sprake zijn van een overheidsbesluit, waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een taak van algemeen economisch belang en die taak dient universeel en verplicht van aard te zijn. Dit moet men ruim opvatten. Cruciaal is dat de overheid de betrokken DAEB en de daaraan verbonden verplichtingen om deze te verrichten, duidelijk heeft omschreven. Democratische legitimatie is daarbij de norm, wat betekent dat het bestaan van een overheidsbesluit ook kan worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving. Het publiek belang en de proportionele wijze waarop de bescherming daarvan is vormgegeven, dienen democratisch te zijn vastgesteld.⁴⁵²

Ten slotte moet er sprake zijn van een universele en verplichte aard van de diensten die onder de taak van algemeen economisch belang vallen. Men verduidelijkt dat de betrokken dienst niet een universele dienst in strikte zin moet zijn. De betrokken dienst moet niet voorzien in een behoefte die de gehele bevolking gemeen heeft of op het gehele grondgebied moet worden verricht, zoals de openbare socialezekerheidsregeling. *“Dat de betrokken verplichtingen tot het verrichten van de dienst slechts een beperkte territoriale of materiële werkingssfeer hebben dan wel dat de betrokken diensten slechts aan een betrekkelijk kleine groep van gebruikers ten goede komen sluit niet noodzakelijkerwijs de universele aard uit van een taak van algemeen economisch belang in de zin van het gemeenschapsrecht ter discussie.”*⁴⁵³

De verplichte aard betekent dat men de betrokken dienst moet aanbieden onder van overheidswege gestelde voorwaarden. Bij gebrek aan een uitsluitend of bijzonder recht kan de verplichte aard zijn gelegen in de bij een handeling van de overheid voorgeschreven verplichting van de betrokken ondernemer om bepaalde diensten aan te bieden aan eenieder die daarom vraagt.⁴⁵⁴

Met betrekking tot duidelijk omschreven parameters stelde het Gerecht dat de voorwaarde niet verbiedt dat de wetgever aan de nationale autoriteiten een zekere beoordelingsmarge laat. De parameters moeten echter wel zo duidelijk zijn omschreven dat elk misbruik van het begrip DAEB door de lidstaat wordt uitgesloten.⁴⁵⁵

Wat betreft de noodzaak en evenredigheid van de compensatie, heeft de rechtspraak gepreciseerd dat de controle van de evenredigheid van die compensatie zich beperkt tot het onderzoek of die compensatie *noodzakelijk is om de betrokken taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te kunnen vervullen, dan wel of omgekeerd de betrokken maatregel kennelijk ongeschikt is ten opzichte van het nagestreefde doel.*⁴⁵⁶

Er werd op gewezen dat dit systeem radicaal anders werkt dan de compensatiesystemen in de arresten Ferring en Altmark, waardoor het niet strikt kan voldoen aan de derde voorwaarde van het Altmark arrest, volgens welke de kosten van de uitvoering van een verplichting tot het verrichten van DAEB bepaalbaar moeten zijn. Het Gerecht was echter van oordeel dat de kwantificering van de extra kosten, gezien de bedragen die aan het RES onderworpen PZ verzekeraars hebben terugbetaald, strookte met het doel en de geest van de derde voorwaarde

⁴⁴⁹ R.o. 166-169.

⁴⁵⁰ R.o. 178.

⁴⁵¹ R.o. 179.

⁴⁵² K.E. ARNON en J.J.M. SLUIJS, “Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking,” *NTER* 2008, nr. 7/8, 210.

⁴⁵³ R.o. 186-187.

⁴⁵⁴ R.o. 188.

⁴⁵⁵ R.o. 214.

⁴⁵⁶ R.o. 222.

van het Altmark arrest. *Een strikte toepassing van de derde en vierde Altmark voorwaarde blijkt dus alleen mogelijk wanneer de compensatie is gebaseerd op kosten die rechtstreeks verbonden zijn met de DAEB en met de daaruit voortvloeiende opbrengsten.* Hier was het RES zo ontworpen dat de vereveningsbijdrage die een zorgverzekeraar ontvangt of betaalt juist niet afhangt van zijn kostenniveau, maar van de risico's van de verzekerden. De hoogte van de risicovereveningsbijdrage wordt zodanig vastgesteld dat zorgverzekeraars naar verwachting eenzelfde bedrag tekort komen voor alle verzekerden waardoor er een gelijk speelveld voor verzekeraars ontstaat.⁴⁵⁷

Ook het vierde Altmark criterium, gezien de nauwe band tussen de vierde en de derde voorwaarde die beide verlangen dat de kosten alsmede de opbrengsten en de winsten in verband met de uitvoering van een verplichting tot het verrichten van DAEB worden bepaald, kon niet strikt op dit geval worden toegepast. Het stond namelijk vast dat het RES niet beoogde bepaalde kosten te compenseren die door de verrichting van een PZ-dienst zijn ontstaan.⁴⁵⁸

De Altmark voorwaarden blijven in de praktijk dus moeilijk toe te passen, toch lijkt men uit bovenstaand arrest te kunnen afleiden dat er een zekere flexibiliteit kan spelen.

Europa heeft echter voorzien dat er een opvangnet werd gecreëerd voor zaken die niet aan de Altmark criteria voldoen: het zogenaamde "Monti pakket" inzake DAEB en staatssteun.

5.4. Het "pakket" inzake DAEB en staatssteun

Aangezien de Altmark criteria toch nog voor heel wat onzekerheid zorgen aangezien het ofwel niet zeker is wat onder de criteria wordt begrepen ofwel een groot deel van de compensaties van algemeen belang niet aan de criteria voldoen met eventuele onwettelijkheid tot gevolg⁴⁵⁹, heeft de Europese Commissie in november 2005 een pakket inzake DAEB en staatssteun aangenomen. Dit bestaat uit een vrijstellingsbeschikking, een kaderregeling en een wijziging van de transparantierichtlijn. Men aanvaardt dat compensatie nodig is maar dit rechtvaardigt geen overcompensatie aangezien dit het risico op kruissubsidiëring zou verhogen.⁴⁶⁰

5.4.1. De vrijstellingsbeschikking

De vrijstellingsbeschikking⁴⁶¹ stelt de voorwaarden vast waaronder staatssteun (er is immers niet voldaan aan de Altmark criteria) in de vorm van compensatie voor ondernemingen belast met het beheer van DAEB, toch als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd en vrijgesteld wordt van de voorafgaande aanmeldingsplicht zoals neergelegd in artikel 88, lid 3 EG. De staatssteun blijft echter onderworpen aan een controle a posteriori.⁴⁶²

Dit zou het bovenvermelde probleem van de "kleine" DAEB kunnen oplossen. Men erkent hier ook de rol van artikel 86 lid 2: *"In deze beschikking wordt in ruime mate de inhoud en omvang van de afwijking ingevolge artikel 86 lid 2 van het Verdrag gespecificeerd zoals die door het Hof van Justitie, het Gerecht van Eerste Aanleg en de*

⁴⁵⁷ R.o. 237-250.

⁴⁵⁸ R.o. 246. *"Daar de berekening van de compensatie op grond van het RES uitsluitend afhangt van de niet door de efficiëntie van de betrokken ondernemers veroorzaakte kosten, is het, anders dan verzoeksters stellen, uitgesloten dat die compensatie kan leiden tot een verdeling van de kosten die uit hun gebrek aan efficiëntie kunnen voortvloeien, en kan afdoen aan de mogelijkheid voor die ondernemers om die winst van hun goede beheer volledig te behouden."* R.o. 250.

⁴⁵⁹ L. SVANE, "Public service compensation in practice: Commission package on state aid for services of general economic interest," *EC Competition policy newsletter*, autumn 2005, nr. 3, 34.

⁴⁶⁰ L. SVANE, *l.c.*, 34.

⁴⁶¹ Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG. De Commissie krijgt dit recht dankzij artikel 86, lid 3 EG: "De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten."

⁴⁶² M. DONY, *Contrôle des aides d'état*, Droit communautaire de la concurrence, Bruxelles, ULB, 2007, 181.

*Commissie in het verleden consistent is toegepast.*⁴⁶³ Ook in de beschikking wordt echter geen definitie gegeven van DAEB.⁴⁶⁴

5.4.1.1. Categorieën

De volgende categorieën compensatie kunnen onder de vrijstelling vallen:

a) compensatie voor de openbare dienst welke wordt toegekend aan ondernemingen die een gemiddelde jaarmzet, alle werkzaamheden bijeengenomen, vóór belasting van in totaal minder dan 100 miljoen EUR behalen gedurende de twee boekjaren voorafgaande aan het boekjaar waarin de dienst van algemeen economisch belang is toegewezen, en die voor de betrokken dienst jaarlijks minder dan 30 miljoen EUR compensatie ontvangen;

Men verwacht dat deze bedragen de meeste lokale, sociale diensten zullen vatten.⁴⁶⁵

b) compensatie voor de openbare dienst welke wordt toegekend aan ziekenhuizen en woningcorporaties die door de lidstaat als diensten van algemeen economisch belang aangemerkte activiteiten verrichten;⁴⁶⁶

c) compensatie voor de openbare dienst ten behoeve van lucht of zeeverbindingen met eilanden waar het gemiddelde jaarlijkse verkeer gedurende de twee boekjaren voorafgaande aan het boekjaar waarin de dienst van algemeen economisch belang is toegewezen, maximaal 300 000 passagiers bedraagt;

d) compensatie voor de openbare dienst ten behoeve van luchthavens en havens waar het gemiddelde jaarlijkse verkeer gedurende de twee boekjaren voorafgaande aan het boekjaar waarin de dienst van algemeen economisch belang is toegewezen, maximaal 1 miljoen passagiers bedraagt in het geval van luchthavens en 300 000 passagiers in het geval van havens.

5.4.1.2. Het “belasten” van ondernemingen

Deze beschikking kan pas worden toegepast indien de betrokken onderneming met de verantwoordelijkheid voor het beheer van de DAEB wordt belast door middel van één of meer officiële besluiten, waarvan de vorm door elke lidstaat kan worden bepaald. Men kan hierbij denken aan een concessie contract of openbare aanbestedingdocumenten, wetten, decreten en besluiten,...

In dit besluit of in die besluiten moet(en) met name nader zijn bepaald:

⁴⁶³ Overweging 20 Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG.

⁴⁶⁴ Kritiek geuit door het Europees Economisch en Sociaal Comité over de Ontwerpbeschikking. Het vermeldde hierbij dat: “Minder dringend daarentegen is dat op hetzelfde niveau sociale diensten worden gedefinieerd, o.a. omdat dergelijke diensten voor het Gemeenschapsrecht alleen relevant zouden zijn als zij met economische voordelen voor de verlener ervan gepaard gaan. En mocht dit het geval zijn, dan zouden zij automatisch onder één van beide bovengenoemde begrippen vallen.” Overweging 3.8 Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de Ontwerpbeschikking van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst die wordt toegekend aan bepaalde met het beheer van DAEB belaste ondernemingen en de Ontwerprichtlijn van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, 2005/C 157/06.

⁴⁶⁵ Commission staff working document, 20 november 2007, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation, Brussels, SEC(2007) 1516 final, 20.

⁴⁶⁶ Zij worden volledig vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting aangezien het runnen van een ziekenhuis of het maken van immo investeringen voor sociale huisvesting resulteert in hoge steunbedragen per onderneming. Dit betekent dat de steun bijna altijd aan de Commissie zou moeten worden aangemeld, wat een grote administratieve last zou betekenen. Het risico dat het geld niet naar een DAEB gaat is beperkt aangezien compensatie voor openbare ziekenhuizen en sociale huisvesting duidelijk gaat naar de kost voor het voorzien van de DAEB. L. SVANE, *I.c.*, 35. Tijdens de onderhandelingen zorgde deze uitsluiting echter voor heel wat discussie. Sommigen verweten de Commissie dat zij het economisch karakter van de twee sectoren zomaar vermoedde en het subsidiariteitsbeginsel niet respecteerde. Zie voor meer uitleg M. DONY, *Contrôle des aides d'état, o.c.*, 181.

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

Hier lijkt de Commissie verder te gaan (vooral wat betreft de punten c en e) dan wat uit de rechtspraak in de zaak Altmark is gebleken.⁴⁶⁷

Het spreekt echter voor zich dat het besluit niet ieder specifieke activiteit moet omschrijven. Het is vooral belangrijk dat men de omvang van de verplichting duidelijk maakt. Men kan later altijd het besluit updaten of het besluit voorzien van een ex post correctie mechanisme, om een verandering of toevoeging van (genoemde) diensten te kunnen vatten.⁴⁶⁸

5.4.1.3. Compensatiebedrag

Het compensatiebedrag mag niet hoger zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit het voor de uitvoering van die verplichtingen noodzakelijk eigen kapitaal.

Onder “redelijke winst” wordt begrepen een vergoeding op het eigen kapitaal waarbij rekening wordt gehouden met het risico voor de onderneming, of het ontbreken daarvan, door het optreden van de lidstaat, met name wanneer deze laatste uitsluitende of bijzondere rechten verleent. Dit percentage mag in de regel niet hoger liggen dan het gemiddelde percentage dat in de betrokken sector tijdens de laatste jaren is vastgesteld.⁴⁶⁹

Volgens het Altmark arrest moet het bedrag van de compensatie, om geen staatssteun te vormen, bepaald worden door ofwel een openbare aanbesteding, ofwel door een vergelijking aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.

Volgens het door ons geraadpleegde document van de Commissie hoeft dit volgens de beschikking echter niet. Zolang de desbetreffende overheid kan aantonen dat de toegekende compensatie overeenkomt met de netto kosten, geraamd op basis van nauwkeurig bepaalde parameters die in het officiële besluit werden opgenomen en dat er geen sprake is van overcompensatie, wordt de compensatie aanzien als staatssteun die verenigbaar is met het Verdrag.⁴⁷⁰

Toch wordt er nog een element van proportionaliteit gevraagd, met name in verband met het risicopercentage voor de onderneming in verband met de redelijke winst: *“In sectoren waar er geen onderneming is die met de met de DAEB belaste onderneming valt te vergelijken, kan een vergelijking worden gemaakt met ondernemingen uit andere lidstaten of zonedig uit andere sectoren, mits met de specifieke kenmerken van elke sector rekening wordt gehouden.”*⁴⁷¹ Dit geeft ons iets meer informatie maar blijft toch nog vaag voor de toepassing in de praktijk.

⁴⁶⁷ Y. JORENS, *l.c.*, 138.

⁴⁶⁸ Commission staff working document, 20 November 2007, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation, Brussels, SEC(2007) 1516 final, 24.

⁴⁶⁹ Artikel 5, 4 Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/72.

⁴⁷⁰ Commission staff working document, 20 November 2007, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation, Brussels, SEC(2007) 1516 final, 19-20.

⁴⁷¹ Artikel 5, 4 Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/71.

Het compensatiebedrag moet daadwerkelijk worden gebruikt voor het beheer van de desbetreffende DAEB en omvat alle voordelen die door de staat of in welke vorm dan ook uit staatsmiddelen worden toegekend.⁴⁷²

De in aanmerking te nemen inkomsten omvatten tenminste alle met de DAEB behaalde inkomsten, inclusief de bijzondere of uitsluitende rechten welke verband houden met een andere DAEB die een hogere winst oplevert dan een redelijke winst of andere door de staat toegekende voordelen waarover de betrokken onderneming beschikt. Geniet zij andere door de staat toegekende voordelen, dan worden deze ook bij haar inkomsten meegerekend, ongeacht hun kwalificatie ten aanzien van artikel 87.⁴⁷³ Dit is immers op zich ook een vorm van compensatie die men in rekening moet brengen.

Het besluit moet parameters bevatten voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie, maar eigenlijk moet men slechts een basis kunnen weergeven voor een toekomstige berekening van de compensatie. Een voorbeeld hiervan is dat de compensatie bepaald zal worden volgens prijs per dag, per maaltijd, per zorgverstrekking gebaseerd op het aantal potentiële gebruikers,... Ook hier kan men bij wijzigingen het besluit updaten of voorzien van een ex post correctie mechanisme.⁴⁷⁴

5.4.1.4. Controle op overcompensatie

Compensatie die verder gaat dan wat nodig is ter dekking van de kosten die de betrokken onderneming maakt, is uiteraard niet noodzakelijk voor het beheer van de DAEB en is bijgevolg aan te merken als onverenigbare staatssteun die aan de Staat moet worden terugbetaald.⁴⁷⁵ Compensatie voor de openbare dienst die ten behoeve van het beheer van de DAEB wordt toegekend maar die in feite wordt gebruikt om op andere markten actief te zijn is evenmin gerechtvaardigd.⁴⁷⁶

Wanneer het bedrag van de overcompensatie niet hoger is dan 10 % van het bedrag van de jaarlijkse compensatie, mag deze overcompensatie naar de volgende jaarlijkse periode worden overgedragen en wordt deze op het compensatiebedrag dat voor die periode zou worden betaald, in mindering gebracht. In de sector van de sociale huisvesting mag overcompensatie tot 20 % van de jaarlijkse compensatie naar de volgende periode worden overgedragen, mits de betrokken onderneming uitsluitend DAEB beheert.⁴⁷⁷

5.4.2. De Kaderregeling

Wanneer de compensatie ten behoeve van de openbare dienstverplichting niet voldoet aan de vier Altmark-criteria en niet onder de voorwaarden van de vrijstellingsbeschikking valt zal de compensatie conform artikel 88, lid 3 EG bij de Europese Commissie moeten worden aangemeld. De Kaderregeling zet de voorwaarden uiteen onder welke de Europese Commissie deze staatssteun op grond van artikel 86, lid 2 EG als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zal verklaren. Onder voorbehoud van het toezicht op en de beoordeling van eventuele

⁴⁷² Artikel 5, 1 Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/71.

⁴⁷³ Artikel 5, 3 Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/72.

⁴⁷⁴ Commission staff working document, 20 november 2007, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation, Brussels, SEC(2007) 1516 final, 25.

⁴⁷⁵ Overweging 12 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van DAEB belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/68.

⁴⁷⁶ Artikel 5 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van DAEB belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/71.

⁴⁷⁷ Artikel 6 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van DAEB belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG, L 312/72.

overcompensatie, waarbij men meer in detail treedt, herneemt de kaderregeling eigenlijk de voorwaarden die ook in de beschikking werden geformuleerd.⁴⁷⁸

5.4.3. Transparantierichtlijn

Men heeft de definitie van de huidige Transparantierichtlijn⁴⁷⁹ gewijzigd met betrekking tot ondernemingen die verplicht een gescheiden boekhouding zullen moeten voeren. Deze wijziging heeft tot doel deze definitie in lijn te brengen met de verplichtingen zoals neergelegd in de overige twee onderdelen van het pakket. Door deze wijzigingen zullen ook ondernemingen die geen staatssteun doch slechts overeenkomstig artikel 86, lid 2 EG "compensatie" ontvangen voor het beheer van een DAEB eveneens een gescheiden boekhouding moeten voeren, ongeacht of zij een bijzonder of uitsluitend recht genieten. Enkel door een gescheiden boekhouding te voeren, kunnen immers de kosten worden onderscheiden die aan de DAEB zijn toe te rekenen, en kan het precieze bedrag van de compensatie worden berekend.⁴⁸⁰ Deze verplichting is bedoeld om concurrentievervalsing door kruissubsidiëring tegen te gaan.⁴⁸¹

5.5. Is het gebruik van openbare aanbestedingen te combineren met het ontvangen van subsidies?

De vraag is gerezen of een ontvanger van staatssteun uitgesloten moet worden van overheidsopdrachten. Is het immers te rechtvaardigen en eerlijk tegenover concurrenten dat zij meedingen terwijl zij tegelijkertijd worden gesubsidieerd?⁴⁸²

Een interessante zaak in dit verband met toepassing op de sociale economie sector, betrof de uitspraak van de Raad van State van 24 april 2008, gewezen in een procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid.

Het arrest handelt over een openbare aanbestedingsprocedure, waarbij de sociale werkplaats Vzw Merlijn Marketeer een opdracht kreeg toegewezen van de Nationale Bank voor de realisatie van telefonische enquêtes naar het consumentenvertrouwen. De geselecteerde offertes werden aan een prijsonderzoek onderworpen waaruit bleek dat de Vzw de laagste regelmatige offerte had ingediend. De opdracht werd vervolgens aan de Vzw toegewezen, die toevallig ook het contract had uitgevoerd tijdens de twee voorgaande looptijden. Concurrent NV Dimarso, die uit de prijsvergelijking tweede in rij stond, diende een verzoekschrift in bij de Raad van State om de schorsing van de beslissing te vorderen. De NV voerde aan dat de Vzw staatssteun genoot dat onder het verdragsverbod valt en dat het bijgevolg "*niet redelijk en onzorgvuldig is te stellen dat er geen abnormale prijzen zijn vastgesteld.*"

De NV verwees hierbij naar de Conclusie van Advocaat-Generaal Léger in het ARGE Gewässerschutz.⁴⁸³

⁴⁷⁸ Zie paragrafen 20-23 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, 29 november 2005, 2005/C 297/4 en J. DE BEYS, *l.c.*, 8-9.

⁴⁷⁹ Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, L 312/47.

⁴⁸⁰ Overweging 4 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, L 312/47.

⁴⁸¹ L. HANCHER en S. EVANS, *l.c.*, 157.

⁴⁸² In het verleden had de Commissie zich veelvuldig zorgen gemaakt omtrent de participatie van staatssteun ontvangers in openbare aanbestedingen: "In de zaak Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato verklaarde de Commissie dat een exclusieve overeenkomst met een overheidsbedrijf voor de levering van diensten of producten aan de staat voor de betrokken onderneming een economisch voordeel kan opleveren als de voor de geleverde producten of diensten betaalde vergoeding boven de normale marktprijs ligt. Het is mogelijk dat een dergelijke overeenkomst er eenvoudigweg toe bijdraagt dat de begunstigde onderneming kan blijven bestaan en de mogelijkheid biedt tot kruissubsidiëring van haar commerciële activiteiten. In dit geval was de begunstigde actief in de munterijsector, waarin van intracommunautair handelsverkeer geen sprake is. Aan de onderneming waren echter twee contracten gegund met derde landen, waarna het vermoeden was gerezen dat zij dankzij kruissubsidiëring haar Europese concurrenten had weten te verslaan." Paragraaf 196, XXVIIIde Verslag over het mededingingsbeleid (1998), Europese Commissie, Brussel, 1999, 95, http://ec.europa.eu/competition/annual_reports/1998/nl/001_146.pdf. Tijdens een interview werd gesteld dat bijvoorbeeld de lokale diensteneconomie sector kan intekenen op een overheidsopdracht met de klaverbladfinanciering die men reeds heeft maar dan riskeert men misschien dat dit als concurrentievervalsing wordt aanzien. Met andere woorden, moet men deze subsidies eerst verrekenen? Het probleem volgens de sector met deze "vermarkting" is dat men aan bodemprijzen gaat werken en steeds lagere prijzen gaat aanbieden.

⁴⁸³ HvJ C-94/99, ARGE Gewässerschutz, 2000.

Hierin had hij aangehaald dat:

“het niet kon worden uitgesloten dat richtlijn 92/50 de aanbestedende diensten in bepaalde bijzonder omstandigheden verplicht, of hun althans toestaat, rekening te houden met het feit dat subsidie en in het bijzonder niet met het Verdrag verenigbare steun wordt toegekend, om in voorkomend geval de inschrijvers die deze ontvangen, uit te sluiten.”

De NV was ook van mening dat het behoorde tot de taak van de aanbestedende overheid om:

“na te gaan of een inschrijver zoals de tussenkomen partij als erkende sociale werkplaats geen staatssteun geniet die valt onder het verdragsverbod. Men had moeten nagaan welke steunmaatregelen ze kreeg en of ze wel aangemeld werden aan de Commissie dan wel vrijgesteld waren van aanmelding.”

De Raad van State argumenteerde dat de tussenkomen partij werkt met minder rendabele werknemers waarvoor ze subsidies ontvangt teneinde deze werknemers in een beschermde werkomgeving arbeidskansen te bieden. Deze subsidies lijken echter te dienen om haar als sociale werkplaats de mogelijkheid te geven werk aan te trekken voor die werknemers. De subsidies mogen hierbij echter geen aanleiding geven tot marktverstoring, een element dat betrokken dient te worden bij het toezicht en de evaluatie van de subsidiëring.

De Raad vervolgde door te stellen dat het toelaten van sociale werkplaatsen tot een overheidsopdracht niet reglementair is uitgesloten, artikel 18bis,§2 van de Wet van 24 december 1993 geeft een aanbestedende overheid zelfs de mogelijkheid bepaalde opdrachten voor te behouden voor beschutte werkplaatsen of sociale inschakelingsondernemingen.⁴⁸⁴

De Raad vond het echter niet de taak van een aanbestedende overheid om na te gaan of de steun die een erkende sociale werkplaats geniet, onder het genoemde verbod van het EG-verdrag valt. De aanbestedende overheid moest daarentegen *“de erkenning van de tussenkomen partij respecteren aangezien aan overheidsbeslissingen een vermoeden van rechtmatigheid kleeft en de verwerende partij heeft bijgevolg mogen aannemen dat een erkende sociale werkplaats geen marktversturende prijzen opgeeft. Nergens blijkt de onverenigbaarheid met het Verdrag.”*⁴⁸⁵

Impliciet beslist ze echter dat die bevoegdheid dan wel toekomt aan het Vlaams Gewest: *“Aldus zou die overheid zich in de plaats dienen te stellen van een andere overheid, te dezen het Vlaams Gewest, om de naleving van de betrokken regelgeving inzake de erkenning als sociale werkplaats te onderzoeken.”* Wat een procedure ten gronde had kunnen opleveren is echter niet ondenkbaar...

In de Conclusie van de Advocaat-Generaal bij het ARGE arrest stelt hij dat de mogelijke rechtmatigheid van de staatssteun tot gevolg heeft dat niets zich ertegen verzet dat de rechtmatig gesteunde economische instellingen ten volle actief kunnen zijn op de markt. Daar de markt zich niet beperkt tot niet-gereguleerde contractuele betrekkingen, maar ook overheidsopdrachten omvat, is er geen reden om deze marktdeelnemers uit te sluiten van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Hij sloot zich aan bij de mening van de Commissie en stelde dat een *“aangemelde en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaarde steunmaatregel geen invloed mag hebben op de beslissing van de aanbestedende dienst inzake de toelating van een inschrijver en inzake de toetsing van de ingediende offerte.”*⁴⁸⁶ Indien aan die twee zaken echter niet voldaan zijn, rijst er logischerwijze wel een probleem.

Wat doet men echter met een ontvanger van onrechtmatige staatssteun? De Commissie was hier van mening dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat een aanbestedende dienst, in overeenstemming met zijn nationale wetgeving, tijdens de selectieprocedure bij de beoordeling van de financiële draagkracht van een inschrijver rekening houdt met de omstandigheid dat deze inschrijver onregelmatige steun heeft ontvangen die

⁴⁸⁴ Zie in dit verband ook artikel 22 van de nieuwe overheidsopdrachtenwet voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006.

⁴⁸⁵ R.o. 9 RvS 24 april 2008, nr.187 752, www.raadvst-consetat.be.

⁴⁸⁶ R.o. 104-105 Concl. Adv.Gen. Léger bij HvJ C-94/99, ARGE *Gewässerschutz*, 2000.

kan worden teruggevorderd.⁴⁸⁷ De Advocaat-Generaal besliste dat men het recht had geen consequentie te trekken uit het feit dat sprake is van niet-aangemelde of onrechtmatige steun.⁴⁸⁸ Het Hof concludeerde dat indien de communautaire wetgever de aanbestedende diensten had willen verplichten deze inschrijvers uit te sluiten, hij dat uitdrukkelijk zou hebben verklaard.⁴⁸⁹

Besluit

Het spreekt voor zich dat DA(E)B niet op basis van marktmechanismen alleen kunnen worden aangeboden. Lange tijd bestond er echter onzekerheid over de vraag of overheidsfinanciering die slechts de uitvoeringskosten van een DAEB vergoedt al dan niet als staatssteun kwalificeerde. Er werden in de rechtspraak en rechtsleer drie opties aangereikt: de staatssteuntheorie, de compensatie theorie en de quid pro quo benadering.

In het Altmark arrest heeft het Hof van Justitie de knoop doorgehakt en de compensatie theorie omarmd, weliswaar verbonden aan enkele strikte criteria. Deze criteria bevatten echter voor- en nadelen. Critici krijgen in de praktijk gelijk aangezien slechts in enkele gevallen alle vier criteria vervuld zijn geweest. Vooral het tweede (de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vervolgens vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld) en het vierde criterium (het bedrag van de compensatie moet worden vastgelegd ofwel aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt ofwel door een openbare aanbesteding) veroorzaken toepassingsproblemen. Uit het recent gewezen BUPA arrest lijkt men echter te kunnen afleiden dat er een zekere flexibiliteit kan spelen bij de toepassing van de Altmark criteria.

Er is ook discussie geweest of ontvangers van staatssteun zomaar mogen deelnemen aan overheidsopdrachten. Voorlopig heeft het Hof van Justitie het standpunt aangenomen dat een aangemelde en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaarde steunmaatregel geen invloed mag hebben op de beslissing van de aanbestedende dienst inzake de toelating van een inschrijver en inzake de toetsing van de ingediende offerte.

Een overheid kan van mening zijn dat aan de Altmark criteria is voldaan en het betreffende project zonder verdere aanmelding ten uitvoer leggen. Een concurrent kan echter ofwel via de nationale rechter, ofwel via een klacht bij de Commissie, proberen achteraf het project te laten stilleggen.⁴⁹⁰ Hierdoor zullen lidstaten waarschijnlijk nog steeds overgaan tot aanmelding, wat echter gepaard gaat met rechtsonzekerheid. De kritiek is ook gekomen dat de Commissie post-Altmark geen consistent beleid heeft gevoerd.⁴⁹¹

Daarom heeft de Commissie het Monti-pakket inzake DAEB in het leven geroepen waardoor men toch vrijgesteld is van de aanmeldingsplicht. De vrijstellingsbeschikking, die op de sociale economie ondernemingen van toepassing kan zijn, vereist volgens de Commissie geen vergelijking met een gemiddelde, goed beheerde onderneming of overheidsopdracht maar vraagt dat men kan aantonen dat de toegekende compensatie overeenkomt met de netto kosten, geraamd op basis van nauwkeurig bepaalde parameters die in het officiële besluit werden opgenomen en dat er geen sprake is van overcompensatie.

⁴⁸⁷ R.o. 123 Concl. Adv.Gen. Léger bij HvJ C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, 2000.

⁴⁸⁸ R.o. 125-128 Concl. Adv.Gen. Léger bij HvJ C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, 2000.

⁴⁸⁹ R.o. 26 HvJ C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, 2000.

⁴⁹⁰ J. DE BEYS, *l.c.*, 4-5.

⁴⁹¹ F. SCHILD, "Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier," AA 2006, 187.

Algemene Conclusie

Het is duidelijk dat de nieuwe ontwikkelingen op Europees niveau een weerslag (zullen) hebben op de sociale economie.

De dienstenrichtlijn zou normaal gezien geen grote problemen mogen veroorzaken voor de sociale economie. Ofwel valt men er niet onder wegens een uitzondering, ofwel zijn de vereiste erkenningen gekoppeld aan de toegang tot publieke middelen, wat niet door de richtlijn wordt gevat. Het spreekt echter voor zich dat men de ontwikkelingen moet blijven opvolgen.

Staatssteun is een ander verhaal. Als men de toegelaten staatssteungrenzen overschrijdt zal men staatssteun bij de Commissie moeten aanmelden. Men moet hier echter wel enige nuance aanbrengen: een aanmelding betekent niet noodzakelijk dat het over verboden staatssteun gaat, enkel dat de Commissie een screening zal doorvoeren.

In verband met de elementen uit het mededingingsrecht is er spijtig genoeg geen vaststaande formule om op uitspraken van het Hof van Justitie te anticiperen. Volgens de uitspraken is het enerzijds wel duidelijk dat alles "vermarktbaar" is, ook goederen en diensten van de sociale economie. Anderzijds zien we ook dat het Hof aandacht heeft voor een afweging van het louter sociale tegenover een puur mededingingsrechtelijke visie...wat echter niet betekent dat men het begrip "solidariteit" licht moet nemen.⁴⁹² Het valt bijgevolg nog af te wachten welke rol artikel 86 lid 2 EG in de toekomst hierin zal spelen en of het solidariteitsprincipe een politiek drukkingsmiddel zal worden.

De DAEB beschikking zal in verband met de compensaties voor DAEB hopelijk de nodige soelaas bieden voor de sector. Het kan alvast dienen als een eerste wegwijzer.

Dat er nog onzekerheden blijven bestaan hoeft men niet noodzakelijk als iets negatiefs te zien. Het spreekt voor zich dat de tijd van het willekeurig verlenen van subsidies aan een onderneming voorbij is. Maar eigenlijk wil Europa gewoon weten of ondernemingen werken op een marktconforme manier. Als de subsidies genoeg zijn om de meerkost te dekken en men kan garanderen dat er geen over- of kruissubsidiëring is, is het voor de Commissie in orde. De kern van de zaak blijft dus dat men 1) zich zoveel mogelijk houdt binnen de bakens die Europa heeft geplaatst en 2) alles zo goed mogelijk motiveert.

Als moeilijke tijden aanbreken is Europa echter ook bereid om zich meer flexibel op te stellen.

De Commissie economische en monetaire zaken gaf eind 2008 als advies aan de Commissie werkgelegenheid en sociale zaken van het Europees Parlement alvast mee dat zij de "Commissie verzocht rekening te houden met de realiteit van de sociale economie bij de herziening van het staatssteunbeleid, aangezien kleine ondernemingen en lokaal actieve organisaties op grote moeilijkheden stuiten bij het verkrijgen van financiering, vooral in de huidige financieel-economische crisis."⁴⁹³

In het laatste kwartaal van vorig jaar is dan ook het aantal gepresteerde uren in de beschutte werkplaatsen gedaald met 10 % en de activiteiten lopen nog verder terug. Dit is voornamelijk te wijten aan het feit dat BW's veel in onderaanneming werken en als de productie bij de opdrachtgever daalt, voelen zij dat ook. Een relanceplan is bijgevolg goedgekeurd van 6 miljoen euro en 1 miljoen euro van het ESF fonds voor extra opleidingen. Zo hoopt men dat de monitoren, die bedienden zijn en dus niet kunnen terugvallen op tijdelijke werkloosheid, kunnen aan blijven. De BW's moeten zo tijdelijk maar 50 % loonsubsidie zelf verzekeren (in tegenstelling tot het normale 75 %).⁴⁹⁴

⁴⁹² N. BOEGER, *l.c.*, 329.

⁴⁹³ Advies van de Commissie economische en monetaire zaken aan de Commissie werkgelegenheid en sociale zaken, 4 december 2008, 2008/2250(INI), Europees Parlement, 4.

⁴⁹⁴ X., "Ook relanceplan voor beschutte werkplaatsen in crisis," *De Standaard*, 3 februari 2009, www.standaard.be en X., Relanceplan voor beschutte werkplaatsen, www.werk.be.

De Europese Raad liet ook weten dat hij er achter staat dat het ESF snel extra maatregelen treft ter ondersteuning van de werkgelegenheid, met name ten behoeve van de meest kwetsbare lagen van de bevolking. Hierbij zal bijzondere aandacht uitgaan naar de kleinste ondernemingen door het beperken van de niet-salariële arbeidskosten alsook een tijdelijke vrijstelling van twee jaar boven de de minimis-drempel inzake staatssteun van maximaal 500 000 euro. Tevens wil men het actieplan voor een “small business act” uitvoeren waaraan de Raad op 1 december 2008 zijn goedkeuring heeft gehecht.⁴⁹⁵

Tevens keurde het Europees Parlement op 19 februari dit jaar een resolutie goed over de sociale economie, waarin de sleutelrol van de sector werd onderstreept en waar men erkende dat de sociale economie heeft aangetoond dat zij de sociale status van minder bevoorrechten aanzienlijk kan verbeteren. Men bevestigde ook dat de waarden van de sociale economie in hoge mate aansluiten bij de algemene EU-doelstelling van sociale integratie en dat waardig werk, opleiding en reïntegratie hiermee verbonden zouden moeten worden.⁴⁹⁶ Het Parlement verzocht de Commissie rekening te houden met de realiteit van de sociale economie bij de herziening van het staatssteunbeleid.⁴⁹⁷

Wij hopen alvast dat dit onderzoek een eerste aanzet is geweest tot het beter begrijpen van de Europese reglementering met betrekking tot de interne markt en staatssteun.

⁴⁹⁵ Conclusies van het voorzitterschap, Raad van de Europese Unie, 12 december 2008, 17271/08, randnummer 11. Door middel van een reeks van tien basisbeginselen voor het opstellen en uitvoeren van beleid, zowel op communautair als op nationaal niveau, wil men een compleet beleidskader voor de EU en haar lidstaten creëren. Basisbeginsel 3 heeft het over het principe “denk eerst klein” bij het opstellen van regels. Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, Het Europees economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, “Denk eerst klein – Een Small business act voor Europa”, COM(2008)394 def, Brussel, 25 juni 2008.

⁴⁹⁶ Resolutie van het Europees Parlement van 19 februari 2009 over de sociale economie, 2008/2250(INI), E.

⁴⁹⁷ Resolutie van het Europees Parlement van 19 februari 2009 over de sociale economie, 2008/2250(INI), overweging 28-29.

Wetgeving

Europa

Richtsnieren betreffende werkgelegenheidssteun, 12 december 1995, 95/C 334/4.

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, 2 juli 2008.

Ontwerprichtlijn van de Commissie tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven, 2005/C 157/06.

Richtlijn 96/71 EG, *Pb. EG* 1997, L 18/1.

Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, L 312/47.

Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PB. L.* 376/36.

Resolutie van het Europees Parlement over de sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie (2006/2134(INI)), 14 maart 2007.

Resolutie van het Europees Parlement over de sociale economie, 2008/2250(INI), 19 februari 2009.

Commission Decision 11 may 1999 concerning aid granted by Italy to promote employment, 2000/128/EC, rechtsoverweging 94 en 95, *Pb L* 42/14.

Beschikking van de commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, 2005/842/EG.

Criteria for the compatibility analysis of training state aid cases subject to individual notification, European Commission, 1-4.

Mededeling van de Commissie – Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis, 2009/C16/1.

Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, 2008/C 155/02.

Protocol betreffende de diensten van algemeen belang, 17 december 2007, *P.B. C.* 306/158.

Ontwerp Verordening betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag, waarbij bepaalde soorten steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard.

Verordening nr. 2001/68 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG Verdrag op opleidingssteun, *PB.L.* 2001, afl. 10, 20; aangevuld met Verordening nr. 2004/364, *PB.L.* 2004, afl. 63, 22.

Verordening nr. 2001/69 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de-minimissteun, *PB.L.* 2001, afl. 10, 30.

Verordening nr. 2002/2204 van de Commissie van 12 december 2002 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun, *P.B.L.* 2002, afl. 337, 3.

Verordening nr. 1976/2006 van de commissie van 20 december 2006 tot wijziging van de Verordeningen nr. 2204/2002, nr. 70/2001 en nr. 68/2001.

Verordening 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, L 214/3.

Verdrag betreffende de werking van de EU, 2008/C 115/54.

Verdrag betreffende de EU, 2008/C 115/17.

België

Beleidsvoorbereidend

Position paper Belgium: Belgische reflexies, ontwerp algemene groepsvrijstellingsverordening.

Belgisch antwoord op de vragenlijst betreffende de sociale diensten van algemeen belang, www.socialeconomy.be.

Antwoord België na de bespreking van 28 april 2008 van het Ontwerp Algemene Groepsvrijstellingsverordening: herziene versie na publicatie van de ontwerp-versie in het Publicatieblad.

Nationale Arbeidsraad, Advies omtrent het Voorstel voor een richtlijn betreffende de diensten op de interne markt, 5 mei 2004, nr. 1463, 9.

SERV, Advies lokale diensteneconomie, 14 juni 2006, 2.5.1.

Wetten

Wet 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen, *B.S.* 24 april 1963.

Wet 20 juli 2001 tot bevordering van de buurtdiensten en banen, *B.S.* 11 augustus 2001.

Programmawet van 24 december 2002, *B.S.* 31 december 2002.

Koninklijke Besluiten

K.B. 3 mei 1999 tot uitvoering van artikel 7, §1, derde lid, m, van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders betreffende de herinschakeling van zeer moeilijk te plaatsen werklozen, *B.S.* 5 juni 1999.

K.B. 16 mei 2003 tot uitvoering van hoofdstuk 7 van titel IV van de programmawet van 24 december 2002(I) betreffende de harmonisering en vereenvoudiging van de regelingen inzake verminderingen van de sociale zekerheidsbijdragen, *B.S.* 6 juni 2003.

Ministeriële Besluiten

M.B. 17 december 2008, B.S. 11 februari 2009.

Vlaanderen

Beleidsvoorbereidende documenten

Advies van de Raad van State van 12 februari 1998 omtrent het voorontwerp van decreet sociale werkplaatsen, Stuk 1014 (1997-1998), nr. 1, 49.

Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, Aanbeveling over het voorstel van een richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende diensten op de interne markt, 14 juli 2004, 26-27.

Memorie van toelichting ontwerp van decreet lokale diensteneconomie, Stuk 940 (2005-2006), nr. 1, 54.

Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, Informatieve nota – De Europese Dienstenrichtlijn: Samenvatting van de belangrijkste principes en verplichtingen, 17 oktober 2008.

KVK, Contribution to the Commission's consultation on the draft general Block exemption regulation, 8 October 2007.

VOSEC, Position paper VOSEC: bemerking en voorstellen naar aanleiding van het ontwerp voor een algemene groepsvrijstellingsverordening van de Commissie op het gebied van staatssteun, 2007.

Ontwerpen van decreet

Ontwerp van decreet houdende de lokale diensteneconomie, Zitting 2005-2006, 24 augustus 2006, Stuk 940, 4.

Decreten

Decreet 23 februari 1994, B.S. 1 juni 1994.

Decreet 14 juli 1998 inzake sociale werkplaatsen, B.S. 2 september 1998.

Decreet 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap "Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding," B.S. 7 juni 2004.

Decreet 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap, B.S. 11 juni 2004.

Decreet 22 december 2006 houdende de Lokale Diensteneconomie, B.S. 23 februari 2007.

Besluiten

Besluit Vlaamse Regering 15 december 1993 tot vaststelling van de algemene regels inzake het verlenen van vergunningen en erkenningen door het Vlaams Agentschap voor Personen met een handicap, B.S. 11 maart 1994.

Besluit Vlaamse regering 27 oktober 1993 tot veralgemening van het stelsel van gesubsidieerde contractuelen, B.S. 23 december 1993.

Decreet 23 februari 1994, B.S. 1 juni 1994.

Besluit 19 december 1996 van de Vlaamse regering houdende subsidieregeling van het loon en van de sociale lasten van de werknemers in de beschutte werkplaatsen die erkend zijn door het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie, *B.S.* 16 januari 1997.

Besluit van de Vlaamse regering van 8 december 1998 tot uitvoering van het decreet inzake sociale werkplaatsen, *B.S.* 23 februari 1999.

Besluit Vlaamse Regering van 17 december 1999 tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden van de beschutte werkplaatsen, *B.S.* 25 juli 2000.

Besluit Vlaamse Regering 8 september 2000 houdende een impuls- en ondersteuningsprogramma van de meerwaardeneconomie, *B.S.* 28 november 2000.

Besluit 12 december 2003 van de Vlaamse regering houdende aanpassing van de regelgeving inzake professionele integratie van personen met een handicap aan de bepalingen van de Verordening nr. 2204/2002 van de Commissie van 5 december 2002 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op de werkgelegenheidssteun, *B.S.* 1 maart 2004.

Besluit Vlaamse Regering 20 mei 2005 tot vaststelling van de bijzondere regelen inzake de erkenning en de subsidiëring van kringloopcentra, *B.S.* 7 juli 2005.

Besluit Vlaamse Regering 15 juli 2005 betreffende de erkenning en financiering van de invoegbedrijven, *B.S.* 29 juli 2005.

Besluit 28 april 2006 van de Vlaamse Regering tot invoering van de tewerkstellingspremie, *B.S.* 23 juni 2006.

Besluit Vlaamse Regering 5 oktober 2007 betreffende de Lokale Diensteneconomie, *B.S.* 6 november 2007.

Besluit Vlaamse Regering 18 juli 2008 betreffende de professionele integratie van personen met een arbeidshandicap, *B.S.* 3 oktober 2008.

Besluit van de Vlaamse Regering 10 juli 2008 betreffende werkervaring, *B.S.* 31 oktober 2008.

Rechtspraak

HvJ 19/61, *Mannesmann vs. Hoge Autoriteit*, 1962.

HvJ 173/73, *Italiaanse textielindustrie*, 1974.

HvJ 8/74, *Dassonville*, 1974.

HvJ 2/74, *Reyners*, 1974.

HvJ, 33/74, *Van Binsbergen*, 1974.

HvJ 36/74, *Walrave*, 1974.

HvJ 5/77, *Tedeschi*, 1977.

HvJ 82/77, *Van Tiggele*, 1978.

HvJ 120/78, *Cassis de Dijon*, 1979.

HvJ C-730/79, *Philip Morris*, 1980.

HvJ 172/80, *Züchner*, 1981.

HvJ 61/79, *Denkavit*, 1983.

HvJ 238/82, *Duphar*, 1984.

HvJ C-248/84, *Commissie/Duitsland*, 1987.

HvJ 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, 1989.

HvJ C-322/88, *Grimaldi*, 1989.

HvJ C-41/90, *Höfner v. Macrotron*, 1991.

HvJ C-76/90, *Säger*, 1991.

HvJ C-221/89, *Factortame*, 1991.

HvJ C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptun*, 1993.

HvJ C-159/91, *Poucet en Pistre*, 1993.

HvJ C-364/92, *SAT Fluggesellschaft v. Eurocontrol*, 1994.

HvJ C-381/93, *Commissie/Frankrijk*, 1994.

HvJ C-393/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, 1994.

HvJ C-29/94 en C-35/94, *Aubertin*, 1995.

HvJ C-55/94, *Gebhard*, 1995.

HvJ C-244/94, *FFSA/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, 1995.

HvJ C-415/93, *VZW Koninklijke Belgische Voetbalbond e.a./J.M. Bosman*, 1995.

HvJ C-241/94, *Kimberley*, 1996.

HvJ C-343/95, *Diego Cali v. SEPG*, 1997.

HvJ C-369/96 en C-376/96, *Arblade en anderen*, 1999.

HvJ C-67/96, *Albany*, 1999.

HvJ C-75/97, *België/Commissie*, 1999.

HvJ C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, 2000.

HvJ C-54/99, *Eglise de Scientologie*, 2000.

HvJ C-58/98, *Corsten*, 2000.

HvJ C-180/98 en C-184/98, *Pavlov en anderen*, 2000.

HvJ C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, 2000.

HvJ C-279/00, *Commissie tegen Italië*, 2000.

HvJ C-157/99, *Smits en Peerbooms*, 2001.

HvJ C-53/00, *Ferring S.A.*, 2001.

HvJ C-379-98, *PreussenElektra AG*, 2001.

HvJ C-475/99, *Glöckner*, 2001.

HvJ C-218/00, *Cisal*, 2002.

HvJ C-279/00, *Commissie/Italië*, 2002.

HvJ C-388/01, *Commissie/Italië*, 2003.

HvJ C-390/99, *Canal Satélite*, 2002.

HvJ C 513/99, *Concordia Bus Finland*, 2002.

HvJ C-280/00, *Altmark Trans*, 2003.

HvJ C-355/00, *Freskot*, 2003.

HvJ C-34/01 tot en met 38/01, *Enirisorse SpA*, 2003.

HvJ C-131/01, *Commissie tegen Italië*, 2003.

HvJ C-153/02, *Neri*, 2003.

HvJ C-501/00, *Spanje/Commissie*, 2004.

HvJ, C-388/01, *Commissie tegen Italië*, 2003.

HvJ C-36/02, *Omega*, 2004.

HvJ C-264/01, *AOK*, 2004.

HvJ C-345/02, *Pearle BV*, 2004.

HvJ C-429/02, *Bacardi France*, 2004.

HvJ C-442/02, *Caixa-bank*, 2004.

HvJ C-110/03, *België/Commissie*, 2005.

HvJ C-172/03, *Heiser*, 2005.

HvJ C-257/05, *Commissie tegen Oostenrijk*, 2005.

HvJ C-205/03 P, *Fenin*, 2006.

HvJ C-372/04, *Watts*, 2006.

HvJ C-88/03, *Commissie/Portugal*, 2007.

HvJ C-119/06, *Commissie/Italië*, 2007.

Gerecht van Eerste Aanleg

Ger. EG T-214/95, *Vlaams Gewest/Commissie*, 1998.

Ger. EG T-14/96, *BAI/Commission*, 1999.

Ger. EG T-46/97, *SIC*, 2000.

Ger. EG T-289/03, *BUPA*, 2008.

Ger. EG T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani spa*, 2008.

Beschikkingen van de Commissie

Beschikking N 778/97, *Werkgelegenheidssteun sociale werkplaatsen*.

Beschikking. N 464/99, *Pilot Transferium Sittard*.

Beschikking N 258/00, *Deutschland Freizeitbad Dorsten*.

Beschikking N 209/2001, *Ireland*.

Beschikking N 560/01 en NN 17/02, *Brighton West Pier*.

Beschikking N 543/2001, *Ierse ziekenhuizen*.

Beschikking N 475/2003, *Ireland – PSO in respect of electricity*, C 34/06

Beschikking N 382/2004, *DORSAL*, C (2005) 1170fin.

Beschikking N 381/2004, *Haut Débit des Pyrénées Atlantiques*, 162/5.

Beschikking C 40/2005, *Ford Genk*, 2006.

Beschikking N 653/2005, *Webasto Portugal*, 2006.

Beschikking C 18/07, *DHL*, 2008.

Beschikking C 23/07, *Vauxhall*, 2008.

Conclusies

Conclusie Advocaat-Generaal Fennelly bij HvJ C 70/95, *Sodemare SA*, 1997.

Conclusie Advocaat-Generaal Leger bij HvJ C-94/99, *Arge Gewässerschutz*, 2000.

Conclusie Advocaat-Generaal Tizzano bij HvJ C-53/00, *Ferring*, 2001.

Conclusie Advocaat-Generaal Leger 19 maart 2002 bij HvJ C-280/00, *Altmark*, 2003.

Conclusie Advocaat-Generaal Jacobs bij HvJ C-126/01, *Gemo*, 2003.

Conclusie Advocaat-Generaal Ruiz Jarabo Colomer bij HvJ C-415/07, *Lodato Gennao en spa*, 2008.

Raad van State

RvS 24 april 2008, nr. 187 752.

Bibliografie

Europese Documenten

Mededeling van de Europese Commissie: De diensten van algemeen belang in Europa, C 281/03, *Pb EG* 1996.

Controle op overheidssteun en vermindering van arbeidskosten, 3 januari 1997, 97/C 1/12.

An internal market strategy for services, 29 December 2000, COM (2000)888.

Mededeling van de Europese Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa, C 17/23, *Pb EG* 2001.

Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, De toestand van de interne markt voor diensten: Verslag ingediend in het kader van de eerste fase van de internemarktstrategie voor de dienstensector, Brussel, 30 juli 2002.

Groenboek over diensten van algemeen belang, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2003, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013.htm> .

Mededeling van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Witboek over diensten van algemeen belang, Brussel, 12 mei 2004, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l23013b.htm> .

Proposal of a directive on services in the Internal Market, European Commission, 13 January 2004, COM (2004) 2.

Scoreboard voor staatssteun, Editie voorjaar 2004, Europese Commissie, Brussel, 20 april 2004, COM (2004) 256, 27.

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het comité van de regio's: Witboek over diensten van algemeen belang, 12 mei 2004, COM 374, 4-5.

Commission notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in articles 81 and 82 of the Treaty, 2004/C 101/07.

Het mededingingsbeleid in de EU & de Consument, Europese Commissie, 2005, 15.

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal comité en het comité van de Regio's: Jaarlijkse beleidsstrategie 2007: Werken aan het bouwen van vertrouwen, Brussel, 14 maart 2006, 12.

Mededeling van de Commissie: Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie, Brussel, 26 april 2006, SEC(2006)516.

Commission staff working document, Annexes to the Communication from the Commission on Social services of general interest in the European Union, Social-economic and legal overview, COM(2006) 177 final.

Opinion of the European Economic and social committee on the Communication from the Commission implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union, Brussels, 15 May 2006, COM (2006) 177, 14.

Nota gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt- Compromistekst van het voorzitterschap, Brussel, 1 juni 2006, SN 2813/06.

Services of General Economic Interest, Opinion prepared by the State Aid Group of EAGCP, June 29, 2006, 7.

Advies Europese economisch en sociaal comité over de toekomst van diensten van algemeen belang, 6 juli 2006, TEN/223- CESE 976/2006, 6.

Advies van de Commissie Juridische zaken aan de Commissie Werkgelegenheid en sociale zaken inzake sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie (2006/2134(INI)), 21 november 2006.

Ontwerpverslag van de commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Evaluatieverslag betreffende de toepassing van Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 87 (voorheen artikel 92) en 88 (voorheen artikel 93) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, krachtens artikel 5 van die verordening, Brussel, 21 december 2006, 9-10.

Vademecum community rules on state aid, Europese Commissie, 15 februari 2007, 2.

Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn, DG interne markt en diensten, Luxemburg, 2007, 10.

Second Memorandum on the revised draft general block exemption Regulation, DG Competition, September 2007, 3.

The EU single market, Services directive, Frequently Asked Questions, European Commission, Ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/faq/200410-faq-toc_en.htm .

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, De Raad, Het Europees Economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, Begeleidend document bij de Mededeling "Een interne markt voor het Europa van de 21^{ste} eeuw," Diensten van algemeen belang met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement, 20 november 2007, COM (2007) 725, 6.

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de Ontwerpbeschikking van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op staatssteun in de vorm van compensaties voor de openbare dienst die wordt toegekend aan bepaalde met het beheer van DAEB belaste ondernemingen.

Commission staff working document, 20 November 2007, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation, Brussels, SEC(2007) 1516 final, 20.

Workability Europe, Position paper State Aid Reform: draft general Block exemption regulation (2nd version), october 2007, 3.

EASPD, Position paper: Feedback to the 2nd draft of the general Block exemption regulation on state aid, 2.

Rapport : State aid scoreboard – lente 2008, Europese Commissie, Brussel, 21 mei 2008, 39.

Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, Het Europees economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, "Denk eerst klein – Een Small business act voor Europa", COM(2008)394 def, Brussel, 25 juni 2008.

Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, Brussel, 2 juli 2008.

Criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject tot individual notification, European Commission, 2008, 5-6.

Commission staff working document: Biennial report on social services of general interest, Europese Commissie, Brussel, SEC(2008) 2179/2, 8.

Rapport : State aid scoreboard – herfst 2008, Europese Commissie, Brussel, 17 november 2008, 30-31.

EUROFEDOP seminarie, Basisdocument Grensoverschrijdende dienstverlening: De dienstenrichtlijn en haar gevolgen, 18-20 mei 2006, Wenen.

Advies van de Commissie economische en monetaire zaken aan de Commissie werkgelegenheid en sociale zaken, 4 december 2008, 2008/2250(INI), Europees Parlement, 4.

Conclusies van het voorzitterschap, Raad van de Europese Unie, 12 december 2008, 17271/08, randnummer 11.

Rechtsleer

ALEXIS, A. « L'arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003 : La Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique général, » *EC Competition policy newsletter*, Autumn 2003, nr. 3, 1-7.

AMTENBRINK, F. en VAN DE GRONDEN, J.W., "Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt," *SEW* 2008, 323-329.

ARNON, K.E. en SLUIJS, J.J.M., "Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking," *NTER* 2008, nr. 7/8, 206-213.

BAR-BOUYSSIERE, B., "Les règlements d'exemption en matière d'aides d'Etat," in M. DONY en C. SMITS, *Aides d'état*, Institut d'études européennes, UB, 2005, 171-193.

BARNARD, C., « Unravelling the services directive, » *CMLR* 2008, 323-375.

BARTOSCH, A., « The relationship between public procurement and state aid surveillance : The toughest standard applies ? » *CMLR* 2002, 551-576.

BELHADJ, E., EVANS, S.J.H. en VAN DE GRONDEN, J.W., "De dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn," *SEW* 2007, nr. 4, 141-153.

BOEGER, N., "Solidarity and EC competition law," *ELR* 2007, 319-340.

BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: How do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection?" *ELJ* 2005, nr. 1, 79-109.

BRACQ, S., "Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente," *RTDE* 2004, nr. 1, 33-70.

CECCHINI, P., *The European Challenge 1992 – The benefits of a Single Market*, 1988, 37.

DE BEYS, J., "Aide d'état et financement des services publics," *JTdr.eur.* 2006, 1-10.

DE CORTE, K., *Staatssteun: Praktische handleiding inzake de toepassing van de Europese staatssteunregelgeving*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Economisch Ondersteuningsbeleid, Brussel, 1 december 2005, 31 p .

DENEFF, M., "Beschouwingen bij het normencomplex dat de economische activiteiten van VZW en Stichting reguleert, getoetst aan de belangen van enkele bijzondere stakeholders (concurrenten, schuldeisers en begunstigde doelgroep)", *TPR* 2004, afl. 1, 145-176.

DENEFF, M., *Economische activiteiten van VZW en stichting: juridische doorlichting van hun relatie met concurrenten, schuldeisers en begunstigde doelgroep*, Kalmthout, Biblo, 2004, 607 p.

DENEFF, M., "De stichting als "voorzorgsmaatregel" voor de VZW met commerciële activiteiten?" *TRV* 2005, 189-195.

DE WITTE, B., "Setting the scene - How did Services get to Bolkestein and why?" European University Institute Working Papers, 2007/20, 11 p, www.eui.eu .

DONY, M., "Les compensations d'obligations de service public," in M. DONY en C. SMITS, *Aides d'état*, Institut d'études européennes, ULB, 2005, 109-152.

DONY, M., *Contrôle des aides d'état*, Droit communautaire de la concurrence, Bruxelles, ULB, 2007, 529 p.

DONY, M., GIUBBONI, S., HAJDU, J., JORENS, Y., NETTESHEIM, M., RODRIGUES, S., *Social services of general interest – report by the Expert Group*, commissioned by the European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal opportunities, Brussel, juli 2007, 56 p.

DRIJBER, B.J., "De bezems van Bolkestein," *NTER* 2004, nr. 5, 112-120.

DRIJBER, B., "Van democratie en bureaucratie: de Dienstenrichtlijn is erdoor," *NTER* januari 2007, nr. 1 /2, 1-7.

EBNER, M., en GAMBARO, E., "The notion of state aid," in A. SANTA MARIA, *Competition & state aid: An Analysis of the EC practice*, International competition law series, The Hague, Kluwer law international, 2007, 15-47.

FELTKAMP, R., "Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome," *EC Competition policy newsletter*, Spring 2003, nr. 1, 29-31.

GARCIA BERMUDEZ, A. en GALAND, C. « Recent training aid cases in the car industry, » *EC Competition policy newsletter*, nr. 1, Spring 2007, 104-108.

GEKIERE, W., "The proposal of the European Commission for a directive on services in the internal market: an overview of its main features and critical reflections," *BCLR* 2006, 3-18.

GILLIAMS, H., « Enkele beschouwingen i.v.m. de inhoud van het begrip onderneming voor doeleinden van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag, » noot onder H.v.J. 16 november 1995, C-244/94 (Fédération Française des sociétés d'assurance e.a. vs. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche), *SEW* 1997, 446-448.

HANCHER, L. en EVANS, S., "Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?" *NTER* 2006, nr. 7, 153-159.

HESSEL, B., "De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 1", *De Europese Gemeente*, 2006/5, 4-7.

HESSEL, B., "De vier vrijheden en decentrale overheden: deel 2," *De Europese Gemeente*, 2006/6, 4-7.

HESSEL, B., "Gemeenten en de dienstenrichtlijn (1)," *de Gemeentestem*, 7296, 10 maart 2007, 113-125.

Houben, I., "Public service obligations: moral counterbalance of technical liberalization legislation?" *ERPL* 2008, nr. 1, 7-27.

HUBER, M., MAUCHER, M. en SAK, B., *Study on social and health services of general interest in the European Union – Final synthesis report*, Prepared for DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, DG EMPL/E/4, VC/2006/0131, 372 p.

IDOT, L., "Concurrence et services d'intérêt général, bref bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam, » in J.V. LOUIS en S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 39-63.

JONES, A. en SUFRIN, B., *EC Competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1418 p.

JORENS, Y., "De interne markt en de gezondheidszorg in Europa," in X., *Sociale zekerheden in vraagvorm – Liber Amicorum Jef Van Langendonck*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 185-199.

JORENS, Y., "Het Europees sociaalzekerheidsrecht: quo vadis?" in A. VAN REGENMORTEL e.a., *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, Die Keure, 2007, 1-171.

KURCZ, B. en VALLINDAS, D., « Can general measures be...selective ? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition," *CMLR* 2008, 159-182.

LENAERTS, K., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 900 p.

LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2008, 591 p.

LOUIS, F. en VALLERY, A., " Ferring revisited: the Altmark case and state financing of public service obligations," *WComp* 2004, nr. 27, 53-74.

LOUIS, J-V et RODRIGUES, S., *Les services d'économie général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 450 p.

LYNSKEY, O., « The application of article 86(2) EC to measures which do not fulfil the Altmark criteria ; Institutionalising incoherence in the legal framework governing state compensation of public service obligations, » *WComp* 2007, nr. 30, 1, 153-168.

MAILLO, J., « Article 86 EC : Services of general interest and EC Competition law," in X., *EC Competition law. A critical assessment*, Oxford, Hart, 2007, 591-625.

MEULMAN, J., "Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?" *SEW* 2004, nr. 3, 98-107.

NICOLAIDES, P., « Compensation for public service obligations : the floodgates of state aid ? » *ECLR* 2003, 561-573.

NICOLAIDES, P., KEKELEKIS, M. en BUYSKES, P., *State aid policy in the EC, A guide for practitioners*, International competition law series, The Hague, Kluwer law international, 2005, 136 p.

NYSENS, H., " The General block exemption regulation (GBER): bigger, simpler and more economic," *EC Competition policy newsletter*, nr. 3, 2008, 12-18.

PARRET, L., "Staatssteun: een nieuw elan," *NjW* 2005, 1338-1345.

PASSCHIER, C., "The point of view of the ETUC," *BCLR* 2006, 141-151.

ROSS, M., "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?" *ELR* 2000, 22-38.

SAANEN, N., "Het voorstel voor een Algemene groepsvrijstellingsverordening: consolidatie, harmonisatie en simplificatie," *NTER* 2007, nr. 11, 226-231.

SCHILD, F., "Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier," *AA* 2006, 182-187.

SCHNELLE, U., "Bidding procedures in EC State aid surveillance over public services after Altmark trans," *ESTAL* 2003, nr. 3, 411-413.

SEVINGA, K., "De de-minimissteunverordening: enkele belangrijke vernieuwingen," *NTER* 2007, nr. 4, 60-63.

SINNAEVE, A., "Block exemptions for state aid: more scope for state aid control by member states and competitors," *CMLR* 2001, nr. 38, 1479-1501.

SINNAEVE, A., "State financing of public services: The Court's dilemma in the Altmark case," *ESTAL* 2003, nr. 3, 351-363.

SLOCOCK, B., "Commission adopts Regulation exempting state aid for employment from notification under article 88(1)," *EC Competition policy newsletter*, nr. 1, Spring 2003, 21-23.

SMITH, R., "Old wine in new bottles? From the country of origin principle to the freedom to provide services in the European Community directive on services in the internal market," Europa Institute, Mitchell working paper series, 6/2007, 24 p.

SVANE, L., "Public service compensation in practice: Commission package on state aid for services of general economic interest," *EC Competition policy newsletter*, autumn 2005, nr. 3, 34-37.

SZYSZCZAK, E., "Public service provision in competitive markets," *YEL* 2001, 35-77.

TOSICS, N. en GAAL, N., "Public procurement and state aid control – the issue of economic advantage," *EC Competition policy newsletter* 2007, nr. 3, 15-18.

VAN DE GRONDEN, J.W., "Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?" *SEW* 2007, nr. 10, 399-421.

VAN DEN BOSSCHE, A.M., "Mededingingsregels voor ondernemingen naar Europees en Belgisch recht. Achtergrond en rechtsvergelijkend overzicht," in Y. MONTANGIE, *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 1- 45.

VAN DEN BOSSCHE, A.M., "Vestiging en overname van zieken- en rusthuizen in de interne markt," n.n.g.

VAN RAEPENBUSCH, S., "Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social," in J.V. LOUIS en S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 99-161.

VON BUTTLAR, L, WAGNER, Z. en MEDGHOUL, S., "State aid issues in the privatisation of public undertakings – Some recent decisions," *EC Competition policy newsletter* 2008, nr. 2, 77-81.

VON BUTTLAR, L. en MEDGHOUL, S., "The principle of incentive effect applied to training aid-Some recent cases," *EC Competition policy newsletter*, nr. 3, 2008, 85-88.

WINTER, J., noot bij C-88/03, Portugese Republiek v. Commissie, 6 september 2006, *CMLR* 2008, 183-198.

Documenten

VLAB, *Jaarverslag 2007*, 47 p.

VSA WSE, *Jaarverslag Subsidieagentschap WSE, 2007*, 62.

VVSG & POLITEIA, *Als lokaal bestuur werk maken van werk*, Regiehandboek diensteneconomie voor lokale besturen, Brussel, Politeia, 2007, 104-106.

X., *OZZA rapport: Ondernemen zonder zorgen en zonder aandeelhouders? Pleidooi voor onbeperkte economische activiteiten voor VZW's en stichtingen naar Belgisch recht*, 2006, 62-64.

X., Factsheet loonkostensubsidies en staatssteun, 15 mei 2007, 4, www.europadecentraal.nl .

X., *Transforming Britain's labour market: Ten years of the New Deal*, Department for work and pensions, 2008, 4, <http://www.workandpensions.gov.uk> .

X., *Handreiking Diensten van algemeen economisch belang en staatssteun*, Europa decentraal & ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties, 2008, 75 p.

X., *Screening en notificatie van regelgeving in het kader van de Dienstenrichtlijn: Een handreiking voor gemeenten, provincies en waterschappen*, Europa Decentraal, April 2008, 23 p.

X., Praktijkvraag "De dienstenrichtlijn en DAEB/DAB," 14 juli 2008, www.europadecentraal.nl .

X., "Ook relanceplan voor beschutte werkplaatsen in crisis," *De Standaard*, 3 februari 2009, www.standaard.be en X., Relanceplan voor beschutte werkplaatsen, www.werk.be .

Beleidsbrieven en nota's

Beleidsnota Sociale Economie, Kathleen Van Brempt, 2004 -2009, 67.

Beleidsbrief Sociale Economie, Kathleen Van Brempt, 2007-2008, 5.

Beleidsbrief Sociale economie, Kathleen Van Brempt, 2008-2009, 18.

Geraadpleegde websites

www.aandeslag.be .

<http://eur-lex.europa.eu> .

<http://europa.eu> .

<http://europa.eu/competition> .

<http://europa.eu/social> .

www.europadecentraal.nl .

www.buurtdienst-isis.be .

www.hefboom.be .

www.kleis.be .

www.lokalediensteneconomie.be .

www.delni.gov.uk/newdeal

www.onss.fgov.be .

www.rva.be .

www.socialeconomie.be .

www.socialeconomy.be .

www.standaard.be .

www.trividend.be .

www.sln.be .

www.sst.be .

www.vdab.be .

www.vlab.be .

www.vosec.be .

www.vvsg.be .

www.werk.belgie.be .

www.werk.be .

www.workandpensions.gov.uk .