

Tilburg University

## Steunmaatregelen voor ziekenhuizen en diensten van algemeen economisch belang

Hancher, L.; Sauter, W.

*Published in:*  
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Hancher, L., & Sauter, W. (2010). Steunmaatregelen voor ziekenhuizen en diensten van algemeen economisch belang: Doelmatigheid niet vereist? *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 16(9), 226-234.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Steunmaatregelen voor ziekenhuizen en diensten van algemeen economisch belang: doelmatigheid niet vereist?

Prof. dr. L. Hancher en prof. mr. W. Sauter \*

De Europese regels over staatssteun kunnen in het geding komen bij de financiering van openbaredienstverplichtingen zoals die bijvoorbeeld bestaan in de ziekenhuiszorg. Daarbij staat de ruimte die hiertoe aan de lidstaten wordt gelaten nog volop ter discussie, bijvoorbeeld ten aanzien van Protocol 26 van het Werkingsverdrag (Wv) betreffende de diensten van algemeen (economisch) belang. Het staatssteunregime van de EU voorziet sinds 2003 in een toets voor openbaredienstverplichtingen op basis van de voorwaarden gesteld in het *Altmark*-arrest.<sup>1</sup> Indien hieraan wordt voldaan is geen sprake van steun maar van compensatie. Wordt aan deze toets niet voldaan, dan kan vervolgens eventueel op basis van artikel 106 lid 2 Wv worden bepaald of sprake is van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) die verenigbaar is met de interne markt. Het kader dat hierbij wordt gehanteerd is het zogenoemde DAEB-pakket (ook wel: 'Monti-pakket') uit november 2005.<sup>2</sup> Het belangrijkste verschil tussen de twee toetsen zit in de wijze waarop wordt omgegaan met het doelmatigheidsvereiste. De hier te bespreken beschikking van de Europese Commissie illustreert bovenstaand punt.

*Europese Commissie, Beschikking van 28 oktober 2009, Steunmaatregel NN 54/2009 (ex CP244/2005) – België. Financiering van openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk van het Brussels hoofdstedelijk gemest.*

## Inleiding

De beschikking van de Commissie ten aanzien van financiering van openbare ziekenhuizen van het zogenoemde IRIS-netwerk van openbare ziekenhuizen in Brussel (hierna: de beschikking) van november 2009 is een primeur. Het is namelijk de eerste uitgebreide Europese beschikking ten gronde over de toepassing van staatssteunregels op de financiering van ziekenhuizen. Tot nu toe heeft de Commissie over dit onderwerp met betrekking tot andere lidstaten enkele klachten afgewezen,<sup>3</sup> ofwel kwam zij tot de conclusie dat de desbetreffende nationale maatregel geen steun inhield.<sup>4</sup> En ofschoon de Commissie inmiddels wel een aantal beschikkingen heeft aangenomen ten aanzien van de financiering van de zorgverzekeraars in Ierland en in Nederland<sup>5</sup> – en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Unie in het *BUPA*-arrest een belangrijke uitspraak heeft gewezen ten aanzien van de Ierse beschikking<sup>6</sup> – is de zaak die hier wordt besproken de eerste waarin de Commissie direct ingaat op de veelal ondoorzichtige wereld van de ziekenhuisfinanciering.

\* Prof. dr. L. Hancher is verbonden aan het Tilburg Law and Economics Centre (TILEC) en is daarnaast werkzaam bij Allen & Overy. Prof. mr. W. Sauter is verbonden aan het Tilburg Law and Economics Centre (TILEC) en is daarnaast werkzaam bij de Zorgautoriteit (NZa).

1. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark Trans)*, Jur. 2003, p. I-7747.  
2. Beschikking 2005/842/EG 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, Pb. EG 2005, L 312/0067; Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, Pb. EU 2005, C 297/4. De beschikking trad op 19 december 2005 in werking, de kaderregeling op de datum van publicatie (29 november 2005)

3. GvEA 11 juli 2007, zaak T-167/04, *Asklepios Kliniken GmbH/Commissie*, Jur. 2007, II-2379.  
4. GvEA 18 november 2005, zaak T-397/03, *Fédération de l'hospitalisation privée*, Pb. EU 2006, C 22/25.  
5. Beide zaken betroffen risicoverevening. Besluit van de Commissie van 13 mei 2003 met betrekking tot staatssteun N 46/2003 – Ierland – risk equalisation scheme in the Irish health insurance market. Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 met betrekking tot staatssteun N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland – risicovereveningssysteem en behoud van reserves.  
6. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81.

Het optreden van de Commissie in deze zaak werkt sterk de indruk dat zij hier slechts met tegenzin tot een onderzoek overging. Twee verenigingen die optreden namens privaatrechtelijke ziekenhuizen in Brussel dienden in september 2005 een klacht in. Pas bijna drie jaar later wees de Commissie deze klacht (al dan niet formeel) af. De klagers gingen in beroep bij het Gerecht maar ondertussen – en na een informele bijeenkomst bij het Gerecht in juli 2009 – kwam de Commissie alsnog met haar huidige, uitgebreid gemotiveerde, beschikking van zeventig pagina's op 28 oktober 2009. (Het beroep van de klagers tegen de eerdere 'vermeende' beschikking werd door het Gerecht zonder uitspraak afgedaan.<sup>7</sup>) Na vier jaren van corresponderen en procederen van de kant van de klagers moeten deze nu genoeg nemen met een beschikking gebaseerd op de eerste fase van de staatssteunprocedure. De Commissie heeft het namelijk niet noodzakelijk geacht om de tweede (ofwel contentieuze) fase te openen. De klagers zijn in beroep gegaan tegen deze beschikking.<sup>8</sup>

## Achtergrond

### De begunstigde openbare ziekenhuizen

Het gaat in deze zaak over de vijf openbare algemene ziekenhuizen in het Brussels Hoofdstedelijk gewest (hierna: Brussel) die gezamenlijk de IRIS-Z (ziekenhuizen) vormen. De organisatie en de werking van deze vijf ziekenhuizen waaronder hun financiering zijn vanaf 1996 omschreven en nader uitgewerkt in plannen die door de zogenoemde Iriskoepel zijn vastgesteld. Deze Iriskoepel staat onder toezicht van de overheid en bestaat zelf in meerderheid uit vertegenwoordigers van de Brusselse gemeentelijke sociale diensten ofwel OCMW's (Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn), met daarnaast vertegenwoordigers van de artsenvereniging en de Brusselse universiteiten ULB en VUB.

Het IRIS-concept is het resultaat van een grondige herstructurering van de financiering van en toezicht op ziekenhuizen in België die dateert van 1995. Beknopt samengevat heeft de regering van Brussel besloten om een lening van ongeveer 100 miljoen euro via de gemeenten aan de IRIS-Z-ziekenhuizen te verstrekken met als doel de rekening van de ziekenhuizen weer in evenwicht te brengen. (Zoals per 31 december 1999 inderdaad het geval was, tegenover een gecumuleerd tekort van bijna 200 miljoen euro op 31 december 1995, het jaar van de genoemde steunmaatregel.)

### Bronnen van financiering

Het systeem van overheidsfinanciering voor de (openbare) ziekenhuizen in België blijft (zelfs na de genoemde hervormingen in 1996) complex. Tijdens de periode die het onderzoek beslaat, ontvingen de Belgische ziekenhuizen ter vergoeding van hun op nationaal niveau geformu-

leerde openbaredienstverplichting (waarover later meer) zes soorten financiering.<sup>9</sup> Vijf hiervan hebben alle (ook niet-openbare) ziekenhuizen, waaronder de IRIS-Z, gemeen.

De betreffende ontvangsten en financiering zijn uiteengezet in de beschikking,<sup>10</sup> te weten:

- bedragen van de ziekte- en invaliditeitsverzekeringen – die slechts een deel van de kosten dekken welke de ziekenhuizen maken;
- geheel of gedeeltelijke teruggave van de honoraria van ziekenhuisgeneesheren (alle bedragen door de patiënten te betalen ter vergoeding van de prestaties van de medisch specialisten worden centraal geïnd en herverdeeld);
- vergoeding van de werkingskosten via het budget van financiële middelen (BFM) – een vergoeding van de 'verpleegdagprijs'. In eerste instantie werd de verpleegdagprijs doorberekend aan de patiënt maar vergoed via de verzekeringsinstellingen. In 2002 werd dit systeem aangepast tot een soort 'raming' van geschatte kosten. Het BFM, dat zeer complex is, omvat mede de specifieke kosten van een ziekenhuis met een op sociaal maatschappelijk vlak zeer zwak patiëntenprofiel;
- investeringssubsidies – bedoeld om investeringskosten te dekken met betrekking tot de bouw en herinrichting van ziekenhuizen alsmede de aanschaf van apparatuur;
- schadeloosstelling – toegekend voor kosten die gemaakt worden in verband met de uitwerking van bouwprojecten of kosten die gepaard gaan met de sluiting van een ziekenhuis.

De zesde bron van financiering heeft slechts betrekking op de openbare ziekenhuizen waaronder de IRIS-Z en beslaat een aanvullende financiering door de gemeente waarmee tekorten van de openbare ziekenhuizen kunnen worden aangezuiverd.<sup>11</sup>

### De openbaredienstverplichtingen

De IRIS-Z kennen behalve de genoemde openbaredienstverplichting die geldt voor alle ziekenhuizen en wettelijk is vastgesteld op nationaal niveau (in de ziekenhuiswet) ook een aanvullende openbaredienstverplichting die is geformuleerd door hun koepelorganisatie (en daarmee door de lagere overheidsorganisaties die daarin de meerderheid hebben). Het gaat om de plicht eenieder te behandelen (ook buiten de spoedeisende eerste hulp) en om een volledig pakket aan ziekenhuisvoorzieningen te bieden op al hun locaties.

Aan de IRIS-Z zijn verder via de strategische plannen van de IRIS-Z ook een aantal niet-ziekenhuisgebonden of wel 'sociale' openbaredienstverplichtingen opgedragen. Deze sociale taken (die worden gedelegeerd door de betrokken

7. GvEA 5 mei 2010, gevoegde zaken T-128/08 en T-241/08, *CBI en ABISP/Commissie*, Pb. EU 2010, C 195/17.

8. GvEA 17 maart 2010, zaak T-137/10, *Coordination bruxelloise d'Institutions sociales et de santé (CBI)/Commissie*, Pb. EU 2010, C 148/38.

9. Gecoördineerde wet op de ziekenhuizen van 7 augustus 1987, *Belgisch Staatsblad* 25 december 1987, gewijzigd en vervangen door de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, gecoördineerd op 10 juli 2008, *Belgisch Staatsblad* 7 november 2008. Art. 2 van deze wet omschrijft de definitie van ziekenhuis, en voegt (sinds de wijziging in 2008) daaraan toe 'deze ziekenhuizen vervullen een opdracht van algemeen belang'.

10. Beschikking, punten 29-48.

11. Beschikking, punten 43-48.

OCMW's) worden gefinancierd op basis van toekenning van bijzondere subsidies door de gemeenten van Brussel op basis van een overeenkomst tussen de gemeenten en de IRIS-Z.

Ten slotte zijn de IRIS-Z verplicht ervoor te zorgen dat een groot deel van hun personeel tweetalig is. Deze verplichting is niet opgelegd aan private ziekenhuizen in Brussel of welke ziekenhuizen dan ook elders in België en de kosten worden geraamd op 4 miljoen euro per jaar.

### De klacht

De klagers vechten niet al deze subsidies aan – zij betwisten slechts de vergoeding van de sociale openbare dienstverplichtingen, de subsidies voor het aanzuiveren van tekorten en de eenmalige subsidie voor herstructurering uit 1995.

Volgens de klagers bestaat er geen openbare dienstverplichting die eigen zou zijn aan de IRIS-Z. De enige verplichtingen die bestaan zijn die welke worden opgelegd door de Ziekenhuiswet, welke zonder onderscheid gelden voor alle ziekenhuizen, ongeacht hun publieke of privaatrechtelijke status, en zowel betreffende spoedeisende als electieve zorg. De bezwaren van de klagers concentreren zich op het feit dat het systeem op federaal niveau gelijk is voor openbare en private ziekenhuizen, terwijl op plaatselijk niveau alleen openbare ziekenhuizen voor hun tekorten worden gecompenseerd, en op regionaal niveau aanvullende ad hoc-subsidies eveneens uitsluitend aan openbare ziekenhuizen worden betaald. Zij stellen dat de private ziekenhuizen dientengevolge moeten bezuinigen danwel hun capaciteit moeten verminderen of dat zij zelfs gedwongen worden te sluiten. Daartegenover staat dat volgens studies, uitgevoerd voor de Belgische overheid, de kosten per ziekenhuisdag in een openbaar ziekenhuis 21 euro meer bedragen dan in een privaat ziekenhuis.<sup>12</sup>

## Procedure

Aangezien de klacht dateerde van oktober 2005 – en aangezien volgens artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999<sup>13</sup> de bevoegdheid van de Commissie om steun terug te vorderen na een termijn van tien jaar verjaart – is het feit dat de oorspronkelijke herstructurering in 1995 plaatsvond niet zonder betekenis. De genoemde verjaringstermijn heeft weliswaar geen invloed op de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie maar heeft wel betrekking op de (on)mogelijkheid om eventueel onrechtmatig verleende steun terug te vorderen. De beschikking heeft betrekking op overheidssteun gedurende de periode vanaf oktober 1996, maar met inbegrip van de steun ten behoeve van de herstructurering van 1995.

12. Volgens een rapport van de Belgische Mutualités Chretiennes besproken door David Lienard, 'Hôpitaux privés/Hôpitaux publics: financement, déficits, patientèle sociale' in MC informations 211, februari 2004, p. 10 (met statistische bijlagen) was dit het verschil per dag tussen openbare (258 euro) en private ziekenhuizen (237 euro) in 2003.
13. Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, Pb. EG 1999, L 83/1.

Aangezien zoals wij later zullen zien de onderzochte maatregelen in overeenstemming zijn met de bepalingen van het DAEB-pakket van 28 oktober 2005 (ook wel het Monti-pakket genoemd), komen de Belgische maatregelen (vanaf 19 december 2005) in aanmerking voor vrijstelling van de verplichting tot aanmelding van artikel 108 lid 3 Wv. In de DAEB-beschikking is namelijk expliciet een dergelijke bepaling opgenomen met betrekking tot compensatie voor de openbare dienst welke wordt toegekend aan ziekenhuizen.<sup>14</sup> De eerder genomen (en niet aangemelde) steunmaatregelen worden als onrechtmatig beschouwd. Omdat alle beoordeelde maatregelen echter voldoen aan de eisen van artikel 106 lid 2 Wv zijn zij desondanks verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

## De beschikking: beoordeling door de Commissie

Ten eerste vond de Commissie het noodzakelijk om alle vormen van financiering te bestuderen die de IRIS-Z als DAEB-compensatie hebben ontvangen (zowel voor intramurale als extramurale zorg, alsook de sociale diensten). Zij deed dit gelet op de voorschriften van het arrest in de zaak *Deutsche Post*<sup>15</sup> waarin het Gerecht heeft bepaald dat de Commissie verplicht is om nauwkeurig en zorgvuldig onderzoek te doen om tot een oordeel te komen of het *totale steunbedrag* bij wijze van compensatie voor de uitvoering van een DAEB niet groter is dan de nettokosten daarvan.

De aanpak van Commissie was om eerst te onderzoeken of er inderdaad sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 Wv en om daarna op het verweer van de Belgische staat in te gaan dat was gebaseerd op het *Altmark*-arrest. Daarom onderzocht de Commissie of sprake was van (1) ondernemingen, die (2) door staatsmiddelen (3) selectief werden bevoordeeld (4) ten nadele van de tussenstaatse handel.

### Het ondernemingsbegrip

De Belgische autoriteiten stelden dat ten aanzien van ziekenhuizen geen sprake zou zijn van economische activiteiten, aangezien zij volledig gebaseerd zouden zijn op het solidariteitsbeginsel.

De Commissie daarentegen bepaalde dat, gelet op de vaste rechtspraak,<sup>16</sup> het economische karakter van de ziekenhuisactiviteiten vaststond. De hoofdactiviteiten van de IRIS-Z, welke bestaan uit medische verzorging en spoedeisende hulp (dus intramurale zorg), zijn activiteiten die

14. Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005, art. 2 sub c.
15. GvEA 1 juli 2008, zaak T-266/02, *Deutsche Post/Commissie*, Jur. 2008, p. II-1233.
16. HvJ EG 23 maart 2006, zaak C-237/04, *Enirisorse SpA/Sotacarbo SpA*, Jur. 2006, p. I-2843; HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Klaus Höfner en Fritz Elser/Macrotron GmbH*, Jur. 1991, p. I-1979; HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, *Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfond Medische Specialisten*, Jur. 2000, p. I-6451.

ook worden uitgevoerd door andere soorten instellingen waaronder private ziekenhuizen. Hoewel het solidariteitsaspect een rol speelt in de beoordeling, is het dus niet van essentieel belang,<sup>17</sup> zeker nu de private ziekenhuizen hetzelfde type intramurale zorg verlenen (ook al zou deze mogelijk niet helemaal identiek zijn).

Opmerkelijk hierbij is dat de Commissie met betrekking tot extramurale zorg een verdere analyse van het economische karakter van de bewuste extramurale activiteiten niet noodzakelijk acht omdat zij meteen al van oordeel is dat de betreffende subsidies als met de gemeenschappelijke markt verenigbare steun zouden worden beschouwd.<sup>18</sup>

### Door de staat of met staatsmiddelen gefinancierde maatregelen

Aangezien de betrokken maatregelen en hun financiering (zowel op federaal als op regionaal en lokaal niveau) ingevolge de wet en regelgeving uitgaan van de bevoegde overheden, kan volgens de Commissie niet worden betwist dat ze toerekenbaar zijn aan de staat.

### Selectiviteit

Ten aanzien van intramurale zorg beschouwt de Commissie de maatregelen als selectief aangezien de betreffende openbaredienstverplichtingen alleen aan de IRIS-Z worden opgedragen – en ook alleen zij daarvoor werden gecompenseerd. Andere gezondheidsinstellingen werden hiervan immers uitgesloten. De Commissie ging in dit verband niet nader in op de vraag of sprake was van economisch voordeel of, zoals de Belgische overheid aanvoerde met een beroep op het *Altmark*-arrest,<sup>19</sup> slechts van compensatie voor openbaredienstverplichtingen. (Dit punt werd apart behandeld na afronding van de beoordeling of aan de overige voorwaarden voor het bestaan van steun was voldaan.)

### Negatieve invloed op de handel tussen de lidstaten

Ten aanzien van dit punt wees de Commissie op het feit dat verschillende ondernemers aanwezig zijn op de markt en de positie van de begunstigde ondernemingen wordt versterkt zodat het bestaan van een negatieve invloed op het handelsverkeer niet kan worden uitgesloten. Daarnaast is (zij het in beperkte mate) sprake van grensoverschrijdende mobiliteit van patiënten voor zowel intramurale als extramurale zorg.

Concluderend stelde de Commissie dan ook vast dat de gewraakte financiering a priori staatssteun is in de zin van artikel 107 lid 1 Wv. Vervolgens ging zij over tot beantwoording van de vraag of eveneens sprake was van staatssteun in de zin van het arrest *Altmark*.

### De Altmark-criteria: staatssteun of compensatie?

De bekende vier cumulatieve criteria van het *Altmark*-arrest kunnen als volgt worden samengevat:

- definitie en taakopdracht van de openbare dienst;
- parameters van compensatie;
- afwezigheid van overcompensatie;
- openbare aanbesteding of kosten van een doelmatige onderneming.

Op basis van het *BUPA*-arrest van het Gerecht uit 2008 geldt dat deze *Altmark*-criteria ex tunc moeten worden toegepast,<sup>20</sup> dus zelfs wat betreft subsidies die zijn toegekend aan de IRIS-Z voordat het arrest *Altmark* zelf werd gewezen. De Commissie probeert vervolgens de analyse te vereenvoudigen door in eerste instantie slechts twee van de vier genoemde *Altmark*-criteria te beoordelen:

- in de eerste plaats om te analyseren of het hier inderdaad gaat om ondernemingen die belast zijn met een DAEB (het eerste criterium);
- en vervolgens te onderzoeken of de keuze van de onderneming in het concrete geval is gemaakt op basis van het vierde criterium.

### Belast zijn met een DAEB

Ten aanzien van het eerste *Altmark*-criterium herinnert de Commissie aan de ruime discretionaire bevoegdheid van de lidstaten in deze sector – zoals bevestigd in het al genoemde *BUPA*-arrest:<sup>21</sup> de gezondheidsector valt nagenoeg uitsluitend onder de bevoegdheid van de lidstaten. Daarom is de controle door de Commissie beperkt tot het zoeken naar een kennelijke beoordelingsfout.

Ten aanzien van de intramurale zorg is de Commissie van mening dat de communautaire eisen ten aanzien van de aanwijzing als DAEB vervuld zijn. Het federale stelsel ten aanzien van de openbaredienstverplichting zou in de ziekenhuiswet gedetailleerd omschreven zijn, meer in het bijzonder zouden de verplichte en solidaire aard daarvan eenduidig zijn. Ten aanzien van de specifieke openbaredienstverplichtingen van de IRIS-Z stelde de Commissie vast dat deze waren opgelegd op basis van de wet betreffende de OCMW's<sup>22</sup> en in de strategische IRIS-plannen die door de IRIS-koepel waarin de OCMW's zitting hebben worden vastgesteld (en 'welke gelijk moet worden gesteld met een overheidsorgaan'). De IRIS-Z hebben de verplichting om eenieder op eenvoudig verzoek elk type ziekenhuisdienst te verstrekken in een kader waar op iedere vestiging alle gangbare ziekenhuisdiensten beschikbaar dienen te zijn. In tegenstelling tot de private ziekenhuizen die vrij zijn hun patiënten te kiezen en hun activiteiten te organiseren, hebben de IRIS-Z geen ruimte met betrekking tot de omschrijving en organisatie van de genoemde

17. HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, Jur. 1995, p. I-4013.

18. Beschikking, punt 111. Dit is opmerkelijk omdat juist hier toetreding, bijv. door middel van aanbesteding, voor de hand zou liggen als privaats alternatief voor het IRIS-netwerk.

19. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidentium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark Trans)*, Jur. 2003, p. I-7747.

20. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81.

21. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81, punt 165.

22. Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (OCMW's), *Belgisch Staatsblad* 5 augustus 1976.



verplichtingen.<sup>23</sup> Daarmee staat het bestaan van een openbare dienstverplichting vast: de territoriale beperking van de groep gebruikers doet hieraan niet af.<sup>24</sup>

Ten aanzien van de niet-ziekenhuistaken van de IRIS-Z (sociale hulp, naast medische hulp aan patiënten) is het verplichte karakter van deze sociale taken eveneens enerzijds gebaseerd op de rechtsgrondslag en anderzijds op het feit dat opdrachtnemer van de taken geen speelruimte heeft bij de omschrijving en organisatie daarvan. In wat een cirkelredenering van de Commissie lijkt te zijn, vloeit het solidaire karakter van deze taken voort uit het feit dat de meerkosten die bij de vervulling van de aan de IRIS-Z toegekende taken worden gemaakt ten laste komen van de overheid in het kader van haar bevoegdheid om het sociale beleid vast te stellen.

Hiermee wordt aan het eerste *Altmark*-criterium voldaan voor zowel intra- en extramurale zorg evenals de betreffende sociale taken.

- *Openbare aanbesteding of doelmatige onderneming*

Ten aanzien van het vierde *Altmark*-criterium stelt de Commissie eerst voor alle intramurale en extramurale DAEB die aan de IRIS-Z zijn gedelegeerd vast dat de betrokken partijen niet via een openbare aanbesteding zijn gekozen.<sup>25</sup> (De Commissie zou in een aparte procedure vaststellen of daarbij de aanbestedingsregels zijn geschonden.)

Verder hadden de Belgische staat noch de klagers voldoende informatie verstrekt om te kunnen bepalen of de compensatiemechanismen voor de intra- en extramurale zorg van de IRIS-Z daadwerkelijk en volledig voldoen aan het criterium van de doelmatige onderneming in de zin van het vierde *Altmark*-criterium:

‘Volgens de Commissie kan op basis van de argumentatie van de belanghebbenden niet met absolute zekerheid worden uitgemaakt of bij het vaststellen van het niveau van de noodzakelijke compensatie echt rekening is gehouden met de werkelijke kosten van een gemiddelde onderneming met de door de communautaire rechtspraak verlangde kenmerken en of de IRIS-Z, en ook de privéziekenhuizen die de klacht hebben ingediend, daadwerkelijk zulke representatieve of gemiddelde, goed beheerde referentieondernemingen zijn, zoals in het *Altmark* arrest wordt verlangd.’<sup>26</sup>

Bovendien moest volgens de Commissie een compensatie die in ruil voor het verrichten van een DAEB aan meerdere dienstverleners wordt toegekend en wordt berekend op basis van gemiddelde kosten zonder een bewijs te ver-

langen voor goed beheer onvermijdelijk leiden tot overcompensatie. (NB: later in de beschikking zou de Commissie een omgekeerde redenering hanteren – vergoeding op basis van gemiddelde kosten kan leiden tot ondercompensatie.) Daarom was de Commissie van oordeel dat aan dit vierde *Altmark*-criterium niet werd voldaan.

Omdat de maatregelen in kwestie niet voldoen aan het vierde criterium vormen de maatregelen ook op basis van de *Altmark*-analyse staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 Wv. Hiermee kwam de Commissie tot het derde en laatste onderdeel (dus na de staatssteun en de *Altmark*-criteria onderzocht te hebben) van haar analyse: de vraag of de betwiste steunmaatregelen in het licht van artikel 106 lid 2 Wv verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt.

### Diensten van algemeen economisch belang

Een beroep op artikel 106 lid 2 Wv kan slechts slagen indien de maatregel die ter beoordeling voorligt, voldoet aan de criteria van noodzakelijkheid en evenredigheid evenals aan de volgende voorwaarden:

‘(i) de dienst in kwestie moet een DAEB zijn en door de lidstaat duidelijk als zodanig zijn omschreven; (ii) de onderneming die de DAEB in kwestie verricht, moet daartoe formeel door de lidstaat zijn gemachtigd; (iii) via de toepassing van de in het Verdrag vastgelegde mededingingsregels moet worden voorkomen dat genoemde onderneming aan haar toevertrouwde bijzondere taken vervult en door de vrijstelling van genoemde regels mag het handelsverkeer niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.’<sup>27</sup>

Deze drie criteria zijn door de Commissie uitgewerkt in het voornoemde DAEB-pakket van 2005.<sup>28</sup> Hierbij gaat het vooral om:

- het bestaan van een opdracht waarin beschreven zijn de aard en de duur van de openbare dienst, de betrokken onderneming en het betrokken grondgebied, de aard van alle uitsluitende rechten die de onderneming zijn toegekend, de parameters voor de berekening van de compensatie, evenals de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen;
- de begrenzing van de compensatie tot wat nodig is om de kosten te dekken die voor de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen zijn gemaakt, en het ontbreken van kruissubsidies;
- controle van de overcompensatie door de lidstaten.<sup>29</sup>

Het is gezien de herhaling en overlap van de gehanteerde criteria bij de verschillende toetsen in deze zaak (en vergelijkbare zaken) soms moeilijk om het overzicht te behouden. Het grote inhoudelijke verschil met de *Altmark*-criteria zit hem hierin dat het vierde *Altmark*-criterium (doelmatigheid) niet is opgenomen in de criteria van het DAEB-pakket. Verder is een belangrijk procedureel ver-

23. ‘De verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen indien de dienstverlener verplicht is contracten af te sluiten tegen vaste condities.’ Beschikking, punt 149.

24. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81, punt 186.

25. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Pb. EG 2004, L134/114.

26. Beschikking, punt 161.

27. Beschikking, punt 165.

28. Zie Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005.

29. Beschikking, punt 167.

schil dat het DAEB-pakket en de daarin neergelegde meer gedetailleerde criteria ter uitwerking van artikel 106 lid 2 Wv slechts gelden vanaf november (de kaderregeling) respectievelijk december (de beschikking) 2005, terwijl het *Altmark*-arrest ex tunc geldt.<sup>30</sup>

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de door de Commissie uitgevoerde toets op noodzakelijkheid en de evenredigheid.

### Noodzakelijkheid

Zoals het Gerecht al aangaf in het *BUPA*-arrest beschikt de lidstaat over een ruime beoordelingsmarge, niet alleen bij de definitie van een DAEB maar ook bij de bepaling van de compensatie van de kosten.<sup>31</sup> Daartoe dienen de autoriteiten wel de compensatieparameters voor de subsidiabele kosten te vermelden zodat de Commissie kan nagaan of de toegekende compensatie is afgestemd op wat nodig is. Dit is een lichte toets: de opdracht moet de noodzakelijke basiselementen bevatten om de toekomstige compensatie te berekenen. De lidstaten behouden echter de vrijheid parameters naar keuze vast te stellen.

Het eerste deel van het te onderzoeken verenigbaarheids-criterium betreffende de omschrijving van en machtiging tot de DAEB-verplichtingen, valt grotendeels samen met het eerste *Altmark*-criterium. De Commissie wijst er eveneens op dat op grond van constante rechtspraak, het feit dat de onderdelen van de machtiging in diverse wet- of regelgeving zijn vastgesteld en/of voortvloeien uit het geheel van toepasselijke teksten geen twijfels oproept over de naleving van deze criteria. Dit is weliswaar in lijn met de praktijk tot dusver maar wel verrassend als men kijkt naar de opsomming van factoren in het DAEB-pakket zelf waaraan de aanwijzing als DAEB zou moeten voldoen (zie het eerste streepje van de voorgaande opsomming en noot 40 hierna).

Minder verrassend is dat Commissie dan ook tot de conclusie komt dat de grondslagen waarop de bevoegde overheid de ziekenhuizen financiert, duidelijk in wet- en regelgeving is omschreven. Voor wat betreft de compensatie van de tekorten als gevolg van openbaredienstverplichtingen welke uitsluitend aan de openbare ziekenhuizen zijn opgedragen (met inbegrip van de IRIS-Z) merkt de Commissie op dat de ziekenhuiswet van tevoren duidelijk de compensatiecriteria vaststelt en tevens specifieke voorschriften voor de compensatie van de subsidiabele verliezen van de openbare ziekenhuizen vermeldt. Deze compensatie is niet gebaseerd op de werkelijke kosten maar op het gemiddelde van een groep vergelijkbare ziekenhuizen.

De Commissie komt vervolgens zonder verder onderzoek naar de kosten tot de opmerkelijke conclusie dat het voorgaande voor bepaalde partijen kan leiden tot een ondercompensatie. Bijgevolg wordt de compensatie noodzakelijk geacht en dat niet alleen om de daadwerkelijk gemaak-

te kosten voor de uitvoering van deze taken krachtens de ziekenhuiswet te compenseren. Deze compensatie van tekorten zou namelijk ook uit gezondheids oogpunt en om sociale redenen noodzakelijk zijn teneinde de continuïteit en de levensvatbaarheid van het systeem te waarborgen dat waarschijnlijk niet zou kunnen functioneren indien er uitsluitend een beperkt aantal private ziekenhuizen actief zou zijn.<sup>32</sup> Vanuit deze optiek kan er nooit sprake zijn van overcompensatie. Wat deze observatie nog opmerkelijker maakt, is dat eerder in deze beschikking dezelfde vergoeding op basis van gemiddelde kosten in die context werd gezien als bewijs van het feit dat overcompensatie mogelijk was, en dus niet voldaan werd aan het vierde *Altmark*-criterium.

Voor wat betreft de sociale taken volgde uit een beknopte analyse dat de kostenparameters eveneens van tevoren kunnen worden vastgesteld.

Daarna gaat de Commissie in op de vraag of de bepalingen om eventuele overcompensatie te voorkomen en te corrigeren voldoende zijn. Voor wat betreft de door de nationale overheid verleende compensatie van de tekorten als gevolg van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen van de openbare ziekenhuizen constateert de Commissie dat deze compensatie beperkt blijft tot het saldo van de nettokosten van de desbetreffende openbare diensten. De compensatie blijft binnen de regels van het DAEB-pakket – dus 100 procent van de subsidiabele nettokosten plus een redelijke winstopslag. De regionale herstructureringssteun die in 1995 werd verleend door Brussel had betrekking op al verrichte openbaredienstverplichtingen waarvan de compensatieparameters naar behoren zijn omschreven. Voorts schiet het gewest slechts tijdelijk geld voor in afwachting van de vaststelling en aanzuivering (NB: tien jaar later...) van het definitieve tekort met betrekking tot de openbaredienstverplichtingen door de federale instanties. De kosten voor de via de IRIS-Z koepel door de OCMW's gedelegeerde openbaredienstverplichtingen en sociale taken worden tenslotte niet automatische vergoed maar uitsluitend wanneer word voldaan aan (niet nader omschreven) door OCMW's gestelde eisen die eventuele onterechte compensatie zouden vermijden.

Daarom constateert de Commissie dat de bedoelde maatregelen voldoen aan het eerste verenigbaarheids-criterium uit het DAEB-pakket, de noodzakelijkheid.

### Evenredigheid

Ook hier haalt de Commissie het *BUPA*-arrest aan, met betrekking tot de controle van de evenredigheid van de compensatie voor de uitvoering van een DAEB die beperkt is tot het onderzoek of die compensatie noodzakelijk is om de betrokken taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden te kunnen vervullen dan wel of de betrokken maatregel kennelijk ongeschikt is ten opzichte van het nagestreefde doel.<sup>33</sup>

30. Zie D. Grespan, 'Services of General Economic Interest', in: W. Mederer, N. Pesaresi en M. van Hoof (red.), *EU Competition Law*, deel IV, State Aid, Boek 2, Leuven: Claeys en Casteels 2008, p. 1123-1208, punt 4.1140 e.v.

31. GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81, punt 214.

32. Beschikking, punt 177.

33. Beschikking, punt 222. Wij vermoeden dat het Gerecht hiermee slechts de noodzakelijkheidstoets en de evenredigheidstoets naast elkaar wilde zetten, om voor de laatste te bepalen dat slechts wordt beoordeeld of het middel kennelijk ongeschikt is.

De Commissie herhaalt voorts de voorschriften van het DAEB-pakket en herinnert eraan dat hier (in tegenstelling tot onder de *Altmark*-toets) het bedrag van de compensatie niet hoeft niet te worden vastgesteld door middel van een vergelijking van de kosten van een doelmatige onderneming. Wanneer de staat aantoonbaar dat de compensatie gelijk is aan de geraamde nettokosten op basis van de parameters die nauwkeurig in het mandaat zijn omschreven, en er in deze zin geen sprake is van overcompensatie, wordt de betreffende compensatie beschouwd als staatssteun die verenigbaar is met het Verdrag. Met andere woorden: de overheid mag de partij die belast is met een DAEB compenseren tot honderd procent van de nettokosten inclusief een redelijke winstopslag, los van elke doelmatigheidsoverweging. Op basis van haar onderzoek van de jaarresultaten van de IRIS-Z (ofwel de resultaten die betrekking hebben op de ziekenhuisactiviteiten en sociale activiteiten, met uitsluiting van de activiteiten anders dan DAEB) komt de Commissie tot de conclusie dat er geen sprake is van overcompensatie.

Dit punt is des te belangrijker naarmate de norm waaraan de bekostiging wordt onderworpen minder strikt is: er blijft dan immers meer financiële ruimte bestaan die kruissubsidies mogelijk maakt. De Belgische staat had informatie verstrekt waaruit blijkt dat voldaan is aan het communautaire vereiste betreffende de verplichting om een gescheiden boekhouding te voeren die een duidelijk beeld geeft van de economische en niet-economische activiteiten van de ziekenhuizen. Dit was voor de Commissie voldoende.

Hiermee werden de maatregelen als niet kennelijk ongeschikt (en dus evenredig) beschouwd.

## Commentaar

### De toepassing van de *Altmark*-criteria

De in deze zaak door de Commissie gekozen aanpak waarbij slechts twee van de vier *Altmark*-criteria werden onderzocht, wordt de laatste tijd vaker gebruikt door de Commissie.<sup>34</sup>

Het is de vraag waarom de Commissie het tweede (duidelijke parameters voor compensatie) en derde (geen overcompensatie) criterium niet heeft toegepast. Dit diende kennelijk om de analyse te vereenvoudigen. Wellicht is ook de aard van de klacht van belang: de klagers vinden dat de IRIS-Z geen eigen openbare dienstverplichting kennen. Verder beschouwen zij de wijze van financiering als illegaal. Misschien wilde de Commissie hier niet twee keer op ingaan? Daarnaast stellen de klagers dat ook al zou het zo zijn dat het federale niveau zodanig is georganiseerd dat aan het tweede *Altmark*-criterium wordt voldaan, hetzelfde niet geldt voor de regionale en lokale niveaus waar het systeem niet transparant is. Omdat de tekorten op lokaal en regionaal niveau achteraf worden gedekt en niet vooraf worden gefinancierd betekent dit dat

het systeem als geheel niet voldoet aan het tweede criterium (anders zouden de tweede en derde criteria dezelfde zijn – i.e. geen overcompensatie). De klagers stellen in hun beroep dan ook dat de Commissie niet voldoende scherp op de criteria voor overcompensatie heeft getoetst en dat ook de transparantie hier tekort schiet.

Aan de andere kant volgt de Commissie evenmin de aanpak van het Gerecht in het BUPA-arrest waar de *Altmark*-criteria inhoudelijk afgezwakt werden (wat ons inziens positief te waarderen is). Daarom wordt dus steun in de zin van artikel 107 lid 1 Wv vastgesteld door het niet voldoen aan het vierde criterium.

### De toepassing van artikel 106 lid 2 Wv en het DAEB-pakket

De criteria van het DAEB-pakket ten aanzien van de aanwijzing worden overboord gegooid – door ten onrechte aan te nemen dat hieraan al bij de toepassing van de *Altmark*-test zou zijn voldaan. Er bestaat echter geen duidelijke wettelijke basis voor de extra diensten waarvan de Commissie stelt dat deze uitsluitend door de openbare ziekenhuizen moeten worden vervuld, terwijl dat wel vereist wordt. De algemene openbare dienstverplichting op nationaal niveau is bovendien feitelijk niet in overeenstemming met het DAEB-pakket omschreven (wellicht is dit de reden waarom op dit punt op *Altmark* wordt geleund).

Er is hier verder een belangrijk verschil tussen de toepassing van de *Altmark*-criteria en de toepassing van het DAEB-pakket: *Altmark* dient om vast te stellen of sprake is van genoten economisch voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 Wv, terwijl het bij artikel 106 lid 2 Wv gaat om het afwegen van belangen. Dit betekent dat de Commissie een aantal *Altmark*-criteria achterwege laat – in het bijzonder het vierde criterium – over openbare aanbesteding en doelmatigheid. Dit is in overeenstemming met het DAEB-pakket, gebaseerd op artikel 106 lid 2 Wv en vastgesteld op grond van artikel 106 lid 3 Wv. Slechts de eerste drie *Altmark*-criteria worden herhaald, maar met aanvullende tests ten aanzien van overcompensatie. Is dit de juiste aanpak?<sup>35</sup>

De doelmatigheidstest wordt vervangen door een toets onder het DAEB-pakket waarin volledige compensatie van kosten toelaatbaar is, zonder welke doelmatigheidsbeoordeling dan ook. Het moge duidelijk zijn dat dit ook vanuit concurrentieel oogpunt schadelijk is. De instrumenten van de Commissie zijn dus beperkt tot het controleren van de financieringsmechanismen om overcompensatie (dus meer dan de gemaakte kosten plus redelijk rendement) op te sporen en concurrenten kunnen niet meedingen om de markt in de vorm van aanbesteding. Dit geeft de DAEB-aanbieders perverse prikkels om hun kosten op te laten lopen en ontslaat de lidstaten van de plicht om ondoelmatige traditionele aanbieders te vervangen en

34. De Commissie onderzocht echter alle vier de criteria in haar Beschikking van 17 juni 2009, State aid No N 582/2008 – Ireland. Health Insurance intergenerational solidarity relief.

35. Ook in GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e.a./Commissie (BUPA)*, Jur. 2008, p. II-81 wordt uitgegaan van overlap. Vergelijk GvEA 6 oktober 2009, zaak T-8/06, *FAB Fernsehen aus Berlin GmbH/Commissie (FAB Fernsehen)*, punten 64 en 65-69.



de kosten te beheersen. Het zal ook steunniveaus niet doen dalen in lijn met het Actieplan voor Staatssteun van 2005. De totale hoeveelheid van de compensatie voor de DAEB is in deze beschikking een cruciaal onderdeel geworden van de belangenafweging bij de toepassing van artikel 106 lid 2 Wv: de Commissie kijkt namelijk helemaal niet naar de onderliggende kosten. Toch is dit het cruciale onderdeel van deze beschikking, die in feite gaat over de financiering van tekorten. Wellicht betreft de relevante vraag dan ook niet zozeer of aan het doelmatigheids criterium is voldaan, alswel de methode om te verzekeren dat (alleen) effectieve kosten worden vergoed. Zoals een van ons onlangs elders heeft betoogd is dit echter een andere toets.<sup>36</sup>

Het is wellicht inderdaad niet aan de Commissie om hier zelf een soort doelmatigheidsmaatstaf te ontwikkelen – maar zij had wel de kosten in de private sector als uitgangspunt kunnen nemen om vervolgens te bekijken of er door de openbare ziekenhuizen aanvullende kosten gemaakt moesten worden teneinde aanvullende taken te kunnen dekken. De Commissie ontwikkelt dit model door te stellen dat de openbare en de private ziekenhuizen verschillende taken hebben, maar het is niet duidelijk of dit onderscheid reëel is.

De klagers stellen bovendien terecht dat artikel 106 lid 2 Wv, omdat het een uitzondering betreft, ook beperkt uitgelegd moet worden, en (meer discutabel, maar volgens ons terecht) dat daarom in lijn met de evenredigheidstoets van dit artikel ook een doelmatigheidstoets moet worden uitgevoerd. Het zou in ieder geval in de rede gelegen hebben dat de Commissie hierop ingegaan zou zijn.

### Toekomstige ontwikkelingen

Op dit moment is een evaluatie van het DAEB-pakket gaande, waarover echter nog niets is gepubliceerd. Wel wordt in het recente Monti-rapport over de interne markt een tip van de sluier opgelicht.<sup>37</sup> Hieruit blijkt dat er nog steeds geen reden zou zijn om een verordening met daarin een kaderregeling voor de toepassing van DAEB's voor te stellen.<sup>38</sup> Toch ziet Monti in het rapport de noodzaak tot aanvulling van het DAEB-pakket ten aanzien van financiële compensatie voor DAEB's van regionale of lokale aard, en van het uitbreiden van de groep diensten die vrijgesteld worden van de aanmeldingsplicht. Ten slotte wordt bepleit om de regels voor openbare aanbesteding beter af te stemmen met die voor compensatie voor openbaredienstverplichtingen. Dit zou feitelijk betekenen dat het vierde *Altmark*-criterium (waarvan een pendant in het DAEB-pakket ontbreekt) verder wordt uitgewerkt.

### Relevantie voor Nederland

Er bestaat nog steeds geen (formele) DAEB-aanwijzing voor Nederlandse zorgmarkten. Weliswaar is in 2005 de basisverzekering door de Europese Commissie als DAEB erkend, maar evenals in de IRIS-Z-casus was de Commissie ook in dit geval coulant genoeg om deze af te leiden uit de algemene context van wet- en regelgeving.<sup>39</sup> Mogelijk heeft hierbij het feit dat het gehele Nederlandse financieringsmodel voor de curatieve zorg hiermee op losse schroeven kon komen te staan een rol gespeeld. Wat de beschikking betreffende de IRIS-Z aantoont, is dat de lat op dit vlak (vooralsnog) nog steeds niet hoog ligt: artikel 2 van de Belgische gecoördineerde wet op de ziekenhuizen omvat in feite niet meer dan een omschrijving van wat onder ziekenhuizen wordt verstaan. Verstandiger zou echter zijn om in plaats van te gokken op de empathie van de Commissie de strengere criteria van het DAEB-pakket te hanteren.<sup>40</sup> Hierdoor wordt niet alleen meer reguleringzekerheid geboden aan marktpartijen maar ontstaat ook een betere basis voor rechterlijke toetsing – zowel Europees als nationaal (DAEB's bestaan immers ook als uitzondering op de Nederlandse mededingingswet, en nationale rechters kunnen ook artikel 106 lid 2 Wv toepassen). Het is echter de vraag of dit past in de huidige praktijk om vooral op ad hoc basis te opereren ten aanzien van DAEB-vragen, en gezien het streven om de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) af te schaffen die een mogelijk handvat voor DAEB's zou kunnen vormen.<sup>41</sup> Verder valt op dat de Commissie nog steeds geen nauwgezette analyse van kosten en baten uitvoert, zelfs wanneer dit op grond van nationale regels wel mogelijk zou zijn. Het wekt evenmin vertrouwen als het gegeven dat tekorten worden gedekt als zodanig een bewijs zou vormen van het solidaire karakter van de betrokken taken. Als ten slotte alle tekorten ex post kunnen worden gedekt, verdwijnt voorts het verschil tussen het tweede *Altmark*-criterium (de parameters van tevoren duidelijk maken) en het derde (geen overcompensatie) *Altmark*-criterium. Dit alles suggereert dat er voorlopig geen strenge discipline voor openbaredienstverplichtingen zal gelden.<sup>42</sup>

### Conclusie

Het eerste criterium van *Altmark* en het DAEB-pakket wordt in deze casus (weer) weinig serieus toegepast: al te

36. Zie L. Hancher en P. Larouche 'Community, state and market', in P. Craig en G. De Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2010.

37. A new strategy for the single market: at the service of Europe's economy and society. Report to the President of the European Commission, José Manuel Barroso, by Mario Monti, 9 May 2010 (vooral punt 3.3. Social services and the single market).

38. Wel ziet zij mogelijkheden om voor bepaalde specifieke DAEB's een regeling op EU-niveau te treffen, te weten voor betaaldiensten respectievelijk bankrekeningen, en voor toegang tot breedbanddiensten.

39. Besluit van de Commissie van 3 mei 2005 met betrekking tot staatssteun N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland – risicovereeningssysteem en behoud van reserves.

40. Een opdracht waarin beschreven zijn (a) de precieze aard en de duur van de openbare dienstverplichtingen; (b) de betrokken onderneming en het betrokken grondgebied; (c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die aan de onderneming worden verleend; (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. Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, Pb. EU 2005, C 297/4, punt 12.

41. Wet cliëntenrechten zorg, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 2, voorstel van wet.

42. Zie echter 2006/513/EG: Beschikking van de Commissie van 9 november 2005 betreffende de steunmaatregelen die de Bondsrepubliek Duitsland voor de invoering van digitale terrestrische televisie (DVB-T) in Berlijn en Brandenburg heeft verleend, Pb. EU 2006, L 200/14, bevestigd in GvEA 6 oktober 2009, zaak T-8/06, *FAB Fernsehen aus Berlin GmbH/Commissie (FAB Fernsehen)*, punt 63 e.v.

gemakkelijk wordt aangenomen dat openbardienstverplichtingen bestaan en goed zijn omschreven. Voorts wordt het vierde *Altmark*-criterium overtroefd door de lossere normen van het DAEB-pakket. Hieruit resulteert een systeem dat voor DAEB-monopolisten perverse prikkels laat voortbestaan die zowel de mededinging in de sector vervalsen als naar alle waarschijnlijkheid resulteren in een suboptimale voorziening van de DAEB zelf. Ook is sprake van een gemiste kans om de doelmatigheidstoets toe te passen nu de Commissie had kunnen beschikken over de goed vergelijkbare gegevens van private ziekenhuizen (die immers voor het merendeel aan dezelfde verplichtingen onderworpen zijn).

Dit alles is naar het zich laat aanzien vooral het gevolg van de voorzichtigheid van de Europese Commissie die ten aanzien van DAEB's alles behalve grove schendingen van het EU-recht buiten schot laat, en al helemaal in de zorg waar de Gemeenschap tot nu toe weinig bevoegdheden heeft (maar deze wellicht wel ambieert).

Een mogelijke uitweg zou kunnen liggen in een strikte toepassing van de openbare aanbestedingsregels op DAEB-situaties. Wellicht is dit ook de richting die wordt gekozen bij de herziening van het DAEB-pakket.<sup>43</sup> Ten slotte is de vraag wat op termijn het nut is van de verschillende elkaar grotendeels overlappende criteria van *Altmark* en het DAEB-pakket – toch niet alleen het ontslaan van de aanmeldingsplicht voor bepaalde groepen partijen? De mogelijkheid voor de Commissie om strenger te zijn louter in die gevallen waar dit wel past binnen het kader van een Europees beleid in een bepaalde sector? Of zijn andere (procedurele) redenen doorslaggevend? In ieder geval is de huidige situatie te verwarrend om te kunnen blijven beweren dat vanwege de al geboden transparantie van de vigerende regels geen DAEB-Verordening meer nodig zou zijn.

43. Vergelijk Office of Fair Trading (OFT) working paper, Competition in mixed markets: ensuring competitive neutrality (juli 2010); en J. Fingleton, 'Reforming public services', speech van 7 juli 2010 (beide op de OFT website).