

Deel II: De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn

177

Prof. mr. E. Steyger¹

The white rabbit put on his spectacles. 'Where shall I begin, please your Majesty', he asked. 'Begin at the beginning', the king said very gravely, 'and go on till you come to the end: then stop'.

Lewis Carroll, Alice's Adventures in Wonderland.

I. Inleiding

Naast de vraag in hoeverre de Richtlijn² het dienstenverkeer zal liberaliseren is het tevens van belang welke effecten de Richtlijn zal hebben op het uitoefenen van de publieke taak door de nationale overheden. Uit deel I blijkt dat de Richtlijn eigenlijk niet bedoeld is om het verschijnsel van de 'publieke taak' te regelen, maar veeleer om het commerciële dienstenverkeer te reguleren. Niettemin betrof veel van de roerige ontstaansgeschiedenis van de Richtlijn wel degelijk de angst dat algemene belangen verwaarloosd zouden worden.

Bedoeld om de opheffing van de belemmeringen die de ontwikkeling van het dienstenverkeer tussen de lidstaten in de weg staan te bewerkstelligen, komt de Richtlijn voort uit een eerder Commissievoorstel dat een aanmerkelijk radicaler systeem beoogde te introduceren. Volgens de 'Bolkesteinrichtlijn'³ zou er een systeem komen waarin de dienstverrichters niet aan de eisen van het land van dienstverrichting behoeven te voldoen, maar slechts aan de eisen van het land van oorsprong. Bovendien waren er allerlei gevoelige onderwerpen in opgenomen, zoals diensten op het gebied van de gezondheidszorg. Dit voorstel sneuvelde dankzij de weerstand van de lidstaten, die inzagen dat hun specifieke arbeids- en gezondheidsbeschermende wetgeving daarmee wel eens zinledig zou kunnen worden.

De nu tot stand gekomen Richtlijn is een stuk gematigder. Om te beginnen gaat hij uit van de eisen van de lidstaat waar diensten aangeboden worden en voorts is er een aantal diensten die niet door het regime worden gedekt, of waarvoor specifieke uitzonderingen van een aantal verplichtingen zijn opgenomen. Eén van die uitzonderingen betreft de zogeheten 'niet economische diensten van algemeen belang'.⁴ Daarnaast zijn werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag als bedoeld in art. 45 EG uitgezonderd.⁵ Voorts zondert de Richtlijn diensten waar al communautaire regelingen voor bestaan van zijn toepassing uit, zoals financiële diensten, elektronische communicatiediensten en ver-

voersdiensten met inbegrip van stadsvervoer, taxi's, ambulances en havendiensten.⁶ Ook zijn diensten van uitzendbedrijven, gezondheidszorg, audiovisuele diensten met inbegrip van radio-omroep en bioscoop, gokactiviteiten met inbegrip van casino's, particuliere beveiligingsdiensten, diensten op het gebied van sociale huisvesting, kinderverzorging, hulp aan gezinnen of personen in nood, en diensten van notarissen en deurwaarders van de werkingssfeer van de Richtlijn uitgezonderd.⁷ Hoewel de considerans op deze bij naam genoemde uitzonderingen geen toelichting geeft zou de reden ervoor kunnen zijn, dat deze diensten in veel lidstaten door de overheid worden uitgevoerd en worden aangemerkt als diensten van algemeen (economisch) belang en dientengevolge zou toepasselijkheid van de Richtlijn die uitvoering kunnen bemoeilijken. Voor die activiteiten die niet door de overheid zelf worden uitgeoefend achten de lidstaten het algemeenbelangelement vermoedelijk toch zo groot, dat zij hun (soms rigide) wetgeving met betrekking tot toegang tot en uitoefening van deze activiteiten willen blijven toepassen en geen aanpassing aan de Richtlijn willen.

En daarmee kom ik aan de kern van dit deel van het preadvies. Want afgezien van de uitzondering voor 'niet-economische diensten van algemeen belang' en de opgesomde specifieke diensten, wordt de Richtlijn wel geacht van toepassing te zijn op diensten van algemeen economisch belang, tenzij een specifieke uitzondering deze toepasselijkheid voorkomt. Wat precies diensten van algemeen economisch belang zijn, wordt noch in de Richtlijn, noch in het Verdrag gedefinieerd. Diensten van algemeen economisch belang hebben hun plaats in het Verdrag in art. 16 EG en art. 86 lid 2 EG. Ook daar is geen definitie gegeven. Art. 1 lid 3 Richtlijn expliciteert, overigens in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, dat het aan de lidstaten is om uit te maken welke diensten zij als 'diensten van algemeen economisch belang' kwalificeren.

¹ Prof. mr. E. Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit en advocaat bij Holla Poelman Van Leeuwen advocaten te 's-Hertogenbosch.

² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006 L 376.

³ Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, Brussel 25 februari 2004, COM(2004)2 def./2 2004/0001 (COD).

⁴ Art. 2 lid 2 onder a Dienstenrichtlijn.

⁵ Art. 2 lid 2 onder i Dienstenrichtlijn.

⁶ Art. 2 lid 2 onder b, c, d Dienstenrichtlijn. De invulling blijkt uit de considerans, randnummer 21.

⁷ Art. 2 lid 2 onder e, f, g, h, j, k, l Dienstenrichtlijn.

De toepasselijkheid van de Richtlijn leidt tot de vraag hoe het systeem van de Richtlijn op deze 'diensten van algemeen economisch belang', die hun kwalificatie vaak ontleen aan enerzijds het feit dat zij door de overheid voorbehouden zijn aan bepaalde entiteiten, die al dan niet onderdeel zijn van de overheid zelf, of, anderzijds, zeer strak zijn ingeregeld, met name waar het de voorwaarden voor toegang tot deze dienstverrichting betreft, toegepast moet worden. Een tweede vraag is of het doenlijk is om de, uitgezonderde, 'niet-economische diensten van algemeen belang', te onderscheiden van de 'diensten van algemeen economisch belang'? Op welke criteria moet dit onderscheid worden gebaseerd. Bestaan er wel 'niet-economische diensten'. Sterker nog: als er al een onderscheid te maken valt, zijn de 'niet-economische diensten van algemeen belang' dan eigenlijk wel diensten in de zin van het EG-Verdrag? Tot dusver was dit onderscheid tussen de 'economische' en de 'niet-economische' diensten niet zo heel belangrijk, maar dat ligt nu anders gezien de gevolgen die de Richtlijn kan hebben. Daarnaast is de vraag hoe deze aan het mededingingsrecht ontleende problematiek zich dan weer verhoudt met de aanbestedingsrichtlijnen, waar het voorzien in 'behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' gevolgen heeft voor hoe opdrachten voor, onder andere, dienstverrichting moeten worden verstrekt en wie er voor die opdrachtverstrekking verantwoordelijk is.

Uit bovenstaande vragen blijkt dat de Dienstenrichtlijn vooralsnog een rijkdom aan vragen voor juristen opwerpt waarvan ik met betrekking tot het specifieke onderwerp van 'diensten van algemeen belang' en 'diensten van algemeen economisch belang' enige orde in de chaos zal proberen te scheppen. Om te beginnen ga ik in op de evolutie van het begrip 'dienst' als zodanig in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en zie ik met name welke activiteiten als 'dienst' aangemerkt moeten worden. Daarna maak ik een klein zijstapje naar het onderscheid dat niet genoemd wordt in de richtlijn, maar wel tot het vrij dienstenverkeer behoort, namelijk op de inhoud van de activiteiten die zijn bedoeld te voorzien 'in een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' zoals dit in de aanbestedingsrichtlijnen geformuleerd is en is uitgelegd door het Hof. Daarna richt ik mij specifiek op de 'diensten van algemeen economisch belang' en de 'niet-economische diensten van algemeen belang', bespreek ik het onderscheid tussen deze begrippen en kwalificeer deze aan de hand van het begrip 'dienst' uit het EG-Verdrag. Vervolgens bespreek ik de begrippen 'dienstverrichter' en 'onderneming'. Op basis van de conclusies ten aanzien van deze begrippen geef ik aan welke consequenties het toepassingsbereik van de Richtlijn op diensten van algemeen (economisch) belang zal kunnen hebben. Als overkoepelend begrip voor diensten van algemeen (economisch) belang gebruik ik in dit preadvies de term 'publieke taak'. Hoewel dit begrip niet een echt Europeesrechtelijke connotatie heeft, zal uit het vervolg blijken dat het zeer bruikbaar is om beide activiteiten onder samen te vatten.

2. Diensten van algemeen (economisch) belang: markt of geen markt?⁸

Art. 2 Richtlijn zondert, naast een aantal specifiek opgesomde diensten, waarvan een aantal vermoedelijk, maar niets is zeker, aangemerkt zijn door verschillende lidstaten als diensten van algemeen economisch belang, de 'niet-economische diensten van algemeen belang' van haar werkingssfeer uit. Wat deze diensten zijn laat zich raden, want het begrip 'niet-economische dienst van algemeen belang' wordt in de Richtlijn zelf, noch ergens anders gedefinieerd. In de considerans wordt er een nogal cryptische verhandeling over de uitzondering van diensten van algemeen belang gegeven en lijkt het onderscheid tussen 'diensten van algemeen economisch belang' en 'niet-economische diensten van algemeen belang' de auteurs van het document niet scherp op het netvlies te hebben gestaan.

Zo stelt overweging 17 van de preambule bij de Richtlijn: 'Deze richtlijn is alleen van toepassing op diensten die om een economische tegenprestatie worden verricht. Diensten van algemeen belang vallen niet onder de definitie van artikel 50 van het Verdrag en vallen dus ook niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn. Diensten van algemeen economisch belang zijn diensten die om een economische tegenprestatie worden verricht en daarom binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen. Bepaalde diensten van algemeen economisch belang, bijvoorbeeld op vervoersgebied, worden evenwel van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten, terwijl voor sommige andere diensten van algemeen economisch belang, bijvoorbeeld op het gebied van de postdiensten, wordt afgeweken van de bepalingen over het vrij verrichten van diensten van deze richtlijn.'

Uit deze toelichting zou kunnen worden afgeleid dat de uitzondering die wordt gemaakt voor 'niet-economische diensten van algemeen belang' in feite overbodig is, nu het hier helemaal niet om diensten in de zin van het EG-Verdrag gaat. Die kunnen dus helemaal niet onder de Richtlijn vallen. Alle andere diensten, tenzij expliciet uitgezonderd zouden dan onder de Richtlijn vallen. Maar zo is het toch niet, want even eerder stelt de preambule in overweging 8 ter toelichting op art. 1 lid 3 Richtlijn:

'Het is passend dat de bepalingen van deze richtlijn betreffende de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten alleen van toepassing zijn voor zover de betrokken activiteiten voor concurrentie opengesteld zijn, zodat zij de lidstaten niet verplichten diensten van algemeen economisch belang te liberaliseren of openbare inrichtingen die dergelijke diensten aanbieden te privatiseren, dan wel bestaande monopolies voor andere activiteiten of bepaalde distributiediensten op te heffen.'

⁸ Sommigen zullen deze discussie overdreven vinden. W.T. Algera en J.J.M. Sluijs constateren in hun artikel 'Marktordening in de gezondheidszorg' (SEW 2007, 90, p. 177-190) dat het begrip 'economisch' in art. 86 lid 2 EG geen eigen betekenis heeft. Dit lijkt mij, op deze wijze gesteld, gezien de regeling in de Richtlijn in elk geval voor discussie vatbaar.

Hieruit blijkt dat diensten van algemeen economisch belang die al wel geliberaliseerd zijn wél onder de Richtlijn vallen, ook al wordt uitgegaan van het algemeen-belangkarakter in de zin van art. 86 lid 2 EG, maar dat diezelfde niet-geliberaliseerde diensten daar niet onder vallen, wanneer zij door hun wijze van wettelijke inbedding niet voor concurrentie zijn opgesteld.

Deze niet voor concurrentie opgestelde 'diensten van algemeen economisch belang' hebben daarmee een soort tussenstatus tussen de geliberaliseerde 'diensten van algemeen economisch belang' (zij kunnen potentieel in concurrentie verricht worden) maar hun algemeen belang is, voor sommige lidstaten in elk geval, bijvoorbeeld zo groot dat zij door hun wettelijke inkadering tot de 'niet-economische diensten' verheven zijn. Naar de letter blijven zij binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn maar zij nemen, mogelijk tijdelijk, een bijzondere positie in, omdat zij niet voor concurrentie zijn opgesteld. Als dit wel gebeurt, al dan niet op instigatie van de communautaire wetgever, verandert hun status onder de Richtlijn. Probleem is dan wel hoe deze uitzondering wordt toegepast op diensten die in de ene lidstaat niet zijn voorbehouden en dus wel aan de voorschriften van de Richtlijn moeten voldoen, en in de andere lidstaat wel zijn voorbehouden en dus niet aan de Richtlijn behoeven te voldoen. Bovendien is de vraag of de Richtlijn alleen niet van toepassing is voor wat betreft de toegang tot de dienstverlening of in het geheel niet, ook niet ten aanzien van de afnemers. Dat laatste staat niet in art. 1 lid 3.

Ten slotte wijs ik erop dat de begrippen 'diensten van algemeen economisch belang' en 'niet-economische diensten van algemeen belang' ontleend zijn aan het mededingingsrecht en niet aan het vrij verkeer van diensten. In het vrij verkeer van diensten, althans in de op art. 49 EG gebaseerde aanbestedingsrichtlijnen bestaat een soortgelijk onderscheid tussen publieke taken en niet-publieke taken, waar deze richtlijnen spreken van 'het voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard' zijn. Om welke reden de communautaire wetgever heeft besloten op de mededingingsrechtelijke begrippen aan te sluiten in plaats van op het begrippenkader dat binnen het vrij verkeer van diensten al bekend was, is mij niet duidelijk. Om de verwarring over de verschillende begrippen te lijf te gaan en dus om te bepalen wanneer de Richtlijn wel of niet van toepassing is, worden in dit onderdeel van het preadvies de begrippen 'dienst', 'behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard', 'dienst van algemeen economisch belang' en 'niet-economische diensten van algemeen belang' besproken.

2.1. Het begrip 'dienst' in de zin van het EG-Verdrag

Het begrip 'dienst' in de Richtlijn wordt in art. 4 lid 1 gedefinieerd als: 'Elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag.' Een activiteit die niet onder deze definitie valt, is geen dienst in de zin van het EG-Verdrag en kan dus niet onder de Richtlijn vallen. Voor zover ruimhartige interpretatoren van de communautaire wetgeving daar nog twijfels over zouden

kunnen hebben: dit volgt ook uit de rechtsbasis van de Richtlijn te weten art. 47 lid 2 jo. art. 55 EG.

Om nu na te gaan wat als diensten in het EG-Verdrag wordt gezien, moet de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie nagelopen worden. Het Hof heeft het begrip 'dienst' ruim uitgelegd, zij het dat de toepassing van het begrip altijd betrekking had op diensten met een grensoverschrijdend karakter.⁹ Volgens het Hof ziet het vrij verkeer van diensten niet alleen op diensten die verricht worden over de grenzen van de lidstaten, maar ook op diensten die ontvangen worden over de grenzen van de lidstaten,¹⁰ die zelfstandig de grenzen van de lidstaten overschrijden¹¹ en waarbij de dienstverrichter en -afnemer gezamenlijk de grens overgaan.¹² De enige voorwaarde is dat er (gewoonlijk)¹³ een geldbedrag tegenover de activiteit staat¹⁴ of kan staan, dat een reële waarde vertegenwoordigt.¹⁵ Deze reële waarde kan overigens bereikt worden door middel van verschillende soorten vergoedingen, zoals sportbeurzen en sponsorcontracten en hoeft niet altijd een concreet betaalde prijs te zijn.¹⁶

Is daarmee iedere activiteit die een economische waarde vertegenwoordigt, en die niet onder één van de andere vrijheden valt, een dienst in de zin van het EG-Verdrag? Hoe zit het dan voor die activiteiten waar de dienstafnemer in het kader van een wettelijk stelsel zelf geen reële prijs betaalt, maar bijvoorbeeld een inkomensafhankelijke bijdrage zoals in de sociale zekerheid gebruikelijk is.

Wanneer de schadeverzekeringsrichtlijnen en de daarop berustende jurisprudentie bezien worden, alsmede de jurisprudentie betreffende de gezondheidszorg, lijkt dit wel het geval. Op zichzelf bieden de meeste sociale zekerheidsstelsels, net als gewone verzekeringen, een verzekering tegen een risico waardoor men schade oploopt. Op zichzelf kan verdedigd worden dat deze sociale verzekeringsactiviteiten een economische waarde vertegenwoordigen waarvoor betaald moet worden door de afnemers. Er is geen reden deze activiteiten niet als dienstverrichting aan te merken.

De eerste schadeverzekeringsrichtlijn¹⁷ sluit verzekeringsactiviteiten in het kader van een sociaal verzekeringsstelsel van haar werking uit. Door verwijzing zijn zij

9 De zuiver interne situatie wordt niet door het vrij verkeer van diensten gedekt: zie o.m. zaak C-60/91, *Batista Morais*, Jur. 1992, p. I-2085. Over het vervagen van dit criterium zie: K.J.M. Mortelmans, 'De interne markt: is er nog ruimte voor binnengrenzen', in: E. Manunza & L. Senden (red.), *De EU, de interstatelijkheid voorbij*, Amsterdam: Blau, Willem Jansz 2006, p. 13-29.

10 Zaak 236/82, en 260/83, *Luisi en Carbone*, Jur. 1984, p. 377.

11 Zaak 352/5, *Bond van Adverteerders*, Jur. 1988, p. 2085; zaak C-288/87, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Jur. 1991, p. I-4007; zaak C-353/89, *Commissie/Nederland*, Jur. 1991, p. I-4069.

12 Zaak C-398/95, *Ypourgos Ergasias*, Jur. 1997, p. I-3091.

13 Het woord 'gewoonlijk' in zowel art. 50 EG als art. 4 lid 1 Richtlijn, duidt erop dat ook diensten waarvoor geen vergoeding wordt betaald door de afnemer toch onder het begrip dienstverrichting kunnen vallen. Men kan hierbij denken aan diensten verricht door de overheid.

14 Zaak C-159/90, *Grogan*, Jur. 1991, p. I-4685.

15 Hetgeen overigens niet van belang is als het gaat om het potentieel hinderen van het vrije dienstenverkeer, zie zaak C-384/4, *Alpine Investments*, Jur. 1995, p. II41.

16 Gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, *De Liege*, Jur. 2000, p. I-2549.

17 Art. 4 Richtlijn 73/239/EEG, PbEG 1973 L 239.

tevens van de werking van de derde schadeverzekeringsrichtlijn uitgezonderd.¹⁸ Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat verzekeringen binnen het kader van dergelijke stelsels wel binnen de werkingssfeer van deze richtlijnen vallen indien de verzekeringsondernemingen voor eigen rekening en risico werken.¹⁹ Dit wijst erop dat verzekeringen afgesloten in het kader van een sociaalzekerheidsstelsel in beginsel aan te merken zijn als dienstverlening. Anders had de uitzondering in de richtlijnen niet behoeven te worden gemaakt.

Hoewel minder expliciet, valt dit ook af te leiden uit verschillende arresten waarin is geoordeeld dat diensten verricht binnen een sociaalzekerheidsstelsel van gezondheidszorg als diensten moeten worden aangemerkt, ook als het stelsel uitgaat van naturavergoedingen aan de patiënt en van een contractuele relatie tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar (al dan niet in de vorm van een ziekenfondsachtige instantie) waar niet voor elke verrichting als zodanig betaald wordt. Ook dan is er nog steeds sprake van dienstverrichting, hoewel daar door de lidstaten heftig tegen geprotesteerd is door de jaren heen.²⁰

Dit betekent dat de prijs die betaald wordt door de dienstafnemer geen *directe* relatie hoeft te hebben met de specifiek verleende dienst. Het is veeleer de bedoeling dat er een systeem bestaat waarin, ook al is dat door middel van een collectieve verzekering of regeling, alle dienstafnemers gezamenlijk een reële bijdrage leveren aan de kosten die vergoed moeten worden voor de dienstverlening als zodanig.²¹

Dat de eis van een 'reële bijdrage' wel een harde is,²² blijkt uit de jurisprudentie betreffende het bekostigd onderwijs. In de meeste lidstaten moet voor het genieten van, in elk geval, hoger onderwijs een bijdrage door de student betaald worden in de vorm van collegegeld. De hoogte van dit collegegeld staat in het algemeen niet in relatie tot de geleverde onderwijsprestatie; meestal wordt een (overgroot) deel van het geboden onderwijs voor het overige betaald uit overheidsbijdragen. Dit heeft ertoe geleid dat het Hof van Justitie bekostigd onderwijs consequent niet heeft gekwalificeerd als dienst in de zin van het EG-Verdrag.²³

De kwalificatie van onderwijs als iets anders dan een 'dienst' levert op dat bekostigd onderwijs in dat geval gezien wordt als niet commercieel uitgeoefende activiteit die is ingereguleerd door wettelijke kaders die de uitvoerders van die activiteit budgetteren. In feite stelt het Hof daarmee bekostigd onderwijs gelijk aan een door de overheid zelf uitgevoerde activiteit. Dergelijke door de overheid uitgevoerde activiteiten worden *in het algemeen* niet geacht onder het vrij verkeer van diensten te vallen; de uitvoerders van dergelijke taken worden niet geacht ondernemingen te zijn.²⁴

Toch is deze kwalificatie niet absoluut. In de zaak betreffende de Griekse Frontisteria stelde het Hof vast dat een door een particulier gerunde school niet het uitoefenen van openbaar gezag betreft en dientengevolge niet gevrijwaard was van de invloed van de vier vrijheden als neergelegd in het Verdrag (i.c. het recht van vestiging).²⁵ Deze uitspraak is op zichzelf logisch, aangezien particuliere onderwijsinstellingen hun onderwijs vaak op puur commerciële basis verzorgen.²⁶ Ook andere door de overheid zelf uitgevoerde of door de

wetgever ingereguleerde activiteiten kunnen onder omstandigheden naar de afnemer toe wel als diensten gelden. Het Frontisteria-arrest betekent wel dat de begrippen overheidstaak en de uitoefening van openbaar gezag voor het beleidsterrein onderwijs maar een relatieve betekenis hebben. Zolang het onderwijs door de overheid (geheel of gedeeltelijk) bekostigd wordt, dan is het overwegend gevrijwaard van de invloeden van de interne markt en wordt het dus ook niet gedekt door de Richtlijn; dit kan anders worden wanneer de overheidsinvloed afneemt en voor het verkrijgen van onderwijs steeds meer een reële (en dus marktconforme) prijs wordt betaald.

Het bovenstaande betekent dat enerzijds een activiteit pas als 'dienst' kan worden gekwalificeerd als er door een afnemer of de afnemers gezamenlijk een reële prijs voor wordt betaald, maar anderzijds dat het geen absoluut gegeven is dat 'dienstverrichters' ook daadwerkelijk ondernemingen zijn die voor eigen rekening en risico werken. Op deze discrepantie kom ik verderop nog terug.

2.2. Behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard

Naast de noodzaak om een activiteit van een entiteit al dan niet te kwalificeren als 'dienst' als zodanig, is het soms noodzakelijk om het 'algemeenbelanggehalte' van een activiteit in een aantal rechtsgebieden vast te stellen ter kwalificatie van de uitvoerende entiteit. Dit speelt in het mededingingsrecht een rol, maar tevens in het vrij verkeer van diensten en daar dan met name in het aanbestedingsrecht. In deze specifieke sector heeft de kwalificatie van de activiteit vergaande gevolgen voor de status van een entiteit: of hij enerzijds een dienstverrichtende onderneming is of anderzijds een entiteit die tot de overheid moet worden geacht te behoren (een publiekrechtelijke instelling). Immers een entiteit, die voorziet in behoeften van algemeen belang en dientengevolge tot de overheid wordt geacht te behoren, wordt aangemerkt als aanbestedende dienst. Een entiteit die diensten verricht tegen een reële prijs, zal, in het algemeen, niet geacht worden de status van publiekrechtelijke instelling en dus van aanbestedende dienst te hebben.

Het begrip 'publiekrechtelijke instelling' dat in de verschillende Europese richtlijnen²⁷ wordt gedefinieerd, heeft een lange ontwikkeling achter de rug. Het begrip komt voort uit de omschrijvingen die werden gehanteerd

¹⁸ Richtlijn 92/49/EEG, PbEG 1992 L 228.

¹⁹ O.m. zaak C-206/98, *Commissie/België*, Jur. 2000, p. I-3509.

²⁰ Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jur. 2001, p. I-5473; zaak C-385/99, *Muller-Fauré en Van Riet*, Jur. 2003, p. I-4509.

²¹ Gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, Jur. 2000, p. I-2549, m.n. r.o. 54 t/m 58.

²² Zaak C-355/00, *Freskot*, Jur. 2003, p. I-5263.

²³ Zaak 293/83, *Gravier*, Jur. 1985, p. 593; zaak 24/86, *Blaizot*, Jur. 1988, p. 379. Impliciet is deze rechtspraak recentelijk bevestigd in het arrest Bidar (zaak C-209/03, Jur. 2005, p. I-2119).

²⁴ Zie ook zaak C-380/98, *University of Cambridge*, Jur. 2000, p. I-8035.

²⁵ Zaak 147/86, *Commissie/Griekenland*, Jur. 1988, p. 1637.

²⁶ Zie ook het persbericht NMa van 23 maart 2003, 'NMa verdenkt LOI van dwarsbomen concurrent', waarin de NMa een particuliere onderwijsmarkt onderscheidt.

²⁷ Naast de aanbestedingsrichtlijn onder andere in de richtlijn op het hergebruik van overheidsinformatie in de publieke sector (Richtlijn 2003/98/EG, PbEU 2003 L 345/90).

in de verschillende aanbestedingsrichtlijnen. De bedoeling van deze richtlijnen, waarvan de eerste richtlijn betreffende de openbare aanbesteding van werken uit 1971 dateert,²⁸ was om de markt van overheidsopdrachten open te breken.

Om dit doel te bereiken moest, naast de vraag om welke opdrachten het zou moeten gaan, ook een idee bestaan over welke overheidsinstanties aanbestedingsplichtig zouden zijn. Het door de reeds genoemde eerste aanbestedingsrichtlijn gehanteerde overheidsbegrip: 'de Staat, zijn territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen welke in Bijlage I (bij de Richtlijn) zijn opgesomd', bleek aan de beperkte kant te zijn. De uit het Beentjes-arrest²⁹ volgende jurisprudentie leverde een nieuwe definitie in de aanbestedingsrichtlijnen op waarin de publiekrechtelijke instelling, voor zover voor dit artikel relevant, werd gedefinieerd als: 'iedere instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (...)'. Zowel het Hof van Justitie als nationale rechters hebben met het probleem geworsteld welke activiteiten als 'behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' kunnen worden gekwalificeerd. Het Hof heeft in het algemeen aangenomen dat het zou moeten gaan om behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen en diensten op de markt, en waarin de Staat bovendien om redenen van algemeen belang zelf besluit te voorzien of, door middel van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, beslissende invloed probeert te behouden.

Het Hof beoogt daarmee niet uit te sluiten dat ook door ondernemingen kan worden voorzien in behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard.³⁰ Wel oordeelt het Hof dat om de vraag of er 'behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' in het geding zijn bevestigend te beantwoorden, er in elk geval sprake moet zijn van een bij wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel toegekend exclusief recht.³¹ Dit vereiste is, voor de mogelijkheid in te besteden en dientengevolge van de aanbestedingsplicht gevrijwaard te zijn, inmiddels opgenomen in art. 18 Richtlijn 2004/18/EG.³²

Inhoudelijk maakt het Hof onderscheid tussen behoeften van algemeen belang als zodanig, en behoeften van algemeen belang die ook van industriële en commerciële aard zijn.³³ Zo ziet het Hof in het ophalen van huisvuil als het voorzien van een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard,³⁴ evenals lijkbezorging.³⁵ Ten aanzien van lijkbezorging motiveert het Hof dit met de belangen van openbare orde met betrekking tot de nauwgezette controle op het opstellen van attesten als geboorte- en overlijdensattesten. Tevens wijst het Hof op hygiëne- en volksgezondheidsbelangen, waar overheidsinvloed gerechtvaardigd is. Ook met betrekking tot het ophalen van huisvuil wijst het Hof op volksgezondheidsaspecten.

Activiteiten die bedoeld zijn om economische activiteiten te stimuleren en consumenteninformatie verschaffen, zoals het organiseren van jaarbeurzen, zijn daarentegen wel behoeften die voorzien in een algemeen belang, maar zij worden niet zonder meer gekwalificeerd als activitei-

ten anders dan van industriële of commerciële aard.³⁶ Om te beoordelen of de activiteiten anders dan van commerciële of industriële aard zijn, is één van de parameters van het Hof de vraag of de activiteit in concurrentie uitgeoefend wordt. En hoewel het Hof constateert dat concurrentie een indicatie kan zijn dat activiteiten weliswaar van algemeen belang zijn, maar ook van industriële en commerciële aard, constateert het tevens dat dit niet het absolute criterium is voor het onderscheid.³⁷

Het concurrentiecriterium kan wel aan het oordeel van het Hof ten grondslag hebben gelegen, dat de financiering van een entiteit en ook de kwalificatie als 'dienst' in de zin van art. 50 EG-Verdrag, een rol speelt bij de vraag of al dan niet voorzien wordt in 'behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard'. Hoewel het niet geëxpliciteerd wordt, oordeelt het Hof in het arrest *University of Cambridge* dat de universiteit een aanbestedende dienst is, vanwege de wijze van financiering, terwijl niet wordt ingegaan op het karakter van de verrichte dienst.³⁸ Deze wordt wel aan de orde gesteld, maar valt weg in het financieringscriterium. Tegelijkertijd kan worden opgemerkt dat bekostigd onderwijs, zoals hierboven al bleek, consequent niet is gekwalificeerd als 'dienst' zodat de kwalificatie van de Universiteit als aanbestedende dienst nu niet zó onverwacht is. Immers als de verrichte activiteit geen 'dienst' is, is de uitvoerende entiteit in beginsel geen onderneming en dus zal deze veeleer als 'overheid' of, in casu, 'publiekrechtelijke instelling' moeten worden aangemerkt.

Het omgekeerde gebeurt in het door de Hoge Raad gewezen *Amphia*-arrest.³⁹ In dit arrest kwalificeert de Hoge Raad de diensten verricht door ziekenhuizen als 'diensten verricht in het algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard'. De Hoge Raad volgt het Hof 's-Hertogenbosch in haar oordeel dat de statutaire doelstelling 'het onderzoek, de behandeling, de verpleging, de verzorging, en de begeleiding van zieken en voorts al hetgeen daarmee verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords' een doelstelling van algemeen belang is. Of de Hoge Raad daarmee bedoelt dat de economische component in het geheel niet relevant is, wordt overigens niet duidelijk. Het Hof van Justitie heeft altijd aangenomen dat medische diensten gewone 'diensten' in de zin van het EG-Verdrag zijn, en dus economische activiteiten. Of het Hof had kunnen oordelen of deze diensten een aspect

28 Richtlijn 71/305/EEG, destijds geïmplementeerd in het Besluit aanbesteding van werken 1973 (KB van 6 april 1973, *Stb.* 1973, 202).

29 Zaak 31/87, *Beentjes*, *Jur.* 1988, p. 4635.

30 Zaak C-360/96, *BFI Holding*, *Jur.* 1998, p. I-6821.

31 Zaak C-360/96, *op.cit.*

32 *PbEU* 2004 L 134/114.

33 *Gez. zaken* C-223/99 en C-260/99, *Agora*, *Jur.* 2001, p. I-3605.

34 Zaak C-360/96, *op.cit.*

35 Zaak 373/00, *Truley*, *Jur.* 2003, p. 1931.

36 *Zie* *gez. zaken* C-223/99 en C-260/99, *op.cit.*

37 Zaak C-18/01, *Korhonen*, *Jur.* 2003, p. 5321.

38 Zaak C-380/98, *University of Cambridge*, *Jur.* 2000, p. I-8035.

39 *HR* 1 juni 2006, *LJN* AZ9872.

van algemeen belang omvatten⁴⁰ is overigens maar de vraag, nu de kwalificatie als dienst daar is. Immers het algemeenbelangaspect in het vrij dienstenverkeer heeft slechts betrekking op de uitzonderingen in de zin dat er nog belemmeringen aan het grensoverschrijdend dienstenverkeer mogen worden opgelegd en niet op de kwalificatie van de 'dienst' als zodanig.

Dat de Hoge Raad vervolgens constateert dat ziekenhuizen toch geen publiekrechtelijke instellingen in de zin van Richtlijn 92/50/EEG⁴¹ zijn, heeft niet zozeer te maken met het algemeenbelangaspect van hun activiteiten maar het feit dat zij wel degelijk hun activiteiten in concurrentie kunnen verrichten en dat zij bovendien hun diensten verrichten tegen een reële prijs, te weten de betalingen uit verzekeringspremies, die overigens in het peiljaar van de activiteiten van Amphia nog gedeeltelijk socialezekerheidspremies op basis van de Ziekenfondswet waren en waarvan de betaling een wettelijke verplichting was. Daaruit zou kunnen blijken dat de Hoge Raad wel degelijk een economische component ontwaart, die los staat van het algemeenbelangvereiste.

Daarmee wordt duidelijk dat de vraag of een activiteit een 'dienst' in de zin van art. 50 EG is, en dus de uitvoerende entiteit een 'dienstverrichter', zelfstandig van belang is voor de status van de entiteit als al dan niet aanbestedende dienst. Weliswaar kwalificeert de Hoge Raad de door het ziekenhuis verrichte diensten als het voorzien in 'behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard', maar het algemeenbelangkarakter valt hier weg in de kwestie van de financiering, die nadrukkelijk de financiering van een gewone 'dienst' is: er wordt, al dan niet via een collectief, een reële prijs betaald.

Overigens is het niet uit te sluiten dat dit arrest achteraf toch wat al te instellingsvriendelijk (of aanbestedingsvijandig, dat hangt van uw opvattingen over aanbestedingsrecht af) is geweest, wanneer het Hof in de zaak Bayerische Rundfunk e.a.⁴² de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer volgt. De advocaat-generaal is van mening dat indirecte financiering, ook als deze door middel van een bestemmingsheffing aan de uitvoerende entiteiten wordt toegekend (in casu publieke omroepen) wel degelijk als financiering overwegend door de Staat in de zin van Richtlijn 92/50/EEG en Richtlijn 2004/18/EG moet worden gezien, nu de activiteiten van de uitvoerende entiteiten van algemeen belang worden geacht en de heffing een wettelijke grondslag heeft. De advocaat-generaal verwerpt het idee dat de publieke omroepen voor de ontvangst van de bestemmingsheffing een specifieke tegenprestatie bieden, te weten de toegang tot een publieke programmering. Daarbij wordt met name betrokken dat andere financieringsbronnen, zoals reclame, waarom geconcurrereerd wordt, van minder groot belang zijn dan de inkomsten uit de heffing.

De situaties geschetst door de advocaat-generaal en die in het Amphia-arrest verschillen wel enigszins, dus een één-op-éénconclusie is moeilijk te trekken, maar het lijkt erop dat de advocaat-generaal het algemeenbelangelement van de activiteiten in relatie tot de financiering iets zwaarder laat wegen dan de Hoge Raad doet.

De vaststelling of er voorzien wordt in 'behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' op basis van de aanbestedingsrichtlijnen

hebben een ander doel dan de 'diensten' uit art. 50 EG en de Richtlijn. In de aanbestedingsrichtlijnen zijn zij bedoeld om vast te stellen of een entiteit een aanbestedende dienst is, hetgeen tot andere conclusies over de kwalificaties van de activiteit kan leiden dan op basis van de genoemde regelingen mogelijk is. Niettemin zijn de aanbestedingsrichtlijnen onder andere gebaseerd op het vrij verkeer van diensten. Alleen al om die reden zou het systematisch zinvol zijn als zowel het Hof van Justitie als de hoogste nationale rechters bij hun kwalificatie onder de aanbestedingsrichtlijnen aansluiten bij de jurisprudentie betreffende het dienstencriterium als zodanig. Wanneer hierover al binnen de regelingen ter facilitering van het vrij verkeer van diensten verschil van inzicht begint te bestaan, hoe kunnen dan nog de uit het mededingingsrecht afkomstige begrippen 'diensten van algemeen economisch belang' en 'niet-economische diensten van algemeen belang', binnen het kader van de Richtlijn gekwalificeerd worden.

De lijn die men, in het licht van de kwalificatie in de Richtlijn, zou kunnen trekken ten aanzien van de uitleg 'behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' is de volgende. De vraag of de activiteiten van een entiteit aan dit criterium voldoen, hangt af enerzijds of de overheid er door middel van een wettelijke of een bestuurshandeling een exclusief recht voor creëert en dit kan rechtvaardigen met een erkend in het Verdrag opgenomen algemeen belang (openbare orde, volksgezondheid, hygiëne) of anderzijds de financiering zodanig is dat er sprake is van een typische overheidsactiviteit of een echte dienstverrichting in de zin van het EG-Verdrag (die op nationaal niveau al dan niet van algemeen belang kan worden gekwalificeerd).

2.3. Dienst van algemeen economisch belang

Het concept van de 'dienst van algemeen economisch belang' die volgens art. 2 Richtlijn binnen de werkingssfeer van de Richtlijn valt, vindt, zoals eerder opgemerkt, zijn oorsprong niet in art. 49 EG maar in art. 86 lid 2 EG. Van de ontstaansgeschiedenis van art. 86 EG is relatief weinig bekend. De auteurs van het Verdrag hadden voor het toepassingsbereik vooral de in de vijftiger jaren bestaande nationale structuren voor ogen waarin overheidsbedrijven en overheidsmonopolies een grote rol spelen.⁴³ Het eerste lid van art. 86 EG betreft die overheidsbedrijven dan ook en bepaalt expliciet dat de lidstaten noch voor openbare bedrijven, dus bedrijven in eigendom van de overheid, noch voor bedrijven aan wie bijzondere of uitsluitend rechten verleend zijn, regels in strijd met het verdrag mogen laten gelden. Daarbij wordt in het bijzonder verwezen naar het discriminatieverbod

⁴⁰ Zie de hierboven aangehaalde jurisprudentie: zaak 236/82 en 260/83, *Luisi en Carbone*; zaak C-159/90, *Grogan*; zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*; zaak C-385/99, *Muller-Fauré en Van Riet*; zaak C-372/04, *Watts*, Jur. 2006, p. I-4325.

⁴¹ De aanbestedingsrichtlijn voor diensten, in 2006 vervangen door de algemene aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG.

⁴² Conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-337/06, *Bayerische Rundfunk*, 6 september 2007, nog niet gewezen.

⁴³ Asser Instituut Colloquium Europees recht, *Artikel 90 EG en de privatisering van Nederlandse publieke ondernemingen. Ontwikkelingen*, Den Haag: T.M.C Asser Instituut 1997.

en de bepalingen betreffende mededingingsrecht. Dit eerste lid bepaalt in feite alleen maar dat overheden bedrijven in eigendom kunnen hebben of aan bedrijven activiteiten voor kunnen behouden, maar dat dit hun positie als onderneming niet verandert.

Art. 86 lid 2 EG verzacht de pijn iets voor zover ondernemingen taken uitoefenen die worden geacht van algemeen economisch belang te zijn. Op hen zijn de Verdragsregels en met name de mededingingsregels slechts van toepassing, voor zover dit de vervulling van taken van algemeen economisch belang in feite of in rechte niet hindert.

Over dit artikel kunnen een paar opmerkingen worden gemaakt. Om te beginnen spreekt art. 86 over alle Verdragsregels, ook al bevindt het zich in hoofdstuk I van titel VI dat met name de mededingingsregels betreft. De naleving, of regulering van de toepassing van het mededingingsregime, krijgt ook in het artikel de meeste nadruk, maar het reguleert wel degelijk ook de toepassing van de interne markt.

Over art. 86 lid 2 EG is nogal wat discussie geweest. Om te beginnen was het de vraag of het tweede lid een verbijzondering was van het eerste en dus uitsluitend betrekking kon hebben op overheidsbedrijven of ondernemingen die uitsluitende of bijzondere rechten zijn toegekend. Inmiddels wordt wel aangenomen dat de beide artikelen los van elkaar staan.⁴⁴ Zo merkt in elk geval de Europese Commissie de Nederlandse Zorgverzekeraars in haar beschikking betreffende het vereveningsstelsel uit de Zorgverzekeraarswet aan als ondernemingen in de zin van art. 86 lid 2 EG, terwijl iedere verzekeraar die aan de voorwaarden van de wet voldoet, Zorgverzekeraar kan worden.⁴⁵ Het is wel zo dat art. 86 lid 2 EG vooral impact heeft in het geval ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend. Juist als het gaat om taken van algemeen belang hebben de lidstaten de neiging om deze in te regelen en diensten-gevolge voor te behouden aan ondernemingen waar ze op zo effectief mogelijke wijze invloed op kunnen uitoefenen. Daarmee is de concurrentiebeperking een feit.

Wat nu precies tot die diensten van algemeen economisch belang gerekend moet worden, is minder duidelijk. Om te beginnen heeft het Hof nooit uitgesproken dat het begrip 'dienst' in art. 86 EG dezelfde inhoud heeft als het begrip 'dienst' in art. 50 EG. Die overlap zou ook vreemd zijn, nu de definitie van art. 50 EG gelezen moet worden in het kader van grensoverschrijdende diensten, hetgeen in het mededingingsrecht uiteraard niet de bedoeling is. In het mededingingsrecht heeft het grensoverschrijdende aspect alleen betrekking op de beïnvloeding van de intracommunautaire handel, een invloed die zeer indirect kan zijn.

Daarnaast dient de definitie van art. 50 EG ervoor om het vrij verkeer van diensten af te perken ten opzichte van de overige vier vrijheden. Ook dat is niet nodig in het mededingingsrecht, dus een 'dienst' in de zin van art. 86 EG kan heel goed het leveren van een goed zijn in het licht van het vrij goederenverkeer.⁴⁶

Zo kan men betwisten of de levering van gas, elektriciteit en water vallen onder het vrij dienstenverkeer dan wel het vrij verkeer van goederen, en is het leveren van medische hulpmiddelen of medicijnen op basis van een in het algemeen belang geacht sociaalzekerheidssysteem in het

licht van de bepalingen betreffende de interne markt, zeker een activiteit die valt onder het vrij goederenverkeer.⁴⁷ Toch zal het hier gaan of kunnen gaan om 'diensten van algemeen economisch belang' in de zin van art. 86 lid 2 EG. Deze specifieke 'diensten van algemeen economisch belang' zullen echter niet onder de Richtlijn vallen.

Het woord 'dienst' brengt ons dus niet heel veel verder. Het bezien van de jurisprudentie op dit punt levert al evenmin veel op. Zo heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren onder meer de volgende activiteiten als diensten in de zin van art. 86 lid 2 EG aangemerkt: arbeidsbemiddeling,⁴⁸ postbezorging,⁴⁹ het exploiteren van niet-rendabele openbaarvervoerlijnen,⁵⁰ het verzorgen van televisie-uitzendingen in de vorm van broadcasting,⁵¹ elektriciteitsvoorziening tegen uniforme tarieven en op voorwaarden die slechts op objectieve, voor alle afnemers geldende criteria, mogen variëren,⁵² ambulancevervoer,⁵³ en belastingadviesactiviteiten.⁵⁴ Inmiddels zullen een aantal van deze activiteiten mogelijk niet meer als 'diensten van algemeen economisch belang' gezien worden, maar gewoon als het verrichten van economische activiteiten, omdat op deze terreinen de markt geliberaliseerd is. Vele andere activiteiten die niet genoemd zijn, kunnen daarvoor wel in aanmerking komen. De ontwikkeling van het concept is nogal casuïstisch.

Wel lijkt uit de jurisprudentie te blijken dat, net als bij 'gewone' diensten, 'diensten van algemeen economisch belang' activiteiten zijn waarvoor een reële vergoeding wordt verkregen. Het verschil met 'gewone' diensten is echter dat deze vergoeding niet per se (volledig) door de dienstafnemer(s) betaald hoeft te worden. Een typische eigenschap van de regulering van diensten van algemeen economisch belang is dat de financiering van deze diensten een element van solidariteit in zich moet dragen, waardoor degenen die een reële prijs zouden moeten betalen maar dat in hun specifieke omstandigheden niet zouden kunnen, toch van de dienst gebruik kunnen maken. Zij betalen dan een semi-reële prijs, die impliceert dat de dienstverlening als geheel bekostigd wordt door de dienstafnemers gezamenlijk naar rato van inkomen,⁵⁵ of, en dat is het essentiële verschil met

44 Zie bijvoorbeeld de Conclusie van A-G Legré in zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577, waarin hij aanneemt dat zelfstandig werkende advocaten ondernemingen met een taak van algemeen economisch belang zijn. Dit standpunt is overigens niet door het Hof overgenomen.

45 Besluit van de Europese Commissie van 3 mei 2005, zaak N 541/2004 en N 542/2004.

46 Zaak T-319/99, *FENIN*, *Jur.* 2003, p. II-357, bevestigd in zaak C-205/03 P, *Jur.* 2006, p. I-6295.

47 Zaak 238/82, *Duphar*, *Jur.* 1984, p. 523.

48 Zaak C-41/90, *Höfner/Macotron*, *Jur.* 1991, p. I-2010; zaak C-55/96, *Job Centre*, *Jur.* 1997, p. I-07119.

49 Zaak 320/91, *Corbeau*, *Jur.* 1993, p. I-2533.

50 Zaak 66/68, *Saeed*, *Jur.* 1989, p. 609.

51 Zaak 155/73, *Sacchi*, *Jur.* 1974, p. 40; zaak C-260/89, *ERT*, *Jur.* 1991, p. I-2925.

52 Zaak C-393/92, *Almelo/IJssel*, *Jur.* 1994, p. I-1477.

53 Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, p. I-8089.

54 Zaak C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori*, *Jur.* 2006, p. I-2941.

55 Bijvoorbeeld door middel van een collectieve inkomensgerelateerde bijdrage zoals bij pensioenstelsels.

'gewone' diensten, dat naast hetgeen door de dienstafnemers (gezamenlijk) betaald wordt een overheidsbijdrage wordt verstrekt, of dat de vergoeding geheel door de overheid wordt voldaan.⁵⁶

Omtrent deze overheidsbijdrage is in het kader van het mededingingsrecht eveneens in de jurisprudentie veel te doen geweest. Omdat het preadvies hier niet op ziet, zal ik de essentie van die rechtspraak slechts samenvatten voor zover deze voor het goede begrip relevant is. De overheidsbijdrage mag meer zijn dan de vergoeding van alleen de kosten die de entiteit maakt voor het verrichten van de dienst van algemeen economisch belang, maar is wel bedoeld om uitsluitend ter compensatie van onrendabele activiteiten die noodzakelijk zijn ter uitvoering van diensten van algemeen economisch belang te dienen. Daarvoor mag een marktconforme bijdrage worden verstrekt. De criteria voor de berekening van zo'n bijdrage zijn te vinden in het Altmark-arrest.⁵⁷ Indien het gaat om een dienst van algemeen economisch belang die gegoten is in de vorm van een exclusief recht, kan deze compensatie ook plaatsvinden door een uitbreiding van het exclusieve recht met commercieel aantrekkelijke activiteiten, mits deze activiteiten als niet-afsplitsbaar van de originele taak worden gezien.⁵⁸

Met andere woorden: een 'dienst van algemeen economisch belang' is niet noodzakelijkerwijs een dienst in de zin van art. 50 EG. Als de activiteit overlapt met het begrip 'dienst' uit art. 50 EG, moet het gaan om een activiteit die op concurrentiële basis verricht zou kunnen worden. Indien de activiteit niet in concurrentie verricht wordt, moet de compensatie voor het uitvoeren van de taak reëel zijn en betaald worden door de afnemers, eventueel met een bijdrage van de overheid of uitsluitend door een bijdrage door de overheid, dan wel door uitbreiding van het exclusieve recht met commercieel aantrekkelijke activiteiten. Wordt de activiteit wel in concurrentie verricht, dan mag slechts een bijdrage worden verstrekt voor zover dat nodig is om het onrendabele deel van de activiteiten, dat niet kan worden gecompenseerd door de afnemers af te dekken met een overheidsbijdrage, dan wel om onvoorzienbare calamiteiten te verhelpen.⁵⁹

Is het, gezien het reële vergoedingscriterium, mogelijk dat een 'dienst van algemeen economisch belang' geheel door de overheid vergoed wordt en aan de dienstafnemer gratis wordt geleverd? In 1974⁶⁰ oordeelt de Hoge Raad dat arbeidsbemiddeling (inmiddels toch een erkende 'dienst van algemeen economisch belang') die door de Gewestelijke Arbeidsbureaus gratis als bijkomende dienst wordt verleend naast de wettelijke taak, geen probleem zou mogen opleveren, nu de Nederlandse wet de arbeidsbureaus niet verbodt deze activiteit te verrichten. Dat de activiteit mogelijk concurrentievervalsens zou kunnen werken deed niet ter zake. Aan Europees recht werd toen nog niet getoetst. Hoewel het niet uit te sluiten valt dat diensten van algemeen economisch belang binnen het kader van een aanbestedingsprocedure worden uitbesteed aan een onderneming, die voor zijn diensten geheel vergoed wordt, terwijl de dienstafnemers gratis van de dienst profiteren, lijkt het mij een onwaarschijnlijk scenario geworden. Een dergelijke overheidsvergoeding zal uitsluitend betaald worden voor activiteiten die niet ten goede komen aan specifieke

dienstafnemers en waarvoor, anders dan bij belasting, geen vergoeding kan worden gevraagd.⁶¹

2.4. Niet-economische dienst van algemeen belang: de echte overheidstaak?

Nu de soorten diensten die onder de Richtlijn kunnen vallen met hun criteria geanalyseerd zijn, blijft de vraag over wat de niet-economische diensten van algemeen belang zijn die als gevolg van art. 2 Richtlijn zijn uitgezonderd van haar werkingssfeer.

De term 'niet-economische diensten van algemeen belang' of 'diensten van algemeen belang' zijn typische beleidstermen van de Commissie⁶² en worden niet in het EG-Verdrag aangetroffen. Het Europees Economisch en Sociaal Comité stelt in haar advies over diensten van algemeen belang: 'Er zijn geen specifieke EG-regels voor de DAB en evenmin zijn deze diensten onderworpen aan de regelingen betreffende de interne markt, mededinging en staatssteun. Wel horen zij bij een reeks voor de samenleving onontbeerlijke doeleinden van de Unie (respect voor grondrechten, bevordering van het welzijn van de burgers, sociale gerechtigheid, sociale cohesie, enz.).'⁶³

Het Hof van Justitie rept eveneens niet over 'niet-economische diensten van algemeen belang' of 'diensten van algemeen belang'. Het Hof maakt wel een expliciet onderscheid tussen 'uitoefening van openbaar gezag' en 'economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van diensten en goederen op de markt'.⁶⁴ Beide activiteiten kunnen door overheidsorganen of overheidsbedrijven worden verricht, maar een definitie van wat 'uitoefening van openbaar gezag' inhoudt, is niet gegeven.⁶⁵ Slot c.s.⁶⁶ stellen dat het Hof de aanwijzing van een dienst als zijnde van algemeen belang, erkent als er een expliciet of impliciet erkend algemeen belang aanwezig is en geen sprake is

⁵⁶ Zie ook P.J. Slot, M.H. Park & A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. 101-111, op p. 105. Zij spreken van een reële vergoeding voor de dienst van algemeen en economisch belang en budgetfinanciering voor dienst van algemeen belang. Dit standpunt deel ik.

⁵⁷ Zaak C-280/00, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*, *Jur.* 2003, p. I-7747.

⁵⁸ Zaak C-320/91, *Corbeau*, *Jur.* 1993, p. I-2533; zie ook zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, p. I-8089.

⁵⁹ Zie o.m. zaak T-157/01, *Danske Busvognmænd*, *Jur.* 2004, p. II-917.

⁶⁰ HR 8 maart 1974, *NJ* 1974, 264.

⁶¹ Men kan hierbij denken aan plantsoenenonderhoud e.d.

⁶² Zie o.m. de Mededeling van de Commissie van 19 januari 2001, *PbEG* 2001 C 17/04.

⁶³ EESC, 'De toekomst van de diensten van algemeen belang' (initiatiefadvies), 6 juli 2006, TEN/223.

⁶⁴ Zaak 115/85, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1987, p. 2599.

⁶⁵ Uitspraken hieromtrent hebben bijna altijd betrekking op activiteiten die geen of maar zeer gedeeltelijk de uitoefening van openbaar gezag inhouden. Vgl. o.a. zaak C-42/92, *Adrianus Thijssen*, *Jur.* 1993, p. I-4047.

⁶⁶ P.J. Slot c.s., 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. 103.

van een puur economisch belang. Op zichzelf is dit juist, met de kanttekening dat de vaststelling van het aanwezig zijn van een algemeen belang in elk geval naar de letter van de jurisprudentie een vaststelling door de lidstaat is en niet door de Gemeenschap.⁶⁷

In het kader van het nationale recht⁶⁸ worden typische overheidstaken gezien als taken waarbij het algemeenbelanggehalte zodanig groot is dat zij, in beginsel, niet alleen niet aan de markt kunnen worden overgelaten, maar waarvan de vervulling overwegend moet worden voorbehouden aan de overheid zelf. Het type belangen dat deze beperking rechtvaardigt, kan per lidstaat verschillen. Zo kan men zich voorstellen dat één van de oudste overheidstaken in Nederland, te weten dijkbeveiliging, in andere lidstaten een geringer belang heeft, gezien de geografische situatie van de desbetreffende lidstaat en daar wel degelijk in concurrentie zou kunnen worden vervuld, terwijl dat in Nederland misschien toch niet zo'n goed idee is. Deze verschillende weging van belangen maakt de kwalificatie van een activiteit als typische overheidstaak in de communautaire context flexibel en zeker niet eenduidig. Het gevolg is dat er niet een absoluut veralgemeniseerbaar criterium is voor wat als typische overheidstaak geldt.⁶⁹

Het Hof heeft meermalen uitgesproken dat er specifieke 'overheidsprerogatieven' zijn. In die gevallen betrof het geschil overigens niet zozeer de inhoud van de activiteit; met name de status van de entiteit die de activiteit verrichtte, namelijk of deze entiteit als onderneming moet worden aangemerkt of niet, was daarbij in het geding. Ook de vorm waarin de activiteit is gegoten is geen doorslaggevend criterium.⁷⁰ Naar de mening van het Hof tellen onder meer de volgende activiteiten als dergelijke overheidsprerogatieven: de activiteiten van Eurocontrol (luchtverkeersleiding) inclusief de inning van heffingen voor de uitvoering van deze activiteiten,⁷¹ milieu-inspectietaken ook inclusief een daarvoor te betalen vergoeding⁷² en luchtvervoerdiensten.⁷³ Op grond van het feit dat de activiteiten kwalificeren als overheidsprerogatief worden de uitvoerende entiteiten geacht geen ondernemingen te zijn. Activiteiten die niet als overheidsprerogatieven werden gezien, omvatten onder andere: arbeidsbemiddeling in het algemeen (als opvolging van het Höfner-arrest, maar met een gelijk resultaat)⁷⁴ en grondafhandelingsdiensten op luchthavens.⁷⁵ De uitvoerende entiteiten werden, nu zij geen overheidsprerogatieven uitoefenden, geacht ondernemingen in de zin van art. 86 lid 2 EG te zijn.

In eenzelfde redenering zou men uitvoerders van socialezekerheidssystemen, die een zodanige wettelijke inkadering hebben dat zij niet gekwalificeerd worden als ondernemingen, kunnen kwalificeren als de uitvoerders van een overheidsprerogatief, hoewel het Hof nooit expliciet heeft geoordeeld dat deze uitvoerders die kwalificatie hebben.⁷⁶ Ook bekostigde onderwijsinstellingen worden, zoals we hebben gezien, niet als dienstverrichter en dus, in beginsel, niet als onderneming aangemerkt, zonder dat expliciet is geoordeeld dat deze een overheidsprerogatief dan wel openbaar gezag uitoefenen. Zij hebben echter wel dezelfde status in het mededingingsrecht als de overheid.

Afgezien van de uitspraken betreffende het onderwijs gaan de meeste van de bovenstaande uitspraken over de

vraag of het mededingingsrecht van toepassing is op de uitvoerende entiteit. Het grote verschil tussen 'diensten van algemeen economisch belang' en 'niet-economische diensten van algemeen belang' lijkt dan ook veeleer de status van de uitoefenende entiteit te zijn, dan de activiteit zelf. De activiteit is alleen maar een hulpmiddel bij het bepalen van de status van de entiteit. Alleen als de activiteit van de entiteit een overheidsprerogatief is, uitgeoefend door een niet-commercieel werkende entiteit, dan is de entiteit geen onderneming en het mededingingsrecht is dus niet van toepassing. Als de activiteit uitgeoefend kan worden in (potentiële) concurrentie, als de entiteit niet al te zwaar wettelijk ingekaderd is en nog wat beleidsvrijheid heeft, dan is de activiteit een economische. In dat geval is de entiteit, van welke snit hij ook is, overheid of onderneming, een onderneming in de zin van art. 86 lid 2 EG.⁷⁷

Daarbij steekt dan onmiddellijk het probleem de kop op wat er gebeurt wanneer een entiteit die een 'niet-economische dienst van algemeen belang' en dus een overheidsprerogatief of, indien dat te zwaar is aangezet, in elk geval een 'publieke taak' uitvoert, tevens commerciële activiteiten gaat verrichten? Dit is het geval in de zaak *Aéroports de Paris*.⁷⁸ *Aéroports de Paris* is een overheidsinstantie, die onder het gezag is geplaatst van de minister die bevoegd is voor de burgerluchtvaart, en zich bezighoudt met het beheer van installaties die onder het openbaar domein vallen. Daarnaast hield *Aéroports de Paris* zich bezig met diensten die op zichzelf niet als overheidsprerogatief konden worden aangemerkt, zoals luchthavenbeheerdiensten en grondafhandelingsdiensten, waarvoor een commerciële vergoeding werd betaald. Op grond van deze laatste activiteiten stelde het Gerecht van eerste aanleg dat het op zich niet uit te sluiten is, dat een dergelijke instantie, die een overheidsprerogatief uitoefent, kan worden beschouwd als een onderneming

67 Zie in dit verband H.E. Akyürek-Kivits, 'Artikel 90 EG-verdrag, het slijpen van de messen', *SEW* 1993, p. 289; ook E. Steyger, 'Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid', in: Steyger/Widdershoven/Meij, *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht* (VAR-reeks 116), Alphen a/d Rijn: Samsom/Tjeenk Wilink 1996, p. 64-93.

68 Er is een grote hoeveelheid literatuur over dit onderwerp. In dit verband verwijs ik kortheidshalve naar de publicatie van de Staatsrechtkring, J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, en de daarin aangehaalde literatuur.

69 Men kan bij typische overheidstaken nog denken aan rechtspraak, toezicht, het geweldmonopolie, waterbeheer en, maar dat is al afhankelijk van de geografische situatie, ruimtelijke ordening.

70 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577.

71 Zaak C-364/92, *Eurocontrol*, *Jur.* 1994, p. I-43; zie ook zaak T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati*, n.n.g.

72 Zaak C-343/95, *Diego Cali*, *Jur.* 1997, p. I-1547.

73 Zaak T-128/98, *Aéroports de Paris*, *Jur.* 2000, p. II-3929.

74 Zaak C-55/96, *Job Centre*, *Jur.* 1997, p. I-7119.

75 Zaak T-128/98, *Aéroports de Paris*, *Jur.* 2000, p. II-03929.

76 Gevoegde zaken C-159 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, *Jur.* 1993, p. I-637; zaak C-218/00, *Cisal (INAIL)*, *Jur.* 2002, p. I-691; gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK*, *Jur.* 2004, p. I-2493.

77 Of ondernemersvereniging, zie zaak C-309/99, *Wouters*, op.cit.

78 Zaak T-128/98, *Aéroports de Paris*, *Jur.* 2000, p. II-3929; bevestigd in zaak C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, *Jur.* 2002, p. I-9297, zie met name r.o. 81.

in de zin van art. 86 EG. Het Gerecht overweegt specifiek:

'Eveneens moet worden gepreciseerd, dat de mededingingsbepalingen van het Verdrag van toepassing blijven op activiteiten van een orgaan die ook buiten de context van zijn activiteiten als overheidsinstantie kunnen worden verricht (zie in die zin arrest Hof van 11 juli 1985, Commissie/Duitsland, 107/84, Jurispr. blz. 2655, punten 14 en 15).

Daaruit volgt, dat de omstandigheid dat ADP een overheidsinstantie is die onder het gezag is geplaatst van de minister die bevoegd is voor de burgerluchtvaart, en zich bezighoudt met het beheer van installaties die onder het openbaar domein vallen, op zich niet kan uitsluiten, dat deze instantie in casu kan worden beschouwd als een onderneming in de zin van artikel 86 van het Verdrag.⁷⁹

Wat het Gerecht hier vaststelt, is dat zodra een entiteit activiteiten uitoefent die onder de mededingingsbepalingen vallen, de entiteit kwalificeert als een onderneming. Doordat een gedeelte van deze activiteiten als overheidsprerogatief zijn aan te merken, wordt de entiteit geen onderneming sec in de zin van art. 81 EG, maar valt deze voor wat betreft de van de mededingingsrecht uitgezonderde activiteiten onder art. 86 lid 2 EG. Dit gebeurt zodra de entiteit naast haar activiteiten die als overheidsprerogatief kwalificeren, commerciële activiteiten die afsplitsbaar zijn van het overheidsprerogatief gaat uitoefenen. En dat heeft tot onmiddellijke gevolg dat de 'niet-economische dienst van algemeen belang', of zo u wilt, het buiten het EG-Verdrag vallende overheidsprerogatief, converteert tot een 'dienst van algemeen economisch belang' in de zin van art. 86 lid 2 EG.

Het Gerecht kan ook niet veel anders. Immers, zouden de activiteiten die als overheidsprerogatief kwalificeren om die reden buiten de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen per se vallen, dan zou art. 86 EG überhaupt niet van toepassing kunnen zijn op de entiteit. Alleen art. 81 en 82 EG zouden dan van toepassing zijn op het commerciële deel van de activiteiten. In die zin begrijp ik de stellingname van Slot c.s. dan ook niet dat het bij een 'dienst van algemeen economisch belang' altijd gaat om een dienst die op de markt wordt aangeboden.⁸⁰ Uit de jurisprudentie blijkt dat een 'dienst van algemeen economisch belang' heel goed in de vorm van een exclusief recht kan zijn verleend en dus juist *niet* op een markt wordt aangeboden.

Er wordt wel verdedigd dat een entiteit slechts een onderneming is voor zover de entiteit economische activiteiten verricht.⁸¹ De NMa hanteert deze formulering onder de Mededingingswet, als het gaat om entiteiten die ook wettelijk geattribueerde activiteiten uitvoeren.⁸² Dit is echter het enkele gevolg van het feit dat de NMa op basis van de Mededingingswet niet kan oordelen over activiteiten of organen die bij of krachtens een, aan de Mededingingswet, nevengeschikte wet geattribueerd of ingesteld zijn. Daar gaat het immers om een *lex specialis* ten opzichte waarvan de NMa geen bevoegdheid kan hebben, anders dan op basis van haar bevoegdheden volgend uit Verordening (EG) nr. 1/2003 jo. art. 88 e.v. Mw.

Op basis van het EG-Verdrag liggen de bevoegdheden anders, nu de Commissie en het Hof niet gebonden zijn

aan de attributie van een wettelijke taak door de nationale wetgever, en dus de mogelijkheid hebben te oordelen over alle activiteiten van een entiteit. Het begrip onderneming wordt gedefinieerd in art. 81 EG (of eigenlijk in de jurisprudentie hieromtrent en nog meer specifiek omtrent art. 86 EG). De beoordeling van de activiteiten van een entiteit kan uitsluitend geschieden op basis van het feit dat die entiteit een onderneming is.⁸³ Kwalificeer een entiteit anders, en er is geen bevoegdheid te oordelen over de activiteiten van die entiteit. Om die reden herhaalt het Hof dan ook steeds zijn aanmerkelijk ruimere definitie van 'onderneming' dan die in het spraakgebruik gehanteerd wordt: '(...) het begrip onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent (omvat), ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.⁸⁴

De noodzaak daartoe, omdat anders geen bevoegdheid om over de entiteit te oordelen voorhanden is, blijkt ook uit de volgende voorbeelden. In het kader van het misbruik van machtspositie door ondernemingen met een exclusief recht, had, in het geval dat een entiteit slechts onderneming is voor zover deze commerciële activiteiten verricht, het Hof niet op de voet van art. 86 EG⁸⁵ kunnen oordelen dat het enkele feit dat een overheidsdienst faalt in de uitoefening van taken die hij moet vervullen op basis van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, betekent dat hij als onderneming zijn machtspositie misbruikt, wanneer de concurrentie deze taken beter kan verrichten. Daartoe bestaat, indien de entiteit geen onderneming is, op communautair niveau geen bevoegdheid. Communautaire zeggenschap kan, anders dan door wetgeving omtrent de desbetreffende activiteit vast te stellen,⁸⁶ alleen verworven worden door de uitvoerende entiteit van die activiteit een status in het EG-Verdrag toe te dichten. Deze status kan alleen maar die zijn van een onderneming in de zin van art. 81 EG. Op basis van art. 86 EG kan dat een onderneming zijn, die naast de economische activiteiten, ook een publieke taak heeft.

In het geval dat de entiteit 'gesplitst' zou worden in een 'ondernemingsdeel' en een 'niet-ondernemingsdeel' dat

79 Zaak T-128/98, op.cit., r.o. 108-109.

80 P.J. Slot c.s., 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. 106-107.

81 Dit was o.a. de Nederlandse stellingname bij het Hof in de zaak Van Schijndel en Van Veen (gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705).

82 Zie besluit van de d-g NMa van 21 december 2001, zaaknummer 2760/Hogeschool Alkmaar - Hogeschool Haarlem - Hogeschool Holland - Ichtus Hogeschool, besluit nr. 5660/7; alsmede besluit van de RvB NMa van 11 juli 2006, GGZ Groep Europort - Bavo RNO Groep.

83 Zie in dit verband ook P.J. Slot c.s., 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. 105.

84 Zie zaak C-41/90, *Höfner*, op.cit., alsmede de verschillende arresten op het gebied van pensioenen, waar ondanks het pleidooi van de Nederlandse regering de 'voor zover'-redenering niet is geaccepteerd.

85 Een mogelijkheid zou kunnen zijn een zodanig oordeel te geven op de voet van de combinatie van art. 3g, 10 en 82 EG, aangezien het de overheid ook verboden is wettelijke maatregelen in stand te houden die misbruik van machtspositie als geheel verbieden. Omdat dit buiten het bestek van dit preadvies valt, ga ik hier niet op in.

86 Op basis van de interne markt, één van de specifiek in het Verdrag geregelde beleidsterreinen of mogelijkkerwijs op basis van art. 83 lid 2 onder c of e EG.

overheidsprerogatieven uitoefent, zou het Hof immers alleen een oordeel kunnen geven over de activiteiten die bij nader inzien commerciële activiteiten zouden zijn. Het Hof zou daarop uitsluitend art. 82 EG kunnen toepassen, dat niet kan leiden tot misbruik van machtspositie zonder dat daar een eigen gedraging van de onderneming aan ten grondslag ligt. Het Hof zou, gezien de bevoegdheid van de lidstaat vast te stellen wat de inhoud van de publieke taak is, helemaal geen bevoegdheid hebben om zich over de activiteiten uit te spreken die wettelijk zijn geattribueerd, en dus als 'dienst van algemeen belang' zijn aangemerkt. Het idee dat het Hof een entiteit, waarvan niet in het geding is dat het één entiteit is, en waarvan publieke taken en commerciële activiteiten verweven zijn, gaat splitsen en slechts voor een beperkt aantal activiteiten tot onderneming verklaart, is ondoenlijk en zou ook ontwijking van de communautaire mededingingsregels kunnen opleveren.⁸⁷

Dit wordt nog duidelijker wanneer de jurisprudentie omtrent de overheidsbijdrage voor de publieke taak, zoals deze nu luidt, tot stand zou zijn gekomen. Immers, wanneer een entiteit die een commerciële activiteit verricht naast een publieke taak voor de uitoefening van de publieke taak een vergoeding krijgt, moet aan de criteria van het Altmark-arrest⁸⁸ zijn voldaan. In het Altmark-arrest oordeelt het Hof, onder andere, dat de omvang van die publieke taak duidelijk moet zijn omschreven. Dit is bedoeld om het mogelijk te maken te toetsen of het daadwerkelijk wel om een taak van algemeen (economisch) belang gaat. Op welke grond zou de Commissie en, uiteindelijk het Hof bevoegd zijn om te vereisen dat deze toets verricht wordt, als niet eerst de gehele entiteit is aangemerkt als onderneming (in de zin van art. 86 lid 2 EG)? Die bevoegdheid zou simpelweg niet bestaan.

De tegenwerping kan luiden dat art. 86 EG een uitzondering op art. 81 en 82 EG biedt, zodat primair het economische karakter moet worden vastgesteld van de activiteit die onder de uitzondering van art. 86 EG kan worden gebracht. Het probleem met deze redenering is dat art. 86 EG (en ook art. 81 EG) niet de activiteiten van een entiteit als zodanig tot voorwerp heeft. Deze artikelen gaan primair over ondernemingen. Het enkele oordelen over het economische karakter van een activiteit kan dus alleen maar binnen het kader van het oordelen over de status van de uitvoerder. Is één van die activiteiten die wordt uitgevoerd door een entiteit een economische, dan kan gesteld worden dat de entiteit een onderneming is.⁸⁹ Voor zover de overige activiteiten 'publieke taken' zijn, kunnen deze uitsluitend nog getoetst worden aan het 'dienst van algemeen economisch belang'-criterium. Anders is er geen enkele bevoegdheid tot toetsing.

Uit de conversie van de activiteiten die plaatsvindt zodra een overheidsorgaan commerciële activiteiten gaat verrichten, valt af te leiden dat de 'niet-economische dienst van algemeen belang' geen zelfstandige plaats heeft in het Verdrag. De 'dienst van algemeen belang' die buiten het mededingingsrecht valt, is dat alleen maar als hij binnen een bepaalde wettelijke context wordt uitgevoerd. Die wettelijke context kan zijn dat hij wordt uitgevoerd door de overheid of wordt uitgevoerd onder leiding van de lidstaat (of de internationale gemeenschap), door een entiteit die geen of nauwelijks beleidsvrijheid kent, geen

winstoogmerk heeft, en is ingebed in een strak wettelijk kader dat in beginsel concurrentie onmogelijk maakt. Kortom, de 'dienst van algemeen belang' bestaat alleen maar onder de voorwaarde dat de uitvoerende entiteit zodanig door regelgeving is ingeperkt dat hij onder geen enkele omstandigheid als onderneming valt aan te merken. Daarmee is de entiteit onderdeel van de overheid, of treedt hij in feite op als ware hij de overheid, zij het dat hij niet expliciet een publiekrechtelijke status hoeft te bezitten.⁹⁰

De conversie heeft ruimere gevolgen dan alleen de (mogelijke) toepasselijkheid van de Richtlijn. Ook voor de financiering van de verleende diensten heeft de conversie zijn consequenties. Daar waar de overheidsfinanciering van 'echte' overheidstaken buiten de reikwijdte van het gemeenschapsrecht valt, is dit niet het geval wanneer een overheidstaak converteert tot een 'dienst van algemeen economisch belang'. Zoals we eerder zagen, moet voor de commerciële dienst een reële prijs betaald worden, al dan niet door een collectief van dienstafnemers. Voorts mag de semi-reële vergoeding die voor de 'dienst van algemeen economisch belang' wordt betaald weliswaar geheel of gedeeltelijk door middel van een overheidsbijdrage geschieden; die overheidsbijdrage mag alleen een compensatie van het onrendabele deel van die taak zijn. Deze semi-reële prijs is toetsbaar door Commissie en Hof en moet zelfs worden aangemeld als staatssteun, als het vermoeden bestaat dat de bijdrage te hoog is. De ruimere financiering die voor overheden mogelijk is, omdat deze niet toetsbaar is onder het EG-Verdrag valt weg.

Een ander gevolg is dat wanneer entiteiten die tot dusver onomstreden overheidsprerogatieven, zoals bijvoorbeeld politiediensten, uitoefenen, de wettelijke ruimte krijgen om deze diensten op commerciële basis te verrichten (denk aan de beveiliging van voetbalwedstrijden tegen een reële prijs), van niet-ondernemingen die een overheidsprerogatief uitoefenen (het geweldsmonopolie is misschien wel de meest 'echte' overheidstaak die we kennen), kunnen converteren tot art. 86 lid 2 EG-ondernemingen. Zij vallen niet buiten de Richtlijn wanneer ze niet specifiek zijn uitgezonderd.⁹¹ Is dit niet het geval en hebben de activiteiten maar gedeeltelijk een

87 Zie in dit verband het arrest Cassa di Risparma (zaak C-222/04, *Jur.* 2004, p. I-289), waarin het Hof een entiteit bestaande uit een stichting met aandeelhouderschap en zeggenschap in twee vennootschappen als één onderneming kwalificeert, aangezien anders de staatssteunregels zinledig zouden worden.

88 Zaak C-280/00, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*, *Jur.* 2003, p. I-7747; inmiddels is er ook de beschikking betreffende de toepassing van art. 86 lid 2 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 (Beschikking 2005/843/EG, *PbEU* 2005 L 312/67).

89 Men kan zich nog afvragen of dit ook geldt indien de economische activiteit een maar heel klein gedeelte van het totale activiteitenpakket uitmaakt. Hierover is nog geen uitspraak gedaan. Om deze reden laat ik deze discussie hier achterwege.

90 Zie in dit verband E. Steyger, 'Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger, *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 8-28.

91 In casu geldt dit voor particuliere beveiligingsdiensten wel, art. 2 lid 2 onder k Richtlijn.

zodanige wettelijke inbedding dat van een exclusief recht kan worden gesproken dan is het gevolg dat zij op de markt moeten gaan concurreren. Indien de uitzondering voor particuliere beveiligingsdiensten ooit uit de Richtlijn gehaald wordt en de politie inderdaad commerciële activiteiten gaat uitoefenen, zou dit de merkwaardige situatie opleveren dat de politie met de beveiligingsdiensten voor bepaalde activiteiten zou moeten gaan concurreren.

Zijn er dan helemaal geen publieke taken die de status van 'niet-economische dienst van algemeen belang' hebben? Davies⁹² stelt dat een activiteit niet-economisch is als er geen 'proto-market' is, met andere woorden als er geen mogelijkheid is om marktwerking in een actuele situatie te bedrijven. Dit lijkt mij niet helemaal juist. Wanneer de Britse NHS de wettelijke ruimte krijgt om, naast haar activiteiten in het kader van de sociale zekerheid aanvullende verzekeringen te bieden op individuele en vrijwillige (en dus commerciële) basis, is de NHS daarmee getransformeerd tot onderneming, hetgeen mogelijk de bovenbeschreven consequenties moet hebben voor de financiering van de socialezekerheidsactiviteiten.

Ik geef toe dat het inderdaad moeilijk is om specifieke overheidstaken zoals rechtspraak of de zorg voor defensie of het houden van toezicht door zelfstandige bestuursorganen als iets anders te zien dan een overheidsprerogatief, en dus een activiteit met een niet-economische connotatie, gezien de wijze waarop de meeste lidstaten deze activiteit wettelijk hebben vormgegeven. Zolang deze een overheidsprerogatief blijven, is er geen probleem. Niettemin moet men bedacht zijn op de theoretische notie dat, indien de rechterlijke macht of het leger of toezichthouders commerciële activiteiten gaan verrichten⁹³ ook deze toch wel zeer exclusief geachte overheidsprerogatieven gevangen zullen worden binnen het kader van art. 86 lid 2 EG. De enige manier om deze toepasselijkheid te voorkomen is het exclusief voorbehouden van deze publieke taken, of zo u wilt 'niet-economische diensten van algemeen belang' aan de overheid en het de desbetreffende overheidsorganen te verbieden andere activiteiten te verrichten dan hetgeen waartoe zij uitdrukkelijk bevoegd zijn verklaard. Met andere woorden: er moet dan voorkomen worden dat er een (potentiële) markt ontstaat. En dit betekent dat de vraag welke status publieke taken hebben niet beantwoord kan worden door de 'aard' van de activiteit als economisch of niet-economisch te kwalificeren, maar afhangt van de politieke keuze in een lidstaat.⁹⁴

2.5. *Het onderscheid tussen de begrippen 'dienstverrichter' en 'onderneming'*

Met het bovenstaande is nog niet volledig uitgewerkt op wie de Richtlijn nu van toepassing is. Het onderscheidend criterium voor het zijn van 'dienst van algemeen economisch belang' dan wel 'niet-economische dienst van algemeen belang' is dan wel dat de entiteit een onderneming moet zijn, maar daarmee is het nog niet zeker of een activiteit van een entiteit die geen onderneming is niet tot de 'diensten' in de zin van het vrij verkeer van diensten wordt gerekend. Kortom, de volgende vraag

is naar de eventuele overlap tussen de begrippen 'dienstverrichter' en 'onderneming'.

Wanneer een entiteit geen 'onderneming' is in de zin van het EG-Verdrag, dan valt de activiteit van die entiteit per definitie niet onder de mededingingsbepalingen.⁹⁵

Een dergelijke activiteit kan dus geen 'dienst van algemeen economisch belang' zijn en is dus een overheidsprerogatief of een 'niet-economische dienst van algemeen belang'.

In het geval de activiteit die de entiteit die een overheidsprerogatief uitoefent geen 'dienst' in de zin van het EG-Verdrag is, zoals de activiteiten van de bekostigde onderwijsinstellingen, is hier geen probleem. In dat geval valt de activiteit zowel buiten het mededingingsrecht als buiten het vrij verkeer van diensten. De Richtlijn is niet van toepassing.

Volgens de jurisprudentie van het Hof geldt dit echter niet voor alle 'niet-economische diensten'. Het vrij dienstenverkeer kan wel degelijk van toepassing zijn op activiteiten van entiteiten die niet kwalificeren als ondernemingen in de zin van art. 86 EG, maar die wel dienstverrichter in de zin van het vrij dienstenverkeer zijn.

Daarbij kan men zich voorstellen dat overheidsdelen die diensten verrichten niet per definitie kwalificeren als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Een dienst parkeerbeheer, die integraal onderdeel is van een gemeente en zijn werkzaamheden uitsluitend voor die gemeente verricht, is vermoedelijk (ook al berekent hij meer dan marktconforme prijzen voor zijn diensten) geen onderneming, maar verricht wel een 'dienst' in de zin van art. 50 EG,⁹⁶ te weten het ter beschikking stellen van parkeerruimte in de desbetreffende gemeente tegen betaling. Ook op ander vlak als natuurbeheer kan een overheidsdeel diensten verlenen, zonder als onderneming te zijn aangemerkt, terwijl dit het karakter van de activiteit als 'dienst' niet aantast.⁹⁷

Het meest duidelijk is misschien wel het voorbeeld van de uitvoeringsinstellingen van sociale verzekeringsstelsels. Uit paragraaf 2.1 bleek dat uitvoerders van sociale verzekeringsstelsels diensten in de zin van art. 50 EG kunnen verrichten, ook al zijn zij geen onderneming. Hoewel het Hof het niet zo expliciet heeft uitgesproken, zijn vermoedelijk de bekendste voorbeelden van een dergelijke constructie de uitvoeringsorganen van stelsels van sociale zekerheid op het gebied van de gezondheids-

92 Gareth Davies, *The Process and the side-effects of Harmonisation of European Welfare States* (Jean Monnet Working Paper Series, paper 02/06), New York: 2006, p. 17-28 (ISBN 1087-2221).

93 Voor de rechterlijke macht kan men denken aan mediation op commerciële basis; het leger zou aan verhuur van soldaten kunnen gaan doen (niet zo'n wereldvreemde gedachte lijkt mij), bij toezichthouders zou preventieve advisering een optie kunnen zijn.

94 Zie ook Davies, op.cit., p. 19.

95 Gevoegde zaken C-159 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, Jur. 1993, p. I-637; zaak C-218/00, *Cisal (INAIL)*, Jur. 2002, p. I-691; gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK*, Jur. 2004, p. I-2493.

96 Op het grensoverschrijdend karakter van deze dienst kom ik later nog terug.

97 Zaak C-295/05, *Tragsa*, 19 april 2007, n.n.g.

zorg. In de arresten Poucet en Pistre, Cisol (INAIL) en AOK⁹⁸ bleek dat dergelijke uitvoeringsorganen (kort gezegd ziekenfondsen) niet worden aangemerkt als ondernemingen. Ziekenfondsen zijn ten opzichte van hun verzekerden mijns inziens wel aan te merken als dienstverrichters⁹⁹ in de zin van art. 50 EG. Het enkele feit dat de feitelijke dienstverrichting plaatsvindt tussen de medische hulpverlener en de patiënt, doet daar niet aan af. Ook het feit dat de verzekering is ingekaderd in een sociaalzekerheidsstelsel is op zichzelf geen reden om de verrichte dienst buiten het vrij dienstenverkeer te houden.¹⁰⁰

Belemmeringen die de lidstaten opleggen aan het vergoeden van behandelingen in het buitenland aan de bij deze ziekenfondsen verzekerden worden in strijd geacht met het vrij verrichten van diensten.¹⁰¹ Het ziekenfonds dient de dienstverrichting te vergoeden, onder de condities waarvoor zij dat in de eigen lidstaat ook zou moeten doen. Het weigeren van toestemming is maar onder beperkte voorwaarden toegestaan. Dat deze gespletenheid tussen het niet zijn van 'onderneming' maar het wel zijn van 'dienstverrichter' voor de toepassing van de Richtlijn in de gezondheidszorg geen problemen gaat opleveren, komt doordat gezondheidszorg expliciet is uitgezonderd van de werkingssfeer van de Richtlijn. Maar het toont de noodzaak aan om iets dieper in te gaan op het onderscheid tussen 'dienstverrichter' en 'onderneming'.

Hoe moeten nu de activiteiten, die door entiteiten als hierboven beschreven worden verricht en die ten aanzien van hun afnemers als diensten worden aangemerkt, worden gekwalificeerd. We hebben al gezien dat de door deze entiteiten te verrichten diensten geen 'diensten van algemeen economisch belang' zijn, want de activiteiten van deze niet-ondernemingen vallen niet onder art. 86 lid 2 EG. Zijn het dan diensten waarop weliswaar het vrij dienstenverkeer van toepassing is, maar waarvoor veeleer de uitzonderingen op het vrij verkeer zullen gelden? Kortom, gaat het hier om een categorie diensten waarvoor de lidstaten zwaardere belemmeringen ten aanzien van het grensoverschrijdend dienstenverkeer mogen introduceren, om het systeem waarbinnen zij opereren in stand te houden?

De arresten betreffende de status van de ziekenfondsen wijzen daar op, hoewel deze uitsluitend betrekking hebben op de vraag of uitvoerende entiteiten ondernemingen zijn in de zin van het mededingingsrecht. Hun status als dienstverrichter komt dientengevolge niet ter sprake, maar desondanks mogen de lidstaten aan hen en aan hun in het systeem gevangen dienstafnemers belemmeringen opleggen die normaal gesproken niet zonder meer mogen worden opgelegd, zoals de onmogelijkheid voor de verzekerden uit het stelsel te treden. Zo hebben Poucet en Pistre geen aan het vrij dienstenverkeer te ontnemen recht om af te zien van de verplichte verzekering in Frankrijk en zich in een andere lidstaat te verzekeren. Sterker nog: om als uitvoerder van een sociaalzekerheidsstelsel te gelden en dus aan de status van onderneming te ontsnappen is de verzekeringsplicht een voorwaarde.¹⁰²

Eenzelfde beeld is te zien voor wat betreft het recht van vestiging in dit soort stelsels. In het arrest Sodemare¹⁰³ accepteert het Hof zonder veel woorden een verbod op

het vestigen van bejaardentehuizen met winstoogmerk binnen het Italiaanse stelsel dat voorschrijft dat alleen recht bestaat op vergoeding door de overheid van de kosten van sociale dienstverlening indien particuliere deelnemers dat winstoogmerk niet hebben. Zelfs zonder dat een uitzonderingsgrond wordt ingeroepen, oordeelt het Hof dat deze voorwaarde noodzakelijk is voor instandhouding van het desbetreffende sociaalzekerheidsstelsel en dus is geoorloofd. Deze mogelijkheden om de toepasselijkheid van het vrij dienstenverkeer en het recht van vestiging te beperken vloeien niet voort uit art. 86 lid 2 EG, dat niet van toepassing is.

Uit een geheel andere sector lijkt deze conclusie eveneens te volgen, te weten havendiensten verleend door een concessiehouder met een exclusief recht.¹⁰⁴ Weliswaar gaat het hierbij niet om een 'echte' niet-onderneming, maar om een onderneming met een exclusief recht, maar ook hier blijkt dat wanneer voldaan is aan het vereiste van het vervullen van een publieke taak, de belemmering van het vrije dienstenverkeer geoorloofd is, zij het dat deze mogelijkheid hier wel aan art. 86 lid 2 EG ontleend zou kunnen zijn. Het arrest vermeldt dit echter niet.

Uit het bovenstaande blijkt dat de begrippen 'dienstverrichter' en 'ondernemer' niet volledig overlappen en dat de vraag of de activiteit van een entiteit die op grond van het uitoefenen van een overheidsprerogatief een 'dienst' in de zin van art. 50 EG separaat beantwoord moet worden.¹⁰⁵ Wel lijkt het op basis van het beperkte aantal arresten op dit punt, dat in een dergelijk geval het vrij dienstenverkeer en dus ook de toepassing van de Richtlijn ernstiger belemmerd kan worden dan wanneer de dienstverrichter tevens onderneming is.

2.6. Tussenconclusie ten aanzien van de verschillende soorten diensten in het licht van de Richtlijn

Uit het bovenstaande blijkt dat er drie verschillende manieren zijn waarop diensten als zodanig in de zin van art. 50 EG en art. 86 lid 2 EG-Verdrag gekwalificeerd kunnen worden.

De dienst in de zin van art. 50 EG kan worden verleend door een dienstverrichter die een onderneming is maar tevens door een dienstverrichter die niet als zodanig aangemerkt kan worden. Het kenmerk voor de kwalificatie als 'dienst' in de zin van art. 50 EG is dat er een reële

98 Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jur. 2001, p. I-5473; zaak C-385/99, *Muller-Fauré en Van Riet*, Jur. 2003, p. I-4509.

99 Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jur. 2001, p. I-5473, r.o. 58. Zie ook J.J.M. Shuijs, 'Gereguleerde marktwerking van sociale zekerheidsbelangen', Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 2004, p. 78-83, waar hij tot dezelfde conclusie komt.

100 Zie par. 2.1.

101 Zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jur. 2001, p. I-5473; zaak C-385/99, *Muller-Fauré en Van Riet*, Jur. 2003, p. I-4509; zaak C-372/04, *Watts*, Jur. 2006, p. I-4325; zaak C-444/05, *Stamatelaki*, 19 april 2007, n.n.g.

102 Zaak C-238/94, *Garcia*, Jur. 1994, p. I-1673, voor een tegengesteld oordeel over een uitvoerder waarbij het stelsel facultatief was zie zaak C-244/94, *FFSA/Ministère de l'agriculture et de la pêche*, Jur. 1995, p. I-4013.

103 Zaak C-70/95, *Sodemare*, Jur. 1997, p. I-3395.

104 Zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, Jur. 1998, p. I-3949.

105 Zie in dit verband ook de gerelateerde zaak C-134/03, *Viacom Outdoors*, Jur. 2005, p. I-1167.

vergoeding voor betaald wordt, die niet per definitie door de dienstenontvanger als individu behoeft te worden betaald. Wanneer de dienstverrichter tevens een onderneming is, is het vrij dienstenverkeer in volle omvang op deze dienst van toepassing en hebben de lidstaten na inwerkingtreding van de Richtlijn maar zeer beperkte mogelijkheden om de grensoverschrijdende dienstverrichting te belemmeren.

Daarnaast zijn er de diensten die verricht worden door ondernemingen in de zin van art. 86 EG. Deze kunnen als diensten in de zin van art. 50 EG worden aangemerkt, mits zij onder de definitie van dienst uit dat artikel vallen. Wanneer deze 'diensten van algemeen economisch belang' bestaan uit het leveren van goederen kunnen zij onder het vrij verkeer van goederen vallen, hetgeen toepasselijkheid van de Richtlijn kan uitsluiten. Het concept van 'dienst van algemeen economisch belang' is nogal casuïstisch ingevuld, omdat de jurisprudentie omtrent dit begrip met name tot stand gekomen is rond het ondernemingsbegrip waarbij de activiteiten van de entiteit vooral dienden de status van de entiteit vast te stellen. Is een entiteit die een publieke taak uitvoert aan te merken als onderneming, dan is de activiteit van algemeen belang die de entiteit verricht een 'dienst van algemeen economisch belang' ongeacht de inhoud van die activiteit. Voorwaarde op basis van de Altmark-jurisprudentie jo. art. 86 EG is dan dat voor de dienst van algemeen economisch belang een reële of semi-reële vergoeding betaald wordt, door de afnemers, de afnemers gezamenlijk of geheel of gedeeltelijk door de overheid. In het geval een overheidsbijdrage verstrekt wordt, mag deze slechts dienen ter compensatie voor de uitoefening van de publieke taak.

Ten slotte zijn er diensten die worden verricht door dienstverrichters die geen ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn. Deze dienstverrichters verrichten geen 'diensten van algemeen economisch belang' in de zin van art. 86 EG. Op het verrichten van deze diensten zijn dus ook geen mededingingsrechtelijke beperkingen van toepassing. Wel kunnen deze diensten met name ten aanzien van de afnemers onder omstandigheden aangemerkt worden als diensten in de zin van art. 50 EG. Aangezien het algemeenbelangelement (zoals dit neergelegd is in de beperkingen van art. 45 en 46 jo. art. 55 EG) bij het verrichten van deze diensten zeer groot is, heeft de lidstaat de mogelijkheid de toegang tot en de uitoefening van de dienst aan sterkere beperkingen te onderwerpen, dan anders het geval zou zijn geweest. Daarvoor is niet altijd een verwijzing naar de uitzonderingen op het vrij dienstenverkeer noodzakelijk.

Wordt de entiteit als geheel gefinancierd door de overheid, zonder dat er een relatie bestaat tot de kosten van de activiteit die de entiteit verricht, door middel van een budget dus, dan is er vermoedelijk geen sprake van een 'dienst van algemeen economisch belang', maar van de uitvoering van een 'niet-economische dienst van algemeen belang', of, zo u wilt, een overheidsprerogatief. De uitvoerende entiteiten, of zij nu tot de overheid behoren of niet, worden niet geacht te concurreren op een markt. Dit is alleen anders wanneer het EG-Verdrag een expliciet afwijkende regeling heeft voor dergelijke activiteiten, zoals bijvoorbeeld het vervoer en waarbij dus de gewone Verdragsregels in beginsel niet van toepassing

zijn. Voor de niet specifiek geregelde activiteiten is, in het geval het gaat om een pure overheidsuitvoering geen toetsing van de overheidsbijdrage mogelijk. In het geval een dergelijke entiteit commerciële activiteiten gaat uitoefenen verandert dat: de financiering zal dan moeten voldoen aan het reële of semi-reële vergoedingscriterium door afnemers of de Staat, aangezien de entiteit de status verkrijgt van onderneming in de zin van art. 86 lid 2 EG. Of de door de entiteit uitgevoerde in 'diensten van algemeen economisch belang' geconverteerde diensten daarmee ook diensten in de zin van art. 50 EG worden, hangt af van de activiteit als zodanig. Meestal zal dit overigens wel het geval zijn. Als dit het geval is, blijven zij alleen buiten de werkingssfeer van de Richtlijn wanneer de uitvoering ervan bij exclusief recht is voorbehouden aan de entiteit.

Voor de vraag of een entiteit een onderneming is, is het dus van belang of een activiteit verricht wordt op een (potentiële) markt; voor de vraag of een entiteit als dienstverrichter in de zin van art. 50 EG wordt aangemerkt, is het alleen van belang of de dienstverrichter voor de activiteit een reële of semi-reële vergoeding ontvangt. Het bovenstaande strookt met de interpretatie van het Hof en nationale rechters ten aanzien van het criterium 'behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard' uit de aanbestedingsrichtlijnen. Hoewel het doel van deze kwalificatie anders is dan in art. 86 EG en in de Richtlijn, definieert het Hof ook hier veelal het algemeen belang als een noodzaak dat de overheid een vinger in de pap houdt bij het uitvoeren van die taak door middel van het toekennen bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling van een exclusief of een bijzonder recht. Tevens is hier de financiering van belang. De vraag of een entiteit een aanbestedende dienst is, hangt niet alleen af van het soort activiteit dat deze verricht, maar kan wegvallen in de financiering ervan. In dat geval wordt er, net als bij de vraag of bepaalde activiteiten 'diensten van algemeen economisch belang' of 'niet-economische diensten van algemeen belang' zijn, een sterke nadruk gelegd op het reële prijs criterium.

De belangrijkste conclusie van deze paragraaf is dan ook dat 'diensten van algemeen belang' en 'niet-economische diensten van algemeen belang' geen statische begrippen zijn, maar, integendeel, volstrekt afhankelijk zijn van de status van de uitvoerder en de wettelijke inbedding. In tegenstelling tot wat de Mededeling van de Commissie uit 2001¹⁰⁶ beweert, bestaan er geen 'niet-economische diensten van algemeen belang' als zelfstandige notie in het Verdrag. Afhankelijk van de status van de uitvoerder vindt conversie van het één naar het ander plaats.

Het gevolg van de eenvoudige conversie van 'niet-economische dienst van algemeen belang' naar 'dienst van algemeen economisch belang' is dat een richtlijn die vastlegt welke activiteiten tot de 'diensten van algemeen economisch belang' gerekend kunnen worden,¹⁰⁷ een

106 Mededeling van de Commissie, 'Diensten van algemeen belang in Europa', (2001/C 17/04), *PbEG* 2001 C 17.

107 Het voorstel voor een kaderrichtlijn betreffende DAEB van de PSE-fractie van het Europees Parlement geeft overigens niet zo'n lijst, alleen een aantal algemene beginselen voor uitvoering, financiering, beheer, toezicht en evaluatie (vindplaats: www.maxvandenbergh.nl/download.do/id/100862105/cd/true/).

weinig praktisch instrument zal zijn. Zo'n richtlijn zou een kunstmatige en onwenselijke lijst opleveren die alleen in stand kan blijven door de status van de uitvoerder kunstmatig te fixeren. Dit voorkomt innovatie en lijkt mij, gezien de wisselende visies op en modes in de mate van gewenste marktwerking in de verschillende sectoren en door de verschillende entiteiten, niet gewenst.

3. Toepassing van de Richtlijn op de verschillende publieke taken

Hoe moet nu de Richtlijn op de verschillende soorten diensten worden toegepast. Voor de gewone diensten is dat geen probleem, aangezien de Richtlijn, met hier en daar een enkele afwijking zoals onder meer neergelegd voor bepaalde diensten in art. 17 lid 1 Richtlijn, daarop ten volle van toepassing is.

Voor de in art. 1 Richtlijn uitgesloten sectoren geldt het omgekeerde. Vooralnog hoeven dienstverrichters, onafhankelijk van de vraag of zij diensten van algemeen economisch belang leveren, geen zorg te hebben dat de voorschriften van de Richtlijn op hen van toepassing zijn. Voor dienstverrichters in de sectoren die wel onder de Richtlijn vallen en die 'diensten van algemeen economisch belang' of 'niet-economische diensten van algemeen belang' leveren, ligt de situatie aanmerkelijk ingewikkelder.

Op het eerste gezicht lijkt het uitsluiten van 'niet-economische diensten van algemeen belang' van de toepasselijkheid van de Richtlijn volstrekt logisch. Het gaat immers niet eens om diensten, en dus heeft de uitsluiting alleen een kenbaarheidsaspect. Tevens is het te begrijpen dat de Richtlijn 'diensten van algemeen economisch belang' die niet in concurrentie verricht worden (dus die op basis van een exclusief recht worden verricht) van zijn werkingssfeer uitsluit. Zolang entiteiten die 'niet-economische diensten van algemeen belang' of 'diensten van algemeen economisch belang' verrichten buiten de markt worden gehouden, is er geen reden om de verplichtingen van de Richtlijn voor deze diensten te laten gelden, althans voor zover het de verplichtingen met betrekking tot toegang tot de dienstverrichting betreft. Ten aanzien van de verplichtingen ten opzichte van de dienstenafnemers, die immers evenzeer door het vrij verkeer van diensten en de Richtlijn gedekt worden, is dit niet juist en het is de vraag of met name de diensten verricht op basis van een exclusief recht daarvan uitgezonderd moeten zijn. Echter nu, zoals we hierboven zagen, het onderscheid tussen de verschillende soorten diensten helemaal niet zo scherp is, ligt de situatie toch wel iets anders.

3.1. Toepassing van de Richtlijn op 'diensten van algemeen economisch belang'

Om te beginnen is er de vraag of ook diensten van algemeen economisch belang die niet op basis van een exclusief recht maar op basis van bijzondere rechten in de zin van art. 86 lid 1 EG zijn voorbehouden aan specifieke entiteiten, buiten de werkingssfeer van de Richtlijn vallen. Op zichzelf is het niet zeker of entiteiten

die deze diensten verrichten dit in concurrentie doen of niet.

Tot dusver wordt aangenomen van niet. Uit de jurisprudentie van het Hof en de wijze waarop de communautaire wetgever met het begrip bijzondere rechten omgaat en ze afzet tegen het begrip 'uitsluitende rechten' uit art. 86 lid 2 EG blijkt dat het begrip 'uitsluitend recht' zich niet beperkt tot een recht dat exclusief is toegekend aan één onderneming maar zich tevens uitstrekt tot een recht dat aan meer ondernemingen tegelijkertijd is toegekend mits zij hun werkgebied beperken tot door de overheid aangewezen geografisch gebieden.¹⁰⁸ In verschillende richtlijnen in de telecommunicatiesector is het onderscheid tussen uitsluitende en bijzondere rechten ook aan de orde geweest en zijn bijzondere rechten daar gedefinieerd als rechten die de lidstaat via een wettelijk of een bestuursrechtelijk instrument aan een beperkt aantal ondernemingen geeft, waarbij binnen een bepaald geografisch gebied:

'i) het aantal ondernemingen anders dan op grond van objectieve, proportionele en niet-discriminatoire criteria tot twee of meer wordt beperkt, ii) anders dan op grond van zulke criteria verschillende met elkaar concurrerende ondernemingen worden aangewezen, iii) anders dan op grond van zulke criteria één of meer ondernemingen wettelijk of bestuursrechtelijk worden bevoordeeld, waardoor de mogelijkheden van andere ondernemingen om in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden dezelfde activiteiten te ontplooiën merkbaar negatief worden beïnvloed. Dit geldt onverminderd de toepassing van artikel 87 EG.'¹⁰⁹

In latere jurisprudentie gaat het Hof¹¹⁰ nauwelijks meer in op het onderscheid tussen bijzondere en exclusieve rechten. Het overweegt:

'De omstandigheid dat een Lid-Staat de exploitatie van internationale telecommunicatieverbindingen en in het bijzonder van intracommunautaire verbindingen aan twee ondernemingen voorbehoudt, volstaat om te kunnen spreken van toekenning aan deze ondernemingen van uitsluitende of bijzondere rechten met betrekking tot de openbare telecommunicatienetwerken of -diensten.' Het bovenstaande betekent dat de Richtlijnbevestigingen niet van toepassing zijn op de activiteiten van ondernemingen welke bij wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel zijn toebedeeld en die voldoen aan de criteria die hierboven zijn opgesomd.

Dit ligt anders voor de ondernemingen die geen exclusieve rechten in de zin van art. 86 lid 1 EG verrichten, maar wel zijn belast met een 'taak van algemeen economisch belang', die in concurrentie wordt uitgevoerd. Dat dergelijke ondernemingen bestaan is bekend: de Nederlandse zorgverzekeraars zijn er (mocht de Commissie het in haar beschikking¹¹¹ bij het rechte eind hebben) een typisch voorbeeld van, ook al zijn stelsels van gezondheidszorg, zoals gezegd, vooralnog

¹⁰⁸ Zaak 17/82, *Interhuites*, Jur. 1983, p. 555.

¹⁰⁹ Richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994, tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG met name met betrekking tot satellietcommunicatie.

¹¹⁰ Zaak C-302/94, *The Queen/Secretary of State for Trade & Industry ex parte British Telecom*, Jur. 1996, p. I-6417.

¹¹¹ Besluit van de Europese Commissie van 3 mei 2005, zaak N 541/2004 en N 542/2004.

van de richtlijn uitgezonderd. Ook in andere sectoren kunnen ondernemingen worden geacht een publieke taak te hebben, ook al hebben zij geen exclusief recht (meer). Zo wordt de publieke omroep nog steeds voor een deel van hun taak (nieuwsvoorziening, het brengen van culturele programma's (blijkbaar om de reden dat daar toch niemand naar wil kijken)) ook op communautair niveau geacht (gedeeltelijk) een publieke taak te hebben. Over het algemeen is het uitzenden van dergelijke programma's een wettelijke verplichting, ook al betekent dit niet dat commerciële omroepen dat niet zouden mogen doen.

Veelal is op 'diensten van algemeen economisch belang' een vergunningstelsel van toepassing, waarbij de vergunningen wel aan strenge vereisten gebonden zijn, maar waarvoor er geen aanleiding is om de toestemming om de activiteit te verrichten uitsluitend te beperken tot een paar, door de overheid specifiek aangezochte ondernemingen. Op deze vergunningstelsels is binnenkort dus het systeem van de Richtlijn van toepassing, hetgeen niet alleen betekent dat deze moeten voldoen aan de voorwaarden van art. 10 Richtlijn (dus aan onder meer de eisen van non-discriminatie, proportionaliteit, objectiviteit en transparantie) maar tevens is daar art. 13 lid 4 Richtlijn dat ziet op de verlening van de vergunning indien de lidstaat niet binnen de op basis van art. 13 lid 3 vastgestelde redelijke of verlengde redelijke termijn is verleend.

Het is de vraag of lidstaten hiermee kunnen en willen werken. In het volgende voorbeeld werk ik dit uit.

In Nederland hebben destructiebedrijven, die hoog- en laagrisicomateriaal verwerken op grond van art. 5 Destructiewet een vergunning nodig en zij moeten geregistreerd worden. Die vergunningseis is nodig aangezien het verwerken van dit materiaal niet zonder risico's voor de omgeving is. Destructiebedrijven hebben een taak van algemeen economisch belang in die zin dat zij op grond van art. 12 Destructiewet verplicht zijn het hoog- en laagrisicomateriaal op te halen, te vervoeren en te verwerken. Vanuit gezondheidszorgpunt is het uiteraard van vitaal belang dat dode dieren niet langs de weg blijven liggen, maar tijdig worden verwijderd en op zo milieuvriendelijk mogelijke wijze worden verwerkt.

De wet hanteert geen gesloten systeem van het aanwijzen van destructiebedrijven. Hoewel art. 10 Destructiewet de minister voorschrijft geografische gebieden af te bakenen waarop de destructiebedrijven hun werk doen, is het voor zowel Nederlandse als buitenlandse bedrijven mogelijk een vergunning aan te vragen. Voor dit laatste is in art. 10 Destructiewet een specifieke voorziening getroffen waarin is geregeld dat voor de in het buitenland gevestigde bedrijven ook een gebiedsaanwijzing kan plaatsvinden. Het open vergunningensysteem betekent dat hier geen sprake is van exclusieve of bijzondere rechten in de zin van art. 86 lid 1 EG. Er is dus geen reden om aan te nemen dat op deze dienstverlening de Richtlijn niet van toepassing zou zijn. Ook valt destructie niet onder één van de specifieke uitzonderingen van de Richtlijn.

Dit betekent concreet dat het hele systeem van vergunningverlening van de artikelen 9 e.v. Richtlijn op destructiedienstverlening van toepassing is, aangenomen dat voor deze activiteit een vestiging hier te lande noodzakelijk is. Voor een groot deel valt daar wel mee

te leven, omdat de kans dat destructiebedrijven die zich vanuit lidstaten met een aanmerkelijk minder hoog beschermingsniveau zullen melden klein is en ten aanzien van het beschermingsniveau de Nederlandse eisen gesteld kunnen worden. Maar wat te doen als het bestuur ietwat traag reageert of gewoon de besluitvorming niet binnen gestelde termijn alsmede een eventueel verlengde termijn niet haalt (en de Nederlandse wetgever de wet op dit punt niet heeft aangepast, wat gezien de criteria voor aanpassing, denk ik, wel zou mogen)? Moet de vergunning dan geacht te zijn verleend?

Wat voor gewone diensten misschien wel acceptabel is, is voor diensten van algemeen economisch belang meestal niet gewenst. Het zijn natuurlijk niet voor niets diensten waaraan een element van algemeen belang is verbonden, die ook al kunnen zij in concurrentie worden verricht, toch wel aan strengere voorwaarden zijn gebonden dan andere 'gewone' diensten waarvoor mogelijk een vergunningstelsel bestaat. Dit betekent dat, indien de wetgever een situatie als hierboven beschreven wil voorkomen, hij eventueel tot wetwijziging moet overgaan. Dit kan omdat de Richtlijn, zoals uit deel I van dit preadvies bleek, op een aantal punten afwijkingen van het voorgestelde systeem toestaat. Alertheid is dus geboden. Indien afwijking van bijvoorbeeld art. 13 lid 4 Richtlijn maar zeer beperkt wordt toegestaan (uitzonderingen moeten immers altijd eng worden uitgelegd), kan de onverkorte toepasselijkheid van de Richtlijn er mogelijk toe leiden dat voor dergelijke diensten teruggegrepen wordt naar een systeem van verstrekking van exclusieve of bijzondere rechten.

3.2. *De toepassing van de Richtlijn op niet exclusief toebedeelde overheidstaken*

De Richtlijn is bedoeld niet van toepassing te zijn op 'niet-economische diensten van algemeen belang', met andere woorden de activiteiten die eigenlijk worden gekwalificeerd als echte overheidstaak. Het probleem met deze niet-economische diensten is echter, zoals we in paragraaf 2.3 hebben gezien, dat zij converteren in 'diensten van algemeen economisch belang' door het enkele feit dat de uitvoerende entiteit commerciële activiteiten gaat verrichten. Op dat moment wordt de Richtlijn op de voormalige 'niet-economische diensten van algemeen belang' van toepassing, volgens art. 2 Richtlijn.

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat de voormalige 'niet-economische diensten van algemeen belang' over het algemeen worden verricht door of de overheid zelf of door entiteiten die een exclusief of een bijzonder recht hebben.¹¹² Immers, de uitvoering van deze taken is in het algemeen voorbehouden aan de overheid. Dit beeld klopt echter niet met de werkelijkheid. Veel van de activiteiten die worden verricht door overheidsdiensten, of activiteiten die zozeer zijn ingeregeld dat zij geacht worden van algemeen belang te zijn en niet onder het mededingingsrecht vallen, worden tevens verricht door particulieren.

¹¹² Zie o.m. P.J. Slot c.s., 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007, p. III.

Hoger onderwijs wordt allang niet meer exclusief gegeven in bekostigde onderwijsinstellingen; er is een langjarig commercieel circuit dat erkende diploma's uitreikt en op verschillende niveaus cursussen aanbiedt. Zelfs voor het middelbaar onderwijs geldt dat er in Nederland inmiddels ten minste één commerciële pendang is van de bekostigde scholen.

Ook een ultieme overheidstaak als politiediensten is maar zeer gedeeltelijk voorbehouden aan de 'echte' politie. Beveiligingsbedrijven en bewakingsdiensten vervullen een groot deel van de politietaken op commerciële basis, ook al blijft het aanhouden en arresteren van personen alsmede het geweldsmonopolie in de zin van het dragen van (vuur)wapens voorbehouden aan de politie.

Sociale zekerheid op het gebied van gezondheidszorg is in Nederland al helemaal geen publieke taak meer sedert de Zorgverzekeringswet in werking is getreden, hoewel dit in andere lidstaten, zoals Groot-Brittannië en Frankrijk anders ligt. Echter ook in die landen geldt dat er naast het overheidsgefinancierde of het ziekenfondsstelsel over het algemeen een particulier circuit is waarvoor men zich naar keuze individueel kan bijverzekeren. Sociale zekerheid ten aanzien van de pensioenvoorziening is door het Hof al eerder gekwalificeerd als 'dienst van algemeen economisch belang',¹¹³ niet zozeer omdat pensioenvoorziening qualitate qua een zodanige dienst is, maar omdat de pensioenfondsen alleen op die wijze als onderneming gekwalificeerd konden worden, hetgeen nodig was omdat ze de grootste beleggingsmaatschappijen van Europa zijn. En ook ten aanzien van pensioenen is er een relevant commercieel alternatief aanbod.

Ook overheidstaken verricht door lagere overheden zijn lang niet altijd exclusief voorbehouden, zij het dat hier het onderscheid tussen overheidsprerogatieven en 'diensten van algemeen economisch belang' moeilijker te maken valt dan op het nationale niveau. Activiteiten van gemeenten in het kader van de Infectieziektenwet kunnen veilig als overheidsprerogatief worden aangemerkt evenals optreden op basis van de Wet openbare manifestaties. Daarmee zijn allerlei exclusief toegekende bestuursbevoegdheden gemoeid. En hoewel het anders georganiseerd zou kunnen worden, is vooralsnog vercommercialisering van deze activiteiten niet te verwachten. Dit ligt mogelijk al anders voor de op de Wet collectieve preventie gebaseerde gemeentelijke gezondheidsdiensten. Hoewel deze een aantal exclusief toebedeelde taken hebben, worden hun activiteiten voor het overige ook door anderen (huisartsen met name) verricht. Voor activiteiten die veeleer zien op de eigen huishouding van gemeenten ligt het weer anders. Heeft het (aan een gemeentelijke dienst voorbehouden) beheer van de groenvoorziening nu wel of niet een economisch karakter? Te verdedigen valt dat dit wel het geval is, aangezien er een markt voor bestaat en er dus geen sprake is van exclusiviteit.

Kortom, overheidstaken behoren vaak juist niet tot het exclusieve domein van de overheid; er is al vaak een markt waarop concurrenten zich bevinden, en waarop soms eenzelfde activiteit die de overheid biedt ook commercieel wordt aangeboden. Soms betreft de activiteit die commercieel wordt aangeboden slechts een aantal aspecten van die overheidstaak. De problemen ontstaan wanneer de desbetreffende activiteit gedeeltelijk exclusief

is voorbehouden aan de overheid en deze haar taak niet afdoende kan vervullen, of wanneer overheidsorganisaties hun activiteiten gedeeltelijk commercieel op die reeds bestaande markt gaan brengen.

In het eerste geval loopt de entiteit het risico aangemerkt te worden als een onderneming die misbruik maakt van haar machtspositie (meestal nadat er een potentiële concurrent heeft geklaagd bij de bevoegde instanties), ook al heeft de entiteit geen enkele invloed op dit misbruik omdat ze uitsluitend haar wettelijke taak vervult (en daar mogelijk niet voldoende financiering of personeel voor krijgt toegewezen). De voorbehouden overheidstaak converteert, voor zover deze van algemeen belang is, in een dienst in de zin van art. 86 lid 2 EG; het deel van de voorbehouden taak waarvoor de concurrentie al in de wacht staat wordt als een economische activiteit, en dus vaak een 'dienst' in de zin van art. 50 EG aangemerkt. Ten aanzien van de uitvoering van die economische activiteit (die dus op zich wettelijk is voorbehouden) maakt de entiteit die als onderneming moet worden aangemerkt, misbruik van haar machtspositie.¹¹⁴ Het valt te verdedigen dat in dat geval de Richtlijn van toepassing is; immers als het misbruik van machtspositie van de onderneming is dat deze zijn wettelijk voorbehouden taak niet voldoende kan vervullen, kan van de lidstaat geëist worden dat hij anderen toelaat op die markt (en dus het exclusief recht opheft) van dat deel van de activiteit dat niet van algemeen economisch belang kan worden geacht te zijn.

In het tweede geval converteert de overheidstaak onmiddellijk tot 'dienst van algemeen economisch belang'. Juist daar waar de activiteit niet bij exclusief recht is voorbehouden, levert dit op dat de Richtlijn van toepassing wordt, indien de desbetreffende dienst niet is uitgesloten.

Het gevolg van deze toepasselijkheid is uiteraard niet dat de nationale overheden geen eisen meer mogen stellen aan de dienstverrichters. Maar het uitvoeren van commerciële taken door entiteiten die voor het overgrote deel buiten de werking van zowel het mededingingsrecht als het vrije dienstenverkeer leken te vallen, heeft wel vergaande consequenties.

De volgende voorbeelden illustreren dit. Natuurbeheer kan met enig recht als overheidsprerogatief worden gekenschetst. Het valt onder de verantwoordelijkheid van het Ministerie van LNV, en het hiervoor ingestelde zelfstandige bestuursorgaan Staatsbosbeheer heeft een aantal specifieke bevoegdheden die onder andere beogen het natuurbeheer mogelijk te maken. De wettelijk geattribueerde activiteiten van Staatsbosbeheer zijn publieke taken.¹¹⁵ Staatsbosbeheer mag naast haar wettelijke taken ook andere activiteiten verrichten zolang zij maar niet concurrentievervalsend optreedt.¹¹⁶ Daarmee is de

¹¹³ Zaak C-67/96, *Albany Int.*, Jur. 1999, p. I-5751; gevoegde zaken C-115/97 en C-117/97, *Brentjens*, Jur. 1999, p. I-6025; zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, Jur. 1999, p. I-6121; gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98, *Pavlov*, Jur. 2000, p. I-6451.

¹¹⁴ Zie zaak C-41/90, *Höfner en Elser/Macotron*, Jur. 1991, p. I-1979.

¹¹⁵ En moet om die reden worden aangemerkt als aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/18/EG, zie zaak C-353/96, *Forestry Board*, Jur. 1998, p. I-8565.

¹¹⁶ Art. 3 Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer.

publieke taak van Staatsbosbeheer geconverteerd in een 'dienst van algemeen economisch belang'.

Naast Staatsbosbeheer zijn er particuliere organisaties die zich bezighouden met natuurbeheer. Deze organisaties doen dit, voor zover mogelijk, op commerciële basis, via lidmaatschappen, verkoop van publicaties en soms via aankoop, ontwikkeling en exploitatie van gronden. Daarnaast werven zij in sommige gevallen fondsen van sponsors en, soms steun van de overheid. Van deze organisaties kan, gezien hun commerciële activiteiten gevoeglijk gesteld worden dat zij ondernemingen zijn, zij het in sommige gevallen ondernemingen met een publieke taak.¹¹⁷ Van een overheidstaak die voorbehouden is bij wettelijk exclusief recht is geen sprake.

Het gevolg van de vrijheid van Staatsbosbeheer om ook commerciële activiteiten te verrichten is dat de Richtlijn onverkort van toepassing is op alle activiteiten van natuurbeheer die op commerciële basis worden uitgeoefend. Activiteiten op het gebied van natuurbeheer zijn als zodanig in de Richtlijn niet uitgezonderd. Er kan ook niet gesteld worden dat deze activiteiten, hoewel nauw verbonden met de ruimtelijke orderingsactiviteiten van provincie en gemeente, vallen onder de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van art. 45 EG (uitgezonderd bij art. 2 Richtlijn). Het gevolg is dat, wanneer er een organiserende overheid natuurbeheer particulier wil laten verzorgen, en de activiteit valt niet onder het exclusieve recht van Staatsbosbeheer, aanbesteding van de opdracht daartoe in de rede ligt. Staatsbosbeheer kan dan eventueel in zo'n aanbesteding meedingen.

Bovendien moeten de eisen die gesteld worden aan de natuurbeheeractiviteiten voldoen aan de Richtlijn, inclusief de eventuele vergunningseisen. Hoe acceptabel dit is voor een Nederlandse organisatie (of de Nederlandse Staat), die mogelijk geconfronteerd kan worden met een gegadigde van gene zijde van de grens, die meent de Nederlandse natuur ook goed te kunnen beheren, is iets wat bezien moet worden. Niettemin zal er in dat geval toch een aanbesteding moeten worden uitgeschreven, en kan de desbetreffende overheid geen andere eisen stellen dan zij doet aan de andere particuliere natuurbeheerders in eigen land. Tevens wordt daarbij de vraag acuut in hoeverre dergelijke organisaties een beroep kunnen doen op de aanvullende subsidies die voor Nederlandse organisaties openstaan.

Voor het systeem van het hoger onderwijs kan de Richtlijn eveneens grote gevolgen hebben. Instellingen op het gebied van hoger onderwijs concurreren op dit moment al met commerciële onderzoeksbureaus op het terrein van het zogeheten 'derde geldstroomonderzoek', het onderzoek in opdracht. Tot dusver is het aandeel daarvan kennelijk nog niet groot genoeg geacht om aan te nemen dat de universiteiten de markt zodanig verstoren dat zij als ondernemingen moeten worden aangemerkt.¹¹⁸ Dit kan echter anders worden in het geval bekostigde onderwijsinstellingen van de wetgever de vrijheid krijgen naast hun gewone curriculum commerciële (master)opleidingen op te zetten waar studenten tegen een concurrerende prijs een, al dan niet erkende, graad kunnen behalen. Deze opleidingen concurreren met de opleidingen die door puur commerciële onderwijsinstellingen verzorgd worden. Tezamen met het

onderzoeksdeel kan dan het aandeel zo groot worden dat van echte concurrentie op de markt sprake is.

Deze commerciële opleidingen zijn geen diensten van algemeen belang¹¹⁹ maar gewone economische activiteiten die eveneens niet van de Richtlijn zijn uitgezonderd. Weliswaar heeft het Hof geoordeeld in het arrest *Neri*¹²⁰ dat het de lidstaten vrijstaat om eisen te stellen aan instellingen van hoger onderwijs om een hoog niveau van de opleidingen te waarborgen, indien daar erkende diploma's voor worden uitgegeven, maar voor wat betreft toegang tot de onderwijsmarkt is de handelingsvrijheid van de lidstaten aanmerkelijk beperkt, indien aan de nationale eisen wordt voldaan.¹²¹ Slechts art. 18 Richtlijn biedt de lidstaat een zeer beperkte mogelijkheid om in afwijking van art. 16 Richtlijn maatregelen te nemen tegen een dienstverrichter en dan nog alleen vanwege de veiligheid van de diensten.

In Nederland zijn instellingen voor hoger onderwijs ofwel genoemd in een bijlage bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, of zijn ingevolge art. 6.9 van deze wet aangewezen door de minister. De opleidingen die door deze instellingen worden gegeven, zijn geaccrediteerd. Zowel stelsel van de aanwijzing als de accreditatie kunnen worden gezien als een vergunningstelsel in de zin van art. 9 Richtlijn. Dit betekent dat de aanvraag voor een aanwijzing en een aanvraag voor een accreditatie conform de Richtlijn behandeld dienen te worden. Dit geldt zowel voor Nederlandse gegadigden om als hogeronderwijsinstelling erkend te worden als voor buitenlandse gegadigden. Kort gezegd, dat zou het onderwijsveld wel eens danig kunnen gaan opschudden, wanneer de minister wat lang over de beslissing op een aanvraag voor een vergunning doet. Ook is het door de Richtlijn mogelijk geworden dat geen overlappende eisen gesteld mogen worden en dat er controles van de desbetreffende buitenlandse onderwijsinstellingen die in Nederland diensten willen verlenen, eventueel door het vestigen van een dependance, mogen worden verricht.

Uit bovenstaande voorbeelden blijkt dat de uitsluiting van 'niet-economische diensten van algemeen belang' van de werkingssfeer van de Richtlijn (en het vrij verkeer van diensten als zodanig) eigenlijk alleen zin heeft wanneer deze overheidstaak voorbehouden wordt aan de overheid en deze de uitvoering verzorgt, of dat in een kader van een wettelijk stelsel de uitvoering van de taak wordt uitbesteed door middel van exclusieve of bijzondere rechten. Op het moment dat de taak niet exclusief is toebedeeld en de uitvoerende entiteit tevens commerciële activiteiten gaat verrichten, wordt de Richtlijn van toepassing op de tot dan toe voorbehouden overheidstaak.

¹¹⁷ Zie onder andere de websites van de provincie Groningen betreffende de aanleg en exploitatie van het natuurgebied de Blauwestad, en de site van Natuurmonumenten (www.natuurmonumenten.nl).

¹¹⁸ Zie in dit verband de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, 30 december 2006, *PbEU* 2006 C 323, p. 1-26.

¹¹⁹ Zie ook zaak C-153/02, *Neri*, *Jur.* 2003, p. I-13555.

¹²⁰ Zaak C-153/02, *Neri*, op.cit.

¹²¹ Zie zaak C-470/03, *A.G.M. Cos.Met*, 17 april 2007, n.n.g. en zaak C-6/05, *Medipac*, 14 juni 2007, n.n.g. Dat deze arresten zien op het vrij verkeer van goederen doet in dit verband niet ter zake; het gaat om handelingsvrijheid van de lidstaten na harmonisatie.

Dergelijke taken worden uiteraard niet voor niets voorbehouden. Zij bevatten zeer zeker een element van algemeen belang. Het is voorstelbaar dat het stelsel van de Richtlijn voor deze diensten te liberaal is om van toepassing te zijn op dergelijke activiteiten. Door het arbitraire onderscheid tussen 'niet-economische diensten van algemeen belang' die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de Richtlijn en het niet uitsluiten van 'diensten van algemeen economisch belang' kan de werkingssfeer van de Richtlijn worden uitgebreid al naar gelang de desbetreffende lidstaat de uitvoerende entiteiten van 'diensten van algemeen belang' meer ruimte laat om marktactiviteiten te verrichten. Dit is zeker het geval wanneer naast de overheidstaak er een markt is ontstaan waarin die activiteiten door particulieren verricht worden. Of dat de bedoeling is geweest van de lidstaten, kan men zich afvragen.

4. Rechten van dienstenontvangers ten aanzien van publieke taken waarop de Richtlijn van toepassing is

De Richtlijn heeft weliswaar vooral tot doel het vrij verrichten van diensten te faciliteren, maar bevat zoals we in deel I zagen, ook enkele bepalingen voor de dienstenontvangers. Zo mogen de lidstaten zelf geen eisen opleggen die het gebruik van diensten van in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters beperken. Daarnaast zijn lidstaten gehouden erop toe te zien dat de dienstverrichter zelf geen discriminerende eisen op grond van nationaliteit of vestigingsplaats aan de afnemer stelt alsmede dat de algemene voorwaarden voor toegang tot een dienst die door de dienstverrichter voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt, geen discriminatoire bepalingen in verband met nationaliteit en verblijfplaats bevatten.

Veel dienstverrichters doen dit nu wel. Als significant voorbeeld kan het verzekeringswezen gelden, dat overigens buiten de toepassing van de Richtlijn gehouden is. Het is uitermate lastig om voor een burger in een andere EG-lidstaat dan waar hij woonachtig is een verzekering af te sluiten, en als het al wel kan zit daar meestal een hogere premie, of een buitenlandtoeslag of hoe de benaming ervan maar is, aan verbonden.

Ook discriminatie door overheidsdiensten bij het uitvoeren van hun taak van algemeen economisch belang komt in ruime mate voor. Zo is het onmogelijk voor een werkzoekende uit een andere lidstaat om zich te laten inschrijven bij het CWI, zolang hij nog niet in Nederland woonachtig is, maar alleen nog voornemens is om zich in Nederland te gaan vestigen. Het CWI eist namelijk een Nederlands sofinummer¹²² bij inschrijving en accepteert bijvoorbeeld geen Engels social security number. Het gevolg is dat een (nog) niet-ingezetene werkzoekende geen gebruik kan maken van de diensten van het CWI op het gebied van arbeidsbemiddeling. Dit zal moeten veranderen wanneer de Richtlijn in werking treedt, aangezien we in de arresten Höfner en Job Centre¹²³ hebben gezien dat arbeidsbemiddeling wordt aangemerkt als dienst van algemeen economisch belang en deze niet exclusief is voorbehouden aan het CWI.

Ook andere dienstverrichters die diensten van algemeen economisch belang verrichten zullen de invloed van de Richtlijn gaan merken, in de wijze waarop zij hun werk verrichten ten opzichte van andere EG-onderdanen. Parkeerbeheerdiensten, of deze nu door de gemeente in eigen uitvoering worden verricht of zijn uitbesteed, zijn diensten van algemeen economisch belang (en zijn lang niet altijd voorbehouden als exclusief recht¹²⁴). Parkeerbeheerders hebben steeds meer de gewoonte de muntautomaten te vervangen door chipknipautomaten, waar alleen met een Nederlandse bankpas gebruik van kan worden gemaakt. Andere EG-onderdanen kunnen in een dergelijk geval niet van de parkeerdiensten gebruik maken en riskeren een boete. De Hoge Raad heeft dit tot dusver niet in strijd geacht met het vrij verkeer van diensten, zolang er maar genoeg oplaadpunten in de desbetreffende gemeenten zijn en er genoeg mogelijkheden zijn om een specifieke parkeerchipkaart te kunnen kopen.¹²⁵ Deze uitspraak zal onder de Richtlijn vermoedelijk geen stand houden, nu het bezit van een Nederlandse bankpas een eis is die de toegang tot de dienst voor buitenlanders ernstig bemoeilijkt en in elk geval indirect discriminatoir is. En hoewel beide voorbeelden misschien geen grote misstanden lijken te betreffen, is het een bekend feit dat de kleine problemen vaak de meest irritante zijn.

De vraag of activiteiten van de overheid tevens als dienstverlening in de zin van art. 50 EG moeten worden aangemerkt, zal waarschijnlijk wel vaker gesteld gaan worden, nadat de Richtlijn moet zijn omgezet in nationale wetgeving en dus rechten biedt aan de burgers. En dit kan nog een verrassende jurisprudentie gaan opleveren.

5. Conclusie

De Dienstenrichtlijn biedt in het algemeen een mogelijk minder revolutionaire vervolmaking van het vrij verkeer van diensten dan door velen wordt gewenst. Een echt vrij dienstenverkeer waarin dienstverrichters onder de condities waaraan zij gewend zijn, kunnen gaan werken in een andere EG-lidstaat is voorlopig nog toekomstmuziek. Voor de taken die op enigerlei wijze van publiek belang worden geacht zou de Richtlijn echter wel degelijk grote veranderingen kunnen brengen. Daarbij geldt voor de nationale overheden dat zij scherp in de gaten moeten houden welk regime ze wil hanteren voor enerzijds de diensten die nu al onder art. 86 lid 2 EG worden geacht te vallen en onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen,

¹²² Het CWI is bevoegd om gebruik te maken van het sofinummer bij de verwerking van haar gegevens op grond van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen. Deze wet regelt niets over buitenlandse gelijksoortige nummers.

¹²³ Zaak C-41/90, *Höfner en Elser/Macotron*, Jur. 1991, p. I-1979; zaak C-55/96, *Job Centre*, Jur. 1997, p. I-7119.

¹²⁴ Zo heeft de gemeente Amsterdam zowel een gemeentelijke dienst Stadtoezicht die parkeerbeheer uitvoert, als particuliere bedrijven aan wie enkele stadsdelen het parkeerbeheer hebben uitbesteed. Zie www.aanbestedingskalender.nl.

¹²⁵ HR 8 juli 2005, nr. 40 375 en 40 298; HR 9 september 2005, *LJN* AR9393, 40584.

als voor de publieke taken die nu worden geacht niet gedekt te worden voor het vrij dienstenverkeer.

Voor de eerste soort diensten geldt dat de overheid zal moeten bezien of zij die in concurrentie wil laten verrichten door verschillende actoren of daarvoor exclusieve of bijzondere rechten wil uitgeven. In het laatste geval is de Richtlijn niet van toepassing, in het eerste wel. Dit heeft nogal wat consequenties voor de vraag onder welke omstandigheden dienstverrichters uit andere lidstaten moeten worden toegelaten op de desbetreffende markt. Tevens zal de overheid, die ten aanzien van de toegang tot de markt restricties in de vorm van een vergunningensysteem heeft ingebouwd, zich moeten realiseren dat haar bestuurlijk handelen, met betrekking tot de procedurele vereisten zoals de behandeling van aanvragen voor zo'n vergunning, zeer gedisciplineerd zal moeten zijn of moeten worden. Immers, de Richtlijn begunstigt prospectieve dienstverrichters ten opzichte van treuzelende overheden. De vraag hoe wenselijk de toepasselijkheid van de Richtlijn op diensten met een algemeen economisch belang-karakter is, zal afhankelijk zijn van de inhoud van de dienst.

Voor wat betreft publieke taken geldt dat deze slechts buiten de toepasselijkheid van de Richtlijn kunnen blijven, wanneer de overheid deze door de wijze van wettelijke inkapseling aan zichzelf blijft voorbehouden. Zoals hierboven is gebleken is er geen fundamenteel onderscheid te maken tussen 'niet-economische diensten van algemeen belang' en 'diensten van algemeen economisch belang'. In beginsel bestaat voor elke activiteit een potentiële markt en de enige reden waarom sommige uitvoerende entiteiten niet als ondernemingen

worden gekarakteriseerd, heeft te maken met het wettelijk kader waarin de activiteiten zijn gebed, de wijze waarop de diensten worden gecompenseerd en de mate van zeggenschap die de desbetreffende entiteiten over het eigen beleid hebben. Het is dus een politieke keuze die bepaalt of een activiteit op de markt komt (en dus economisch is) of niet, geen van de politiek onafhankelijke wetmatigheid.

Op het moment dat de uitvoerende entiteiten van 'niet-economische diensten van algemeen belang' ook commerciële activiteiten mogen gaan ontplooiën, verliest de oorspronkelijke overheidsprerogatief deze status en wordt een 'dienst van algemeen economisch belang'. Afhankelijk van de vraag of deze dienst dan nog steeds wordt uitgevoerd in een wettelijk kader waarin exclusieve of bijzondere rechten zijn toegekend, wordt de Richtlijn van toepassing op deze overheidstaken.

De uitsluiting van 'niet-economische diensten van algemeen belang' uit de Richtlijn is in een stelsel waarin steeds meer geliberaliseerd en uitbesteed worden aan het bedrijfsleven en waarin zelfstandige uitvoerders steeds meer ruimte krijgen (of gedwongen worden) ook commerciële activiteiten te verrichten een exercitie die in het slechtste geval markten openstelt voor activiteiten die daar niet voor bedoeld zijn geweest. In het beste geval leidt het ertoe dat het de nationale wetgevers ertoe dwingt om te besluiten welke activiteiten niet in een commerciële setting moeten worden uitgevoerd. Dit laatste is vermoedelijk niet wat de Richtlijn heeft beoogd, maar dan: ten aanzien van de publieke taak is de Richtlijn geen toonbeeld van zorgvuldige wetgeving.