

# Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) - werkgroeprapport -

Datum: 19 oktober 2004  
Onderwerp: Gevolgen EG-Transparantierichtlijn voor Nederland

## 1. Probleemstelling en doel(groep) van dit advies

Richtlijn 2000/52/EG van de Commissie tot wijziging van richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (Transparantierichtlijn) bevat, kortgezegd, verplichtingen inzake het voeren van een gescheiden boekhouding, het bewaren van die gegevens en het verstrekken daarvan aan de Commissie voor: elke onderneming waaraan een lidstaat overeenkomstig art. 86, lid 1, EG een bijzonder of uitsluitend recht heeft verleend *of* die overeenkomstig art. 86, lid 2, EG met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast en met betrekking tot deze dienst in enigerlei vorm, waaronder een subsidie, ondersteuning of compensatie, staatssteun ontvangt *en die* andere activiteiten uitoefent (art. 2).

Doel van de basisrichtlijn is het bewerkstelligen van doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen overheden en openbare bedrijven, die veelal concurreren met andere, louter particuliere, ondernemingen. Doel van de wijzigingsrichtlijn is het in dit verband tevens reguleren van de boekhouding van bepaalde ondernemingen. De wijzigingsrichtlijn is omgezet in de Mededingingswet (Stb. 2002,71; hierna: Mw). Deze wetswijziging is in werking getreden met ingang van 15 februari 2002.<sup>1</sup>

De richtlijnverplichtingen zijn niet geheel duidelijk, waardoor de implementatie-wetgeving in de praktijk lastig werkbaar is. Met name bestaat onduidelijkheid over de precieze werkingssfeer van de richtlijn. Voor welke ondernemingen geldt de plicht tot gescheiden boekhouding? Welke (meer indirecte) gevolgen vloeien er voor overheden uit e.e.a. voort? Meer duidelijkheid op deze punten is wenselijk, mede gelet op de risico's van niet (volledige) nakoming van de richtlijn.

Met dit advies wordt beoogd een praktisch bruikbaar instrument te ontwikkelen aan de hand waarvan bepaald kan worden welke bedrijven een gescheiden boekhouding moeten voeren. Het advies richt zich tot beleidsmedewerkers, accountantsdiensten en wetgevers op de ministeries alsmede bij decentrale overheden, die betrokken zijn bij de verlening van (nieuwe) rechten/taken aan ondernemingen en hierover door die ondernemingen om een toelichting gevraagd kunnen worden. Het gaat hierbij, gezien de aard van de materie, veeleer om een *afwegingskader* dan om 'waterdichte' eisen. De materie is namelijk zeer casuïstisch. De ijkpunten voor het bepalen van het toepassingsbereik van de transparantierichtlijn zijn af te leiden uit beleidsstukken waarin de Commissie haar interpretatie geeft en uit de jurisprudentie van het Hof van

---

<sup>1</sup> Het betreft het nieuw ingevoegde hst 4A: Financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen, artt. 25a-f Mw.

Justitie EG, waarbij het veelal gaat om uitspraken terzake van andere lidstaten (o.a. andere (historische) context, andere rol voor de overheid). Dit afwegingskader kan derhalve niet anders dan *indicatief* zijn. Niettemin geeft het inzicht in welke bedrijven (mogelijk) door de plicht tot gescheiden boekhouding worden getroffen en kunnen de ministeries de ijkpunten voor hun eigen beleidsterreinen toepassen. Het Hof heeft uiteindelijk het laatste woord over de uitleg en werkingssfeer van de richtlijn, hetgeen doorwerkt in (de toepassing van) de nationale regels terzake (Mw).

Het advies gaat eerst in op doel en inhoud van de (basis) Transparantierichtlijn en de wijzigingsrichtlijn terzake, zoals geïmplementeerd in de Mw (par. 2), vervolgens worden de indicaties voor de plicht tot gescheiden boekhouding geschetst (par. 3) en wordt ingegaan op de uitzonderingen op de plicht tot gescheiden boekhouding (par. 4) en op enkele overige aspecten, zoals gevolgen en risico's voor overheden en handhavingaspecten (par. 5). Par. 6 bevat conclusies en aanbevelingen. De indicaties voor de plicht tot gescheiden boekhouding zijn tevens verkort weergegeven in een schema.

## 2. De Transparantierichtlijn

### *Artikel 86 EG: grondslag voor de Transparantierichtlijn*

Ingevolge lid 1 van artikel 86 (vh artikel 90 EG) nemen of handhaven de lidstaten m.b.t. de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van het Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89. Lid 2 van artikel 86 zegt vervolgens dat deze mededingingsregels ook van toepassing zijn op de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, maar alleen voor zover de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Op basis van artikel 86, lid 3 kan de Commissie richtlijnen of beschikkingen voorstellen ter uitvoering van het bovenstaande.

### *De basisrichtlijn*

In dit verband is in 1980 richtlijn 80/723/EEG vastgesteld (Pb L 195/35). Teneinde gelijke behandeling van openbare bedrijven en particuliere ondernemingen te waarborgen en ongeoorloofde steunmaatregelen door de lidstaten te voorkomen, voorziet deze richtlijn in voorschriften *voor overheden* inzake doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen “overheden” en “openbare bedrijven”. Bij een “openbaar bedrijf” gaat het om (art. 2):

“elk bedrijf waarop overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende voorschriften. Dominerende invloed wordt vermoed uitgeoefend te kunnen worden, wanneer de overheden, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van het bedrijf a) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten, b) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikken of c) meer dan de helft der leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van genoemd bedrijf kunnen benoemen”.

Openbare bedrijven kunnen voor de andere dan commerciële doelstellingen in bepaalde gevallen een vergoeding van de lidstaat ontvangen (considerans o. 11).

*De wijzigingsrichtlijn*

Richtlijn 2000/52/EG, die de basisrichtlijn wijzigt, is ingegeven door de volgende overwegingen (Pb L 193/75). Omdat verscheidene sectoren van de economie, die voorheen werden gekenmerkt door het bestaan van nationale, of regionale (overheids)monopolies, dankzij liberalisering en verzelfstandiging zijn opengesteld voor mededinging, is de kans op verstoring van de markt door oneerlijke concurrentie groot. De lidstaten verlenen in deze sectoren vaak bijzondere of uitsluitende rechten aan bepaalde ondernemingen of kennen vergoedingen of een andere vorm van compensatie (staatssteun) toe aan bepaalde ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belast zijn, terwijl deze ondernemingen zich ook in concurrentie met andere ondernemingen op de markt bewegen. De toepassing van de mededingingsregels kan hierdoor worden bemoeilijkt.

De wijzigingsrichtlijn beoogt meer transparantie te bewerkstelligen, door de regels voor doorzichtige financiële betrekkingen voor openbare bedrijven uit te breiden met verplichtingen inzake een gescheiden boekhouding voor elke onderneming die een bijzonder of uitsluitend recht heeft en/of belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang en in enige vorm staatssteun in verband met zo'n dienst ontvangt en die daarnaast andere activiteiten uitoefent (artikel 2 lid 1 sub d). De lidstaten en de Commissie kunnen hierdoor beschikken over gedetailleerde gegevens van de financiën en de interne organisaties van deze ondernemingen en vooral over afzonderlijke, betrouwbare rekeningen betreffende de verschillende activiteiten van diezelfde ondernemingen. Dit is met name van belang voor de effectieve toepassing van het verbod van misbruik van een economische machtspositie met betrekking tot deze ondernemingen en het verbod van onverenigbare staatssteun.

De werkingssfeer van de transparantierichtlijn, zoals deze thans luidt, is dus niet langer alleen omschreven in termen van *invloed* (van de overheid) maar ook in termen van *taken* (van de onderneming). Dit brengt mee, dat niet alleen *overheden* doorzichtigheid moeten realiseren terzake van *openbare bedrijven*, maar dat ook *ondernemingen zelf* voor transparantie moeten zorgen (art. 1, lid 2 jo art. 3 bis), althans voorzover zij – naast hun andere, commerciële activiteiten – een bijzonder of uitsluitend recht hebben en/of zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang en hiervoor staatssteun ontvangen.

NB) Bedacht moet worden, dat dat een onderneming zowel onder het begrip "openbaar bedrijf" als onder het begrip "onderneming die een uitsluitend of een bijzonder recht heeft en/of belast is met het beheer van een dienst van algemeen economische belang" kan vallen.

De richtlijn geeft slechts in algemene zin aan wat onder uitsluitende en bijzondere rechten moet worden verstaan (art. 2, lid 1, onder f – g). Welke ondernemingen onder deze begrippen vallen, alsmede wat moet worden verstaan onder "diensten van algemeen economisch belang" is, tot op zekere hoogte, nader uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingenpraktijk van de Commissie (vgl. o.a. de Mededelingen inzake diensten van algemeen belang, Pb 2001, C 17/4 en (de meest recente) COM (2004) 374 def., en de Commissieverslagen van oktober 2001, COM 598 def. en juni 2002, COM 280 def.). E.e.a. is zeer casuïstisch; eenduidige en 'waterdichte' criteria terzake kunnen niet worden gegeven. Wel kunnen *indicaties* gedestilleerd worden voor het determineren van een onderneming als vallend onder de werkingssfeer van de richtlijn. Deze indicaties worden in de volgende paragraaf geschetst.

### 3. Indicaties voor de plicht tot gescheiden boekhouding

Voor het antwoord op de vraag welke ondernemingen gescheiden moeten boekhouden is primair van belang het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten. Dit onderscheid is essentieel, omdat bij *niet-economische activiteiten* er ook *geen* sprake is van een *ondernemingsactiviteit*. Alsdan zijn het mededingingsrecht en de transparantierichtlijn überhaupt niet van toepassing. Indien aannemelijk is dat sprake is van een *economische activiteit / ondernemingsactiviteit* moet vervolgens worden nagegaan of sprake is van een onderneming die beschikt over *uitsluitende of bijzondere rechten* of van een onderneming die belast is met een *dienst van algemeen economisch belang*. Wat onder deze begrippen moet worden verstaan wordt hieronder besproken (I-III).

#### (I) Economische/niet-economische activiteit:

Het begrip “economische activiteit” behelst iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een markt. Het begrip valt samen met het begrip “onderneming”: iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>2</sup>

*Niet doorslaggevend* is of een bepaalde activiteit doorgaans aan een publiek orgaan wordt overgelaten, de activiteit door de overheid wordt uitgeoefend, de activiteit een sociaal doel dient, winstoogmerk ontbreekt, (technisch) complex is, er een vergunning nodig is enz. Het begrip “economische activiteit” c.q. de kwalificatie “onderneming” wordt door het EG-Hof uitgelegd per individuele situatie en aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, zoals de (historische en/of nationale) context en de rol van de overheid, welke per lidstaat en tijd kunnen verschillen.<sup>3</sup>

Het is dus bij lezing van het onderstaande van groot belang te bedenken, dat de - veelal in niet-Nederlandse zaken gewezen - arresten van het Hof en de aangehaalde voorbeelden, *plaats/tijd /omstandigheden gebonden* zijn en dus primair in *die context* concludent. Er is, zowel binnen als buiten Nederland, sprake van een voortdurende verschuiving t.a.v. de vraag welke taken als typische overheidstaken gelden (bijv. de activiteiten van loodsen worden in Nederland niet meer als de uitoefening van een overheidstaak, maar als economische activiteiten beschouwd). Er moet daarom voorzichtigheid worden betracht met het uit de Hof-jurisprudentie voor de Nederlandse situatie destilleren van algemene lijnen m.b.t. de vraag wanneer sprake is van een economische of niet-economische activiteit.

Dit in aanmerking nemende, kan gesteld worden dat het Hof per geval via twee – met elkaar samenhangende – invalshoeken toetst:

- Aan de hand van de vraag, of sprake is van *typisch overheidsgezag*. Werkzaamheden die wegens hun aard, doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen neerkomen op het uitoefenen van typische overheidsprerogatieven (het Hof spreekt ook wel van “kerntaken van de staat” hebben *geen* economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels zou kunnen rechtvaardigen

<sup>2</sup> Vgl. arresten *Höfner/Macroton* (zaak C-41/90) en *Albany* (zaak C-67/97).

<sup>3</sup> Vgl. arresten *Diego Cali* (zaak C-343/95), *Poucet* en *Pistre* (zaak C-159,160/91), *Eurocontrol* (zaak C-364/92) en *Becu* (zaak C-22/98).

(*Diego Cali, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*). Activiteiten die behoren tot de uitoefening van een typische officiële autoriteit, zoals - in de destijds geldende situatie - controle van het luchtruim en inspectie ter bescherming van het (mariene) milieu, vallen niet onder het mededingingsrecht.

- Aan de hand van de vraag, of het om een activiteit gaat die naar *aard en inhoud* niet te kwalificeren is als “economische activiteit”, omdat ze wordt uitgevoerd door organisaties die belast zijn met het beheer van wettelijke sociale zekerheidsstelsels en daarbij niet over een discretionaire bevoegdheid beschikken ten aanzien van de hoogte van de premies, het gebruik van de fondsen of de vaststelling van het niveau van de prestaties. Hun werkzaamheid is gebaseerd op het beginsel van nationale solidariteit, mist ieder winstoogmerk en de wettelijke uitkeringen hangen niet af van het bedrag van de premies (zie *Poucet en Pistre* (C-159/91 en C-160/91), *Cisal di Battistello*, C- 218/00, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 *Ichthyol-Gesellschaft Cordes* ).

**i) Als niet-economische activiteit (dus: geen onderneming) zijn o.a. aangemerkt (illustratief):<sup>4</sup>**

- controle en toezicht op het luchtruim ter waarborging van de interne en externe veiligheid (zaak *Eurocontrol*)
- het verrichten van milieu-inspectietaken in een zeehaven (zaak *Diego Cali*)
- rechtspleging
- nationaal onderwijs voorzover niet privaat (zoals PAO's en andere particuliere opleidingen) van aard
- organen belast met de uitvoering van de wettelijke sociale zekerheid die daarbij niet over een discretionaire bevoegdheid beschikken (zaak *Cisal di Battistello*)
- vakbonden voorzover zij hun sociale functie uitoefenen
- politieke partijen
- kerken voorzover het hun kernactiviteiten betreft
- consumentenorganisaties, maatschappelijke organisaties
- wetenschappelijke verenigingen
- liefdadigheidsinstellingen en hulpverleningsorganisaties

**ii) Als economische activiteit (dus: onderneming) zijn o.a. aangemerkt (illustratief):**

- Arbeidsbemiddeling door een publiekrechtelijk orgaan voor de werkgelegenheid dat hiermee door de wet is belast (zaak C-41/90, *Höfner*)
- Activiteiten van douane-expediteurs (*Commissie-Italië*, zaak C-35/96)
- EHBO-organisaties die vervoer van spoedgevallen en ziekenvervoer verrichten (zaak C-475/99 *Ambulanz*)
- Het beheer en terbeschikking stellen van luchthaveninstallaties tegen betaling van een vergoeding waarvan het tarief door het desbetreffende orgaan vrij is vastgesteld (*Aéroports de Paris*, zaak T-128/98)
- Een orgaan zonder winstoogmerk, dat is belast met het beheer van een aanvullende facultatieve ouderdomverzekering en dat werkt volgens het kapitalisatiebeginsel, waarbij de uitkeringen afhangen van de hoogte van de premies en de verrichte beleggingen (zaak C-244/94, *Fédération française des sociétés*

<sup>4</sup> Vgl. de Mededelingen van de Commissie inzake diensten van algemeen belang, Pb EG 2001, C 17/4 (punten 28 – 30) en (2004) 374 def. p. 16.

*d'assurance e.a.)*

- Een (van overheidswege verplicht gesteld) bedrijfspensioenfonds dat zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt en dat werkt volgens het kapitalisatiebeginsel (zaak C-115/97-C-117/97, *Brentjens*)
- Het innen van de premies en het uitkeren van de prestaties door uvi's zonder dat er een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt uitgeoefend (het betreft uitsluitend administratieve uitvoeringswerkzaamheden).

*Alleen* indien aannemelijk is dat sprake is van een *economische activiteit / ondernemingsactiviteit* wordt toegekomen aan de volgende vraag, en moet worden nagegaan of sprake is van een onderneming die beschikt over uitsluitende of bijzondere rechten en/of van een onderneming die belast is met een dienst van algemeen economisch belang. Wat onder deze begrippen moet worden verstaan wordt hierna besproken onder II en III.

(II) “Bijzondere rechten”/“uitsluitende rechten” (art. 86, eerste lid EG)

In de praktijk gaat het bij deze rechten veelal om de plicht tot het als enige(n) verrichten van een (deel)taak van algemeen belang; tegenover de plicht staat het recht om terzake winstgevend te zijn. Bij *uitsluitende* rechten gaat om slechts één onderneming; bij *bijzondere* rechten gaat het om meerdere ondernemingen die rechten op het gehele of delen van het nationale grondgebied mogen uitoefenen. Voor beide typen rechten moet onderscheid worden gemaakt tussen de wijze van toekenning (hoe) enerzijds en de uit te voeren taken (wat) anderzijds.

T.z.v. *hoe*:

Toekenning voor bijzondere rechten kan geschieden op een *andere* wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria.<sup>5</sup> Dus: de overheid heeft terzake discretionaire ruimte (of, in de bewoordingen van de Commissie de “vrijheid om te definiëren”).<sup>6</sup>

Hierin is het verschil gelegen met de ‘gewone’ rechten waarvoor doorgaans een vergunning is vereist en die ‘automatisch’ wordt verkregen wanneer men aan bepaalde voorwaarden voldoet (bijv. uitvoering van bepaalde door de overheid aan het bedrijfsleven gedelegeerde taken van algemeen belang, zoals APK-keuringen).

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt, dat de bijzondere of uitsluitende rechten kunnen worden toegekend bij wet, krachtens een bijzonder publiekrechtelijk besluit (bijvoorbeeld bij een subsidietoekenning door middel van een subsidieovereenkomst) of zelfs *zonder* dat een publiekrechtelijke handeling is vereist, bijvoorbeeld doordat een bestuursorgaan op grond van haar publieke taak een contract met een onderneming sluit tot het verrichten van bepaalde activiteiten die meestal van algemeen (economisch) belang zijn. Voorafgaand aan de toekenning van die rechten staan haar

<sup>5</sup> Vgl. zaak C-302/94. Deze wijze van toekenning geldt ingevolge de richtlijn (en Mw) tekst alleen voor bijzondere rechten (art. 2, lid 1 sub g richtlijn). Voor uitsluitende rechten wordt “op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria” *niet* genoemd (art. 2, lid 1 sub f richtlijn).

<sup>6</sup> Zie punten 20 en 22 van de Mededeling van de Commissie inzake dab. Vgl. Jans/Vogelaar (UvA), Markt en Overheid, Advies aan de Minister van EZ dd 12 april 2001 p. 8, die de Commissie slechts bevoegd achten de door de lidstaten gemaakte keuzes te toetsen aan art. 86 EG.

diverse selectiemethodes ter beschikking, zoals aanbesteding, concessie, veiling, beauty contest, onderhandelingen e.d.

Het moet voorts gaan om *uitdrukkelijke* toekenning door de overheid, bijvoorbeeld via een wet, vergunning of concessie. Wanneer er géén sprake is van een uitdrukkelijke toekenning mogen ondernemingen het bezit van dergelijke rechten niet automatisch aanwezig veronderstellen. Hierbij moet bedacht worden dat *overheid* een breed begrip is: het kan gaan om toekenning door de rijksoverheid, provinciale of gemeentelijke overheid, waterschap, pbo of zbo.

Voor alle duidelijkheid: indien en voor zover bepaalde ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten toebedeeld hebben gekregen, strekken deze rechten zich *niet automatisch* uit tot activiteiten op *aanverwante* markten of tot diensten, die *normalerwijze*<sup>7</sup> niet door deze ondernemingen worden aangeboden.

T.z.v. *wat*:

Het gaat bij *bijzondere rechten* om rechten die worden toegekend aan *enkele* ondernemingen, die met die rechten een taak van algemeen (economisch) belang moeten verrichten.<sup>8</sup> Het betreft o.a. de volgende activiteiten:

- Conformiteitkeuringen voor parallel geïmporteerde auto's door de importeur van het betreffende merk;
- Begrafenisdiensten in een bepaalde gemeente of regio;
- Het leveren en testen van telecommunicatie -randapparatuur door de nationale of regionale telefoondienst teneinde storingen in het netwerk te voorkomen;
- Het innen van havengelden;
- Kwaliteitscontrole op geïmporteerd rundersperma door regionale inseminatiestations;
- Concessies voor de verwerking van bepaalde soorten afval
- Bepaalde vormen van arbeidsbemiddeling

Het gaat bij *uitsluitende rechten* vooral om de openbare dienstverlening in al dan niet in geprivatiseerde, maar nog niet geliberaliseerde vorm, door *één* onderneming, zoals de volgende voorbeelden van in lidstaten toegekende uitsluitende rechten:<sup>9</sup>

- Bepaalde vormen van arbeidsbemiddeling
- de posterijen
- het (spoor en streek) openbaar vervoer
- de vaste telefonie
- de stroomvoorziening voor mkb en huishoudens
- de watervoorziening
- Gemeentereiniging
- SDU voorzover het gaat om uitgifte van Stb. en Stcrt. (de officiële publicatiekanalen van de Nederlandse overheid)
- Bloedvoorziening

<sup>7</sup> Ook hiervoor geldt: dit is plaats- en tijdgebonden.

<sup>8</sup> Vaak wordt op voorhand bepaald dat een bepaald aantal ondernemingen de desbetreffende activiteiten mogen uitoefenen.

<sup>9</sup> Genoemd in de Mededeling van de Commissie inzake dab.

*Tussenconclusie:*

Indicaties voor het aanmerken van een onderneming als “onderneming waaraan bijzondere/uitsluitende rechten zijn verleend” zijn:

- de uitdrukkelijke toekenning door de overheid van rechten, bijv. bij wet, krachtens een bijzonder publiekrechtelijk besluit of door een contract, meestal tot het verrichten van bepaalde diensten van algemeen (economisch) belang;
- bij openbare dienstverlening in al dan niet geprivatiseerde maar nog niet geliberaliseerde vorm.

**NB)** *Subsidieverlening* voor een taak(je) van algemeen belang is *op zichzelf* niet voldoende om de aanwezigheid van een bijzonder/uitsluitend recht te veronderstellen. Daarnaast moet sprake zijn van een *uitdrukkelijke taakopdracht* die aan de uitoefening van het betreffende recht is gekoppeld, aan één of enkele ondernemingen voor het verrichten van bepaalde diensten van algemeen (economisch) belang.

(III) “Diensten van algemeen economisch belang” (= openbare diensten of universele diensten, art. 86, lid 2 EG)

Bij ondernemingen belast met beheer van een dienst van algemeen economisch belang gaat het om:

- *ondernemingen*: entiteiten die economische activiteiten verrichten.
- *belast* met het beheer van diensten van algemeen openbaar belang: dit veronderstelt een hieraan ten grondslag liggend expliciet *overheidsbesluit*. Het hoeft daarbij *niet* noodzakelijkerwijs om een wet of bestuursbesluit te gaan; het kan ook krachtens een publiekrechtelijke concessie of via een overeenkomst geschieden (ruime uitleg). Van “belasten” is echter *geen* sprake indien bepaalde activiteiten niet aan bepaalde ondernemingen worden opgedragen, maar deze slechts in het algemeen worden geregeld. Zo vormt de enkele uitoefening van een gereguleerde activiteit onder overheidstoezicht onvoldoende grond om een eenheid onder de werkingssfeer van artikel 86 lid 2 EG te brengen.
- *diensten van algemeen economisch belang*: diensten waarvan *de overheid vindt* – zij heeft in dit verband aanzienlijke beleidsruimte<sup>10</sup>; e.e.a. verschilt dus per lidstaat en is onderhevig aan evoluerende opvattingen – dat daarin moet worden voorzien om zorg te dragen voor de brede toegankelijkheid, betaalbaarheid en goede kwaliteit van de dienst en waarvan het aannemelijk is dat de markt hierin onvoldoende slaagt.
- De diensten hoeven niet noodzakelijk betrekking te hebben op de hele nationale economie, maar kunnen ook betrekking hebben op een bepaalde regio of bevolkingsgroep.

Voorbeelden van ondernemingen, die door nationale overheden in de lidstaten als diensten van algemeen economisch belang zijn aangemerkt, zijn ondernemingen belast met:

- telecommunicatie

<sup>10</sup> Vgl. Mededelingen van de Commissie inzake diensten van algemeen belang (2001), punt 22 en (2004) p. 5-7.



- vervoer (weg, spoor, lucht, water)
- energie, gas en watervoorziening
- post
- radio- en televisiemaatschappijen die een taak van openbaar belang vervullen (= publieke omroep)
- het beheer van een – op verzoek van de sociale partners – verplicht gestelde aanvullende pensioenregeling door een bedrijfspensioenfonds
- werkvoorziening in het kader van reïntegratie van gehandicapten en gevangenen
- de verwerking van gevaarlijke afvalstoffen en de opslag van radioactief afval
- een met het oog op de handhaving van de openbare veiligheid verzekerde dienst inzake het vast- en ontmeren van schepen
- kredietinstellingen die bepaalde stimuleringsstaken hebben
- bloedvoorziening
- woningbouwcorporaties

*Tussenconclusie:*

Indicaties voor het aanmerken van een onderneming als “onderneming die is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang” zijn:

- de uitdrukkelijke/specifieke opdracht door de overheid tot
- het verrichten van diensten waarvan de overheid vindt dat deze breed toegankelijk, betaalbaar en van goede kwaliteit moet zijn (m.a.w. diensten die de overheid *zelf* bestempelt als diensten van algemeen economisch belang)
- en waarin de markt onvoldoende slaagt.

*Conclusie par. 3: Wie moeten er nu gescheiden boekhouden en wanneer?*

Zoals gezegd heeft de transparantierichtlijn, zoals deze thans luidt, betrekking op 2 categorieën ondernemingen:

1<sup>e</sup>:

- Ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten
- die tevens andere activiteiten aanbieden

2<sup>e</sup>:

- ondernemingen belast met beheer van een dienst van algemeen economisch belang
- die met betrekking tot deze dienst in enigerlei vorm overheidssteun ontvangen
- die tevens andere activiteiten aanbieden.

De indicaties voor het determineren van ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten en ondernemingen belast met beheer van een dienst van algemeen economisch belang zijn in deze paragraaf uitgebreid aangegeven. Duidelijk is dat het hier een *case-by-case* benadering vergt en dat het – helaas – onmogelijk is algemene criteria te schetsen.

Last – but not least – is het volgende van belang.

Anders dan bij de 1<sup>e</sup> categorie ondernemingen, is – zo volgt uit de tekst van de transparantierichtlijn – de 2<sup>e</sup> categorie ondernemingen *alleen* verplicht tot gescheiden boekhouding *wanneer* sprake is van de aanwezigheid van *steunverlening*.

Deze nuancering is recentelijk in een ander daglicht komen te staan vanwege het

arrest Altmark, waarin het Hof bepaalde dat er *geen* sprake is van (de noodzaak tot aanmelding bij de Commissie van de voorgenomen) *staatssteun* in de zin van art. 87 EG, wanneer louter sprake is van *compensatie* door de overheid van de kosten voor het verlenen van een openbare dienst door de desbetreffende onderneming.<sup>11</sup> Wanneer er geen sprake is van (gerechtvaardigde) staatssteun, maar van *compensatie*, dan zou er – strict juridisch geredeneerd in gevallen als in dit arrest aan de orde zijn – voor deze onderneming dus ook *geen* Europeesrechtelijke verplichting tot *gescheiden boekhouding* bestaan.

Nog afgezien van het feit, dat het Altmark-arrest specifiek betrekking heeft op een zaak van staatssteun en het voorts niet eenvoudig te bepalen is wanneer er precies sprake is van compensatie (er moet hiertoe nl voldaan zijn aan vier cumulatieve en niet geheel eenduidige voorwaarden,<sup>12</sup> hetgeen niet eenvoudig en dus risicovol is), moet sterk betwijfeld worden of de consequenties van Altmark voor de werkingssfeer van de transparantierichtlijn stroken met doel, aard en strekking van deze richtlijn. Deze richtlijn is immers destijds uitgebreid met de verplichtingen inzake gescheiden boekhouding *met name* ten behoeve van de effectieve toepassing van artikel 82 EG (misbruik van een economische machtspositie) en is derhalve geschreven vanuit de gedachte, dat er transparantie moet zijn wanneer er overheidsgeld, onder welke benaming dan ook als - voorbeeld waarvan de richtlijn uitdrukkelijk compensatie noemt - naar een onderneming vloeit.

In dit verband moet naar de mening van de werkgroep vooralsnog *terughoudend* gebruik van de Altmark-uitzondering worden gemaakt en moet niet te snel worden aangenomen dat sprake is van compensatie/geen staatssteun en derhalve van het niet gescheiden hoeven te boekhouden. Nadere jurisprudentie van het Hof zal meer duidelijkheid moeten verschaffen. In dit verband pleit de werkgroep, ook indien het zonneklaar is dat een onderneming onder de Altmark-uitzondering valt, voor een gescheiden boekhouding.<sup>13</sup> Deze lijn strookt, zoals gezegd, met doel en strekking van de transparantierichtlijn én sluit aan bij de voorgenomen wijziging van deze richtlijn. In reactie op het Altmark-arrest wordt hierin namelijk geëxpliciteerd, dat het voeren van een gescheiden boekhouding *onmisbaar* is wanneer ondernemingen, die belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang en die ook daarbuiten actief zijn, *in enigerlei vorm compensatie ontvangen* (art. 1, lid 1 ter wijziging van art. 2, lid 1 onder d jo. considerans punten 4 en 5).<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Zie zaken *Altmark* (C-280/00 van 24 juli 2003) en *Gemo* (C-126/01 van 20 november 2003). Vgl. tevens verslag van de Commissie over steun i.v.m. diensten van algemeen economisch belang (COM 2002 280 def.).

<sup>12</sup> Zie (samengevat) de opsomming uit Altmark: 1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en deze moeten duidelijk omschreven zijn, blijkend uit bijv. wetgeving of vergunningen; 2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld; 3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. Daarbij mag rekening worden gehouden met de opbrengsten en een redelijke winst; 4) De noodzakelijke compensatie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde en uitgeruste onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren. Hierbij moet rekening worden gehouden met de opbrengsten en een redelijke winst.

<sup>13</sup> De vraag, of daarnaast ook in andere gevallen het (vrijwillig) voeren van een gescheiden boekhouding wenselijk is, valt buiten het kader van dit advies.

<sup>14</sup> Vgl. Mededeling inzake diensten van algemeen belang (2004) 374 def. p. 15.

De werkgroep is zich bewust van het feit, dat dit in termen van administratieve lasten voor ondernemingen wellicht op de korte termijn een vermeerdering oplevert. Dit nadeel weegt echter op tegen het feit, dat het voeren van een gescheiden boekhouding een hulpmiddel kan zijn bij het vrijwaren van steungevaar, in die zin dat het de Commissie behulpzaam is bij de beoordeling van gerechtvaardigde steun. Naar verwachting levert dit op de langere termijn juist een reductie van administratieve lasten op.

#### **4 Uitzonderingen op de plicht tot gescheiden boekhouding**

Uit het voorgaande volgt dat - spiegelbeeldig aan hetgeen in par. 3 is aangegeven - er geen noodzaak bestaat tot gescheiden boekhouding, indien er *geen* sprake is van een onderneming die een bijzonder of uitsluitend recht heeft of belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang en in enige vorm staatssteun in verband met zulk een dienst ontvangt en die daarnaast andere (commerciële) activiteiten uitoefent.

Daarnaast zijn de uitzonderingen in de richtlijn van belang. Deze worden opgesomd in art. 4, lid 2, onder punt a t/m c van de richtlijn jo de overwegingen 10 en 11 (vgl. art. 25d, eerste lid, Mw). Het betreft situaties waarin de gevolgen voor de mededinging beperkt zijn en strekken tot voorkoming van buitensporige administratieve belasting. Het betreft, kortgezegd: a) ondernemingen, m.b.t. diensten (dus niet: goederen) waarvan de levering de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden, b) ondernemingen waarvan de totale nettojaaromzet minder dan 40 miljoen euro heeft bedragen gedurende de twee boekjaren voorafgaande aan enig jaar waarin de onderneming een bijzonder of uitsluitend recht heeft genoten of waarin zij is belast met een dienst van algemeen economische belang, c) ondernemingen die voor een redelijke periode met een dienst van algemeen economisch belang zijn belast, indien de ontvangen staatssteun in enigerlei vorm was vastgesteld ingevolge een open, doorzichtige en niet-discriminerende procedure, zoals via aanbesteding.

Deze uitzonderingen wekken geen verbazing. Ze gaan uit van de presumptie (en bestendig Commissiebeleid) dat het mededingingsrecht niet van toepassing is wanneer geen sprake is van interstatelijk handelsverkeer; hetzelfde geldt voor het geval er sprake is van geringe invloed op de gemeenschappelijke markt, bijvoorbeeld vanwege het lokale karakter.<sup>15</sup>

#### **5 Overige aspecten**

M.b.t. de onderhavige materie moet, tot slot, kort worden ingegaan op het volgende.

In de eerste plaats is het van belang te schetsen in hoeverre de richtlijn gevolgen voor (centrale en decentrale) *overheden* met zich mee brengt. Primair brengt de richtlijn voor hen mee, dat betrokken medewerkers (beleidsmedewerkers en wetgevers) voorlichting terzake moeten geven. Zij moeten voorzien in een inbeddingstraject n.a.v. de toekenning van taken aan ondernemingen die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Daarnaast is er een (beperkt) risico van een inbreukzaak door

<sup>15</sup> Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang (2001), punten 31 en 32.

Commissie in de richting van de lidstaten (centrale overheid), indien de Commissie zou vinden dat de NMa als toezichthouder de boekhoudkundige verplichtingen uit de richtlijn/Mw onvoldoende handhaaft c.q. constateert dat bedrijven feitelijk niet of onvoldoende gescheiden boekhouden.

In de tweede plaats zij kort gewezen op de risico's voor *ondernemingen* van niet of onjuiste/onvolledige naleving van de richtlijn/Mw. Bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving heeft EZ in de richting van de beroepsverenigingen Nivra en Nova geattendeerd op de verplichtingen uit de transparantierichtlijn/Mw. In dat verband is tevens gewezen op het feit, dat de NMa als toezichthouder bevoegd is ingevolge de Mw jo de Awb bestuursrechtelijk op te treden en een boete en/of last onder dwangsom op te leggen.

In de mate waarin de verplichting tot gescheiden boekhouding daadwerkelijk wordt nageleefd, bestaat geen inzicht. Tot nu toe heeft de NMa nog geen praktijkgevallen inzake de toepassing van die verplichting behandeld. Verder heeft de NMa de indruk dat het, als gevolg van het feit dat de verplichting tot gescheiden boekhouding de keuze van de boekhoudkundige methode aan de ondernemingen zelf overlaat, voor ondernemingen niet duidelijk is wat een gescheiden boekhouding precies moet inhouden. Volgens de werkgroep is nader onderzoek op dit punt wenselijk. Mochten ondernemingen inderdaad behoefte blijken te hebben aan meer duidelijkheid inzake de vormgeving van een gescheiden boekhouding, dan zou de NMa die duidelijkheid mogelijk kunnen bieden, bijvoorbeeld door beleidsregels vast te stellen. Voor de inhoud van die beleidsregels zou de NMa inspiratie op kunnen doen in de beleidsregels die de OPTA heeft vastgesteld terzake van de verplichting tot gescheiden boekhouding in de telecomwetgeving.

## 6 Conclusies en aanbevelingen

- Met dit advies is beoogd *indicaties* te schetsen aan de hand waarvan (beter) bepaald kan worden welke (soorten) bedrijven een gescheiden boekhouding moeten voeren op basis van de EG-transparantierichtlijn, zoals omgezet in de Mw. Het gaat hierbij, gezien de casuïstische en tijd/plaats/context-gebonden aard van de materie, dus *niet* om ‘waterdichte’ eisen. De indicaties zijn verkort weergegeven in het schema zoals dat bij dit advies is gevoegd.
- Het advies is gericht tot beleidsmedewerkers, accountantsdiensten en wetgevers op de ministeries en bij decentrale overheden, die betrokken zijn bij het aan ondernemingen verlenen van (nieuwe) bijzondere of uitsluitende rechten en het belasten van ondernemingen met diensten van algemeen economisch belang en die door die ondernemingen om een toelichting gevraagd kunnen worden. Aanbevolen wordt dat zij deze ondernemingen tevens attenderen op de verplichtingen uit de (daarmee sterk samenhangende) EG-transparantierichtlijn/Mw. Bij deze taak is het onderhavige advies een hulpmiddel.
- In *twijfelgevallen* wordt aanbevolen dat de ministeries en decentrale overheden aan ondernemingen adviseren een gescheiden boekhouding te voeren. Dit kan immers een hulpmiddel zijn bij het vrijwaren van steungevaar. Weliswaar levert dit in termen van administratieve lasten voor ondernemingen op de korte termijn een vermeerdering op; dit nadeel weegt op tegen het feit, dat een gescheiden boekhouding een hulpmiddel kan zijn bij het vrijwaren van steungevaar omdat het de Commissie behulpzaam is bij de beoordeling van gerechtvaardigde steun. Dit levert op de langere termijn juist een reductie van administratieve lasten op.
- Aanbevolen wordt dat de Minister van EZ het belang onder de aandacht wordt gebracht van een effectief toezicht door de NMa op de naleving van de verplichtingen inzake gescheiden boekhouding. De EU-lidstaten hebben in dat opzicht immers een verantwoordelijkheid tegenover de Europese Commissie. De NMa heeft tot nu toe echter nog geen praktijkgevallen inzake de toepassing van de verplichting tot gescheiden boekhouding behandeld. Bezien zou moeten worden wat daarvan de oorzaak is. Aangezien het volgens de NMa voor ondernemingen onduidelijk is wat de verplichting tot gescheiden boekhouding precies inhoudt, wordt de Minister van EZ in overweging gegeven de NIVRA en de NOvAA te vragen wat de ervaringen van hun leden zijn met de toepassing door ondernemingen van de verplichting tot gescheiden boekhouding. Mochten ondernemingen inderdaad behoefte blijken te hebben aan meer duidelijkheid inzake de vormgeving van een gescheiden boekhouding, dan zou de NMa die duidelijkheid mogelijk kunnen bieden, bijvoorbeeld door beleidsregels vast te stellen. Ter inspiratie zij gewezen op de beleidsregels van de OPTA terzake van de verplichting tot gescheiden boekhouding in de telecomwetgeving.
- Aanbevolen wordt dat de Minister van EZ dit advies onder de aandacht brengt van de NMa.

**Samenstelling werkgroep**

F.H. Willemsen (EZ, Voorzitter)

P.H.M. van Beukering (LNV)

M. Bootsman (EZ)

E.P. Duurkoop (VWS)

F. Grondman (Fin)

R. Koch (BZK)

N. Kohll (VROM)

C.M.A. Lindeman (SZW)

K. Sevinga (V&W)

B.M. Veltkamp (Jus, secretaris)

F.A. Vreedenburgh (EZ)