

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. LÉGER

van 19 maart 2002 ¹

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing strekt ertoe de voorwaarden vast te stellen waaronder de lidstaten subsidie mogen verlenen aan ondernemingen die openbaar streekvervoer exploiteren.

I — Toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrecht*

2. Voor de behandeling van het geding zijn de bepalingen inzake staatssteun en wegvervoer relevant.

Het Bundesverwaltungsgericht (Duitsland) stelt verschillende vragen over de uitlegging van de artikelen 92, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87, lid 1, EG), en 77 EG-Verdrag (thans artikel 73 EG), en ook van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren², zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 1893/91 van de Raad van 20 juni 1991³ (hierna: „verordening nr. 1191/69” of „verordening”).

3. Ingevolge artikel 92, lid 1, van het Verdrag is staatssteun die de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, verboden. Het luidt:

„Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 156, blz. 1.

3 — PB L 169, blz. 1.

4. Voor de vervoerssector bepaalt artikel 74 EG-Verdrag (thans artikel 70 EG) dat de doelstellingen van het Verdrag nagestreefd worden in het kader van een gemeenschappelijk vervoerbeleid. Artikel 75 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 71 EG) draagt de Raad op, de noodzakelijke bepalingen ter uitvoering van dit beleid vast te stellen.

5. Artikel 77 van het Verdrag heeft betrekking op staatssteun die op het gebied van het vervoer kan worden toegekend. Het artikel luidt:

„Met dit Verdrag zijn verenigbaar de steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip „openbare dienst” verbonden, verplichte dienstverrichtingen.”

6. Verordening nr. 1191/69 strekt ertoe, de dispariteiten op te heffen die uit de door de lidstaten aan de vervoersondernemingen opgelegde openbaredienstverplichtingen voortvloeien.⁴ Zij schrijft de staten voor om de openbaredienstverplichtingen op te heffen⁵ en stelt de gemeenschappelijke voorschriften vast voor het handhaven van die verplichtingen alsook voor de toekenning van subsidies ter compensatie van de voor de ondernemingen uit die verplichtingen voortvloeiende lasten.⁶

7. Artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1191/69 luidt als volgt:

„Deze verordening is van toepassing op vervoersondernemingen die diensten exploiteren op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.

De lidstaten kunnen ondernemingen waarvan de activiteiten uitsluitend bestaan uit de exploitatie van stads-, voorstads- en streekvervoersdiensten van de werkingssfeer van deze verordening uitsluiten.”

8. Volgens artikel 1, lid 2, zijn „stads- en voorstadsvervoersdiensten” vervoersdiensten die voorzien in de behoeften van een stedelijk centrum of een agglomeratie, alsook in de behoeften aan vervoer tussen dat centrum of die agglomeratie en de omliggende gebieden. Regionale vervoersdiensten worden omschreven als vervoersdiensten die gericht zijn op de vervoersbehoeften van een regio.

9. Artikel 1, lid 3, van de verordening legt het volgende beginsel vast: „De bevoegde instanties van de lidstaten heffen de met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren [...] op.”

4 — Eerste overweging van de considerans van verordening nr. 1191/69.

5 — Ibidem, tweede overweging van de considerans.

6 — Ibidem, tiende en dertiende overweging van de considerans.

10. Artikel 1, leden 4 en 5, voorziet in een afwijking van dit beginsel in twee gevallen.

Eenzijds kunnen de bevoegde instanties met een onderneming openbare dienstcontracten afsluiten om toereikende vervoersdiensten te waarborgen of om bepaalde tariefvoorwaarden te bieden aan bepaalde categorieën reizigers. In dat geval moeten de openbare dienstcontracten de in afdeling V van verordening nr. 1191/69 bepaalde regels naleven.

Anderzijds mogen de bevoegde instanties openbare dienstverplichtingen voor stads-, voorstads- en streekdiensten voor personenvervoer handhaven of voorschrijven. In dat geval moet de bestuurshandeling de in de afdelingen II, III en IV van verordening nr. 1191/69 bepaalde regels in acht nemen.

11. Ingevolge artikel 2 van de verordening heeft het begrip openbare dienstverplichting betrekking op „de verplichtingen die de vervoersonderneming, indien zij haar eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen”. Deze verplichtingen omvatten de exploitatieplicht, de vervoersplicht en de tariefplicht.⁷

⁷ — Deze drie soorten verplichtingen worden weer gedefinieerd in artikel 2, leden 3 en 5, van verordening nr. 1191/69.

12. Artikel 6, lid 2, van de verordening bepaalt dat de besluiten om een openbare dienstverplichting te handhaven, moeten voorzien in het toekennen van een compensatie voor de daaruit voortvloeiende lasten. Het bedrag van die compensatie wordt bepaald volgens de in de artikelen 10 tot en met 13 van verordening nr. 1191/69 voorgeschreven „gemeenschappelijke compensatiemethoden”.

13. Procedureel gezien, bepaalt artikel 17, lid 2, van de verordening dat de compensaties die voortvloeien uit de toepassing van deze verordening, niet onderworpen zijn aan de procedure van voorafgaande aanmelding van artikel 93, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 3, EG).

B — Nationaal recht

14. In Duitsland vereist het Personenbeförderungsgesetz (wet op het personenvervoer; hierna „PBefG”) voor het lijnvervoer van personen over de weg een vergunning.⁸ Het gaat hier om een vergunning die aan een onderneming wordt verleend voor een bepaalde vervoersdienst.

15. De vergunning legt de vervoerder bepaalde verplichtingen op, zoals enkel

⁸ — §§ 1, lid 1, en 2, lid 1, PBefG.

het toegestane tarief te innen, de goedgekeurde dienstregeling na te leven en zich te houden aan de wettelijk op hem rustende exploitatie- en vervoersverplichtingen. Als tegenprestatie verkrijgt de begunstigde een rechtspositie die bijna een alleenrecht is, daar gedurende de geldigheidsduur van de vergunning geen vervoer op dezelfde lijn zal worden toegestaan.

moeten worden verricht.¹² Hieronder wordt verstaan dat de kosten van deze diensten worden gedekt door de vervoer-opbrengsten, door inkomsten uit wettelijke compensatieregelingen op het gebied van tarieven en dienstregelingen, alsmede door andere ondernemingsinkomsten.¹³

16. Uit de stukken blijkt dat de Duitse wetgever tot en met 31 december 1995 voor het stads-, voorstads- en streekvervoer uitdrukkelijk gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1191/69.⁹ Bij besluit van de Bondsminister van Vervoer van 31 juli 1992¹⁰ werd de toepassing van verordening nr. 1191/69 voor het openbaar personenvervoer uitgesloten.

De vergunningen voor het vervoer op basis van zelffinanciering zijn geregeld in § 13 PBefG. Die bepaling bevat een aantal voorwaarden voor het verlenen van de vergunning, zoals solvabiliteit en betrouwbaarheid van de aanvrager, en voorziet in weigering van de vergunning, wanneer de belangen van de gemeenschap door de gevraagde dienst nadelig zouden worden beïnvloed. Wanneer er meerdere gegadigden voor dezelfde vervoersdienst zijn, moet de bevoegde instantie een keuze maken, waarbij rekening gehouden moet worden met de belangen van de gemeenschap op het vlak van vervoer en met name de vraag van de kosten-batenverhouding.

17. Op 1 januari 1996 heeft de Duitse wetgever een onderscheid ingevoerd tussen vervoer op basis van „zelffinanciering” en vervoer als „openbare dienst”.¹¹

18. Het PBefG bevat het beginsel, dat de diensten van openbaar stads-, voorstads- en streekvervoer op basis van zelffinanciering

19. Wanneer daarentegen geen toereikende vervoersdienst op basis van zelffinanciering kan worden verzekerd, kan hij als openbare dienst worden uitgevoerd.¹⁴ In dat geval bepaalt § 8, lid 4, derde volzin, PBefG dat „de bepalingen van verordening nr. 1191/69, in de vigerende versie, van toepassing zijn”.

9 — Verwijzingsbeschikking (blz. 10 en 11).

10 — BGBl. I, 1992, blz. 1442.

11 — § 6, lid 116, van het Eisenbahnneuordnungsgesetz van 27 december 1993 (BGBl. I, 1993, blz. 2378).

12 — § 8, lid 4, eerste volzin PBefG.

13 — § 8, lid 4, tweede volzin PBefG.

14 — § 8, lid 4, derde volzin PBefG.

De vergunningen voor het vervoer als openbare dienst zijn geregeld in § 13a PBefG. Volgens die bepaling moet een vergunning worden verleend wanneer deze noodzakelijk is voor de organisatie van een vervoersdienst op basis van een opgelegde verplichting of een openbare-dienstcontract in de zin van verordening nr.1191/69. Daarbij moet gekozen worden voor de oplossing die de laagste kosten voor de gemeenschap meebrengt. Om de laagste kosten vast te stellen vindt er naar Duits recht een openbare aanbestedings-procedure plaats, overeenkomstig de regelgeving inzake het plaatsen van overheids-opdrachten.

22. Bij besluit van 27 oktober 1994 heeft het Regierungspräsidium Altmark nieuwe vergunningen toegekend. Daarbij heeft het de door de firma Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (hierna: „Nahverkehrsgesellschaft”) ingediende aanvragen om vergunningen afgewezen.

23. Nahverkehrsgesellschaft heeft tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend op grond van het feit dat Altmark geen economisch gezonde onderneming was. Zij voerde aan, dat de toekenning van de vergunningen onrechtmatig was, omdat Altmark economisch gezien niet in staat was te overleven zonder de door haar verkregen overheidssubsidies.

II — De feiten en de procedure

20. Het hoofdgeding betreft de toekenning van vergunningen voor lijnvervoer met bussen in de Landkreis (kanton) Stendal in Duitsland.

24. Het Regierungspräsidium heeft dit bezwaarschrift bij besluit van 29 juni 1995 afgewezen. Bovendien heeft het op 30 juli 1996 de geldigheid van de vergunningen van Altmark verlengd tot en met 31 oktober 2002.

21. Op 25 september 1990 had het Regierungspräsidium Magdeburg¹⁵ aan de onderneming Altmark Trans GmbH (hierna: „Altmark”) 18 vergunningen toegekend voor lijnvervoer met bussen. Deze vergunningen liepen op 19 september 1994 af.

25. In verband hiermee heeft Nahverkehrsgesellschaft beroep ingesteld bij het Verwaltungsgericht Magdeburg (administratieve rechter in eerste aanleg). Deze laatste heeft overwogen dat Altmark een economisch gezonde onderneming was, omdat de bij de dagelijkse exploitatie te verwachten tekorten door de subsidies van de Landkreis Stendal zouden worden gedekt.

¹⁵ — Hierna: „Regierungspräsidium”.

26. Het Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt (administratieve rechter in hoger beroep) heeft daarentegen de aan Altmark toekende vergunningen ingetrokken. Deze rechterlijke instantie was van oordeel dat de economische gezondheid van Altmark niet meer verzekerd was, aangezien zij subsidies van de Landkreis Stendal nodig had om de litigieuze vergunningen uit te voeren, en die subsidies niet verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht.

Het Oberverwaltungsgericht heeft vastgesteld dat de Duitse wetgever de toepassing van verordening nr. 1191/69 voor het stads-, voorstads- en streekvervoer slechts tot en met 31 december 1995 had uitgesloten. Na die datum moesten de subsidies dus worden toegekend met inachtneming van de in verordening nr. 1191/69 bepaalde voorwaarden en met name het vereiste om, bij bestuurshandeling dan wel openbare dienstcontract, openbardienstverplichtingen op te leggen. Aan die voorwaarde was in casu echter niet voldaan, daar de Landkreis Stendal geen overeenkomst met Altmark had afgesloten en geen bestuurshandeling had vastgesteld. De Landkreis Stendal had dus Altmark geen subsidies meer mogen verlenen voor de aan haar verleende vergunningen.

Het Oberverwaltungsgericht heeft op grond daarvan vastgesteld dat Altmark het litigieuze vervoer niet meer op basis van zelffinanciering kon uitvoeren. Omdat dit vervoer afhankelijk was van de ver-

lening van overheidssubsidies, moest het als openbare dienst worden verricht en uit dien hoofde vallen onder de werkingssfeer van verordening nr. 1191/69.

27. Altmark heeft tegen deze beslissing beroep tot „Revision” ingesteld bij het Bundesverwaltungsgericht. In zijn verwijzingsbeschikking¹⁶ benadrukt dit laatste, dat de rechter in hoger beroep geen uitlegging heeft gegeven van de bepalingen van nationaal recht. Naar Duits recht zou het feit dat een bedrijf subsidie nodig heeft voor het verrichten van een openbare vervoersdienst, niet betekenen dat die dienst uitgesloten wordt van de in § 8, lid 4, PBefG vervatte zelffinancieringsregeling.

Het Bundesverwaltungsgericht heeft daarentegen zijn twijfels over de aan het gemeenschapsrecht te geven uitlegging. Gelet op de artikelen 77 en 92 van het Verdrag, alsmede de bepalingen van verordening nr. 1191/69, vraagt het zich af, of het feit dat een onderneming subsidie nodig heeft voor de exploitatie van openbaar streekvervoer, ertoe leidt dat die exploitatie als „openbare dienst” moet worden aangemerkt en onder de werkingssfeer van verordening nr. 1191/69 wordt gebracht.

¹⁶ — Blz. 12-14.

III — De prejudiciële vragen

28. Bijgevolg heeft het Bundesverwaltungsgericht besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende vraag voor te leggen:

„Beletten de artikelen [77 en 92] EG-Verdrag, juncto verordening (EEG) nr. 1191/69, in de versie van verordening (EEG) nr. 1893/91, de toepassing van een nationale regeling op grond waarvan vergunningen voor lijndiensten in het openbaar stads-, voorstads- en streekvervoer kunnen worden verleend voor lijndiensten die noodgedwongen op overheidssubsidies zijn aangewezen, zonder dat het bepaalde in de afdelingen II, III en IV van de genoemde verordening in acht wordt genomen?”

29. In zijn verwijzingsbeschikking¹⁷ preciseert het Bundesverwaltungsgericht, dat zijn vraag drie onderdelen bevat, die als volgt luiden:

„1) Vallen subsidies ter compensatie van tekorten in het openbare stads-, voorstads- en streekvervoer wel onder het in artikel [92, lid 1, EG-Verdrag]

neergelegde verbod van steunmaatregelen of kunnen deze wegens hun regionale draagwijdte bij voorbaat niet het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden?

Kan het antwoord op die vraag afhangen van de concrete situatie en omvang van het desbetreffende stads-, voorstads- en streekvervoergebied?

2) Biedt artikel [77 EG-Verdrag] de nationale wetgever algemeen de mogelijkheid, overheidssubsidies ter compensatie van tekorten in het openbare stads-, voorstads- en streekvervoer toe te staan zonder inachtneming van verordening (EEG) nr. 1191/69?

3) Biedt verordening (EEG) nr. 1191/69 de nationale wetgever de mogelijkheid, de exploitatie van een lijn in het openbare stads-, voorstads- en streekvervoer, die dwingend is aangewezen op overheidssubsidies, toe te staan zonder dat de afdelingen II, III en IV van genoemde verordening in acht worden genomen, en de toepassing van die regels enkel voor te schrijven, wanneer anders een toereikende vervoersvoorziening niet mogelijk is?

Volgt die mogelijkheid van de nationale wetgever in het bijzonder uit het feit, dat hij ingevolge artikel 1, lid 1, tweede alinea, van verordening (EEG) nr. 1191/69, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1893/91, het recht heeft ondernemingen in het stads-, voorstads- en streekvervoer geheel van de werkingssfeer van de verordening uit te sluiten.¹⁸

IV — De strekking van de prejudiciële vragen

30. Het prejudiciële verzoek van het Bundesverwaltungsgericht doet twee reeksen vragen rijzen.

31. De eerste reeks vragen gaat over de uitlegging van de verdragsbepalingen. Hiermede wordt beoogd te vernemen of de door de autoriteiten van een lidstaat toegekende subsidies ter compensatie van de kosten van de openbare dienstverplichtingen die zij hebben opgelegd aan een onderneming die regionale vervoersdiensten exploiteert, staatssteun is die onder het in artikel 92, lid 1, van het Verdrag vervatte verbod kan vallen.¹⁸ Verder gaat het erom, de voorwaarden vast te stellen waaronder ingevolge artikel 77 van het Verdrag de toekenning van die subsidies kan worden toegestaan.¹⁹

32. De tweede reeks vragen gaat over verordening nr. 1191/69 en komt erop neer, of de autoriteiten van een lidstaat openbaar streekvervoer kunnen organiseren en financieren, zonder dat de bepalingen van de verordening inzake de handhaving van openbare dienstverplichtingen en de gemeenschappelijke compensatiemethoden in acht worden genomen.²⁰

33. Ik denk dat het nodig is de volgorde van die vragen om te draaien. Verordening nr. 1191/69 is namelijk, in verhouding tot de artikelen 92 en 77 van het Verdrag, een *lex specialis*. Zij schept een geharmoniseerd kader waarin de voorwaarden worden omschreven waaronder de lidstaten subsidies kunnen toekennen ter compensatie van de kosten van de door hen aan vervoerbedrijven opgelegde openbare dienstverplichtingen. De verordening concretiseert aldus de verdragsregels inzake staatssteun op het gebied van het openbaar wegvervoer.

34. In dit verband rijst allereerst de vraag, of verordening nr. 1191/69 van toepassing is op vervoersdiensten op basis van zelffinanciering. Indien dat het geval is, kunnen de Duitse autoriteiten daaraan alleen subsidies verlenen wanneer zij zich aan de door de verordening vastgestelde voorwaarden houden. Is de verordening daarentegen niet van toepassing, dan moet worden ingegaan op de verdragsbepalingen inzake staatssteun.

18 — Eerste onderdeel van de prejudiciële vraag.

19 — Tweede onderdeel van de prejudiciële vraag.

20 — Zie de tekst van de prejudiciële vraag, alsmede het derde onderdeel daarvan.

V — De vraag of verordening nr. 1191/69 van toepassing is

35. Met de eerste vraag wil het Bundesverwaltungsgericht weten of artikel 1, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 1191/69 aldus moet worden uitgelegd, dat het een lidstaat toestaat deze verordening niet toe te passen voor een beperkte categorie diensten van het openbare streekvervoer, zoals de diensten die op basis van zelffinanciering in de zin van de §§ 8, lid 4, en 13 PBefG worden verricht.²¹

36. De verwijzende rechter tracht, met andere woorden, na te gaan of de Duitse autoriteiten aan die diensten subsidie kunnen verlenen, zonder dat de in verordening nr. 1191/69 bepaalde voorwaarden in acht worden genomen.

37. Uit de stukken²² blijkt dat de Duitse wetgever op bijzondere wijze gebruik heeft gemaakt van de door artikel 1, lid 1, tweede alinea, van de verordening geboden mogelijkheid.

Sinds 1 januari 1996 hebben de Duitse autoriteiten namelijk de verordening *gedeeltelijk* uitgesloten. Anders dan het

Duitse besluit van 31 juli 1992²³ waarbij de toepassing van de verordening eenvoudigweg werd uitgesloten voor het openbaar personenvervoer, wordt ingevolge de huidige tekst van het PBefG de toepassing van de verordening slechts uitgesloten voor het vervoer op basis van zelffinanciering. Op het andere vervoer, namelijk het vervoer dat als openbare dienst wordt verricht, zijn de bepalingen van verordening nr. 1191/69 van toepassing.

38. De vraag rijst dus of artikel 1, lid 1, tweede alinea, de autoriteiten van een lidstaat toestaat om verordening nr. 1191/69 *gedeeltelijk* uit te sluiten voor een beperkte categorie van openbaar streekvervoer.²⁴

23 — Reeds aangehaald.

24 — Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Commissie aangevoerd dat verordening nr. 1191/69 voorziet in een „optionele” harmonisatie van de sector. Lidstaten die openbardienstverplichtingen wilden opleggen, konden volgens haar vrij beslissen om de verordening al dan niet toe te passen. De Commissie heeft niet nader aangegeven of haar opvatting alleen betrekking had op het vervoer van artikel 1, lid 1, tweede alinea, van de verordening dan wel op al het vervoer dat onder de werkingssfeer van de verordening viel. In het tweede geval zou, volgens mij, de opvatting van de Commissie in strijd zijn met de doelstellingen van verordening nr. 1191/69. Die laatste beoogt immers de dispariteiten op te heffen die voortvloeien uit de openbardienstverplichtingen die door de lidstaten aan de vervoersondernemingen worden opgelegd en die de mededingingsvoorwaarden kunnen vervalsen [zie de eerste overweging van de considerans van de verordening, alsook beschikking 65/271/EEG van de Raad van 13 mei 1965 met betrekking tot de harmonisatie van bepaalde voorschriften die van invloed zijn op de mededinging in het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 1965, nr. 88, blz. 1500)]. De verwezenlijking van deze doelstellingen zou ernstig in gevaar komen als de lidstaten voor het vervoer dat onder werkingssfeer van de verordening valt, de mogelijkheid hadden openbardienstverplichtingen op te leggen zonder dat de bepalingen van de verordening in acht worden genomen. In dat geval zouden zij opnieuw distorsies voor de mededinging invoeren die de verordening juist beoogt op te heffen. Daarbij zou de opvatting van de Commissie maar moeilijk te verenigen zijn met de vijftiende overweging van de considerans van de verordening, waarin wordt aangegeven dat „het noodzakelijk is de bepalingen van deze verordening toe te passen op elke nieuwe in deze verordening omschreven openbardienstverplichting welke aan een vervoersonderneming wordt opgelegd”. Ten slotte zou de opvatting van de Commissie in strijd zijn met artikel 189 EG-Verdrag (thans artikel 249 EG), dat immers bepaalt dat verordeningen *verbindend* zijn in al hun onderdelen en rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten.

21 — Er dient aan herinnerd te worden dat artikel 1, lid 1, tweede alinea, van de verordening luidt: „De lidstaten kunnen ondernemingen waarvan de activiteiten uitsluitend bestaan uit de exploitatie van stads-, voorstads- en streekvervoersdiensten van de werkingssfeer van deze verordening uitsluiten”.

22 — Zie in het bijzonder het antwoord van de Duitse regering op de schriftelijke vraag van het Hof. Opgemerkt zij, dat behalve dit antwoord, de Duitse regering geen schriftelijke of mondelinge opmerkingen bij het Hof heeft ingediend.

39. Partijen in het hoofdgeding zijn van mening dat de Duitse autoriteiten gerechtvaardigd waren het vervoer op basis van zelffinanciering van de verordening uit te sluiten. Op grond van het beginsel „qui potest plus, potest minus” betogen zij dat, als artikel 1, lid 1, tweede alinea, toestaat de toepassing van de verordening voor een hele categorie van vervoer (namelijk de stads-, voorstads- en streekvervoersdiensten) uit te sluiten, deze bepaling a fortiori moet toestaan een beperkt gedeelte van dat vervoer aan de verordening te onttrekken.

Altmark beroept zich bovendien op het antwoord van de Commissie op de schriftelijke vraag van de heer Jarzembowski.²⁵ In dat antwoord zou de Commissie uitdrukkelijk hebben aangegeven dat het uitsluiten van het vervoer op basis van zelffinanciering, verenigbaar was met het gemeenschapsrecht en met name met verordening nr. 1191/69.

40. Het Hof heeft nog nooit de gelegenheid gehad om vast te stellen of de lidstaten in een gedeeltelijke ontheffing van verordening nr. 1191/69 kunnen voorzien. Om over die vraag te beslissen, zou het Hof volgens mij een parallel kunnen trekken met zijn rechtspraak inzake de Zesde BTW-richtlijn.²⁶ Volgens mij moet er, wat dat betreft, aan twee arresten bijzondere aandacht worden besteed.

41. Het eerste arrest²⁷ betreft de uitlegging van artikel 28, lid 3, sub b, van de Zesde richtlijn.

Die bepaling, gelezen in samenhang met punt 16 in bijlage F, maakt het de lidstaten mogelijk, gedurende een overgangperiode de levering van gebouwen en bouwterreinen te blijven vrijstellen van de BTW volgens de op het tijdstip van vaststelling van de Zesde richtlijn vigerende voorwaarden.

In die tijd verleende het Verenigd Koninkrijk vrijstelling van BTW over de verkoop van onroerend goed. Enkel de in bijlage 5 bij de Finance Act 1972 genoemde verkoophandelingen waren belastbaar. Na de inwerkingtreding van de Zesde richtlijn had het Verenigd Koninkrijk zijn wettelijke regeling in die zin gewijzigd, dat de draagwijdte van de vrijstellingen geringer werd.

De firma Norbury Developments Ltd meende dat de litigieuze wijziging in strijd was met de bepalingen van de Zesde richtlijn. Volgens haar strekt artikel 28, lid 3, ertoe, de in bijlage F genoemde vrijstellingen te „bevriezen” op de datum van de vaststelling van de richtlijn. Het Hof heeft

25 — Schriftelijke vraag nr. 381/95 (PB 1995, C 270, blz. 2).

26 — Zesde Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1; hierna: „Zesde richtlijn”).

27 — Arrest van 29 april 1999, Norbury Developments (C-136/97, Jurispr. blz. 2491).

deze uitlegging verworpen om de volgende redenen.²⁸

„De [in de wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk aangebrachte] wijzigingen hebben [...] de draagwijdte van de vrijstelling niet verruimd, doch integendeel beperkt. Zij zijn dus niet vastgesteld in strijd met de tekst van artikel 28, lid 3, sub b. Dit artikel staat weliswaar in de weg aan de invoering van nieuwe vrijstellingen of aan de verruiming van de draagwijdte van bestaande vrijstellingen na de datum van inwerkingtreding van de Zesde richtlijn, doch belet niet de beperking van die vrijstellingen, aangezien artikel 28, lid 4, van de Zesde richtlijn de opheffing ervan beoogt.

In zoverre zou een restrictieve uitlegging van artikel 28, lid 3, sub b, van de Zesde richtlijn — in die zin, dat een lidstaat, hoewel hij een bestaande vrijstelling kan handhaven, ze zelfs niet gedeeltelijk zou kunnen opheffen zonder tegelijkertijd alle andere vrijstellingen af te schaffen — tegen die doelstelling ingaan. [Een] dergelijke uitlegging [zou] rampzalige gevolgen hebben voor de eenvormige toepassing van de Zesde richtlijn. Een lidstaat zou dan immers alle op de dag van vaststelling van de Zesde richtlijn bestaande vrijstellingen moeten handhaven, ook indien hij het mogelijk, passend en wenselijk achtte de

regeling van de richtlijn op het betrokken gebied geleidelijk te gaan toepassen.”²⁹

42. Het Hof heeft dezelfde redenering ontwikkeld in het arrest van 14 juni 2001, Commissie/Frankrijk.³⁰ In dat geval weet de Commissie Frankrijk, dat het na de inwerkingtreding van de Zesde richtlijn zijn wettelijke regeling had gewijzigd door voor het recht op BTW-af trek voor personenauto's te vereisen dat het voertuig voor rijlessen wordt gebruikt.

De Franse regering voerde aan, dat haar regeling in overeenstemming was met artikel 17, lid 6, van de Zesde richtlijn, waarin wordt bepaald: „Totdat de [door de Raad vastgestelde] voorschriften in werking treden kunnen de lidstaten elke uitsluiting handhaven waarin hun wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van deze richtlijn voorzagt.” Het Hof heeft het door de Commissie ingestelde beroep om de hiernavolgende redenen verworpen:

„Bij de uitlegging van artikel 17, lid 6, van de Zesde richtlijn kan een soortgelijke redenering [als die van het aangehaalde arrest *Norbury Developments*] worden toegepast. Indien de regeling van een lidstaat

29 — Daarmee heeft het Hof zich aangesloten bij de redenering van advocaat-generaal Gulmann in de zaak *Commissie/Duitsland* (arrest van 27 oktober 1992, C-74/91, Jurispr. blz. I-5437, punt 21) en die van advocaat-generaal Fennelly in de aangehaalde zaak *Norbury Developments* (punt 32).

30 — C-345/99, Jurispr. blz. I-4493.

28 — Ibidem (punten 19 en 20).

na de inwerkingtreding van de Zesde richtlijn wijziging brengt in de draagwijdte van bestaande uitsluitingen door deze te beperken, en daarmee de doelstelling van de Zesde richtlijn dichter benadert, valt deze regeling onder de in artikel 17, lid 6, tweede alinea, van de Zesde richtlijn opgenomen afwijking en is zij niet in strijd met artikel 17, lid 2, ervan.

In het onderhavige geval is door de wijziging van de nationale regeling een algehele uitsluiting van het recht op BTW-aftrek voor personenauto's vervangen door een gedeeltelijke aftrekmogelijkheid, namelijk voor voertuigen en machines die uitsluitend voor rijlessen worden gebruikt.

Als gevolg van deze wijziging van de Franse regeling is de draagwijdte van de bestaande uitsluitingen verkleind, waardoor deze regeling dichter bij de algemene aftrekregeling van artikel 17, lid 2, van de Zesde richtlijn is komen te staan.”³¹

43. Uit deze rechtspraak kan volgens mij het volgende beginsel worden afgeleid. Wanneer een richtlijn ertoe strekt om op een bepaald gebied een geharmoniseerd stelsel in te voeren, waarbij de lidstaten van dit stelsel mogen afwijken, dan kunnen

de staten die van die mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, na de inwerkingtreding van de richtlijn hun wettelijke regeling wijzigen om de omvang van de ontheffingen te beperken en daarmee nauwer aan te sluiten bij de door richtlijn nagestreefde doelstellingen. Een lidstaat kan daarentegen niet na de inwerkingtreding van de richtlijn de omvang van de door zijn nationale recht voorziene ontheffingen uitbreiden³², noch een afwijking die hij eerst heeft afgeschaft, opnieuw invoeren.³³

44. Dit beginsel lijkt mij volledig overdraagbaar op het onderhavige geval.

45. Ten eerste is gebleken dat verordening nr. 1191/69 ertoe strekt om een geharmoniseerd kader in te voeren op het gebied van de openbardienstverplichtingen die de lidstaten aan de wegvervoersondernemingen opleggen. Zij bepaalt de voorwaarden waaronder de lidstaten openbardienstverplichtingen kunnen opleggen en subsidies kunnen verstrekken ter compensatie van de daaruit voor de ondernemingen voortvloeiende lasten.

46. Ten tweede staat de verordening de lidstaten toe, af te wijken van de daarin vastgestelde voorschriften. Artikel 1, lid 2,

31 — Ibidem (punten 22-24).

32 — Arrest van 14 juni 2001, Commissie/Frankrijk (C-40/00, Jurispr. blz. I-4539, punt 17).

33 — Ibidem (punten 18 en 19).

tweede alinea, bepaalt dat de lidstaten de stads-, voorstads- en streekvervoersdiensten van de werkingssfeer van de verordening kunnen uitsluiten.

47. Ten derde hebben de Duitse autoriteiten na de inwerkingtreding van de verordening³⁴ hun wettelijke regeling gewijzigd om de werkingssfeer van de door het nationale recht voorziene ontheffingen te beperken.

Gebleken is immers dat de Duitse wetgever tot en met 31 december 1995 al het openbare streekvervoer uitdrukkelijk heeft uitgesloten van de werkingssfeer van de verordening.³⁵ Vanaf 1 januari 1995 hebben de Duitse autoriteiten deze uitsluiting echter beperkt tot vervoersdiensten op basis van zelffinanciering. Daaruit volgt dat het vervoer dat als openbare dienst wordt verricht, voortaan onder de werkingssfeer van de verordening valt.

48. Ten vierde draagt deze wetswijziging bij tot de verwezenlijking van de door verordening nr. 1191/69 nagestreefte doelstellingen.

49. Dienaangaande wijs ik erop, dat de verordening ertoe strekt de dispariteiten op

te heffen die uit door de lidstaten aan de wegvervoersondernemingen opgelegde openbardienstverplichtingen voortvloeien, en die de mededingingsvoorwaarden wezenlijk kunnen vervalsen. Voor het lokale en regionale personenvervoer heeft de gemeenschapswetgever echter een geleidelijke liberalisatie en harmonisatie verwezenlijkt.

Eerst heeft hij eenvoudigweg het lokaal en regionaal vervoer van verordening nr. 1191/69 uitgesloten. De eerste, in 1969 vastgestelde versie van de verordening bepaalde dat deze verordening „vooral nog van toepassing is op [...] de ondernemingen die niet hoofdzakelijk lokaal of regionaal vervoer verrichten”.³⁶

Vervolgens heeft de Raad in 1991 het beginsel vastgesteld, dat het lokaal en regionaal vervoer onder de werkingssfeer van verordening nr. 1191/69 valt. Dit beginsel heeft echter geen absoluut karakter, nu artikel 1, lid 1, tweede alinea, van de verordening de lidstaten immers toestaat de stads-, voorstads- en streekvervoersdiensten te blijven uitsluiten van de verordening.³⁷

34 — Artikel 1, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 1191/69 is overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 1893/91, in werking getreden op 1 juli 1992.

35 — Zie punten 16-19 van deze conclusie.

36 — Twintigste overweging van de considerans van verordening nr. 1191/69. Bepaald werd dat de Raad binnen een termijn van drie jaar zou beslissen over de te treffen maatregelen inzake openbardienstverplichtingen voor de lokale en streekvervoersactiviteiten.

37 — Artikel 1, lid 1, tweede alinea, is in verordening nr. 1191/69 ingevoegd door de op 1 juli 1992 in werking getreden verordening nr. 1893/91.

Ten slotte heeft de Commissie op 26 juli 2000 het voorstel voor verordening 2000/C 365 E/10 aan de Raad en het Parlement aangeboden.³⁸ Dit voorstel bepaalt onder welke voorwaarden de lidstaten aan vervoerexploitanten een compensatie kunnen toekennen voor de gemaakte kosten om te voldoen aan openbare diensteseisen, en onder welke voorwaarden zij exclusieve rechten kunnen verlenen voor de exploitatie van openbaar personenvervoer.³⁹ Anders dan de huidige versie van verordening nr. 1191/69, verleent dit voorstel de lidstaten niet meer de bevoegdheid het lokale en regionale personenvervoer van de verordening uit te sluiten.

50. Hieruit volgt, dat verordening nr. 1191/69 ertoe strekt een bepaalde voortgang in het liberalisatieproces van het lokale en regionale wegvervoer tot stand te brengen.

51. De door de Duitse wetgever in het PBefG aangebrachte wijziging draagt echter tot de verwezenlijking van deze verschillende doelstellingen bij.

Eenzijds maakt deze wijziging het mogelijk, de distorsies van de mededinging die in de Duitse sector van het lokale personenvervoer bestaan, te verminderen. Omdat

voor een gedeelte van dat vervoer de bepalingen van de verordening aangaande het handhaven van openbardienstverplichtingen en de compensatiemethoden gelden, sluit het Duitse stelsel door de litigieuze wijziging nauwer aan bij de door verordening nr. 1191/69 nagestreefde doeleinden.

Anderzijds lijkt het erop, dat de litigieuze wijziging de eerste stap is naar een volledige liberalisatie van het lokale personenvervoer in de Bondsrepubliek Duitsland. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van Altmark namelijk uiteengezet dat de Bundestag bezig was voorstellen te onderzoeken die ertoe strekten de overheidsbemoeiingen bij het functioneren van het lokale vervoer terug te dringen, zo niet te laten verdwijnen. Mocht deze informatie juist zijn, dan kan worden vastgesteld dat de Duitse autoriteiten, net als de gemeenschapswetgever, de liberalisatie van het lokale personenvervoer geleidelijk invoeren.

52. Daarom denk ik dat de Duitse wetgever gerechtigd was om het vervoer dat verricht wordt op basis van zelffinanciering, uit te sluiten van de werkingssfeer van verordening nr. 1191/69. Ik geef daarom het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag aldus te beantwoorden, dat artikel 1, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 1191/69 er zich niet tegen verzet dat een lidstaat na de inwerkingtreding van die verordening een wettelijke regeling vaststelt waarbij

38 — Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van openbare diensteseisen en de gunning van openbardienstcontracten op het gebied van het personenvervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 2000, C 365 E, blz. 169).

39 — Ibidem, artikel 1.

alleen een bepaalde categorie van regionaal personenvervoer over de weg, als het vervoer op basis van zelffinanciering in de zin van de §§ 8 en 13 van Personenbeförderungsgesetz (wet op het personenvervoer), van die verordening wordt uitgesloten.

het verbod van deze bepaling te vallen moet

- de maatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde producties een selectief voordeel verschaffen;

53. Omdat verordening nr. 1191/69 niet van toepassing is op de vervoersdiensten die in het hoofdgeding aan de orde zijn, is het nodig in te gaan op de algemene verdragsbepalingen inzake staatssteun.

- het voordeel rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd;

- het voordeel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen;

VI — Artikel 92, lid 1, van het Verdrag

54. De tweede prejudiciële vraag gaat over artikel 92, lid 1, van het Verdrag. De verwijzende rechter wil weten of de door de autoriteiten van een lidstaat verleende subsidies „ter compensatie van tekorten in het openbare stads-, voorstads- en streekvervoer”⁴⁰ onder het in voornoemde bepaling vervatte verbod vallen.

- de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.

55. Artikel 92, lid 1, van het Verdrag bevat vier cumulatieve voorwaarden. Om onder

56. In het onderhavige geval gaat de vraag van het Bundesverwaltungsgericht uitsluitend over de laatste voorwaarde. De verwijzende rechter wil weten of de litigieuze subsidies onder het verbod van artikel 92, lid 1, van het Verdrag kunnen vallen dan wel of „deze wegens hun regionale draagwijdte bij voorbaat niet het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig [kunnen] beïnvloeden”.⁴¹

40 — Eerste onderdeel van de prejudiciële vraag.

41 — Idem.

57. In beginsel zou het Hof zich dus kunnen beperken tot het onderzoeken van de vraag naar de invloed van de litigieuze subsidies op het handelsverkeer binnen de Gemeenschap.

58. Na de mondelinge behandeling in deze zaak heeft de Zesde kamer van het Hof echter het arrest in de zaak Ferring gewezen.⁴²

59. In die zaak rees de vraag of door de autoriteiten van een lidstaat verleende financiële voordelen ter compensatie van de kosten van de door hen aan bepaalde ondernemingen opgelegde openbare dienstverplichtingen, „staatssteun” in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag zijn.

Dienaangaande was de Zesde kamer van het Hof van oordeel dat wanneer het bedrag van de door de autoriteiten verleende voordelen niet groter is dan de kosten die uit de openbare dienstverplichtingen voortvloeien, de litigieuze maatregel niet als een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, kan worden aangemerkt. Wanneer de voordelen daarentegen groter zijn dan de kosten van de openbare dienstverplichtingen, dan vallen deze voordelen voor het gedeelte waarmee die kosten van de openbare dienstverplichtingen worden

overschreden, onder de werkingssfeer van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.

60. Het arrest Ferring is direct van invloed op het antwoord dat op de door het Bundesverwaltungsgericht gestelde vraag moet worden gegeven.

Als de in dit arrest ontwikkelde redenering wordt gevolgd, zal de verwijzende rechter namelijk eerst moeten vaststellen of de door de Landkreis Stendal verstrekte subsidies groter zijn dan de kosten van de openbare dienstverplichtingen die voortvloeien uit de exploitatie van het litigieuze vervoer. De vraag naar de invloed van die subsidies op het handelsverkeer tussen de lidstaten zal eerst rijzen wanneer — en voorzover — het bedrag van die subsidies groter is dan de kosten van de openbare dienstverplichtingen.

61. In het onderhavige geval geef ik het Hof echter in overweging het arrest Ferring niet toe te passen. De door de Zesde kamer van het Hof gegeven uitlegging kan volgens mij namelijk de structuur en systematiek van de verdragsbepalingen inzake staatssteun ingrijpend wijzigen.

62. Alvorens uiteen te zetten waarom ik het Hof verzoek het oordeel in de zaak Ferring opnieuw te bezien, geef ik in het kort de feiten ervan weer.

⁴² — Arrest van 22 november 2001 (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067; hierna: „arrest Ferring”).

A — *De feiten van de zaak Ferring*

63. De vraag die centraal stond in het arrest Ferring, is in de praktijk van de Commissie en in de communautaire rechtspraak uiteenlopend beantwoord.

64. Eerst was de Commissie van mening dat de subsidies ter compensatie van de kosten van openbardienstverplichtingen geen staatssteun waren in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.⁴³

65. Het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen heeft deze uitlegging in een arrest van 27 februari 1997⁴⁴ verworpen. De zaak betrof de door de Franse autoriteiten aan La Poste verleende fiscale voordelen ter compensatie van de aan de vervulling van de openbardienstverleningstaak verbonden kosten. Anders dan de Commissie, heeft het Gerecht gemeend dat de litigieuze maatregelen staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag waren.⁴⁵ Deze maatregelen konden echter uit hoofde van artikel 90, lid 2, EG-Verdrag (thans

artikel 86, lid 2, EG) gerechtvaardigd worden.⁴⁶

66. Op 10 mei 2000 heeft het Gerecht zijn analyse bevestigd in het arrest SIC/Commissie⁴⁷, betreffende de financiering van openbare televisieomroepen in Portugal.

Het Gerecht was van oordeel dat „de toekenning door de overheid van een financieel voordeel aan een onderneming ter compensatie van de openbardienstverplichtingen die de onderneming op zich zou genomen hebben, geen gevolgen heeft voor de kwalificatie van deze maatregel als steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag”.⁴⁸ Het Gerecht heeft namelijk op het volgende gewezen: „Artikel 92, lid 1, van het Verdrag maakt [...] geen onderscheid naar de redenen of doelstellingen van maatregelen van de staten, doch gaat voor de kwalificatie van de maatregelen uit van de gevolgen ervan.”⁴⁹ [...] Het begrip steunmaatregel is dus een objectief begrip, dat uitsluitend afhankelijk is van de vraag of een maatregel van de staat aan een of meer ondernemingen een voordeel toekent”.⁵⁰

67. Het arrest Ferring is het eerste arrest waarin het Hof over deze kwestie een uitspraak heeft gedaan.

43 — Zie met name *Droit de la concurrence dans les Communautés européennes, Volume IIB, Explication des règles applicables aux aides d'État*, 1997, blz. 7 (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/state.aid/legislation/vol2b.fr.pdf>). Zie ook de door advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in de zaak Ferring aangehaalde verwijzingen (punt 56).

44 — FFSA e.a./Commissie (T-106/95, Jurispr. blz. II-229).

45 — Punten 167, 168 en 172.

46 — Punten 170-194.

47 — T-46/97, Jurispr. blz. II-2125.

48 — Punt 84.

49 — Punt 83.

50 — Idem.

68. De zaak betrof een door de Franse autoriteiten ingestelde fiscale bijdrage over de verkoop van geneesmiddelen door de farmaceutische laboratoria.

Het Franse distributiestelsel voor geneesmiddelen aan apotheken omvat twee distributiecircuit: het ene verloopt via de „groothandelaars-distributeurs”, en het andere via de farmaceutische laboratoria. De Franse wettelijke regeling legt de groothandelaars-distributeurs bepaalde verplichtingen inzake openbare dienstverlening op, die hoofdzakelijk erin bestaan te beschikken over een voldoende voorraad geneesmiddelen en deze binnen een bepaalde tijd in een bepaald gebied te kunnen leveren. De litigieuze heffing beoogde het herstel van het evenwicht inzake de mededingingsvoorwaarden tussen de twee distributiecircuit, daar de farmaceutische laboratoria niet aan dezelfde verplichtingen onderworpen waren als de groothandelaars-distributeurs.

Het Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Frankrijk) had het Hof de vraag voorgelegd, of de litigieuze bijdrage staatssteun was in de zin van artikel 92, lid 1, en zo ja, of deze dan uit hoofde van de bepalingen van artikel 90, lid 2, van het Verdrag gerechtvaardigd kon worden.

69. De Zesde kamer van het Hof heeft de eerste vraag beantwoord met een tweeledige argumentatie.

70. Eerst heeft het onderzocht „of, ongeacht de door de Franse wetgever opgelegde verplichtingen inzake openbare dienstverlening, het feit dat de groothandelaars-distributeurs niet aan de heffing op de rechtstreekse verkoop zijn onderworpen in beginsel staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag kan zijn”.⁵¹

Daarom heeft het Hof vastgesteld dat de litigieuze heffing aan de vier door artikel 92, lid 1, gestelde voorwaarden „kan” voldoen.⁵² De Franse overheden hebben een economisch voordeel verstrekt dat de mededingingspositie van groothandelaars-distributeurs kan versterken, daar in de jaren na de invoering van de heffing „niet enkel de [door de farmaceutische laboratoria] vastgestelde groei van de rechtstreekse verkoop is stilgevallen, maar dat thans een tegenovergestelde tendens wordt vastgesteld, aangezien de groothandelaars-distributeurs marktaandeel hebben teruggewonnen”.⁵³ Daarbij „[leed] het geen twijfel dat een maatregel als de heffing op de rechtstreekse verkoop de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden”.⁵⁴

71. Vervolgens heeft het Hof onderzocht „of de kwalificatie van deze regeling als steun moet worden uitgesloten wegens de specifieke verplichtingen inzake openbare dienstverlening die ingevolge het Franse systeem van voorziening van de apotheken met geneesmiddelen aan de groothandelaars-distributeurs worden opgelegd”.⁵⁵

51 — Arrest Ferring (punt 18).

52 — Ibidem (punt 22).

53 — Ibidem (punt 19).

54 — Ibidem (punt 21).

55 — Ibidem (punt 23).

Op dit punt heeft het vastgesteld dat „voorzover de aan de farmaceutische laboratoria opgelegde heffing op de rechtstreekse verkoop overeenstemt met de door de groothandelaars-distributeurs daadwerkelijk gedragen extra kosten om hun verplichtingen inzake openbare dienstverlening na te komen, het feit dat deze laatsten niet aan die heffing zijn onderworpen [kan] worden beschouwd als de tegenprestatie voor de verrichte prestaties, en bijgevolg als een maatregel die geen staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag is. Overigens genieten, wanneer aan dit vereiste van equivalentie tussen de verleende vrijstelling en de extra kosten is voldaan, de groothandelaars-distributeurs in werkelijkheid niet een voordeel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag, want de betrokken maatregel zal enkel tot gevolg hebben dat voor hen en voor de farmaceutische laboratoria vergelijkbare mededingingsvoorwaarden gelden”.⁵⁶

72. De Zesde kamer heeft daarna op de vraag inzake artikel 90, lid 2, van het Verdrag geantwoord en geoordeeld: „Indien dus blijkt dat de groothandelaars-distributeurs uit het feit dat zij niet zijn onderworpen aan de heffing op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen een voordeel halen dat groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbare dienstverlening die hun bij de nationale regeling zijn opgelegd, kan het gedeelte van dit voordeel dat groter is dan deze extra kosten hoe dan ook niet als noodzakelijk worden beschouwd om deze marktdeelnemers hun bijzondere taak te laten vervullen.”⁵⁷

Daarom kan artikel 90, lid 2, van het Verdrag niet gelden voor de litigieuze heffing voorzover het hiermee aan de groothandelaars-distributeurs verstrekte voordeel groter is dan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening.⁵⁸

B — *Beoordeling van het arrest Ferring*

73. Ik ben het niet eens met de argumentatie van de Zesde kamer in het arrest Ferring. Volgens mij kan deze argumentatie de structuur en systematiek van de verdragsbepalingen inzake staatssteun ingrijpend wijzigen.

74. De verdragsbepalingen inzake staatssteun hebben een duidelijke structuur.

Artikel 92, lid 1, van het Verdrag bevat het beginsel van het verbod van staatssteun die de mededinging kan vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Volgens het Verdrag zijn er op dit beginsel echter verscheidene soorten uitzonderingen.⁵⁹

⁵⁶ — Ibidem (punt 27).

⁵⁷ — Ibidem (punt 32).

⁵⁸ — Ibidem (punt 33).

⁵⁹ — Alleen de voor deze zaak relevante uitzonderingen worden hieronder aangegeven.

Eenzijds bepaalt artikel 77 van het Verdrag dat de steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van de kosten van verplichtingen inzake openbare dienstverlening, met het Verdrag verenigbaar zijn.

Anderzijds worden in artikel 92, leden 2 en 3, de soorten steunmaatregelen genoemd die met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn of als verenigbaar kunnen worden beschouwd. Dat is met name het geval met steunmaatregelen die een culturele doelstelling nastreven.

Ten slotte maakt artikel 90, lid 2, van het Verdrag een uitzondering voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Het artikel bepaalt dat „[die] ondernemingen [...] vallen onder die regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.”

75. Dit gezegd hebbende, denk ik dat het arrest Ferring, gelet op de verdragsbepalingen, voornamelijk drie soorten moeilijkheden doet rijzen.

76. Om te beginnen worden in de motivering van het arrest twee juridisch van

elkaar te onderscheiden vragen door elkaar gehaald: die van het aanmerken van de maatregel als staatssteun en die van de rechtvaardiging van de overheidsmaatregel.

77. Artikel 92 van het Verdrag heeft ten doel te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege, die de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.⁶⁰ Gelet op deze doelstelling was het Hof van oordeel dat artikel 92, lid 1, geen onderscheid maakte naar de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregelen, doch zag naar hun gevolgen.⁶¹ Daarom kan noch het fiscale karakter⁶², noch het sociale doel⁶³, noch de algemene doelstellingen⁶⁴ van een maatregel ervoor zorgen dat deze niet als steun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag wordt aangemerkt.

Hieruit volgt dat het begrip steun een objectief begrip is. Zoals het Gerecht van eerste aanleg in het arrest SIC/Commissie⁶⁵ terecht benadrukt heeft, is de kwalificatie van een maatregel als steunmaatregel uit-

60 — Zie onder meer, arrest van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 13).

61 — Zie met name arrest Italië/Commissie, reeds aangehaald (punt 13), en arresten van 24 februari 1987, Deufil/Commissie (310/85, Jurispr. blz. 901, punt 8); 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punt 79), en 26 september 1996, Frankrijk/Commissie (C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 20).

62 — Zie met name arrest Italië/Commissie, reeds aangehaald (punt 13).

63 — Zie met name arresten van 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald (punt 21), en 5 oktober 1999, Frankrijk/Commissie (C-251/97, Jurispr. blz. I-6639, punt 37).

64 — Zie met name arrest Deufil/Commissie, reeds aangehaald (punt 8).

65 — Reeds aangehaald (punt 83).

sluitend afhankelijk van de vraag of die maatregel al dan niet aan een of meerdere ondernemingen een voordeel toekent. In geen geval kan de overheidsmaatregel beoordeeld worden aan de hand van het door de overheid nagestreefde doel.⁶⁶ Deze doelstellingen kunnen pas in een latere fase van het onderzoek in aanmerking worden genomen, namelijk om te weten of de overheidsmaatregel uit hoofde van de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag gerechtvaardigd is.

78. Nu lijkt het arrest Ferring deze twee vragen met elkaar te hebben verward. Het feit dat het arrest een tweeledige argumentatie hanteert, is in dat opzicht typerend. Het Hof heeft namelijk eerst vastgesteld dat de litigieuze vrijstelling staatssteun kan zijn die onder het in artikel 92, lid 1, vervatte verbod valt.⁶⁷ Daarna heeft het de kwalificatie als steunmaatregel uitgesloten, wegens de specifieke verplichtingen inzake openbare dienstverlening die [...] aan de groothandelaars-distributeurs worden opgelegd”.⁶⁸ Het Hof heeft dus alleen op grond van artikel 92, lid 1, onderzocht of de litigieuze maatregel onder het verbod van steunmaatregelen viel en of hij uit hoofde van de door de Franse autoriteiten nagestreefde doeleinden gerechtvaardigd kon worden.⁶⁹

79. Ten tweede is, volgens mij, het arrest Ferring van dien aard dat daardoor artikel 90, lid 2, van het Verdrag grotendeels zijn betekenis verliest.

80. Artikel 90, lid 2, van het Verdrag is de centrale bepaling om de communautaire doelstellingen met elkaar te verenigen.⁷⁰ Zoals het Hof heeft vastgesteld, beoogt deze bepaling het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen te benutten als instrument van hun economisch, fiscaal of sociaal beleid, te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en bij het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt.⁷¹

81. Volgens de bewoordingen van het arrest Ferring moet ermee rekening worden gehouden dat

— wanneer het door de overheid van een lidstaat verleende voordeel *kleiner* is dan of *gelijk* is aan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening, het voordeel geen steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag vormt⁷²;

66 — Zie in deze zin Lehman, H., „Les aides accordées par les États”, *Union européenne, Communauté européenne, Commentaire article par article des traités UE et CE*, onder redactie van Léger, P., Helbing & Lichtenhalm, Dalloz, Bruylant, Basel, Parijs, Brussel, 2000 (blz. 802 et 803).

67 — Arrest Ferring (punten 18-22).

68 — Ibidem (punten 23-27).

69 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Ferring, die heeft onderzocht „of de litigieuze maatregel zijn rechtvaardiging vindt in het feit dat hij bestemd is ter compensatie van de oneigenlijke lasten inzake openbare dienstverlening die de groothandelaars-distributeurs moeten dragen”. (punt 50, cursivering van mij).

70 — Mededeling 2001/C 17/04 van de Commissie — Diensten van algemeen belang in Europa (PB 2001, C 17, blz. 4, punt 19).

71 — Zie met name arresten van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 12), en 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 103).

72 — Arrest Ferring (punt 27).

— wanneer het door de overheid van een lidstaat verleende voordeel echter *groter* is dan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening „het gedeelte van dit voordeel dat groter is dan deze extra kosten hoe dan ook niet als noodzakelijk [kan] worden beschouwd om [de] marktdeelnemers hun bijzondere taak te laten vervullen”.⁷³

82. Dit betekent dat artikel 90, lid 2, van het Verdrag in het eerste geval niet van toepassing zal zijn omdat de litigieuze maatregel niet onder het in artikel 92, lid 1, vervatte verbod valt. Artikel 90, lid 2, zal echter ook niet van toepassing zijn in het tweede geval, omdat het gedeelte van de steun dat groter is dan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening niet onder de werkingssfeer van die uitzondering valt. In verband hiermee lijkt het arrest Ferring aan artikel 90, lid 2, van het Verdrag zijn betekenis op het gebied van staatssteun te hebben ontnomen.

83. Dezelfde overwegingen gelden voor het bepaalde in artikel 77 van het Verdrag en de ter uitvoering daarvan vastgestelde verordeningen.

84. Artikel 77 is een uitzonderingsbepaling ten opzichte van artikel 92, lid 1, van het

Verdrag.⁷⁴ Het geeft de lidstaten de mogelijkheid steun te verlenen om de lasten van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het wegvervoer te vergoeden.⁷⁵ Verder bepaalt verordening nr. 1191/69 de voorwaarden waaronder de lidstaten steun kunnen verlenen ter compensatie van die verplichtingen. Een van de door die verordening nagestreefde doelstellingen is ervoor te zorgen dat de staten de uit de openbare dienstverplichtingen voortvloeiende lasten niet „overcompenseren”. Daarom voorzien de artikelen 10 tot en met 13 van de verordening in gemeenschappelijke compensatiemethoden.

Op 4 juni 1970 heeft de Raad verordening (EEG) nr. 1107/70 betreffende de steunmaatregelen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren vastgesteld.⁷⁶ Deze verordening geeft de voorwaarden aan, waaronder de lidstaten de mogelijkheid hebben om met

74 — Zie in die zin ook Aussant, J., Fornasier, R., Louis, J.-V., Séché, J.-C., Van Raepenbusch, S., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume 3, Libre circulation des personnes, des services et des capitaux, Transports*, éditions de l'université de Bruxelles, Brussel, 1990, 2e druk (blz. 226), alsook mededeling 2001/ C17 /04, reeds aangehaald (punt 26).

75 — Artikel 77 van het Verdrag bepaalt: „Met dit Verdrag zijn verenigbaar de steunmaatregelen die [...] overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip 'openbare dienst' verbonden, verplichte dienstverrichtingen.” In dit stadium kan al worden vastgesteld dat het arrest Ferring moeilijk verenigbaar is met de bewoordingen van die bepaling. Als de communautaire wetgever gemeend had dat de subsidies ter compensatie van de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening geen steun waren in de zin van artikel 92, lid 1, had hij het opnemen van een uitdrukkelijke bepaling waarin deze steun met het Verdrag verenigbaar wordt verklaard, waarschijnlijk niet nuttig geacht. In tegenstelling tot het door in arrest Ferring geponeerde beginsel, lijkt het de bedoeling van de grondleggers van het Verdrag te zijn om de steun ter compensatie van de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening aan het verbodstelsel van artikel 92, lid 1, van het Verdrag te onderwerpen, ook al is die steun niet hoger dan de door het vervullen van de openbare dienstverplichtingen veroorzaakte kosten.

76 — PB L 130, blz. 1.

73 — Ibidem (punt 32).

het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op te leggen, die de toekenning, uit hoofde van artikel 77 van het Verdrag, van niet in verordening nr. 1191/69 bedoelde steun ten gevolge hebben.⁷⁷

in plaats van die bepalingen, een regeling heeft ingevoerd die gekenmerkt wordt door een grotere flexibiliteit. In dat verband kan het nuttig zijn, de door artikel 90, lid 2, van het Verdrag gestelde voorwaarden in het kort te vergelijken met die welke uit het arrest Ferring voortvloeien.

85. Als de in het arrest Ferring gebezigde argumentatie wordt gevolgd, moeten de subsidies die zich beperken tot het compenseren van de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening echter geacht worden geen steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, te zijn. Dit betekent dat het op het gebied van het wegvervoer bijna zinloos wordt om de door artikel 77 van het Verdrag en de verordeningen nrs. 1191/69 en 1107/70 voorgeschreven bepalingen toe te passen. De door het arrest Ferring gestelde criteria lijken namelijk voldoende te zijn om te beoordelen of steunmaatregelen die verleend zijn aan ondernemingen die belast zijn met de exploitatie van openbaar wegvervoer, verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Met andere woorden, door het arrest Ferring lijken de in artikel 77 van het Verdrag en de verordeningen nrs. 1191/69 en 1107/70 neergelegde bepalingen achterhaald.

87. Artikel 90, lid 2 van het Verdrag vermeldt zes toepassingsvoorwaarden.⁷⁹ Deze voorwaarden strekken er in wezen toe ervoor te zorgen dat

- de betrokken onderneming krachtens een uitdrukkelijk overheidsbesluit inderdaad belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang⁸⁰;
- de door de onderneming verrichte activiteiten werkelijk een taak van openbaar belang zijn in die zin dat zij „een algemeen economisch belang dienen dat deze onderscheidt van andere economische activiteiten”⁸¹;

86. Uit deze overwegingen volgt dat de in het arrest Ferring gehanteerde uitlegging van dien aard is dat daardoor de artikelen 90, lid 2, en 77 van het Verdrag grotendeels hun betekenis verliezen.⁷⁸ Men kan zich afvragen of het arrest Ferring niet,

77 — Vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 1107/70.

78 — Dezelfde conclusie geldt, mutatis mutandis, voor de uitzonderingsregeling van artikel 92, lid 3, van het Verdrag.

79 — Zie voor een uitgebreidere beschrijving van die voorwaarden, mijn conclusie in de zaak Wouters e.a. (arrest van 19 februari 2002, C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, blz. I-1582, punten 157 en 166).

80 — Arresten van 21 maart 1974, BRT en SABAM, „BRT II”, (127/73, Jurispr. blz. 313, punt 20), en 11 april 1989, Ahmed Saeed Flagreisen en Siver Line Reisebüro (66/86, Jurispr. blz. 803, punt 55). Zie ook, op dit punt, mededeling 2001/C 17/04 (punt 22), aangehaald.

81 — Arresten van 10 december 1991, *Merci convenzional porto di Genova* (C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 27); 17 juli 1997, *GT-Link* (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punten 52 en 53), en 18 juni 1998, *Corsica Ferries France* (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 45).

- de toepassing van de verdragsregels de vervulling van de bijzondere taak van de onderneming zou verhinderen⁸²;
- de specifieke taak van de onderneming niet kan worden verwezenlijkt door maatregelen die de mededinging minder beperken⁸³;
- de litigieuze maatregel het handelsverkeer binnen de Gemeenschap niet wezenlijk ongunstig beïnvloedt.⁸⁴

88. Volgens het arrest Ferring blijkt een overheidsmaatregel echter aan de werking van artikel 92, lid 1 van het Verdrag te kunnen ontkomen wanneer deze aan twee vereisten voldoet. Ten eerste moet de nationale wettelijke regeling verplichtingen inzake openbare dienstverlening aan de begunstigde ondernemingen opleggen⁸⁵ en ten tweede moet het steunbedrag niet groter zijn dan de door de openbaardienstverplichtingen veroorzaakte kosten.⁸⁶

82 — Zie mijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Wouters e.a. (punt 164).

83 — Arresten van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 14), en 27 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 49).

84 — Zie in die zin, conclusie van advocaat-generaal Rozès in de zaak Commissie/Italië (arrest van 7 juni 1983, 78/82, Jurispr. blz. 1953, punt VI-C) en conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaken Commissie/Nederland, Commissie/Italië, Commissie/Frankrijk en Commissie/Spanje (arresten van 23 oktober 1997, C-157/94, Jurispr. blz. I-5699; C-158/94, Jurispr. blz. I-5789; C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, en C-160/94, Jurispr. blz. I-5851) (punt 126).

85 — Arrest Ferring (punt 23).

86 — Ibidem (punt 27).

89. Daarom kenmerkt de door het arrest Ferring ingevoerde regeling zich door een grote flexibiliteit, vergeleken met de in artikel 90, lid 2, van het Verdrag voorgeschreven toetsing. In het bijzonder geeft deze regeling niet de mogelijkheid om overeenkomstig de rechtspraak van het Hof na te gaan of de aan de ondernemingen opgelegde verplichtingen voldoende verband houden met het doel van de dienst van algemeen belang en of zij rechtstreeks erop gericht zijn, tot de behartiging van dit belang bij te dragen.⁸⁷ Ook kan hierdoor niet worden gewaarborgd dat deze verplichtingen specifiek voor de betrokken onderneming gelden en voldoende nader gepreciseerd zijn.⁸⁸

Daarbij is niet zeker of het door het arrest Ferring gestelde „vereiste van equivalentie”⁸⁹ vergelijkbaar is met de voorwaarde dat de toepassing van de verdragsregels de vervulling van de taak van de onderneming zou „verhinderen” en met de in artikel 90, lid 2, voorziene evenredigheidstoetsing. In ieder geval bevat het arrest Ferring geen enkele voorwaarde betreffende de invloed op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Die voorwaarde is echter van belang omdat zij ertoe leidt dat de uitzondering van artikel 90, lid 2, eventueel niet geldt, op grond van het feit dat de litigieuze maatregel het handelsverkeer beïnvloedt in een mate die strijdig is met de belangen van de Gemeenschap.⁹⁰

87 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 68).

88 — Ibidem (punten 69 en 70).

89 — Punt 27.

90 — Zie bijvoorbeeld beschikking 2001/892/EG van de Commissie van 25 juli 2001 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Onderschepping van grensoverschrijdende post) (PB L 331, blz. 40, punt 186).

90. Daarom ben ik van mening dat de door het arrest Ferring gestelde criteria geen geschikt kader vormen voor de toetsing van de door de lidstaten verleende steun aan ondernemingen die met een taak van algemeen belang belast zijn. Die toetsing moet plaatsvinden in het kader van de daartoe door het Verdrag voorziene bepalingen, namelijk de artikelen 77, 90, lid 2, en 92, lid 3, van het Verdrag.

91. Het laatste probleem heeft ermee te maken dat de in het arrest Ferring ontwikkelde redenering ertoe leidt dat de maatregelen ter financiering van de openbare diensten aan de controle van de Commissie worden onttrokken.

92. De Commissie heeft een „centrale rol”⁹¹ bij de uitvoering van de verdragsbepalingen inzake staatssteun. Zij controleert preventief de nieuwe steunmaatregelen en toetst voortdurend de bestaande steunmaatregelen. De Commissie beschikt ook over een exclusieve bevoegdheid om een steunmaatregel op grond van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag al dan niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren.⁹²

In het arrest *Banco Exterior de España*⁹³ was het Hof van oordeel dat de bevoegd-

heid van de Commissie zich ook uitstreckte tot steun verleend aan ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen belang, in de zin van artikel 90, lid 2. Verder heeft het Hof in het arrest van 22 juni 2000, *Frankrijk/Commissie*⁹⁴ vastgesteld dat de steun voor ondernemingen die belast zijn met een taak van algemeen belang, onderworpen waren aan de in artikel 93, lid 3, van het Verdrag neergelegde verplichting tot voorafgaande aanmelding. Het Hof heeft daarmee de gedachte verworpen, dat aan dergelijke steunmaatregelen door de lidstaten uitvoering kan worden gegeven, zonder het besluit van de Commissie over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt af te wachten.⁹⁵

Ook dient erop gewezen te worden dat de Commissie krachtens artikel 90, lid 3, van het Verdrag een „toezichthoudende taak” heeft jegens de lidstaten in hun verhouding met de openbare bedrijven.⁹⁶ De Commissie is bevoegd daartoe beschikkingen te nemen of richtlijnen uit te vaardigen teneinde de uit artikel 90, lid 1, van het Verdrag voortvloeiende verplichtingen te concretiseren.⁹⁷ Het Hof was van oordeel dat deze toezichthoudende taak „onmisbaar” was om de Commissie in staat te stellen „[toe te zien] op de toepassing van

91 — Arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punt 14), en 9 augustus 1994, *Namur-Les assurances du crédit* (C-44/93, Jurispr. blz. I-3829, punt 17).

92 — Arrest van 22 maart 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Jurispr. blz. 595, punt 9).

93 — Arrest van 15 maart 1994 (C-378/92, Jurispr. blz. I-877, punt 17).

94 — C-322/98, Jurispr. blz. I-4833.

95 — *Ibidem* (punten 27-32).

96 — Arrest van 6 juli 1982, *Frankrijk e.a.* (188/80-190/80, Jurispr. blz. 2545, punten 12 en 13).

97 — De in artikel 90, lid 3, van het Verdrag bedoelde „beschikkingen” en „richtlijnen” behoren tot de algemene categorie van beschikkingen en richtlijnen in de zin van artikel 189 van het Verdrag. Zij zijn dus verbindend jegens de lidstaten (arrest van 30 juni 1988, *Commissie/Griekenland*, 226/87, Jurispr. blz. 3611, punten 11 en 12).

de mededingingsregels en aldus bij te dragen aan de totstandkoming van een regime van onvervalste concurrentie”.⁹⁸

93. Als gevolg van het arrest Ferring worden de maatregelen ter financiering van de openbare diensten onttrokken aan de door de Commissie krachtens voornoemde bepalingen uit te oefenen controle.

De maatregelen ter compensatie van de kosten van de openbardienstverplichtingen worden namelijk niet meer onderworpen aan de in artikel 93, lid 3, van het Verdrag neergelegde aanmeldingsplicht, omdat zij geen steunmaatregelen in de zin van artikel 92, lid 1, zijn. Om diezelfde reden worden de bestaande maatregelen niet meer aan het voortdurend onderzoek ingevolge artikel 93, leden 1 en 2, onderworpen. Verder ontsnappen deze maatregelen aan het door artikel 90, lid 3, ingestelde toezicht, omdat zij niet onder de werkingssfeer van de mededingingsregels van het Verdrag vallen.⁹⁹

94. Als dit de strekking is van het arrest Ferring, denk ik dat het verstrekkende gevolgen heeft voor het beleid van de Commissie inzake staatssteun.

95. Sinds enkele jaren heeft de Commissie zich uitgebreid beraden over het te voeren beleid inzake de diensten van algemeen belang.¹⁰⁰ In dat verband had de Europese raad van Nice haar in december 2000 verzocht, in een verslag hierop in te gaan.

Volgens de Europese Raad moeten „de regels van de interne markt en de mededingingsregels [...] zo worden toegepast dat de diensten van algemeen belang bij het vervullen van hun taken verzekerd zijn van de rechtszekerheid en de economische levensvatbaarheid [...]. In dat verband moet met name worden gepreciseerd hoe de diensten van algemeen belang kunnen worden gefinancierd op een wijze die verenigbaar is met de regels inzake overheidssteun. Met name moet steun ter compensatie van de extra kosten die voortvloeien uit de vervulling van taken van algemeen economisch belang met inachtneming van artikel 86, lid 2, als verenigbaar worden aangemerkt”.¹⁰¹

96. De Commissie heeft haar verslag aan de Europese raad van Laken meegedeeld.¹⁰² Zij heeft gepreciseerd dat financiële compensaties voor de verleners

98 — Arrest van 12 februari 1992, Nederland e.a./Commissie (C-48/90 en C-66/90, Jurispr. blz. I-565, punt 29).

99 — Krachtens het arrest Ferring moeten weliswaar de steunmaatregelen die de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening „overcompenseren”, ter kennis van de Commissie worden gebracht. Die verplichting lijkt echter snel theoretisch te worden, omdat volgens de bewoordingen van het arrest Ferring (punt 32), het gedeelte van de steun dat groter is dan de kosten van de verplichtingen inzake openbare dienstverlening, gelet op artikel 90, lid 2, van het Verdrag, in geen geval gerechtvaardigd kan worden.

100 — Zie bijvoorbeeld mededeling 96/C 281/03 van de Commissie over de diensten van algemeen belang in Europa (PB 1996, C 281, blz. 3), alsook mededeling 2001/C 17/04, reeds aangehaald.

101 — Verslag van de Commissie aan de Europese raad van Laken van 17 oktober 2001 over diensten van algemeen belang [COM (2001) 598 def., punt 5]. Opgemerkt wordt, dat in de geest van de Europese raad van Nice overheidsmaatregelen ter compensatie van de kosten van openbare dienstverlening voor ondernemingen duidelijk steunmaatregelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag zijn, die uit hoofde van de bepalingen van artikel 90, lid 2, van het Verdrag gerechtvaardigd kunnen worden.

102 — Idem.

van diensten van algemeen belang een economisch voordeel zijn in de zin van artikel 87, lid 1, EG.¹⁰³ Die steun kan echter onder een uitzondering vallen krachtens artikel 87, leden 2 en 3, EG, dan wel in aanmerking komen voor een ontheffing overeenkomstig de artikelen 73 en 86, leden 2 en 3, EG.¹⁰⁴ In het kader van die laatste bepaling acht de Commissie de maatregel gerechtvaardigd, als het steunbedrag niet groter is dan de extra kosten die uit de openbaredienstverplichtingen voortvloeien.

Daarbij heeft de Commissie zich verplicht om mogelijkheden te blijven verkennen ter verbetering van de rechtszekerheid op het gebied van de diensten van algemeen belang.¹⁰⁵ Daartoe is zij, in nauwe samenwerking met de lidstaten, begonnen met het bestuderen van de mogelijkheid een verordening vast te stellen met een groepsvrijstelling voor staatssteun op het gebied van diensten van algemeen belang. Ook heeft zij zich verplicht een aantal andere maatregelen te nemen ter verbetering van de transparantie.

97. De in het arrest Ferring ontwikkelde redenering kan de invoering van maatregelen die de Commissie en de lidstaten in die sector nastreven, opnieuw ter discussie stellen. Doordat de Zesde kamer van het Hof immers van oordeel was dat steun ter compensatie van de kosten van verplichtingen inzake openbare dienstverlening niet onder de verdragsregels inzake staatssteun

vallen, lijken de inspanningen van de bevoegde autoriteiten om het gemeenschapsbeleid voor de financiering van de openbare sector vast te stellen, achterhaald.

98. Daarom verzoek ik het Hof terug te komen van de in het arrest Ferring gehanteerde uitlegging. Ik stel het Hof voor, zich aan te sluiten bij de redenering van het Gerecht in het aangehaalde arrest SIC/Commissie en te oordelen dat een aan een onderneming verleende financiële compensatie voor de kosten van openbaredienstverplichtingen, een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag is, onverminderd de mogelijkheid om voor die maatregel een uitzondering te laten gelden uit hoofde van de afwijkende verdragsbepalingen, en van de artikelen 77 en 90, lid 2.

C — De feitelijke omstandigheden van het hoofdgeding

99. Omdat ik voorstel de in het arrest Ferring gehanteerde uitlegging niet toe te passen, moet nog worden onderzocht of de door de Landkreis Stendal verleende subsidies onder het in artikel 92, lid 1, van het Verdrag vervatte verbod vallen. Daarvoor dient te worden nagegaan of de litigieuze subsidies voldoen aan de vier voorwaarden die dat artikel stelt.

103 — Ibidem (punt 14).

104 — Ibidem (punt 15).

105 — Ibidem (punt 27).

100. Ten eerste omvat, volgens vaste rechtspraak, het begrip steunmaatregel de van overheidswege verstrekte voordelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken.¹⁰⁶ Om te beoordelen of een overheidsmaatregel als steun is aan te merken, moet dus worden nagegaan of de begunstigde onderneming een voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.¹⁰⁷

101. In casu blijkt uit de stukken¹⁰⁸, dat de litigieuze subsidies voor het lijnvervoer in de regio Stendal 0,75 DEM per afgelegde kilometer bedroegen. Ook blijkt uit de stukken, dat Altmark deze subsidies ontving bovenop haar inkomsten en vergoedingen uit wettelijke compensatieregelingen op het gebied van dienstregelingen en tarieven.¹⁰⁹

In die omstandigheden zijn de litigieuze subsidies een voordeel dat Altmark onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen en dat de lasten die normaliter op haar budget drukken, verlicht. Partijen in het hoofdgeding waren overi-

gens van mening dat „het duidelijk is dat de door de Landkreis Stendal verleende subsidies steunmaatregelen in de zin van het gemeenschapsrecht zijn en het niet nodig is dieper op dit aspect van de vraag in te gaan”.¹¹⁰

Verder zijn deze litigieuze subsidies een „selectief” voordeel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag¹¹¹, daar alleen de houder van de vergunning voor de exploitatie van het betrokken lijnvervoer daarvoor in aanmerking komt.

102. Ten tweede worden de litigieuze subsidies bekostigd met staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.¹¹² Het Hof was namelijk van oordeel dat „de steun die door regionale en lokale lichamen van de lidstaten wordt toegekend — ongeacht [het] statuut en [de] benaming — ”met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen zijn.”¹¹³ Dat is in casu het geval omdat de Landkreis Stendal een regionale overheidsinstantie van de Bondsrepubliek Duitsland is.

106 — Zie met name arresten van 23 februari 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit* (30/59, Jurispr. blz. 1, 39); *Banco Exterior de España*, reeds aangehaald (punt 13); 26 september 1996, *Frankrijk/Commissie*, reeds aangehaald (punt 34), en 29 juni 1999, *DM Transport* (C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 19).

107 — Arresten van 11 juli 1996, *SFEI e.a.* (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 60), en 29 april 1999 *Spanje/Commissie* (C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 41), en arrest *DM Transport*, reeds aangehaald (punt 22).

108 — Schriftelijke opmerkingen van *Nahverkehrsgesellschaft* (blz. 2).

109 — Idem.

110 — Zie schriftelijke opmerkingen van het Regierungspräsidium (blz. 3) en schriftelijke opmerkingen van Altmark (punt 35).

111 — Zie omtrent dit vereiste met name arresten van 26 september 1996, *Frankrijk/Commissie*, reeds aangehaald (punt 24); 1 december 1998, *Ecotrade* (C-200/97, Jurispr. blz. I-7907, punten 40 en 41), en 17 juni 1999, *België/Commissie* (C-75/97, Jurispr. blz. I-3671, punt 26).

112 — Zie over het begrip „staatssteun”, met name arresten van 24 januari 1978, *Van Tiggele* (82/77, Jurispr. blz. 25, punten 23-25); 13 oktober 1982, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e.a.* (213/81-215/81, Jurispr. blz. 3583, punt 22); 17 maart 1993, *Sloman Neptun* (C-72/91 en C-73/91, Jurispr. blz. I-887, punten 19 en 21); 30 november 1993, *Kirsammer-Hack* (C-189/91, Jurispr. blz. I-6185, punt 16), en 7 mei 1998, *Viscido e.a.* (C-52/97-C-54/97, Jurispr. blz. I-2629, punt 13).

113 — Arrest van 14 oktober 1987, *Duitsland/Commissie* (248/84, Jurispr. blz. 4013, punt 17).

103. Ten derde denk ik dat de litigieuze subsidies de mededinging op de markt van het lokale personenvervoer kunnen vervalsen.

Het begrip distorsie van de mededinging krijgt in artikel 92, lid 1, een zeer ruime uitlegging.¹¹⁴ Het Hof acht de mededinging vervalst, zodra de financiële steun van een staat de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming versterkt ten opzichte van de met haar concurrerende ondernemingen.¹¹⁵ In het algemeen kan worden verondersteld dat iedere overheidssteun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.¹¹⁶

In casu versterken de door de Landkreis Stendal verleende subsidies de concurrentiepositie van Altmark ten opzichte van andere ondernemingen die personenvervoer in de regio Stendal willen aanbieden. De aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten geven aan dat Altmark zonder overheids-subsidies waarschijnlijk niet in staat zou zijn de litigieuze lijndiensten te blijven exploiteren.¹¹⁷ In die omstandigheden leiden de door de Landkreis Stendal verleende

subsidies ertoe, dat de concurrerende ondernemingen verhinderd worden om hun diensten op de markt aan te bieden.

104. De laatste voorwaarde van artikel 92, lid 1, is het onderwerp van een concrete vraag van het Bundesverwaltungsgericht. Dit wil weten of, gelet op het regionale karakter van de betrokken vervoersdiensten, de door de Landkreis Stendal verleende subsidies het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.¹¹⁸ Verder wil hij weten of voor het antwoord op deze vraag rekening gehouden moet worden met de concrete situatie en de omvang van het desbetreffende vervoer.¹¹⁹

105. In hun schriftelijke opmerkingen hebben Altmark¹²⁰ en het Regierungspräsidium¹²¹ aangevoerd dat de litigieuze subsidies geen enkele weerslag op het handelsverkeer tussen de lidstaten hebben. Zij hebben uitgelegd dat, naar Duits recht, de ondernemingen die een vergunning hebben, geen vervoersdiensten mogen aanbieden buiten het gebied waarvoor de vergunning geldt. Bijgevolg zouden de subsidies die aan een in de regio Stendal werkzame onderneming worden toegekend, op generlei wijze de positie van de in de omgeving of

114 — Keppenne, J.-P., *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Brussel, 1999 (punt 150).

115 — Arresten van 17 september 1980, Philip Morris/Holland/Commissie (730/79, Jurispr. blz. 2671, punt 11), en 11 november 1987, Frankrijk/Commissie (259/85, Jurispr. blz. 4393, punt 24).

116 — Conclusie van advocaat-generaal Capotorti in de zaak Philip Morris/Commissie, reeds aangehaald (blz. 2698).

117 — Zie verwijzingsbeschikking (blz. 4 en 5).

118 — Eerst volzin van het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag.

119 — Tweede volzin van het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag.

120 — Punten 36 en 37.

121 — Blz. 5-7.

in buurlanden gevestigde ondernemingen ongunstig beïnvloeden. Partijen in het hoofdgeding menen dat de steunmaatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten hoe dan ook niet aanzienlijk beïnvloeden.

onder artikel 92, lid 1, valt. Een steun kan het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloeden, als het ontstaan van dat handelsverkeer voorzienbaar is.¹²⁵

106. Uit de rechtspraak blijkt, dat gemakkelijk wordt voldaan aan het vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten.¹²² Het Hof is van oordeel dat, wanneer financiële steun van een staat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, dit handelsverkeer geacht moet worden door de steun te worden beïnvloed.¹²³

107. In casu blijkt echter uit de stukken, dat het handelsverkeer tussen de lidstaten niet alleen voorzienbaar is, maar in zekere zin al bestaat.

In dit verband sluit het feit dat de begunstigde onderneming niet zelf aan de uitvoer deelneemt, geen invloed op het handelsverkeer uit. Wanneer een staat immers steun toekent aan een onderneming, kan de binnenlandse productie in stand blijven of stijgen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun producten uit te voeren naar de markt van die staat, afnemen.¹²⁴ Verder betekent het enkele feit dat er op het tijdstip van het verlenen van de steun geen handelsverkeer bestaat, niet dat deze steun niet

In haar schriftelijke opmerkingen¹²⁶ heeft de Commissie uiteengezet dat de sector van het personenvervoer juridisch gezien weliswaar nog niet geliberaliseerd was, doch dat verschillende lidstaten al vanaf 1995 hun markt hadden opengesteld voor ondernemingen die in andere lidstaten waren gevestigd. Dat zou het geval zijn met het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Finland, de Franse Republiek, de Republiek Portugal, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, en het Koninkrijk Zweden. Dat is ook het geval met de Bondsrepubliek Duitsland voor het vervoer dat verricht wordt als openbare dienst, omdat dit vervoer sinds 1996 onder verordening nr. 1191/69 valt. De Commissie noemt ook enkele voorbeelden van ondernemin-

122 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Spanje/Commissie (arrest van 14 september 1994, C-278/92-C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 33).

123 — Arrest Philip Morris/Commissie, aangehaald, (punt 11).

124 — Arresten van 13 juli 1988, Frankrijk/Commissie (102/87, Jurispr. blz. 4067, punt 19); 21 maart 1991, Italië/Commissie (C-303/88, Jurispr. blz. I-1433, punt 27), en 14 september 1994, Spanje/Commissie, aangehaald, (punt 40).

125 — Arrest Gerecht van 6 juli 1995, AITEC e.a./Commissie (T-447/93-T-449/93, Jurispr. blz. II-1971, punten 139-141).

126 — Punten 4-9.

gen die lokaal of regionaal personenvervoer aanbieden in andere lidstaten dan hun staat van vestiging.¹²⁷

108. In die omstandigheden denk ik dat de litigieuze subsidies niet vanwege het lokale of regionale karakter van het vervoer dat in het hoofdgeding aan de orde is, kunnen worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 92, lid 1.

109. Het argument van partijen, dat de door de Landkreis verleende subsidies het handelsverkeer tussen de lidstaten niet aanzienlijk kunnen beïnvloeden, dient eveneens te worden afgewezen.

Eenzijds heeft het Hof sinds het arrest Tubemeuse¹²⁸ in vaste rechtspraak geoordeeld dat „de betrekkelijk geringe omvang van een steun of de betrekkelijk geringe omvang van de betrokken onderneming niet [...] de mogelijkheid [uitsluit] dat het

handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.”¹²⁹ Verder is er volgens de rechtspraak van het Hof geen drempel of percentage, waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten niet geacht kan worden ongunstig te zijn beïnvloed.¹³⁰

Anderzijds moet worden benadrukt dat mededeling 96/C 68/06 van de Commissie inzake de minimis-steun¹³¹ niet geldt voor de vervoerssector.¹³² Dat is ook het geval bij de nieuwe verordening inzake de minimis-steun.¹³³ De Commissie heeft gemeend dat „gelet op de bijzondere regels die in de [sector] vervoer gelden, en gezien het risico dat in die [sector] zelfs kleine steunbedragen onder bepaalde omstandigheden aan de criteria van artikel 87, lid 1, van het Verdrag voldoen, dient te worden bepaald dat deze verordening niet op die [sector] van toepassing is.”¹³⁴

110. Daarom geef ik het Hof in overweging de tweede vraag van het Hof aldus te beantwoorden, dat de door de autoriteiten van een lidstaat verleende subsidies ter compensatie van de kosten van de openbaardienstverplichtingen die zij opleggen aan een onderneming die belast is met de

127 — Dit feit wordt bevestigd door de preambule van het voorstel voor de aangehaalde verordening 2000/C 365 E/10. De vijfde overweging van de considerans van dit voorstel geeft aan: „In het licht van [...] de toepassing van de communautaire voorschriften betreffende de vrijheid van vestiging en de toepassing van de communautaire regels inzake openbare aanbestedingen, is aanzienlijke vooruitgang geboekt op weg naar een de gehele Gemeenschap [...] omvattende toegankelijke openbaarvervoermarkt. Als gevolg daarvan heeft het handelsverkeer tussen de lidstaten zich flink ontwikkeld, en verrichten een aantal openbaarvervoerexploitanten nu diensten in meer dan één lidstaat”.

128 — Arrest van 21 maart 1990, België/Commissie, „Tubemeuse” (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 43).

129 — Zie ook, onder meer, arrest van 14 september 1994, Spanje/Commissie, reeds aangehaald (punt 42), alsmede arrest Gerecht van 30 april 1998, Vlaams Gewest/Commissie (T-214/95, Jurispr. blz. II-717, punt 48).

130 — Arrest Tubemeuse, aangehaald, (punten 42 en 43).

131 — PB 1996, C 68, blz. 9.

132 — Ibidem, vierde alinea.

133 — Verordening (EG) nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun (PB L 10, blz. 30).

134 — Ibidem (derde overweging van de considerans).

exploitatie van lokaal of regionaal personenvervoer over de weg, staatssteun is die onder het in artikel 92, lid 1, van het Verdrag vervatte verbod kan vallen.

artikel 93, lid 3, van het Verdrag vervatte verplichting tot voorafgaande aanmelding gelden.¹³⁶

114. Volgens mij kan de stelling van de Commissie niet worden aanvaard.

VII — Artikel 77 van het Verdrag

111. De laatste prejudiciële vraag betreft artikel 77 van het Verdrag. De verwijzende rechter wil weten of dit artikel de autoriteiten van een lidstaat de mogelijkheid geeft, subsidies te verlenen ter compensatie van de kosten van openbardienstverplichtingen die zijn opgelegd aan een onderneming die een regionale vervoersdienst over de weg exploiteert, zonder dat de bepalingen van verordening nr. 1191/69 in acht worden genomen.

112. Zoals wij hebben gezien¹³⁵, is aan artikel 77 van het Verdrag uitvoering gegeven door specifieke verordeningen, waaronder de verordeningen nrs. 1191/69 en 1107/70.

113. Ter terechtzitting heeft de Commissie betoogd dat artikel 77 van het Verdrag voldoende duidelijk was om zelfstandig te kunnen worden toegepast. Zij is van mening dat deze bepaling, net als artikel 95 EGKS-Verdrag, de lidstaten de mogelijkheid biedt om steun te verlenen buiten de uitdrukkelijk door het afgeleide gemeenschapsrecht geregelde gevallen. In dat geval zou voor de lidstaten de in

115. In de considerans van verordening nr. 1107/70 heeft de Raad immers erop gewezen dat de gemeenschappelijke voorschriften voor de compensaties die voortvloeien uit de normalisatie van de rekeningstelsels van de spoorwegondernemingen en voor de compensatie van de lasten die voortvloeien uit de met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het wegvervoer, respectievelijk bij de verordeningen (EEG) nr. 1192/69¹³⁷ en (EEG) nr. 1191/69¹³⁸ van de Raad van 26 juni 1969 zijn vastgesteld.

Volgens de Raad moet derhalve „worden aangegeven in welke gevallen en onder welke voorwaarden de lidstaten de mogelijkheid hebben, coördinatiemaatregelen te treffen of met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op te leggen, die

136 — Omgekeerd menen partijen in het hoofdgeding, dat artikel 77 te vaag is om toegepast te kunnen worden buiten de in het afgeleide recht bepaalde gevallen. Zij baseren zich dienaangaande op de door de meerderheid van de Duitse doctrine aangegeven tendens (zie schriftelijke opmerkingen van het Regierungspräsidium, blz. 8 en 9, alsook schriftelijke opmerkingen van Altmark, punt 54).

137 — Verordening van de Raad van 26 juni 1969 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de normalisatie van de rekeningstelsels van de spoorwegondernemingen (PB L 156, blz. 8).

138 — Vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1107/70.

135 — Zie punt 84 van de onderhavige conclusie.

de toekenning, uit hoofde van artikel 77 van het Verdrag, van niet in de voornoemde verordeningen bedoelde steun ten gevolge hebben".¹³⁹

dienstverplichtingen op het gebied van het wegvervoer, zonder dat het afgeleide recht, en met name de verordeningen nrs. 1191/69 en 1107/70, in acht wordt genomen.

Verder bepaalt artikel 3 van verordening nr. 1107/70: „Onverminderd de bepalingen van verordening (EEG) nr. 1192/69 [...] en van verordening (EEG) nr. 1191/69 [...] worden door de lidstaten *slechts in de hierna genoemde gevallen en onder de volgende voorwaarden* coördinatiemaatregelen getroffen of met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen opgelegd die de toekenning van steun uit hoofde van artikel 77 van het Verdrag ten gevolge hebben [...]”.¹⁴⁰

118. Uit de verwijzingsbeschikking en de prejudiciële vragen blijkt, dat het Bundesverwaltungsgericht in dit geval wil weten of het gemeenschapsrecht de Duitse autoriteiten de mogelijkheid biedt, steun toe te kennen aan een onderneming die regionaal openbaar personenvervoer exploiteert, zonder de door verordening nr. 1191/69 gestelde voorwaarden in acht te nemen. Om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven, moet ik dus verder gaan met mijn redenering, en nagaan of verordening nr. 1107/70 de verlening van die subsidies kan toestaan.

116. Hieruit volgt dat, anders dan de Commissie aanvoert, de lidstaten zich buiten de in het afgeleide recht bedoelde gevallen niet meer kunnen beroepen op artikel 77 van het Verdrag. Verordening nr. 1107/70 somt uitputtend de voorwaarden op, waaronder de autoriteiten van de lidstaten, buiten de door de verordeningen nrs. 1191/69 en 1192/69 bepaalde gevallen, steun op grond van artikel 77 van het Verdrag kunnen toekennen.

119. In dit verband is artikel 3, sub 2, van verordening nr. 1107/70 relevant. Het luidt:

117. Daarom stel ik het Hof voor, de laatste prejudiciële vraag aldus te beantwoorden, dat artikel 77 van het Verdrag de autoriteiten van een lidstaat niet de mogelijkheid biedt, steun toe te kennen ter compensatie van de kosten van openbare-

„Onverminderd [...] verordening (EEG) nr. 1191/69 [...] worden door de lidstaten slechts [...] met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen opgelegd die de toekenning van steun uit hoofde van artikel 77 van het Verdrag ten gevolge hebben:

139 — Ibidem, vijfde overweging van de considerans.

140 — Cursivering van mij.

[...]

tot de inwerkingtreding van communautaire voorschriften daaromtrent, wanneer de uitkeringen worden gedaan aan vervoersondernemingen die vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren verrichten, ter compensatie van de openbaredienstverplichtingen die hun werden opgelegd door de Staat of door openbare lichamen, en die betrekking hebben

personenvervoer op basis van zelffinanciering in de Bondsrepubliek Duitsland van de werkingssfeer van verordening nr. 1191/69 is uitgesloten. Ten tweede bestaat er, afgezien van deze laatste verordening, thans geen communautaire regelgeving die specifiek betrekking heeft op het openbaar personenvervoer over de weg.

- ofwel op tariefplichten die niet zijn genoemd in artikel 2, lid 5, van verordening (EEG) nr. 1191/69,
- ofwel op de vervoersondernemingen of de vervoersactiviteiten die van de werkingssfeer van die verordening zijn uitgesloten.”

120. Ingevolge artikel 3, sub 2, van verordening nr. 1107/70 is het de lidstaten dus toegestaan, steun uit hoofde van artikel 77 van het Verdrag te verlenen wanneer de begunstigde ondernemingen of de betrokken vervoersactiviteiten van de werkingssfeer van verordening nr. 1191/69 zijn uitgesloten en er nog geen communautaire regeling is die specifiek betrekking heeft op de betrokken sector.

121. Het lijkt mij dat in dit geval aan die twee toelatingsvoorwaarden is voldaan. Ten eerste is gebleken dat het regionale

122. In die omstandigheden geloof ik dat verordening nr. 1107/70 de autoriteiten van de lidstaten de mogelijkheid biedt, uit hoofde van artikel 77 steun toe te kennen ter compensatie van de kosten van de openbaredienstverplichtingen die zij opleggen aan de ondernemingen die een regionale dienst voor het vervoer van personen over de weg exploiteren.

123. De verwijzende rechter dient echter te worden gewezen op de voorwaarden die door artikel 5 van verordening nr. 1107/70 en de rechtspraak van het Hof worden gesteld.

Artikel 5 van de verordening bepaalt dat de lidstaten, overeenkomstig artikel 93, lid 3, van het Verdrag, de Commissie op de hoogte moeten brengen van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen en zij daarbij „alle gegevens [mededelen], die nodig zijn om vast te stellen dat deze steunmaatregelen voldoen aan de voorschriften van deze verordening”.

Daarbij was het Hof van oordeel dat „de toepasselijkheid van artikel 77 van het Verdrag, volgens hetwelk steun aan het vervoer uitsluitend in duidelijk omschreven gevallen, waarin de algemene belangen van de Gemeenschap niet worden geschaad, met het Verdrag verenigbaar is, niet tot gevolg kan hebben dat steun aan het vervoer wordt onttrokken aan het algemene stelsel van het Verdrag ter zake van steunmaatregelen van staten en de daarbij voorziene controleprocedures.”¹⁴¹

124. Bijgevolg kunnen de autoriteiten van een lidstaat steun uit hoofde van verordening nr. 1107/70 slechts toekennen als zij van tevoren de Commissie van hun voornemen op de hoogte hebben gebracht, en van haar een beschikking hebben verkregen waarbij de steunmaatregel verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt.

125. In de onderhavige zaak is het dus de taak van het Bundesverwaltungsgericht om na te gaan of de door de bevoegde autoriteiten toegekende subsidies aan de voorwaarden van artikel 92, lid 1, van het Verdrag voldoen. Indien dat het geval is, zal de verwijzende rechter zich ervan moeten vergewissen dat de steunmaatregelen overeenkomstig artikel 93, lid 3, van het Verdrag ter kennis van de Commissie zijn gebracht, en niet zonder voorafgaande goedkeuring tot uitvoering zijn gebracht.

141 — Arrest van 12 oktober 1978, Commissie/België (156/77, Jurispr. blz. 1881, punt 10).

Als dat niet het geval is, zal de nationale rechter, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof¹⁴², moeten waarborgen dat op nationaalrechtelijk vlak alle consequenties uit die schending zullen worden getrokken.¹⁴³ Die consequenties houden in, dat de nationale rechter eventueel

- de teruggave van de litigieuze steun kan gelasten¹⁴⁴;
- de onrechtmatigheid van de handeling tot invoering van de litigieuze steun, alsmede de onrechtmatigheid van de uitvoeringsmaatregelen kan vaststellen¹⁴⁵;
- de bevoegde autoriteiten kan veroordelen om de door de steunbetaling eventueel veroorzaakte schade te vergoeden¹⁴⁶, zowel aan de ontvanger van de steun¹⁴⁷ als aan zijn concurrenten.¹⁴⁸

142 — Voornoemde arresten Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (punt 12), en SFEI e.a. (punt 40).

143 — Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving van deze consequenties, mijn conclusie van 6 december 2001 in de bij het Hof aanhangige zaak België/Commissie (C-197/99 P) (punt 74).

144 — Voornoemde arresten Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (punten 12 en 13), en SFEI e.a. (punten 40 en 43).

145 — Idem.

146 — Zie in die zin, Keppenne, J.-P., reeds aangehaald (punt 408), en Frignani, A., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, éditions de l'université de Bruxelles, Brussel, 1997, 2e druk (punt 319).

147 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Tubemeuse, reeds aangehaald (blz. 1-985).

148 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak SFEI e.a., reeds aangehaald (punt 77).

126. Bijgevolg moet aan het Bundesverwaltungsgericht worden geantwoord dat artikel 77 van het Verdrag de autoriteiten van een lidstaat niet de mogelijkheid biedt subsidies te verlenen ter compensatie van de kosten van de openbardienstverplichtingen die zij opleggen aan een onder-

neming die een regionale dienst voor het vervoer van personen over de weg exploiteert, zonder inachtneming van de voorwaarden van verordening nr. 1191/69 dan wel de voorwaarden van verordening nr. 1107/70.

VIII — Conclusie

127. Gelet op alle voorgaande overwegingen, stel ik het Hof derhalve voor om de drie door het Bundesverwaltungsgericht gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 1, lid 1, van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 1893/91 van de Raad van 20 juni 1991, verzet zich er niet tegen dat een lidstaat na de inwerkingtreding van deze verordening een wettelijke regeling vaststelt waarbij alleen een bepaalde categorie van regionaal personenvervoer over de weg, als het vervoer op basis van zelffinanciering in de zin van de §§ 8 en 13 van het Personenbeförderungsgesetz (wet op het personenvervoer), van die verordening wordt uitgesloten.

- 2) Door de autoriteiten van een lidstaat verleende subsidies ter compensatie van de kosten van de openbaredienstverplichtingen die zij opleggen aan een onderneming die belast is met de exploitatie van lokaal of regionaal personenvervoer over de weg, is staatssteun die onder het in artikel 92, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87, lid 1, EG) vervatte verbod kan vallen. In dit verband sluit de betrekkelijk geringe omvang van de steun af de betrekkelijk geringe grootte van de betrokken onderneming niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed in de zin van dat artikel.

- 3) Artikel 77 van het Verdrag (thans artikel 73 EG) biedt de autoriteiten van een lidstaat niet de mogelijkheid, maatregelen te treffen voor het verlenen van subsidies ter compensatie van de kosten van de openbaredienstverplichtingen die zij opleggen aan een onderneming die een regionale dienst voor het vervoer van personen over de weg exploiteert, zonder inachtneming van de bepalingen van verordening (EEG) nr. 1191/69 dan wel de bepalingen van verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad van 4 juni 1970 betreffende de steunmaatregelen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.”