

Kroniek Staatssteunrecht 2011

29

1. Inleiding

Deze kroniek beoogt een overzicht te geven van de belangrijkste ontwikkelingen in het staatssteunrecht in 2011. Dat waren er, zoals bekend, niet weinig. 2011 was een turbulent jaar voor de Nederlandse woningcorporaties, die worstelden met de vraag welke gevolgen het staatssteunrecht had voor hun organisatie (par. 2). Bovendien werd 2011 gekenmerkt door de opmerkelijke ontwikkeling dat overheden steeds vaker zelf een beroep doen op het staatssteunrecht om gemaakte afspraken of gedane toezeggingen terug te draaien (par. 3). Daarnaast werd in 2011 diverse malen onderstreept dat overheden en rechters er alles aan moeten doen om staatssteun die onrechtmatig blijkt te zijn onverwijld terug te vorderen (par. 4). Verder werd in 2011 zowel duidelijkheid verschaft over de vraag welke financiële afspraken nu precies aan het staatssteunrecht moeten worden getoetst (par. 5), als over de vraag in hoeverre gebruik kan worden gemaakt van een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) (par. 6). Wellicht als gevolg van de economische crisis viel het ten slotte op dat in 2011 veel rechtszaken betrekking hadden op de relatie tussen vastgoed en staatssteun (par. 7).

2. Woningcorporaties

Slecht nieuws voor de woningcorporaties, die net voor de jaarwisseling vanuit Luxemburg te horen kregen dat zij niet ontvankelijk waren verklaard in hun vordering inzake de welbekende beschikking van de Europese Commissie van december 2009.² Het Gerecht oordeelde dat de beschikking louter gericht was tot – de lidstaat – Nederland. De desbetreffende woningcorporaties werden door de beschikking op gelijke wijze geraakt als elke andere marktdeelnemer die zich feitelijk of potentieel in een identieke situatie bevond, zo oordeelde het Gerecht. Het feit dat de eisers Nederlandse woningcorporaties waren was onvoldoende om te stellen dat zij individueel werden geraakt door het besluit van de Europese Commissie, aldus het Gerecht. In zekere zin een opmerkelijke uitspraak, aangezien het Hof van Justitie een paar maanden eerder nog oordeelde dat Deutsche Post wel werd geraakt door een beschikking die zich louter richtte tot de lidstaat Duitsland.³ Sowieso lijkt het Hof ook in andere staatssteunrechtelijke zaken thans een ruim belanghebbende begrip te hanteren.⁴

In de tussentijd gaat het kabinet door met het omzetten van de beschikking van de Europese Commissie inzake de Nederlandse woningcorporaties.⁵ Het besluit is zoals bekend – deels – omgezet in de Tijdelijke regeling Diensten van Algemeen Economisch Belang Toegelaten Instellingen Volkshuisvesting, die sinds 1 januari 2011 van kracht is. Op 18 mei 2011 is de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting bij de Tweede Kamer ingediend, waarmee de beschikking van de Europese Commissie zal worden omgezet in formele wetgeving, al zal de beschikking voor het grootste deel nader worden uitgewerkt middels AMvB's.⁶

3. Beroep op staatssteun door de overheid zelf

Een andere interessante ontwikkeling in 2011 was, zoals in de inleiding vermeld, het feit dat het in de praktijk steeds vaker lijkt voor te komen dat overheden zelf een beroep doen op het staatssteunrecht om reeds gemaakte afspraken (of toezeggingen) terug te draaien. Ongetwijfeld zal het *Residex*-arrest uit 2010 hieraan hebben bijgedragen. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat de rechter – in het kader van zijn verplichting tot ongedaanmaking van de gevolgen van de onrechtmatige steunmaatregel – bevoegd is zo nodig een ter uitvoering van die steunmaatregel verrichte rechtshandeling als strijdig met art. 108 lid 3 VWEU op de voet van art. 3:40 lid 2 BW nietig te verklaren. De prejudiciële vraag van de Hoge Raad of dit ook betrekking heeft op garantieovereenkomsten werd door het Hof van Justitie op 8 december 2011 bevestigend beantwoord. Het Hof stelde dat

“nationale rechters bevoegd zijn om een garantie nietig te verklaren als een onwettige steunmaatregel tot uitvoering is gebracht door middel van een door de overheid verstrekte garantie ter dekking van een lening die door een financiële maatschappij is toegekend aan een onderneming die een dergelijke financiering niet tegen normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen”.⁷

Ook het Hof 's-Gravenhage oordeelde begin 2011, – in het *Commerzbank* arrest, dat garanties die in strijd met art. 107 lid 1 jo. art. 108 lid 3 VWEU niet waren gemeld bij de Europese Commissie nietig waren ex art. 3:40 lid 2 BW. Ook dat arrest betrof garanties die waren afgegeven door het Gemeentelijke Havenbedrijf Rotterdam.⁸

1 Mr. dr. A.D.L. (Allard) Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Reacties zijn welkom via allard.knook@cms-dsb.com.

2 Besluit C(2009) 9963 def. inzake de steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 (Nederland).

3 Nr. C-463/10 P (*Deutsche Post/Commission*).

4 Bijv. HvJ 24 mei 2011, nr. C-83/09 P (*Commission/Kronoply and Kronotex*), waarin het Hof oordeelde dat een ruim belanghebbende begrip moet worden gehanteerd wat betreft een besluit van de Europese Commissie om een ingeleide onderzoeksprocedure niet door te zetten.

5 Steunmaatregelen nr. E 2/2005 en N 642/2009. Zie hierover Hessel, 'Woningcorporaties en de Europese regels voor staatssteun', *BR* 2010/147, p. 771 en, eerder, A.D.L. Knook, 'In hoeverre zijn woningcorporaties gebonden aan het staatssteunrecht?', *BR* 2009/172, p. 877-887.

6 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 769; Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting).

7 Nr. C-275/10 (*Residex Capital IV CV/Gemeente Rotterdam*).

8 Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, *LJN* BP6129.

Opmerkelijk genoeg betrof het *Residex*-arrest de situatie dat een overheid zelf – in dat geval de gemeente Rotterdam – een beroep deed op het staatssteunrecht. In 2011 bleek een dergelijke situatie ook in andere uitspraken voor te komen. Zo weigerde de provincie Zuid-Holland de exploitant van recreatiepark de Klepperstee in Ouddorp een subsidie van € 4.500.000 op grond van het argument dat deze subsidie staatssteun zou opleveren. Uiteindelijk wees de provincie een subsidie tot een bedrag van € 200.000 toe, omdat toekenning van een hoger bedrag volgens de provincie staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU zou opleveren. De Rechtbank Den Haag stelde de provincie in het gelijk, onder andere omdat aannemelijk was dat de realisering van voorzieningen waarvoor de subsidie was aangevraagd een aanzienlijk spill-overeffect zou hebben op de commerciële activiteiten van de exploitant. Het risico op een spill-overeffect bleek volgens de rechtbank reeds uit de omstandigheid dat deze voorzieningen, hoewel financieel afgesplitst van de commerciële voorzieningen, toch deel uitmaakten van één overkoepelend project. Het was daarom volgens de rechtbank aannemelijk dat de voorzieningen waarvoor de subsidie was aangevraagd vooral de commerciële activiteiten van eiseres aantrekkelijker zullen maken en in mindere mate de aantrekkelijkheid van andere recreatieondernemingen in de omgeving zouden bevorderen.⁹

Een ander, meer op het *Residex*-arrest gelijkende situatie, was een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen, betreffende een op 20 december 2006 gesloten overeenkomst tussen de gemeente Winsum en de ontwikkelaar Montagne. Op 23 juni 2010 deelde de gemeente aan Montagne mee dat deze overeenkomst volgens haar nietig was wegens strijd met Europese regelgeving. De voorzieningenrechter oordeelde dat de overeenkomst op zijn minst *elementen* van staatssteun bevatte en derhalve had moeten worden gemeld bij de Europese Commissie. Aangezien dit niet was gebeurd was deze overeenkomst volgens de voorzieningenrechter nietig op grond van art. 3:40 lid 2 BW.

Of een gemeente eenvoudig een beroep kan doen op een *Residex*-redenering blijft, ook na de uitspraak van de voorzieningenrechter inzake Winsum, overigens maar de vraag. Deze vraag zal trouwens ook moeten worden gesteld indien een gemeente reeds specifieke toezeggingen heeft gedaan met betrekking tot staatssteun. Zo bevestigde het Hof van Justitie in 2011 diverse malen dat het vertrouwensbeginsel ook geldt in de context van het staatssteunrecht.¹⁰ Het verdient in de praktijk derhalve aanbeveling als gemeente niet al te snel uitlatingen te doen over de vraag of er sprake is van al dan niet geoorloofde staatssteun. Voorwaarde voor een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel is wel 'dat door precieze toezeggingen' 'gegronde verwachtingen' worden gewekt met betrekking tot de vraag of een project

of afspraak staatssteunproof is. Dergelijke precieze toezeggingen kunnen onder andere blijken uit de motivering van een besluit.¹¹

4. Plicht tot terugvordering

Wel blijkt duidelijk uit het *Residex*-arrest – als ook uit andere recente jurisprudentie – dat overheden (en rechters) er alles aan moeten doen om staatssteun die onrechtmatig blijkt te zijn onverwijld terug te vorderen. Het Hof van Justitie onderstreepte in mei 2011 nog eens dat maatregelen die worden genomen tot terugvordering 'op tijd' en 'doeltreffend' dienen te zijn. Een overheid kan zich daarbij niet beroepen op juridische, politieke of praktische moeilijkheden die terugvordering met zich meebrengt.¹² Het Hof van Justitie bevestigde verder dat nationale rechters verplicht zijn om de volle werking van de beschikking tot terugvordering van de onrechtmatige steun te waarborgen en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het doel dat met die beschikking wordt nagestreefd.¹³ Helaas zag 2011 weinig beweging wat betreft het Wetsvoorstel terugvordering Staatssteun, dat nu reeds bijna vier jaar geleden naar de Tweede Kamer is gestuurd. Dit wetsvoorstel beoogt enerzijds uitvoering te kunnen geven aan verplichtingen die voortvloeien uit het staatssteunrecht, onder andere door in het Burgerlijk Wetboek een grondslag op te nemen voor de ongedaanmaking van steunmaatregelen die in strijd met het VWEU verdrag zijn verleend. Daarnaast worden nationale bepalingen die een effectieve ongedaanmaking in de weg kunnen staan, zoals verjaringstermijnen en de regeling voor wettelijke rente, buiten toepassing verklaard. Deze laatste plicht vloeit voort uit het effectiviteitsbeginsel, dat inhoudt dat de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet of nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk morgen worden gemaakt. Tot inwerkingtreding dit wetsvoorstel zullen de daarin opgenomen verplichtingen overigens reeds voortvloeien uit de geldende jurisprudentie.

Wat betreft het effectiviteitsbeginsel is ten slotte een uitspraak van de Afdeling van 17 augustus 2011 interessant, waarin de Afdeling oordeelde dat indien een belanghebbende meent dat een subsidie als staatssteun valt te kwalificeren, het tegen het verleningsbesluit in bezwaar (en beroep) dient te gaan, niet pas bij het vaststellingsbesluit. Dit leidt slechts uitzondering indien het bezwaar op beroep ziet op andere aspecten dan die, waarop het verleningsbesluit ziet.¹⁴ Het effectiviteitsbeginsel deed volgens de Afdeling hieraan niet af. Deze uitspraak sluit aan bij de rechtspraak over art. 4:46 lid 1 Awb.¹⁵

9 Rb. 's-Gravenhage 28 september 2011, *IJN* BT7119.

10 HvJ EU 24 maart 2011, nr. C-369/09 P, r.o. 98 (*ISD Polska sp.*); HvJ EU 14 april 2011, nr. C-331/09, r.o. 119-128 (*Commissie/Polen*).

11 HvJ EU 14 april 2011, nr. C-331/09, r.o. 123 (*Commissie/Polen*).

12 HvJ 5 mei 2011, nr. C-305/09, r.o. 37-41 (*Commission/Italy*).

13 Op grond van art. 14 lid 3 Verordening (EG) nr. 659/1999.

14 Bijv. uitspraak van 13 juni 1996 in nr. R03.92.0419; AB 1997/2.

15 ABRvS 17 augustus 2011, *IJN* BR5195, r.o. 2.5.1. Bijv. de uitspraken van 28 november 2007 en 14 februari 2007 in nr. 200704307/1 en 200606141/1.

5. Wat is staatssteun?

Waar de plicht tot terugvordering vaak de laatste stap is, begint het staatssteunproof vormgeven van afspraken tussen gemeenten en private partijen vanzelfsprekend met de vraag *wanneer* er sprake is van staatssteun. Zoals bekend wordt het begrip 'staatssteun' zeer ruim geïnterpreteerd, en omvat het bijvoorbeeld

"niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, leningen of deelneming in het kapitaal van ondernemingen kan omvatten, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor, zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn, van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben."¹⁶

Ook in 2011 werd het begrip staatssteun duidelijk als zeer breed gezien, zowel door rechters als de Europese Commissie. Zo werd een algemene verlaging van door werkgevers verschuldigde sociale bijdragen als staatssteun gezien.¹⁷ Maar ook een preferent elektriciteitsstarief dat aan twee Italiaanse fabrieken in rekening werd gebracht, ondanks een daaraan gekoppelde terugbetalingsregeling.¹⁸ Het vanwege haar privatisering overdragen van onroerend goed aan de Deutsche Post, in ruil voor het schrappen van een reserve van € 100 miljoen aan pensioenrechten, werd als *mogelijk* ongeoorloofde staatssteun gezien.¹⁹ Daarentegen werd de uitgifte van grond in (eeuwigdurende) erfpacht door de gemeente Ede tegen een marktconforme canon niet als meldingsplichtige staatssteun gezien.²⁰

De Rechtbank Roermond bevestigde verder de vaste jurisprudentie inzake 'open infrastructuur',²¹ door te stellen dat het aanleggen van infrastructuur op het grensemplacement niet kon worden aangemerkt als staatssteun, aangezien daarmee werd voldaan aan een openbare taak om het gebruik van nabijgelegen A67 te optimaliseren en te beveiligen. Weliswaar erkende de rechtbank dat niet kon worden ontkend dat de desbetreffende pomphouder profiteerde van de heringerichte parkeerplaats, maar dit was, volgens de rechtbank, ook het geval geweest als het grensemplacement niet zou zijn verwaarloosd en altijd goed was onderhouden. De rechtbank concludeerde dan ook dat de

"door de overheid gefinancierde infrastructuur op niet-discriminerende wijze in beginsel toegankelijk [was] voor alle potentiële gebruikers."²²

6. Wat is een DAEB?

Het is algemeen bekend dat gemeenten en andere decentrale overheden steeds vaker diverse diensten laten uitvoeren door private partijen, waarbij, voor het staatssteunproof vormgeven van de financiële afspraken met de desbetreffende marktpartij, het een interessante optie kan zijn om de dienst te kwalificeren als een Dienst van Algemeen Economisch Belang (hierna: DAEB).²³ Gebruikmaken van deze route is geen easy escape, aangezien aan een aantal strikte voorwaarden dient te worden voldaan, te weten:

1. De onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting en die verplichting moet duidelijk zijn afgebakend.
2. De criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten van tevoren op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld.
3. De hoogte van de compensatie mag niet meer bedragen dan wat nodig is om de kosten van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te compenseren. Bij de compensatie mag rekening worden gehouden met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst.
4. Wanneer niet gebruik is gemaakt van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.

Op 20 december 2011 nam de Europese Commissie de eerste drie onderdelen van een nieuw DAEB-pakket aan, bestaande uit enerzijds een nieuwe Mededeling²⁴ en anderzijds een herziene Beschikking²⁵ en Kaderregeling,²⁶ en kwam het verder met een geheel nieuwe ontwerp-Verordening over de-minimissteun.²⁷ Naar verwachting zal de Verordening nog dit jaar worden aangenomen. Opvallend is dat Verordening alle sociale DAEB's beoogt uit te sluiten, iets

23 In 2011 verschenen overigens ook twee interessante boeken over DAEB's, te weten Cremona (red.), *Market Integration and Public Services*, Oxford 2011; en Szyszczak (red.), *Developments in Services of General Interest*, Springer 2011.

24 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9404 definitief).

25 Besluit van de Commissie betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9380 definitief).

26 EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9406 definitief).

27 Ontwerp-Verordening betreffende de toepassing van de art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (Brussel, 20 december 2011 C(2011) 9381 draft).

16 HvJ EU 16 december 2010, nr. C-239/09 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG*).

17 HvJ EU 9 juni 2011, nr. C-71/09 P, r.o. 92 (*Comitato 'Venezia vuole vivere'/Commission*). Zo ook 2 september 2010, C-399/08 P (*Commissie/Deutsche Post*).

18 HvJ 21 juli 2011, C-194/09 P, r.o. 83 (*Alcoa Trasformazioni/Commission*).

19 Nr. C-148/09 P (*Belgium/Deutsche Post and DHL International*).

20 Hof Arnhem 26 april 2011, LjN BQ3090.

21 Bijv. Beschikking inzake steunmaatregel nr. L215/11 (*Saint-Gobain/Eurofloat*); en nr. C-225/91 *Matra* [1993] ECR I -3203 Beschikking inzake steunmaatregel nr. N 60/2006 *PMR*, C(2007) 1431, punt 44.

22 Rb. Roermond 16 september 2011, LjN BT2450.

wat voor gemeenten, die er de afgelopen jaren immers steeds vaker voor hebben gekozen om sociale diensten uit te besteden, een aantrekkelijk wijziging zal zijn ten opzichte van de huidige praktijk.

Het voert te ver om dit pakket hier uitgebreid te bespreken.²⁸ Kort gezegd bevat het pakket een – welkome – verduidelijking van de diverse aspecten van de DAEB-route. Gemeenten en provincies die in de praktijk van deze route gebruik (willen) maken lopen immers nu in de praktijk nog vaak tegen te veel onduidelijkheden aan. Het pakket geeft verder een aantal concrete definities van diverse begrippen, zoals het begrip 'economische activiteit' en 'redelijke winst'. Van belang is wellicht dat in juni 2011 het Hof van Justitie nog eens bevestigde dat wanneer een overheidsmaatregel moet worden beschouwd als een vergoeding voor de prestaties die met een DAEB belaste ondernemingen, hebben verricht om openbardienstverplichtingen uit te voeren, deze maatregel niet onder art. 107 lid 1 VWEU valt.²⁹

Ondanks deze verduidelijking blijft het wel altijd de vraag welke onderwerpen zich nu precies lenen voor een DAEB. In dat kader is van belang dat de Europese Commissie het afgelopen jaar stelde dat bescherming en versterking van waardevolle natuurerfgoedgebieden als een DAEB kunnen worden gekwalificeerd. De Commissie keurde om die reden de Nederlandse EHS aankoopregeling goed, onder andere omdat deze als non-discriminatoir en niet-marktverstoring werd geacht.³⁰ Ook een gemeentelijke garantie voor een lening ten behoeve van een warmte-koudeopslag kon volgens de Europese Commissie als een DAEB worden gezien. De Europese Commissie leek hierin mee te laten wegen dat de investeringskosten voor WKO's vaak hoog zijn en dat de aanleg van WKO's derhalve vaak niet aan de markt alleen kan worden overgelaten.³¹

Verder werd een jaarlijkse subsidie van 100 miljoen Deense Kronen aan de Deense publieke omroep FM4 goedgekeurd door de Europese Commissie omdat aan de hierboven besproken DAEB-criteria werd voldaan. Maar ook de rechtstreekse ondertiteling van televisie-uitzendingen voor personen met een auditieve handicap en de gesproken ondertiteling voor personen met een visuele handicap konden volgens de Europese Commissie worden beschouwd als een DAEB. De Commissie oordeelde dat een dergelijke dienst bijdraagt tot een betere integratie van personen met een

auditieve of visuele handicap door hen toegang te verlenen tot de media en andere informatiebronnen.³²

Opvallend aan deze beschikkingen van de Europese Commissie is dat de Commissie steeds vaker nauwgezet toetst of aan de hierboven genoemde DAEB-criteria wordt voldaan. Zo werd in de laatstgenoemde beschikking door de Europese Commissie nauwgezet getoetst of de DAEB op de juiste wijze was verleend, in dit geval door middel van een bestuursrechtelijke besluit dat volgens de Europese Commissie geschikt werd bevonden om de DAEB te verlenen.

In deze beschikkingen werd verder opnieuw door de Europese Commissie het belang van controlemechanismen onderstreept, iets wat ook in de gemeentelijke praktijk van essentieel belang is. Indien gemeentelijke diensten worden uitbesteed aan een private partij is het van belang om in de financiële afspraken met deze partij (bijv. in de dienstverleningsovereenkomst) controlemechanismen in te bouwen die de marktconformiteit van de afspraken blijven garanderen, ook nadat de afspraken zijn gemaakt.³³

7. Vastgoedtransacties

Zoals ik in juni 2011 reeds in dit tijdschrift beschreef, leken de ontwikkelingen rondom het staatssteunproof vormgeven van vastgoedtransacties elkaar in hoog tempo op te volgen.³⁴ Indien een gemeente of andere overheid transacties met grond of gebouwen met een onderneming aangaat, zal beoordeeld moeten worden of de prijs die wordt overeengekomen correspondeert met de marktprijs voor de grond. Het gaat in dit verband niet alleen om de aan- of verkoop van grond of gebouwen, maar ook bijvoorbeeld om uitgifte in erfpacht en verhuur. De marktconformiteit kon vooralsnog alleen worden gegarandeerd door deze te toetsen aan de Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen (hierna: 'de Mededeling').³⁵ De Mededeling omschrijft twee methoden om een marktconforme prijs te garanderen, te weten 1. een open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt en 2. een taxatie door een onafhankelijke deskundige. De Mededeling – en latere jurisprudentie hierover – geeft uitgebreid weer onder welke voorwaarden van een van deze twee procedures gebruik kan worden gemaakt. Zo onderzocht in april 2011 de Rechtbank Alkmaar nog uitgebreid of de door de desbetreffende gemeente ingeschakelde taxateur en het door hem uitgebrachte taxatierapport wel voldeden aan de diverse voorwaarden van de Mededeling.³⁶

Uit twee uitspraken van het Hof van Justitie van eind 2010 volgt echter dat ook andere methoden mogen worden gebruikt, al blijft, gelet op het casuïstische karakter van deze

28 Zie hiervoor mijn artikel van vorige maand: 'Nieuwe regelgeving diensten van algemeen economisch belang', *BR* 2012/13.

29 HvJ EU 9 juni 2011, nr. C-71/09 P, r.o. 92 (*Comitato Venezia vuole vivere/Commission*). Zo ook 2 september 2010, nr. C-399/08 P, r.o. 40 (*Commissie/Deutsche Post*).

30 N308/2010N308/2010 Netherlands 13.07.2011 C(2011) 4945 definitief.

31 State aid SA.31261 (2011/N) – Brussels, C(2011).

32 Staatssteun SA.32977 (2011/N). De Commissie toetst de Vlaamse subsidie aan de VTM voor deze dienst overigens aan de (algemene) Kaderregeling inzake DAEB, niet Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (*PB* C 257 van 27 oktober 2009, p. 1, omdat deze niet van toepassing was aangezien VTM geen aangewezen openbare omroep in België is waaraan een bijzondere taak is toevertrouwd).

33 State aid No SA.32019 – Denmark, Brussels, 23.03.2011 C(2011) 1376 final.

34 Knook, 'Vastgoedtransacties sneller staatssteunproof', *BR* 2011/82.

35 *PbEG* 1997, nr. C209/3.

36 Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032.

twee uitspraken het in de praktijk onduidelijk waar precies een dergelijke 'derde weg' aan dient te voldoen.³⁷ Niettemin bepaalde ook de ABRvS in een uitspraak van 13 april 2011 inzake het Centrumplan Haaren, na vast te hebben gesteld dat geen van beide procedures van de Mededeling was gevolgd:

"Volgens [de Mededeling] kan in dergelijke omstandigheden sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun, in welk geval, onverminderd de de-minimisregeling, de transactie bij de Europese Commissie zou moeten worden aangemeld. Deze aanmelding zou, indien sprake is van steun in de zin van art. 107 VWEU en geen ontheffing gegeven kan worden en geen vrijstellingsregeling van toepassing is, kunnen leiden tot de terugvordering van de staatssteun. Overigens is niet uitgesloten dat buiten de methoden van verkoop van gronden en gebouwen of taxatie zoals beschreven in de Mededeling van de Commissie, andere methoden bestaan die prijzen kunnen opleveren die beantwoorden aan de reële marktwaarden."³⁸

Vanzelfsprekend volgt uit deze uitspraak niet dat vooralsnog niet meer aan de Mededeling dient te worden getoetst om marktconformiteit te garanderen, zoals bijvoorbeeld ook blijkt uit een uitspraak van Voorzitter van de Raad van State van eerder dat jaar:

"Wat betreft de voorgenomen overdracht van de gronden voor de woonservicezone heeft de raad ter zitting toegelicht dat hij de procedure heeft gevolgd die is beschreven in de 'Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties' (PB 1997 C 209) (hierna: de Mededeling). Ingevolge art. 2, onder a, in samenhang met art. 3 van de Mededeling hoeven transacties die tot stand zijn gekomen tegen op zijn minst de marktwaarde die door onafhankelijke taxateurs voorafgaand aan de verkooponderhandelingen is vastgesteld niet bij de Europese Commissie te worden aangemeld ter beoordeling of er sprake is van staatssteun. De raad heeft toegelicht dat de gronden door twee onafhankelijke en beëdigde taxateurs op 1 februari 2008 zijn getaxeerd op een waarde van afgerond 12 miljoen euro. De voorzitter overweegt, dat gelet op het voorgaande wat betreft de voorgenomen overdracht van de gronden hij voorshands geen aanleiding ziet voor het oordeel dat de overdracht van de gronden voor de woonservicezone bij de Europese Commissie had moeten worden gemeld."³⁹

Integendeel, ook in de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling* 2011 werd het belang van de Mededeling nog eens onderstreept.⁴⁰ Ook de Europese Commissie benadrukt nog steeds dat voor het staatssteunproof vormgeven van vastgoedtransacties de Mededeling voorop staat, zo bleek onder andere uit de beschikking van 5 oktober 2011 inzake de plannen van de gemeente Apeldoorn en de provincie Gelderland voor de herontwikkeling van de Kanaalzone Zuid in Apeldoorn.⁴¹ Die beschikking was om meerdere redenen interessant, onder andere omdat de Commissie erkent dat de residuele grondwaardemethode marktconformiteit garandeert, naar mijn weten de eerste keer dat de Europese Commissie dit met zoveel woorden erkent.⁴² Bovendien blijkt uit de beschikking dat de revitalisering van beschikbare stedelijke ruimte een algemeen belang dient en daarmee, in lijn met hierboven genoemde jurisprudentie, als algemene infrastructuur geen staatssteun vormt.⁴³

Voorname uitspraken van de ABRvS betroffen (onder andere) de vraag of er sprake was van staatssteun in het kader van de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan. Zoals bekend volgt uit art. 9 BRO 1985 dat bij de voorbereiding van een bestemmingsplan onder meer onderzoek dient te worden gedaan naar de financiële uitvoerbaarheid daarvan. De vraag wat de gevolgen zijn in dit verband indien sprake is van meldingsplichtige staatssteun, komt regelmatig terug in rechtspraak van de Raad van State en van lagere rechters. Nog geen tien dagen na deze uitspraak – op 22 april 2011 – zou de Rechtbank 's-Hertogenbosch een projectbesluit vernietigen omdat bij het eventueel wegvallen van reeds verleende staatssteun de financiële uitvoerbaarheid niet meer kon worden verzekerd.⁴⁴ Niettemin lijkt de Afdeling in andere zaken hier minder streng op te toetsen. Zo oordeelde de Afdeling in september vorig jaar nog dat:

"Zelfs als zou worden aangenomen dat sprake zou zijn van ongeoorloofde staatssteun bij de verkoop van gronden in het plangebied door de gemeente, voor welke aanneming de beschikbare gedingstukken overigens geen aanknopingspunten bieden, hebben [verzoeker] en anderen niet aannemelijk gemaakt dat dit in de weg zal staan aan de financiële uitvoerbaarheid van het plan."⁴⁵

In het algemeen kan thans worden gesteld dat naar de mening van de Afdeling de eventuele aanwezigheid van staatssteun niet van invloed zal zijn op de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan indien aannemelijk wordt gemaakt dat de steunontvanger ook zonder de financiële

37 HvJ EU 16 december 2010, nr. C-239/09 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG*); HvJ EU 2 september 2010, nr. C-290/07 P (*Europese Commissie/Scott SA*).

38 'Centrum Haaren', r.o. 2.18.3.5. De Afdeling verwees hierbij expliciet naar voornoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie.

39 ABRvS (vz.) 1 februari 2011, LJN BP3648.

40 Ministeries van BZK en IM, VNG, IPO in samenwerking met de NEPROM, *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling* 2011, maart 2011, p. 80.

41 SA.31877 (2011/N) – C(2011) 4940 definitief.

42 Zie echter ook *Terra Mitica*, C42/201, PbEG 2001, C300/2 en 2003/L91/23, waarin een sterk op de residuele grondwaardemethode gelijkende methode werd goedgekeurd. De comparatieve methode is verder expliciet erkend in de Beschikking van de Commissie van 14 december 2004, 2005/664/EU (*Aircraft Services Lemwerder*), p. 32, r.o. 20.

43 Brussel, 05.10.2011 C(2011) 4940 definitief.

44 Rb. 's-Hertogenbosch 22 april 2011, LJN BQ2331, r.o. 48-51.

45 ABRvS (vz.) 14 september 2011, LJN BT2126 (*Warandepoort*).

steun verder zal gaan. Zo oordeelde de Afdeling op 28 december 2011:

“Wat betreft het betoog ten aanzien van ongeoorloofde staatssteun heeft de voorzitter overwogen dat voor zover Seyster Veste door middel van steunmaatregelen van overheidswege zou zijn of worden begunstigd op een zodanige wijze dat sprake zou zijn van ongeoorloofde staatssteun, voldoende aannemelijk is geworden dat Seyster Veste de in het plan voorziene woningen zal realiseren zelfs indien daarmee hogere kosten zouden zijn gemoeid dan thans voorzien in verband met de terugvordering van ongeoorloofde staatssteun. De Afdeling ziet thans in hetgeen door die stichting en andere appellanten is aangevoerd geen aanleiding in zoverre anders te oordelen dan de voorzitter heeft gedaan.”⁴⁶

Zoals gezegd viel bovendien op dat wellicht als gevolg van de economische crisis in 2011 veel procedures zijn gevoerd die zagen op de algemene relatie tussen vastgoed en staatssteun, nog los van de vraag of aan de Mededeling was getoetst. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling werden bijvoorbeeld diverse keren met dergelijke vragen geconfronteerd. Zo oordeelde Hoge Raad nog net voor de jaarwisseling dat de onteigeningsrechter zich niet dient te verdiepen in de vraag, of, indien de onteigenende partij er niet in zou slagen het plan ten behoeve waarvan onteigend wordt uit te voeren zonder zich aan de toekenning van verboden staatssteun schuldig te maken, de kans bestaat dat de ongeoorloofde staatssteun zal worden teruggevorderd.⁴⁷

De Afdeling bevestigde dat overheidsgaranties ten behoeve van grondexploitatie maatschappijen moeten voldoen aan de strenge eisen van Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (*PB* 2008 C 155/10). In geval van een individuele staatsgarantie is naleving van een viertal benoemde voorwaarden voldoende om de aanwezigheid van staatssteun te kunnen uitsluiten. Deze voorwaarden betreffen onder andere: a. de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden; b. de omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van toekenning (dit betekent dat de garantie met een welbepaalde financiële transactie verband moet houden, een vast maximumbedrag moet betreffen en in de tijd beperkt moet zijn); c. de garantie dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verplichtingen; d. voor de garantie wordt een marktconforme prijs betaald.⁴⁸

8. Conclusie

De besproken beschikkingen van de Europese Commissie en uitspraken van de Afdeling, Hoge Raad en lagere rechterlijke instanties, bevatten vanzelfsprekend maar een selectie

van datgene wat in 2011 verscheen. Zo ben ik niet ingegaan op twee uitspraken van de Afdeling over de vraag of het Nederlandse risicovereveningssysteem bij verzekeraars tot staatssteun kan leiden,⁴⁹ noch of de Europese Commissie vond dat de financiering van ontwikkeling van het Container Transferium te Alblasterdam geoorloofd was.⁵⁰ Ik ben niet ingegaan op de steun ten behoeve van de herstructurering van ABN AMRO,⁵¹ noch op de vraag of aanloopsteun voor nieuwe gecombineerde vervoerdiensten op basis van het Nederlandse Twin hub spoorwegnet geoorloofd was.⁵² Uit deze uiteenlopende voorbeelden blijkt wel hoe breed het begrip staatssteun thans dient te worden opgevat.

Daar komt bij dat de Europese Commissie haar toezicht lijkt te intensiveren, wat onder andere blijkt uit de diverse beschikkingen van de Europese Commissie die betrekking hebben op Nederlandse situaties. Veel van die beschikkingen konden overigens nog niet worden meegenomen in deze kroniek, simpelweg omdat van deze beschikkingen de openbare versies op het moment van schrijven nog niet beschikbaar waren.⁵³

Hoe dan ook, het staatssteunrecht is duidelijk een actueel onderwerp. Het staatssteunproof vormgeven van afspraken tussen overheden en private partijen lijkt, zeker gelet op alle hierboven beschreven ontwikkelingen, belangrijker dan ooit.

49 ABRvS 2 februari 2011, LJN BP2816 (*Achmea/College voor zorgverzekeringen*); ABRvS 23 februari 2011, LJN BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen N.V./College voor zorgverzekeringen*).

50 Steunmaatregel nr. SA.32224 (2011/N) – Nederland.

51 Nr. C 11/2009 (ex NN 53b/2008, NN 2/2010 and N 19/2010).

52 Steunmaatregel SA. 31981 (2011/N).

53 http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_33303, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_33472, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_31961, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_31962, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_32855, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_32856, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_32857, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_32858, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_32859.

46 ABRvS 28 december 2011, LJN BU9460.

47 HR 23 december 2011, nr. 10/03864, LJN BU4934.

48 ABRvS 29 juni 2011, LJN BQ9692.