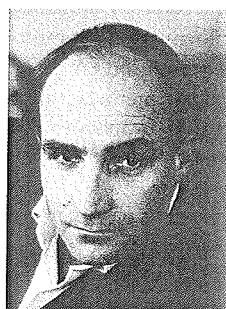


# Bouwrecht



**Jeroen Berlage**  
CMS Derks Star Busmann



**Allard Knook**  
CMS Derks Star Busmann

## Bouwen aan staatssteunrecht

### Inleiding

Het staatssteunrecht beoogt – kort gezegd – te voorkomen dat een overheid een niet-marktconform voordeel verleent aan een marktpartij. Indien een overheid bijvoorbeeld een grond- c.q. vastgoedtransactie aangaat met een projectontwikkelaar, ontwikkelend aannemer of belegger dan zal moeten worden getoetst of de overeengekomen prijs een marktconforme prijs betreft in de zin van het staatssteunrecht. De verschillende vereisten die gelden om te bepalen of er van een ‘marktconforme prijs’ sprake is, zijn opgenomen in een Mededeling van de Europese Commissie uit 1997 (‘de Mededeling’).<sup>1</sup> Aangezien Europese regelgeving in de regel maximaal tien jaar meegaat alvorens het wordt herzien, werd al geruime tijd uitgekeken naar een opvolger hiervan. Deze komt er zoals het er nu naar uitziet echter niet; recent heeft de Europese Commissie besloten de Mededeling in te trekken. In plaats daarvan zal voor vastgoedtransacties hoogstwaarschijnlijk een algemene Mededeling

over staatssteun komen te gelden die dus niet specifiek op de vastgoedmarkt is toegesneden. Hierna zal worden ingegaan op de vraag wat de huidige vereisten zijn die in de Mededeling zijn opgenomen en wat het intrekken van deze Mededeling in de praktijk zal betekenen.

### De huidige situatie

Indien een overheid voornemens is gronden te verkopen of te kopen of in erfpacht uit wil geven dan dient zulks te geschieden tegen een zodanige waarde dat geen sprake is van staatssteun. Op grond van de Mededeling geldt dat de waarde moet worden vastgesteld op grond van een open en onvoorwaardelijke biedprocedure of op grond van een taxatie door een onafhankelijke deskundige. Voor beide wegen gelden weer nadere criteria, die bovendien verder zijn uitgewerkt en aangevuld door diverse beschikkingen van de Europese Commissie en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Zo gelden niet alleen verschillende vereisten voor wat betreft de taxatie zelf, maar ook voor wat betreft de taxateur en het moment van taxeren (taxatie zal in beginsel al voor de onderhandelingen dienen te zijn geschied).

Indien de waardebepaling niet overeenkomstig één van deze twee mogelijkheden wordt gevolgd dan wel de verschillende vereisten die hieraan worden gesteld niet worden nageleefd, dan kan dat mogelijk leiden tot nietigheid van de overeenkomst. De desbetreffende overheid kan desgevoerd door de Europese Commissie gehouden zijn reeds ten uitvoer gelegde financiële afspraken ongedaan te maken en reeds verleende steun terug te vorderen, alsook de daarover inmiddels gecumuleerde rente. Ook kan een derde marktpartij in rechte bezwaar maken indien deze meent door de gemaakte financiële afspraken te worden benadeeld, hetgeen kan leiden tot aansprakelijkheid en schadeplichtigheid van de desbetreffende overheid.

Een dergelijke situatie zal niet alleen kunnen ontstaan indien de Europese Commissie in voorkomende gevallen een onderzoek instelt, maar ook indien – hetgeen in de praktijk meer en meer voorkomt – een concurrerende ontwikkelaar naar de rechter stapt omdat deze van mening is dat hij door de niet-marktconforme overeenkomst wordt benadeeld in diens concurrentiepositie. Ook de – voor iedereen, niet slechts concurrerende derden toegankelijke – ‘kliklijn’ van de Europese Commissie wordt in de praktijk steeds vaker gebruikt, al geldt sinds kort wel een filtersysteem om evidente querulanten enigszins tegen te gaan. Uit een procedure tegen de Gemeente Leidschendam blijkt wel dat het risico op een succesvolle klachtenprocedure reëel is. De Europese Commissie concludeerde in 2013 naar aanleiding van klachten van een omwonendenvereniging dat de Gemeente Leidschendam in strijd met de staatssteunregels verschillende (financiële) tegemoetkomingen aan twee ontwikkelaars had doen toekomen, onder andere omdat een vóór de crisis overeengekomen verkoopprijs voor bouwgronden werd verlaagd en eerder overeengekomen grex- en kwaliteitsbijdragen werden kwijtgescholden. De Commissie droeg de Gemeente Leidschendam om die reden op in totaal een bedrag van € 6,9 miljoen terug te vorderen.<sup>2</sup>

Deze situaties kunnen worden voorkomen door de grond- c.q. vastgoedtransactie zekerheidshalve vooraf te melden bij de Europese Commissie. Het almaar toenemende aantal klachten (Nederlanders mogen ook graag ‘klikken’) is zeker niet de enige reden waarom de Europese Commissie steeds vaker met de Nederlandse vastgoedmarkt te maken krijgt; gemeenten en andere overheden kiezen er namelijk ook zelf steeds vaker voor om financiële afspraken met marktpartijen te melden bij de Europese Commissie. Overheden zijn daartoe ook verplicht indien de Mededeling mogelijk niet geheel correct wordt nageleefd. Het nadeel van een voorafgaande melding is dat op grond van het ‘standstill’-beginsel eerst de

goedkeuring van de Europese Commissie moet worden afgewacht voordat de mede als mogelijke steun te kwalificeren overeenkomst kan worden aangegaan c.q. nagekomen. Niettegenstaande enkele mogelijkheden om één en ander te versnellen kan een melding het begin van een complex en langdurig proces zijn waarbij goedkeuring geruime tijd op zich kan laten wachten. De bouw-, vastgoedpraktijk is dan ook gebaat bij een helder kader op grond waarvan kan worden vastgesteld in hoeverre melding aan de Europese Commissie noodzakelijk is.

#### De (mogelijke) toekomst

Hoe ingewikkeld de Mededeling in de praktijk soms ook wordt ervaren, met het intrekken ervan zal de complexiteit allesbehalve afnemen. Het intrekken wordt voorgesteld in een nieuwe conceptmededeling van de Europese Commissie over het begrip staatssteun. Dat heeft alles te maken met de wens van de Europese Commissie om minder sectorspecifieke staatssteunregelgeving te hebben en meer algemene regelgeving. In het conceptvoorstel gaat de Europese Commissie niet of nauwelijks in op de vastgoedmarkt, wat betekent dat in de toekomst de prijs zal moeten

worden bepaald op basis van de algemene regelgeving die de Mededeling stelt. In het voorstel wordt onder meer bepaald dat de marktconformiteit van een transactie moet worden vastgesteld aan de hand van benchmarking of andere waarderingsmethodes. De verschillende regels die hiervoor gelden laten zich echter lastig toepassen op grondtransacties. Als benchmarking niet van toepassing is, kan de vraag of een transactie al dan niet marktconform is, worden aangetoond aan de hand van een algemeen aanvaarde standaardwaarderingsmethode. Een dergelijke methode moet volgens de Conceptmededeling zijn gebaseerd op 'beschikbare objectieve, verifieerbare en betrouwbare gegevens, die voldoende gedetailleerd zijn en die de economische situatie tot uiting brengen zoals die bestond op het tijdstip waarop tot de transactie werd besloten, rekening houdende met de risicograad en toekomstige verwachtingen.' Het conceptvoorstel verduidelijkt verder niet hoe dit op vastgoedtransacties moet worden toegepast. De Conceptmededeling lijkt tot slot voor een belangrijk deel ook tot verzwaring van de huidige eisen te leiden. Zo stelt de Conceptmededeling dat uitsluitend in de situatie waarin niet empirisch bepaald kan worden

dat een grond- c.q. vastgoedtransactie marktconform is, dat dit dan kan worden beoordeeld via benchmarking en andere waarderingsmethodes. Dit betekent anders gezegd dat partijen bij grondtransacties iedere keer opnieuw eerst moeten aantonen dat marktconformiteit niet empirisch kan worden aangetoond en dat ook benchmarking niet beschikbaar is, voordat gebruik kan worden gemaakt van een andere waarderingsmethode.

Onder andere de NEPROM heeft de Europese Commissie al verzocht om tot nadere verduidelijking te komen op deze punten, bij voorkeur door de Mededeling niet in te trekken. Het is zeker de hoop dat de Europese Commissie hiertoe overgaat. Naar verwachting zal net voor of na de zomer van 2014 de knoop hierover worden doorgehakt.

1. Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen, *PbEG* 1997, C 209/3.
2. Besluit van 23 januari 2013, 'Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg', Brussel, C(2013) 87.