
BR 2015/86

Gerecht van de Europese Unie 30 juni 2015, nr. T-186/13 en T-190/13T-193/13

(M. Prek (rapporteur), president, I. Labucka en V. Kreuschitz, rechters)
m.nt. A.D.L. Knook¹

ECLI:EU:T:2015:447

Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door gemeente Leidschendam-Voorburg

Staatssteun – Verkoop van grond – Steun toegekend aan Schouten de Jong Bouwfonds door een publiek-privaat partnerschap dat door de Gemeente Leidschendam-Voorburg is opgericht – Verlaging van de verkoopprijs van de grond en kwijtschelding met terugwerkende kracht van de grond-exploitatiebijdrage en kwaliteitsbijdrage – Besluit waarbij steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard en de terugvordering ervan wordt gelast – Begrip steunmaatregel – Criterium van de particuliere investeerder – Beoordeling met inachtneming van alle relevante aspecten van de betrokken operatie en de context ervan.

In de gevoegde zaken T 186/13, T 190/13 en T 193/13,

¹ Mr. dr. Allard Knook is advocaat staatssteunrecht bij CMS. Eind dit jaar verschijnt van zijn hand het handboek *Staatssteun* bij Kluwer.

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door M. Bulterman, B. Koopman en J. Langer als gemachtigden, verzoeker in zaak T 186/13,
Gemeente Leidschendam-Voorburg (Nederland), vertegenwoordigd door A. de Groot en J. K. Sluijs, advocaten, verzoekster in zaak T 190/13,
Bouwfonds Ontwikkeling BV, gevestigd te Hoevelaken (Nederland),
Schouten & De Jong Projectontwikkeling BV, gevestigd te Leidschendam (Nederland),
vertegenwoordigd door E. Pijnacker Hordijk en X. Reintjes, advocaten,
verzoeksters in zaak T 193/13,
tegen
Europese Commissie, vertegenwoordigd door P.J. Loewenthal en S. Noë als gemachtigden,
verweerster,
betreffende een verzoek tot nietigverklaring van besluit C(2013) 87 final van de Commissie van 23 januari 2013 betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd – Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg,

Arrest

Voorgeschiedenis van de gedingen

- 1 Verzoeker in zaak T 186/13 is het Koninkrijk der Nederlanden.
- 2 Verzoekster in zaak T 190/13 is de Gemeente Leidschendam-Voorburg (hierna: "Gemeente"), die zich dicht bij Den Haag (Nederland) bevindt.
- 3 Verzoeksters in zaak T 193/13 zijn de vennootschappen Bouwfonds Ontwikkeling BV (hierna: "Bouwfonds") en Schouten & De Jong Projectontwikkeling BV (hierna: "Schouten & De Jong"), die onderdeel zijn van de groep Schouten-de Jong Bouwfonds (hierna: "SJB"), de begunstigde van de steunmaatregel in kwestie. SJB werd opgezet voor het vastgoedproject dat in de onderhavige zaak aan de orde is en heeft geen rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht.
- 4 Schouten de Jong, die in Voorburg (Nederland) is gevestigd, houdt zich bezig met de ontwikkeling van vastgoedprojecten in Nederland, met name in de regio Leidschendam. In 2011 heeft de onderneming een omzet van € 60 miljoen gerealiseerd.
- 5 Bouwfonds, een dochteronderneming van Rabo Vastgoed, is gevestigd in Delft (Nederland). Zij is de grootste vastgoedontwikkelaar in Nederland en een van de drie grootste spelers op de Europese vastgoedmarkt. Bouwfonds is hoofdzakelijk actief in Nederland, Duitsland en Frankrijk. In 2011 heeft zij een omzet van € 1,6 miljard gerealiseerd.
- 6 Als leden van SJB moeten Schouten de Jong en Bouwfonds ook als begunstigden van de in geding zijnde steunmaatregel worden beschouwd.

Vastgoedproject

7 De gemeenteraad van Leidschendam-Voorburg heeft op 6 april 2004 het "Concept Grondexploitatie Masterplan Damcentrum" en het "Concept Masterplan Damcentrum" goedgekeurd, die een kaderovereenkomst vormen voor het herinrichten van het centrum van Leidschendam (hierna: "project Leidschendam Centrum"). Het project Leidschendam Centrum betreft een gebied van ongeveer 20,7 hectare en bestaat uit het slopen van circa 280 vooral sociale woningen, het vernieuwen van de openbare ruimte en de openbare voorzieningen en het bouwen van om en nabij de 600 nieuwe wooneenheden, zowel sociale woningen als vrijesectorwoningen, het aanleggen van ongeveer 3 000 vierkante meter commerciële oppervlakte en een tweelaagse ondergrondse parkeergarage, en het verhuizen en herbouwen van een school. Het project Leidschendam Centrum was in verschillende subprojecten opgesplitst; één daarvan was het vastgoedproject met betrekking tot het Damplein (hierna: "project Damplein"). Het Damplein is het plein dat het centrum van Leidschendam vormt.

8 Op basis van het project Leidschendam Centrum heeft de Gemeente op 9 september 2004 een samenwerkingsovereenkomst gesloten met een aantal particuliere projectontwikkelaars, waaronder SJB (hierna: "samenwerkingsovereenkomst van 2004").

9 De uitvoering van het project Leidschendam Centrum omvat twee fasen: de grondexploitatiefase en de bouwfase.

10 Voordat de bouwwerkzaamheden voor elk van de delen van het vastgoedproject konden beginnen, moest immers de grond worden gekocht (die nog niet aan de Gemeente toebehoorde), de openbare infrastructuur worden heringericht en de grond bouwrijp worden gemaakt. Omdat werd verwacht dat deze grondexploitatiefase van het project hoge kosten en belangrijke risico's met zich zou brengen, heeft de Gemeente besloten een publiek-privaat partnerschap (hierna: "PPP") in de vorm van een vennootschap onder firma met SJB aan te gaan om deze werkzaamheden uit te voeren. Hiertoe hebben de Gemeente en SJB op 22 november 2004 een PPP-overeenkomst voor de grondexploitatie (hierna: "GREX-overeenkomst") gesloten. In artikel 4.1 van de GREX-overeenkomst is bepaald dat de Gemeente en SJB een vennootschap onder firma oprichten waarin de vennoten gezamenlijk zorg dragen voor de grondexploitatie van het gehele plangebied Leidschendam Centrum en dat de kosten en risico's van die grondexploitatie voor 50% voor rekening van de Gemeente komen en voor de resterende 50% voor rekening van SJB. Binnen het PPP werden besluiten met eenparigheid van stemmen genomen. Beide partijen moesten aan het PPP een directe financiële bijdrage leveren voor het uitvoeren van de grondexploitatiewerkzaamheden. De uiteindelijke inkomsten/verliezen van de grondexploitatie zouden worden verdeeld volgens de regels van de samenwerkingsovereenkomst van 2004, overeenkomstig artikel 14.3 daarvan.

11 Naast het bouwrijp maken van de grond behoorden ook de bouw, de tijdelijke exploitatie en de herverkoop van het openbare gedeelte van de ondergrondse parkeergarage

en de bouw van de school tot de grondexploitatiefase (artikel 4 van de GREX-overeenkomst). Daartoe was het PPP met SJB overeengekomen dat laatstgenoemde de ondergrondse openbare parkeergarage zou bouwen, die werd beschouwd als intrinsiek verbonden met het particuliere gedeelte van de parkeergarage (artikel 9 van de GREX-overeenkomst). Als tegenprestatie voorzag artikel 6 van een andere, op 22 november 2004 door de Gemeente en SJB ondertekende overeenkomst, namelijk projectovereenkomst SJB, erin dat SJB van het PPP maximaal € 4,6 miljoen (prijsspeil 1 januari 2003) zou ontvangen. De bouw van het particuliere gedeelte van de parkeergarage zou door SJB zelf worden gefinancierd. Het PPP was van plan de volledige parkeergarage aan een derde te verkopen. De inkomsten uit deze verkoop zouden naar het PPP vloeien, dat deze over de Gemeente en SJB zou verdelen.

12 Ter uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 en de GREX-overeenkomst heeft het PPP de grond op het Damplein in opdracht van het PPP gesplitst in appartementsrechten. De grond werd bestemd voor:

- a) de ontwikkeling en realisatie boven maaiveld van commerciële ruimten en woonappartementen door SJB op de van het PPP verworven grond met onder maaiveld de bijbehorende privéparkeergarage, bergingen en liften/trappenhuizen;
- b) de ontwikkeling en realisatie onder maaiveld in opdracht van het PPP van een openbare parkeergarage en bijbehorende ruimten ten behoeve van de Gemeente;
- c) de inrichting door het PPP van het openbaar plein op de parkeergarage en een boombak deels in de parkeergarage ten behoeve van de Gemeente rond de commerciële ruimten en woonappartementen op het Damplein.

De hierboven onder a) tot en met c) beoogde bebouwing vormt tezamen het project Damplein waarvoor een integrale bouwvergunning is verleend.

13 In de grondexploitatiefase zou het PPP inkomsten genereren uit de verkoop van de grond, nadat het PPP deze bouwrijp had gemaakt, aan particuliere projectontwikkelaars, waaronder SJB, en uit de grondexploitatiebijdrage en kwaliteitsbijdragen waarvan de hoogte afhing van het aantal daadwerkelijk gebouwde wooneenheden.

14 Elke projectontwikkelaar moest het aan hem toegewezen gedeelte van de grond kopen om woningen en, in het geval van JSB, commerciële ruimten te bouwen. De grondprijs werd in artikel 10 en bijlage 3 A van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 vastgelegd. In deze overeenkomst werd uitdrukkelijk vermeld dat deze prijzen minimumprijzen waren, die konden worden verhoogd indien een grotere vloeroppervlakte zou worden gerealiseerd dan gepland. Deze prijzen waren gebaseerd op een taxatierapport van 11 maart 2003 van een onafhankelijke deskundige, waarin de prijs marktconform werd geacht. De grondprijs moest worden betaald zodra de betrokken particuliere ontwikkelaar de nodige bouwvergunning had gekregen en uiterlijk bij de juridische levering van de grond (artikel 10.5 van de samenwerkingsovereenkomst van 2004).

15 De prijs van de grond die het PPP voor het gehele project Leidschendam Centrum aan SJB heeft verkocht,

werd op ten minste € 18,5 miljoen vastgesteld (prijsspeil 1 januari 2003). De prijs van de grond van het deelproject Damplein (hierna: "grond in kwestie") die het PPP aan SJB heeft verkocht, werd vastgesteld op ten minste € 7,2 miljoen (prijsspeil 1 januari 2003), jaarlijks met 2,5% te indexeren tot de betaling was verricht.

16 Verder zou het PPP aanvullende inkomsten verwerven door elke particuliere projectontwikkelaar overeenkomstig artikel 10.3 van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 een grondexploitatiebijdrage en een kwaliteitsbijdrage in rekening te brengen. Deze bijdragen werden berekend op basis van het aantal wooneenheden dat zou worden gebouwd door elk van de particuliere projectontwikkelaars waaraan deelprojecten waren toegewezen en konden worden verhoogd of verlaagd afhankelijk van het aantal daadwerkelijk gebouwde eenheden. De bijdragen moesten op uiterlijk 1 juli 2004 worden betaald en dit moest in één keer gebeuren voor alle wooneenheden die de betrokken particuliere ontwikkelaar binnen het project Leidschendam Centrum had gebouwd.

17 Voor alle wooneenheden die SJB in het plangebied Leidschendam Centrum zou bouwen, werd de totale grondexploitatiebijdrage op ongeveer € 1,1 miljoen vastgesteld en de kwaliteitsbijdrage op ongeveer € 0,9 miljoen (prijsspeil 1 januari 2003), jaarlijks met 2,5% te indexeren tot de betaling was verricht. Hoe hoog de uiteindelijk te betalen bijdragen zouden zijn, hing af van het aantal daadwerkelijk gebouwde wooneenheden.

18 De bouwfase moest door de particuliere projectontwikkelaars worden gerealiseerd, waaronder SJB. Voor elk van de aan hen toegewezen specifieke delen van het project Leidschendam Centrum moesten de particuliere projectontwikkelaars het geplande vastgoed voor eigen rekening en risico (en winst) bouwen en verkopen. De Gemeente was dus niet betrokken bij de bouwfase van het project en zij droeg geen risico's met betrekking tot de verkoop van de wooneenheden en de commerciële ruimten.

19 Volgens de samenwerkingsovereenkomst van 2004 zouden de bouwwerkzaamheden van start gaan wanneer de gronden bouwrijp waren gemaakt en de nodige bouwvergunningen waren afgegeven. Voor de bouw van de vrijesectorwoningen mochten de particuliere ontwikkelaars de bouwwerkzaamheden echter uitstellen tot 70% van deze woningen, al dan niet in combinatie met sociale woningen, van de deellootatie in kwestie waren voorverkocht (artikel 7.5 van de samenwerkingsovereenkomst van 2004; hierna: "70%-bepaling").

20 Volgens zowel de samenwerkingsovereenkomst van 2004 als de projectovereenkomst SJB zou SJB op het Damplein een groot aantal woningen en commerciële ruimten en een ondergrondse parkeergarage met naast een particulier gedeelte ook een openbaar gedeelte bouwen. Zowel de commerciële ruimten als de wooneenheden zouden boven op de ondergrondse parkeergarage worden gebouwd.

Aanvullende overeenkomst van 2010

21 De bouwwerkzaamheden op het Damplein zouden oorspronkelijk in november 2005 starten. De benodigde

bouwvergunningen werden echter pas in november 2008 afgegeven.

22 SJB was in februari 2007 met de voorverkoop van de woningen begonnen, maar ondervond moeilijkheden om deze te verkopen en kon uiteindelijk maar 20 van de 67 geplande wooneenheden voorverkopen. Door de vertragingen bij het verkrijgen van de nodige bouwvergunningen werden deze voorverkoopovereenkomsten in september 2008 vernietigd, zodat geen van de door SJB op het Damplein te bouwen wooneenheden was voorverkocht toen SJB in november van dat jaar uiteindelijk de vergunningen kreeg om met de bouwwerkzaamheden van start te gaan. Ondertussen was de financiële crisis begonnen, die met name de Nederlandse vastgoedmarkt hard heeft getroffen.

23 In verband hiermee heeft SJB de Gemeente meegedeeld dat zij niet met de bouwwerkzaamheden zou starten, waarbij zij zich beriep op de bepaling in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 dat de bouw van de wooneenheden mocht worden uitgesteld indien minder dan 70% van deze eenheden was verkocht.

24 In die context hebben de contractpartijen beslist om eind 2008 onderhandelingen te gaan voeren over wijziging van de samenwerkingsovereenkomst van 2004. Na aan een onafhankelijke deskundige te hebben gevraagd om te beoordelen of de door SJB voorgestelde nieuwe prijs marktconform was, heeft de Gemeente de beslissing van het PPP goedgekeurd waarbij aan SJB een verlaging van de door haar verschuldigde prijs voor de grond in kwestie werd toegekend en de door haar verschuldigde bijdragen werden kwijtgescholden. De prijsverlaging werd vastgesteld in een overeenkomst die op 1 maart 2010 tussen de Gemeente, het PPP en SJB werd gesloten (hierna: "aanvullende overeenkomst van 2010"). Bij deze overeenkomst zijn de samenwerkingsovereenkomst van 2004, de projectovereenkomst SJB en de GREX-overeenkomst gewijzigd.

25 In artikel 2.1.2, lid 1, van de aanvullende overeenkomst van 2010 is het volgende bepaald:

"In afwijking van het bepaalde in een of meer van de in de considerans genoemde overeenkomsten

- i) wordt de koopsom van het Verkochte, welke Koper bij levering verschuldigd is aan Verkoper, onder de in deze overeenkomst opgenomen voorwaarden nader bepaald op € 4 000 000, - (zegge: vier miljoen euro) exclusief btw kosten Koper Vermeerderd met 5 % rente vanaf 1 januari 2010[;]
- ii) zijn de oorspronkelijk overeengekomen grex- en kwaliteitsbijdragen niet verschuldigd[;]
- iii) wordt de grond bouwrijp geleverd. De koopsom is gebaseerd op prijspeil 1 januari 2010 en is niet verrekenbaar."

26 In de aanvullende overeenkomst van 2010 werd ook vermeld dat SJB op 7 juli 2009 met de bouwwerkzaamheden op het Damplein was begonnen en deze in een ononderbroken bouwstroom moest uitvoeren. De werkzaamheden moesten in december 2011 worden afgerond. Bij te late oplevering moest SJB een deel van de verlaagde prijs terug-

betalen. De levering van de grond zou ten laatste midden maart 2010 plaatsvinden en de betaling zou ten laatste op de dag van de levering gebeuren.

27 Voorts hebben het PPP en SJB op 13 juli 2009 een nieuwe overeenkomst met betrekking tot de openbare ondergrondse parkeergarage gesloten. Volgens deze overeenkomst zou SJB in het tweede kwartaal van 2009 met de bouwwerkzaamheden voor de openbare parkeergarage starten en het werk binnen een afgesproken termijn uitvoeren. Het PPP zou SJB € 5,4 miljoen (prijspeil 1 april 2009) betalen voor de bouw van de openbare parkeergarage; dit bedrag zou vaststaan tot de oplevering en niet worden geïndexeerd.

Procedure

28 Bij schrijven van 10 september 2007 heeft de Stichting Behoud Damplein Leidschendam (hierna: "Stichting"), die in 2006 werd opgericht om de belangen van de buurtbewoners van het Damplein te verdedigen, een klacht ingediend bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen betreffende de vermeende toekenning van staatssteun in het kader van het project Leidschendam Centrum.

29 De Commissie heeft de klacht bij brief van 12 oktober 2007 voor onderzoek aan de Nederlandse autoriteiten doorgezonden, met het verzoek een aantal vragen te beantwoorden. De Nederlandse autoriteiten hebben bij schrijven van 7 december 2007 geantwoord. Op 25 april 2008, 12 september 2008, 14 augustus 2009, 12 februari 2010 en 2 augustus 2011 heeft de Commissie aanvullende verzoeken om informatie aan de Nederlandse autoriteiten gezonden. De Nederlandse autoriteiten hebben deze verzoeken op respectievelijk 30 mei 2008, 7 november 2008, 30 oktober 2009, 12 april 2010, 29 september 2011 en 3 oktober 2011 beantwoord. Op 12 maart 2010 heeft een bijeenkomst van de diensten van de Commissie en de Nederlandse autoriteiten plaatsgevonden en vervolgens zijn bij brief van 30 augustus 2010 aanvullende inlichtingen aan de Commissie verstrekt.

30 Bij brief van 26 januari 2012 heeft de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden meegedeeld dat zij had besloten de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden ten aanzien van een specifieke maatregel in het kader van het vastgoedproject. Het besluit van de Commissie tot inleiding van die procedure (hierna: "besluit tot inleiding van de procedure") is op 23 maart 2012 bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB C 86, blz. 12). Bij dit besluit heeft de Commissie belanghebbenden opgeroepen hun opmerkingen over haar voorlopige beoordeling van de maatregel kenbaar te maken.

31 De Nederlandse autoriteiten hebben bij brief van 18 april 2012 hun opmerkingen over het besluit tot inleiding van de procedure kenbaar gemaakt, nadat tweemaal een verlenging van de termijn voor indiening van opmerkingen was verleend en na een bijeenkomst met de diensten van de Commissie in aanwezigheid van SJB op 12 maart 2012.

32 Bij brief van 16 april 2012 heeft de Stichting haar opmerkingen over het besluit tot inleiding van de procedure aan de Commissie gezonden. De niet-vertrouwelijke versie

van deze opmerkingen werd op 16 mei 2012 aan de Nederlandse autoriteiten doorgezonden. Bij brief van 14 juni 2012 hebben de Nederlandse autoriteiten hun standpunt over de opmerkingen van de Stichting ingediend.

Bestreden besluit

33 Op 23 januari 2013 heeft de Commissie besluit C(2013) 87 final vastgesteld, betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd – Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg (hierna: “bestreden besluit”).

34 De Commissie heeft om te beginnen uiteengezet dat de betrokken maatregel, die bestond in een verlaging van de grondprijs en de kwijtschelding van de bijdragen (hierna tezamen: “betrokken maatregel”) was toegekend door het PPP, dus noodzakelijkerwijs met instemming van de Gemeente, die daarin een deelneming van 50% had, en dat, aangezien binnen het PPP besluiten met eenparigheid van stemmen werden genomen en over deze maatregel geen overeenstemming kon worden bereikt zonder de uitdrukkelijke goedkeuring van de gemeenteraad, het besluit van het PPP om de betrokken maatregel toe te kennen aan de staat was toe te rekenen. Volgens de Commissie was het financiële risico waaraan de Gemeente door haar deelname aan het PPP werd blootgesteld, naar verhouding kleiner geweest, indien zij niet met de betrokken maatregel had ingestemd. Zij heeft daaruit afgeleid dat de betrokken maatregel een verlies aan staatsmiddelen vormde (overweging 65 van het bestreden besluit).

35 Bij de berekening van de hoogte van de steun heeft de Commissie, wat in de eerste plaats de prijsverlaging betreft, geconstateerd dat de prijs van de door het PPP aan SJB verkochte grond in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 op € 7,2 miljoen werd vastgesteld, jaarlijks met 2,5% te indexeren tot de betaling was verricht, en dat volgens de Nederlandse autoriteiten de marktwaarde van datzelfde stuk grond op 1 januari 2010 € 8,6 miljoen bedroeg. Voorts heeft zij vastgesteld dat het PPP die prijs bij de aanvullende overeenkomst van 2010 heeft verlaagd tot € 4 miljoen (overweging 109 van het bestreden besluit).

36 De Commissie heeft daaruit afgeleid dat het voordeel dat SJB heeft verkregen door de verlaging van de verkoopprijs van de grond in kwestie ongeveer € 4,6 miljoen bedroeg (overweging 110 van het bestreden besluit).

37 Wat in de tweede plaats de kwijtschelding van de bijdragen betreft, heeft de Commissie in herinnering geroepen dat de bijdragen die SJB krachtens de samenwerkings-

overeenkomst van 2004 moest betalen in totaal ongeveer € 2 miljoen (prijspeil 1 januari 2003) bedroegen, jaarlijks met 2,5% te indexeren tot de betaling was verricht. Verder heeft zij uiteengezet dat deze bijdragen waren gebaseerd op het geplande aantal wooneenheden dat zou worden gebouwd en dat in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 was bepaald dat deze bijdragen dienovereenkomstig zouden worden aangepast indien minder woningen werden gebouwd (overweging 115 van het bestreden besluit).

38 Aangezien SJB op grond van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 op het Damplein 74 wooneenheden moest bouwen en volgens de definitieve overeenkomst slechts 67 wooneenheden werden gerealiseerd, moesten de bijdragen worden verlaagd tot een bedrag van ongeveer € 1,9 miljoen (prijspeil 1 januari 2003). Op 1 januari 2010 hadden deze bijdragen een waarde van ongeveer € 2,3 miljoen (overweging 116 van het bestreden besluit).

39 De Commissie heeft tevens vastgesteld dat SJB op basis van de aanvullende overeenkomst van 2010 de bijdragen zoals overeengekomen in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 niet langer verschuldigd was. Zij heeft daaruit de conclusie getrokken dat het bedrag van de steun die aan SJB werd toegekend door het kwijtschelden van deze bijdragen door het PPP ongeveer € 2,3 miljoen bedroeg (overweging 117 van het bestreden besluit).

40 De berekening van de hoogte van de steun is als volgt samengevat (tabel 3 in overweging 120 van het bestreden besluit):

41 Het dispositief van het bestreden besluit luidt als volgt:

“Artikel 1

De staatssteun ten bedrage van 6 922 121 EUR, die Nederland op 1 maart 2010 in strijd met artikel 108, lid 3, [VWEU] onrechtmatig heeft verleend ten gunste van [SJB], een samenwerkingsverband dat bestaat uit Schouten & De Jong Projectontwikkeling BV en Bouwfonds Ontwikkeling BV, in de vorm van een verlaging met terugwerkende kracht van de verkoopprijs van grond en een kwijtschelding met terugwerkende kracht van de grondexploitatiebijdrage en kwaliteitsbijdrage overeengekomen met gemeente Leidschendam-Voorburg, is onverenigbaar met interne markt.

Artikel 2

[...] Nederland vordert de in artikel 1 bedoelde onverenigbare steun van [SJB] en/of Schouten & De Jong Projectontwikkeling BV en/of Bouwfonds Ontwikkeling BV terug.

	Samenwerkingsovereenkomst van 2004		Aanvullende overeenkomst	Verlaging
	prijspeil 1. 1. 2003	prijspeil 1. 1. 2010	maart 2010	prijspeil 1. 1. 2010
Grondprijs	€ 7.253.793	€ 8.622.480	€ 4.000.000	€ 4.622.480
Grondexploitatie-bijdrage	€ 1.077.941	€ 1.281.333	0	€ 1.281.333
Kwaliteitsbijdrage	€ 856.667	€ 1.018.308	0	€ 1.018.308
Totaal	€ 9.188.401	€ 10.922.121	€ 4.000.000	€ 6.922.121

[...]"

Procedure en conclusies van partijen

42 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 april 2013, hebben het Koninkrijk der Nederlanden (zaak T 186/13), de Gemeente (zaak T 190/13) en Bouwfonds en Schouten de Jong (zaak T 193/13) (hierna tezamen: "verzoekers") de onderhavige beroepen ingesteld.

43 In de respectieve memories van dupliek heeft de Commissie gesteld dat verzoekers in repliek nieuwe middelen hadden aangevoerd en dat die middelen dus niet-ontvankelijk waren.

44 Op verzoek van het Gerecht hebben verzoekers op respectievelijk 23 december 2013 (T 186/13), 7 januari 2014 (T 190/13) en 24 december 2013 (T 193/13) opmerkingen over de argumenten van de Commissie betreffende de niet-ontvankelijkheid van de vermeend nieuwe middelen ingediend.

45 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

46 Bij beschikking van de president van de Vierde kamer van 17 juli 2014 zijn de zaken T 186/13, T 190/13 en T 193/13, partijen gehoord, overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gevoegd voor de mondelinge behandeling en het eindarrest.

47 Partijen hebben ter terechtzitting van 8 oktober 2014 pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.

48 Verzoekers concluderen tot:

- nietigverklaring van het bestreden besluit;
- verwijzing van de Commissie in de kosten.

49 De Commissie concludeert tot:

- verwerping van de beroepen;
- verwijzing van verzoekers in de kosten.

In rechte

50 De argumenten van verzoekers, die in elk van de drie zaken in een andere volgorde worden aangevoerd, kunnen in wezen worden gehergroepeerd tot drie middelen. Met hun eerste middel stellen verzoekers dat de Commissie het fundamentele vereiste inzake de inachtneming van een redelijke termijn bij het voeren van de administratieve procedure en bijgevolg artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie alsook de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen heeft geschonden. Bouwfonds en Schouten de Jong stellen daarnaast schending van hun rechten van verdediging. Met hun tweede middel voeren verzoekers aan dat de Commissie artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden omdat zij de betrokken maatregel ten onrechte als steun heeft aangemerkt en die steun hoe dan ook onjuist heeft gekwantificeerd. Met hun derde middel stellen verzoekers dat artikel 107, lid 3, VWEU onjuist is toegepast.

51 Het tweede middel moet als eerste worden onderzocht.

Tweede middel: schending van artikel 107, lid 1, VWEU

52 In het kader van het tweede middel voeren verzoekers aan dat de Commissie artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden doordat zij de betrokken maatregel ten onrechte als staatssteun heeft gekwalificeerd. Daarbij is zij er, na toepassing van het criterium van de particuliere investeerder en dat van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten, ten onrechte van uitgegaan dat er voor SJB een voordeel was. Ook de berekening van de steun is onjuist, met name omdat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de eerdere prijsverlagingen en omdat zij het bedrag van de bijdragen die de Gemeente heeft kwijtgescholden, onjuist heeft begroot.

Kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun

53 In wezen stellen verzoekers dat de Gemeente in overeenstemming met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie heeft gehandeld, aangezien zij in de omstandigheden van de onderhavige zaak kon instemmen met de prijsverlaging en het kwijtschelden van de bijdragen. De Commissie heeft een reeks feitelijke omstandigheden onjuist beoordeeld, met name op het punt van de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de Gemeente en SJB. Aangezien laatstgenoemde met een beroep op de 70%-bepaling weigerde om met de bouw te starten, de ondergrondse parkeergarage bouwkundig onlosmakelijk verbonden was met de bovenbouw, de niet-uitvoering van het project Damplein gevolgen zou hebben gehad voor het gehele project voor Leidschendam en de samenwerkingsovereenkomst van 2004 ontbinding van de overeenkomst op grond van onvoorziene feitelijke omstandigheden uitsloot, was de Gemeente verplicht om over de overeenkomst te heronderhandelen en de prijs te verlagen om de garantie te krijgen dat de bouw onmiddellijk zou worden voortgezet en om de kosten van niet-uitvoering te vermijden. Daarmee heeft de Gemeente met inachtneming van de financiële vooruitzichten en haar eigen belang gehandeld. Daarnaast was de betrokken maatregel de tegenprestatie van de Gemeente voor het feit dat SJB van de 70% bepaling heeft afgezien. Tegelijkertijd heeft zij de zekerheid gekregen dat de bouwwerkzaamheden op het Damplein zouden worden uitgevoerd. Volgens verzoekers heeft de Gemeente geen voordeel aan SJB toegekend, en in elk geval geen voordeel dat laatstgenoemde niet ook onder normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen.

54 In dat verband betogen verzoekers dat, indien de Gemeente het project niet zou hebben laten uitvoeren, de daarmee samenhangende directe en indirecte kosten zeer hoog zouden zijn geweest. Bovendien heeft de door de Gemeente benoemde deskundige geoordeeld dat de verlaagde prijs van de grond in kwestie overeenstemde met de marktwaarde ervan.

55 Met haar oordeel in het bestreden besluit dat de tussen het PPP en SJB overeengekomen prijsverlaging en de kwijtschelding van de bijdragen overeenstemden met 100% van het verlies aan staatsmiddelen en dus staatssteun wa-

ren, is de Commissie tot slot voorbijgegaan aan het feit dat 50% van deze prijsverlagingen voor rekening kwam van de Gemeente en 50% voor rekening van SJB zelf. Het beweerdelijk aan SJB toegekende voordeel is niet € 6,9 miljoen en het deel van de prijsverlaging en de kwijtschelding van de bijdragen dat ten laste van SJB komt, kan geen staatssteun vormen. Bovendien is deze conclusie van de Commissie in strijd met hetgeen zij in het besluit tot inleiding van de procedure had verklaard.

56 De Commissie antwoordt hierop dat de verlaging van de grondprijs en de kwijtschelding van de bijdragen duidelijk een voordeel voor SJB vormen en dat dit voordeel niet is verkregen onder normale marktvoorwaarden. Volgens haar is het onwaarschijnlijk dat een particuliere investeerder bereid zou zijn geweest om SJB door verlaging van de prijs van de grond in kwestie en kwijtschelding van de bijdragen te compenseren voor de dalende huizenprijzen en slechte vooruitzichten op de vastgoedmarkt, behalve wanneer de voordelen hiervan groter zouden zijn geweest dan de kosten. Een particuliere investeerder zou immers geen bijzonder gewicht hebben toegekend aan het feit dat door uitstel van de bouwplannen een gebied in het centrum van de Gemeente braak zou blijven liggen, maar zich slechts door financiële overwegingen hebben laten leiden. Zoals de Nederlandse autoriteiten zowel tijdens de administratieve procedure als voor het Gerecht hebben bevestigd, wilde de Gemeente dat het project Damplein zo snel mogelijk zou worden uitgevoerd. Toen zij de betrokken maatregel nam, heeft zij dus niet als particuliere investeerder gehandeld, maar als publieke autoriteit.

57 Daarnaast stelt Commissie dat de schade zoals door de Nederlandse autoriteiten berekend in hun brief van 18 april 2012 in antwoord op het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, onjuist is. In elk geval zou een particuliere investeerder volgens haar niet bereid zijn geweest een verlies van € 6,9 miljoen te nemen, en overigens ook niet een verlies van € 3,45 miljoen zoals door de Nederlandse autoriteiten aangevoerd, om schade van € 2,8 miljoen zoals door die autoriteiten berekend, te vermijden. Bovendien is in de onderhavige zaak voor de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun niet de marktwaarde van de grond doorslaggevend, maar de contractuele waarde ervan.

58 De Commissie voegt hieraan toe dat, zelfs wanneer de parkeergarage bouwkundig verbonden zou zijn met de daarop te bouwen woningen, niet voetstoots mag worden aangenomen dat dit SJB het recht geeft alle bouwwerkzaamheden voor onbepaalde tijd uit te stellen.

59 Tot slot geeft de Commissie te kennen dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verlies aan staatsmiddelen en het aan SJB toegekende voordeel. Voor de berekening van het door de begunstigde terug te betalen bedrag, is alleen het voordeel dat hij als gevolg van een door de autoriteiten genomen maatregel heeft genoten doorslaggevend. Het voordeel is door het PPP aan SJB verleend, en niet door de Gemeente zelf, maar met instemming van de Gemeente, terwijl zij een aandeel van 50% in het PPP bezit, zodat dit aan haar toerekenbaar is. Om de oorspronkelijke

mededingingssituatie te herstellen, moet SJB het voordeel dat zij heeft genoten aan het PPP terugbetalen en niet aan de Gemeente.

60 In dat verband moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat artikel 107, lid 1, VWEU bepaalt dat, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, 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 zijn met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed.

61 Volgens vaste rechtspraak is voor de kwalificatie als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vereist dat is voldaan aan alle in deze bepaling bedoelde voorwaarden. Opdat een maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt, moet het ten eerste gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. Ten tweede moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een voordeel verschaffen en ten vierde moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (zie arrest van 30 mei 2013, *Doux Élevage en Coopérative agricole UKL-ARREE*, C 677/11, *Jurispr.*, EU:C:2013:348, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

– Voorwaarden inzake de aard van de staatsmiddelen en de toerekenbaarheid ervan aan de staat

62 Verzoekers betogen dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit dat de prijsverlaging en de kwijtschelding van de bijdragen waartoe het PPP heeft beslist, voor 50% door SJB werden gedragen. Met hun argumenten voeren zij met name een fout in de berekening van het bedrag van de steun en bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder door de Commissie aan. Sommige van deze argumenten kunnen evenwel in verband worden gebracht met een van de voorwaarden voor de kwalificatie als staatssteun, namelijk die inzake de staatsmiddelen.

63 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen voordelen enkel als steunmaatregelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden beschouwd indien zij rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend (zie arrest van 19 december 2013, *Vent De Colère e.a.*, C 262/12, *Jurispr.*, EU:C:2013:851, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit zijn twee onderscheiden en cumulatieve voorwaarden (arrest van 5 april 2006, *Deutsche Bahn/Commissie*, T 351/02, EU:T:2006:104, punt 103).

64 Wat in de eerste plaats de voorwaarde van de toerekenbaarheid van de maatregel aan de staat betreft, moet worden opgemerkt dat toestemming van de gemeenteraad was vereist voor de beslissing van het PPP om aan SJB de betrokken maatregel toe te kennen, zodat deze aan de staat toerekenbaar was, zoals ook de Commissie in overweging 65 van het bestreden besluit heeft vastgesteld.

65 Wat in de tweede plaats de voorwaarde van de staatsmiddelen betreft, kunnen alleen voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd of die een extra last voor de staat vormen, als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden beschouwd. Uit de bewoordingen van deze bepaling en de in artikel 108 VWEU neergelegde procedureregels volgt immers dat de voordelen die met andere middelen dan staatsmiddelen worden bekostigd, niet binnen de werkingssfeer van de betrokken bepalingen vallen (zie arrest van 19 maart 2013, *Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie*, C 399/10 P en C 401/10 P, Jurispr., EU:C:2013:175, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66 Verder volgt uit de rechtspraak dat alleen de voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen zijn bekostigd, als steunmaatregelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te beschouwen zijn. Het in deze bepaling gemaakte onderscheid tussen "steunmaatregelen van de staten" en steunmaatregelen "met staatsmiddelen bekostigd" betekent namelijk niet dat alle door een staat verleende voordelen steunmaatregelen zijn, ongeacht of zij uit staatsmiddelen worden gefinancierd, maar wil alleen zeggen dat het begrip steunmaatregel zowel de voordelen betreft die rechtstreeks door de staat worden toegekend als die welke worden toegekend door een door die staat ingesteld of aangewezen publiek of privaatrechtelijk lichaam (zie arrest *Doux Élevage en Coopérative agricole UKL-ARREE*, punt 61 supra, EU:C:2013:348, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Hieruit volgt dat een maatregel slechts als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kan worden aangemerkt indien enerzijds die maatregel een voordeel omvat, welk voordeel verschillende vormen kan aannemen ("in welke vorm ook"), en anderzijds dat voordeel rechtstreeks of indirect voortvloeit uit overheidsmiddelen (toegekend door "de staten of [...] met staatsmiddelen bekostigd") (arrest van 21 mei 2010, *Frankrijk e.a./Commissie*, T 425/04, T 444/04, T 450/04 en T 456/04, Jurispr., EU:T:2010:216, punt 215).

68 Bijgevolg behoeft niet in alle gevallen te worden aangetoond dat er een overdracht van overheidsmiddelen is geweest om het voordeel dat aan één of verschillende ondernemingen is toegekend, als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te beschouwen. Zo worden met name als steunmaatregelen beschouwd de 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 (zie arrest *Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie*, punt 65 supra, EU:C:2013:175, punten 100 en 101 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Volgens vaste rechtspraak definieert artikel 107, lid 1, VWEU de maatregelen van de staten immers aan de hand van de gevolgen ervan (zie arrest van 5 juni 2012, *Commissie/EDF*, C 124/10 P, Jurispr., EU:C:2012:318, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest *Bouygues en Bouy-*

gues Télécom/Commissie, punt 65 supra, EU:C:2013:175, punt 102).

70 Voor de vaststelling dat sprake is van staatssteun moet de Commissie derhalve een voldoende directe band aantonen tussen enerzijds het aan de begunstigde verleende voordeel en anderzijds een vermindering van de staatsbegroting, of zelfs een voldoende concreet economisch risico dat die begroting zal worden belast (arrest *Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie*, punt 65 supra, EU:C:2013:175, punt 109).

71 Tot slot heeft het Hof gepreciseerd dat het niet noodzakelijk is dat de vermindering van de staatsbegroting – dan wel een dergelijk risico – overeenstemt met of gelijkwaardig is aan dat voordeel, noch dat tegenover dit voordeel een dergelijke vermindering of een dergelijk risico staat, noch dat het van dezelfde aard is als de toezegging van staatsmiddelen waaruit het voortvloeit (arrest *Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie*, punt 65 supra, EU:C:2013:175, punt 110).

72 In de onderhavige zaak heeft de Commissie in overweging 65 van het bestreden besluit op juiste wijze vastgesteld dat de prijsverlaging en de kwijtschelding van de bijdragen waartoe het PPP had beslist, een verlies aan staatsmiddelen vormden. De eerste voorwaarde van artikel 107, lid 1, VWEU moet dus als vervuld worden beschouwd.

– Bestaan van het voordeel en toepassing van het criterium van de particuliere investeerder

73 Volgens vaste rechtspraak worden maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen, als staatssteun beschouwd (zie arrest van 8 mei 2013, *Libert e.a.*, C 197/11 en C 203/11, Jurispr., EU:C:2013:288, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

74 Het is evenwel ook vaste rechtspraak dat uit de toepassing van het beginsel dat de openbare en de particuliere sector gelijk moeten worden behandeld, volgt dat aan de voorwaarden waaraan een maatregel moet voldoen om onder het begrip "steun" in de zin van artikel 107 VWEU te vallen, niet is voldaan wanneer de begunstigde onderneming hetzelfde voordeel had kunnen genieten als het voordeel dat met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld onder met normale marktvoorwaarden overeenstemmende omstandigheden, waarbij deze beoordeling voor overheidsbedrijven in beginsel aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder moet geschieden (zie in die zin arrest van 8 mei 2003, *Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie*, C 399/00 en C 328/99, Jurispr., EU:C:2003:252, punt 37, en arrest *Commissie/EDF*, punt 69 supra, EU:C:2012:318, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

75 Met de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder wordt dus beoogd te voorkomen dat de begunstigde onderneming dankzij staatsmiddelen in een gunstigere financiële situatie dan zijn concurrenten verkeert (zie in die zin arrest *Commissie/EDF*, punt 69 supra, EU:C:2012:318, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 De financiële situatie van de begunstigde onderneming hangt echter niet af van de vorm waarin dit voordeel, ongeacht de aard ervan, ter beschikking is gesteld, maar van het bedrag dat deze onderneming uiteindelijk verkrijgt (arrest Commissie/EDF, punt 69 supra, EU:C:2012:318, punt 91).

77 Bij de beoordeling van de waarde van een steunmaatregel in de vorm van de verkoop van grond door een openbare instantie aan een particulier tegen een vermeend preferentiële prijs, is het criterium van de particuliere investeerder handelend in een markteconomie van toepassing. De waarde van de steunmaatregel is dus gelijk aan het verschil tussen hetgeen de begunstigde in werkelijkheid heeft betaald en hetgeen hij destijds onder normale marktvoorwaarden had moeten betalen om gelijkwaardige grond van een verkoper uit de privésector te kopen (zie in die zin arrest van 13 december 2011, *Konsum Nord/Commissie*, T 244/08, EU:T:2011:732, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

78 In dat verband moet erop worden gewezen dat de titel van het bestreden besluit de vermelding "Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg" bevat. Voorts heeft de Commissie in het kader van de beoordeling van de betrokken maatregel, bij haar analyse van het voordeel eerst de vaste rechtspraak in herinnering gebracht dat de verkoop door de overheid van grond of gebouwen aan een onderneming of particulier die een economische activiteit uitoefent, staatssteun vormt, met name wanneer niet wordt verkocht voor de marktprijs, dat wil zeggen wanneer de prijs niet overeenkomt met de prijs die een particuliere investeerder in normale marktomstandigheden waarschijnlijk had vastgesteld. De Commissie merkt vervolgens op dat grondtransacties in beginsel moeten worden beoordeeld aan de hand van haar mededeling 97/C 209/03 betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (*PB* 1997, C 209, blz. 3), die een aantal richtsnoeren voor de lidstaten bevat om te waarborgen dat de verkoop van grond en gebouwen door openbare instanties geen staatssteun behelst. In de daaropvolgende overwegingen van het bestreden besluit stelt de Commissie vast dat de Nederlandse autoriteiten in de onderhavige procedure geen onvoorwaardelijke biedprocedure hadden georganiseerd en dat het taxatieverslag van de deskundige van 11 februari 2009 over de marktwaarde van de grond op 1 januari 2010 is gebaseerd op de restwaardemethode, die niet geschikt is om de marktwaarde van de grond in een dalende huizenmarkt, zoals hier het geval is, te berekenen (overwegingen 69-72 van het bestreden besluit).

79 In het deel over de kwantificering van de steun heeft de Commissie vastgesteld dat "[SJB] dankzij de betwiste maatregelen [...] minder [betaalde] voor de grond op het Damplein dan oorspronkelijk in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 overeengekomen, en [...] de eveneens overeengekomen grondexploitatie- en kwaliteitsbijdrage niet meer [behoefde] te betalen" (overweging 108 van het bestreden besluit). Bij de kwantificering van de prijsverlaging stelt de Commissie in overweging 109 van het bestreden besluit, onder verwijzing naar de brief van de Nederlandse

autoriteiten van 12 april 2010, dat "volgens de Nederlandse autoriteiten [...] de marktwaarde van datzelfde stuk grond op 1 januari 2010 8,6 miljoen EUR [bedroeg]".

80 Tot slot heeft de Commissie het totale bedrag van de steun berekend door de prijs van de grond in kwestie en de op grond van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 verschuldigde bijdragen te vergelijken met de prijs en de bijdragen die in de aanvullende overeenkomst van 2010 waren overeengekomen (overweging 120 van het bestreden besluit).

81 In dat verband moet worden vastgesteld dat overweging 109 van het bestreden besluit een onjuistheid bevat. In de brief van 12 april 2010, waarnaar de Commissie verwijst om de "marktwaarde" van de grond in kwestie aan te tonen, en in antwoord op vraag nr. 12 van de Commissie betreffende de waarde die in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 voor deze grond is vermeld, hebben de Nederlandse autoriteiten zich niet uitgelaten over de marktwaarde van de grond in kwestie, maar over de prijs van genoemde grond zoals vastgesteld bij de samenwerkingsovereenkomst van 2004 en dus over de contractuele waarde ervan.

82 Deze fout zou, afzonderlijk genomen, als een inhoudelijke fout kunnen worden gezien. Aangezien de Commissie echter de taxatie van de marktwaarde van de grond in kwestie in 2010, zoals door de Gemeente aan een onafhankelijke deskundige verzocht vóór de ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010, in overweging 72 van het bestreden besluit heeft verworpen omdat die op de restwaardemethode was gebaseerd en aangezien zij geen andere berekeningen of taxaties in die zin naar voren heeft gebracht, moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft aangetoond wat de marktwaarde van de grond in kwestie was op het moment van ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010. Bijgevolg kunnen aan de hand van die waarde geen geldige conclusies worden getrokken ten aanzien van het voordeel dat is toegekend. De gevolgen hiervan zullen hierna in punt 128 worden onderzocht.

83 In haar geschriften heeft de Commissie verklaard dat in de onderhavige zaak niet de marktwaarde van de grond maar de contractuele waarde ervan bepalend is voor de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun. Volgens haar zou een particuliere investeerder die in 2004 grond verkoopt tegen een bepaalde prijs, immers nooit bereid zijn geweest om in 2009 genoeg te nemen met een lagere prijs dan de contractueel overeengekomen prijs, alleen omdat de marktwaarde van de grond inmiddels is gedaald. In antwoord op een vraag die het Gerecht ter terechtzitting heeft gesteld, heeft Commissie bevestigd dat volgens haar de marktwaarde van de grond in kwestie in de onderhavige zaak maar "beperkt" van belang was.

84 Bijgevolg moet worden onderzocht of de verlaging van de prijs van de grond in kwestie en de kwijtschelding van de in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 voorziene bijdragen in het kader van de heronderhandelingen over de respectieve contractuele verplichtingen van de Gemeente en SJB, staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen.

85 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat uit de rechtspraak volgt dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing is in situaties waarin het optreden van de staat een economisch karakter heeft (zie in die zin arrest van 15 december 2009, EDF/Commissie, T 156/04, Jurispr., EU:T:2009:505, punten 223 en 224 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De Commissie heeft dit criterium dus terecht toegepast in de onderhavige zaak.

86 Om te bepalen wat in de onderhavige zaak het "voordeel" is, moet dus worden nagegaan of een particuliere investeerder van vergelijkbare omvang als de Gemeente er in vergelijkbare omstandigheden toe had kunnen worden gebracht om dergelijke heronderhandelingen over de contractuele verplichtingen te aanvaarden en of SJB een voordeel heeft verkregen dat zij niet onder normale marktvoorwaarden zou hebben gekregen. Bij deze beoordeling moet met name rekening worden gehouden met de verschillende bepalingen van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 en de bilaterale overeenkomsten waarin de respectieve verplichtingen van de beide betrokken partijen zijn gedefinieerd.

87 Bij de denkoefening die erin bestaat na te gaan of een transactie volgens de normale marktomstandigheden heeft plaatsgevonden, kan niet worden overwogen dat noodzakelijkerwijs alleen mag worden uitgegaan van de particuliere investeerder of van de door een maatregel begunstigde onderneming, nu juist de interactie tussen de verschillende marktdeelnemers kenmerkend is voor de markteconomie (zie in die zin arrest van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, T 228/99 en T 233/99, Jurispr., EU:T:2003:57, punt 327).

88 Om te beoordelen of het voordeel onder normale marktomstandigheden had kunnen worden verkregen, moet de Commissie een volledig onderzoek uitvoeren van alle relevante aspecten van de litigieuze transactie en haar context, met inbegrip van de situatie van de begunstigde onderneming en de betrokken markt (zie in die zin arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, punt 87 supra, EU:T:2003:57, punt 251). Meer bepaald kan de Commissie nagaan of SJB in een geval als het onderhavige dezelfde verlaging van de grondprijs en dezelfde kwijtschelding van de bijdragen had kunnen verkrijgen van een particuliere contractpartij, en in voorkomend geval tegen welke voorwaarden, aangezien een maatregel niet als staatssteun kan worden aangemerkt indien hij de onderneming niet in een gunstigere positie plaatst dan deze zonder het overheidsoptreden zou hebben gehad.

89 Ook moet eraan worden herinnerd dat de beoordeling door de Commissie of een investering een voordeel verleent dat de onderneming op de markt niet had kunnen verkrijgen, een ingewikkelde economische beoordeling is. Bij de vaststelling van een handeling die een dergelijke beoordeling impliceert, beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid en is de rechterlijke toetsing van deze handeling, ook al wordt in beginsel volledig getoetst of een maatregel binnen de werkingssfeer van ar-

tikel 107, lid 1, VWEU valt, beperkt tot de vraag of de procedure en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten of van misbruik van bevoegdheid. Het Gerecht is met name niet bevoegd zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de auteur van het besluit (arrest van 12 december 2000, Alitalia/Commissie, T 296/97, Jurispr., EU:T:2000:289, punt 105, en arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, punt 87 supra, EU:T:2003:57, punt 282).

90 Om aan de hand van bovengenoemde beginselen de wettigheid van het bestreden besluit te toetsen, moet rekening worden gehouden met de gegevens waarover de Commissie beschikte of kon beschikken op 23 januari 2013, de datum waarop zij het bestreden besluit heeft vastgesteld (zie in die zin arrest van 15 april 2008, Nuova Agricast, C 390/06, Jurispr., EU:C:2008:224, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Indien in dat kader blijkt dat de beoordeling door de Commissie wordt tegengesproken of in twijfel wordt getrokken door gegevens waarvan zij tijdens de administratieve procedure geen kennis droeg, zal moeten worden nagegaan of die gegevens haar tijdig bekend konden zijn en door haar in de beschouwing konden worden betrokken en, indien dat het geval is, of die gegevens door de Commissie normalerwijze in de beschouwing hadden moeten worden betrokken, minstens als relevante gegevens voor de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder.

91 Bovendien moet erop worden gewezen dat in gevallen waarin een instelling van de Unie over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, het toezicht op de inachtneming van bepaalde procedurewaarborgen van fundamenteel belang is. Zo heeft het Hof gepreciseerd dat tot die waarborgen met name behoren, de verplichting voor de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken en om haar besluit toereikend te motiveren (zie arrest van 22 november 2007, Spanje/Lenzing, C 525/04 P, Jurispr., EU:C:2007:698, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92 In het licht van bovengenoemde beginselen uit de rechtspraak moet worden beoordeeld of de Commissie in casu in het bestreden besluit genoegzaam heeft aangetoond dat de betrokken maatregel staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormde.

93 Uit het dossier blijkt dat de bouwwerkzaamheden op het Damplein volgens de aanvankelijke overeenkomsten tussen de partijen moesten starten in november 2005, maar dat de bouwvergunningen die SJB voor de start van de bouwwerkzaamheden nodig had, vertraging hadden opgelopen als gevolg van verscheidene nationale rechtszaken en dat deze uiteindelijk pas in november 2008 zijn verleend. Doordat de noodzakelijke bouwvergunningen te laat waren verkregen, zijn de voorverkoopovereenkomsten die SJB eerder had afgesloten, in september 2008 vernietigd. Onder tussen was de financiële crisis begonnen, die met name de

Nederlandse vastgoedmarkt hard heeft getroffen (overwegingen 26 en 27 van het bestreden besluit).

94 In die omstandigheden heeft SJB de Gemeente meegedeeld dat zij niet met de bouwwerkzaamheden zou starten en heeft zij in de herfst van 2008 aan het PPP voorgesteld om, in plaats van de oorspronkelijk overeengekomen € 7,2 miljoen een bedrag van € 4 miljoen te betalen voor de grond op het Damplein en in april 2009 met de bouwwerkzaamheden te starten, ongeacht hoeveel wooneenheden waren verkocht. In ruil voor deze prijsverlaging was SJB bereid af te zien van haar recht op de 70%-bepaling in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 (overwegingen 28 en 29 van het bestreden besluit).

95 De Commissie is in het bestreden besluit tot het oordeel gekomen dat de aldus door de Gemeente toegekende betrokken maatregel voor SJB een voordeel opleverde en niet in overeenstemming was met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, omdat de Nederlandse autoriteiten niet hadden aangetoond dat een hypothetische particuliere verkoper in normale marktomstandigheden met deze maatregel zou hebben ingestemd (overweging 86 van het bestreden besluit).

96 Opgemerkt moet worden dat de Commissie deze conclusie met name heeft gebaseerd op het feit dat de 70%-bepaling beperkt was tot de vrijesectorwoningen, dat SJB zich daarop dus niet kon beroepen voor de bouw van de parkeergarage en de commerciële ruimten, dat de Gemeente of het PPP recht had op betaling van de overeengekomen prijs en dat de Gemeente, ondanks dat zij niet verplicht was om met SJB in onderhandeling te treden, aan laatstgenoemde een compensatie heeft toegekend voor de verslechterde huizenmarkt, terwijl contractueel was overeengekomen dat de bouwfase voor rekening en risico van de projectontwikkelaars zou verlopen. Een particuliere investeerder zou dus niet een dergelijke prijsverlaging hebben aanvaard, maar hebben verlangd dat het bepaalde in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 zou worden nagekomen (overwegingen 74, 76, 83 en 85 van het bestreden besluit). In antwoord op een vraag die het Gerecht ter terechtzitting heeft gesteld, heeft de Commissie bevestigd dat volgens haar in de onderhavige zaak bepalend is dat de Gemeente had afgezien van een recht waarover zij krachtens de samenwerkingsovereenkomst van 2004 beschikte, namelijk om een hogere prijs te verkrijgen dan die na de heronderhandelingen.

97 In dat kader heeft de Commissie echter geen rekening gehouden met alle relevante aspecten van de litigieuze transactie en haar context, met name de rechtspositie waarin de Gemeente zich op basis van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 en de verschillende bilaterale overeenkomsten bevond.

98 In de eerste plaats kan de stelling van de Commissie dat de Gemeente recht had op betaling van de aanvankelijk overeengekomen prijs en dat zij geenszins verplicht was om met SJB in onderhandeling te treden, niet worden aanvaard indien zij naast de onderscheiden bepalingen van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 wordt gehouden. Volgens artikel 6.6 van de samenwerkingsover-

eenkomst van 2004 moesten de partijen immers nadere afspraken over de grondprijzen en betaaldata maken indien de bouwvergunning niet binnen de termijn zou worden verkregen. In artikel 16 van diezelfde overeenkomst is bepaald dat gehele of gedeeltelijke ontbinding of tussentijdse beëindiging alleen mogelijk was in de uitdrukkelijk in dat artikel bepaalde gevallen. Krachtens een van de bepalingen die daarin voorkomen, moeten de partijen, indien zich een onvoorziene omstandigheid zoals bedoeld in artikel 6:258 BW voordoet en een partij dientengevolge van oordeel is dat andere partijen van hem/haar geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mogen verwachten, in overleg treden teneinde te bezien of de overeenkomst redelijkerwijs op wederzijds aanvaardbare termen moet worden aangepast. Het geschil – dat alleen tussen partijen rijst wanneer een partij dit overleg beëindigt omdat niet binnen de termijn overeenstemming is bereikt – moet bij voorkeur minnelijk of door arbitrage worden beslecht. In dit artikel is tevens een niet-uitputtende lijst opgenomen van situaties die als “onvoorziene omstandigheden” moeten worden beschouwd, waarin zelfs het geval van tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst of de bilaterale overeenkomsten is genoemd, met dien verstande dat het dan niet de tekortschietende partij is die om heronderhandeling vraagt. Tot slot is er in artikel 18 van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 in voorzien dat alle geschillen en/of verschillen van inzicht die tijdens de uitvoering van die overeenkomst en de bilaterale overeenkomsten tussen partijen rijzen, zo veel mogelijk in goed overleg tussen partijen in der minne worden opgelost en, bij gebreke daarvan, aan arbitrage zullen worden onderworpen.

99 Daaruit moet worden afgeleid dat er een duidelijke bedoeling van de partijen bij de samenwerkingsovereenkomst van 2004 was om die overeenkomst zo veel mogelijk en door gebruik van verschillende instrumenten in stand te laten en de eventuele beëindiging daarvan te beperken tot de gevallen waarin er tussen partijen geen overeenstemming was of zij zodanig in de nakoming tekortschoten dat heronderhandeling niet mogelijk was (waardoor uitvoering van genoemde overeenkomst niet mogelijk was). Gezien het dossier kan die wens worden verklaard door de duidelijke complexiteit van het project, dat uit meerdere technisch met elkaar verbonden deelprojecten bestaat (zie punten 116-119 hierna), en door het feit dat daarbij meerdere partijen betrokken waren die aan de samenwerkingsovereenkomst van 2004 en aan de verschillende bilaterale overeenkomsten gebonden waren.

100 Ongeacht of de weigering van SJB om de bouwwerkzaamheden te starten rechtmatig kan worden geacht of niet, is duidelijk dat SJB, nadat zij in november 2008 de bouwvergunning had verkregen, de samenwerkingsovereenkomst van 2004 niet langer wilde uitvoeren onder dezelfde voorwaarden als waar aanvankelijk over was onderhandeld, gezien de gewijzigde omstandigheden en rekening houdend met de vertragingen in het verkrijgen van de bouwvergunningen. In die omstandigheden heeft SJB bepaalde contractuele bepalingen ingeroepen en de Gemeente verzocht om over de overeenkomsten te heronderhandelen.

101 In haar geschriften preciseert de Commissie niet of en in hoeverre zij in haar analyse rekening heeft gehouden met de bepalingen over heronderhandelingen in de samenwerkingsovereenkomst van 2004. In antwoord op het middel inzake schending van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU geeft zij alleen aan dat de tegenvallende verkoop van de vrijesectorwoningen en het inzakken van de Nederlandse vastgoedmarkt niet als onvoorziene omstandigheden kunnen worden aangemerkt, maar als normale commerciële risico's waarmee particuliere bouwondernemingen bij dit soort projecten worden geconfronteerd.

102 Zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de vraag of de betrokken bepalingen van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 in casu toepasselijk waren en, zo ja, welke daarvan, moet worden vastgesteld dat uit het bestreden besluit volgt dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met deze bepalingen waaruit de wil van de partijen bleek om de overeenkomst in stand te laten, zelfs na heronderhandelen. Deze bepalingen maken deel uit van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 die in de onderhavige zaak het kader voor de wederzijdse verplichtingen van de partijen vormt.

103 De Commissie stelt in overweging 76 van het bestreden besluit dat "een particuliere investeerder die in normale marktomstandigheden naar een maximaal rendement op de verkoop van zijn grond streeft, [...] waarschijnlijk niet [zou] hebben ingestemd met de [betrokken] maatregel[,] die bijdroeg[...] tot de verliezen op de grondexploitatiefase van het project, waarvoor de particuliere investeerder zelf voor 50% aansprakelijk was" en dat een dergelijke particuliere investeerder "er veeleer voor [zou] hebben gezorgd dat de grondexploitatiewerkzaamheden snel werden uitgevoerd, zodat de grond aan de projectontwikkelaars kon worden geleverd, en [...] de particuliere ontwikkelaars [zou] hebben gevraagd de verkoopprijs van de grond en de bijdragen te betalen die in de vrij onderhandelde overeenkomst waren vastgelegd".

104 Deze conclusies zijn gebaseerd op de premisse dat de Gemeente in de omstandigheden van de onderhavige zaak over een recht beschikte om de prijs voor de grond in kwestie zoals vastgesteld in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 te verkrijgen. De Commissie kon echter niet tot die conclusie komen zonder eerst met name te zijn nagegaan of dit inderdaad het geval was, gelet op de bepalingen van genoemde overeenkomst en hun context, en of en onder welke voorwaarden de Gemeente genoemde overeenkomst kon beëindigen of de uitvoering van de grondexploitatiewerkzaamheden kon afdwingen.

105 Ook, en in de tweede plaats, volgt uit het dossier dat het project zich nog in de grondexploitatiefase, in het kader waarvan de Gemeente 50% van de kosten en risico's droeg, bevond toen SJB aan de Gemeente meedeelde dat zij niet met de bouwwerkzaamheden zou starten. Uit overweging 21 van het bestreden besluit blijkt dat de kosten van de grondexploitatiefase van het project hoofdzakelijk bestonden uit de kosten voor het verwerven van de grond voor zover deze nog geen eigendom van de Gemeente was, de kosten voor het bouwrijp maken van de grond, de kosten voor

het openbare gedeelte van de ondergrondse parkeergarage en 50% van de bouwkosten voor de school. Bovendien heeft de Commissie er in overweging 19 van het bestreden besluit aan herinnerd dat het PPP met SJB was overeengekomen dat SJB de ondergrondse openbare parkeergarage zou bouwen, die werd beschouwd als intrinsiek verbonden met het particuliere gedeelte van de parkeergarage, en dat SJB daarvoor van het PPP een vast bedrag zou krijgen. Het PPP was van plan de volledige parkeergarage aan een derde te verkopen en de inkomsten uit deze verkoop zouden naar het PPP vloeien, dat deze over de Gemeente en SJB zou verdelen.

106 Om deze fase te kunnen afronden, de enige waarin de Gemeente financieel betrokken was, moest zij onder meer de grond in kwestie herverkopen. Om de betaling van de prijs voor de grond te verkrijgen, die overeenkomstig artikel 10.5 van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 uiterlijk op het moment van juridische levering van de eigendom van de grond moest worden betaald, moest die grondexploitatiefase zijn beëindigd en de grond geleverd.

107 Door in overweging 74 van het bestreden besluit te verklaren dat het "onwaarschijnlijk [was] dat een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden zou hebben besloten het voor hem niet eerder bestaande risico van een dalende huizenmarkt van SJB over te nemen door in te stemmen met een verlaging van de oorspronkelijk overeengekomen prijs voor de grond en kwijtschelding van de bijdragen, zonder een duidelijk financieel voordeel dat groter is dan de verliezen die dat doordat besluit worden geleden", heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat de grondexploitatiefase, in het kader waarvan de Gemeente 50% van de kosten en risico's droeg, nog niet was afgerond.

108 Bovendien heeft de Commissie in overweging 76 van het bestreden besluit dan wel erkend dat een particuliere investeerder ervoor zou hebben gezorgd dat de grondexploitatiewerkzaamheden snel werden uitgevoerd, zodat de grond aan de projectontwikkelaars kon worden geleverd (zie ook punt 103 hierboven), maar uit de context blijkt dat de Commissie de mogelijkheid heeft uitgesloten dat dit in casu het doel van de Gemeente had kunnen zijn. Deze tegenstrijdigheid in de motivering kan alleen worden verklaard door het feit dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met alle relevante aspecten van de betrokken maatregel.

109 De Commissie verklaart in dat verband dat een particuliere investeerder geen bijzonder gewicht zou hebben toegekend aan het feit dat door uitstel van de bouwplannen een gebied in het centrum van de Gemeente braak zou blijven liggen, maar zich slechts door financiële overwegingen zou hebben laten leiden. Door te proberen het Damplein zo snel mogelijk te laten bouwen, heeft de Gemeente niet als particuliere investeerder gehandeld, maar op basis van overwegingen van algemeen belang.

110 Voorts geeft de Commissie in haar opmerkingen over het bestaan van steun te kennen dat de Nederlandse autoriteiten hebben verklaard dat de betrokken maatregel de tegenprestatie van de Gemeente was voor de instemming van SJB om af te zien van haar recht zich op de 70%

bepaling te beroepen (overweging 47 van het bestreden besluit). Deze doelstelling om het project voor de revitalisering van het centrum van Leidschendam tot uitvoering te brengen, zou door het Koninkrijk der Nederlanden en de Gemeente zijn bevestigd in hun geschriften.

111 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak rekening moet worden gehouden met de door de staat nagestreefde doelstelling om te bepalen of zijn optreden een economisch karakter heeft dan wel onder het openbaar gezag valt, maar dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt op grond van de redenen of doeleinden van maatregelen van de staten, maar deze definieert aan de hand van de gevolgen ervan, namelijk de mogelijke verstoring van de mededinging (zie in die zin arrest Commissie/EDF, punt 69 supra, EU:C:2012:318, punten 76, 77 en 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals hierboven in punt 85 is opgemerkt, heeft de Commissie het criterium van de particuliere investeerder terecht op de onderhavige zaak toegepast.

112 Om te bepalen of dezelfde maatregel onder normale marktvoorwaarden zou zijn genomen door een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de Gemeente benadert, had de Commissie alleen rekening dienen te houden met de voordelen en verplichtingen die zij in haar hoedanigheid van investeerder heeft, en niet met die welke voortvloeien uit haar hoedanigheid van overheid (zie in die zin arrest Commissie/EDF, punt 69 supra, EU:C:2012:318, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

113 Bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder had de Commissie dus rekening moeten houden met het zuiver economische en financiële belang, en niet het maatschappelijke belang, van de Gemeente bij de zo snel mogelijke uitvoering van de betrokken werkzaamheden, namelijk het belang om haar financieringskosten beperkt te houden en de bedragen als gevolg van de verkoop van de grond en de ondergrondse parkeergarage te ontvangen.

114 Uit het bestreden besluit volgt dat de Commissie de betrokken maatregel geenszins heeft onderzocht als middel voor de Gemeente om ertoe te komen dat de grondexploitatiewerkzaamheden snel zouden worden uitgevoerd, zodat zij het bedrag van de verkoop van de grond zou kunnen ontvangen.

115 In de derde plaats moet worden opgemerkt dat de stellingen van de Commissie die hierboven in de punten 107 en 108 zijn weergegeven, met name zijn gebaseerd op het feit dat de Gemeente alleen betrokken was bij de grondexploitatiefase, terwijl de bouwfase voor rekening en risico van de betrokken projectontwikkelaars is verlopen (overweging 82 van het bestreden besluit).

116 Het is juist dat artikel 7.5 van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 bepaalde dat de 70% bepaling alleen gold voor de vrijesectorwoningen en dus geen betrekking had op de commerciële ruimten en de ondergrondse parkeergarage. Zoals er hierboven in de punten 105 tot en met 107 aan is herinnerd, is het project stilgelegd in de grondexploitatiefase, die onder meer de bouw, de tijdelijke

exploitatie en de herverkoop van het openbare gedeelte van de ondergrondse parkeergarage omvatte. Verzoekers hebben tijdens de administratieve procedure en tijdens de onderhavige procedure dienaangaande te kennen gegeven dat het, gezien het bouwkundig verband tussen de parkeergarage, de commerciële ruimten en de woningen daarboven en het feit dat één bouwvergunning voor het gehele project Damplein werd afgegeven, niet mogelijk was om de parkeergarage en de commerciële ruimten afzonderlijk te bouwen, zonder de geplande woningen. In hun geschriften hebben zij verwezen naar artikel 6.1 van de projectovereenkomst SJB, die aan de Commissie is meegedeeld tijdens de administratieve procedure, dat het volgende bepaalt: "Conform de [samenwerkingsovereenkomst van 2004] en deze Overeenkomst draagt de Grondexploitant de bouw van de Openbare Parkeergarage, die bouwkundig onlosmakelijk verbonden is met de bovenbouw en de SJB Parkeergarage, voor zijn rekening en risico op aan SJB die deze opdracht aanvaardt".

117 De Commissie betoogt dat in de brief van 18 april 2012 geen bewijs is verstrekt van de gestelde technische verbondenheid tussen de parkeergarage en de woningen en commerciële ruimten die zich daarboven bevinden. De projectovereenkomst SJB is inderdaad als bijlage bij de brief van 12 april 2010 opgenomen, maar de Nederlandse autoriteiten hebben niet naar deze bepaling verwezen ter onderbouwing van hun argument dat de parkeergarage bouwkundig onlosmakelijk verbonden was met de bovenbouw, ook niet in de brief van 18 april 2012. De zeer beknopte toelichting van die autoriteiten stemde bovendien niet overeen met de duidelijke bewoordingen van de samenwerkingsovereenkomst van 2004.

118 In de eerste plaats moet evenwel worden opgemerkt dat de Commissie in met name overweging 19 alsook overweging 84 van het bestreden besluit, onder verwijzing naar artikel 6 van de projectovereenkomst SJB in herinnering heeft gebracht dat de bouw van het particuliere gedeelte van de parkeergarage moest worden gefinancierd door SJB en dat het PPP met SJB overeen was gekomen dat zij de openbare parkeergarage zou bouwen, die werd geacht intrinsiek te zijn verbonden met het particuliere gedeelte van de parkeergarage, en dat SJB als tegenprestatie een vast bedrag van het PPP zou krijgen. In de tweede plaats volgt uit overweging 83 van het bestreden besluit dat SJB te kennen had gegeven dat de werkzaamheden voor de bouw van de commerciële ruimten en de ondergrondse parkeergarage niet konden starten omdat de verschillende onderdelen van het vastgoedproject technisch met elkaar samenhangen, maar de Commissie heeft dit betoog verworpen. Bijgevolg kan niet worden geoordeeld dat Commissie niet over dit relevante gegeven beschikte.

119 In het bestreden besluit is de Commissie tot het oordeel gekomen dat het in een dergelijk geval waarschijnlijk is dat een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden, die belang heeft bij de realisatie van het gehele vastgoedproject, van SJB zou hebben verlangd dat zij aan haar contractuele verplichtingen zou voldoen wat betreft de bouw van de commerciële ruimten en

de ondergrondse parkeergarage. Zij meende dat, zelfs gesteld dat de werkzaamheden inderdaad niet hadden kunnen aanvangen omdat de verschillende onderdelen van het project technisch met elkaar verbonden waren, SJB, als enige verantwoordelijke voor de bouwfase van het project, dit risico zou moeten dragen, zodat er geen reden was om aan te nemen dat een particuliere investeerder onder normale mededingingsvoorwaarden dit risico van SJB zou overnemen. Zij heeft er voorts aan herinnerd dat het PPP vóór de bouw van het openbare gedeelte van de ondergrondse parkeergarage al in 2004 had besloten de opdracht voor deze werkzaamheden aan SJB te gunnen voor een vast bedrag, zodat SJB geen financiële redenen had om te weigeren de bouwwerkzaamheden voor de parkeergarage te starten en een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden geen redenen had om verder uitstel te aanvaarden door de bouw van de parkeergarage afhankelijk te maken van de verkoop van de vrijesectorwoningen door SJB (overwegingen 83 en 84 van het bestreden besluit).

120 Uit het dossier blijkt dat, ondanks de duidelijke bewoordingen van de samenwerkingsovereenkomst van 2004, niet duidelijk is komen vast te staan dat de 70%-bepaling, uitgelegd op basis van de later gesloten bilaterale overeenkomsten, van toepassing was op andere delen dan de vrijesectorwoningen. Volgens het bestreden besluit was deze clause gebruikelijk in Nederlandse bouwcontracten en was zij bedoeld om de risico's voor projectontwikkelaars te beperken ingeval het door hen gebouwde vastgoed niet werd verkocht (overweging 14 van het bestreden besluit). Rekening houdend met deze doelstelling en aangenomen dat het project tot doel had om de risico's van de bouwfase bij de particuliere ontwikkelaars te leggen, zoals de Commissie stelt, is het aannemelijk dat deze clause kon worden ingeroepen voor alle delen van het project waarvoor SJB de kosten en risico's van de bouw droeg. In dat verband moet worden opgemerkt dat de Gemeente, zoals hierboven in de punten 13 en 19 in herinnering is gebracht, niet betrokken was bij de bouwfase en dat zij geen risico's in verband met onder meer de verkoop van de commerciële ruimten droeg. Zoals er voorts in de punten 11 en 118 hierboven aan is herinnerd, werd het particuliere gedeelte van de parkeergarage gefinancierd door SJB, waarbij laatstgenoemde, in ruil voor een vast bedrag van de zijde van het PPP, alle kosten en risico's in verband met de bouw van de openbare parkeergarage, die intrinsiek met het particuliere gedeelte was verbonden, had aanvaard. Tot slot moet worden opgemerkt dat als gevolg van de vertraging bij de verkrijging van de bouwvergunning, de termijnen voor de verschillende fasen van de bouw waren overschreden en dat SJB, op het moment waarop de bouwvergunning werd verkregen, moeilijk kon worden geacht nog aan een specifieke termijn te zijn gebonden.

121 Het in haar geschriften geeft de Commissie te kennen dat, zelfs al zou moeten worden toegegeven dat het onmogelijk was om de parkeergarage en de commerciële ruimten afzonderlijk te realiseren, dit alleen betekent dat het onmogelijk was om de bedoeling van partijen zoals die blijkt uit de samenwerkingsovereenkomst van 2004 te ver-

wezenlijken en dat het aan de rechter staat om die bepaling uit te leggen, in het voordeel van SJB dan wel de Gemeente, of om een tussenoplossing kiezen. In die omstandigheden ziet de Commissie voorshands geen reden om de voorkeur te geven aan een voor SJB gunstige uitlegging.

122 Uit het bestreden besluit blijkt echter niet dat de Commissie ook maar enige analyse van de strekking van de 70 % bepaling heeft verricht voor zover het de andere delen van het project betreft, rekening houdend met alle feiten en de overeenkomsten tussen de partijen. Eraan herinnerend dat deze clause beperkt was tot de vrijesectorwoningen en geen betrekking had op de bouw van de commerciële ruimten en de ondergrondse parkeergarage, heeft zij geoordeeld dat het waarschijnlijk was dat een particuliere investeerder van SJB zou hebben verlangd dat zij haar contractuele verplichtingen nakomt, zowel wat betreft de bouw van de ondergrondse parkeergarage als die van de commerciële ruimten. In antwoord op de beweringen van SJB ten aanzien van de technische verbanden tussen de verschillende delen van het project, heeft zij zich alleen uitgesproken in termen van dragen van het risico van de bouw en geenszins in termen van toepasselijkheid van de 70%-bepaling in dat kader.

123 Hoe dan ook moet worden geoordeeld dat de Commissie in een dergelijke context niet tot de conclusie kon komen dat het "onwaarschijnlijk [was] dat een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden met de [betrokken] maatregel[...] zou hebben ingestemd, zoals de Gemeente heeft gedaan, zonder eerst andere, commercieel interessantere opties te overwegen, zoals de ontbinding van de samenwerkingsovereenkomst van 2004, en schadevergoeding van SJB te eisen voor de vertraging en een aanbesteding uit te schrijven" en dat "de Nederlandse autoriteiten [...] niet [hebben] aangetoond dat het PPP zijn opties op dergelijke wijze heeft onderzocht" (overweging 85 van het bestreden besluit).

124 Aangenomen dat naar de maatstaven van het bepaalde in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 over heronderhandelingen (zie punten 98 104 hierboven) beëindiging inderdaad mogelijk zou zijn geweest indien er tussen partijen geen bevredigende oplossing in der minne of door middel van arbitrage had kunnen worden gevonden, had de Commissie immers rekening moeten houden met alle relevante aspecten van de betrokken maatregel en zijn context om na te gaan of het voordeel onder normale marktvoorwaarden had kunnen worden verkregen.

125 Met name de onzekerheid ten aanzien van de strekking van de 70% bepaling; de complexiteit van het project; de sterke contractuele positie van SJB daarin omdat zij als enige een PPP met de Gemeente had gesloten; het feit dat het Damplein het centrale deel van het project Leidschendam Centrum was en dat de Gemeente ook belang had bij het zo snel mogelijk ontvangen van de inkomsten uit de commerciële ruimten en woningen; het niet kunnen voorzien hoeveel schade en rente eventueel gedragen moesten worden; de gestelde schade in geval van niet-uitvoering van het project Damplein, en het feit dat de Gemeente uiteindelijk slechts 50% van het verlies als gevolg van de betrokken maatregel moest dragen, zijn relevante aspecten die de

Commissie in aanmerking had moeten nemen om te kunnen analyseren of de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst van 2004, die hoogstwaarschijnlijk gevolgen zou hebben had voor de geldigheid van de andere bilaterale overeenkomsten, met name die waarbij het PPP is overeengekomen, voor de Gemeente een betere oplossing zou zijn geweest vanuit economisch oogpunt.

126 Uit het bestreden besluit blijkt niet dat de Commissie de hierboven genoemde aspecten in aanmerking heeft genomen in het kader van haar onderzoek. Bovendien moet worden vastgesteld dat de analyse van de directe en indirecte kosten als gevolg van de niet-uitvoering van het project Damplein, zoals door de Nederlandse autoriteiten aangevoerd, uitsluitend subsidiair en losstaand is verricht en dat zij de Commissie op zich genomen niet tot een geldige conclusie kon brengen ten aanzien van de vraag of het gedrag van de Gemeente in de onderhavige zaak economisch rationeel was.

127 Voorts is het, wat de positie van de Gemeente als investeerder betreft, juist dat het feit dat de litigieuze transactie voor haar redelijk is, nog niet betekent dat zij aan de toepassing van het Unierecht inzake staatssteun ontsnapt. Dit feit verhindert niet dat moet worden gezien of deze transactie de positie van SJB versterkt door haar een voordeel te geven dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen (zie in die zin arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie, punt 87 supra, EU:T:2003:57, punt 315).

128 Opgemerkt moet evenwel worden dat de Commissie hoe dan ook niet tot het oordeel kon komen dat de optie van beëindiging, in combinatie met een nieuwe aanbesteding, "commercieel interessanter" zou zijn geweest voor de Gemeente, zonder eerst de marktwaarde van de grond in kwestie op het moment van ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010 te hebben vastgesteld. Uit de overwegingen 78 tot en met 82 hierboven blijkt dat de Commissie deze waarde niet heeft vastgesteld in het bestreden besluit.

129 Gelet op alle argumenten en documenten die door de Nederlandse autoriteiten zijn aangevoerd tijdens de administratieve procedure, en met name die betreffende de hierboven in punt 125 genoemde aspecten, en op het feit dat deze autoriteiten mochten vermoeden dat de prijsverlaging rechtmatig was aangezien de onafhankelijke deskundige die vóór de ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010 door de Gemeente was benoemd, van mening was dat de waarde van de grond in kwestie destijds met de verlaagde grondprijs overeenstemde, kon de Commissie niet stellen dat zij niet hadden aangetoond dat het PPP zijn opties op dergelijke wijze had onderzocht.

130 Zoals hierboven in punt 89 in herinnering is gebracht is het begrip "staatssteun", zoals omschreven in het Verdrag, een juridisch begrip dat moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen. Om deze reden moet de rechter van de Unie in beginsel, gelet op zowel de concrete gegevens van het hem voorgelegde geschil als de technische of ingewikkelde aard van de door de Commissie gemaakte beoordelingen, volledig toetsen of een maatregel binnen de

werkingsfeer van artikel 107, lid 1, VWEU valt. De rechter van de Unie dient immers niet alleen de materiële juistheid van het aangevoerde bewijs en de betrouwbaarheid en de samenhang daarvan te controleren, hij moet ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader voor de beoordeling van een complexe toestand vormen en de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (zie arrest van 4 september 2014, SNCM en Frankrijk/Corsica Ferries France, C 533/12 P en C 536/12 P, Jurispr., EU:C:2014:2142, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

131 Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat de Commissie, door niet alle relevante aspecten van de betrokken maatregel en zijn context in aanmerking te nemen, niet juist heeft kunnen analyseren of SJB onder normale marktvoorwaarden hetzelfde voordeel had kunnen verkrijgen. Een volledige analyse van die elementen had tot een andere conclusie kunnen leiden ten aanzien van de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun.

132 Daaruit volgt dat Commissie niet genoegzaam heeft aangetoond dat de betrokken maatregel aan SJB een voordeel toekende. Daarmee is aan ten minste één van de hierboven in punt 61 bedoelde cumulatieve voorwaarden niet voldaan, zodat de Commissie de betrokken maatregel niet als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU mocht kwalificeren.

133 Bijgevolg slaagt het tweede middel en moet het bestreden besluit worden nietig verklaard, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de overige grieven en middelen die partijen hebben aangevoerd.

Kosten

134 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van verzoekers worden verwezen in haar eigen kosten en in die van verzoekers.

HET GERECHT (Vierde kamer),
rechtdoende, verklaart:

- 1) Besluit C(2013) 87 final van de Commissie van 23 januari 2013 betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd – Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de Gemeente Leidschendam-Voorburg, wordt nietig verklaard.
- 2) De Europese Commissie zal haar eigen kosten en die van het Koninkrijk der Nederlanden, Gemeente Leidschendam-Voorburg, Bouwfonds Ontwikkeling BV en Schouten & De Jong Projectontwikkeling BV dragen.

Noot

De bovenstaande uitspraak, waarin het Gerecht van de Europese Unie het besluit uit 2013 van de Europese Commissie

over het Damplein vernietigt,² is van groot belang voor de Nederlandse vastgoedsector. Het besluit uit 2013 had namelijk aanzienlijke gevolgen voor deze sector. Maar de vraag is wel of de gevolgen van deze uitspraak uiteindelijk niet verder zullen reiken dan het besluit uit 2013.

Als gevolg van de economische crisis besloten de Gemeente Leidschendam-Voorburg en Schouten de Jong – Bouwfonds ("SJB") om eind 2008 onderhandelingen te gaan voeren over de wijziging van een samenwerkingsovereenkomst uit 2004 betreffende de herontwikkeling van het Damplein. Na aan een onafhankelijke taxateur te hebben gevraagd te beoordelen of de door SJB voorgestelde nieuwe grondprijs marktconform was, besloot de Gemeente tot een verlaging van de grondprijs. Bovendien werden twee bijdragen die SJB moest betalen kwijtgescholden. In ruil daarvoor zag SJB af van het recht om niet eerder te starten met de bouw van de woningen, dan op het moment dat 70% daarvan was verkocht. De Gemeente verkreeg hierdoor de zekerheid dat de bouwwerkzaamheden op het Damplein zouden worden uitgevoerd.

In 2013 besloot de Europese Commissie dat deze afspraken in strijd waren met het staatssteunrecht. De gemeente werd opgedragen € 6,9 miljoen terug te vorderen van SJB. De klacht was ingediend door omwonenden van het Damplein.

De gevolgen van dit besluit waren duidelijk merkbaar bij Nederlandse vastgoedprojecten. Diverse projecten werden, uit onzekerheid over mogelijke staatssteun, voorlopig stopgezet. Gemeenten durfden niet meer te investeren in bouwprojecten. Ontwikkelaars kregen steeds vaker te maken met overheden die om staatssteunredenen afzagen van (verdere) financiering. En omwonenden zagen in de klachtenprocedure bij de Europese Commissie ineens een mogelijkheid om bouwprojecten aanzienlijk te vertragen.

De gemeente Leidschendam-Voorburg heeft, net als de Nederlandse Staat en de projectontwikkelaars, met succes het besluit van de Commissie aangevochten. Naar deze uitspraak werd reikhalzend uitgekeken en ook de auteur van deze noot kreeg de afgelopen tijd bijna dagelijks de vraag of de uitspraak al bekend was. De vernietiging van het besluit uit 2013 wordt dan ook van alle kanten welkom geheten. De vraag is echter wat de gevolgen van deze uitspraak precies zullen zijn.

Opvallend is in dat verband, dat het Gerecht de grondprijs niet toetst aan de Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen.³ Deze Mededeling Grondtransacties – zoals de Mededeling doorgaans wordt aangeduid – schrijft voor dat transacties met grond of gebouwen niet hoeven te worden gemeld, indien een van de twee door de Europese Commis-

sie, gedetailleerd omschreven, procedures wordt gevolgd. De eerste methode die de Mededeling beschrijft, is die van een open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt. De tweede mogelijkheid die de Mededeling biedt, is om gebruik te maken van een taxatie door een onafhankelijke deskundige. Indien aan voorwaarden die de Mededeling ten aanzien van deze twee methoden stelt wordt voldaan, hoeft er geen staatssteunmelding plaats te vinden bij de Europese Commissie.⁴ Het handelen wordt dan marktconform geacht. In haar besluit uit 2013 speelde deze Mededeling een belangrijke rol. Zoals aangegeven, werd bij verlaging van de grondprijs in 2008 uitgegaan van een nieuwe taxatie, maar de Europese Commissie twijfelde in 2013 of de gebruikte waarderingsmethode de actuele grondprijs wel juist weerspiegelde.

Het feit dat de Mededeling Grondtransacties geen rol van betekenis speelde in de overwegingen van het Gerecht kan een praktische reden hebben. In haar besluit oordeelde de Europese Commissie, onder verwijzing naar een brief van de Nederlandse autoriteiten van 12 april 2010, dat de marktwaarde veel hoger lag dan de getaxeerde waarde. Daarbij maakte de Commissie volgens het Gerecht een fout, omdat de Nederlandse autoriteiten zich in die brief niet uit hadden gelaten over de marktwaarde van de grond in kwestie, maar over de prijs van de genoemde grond zoals vastgesteld bij de samenwerkingsovereenkomst van 2004, en dus over de contractuele waarde ervan. Vervolgens oordeelt het Gerecht:

"Deze fout zou, afzonderlijk genomen, als een inhoudelijke fout kunnen worden gezien. Aangezien de Commissie echter de taxatie van de marktwaarde van de grond in kwestie in 2010, zoals door de Gemeente aan een onafhankelijke deskundige verzocht vóór de ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010, in overweging 72 van het bestreden besluit heeft verworpen omdat die op de restwaardemethode was gebaseerd en aangezien zij geen andere berekeningen of taxaties in die zin naar voren heeft gebracht, moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft aangetoond wat de marktwaarde van de grond in kwestie was op het moment van ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010. Bijgevolg kunnen aan de hand van die waarde geen geldige conclusies worden getrokken ten aanzien van het voordeel dat is toegekend."⁵

De gevolgen van het niet vaststellen van de grondwaarde zijn, volgens het Gerecht, dat de Commissie niet tot het oordeel kon komen dat "optie van beëindiging, in combinatie met een nieuwe aanbesteding, "commercieel interessanter" zou zijn geweest voor de Gemeente, zonder eerst de marktwaarde van de grond in kwestie op het moment van

² Besluit van 23 januari 2013 inzake steunmaatregel SA.24123 (*Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de Gemeente Leidschendam-Voorburg*).

³ *PbEC* 1997,C209/3.

⁴ Meer uitgebreid: Allard Knook, *Vastgoedtransacties sneller staatssteunproef*, *BR* 2011/82.

⁵ R.o. 82.

ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010 te hebben vastgesteld”.⁶

Tot dit oordeel komt het Gerecht echter ook – en hoofdzakelijk – om andere redenen. De Mededeling Grondtransacties vormt een nadere inkleuring van het Market Economy Operator Principle (hierna: het MEO-beginsel). Op grond van dit beginsel is geen sprake van staatssteun indien kan worden aangetoond dat de betrokken overheid heeft gehandeld zoals een commercieel opererende private partij in vergelijkbare omstandigheden zou hebben gedaan. Omdat dit lastig aan te tonen is, vormt de Mededeling grondtransacties in de praktijk een relatief eenvoudige wijze om aan het MEO-beginsel te voldoen.

Het is aan dit beginsel dat het Gerecht in haar uitspraak uitgebreid toetst, zonder een verdere verwijzing naar de Mededeling Grondtransacties. Weliswaar heeft de Commissie in antwoord op een vraag die het Gerecht ter terechtzitting heeft gesteld, bevestigd, dat volgens haar de marktwaarde van de grond in kwestie maar “beperkt” van belang was voor haar oordeel, dat blijkt echter niet uit het besluit van 2013, waarin deze Mededeling wel degelijk een belangrijke rol speelde. Dit bleek ook niet uit het eindoordeel van de Commissie in dat besluit, aangezien de grondprijzverlaging van € 4,6 miljoen toch het belangrijkste onderdeel vormde van de € 6,9 miljoen die moest worden teruggevorderd. De vraag is dan ook of dit een (volledige) verklaring kan vormen voor het niet verder toetsen aan de Mededeling Grondtransacties.

Wat houdt die toets volgens het Gerecht precies in? In plaats van de grondtransactie te toetsen, toetst het Gerecht in feite het project als geheel aan het MEO-beginsel. Het Gerecht stelt, dat een toets aan het MEO-beginsel inhoudt dat “een volledig onderzoek [moet worden uitgevoerd] van alle relevante aspecten van de litigieuze transactie en haar context, met inbegrip van de situatie van de begunstigde onderneming en de betrokken markt”.⁷ Van een dergelijk onderzoek is volgens het Gerecht in het bestreden besluit geen sprake geweest.⁸ De Europese Commissie heeft volgens het Gerecht onvoldoende aangetoond dat een commerciële marktpartij niet tot hetzelfde resultaat zou zijn gekomen bij de heronderhandelingen in 2008. Alhoewel de Europese Commissie oordeelde dat een marktpartij nooit akkoord zou zijn gaan met een verlaging van de grondprijz van € 4,6 miljoen, is dit volgens het Gerecht onvoldoende onderbouwd. De samenwerkingsovereenkomst voorzag namelijk in de mogelijkheid dat partijen, in geval van vertraging, opnieuw over de grondprijz zouden onderhandelen. De gemeente kon de overeenkomst daarom niet zonder meer ontbinden.

Bovendien heeft de Europese Commissie, volgens het Gerecht, onvoldoende rekening gehouden met het feit dat de

grondexploitatiefase, in het kader waarvan de Gemeente 50% van de kosten en risico's droeg, nog niet was afgerond. Het Gerecht stelt hierover:

“Uit het bestreden besluit volgt dat de Commissie de betrokken maatregel geenszins heeft onderzocht als middel voor de Gemeente om ertoe te komen dat de grondexploitatiewerkzaamheden snel zouden worden uitgevoerd, zodat zij het bedrag van de verkoop van de grond zou kunnen ontvangen.”⁹

Het Gerecht leidt hieruit af dat partijen voor ogen hadden om zo veel mogelijk met elkaar door te gaan, mede gezien de complexiteit van de revitalisering van het stadscentrum. De Europese Commissie had volgens het Gerecht in haar beoordeling rekening moeten houden met de wil van partijen om de overeenkomst in stand te laten, zelfs na heronderhandeling. Maar er spelen meerdere aspecten een rol. Zo heeft de Europese Commissie onvoldoende onderzocht wat de precieze strekking was van de 70%-bepaling. Bovendien is de Commissie volgens het Gerecht onvoldoende ingegaan op het feit dat de Gemeente niet kon voorzien hoeveel schade en rente eventueel gedragen moesten worden. Al met al toetst het Gerecht aan diverse factoren.

Die brede toets is zeker niet onlogisch, maar toch roept zij de gedachte op dat het Gerecht hiermee in belangrijke mate vooruitloopt op de ‘Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU’, die naar verwachting dit jaar in werking gaat treden. Met deze algemene regeling, die vergelijkbaar is met een “Algemene Wet Staatssteunrecht”, zullen enkele meer specifieke Mededelingen in worden getrokken, waaronder de Mededeling Grondtransacties. In de praktijk zal dit erop neerkomen dat per transactie een uitvoerige toets aan het MEO-beginsel zal moeten plaatsvinden. Deze regelgeving zal daarmee wellicht nog een veel grotere impact hebben dan het besluit uit 2013. Niet voor niets is de inwerkingtreding ervan al diverse malen uitgesteld.

De Commissie kan tegen deze uitspraak van het Gerecht hoger beroep instellen bij het Hof van Justitie. De Europese Commissie kan ook een nieuw besluit vaststellen of het hierbij laten. De toekomst is in zekere zin dus nog ongewis. Feitelijk is de uitspraak van het Gerecht een belangrijk signaal voor de bouwpraktijk: gemeenten kunnen wel degelijk investeren, mits aan het staatssteunrecht wordt getoetst. Juridisch gezien, is de staatssteuntoets die gemeenten daarbij moeten uitvoeren, door bovenstaande uitspraak wel aanzienlijk verzwaard.

A.D.L. Knook

⁶ R.o. 128.

⁷ R.o. 88.

⁸ R.o. 97.

⁹ R.o. 114.