Mr. dr. A.D.L. Knook[1]

Vastgoed en staatssteun in tijden van crisis

1. Inleiding

In hoeverre werkt de staatssteunregelgeving belemmerend in deze economische crisis? Zeker is dat er in Nederland vrijwel niet meer wordt gebouwd zonder dat een gemeente (of andere overheid) op enige wijze het desbetreffende project steunt. Zeker is ook dat er nog slechts twee banken zijn in Nederland die vastgoedprojecten financieren, waardoor ontwikkelaars zich ook steeds vaker tot publieke financiering moeten wenden. Het is dan ook teleurstellend dat de Europese Commissie kortgeleden Nederlandse voorstellen voor versoepeling van de staatssteunregels op dit gebied heeft afgewezen. Als gevolg hiervan moet worden 'teruggevallen' op bestaande regelgeving. Dat deze regelgeving juist in deze tijden van crisis inderdaad als belemmerend kan uitwerken blijkt wel uit de beschikking inzake Leidschendam van de Europese Commissie van begin dit jaar, waarin de gemeente werd opgedragen 6,9 miljoen terug te vorderen van twee ontwikkelaars.[2] Het persbericht op de website van de gemeente – dat onlangs besloot om in beroep te gaan tegen deze beschikking – stelt niet voor niks:

> "Het besluit van de Europese Commissie kan op de woningmarkt een remmende werking hebben. Dat maakt dat het besluit niet alleen voor Leidschendam-Voorburg relevant is. Vanwege de impact die het besluit van de Europese Commissie kan hebben op de woningmarkt, wordt deze zaak door Bouwend Nederland en veel gemeenten met meer dan gewone belangstelling gevolgd."[3]

Dit artikel beschrijft aan de hand van deze beschikking niet alleen waar de belangrijkste barrières liggen voor de vastgoedmarkt, maar ook in hoeverre deze barrières juist in deze tijden zich als zodanig kunnen manifesteren. Deze beschikking, waarvan hierna eerst kort de feitelijke achtergrond zal worden beschreven (par. 2), legt namelijk op vrij duidelijke wijze een zestal staatssteunrechtelijke aspecten bloot die juist in deze tijden in de praktijk voor zowel ontwikkelaars als gemeenten negatief kunnen uitwerken. Hiervan zijn er drie van procedurele aard (par. 3) en drie van materieelrechtelijke aard (par. 4).

2. Achtergrond

In 2004 keurde de gemeenteraad van Leidschendam het bestemmingsplan 'Concept Grondexploitatie Masterplan Damcentrum' en het 'Concept Masterplan Damcentrum' goed, die een kaderovereenkomst vormden voor het herinrichten van het centrum van Leidschendam. Het project Leidschendam Centrum was in verschillende deelprojecten opgesplitst; één daarvan was het project Damplein.

De gemeente besloot samen met Schouten & De Jong en Bouwfonds tot het oprichten van een PPS dat de grond bouwrijp zou maken, waarna deze verkocht zou worden aan diverse ontwikkelaars, waaronder een samenwerkingsverband tussen de twee voornoemde ontwikkelaars (hierna: 'SJB'). De prijs van de grond die het PPS voor het gehele project Leidschendam Centrum aan SJB verkocht, werd op ten minste € 18,5 miljoen vastgesteld. De grond van het plandeel Damplein die het PPS aan SJB verkocht, werd vastgesteld op ten minste € 7,2 miljoen. Deze prijzen waren gebaseerd op een taxatierapport van 11 maart 2003 van een onafhankelijke deskundige, waarin de prijs marktconform werd geacht. Bovendien moest SJB aan de PPS voor alle wooneenheden die het in het plangebied Leidschendam Centrum zou bouwen een grondexploitatiebijdrage en kwaliteitsbijdrage betalen, vastgesteld op ongeveer € 1,1 miljoen en € 0,9 miljoen, respectievelijk.

Op grond van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 mochten de ontwikkelaars de bouw van de vrijesectorwoningen uitstellen tot 70% van deze woningen, al dan niet in combinatie met sociale woningen, van de deellocatie in kwestie waren voorverkocht. Alhoewel oorspronkelijk in november 2005 de bouwwerkzaamheden op het Damplein zouden starten, liep het project vertraging op, met name door diverse rechtszaken over de bouwvergunningen die SJB nodig had. SJB was in februari 2007 met de voorverkoop van de woningen begonnen, maar kon uiteindelijk maar 20 van de 67 geplande wooneenheden voorverkopen. Door de vertragingen 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 ingehaald door de economische crisis stelde SJB in het najaar van 2008 het PPS voor om, in plaats van de overeengekomen € 7,2 miljoen, € 4 miljoen te betalen voor de grond op het Damplein en in april 2009 de bouwwerkzaamheden te starten, ongeacht hoeveel wooneenheden waren verkocht. Op 18 december 2008 sloten het PPP en SJB een principeakkoord over de prijsverlaging, maar voordat dit ter goedkeuring aan de gemeenteraad werd voorgelegd, gaf de gemeente een onafhankelijke deskundige opdracht te beoordelen of de door SJB berekende prijs marktconform was. In zijn rapport van 11 februari 2009 concludeerde deze deskundige dat € 4 miljoen (prijspeil 1 januari 2010), berekend op basis van de restwaardemethode, in 2010 een

1 Allard Knook is advocaat bij CMS Derks Star Busmann. Reacties welkom via allard.knook@cms-dsb.com.

2 Besluit van 23 januari 2013, Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg, Brussel, C(2013) 87 final.

3 www.leidschendam-voorburg.nl/Int/Leidschendam-Voorburg/Homepage-internet-Actueel/Nieuwsberichten/Nieuws-2013/Beschikking-Europese-Commissie-openbaar.html.

marktconforme prijs zou zijn voor de grond op het Damplein. De prijsverlaging werd vastgesteld in een aanvullende overeenkomst die op 1 maart 2010 tussen de gemeente, het PPP en SJB werd gesloten. Met deze overeenkomst werden ook de grondexploitatiebijdrage en de kwaliteitsbijdrage kwijtgescholden. Het was deze overeenkomst die het onderwerp vormde van het onderzoek van de Europese Commissie.

3. Procedurele aspecten

3.1 *Sterke stijging aantal klachten*

Het eerste element dat van belang is in deze beschikking is dat het onderzoek van de Europese Commissie werd gestart door een klacht bij de Europese Commissie. De klacht was ingediend door de Stichting Behoud Damplein Leidschendam, die in 2006 werd opgericht om de belangen van de buurtbewoners van het Damplein te verdedigen. Dat omwonenden, concurrenten of andere partijen in toenemende mate tot indienen van dergelijke klachten overgaan blijkt wel uit de voorstellen van de Europese Commissie die zien op de modernisering van het staatssteunrecht, waaruit duidelijk naar voren komt hoe deze ontwikkeling de werklast van de Europese Commissie onder druk zet.[4] Het is bovendien voor eenieder mogelijk om een klacht in te dienen: op grond van de Procedureverordening[5] kunnen concurrenten en burgers een klacht indienen over staatssteun bij de Europese Commissie, maar er geldt geen belanghebbendebegrip. Uit de toelichtingen bij de voorstellen voor de nieuwe Procedureverordening blijkt dat de Europese Commissie een klachtenfilter wil introduceren, zodat de Commissie klachten van niet-belanghebbenden en onvoldoende onderbouwde klachten niet meer in behandeling hoeft te nemen.[6]

Het alsmaar toenemende aantal klachten is overigens niet de enige reden waarom de Europese Commissie te maken heeft met een aanzienlijke case load. Overheden kiezen er immers ook steeds vaker voor om staatssteun te melden bij de Europese Commissie, om rechtszekerheid dan wel omdat daartoe simpelweg de verplichting bestaat. Bovendien kan de Europese Commissie vanzelfsprekend ook *ex officio* een (voor)onderzoek instellen. De Europese Commissie heeft zelfs voorgesteld om een bevoegdheid te creëren om informatie aangaande (voorgenomen) staatssteun rechtstreeks op te vragen bij marktpartijen, zonder tussenkomst van de desbetreffende overheid.[7] Het behoeft geen betoog dat mede als gevolg van deze ontwikkelingen de risico's van het handelen in strijd met het staatssteunrecht alleen maar toenemen.

3.2 *Lange duur onderzoek*

De hiervoor beschreven ontwikkelingen hebben echter nog een ander belangrijk gevolg, te weten de vaak lange duur van een onderzoek van de Europese Commissie. De beschikking inzake Leidschendam illustreert dit op aardige wijze: nadat op 10 september 2007 de klacht was ingediend, stuurde de Commissie een aantal vragen naar de gemeente op 12 oktober 2007. Nadat die vragen op 7 december 2007 waren beantwoord, heeft de Europese Commissie op 25 april 2008, 12 september 2008, 14 augustus 2009, 12 februari 2010 en 2 augustus 2011 verzoeken om aanvullende informatie gestuurd, die overigens elk binnen relatief korte termijn werden beantwoord. Op 12 maart 2010 volgde vervolgens een bijeenkomst tussen de Commissie en de Nederlandse autoriteiten, waarna bij brief van 30 augustus 2010 nog aanvullende inlichtingen aan de Commissie werden verstrekt. Op 26 januari 2012 besloot de Commissie tot het instellen van een formeel onderzoek op grond van artikel 108 lid 2 VWEU,[8] dat iets meer dan een jaar later tot deze beschikking leidde. Dit betekent concreet dat de gemeente en SJB meer dan zes jaar geen zekerheid hadden over de rechtmatigheid van dit project. Alhoewel gelukkig niet alle vooronderzoeken zo lang duren, is duidelijk dat een langdurig staatssteunonderzoek vanzelfsprekend onwenselijk is in de praktijk, zeker indien een gemeente in de tussentijd gebonden is aan de standstill-verplichting van artikel 108 lid 3 VWEU. Op grond van dat beginsel mogen voorgenomen steunmaatregelen namelijk niet tot uitvoering worden gebracht voordat de Europese Commissie hierover een eindbeslissing heeft genomen.

3.3 *'Drietrapsraket' te rigide*

Juist vanwege het standstill-beginsel is het in de praktijk van essentieel belang om te weten in welke gevallen een melding bij de Europese Commissie al dan niet noodzakelijk is. De vraag of er bij een project in strijd wordt gehandeld met het staatssteunrecht laat zich het beste beantwoorden aan de hand van de volgende drietrapsraket:

1. In de eerste plaats moet worden onderzocht in hoeverre de desbetreffende financiële afspraken überhaupt binnen de reikwijdte van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU vallen. Uit het hiernavolgende zal blijken dat hier al snel sprake van is.
2. In de tweede plaats moet worden onderzocht of er een reden is om tot aanmelding bij de Europese Commissie over te gaan. Er zijn diverse mogelijkheden om een project staatssteunproof in te richten, oftewel zodanig in te richten dat een dergelijke melding niet noodzakelijk is. De Europese Commissie heeft in de loop der jaren diverse instrumenten (richtsnoeren, mededelingen, etc.) gepubliceerd waarvan, mits de voorwaarden die daarin worden gesteld correct worden toegepast, gebruik kan worden gemaakt om van melding af te kunnen zien.
3. In de derde plaats moet, indien de staatssteun desondanks moet worden gemeld bij de Europese Commissie, de melding bij de Europese Commissie (vanzelf-

4 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (Pb L 83 van 27 maart 1999, p. 1).

5 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).

6 Zie: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/.

7 Zie Knook, De modernisering van het staatssteunrecht – de gevolgen voor de gemeentelijke praktijk, *Gst.* 2013/74, afl. 7391.

8 Pb C 86 van 23 maart 2012, p. 12.

sprekend) zodanig worden ingericht dat betoogd kan worden dat deze verenigbaar is met de interne markt, oftewel, kort gezegd, door de Europese Commissie zou moeten worden goedgekeurd. Dit is mogelijk door bij deze melding aan te haken bij door de Europese Commissie erkende gronden voor verenigbaarheid.

Ook in de beschikking inzake Leidschendam is deze drietrapsraket duidelijk zichtbaar. Primair betoogde de gemeente dat er geen sprake was van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, er geen voordeel werd toegekend aan SJB dat het in normale marktomstandigheden niet zou hebben gekregen. Dit argument zal hieronder nader worden besproken (par. 4.2). Subsidiair betoogde de gemeente vervolgens dat, indien de Commissie zou concluderen dat de betwiste maatregelen meldingsplichtige staatssteun zou vormen, deze steun volgens de Nederlandse autoriteiten op grond van artikel 107 lid 3, onder c, VWEU verenigbaar zou zijn. Op grond van deze bepaling zijn 'steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken [verenigbaar], mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad'. Uit diverse beschikkingen van de Europese Commissie blijkt dat het revitaliseren van binnenstedelijk gebied hieronder valt en derhalve een grond is om verenigbaarheid aan te nemen. Zo leverde de gemeente Mill en St. Hubert een bijdrage van € 1,5 miljoen ten behoeve van het revitaliseren van het centrum van Mill, dat kampte met een toenemende leegstand. Beoogd werd de dorpskern van Mill te herwaarderen om de levensvatbaarheid van deze kern op lange termijn te verzekeren. De Commissie achtte deze steun verenigbaar met de interne markt, op de grond dat een project voor de fysieke, economische en sociale herwaardering van stedelijke gebieden een duidelijke communautaire doelstelling was.[9] Op dezelfde wijze oordeelde de Europese Commissie in 2011 dat de stedelijke herontwikkeling van de Kanaalzone Zuid Project in Apeldoorn verenigbaar was:

> "Volgens de artikelen 3 VEU en 174 VWEU vormt economische en sociale samenhang een doelstelling van de EU. Het versterken van economische en sociale samenhang impliceert de verbetering van het stadsmilieu en van de levenskwaliteit in het gebied."[10]

Volgens de gemeente Leidschendam droeg ook de revitalisering van het centrum van Leidschendam bij aan de doelstelling inzake economische en sociale samenhang, aangezien bij het herinrichten van het centrum de schaarse ruimte voor nieuwe woningen, winkelvoorzieningen en een ondergronds parkeergarage in Leidschendam efficiënt werd gebruikt en door het verbeteren van de openbare infrastructuur werd bijgedragen aan de samenhang van het gehele centrum. Alhoewel dergelijke argumenten derhalve na een klacht of melding bij de Europese Commissie van belang zijn om goedkeuring van de Europese Commissie te verkrijgen, bieden deze argumenten geenszins reden om überhaupt van melding aan de Europese Commissie af te zien. Ze kunnen, om in de bovengenoemde beeldspraak te blijven, slechts worden gebruikt bij de 'derde trap'. Dit is in zekere zin te betreuren, omdat hiermee mijns inziens een te rigide onderscheid tussen niet-meldingsplichtige en verenigbare staatssteun ontstaat dat zich lastig naar de praktijk laat vertalen. De hierboven geschetste drietrapsraket levert in de praktijk vaak een te rigide situatie op.

Weliswaar biedt het staatssteunrecht ook mogelijkheden om in vastgoedprojecten van melding af te zien, bijvoorbeeld indien succesvol gebruik kan worden gemaakt van de Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen.[11] Deze Mededeling schrijft voor dat transacties met grond of gebouwen niet hoeven te worden gemeld indien een van de twee door de Europese Commissie 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 de voorwaarden die de Mededeling ten aanzien van deze twee methoden stelt strikt worden nageleefd hoeft er geen melding plaats te vinden bij de Europese Commissie.[12]

Concreet betekent het onderscheid tussen niet-meldingsplichtige en verenigbare steun echter dat de financiële afspraken die aan een vastgoedproject ten grondslag liggen deels uit niet-meldingsplichtige staatssteun, deels uit welmeldingsplichtige – doch verenigbare – staatssteun kunnen bestaan. Ook om deze reden is dit onderscheid mijns inziens te rigide, zeker als het gaat om het revitaliseren van (binnen)stedelijk gebied is dat – vooral in deze tijden van economische crisis – een onwenselijke situatie. Ook een combinatie van verschillende argumenten zou naar mijn mening een reden moeten zijn om van melding aan de Europese Commissie af te kunnen zien.

4. Materieelrechtelijke barrières

4.1 *Interstatelijk effect vrijwel altijd aangenomen*

Artikel 107 lid 1 VWEU definieert verboden staatssteun als 1. een selectief voordeel; 2. voor een onderneming; 3. verleend door de overheid; 4. waardoor de mededinging wordt vervalst; en 5. de tussenstaatse handel wordt beïnvloed.
Van belang is dat de Europese Commissie in de beschikking enkele overwegingen wijdt aan het vierde en vijfde criterium van deze definitie van staatssteun – die vaak geza-

9 Beschikking N 555/2008.
10 SA.31877 (2011/N), r.o. 47.
11 PbEC 1997, C209/3.
12 Meer uitgebreid: Allard Knook, Vastgoedtransacties sneller staatssteunproof, *BR* 2011/82.

menlijk worden besproken. De Europese Commissie stelt hierover:

> "Aangezien de betwiste maatregelen SJB van kosten bevrijden die de onderneming anders overeenkomstig de samenwerkingsovereenkomst van 2004 zou hebben gedragen, versterken deze maatregelen de concurrentiepositie van SJB ten opzichte van die van andere vastgoedontwikkelaars die actief zijn op een markt die openstaat voor concurrentie en handel op het niveau van de Unie, en kunnen deze alleen al daardoor de mededinging vervalsen en het handelsverkeer binnen de Unie ongunstig beïnvloeden. Elke vorm van steunverlening aan een onderneming die op de interne markt actief is, kan namelijk de mededinging vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden "[13]

Alhoewel de Europese Commissie met deze laatste overweging aansluit bij vaste jurisprudentie van de Europese Commissie,[14] is het te betreuren dat hiermee nogmaals wordt bevestigd dat gebrek aan interstatelijk effect eerder uitzondering is dan regel. De Europese Commissie neemt met andere woorden vrijwel altijd aan dat een financiële afspraak tussen een gemeente en een onderneming staatssteun zou kunnen opleveren, hoe kleinschalig het project ook is. De Europese Commissie voegt hier in Leidschendam nog aan toe:

> "Wat betreft de vermeende beperkte omvang of plaatselijke aard van het project, sluit het feit dat subsidies aan een onderneming worden toegekend die enkel lokale of regionale diensten aanbiedt en buiten de lidstaat van oorsprong geen diensten levert, op zich niet uit dat deze subsidies het handelsverkeer tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. De Commissie herinnert er in dit verband aan dat... zowel in de bouwsector als binnen de vastgoedontwikkeling grensoverschrijdende handel binnen de Unie bestaat en aangezien vastgoedontwikkelaars uit andere lidstaten of hun dochterondernemingen hadden kunnen deelnemen aan het project Leidschendam Centrum, en SJB, dat dankzij de betwiste maatregelen van een financiële last is bevrijd, in lidstaten buiten Nederland kan werken."[15]

De Europese Commissie verwijst in dit verband naar het *Altmark*-arrest, waarin steun voor regionaal openbaar vervoer onder de reikwijdte van het staatssteunverbod werd geacht te vallen.[16] Het is te betreuren dat de Europese Commissie in beginsel aanneemt dat aan het vierde en vijfde criterium zoals hierboven beschreven wordt voldaan, en slechts bij hoge uitzondering hiervan afwijkt. In november vorig jaar leek dit standpunt nog wat vloeibaarder geworden, toen de Europese Commissie juist vanwege het plaatselijk karakter van een vastgoedtransactie concludeerde dat er geen sprake was van beïnvloeding van het interstatelijke verkeer. Het betrof de koop van een stuk grond door de gemeente Sliedrecht van AM, dat vervolgens voor dezelfde prijs aan een manege werd verkocht. De Commissie oordeelde hierover:

> "Hoe dan ook is de Commissie van mening dat beide transacties, gezien het duidelijk plaatselijk karakter van de operatie en van de activiteiten van de beweerde begunstigden, het handel in goederen en diensten tussen lidstaten niet ongunstig kan beïnvloeden in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Immers, de aankoop en de daaropvolgende verkoop van de grond door de gemeente beoogden de verplaatsing van de manege – die diensten verleent met een naar hun aard plaatselijk karakter omdat zij klanten aantrekt uit een beperkt gebied dat niet dichtbij de grens met een andere lidstaat ligt – van een deel van het gemeentelijke grondgebied naar een ander deel, om de bouw van een nieuwe woonwijk te kunnen realiseren."[17]

Daartegenover staan echter diverse beschikkingen van de Europese Commissie waarin beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer al vrij snel wordt aangenomen. Zo oordeelde de Europese Commissie in de eerdergenoemde beschikking inzake het Kanaalzone Zuid Project in Apeldoorn:

> "Niet alleen Nederlandse ondernemingen, maar ook ondernemingen uit andere lidstaten zijn in Nederland actief in de bouwsector. Het kan daarom niet worden uitgesloten dat de maatregel het handelsverkeer binnen de EU kan verstoren."[18]

Als gevolg hiervan kunnen ook zeer kleine projecten onder de reikwijdte van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU vallen. In de praktijk betekent dit dat er sprake van staatssteun is indien kort gezegd een overheid enerzijds een voordeel verleent aan een onderneming anderzijds, waarbij bovendien de begrippen 'overheid', 'voordeel' en 'onderneming' ruim moeten worden geïnterpreteerd. Onder onderneming moet 'elke entiteit die een economische activiteit verricht worden verstaan' – waar beide ontwikkelaars vanzelfsprekend onder vielen – terwijl het begrip 'voordeel':

13 R.o. 87.

14 Arrest van 17 september 1980 in nr. 730/79 (*Philip Morris Holland BV/Commissie*), *Jur.* 1980, p. 2671, punten 11 en 12; arrest van 17 juni 1999 in nr. C-75/97 (*België/Commissie*), Jur. 1999, p. I-3671, punten 47-48; arrest van 30 april 1998 in nr. T-214/95 (*Vlaams Gewest/Commissie*), Jur. 1998, p. II-717, punten 48-50; arrest van 6 maart 2002 in de gevoegde nr. T-92/00 en T-103/00 (*Diputación Foral de Álava/Commissie*), Jur. 2002, p. II-1385, punt 72; en arrest van 11 juni 2009 in nr. T-222/04 (*Italië/Commissie*), Jur. 2009, p. II-1877, punt 43.

15 R.o. 88.

16 HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, Jur. 2003, p. I-07747 (*Altmark Trans*). Meer uitgebreid: Allard Knook, De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd, *NTER* 2013/06, p 191-196.

17 Beschikking van de Commissie van 7 november 2012, SA.34404, C(2012) 7541, punt 19.

18 SA.31877 (2011/N), r.o. 34.

> "niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, leningen of deelneming in het kapitaal van ondernemingen kan omvatten, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor, zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn, van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben."[19]

Wat betreft het begrip 'overheid' werd al vrij eenvoudig aangenomen door de Europese Commissie dat de PPS - bestaande uit de gemeente en SJB - hieronder viel. Rest nog de uitleg van het begrip 'voordeel', waarop in het hiernavolgende nader zal worden ingegaan.

4.2 *Onduidelijkheid over restwaardemethodiek*

De Europese Commissie gaat in de beschikking inzake Leidschendam uitvoering in op de vraag in hoeverre voordeel wordt verleend aan SJB. In totaal zijn maar liefst 20 overwegingen in de beschikking hieraan gewijd. De Europese Commissie beantwoordt de vraag positief en komt als volgt tot dit oordeel.

In de eerste plaats benadrukt de Europese Commissie dat om vast te kunnen stellen of er sprake is van voordeel moet worden getoetst aan het market economy investors principle. Dit beginsel kan worden beschouwd als een van de grondbeginselen van het staatssteunrecht en komt kort gezegd neer op de vraag: 'Zou een private investeerder een vergelijkbare investering onder normale marktconomische voorwaarden aanvaardbaar vinden?'[20] Op grond van dit beginsel moet bijvoorbeeld een grondprijs worden overeenkomen met de prijs die 'een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden waarschijnlijk had vastgesteld'.[21]

De Commissie stelt in de tweede plaats dan ook dat de hierboven besproken Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen nadere inkleuring geeft aan het market economy investors principle. Dit is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie.[22] Zoals aangegeven schrijft deze Mededeling voor dat transacties met grond of gebouwen niet hoeven te worden gemeld indien een van de twee door de Europese Commissie gedetailleerd omschreven procedures wordt gevolgd, te weten een open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt of een taxatie door een onafhankelijke.

De Europese commissie constateert vervolgens

> "In deze zaak werd geen onvoorwaardelijke biedprocedure georganiseerd. Hoewel in maart 2003 door een deskundige een taxatie werd uitgevoerd om de verkoopprijzen in de samenwerkingsovereenkomst van 2004 vast te stellen, werd vervolgens in 2010 de met SJB overeengekomen prijs voor de aankoop van de grond op het Damplein verlaagd en werden de eerder overeengekomen bijdragen kwijtgescholden als gevolg van de aanvullende overeenkomst."[23]

Echter, zoals hiervoor is beschreven had de gemeente voordat de aanvullende overeenkomst waarin de nieuwe grondprijs was vastgelegd ter goedkeuring aan de gemeenteraad werd voorgelegd, opdracht gegeven aan een onafhankelijke deskundige om te beoordelen of de door SJB berekende prijs marktconform was. Deze deskundige concludeerde dat € 4 miljoen, berekend op basis van de restwaardemethode, in 2010 een marktconforme prijs zou zijn voor de grond op het Damplein. De Europese Commissie oordeelt echter hierover dat

> "de restwaardemethode die in deze achteraf opgestelde beoordeling werd gebruikt niet geschikt is om de marktwaarde van de aan SJB verkochte grond te berekenen, aangezien de verwachte daling van de opbrengst van de huizenverkoop volledig door de prijs van de grond zou worden geabsorbeerd. Om de waarde van de grond te berekenen, gaat de restwaardemethode uit van de verkoopprijzen van de huizen. Van deze prijs worden de bouwkosten en een winst- en risicovoorziening afgetrokken. Wat overblijft, is de waarde van de grond. Het is duidelijk dat met de restwaardemethode in een dalende huizenmarkt zoals hier het geval is, de waardedaling van het onroerend goed volledig naar de grondwaarde wordt verschoven. In theorie kan dit zelfs een negatieve grondwaarde als resultaat hebben."[24]

De vraag is vanzelfsprekend of de Europese Commissie hiermee een algemeen oordeel over de residuele grondwaarde-

19 HvJ EU 16 december 2010, nr. C-239/09, r.o. 28 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG*). Dit is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, zie o.a. arresten van HvJ EG 19 september 2000, nr. C-156/98, *Jur.*, p. I-6857, r.o. 25 (*Duitsland/Commissie*); HvJ EG 1 juli 2008, nr. C-341/06 P en C-342/06 P, *Jur.*, p. I-4777, r.o. 123 (*Chronopost en La Poste/UFEX e.a.*) en HvJ EG 17 november 2009, nr. C-169/08, Jur., p. I-10821, r.o. 56 (*Presidente del Consiglio dei Ministri*).

20 Mededeling van de Commissie aan de lidstaten – toepassing van art. 92 en 93 EEG-Verdrag en van art. 5 Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriesector, EG 1993, C 307/3. Voor verdere uitwerking van dit beginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zie o.a. arresten HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-56/93 (*België/Commissie*), Jur., p. I-723, r.o. 10 en 11, en HvJ EG 8 mei 2003, nr. C-328/99 en C-399/00 (*Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie*), Jur., p. I-4035, r.o. 38 en 39.

21 R.o. 69.

22 Nr. C-239/09 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG/BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH*), reeds aangehaald, punt 39e; arrest van 16 december 2010 in nr. C-239/09 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG/BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH*), Jur. 2010, p. I-13083, punt 34 en arrest van 2 september 2010 in nr. C-290/07 P (*Commissie/Scott SA*), Jur. 2010, p. I-7763, punt 68; alsook arrest van 13 december 2011 in nr. T-244/08 (*Konsum Nord ekonomisk förening/Commissie*), nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 61.

23 R.o. 71.

24 R.o. 72.

methodiek velt of dat dit standpunt echt beperkt blijft tot de casus Leidschendam. Einde 2011 oordeelde de Europese Commissie nog over een taxatierapport waarin eveneens de restwaardemethodiek werd gebruikt:

> "De gemeente Apeldoorn heeft een externe en onafhankelijke taxateur verzocht om alle grondtransacties te onderzoeken tussen de gemeente en de grondexploitatie. Het taxatierapport van 14 februari 2011 bevat de beoordelingen van de waarde van de kavels bij inbreng in de grondexploitatie, de marktwaarde van de bouwkavels volgens de residuele grondwaardemethode en de marktconformiteit van de in de grondexploitatie opgevoerde kosten. Op grond van de conclusies van de onafhankelijke deskundige wordt aangenomen dat alle transacties hebben plaatsgevonden op voorwaarden en tegen prijzen die conform het marktniveau zijn. In het licht daarvan is de grondexploitatie geen economisch voordeel verleend."[25]

De onduidelijkheid over de methodiek brengt mijns inziens in ieder geval met zich mee dat in de praktijk het louter inschakelen van een taxateur onvoldoende is om te constateren dat een vastgoedtransactie staatssteunproof is. De gemeente zal vervolgens ook zelf moeten oordelen in hoeverre de taxatie tot de conclusie mag leiden dat er geen melding aan de Europese Commissie hoeft plaats te vinden.

4.3 *Verschuiving van risico's in tijden van crisis onontkoombaar*

Tot slot oordeelt de Europese Commissie dat de verlaging van de grondprijs en de kwijtschelding van de grondexploitatiebijdrage en kwaliteitsbijdrage ook vanwege de verschuiving van de risico's die optreden niet voldoen aan het market economy investors principle.

> "Het is onwaarschijnlijk dat een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden zou hebben besloten het voor hem eerder niet 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 een kwijtschelding van de bijdragen, zonder een duidelijk financieel voordeel dat groter is dan de verliezen die door dat besluit worden geleden."

De Europese Commissie oordeelt derhalve kort gezegd dat de gewijzigde afspraken een risicoverschuiving tot gevolg heeft gebracht dat heeft geleid tot een selectief voordeel voor de ontwikkelaars. De vraag is echter of een verschuiving van risico's op zichzelf als staatssteun kan worden gezien. Immers, de *ratio* van het market economy investors principle is dat vast moet worden gesteld in hoeverre marktconform wordt gehandeld. Daarbij rijst wel de vraag wat in deze tijden nog als marktconform moet worden gezien. De noodzaak tot verschuiving van risico's was immers niet een op zichzelf staand oordeel van de gemeente, maar een poging van de gemeente om de gevolgen van de gewijzigde *markt*omstandigheden tegen te gaan.

5. Conclusie

Het eindoordeel van de Europese Commissie in de kwestie Leidschendam is duidelijk: het voordeel wordt op € 6 922 121 berekend, bestaande uit de prijsverlaging met terugwerkende kracht voor de grond (€ 4 622 480) en het kwijtschelden van de grondexploitatiebijdrage (€ 1 281 333) en de kwaliteitsbijdrage (€ 1 018 308). Dit bedrag moet nu op grond van Procedureverordening door de gemeente worden teruggevorderd van SJB. De beschikking vormt daarmee het zoveelste bewijs in korte tijd dat de risico's van het handelen in strijd met het staatssteunrecht zeker in deze tijden van crisis niet moeten worden onderschat. In april bevestigde de Hoge Raad bovendien nog eens dat overeenkomsten die met het staatssteunrecht strijdige bepalingen bevatten nietig zijn.[26] Alleen door nietigheid en terugvordering, zo is de gedachte, kan immers de oorspronkelijke situatie worden hersteld, zoals het staatssteunrecht verlangt. Bovendien bestaat vervolgens nog het risico dat door de desbetreffende gemeente nog een (aanzienlijke) schadevergoeding dient te worden betaald.

Deze voorbeelden bevestigen verder dat ook private partijen (ontwikkelaars, corporaties, etc.) nauwgezet dienen na te gaan of gemaakte of voorgenomen afspraken staatssteunproof zijn. Ook zij kunnen immers hard worden getroffen door de gevolgen van onrechtmatige staatssteun. Het vaak gehanteerde argument dat vertrouwd werd op het oordeel van de gemeente vormt bovendien juridisch gezien geen argument om niet tot terugbetaling te hoeven overgaan. Ook op private partijen rust dus duidelijk de plicht om vastgoedprojecten staatssteunproof in te richten.

25 Brussel, 05 oktober 2011, C(2011) 4940 Final, r.o. 27 en 28.

26 HR 26 april 2013, 08/04343, *LJN* BY0539.