

50 jaar staatssteunrecht

BR 2014/87

De Europese regels over toezicht op staatssteun door de Europese Commissie, die we nu kennen uit de art. 107-109 VWEU, vinden we bijna volledig al terug in art. 92-94 van het EEG-Verdrag, zoals dat op 1 januari 1958 in werking is getreden.¹ In deze bijdrage schetsen wij een overzicht van een aantal belangrijke ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het beleid van de Commissie, maar gaan we ook in op de wijzen waarop in de afgelopen 50 jaar deze staatssteunregels zijn gehanteerd door de Nederlandse overheden, de rijksoverheid en de decentrale overheden. Hoewel de laatste 15 jaar veel aandacht is besteed aan het belang en de mogelijkheden van de Europese staatssteunregels, is, zoals eerder vermeld in *Bouwrecht*,² recentelijk door Gert Jan Koopman van de Europese Commissie gesteld dat Nederland bij de toepassing van de staatssteunregels is blijven steken in 1957.³

1. 50 jaar staatssteunjurisprudentie

Het moment van publicatie van onze bijdrage is ingegeven door het arrest *Costa ENEL* van het Hof van Justitie van 15 juni 1964.⁴ In dat arrest heeft het Hof, in aansluiting op het eerdere *Van Gend en Loos* arrest,⁵ de verhouding tussen het EEG-recht en het nationale recht verduidelijkt en ook iets gezegd over de reikwijdte van de staatssteunregels uit het EEG-Verdrag. Zo bepaalde het Hof onder meer 'dat het EEG-Verdrag, anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die de bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde van de lidstaten is opgenomen en waarmee de nationale rechters rekening dienen te houden.' In het arrest werd duidelijk dat het EEG-recht voorrang heeft boven het nationale recht en dat bepaalde Verdragsartikelen ook rechtstreekse werking hebben, in die zin dat zij door belanghebbende justitiabelen voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen. Voor de staatssteunregels bepaalde het Hof dat deze geen rechtstreekse werking hebben met uitzondering van de *standstill*-bepaling van art. 93 lid 3 laatste zin EEG (thans art. 108 lid 3 laatste zin VWEU), dat overheden geen staatssteun mogen geven voordat de Commissie daarover heeft beslist.

De betekenis van *Costa Enel* voor het staatssteunrecht kan dus niet eenvoudig worden onderschat. Op basis van dit arrest constateerde het Hof van Justitie vervolgens in het *Lorenz* arrest dat dat de *standstill*-verplichting niet alleen de bij de Commissie aangemelde voorgenomen steun betreft, maar iedere steunmaatregel die de lidstaat voornemens is in te voeren, ook indien deze niet vooraf is aangemeld, en gedurende de gehele verbodsduur blijft gelden⁶. In het *Kirsammer-Hack* arrest⁷ bepaalde het Hof vervolgens dat nationale rechters om deze bescherming van het *standstill*-beginsel voor benadeelde partijen te verzekeren, bevoegd zijn om het begrip staatssteun uit te leggen en toe te passen, met name om vast te stellen of een nationale maatregel die is vastgesteld zonder vooraf te zijn aangemeld, desalniettemin aan de Europese Commissie had moeten worden gemeld. Concreet betekent dit dat een onderneming of burger, op het moment dat hij meent dat hij door enigerlei vorm van staatssteun wordt benadeeld, niet alleen hiertegen een klacht kan indienen bij de Europese Commissie, maar ook, in afwachting van het onderzoek van de Europese Commissie, de staatssteun voorlopig kan laten stopzetten. De afgelopen jaren is mede om deze reden niet alleen het aantal klachten dat is ingediend bij de Europese Commissie sterk gestegen, maar ook het aantal procedures bij de nationale rechter. Of het nu gaat om een gebiedsontwikkeling waarbij omwonenden een beroep doen op de staatssteun om de voorgenomen ontwikkelingen een halt toe te roepen⁸ of, een aanbestedingsprocedure waarbij de verliezende partij een beroep op staatssteun doet,⁹ de afgelopen jaren heeft het staatssteunrecht zich als een veelkoppige Hydra ontwikkeld, met specifieke regelgeving op tal van gebieden.

Het Hof van Justitie heeft in de loop der jaren herhaaldelijk het belang van de nationale rechter benadrukt, waarbij telkenmale werd herhaald dat de nationale rechters en de Europese Commissie hierbij "aanvullende en onderscheiden taken" vervullen.¹⁰ Bij de nationale rechterlijke instanties kan een beroep worden gedaan op de volgende middelen van genoegdoening: opschorting van de onwettige steun¹¹ terugvordering van de steun¹² vermeerderd met rente¹³ schadevergoeding¹⁴ en de vaststelling van voorlopige maatregelen.¹⁵ In 2010 is daar door de Hoge Raad in het *Residex* arrest het beroep op nietigheid aan toegevoegd.¹⁶

6 Hof van Justitie van 11 december 1973, 120/73, *Lorenz*, 1973.

7 HvJ EU, 30 november 1993, nr. C-189/91 (*Kirsammer-Hack*), punt 14.

8 A. Knook, Vastgoed en staatssteun in tijden van crisis, *BR* 2013/125.

9 P. Heemskerk en A. Knook, Laveren tussen aanbesteden en staatssteun, redactioneel, *BR* 2014/47.

10 HvJ EG 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster e.a.*), punt 74.

11 HvJ EU 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a.* nr. C-354/90 punt 12.

12 HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04, *Xunta de Galicia*, punt 49.

13 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 *CELF I*, punten 53-55.

14 HvJ EU 11 december 2008, Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, *Jurispr.* p. I-9465, punt 54).

15 C-268/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, punt 56.

16 HR 28 mei 2010, *IJN* BL4082.

1 Oorspronkelijk werd in het staatssteunverbod gesproken van onverenigbaarheid het de gemeenschappelijke markt. In art. 107, lid 1 VWEU is de 'gemeenschappelijke markt' vervangen door de 'interne markt'. Inhoudelijk heeft dat geen gevolgen.

2 B. Hessel, Nederland is met staatssteunbeleid blijven steken in 1957, redactioneel *BR* 2014/61.

3 Remko Ebbers, Het domme gansje van Europa of...Roomser dan de Paus?, *FORUM* 23 januari 2014.

4 HvJ EU, 15 juni 1964, nr. 6/64, (*Costa/ENEL*).

5 HvJ EU, 5 februari 1963, nr. 26/62, (*Van Gend en Loos*).

Alhoewel niet met naam genoemd, speelde *Costa Enel* een belangrijke rol in het *Residex* arrest. In deze kwestie had het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam zich garant gesteld voor een lening van ongeveer € 23 miljoen van Residex aan Aerospace. Aerospace loste weliswaar een deel van de lening af, maar toen Aerospace in gebreke bleef het restant terug te betalen, riep Residex de garantie in. De Gemeente Rotterdam weigerde echter te betalen met als argument dat de garantie nietig zou zijn, nu het verlenen van de garantie staatssteun op zou leveren die had moeten worden gemeld bij de Europese Commissie. In een tussenarrest in 2010 oordeelde de Hoge Raad hierover:

“Ingeval van toekenning van onrechtmatige staatssteun moeten de nationale rechterlijke instanties de belangen beschermen van de partijen die zijn geraakt door een verstoring van de concurrentie als gevolg van die toekenning. Het herstel van de situatie van vóór de verlening van die onrechtmatige steun vormt een noodzakelijk vereiste voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun. Ongedaanmaking van een onrechtmatige steun door middel van terugvordering is het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onwettig is en de nationale rechterlijke autoriteiten moeten een verzoek om teruggave van in strijd met art. 88 lid 3 EG (art. 108 lid 3 VWEU) verleende steun in beginsel toewijzen. De geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast door de schending door de nationale autoriteiten van het verbod steunmaatregelen zonder goedkeuring door de Commissie ten uitvoer te leggen.”

Uit deze overweging blijkt duidelijk dat de Nederlandse rechter bevoegd is, indien een overeenkomst niet is aangemeld bij de Europese Commissie terwijl dit wel had gemoeven, deze overeenkomst nietig te verklaren. In het eindarrest van 18 november 2012¹⁷ werd dit nogmaals bevestigd, waarbij nog werd benadrukt dat de nationale rechter verplicht is tot nietigheid over te gaan indien minder zware middelen niet toereikend blijken om de situatie die bestond voor het verlenen van staatssteun te herstellen. Daarin ging de Hoge Raad verder dan de Gemeente Rotterdam, aangezien die stelde het dat de nationale rechter zou “vrijstaan naar eigen inzicht de nietigheid van dergelijke handelingen wel of niet uit te spreken”. Overigens geheel terzijde merken wij op dat de verwijzing in dit arrest door de Gemeente Rotterdam naar de *Kroniek Staatssteunrecht* van Allard Knook in dit blad uit 2011 toch opmerkelijk is, omdat ook daarin deze verplichting al duidelijk werd benadrukt.¹⁸ De gevolgen van arresten als *Lorenz* en *Residex* zijn in Nederland zeker niet onopgemerkt gebleven.

2. 50 jaar staatssteun in Nederland

De artikelen 92 e.v. uit het EEG-Verdrag werden in Nederland met name van belang toen in de jaren zeventig van de vorige eeuw onder het kabinet Den Uyl ruime mogelijkheden van overheidssteun aan het bedrijfsleven werden gecreëerd door de invoering van de Wet Investeringsrekening.¹⁹ Er werd toen een algemeen structuurbeleid gevoerd met een scala van steunmaatregelen, en door de publicaties van de Club van Rome werd daarbij ook bijzondere aandacht besteed aan milieusteun.²⁰ De Wet Investeringsrekening kende ruime mogelijkheden voor gefiscaliseerde steun aan ondernemingen en bevatte een algemene basispremie, een kleinschaligheidstoelage, een bijzondere regionale toeslag, een ruimtelijke ordeningstoelage, een milieutoeslag, een energietoelage en een grote projecten toeslag. Omdat de basispremie zonder enige differentiatie openstond voor alle ondernemingen in Nederland, kwam deze niet in aanmerking voor toetsing door de Commissie. Dat was wel het geval met de andere toelagen. De combinatie van de bijzondere regionale toeslag met de Investeringspremieregeling leidde tot een cumulatieve beperking van 20% netto subsidie equivalent door de Commissie.²¹ Nederland leerde door de milieutoeslag dat een dergelijke ogenschijnlijk algemene regeling toch specifiek is in de zin van de staatssteunregels en de Commissie stelde regels vast voor deze toeslag met als uitgangspunt ‘de vervuiler betaalt’. Omdat de Grote Projecten Toeslag (GPT) beleidsruimte kende, werd na de algemene goedkeuring door de Commissie de aanmelding van de concrete steunmaatregelen vereist.²² De beoogde GPT voor Philip Morris in Bergen op Zoom leidde tot een afwijzende beschikking van de Commissie²³ – waarin voor het eerst werd gesteld dat de steun onontbeerlijk moet zijn om de doelstelling te behalen – en een arrest van het Hof dat lange tijd bepalend is geweest voor de interpretatie van het criterium ongunstige invloed op de tussenstaatse handel (zie par. 3.2).²⁴

In de crisis van de jaren tachtig werd de rijksoverheid veelvuldig geconfronteerd met individuele steun aan bedrijven in moeilijkheden. Nederland kende een ministeriële regeling voor dergelijke steun die was afgestemd met de Com-

17 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539, 08/04343.

18 A. Knook, *Kroniek Staatssteunrecht* 2011, BR 2012/29, p. 149-154.

19 Wet Investeringsrekening, Wet van 29 juni 1978, *Stb.* 368. Onder invloed van de Commissie zijn de bijzonder regionale toeslag en de milieutoeslag later afgeschaft (Wet van 5 juli 1984, *Stb.* 366).

20 B. Hessel, Het Nederlandse steunverleningsbeleid, in: P. Verloren van Themaat (red.), *Bedrijven in moeilijkheden* 1981, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1982, p. 147-191. Voor een beeld van het gevoerde overheidsbeleid kan gewezen worden op de Nota inzake de Selectieve groei (*Kamerstuk* 1975/76, 13955), de Voortgangsnota Economisch Structuurbeleid (*Kamerstuk* 1979/80, 15818), de Nota inzake het energiebeleid (*Kamerstuk* 15802), de Innovatienota (*Kamerstuk* 1979/80, 15855) de nota Regionaal sociaal-economisch beleid 1981-1985 (*Kamerstuk* 1980/81, 16633).

21 J.A. Winter, Europeesrechtelijke aspecten van nationale steunmaatregelen, in: P. Verloren van Themaat (red.) *Bedrijven in Moeilijkheden* 1981, p. 203. Zie Zevende Mededingingsverslag (1977), nr. 183 en Tiende Mededingingsverslag (1980), nr. 179.

22 J.A. Winter, Europeesrechtelijke aspecten van nationale steunmaatregelen, in: P. Verloren van Themaat (red.) *Bedrijven in Moeilijkheden* 1981, p. 196/197.

23 Beschikking van de Commissie van 27 juli 1979, Pb EG 1979, L 217/17.

24 HvJ EG, 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris Holland BV*).

missie.²⁵ Kenmerkend voor deze periode is natuurlijk de ingrijpende RSV-affaire, die op rijksniveau kennelijk nog steeds leidt tot terughoudendheid met beleidskansen die de Europese staatssteunregels bieden. De RSV-affaire is natuurlijk illustratief voor foute steun aan ondernemingen die geen toekomstperspectief hebben op de (interne) markt, maar degenen die vinden dat de Commissie buiten spel moet worden gezet, zouden deze affaire kunnen toejuichen. De Nederlandse overheid heeft bij deze langdurige zaak regelmatig overleg gevoerd met de Commissie, die bepaalde maatregelen goedkeurde. Toen deze na informatie over verdere stappen 26 maanden had laten verstrijken voordat zij met een beschikking kwam tot terugvordering van f 294 miljoen, werd de Commissie door het Hof van Justitie afgestraft. Volgens het Hof kon de vertraging waarmee de Commissie de bestreden beschikking heeft gegeven, in het onderhavige geval bij verzoekster een gewettigd vertrouwen wekken, dat aan de terugvordering in de weg staat.²⁶ Een uniek geval dus.

De bijzondere aandacht voor economisch en milieubeleid, dat in de jaren zeventig is opgekomen, heeft er ook toe geleid dat met name de Ministeries van EZ en VROM zich in kennis van de staatssteunregels zijn gaan onderscheiden van andere ministeries. Bij landbouw lag en ligt de nadruk op de toepassing van de Europese landbouwsteun. In tegenstelling tot die tijd, kennen wij nu in Nederland geen duidelijk structuur- en/of industriebeleid²⁷ en daardoor is het contact met de Europese Commissie ook meer incidenteel geworden.

Als extreme uitschieter van dat incidentele gedrag kan gewezen worden op het feit dat in 2009 de VNG in nauwe samenwerking met de Ministeries van BZK en Financiën een model algemene subsidieverordening 'Subsidie zonder moeite' heeft gepubliceerd waarin geen spoor van staatssteun is opgenomen, terwijl zij zich hadden laten inspireren door regelgeving van EZ waarin die sporen wel zaten.²⁸ De kritiek van Bart Hessel op 'Subsidie zonder moeite' heeft in 2013 gelukkig tot goede aanpassing van het model subsidieverordening geleid.²⁹ Die modelverordening moet natuurlijk nog worden aangepast aan de nieuwe subsidieregels van Almunia.

Afgezien van allerlei artikelen, is in Nederland al lange tijd aandacht besteed aan de Europese staatssteunregels in het handboek van Leigh Hancher, Tom Ottervanger en Piet Jan

Slot.³⁰ Dat de uit 1957 daterende staatssteunregels ook van toepassing zijn op decentrale overheden werd in Nederland pas duidelijk in 2001 door de handleiding van Bart Hessel en Annelies Neven over Staatssteun voor decentrale overheden.³¹ In dat boek wordt beschreven hoe overheden proactief met de staatssteunregels kunnen omgaan en de kansen kunnen benutten die de mededelingen, de vrijstellingsverordeningen en de kaderregelingen en richtsnoeren van de Commissie hen bieden. Het boek was geschreven in opdracht van acht provincies en onze provincies hebben altijd duidelijk aandacht aan staatssteun besteed. Met de oprichting van het Kenniscentrum Europa decentraal werd de decentrale aandacht voor staatssteun aanzienlijk uitgebreid. Terwijl er aanvankelijke grote belangstelling bestond voor de nog niet bekende staatssteunregels, vond er vanaf de crisis van 2008 een duidelijke omslag plaats. Op landelijk niveau vonden we in Nederland weinig terug van de Lissabon-strategie die aan het Actieplan Staatssteun van Eurocommissaris Kroes³² ten grondslag lag en die ook doorwerkte in het Herstelplan van de Commissie van 2008.³³ Bij ons kwam de nadruk te liggen op bezuiniging zonder beleidsvisie. Op decentraal niveau werd vooral gepleit voor afschaffing van de staatssteunregels en ook daar zijn nauwelijks sporen van de Europese beleidsvisie terug te vinden.³⁴ Daarmee werd de aandacht voor staatssteun vooral incidenteel en dat verklaart ook de sterk groeiende belangstelling voor staatssteunregels in de advocatuur. In 2013 is op initiatief van Allard Knook het Staatssteunnetwerk opgericht, waarin samenwerking plaats vindt tussen de Nederlandse overheden, wetenschap, advocatuur, Europa decentraal, BZK en, wat zeer belangrijk is: de Europese Commissie.

Dat neemt echter niet weg dat er bij vele Nederlandse overheden vaak nog geen beleidsvisie is ontwikkeld, die de basis vormt voor het beleidsmatig omgaan met de staatssteunregels en het benutten van de kansen die die regels bieden voor bepaald overheidsbeleid. Zo zijn er ook nauwelijks sporen terug te vinden van de bewuste keuze die de Commissie in haar beleid heeft gemaakt voor de sociale markteconomie, als correctie op de liberale en haar aandacht voor

25 Regeling steun aan individuele bedrijven (Stcrt 11 maart 1980, nr.50).

26 HvJ EG 24 november 1987, nr. 223/85 (Rijn-Schelde-Verolme (RSV)), r.o. 17.

27 Dat kan verklaard worden door de keuze in het begin van de jaren negentig voor de liberale markteconomie. Sinds die tijd ontbreekt in Nederland een algemene visie op de rol van de overheid in aanvulling op of ter correctie van de markt.

28 Het toenmalige Kaderbesluit EZ-subsidies van 21 november 2008.

29 Bart Hessel, De VNG Model Algemene Subsidieverordening 'Subsidie zonder moeite': essentiële aanpassingen noodzakelijk om bij subsidiebeleid problemen met staatssteun te voorkomen Gst 2013/33; Bart Hessel, De VNG Model Algemene subsidieverordening 2013 vanuit staatssteunperspectief: hulde! Gst 2014/12. Zie desgewenst: oog-decentraleoverheden.nl/publicaties/staatssteun/artikelen.

30 Leigh Hancher, Tom Ottervanger & Piet Jan Slot, EC State Aid, 2nd ed. London 1999. De meest recente uitgave is van Sweet & Maxwell 2012.

31 Bart Hessel & Annelies Neven, Staatssteun en EG-recht, Praktische handleiding en checklist, Europees recht voor decentrale overheden, deel 1, Kluwer 2001.

32 Actieplan Staatssteun, Brussel, 7 juni 2005 COM(2005) 107 definitief.

33 Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad, Een Europees economisch herstelplan, Brussel, 26 november 2008 COM(2008) 800 definitief. Hierin komt de Commissie met beleidsvoorstellen die ertoe moeten leiden dat we beter uit de crisis komen dan we erin gingen. Zie desgewenst hierover: Bart Hessel, Europa als inspirator voor de bouwnijverheid, themanummer Kredietcrisis in de bouw, BR 2009/107.

34 Mario Monti, Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt; ten dienste van de Europese economie en samenleving (Rapport) 9 mei 2010; Mededeling van de Commissie, 'Naar een Single Market Act, Voor een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen, Brussel, 27 oktober 2010 COM(2010) 608 definitief; Mededeling van de Commissie Europa 2020, Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, Brussel 3.3.2010 COM(2010) 2020 definitief.

sociale verantwoordelijkheid van ondernemingen.³⁵ Die bewuste aanpassing van de economische orde zal ook gevolgen hebben op de staatssteun als D.G. Concurrentie die aanpassing laat doorwerken.

Kort gezegd, Nederlandse overheden laten kansen vaak onbenut, of het nu gaat om vastgoedtransacties³⁶ of Diensten van Algemeen Economisch Belang (hierna DAEB).³⁷ Het feit dat bepaalde besluitvorming of een bepaald contract aan het staatssteunrecht moet worden getoetst betekent immers niet dat hiermee in strijd wordt gehandeld. Er is tal van regelgeving dat het mogelijk maakt om een project staatssteunproof in te richten. Dat de Nederlandse overheden, in contrast met de situatie in de jaren zeventig, geen duidelijke beleidsvisie hebben op de economische structuur, kan verklaren dat plaatsvervangend directeur-generaal Mededinging Gert Jan Koopman in een interview in FORUM (23 januari 2014), het tijdschrift van VNO-NCW, heeft gesteld dat de Nederlandse overheid met staatssteun is blijven steken in 1957. Koopman wijst erop dat Nederland de kansen van de staatssteunregels laat lopen, bij de beleidsvorming niet proactief met de staatssteunregels omgaan, maar zich vooral beperken tot een toetsing achteraf, met alle mogelijke – in de vorige paragraaf besproken – risico's van dien.

3. 50 jaar staatssteunverbod

Het mag bekend zijn dat er sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU als aan de volgende vijf cumulatieve criteria is voldaan (ex art. 92 lid 1 EEG en art. 87 lid 1 EG):

1. De steun wordt door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd.
2. Hij komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties.
3. Hij verschaft voordeel aan de onderneming(en) dat zij niet langs normale commerciële weg, via de markt, zou(den) hebben verkregen.
4. De steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de interne markt.
5. De steun leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.

Door vijftig jaar rechtspraak van het Hof en beleid van de Commissie zijn al deze criteria uitgebreid uitgewerkt en dat kan natuurlijk niet allemaal behandeld worden. Wij pakken er maar een paar punten uit die aansluiten op de ontwikkelingen in Nederland.

3.1 Door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd

Dat decentrale overheden ook onder het begrip staat vallen is alom bekend en blijkt uit veel arresten van het Hof en beschikkingen van de Commissie.³⁸

Het Hof heeft verder duidelijk gemaakt dat we bij het onderscheid tussen staat en onderneming door het juridische jasje heen moeten kijken naar de feitelijke situatie. Zo is uit het arrest Van der Kooy duidelijk geworden dat steun die wordt verleend door privaatrechtelijke bedrijven waarin de staat een dominerende invloed heeft, wordt toegerekend aan de staat.³⁹ Omgekeerd is uit het arrest Pearle gebleken dat financiële transacties door een overheidsorgaan dat bij het verlenen van steun slechts fungeert als doorgeefluik zonder enige beleidsruimte, niet onder het begrip staatssteun valt.⁴⁰

De laatste jaren zien we dat we, mede als gevolg van een andere wijze van samenwerking binnen D-G Concurrentie, bij de uitleg van de staatssteunregels, meer de sporen tegenkomen die bekend zijn van het mededingingsrecht voor ondernemingen.⁴¹ Europeesrechtelijk gezien juichen wij het toe dat die samenhang wordt benadrukt. Voor Nederlandse (decentrale) overheden, die nauwelijks bekend zijn met het mededingingsrecht,⁴² is dat – ten onrechte – wel een complicerende factor. Dat de overheid niet aan de staatssteunregels kan ontsnappen door steunverlening via een aparte rechtspersoon heeft Nederland wel geleerd via het arrest Leeuwarder Papierwarenfabriek⁴³ en de beschikking van de Commissie inzake de waterstofperoxidefabriek FMC te Delfzijl.⁴⁴

3.2 Verruiming van de ongunstige invloed op de tussenstaatse handel

Zoals gezegd is het Philip Morrisarrest, dat betrekking had op de toepassing van de grote projectentoeslag van de WIR, lange tijd bepalend geweest voor de interpretatie van het criterium ongunstige invloed op de tussenstaatse handel. In dat arrest overwoog het Hof:

“Wanneer financiële steun van een staat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed.”⁴⁵

35 Door de VNG wordt gelukkig wel aandacht besteed aan de EU-doelstellingen van Europa 2020 en het Nationaal Hervormingsprogramma 2014 maar dat de Commissie de liberale markteconomie heeft gecorrigeerd vinden we daarin niet terug (Europa 2020/VNG). Dat speelde bij de discussies over de verkiezingen voor het Europees Parlement ook geen enkele rol.

36 A.Knook, Vastgoedtransacties sneller staatssteunproof. BR 2011/82.

37 Maarten Aalbers & Bart Hessel, De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (I) en (II) Gst. 2012/82 en Gst. 2012/89.

38 Voor de eerste keer zie HvJ EG 14 oktober 1987, nr. 248/84 (Duitsland/Commissie).

39 HvJ EG 2 februari 1988, nr. 67, 68, 70/85 (Van de Kooy e.a./Commissie).

40 HvJ EG 15 juli 2004, nr. C-345/02 (Pearle e.a.).

41 Zie bijvoorbeeld: Mededinging van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, Pb EU 2012, C 8/4.

42 Dat de aandacht voor het EU-recht te incidenteel is blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat decentrale overheden hun aandacht voor het mededingingsrecht goeddeels beperken tot de problematiek markt en overheid.

43 HvJ EG 26 november 1985, nr. 296 en 318/82 (Leeuwarder Papierfabriek).

44 Beschikking van de Commissie van 21 januari 1998, Pb EG 1998, L 171/36.

45 HvJ EG 17 september 1980, nr. 730/79, r.o. 11.

Hiervan uitgaande is het bepalend voor de ongunstige invloed op de tussenstaatse handel, of een onderneming actief is op een markt die een intracommunautair karakter heeft. Is de markt waarop de onderneming actief is louter lokaal dan is er geen sprake van staatssteun.

In het Altmarkarrest,⁴⁶ dat befaamd is voor de steun aan DAEB heeft het Hof van Justitie het begrip echter verruimd. Daarin bepaalde het Hof namelijk dat er ook sprake is van ongunstige invloed op de tussenstaatse handel als een overheid steun geeft aan een onderneming die op een lokale of regionale markt activiteiten verricht die ondernemingen uit andere lidstaten mogelijk ook zouden willen verrichten. Dat deze aanscherping van het criterium voor Nederland relevant is, mag blijken uit de reacties op de uitspraak van de Raad van State in de zaak Ridderstee.⁴⁷ De Afdeling kwam onder toepassing van het Philip Morrisarrest tot de conclusie dat er geen sprake is van staatssteun waardoor de provincie Zuid-Holland werd afgestraft. Dit gebeurde op 28 mei jl. een tweede maal door de Rechtbank Rotterdam, die opnieuw oordeelde dat een verzoek om subsidieverlening niet eenvoudig kan worden afgewezen op grond van het staatssteunrecht.⁴⁸

Overigens heeft het Hof van Justitie in het genoemde Pearle arrest als antwoord op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad ook duidelijk gemaakt dat overheden pas moeten aanmelden als aan alle criteria van het staatssteunverbod is voldaan.⁴⁹ Dat daarover bij de Hoge Raad terecht enige onduidelijkheid bestond, werd door het Hof kennelijk nogal onbenullig geacht. Voor de Nederlandse staatssteunpraktijk zijn wij overigens niet gelukkig met dit arrest. In hun handleiding voor decentrale overheden kozen Bart Hessel en Annelies Neven er, in overleg met de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging en het Coördinatiepunt staatssteun van BZK voor de voorzichtige benadering dat overheden al moeten gaan aanmelden als aan de eerste drie criteria is voldaan, omdat de Commissie bijna altijd tot de conclusie komt dat er sprake is van (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige invloed op de tussenstaatse handel.⁵⁰ Die voorzichtige benadering is later overgenomen door het toenmalige Ministeries van Verkeer en Waterstaat en VROM, het Ministerie van BZK, Europa decentraal en de Gemeente Den Haag en ook door Bart Hessel enigszins aangescherpt: aanmelden, tenzij het voor de overheid duidelijk is dat de steun, naar het oordeel van de Commissie niet leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige invloed op de tussenstaatse handel.⁵¹

Van belang hierbij is overigens dat, zoals op wel meer gebieden van het staatssteunrecht, er voor wat betreft de vraag

of er sprake is van beïnvloeding van het interstatelijke handelsverkeer een zekere discrepantie lijkt te bestaan tussen de rechtsspraak van het Hof van Justitie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie.⁵² Alhoewel de opvatting van het Hof in het Pearle arrest enerzijds duidelijk is, is anderzijds de Europese Commissie van mening dat in vrijwel elke situatie aan de laatste twee criteria wordt voldaan. Een belangrijke beschikking van de Europese Commissie in dit verband betreft de herontwikkeling van de Gemeente Leidschendam-Voorburg uit 2013, waarin de Commissie oordeelde dat een bedrag van € 6,9 miljoen aan een combinatie van twee ontwikkelaars moest worden teruggevorderd omdat de gemeente in strijd met het staatssteunrecht had gehandeld. De Europese Commissie oordeelde:

“Aangezien de betwiste maatregelen [de combinatie] van kosten bevrijden die de onderneming anders overeenkomstig de samenwerkingsovereenkomst van 2004 zou hebben gedragen, versterken deze maatregelen de concurrentiepositie van [de combinatie] 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.”⁵³

Alhoewel de Europese Commissie met deze laatste overweging aansluit bij vaste jurisprudentie van de Europese Commissie,⁵⁴ 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, met expliciet verwijzing naar het genoemde Altmark arrest:

“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

46 HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00 (Altmark).

47 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, nr. 201111694/1/A4.

48 Rb. Rotterdam 28 mei 2014, AB 2014/301 m.nt. Knook.

49 Arrest Pearle, de punten 32 en 33.

50 Bart Hessel & Annelies Neven, Staatssteun en EG-recht, Praktische handleiding en checklist, Europees recht voor decentrale overheden, deel 1, Kluwer 2001, p. 93.

51 Zie bijv. Checklist staatssteun, Ministerie van V&W, p. 10 en 33.

52 Eenzelfde ontwikkeling is bijvoorbeeld ook te zien op het gebied van Diensten van Algemeen Economisch Belang, zie: Knook, De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd, NTER, 2013, nr. 6, p. 191-196.

53 Besluit van 23 januari 2013, Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de Gemeente Leidschendam-Voorburg, Brussel, C(2013) r.o. 87.

54 Nr. 730/79, Philip Morris Holland BV/Commissie, punten 11 en 12, arrest van 17 juni 1999 in nr. C-75/97, België/Commissie, punten 47-48, arrest van 30 april 1998 in nr. T-214/95, Vlaams Gewest/Commissie, punten 48-50, arrest van 6 maart 2002 in nr. T-92/00 en T-103/00, Diputación Foral de Álava/Commissie, punt 72, en arrest van 11 juni 2009 in nr. T-222/04, Italië/Commissie, punt 43.

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.”⁵⁵

Hieruit blijkt wel 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. Zo oordeelde de Europese Commissie in 2012 dat er bij grondtransacties tussen de Gemeente Sliedrecht een ontwikkelaar en een manege geen sprake was van beïnvloeding van het interstatelijke verkeer. 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.”⁵⁶

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.”⁵⁷

Als gevolg hiervan kunnen ook zeer kleine projecten onder de reikwijdte van het staatssteunverbod van art. 107 lid 1 VWEU vallen. In de praktijk betekent dit dat al snel aan het staatssteunrecht moet worden getoetst indien een overheid een afspraak van financiële aard maakt met een onderne-

ming, waarbij bovendien de begrippen ‘overheid’ en ‘onderneming’ ruim moeten worden geïnterpreteerd.

3.3 Een ruim staatssteunverbod maar ook ruime beleidsmogelijkheden

Omdat het staatssteunverbod van art. 107 lid 1 VWEU steeds ruimer is geworden, is het steeds belangrijker geworden de aandacht te richten op de uitzonderingen die de Verdragen op dat verbod bieden. Oorspronkelijk waren dat de leden 2 en 3 van art. 92 EEG, later terug te vinden in de leden 2 en 3 van art. 87 EG en diezelfde uitzonderingen vinden we nu terug in de leden 2 en 3 van art. 107 VWEU. Beleidsmatig gezien zijn de uitzonderingen die genoemd worden in art. 107 lid 3 VWEU van essentieel belang. De laatste 20 jaar heeft de Commissie haar visie op die uitzonderingsmogelijkheden steeds verder vormgegeven en bekendgemaakt. Dat heeft allereerst geleid tot de invoering van vrijstellingsverordeningen die mogelijkheid bieden om aan de aanmeldingsplicht te ontkomen. Daarnaast heeft de Commissie in een toenemend aantal kaderregelingen en richtsnoeren bekendgemaakt waar een steunmaatregel aan moet voldoen om voor goedkeuring in aanmerking te komen. Terwijl de vrijstellingsverordeningen, kaderregelingen en richtsnoeren onder het Actieplan Staatssteun van commissaris Kroes aanzienlijk zijn uitgebreid, de Algemene groepsvrijstellingsverordening van 2008 bood overheden zeer veel beleidskansen,⁵⁸ zijn die vrijstellingsmogelijkheden, kaderregelingen en richtsnoeren recentelijk door commissaris Almunia nog verder uitgebreid.⁵⁹ Het nieuwe staatssteunpakket dat per 1 juli 2014 in werking is getreden biedt overheden daardoor nog veel meer beleidsmogelijkheden om proactief met de staatssteunregels om te gaan. Zoals gezegd betekent het toetsen aan het staatssteunrecht zeker niet dat automatisch hiermee in strijd wordt gehandeld. In de praktijk komt elke staatssteuntoets dan ook neer op een drietrapsraket, waarbij:

1. In de eerste plaats proactief moet worden onderzocht in hoeverre de desbetreffende financiële afspraken überhaupt binnen de reikwijdte van het staatssteunverbod van art. 107 lid 1 VWEU vallen. Bij de uitwerking van de financiële transactie kan dan ook vooraf bezien worden of voorkomen kan worden dat er sprake is van staatssteun.⁶⁰
2. In de tweede plaats proactief moet worden onderzocht of de financiële afspraak of algemene subsidieverordening onder een van de vrijstellingsverordeningen van de Commissie kan worden gebracht zodat aanmelden niet nodig is. Daarbij moet de steunmaatregel voldoen

⁵⁸ Verordening (EG) 800/2008, Pb EU 2008, L 214/3.

⁵⁹ Zo is bijvoorbeeld de Algemene groepsvrijstellingsverordening uitgebreid. Bij het afronden van deze bijdrage was de Nederlandse tekst nog niet gepubliceerd. Zie European Commission, Brussels C(2014) 3292/3).

⁶⁰ Zie desgewenst Maarten Aalbers & Bart Hessel, Beleidskansen bij de regels van staatssteun, Kans 1: Staatssteun voorkomen, in Bart Hessel, Ann-Marie Kühler & Emile Perton (red.), Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, praktijkcahiers Europees recht, deel 6, Sdu Uitgevers 2011, p. 172 e.v..

⁵⁵ R.o. 88 Beschikking van de Europese Commissie 23 januari 2013, SA.24123, C(2013).

⁵⁶ Beschikking van de Commissie van 7 november 2012, SA.34404, C(2012) 7541, punt 19.

⁵⁷ SA.31877 (2011/N), r.o. 34.

aan alle voorwaarden die de vrijstellingsverordening noemt.⁶¹

3. In de derde plaats proactief moet worden gezien of de steunmaatregel die wel moet worden aangemeld zodanig ingericht kan worden dat de Commissie de staatssteun verenigbaar zal verklaren met de interne markt. Dit is mogelijk door bij deze melding aan te haken bij door de Commissie gepubliceerde kaderregelingen, richtsnoeren of haar beschikkingenpraktijk.⁶²

4. 50 jaar staatssteunbeleid

Een belangrijke stap in de ontwikkeling van de Europese staatssteunregels is het Actieplan Staatssteun dat Eurocommissaris Kroes in 2005 heeft bekendgemaakt.⁶³ In dat Actieplan, dat gebaseerd was op de Lissabon Strategie, koos de Commissie voor een omvangrijk hervormingspakket gebaseerd op de volgende elementen:

- minder en beter gerichte staatssteun;
- een verfijnde economische aanpak;
- meer doelmatigheid op het gebied van procedures, betere handhaving, grotere voorspelbaarheid en meer transparantie;
- een gedeelde verantwoordelijkheid voor de Commissie en de lidstaten.

Op basis van dat Actieplan werd de de-minimisvrijstelling verhoogd van € 100.000 naar € 200.000, de beperkingen voor de landbouwsector werden verengd tot primaire landbouwbedrijven en de verschillende aanmeldingsvrijstellingen werden samengenomen en aanzienlijk uitgebreid door de Algemene groepsvrijstellingsverordening van 2008.⁶⁴

De kaderregelingen en richtsnoeren waarin de Commissie aangeeft aan welke eisen een aan te melden steunmaatregel moet voldoen om voor goedkeuring in aanmerking te komen werden ook geactualiseerd en aanzienlijk uitgebreid.⁶⁵ Hierbij kan onder meer gedacht worden aan de Kaderregeling voor O&O&I-steun⁶⁶ en het Milieusteunkader 2008.⁶⁷ Dat had met name te maken met de introductie van de verfijnde economische toets.

4.1 Introductie van de verfijnde economische toets in 2010

Met het Actieplan Staatssteun heeft de Europese Commissie de verfijnde economische toets ingevoerd. Als gevolg daarvan moet bij een aanmelding van staatssteun, om voor de exceptie van art. 107 lid 3 VWEU (voorheen art. 87 lid 3 EG) in aanmerking te komen, aan twee extra voorwaarden worden voldaan. Allereerst moet de relevante Europese doelstelling die wordt ingeroepen gerelateerd worden aan bepaalde vormen van marktfalen.⁶⁸ Bij de doelstelling milieu kan alles gerelateerd worden aan negatieve externe effecten, maar bij O&O&I kunnen we bijna alle vormen van marktfalen tegenkomen.⁶⁹ Vervolgens moet de overheid die steun wil gaan verlenen, naast de gebruikelijke noodzakelijkheids- en de proportionaliteitstoets van de staatssteun, ook nog een economische geschiktheidstoets doen. Dat wil zeggen dat gezien moet worden of de marktinterventie van staatssteun het meest geschikt is bijvoorbeeld in vergelijking met de marktinterventie van wetgeving. Vanuit zijn economische achtergrond heeft Bart Hessel begrip getoond voor deze verfijnde economische toets, maar gewezen op de problemen bij de praktische toepassing.⁷⁰ Bij overheden zijn de kenners van de markteconomie en de vormen van marktfalen op de vingers van één hand te tellen, zodat de verfijnde economische toets de beleidsmatig gezien zinvolle afstemming met de Commissie zeker niet stimuleert.⁷¹ In verband met de door Koopman terecht gemiste proactieve omgang met de staatssteunregels door de Nederlandse overheden willen wij in aansluiting op de verfijnde economische toets nog het volgende opmerken. Overheden moeten zich bewust zijn dat de rol die zij op de markt innemen bepalend is voor de Europese regels waar zij mee te maken hebben.⁷² Dat geldt vanzelfsprekend niet alleen voor het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht, maar ook voor de regels van vrij verkeer en het mededingingsrecht, in het verlengde daarvan, de gedragsregels op grond van de Wet Markt en Overheid. Als de overheden dan van te voren bezien welke regels – verboden en uitzonderingen – de meeste ruimte bieden om hun, ook door de EU gedeelde, beleidsdoelstellingen te realiseren, wordt hen geadviseerd bewust

61 Zie desgewenst Maarten Aalbers & Bart Hessel, Beleidskansen bij de regels van staatssteun, Kans 2 Aanmelden voorkomen, in Bart Hessel, Ann-Marie Kühler & Emile Perton (red.), Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, praktijkcahiers Europees recht, deel 6, Sdu Uitgevers 2011, p. 180 e.v..

62 Zie desgewenst Maarten Aalbers & Bart Hessel, Beleidskansen bij de regels van staatssteun, Kans 3 Aanmelden en afstemmen met de Commissie, in Bart Hessel, Ann-Marie Kühler & Emile Perton (red.), Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, praktijkcahiers Europees recht, deel 6, Sdu Uitgevers 2011, p.191 e.v..

63 B. Hessel, Vergaande gevolgen van het Actieplan Staatssteun voor decentrale overheden, Gst. 2009, afl. 7310, p. 37-45.

64 Verordening (EG) 800/2008, Pb EU 2008, L 214/3.

65 Opmerkelijk is dat de Commissie er voor het uitbreken van de crisis in 2008 nog niet toe was gekomen de Richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan te passen. Tijdens de crisis werd dus gewerkt met de richtsnoeren uit 2004 (Pb EU 2004, C 244/2).

66 Pb EU 2006, C 323/1.

67 Pb EU 2008, C 82/1.

68 Bij marktfalen moet gedacht worden aan (1) positieve of negatieve externe effecten; (2) collectieve goederen; (3) imperfecte informatie; (4) coördinatieproblemen; en (5) marktmacht.

69 Pb EU 2006, C 323/6.

70 Bart Hessel, De economische benadering van staatssteun. Ingrijpende gevolgen voor de decentrale staatssteunpraktijk, in: Bart Hessel, Emile Perton & Jolinda Verwoert, Europa op het grensvlak van recht en beleid, Praktijkcahiers Europees recht, deel 1, Sdu Uitgevers 2007, p. 75-88. Zie desgewenst: oog-decentraleoverheden.nl/publicaties/staatssteun/artikelen.

71 Dat probleem speelt echter niet meer wanneer we de verfijnde economische toets kunnen beperken tot gebruik van gezond verstand, zoals de Commissie heeft gedaan in de beschikking over financiering van de onrendabele top in de zaak Marktpassage Haaksbergen. Het marktfalen werd daar beperkt tot het probleem van de onrendabele top en dan is het uitleiden van een zak centen, dus staatssteun, een geschikt instrument. Beschikking van de Commissie van 4 april 2006, Steunmaatregel C 33/2005, Pb EU, L 307/207.

72 Zie hierover ook: Bart Hessel, Ann-Marie Kühler & Emile Perton, Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, Praktijkcahiers Europees recht, deel 6, Sdu Uitgevers 2011.

die marktrol te kiezen die de meeste ruimte biedt om hun beleidsdoelstellingen te realiseren.

4.2 De modernisering van het staatssteunrecht in 2014

De belangrijkste ontwikkeling van het staatssteunrecht vindt ongetwijfeld dit jaar plaats, nu 90 procent van het staatssteunrecht zal worden geactualiseerd. Bij het verschijnen van dit artikel zal de meeste nieuwe regelgeving in werking zijn getreden. De gevolgen hiervan moeten niet worden onderschat.⁷³ Er komen immers nieuwe mogelijkheden om een project staatssteunproof te maken, onder andere op het gebied van sport, cultuur, cultureel erfgoed, visserij, voeding, OV, breedband, infrastructuur en innovatie. De Europese Commissie heeft voorts zeven algemene beginsels geformuleerd waar elke melding bij de Europese Commissie aan moet worden getoetst.⁷⁴

De meest belangrijke verandering is echter de inwerking-treding van wat wel de "Algemene Wet Staatssteunrecht" kan worden genoemd, een Mededeling van de Europese Commissie met algemene regels met betrekking tot het staatssteunrecht die voor elke specifieke regelgeving gelden.⁷⁵ Deze Mededeling heeft bovendien tot gevolg tot verschillende specifieke regelgeving wordt ingetrokken. Dat een dergelijke ontwikkeling in de praktijk niet altijd even positief is laat het volgende voorbeeld zien.

Op dit moment schrijft de Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen⁷⁶ 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.⁷⁷

Alhoewel de Mededeling in de praktijk als een van de meest heldere instrumenten van het staatssteunrecht kan worden beschouwd, komt deze helaas te verdwijnen en komt hier naar verwachting geen nieuwe Mededeling voor terug. Dat betekent dat vastgoedtransacties in het vervolg aan de genoemde "Algemene Wet Staatssteunrecht" getoetst moeten worden. In deze algemene regelgeving komt de nadruk

sterk te liggen op een case-by-case toets aan het market economy investors principle. Dit beginsel kan worden beschouwd als een van de basisbeginselen van het staatssteunrecht en komt kort gezegd neer op de vraag: 'zou een private investeerder een vergelijkbare investering onder normale markteconomische voorwaarden aanvaardbaar vinden?'⁷⁸ Op grond van dit beginsel moet bijvoorbeeld een grondprijs overeenkomen met de prijs die "een particuliere investeerder in normale mededingingsomstandigheden waarschijnlijk had vastgesteld".⁷⁹ Om binnen het voorbeeld van vastgoedtransactie te blijven, betekent dit dat dergelijke transacties in de toekomst (?)⁸⁰ moeten worden aanbesteed, ofwel getoetst moeten worden aan het pari passu beginsel – wat kort gezegd inhoudt dat een overheid op gelijke voet met marktpartijen moet handelen. Alhoewel die eerste procedure vergelijkbaar is met de openbare biedprocedure van de genoemde Mededeling inzake grondtransacties, wordt hier in de praktijk weinig gebruik van gemaakt, maar baseert men doorgaans de prijs op een taxatierapport. Dat zal in de toekomst niet meer als zodanig mogelijk zijn.

De overheid zal daarentegen, als gevolg van het pari passu beginsel, op vrij uitvoerige wijze moeten aantonen dat het op dezelfde wijze, op hetzelfde moment en onder dezelfde voorwaarden als betrokken marktpartijen heeft gehandeld, waarbij bovendien van belang is de vraag in hoeverre deze marktpartijen handelden in de wetenschap dat de desbetreffende overheid ook betrokken was (bijvoorbeeld garant wou staan). Alleen als de empirische vergelijking aan de hand van het pari passu beginsel of een openbare biedprocedure niet mogelijk is, kan de desbetreffende overheid zich wenden tot benchmarking of andere waarderingsmethodes. Dit voorbeeld laat zien dat, alhoewel met de algemene mededeling wordt beoogd meer duidelijkheid te scheppen, het zeer de vraag zal zijn in hoeverre dit doel in de praktijk zal worden bereikt.

5. Conclusie

50 jaar staatssteunrecht in Nederland laat zich niet eenvoudig samenvatten. Duidelijk is in ieder geval dat het staatssteunproof handelen niet alleen meer op rijksniveau van belang wordt geacht. Toen in Nederland een duidelijke structuurpolitiek werd gevoerd was er een duidelijke band tussen de rijksoverheid en de Commissie. Later is ook het besef bij decentrale overheden sterk gegroeid. De economische crisis heeft dit besef nog verder doen groeien, niet alleen omdat concurrenten steeds vaker naar de rechter of de Europese Commissie stappen, maar ook omdat steeds vaker

73 Zie, meer uitgebreid, De modernisering van het staatssteunrecht – de gevolgen voor de gemeentelijke praktijk.

74 Deze beginselen zijn terug te vinden in de diverse nieuwe specifieke regelgeving die tot nu toe is aangenomen door de Europese Commissie. Zie: ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html.

75 ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html.

76 Pb EC1997/C209/3.

77 Meer uitgebreid: Allard Knook, Vastgoedtransacties sneller staatssteunproof, BR 2011/82.

78 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 industriële sector, Pb 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.

79 R.o. 69.

80 Afhankelijk vanzelfsprekend van het moment van verschijnen van dit artikel en de inwerkingtreding van de nieuwe mededeling.

een beroep op de overheid wordt gedaan om projecten van de grond te krijgen.

Tegelijkertijd is, alhoewel de Verdragsregels nauwelijks veranderd zijn, de invulling daarvan door de Commissie en het Hof in de loop der jaren zeer complex geworden. De invoering van de economische toets en daarmee de koppeling naar de markteconomie voor overheden heeft deze complexiteit zeker niet doen verminderen. Daar komt bij dat er soms licht blijkt te zitten tussen de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie.

Het moderniseringsprogramma beoogt de complexiteit te verminderen, maar het is maar zeer de vraag in hoeverre de Europese Commissie hier in de praktijk in is geslaagd. Positief is vanzelfsprekend wel de toenemende aandacht voor vrijstellingen van aanmelden en verruiming van de kaderregelingen en richtsnoeren, waardoor meer mogelijkheden zijn gecreëerd om projecten staatssteunproef in te richten.

Daarmee wordt het in (nabije) toekomst, in aansluiting op het genoemde pleidooi van Koopman, in de praktijk nog meer van belang om goed te kijken naar de beleidsmogelijkheden die het staatssteunrecht biedt. Alhoewel vaak wordt gezegd dat in het staatssteunrecht zelf het verbod op het verlenen van staatssteun centraal staat, staan in de praktijk de uitzonderingen op dit verbod vanzelfsprekend centraal. Die uitzonderingen, die de kansen bieden om aanmelden te voorkomen dan wel snel goedkeuring door de Commissie te krijgen, zijn er legio. Als iets duidelijk is na 50 jaar dan is het dat de mogelijkheden om staatssteunproef te handelen talrijker zijn dan ooit.