

Redactioneel

mr. M.J.J.M. Essers

Toen we vernamen over de ernstige ziekte van ons redactielid Bart Hessel, ontstond na het verwerken van de eerste klap al snel het idee om Bart met een speciaal 'Hesselnummer' te eren voor zijn inzet voor het staatssteunrecht. De auteurs die we daarvoor benaderden stemden stuk voor stuk meteen in. Er kwamen zelfs spontane verzoeken om een bijdrage te mogen leveren aan dit bijzondere nummer. De betrokkenheid van de auteurs onderstreept niet alleen de betekenis van Bart Hessel voor het rechtsgebied. De persoonlijke noten in menige bijdrage verraden ook de waardering van de auteurs, die soms jaren met Bart samenwerkten, voor Bart Hessel als persoon. Angélique van Herwijnen, Robert-Jan van Lotringen en Doortje Ninck Blok noemen Bart Hessel niet voor niets de Vader van het Nederlandse Staatssteunbewustzijn.

Zelf kwam ik in 1986 voor het eerst met Bart Hessel in contact. Hij was toen docent aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht, druk bezig met zijn proefschrift. Bart en zijn mede-docenten, waaronder Kamiel Mortelmans en Kees Hellingman, wekten toen mijn interesse voor het Economisch Publiekrecht, het brede rechtsgebied waar staatssteun een onderdeel van is. Er was toen nog geen Kenniscentrum Europa Decentraal dat aan provincies, waterschappen en gemeenten voorlichting en advies geeft over staatssteun en evenmin een Coördinatiepunt Staatssteun van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Er waren geen Nederlandse handboeken op het gebied van staatssteun en er was geen *Tijdschrift voor Staatssteun*. Maar Bart Hessel was er wel en hij zou aan al deze initiatieven, die in Nederland het staatssteunrecht op de kaart zetten, een belangrijke bijdrage leveren.

De inzet van Bart Hessel voor dit rechtsgebied was mede ingegeven door zijn ambitie om de decentrale overheden beter bekend te maken met het Europese recht. In 1997 schreef Bart daartoe (met Kamiel Mortelmans) het 'Handboek van het Europese recht voor decentrale overheden'. Vanaf 1999 zette hij zich in voor de oprichting van het Kenniscentrum Europa Decentraal en in 2001 volgde het 'Handboek Staatssteun en decentrale overheden' (samen met Annelies Neven). Een jaar later werd het Kenniscentrum Europa Decentraal geopend. Bart steunde dit kenniscentrum van harte en was jarenlang voorzitter van haar wetenschappelijke raad. Annemiek Wissink en Ilse Jozepa openen dit nummer met een bijdrage over het ontstaan van het Kenniscentrum. We leren van hen dat het kenniscentrum in haar eerste jaren, op advies van Bart Hessel, een voorzichtige lijn volgde op grond waarvan decentrale overheden duidelijk op de risico's van ongeoorloofde staatssteun werd gewezen en aan hen werd aangeraden om bij twijfel tot melding over te gaan. Na deze periode, waarin de nadruk in Barts contacten met overheden lag op het doorgeven van kennis over de staatssteunregels en het waarschuwen over de risico's bij overtreding daarvan, kwam er een tweede periode waarin hij meer de nadruk ging leggen op beleidsmatige aspecten. Het 'juridische Europa-proof' werd vervangen door het 'beleidsmatig Europabewustzijn'. Bart zag (de vrijstellingen voor) staatssteun op basis van zijn brede blik als rechtsinstrument voor het realiseren van een sociaaleconomische ordening (de Europese sociale markteconomie) waarin solidariteit en duurzaamheid centraal staan.

In het voorjaar van 2014 nam Bart Hessel afscheid als hoogleraar Europees recht en decentrale overheden aan de Universiteit Utrecht. Zijn liefde voor het staatssteunrecht en zijn inzet voor een beleidsmatige benadering bleven. Bart Hessel werd in 2014 adviseur in het team van Pieter Kuypers bij AKD. In ons *Tijdschrift voor Staatssteun* publiceerde hij in 2016 nog een lange bijdrage over de beleidsmatige benadering van de staatssteunregels, waarbij de nadruk niet ligt op de beperkingen die uit het Europese recht voortvloeien maar op de ruimte die het Europese recht biedt om het publieke belang te dienen. Staatssteun wordt in die benadering niet noodzakelijk als een belemmering van de interne markt gezien. Het kan ook een instrument zijn om beleidsdoelstellingen te realiseren. Deze beleidsmatige benadering, waarin marktwerking en bescherming van publieke belangen centraal staan, wordt ook omarmd door de jongste generatie van wetenschappers aan het Europa Instituut, zo blijkt wel uit de bijdrage 'Van belemmeringen naar kansen: Europees recht beleidsmatig benaderd' van Anna Gerbrandy en Willem Janssen.

Utrecht staat in deze benadering niet alleen. Ook 'Brussel' beweegt zich in die richting. De noodzaak om uit oogpunt van rechtszekerheid op grote schaal staatssteunverlening te melden werd door de Europese Commissie weggenomen met vrijstellingsverordeningen. De vrijstellingsverordeningen geven decentrale overheden meer vrijheid om van de verlening van staatssteun een instrument te maken van hun sociaaleconomische beleid. Arjen Bregman gaat in zijn bijdrage over gebiedsontwikkeling onder andere in op de ruimte die de recente Mededeling betreffende het begrip 'staatssteun' van de Europese Commissie d.d. 19 juli 2016 biedt voor maatschappelijke overwegingen bij de verlening van steun.

Dit redactioneel begon met de verdienste van Bart als docent en met zijn brede blik waarin het staatssteunrecht in samenhang met andere gebieden van Europees recht wordt gezien. Deze brede benadering is ook waar het *Tijdschrift voor Staatssteun* voor kiest. Mededinging, aanbesteding, markt en overheid en openbare diensten behoren net zo goed tot haar werkgebied als staatssteun (vanaf een volgend nummer wordt daar het aanbestedingsrecht nog aan toegevoegd). Het hoeft dan ook niet te verbazen dat in dit nummer ook aandacht wordt besteed aan het vrij verkeerrecht, het aanbestedingsrecht (bijdragen van Pieter Kuypers, Anna Gerbrandy en Willem Janssen), de Dienstenrichtlijn (bijdrage van Paul Hogenhuis en Sybe de Vries), de Wet markt en overheid en het mededingingsrecht (bijdrage van de drie collega's van Bart Hessel van een vorige generatie die aan het Europa Instituut werkzaam was: Pierette Gaasbeek, Kees Hellingman en Johan van de Gronden) toe behoren. Barts belangrijkste verdienste is echter in mijn ogen geweest dat hij zich niet heeft laten opsluiten in de ivoren toren van het Europa Instituut. Hij heeft meer dan wie ook bijgedragen aan een vertaling van het staatssteunrecht naar praktische concepten die door (decentrale) overheden konden worden toegepast bij de verlening van staatssteun.

Bart, namens je mede-redactieleden veel dank voor je inzet voor ons tijdschrift en voor wat je voor ons, de auteurs en de lezers daarvan door de jaren heen betekende. We wensen je veel sterkte in de komende periode toe. We zullen ons best doen om in dit tijdschrift jouw beleidsmatige benadering de aandacht te blijven geven die zij verdient en om jouw roep om aandacht voor de beginselen van solidariteit en duurzaamheid die ten grondslag liggen aan de sociale markteconomie bij beleidsmakers en wetgevers te laten blijven klinken.

Bart Hessel aan de wieg van Europa decentraal

mr. drs. A. Wissink en I. Jozepa¹

1. Bart Hessel en Europa decentraal

Het is momenteel niet meer voor te stellen dat er een tijd was dat Europese wet- en regelgeving een ondergeschikte rol speelde in het beleid van decentrale overheden. Toch was dit eind van de vorige eeuw het geval. De invloed van Europese wet- en regelgeving in Nederland was geen prioriteit voor gemeenten, provincies en waterschappen. En bij departementen stond het betrekken van decentrale overheden bij hun inzet in Brussel ook niet op de kaart. Toch was de invloed van Europese regels op gemeenten, provincies en waterschappen groeiende. Eén van de eersten die dit onderkende was Bart Hessel. Bart Hessel was samen met zijn collega prof. Kamiel Mortelmans de eerste in Nederland die omvangrijk onderzoek heeft gedaan naar de betekenis van het Europese recht voor decentrale overheden. Dit leidde in 1997 tot een wetenschappelijk handboek. Voor Bart Hessel stond vast dat deze ontwikkeling niet te stuiten was en dat er iets gedaan moest worden. In zijn oratie *Bouwen aan een stad in Europa* (1999) pleitte Bart Hessel voor de oprichting van een adviescentrum voor decentrale overheden op het gebied van Europees recht. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de oprichting van het Kenniscentrum Europa decentraal in 2002.

1.1. De weg naar de oprichting van het kenniscentrum

In de periode tussen het verschijnen van het wetenschappelijk handboek in 1997 en de oprichting van het kenniscentrum in 2002 raakten de koepelorganisaties van decentrale overheden, IPO (Interprovinciaal Overleg), VNG (Vereniging van Nederlandse Gemeenten) en Unie van Waterschappen, evenals het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties doordrongen van het belang van de gevolgen van Europese wet- en regelgeving voor decentrale overheden. Rijksoverheid en decentrale overheden hadden elkaar hierin nodig omdat eventuele fouten die decentrale overheden zouden maken in de toepassing van Europese wet- en regelgeving zouden kunnen leiden tot een zaak voor het Hof van Justitie waarin de lidstaat Nederland, in de

persoon van de minister, dan gedaagd zou worden. Het was daarom in ieders belang een faciliteit in het leven te roepen die dit zou kunnen voorkomen. De keuze viel op een instrument dat via voorlichting en advies fouten van decentrale overheden met Europese regels moest voorkomen. Dit werd het kenniscentrum Europa decentraal, dat in 2002 gezamenlijk is opgericht door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW).

Het kenniscentrum hoefde niet helemaal van nul te beginnen. Binnen de VNG bestond reeds het informatiepunt Europa dat zich richtte op voorlichting over Europees nieuws dat werd verspreid binnen de VNG en binnen het IPO. Het IPO participeerde reeds in het Informatiepunt. Besloten werd het informatiepunt uit te bouwen tot een kenniscentrum dat informatie en advies over de toepassing van Europese wet- en regelgeving aan decentrale overheden zou moeten verstrekken. Dit kon echter niet zonder dat het Europa bewustzijn bij decentrale overheden vergroot zou worden. Het kenniscentrum kreeg daarom een tweeledig doel: 'kennis en expertise over Europees recht en beleid en de juiste toepassing ervan bij de decentrale overheden te vergroten en het Europabewustzijn te bevorderen.' Om het gebruik van de aan te bieden diensten zo groot mogelijk te maken werd besloten dat de doelgroep (decentrale overheden) kosteloos gebruik kon maken van de diensten van het kenniscentrum.

1.2. De dienstverlening van het kenniscentrum

Het formeel oprichten van het kenniscentrum was één ding, het inrichten van de organisatie was iets heel anders. Zowel bij de financiers van het kenniscentrum als bij de aangetrokken medewerkers en directeur was de kennis over de gevolgen van Europese regels voor decentrale overheden beperkt. Hier kwam de kennis en ervaring van Bart Hessel goed van pas. Talloze malen voorzag hij de medewerkers en directeur van Europa decentraal gevraagd en ongevraagd van kennis en van concrete praktijkvoorbeelden. En vaak was hij de bedenker van het thema van het jaarcongres. Ook zijn verblijf van een half jaar als gastdocent aan de universiteit van Granada weerhield hem niet om met grote regelmaat te schakelen met Europa decentraal en zijn kennis en advies door te geven. Hij was dan ook een

1. Dit artikel is gebaseerd op herinneringen van de voormalige directeur van Europa decentraal, Annemiek Wissink en voormalig adviseur voor staatssteun Ilze Jozepa.

vaste gast in het pand in het Statenkwartier waar Europa decentraal in zijn beginjaren gevestigd was. Tevens reisden medewerkers en directeur regelmatig af naar zijn met papier overladen kantoor op de Universiteit Utrecht, waar hij wonder boven wonder altijd wel de juiste rapporten en adviezen uit de stapels wist te halen.

De kennis en ervaring van Bart Hessel is van cruciaal belang geweest in de opstart van het kenniscentrum. Vooral als het ging om het leveren van inhoudelijke kennis en advies aan decentrale overheden. Bart pakte samen met Europa decentraal veel nieuwe onderwerpen op en in deze samenwerking zijn verschillende publicaties tot stand gekomen. Deze hebben het profiel van de toen jonge organisatie versterkt. Zo kreeg eerst de financiering van lokale publieke omroepen de nodige aandacht.² In de serie *Praktijkcahiers Europees recht* heeft Bart Hessel samen met de medewerkers diverse boeken geschreven. De serie beoogde praktische naslagwerken te bieden voor mensen die voor hun werk of studie met Europees recht te maken hadden. De verschillende onderwerpen werden belicht door een algemeen, theoretisch kader te ondersteunen met echte voorbeelden uit de praktijk. Voor het tweede boek '1001 vragen over staatssteun' putte Bart samen met adviseurs van Europa decentraal in de meer dan duizend praktijkvragen van gemeenten, provincies en waterschappen, die het kenniscentrum sinds de oprichting had beantwoord.³ De vragen schetsten een goed beeld van wat er bij decentrale overheden qua staatssteun speelde. Het boek wees op de beleidskansen die de Europese staatssteunregels boden om hen voor valkuilen te behoeden. Verder in de serie *Praktijkcahiers* schreef prof. Hessel samen met het kenniscentrum over Europees recht voor decentrale overheden op het grensvlak van recht en beleid, over de Dienstenrichtlijn en over de beleidskansen die de Europese interne marktregels bieden.⁴ In 2012 schreef hij mee aan twee artikelen over de toepassing van de staatssteunregels over diensten van algemeen economisch belang in de Gemeentestem.⁵

2. B.Hessel, R.J. van Lotringen, Financiële ondersteuning van regionale en lokale publieke omroepen. De randvoorwaarden van het Gemeenschapsrecht. De Gemeentestem 2003, No. 7188, p.353 – 362.
3. A. Groeneveld, B. Hessel & I. Jozepa, *1001 vragen over staatssteun. De praktijk van decentrale overheden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.
4. B. Hessel, E. Perton & J. Verwoert, *Europa, je beste kennis (Europa op het grensvlak van recht en beleid)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007; B. Hessel, E. Perton & M. Schiebroek, *De Dienstenrichtlijn decentraal*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009; B. Hessel, A.M. Kühler & E. Perton, *Pluk de vruchten van de interne markt*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
5. B. Hessel & M. Aalbers, 'De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (II); aspecten van concrete toepassing', *De gemeentestem* 89, 438-448; B. Hessel & M. Aalbers, 'De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (I); een overzicht van de begrippen en de regelgeving', *De gemeentestem*

Naast inhoudelijk inspireren deed Bart echter veel meer. Hij wist ook een hele stoet andere professoren, hoogleraren en Europeesrechtelijke experts op verschillende inhoudelijke gebieden, zoals milieu, grensoverschrijdende samenwerking, aan zich te binden en samen vormden zij de wetenschappelijke adviesraad van Europa decentraal, onder voorzitterschap van Bart Hessel. Deze wetenschappelijke adviesraad was het juridische geweten van het kenniscentrum en zorgde ervoor dat de informatie op de website en anderszins verstrekte informatie correct was. Dit was onontbeerlijk om het kenniscentrum een goede basis te geven en het draagvlak onder de 'klanten', gemeenten, provincies en waterschappen op te bouwen. De adviesraad adviseerde gevraagd en ongevraagd en werkte mee aan verschillende publicaties en bijeenkomsten.

De degelijke dienstverlening van Europa decentraal op het gebied van aanbesteden en staatssteun en de contacten van Bart Hessel en de andere leden van de adviesraad leidden tot verschillende samenwerkingsverbanden met bedrijven, stichtingen, opleidingsinstituten, advocatenkantoren en departementen. Dit bracht extra financiering in het latje waardoor decentrale overheden weer beter en vaker bediend konden worden.

1.3. Hardlopers zijn in dit geval geen doodlopers

Als voorloper op je terrein kom je vaak ook in botsing met anderen die nog niet die kennis en inzichten delen die je zelf inmiddels hebt opgedaan. Zo ook bij Bart Hessel. In zijn tijd bij Europa decentraal wond hij zich regelmatig op over de manier waarop de koepelorganisaties van decentrale overheden acteerden als het ging om staatssteun en de dienstenrichtlijn. Het ging hem vaak niet snel en goed genoeg. Ook binnen gemeenten was de Europese juridische waarheid niet altijd wet, zeer tegen de zin van Bart Hessel. Beleidsmedewerkers en bestuurders moesten mee in de vaart der volkeren van het Europese recht. Dit ging niet altijd in het tempo dat Bart Hessel graag zag. Bovendien was hij een groot voorstander van een proactieve houding van decentrale overheden als het ging om Europees recht. Hij laakte dan ook de houding van decentrale overheden die pas in actie kwamen als er problemen opdoemden. Deze mindset had echter tijd nodig en waarschijnlijk heeft hij door zijn tomeloze inzet en passie het denken hierover bij decentrale overheden versneld. Bovendien zag hij al snel de dwarsverbanden tussen de belangrijkste Europeesrechtelijke aanbestedings-, staatssteunen mededingingsvraagstukken. Ook hierin was hij een voorloper.

2. Decentrale staatssteun als onbekend terrein

Tijdens de oprichting van Europa decentraal, was staatssteun voor de meeste provincies en gemeenten geen onderwerp van belang. De Europese Commissie (EC) had wel een aantal decentrale steunregelingen goedgekeurd.⁶ De stad en de provincie Utrecht waren betrokken bij de melding van staatssteun voor de bouw van een binnenvaartcontainerterminal te Lage Weide in Utrecht. Deels werd de steun van € 1,79 miljoen door de provincie en de gemeente Utrecht betaald.⁷ Vaak waren deze meldingen vereist omdat het lokale co-financiering van de Europese structuurfondsprojecten betrof maar zelden ging men zich uit eigen beweging over staatssteun zorgen maken.

Er was ook negatieve ervaring met staatssteunregels. Een voorbeeld is de zaak rondom de computerassemblagefabriek van SCI in Heerenveen. In deze zaak oordeelde de Europese Commissie dat het Algemeen banenplan van de provincie Fryslan ten goede kwam aan bepaalde ondernemingen en daarmee staatssteun was. De EC had vastgesteld dat de steun van € 1,5 miljoen die werd uitgekeerd aan SCI in Heerenveen niet verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en door de Nederlandse autoriteiten, in dit geval provincie Friesland, moest worden teruggevorderd. De niet-goedgekeurde steun betrof de verkoop van land onder de marktprijs en het verhuur van land voor productiefaciliteiten.⁸

In een ander geval had de Samenwerkingsverband Noord Nederland (SNN) rond de eeuwisseling een subsidie van € 1,8 miljoen verstrekt voor de verbouwing van de evenementenruimte Martinihal te Groningen. Deze subsidie vulde de bijdrage vanuit het Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling (EFRO) aan. De concurrerende hal, Prinsbernardhoeve uit Zuidlaren had tegen het besluit bezwaar gemaakt en volgens de rechtbank was de subsidie ten onrechte niet aangemeld bij de Europese Commissie. Deze zaak was een duidelijke aanwijzing dat ook bij het verlenen van Europese subsidies en de nationale co-financiering ervan, een staatsstentoots moet worden gedaan.⁹ Deze zaken hebben decentrale overheden langzaam bewust gemaakt van de risico's die er zijn als men onrechtmatige staatssteun verleent.

6. Stimuleringsregeling van bedrijven in Noord-Nederland, N 456/98, 6.5.1999 en Investeringspremierregeling Noord-Nederland 2000 (decentrale IPR), N 764/99, 17.8.2000.

7. Subsidie voor Container-Terminal Lage Weide, Utrecht, N 617/98 22.12.1999.

8. SCI Heerenveen, Nederland, C11/1999, 23.7.2001.

9. J.E van den Brink & W. den Ouden, 'Europese subsidies en staatssteun', *Tijdschrift voor staatssteun* 2012, nr. 3, p.99-109.

3. Op decentrale leest toegesneden

3.1. Bewust worden van staatssteun

Bart Hessel had in die tijd samen met Annelies Neven het boek 'Staatssteun en decentrale overheden' gepubliceerd; het eerste boek waar staatssteun vanuit het perspectief van decentrale overheden werd bekeken. De vele voorbeelden en Barts kenmerkende heldere en prikkelende stijl hebben ervoor gezorgd dat het boek door menige gemeente en provincie nog lang als een van de belangrijkste naslagwerken voor staatssteun werd gebruikt.¹⁰

Al tijdens de oprichting van Europa decentraal was het duidelijk dat staatssteun een van de speerpunten zou moeten worden. Ook het ministerie van Binnenlandse Zaken, als het voor de decentrale staatssteun verantwoordelijke departement, was zich ervan bewust dat het haar taak was om te zorgen dat de staatssteunrisico's voor decentrale overheden werden beperkt. Daarvoor was het belangrijk het bewustzijn te creëren dat het onderwerp niet alleen de rijksoverheid aanging. De komst van het digitale tijdperk gaf veel nieuwe mogelijkheden om informatie toegankelijk te maken. Europa decentraal zette het digitale staatssteundossier op, wat korte overzichtelijke teksten moest bevatten, en vooral makkelijke links gaf naar de bronnen: beschikkingen van de Europese Commissie, uitspraken van het Hof van Justitie van de EU, de Nederlandse rechtspraak en wetenschappelijke publicaties. Een vertaalslag naar korte samenvattende informatie zou de medewerkers van decentrale overheden veel tijd schelen en een overzicht geven. Bart Hessel gaf graag zijn advies en zo kwam het digitale dossier tot stand. Verder werkten de medewerkers van Europa decentraal mee aan de Informatiewijzer staatssteun voor decentrale overheden; de eerste gezamenlijke editie van het kenniscentrum en het Ministerie van BZK die in 2004 uitkwam. Zo werden de eerste stappen voor grotere bewustwording rondom staatssteun bij decentrale overheden gezet.

3.2. Nieuwe onderwerpen

Bart Hessel was als adviseur van Europa decentraal goed in nieuwe onderwerpen aanwijzen die voor problemen zouden kunnen zorgen omdat weinigen daarbij aan staatssteun hadden gedacht of erop wilden wijzen. Stedelijke vernieuwing was een van deze onderwerpen.

Lange tijd was er weinig aandacht voor het verband tussen de financiering van stedelijke vernieuwing en staatssteun. Fysieke ingrepen in de openbare ruimte behoren tot de publieke taken van gemeenten en provincies. In deze context werd niet direct gedacht aan mogelijke bevoordeling van bedrijven. Een regelmatig terugkerend onderwerp bleek de

10. Bart Hessel en Annelies Neven, *Staatssteun en EG-recht, praktische handleiding en checklist, deel 1*, Deventer: Kluwer 2001.

provinciale verordening Investeringsbudget Stedelijke Vernieuwing (ISV). Op grond van de ISV verdeelden de provincies door het Rijk beschikbaar gestelde middelen onder gemeenten. Hoewel deze financiële bijdrage aan de gemeenten op zichzelf geen staatssteun was, stuitten de provincies op het probleem dat de gemeenten bij de besteding van deze middelen wel met staatssteun te maken hadden en zich daarvan onvoldoende bewust waren. Professor Hessel heeft dit probleem als een van de eersten gesignaleerd.

Deze signalen waren in 2003 voor het kenniscentrum en het ministerie van VROM aanleiding om een expertmeeting te beleggen met medewerkers van provincies en gemeenten om het probleem te inventariseren. Het algemeen gevoel was dat de problematiek van stedelijke vernieuwing en staatssteun gemeenschappelijk moest worden aangepakt en dat met name gemeenten een helpende hand geboden moest worden. Deze gemeenten waren er immers zelf voor verantwoordelijk dat ze de steun die moet worden aangemeld bij de Europese Commissie ook daadwerkelijk gingen melden. Bart Hessel schreef ook mee aan een artikel waarin de vraag centraal stond hoe gemeenten bij projecten van stedelijke vernieuwing reeds bij de vormgeving van hun beleid problemen met staatssteun konden voorkomen.¹¹ Uiteraard had Bart Hessel hetzelfde enthousiasme voor andere, nog grotere onderwerpen: de Dienstenrichtlijn en het mededingingsrecht voor gemeenten, provincies en waterschappen.

4. Risico's en beleidskansen bij staatssteun

4.1. De voorzichtige benadering

In de beginjaren van Europa decentraal raadde Bart Hessel aan om decentrale overheden duidelijk op de risico's van ongeoorloofde staatssteunverlening te wijzen en om bij enige twijfel staatssteun bij de Europese Commissie (EC) te laten melden. Dat was ook de boodschap van het Coördinatiepunt Staatssteun van het Ministerie van BZK en andere ministeries.¹² Deze 'voorzichtige benadering' heeft toen een duidelijk positief effect gehad. Door de schrik dat 'overall staatssteun loert' werden decentrale ambtenaren en beleidsmakers zich er bewust van dat de staatssteunregels ook voor hen golden.

In de adviespraktijk werd soms minder strak met de strikte meldingsplicht omgegaan en werd de voorzichtigheid van Bart Hessel bekritiseerd. Er werd gekeken wat de potentiële risico's van niet melden waren en bij een kleine kans om tegen de spreekwoordelijke lamp te lopen, werden de regels

ruim uitgelegd, zodat de beleidswensen van decentrale overheden alsnog binnen het keurslijf van de staatssteunregels pasten. Voor enig pragmatisme viel ook wat te zeggen. Het is wellicht paradoxaal maar staatssteun bezorgt in eerste instantie niet meer financiële risico's voor de overheid dan een willekeurige andere financiële transactie. Het risico om geld te verliezen door een terugvordering ligt toch bij de begunstigde onderneming. Als het ooit zo ver zou komen, zou het om gezichtsverlies voor de overheid gaan, omdat deze haar besluiten niet rechtmatig had genomen.

De juridische risico's van onrechtmatige staatssteun zijn er nog altijd: de Europese Commissie dient alle klachten over onrechtmatige steun te onderzoeken of mag op eigen initiatief een onderzoek starten. De overheid kan ook voor de nationale of de Europese rechter worden gedaagd. Europa houdt de Nederlandse staat altijd aansprakelijk voor schendingen van Europees recht, of die schending nu op het Rijks- of decentrale niveau is veroorzaakt. In art. 7 wet NERpe krijgt het Rijk/de betrokken minister de mogelijkheid om een boete of dwangsom, die haar door Europa is opgelegd, te verhalen op de decentrale overheid die de regels heeft geschonden.¹³ Strikt genomen is het juist om bij enige twijfel staatssteun bij de EC aan te melden want voor de Europese rechter is het voldoende om een maatregel als staatssteun aan te merken, zodra deze de potentie heeft om handelsverkeer ongunstig te beïnvloeden, ook al zou dat effect daadwerkelijk verwaarloosbaar zijn.¹⁴

De promotie van 'de voorzichtige benadering' had een zichtbaar positief effect: steeds meer gemeenten, provincies en waterschappen werden zich bewust van staatssteun als een potentieel probleem en zij begonnen deze notie langzaam in hun beleid te integreren. Europa decentraal ging met presentaties het land in en kreeg steeds meer staatssteunvragen te beantwoorden. Decentrale overheden gingen staatssteunanalyses maken om hun beleid in een vroeger stadium aan te kunnen passen en aan de regelgeving te laten voldoen. Bart Hessel pleitte voor deze vroege aanpak ofwel 'het benutten van beleidskansen' in zijn publicaties. Hij vond het belangrijk te voorkomen dat de beleidsmakers pas op het laatste moment nog even aan een jurist vragen of hun arrangement of verordening in overeenstemming is met de Europese staatssteunregels.¹⁵

4.2. De keerzijde van het staatssteun bewustzijn

Er bleek ook een keerzijde aan die publiciteit rondom staatssteun te zijn. Om elk risico te voorkomen wilden sommige gemeenten of provincies staats-

11. B. Hessel & I. Jozepa, 'Stedelijke Vernieuwing en de Europese regels van Staatssteun', *De Gemeentestem* 2004, 7212, 28 augustus 2004, 154^e jaargang.

12. Ministerie van BZK, Europa decentraal (2004): *Europese regelgeving over staatssteun. Informatiewijzer voor de decentrale overheid*, Den Haag, p.14.

13. Europa decentraal, risico's niet-naleving staatssteun, <https://europadecentraal.nl/>.

14. HvJEG, 21 maart 1990, zaak C -142/87 (*Tubermeuse*), HvJEG, 24 juni 2003, zaak C -289/00 (*Altmark*).

15. B. Hessel, 'De beleidsmatige benadering van staatssteunregels', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2016, nr. 3/4.

steunmeldingen gaan doen maar toen ging het mis. Na de eerste contacten raadde de Commissie het af om een melding te doen. Als reden werd gegeven dat de steun in kwestie weinig effect op het handelsverkeer zou hebben of gewoon gezegd, lokaal zou zijn. Tegelijkertijd was het advies informeel en weigerde Brussel dat zwart op wit te bevestigen. In de praktijk bleek rechtszekerheid dus vaak onhaalbaar. Om risico's uit te sluiten zou Nederland per jaar duizenden staatssteunzaken moeten melden. Noch de decentrale overheden, noch de Commissie hebben daar de capaciteit voor. Dat leidde tot menige frustratie, waarop Hessel terecht zei: dan moet de Commissie maar de regelgeving aanpassen en niet zomaar de gemeenten afschepen. Uiteindelijk heeft professor Hessel gelijk gekregen. Het heeft nog meer dan tien jaar geduurd maar de Vrijstellingsverordening van de Commissie is inmiddels zodanig verruimd dat decentrale overheden werkelijk meer ruimte hebben om relevante doelen, zoals cultureel erfgoed of lokale sportinfrastructuur te financieren zonder de administratieve rompslomp van een melding in Brussel.¹⁶ De Commissie heeft ook meer duidelijkheid geschapen over welke steun 'te lokaal' is om van belang te zijn voor de handel tussen de lidstaten.¹⁷ Als een zaak goed onderbouwd is en de risico's zijn ingeschat, kan een melding dan ook uitblijven.

Een andere bijkomstigheid van een onderwerp actueel maken is dat men de spreekwoordelijke slappende honden wakker maakt: er gaan zaken spelen die anders misschien niet eens waren begonnen, omdat de tegenpartij nu staatssteun als een middel ziet om zijn doel te halen. Ook onder de burgers, ondernemingen en politici groeide het staatssteunbewustzijn en zij gingen klagen bij de Commissie of hun gelijk halen bij de rechter. Soms kwam dat ten goede aan de transparantie van lokaal beleid. De gemeente Ede had bijvoorbeeld een pand onder de getaxeerde waarde verkocht en een gemeenteraadslid stelde dat het om een cadeautje aan de lokale bouwer en dus ongeoorloofde staatssteun ging.¹⁸ Ook het onderzoek naar staatssteun rond het Marktpassageplan in Haaksbergen kwam aan het rollen door toedoen van een raadsfractie en een plaatselijke actiegroep.¹⁹

Soms is een vraag over staatssteun een onderdeel van lange juridische procedures. De Afdeling Be-

stuursrechtspraak van de Raad van State heeft bijvoorbeeld bestemmingsplannen beoordeeld voor de herontwikkeling van stads- en dorpscentra in de gemeenten Haaksbergen,²⁰ Eemnes,²¹ Waalwijk,²² Haaren,²³ de herontwikkeling van een winkelgebied (in de gemeente De Marne²⁴), de bouwplannen van appartementencomplexen met ondergrondse parkeergarages, winkel- en horecaruimte (het Rijswijkseplein in Den Haag,²⁵ het Damplein in Leidschendam,²⁶), maatschappelijk vastgoed in combinatie met appartementen (Zorgcentrum Hintham in Den Bosch²⁷), een sportgebouw met een zwembad en een fitnesscentrum (gemeente Lingewaard²⁸) en de ontwikkeling van een nieuw woongebied ('De Zwaaiikom' in Oosterhout²⁹). In de zaken Haaksbergen en De Zwaaiikom twijfelde de Afdeling bijvoorbeeld of de staatssteunregels correct zijn toegepast. Onrechtmatige staatssteun zou de financiële uitvoerbaarheid van de plannen in gevaar kunnen brengen. Na de uitspraken hadden beide gemeenten hun projecten aangemeld bij de Commissie. Zij heeft vervolgens de plannen van Haaksbergen gedeeltelijk goedgekeurd. Ten aanzien van De Zwaaiikom in Oosterhout oordeelde de Commissie zelfs dat er geen sprake was van staatssteun.³⁰ In de rest van de bovengenoemde rechtszaken heeft de Afdeling echter het beroep op financiële uitvoerbaarheid vanwege staatssteun afgewezen.

Een andere zaak die door een klacht bij de Europese Commissie ging rollen betrof het Damplein in Leidschendam. De Stichting Behoud Damplein Leidschendam, die de belangen van de buurtbewoners rond het Damplein in Leidschendam verdedigt, klaagde in 2007 bij de Commissie. Het ging om de vermeende toekenning van staatssteun in het kader van een vastgoedproject dat de gemeente Leidschendam-Voorburg samen met een aantal ontwikkelaars was aangegaan. Elf jaar later, na een uitspraak van het Gerecht van de EU, heeft de Commissie uiteindelijk besloten dat er toch geen sprake was van staatssteun.³¹

16. Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van art. 107 en 108 Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

17. Factsheet 'Puur Lokaal wat mag er allemaal', <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2015/11/Factsheet-Puur-Lokaal-wat-mag-er-allesmaal.pdf>.

18. *NRC Handelsblad*, Freek Staps, 18 december 2003, <https://www.nrc.nl/nieuws/2003/12/18/ede-worstelt-met-europese-staatssteunregels-7666508-a519375>.

19. Beschikking betreffende de steunmaatregel die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen in het kader van het project Marktpassageplan te Haaksbergen, C 33/2005 (ex N277/2004) van 4 april 2006.

20. ABRvS 2003, ECLI:NL:RVS:2004:AO8853.

21. ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5731, ECLI:NL:RVS:2010:BO3445.

22. ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3438.

23. ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077.

24. ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7739, ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1873.

25. ABRvS 26 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5061.

26. ABRvS, ECLI:NL:RVS:2010:BN1110.

27. ABRvS 9 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5874

28. ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6995, ABRvS 3 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO2687.

29. ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5721.

30. Besluit Steunmaatregel nr. C 33/2005 (ex N 277/2004), Markt passageplan Haaksbergen, Besluit Steunmaatregel N 209/2008 – NL Oosterhout – bouwproject Zwaaiikom.

31. EU-Gerecht van 30 juni 2015 in de zaak T-186/13, *Nederland/Commissie*, Besluit van de Commissie van 15.1.2016 betreffende maatregel 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.

Vanwege het verschil tussen de theorie – de verplichting tot melden – en de praktijk van de lokale zaken discussieerden medewerkers van Europa decentraal veel met Bart over het moment van het aanmelden, ook tijdens het schrijven van het boek '1001 vragen over staatssteun'. Uiteindelijk kozen we toen, in aansluiting op onze eerdere publicaties en die van Hessel, te stellen dat 'decentrale overheden heel voorzichtig moeten zijn met het zelf interpreteren van deze begrippen en bij twijfel moeten aanmelden, althans contact moeten opnemen met het Coördinatiepunt Staatssteun'.³²

4.3. De slotsom

Inmiddels heeft de Commissie de belangrijkste staatssteunhervormingen voltooid. De regels zijn enigszins gestroomlijnd en de nieuwe Vrijstellingsverordening regelt nu 95% van alle staatssteun zonder een zware meldingsprocedure in Brussel. Het aantal kennisgevingen door decentrale overheden is vanaf 2010 explosief gegroeid van 26 naar 201 per jaar in 2017.³³ Dat komt niet omdat er meer steun wordt verleend maar omdat men zich beter bewust is van staatssteunaspecten en de Commissie het eenvoudiger heeft gemaakt om ondernemingen rechtmatig te steunen. Bart Hessel zette staatssteun op de decentrale agenda en decentrale overheden zijn de Europese staatssteunregels gaan zien als een onderdeel van hun beleid. Staatssteuncontrole draagt bij aan efficiënter gebruik van de overheidsmiddelen, een grotere transparantie en efficiënter aanbod van publieke diensten. Dat is een grote verandering vergeleken met de situatie vijftien jaar geleden. Hiervoor moeten we prof. Bart Hessel hartelijk bedanken. Zijn waarschuwende toon en zijn bewuste verwijzing naar risico's heeft waarschijnlijk menige gemeente of provincie voor gezichtsverlies behoed. Het is ook aannemelijk dat Nederlandse gemeenten en provincies, mede door zijn aanmoedigingen, de Commissie gingen overspoelen met verzoeken. Waardoor Brussel heeft beseft dat het echt nodig is om de regels voor decentrale staatssteun te vereenvoudigen.

5. Toekomstbestendig

De ontwikkelingen bij de doelgroep van het kenniscentrum gingen dus niet altijd hand in hand met de kennis en ervaring van de belangrijkste adviseur van het kenniscentrum. In de loop van het bestaan van het kenniscentrum bleek de kloof steeds verder gedicht te kunnen worden, dankzij de niet aflatende inzet van Bart Hessel. Kennis en inzicht in het staatssteunrecht en in de invoering van de dienstenrichtlijn bleek in een grote behoefte te voorzien. Samen met het thema aanbesteden voerden

zij elk jaar de ranglijst aan als het ging om de meest gestelde vragen en het onderwerp waarop de meeste verzoeken binnenkwamen voor presentaties. En dat is tot op heden nog steeds het geval. De voorzienige blik van Bart Hessel heeft vele gemeenten, provincies en waterschappen ongetwijfeld behoed voor fouten op dit terrein.

Het kenniscentrum heeft, mede dankzij Bart Hessel, inmiddels zijn waarde meer dan bewezen. Na een aantal jaren van tijdelijke financiering van het kenniscentrum, besloten de financiers in 2007 het kenniscentrum structureel te financieren. Het kenniscentrum leidt dan ook nog steeds een bloeiend bestaan.

32. A. Groeneveld, B. Hessel & I. Jozepa, *1001 vragen over staatssteun. De praktijk van decentrale overheden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

33. <https://europadecentraal.nl/kennisgevingen/>.

De markt en decentrale overheden: tussen EU-staatssteun en de Wet Markt en Overheid

mr. P.B. Gaasbeek, mr. K. Hellingman en prof. mr. J.W. van de Gronden¹

1. Inleiding

Bij het mededingingsregime denken we in de eerste plaats aan regels voor ondernemingen: het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en controle op machtsvorming door concentraties. Die gelden ook voor overheids-ondernemingen. In het Europese recht zijn daar nog mededingingsregels voor overheden aan toegevoegd, die het mogelijk maken dat de Commissie toezicht houdt op nationale steunmaatregelen. In het nationale recht is met de invoering van de Wet Markt en Overheid een vergelijkbaar toezicht geïntroduceerd in de Mededingingswet.

Van decentrale overheden wordt veel verwacht: wanneer zij interveniëren op de markt kunnen de vrijeverkeersbepalingen van het VwEU daarop van toepassing zijn, maar ook de mededingingsregels die de steunverlening aan ondernemingen aan banden leggen, en als zij zelf economische activiteiten verrichten, moeten zij rekening houden met de nationale en Europese en mededingingsregels voor ondernemingen. Op al die gebieden is er al een grote hoeveelheid aan nadere regelgeving, rechtspraak en 'guidance' voorhanden. Daar zijn de regels van Markt en Overheid aan toegevoegd, weliswaar niet uitsluitend voor decentrale overheden, maar daarvoor wel het meest relevant. Was het nog niet voldoende? Wat is eigenlijk de toegevoegde waarde van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet? Het is niet mogelijk in deze korte bijdrage alle aspecten van deze kwestie te behandelen. Nu de gedragsregels uit hoofdstuk 4b van de Mededin-

gingswet betrekking hebben op aangelegenheden als de doorberekening van kosten en bevoordeling en gezien het hoofdthema van dit tijdschrift, zullen we de aandacht in het bijzonder richten op de vraag naar de verhouding van deze nationale gedragsregels met het EU-staatssteunrecht. Vormen zij een goed aansluitend geheel, of zijn er nog rafelranden en lacunes?

Er is nog een reden voor deze focus: Bart Hessel heeft veel gepubliceerd over staatssteun en de decentrale overheden en stelde daarmee de wetenschap in dienst van de praktijk zonder aan wetenschappelijke diepgang te verliezen. Een publicatie die hierbij direct in het oog springt is het boek *Staatssteun en EG-recht*, dat hij samen met Annelies Neven heeft geschreven.² Op systematische wijze worden in dit boek de consequenties van de EU-staatssteunregels doordacht voor de decentrale overheden. In deze bijdrage wordt voortgebouwd op de inzichten verkregen in deze publicatie.

Eerst wordt ingegaan op de impact van de EU-regels voor staatssteun voor decentrale overheden. Daarna komt de Wet Markt en Overheid aan de orde. Vervolgens wordt nagegaan hoe deze wet zich verhoudt tot de staatssteunregels vanuit het perspectief van de decentrale overheden. Om de gedachten te scherpen, nemen we daarbij een oude zaak in gedachten waarover op basis van de Nederlandse Mededingingswet werd beslist, vóór de regels voor Markt en Overheid waren ingevoerd: de zaak *Blovo/Boontje*,³ die gaat over tennisparken in Castricum. Afgesloten wordt met enige conclusies.

2. Staatssteun en decentrale overheden

In het EU-recht wordt het begrip Lidstaat breed uitgelegd.⁴ Het staatssteunverbod dat aan Lidstaten

1. In de jaren ('80), '90 (en het eerste decennium van de 21^e eeuw) waren de auteurs werkzaam bij het Europa Instituut (economisch publiekrecht) van de Universiteit Utrecht waar zij samenwerkten met Bart Hessel. Zij hebben met veel plezier discussies gevoerd met Bart over allerlei onderwerpen maar vooral over de decentrale overheden en het Europese recht. Bart wist met veel bevoegdheid en kennis van zaken zijn visie te geven op dit thema. Pierrette Gaasbeek is advocaat bij Coupéry, Kees Hellingman is werkzaam bij de ACM en Johan van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit.

2. B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001.
3. Zie Rechtbank Rotterdam 22 december 2005, *Blovo/Boontje*, ECLI:NL:RBROT:2005:AV7339 en CbB 15 augustus 2008, *Blovo/Boontje*, ECLI:NL:CBB:2008:BC1932.
4. Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 33 van zaak

is gericht, is daarmee ook gericht aan decentrale overheden.⁵ Steun, in de vorm van subsidies of andere financiële voordelen, gegeven door regionale of lokale overheidsinstanties dient dus te worden getoetst aan art. 107 tot en met 109 VwEU.⁶ We bespreken hierna enkele afbakeningskwesities die van belang zijn voor de vragen uit de inleiding.

Onderneming versus overheid

Allereerst is van belang om op te merken dat het ondernemingsbegrip (dat is overgenomen in de Nederlandse Mededingingswet)⁷ iedere entiteit omvat die economische activiteiten verricht, ongeacht haar rechtsvorm en wijze van financiering.⁸ Of een onderneming een privaatrechtelijk of publiekrechtelijk statuut heeft, doet niet ter zake. Of zij eigendom van de overheid is, of zelfs integraal deel uitmaakt van de overheidsorganisatie of niet, evenmin.⁹ Dat verplaatst de kwestie van de afbakening naar 'economische activiteiten'. Daarop komen we in paragraaf 3 terug.

Market economy operator

Een tweede afbakeningscriterium dat hier het vermelden waard is, betreft de vraag of een kapitaalverschaffing, lening, garantie, etc. door de overheid als steunmaatregel moet worden aangemerkt. Niet als deze tussenkomst 'marktconform' is, dat wil zeggen indien deze tegen dezelfde prijs en voorwaarden wordt verleend als een private investeerder of kredietverschaffer zou doen.¹⁰ Dit *market economy operator* criterium geeft aan wanneer concurrentievervalsing kan optreden. Een overheid die marktconform opereert, wakkert de concurrentie alleen maar aan, een overheid die dat niet doet, verstoort haar.

Effect op de handel tussen de Lidstaten

Het spreekt voor zich dat voor decentrale overheden het criterium van de beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten van bijzonder belang

is.¹¹ Juist bij hen kan de vraag rijzen of de getroffen steunmaatregelen die vaak ingegeven zijn door regionale of lokale omstandigheden een effect op deze handel hebben. Nu is het echter vaste rechtspraak van het HvJ EU dat een potentieel effect reeds voldoende is voor de toepasselijkheid van het verbod op het verlenen van staatssteun.¹² Om de praktijk enige houvast te geven, heeft de Commissie de *De minimis*-verordening¹³ vastgesteld. Indien het steunbedrag in drie jaar niet hoger is dan EUR 200.000 is aanmelding bij de Commissie niet vereist. Art. 3 lid 1 van deze verordening stelt enerzijds dat deze steun niet geacht wordt te voldoen aan alle criteria van art. 107 lid 1 VwEU, maar bepaalt anderzijds dat dergelijk steun is vrijgesteld van de notificatieverplichting. Hier hinkt de verordening op twee gedachten: een vrijstelling is immers niet nodig als niet aan alle voorwaarden is voldaan, omdat hierdoor het verbod niet van toepassing is. Een vrijstelling van de notificatieplicht gaat juist uit van de toepasselijkheid van het staatssteunverbod. Het is derhalve onduidelijk of volgens de verordening bij steun onder de *de minimis*-drempel de handel tussen de Lidstaten wel of niet beïnvloed wordt. Veel van de door de decentrale overheden te verlenen steun ligt evenwel boven de *de minimis*-drempel. Desalniettemin kan dergelijke steun nog op een tamelijk laag niveau liggen (bijvoorbeeld EUR 100.000 per jaar). Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat een relatief gering bedrag op zich zelf nog niet voldoende is om te concluderen dat de handel tussen de Lidstaten niet is beïnvloed.¹⁴ Het is immers nog steeds mogelijk dat dergelijke financiële voordelen het lastiger maken voor ondernemingen uit andere Lidstaten om actief te worden op de markt waar de begunstigde onderneming opereert. Toch heeft de Commissie niet opgetreden tegen geringe staatssteun die boven de *de minimis*-drempel lag vanwege het ontbreken van een tussenstaats effect.¹⁵

In de concept-Mededeling over het begrip staatssteun¹⁶ heeft de Commissie geprobeerd een test te ontwikkelen om te bepalen of de handel tussen de Lidstaten wordt beïnvloed. Voorgesteld werd om te bekijken of de steun leidde tot vergroting van de

C-413/15, *Farrell*, 10 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:745.

5. Zie bijvoorbeeld zaak 248/84, *Commissie t. Duitsland*, 14 oktober 1987, ECLI:EU:C:1987:437.
6. Zie B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer, 2001, p. 26.
7. Zie art. 1 sub f Mw.
8. Zie zaak C-41/90, *Höfner*, 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161.
9. Omdat bij overheidsondernemingen de financiële betrekkingen tot de overheidsinkomsten en -uitgaven niet altijd doorzichtig zijn, is de Transparantierichtlijn (Richtlijn 2006/111 van de Commissie betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *Pb* 2006, L 318/17) in het leven geroepen; deze is geïmplementeerd in hoofdstuk 4A van de Mededingingswet.
10. Zie onder andere rechtsoverwegingen 78 en 79 van zaak C-124/10 P, 5 juni 2012, *EDF*, ECLI:EU:C:2012:318. Zie in dit verband ook 75 van de Mededeling over het begrip staatssteun betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art.107 lid 1 Verdrag, *Pb*. 2016 C262/1.

11. Zie hierover B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 127-133.
12. Zie onder andere rechtsoverweging 76 van gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Libert*, 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288.
13. Verordening 1407/2013 betreffende de toepassing van art. 107 en 108 Verdrag op de *de minimis*-steun, *Pb*. 2013 L352/1.
14. Zie onder andere rechtsoverweging 81 van zaak C-280/00, *Altmark*, 24 juli 2003, ECLI:EU:C:2003:415.
15. Zie bijvoorbeeld het Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *Pb*. 2004, L34/63.
16. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 Verdrag, *Pb*. 2016 C262/1.

vraag of van de investeringen buiten de regio in kwestie, of de aan de orde zijnde goederen of diensten lokaal van aard waren en of er alleen marginale effecten op markten en consumenten in andere Lidstaten waren.¹⁷ Deze benadering is uiteindelijk niet vastgelegd in de definitieve versie van de Mededeling.¹⁸ Hierin heeft de Commissie zich beperkt tot het noemen van een aantal voorbeelden van casusposities uit haar beschikkingenpraktijk waarin er geen effect op de handel tussen de Lidstaten was. De opsomming heeft echter een anekdotisch karakter en biedt weinig houvast voor decentrale overheden met betrekking tot afwijkende situaties. We nemen een zekere ontwikkeling waar in de opstelling van de Commissie: waar ze in het verleden vaak zekerheidshalve aannam dat een steunmaatregel het handelsverkeer tussen de Lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, lijkt dit nu anders.¹⁹ Dit lijkt mede ingegeven te zijn door de wens van de Commissie om zich meer te kunnen richten op de grote staatssteunzaken.²⁰ In het geval van steunverlening door decentrale overheden lijkt er gezien de doorgaans slechts lokale impact, wat de Commissie betreft, niet snel sprake te zijn van beïnvloeding van de tussenstaatse handel en daarmee staatssteun in de zin van art. 107 VwEU.

De vraag rijst echter hoe deze benadering zich verhoudt met de overweging van het HvJ EU dat de geringe omvang van de steun niet op zichzelf voldoende is om aan te nemen dat de handel tussen de Lidstaten niet wordt beïnvloed. Voor de steun van geringe omvang die niet valt onder de *de minimis*-verordening bestaat er dus veel onduidelijkheid.

Diensten van algemeen economisch belang

Steun van (decentrale) overheden hoeft onder bepaalde omstandigheden ook niet te worden aangemeld, indien deze is bedoeld ter financiering van de verlening van diensten van algemeen economisch belang. In zijn bekende arrest *Altmark* heeft het HvJ EU beslist dat indien de verleende voordelen (louter) gericht zijn op de compensatie van de kosten die gepaard gaan met het aanbieden van diensten van algemeen economisch belang,²¹ er geen sprake

ke is van staatssteun en het verbod uit art. 107 lid 1 VwEU niet van toepassing is. Vereist is wel dat aan de volgende vier voorwaarden is voldaan: 1) de onderneming in kwestie is belast met de uitvoering van een taak van algemeen economisch belang, 2) de parameters voor de berekening van de compensatie zijn vastgesteld op basis van objectieve en transparante criteria, 3) de compensatie is niet hoger dan noodzakelijk en 4) bij afwezigheid van een openbare aanbestedingsprocedure zijn de kosten berekend aan de hand van de benchmark van de kosten van een efficiënt geleide onderneming.

Indien niet aan een of meer van deze voorwaarden is voldaan, valt de compensatie verleend aan een onderneming belast met een speciale taak van algemeen economisch belang wel onder het verbod van art. 107 lid 1 VwEU. In dat geval kunnen de regelingen die de Commissie speciaal met het oog op steun voor diensten van algemeen economisch belang in het leven heeft geroepen, alsnog uitkomst bieden. Zo heeft de Commissie het DAEB-besluit²² vastgesteld. Steun verleend voor de verrichting van bepaalde diensten, bijvoorbeeld op het terrein van ziekenhuiszorg en sociale diensten, zijn vrijgesteld van de notificatieverplichting bij de Commissie.²³

Indien een nationale maatregel van bijvoorbeeld een decentrale overheid onder het DAEB-besluit valt, dan is er wel sprake van staatssteun, maar deze steun is vrijgesteld van de verplichting om aangemeld te worden bij de Commissie. Bovendien geldt voor diensten van algemeen economisch belang een speciale *de minimis*-verordening met een hogere drempel: maximaal EUR 500.000 in drie jaar.²⁴ Naar onze mening betekent dit echter niet dat art. 107 lid 1 VwEU in zijn geheel niet van toepassing is. Zoals het geval was bij de reguliere *de minimis*-verordening is onduidelijk of steun beneden de drempel vrij is gesteld van de notificatieplicht dan wel geacht wordt geen effect te hebben op de handel tussen de Lidstaten. Gezien de verhoogde drempel van EUR 500.000 is het goed mogelijk dat

dienstverplichtingen. Aangenomen mag worden dat dergelijke verplichtingen identiek zijn de verplichting om diensten van algemeen economisch belang aan te bieden. Zie in dit verband rechtsoverweging 96 van zaak T-289/03, *BUPA*, 12 februari 2008, ECLI:EU:T:2008:29.

22. Besluit betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *Pb* 2012 L7/3.
23. Uiteraard moet dan wel voldaan zijn aan de voorwaarden vermeld in het DAEB-besluit. Deze hebben onder meer betrekking op de wijze waarop een onderneming wordt belast met een taak van algemeen economisch belang (art. 4 DAEB-besluit) en hoe de compensatie wordt berekend (art. 5 DAEB-besluit).
24. Verordening 360/2012 betreffende de toepassing van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *Pb* 2012, L 114/8.

17. Zie randnummer 196 van de Concept mededeling, te raadplegen op de volgende site: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf.

18. Zie rechtsoverweging 197 van de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 Verdrag, *Pb* 2016 C262/1.

19. Zie persbericht 29 april 2015 (IP-15-4889_NL), 'Staatssteun: De Commissie geeft leidraad voor lokale steunmaatregelen van de overheid die zonder voorafgaande toestemming van de Commissie kunnen worden toegekend' en persbericht 21 september 2016: (IP-16-3141_EN) 'State aid: Commission gives guidance on local public support measures that do not constitute state aid'.

20. Zie de Mededeling van de Commissie van 8 mei 2012 'De modernisering van het EU-staatssteunbeleid', COM (2012), 209 final.

21. In het arrest *Altmark* werd gesproken van openbare-

steun beneden deze drempel een effect heeft op de tussenstaatse handel.

3. Markt en overheid

Decentrale overheid en Mededingingswet

Vanaf de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998 kreeg de NMa, inmiddels ACM, te maken met klachten over concurrentievervalsingen door (vooral) de decentrale overheid die economische activiteiten verricht. Zaak 5 van de NMa ging hier al over.²⁵ Een particuliere aanbieder van onderwijs op het gebied van muziek, dans, toneel en beeldende kunst diende een klacht in tegen de Muziekschool en de School voor Expressie van de gemeente Roosendaal. Beide zijn gemeentelijke instellingen die jaarlijks worden gesubsidieerd door de gemeente Roosendaal. De NMa was van oordeel dat het aanbieden van de lessen weliswaar een economische activiteit betrof, maar constateerde tevens dat de Gemeente Roosendaal de – lage – lestarieven vaststelt. De scholen hebben hierbij geen enkele vrijheid. Het feit dat de gemeente deze instellingen subsidieert ten nadele van particuliere aanbieders van dergelijk onderwijs, valt aldus ACM buiten de werkingssfeer van de Mededingingswet. Na zaak 5 zijn er nog veel besluiten gevolgd waarin de motivering gestructureerd en verfijnd is.²⁶ De eerste stap in de analyse is de vraag of er sprake is van een economische activiteit of overheidshandelen, zoals ook in het kader van de beschrijving van het steuntoezicht al ter sprake kwam.²⁷

Economische activiteit of overheidshandelen

Bij de beoordeling van concurrentievervalsende gedragingen bekijkt de ACM allereerst of er sprake is van een economische activiteit of van overheidshandelen. Indien er sprake is van overheidshandelen dan is de *gehele* Mededingingswet niet van toepassing. Is er daarentegen sprake van een economische activiteit, dan is dit wel het geval. De aard van de verrichte activiteit is derhalve bepalend voor de kwalificatie. Bij deze beoordeling wordt door de ACM de standaardjurisprudentie van het HvJ EU toegepast,²⁸ met als leidend beginsel dat wanneer het gaat om activiteiten die ook door particuliere ondernemingen op een markt en in concurrentie kunnen worden verricht er sprake is van een economische activiteit.

Wanneer er sprake is van het uitoefenen van overheidsgezag door een bestuursorgaan dan is er per definitie geen sprake van een economische activiteit. Om te bepalen of er sprake is van uitoefening van overheidsgezag wordt gekeken naar de aard en doel van de werkzaamheden en de wettelijke bepalingen waaraan zij zijn onderworpen en naar de grondslag waarop het handelen van het bestuursorgaan is gebaseerd.²⁹

Naast de uitoefening van overheidsgezag of –prerogatieven, zijn er in de rechtspraak van het HvJ EU nog twee andere grenzen gesteld aan het begrip economische activiteit. Ten eerste wanneer het gaat om de uitvoering van sociale zekerheidsregelingen die overwegend zijn gebaseerd op solidariteit³⁰ en ten tweede wanneer het gaat om ‘collectieve activiteiten’ waarmee in publieke goederen wordt voorzien die niet voldoende via de markt worden aangeboden (zoals onderwijs, natuurbeheer en cultuur).³¹ Die laatste categorie activiteiten, die hoofdzakelijk door de overheid worden gefinancierd, is in de recentere rechtspraak naar voren gekomen.³²

In het recente besluit inzake de Gemeente Deventer gaat ACM uitgebreid in op de vraag of er sprake is van een economische activiteit dan wel de uitoefening van overheidstaak bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind.³³ De ACM beoordeelt hierbij nauwgezet de wettelijke rol die aan de gemeente is toegekend ten aanzien van het beschermingsbewind. De conclusie is dat de gemeente weliswaar een wettelijke taak heeft om een plan vast te stellen dat richting geeft aan de integrale schuldhulpverlening, maar niet voor het aanbieden van het beschermingsbewind zelf. Hierbij wordt door de ACM onder meer meegewogen dat de dienst ook door particuliere ondernemingen wordt aangeboden. De Gemeente Deventer heeft aangevoerd dat wanneer een activiteit ook door particuliere ondernemingen wordt aangeboden, dit niet zonder meer betekent dat het gaat om een economische activiteit. ACM onderschrijft dit, maar geeft hierbij aan dat de aanwezigheid van verschillende aanbieders een sterke indicatie is dat de door een overheid verrichte activiteit economisch is.³⁴ Theoretisch is dit juist, maar in de praktijk is het lastig om een situatie voor te stellen waarbij er sprake is van de uit-

25. Zie jaarverslag NMa, 1998, p. 48, 49, te vinden op www.acm.nl. Het beroep tegen het besluit van de NMa is overigens door de Rechtbank Rotterdam afgewezen wegens gebrek aan procesbelang. Zie Rechtbank Rotterdam 6 februari 2002, *B en W Roosendaal t. d-g NMa*, ECLI:NL:RBROT:2002:AR5217.

26. Zie bijvoorbeeld Zaak 1137, *Wilders – Gemeente Leiden*.

27. Zie uitgebreid A. Gerbrandy en B. Hessel, ‘Wanneer kunnen gemeenten met het mededingingsrecht te maken krijgen?’, *Gemeentestem* 2005, 7221, p. 1 – 11. l

28. Daarbij wordt verwezen naar onder andere zaak C-41/90, *Höfner*, ECLI:EU:C:1991:161.

29. Zie bijvoorbeeld besluit ACM, zaak 119, *Loke*.

30. Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63 en zaak C-437/09, *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112.

31. Zie bijvoorbeeld zaak C-74/16, *CEPPB*, ECLI:EU:C:2017:496.

32. Zie in dit verband, J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 28-30.

33. Besluit ACM, zaak 17/012021 Gemeente Deventer en beschermingsbewind, 31 oktober 2017. Beschermingsbewind is een dienst aangeboden aan mensen die hun financiële zaken niet zelf kunnen regelen. De beschermingsbewindvoerder beheert het geld en de goederen van de betrokkene.

34. *Ibid.* Randnr. 124, met verwijzing naar zaak C-82/01, *Aéroports de Paris*.

oefening van overheidsgezag en er ook particuliere aanbieders van dezelfde dienst zijn. In een recente zaak volgde de rechtbank de ACM in het oordeel dat het bieden van parkeergelegenheid op de openbare weg niet, maar het aanbieden van parkeerplekken 'achter de slagboom', in een garage, wel een economische activiteit was.³⁵

Staatssteun en de algemene mededingingsregels: Blovo/Boontje

Uit besluiten van de ACM volgt dat het toekennen van directe subsidies³⁶ buiten de reikwijdte van art. 6 en 24 Mededingingswet valt. De vraag of het toekennen van voordelen op indirecte manier ook buiten deze reikwijdte viel, was nog onduidelijk. In de zaak *Blovo/Boontje* lag deze vraag voor. In het besluit op bezwaar neemt de ACM het standpunt in dat het in erfpacht geven en verhuren van grond aan een tennisclub tegen een symbolische bedrag van 1 gulden, steunverlening is. De Gemeente handelt dan niet als onderneming volgens de ACM waardoor de gedraging buiten het bereik van de Mededingingswet valt:

'Hoewel een indirecte subsidie mogelijk niet is aan te merken als subsidie in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, kan naar het oordeel van de d-g NMa, op basis van de thans bekende feiten, de bevoordeling worden gekwalificeerd als (selectieve) financiële steun van een gemeente aan een onderneming, in casu de tennisparken 'Akersloot' en 'Vinkenbaan'. Een oordeel over dergelijke steunverlening door een gemeente – die mutatis mutandis mogelijk staatssteun in de zin artikel 87, lid 1 EG³⁷ betreft – valt buiten de reikwijdte van de Mededingingswet; de d-g NMa is daarom niet bevoegd om in het onderhavige geval op te treden. Dit laat onverlet, dat onder omstandigheden tegen zulk een gedraging op grond van artikel 88 EG kan worden opgetreden door de Commissie van de EG.'

De ACM keek in dit besluit met een Europeesrechtelijke bril naar het vraagstuk en nam het standpunt in dat wanneer er sprake is van staatssteun – een norm die zich tot overheden richt – niet ook tegelijkertijd de mededingingsbepalingen – die zich tot ondernemingen richten – kunnen worden geschonden. In het besluit lijkt ACM uit te gaan van een volgorde van samenloop. Aangezien ACM niet bevoegd is te oordelen of de oorzaak verboden staatssteun is, kan zij ook niet beoordelen of de lage tarieven die hier het gevolg van zijn, in strijd zijn met de Mededingingswet.

Het CBB volgt dit standpunt echter niet:³⁸

*'Ook met betrekking tot activiteiten waarbij ten laste van de staatsmiddelen aan ondernemingen een op geld waardeerbaar voordeel wordt toegekend, dient naar het oordeel van het College, gelet op de in hogervermeld arrest gegeven criteria, te worden nagegaan of deze, wegens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, al dan niet buiten de sfeer van het economisch verkeer vallen dan wel neerkomen op de uitoefening van overheidsprerogatieven. Als dit niet het geval is, is sprake van een economische activiteit en is, ongeacht de rechtsvorm van de entiteit die de activiteit verricht, de Mw van toepassing.'*³⁹

Als gevolg van de uitspraak van het CBB is helder dat er twee smaken zijn: of er is sprake van een economische activiteit of van optreden als overheid. Als er sprake is van een economische activiteit dan is de ACM bevoegd om te toetsen of daarmee het kartelverbod (art. 6 Mw) of het verbod op misbruik maken van een machtspositie (art. 24 Mw) is overtreden. De ACM kan zich niet 'onbevoegd verklaren' door te stellen dat de economische activiteit ook onder de omschrijving van steunverlening valt. In het geval de vermeende concurrentievervalsing door de decentrale overheid bestaat uit het toekennen van een voordeel waardoor de overheid inkomsten misloopt, is er sprake van een eenzijdige gedraging. Dit betekent dat enkel de weg van art. 24 Mw – misbruik machtspositie – overblijft. Het CBB oordeelde in het geval van de gemeente Castricum dat art. 24 Mw niet was overtreden; het is doorgaans ook niet eenvoudig alleen al een machtspositie aan te tonen. Per saldo schoten de exploitanten van het benadeelde tennispark dus niets met deze uitspraak op en stonden zij alsnog met lege handen. Mocht de ACM gelijk hebben gehad dat Castricum steun verleende – en het is duidelijk dat de gemeente zich niet gedroeg als een *market economy operator* – dan was er in dit geval de onoverkomelijke horde van het tussenstaatseffect.

Gedragsverplichtingen Markt en Overheid

Toen duidelijk werd dat de Mededingingswet geen toereikende oplossing bood voor gevallen als die van *Blovo/Boontje*, zijn door middel van de Wet Markt en Overheid art. 25g tot en met 25ma toegevoegd aan de Mededingingswet,⁴⁰ op de naleving waarvan de ACM toeziet.

In de Mededingingswet zijn nu vier gedragsregels opgenomen voor decentrale overheden.⁴¹ Voor deze

35. ECLI:NL:RBROT:2018:490.

36. Waarbij we ervan uitgaan dat wanneer wordt gesproken over subsidies, er een wettelijke grondslag voor de subsidieverlening bestaat.

37. Thans art. 107 lid 1 VwEU.

38. ECLI:NL:CBB:2008:BC1932.

39. Met het 'hogervermeld arrest' doelt het CBB op het arrest *Wouters*, ECLI: EU: C: 2002: 98.

40. Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) *Stb.* 2011, 162.

41. Zie voor een bespreking van deze regels onder meer J.W. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 447-452.

bijdrage wordt gekeken naar de verplichting voor een bestuursorgaan om bij het verrichten van een economische activiteit ten minste de integrale kostprijs in rekening te brengen (art. 25i Mw).⁴² Deze bepaling betekent dat niet meer hoeft te worden aangetoond dat de decentrale overheid een machtspositie inneemt en dat enkel moet worden nagegaan of de tarieven de integrale kostprijs dekken. Dit klinkt als een heldere regel, maar brengt in de praktijk de nodige problemen mee.

Wanneer met de bril van de Wet Markt en Overheid wordt gekeken naar de casus *Blovo/Boontje*, dan is de constatering dat de Gemeente Castricum een economische activiteit verricht door grond te verhuren aan de tennisparke en bij de uitgifte van erfpacht. Voor deze diensten moet ten minste de integrale kostprijs in rekening worden gebracht. Voor het bepalen van de kostprijs geeft het Besluit Markt en Overheid handvatten⁴³ en dat zal in elk geval meer zijn dan 1 gulden per jaar. We kunnen hieruit concluderen dat de Wet Markt en Overheid toegevoegde waarde heeft: op grond van art. 25i Mw was immers optreden tegen de gemeente Castricum mogelijk geweest.

Uitzonderingen

In art. 25h Mw is vastgelegd in welke gevallen de bepalingen van de Wet Markt en Overheid niet van toepassing zijn. Hierin staan twee algemene uitzonderingen, die ons onderwerp raken. Ten eerste wordt in het vierde lid de situatie uitgezonderd waarin een bestuursorgaan een steunmaatregel heeft genomen die voldoet aan de criteria van art. 107 lid 1 VwEU. Dit wordt overigens nog eens herhaald ten aanzien van de gedragsregel met betrekking tot bevoordeling, in art. 25j lid 3 sub b Mw. Ten tweede is in het vijfde lid de situatie uitgezonderd waarin het bestuursorgaan heeft vastgesteld dat de economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang.

Uitzondering voor steunmaatregelen

De Wet Markt en Overheid is niet van toepassing op economische activiteiten van een bestuursorgaan ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van art. 107 lid 1 VwEU. Het is opvallend dat hier staat dat deze beoordeling ligt bij het bestuursorgaan. De Memorie van Toelichting bevestigt dit: *'De uitzonderingsbepaling impliceert dat dit oordeel van het bestuursorgaan maatgevend is voor de reikwijdte van deze uitzondering. De NMa⁴⁴ is als toezichthouder inzake de gedragsregels gehouden*

dit oordeel te volgen.' De verwijzing naar het 'oordeel van het bestuursorgaan' is enigszins ongelukkig, omdat het aan de Europese Commissie is om art. 107 lid 1 VwEU toe te passen en het HvJ EU het laatste woord heeft in interpretatievragen betreffende deze verdragsbepaling.⁴⁵ We nemen evenwel aan dat een dergelijk oordeel van het bestuursorgaan wel door de rechter kan worden getoetst en dat via prejudiciële vragen in Luxemburg kan blijken of de lokale overheid een juiste uitleg van de Europese staatssteunregels erop na houdt.

Door steunmaatregelen in de zin van art. 107 VwEU uit te zonderen van de gedragsregels Markt en Overheid, zijn de twee regimes complementair. Waar het ene begint, houdt het andere op. Dat klinkt eenvoudig, maar de afbakening van het steuntoezicht is, zoals we al zagen, door nadere regelgeving en rechtspraak ingewikkeld geworden.

Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Blovo/Boontje*. Op grond van art. 55 Algemene groepsvrijstelling Staatssteun⁴⁶ is steun van Lidstaten voor Steun voor sportinfrastructuur en multifunctionele recreatieve infrastructuur verenigbaar met de interne markt in de zin van art. 107 lid 3 VwEU en is vrijgesteld van notificatie, mits de in dit artikel en in hoofdstuk I van de vrijstelling vastgestelde voorwaarden zijn vervuld. Wanneer de steun aan *Blovo/Boontje* hieraan voldoet, betekent dit dat de steun verenigbaar is met art. 107 lid 3 VwEU wat weer impliceert dat sprake is van steun in de zin van het eerste lid. Dit laatste leidt ertoe dat de gedragsverplichtingen Markt en Overheid niet van toepassing zijn. Het ontbreken van een notificatieverplichting heeft echter tot gevolg, dat de Commissie niet zal toetsen of aan de bedoelde voorwaarden voldaan is. Hier lijkt dus een lacune te ontstaan in het toezicht. Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij de financiering van Diensten van algemeen economisch belang. Voldoet de compensatie door de nationale overheid aan de Altmark-criteria, dan is er geen sprake van steun en valt dus onder de Markt en Overheid-verplichtingen. Voldoet de compensatie niet aan de criteria, dan is deze compensatie wel steun en wordt zij onttrokken aan de Wet Markt en Overheid-verplichtingen. Op grond van het DAEB-besluit is echter bepaalde financiering van Diensten van algemeen economisch belang uitgezonderd van de plicht tot notificatie bij de Commissie. Ook hier lijkt een lacune te ontstaan in het toezicht. De vraag is of de wetgever deze lacune in het toezicht heeft voorzien.

De situatie is nog ingewikkelder bij de *minimis*-steun. De uitzondering van art. 25h lid 4 Mw is immers beperkt tot staatssteunmaatregelen die voldoen aan *alle* criteria van art. 107 VwEU. Een van deze criteria is dat er sprake moet zijn van steun die de tussenstaatse handel beïnvloedt. In paragraaf 2

42. Daarnaast geldt voor decentrale overheden het verbod om overheidsbedrijven te bevoordelen (art. 25j Mw), beperkingen met betrekking tot het gebruik van gegevens (art. 25k Mw) en verplichte functiescheiding tussen publieke taken en economische activiteiten (art. 25l Mw).

43. *Stb.* 2012, 255.

44. Thans de ACM.

45. Zie in dit verband ook B. Hessel, *Het recht van de EU voor decentrale overheden. Een praktische handleiding voor Europabewuste provincies en gemeenten*, Nijmegen: Ars Aequi 2016, p. 237.

46. Verordening 651/2014, *Pb.* 2014, L 187/1.

hebben we al aangegeven dat bij de vormgeving van de *de minimis* drempel zowel is gesteld dat de plicht tot notificatie wordt opgeheven als dat er geen effect op de handel tussen de Lidstaten zou zijn. Vanuit het perspectief van de EU-staatssteunregels maakt dit weinig uit: of de notificatieplicht niet bestaat wegens een gebrek aan een tussenstaats effect dan wel vervalt door de verordening, het resultaat is hetzelfde, namelijk aanmelding kan achterwege blijven. Bij de Markt en Overheid-verplichtingen is het echter cruciaal om te achterhalen of de handel tussen de Lidstaten is beïnvloed. Alleen indien dit niet het geval is, zijn deze verplichtingen van toepassing en juist bij steun verleend door decentrale overheden bestaat hierover discussie. De vraag naar de toepasselijkheid van Markt en Overheid-verplichtingen kan dus aanleiding geven tot complexe juridische puzzels. Het is wederom de vraag of de wetgever deze problemen heeft voorzien.

Uitzondering voor algemeen belang

De tweede algemene uitzondering in de Wet Markt en Overheid is de mogelijkheid voor decentrale overheden om te bepalen dat een activiteit wordt verricht in het kader van het algemeen belang.

Deze uitzondering is bij amendement ingediend en geeft aan het bestuursorgaan een 'zeer ruime beoordelingsruimte'⁴⁷ om te bepalen of een activiteit in het algemeen belang is: *'Dit amendement zorgt ervoor dat de autonomie van decentrale overheden bij de behartiging van het algemeen belang volledig gerespecteerd wordt. Decentrale overheden, [...] krijgen zelf onverkort de ruimte om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. [...]'*⁴⁸ Sinds 2014 hebben decentrale overheden veelvuldig gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te bepalen dat diensten in het algemeen belang worden verricht. Het veelvuldig gebruik van deze mogelijkheid door decentrale overheden en de horizonbepaling van de wet,⁴⁹ waren aanleidingen voor de Minister van Economische Zaken om de werking van de wet te evalueren.⁵⁰ Op 3 juni 2016 heeft de Minister de Kamer over de uitkomsten geïnformeerd. Ten aanzien van het gebruik van de algemeen belang-uitzondering wordt geconcludeerd dat door het veelvuldige gebruik hiervan de doelstellingen van de wet worden ondergraven. Ook wordt geconstateerd dat de algemeen belangbesluiten niet altijd even goed zijn gemotiveerd.

Naar aanleiding van de evaluatie is inmiddels een wetsvoorstel voor een gewijzigde Wet Markt

en Overheid ter consultatie gelegd.⁵¹ In dit wetsvoorstel wordt een verplichte periodieke evaluatie voorgeschreven van de activiteiten van algemeen belang. Daarnaast is het voornemen dat de motiveringseisen van de algemeen belang besluiten bij AMvB worden aangescherpt en is er meer ruimte voor inspraak van ondernemers door op de voorbereiding afdeling 3.4 van de Awb van toepassing te verklaren. In de concept-MvT wordt aangegeven dat in de motiveringseisen niet alleen een beschrijving moet worden gegeven van de activiteit en het algemeen belang, maar ook dat de noodzaak voor de uitzondering moet worden onderbouwd, een beschrijving van de gevolgen voor ondernemers moet worden gegeven en een afweging van de noodzaak om af te wijken van de gedragsregels enerzijds tegenover het effect op ondernemers anderzijds.⁵² Met deze vereisten zal het voor decentrale overheden moeilijker worden om een activiteit als 'van algemeen belang' aan te wijzen. Maar ook weer niet heel veel moeilijker, gezien de eisen die de rechter aan een zorgvuldige besluitvorming en de belangenafweging stelt. Dit staat in scherp contrast met de EU-regels voor Diensten van algemeen economisch belang. In het arrest *Altmark*, maar ook bijvoorbeeld in het DAEB-besluit van de Commissie worden nauwgezet de voorwaarden aangegeven om af te wijken van de EU-staatssteunregels met het oog op het verrichten van een taak van algemeen economisch belang. Het is met andere woorden lastiger om met het oog op het algemeen belang de EU-staatssteunregels buiten toepassing te laten dan de Markt en Overheid-verplichtingen.

4. Toegevoegde waarde van de Wet Markt en Overheid: conclusies

Het is goed te verklaren dat de Europese regels voor steunmaatregelen en de nationale regels voor Markt en Overheid complementair zijn. Het toezicht op steunmaatregelen is nodig omdat deze maatregelen het speelveld voor ondernemingen uit verschillende Lidstaten, die met elkaar in concurrentie staan op de interne markt, nadelig kunnen beïnvloeden. Dat kan slechts worden toegelaten als er een goede reden voor is. De Wet Markt en Overheid is er gekomen, omdat waar de overheid zelf economische activiteiten ontplooit, eveneens concurrentievervalsing op de loer ligt, ditmaal binnen Nederland en vaak zelfs lokaal. Uit onze beknopte analyse is gebleken dat de Wet Markt en Overheid in staat is mededingingsproblemen aan te pakken die niet onder de EU-staatssteunregels vallen.

De regels voor Markt en Overheid zijn geen kopie van de regels voor steun in het VwEU, zoals dat het geval is met het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie. Toch betreffen de gedragsregels voor kostenoriëntatie en bevoordeling

47. Zie ook uitspraak van het CBB, d.d. 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414.

48. *Kamerstukken II* 2008/09, 31354, nr. 31.

49. De regeling in de Mededingingswet zou na vijf jaar vervallen; art. IV lid 2 Wet Markt en Overheid, aangehaald in noot 39. De termijn is bij AMvB verlengd tot 1 juli 2019, *Stb.* 2017, 34.

50. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/06/03/kamerbrief-met-beleidsreactie-evaluatie-wet-markt-en-overheid>.

51. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/wijziging-marktenoverheid>.

52. Paragraaf 3.1.3.1.

ook de situatie waarbij publieke middelen worden opgeofferd om een economische activiteit te bevorderen. De ratio achter de twee regimes is dus uit mededingingsperspectief dezelfde.

Daarom is het ook verstandig om steun die aan alle criteria van art. 107 lid 1 VwEU voldoet, uit te zonderen van het regime voor Markt en Overheid. Dubbel toezicht op min of meer dezelfde gronden is ongewenst. Echter, de afbakening van de toepassings sfeer van het Europese regime is in de loop van de tijd steeds gecompliceerder geworden en daarvan is de toepassings sfeer van de nationale regels voor Markt en Overheid weer afhankelijk.

Zo er is geen staatssteun bij financiering van DAEB die aan de voorwaarden van het arrest *Altmark* voldoet. Dan is dus de Wet Markt en Overheid van toepassing. Bij financiering van DAEB die niet voldoet aan de *Altmark*-criteria, is er wel staatssteun en dan is de Wet Markt en Overheid niet van toepassing, zelfs als de notificatieplicht bij de Commissie is opgeheven. Verder is het erg lastig om te achterhalen of er een effect op de tussenstaatse handel is, hetgeen een cruciale kwestie is voor de toepasselijkheid van de Wet Markt en Overheid. We laten dan nog de complicaties als gevolg van specifieke regels voor bijvoorbeeld sportinfrastructuur buiten beschouwing.

Het ligt naar onze mening voor de hand dat de wetgever de toepasselijkheid van de Markt en Overheid-verplichtingen afhankelijk maakt van de notificatieplicht: moet de steunmaatregel worden aangemeld bij de Commissie, dan zijn deze verplichtingen niet van toepassing. Indien deze verplichting niet bestaat, geldt de Wet Markt en Overheid wel. Dit criterium is eenvoudiger toe te passen in het licht van de *de minimis*-regelingen en het DAEB-besluit. Verder wordt ook het probleem van de lacune in het toezicht opgelost: wanneer de Commissie geen toezicht uitoefent, wordt toezicht op nationaal niveau geregeld. Ook Hessel wees er reeds op dat het wenselijk is om de uitzondering van art. 25h lid 4 Mw alleen van toepassing te laten zijn, wanneer op juiste wijze met de EU-vrijstellingen voor staatssteun is omgegaan.⁵³

De zaak *Blovo/Boontje* over verkapte steun aan een tennispark in Castricum, waar andere parken de nadelen van ondervonden, liet zien dat de Wet Markt en Overheid waarschijnlijk wél soelaas kan bieden voor allerlei concurrentieproblemen. Dat wil zeggen, tenzij er sprake is van steun die voldoet aan Europese vrijstelling of totdat de gemeente Castricum een algemeen belang-besluit neemt – als dat al niet gebeurd is.

Het geconsulteerde wetsvoorstel tot aanscherping van de algemeen belang-toets, biedt slechts een klein stapje voorwaarts. Hessel heeft erop gewezen dat het regime van de Wet Markt en Overheid ver-

beterd dient te worden.⁵⁴ Om dit te bewerkstelligen zou de wetgever inspiratie kunnen putten uit de *Altmark*-criteria dan wel de voorwaarden vastgelegd door de Commissie in bijvoorbeeld het DAEB-besluit. Deze voorwaarden verzekeren dat er slechts gecompenseerd mag worden voor een last, dat wil zeggen het financiële nadeel dat met de behartiging van het algemeen belang is gemoeid. In feite voorkomt dat concurrentievervalsing. Vertaald naar de Wet Markt en Overheid betekent dat het volgende. Decentrale overheden zouden zich moeten afvragen of zij als overheid wel de markt op moeten, met andere woorden of de markt zelf tekort schiet, of er geen andere, minder marktverstorende mogelijkheden voorhanden zijn om dit belang te behartigen en of zij niet meer publieke middelen aanwenden dan nodig is voor het behartigen van het omschreven belang. Op deze wijze worden de Nederlandse Wet Markt en Overheid en de EU-staatssteunregels communicerende vaten, waardoor decentrale overheden enerzijds hun werk kunnen doen en anderzijds ervan worden weerhouden zonder gegronde redenen mededingingsproblemen te veroorzaken. Hessel ziet hierin vast een goede stap in de richting van de door hem gewenste verbetering.

53. Zie B. Hessel, *Het recht van de EU voor decentrale overheden. Een praktische handleiding voor Europabewuste provincies en gemeenten*, Nijmegen: Ars Aequi 2016, p. 237.

54. Zie B. Hessel, *Het recht van de EU voor decentrale overheden. Een praktische handleiding voor Europabewuste provincies en gemeenten*, Nijmegen: Ars Aequi 2016, p. 238.

In hoeverre zijn financiële voordelen voor marktpartijen ter bevordering van gebiedsontwikkeling geoorloofd?

prof. dr. ir. A.G. Bregman¹

1. Inleiding

Bij gebiedsontwikkeling is sprake van een (en doorgaans van meerdere) transacties tussen overheden en marktpartijen. In het Juridisch handboek *Gebiedsontwikkeling* wordt het fenomeen gebiedsontwikkeling als volgt omschreven: 'Gebiedsontwikkeling is een integraal, ruimtelijk veranderingsproces, mede in relatie tot het daarop volgende beheer, waarbij de bestemming en/of de inrichting zodanig wijzigen dat daarvoor van overheidswege in elk geval planologische medewerking noodzakelijk is en daarnaast zowel aan publieke als aan private zijde sprake is van privaatrechtelijke betrokkenheid.'²

De in deze omschrijving genoemde privaatrechtelijke betrokkenheid brengt met zich dat bij gebiedsontwikkeling bij overheden – met name bij gemeenten – en bij marktpartijen een voortdurende alertheid op de mogelijke aanwezigheid van (ongoorloofde) staatssteun noodzakelijk is.

Uit de gegeven omschrijving van het fenomeen gebiedsontwikkeling blijkt tevens dat gebiedsontwikkeling niet slechts een privaatrechtelijke betrokkenheid van overheden betekent, maar ook (mede) het resultaat is van door de overheid gemaakte beleidskeuzes. Bij het al dan niet verlenen van de in de omschrijving genoemde planologische medewerking, gaat het immers om het maken van dergelijke keuzes.

Een vraag die bij gebiedsontwikkeling actueel kan zijn en die in deze bijdrage centraal staat, is in hoe-

verre het ter bevordering van het beleid dat gericht is op het daadwerkelijk tot stand komen van een gebiedsontwikkeling en/of van de financiële positie van overheden geoorloofd is om financiële voordelen te verstrekken aan marktpartijen. Onder voordelen ter bevordering van het beleid dat gericht is op het daadwerkelijk tot stand komen van een gebiedsontwikkeling worden daarbij verstaan financiële voordelen die een marktpartij ontvangt voor het realiseren van overheidsbeleid in het kader van gebiedsontwikkeling, waarbij wordt verondersteld dat zonder dit voordeel dit overheidsbeleid niet (op dezelfde gewenste wijze) tot stand zou komen.

In dit artikel zal aan de hand van een tweetal (bekende) praktijkvoorbeelden van gebiedsontwikkeling – inzake de gemeente Haaksbergen respectievelijk de gemeente Leidschendam-Voorburg – worden gezien hoe de Europese Commissie en het Europese Hof bepaalde financiële voordelen in het kader van de staatssteunregels beoordelen. Daarna komt aan de orde in hoeverre de mededeling van de Europese Commissie inzake staatssteun uit 2016 licht werpt op de aanvaardbaarheid van genoemde voordelen. Besloten wordt met enkele overwegingen met betrekking tot de betekenis van een en ander voor de praktijk van gebiedsontwikkeling.

Staatssteun en gebiedsontwikkeling was het onderwerp waarop Bart Hessel en de auteur van dit artikel vele jaren samen een cursus voor het Instituut voor Bouwrecht en later ook voor de Masterclass Bouwrecht van de Universiteit Utrecht verzorgden. Met de bijdragen van Bart boden deze studiebijeenkomsten cursisten steeds een compacte, kwalitatief hoogstaande en met passie en humor gebrachte inleiding in de algemene beginselen van de regelgeving op het gebied van staatssteun. Daaraan behaar ik bijzonder goede herinneringen.

1. Arjan Bregman is bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht (IBR) in Den Haag. Ook is hij fellow bij de Amsterdam School of Real Estate (ASRE) en adviseert hij onder de naam Bregman Advisering B.V.
2. A.G. Bregman, A.Z.R. Koning & R.W.J.J. de Win, *Juridisch Handboek Gebiedsontwikkeling*, Instituut voor Bouwrecht, 2^e druk, 2017, p. 6.

2. Financiële voordelen in de casus Marktpassage Haaksbergen

De eerste casus heeft betrekking op een binnenstedelijke ontwikkeling in Haaksbergen, waarbij daarop gerichte afspraken tussen de gemeente Haaksbergen en een aantal marktpartijen, zijn vastgelegd in een samenwerkingsovereenkomst. Deze afspraken gaven begin 2004 aanleiding tot een klacht bij de Europese Commissie die leidde tot een beschikking van de Commissie op 4 april 2006.³ Uit de beschikking blijkt dat het sluiten van deze samenwerkingsovereenkomst niet de eerste keus was van de gemeente. Kennelijk is eerst geprobeerd om op basis van verschillende plannen het 'verkommerde dorpscentrum' te revitaliseren (middels het realiseren van woningen en winkelruimte van goede kwaliteit) in samenwerking met een andere bouwonderneming. Deze aanpak liep echter vast omdat noch deze andere bouwonderneming, noch de gemeente Haaksbergen in staat bleken om de voor realisatie van bedoelde plannen benodigde onroerende zaken te verwerven.

Enkele jaren voor de ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst werden de betreffende percelen verworven door zes bouwondernemingen. Deze bouwondernemingen verenigden zich en stelden een eigen plan op dat de realisatie van 58 appartementen en 11 winkelpanden behelsde. Het project voorzag uitsluitend in vastgoedontwikkeling: het omvatte niet mede de herontwikkeling van het omliggende openbare gebied (zoals de aanpassing van de infrastructuur). De te realiseren appartementen en winkels zouden zijn bestemd voor de verkoop c.q. verhuur aan particuliere beleggers. Uit de door de bouwondernemingen aan de gemeente overgelegde financiële onderbouwing van het project bleek dat het project niet rendabel kon worden gerealiseerd.

Omdat de herontwikkeling van het centrum door de gemeente desalniettemin beleidsmatig wenselijk wordt geacht, is de gemeente bereid om het daadwerkelijke tekort te dekken middels een subsidie van € 2,98 miljoen. Dit bedrag bestaat deels uit een provinciale bijdrage aan de gemeente voor het project. In de samenwerkingsovereenkomst is vastgelegd dat na de oplevering van het project een onafhankelijke deskundige de gerealiseerde kosten en baten zal berekenen. 'Indien het achteraf door de deskundige berekende werkelijke verlies kleiner blijkt te zijn dan het begrote verlies op basis waarvan de subsidie zal worden toegekend, behoeft

slechts 50% van het gedeelte van de subsidie dat het werkelijke verlies overschrijdt, aan de gemeente te worden terugbetaald. Met andere woorden, de projectontwikkelaars kunnen de overige 50% van het gedeelte van de steun waarmee geen verlies wordt gedekt, houden', zo vat de Commissie de afspraak samen.

Het door de gemeente subsidiëren van het bedrag tot het werkelijke tekort acht de Commissie aanvaardbaar. Daartoe overweegt de Commissie onder meer: 'Het project is bedoeld om het centrum aantrekkelijker te maken en derhalve om verdere verpaupering en toenemende leegstand van het bestaande winkelbestand te voorkomen. Gezien het voorafgaande kan worden geconcludeerd, dat het project positieve gevolgen heeft voor het algemeen belang, zoals ook door de gemeente is aangevoerd om de steun te rechtvaardigen.'

'De Commissie concludeert, dat het gedeelte van de steun dat het werkelijke verlies van het project zoals dit achteraf wordt berekend door een onafhankelijke accountant, dekt, de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën vergemakkelijkt zonder de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt zodanig te veranderen dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. De Commissie concludeert tevens, dat het gedeelte van de steun dat het werkelijke verlies van het project zoals achteraf berekend door een onafhankelijke accountant, overschrijdt, niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het project, terwijl het tegelijkertijd de handelsvoorwaarden ongunstig beïnvloedt.'

3. Financiële voordelen in de casus Leidschendam-Voorburg⁴

Begin 2013 sprak de Europese Commissie uit dat de gemeente Leidschendam-Voorburg in de casus Damplein ongeoorloofde staatssteun verleende aan een consortium van een tweetal marktpartijen: Bouwfonds en Schouten De Jong (hierna af te korten tot SJB).⁵ Op 30 juni 2015 deed het Europese Hof een uitspraak in deze casus. Het Hof heeft daarin het oordeel van de Commissie nietig verklaard. De Commissie moest derhalve een nieuw besluit nemen over het project Damplein.

Volgens een in 2004 gesloten samenwerkingsovereenkomst van 2004 zou SJB met de bouw van het

3. Beschikking van de Commissie van 4 april 2006 betreffende de steunmaatregel die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen in het kader van het project Marktpassageplan in Haaksbergen Steunmaatregel nr. C 33/2005 (ex N 277/2004). BR 2006/163, m.nt. J.W. van Zundert en J. Gundelach. Zie over deze beschikking ook Ingrid Klinge-van Rooij & Peter M. Stol, 'Staatssteun en gebiedsontwikkeling, de beschikking inzake "Marktpassage Haaksbergen"', *Vastgoedrecht* 2006-5, p. 114 e.v.

4. De beschrijving van deze casus is gedeeltelijk ontleend aan A.G. Bregman, Redactioneel; De gemeente Leidschendam-Voorburg verleent bij het project Damplein geen staatssteun, *Actualiteiten Bouwrecht*, 1 juni 2016, en A.G. Bregman, Redactioneel; Beschikking Europese Commissie inzake Leidschendam-Voorburg onvoldoende gemotiveerd, 14 september 2015.

5. Besluit C(2013) 87 final van de Commissie van 23 januari 2013 betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN). Zie over deze beschikking onder meer René van Wijk, 'Staatssteun en PPS-gebiedsontwikkeling: centrumplan Leidschendam', *Vastgoedrecht* 2013-2, p. 67.

project Damplein van start gaan wanneer de gronden bouwrijp waren gemaakt en de nodige bouwvergunningen waren afgegeven. Voor de bouw van de vrije sectorwoningen mochten de particuliere ontwikkelaars de bouwwerkzaamheden echter uitstellen tot 70% van deze woningen, al dan niet in combinatie met sociale woningen, van de deellotatie in kwestie waren voorverkocht. Volgens de afspraken uit 2004 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. Voor deze onderdelen gold geen voorverkoop percentage.

Omdat het voorverkooppercentage voor de woningen niet werd behaald, weigerde SJB te starten met de bouw. In die context hebben de gemeente en SJB beslist om eind 2008 onderhandelingen te gaan voeren over wijziging van de samenwerkingsovereenkomst van 2004. Na een beoordeling door een van partijen onafhankelijke deskundige zijn de gemeente en de twee marktpartijen een aangepaste (lagere) grondprijs overeengekomen. Ook werden door SJB verschuldigde bijdragen kwijtgescholden. De prijsverlaging werd vastgesteld in een overeenkomst die op 1 maart 2010 werd ondertekend. De Europese Commissie oordeelde begin 2013 dat een en ander een bedrag aan ongeoorloofde staatsteun oplevert van € 6,9 miljoen, dat door SJB aan de gemeente moet worden terugbetaald.

Bij de beschikking van 2013 geeft de Commissie aan dat een van de motieven van de gemeente Leidschendam-Voorburg om in te stemmen met de gewraakte aanpassingen van de eerder met de marktpartijen gemaakte afspraken, is gelegen in indirecte schade die de gemeente ingeval van verder uitstel van het project ingeval van het niet door de gemeente verlenen van deze instemming 'in de vorm van een verdere achteruitgang van de openbare ruimte, een verlies van vertrouwen in het gebied bij inwoners en toekomstige kopers van vastgoed, kosten voor het herbestemmen van winkels, schadeclaims van ondernemingen, kosten voor handhaving en planaanpassingen voor de overige plandelen. Een dergelijk uitstel zou ook het einde betekenen voor de winkelvoorzieningen in het ontwikkelingsgebied, terwijl deze bijdragen tot de leefbaarheid van het hele gebied. Reeds vóór aanvang van het project stond ongeveer 23% van de winkels leeg; in 2010 was 27% van de winkels niet in gebruik. Zonder de nodige revitalisering zou de buurt verder verpauperen⁶.

De Commissie volgt de Nederlandse autoriteiten in deze niet, maar stelt dat de Nederlandse autoriteiten de vermeende indirecte kosten van een verder uitstel van het project van 2 jaar niet hebben ge-

kwantificeerd, zodat de Commissie deze niet kan controleren⁷.

Op 30 juni 2015 deed het Europese Hof een uitspraak in deze casus.⁸ Het Hof heeft daarin het oordeel van de Commissie vernietigd. Het Europese Hof Het oordeelt dat de Europese Commissie onvoldoende heeft gemotiveerd waarom SJB ondanks het niet halen van het voorverkooppercentage van 70%, toch had moeten starten met de bouw. In dit verband overweegt het Hof onder meer: 'Uit het verband 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 clausule 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.

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.'⁹

Dit leidt uiteindelijk tot de volgende conclusie van het Hof: '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

6. Beschikking van de Commissie, r.o. 45.

7. Beschikking van de Commissie, r.o. 81.

8. Gerecht van de Europese Unie 30 juni 2015, nr. T-186/13 en T-190/13 T-193/13, BR 2015/86 m.nt. A.D.L. Knook. Zie over deze uitspraak ook onder meer N. van Saanen, 'Het arrest Leidschendam: de contextbenadering als toetsingskader voor staatssteun bij gebiedsontwikkeling', *NrE* 2015, nr. 10 en Berend Jan Drijber, Gerecht drukt Commissie met de neus op de feiten: de zaak Leidschendam.

9. Uitspraak van het Hof, r.o. 122/123.

andere conclusie kunnen leiden ten aanzien van de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun.' 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 (...) cumulatieve voorwaarden niet voldaan, zodat de Commissie de betrokken maatregel niet als staatssteun in de zin van art. 107, lid 1, VWEU mocht kwalificeren.¹⁰

De Commissie moest derhalve een nieuw besluit nemen over het project Damplein.

De Commissie merkt bij de hernieuwde beoordeling van de publiek-private afspraken op 15 januari 2016 onder meer op dat de Nederlandse autoriteiten in wezen onder meer betogen dat het voor de gemeente van groot financieel en sociaal belang was dat de bouwwerkzaamheden op het Damplein zo spoedig mogelijk van start gingen, aangezien extra vertragingen de gemeente directe en indirecte schade zouden berokkenen, en die schade groter zou zijn dan de kosten voor de gemeente om in te stemmen met de betwiste maatregelen.¹¹ Vanwege dit financiële belang besloot de gemeente de overeenkomsten met SJB te herzien. Ook overweegt de Commissie dat volgens vaste rechtspraak economische transacties die worden aangegaan door een overheidsinstantie of een overheidsbedrijf, geen voordeel verlenen 'aan de andere partij bij die transactie — en vormen zij dus geen steun — indien zij onder normale marktvoorwaarden plaatsvinden. Om te beoordelen of een economische transactie onder normale marktvoorwaarden plaatsvindt, moet het gedrag van de overheidsinstanties of -bedrijven worden vergeleken met dat van vergelijkbare particuliere economische marktdeelnemers onder normale marktomstandigheden, om te bepalen of met de economische transacties welke die instanties of bedrijven aangaan, een voordeel wordt verleend aan de andere partij. Dit is het zogenoemde 'criterium van de marktdeelnemer in een marktconomie'. Om vast te stellen of de gemeente, door in te stemmen met een verlaging van de oorspronkelijk overeengekomen verkoopprijs voor de aan SJB verkochte grond en de kwijtschelding van bijdragen, SJB een economisch voordeel heeft verleend, moet worden nagegaan of de gemeente voldeed aan het criterium van de marktdeelnemer in een marktconomie, d.w.z. of een hypothetische particuliere verkoper in dezelfde situatie als de gemeente zou hebben ingestemd met dezelfde prijsverlaging en kwijtschelding, zodat het bestaan van een uit de betwiste maatregelen voortvloeiend voordeel kan worden uitgesloten.¹²

Met toepassing van dit criterium, komt de Commissie tot het besluit dat de op 1 maart 2010 door de gemeente Leidschendam-Voorburg overeengekomen

verlaging van de verkoopprijs voor grond en kwijtschelding van de grondexploitatie- en kwaliteitsbijdrage ten gunste van SJB geen staatssteun vormt in de zin van art. 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Een belangrijke overweging van de Commissie in deze nieuwe beschikking is ten slotte de volgende: 'Gelet op de specifieke omstandigheden accepteert de Commissie dat, hoewel de overwegingen van de gemeente als overheidsinstantie bij de uitvoering van het project niet relevant zijn voor het criterium van de marktdeelnemer in een marktconomie, een hypothetische particuliere marktdeelnemer, die in een vergelijkbare contractuele en financiële positie zou hebben verkeerd, zou hebben getracht een nieuwe prijs overeen te komen in plaats van de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden en een aanbesteding uit te schrijven, met name omdat het contract voor de bouw van de parkeergarage reeds aan SJB was gegund. De Commissie merkt in dit verband ook op dat op het ogenblik van de nieuwe onderhandelingen de financiële crisis was uitgedbroken, die in het bijzonder de Nederlandse vastgoedmarkt trof.'¹³

4. Financiële voordelen in de Mededeling uit 2016

Op 19 juli 2016 verscheen een nieuwe mededeling van de Europese Commissie over staatssteun.¹⁴ In deze mededeling wordt door de Commissie uitgebreid ingegaan op het begrip 'marktdeelnemer in een marktconomie'. Het criterium van 'de marktdeelnemer in de marktconomie' wordt in de mededeling gehanteerd 'om na te gaan of een reeks economische transacties die overheidsinstanties aangaan op normale marktvoorwaarden plaatsvinden en of daarmee aan hun tegenpartijen een voordeel wordt verleend (dat onder normale marktvoorwaarden niet had gespeeld'.¹⁵

In de mededeling wordt dit als volgt nader uitgewerkt: 'Het criterium van de marktdeelnemer in een marktconomie heeft tot doel na te gaan of de Staat een onderneming een voordeel heeft verleend door ten aanzien van een bepaalde transactie niet te handelen als een marktdeelnemer in een marktconomie.' In dat verband doet het niet ter zake of de maatregel voor de overheidsinstanties een rationeel middel is om overwegingen van overheidsbeleid na te streven (bijv. werkgelegenheid). Ook de vraag of de begunstigde onderneming al dan niet

10. Uitspraak van het Hof, r.o. 131/132.

11. Besluit Europese Commissie, 15 januari 2016, C (2016) 85 final, r.o. 77. Zie over dit besluit onder meer M. Fokkema, *Staatssteun en de gecontracteerde gebiedsontwikkeling: doeltreffend breek- en nuttig smeedijzer?*

12. Besluit van de Commissie, r.o. 74 en 75.

13. Besluit van de Commissie, r.o. 81.

14. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 17 juli 2016 (2016/C 262/01), hierna ook kortweg aan te duiden als 'Mededeling 2016'. Zie over deze Mededeling onder meer P.H.L.M. Kuypers & M. de Wit, 'Heeft u een notie van staatssteun?', *TBR* 2016/134. De N. Saanen, 'Staatssteun. Wat is dat?' *NtE* 2016, nr. 9.

15. Mededeling 2016, nr. 75.

rendabel is, is op zich geen beslissende aanwijzing om te bepalen of de betrokken economische transactie marktconform is. Het beslissende element is de vraag of de overheidsinstanties hebben gehandeld zoals een marktdeelnemer in een markteconomie in een vergelijkbare situatie had gedaan. Is dat niet het geval, dan heeft de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangen dat deze onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen, waardoor zij in een gunstigere positie werd gebracht dan die van haar concurrenten.

Voor de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie dient alleen rekening te worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die verband houden met de rol van de Staat in zijn hoedanigheid van marktdeelnemer – en niet met die welke verband houden met zijn rol van overheid. Immers, dit criterium is doorgaans niet van toepassing indien de Staat handelt in zijn hoedanigheid van overheid – en niet die van een marktdeelnemer. Indien een overheidsmaatregel bijvoorbeeld is ingegeven door redenen van overheidsbeleid (bijv. redenen van maatschappelijke of regionale ontwikkeling), kan het optreden van de Staat uit oogpunt van overheidsbeleid misschien rationeel zijn, maar tegelijk overwegingen omvatten waarmee een marktdeelnemer in een markteconomie in de regel geen rekening zou houden. Bijgevolg dient het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie te worden toegepast, los van alle overwegingen die uitsluitend verband houden met de rol van een lidstaat als overheid (bijv. overwegingen van sociale aard of van regionaal of sectoraal beleid.)

In de mededeling worden verschillende mogelijkheden genoemd om aan te tonen dat een transactie tussen een overheid en een onderneming marktconform is. Voor gebiedsontwikkeling zijn twee methoden in het bijzonder van belang: de methode waarbij de 'aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties) via concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedures' plaatsvindt¹⁶ en 'andere waarderingsmethoden'¹⁷, met name het gebruik van de aan een transactie voorafgaande taxatie door een van partijen onafhankelijke deskundige. Daarover wordt in de mededeling het volgende opgemerkt: 'In het geval van de verkoop van gronden is een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, in beginsel voldoende.'¹⁸

16. Mededeling 2016, nr. 89 e.v.

17. Mededeling 2016, nr. 101 e.v.

18. Mededeling 2016, nr. 103.

5. Welke financiële voordelen ter bevordering van gebiedsontwikkeling zijn geoorloofd?

5.1. Twee overheidsdoelen bij gebiedsontwikkeling

De vraag die in dit artikel centraal staat is, in hoeverre het ter bevordering van het beleid dat gericht is op het daadwerkelijk tot stand komen van een gebiedsontwikkeling geoorloofd is om gebruik te maken van financiële voordelen die een marktpartij ontvangt voor het door die overheid bereiken van een optimaal financieel resultaat bij een gebiedsontwikkeling en/of het realiseren van (andere) beleidsdoelen in het kader van gebiedsontwikkeling. Bij gebiedsontwikkeling spelen beide overheidsdoelen – het optimaliseren van het financiële resultaat enerzijds en het realiseren van (andere) beleidsdoelen anderzijds – voortdurend en is ook sprake van een wederzijdse beïnvloeding. Om structuur aan te brengen bij onderstaande analyse ter beantwoording van die vraag op basis van de hiervoor genoemde oordelen met betrekking tot cases in de gemeenten Haaksbergen en Leidschendam-Voorburg en de mededeling van het Europese Commissie van 2016, zal hierna eerst worden ingegaan op financiële voordelen die een marktpartij ontvangt voor het door die overheid bereiken van een optimaal financieel resultaat bij een gebiedsontwikkeling. Daarna komen andere beleidsdoelen aan de orde.

5.2. Financiële bijdragen voor een optimaal financieel resultaat voor de overheid

In de casus marktpassage Haaksbergen oordeelde de Commissie dat het verlenen van staatsteun in beginsel geoorloofd is om een werkelijk tekort op een project voor herontwikkeling binnen het bestaande bebouwde gebied af te dekken. Tegelijk oordeelde de Commissie echter dat, indien het werkelijke tekort, waarvan de hoogte op basis van nacalculatie door een van partijen onafhankelijke deskundige wordt bepaald, lager zal uitvallen dan het aanvankelijk op basis van voorcalculatie door een van partijen onafhankelijke deskundige geraamde tekort, aan de marktpartij in kwestie uitsluitend het werkelijke tekort als geoorloofde staatssteun wordt aangemerkt. Een hoger steunbedrag dan het uiteindelijke werkelijke tekort wordt door de Europese Commissie wel als ongeoorloofde staatsteun gezien.

Deze stellingname van de Commissie is in zoverre begrijpelijk, dat een hoger steunbedrag dan het werkelijke tekort, de marktpartij ten opzichte van andere marktpartijen een niet marktconform voordeel zou verschaffen. Wel kan de vraag worden gesteld of de in de samenwerkingsovereenkomst gemaakte afspraak, die inhield dat ingeval van een lager tekort door de marktpartij slechts de helft van de voor de dekking van het tekort niet nodige subsidie hoeft te worden terugbetaald, niet juist in overeenstemming is met het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie. Tegenover

het door de marktpartij mogen behouden van een bepaald bedrag aan (ongeoorloofde) staatsteun voor de marktpartij, staat voor de gemeente immers een tweemaal zo hoog bedrag aan terugontvangen (geoorloofde) staatssteun. Niet valt in te zien waarom een marktpartij een dergelijke afspraak in beginsel niet zou willen maken.

Daartegen zou kunnen worden ingebracht dat in geval van door de Europese Commissie verlangde volledige terugbetaling van de voor het afdekken van het tekort niet noodzakelijke staatsteun, de gemeente een nog groter financieel voordeel heeft. Het is echter wel zeer de vraag of in dat geval in de praktijk wel een besparing ten opzichte van het voorcalculatorisch geraamde tekort zal worden gerealiseerd. Het tekort had in de casus Haaksbergen namelijk betrekking op het ontwikkelen en realiseren van privaat vastgoed. Op het verloop en de uitkomsten van een dergelijk proces heeft de gemeente slechts invloed op grond van het publiekrechtelijke kader (bestemmingsplan en verleende vergunningen) en eventuele langs privaatrechtelijke weg gestelde aanvullende eisen. Ten aanzien van aspecten als de wijze van uitvoering, materiaalkoze, mee- en tegenvallers bij de realisatie en schommelingen in de relevante afzetmarkten voor – in dit geval – woningen en winkels is de gemeente afhankelijk van de marktpartij. Het perspectief van het mogen behouden van de helft van de bespaarde subsidie zou voor de marktpartij een prikkel kunnen zijn om binnen de door de gemeente aan de vastgoedontwikkeling gestelde eisen waar mogelijk te komen tot kostenbesparingen en maximalisatie van opbrengsten. Daar komt bij dat de marktpartij op grond van de samenwerkingsovereenkomst nooit meer subsidie zal ontvangen dan voorcalculatorisch berekend.

Een meer generieke vraag die uit deze casus oprijst, is welke ruimte de regelgeving op het gebied van staatsteun, in het bijzonder in het licht van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie aan overheden biedt om de uitgave van overheidsgeld te besparen door het verschaffen van een zeker voordeel aan een of meer specifieke marktpartijen, terwijl deze marktpartijen dit voordeel onder normale marktomstandigheden niet zouden hebben kunnen verkrijgen.

Cruciaal is vanuit welk perspectief aan het criterium van de marktdeelnemer aan een markteconomie moet worden getoetst. Kuypers en De Wit merken naar aanleiding van een analyse van onder meer de casus Leidschendam-Voorburg in dit verband terecht op 'dat bij de toets of sprake is van voordeelverstrekking niet alleen kan worden uitgegaan van de particuliere investeerder of van de door de een maatregel begunstigde onderneming, omdat juist de interactie tussen de verschillende marktdeelnemers kenmerkend is voor de markteconomie'.¹⁹ De vraag rijst of vanuit een dergelijke 'interactiebenadering' een afspraak – zoals die in

Haaksbergen – die bevoordeling van een specifieke onderneming boven andere ondernemingen tot gevolg zou kunnen hebben vanuit staatsteunperspectief verdedigbaar zou kunnen zijn.

Voor het antwoord op deze vraag lijkt van belang of de betreffende overheid de specifieke onderneming heeft gekozen als resultaat van een – wat de Mededeling uit 2016 noemt – 'concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure' of dat sprake is van een afspraak zonder dat ook andere marktpartijen in de gelegenheid zijn gesteld om via een openbare procedure een aanbieding voor het maken van deze afspraak een aanbieding te doen.

Een complicatie bij veel gebiedsontwikkelingen is dat in veel situaties sprake is van door bepaalde marktpartijen verworven onroerende zaken binnen een plangebied, zodanig dat deze marktpartijen het recht hebben om binnen het door de gemeente vastgestelde publiekrechtelijke kader tot zelfrealisatie over te gaan.

Indien kan worden beargumenteerd dat het aangaan van een samenwerking met de betreffende marktpartij gelet hierop onvermijdelijk is en de afspraak omtrent het toekennen van een financiële bijdrage er per saldo toe dient om de financiële positie van de betreffende overheid te optimaliseren, dan kan worden beargumenteerd, gezien vanuit de hiervoor genoemde 'interactiebenadering' door de betrokken overheid wordt voldaan aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie. Vanzelfsprekend vereist een dergelijke benadering dat de betrokken overheid kan aantonen – zo mogelijk gestaafd met een beargumenteerde opvatting van een van partijen onafhankelijke deskundige externe deskundige – naar analogie van de taxaties – dat de gemeente in een zodanige juridische positie verkeert dat het maken van de betreffende afspraak als in overeenstemming met het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie moet worden geacht.

5.3. Financiële bijdragen voor een optimale realisatie van beleidsdoelen

In de casus Leidschendam-Voorburg ging het niet alleen om de vraag onder welke voorwaarden de gemeente een financieel voordeel aan een marktpartij mag verstrekken per saldo ter bevordering van het eigen financiële belang, maar ook om de vraag of (en zo ja onder welke voorwaarden) de gemeente een financieel voordeel aan een marktpartij mag verstrekken ter bevordering van het beleid om een gebiedsontwikkeling (voortvarend) te realiseren, zonder dat sprake is van een (te kwantificeren) direct financieel gemeentelijk belang.

In de beschikkingen in de casus *Leidschendam-Voorburg* en in de Mededeling van de Commissie uit 2016 blijkt dat de commissie voor dergelijke financiële bijdragen vanuit staatsteunperspectief weinig ruimte ziet. Zo stelt de Commissie in de Mededeling uit 2016, dat, 'indien een overheidsmaatregel bijvoorbeeld is ingegeven door redenen van overheidsbeleid (bijv. redenen van maatschappelijke of regi-

19. P.H.L.M. Kuypers & M. de Wit, a.w.

onale ontwikkeling)' het optreden van de Staat uit oogpunt van overheidsbeleid misschien rationeel kan zijn, maar tegelijk overwegingen kan omvatten 'waarmee een marktdeelnemer in een markteconomie in de regel geen rekening zou houden. Bijgevolg dient het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie te worden toegepast, los van alle overwegingen die uitsluitend verband houden met de rol van een lidstaat als overheid (bijv. overwegingen van sociale aard of van regionaal of sectoraal beleid).'

Knook en Van Midden stellen dat het wellicht vreemd klinkt dat alleen economische belangen bepalend zijn, omdat de overheid per definitie niet in haar eigen, economisch belang, maar juist in het publieke belang handelt. Als ratio achter het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie ziet hij echter dat dit 'beginsel nu eenmaal inhoudt dat moet worden gekeken naar of een private marktpartij in vergelijkbare omstandigheden tot een eenzelfde maatregel zou kunnen komen.'²⁰ Kuypers en De Wit vullen het criterium naar aanleiding van onder meer de casus *Leidschen-dam-Voorburg* zo in 'dat bij langlopende gebiedsontwikkelingsprojecten de MEO-toets meer behelst dan een puur rationele economische toets zoals de Commissie bepleit in de Mededeling, maar dat maatschappelijke overwegingen die passen in een 'sociale markteconomie' onder omstandigheden een rol kunnen spelen en dat de context ruimer kan worden gezien.'²¹

Deze benadering sluit naar mijn mening aan bij de in paragraaf 5.1 genoemde voortdurende interactie tussen de twee beleidsdoelen van de (gemeentelijke) overheid bij gebiedsontwikkeling: het bereiken van een optimaal financieel resultaat bij een gebiedsontwikkeling en/of het realiseren van (andere) beleidsdoelen. Juist gelet op de in de Mededeling gebezigde woorden 'in de regel' is het wel de vaag of daarvoor ook in de Mededeling niet enige ruimte aanwezig is. Ook sommige marktpartijen zullen immers ter verwezenlijking van hun (statutaire) doelen afspraken maken waarvan het directe financiële voordeel niet altijd duidelijk (te kwantificeren) is.

Toegesplitst op gebiedsontwikkeling is de omvang van genoemde ruimte voor de door Kuypers en De Wit genoemde 'maatschappelijke overwegingen' met name van belang bij het realiseren van (die onderdelen van) een gebiedsontwikkeling, waarvoor de (gemeentelijke) overheid niet zelf als opdrachtgever optreedt. Zo is de realisatie van privaat vastgoed bij het ontbreken van een overheidsopdracht niet juridisch afdwingbaar, maar kan deze beleidsmatig wel zeer wenselijk zijn.

Voor 'maatschappelijke overwegingen' c.q. 'andere dan financiële beleidsdoelen' kan wellicht ruimte worden gevonden indien alle andere mogelijkheden dan het verstrekken van een financiële bijdra-

ge die de betreffende overheid eventueel heeft om het gewenste beleidsdoel te bereiken aantoonbaar onbruikbaar zijn. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de inzet van het onteigeningsinstrument, het beëindigen van de betreffende overeenkomst met de marktpartij of de keuze voor de beoogde vastgoedontwikkeling op een andere locatie of in een andere vorm.

Evenals ingeval van financiële bijdragen om per saldo het gemeentelijke financiële resultaat bij een gebiedsontwikkeling te optimaliseren vereist ook de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie dat de betrokken overheid kan aantonen – zo mogelijk gestaafd met een beargumenteerde opvatting van een van partijen onafhankelijke deskundige externe deskundige – naar analogie van de taxaties – dat de gemeente in een zodanige juridische positie verkeert dat het maken van de betreffende afspraak als in overeenstemming met dit criterium moet worden geacht.

20. A.D.L. Knook & G.J. van Midden, 'Staatssteun en gebiedsontwikkeling (deel 1)', *BR* 2016/88, p. 596.

21. Kuypers en De Wit, a.w.

Decentrale overheid, prof. mr. B. Hessel en de Dienstenrichtlijn

mr. P.A.E.M. Hogenhuis en prof. dr. S.A. de Vries¹

'Maakt u zich de betekenis van Europese wetgeving voor decentrale overheden eigen: wees Europabewust! Redeneer vanuit het vrij verkeerrecht en de daarin besloten kansen² bij het vormgeven van uw decentrale beleid.' Dit adagium heeft prof. mr. B. Hessel, Europa-instituut van de Universiteit van Utrecht, onvermoeibaar onder de aandacht gebracht en voor de duiding en aandacht voor de Dienstenrichtlijn zijn we hem veel dank verschuldigd.

Hij zorgde als een ware verbinder, in co-creatie met vele schrijvers voor een niet aflatende stroom van bijeenkomsten, publicaties en individuele praktische adviezen. Zo zette hij tijdens een eerste groot internationaal congres in Utrecht over 'The Limits of the European and International Services Markets', dat net voor de publicatie van de Dienstenrichtlijn werd georganiseerd, het onderwerp van de Dienstenrichtlijn en de betekenis hiervan voor decentrale overheden ook internationaal op de kaart. Dat de Dienstenrichtlijn ook nu nog stof doet opwaaien, blijkt onder andere uit een recente uitspraak van het Hof van Justitie waar de gemeenten Amersfoort en Appingedam bij betrokken waren.³ Volgens het Hof is hoofdstuk III uit de Dienstenrichtlijn, dat over vestiging gaat, ook van toepassing op interne situaties. Het Hof had zich hier nog niet eerder expliciet over uitgelaten, ondanks de kans die het daartoe kreeg in de zaak *Trijber en Harmsen* over rondvaarten en prostitutie in Amsterdam.⁴ Bart Hessel had de decentrale overheden overigens al veel eerder gewaarschuwd dat deze

bepalingen uit de Dienstenrichtlijn ook op interne situaties van toepassing konden zijn.⁵

Het duiden is begonnen in 2007 met twee publicaties in de Gemeentestem.^{6,7} Decentrale overheden hadden van 2006 tot uiterlijk eind 2009 de tijd om hun regelgeving te screenen, aan te passen of te notificeren bij de Europese Commissie. En ook om hun vergunningprocedures en backoffices in te richten voor elektronisch bestuurlijk verkeer via de berichtenbox voor bedrijven, via het Interne Markt Informatie systeem (IMI) en via www.ondernemersplein.nl (dienstenloket).

Vanwege hun inzicht in bestaande belemmeringen pleitte prof. Hessel voor het aanwijzen van de Kamer van Koophandel⁸ als het Nederlandse dienstenloket. Hoe vooruitziend: de voorziening 'Mijn-Overheid voor Ondernemers' (Movo, de samenvoeging van berichtenbox en ondernemersplein.nl), een geavanceerd dienstenloket 2.0, zal in de komende jaren als een digitale dienst van de Kamer ingevoerd gaan worden.

Hij leverde kritiek op de screeningsresultaten en beleidsafspraken, die zijn gemaakt tussen de Europese Commissie, de PID (landelijke Projectgroep Implementatie Dienstenrichtlijn), Ministeries en koepels van decentrale overheden. Hij waarschuwde wanneer deze op gespannen voet leken te staan met vaste jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. Hij kritiseerde ook het afstand nemen door de Dienstenwetgever van het Handboek Dienstenrichtlijn van de Europese Commissie, waar dit een juiste uitleg geeft van rechtspraak van dit Hof, bijvoorbeeld van het Europese begrip 'openbare orde'.

1. Paul Hogenhuis is bestuurlijk-juridisch beleidsmedewerker provincie Noord-Brabant. Sybe de Vries is hoogleraar EU interne marktrecht en grondrechten aan de Universiteit Utrecht.
2. B. Hessel, K. van den Brand & de S.A. de Vries, 'Hoofdstuk 2, Beleidskansen bij de regels van vrij verkeer', in: B. Hessel, A.M. Kühler & E. Perton (Eds.), *Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, Praktijkcahiers Europees recht, deel 6* (pp. 27-102) (76 p.). Den Haag: SDU 2011.
3. Gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort, X BV en Visser Vastgoed Beleggingen BV, Raad van de gemeente Appingedam*, ECLI:EU:C:2018:44.
4. Gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, *Trijber en Harmsen*, ECLI:EU:C:2015:641.

5. B. Hessel, K. van den Brand & de S.A. de Vries, 'Hoofdstuk 2, Beleidskansen bij de regels van vrij verkeer', in: B. Hessel, A.M. Kühler & E. Perton (Eds.), *Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor centraal beleid, Praktijkcahiers Europees recht, deel 6* (p. 36). Den Haag: SDU 2011.
6. *De Gemeentestem* 2007, 7296, 10 maart 2007, p. 113-125 http://www.oog-decentraleoverheden.nl/images/artikelen/Dienstenrichtlijn/Gemeenten_en_de_Dienstenrichtlijn_1_Gemeentestem_2007.pdf.
7. *De Gemeentestem* 2007 nr. 7271 http://www.oog-decentraleoverheden.nl/images/artikelen/Dienstenrichtlijn/Gemeenten_en_de_Dienstenrichtlijn_2_Gemeentestem_2007.pdf.
8. *De Gemeentestem* 2007, 7296, 10 maart 2007, p. 120.

Hij is bij beleidsmakers en studenten geliefd, omdat hij heel toegankelijk is. Zo kon je altijd je nood bij hem klagen. In de trant van: er is nog zo weinig kennis en daarmee rechtsonzekerheid over de rechtsgebieden vrij verkeer en Dienstenrichtlijn. Wij maken wel praktische keuzes, maar mogelijk zitten er toch lijken in onze kast? Dit soort signalen en zijn eigen waarnemingen in gesprekken met bestuurders of wethouders deelde hij in publicaties, zoals: *'bij mijn discussies met de ministeries van EZ en BZK en de vertegenwoordigers van het IPO bleek dat daar, als resultaat van de onderhandelingen met de Commissie, een andere invulling wordt gegeven aan de reikwijdte van het begrip "handel" dan ik geneigd ben te doen vanuit de rechtspraak en de eerste opzet van de Richtlijn. In aansluiting op de rechtspraak en de (aanvankelijke?) bedoelingen van de Commissie meen ik dat niet alleen de handel in diensten maar ook de distributie van goederen onder de Dienstenrichtlijn valt.'* Vandaag, 10 jaar later, zeggen wij, met het Europees Hof van Justitie (uitspraak *Visser/Appingedam*, zie hiervoor en waarover in dit Tijdschrift meer): u had groot gelijk, professor Hessel! De afgelopen jaren hebben (decentrale) overheden en adviesbureaus regelgeving met vergunningsstelsels gescreend en genotificeerd aan Brussel aan de hand van in de richtlijn opgenomen rechtvaardigingsgronden voor vrije vestiging of tijdelijke dienstverrichting.

Er is een infrastructuur gelegd, waar overheden op zijn aangesloten voor hun digitale dienstverlening aan ondernemers en medeoverheden via de berichtenbox voor bedrijven.⁹ Ongeveer 90 procent van de berichten worden uitgewisseld met de vijf grootste gebruikers:

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), de Douane, de provincies Noord-Brabant en Limburg en één Omgevingsdienst. En voor de wederzijdse erkenning van buitenlandse vereisten zijn zij aangesloten op het Interne Markt Informatiesysteem (IMI). Kennelijk zijn deze activiteiten onvoldoende geweest naar de mening van de Europese Commissie.

In januari 2017 heeft de Commissie een nieuwe set regelgeving¹⁰ aangekondigd om de naleving van de Dienstenrichtlijn en de digitale dienstverlening aan ondernemers te versterken en te handhaven. Daarover zal het Europees Parlement dit jaar besluiten.

Meest ingrijpend voor de decentrale praktijk is het voorstel voor een nieuwe Notificatierichtlijn voor diensten.¹¹ De (decentrale) wetgever zal, na de notificatie van een ontwerpregelgeving via het MND-systeem, een standstill-periode van 3 maanden in acht moeten nemen voor de vaststelling van de regelgeving

door de wetgever. Bij verzuim van notificatie zal het zgn. 'Securitel-effect' als sanctie gaan gelden: de uitvoering van de regeling kan niet meer aan particulieren tegengeworpen worden. Dit wordt pas (weer) mogelijk na intrekking, notificatie en hernieuwde vaststelling van de regeling.

De toekomst van screening van regelgeving en de uitvoering van de Dienstenrichtlijn¹²

Professor Hessel heeft diverse publicaties en bijeenkomsten gewijd aan de Nederlandse implementatie en uitvoering van de richtlijn. Hij heeft helder commentaar geleverd met name op de resultaten van de screening. Die commentaren zijn door de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie over de Dienstenrichtlijn de afgelopen jaren bevestigd.

Met zijn inzet en zijn toegankelijkheid voor beleidsmakers heeft hij een belangrijke bijdrage geleverd aan vergroting van het draagvlak op de werkvloer voor het rechtsgebied Dienstenrichtlijn. Het is de vraag hoe het nu is gesteld is met de kennis bij decentrale overheden van de Dienstenrichtlijn. Anders dan bij aanbestedings- en staatssteunregeling worden er over de Dienstenrichtlijn door decentrale overheden bij het Kenniscentrum Europa Decentraal weinig vragen¹³ gesteld. Zijn de inzichten met de toepassing van het vrij verkeerrecht en de Dienstenrichtlijn nu voldoende om 'de vruchten van de interne markt te plukken'? De hoeveelheid van sinds 2010 genotificeerde decentrale regelgeving¹⁴ en het regelmatig inroepen van de Dienstenrichtlijn bij de bestuursrechter doet vermoeden dat daar vraagtekens bij gesteld kunnen worden.

Nu het Europees Hof van Justitie in zijn uitspraak *Visser/Appingedam* eenduidig heeft bevestigd dat hoofdstuk III (vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing is op interne situaties en op bestemmingsplannen en ruimtelijke ordening, vragen wij ook om voldoende aandacht voor de Dienstenrichtlijn bij de invoering en toepassing van de (digitaal stelsel) Omgevingswet. De Dienstenrichtlijn, de Europese regels vormen geen bedreiging, maar bieden kansen voor decentraal beleid. Het is wat ons betreft tijd voor een bewerking van de publicaties van prof. Hessel over de Dienstenrichtlijn. Deze boekpresentatie kan dan mooi – vanwege het 'plaatje' – ergens in het Wallengebied of in een ander centrum voor 'overwippende' dienstverleners plaatsvinden...

Veel dank !

9. <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-binnenlandse-zaken-en-koninkrijksrelaties/documenten/rapporten/2017/06/01/rapport-monitor-generieke-digitale-infrastructuur-2017>.

10. <https://europadecentraal.nl/dienstenpakket-moet-administratieve-lasten-verlichten/#more-40176>.

11. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0396+0+DOC+XML+V0//NL>.

12. B. Hessel & M. Schiebroek, 'De Dienstenrichtlijn in de toekomst: hoe moeten decentrale overheden nu verder met de Dienstenrichtlijn omgaan?', in: B. Hessel, E. Perton & M. Schiebroek (Eds.), *De Dienstenrichtlijn decentraal. De gevolgen van de Dienstenrichtlijn voor decentrale overheden, Praktijkcahiers Europees recht deel 3* (pp. 173-190) (17 p.). Den Haag: SDU 2009.

13. <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2017/04/2016-Jaarverslag.pdf>.

14. Zie de Bijlage bij de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet, *Stcrt.* 2010, 2290.

Van belemmeringen naar kansen: Europees recht beleidsmatig benaderd

prof. mr. A. Gerbrandy en mr. W.A. Janssen¹

1. Inleiding

In het Tijdschrift voor Staatssteun heeft Bart Hessel regelmatig gepubliceerd, over – natuurlijk – staatssteun, vooral in relatie tot decentrale overheden.² Dat paste bij de leerstoel die hij aan de Universiteit Utrecht bekleedde tot aan zijn emeritaat: Europees recht en decentrale overheden. Uit die titel blijkt direct al dat de belangstelling van Bart Hessel zich niet beperkt tot het staatssteunrecht. Integendeel: heel het Europese recht, bezien vanuit het perspectief van het effect daarvan op, en gebruikmaken daarvan door, decentrale overheden, kan op zijn belangstelling rekenen. Daarbij groeide de overtuiging dat het Europese recht, dat vaak als lastig of vervelend wordt ervaren en als belemmering van de uitvoering van plannen, juist kansen biedt aan decentrale overheden.³ Met zijn publicaties en in zijn contacten tracht Bart Hessel te bewerkstelligen dat decentrale overheden zullen inzien dat zij de ruimte van het Europese recht juist kunnen benutten: het Europese recht staat niet recht tegenover de decentrale overheden. Om van die kansen echter gebruik te kunnen maken is het wel nodig dat er voldoende kennis is, zowel bij de decentrale

overheden zelf als bij instellingen zoals het Kenniscentrum Europa decentraal en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Deze brede blik maakt dat het werk van Bart Hessel van grote betekenis blijft. Daarom staan wij bij die benadering, waarbij de keuzemogelijkheden voorop staan, en niet de belemmeringen van het Europese recht, in deze bijdrage kort stil.

2. Fundamentele keuzes

Decentrale overheden, net als de centrale overheid, treden op in het algemeen belang.⁴ Hoewel dergelijke algemene, publieke belangen lastig te definiëren zijn en de noodzakelijke beleidskeuzes die daaruit volgen zowaar nog moeilijker te nemen zijn, blijft het uitgangspunt dat slechts daarin een reden voor handelen van de overheid is gelegen. Dat betekent niet dat overheden niet gevoelig zouden kunnen zijn voor (vergaand) lobbyisme, maar dat voorbeelden van 'capture' – waar de overheid 'gevangen' wordt genomen door zich de belangen van private partijen eigen te maken – als anomalie en als onwenselijk worden beschouwd. Daar staat het traditionele uitgangspunt tegenover dat van private partijen wordt verwacht dat zij met name in het eigen, private, belang handelen. Zij functioneren in het marktdomein. Naast deze twee partijen fungeert het maatschappelijk midden als ruimte waarin de verschillende belangen eveneens vorm krijgen. Maatschappelijke organisaties vertegenwoordigen over het algemeen een specifiek algemeen belang, maar in gezamenlijkheid is de ruimte van het maatschappelijk midden die waarin de drie partijen met elkaar vorm geven aan de inrichting van de samenleving. Markt en overheid – private en publiek sfeer – hebben derhalve verschillende rollen. Maar die dichotomie tussen de publieke sfeer en de marktsfeer is niet helemaal vastomlijnd en is de afgelopen jaren weer sterk in beweging.⁵ Zo is er soms sprake van een terugtrekkende overheid, die inzet op liberalisering, privatisering en deregulering en meer

1. Anna Gerbrandy is hoogleraar Mededingingsrecht aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Willem Janssen is docent Economisch Publiekrecht bij dezelfde universiteit en tevens verbonden als onderzoeker aan het Public Procurement Research Centre (PPRC). De auteurs bedanken Guus Visman voor zijn ondersteuning bij de totstandkoming van dit artikel.
2. B. Hessel, 'Geïntegreerde gebiedsontwikkeling als mogelijkheid om staatssteun te voorkomen', *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2017, nr. 1, pp. 3-4. B. Hessel, 'Enkele gedachten over de verfijnde economische benadering van staatssteun en de sociale markteconomie van de EU', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2016, nr. 1, pp. 5-14.
3. Zie met name B. Hessel & A. Gerbrandy, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden, in hun rollen als onderneming en als overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2004. B. Hessel (et al.), *Pluk de vruchten van de interne markt*, Nijmegen: Sdu Uitgeverij 2011. B. Hessel et al., *De Europese staatssteunregels 2015, een handleiding voor het benutten van de beleidskansen*, Nijmegen: Juridische Uitgeverij Ars Aequi 2015. B. Hessel et al., *Het recht van de EU voor decentrale overheden*, Nijmegen: Juridische Uitgeverij Ars Aequi 2016.

4. Zie ook WRR-rapport, *Het borgen van publiek belang*, 2000.
5. A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig mededingingsrecht', *Markt & Mededinging*, 2016, nr. 3, p. 103.

ruimte laat voor het marktdomein. Door privatisering en marktwerking wordt ruimte gegeven aan ondernemingen om (mede) in het publiek belang te handelen. In zijn proefschrift besteedde Bart Hessel al aandacht aan het fenomeen van maatschappelijk verantwoord ondernemen.⁶ De nadruk op de ruimere verantwoordelijkheden van ondernemingen is sindsdien alleen nog maar versterkt. Zo staan sociale ondernemingen momenteel volop in de belangstelling. Interessant is dat in de Nederlandse context het maatschappelijk verantwoord ondernemen ook wel wordt gevoed door de overheid zelf: zie bijvoorbeeld de convenanten die worden afgesloten tussen de overheid en verschillende sectoren over internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen en het beschermen van fundamentele rechten in een internationale verticale handelsketen.⁷ Maar in andere sectoren staat juist privatisering en de (verdere) invoering van marktwerking onder druk, zoals in de zorgsector, bij de woningbouwverenigingen, en bij de inrichting van het vervoer over het spoor. Bovendien trekt de overheid ook weer andere, vooral uitvoerende taken zoals beveiliging en schoonmaakdiensten, naar zich toe, in plaats van marktpartijen te contracteren.⁸ In dit geheel van markt, overheid en maatschappelijk midden – en de vraag waar vorm gegeven wordt aan het publiek belang – is tenslotte noemenswaardig de ontwikkeling waarbij steeds meer de nadruk komt te liggen bij de uitvoering van taken door burgercollectieven in het kader van de participatiemaatschappij. Vooral op decentraal niveau is dit zichtbaar. Steeds meer gemeenten bieden ruimte aan burgers om aan te geven dat zij zelf in plaats van de overheid een taak willen uitvoeren (het zogeheten ‘right to challenge’).⁹ Dit alles overziend is er dus sprake van een kleurrijk pallet aan instituties die verantwoordelijk zijn, worden gemaakt, of willen zijn voor taken in onze samenleving. Vanuit de economische wetenschap wordt duidelijk dat een van de fundamentele vragen van economische ordening is wie goederen en diensten aanbiedt. De welbekende ideale ordeningstypes geven hierop een antwoord: dat kan worden overgelaten aan de markt (een markteconomie), aan de staat (een geleide plan-economie) of aan een tussenvorm (een ‘mixed economy’). Aangezien in Nederland, zoals in vrijwel de meeste landen, van een dergelijke mengvorm sprake is, bewegen ook decentrale overheden,

als zij keuzes maken over het verlenen van goederen en diensten, zich in de ruimte die dan overblijft. Die is groot; maar het uitgangspunt blijft dat de overheid handelt in het publiek belang. Als de overheid een publiek belang identificeert en daartoe wil handelen – het maakt op dit vrij abstracte niveau niet zo veel uit waar het om gaat: zorgen dat de woningvoorraad op orde is, dat er openbaar vervoer is, dat er sportvoorzieningen zijn, scholing voor nieuwkomers wordt aangeboden, de straatverlichting goed werkt, dat er een goed lopende vuilnisophaaldienst is of jeugdzorg wordt aangeboden – heeft de overheid altijd keuzes. Binnen de door de centrale overheid gestelde randvoorwaarden (en de voorwaarden uit het staats- en bestuursrecht; ook daarvoor had Bart Hessel al vroeg een scherp oog) gaat het daarbij om te kiezen voor een punt op de lijn tussen het handelen geheel in de publieke sfeer te houden, of het geheel overlaten aan de markt. De overheid kan het *zelf* doen (daaronder valt ook de mogelijkheid voor overheden om onderling samen te werken), ze kan er voor kiezen *niets* te doen, omdat er vertrouwen is in markttuitkomsten, maar de overheid kan het ook aan *anderen* opdragen.¹⁰ Deze fundamentele keuze betreft dus enerzijds de vraag of het handelen in het publiek belang is en welk publiek belang dat precies betreft, en ten tweede hoe dat vervolgens vorm te geven.¹¹ Het is de stellige overtuiging van Bart Hessel dat in met name de tweede stap – hoe geef ik het vorm – het Europese recht een leidraad vol met kansen voor het maken van beleidskeuzes kan bieden.

3. Europees marktrecht

De keuzes van decentrale overheden worden mede ingekleurd door het Europese marktrecht. Dat omvat twee grote bouwstenen: het internemarktrecht, waaronder de bepalingen van vrij verkeer en meer specifiek het aanbestedingsrecht, en het mededingingsrecht, met bepalingen omtrent concurrentie tussen ondernemingen. Beide bouwstenen zijn van belang wanneer keuzes worden gemaakt omtrent de fundamentele vraag van economische ordening. Het Europese recht zegt echter verder weinig over de *richting* van die keuze. Er zijn slechts enkele principes. Belangrijke principes van het marktrecht, zijn enerzijds dat er een ‘level playing field’ moet zijn, of moet worden gecreëerd (binnen de interne markt), en anderzijds het non-discriminatie beginsel. Toegang tot de markt moet mogelijk

6. B. Hessel, *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

7. Zie deze website voor een overzicht: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationaal-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-imvo/imvo-convenanten>.

8. Zie bijvoorbeeld de Kamerbrief betreffende de uitwerking inbesteding schoonmaakwerkzaamheden, 23 juni 2014.

9. Zie bijvoorbeeld het ‘bewonersbod’ van de Gemeente Utrecht. Meer informatie via <https://www.utrecht.nl/bestuur-en-organisatie/initiatief-en-invloed/uw-initiatief/geld/bewonersbod/> (laatst geraadpleegd: 2 maart 2018).

10. Zie voor deze keuze binnen het aanbestedingsrecht, E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, in J.M. Hebly, E. Manunza & M. Scheltema (eds.), *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadvis voor de Vereniging van Bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, pp. 49-123.

11. Er zijn allerlei limiterende elementen: de taken die aan decentrale overheden zijn opgelegd, financiële randvoorwaarden etc.

zijn, ook voor aanbieders uit andere lidstaten. Het Europese recht is verder neutraal ten aanzien van publieke ondernemingen (art. 345 VWEU), maar is natuurlijk wel gegrondvest in een 'markteconomie, met vrije mededinging' (art. 119 lid 1 VWEU). De ruimte van lokale en regionale overheden om zichzelf te organiseren is overigens sinds het Verdrag van Lissabon expliciet vastgelegd in primair recht (art. 4 lid 2 VWEU). Dit betekent dat het Verdrag de keuze op de lijn tussen (volledige) markt en (volledig) aanbod door de overheid grotendeels vrij laat. Voor sommige sectoren is dat anders. In veel netwerksectoren – energie en telecom voorop – heeft de Europese Unie een proces van liberalisering en introductie van marktwerking ingezet, met gebruikmaking van richtlijnen op basis van de internemarktharmonisatie-bepaling (art. 114 VWEU). Maar over het algemeen laat het Europese recht het voor een groot deel aan de lidstaten over hoe bepaalde sectoren vorm te geven, van gezondheidszorg tot kinderopvang, sportvoorziening en onderwijs.

Die ruimte geldt in principe eveneens voor de vaststelling van wat in het publiek belang is. Hoewel de Europese Unie is gegrond op een markteconomie, is dat wel een 'sociale markteconomie' (art. 3 VEU). Daarbinnen wordt de waarde van publieke diensten en voorzieningen – diensten van algemeen economisch belang – expliciet erkend. Zo bepaalt art. 14 VWEU dat '...gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, (...), zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen'.¹² Het begrip 'dienst van algemeen (economisch) belang' heeft vervolgens invulling gekregen in verschillende documenten van de Commissie.¹³ Toch hebben de lidstaten hierin een zekere ruimte, aangezien wat als publiek belang wordt aangemerkt tussen de lidstaten kan verschillen. Het Hof van Justitie toetst die keuze, die wél expliciet gemaakt moet worden, vervolgens met een zekere afstand.¹⁴ De Europese Unie kenmerkt zich dus door beide elementen in zich te verenigen: marktwerking én bescherming van publieke belangen. Maar áls er vervolgens keuzes worden gemaakt, ook op decen-

traal niveau, dán volgt uit het EU-recht een aantal randvoorwaarden.

4. Keuzes en randvoorwaarden

In het vormgeven van het aanbieden van goederen of diensten is – in theorie, althans – een groot aantal keuzes mogelijk. We noemen er een aantal en verwijzen daarbij naar juridische aandachtspunten zonder de intentie te hebben om daarbij volledig te zijn.

De keuze kan zijn om, als decentrale overheid, zélf zorg te dragen voor het aanbieden. Het aanbestedingsrecht is dan bijvoorbeeld niet aan de orde, en vormt dus ook geen belemmering, omdat overheden taken met hun eigen middelen mogen uitvoeren.¹⁵ Over de afbakening van deze mogelijkheid in relatie tot de Staat als uitvoerende partij is wel veel discussie. Het is namelijk de vraag of de Staat binnen de Europese context deelbaar is of niet.¹⁶ Kort gezegd betekent dat, als de Staat niet deelbaar is en dus één aanbestedende dienst is, dan kan een onderdeel van de Staat (zoals een ministerie) taken voor een ander onderdeel van de Staat uitvoeren zonder te voldoen aan de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012.¹⁷ Als de Staat deelbaar is en dus uit meerdere aanbestedende diensten bestaat, dan kunnen er tussen onderdelen van de Staat aanbestedingsverplichtingen bestaan.

Binnen het mededingingsrecht is het daarbij wel van belang om marktactiviteiten van niet-marktactiviteiten te onderscheiden. Bij het (zelf) uitoefenen van een *economische* activiteit, ook al is dat in het algemeen belang, zijn de mededingingsregels van toepassing. De overheid handelt dan als *onderneming*, in de zin van het (Europese) mededingingsrecht. Zij moet zich houden aan de regels van het Mededingingswet en – indien van toepassing – het Verdrag: het kartelverbod en het verbod op het maken van misbruik van machtspositie zijn daarvan de belangrijkste. Daarnaast zijn de nationale regels van de Wet Markt en Overheid van toepassing. Dit vergt van de overheid dat zij zich aan de vier gedragsregels houdt voor het uitoefenen van economische activiteiten. Zo dienen de *integrale kosten* doorberekend te worden aan de consument, mogen overheidsbedrijven geen *bevoordeling* plegen ten opzichte van de concurrentie (bijvoorbeeld door binnen de overheid lagere tarieven te hanteren), is *gegevensgebruik* uit bestuursrechtelijke activiteiten alleen toegestaan indien deze ook beschikbaar

12. Zie ook Protocol (nr. 26) betreffende de diensten van algemeen belang bij het VWEU en art. 36 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

13. Europese Commissie, *Communication from the Commission, A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, Services of General Economic Interest*, 2011.

14. Zie voor een overzicht: EU Commissie, *Werkdocument van de Diensten van de Commissie, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, Brussel, 29.4.2013 SWD(2013) 53 def/2.

15. HvJEU, 1 januari 2005, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*), par. 50.

16. Zie bijvoorbeeld recentelijk Rechtbank Den Haag, 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316 en voor een kort overzicht van de discussie, W.A. Janssen, 'De Inbestedende Staat binnen de Europese Context: (On) deelbaar?', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2017, nr. 6, pp. 220-225.

17. Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), *Stb.* 2012, 542.

worden gesteld aan derden, en moeten personen betrokken bij de bestuurlijke rol gescheiden zijn van de bestuursleden voor de economische activiteit de *functiescheiding*.¹⁸

De gedragsregels zijn niet van toepassing als de economische activiteit 'in het algemeen belang' is. Dat betekent dat het vaststellen van wat in het publiek belang (het algemeen belang) is, en welk belang dat is, noodzakelijk is. Uit de evaluatie van deze wet blijkt overigens dat gemeenten dit concept 'algemeen belang' erg ruim lijken te interpreteren. Zo bleek dat 90% van de gemeenten economische activiteiten, zoals de exploitatie van jachthavens en het beheer van sporthallen, uitzonderde van deze gedragsregels op basis van art. 25h in de onderzochte periode.¹⁹ Het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat is inmiddels voornemens om deze voorafgaande algemeen belang toets verder in te vullen.²⁰

Bart Hessel zou hierbij benadrukken dat deze regelgeving niet een hindernis is, voor decentrale overheden, maar inherent aan hun taakuitoefening: zij dienen zich immers steeds af te vragen of hun handelen in het publiek belang is. Dat expliciteren komt transparantie in de afweging van het optreden van de overheid alleen maar ten goede, en het biedt de kans om daarover helderheid te verschaffen.

In het verlengde van uitvoering van een taak door één decentrale overheid ligt de samenwerking tussen meerdere overheden.²¹ Omdat de contractuele relaties tussen overheden ook aanbestedingsplichtig kunnen zijn, zijn er – na jaren van onzekerheid²² – specifieke uitzonderingen opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Als voldaan is aan de genoemde voorwaarden wordt bijvoorbeeld ruimte geboden om samen te werken met een aparte rechtspersoon

(de institutionele uitzondering in art. 2.24a-2.2.24b) of onderling tussen overheden voor 'de openbare diensten die zij moeten uitvoeren' (de non-institutionele uitzondering in art. 2.24c).²³ Ook kan er een exclusief recht worden gegund om dergelijke samenwerking tot stand te brengen zonder in strijd te handelen met een mogelijke aanbestedingsplicht (art. 2.24(a)). Deze uitzonderingen bieden ruimte aan deze erg populaire vorm van taak uitoefening door decentrale overheden.

De decentrale overheid kan – aan de andere kant van het spectrum – ook vaststellen dat er met de uitoefening van de taken geen publiek belang gediend wordt. Of oordelen dat dat publiek belang in voldoende mate wordt behaald, of beschermd, als het aanbieden van die dienst of goed aan de markt wordt overgelaten. De overheid kan ook menen dat het in het publiek belang is dat er méér (of minder) wordt aangeboden, maar het aan de markt overlaten om dat doel te bewerkstelligen. De markt wordt uitgenodigd om tot zelfregulering over te gaan, al dan niet met een lichte *nudge* die uitgaat van de dreiging dat de overheid alsnog regels zou kunnen stellen. Bij zelfregulering dienen de marktpartijen, ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht, de grenzen van het mededingingsrecht (met name art. 6 Mw/art. 101 VWEU) in acht te nemen. De overheid moet oppassen de Europese nuttig effect-regel niet te overtreden: zij mag niet meewerken aan de totstandkoming van een kartel of haar eigen marktregulerende bevoegdheden overdragen aan een marktpartij als dat kan leiden tot de totstandkoming van een kartel (art. 4 lid 3 VEU).²⁴ Een andere optie is om specifieke ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang, bijvoorbeeld in de vorm van een concessieovereenkomst. Daarbij kan een opdracht worden gegeven om zorg te dragen voor een universele dienstverplichting: de verplichting dat vervoer ook wordt aangeboden in perifere gebieden, of op minde rendabele tijdstippen, bijvoorbeeld. Bij het verlenen van een concessie kan de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn; bij het opdragen van een dienst van algemeen economisch belang kan art. 106 VWEU in beeld komen. Dat laatste is van toepassing bij het verlenen van een exclusief recht. Zo'n exclusief recht kan noodzakelijk zijn, om de taak (rendabel) te kunnen uitoefenen. De regel van art. 106 VWEU is simpel: het mededingingsrecht is van toepassing. Dat betekent dat de verlening van een exclusief recht niet mag leiden tot misbruik

18. Art. 25 Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid).

19. Ecorys, *Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015*, Rotterdam/Den Haag, 6 augustus 2015, p.

20. De internetconsultatie van de aanstaande wetswijziging sloot op 27 oktober 2017. Zie voor het voorstel: Wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

21. Een recente telling laat zien dat gemeenten deelnemen aan gemiddeld 27 samenwerkingsverbanden. F. Theissen, M. Noordink & J. Westerbeek, 'Inventarisatie samenwerkingsverbanden decentrale overheden', *Kennisbank Openbaar Bestuur*, juni 2017.

22. Duidelijkheid moest sinds 1999 komen van de uitspraken van het Hof van Justitie. Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 18 november 1999, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*); HvJ EU, 9 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:357 (*Commissie/Duitsland*).

23. Voor een overzicht van deze voorwaarden, zie W.A. Janssen, 'De implementatie van de inbestedingsdoctrine in de Nederlandse Rechtsorde', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2015, nr. 3, pp. 134-144.

24. Voorbeelden waarbij vastgesteld werd dat de decentrale overheid deze regel had overtreden biedt de zaak van de Heeswijkse Kampen. ACM, Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van Nederzand B.V. en zeven zandwinbedrijven gericht tegen zijn besluit van 13 augustus 1999, met kenmerk 620/21, 21 augustus 2001.

van een machtspositie. De jurisprudentie hierover is niet eenduidig, wat het lastig kan maken voor de overheid om vast te stellen of dat het geval is. Maar art. 106 (2) VWEU biedt uitkomst: op grond van dat artikel kan het exclusief gerechtvaardigd zijn, indien het nodig is om de dienst van algemeen economisch belang te kunnen uitoefenen. Zo werd bijvoorbeeld het exclusieve recht dat een gemeente verleende aan drie bedrijven voor de verwerking van bouw- en wegenaafval rechtvaardig geacht door het Hof.²⁵

Maar de overheid heeft nog meer mogelijkheden: de taak kan worden uitgeoefend door een marktpartij, maar wanneer dat niet onder normale marktomstandigheden kan, kan de overheid subsidie verlenen. Lezers van dit blad weten dat dan sprake kan zijn van staatssteun, die wellicht aangemeld moet worden – we laten dat derhalve hier verder buiten beschouwing. Wat ook voorkomt is dat de publieke taak wordt opgedragen aan een bepaalde onderneming, maar dat die wordt gefinancierd niet door staatssteun te verlenen, maar door een heffing op *alle* marktpartijen, die gezamenlijk de publieke dienst financieren. Ook hier gelden de grenzen van art. 106 (2) VWEU.

Ten slotte heeft de overheid de mogelijkheid het publieke belang bij wet- of regelgeving te beschermen. In plaats van zelfregulering te stimuleren, een publieke taak aan een specifieke onderneming opleggen, staatssteun te verlenen of een exclusief recht, kan wetgeving een optie zijn. Voor de decentrale overheid wordt de ruimte daartoe beperkt door staatsrechtelijke beperkingen – en ook van die markt was Bart Hessel thuis, getuige zijn proefschrift – maar ook door het vrij verkeerrecht. De op de verdragsbepalingen, die slechts van toepassing zijn als er sprake is van een grensoverschrijdend effect, gebaseerde secundaire regelgeving kan een zeer vérstrekkende invloed hebben (zie ook het artikel van Paul Hogenhuis en Sybe de Vries in dit nummer). Maar ook hier geldt, indien er goede, geëxpliciteerde en gedocumenteerde, redenen zijn, gelegen in het publiek belang zoals dat wordt gedragen door de democratie en gearticuleerd in wet- of regelgeving, er mogelijkheden zijn op grond waarvan belemmeringen zijn uitgezonderd van toepassing van het verbod.

5. Tot slot: beleidsmatige benadering en weging van marktbelang en publiek belang

Binnen de Universiteit Utrecht was Bart Hessel tot zijn emeritaat een bevlogen collega, mentor, en vriend. Zijn brede kennis van de verschillende rechtsterreinen, zijn overtuiging dat juristen die-

nen bij te dragen aan het vormgeven van een goede maatschappij, zijn sociale bevlogenheid en aandacht voor degenen zónder macht, maar ook zijn soms scherpe humor maakt hem nog steeds geliefd. Diezelfde eigenschappen zijn terug te zien in zijn academische werk. Bij Bart Hessel staat aandacht voor de soms complexe positie van decentrale overheden, in het Europese recht al lange tijd voorop. Hij benadrukt dat de Europese marktregels, het vrij verkeerrecht, het aanbestedingsrecht, het staatssteunrecht en het mededingingsrecht, weliswaar grenzen stellen aan overheidshandelen, maar dat er voldoende ruimte is om voor het publiek belang te staan. Over het algemeen dan, want in sommige opzichten is die ruimte, door doorgeschoten marktdenken, volgens hem natuurlijk veel te beperkt. In meer recent werk wijst hij dan ook op de kansen die het begrip 'sociale markteconomie' biedt. Het verheugde hem zeer dat dit concept door de Europese Unie centraal werd geplaatst. Hij roept de Europese en de Nederlandse overheid op dat begrip serieus vorm te geven.²⁶ Daarbij grijpt hij steeds terug op beginselen van de democratische rechtsstaat en beginselen van economisch publiekrecht: vrijheid, gelijkheid én – voor Bart Hessel niet onbelangrijk – solidariteit. Deze wat abstractere bespiegelingen zijn gekoppeld aan een pragmatische benadering van de (on)mogelijkheden van het Europese marktrecht. Decentrale overheden dienen zich steeds bewust te zijn van welke publieke belangen zij voorstaan, wát ze daartoe precies willen doen, en dienen – met de regels van het Europese recht als richtingsborden – keuzes te maken met welk instrument zij dat doel willen bereiken. Daarvoor is kennis nodig van de rechtsregels en hun toepassing, maar ook van hun inbedding in de bredere context van Europese integratie. Maar steeds is aandacht nodig voor de sociale structuur waarin decentrale overheden functioneren, en binnen die structuur voor het voldoende waarborgen van het publiek belang.

25. Het exclusieve recht was beperkt voor de periode van afschrijving van de relevante investeringen: HvJ EU, 23 mei 2000, ECLI:EU:C:2000:279 (*Entrepreneurforeningens Affalds-Miljøsektion (FFAD) Københavns Kommune*).

26. A. Gebrandy & R. Rampersad (eds.), *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland. Gedachten over de toekomst vanuit de niet-positivistische driesporen benadering van Bart Hessel*, Den Haag: Boom Uitgevers 2016.

Aanbesteden zonder wet: de Algemene Groeps- vrijstellingsverordening en aanbesteden

*Een uitbreiding van de
aanbestedingsplicht buiten de
Aanbestedingswet 2012, ook voor
decentrale overheden: open, transparant
en niet-discriminerend*

prof. mr. P.H.L.M. Kuypers¹

1. Inleiding

Normaal gesproken wordt de verplichting een aanbestedingsprocedure te volgen geassocieerd met de Aanbestedingswet 2012. Bestaat geen aanbestedingsplicht krachtens deze wet, dan voelen overheden zich niet verplicht om aan te besteden. Daarbuiten komen echter ook in toenemende mate verplichtingen voor om een aanbestedingsprocedure te volgen. Een recente ontwikkeling is de verplichting tot het betrachten van transparantie bij schaarse rechten. Een verdeling van schaarse rechten wordt in beginsel niet beheerst door de Aanbestedingswet 2012, omdat de overheid geen werken laat verrichten, diensten ontvangt of leveringen verkrijgt onder bezwarende titel. Ook uit het staatssteunrecht volgt onder omstandigheden een verplichting tot aanbesteding. Nu de Algemene Groepsvrijstelling (AGV)² een zeer groot gedeelte dekt van de staatssteunzaken, en Bart Hessel hierover verschillende publicaties heeft geschreven, was de keuze voor een artikel over dit onderwerp

gauw gemaakt.³ Dat kan samenhangen met een daartoe strekkende formele of informele voorwaarde in een besluit van de Europese Commissie, maar een bredere grondslag voor het volgen van een aanbestedingsprocedure volgt uit de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGV). In de Groepsvrijstelling wordt voor een vrijstelling van de verplichting tot melding van staatssteun bij de Europese Commissie geëist dat een steunverlenende instantie een *'openbare, transparante en niet-discriminerende oproep'* doet tot – kort gezegd – mededinging.⁴

Uit de considerans van de AGV blijkt niet duidelijk wat de reden is voor deze verplichting afgezien van de omstandigheid dat de Europese Commissie hiermee marktwerking beoogt. Achtergrond van deze verplichting lijkt te zijn dat de Europese Commissie in het kader van de vrijstelling ervan verzekerd wil

1. Pieter Kuypers is advocaat bij AKD Brussel en hoogleeraar Europees & nationaal aanbestedingsrecht.
2. Verordening 651/2014/EU van de Commissie d.d. 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van art. 107 en 108 Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

3. Zie bijvoorbeeld: http://www.oog-decentraleoverheden.nl/images/artikelen/Staatssteun/2015_Het_Europees_toezicht_op_staatssteun_en_de_beleidskansen.pdf; http://www.oog-decentraleoverheden.nl/images/artikelen/Staatssteun/De_nieuwe_AGV_deel_1_door_Hessel_en_Vidal.pdf;
http://www.oog-decentraleoverheden.nl/images/artikelen/Staatssteun/De_nieuwe_AGV_deel_2_door_Hessel_en_Vidal.pdf.
4. In sommige gevallen moet een open, transparante en niet-discriminerende procedure worden gevolgd.

zijn dat de transactie of transacties die samenhangen met de vrijstelling 'op arms length' plaatsvinden. Dat lijkt vooral te volgen uit art. 2 lid 89 AGV dat definieert wat wordt verstaan onder 'op arms length'.⁵ Anders gezegd: de Europese Commissie wil voorkomen dat een vrijstelling geldt voor een transactie die ook om andere redenen dan de vrijgestelde staatssteun niet marktconform is. Anders zou in feite meer dan één keer staatssteun worden verleend. Het vermoeden van de afwezigheid van staatssteun na een aanbestedingsprocedure wordt hierdoor nog eens bevestigd.

Bart Hessel heeft mede in verband met zijn leerstoel steeds aandacht gevraagd voor staatssteun en decentrale overheden. Vele onderwerpen waarvoor een vrijstelling op grond van de AGV geldt, hangen bij uitstek samen met de beleidsterreinen van decentrale overheden. En Bart Hessel heeft dan ook vaak het belang benadrukt van het gebruik van de AGV: de overheid handelt hiermee in overeenstemming met de staatssteunregels zonder verplicht te zijn tot melding over te gaan. Daarom een bijdrage over dit onderwerp voor zijn afscheid als redacteur van het Tijdschrift voor Staatssteun.

2. Structuur

In deze bijdrage volgt nu allereerst een overzicht van de verschillende bepalingen in de AGV waarin als voorwaarde voor de vrijstelling wordt geëist dat een 'open, transparante en niet-discriminerende' oproep of procedure plaatsvindt. Onder een 'openbare, transparante en niet-discriminerende procedure' wordt in ieder geval mede een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure volgens aanbestedingsrichtlijnen of de Aanbestedingswet 2012 verstaan. Maar de AGV lijkt ruimer te zijn. De AGV gebruikt de omschrijving van een 'open, transparante en niet-discriminerende' oproep of procedure op verschillende plaatsen met nagenoeg gelijke bewoordingen, maar verwijst niet naar een 'aanbestedingsprocedure'. De AGV verwijst evenmin naar de aanbestedingsrichtlijnen. De AGV lijkt dus een groter palet aan procedures voor te staan dan de aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 voorzien. De aanname in dit artikel is voorts dat de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is en ook anderszins geen aanbestedingsplicht geldt voor de steunverlenende instantie. De verplichting tot het voeren van een open,

5. Art. 2 lid 89 AGV luidt: "op arm's length": de voorwaarden van de transactie tussen de contractpartijen wijken niet af van die welke zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, en behelzen geen enkele vorm van heimelijke verstandhouding. Iedere transactie die voortvloeit uit een open, transparante en niet-discriminerende procedure wordt geacht te voldoen aan het "arm's length-beginsel". Veelal wordt gesproken over 'at arms length' aangezien het een Engelse uitdrukking is.

transparante en niet-discriminerende procedure vindt dus uitsluitend op basis in de AGV.

3. Welke vrijstellingen?

Het vereiste van een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep of procedure is een vaak terugkerende voorwaarde in de AGV. Hierna volgen artikelsgewijs de verschillende bepalingen in de AGV.

Art. 16 AGV: stadsontwikkelingsfondsen

De eerste keer dat deze voorwaarde wordt gesteld is art. 16 AGV, over regionale stadontwikkelingssteun, waar in verschillende leden de eis wordt gesteld van een open, transparante en niet-discriminerende oproep. Het achtste lid gaat over het aantrekken van managers van stadsontwikkelingsfondsen.⁶ De AGV bepaalt voor hen expliciet dat geen discriminatie mag plaatsvinden op basis van plaats van vestiging of registratie in een lidstaat. Het AGV lijkt hiermee iedere voorkeur op basis van verbondenheid met een bepaalde lidstaat uit te sluiten. Registratie dient mijns inziens ruim te worden opgevat: registratie is niet alleen een inschrijving in het handelsregister, maar ook in beroepsregisters en registers van certificeringsorganisaties of beroepsverenigingen.

Datzelfde geldt voor onafhankelijke, particuliere investeerders. Zij kunnen deelnemen in overeenstemming met bijvoorbeeld het pari passu beginsel, maar bij stadontwikkeling kan het nodig zijn dat bepaalde risico's worden genomen door de publieke partijen of in ieder geval risico's worden gemitigeerd voor de onafhankelijke, particuliere investeerders.⁷ De logica lijkt in deze te zijn dat de beschermende (financiële) maatregelen ten gunste

6. Art. 16 lid 8 onder a AGV luidt: 'Managers van stadsontwikkelingsfondsen worden geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht. Met name is er geen discriminatie tussen de managers van stadsontwikkelingsfondsen op grond van hun plaats van vestiging of registratie in een lidstaat. Van managers van stadsontwikkelingsfondsen kan worden geëist dat zij voldoen aan vooraf vastgestelde criteria die objectief gerechtvaardigd zijn door de aard van de investeringen.'

7. Art. 16 lid 8 onder b AGV luidt: 'De onafhankelijke particuliere investeerders worden geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht, met als doel passende regelingen inzake risico-beloningsverdeling tot stand te brengen, waarbij voor investeringen niet zijnde garanties asymmetrische winstdeling de voorkeur krijgt boven neerwaartse bescherming. Indien de particuliere investeerders niet via dit soort oproep worden geselecteerd, wordt het redelijke rendement voor de particuliere investeerders bepaald door een onafhankelijke deskundige die is geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep.'

van de particuliere investeerders ook staatssteun bevatten. Dat lijkt met name ook een vereiste, omdat de staatssteun moet voldoen aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van hefboomwerking. Deze voorwaarde komt mij voor als de concretisering van art. 5 AGV dat bepaalt dat de staatssteun een stimulerend effect dient te hebben. Opvallend is dat voor particuliere investeerders de AGV – ondanks de dwingende bewoordingen – impliciet ruimte laat een particuliere investeerder te selecteren zonder een openbare, transparante en niet-discriminerende procedure, mits een onafhankelijke derde een redelijk rendement bepaalt dat de particuliere investeerder mag maken.

Ten derde moeten de managers van stadsontwikkelingsfondsen – die zorgen voor het beheer – worden geselecteerd op basis van een openbare, transparante en niet-discriminerende procedure teneinde er voor te zorgen dat hun vergoeding marktconform is.⁸ Dit voorschrift is ten dele een herhaling van het bepaalde in art. 16 lid 8 sub a) AGV over de selectie van managers van stadsontwikkelingsfondsen. Aanvullend is art. 16 lid 9 sub b) AGV doordat deze bepaling zich speciaal richt op de vergoeding van de manager. De AGV is daardoor hier strenger dan ten aanzien van de eerste twee procedures voor selectie door te bepalen dat de selectie moet geschieden op basis van objectieve criteria verband houdende met ervaring, deskundigheid alsmede operationele en financiële capaciteiten. Deze toevoeging is in wezen overbodig: de selectie van managers van stadsontwikkelingsfondsen en particuliere investeerders zal steeds plaatsvinden op basis van objectieve selectiecriteria. Belangrijker is dat de prijs – hoewel art. 16 lid 9 sub b) AGV dat niet vermeldt – ook een substantiële rol moet spelen, omdat de vergoeding van de manager van een stadsontwikkelingsfonds een marktconforme beloning dient te krijgen. Zonder een prijselement zal de vergoeding niet geacht worden marktconform te zijn, omdat geen marktwerking ten aanzien van de prijsvorming heeft plaatsgevonden. Zelfs indien nationale plafonds voor de vergoeding van toepassing zijn, zal prijs op grond van deze bepaling een selectiecriteria moeten zijn.⁹

Art. 21 AGV Risicofinancieringssteun

De AGV staat voorts positief tegenover staatssteun die kmo's toegang tot financiering van eigen, hybride of vreemd vermogen geeft: risicofinancieringssteun.¹⁰ Begrijpelijk dat de Commissie hier positief tegenover staat, omdat kmo's/mkb veel werkgelegenheid bieden, bijvoorbeeld ongeveer 70% van de banen in de Nederlandse economie.¹¹ Tegelijkertijd heeft het Nederlandse mkb moeite om toegang te krijgen tot bancaire leningen.¹² Bij risicofinancieringssteun gaat het om drie vormen: het verstrekken van (quasi-)eigen vermogen, leningen¹³ en garanties om verliezen te dekken. De mogelijkheid staatssteun te verlenen strekt zich uit over een brede range aan financiële instellingen: financiële intermediairs. Art. 2 sub 34 AGV definieert financiële intermediairs als financiële instellingen, zoals 'dakfondsen'¹⁴, private equityfondsen, overheidsinvesteringfondsen, banken, microfinancieringsinstellingen en onderlinge waarborgmaatschappijen. In wezen alle soorten van organisaties die kapitaal aan ondernemingen ter beschikking stellen in één van de zojuist genoemde vormen.

De selectie van een financiële intermediair zal moeten worden aanbesteed op grond van een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep.¹⁵ Hetzelfde geldt voor een particuliere investeerder.¹⁶ In de tender voor een fondsmanager zal prijs een gunningscriterium moeten zijn.¹⁷ Voor een financieel intermediair ontbreekt een dergelijke voorwaarde, maar ook voor de selectie van een financieel intermediair zal prijs onderdeel van de gunningscriteria moeten zijn.

Daarnaast vereist art. 21 lid 12 AGV dat de keuze voor een bepaalde risicofinancieringsmaatregel niet discrimineert tussen financiële intermediairs op basis van de plaats van vestiging of registratie in een lidstaat. De selectie van een financiële intermediair kent dus een uitwerking van het non-dis-

crimineert tussen financiële intermediairs op basis van de plaats van vestiging of registratie in een lidstaat. De selectie van een financiële intermediair kent dus een uitwerking van het non-dis-

10. Art. 21 e.v. AGV.

11. <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/...mkb.../EZ-De+staat+van+MKB2016-i.pdf>.

12. Doing business 2018, Rapport Wereldbank, Reforming to create jobs, http://www.doingbusiness.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=sXqW_IX-v2ewCK7jCi10RVqBrIY3tO4g7zOePx8SKmSc, p. 182.

13. Daaronder dienen ook achtergestelde leningen te worden verstaan.

14. Voor een omschrijving zie: <http://www.encyclo.nl/begrip/Dakfondsen>.

15. Art. 21 lid 13 onder b) AGV: Financiële intermediairs, alsmede investeerders of fondsmanagers worden geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht met als doel passende regelingen inzake risico-beloningsverdeling tot stand te brengen, waarbij voor investeringen niet zijnde garanties asymmetrische winstdeling de voorkeur krijgt boven neerwaartse bescherming.

16. Art. 21 lid 13 sub b) AGV spreekt over 'investeerders'. Bedoeld zal zijn de particuliere investeerders.

17. Art. 21 lid 15 onder (b) AGV: Hun vergoeding is marktconform. Dit vereiste wordt geacht te zijn vervuld wanneer de manager of de financiële intermediair wordt geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende selectieoproep, op basis van objectieve criteria die verband houden met ervaring, deskundigheid en operationele en financiële capaciteiten.

8. Art. 16 lid 9 onder (b) AGV luidt: 'De vergoeding van de managers van stadsontwikkelingsfondsen is marktconform. Dit vereiste wordt geacht te zijn vervuld wanneer een manager wordt geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep, op basis van objectieve criteria die verband houden met ervaring, deskundigheid en operationele en financiële capaciteiten.'

9. Zie voor diverse plafonds (ook van toepassing op een groot aantal vergoedingen voor managers die opereren op basis van een overeenkomst van opdracht: <https://www.topinkomens.nl/documenten/regelingen/2017/12/04/bezoldigingsmaxima-2018>.

criminatiebeginsel. Daarnaast bepaalt de AGV expliciet dat geschiktheidseisen aan de financiële intermediairs mogen worden gesteld, mits vooraf vastgesteld. Een opvallende bepaling, want ten aanzien van bijvoorbeeld de managers van stadsontwikkelingsfondsen wordt een vergelijkbare voorwaarde niet gesteld, terwijl daartegen weinig bezwaar kan bestaan mits de algemene beginselen worden gerespecteerd. De geschiktheidseisen zullen wel proportioneel moeten zijn. Dat volgt mede uit de zinsnede in art. 21 lid 13 AGV 'in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht'. Art. 4 VEU en het proportionaliteitsbeginsel zijn in de EU en de nationale rechtsorden aanvaard als algemene beginselen. Uit de geciteerde passage kan ook worden afgeleid dat de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, zoals afgeleid uit de rechtstreeks werkende vrij verkeer bepalingen, dienen te worden gerespecteerd afgezien van het transparantie- en non-discriminatiebeginsel. Dus ook het gelijkheidsbeginsel, beginsel van wederzijdse erkenning en het beginsel van effectieve mededinging. Daarbij dient te worden bedacht dat het gaat om een voorwaarde voor vrijstelling en dat ook bij afwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep dient plaats te vinden voor een beroep op de vrijstelling krachtens art. 21 AGV. Het doel van het procedurevoorschrift is het bereiken van een passende regeling voor de beloning van de financiële intermediair. Prijs zal dus een onderdeel moeten zijn van het gunningscriterium.

Art. 39 Investeringssteun ten behoeve van energie-efficiëntieprojecten in gebouwen

De Commissie heeft in het algemeen ook een positieve houding jegens energieprojecten die leiden tot energie-efficiency. Daaronder verstaat de Commissie maatregelen die leiden tot besparing van energie door het energieverbruik voor en na de maatregel te vergelijken en te corrigeren met externe factoren.¹⁸ Energie-efficiëntieprojecten voor gebouwen kunnen op verschillende wijzen worden vormgegeven. Een van de methoden is het opzetten van een fonds en/of een beroep op financiële intermediairs. In wezen zijn de verplichtingen voor de steunverlenende overheden voor selectie van financiële intermediairs en managers van een fonds op dezelfde wijze vastgelegd als voor risicokapitaalsteun.¹⁹ De managers van financiële intermediairs en de ma-

nagers van energie-efficiencyfondsen dienen door een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep te worden geselecteerd. Bovendien zal de procedure moeten voldoen aan het Unierecht en het nationale recht. Ook voor deze categorie is discriminatie op grond van vestiging of registratie verboden. Voor particuliere investeerders geldt eveneens eenzelfde regime als voor particuliere investeerders in risicokapitaalfondsen.²⁰ En deze lijn kan worden doorgetrokken voor de vergoeding voor managers van energie-efficiency fondsen.²¹ Kortom, art. 39 lid 8 sub a) AGV kent dezelfde voorwaarden als art. 21, zodat kortheidshalve verwezen kan worden naar de opmerkingen over art. 21 AGV.

Art. 41 Investeringssteun ter bevordering van energie uit hernieuwbare energiebronnen

Een vrijstelling bestaat ook voor verlening van staatssteun ten behoeve van investeringen in energiewinning uit hernieuwbare energiebronnen. Een van de verschijningsvormen is een tender voor een investering in energie uit hernieuwbare bronnen. In deze bepaling gaat het in tegenstelling tot de eerder genoemde procedures niet om selectie van een dienstverlener, maar het toekennen van de staatssteun zelf: dus geen selectie maar een verdelingsmethode van schaarse middelen. De mogelijkheid bestaat de staatssteun toe te kennen voor de gehele investering door een concurrerende biedprocedure, bijvoorbeeld een subsidie tender.²² Deze concurrerende biedprocedure is in sommige gevallen interessant, omdat de staatssteun betrekking mag

18. Art. 2 lid 103 en 104 AGV.

19. Art. 39 lid 8 sub a): 'Managers van financiële intermediairs en managers van energie-efficiëntiefondsen worden geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht. Met name is er geen discriminatie op grond van de plaats van vestiging of registratie in een lidstaat. Van financiële intermediairs en managers van energie-efficiëntiefondsen kan worden geëist dat zij voldoen aan vooraf vastgestelde criteria die objectief gerechtvaardigd zijn door de aard van de investeringen.'

20. Art. 39 lid 8 sub b): 'De onafhankelijke particuliere investeerders worden geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht, met als doel passende regelingen inzake risico-beloningsverdeling tot stand te brengen, waarbij voor investeringen niet zijnde garanties asymmetrische winstdeling de voorkeur krijgt boven neerwaartse bescherming. Indien de particuliere investeerders niet via dit soort oproep worden geselecteerd, wordt het redelijke rendement voor de particuliere investeerders bepaald door een onafhankelijke deskundige die is geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep.'

21. Art. 39 lid 8 sub b) AGV: 'Hun vergoeding is marktconform. Dit vereiste wordt geacht te zijn vervuld wanneer de manager wordt geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep, op basis van objectieve criteria die verband houden met ervaring, deskundigheid en operationele en financiële capaciteiten.'

22. Art. 41 lid 10 AGV luidt: 'Wanneer de steun wordt toegekend via een concurrerende biedprocedure op grond van duidelijke, transparante en niet-discriminerende criteria, kan de steunintensiteit tot 100% van de in aanmerking komende kosten oplopen. Dit soort biedprocedure is niet-discriminerend en voorziet in de deelname van alle belangstellende ondernemingen. Het met de biedprocedure verband houdende budget vormt een bindende beperking in die zin dat niet alle deelnemers steun kunnen krijgen en wordt toegekend op grond van de oorspronkelijke offerte van de gegadigde, waardoor verdere onderhandelingen worden uitgesloten.'

hebben op 100% van de in aanmerking komende kosten, terwijl voor de andere vormen van investeringssteun een veel lager plafond geldt.²³ De Commissie definieert in art. 2 lid 38 AGV wat zij verstaat onder een ‘concurrerende biedprocedure’²⁴:

‘een niet-discriminerende biedprocedure waaraan voldoende ondernemingen moeten kunnen deelnemen en waarbij de steun wordt toegekend op grond van ofwel de oorspronkelijke offerte van de gegadigde ofwel een toewijzingsprijs. Bovendien moet het met de biedprocedure verband houdende budget of volume een bindende beperking zijn die een situatie doet ontstaan waarin niet alle bidders steun kunnen krijgen;’

Deze omschrijving geeft maar matig houvast. Dat zal gezien de eerder genoemde bepalingen een openbare procedure moeten zijn om daadwerkelijke concurrentie te waarborgen. Dat kan ook worden afgeleid uit art. 42 lid 2 AGV dat uitdrukkelijk bepaalt dat alle producenten van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen moeten kunnen meedoen. Voor het begrip ‘concurrerende biedprocedure’ en de voorwaarden waaraan die moet voldoen, zou naast de omschrijving in art. 2 lid 38 AGV aansluiting kunnen worden gezocht bij de oude Mededeling Grondtransacties die omschreef waaraan een ‘openbare biedprocedure’ voor vastgoed moest voldoen.²⁵ Zo lijkt de concurrerende biedprocedure in ieder geval aan de volgende beginselen te moeten voldoen:

- Een biedprocedure zal voldoende en passend openbaar moeten zijn gemaakt.
- De voorwaarden dienen niet-discriminerend te zijn.
- De steunverlenende instantie zal gedurende een redelijk periode (twee maanden of langer) herhaaldelijk bekendheid moeten geven in de nationale pers, in relevante bladen, tijdschriften en sites die een breed gamma van potentiële gegadigden bereiken, zodat de mogelijkheid onder de aandacht van alle potentiële gegadigden komt.
- Een aanbieding moet ‘onvoorwaardelijk’ zijn om het gelijkheidsbeginsel te respecteren.
- De biedprocedure moet zonder onderscheid voor alle producenten van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen openstaan.²⁶
- Voor zover beperkingen zijn opgenomen ten aanzien van de technologie (binnen het kader van art. 42 lid 3 AGV), zal de effectieve mededinging moeten blijven bestaan. Dat volgt in ieder geval uit het woord ‘concurrerende’.

23. Art. 41 lid 7, 8 en 9 bepalen de plafonds voor andere vormen van investeringssteun.

24. Zie ook hier over art. 42 lid 2 AGV.

25. Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PbEG C 209/03 d.d. 10 juli 1997.

26. Zie art. 42 lid 2 AGV.

Art. 42 Exploitatiesteun ter bevordering van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen

Nauw verbonden met de laatste categorie is staatssteun voor het opwekken van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen. Het gaat bij de vorige categorie om investeringen in hernieuwbare energiebronnen, bij deze vorm van staatssteun wordt de exploitatie gestimuleerd voor zover het gaat om elektriciteit.²⁷ Bij exploitatiesteun voor de opwekking van elektriciteit gaat het meestal om minimumafname prijzen voor levering aan het grid, stabiliserende prijsmaatregelen, e.d. Verder kan worden verwezen naar de opmerkingen ten aanzien van art. 41 AGV.

Art. 52 Steun voor breedbandinfrastructuur

Decentrale overheden steunen de aanleg van breedbandinfrastructuur regelmatig met investeringssteun, dat wil zeggen staatssteun voor de kosten van aanleg van breedband netwerken in de zogenaamde ‘witte’ en ‘grijze’ gebieden. De staatssteun wordt in dit geval toegewezen op grond van een openbare, transparante en niet-discriminerende concurrerende selectieprocedure.²⁸ Opvallend is het woord ‘concurrerende’, omdat dit woord elders ontbreekt. In alle andere gevallen wordt verwezen naar een ‘openbare, transparante en niet-discriminerende procedure (of oproep)’. De verwijzing naar concurrentie komt wel voor in de definitie van een ‘concurrerende biedprocedure’. Mijns inziens mag aan het woord concurrerend geen zelfstandige betekenis worden toegekend. Vanzelfsprekend dat de procedure marktwerking moet kennen en concurrentie is daarbij essentieel. In de situatie dat de breedbandinfrastructuur eigendom wordt van een aanbestedende dienst, zal deze bepaling weinig betekenis hebben, omdat de Aw 2012 van toepassing zal zijn. Dat wordt echter anders dan bij art. 55 AGV (zie hierna) niet vermeld.

Art. 55 Steun voor sportinfrastructuur en multifunctionele recreatieve infrastructuur

Door de jaren heeft staatssteun aan sportinfrastructuur een belangrijke rol gespeeld bij het betaald voetbal en de voetbalstadia in Nederland.²⁹

27. Art. 42 lid 2 AGV luidt: ‘De steun wordt toegekend volgens een concurrerende biedprocedure op grond van duidelijke, transparante en niet-discriminerende criteria, die open staat voor alle producenten die elektriciteit produceren uit hernieuwbare energiebronnen zonder enige discriminatie.’

28. Art. 52 lid 4 AGV luidt: ‘De steun wordt toegewezen op grond van een openbare, transparante en niet-discriminerende concurrerende selectieprocedure die het beginsel van technologische neutraliteit in acht neemt.’

29. Zie bijvoorbeeld: (SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN) d.d. 6 maart 2013 inzake enige Nederlandse voetbalclubs en SA.37109 van 20 november 2013 betreffende een steunregeling ten behoeve van de Brusselse en Vlaamse sportinfrastructuur. Geen staatssteun betrof de wijziging van een bestemmingsplan dat Real Madrid de gelegenheid bood om kantoren te ontwikkelen; zie: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/>

Toch zal deze categorie sportinfrastructuur niet gauw in aanmerking komen voor een vrijstelling krachtens de AGV. De sportinfrastructuur die de AGV op het oog heeft, betreft multifunctionele sportinfrastructuur en daarnaast multifunctionele recreatieve infrastructuur. De laatste categorie moet ruim worden opgevat: alle faciliteiten met een multifunctioneel karakter, die met name culturele en recreatieve diensten aanbieden, vallen eronder.³⁰ De multifunctionele recreatieve infrastructuur mag (ondergeschikt) wel ondernemingsactiviteiten omvatten. Meestal zal het gaan om een bar en/of eetgelegenheden. Maar ook andere – ondergeschikte – commerciële activiteiten zijn denkbaar, zoals een fitness. Beide vormen van faciliteiten lopen in de praktijk dan ook in elkaar over. Volgens art. 55 lid 2 AGV is sportinfrastructuur multifunctioneel, indien deze door meer dan één gebruiker uit de professionele sport wordt gebruikt. Art. 55 lid 2 AGV heeft slechts betrekking op sportfaciliteiten, maar er bestaat geen reden om de bepaling naar analogie ook toe te passen op multifunctionele recreatieve infrastructuur (waar ook wordt gesport). Bij steunverlening aan amateursport is het niet steeds gezegd dat sprake is van een onderneming in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. De problematiek dat een sportvereniging gedeeltelijk een onderneming is, laat de AGV in deze onbesproken. Dat zal echter wel moeten worden onderzocht, omdat de steun aan de sportvereniging ten goede kan komen aan de ondernemingsactiviteiten.

Hoewel staatssteun onder de AGV aan de professionele sportvereniging, of amateurvereniging met ondernemingsactiviteiten dus in beginsel toelaatbaar is binnen de grenzen van de AGV, dient tegelijkertijd te worden gewaakt dat niet tevens een financiële bevoordeling plaatsvindt van de ondernemingsactiviteiten, bouwer, exploitant of aannemer die verantwoordelijk is voor de modernisering.³¹ De achtergrond van deze bepaling lijkt tweeledig te zijn. Enerzijds het weglekken van financiële steun ten nadele van de sportactiviteiten en anderzijds het voorkomen van verstrengeling van de exploitatie of aannemingswerkzaamheden met de financiële huishouding van de gebruikers uit de professionele sport c.q. de ondernemingsactiviteiten in het recreatieve gedeelte. In dat kader lijkt het ook voor de hand te liggen dat in beginsel een gelijk speelveld wordt bewaakt met de professionele sportgebruiker: hij mag geen commerciële voorgrond hebben. De open, transparante en non-dis-

criminatoire procedure zal dan ook mede gericht moeten zijn op het voorkomen van belangenverstrengeling. Waar nodig kan inspiratie worden gevonden in art. 41 en 42 Richtlijn 2014/24/EU. Het belang van non-discriminatie wordt onderstreept door een aparte bepaling over de toegang tot de infrastructuur in art. 55 lid 4 AGV. De voorwaarden dienen met name open en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur te garanderen, afgezien van een eerlijke procedure voor de toewijzing aan derden van concessies voor de aanleg, modernisering en/of exploitatie van de infrastructuur. De considerans bepaalt daarenboven dat de tarieven voor het gebruik van de infrastructuur publiek (op een openbare en toegankelijke plaats) beschikbaar dienen te worden gesteld, om transparantie en een gelijke behandeling van gebruikers te garanderen. De AGV wil hiermee het risico van overcompensatie uitsluiten.³²

Art. 55 AGV wijkt in één opzicht af van de andere bepalingen over de open, transparante en non-discriminatoire oproep of procedure. In art. 55 lid 6 AGV is toegevoegd dat rekening moet worden gehouden met de geldende aanbestedingsregels. Deze toevoeging lijkt zinledig, omdat een opdrachtgever die aanbestedende dienst is steeds zal zijn gebonden aan de EU en nationale aanbestedingsregels, alsmede de eigen regels over overheidsopdrachten. Daarvoor is een passage in de AGV overbodig. Voor investeringssteun die betrekking heeft op werken, zal bovendien rekening moeten worden gehouden met opdrachten voor werken die worden uitgevoerd met welke middelen dan ook en die voldoen aan eisen van een aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent (art. 1.1 Aw 2012). Voorts kan gezien de steunplafonds sprake zijn van gesubsidieerde opdrachten, die – hoewel privaat – op die grond aanbestedingsplichtig zijn. Wel is voorstelbaar dat de opdrachtgever vrijwillig de aanbestedingsregels van toepassing verklaart op de open, transparante en non-discriminatoire procedure, zodat een materiële incorporatie van de aanbestedingsregels plaatsvindt. Hoe dan ook, deze toevoeging in art. 55 AGV heeft geen zelfstandige betekenis, indien niet op enigerlei wijze de aanbestedingsregels gelden.

Art. 56 Investeringssteun voor lokale infrastructuurvoorzieningen

De laatste bepaling in de AGV gaat over lokale infrastructuur. Achtergrond van deze vrijstelling – die nog niet voorkwam in het oorspronkelijke voorstel – is dat lokale infrastructuur particuliere investeringen en groei kan bevorderen. Decentrale overheden kennen beter prioriteiten en doelen van beleid op lokaal niveau, terwijl de risico's op verstoringen van de mededinging beperkt blijven, aldus de considerans.³³ Het zal niet altijd gaan om staatssteun, bijvoorbeeld omdat de investeringen

TXT/PDF/?uri=CELEX:92002E002491&from=EN (antwoord van commissaris Monti d.d. 26 september 2002 op een vraag van het Europees Parlement).

30. Op grond van art. 55 lid 3 AGV zijn attractieparken en hotelfaciliteiten uitgesloten.

31. Art. 55 lid 5 AGV luidt: 'Iedere concessie of iedere andere vorm van toewijzing aan een derde om de sportinfrastructuur of multifunctionele recreatieve infrastructuur te bouwen, te moderniseren en/of te exploiteren, vindt op open, transparante en niet-discriminerende basis plaats, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.'

32. Considerans, par. 74.

33. Considerans, par. 75.

in infrastructuur niet gericht zijn op bevordering van lokale economische activiteiten.³⁴ Het gaat om lokale voorzieningen die bijdragen aan het plaatselijke ondernemings- en consumentenklimaat, en aan het moderniseren en ontwikkelen van de industriële basis, aldus art. 56 lid 1 AGV. Hieronder kunnen vele lokale soorten van infrastructuur vallen: lokale openbare infrastructuur, ruimten voor start ups, gemeenschapshuizen, kerken die een andere functie krijgen, etc. Het is een restcategorie die de overheden op lokaal niveau de ruimte geeft kleinere projecten financieel te ondersteunen. De steunverlenende instelling zal wel eerst moeten nagaan of de staatssteun niet onder een andere categorie valt. Opvallend in art. 56 AGV is dat belangstellenden toegang moeten hebben op basis van een open, transparante en non-discriminatoire basis.³⁵ Uit het laatste woord moet worden afgeleid dat mededinging niet is vereist, maar wel een gelijke behandeling door toepassing van open, tevoren bekendgemaakte en gelijke voorwaarden. Dat blijkt ook uit de toevoeging dat voor de gebruikers een marktconforme prijs moet worden berekend zonder aanduiding dat hiervoor concurrentiestelling dient plaats te vinden. Voor uitleg van deze toegangsbepaling kan aansluiting worden gezocht bij art. 26 AGV over onderzoeksinfrastructuur en art. 27 lid 3 AGV voor innovatieclusters.³⁶ Ook voor die vrijstellingen geldt dat toegang tot door de overheid gefinancierde onderzoeksinfrastructuur c.q. innovatieclusters op transparante en niet-discriminerende wijze en op marktvoorwaarden dient te worden verleend.³⁷ Alleen indien die voorwaarde wordt nageleefd, mag de steunmaatregel van de verplichting tot aanmelding worden vrijgesteld, ongeacht of daadwerkelijk belangstelling wordt aangetoond. In afwijking van art. 55 AGV is bovendien bepaald dat verkoop tegen een marktconforme prijs dient plaats te vinden. Deze regel zou impliciet ook voor sport- en multifunctionele recreatieve infrastructuur moeten gelden, omdat anders staatssteun wordt verleend aan de verkopende eigenaar cq zakelijk rechthebbende. En mogelijk ook aan andere partijen, zoals de exploitant of de gebruiker.

Art. 56 lid 4 AGV kent eenzelfde bepaling als art. 55 AGV voor zover het gaat om de exploitatie.³⁸ Dat is

opvallend, want art. 55 AGV gaat daarnaast over de bouw en de modernisering van infrastructuur. Het ligt voor de hand bij lokale infrastructuur ook bouw en modernisering verplicht te laten plaatsvinden op grond van een open, transparante en non-discriminatoire procedure voor zover de opdrachtgever geen aanbestedende dienst is. Daarmee zouden risico's op overcompensatie worden vermeden. Bovendien bepaalt het zesde lid dat ook rekening moet worden gehouden met de aanbestedingsregels.

4. Open, transparante en niet-discriminerende oproep of procedure

Afgezien van de bijzonderheden van de afzonderlijke bepalingen, en de specifieke eisen die in voorkomende gevallen van toepassing zijn, blijft de vraag onbeantwoord wat hieronder moet worden verstaan. Een definitie in de AGV ontbreekt in tegenstelling tot de 'concurrerende biedprocedure' die in art. 2 lid 38 AGV wel is gedefinieerd. In de verschillende bepalingen die hiervoor zijn besproken bevinden zich evenmin duidelijke aanwijzingen, anders dan dat concurrentie moet plaatsvinden en (EU en nationale) aanbestedingsregels moeten worden gerespecteerd. De Europese Commissie lijkt met deze procedure vooral het voorkomen van de vervalsing van de mededinging voor ogen te hebben gehad en het creëren van marktwerking. De formule 'open, transparant en niet-discriminerend' lijkt afkomstig te zijn uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie.³⁹ Volgens de Europese Commissie is er geen voordeel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, indien een transactie open, transparant, niet-discriminerend geschiedt.⁴⁰ Vaak gaat de Commissie op elk van deze criteria in om aan te tonen dat ieder element nodig is.⁴¹ De Commissie hecht er bijvoorbeeld in het besluit over het Oostenrijkse Gemeentekrediet belang aan dat iedere partij in principe een bod kon uitbrengen,

34. B. Hessel en M. Vidal, 'De nieuwe Algemene Groeps-vrijstellingsverordening voor staatssteun, deel I', *de Gemeentestem* 2014/99, par. 4.6.

35. Art. 56 lid 3 AGV luidt: 'Dit soort infrastructuurvoorzieningen worden aan belangstellende partijen op open, transparante en niet-discriminerende basis beschikbaar gesteld. De prijs die voor het gebruik of de verkoop van de infrastructuur wordt berekend, stemt overeen met een marktprijs.'

36. Idem art. 55 lid 4 AGV over toegang tot portinfrastructuur en multifunctionele recreatieve infrastructuur.

37. Zie ook *considerans*, par. 48.

38. Art. 56 lid 4 AGV luidt: 'Iedere concessie of iedere andere vorm van toewijzing aan een derde om de infrastructuur te exploiteren, vindt op open, transparante en niet-discriminerende basis plaats, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.'

39. Zie bijvoorbeeld : C(2017)1695. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/268327/268327_1907318_126_2.pdf; http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/248011/248011_1534293_255_2.pdf, par 23; http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/135553/135553_1154177_2_2.pdf, par. 19; http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253213/253213_1583622_82_2.pdf par. 6. Het Mededingingsverslag van de Europese Commissie 1999 (SEC(2000) verwijst naar de zaak Container Terminal Utrecht (zaak N 617/98 d.d. 22 december 1999, zie p. 99. Soms wordt 'open' vervangen door 'competitief', maar 'transparant' en 'niet-discriminerend' lijken onlosmakelijk verbonden. Zie: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/266255/266255_1909595_193_2.pdf, par. 42 . Ook wordt nog wel eens 'objectief' gebruikt, zie: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258741/258741_1837726_154_2.pdf par. 157.

40. Par. 47 van dit besluit. Zie ook gevoegde zaken T-268/08 en T-281/08, EU:T:2012:90, r.o. 70.

41. Par. 49 tot en met 57.

met de geboden prijs als enige criterium.⁴² Ook de omstandigheid dat de verkoop van het Oostenrijks Gemeentekrediet in de nationale en internationale pers werd aangekondigd, was voor de openheid van het verkoopproces van groot belang. Verder werd van belang geacht dat er ruime deadlines waren voor geïnteresseerden om zich aan te melden.

Daarnaast sluit de AGV aan bij de latere mededeling over het begrip staatssteun van juli 2016.⁴³ Uit deze mededeling blijkt dat één van de bestanddelen van art. 107 VWEU 'het verlenen van voordeel' betreft.⁴⁴ Een dergelijk voordeel bestaat wanneer '[...] de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.'⁴⁵ Wanneer er sprake is van marktconformiteit door een open, transparante en non-discriminatoire oproep of procedure, is er vermoedelijk geen voordeel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.⁴⁶

Hierna volgen enige opmerkingen over de begrippen 'open', 'transparant' en 'niet-discriminerend' om hieraan een verdere invulling te geven.

Open

Openbaar of open betekent niet dat de openbare procedure van art. 1.1 Aw 2012 moet worden gevolgd. Open houdt in dat voldoende bekendheid is gegeven aan de oproep of procedure in het licht van de kring van de potentiële gegadigden: alle potentiële gegadigden moeten kennis kunnen nemen van opdracht, werk of de concessie. Een meervoudig onderhandse procedure is niet open. Voor de mate van openheid zou kunnen worden aangesloten bij het concept van de 'passende mate van openbaarheid' zoals het Hof van Justitie heeft ontwikkeld voor opdrachten buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen.⁴⁷ Voldoende bekendheid houdt in dat alle potentieel gegadigden of belangstellenden zich redelijkerwijs van de procedure op de hoogte hadden kunnen stellen. Daarbij dient geen toets plaats te vinden van het bestaan van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang', anders dan in het aanbestedingsrecht. In alle gevallen dat staatssteun op grond van de AGV zou moeten worden vrijgesteld van melding, ook zonder duidelijk grensoverschrijdend belang, zal een open, transparante en non-discriminatoire procedure of oproep

dienen plaats te vinden. Dit procedurevoorschrift vloeit immers niet voort uit het VWEU, maar uit de AGV. Het is een voorwaarde voor vrijstelling op grond van de AGV, ook in de gevallen dat geen duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat.

De begrippen 'openbaar' en 'open' lijken enigszins inwisselbaar. Daarom zou het begrip open in de zin van de AGV als volgt moeten worden ingevuld:

- Er moet via de relevante kanalen zijn gecommuniceerd met de buitenwereld zodanig dat sprake is van een 'passende mate van openbaarheid'. Dit hangt natuurlijk samen met de omstandigheden van het geval of project en de aard van de procedure.
- De deadlines in de procedure zijn niet dusdanig kort, dat ze als het ware tevoren kandidaten uitsluiten. Een periode van 2 maanden zou een minimum moeten zijn om daadwerkelijke belangstelling te ontvangen bij een oproep of selectie.

Op grond van deze voorwaarde voldoet de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging niet aan deze voorwaarde: de procedure is niet open bij gebreke van een voorafgaande aankondiging.⁴⁸ Dat geldt ook voor de bijzondere situatie van art. 2.36 Aw 2012.

Transparant

Bij de uitleg van het woord transparant dient een 'transparante procedure' niet te worden verward met 'transparante steun' zoals gedefinieerd in art. 5 lid 1 AGV. De eis dat de steun 'transparant' moet zijn, is een voorwaarde om binnen de toepassing van de AGV te vallen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 5 lid 2 sub e AGV. Steun ten behoeve van regionale stadsontwikkeling is transparant, indien de voorwaarden van art. 16 AGV zijn vervuld. Het is dus een toepassingsvoorwaarde van de AGV. Eén van de voorwaarden voor vrijstelling van art. 16 AGV is vervolgens dat managers van stadsontwikkelingsfondsen worden geselecteerd via een openbare, transparante en niet-discriminerende oproep in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht en nationale recht.⁴⁹ Het woord 'transparant' in de verschillende hiervoor genoemde artikelen is dus geen verwijzing naar art. 5 AGV.

Een algemene transparantieverplichting vloeit voort uit art. 41 en 42 Handvest (recht op onpartijdige behandeling en inzage in dossier). Deze artikelen lijken alleen betrekking te hebben op de instellingen van de Unie. Op grond van het arrest *H.N./Minister for Justice*⁵⁰ vormt het in deze artikelen neergelegde recht op behoorlijk bestuur een afspiegeling van een algemeen Unierechtelijk rechtsbeginsel. Over deze band zijn art. 41 en 42 Handvest onder omstandigheden ook op de lidstaten van toepassing bij de uitvoering van bepalingen in recht-

42. C(2017)1695. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/268327/268327_1907318_126_2.pdf; http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/248011/248011_1534293_255_2.pdf.

43. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, *PbEU* 2016, C 262/1.

44. Zie randnummer 5.

45. C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, r.o. 60.

46. C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, r.o. 60 en 61.

47. HvJ EU 20 mei 2010, zaak T-258/06, *Duitsland/Commissie*, r.o., 77 en de Mededeling van de Commissie d.d. 23 juni 2006 over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, par. 2.

48. Art. 2.32 Aw 2012.

49. Art. 16 lid 8 sub a AGV.

50. HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-604/12, *H.N./Minister for Justice*, r.o. 49 en 50.

streeks werkende Unierechtelijke bepalingen.⁵¹ Toch lijkt ook dit niet de transparantie te zijn die de AGV hier primair op het oog heeft.

Voor transparantie ligt een aansluiting bij art. 18 Richtlijn 2014/24/EU en 1.9 Aw 2012 voor de hand. Dat betekent dat de procedure voor, tijdens en na transparant dient te verlopen. De betrokken steunverlenende instelling dient onpartijdig, objectief te oordelen over de voorstellen van gegadigden. Daarnaast zullen deze instellingen bij de oproep of procedure zodanig de stukken formuleren dat deze voor potentiële gegadigden duidelijk, precies en on dubbelzinnig zijn. Transparantie beoogt vooral willekeur en favoritisme uit te sluiten.⁵² Voor de uitleg van het begrip transparant in de bovengenoemde bepalingen dient dus aansluiting te worden gezocht bij de rechtspraak van het HvJEU over het transparantiebeginsel in aanbestedingsprocedures.⁵³

Niet-discriminerend

Het gebod om niet te discrimineren lijkt ruim te moeten worden uitgelegd en strikt toegepast: de steunverlenende instantie dient alle potentiële gegadigden gelijk te behandelen. In wezen codificeert de AGV hiermee het gelijkheidsbeginsel. Aansluiting zou daarom moeten worden gezocht bij art. 1.8 Aw 2012. De oproep of procedure dient zodanig te zijn ingericht dat een gezonde en daadwerkelijke mededinging bestaat. Dat is slechts mogelijk bij een gelijk speelveld. Bovendien zal het gelijkheidsbeginsel samen met het transparantiebeginsel in de weg staan aan wezenlijke wijzigingen van de transactie die voorwerp is van de open, transparante en niet-discriminerende procedure na de oproep of procedure behoudens de ruimte voor wijziging zoals voorzien in het *Pressetext*-arrest⁵⁴.

Niet alle aanbestedingsprocedures in de Aw 2012 kunnen worden beschouwd als niet-discriminerend. De openbare en niet-openbare zonder twijfel aan dit criterium. Voor de concurrentiegerichte dialoog⁵⁵, mededingingsprocedure met onderhandeling⁵⁶ en het innovatiepartnerschap⁵⁷ zal het afhangen van de invulling van deze procedure. Gezien de strikte uitleg zullen bijvoorbeeld onderhandelingen – zoals voorzien in de wet – al gauw ertoe leiden dat de procedure niet als niet-discriminerend mag worden beschouwd, afgezien van de vraag of is voldaan aan het transparantiebeginsel. Aangezien onderhandelingen in laatstgenoemde procedures gangbaar zijn, kunnen zij veelal niet worden gebruikt. Daarbij komt dat deze procedures

in de meeste gevallen ook niet zo geschikt zijn: het gaat in veel gevallen om de selectie van een dienstverlener door het doen van een oproep of werken die niet voldoen aan de voorwaarden voor een mogelijke toepassing van één van deze procedures (zie bijvoorbeeld art. 2.28 lid 1 Aw 2012). Het is daarom raadzaam om voor de open, transparante en niet-discriminerende oproep of procedure de openbare of niet-openbare procedure uit de Aw 2012 te volgen.

5. Conclusie

Wetteloos aanbesteden betekent dus niet dat een juridische basis ontbreekt of dat de steunverlenende instanties vrij spel hebben. In tegendeel en dat zal Bart Hessel genoeg doen: de AGV biedt veel ruimte voor lokale, sportieve, culturele en innovatieve projecten, inclusief infrastructurele werken, maar het is niet 'eigen volk eerst'. De steunverlener zal kort gezegd moeten zorgen voor een gelijk speelveld waarbinnen effectieve mededinging bestaat tussen alle potentieel gegadigden. Inhoudelijk ligt een aansluiting voor de hand bij de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. De procedure dient open of openbaar te zijn, zodat voldoende respons vanuit de markt kan bestaan. Meervoudig onderhands of een openheid in kleine kring volstaat niet. Een open procedure betekent ook een voldoende lange termijn voor een zinvolle aanmelding of inschrijving (minimaal 2 maanden). Potentieel gegadigden dienen gelijk en transparant te worden behandeld in alle fasen van een selectie- of inschrijvingsprocedure, en ook daarna kunnen de voorwaarden niet wezenlijk worden gewijzigd. Niet-discriminerende procedure wil dus vooral zeggen een procedure waarbij iedereen gelijke kansen heeft ongeacht nationaliteit, type onderneming of oplossing binnen de kaders die de steunverlener heeft gesteld. Dat heeft tot gevolg dat alleen de openbare en niet-openbare procedure uit de Aw 2012 zeker aan de voorwaarden van de AGV voldoen en het te adviseren is, slechts deze procedures te gebruiken indien een open, transparante en niet-discriminerende oproep of procedure moet plaatsvinden. Met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht doet ook het proportionaliteitsbeginsel zijn intrede. Het 'Professioneel Decentraal Beleid door beleidsmatig Europabewustzijn' dat Bart Hessel aan het hart gaat, kan zeker beter.⁵⁸ Met een 'open, transparante en niet-discriminerende' oproep of procedure kan de Europese wetgever echter geenszins overdreven formalisme worden verweten waarmee decentrale overheden worden opgescheept. Het zijn kernwaarden die iedere overheid, nationaal en Europees, als hoekstenen voor transacties met ondernemingen zou moeten volgen.

51. Gegeven dat zij toepassing geven aan het Unierecht, zie art. 51 lid 1 Handvest.

52. Zie hierover onder meer J.B. Buijse, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBplus* 2016/04.

53. HvJEU 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*; HvJEU 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*.

54. HvJEU 19 juni 2008, zaak C-454/06, *Pressetext*, r.o. 35-37.

55. Art. 2.28 Aw 2012.

56. Art. 2.30 Aw 2012.

57. Art. 2.31a Aw 2012.

58. <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2013/02/Notitie-Europabewustzijn-Bart-Hessel.pdf>.

Vader van het Nederlandse staatssteunbewustzijn

*mr. A.H.G. van Herwijnen, mr. R.J.W.M.M. van Lotringen en
mr. D.R. Ninck Blok¹*

Bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hebben we veelvuldig van de kennis en kunde van Bart Hessel gebruik kunnen maken. Vooral de manier waarop hij met rake typering het bewustzijn van staatssteunrisico's bij medewerkers van het rijk, gemeenten en provincies heeft bevorderd blijft ons bij. Hij heeft een wezenlijke bijdrage geleverd aan dat staatssteunbewustzijn. Ook reikte hij oplossingen aan. Zo concreet mogelijk, zonder daarbij de verantwoordelijkheid van de overheden voor een zelfstandige afweging van belangen en juridische risico's over het hoofd te zien.

Een van de rake typering is wel die van het opdragen van een Dienst van algemeen economisch belang (DAEB): dat is door Hessel vergeleken met het omhangen van een rugzakje op de rug van de onderneming. In Europeesrechtelijke zin kan een onderdeel van een gemeentelijke organisatie overigens ook een onderneming zijn, als dit een entiteit is die goederen of diensten aanbiedt op een markt. Door de trefzekere vergelijking van Hessel kon je zo'n rugzakje ook echt op de denkbeeldige rug van iemand zien gaan. Volgestouwd met de extra lasten van de daadwerkelijke formulering van de opgedragen taak, de parameters voor berekening van de compensatie en de voorwaarden om overcompensatie te voorkomen. Om maar enkele voorwaarden voor een DAEB te noemen. En de overheid die het rugzakje ophing moest de onderneming ook verplichten tot het afleggen van verantwoording over de compensatie van de kosten voor dit beheer, zodat er aan de Europese Commissie kan worden gerapporteerd.

Door zijn manier van vertellen zag de luisteraar zelf het beeld voor zich dat die onderneming aan haar lange wandeling voor het beheer van de opgedragen taak begon, alsof een wandeling over de heide werd gemaakt. Zó beeldend!

Ook het woningcorporatie-dossier interesseerde hem, zeker in de jaren vlak voor en vlak nadat de Europese Commissie haar (toen nog geformuleerd

als) beschikking over de Nederlandse woningcorporaties op 15 december 2009 uitbracht. Ook eerder al publiceerde hij over de prejudiciële vragen die door de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State in een beroepszaak over woningstichting Servatius aan het Hof van Justitie waren gesteld. Inmiddels is er een DAEB-pakket 2012 waarover hij ook publiceerde en dat de Commissie aan het evalueren is (maar voorlopig wel van plan is te verlengen).

Bart had ook een vooruitziende blik. In een tijd dat staatssteun voor de meeste gemeenten en provincies een ver-van-mijn-bed-show was ('het is toch staatssteun?') stond hij aan de wieg van het Kenniscentrum Europa decentraal, dat mede-overheden adviseert over Europees recht. Staatssteun is tegenwoordig het belangrijkste advies-onderwerp van het Kenniscentrum en Nederlandse overheden hebben ten opzichte van hun Europese collega's duidelijk een kennisvoorsprong. Ook op deze manier heeft Bart dus zijn erfenis als vader van het Nederlandse staatssteunbewustzijn veiliggesteld.

Ten slotte: hij wond er geen doekjes om. Als hem werd gevraagd een organisatie door te lichten op staatssteungevoelige dossiers bleef geen lijk in de kast, ook als dat onvoorziene en misschien ongewenste gevolgen had. Hij hanteerde zijn juridische fileermes echter altijd eerlijk, gedreven en met een grote dosis hartelijkheid en humor. Bart Hessel heeft staatssteun op de kaart gezet. Daarvoor verdient hij respect en enorm veel dank.

1. Angelique van Herwijnen en Robert-Jan van Lotringen zijn werkzaam bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Doortje Ninck Blok is werkzaam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten (voorheen BZK).

Jurisprudentie

mr. M. Aalbers¹ en mr. L.E.A. Thomsin (Europees)
mr. dr. A.D.L. Knook en mr. G.A. Dictus (Nederland)

oktober /m december 2017

Europees

HvJ EU, 9 november 2017, zaak C-481/16

Commissie t Griekenland (Larco)

Inzake: Niet-nakoming, terugvordering, onverenigbare staatssteun

Feiten en middelen: De Commissie verzoekt het Hof om Griekenland te veroordelen voor het niet-nakomen van Besluit 2014/539 tot terugvordering van 136 miljoen euro aan onverenigbare staatssteun van het mijnbedrijf Larco.

Uitspraak: Het Hof oordeelt dat lidstaten alle noodzakelijke maatregelen moeten nemen om terugvordering te verzekeren. Dat Larco zich in financiële moeilijkheden bevindt, doet hier niet aan af. Waar nodig moet Griekenland een procedure starten die het faillissement van Larco inluit. Alleen in het geval van een absolute onmogelijkheid kan terugvordering afgewend worden. Het Hof oordeelt dat hier geen sprake van is. De Commissie heeft op juiste gronden besloten dat Griekenland alle steun moet terugvorderen, aldus het Hof.

HvJ EU, 9 november 2017, zaak C649/15 P

TV2 Danmark t Commissie

Inzake: Hogere voorziening, het begrip staatssteun, *Altmark*-arrest, teleologische interpretatie, verbod op terugwerkende kracht, ontvankelijkheid.

Feiten en middelen: Deze zaak kent een lange voorgeschiedenis en moet gelezen worden in samenhang met de zaak *Viasat* (HvJ EU, 8 maart 2017, zaak C-660/15). Naar aanleiding van een klacht van *Viasat* in 2000 onderzoekt de Commissie de financiering van openbare omroep TV2 Danmark in het licht van de *Altmark*-voorwaarden. De Commissie besluit dat de financiering van TV2 Danmark niet voldoet aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde en dat de steun ook niet op grond van art. 106 lid 2 VWEU en de omroepmededeling verenigbaar is met de interne markt (besluit TV2 Danmark I).

Omdat TV2 Danmark hierop insolvent wordt, besluit Denemarken in 2004 om een kapitaalinjectie te verstrekken, die vervolgens door de Commissie verenigbaar wordt verklaard met de interne markt op basis van art. 106 lid 2 VWEU (besluit TV2 Danmark II).

In 2008 hebben TV2 Danmark en Viasat het besluit TV2 Danmark I voor het Gerecht aangevochten. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie onvoldoende had gemotiveerd dat niet voldaan zou zijn aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarden. Na de nietigverklaring door het Gerecht neemt de Commissie in 2011 een nieuw besluit aan (besluit TV2 Danmark III). De Commissie besluit wederom dat niet voldaan is aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde. Daarom is er sprake van staatssteun op basis van art. 107 lid 1 VWEU. De Commissie heeft deze steun evenwel verenigbaar verklaard met de interne markt op basis van art. 106 lid 2 VWEU.

Hierop heeft TV2 Danmark beroep ingesteld tegen besluit nr. III. TV2 Danmark voert aan dat er geen sprake is van een voordeel en dat de Commissie de *Altmark*-voorwaarden onjuist heeft toegepast, in het bijzonder de tweede en de vierde *Altmark*-voorwaarde. TV2 Danmark voert in dit verband aan dat zij een efficiënte productie-output heeft aan hoogwaardige programma's, waar andere omroepen niet aan kunnen tippen. Zeker nu TV2 actief zou zijn op een niet-concurrerende markt moet het Gerecht volgens TV2 Danmark oordelen dat voldaan is aan het doel van het *Altmark*-arrest.

Het Gerecht verwierpt het beroep van TV2 Danmark. Het Gerecht grijpt allereerst de kans aan om de verhouding tussen het *Altmark*-arrest en art. 106 lid 2 VWEU te verhelderen. Daarbij erkent het Gerecht dat de *Altmark*-voorwaarden en art. 106 lid 2 VWEU op het eerste oog veel overeenkomende kenmerken hebben. De doelen van *Altmark* en art. 106 lid 2 VWEU lopen volgens het Gerecht echter sterk uiteen. Bij toepassing van het *Altmark*-arrest gaat het erom vast te stellen of er sprake is van een economisch voordeel op basis van art. 107 lid 1 VWEU, terwijl de evenredigheidstoepassing van art. 106 lid 2 VWEU toeziet op de verenigbaarheid van een maatregel die reeds als steun is beoordeeld onder art. 107 lid 1 VWEU. Het Gerecht verwierpt daarom het betoog en oordeelt dat het doel van het *Altmark*-arrest, niet vergelijkbaar is aan de toepassing van art. 106 lid 2 VWEU.

TV2 Danmark heeft hierop een hogere voorziening ingesteld tegen deze uitspraak (T674/11) van het Gerecht. TV2 Danmark voert aan dat het Gerecht een

1. Maarten Aalbers, promovendus Europa Instituut Universiteit Leiden.

onjuiste uitlegging en toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde heeft verricht en vraagt het Hof deze uitleg te verwerpen. TV2 Danmark brengt naar voren dat zij niet opereert in een commerciële en aan concurrentie onderhevige sector, waardoor zij ook niet op basis van de efficiëntie-methode kan worden geselecteerd die de Commissie voorstaat. Daarom had het Gerecht volgens TV2 Danmark moeten oordelen dat, gezien de controle van de Deense Rekenkamer op de boekhouding, er voldaan was aan de doelstelling van de vier *Altmark*-voorwaarden. **Uitspraak:** Het Hof oordeelt dat TV2 Danmark zich beperkt heeft tot een herhaling of letterlijke weergave van de argumenten die zij reeds voor het Gerecht heeft aangevoerd, met het doel haar beroep tot nietigverklaring door het Hof opnieuw te laten onderzoeken. Daarenboven toont TV2 Danmark volgens het Hof niet aan dat een andere beoordeling van de feiten, of een teleologische uitlegging van de vierde *Altmark*-voorwaarde, zou hebben geleid tot een andere beoordeling dan die welke het Gerecht heeft gemaakt. Het Hof overweegt dat zelfs al zou de vierde *Altmark*-voorwaarde in casu slechts minder strikt worden toegepast, dan konden de door TV2 Danmark aangevoerde argumenten nog steeds niet volstaan om aan te tonen dat de Commissie deze vierde voorwaarde verkeerd heeft toegepast. Het Hof oordeelt dat het niet-toepassen van de vierde *Altmark*-voorwaarde ertoe leidt dat een maatregel een voordeel inhoudt en daarmee als steunmaatregel kan worden aangemerkt. Daarom komt het Hof tot het oordeel dat het niet-toepassen van deze voorwaarde geen gunstiger gevolg hebben voor de eisen van TV2/Danmark. Daarom verklaart het Hof het beroep deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond.

HvJ EU, 9 november 2017, C-657/15 P

Commissie t TV2 Danmark

Inzake: hogere voorziening, het begrip staatssteun, staatsmiddelen

Feiten en middelen: In het arrest TV2 Danmark t Commissie (T674/11) heeft het Gerecht geoordeeld dat de overdracht van reclame-inkomsten van het TV2-fonds aan TV2/Danmark over de jaren 1995 en 1996 geen staatssteun vormde. Deze uitspraak maakt slechts een deel uit van de gehele uitspraak van het Gerecht. Zie voor de gehele voorgeschiedenis ook de zaak *Viasat* (HvJ EU, 8 maart 2017, zaak C-660/15). De Commissie voert in deze hogere voorziening aan dat het Gerecht in haar uitspraak de reclame-inkomsten had moeten aanmerken als staatsmiddelen. TV2 voert aan dat de reclame-inkomsten van deze publieke omroepen niet als staatsmiddelen moeten worden aangemerkt.

Uitspraak: Het Hof oordeelt dat art. 107 lid 1 VWEU alle geldelijke middelen omvat die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen permanent deel uitmaken van het vermogen van de staat. In dit verband oordeelt het Hof dat TV2 Danmark en

het TV2-fonds, als publieke ondernemingen, zich in handen bevinden van de Deense Staat en dat zij tot taak hadden de overdracht van inkomsten van de verkoop van deze reclamezendtijd aan TV2 Danmark te beheren. Het Hof oordeelt dat de betrokken inkomsten onder publieke controle stonden en ter beschikking van de staat, die over de aanwending ervan kon beslissen. Daarom vormen de reclame-inkomsten dan ook 'staatsmiddelen' in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

Daarom vernietigt het Hof de uitspraak van het Gerecht ten aanzien van de gedeeltelijke nietigverklaring van het besluit 2011/839/EU (besluit III) wat betreft de beoordeling van de reclame-inkomsten over de periode 1995 en 1996.

Gerecht 17 november 2017, zaak T-263/15

Gdynia et al t Commissie

Inzake: actie tot nietigverklaring, illegale steun, rechtsbasis onverenigbaarheid

Feiten en middelen: De Poolse gemeenten Gdynia en Gmina verzoeken het Gerecht om Commissiebesluit 2015/1586 te vernietigen. In dat besluit heeft de Commissie het besluit 2014/883 (besluit I) aangepast. In dit eerste besluit kwam de Commissie tot het oordeel dat steun aan de luchthaven van Gdynia reeds was uitgekeerd voordat goedkeuring was verleend, zulks in strijd met art. 108 lid 3 VWEU. In besluit I is de Commissie van oordeel dat de luchthaven in aanmerking kon komen voor regionale steun op basis van art. 107 lid 3 sub a VWEU. De Commissie oordeelde echter dat, nu er sprake was van onrechtmatige steun, de maatregel niet verenigbaar verklaard kon worden op basis van de richtsnoeren over staatssteun aan luchthavens uit 2005, en daarom teruggevorderd moest worden. Vervolgens heeft de Commissie dit besluit herzien, met besluit 2015/1586 (besluit II). In dit besluit heeft de Commissie overheidsprerogatieven op het gebied van douane, politie en veiligheid uitgezonderd van haar analyse. Vervolgens heeft de Commissie de onverenigbaarheid nader gemotiveerd op basis van de nieuwe richtsnoeren over staatssteun aan luchthavens uit 2015.

Polen voert voor het Gerecht aan dat de Commissie een onjuiste rechtsbasis heeft gekozen voor besluit II, omdat de luchthaven onder besluit I in aanmerking zou komen voor regionale exploitatiesteun onder art. 107 lid 3 sub a VWEU.

Uitspraak: Het Gerecht oordeelt dat inderdaad een verkeerde rechtsbasis is gekozen, nu de ter discussie staande steun niet beoordeeld moet worden op basis van de richtsnoeren voor de luchtvaartsector, maar op basis van de richtsnoeren voor regionale steun. Hoewel het Gerecht oordeelt dat de richtsnoeren over luchthavens uit 2015 en de richtsnoeren over regionale steun redelijk overeenkomen, had de Commissie in besluit II een ander toetsingskader moeten doorlopen.

Hierop vernietigt het Gerecht besluit II.

HvJ EU, 7 december 2017, zaken C – 369/16 P, C-373/16, C-323/16 P

Eurallumina, Aughinish en Ierland t Commissie

Inzake: hogere voorziening, rechtszekerheid, gewettigd vertrouwen, redelijke termijn

Feiten en middelen: In dit hoger beroep verzoeken Eurallumina, Aughinish en Ierland het Hof om de uitspraken van het Gerecht (Gerecht EU, 22 april 2016, T-60/06 en T-62/06 RENV II, *Italië en Eurallumina SpA t Commissie*) nietig te verklaren. In deze uitspraken heeft het Gerecht beschikking 2006/323/EG in stand gelaten.

In deze beschikking heeft de Commissie besloten dat vrijstelling van accijnzen voor de productie van aluminiumoxide onverenigbaar is met de interne markt. De verzoekers hebben voor het Gerecht aangevoerd dat de Commissie het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden en misbruik van haar bevoegdheden heeft gemaakt door een beschikking te geven die in strijd is met beschikking 2001/224 van de Raad. Op grond van deze beschikking mochten de lidstaten de betwiste vrijstelling namelijk toepassen tot en met 2006. Het Gerecht heeft echter alle middelen ongegrond verklaard. In de aangevochten uitspraken heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie bevoegd is om de verenigbaarheid van de accijnsvrijstelling te onderzoeken, ongeacht de beschikking van de Raad die de lidstaten tot de vrijstelling machtigde.

Uitspraak: In hoger beroep bevestigt het Hof deze uitspraken van het Gerecht en wijst de hogere voorziening af. Het Hof oordeelt, in navolging van het Gerecht, dat een beschikking van de Raad de Commissie niet beperkt in het verrichten van een onafhankelijk onderzoek naar de vraag of de betwiste vrijstellingen onrechtmatige staatssteun betreffen. Hoewel de Commissie een redelijke termijn had overschreden in haar onderzoek, hield dit volgens het Hof niet in dat de aluminiumproducenten Eurallumina en Aughinish uit mochten gaan van een gewettigd vertrouwen.

Gerecht, 13 december 2017, zaak T-314/15

Griekenland t Commissie (Piraeus Container Terminal)

Inzake: actie tot nietigverklaring, begrip staatssteun, belastingvrijstelling, voordeel, selectiviteit

Feiten en middelen: Griekenland verzoekt het Gerecht om besluit 2015/1827 van de Commissie nietig te verklaren. In dit besluit heeft de Commissie geoordeeld dat een exclusieve concessie en een belastingvrijstelling aan Cosco onverenigbare staatssteun opleverde. Cosco is het moederbedrijf van Piraeus Container Terminal (PCT). Cosco won een aanbesteding om de containerterminal van Piraeus te exploiteren en heeft vervolgens PCT deze concessie laten uitvoeren. Van de Griekse overheid hoefde PCT geen vennootschapsbelasting, btw en andere heffingen te betalen. Na een formeel onder-

zoek heeft de Commissie in besluit 2015/1827 besloten dat de onrechtmatige steun teruggevorderd moest worden.

Ter ondersteuning van haar actie voert Griekenland aan dat de belastingvrijstellingen beoogden een structureel nadeel weg te nemen. Dit structurele nadeel bestond in de langdurige concessie die PCT op zich had genomen. Daarmee zou er volgens Griekenland, conform het arrest *Combis* (T-157/01), geen selectief voordeel zijn, maar eerder een compensatie voor een inherent nadeel.

Uitspraak: Het Gerecht veegt het structureel nadeel-betoog van Griekenland vakkundig van tafel. Het Gerecht herinnert Griekenland aan de uitspraak van het Hof in de zaak *Orange* (C-211/15P). In deze zaak oordeelde het Hof dat een mogelijk structureel nadeel het bestaan van een voordeel niet uitsluit. Het Gerecht maakt duidelijk dat het begrip voordeel een objectief begrip is. Daarbij onderstreept het Gerecht dat de enige objectieve manier om uit te sluiten dat een compensatie tot een voordeel leidt niet de toepassing van het *Combis*-arrest is, maar de toepassing van het *Altmark*-arrest. Het Hof heeft in *Orange* namelijk zeer nadrukkelijk het structureel nadeel-verweer uit *Combis* verworpen. Omdat het Gerecht constateert dat niet voldaan is aan de *Altmark*-voorwaarden, is er in casu sprake van een voordeel.

Het Gerecht oordeelt eveneens dat dit voordeel selectief is. Er is in casu sprake van een individuele steunmaatregel. Dat de Commissie hier onderzocht heeft of de maatregel van algemene strekking is, doet aan de uiteindelijke vaststelling van een selectief voordeel niets af. De Commissie heeft gecontroleerd wat het normale referentiestelsel is en of Griekenland van dit stelsel afgeweken is. Vervolgens heeft de Commissie onderzocht of deze afwijking objectief gerechtvaardigd kon worden.

De Commissie kwam tot het oordeel dat de maatregel afwijkt van de Griekse belastingwet en de wetgeving op het gebied van btw- en zegelheffingen.

Het Gerecht bevestigt de rechtmatigheid van deze analyse. De rechtvaardiging die Griekenland heeft aangevoerd, te weten een structureel nadeel, kan niet als een objectieve rechtvaardigingsgrond worden beschouwd, oordeelt het Gerecht, omdat er voor economische en industriële motieven geen plaats is binnen de beoordeling van art. 107 lid 1 VWEU. Het Gerecht laat eveneens de onverenigbaarheidsbeoordeling van de Commissie in stand. Daarop wijst het Gerecht het verzoek van Griekenland in zijn geheel af.

HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16P – C-69/16P

Comunidad Autónoma del País Vasco t Commissie

Inzake: hogere voorziening, het begrip staatssteun, het begrip dienst van algemeen economisch belang

Feiten en middelen: Deze hogere voorziening is ingesteld tegen de arresten T-465/13 en T-541/13 van het Gerecht. In deze uitspraken oordeelde het Gerecht dat de aanwijzing van exploitanten van terrestrische netwerken in Spanje niet voldeed aan de eerste *Altmark*-voorwaarde, noch aan de vierde *Altmark*-voorwaarde. Daarmee liet het Gerecht de beoordeling van de Commissie in twee separate besluiten in stand. Pais Vasco et al verzoeken het Hof deze uitspraken te vernietigen. Als enige middel voeren zij aan dat het Gerecht art. 107 lid 1 VWEU onjuist heeft toegepast, in samenhang met de uitleg van het begrip DAEB op basis van art. 106 lid 2 VWEU en art. 14 VWEU.

Uitspraak: Het Hof gaat allereerst in op de rechtspraak van de *Altmark*-toepassing en de toetsing van een steunmaatregel op basis van art. 106 lid 2 VWEU. Hierbij herhaalt het Hof de verschillende doelstellingen die het Hof in *Viasat* heeft uiteengezet (HvJ EU, 8 maart 2017, zaak C660/15 P, *Viasat*). De *Altmark*-toepassing ziet op de vraag of er sprake is van staatssteun terwijl art. 106 lid 2 VWEU ziet op verenigbaarheid. Het Hof oordeelt dat de Commissie in de toepassing van art. 106 lid 2 VWEU, waar het de verenigbaarheid betreft, niet gebonden is aan de rechtspraak over de tweede en derde *Altmark*-voorwaarde. Wel komen de rechtspraak over de eerste *Altmark* voorwaarde en de rechtstreekse werking van art. 106 lid 2 VWEU overeen. Hierbij verwijst het Hof naar het arrest *BRT* (21 maart 1974, 127/73).

Het Hof overweegt dat het Gerecht heeft geoordeeld dat aan de eerste *Altmark*-voorwaarde niet was voldaan omdat een duidelijke en nauwkeurige omschrijving van de betrokken dienst als DAEB ontbrak.

Het Hof vervolgt dat het Gerecht terecht heeft aangenomen dat de bevoegdheid van de lidstaten om DAEB te definiëren niet onbeperkt zijn. Door te oordelen dat de Spaanse overheden onvoldoende duidelijk een openbare dienst hebben omschreven heeft het Gerecht volgens het Hof de minimumcriteria van het *Altmark*-arrest juist toegepast. Deze berusten op de beginselen van transparantie en rechtszekerheid. Het Hof voegt hier aan toe dat de aanwezigheid van een marktfalen hier niets aan af doet.

Het Hof wijst de actie van Pais Vasco et al in zijn geheel af.

Nationaal

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4323

A-fonds / de inspecteur van de Belastingdienst

Inzake: prejudiciële vragen over teruggave Nederlandse dividendbelasting

Op 12 oktober 2017 heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch besloten om twee prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie in Luxemburg. In de kern hebben de vragen betrekking op de verhouding tussen enerzijds het recht op vrij kapitaalverkeer (art. 63 VWEU) en, anderzijds, het staatssteunrechtelijke uitvoeringsverbod (art. 108 lid 3 VWEU). De vragen zijn gerezen in een zaak tussen een Duits beleggingsfonds en de inspecteur van de Belastingdienst. Het fonds belegt voor een in Duitsland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersoon (BBB) in (onder andere) aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen. Het fonds heeft de Inspecteur verzocht om teruggave van de te haren laste ingehouden dividendbelasting. De Inspecteur heeft dit verzoek afgewezen.

Het Gerechtshof oordeelt dat deze weigering een schending van het recht op vrij kapitaalverkeer (art. 63 VWEU) oplevert, omdat – kort gezegd – de omstandigheid dat BBB geen recht heeft op teruggave van dividendbelasting uitsluitend een gevolg is van het feit dat zij niet in Nederland, maar in Duitsland is gevestigd. BBB is volgens het Gerechtshof objectief vergelijkbaar met in Nederland gevestigde publiekrechtelijke rechtspersonen. Zou zij in Nederland zijn gevestigd, zou zij wel recht hebben op teruggave van de ingehouden dividendbelasting. Voor dit verschil in behandeling is volgens het Gerechtshof geen rechtvaardiging aanwezig.

De Inspecteur brengt daar tegen in dat een teruggave van dividendbelasting leidt tot de verlening van onrechtmatige staatssteun. De Inspecteur wijst erop dat de betreffende Nederlandse belastingregeling die hier aan de orde is, kwalificeert als een bestaande steunregeling die inmiddels door de Europese Commissie onverenigbaar met de interne markt is bevonden (zie het besluit van de Commissie van 2 mei 2013, betreffende steunregeling SA.25338). BBB verweert zich met de stelling dat in dit geval de drempels voor *de minimis*-steun worden overschreden. Gelet op het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Heiser* (arrest van 3 maart 2005, zaak C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130), slaagt dit verweer naar het oordeel van het Gerechtshof niet.

Het betoog van de Inspecteur geeft het Gerechtshof evenwel aanleiding om twee prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. In de eerste plaats vraagt het Gerechtshof of de uitbreiding van de reikwijdte van een bestaande steunregeling als gevolg van een succesvol beroep op het recht op vrij kapitaalverkeer moet worden opgevat als een nieuwe steunmaatregel. Zo ja, dan vraagt het Gerechtshof in de tweede plaats of de taakuitoefening

van de nationale rechter op grond van art. 108 lid 3 VWEU zich er tegen verzet dat een belastingvoordeel wordt verleend waarop de belastingplichtige op grond van art. 63 VWEU aanspraak maakt, dan wel dat deze taakuitoefening met zich brengt dat de rechtelijke beslissing bij de Europese Commissie moet worden gemeld of dat de nationale rechter enige andere handeling dient te verrichten of maatregel dient te nemen. Het Gerechtshof schorst het geding totdat het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.

Raad van State 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904

Het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam / appellanten

Inzake: staatssteunargument tegen bestemmingsplan van omwonenden strandt op relativiteitsvereiste

Concurrenten van begunstigde ontwikkelaars of (belangengroepen van) bewoners voeren regelmatig staatssteunrechtelijke argumenten aan tegen vastgestelde bestemmingsplannen. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat in dergelijke procedures staatssteun slechts indirect aan de orde komt. De klager zal moeten aantonen dat het bestemmingsplan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend. Voordat aan die (inhoudelijke) beoordeling kan worden toegekomen, zal echter eerst moeten worden aangetoond dat is voldaan aan het relativiteitsbeginsel (art. 8:69a Awb). In dit geval staat het project Rif010 centraal. Dit project houdt in dat een deel van de Steigersgracht in Rotterdam wordt afgesloten en wordt omgevormd tot een watersportgebied met een kunstmatig rif, schoon zwembad en golven, op te wekken via een golfgenerator. Een groep omwonenden, deels wonend in een kloostergemeenschap, kan zich niet in het bestemmingsplan vinden. Eén van de (vele) argumenten die appellanten aanvoeren is dat het plan in strijd is met art. 108 lid 3 VWEU, omdat volgens hen sprake is van ongeoorloofde staatssteun. De Afdeling overweegt – in lijn met haar uitspraak van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2892) – dat art. 108 lid 3 VWEU strekt tot bescherming van de belangen van concurrenten en van justitiabelen die worden onderworpen aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel. Appellanten zijn niet aan te merken als concurrenten of als justitiabelen die worden onderworpen aan een dergelijke heffing. Art. 8:69a Awb staat er daarom aan in de weg dat zij art. 108 lid 3 VWEU ten grondslag leggen aan het betoog dat het project niet uitvoerbaar is. Een reden om hierover prejudiciële vragen te stellen, ziet de Afdeling niet. Het betoog over ongeoorloofde staatssteun faalt derhalve.

Gerechtshof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3067

de Staat der Nederlanden / geïntimeerden

Inzake: Regeling fosfaatreductieplan 2017 bevat geen verboden staatssteun

Op 1 maart 2017 is de Regeling fosfaatreductieplan 2017 in werking getreden. Het doel van de Regeling is dat melkveehouders het aantal vrouwelijke runderen op hun bedrijf verminderen tot het peil van 2 juli 2015. Slagen de melkveehouders daar niet in, dan moeten zij een heffing betalen.

Verscheidene melkveehouders zijn een kort geding tegen de Staat gestart waarin zij vragen om de Regeling voor hen buiten toepassing te verklaren. Een van de stellingen die zij aanvoeren is dat de Regeling verboden staatssteun bevat. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft deze stelling verworpen, kort gezegd, omdat eisers niet hadden weersproken dat de bonusregeling onder de *de minimis*-drempel valt.

In hun incidenteel appel tegen dit vonnis, voeren geïntimeerden aan dat de Regeling onverbindend is omdat deze anticipeert op het stelsel van fosfaatrechten, welk stelsel in strijd is met het verbod van ongeoorloofde staatssteun. Deze grief slaagt niet. Als het stelsel van fosfaatrechten inderdaad in strijd komt met het verbod van ongeoorloofde staatssteun, is daarmee volgens het hof nog niet gezegd dat de Regeling, die een andere systematiek kent, ook met dat verbod in strijd komt. Nog afgezien hiervan hebben geïntimeerden hun stelling dat van ongeoorloofde staatssteun sprake is volstrekt onvoldoende onderbouwd. Van onmiskenbare onverbindendheid is in ieder geval geen sprake, aldus het hof. Anders dan de voorzieningenrechter eerder had geoordeeld, levert de Regeling volgens het hof evenmin een schending op van art. 1 Eerste Protocol van het EVRM.

Overigens heeft de Europese Commissie, 7 weken na dit arrest van het hof, het stelsel van verhandelbare fosfaatrechten voor melkvee in Nederland goedgekeurd op basis van de EU-richtsnoeren inzake staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, omdat met de maatregel een duidelijke milieudoelstelling wordt nagestreefd (zie het besluit van 19 december 2017, inzake SA.46349).

Raad van State 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3126

de Vereniging Omwonenden Luchthaven Twente en de Stichting Hart van Twente / provinciale staten van Overijssel

Inzake: staatssteunargument tegen Luchthavenbesluit strandt op relativiteitsvereiste

Deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 november 2017 laat zich vergelijken met de uitspraken van de Afdeling van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2892)

en 25 oktober 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2904). Ook in deze zaak staat de vraag centraal of het relativiteitsbeginsel (art. 8:69a Awb) in de weg staat aan het staatssteunargument van klagers.

Dit keer gaat het om het plan voor luchthaven Twente Airport, een voormalig militair luchtvaartterrein dat wordt omgevormd tot een luchthaven van regionale betekenis voor met name klein zakelijk vliegverkeer. Appellanten, de vereniging Omwonenden Luchthaven Twente en de Stichting Hart van Twente, kunnen zich niet in het door de provinciale staten van Overijssel vastgestelde Luchthavenbesluit Twente Airport vinden. Eén van de argumenten die appellanten aanvoeren is dat het besluit in strijd is met art. 108 lid 3 VWEU, omdat volgens hen sprake is van ongeoorloofde staatssteun.

De Afdeling overweegt dat de belangen van de vereniging en de stichting zijn gelegen in het behoud van een goed woon- en leefklimaat voor omwonenden en het behoud van plaatselijke flora en fauna. De vereniging en de stichting hebben niet aannemelijk gemaakt dat zij worden onderworpen aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel. Daartoe is niet voldoende dat zij stellen te vrezen voor het stijgen van plaatselijke belastingen. Onder deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat art. 108 lid 3 VWEU kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van de vereniging en de stichting. De Afdeling ziet dan ook af van een inhoudelijke bespreking van het betoog over staatssteun. Ook voor het overige is het beroep van appellanten ongegrond.

College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:412

Appellanten / de staatssecretaris van Economische Zaken

Inzake: Regeling LNV-subsidies ten onrechte niet aangemeld bij de Europese Commissie

In de Regeling LNV-subsidies is een subsidieregeling opgenomen voor de exploitatie van gescheperde schaapskuddes. Met deze subsidieregeling wordt beoogt een bijdrage te leveren aan de instandhouding van bepaalde zeldzame schapenrassen en het behoud van gescheperde schaapskuddes als Nederlands cultuurhistorisch erfgoed.

Bij besluiten van 20 februari 2013 heeft de staatssecretaris op grond van de Regeling LNV-subsidies aan appellanten subsidie verleend van maximaal € 11.397,56 per aanvraag. In de besluiten staat dat deze subsidie een vorm van staatssteun is en dat appellanten de subsidie ontvangen zodra de Europese Commissie de subsidieregeling heeft goedgekeurd. Omdat de Europese Commissie de Regeling uiteindelijk niet heeft goedgekeurd, heeft de staatssecretaris bij besluiten van 16 oktober 2013 de besluiten van 20 februari 2013 gewijzigd en aan elk van de appellanten onder de voorwaarden van *de minimis* een subsidie verleend van maximaal € 7.500,- over drie jaar. Appellanten hebben tegen deze besluiten beroep ingesteld bij het CBb.

Het CBb heeft vervolgens vragen gesteld aan de Europese Commissie, omdat over een aantal punten over de aanmelding van de Regeling bij de Europese Commissie onduidelijkheid bestond. De mogelijkheid voor nationale rechters om de Europese Commissie inlichtingen te vragen bestaat op de voet van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteun door de nationale rechterlijke instanties (2009/C 85/01).

De Europese Commissie heeft het CBb geantwoord dat de Nederlandse autoriteiten een voorafgaande kennisgeving hebben gedaan van de subsidieregeling. Deze kennisgeving is geen formele aanmelding in de zin van art. 108 lid 3 VWEU. De Europese Commissie heeft per e-mail enkele opmerkingen gemaakt om de Nederlandse autoriteiten in staat te stellen de steunregeling in overeenstemming te brengen met de vereisten van de toepasselijke groepsvrijstellingsverordening, maar de Europese Commissie heeft nooit een formeel besluit genomen. Ook merkt de Europese Commissie op dat zij het plausibel acht dat de in het kader van de Regeling aan appellanten toegekende subsidies waarschijnlijk geen staatssteun vormen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. Dit geldt zowel voor de oorspronkelijke subsidies als voor de herziene subsidies. Ten aanzien van de vraag of de Regeling als zodanig staatssteun vormt, neemt de Europese Commissie geen definitief standpunt in.

Gelet op dit antwoord van de Europese Commissie, oordeelt het CBb dat het zorgvuldigheidsbeginsel met zich brengt dat de staatssecretaris de subsidieregeling overeenkomstig art. 108 lid 3 VWEU (alsnog) aanmeldt bij de Europese Commissie. Aan de hand van het besluit van de Europese Commissie dient de staatssecretaris vervolgens te beoordelen of de opschortende voorwaarde in de besluiten van 20 februari 2013 is vervuld. Omdat de staatssecretaris de Regeling niet (formeel) heeft aangemeld bij de Europese Commissie, berusten de bestreden besluiten niet op een deugdelijke motivering en zijn deze daarnaast in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel genomen. Bovendien acht het CBb de handelwijze van de staatssecretaris in strijd met het beginsel van fair play.

De beroepen van appellanten zijn daarom gegrond voor zover gericht tegen de bestreden besluiten waarbij de bezwaren van appellanten tegen de wijziging van de besluiten van 20 februari 2013 ongegrond zijn verklaard. De beroepen zijn evenwel ongegrond voor zover gericht tegen de besluiten waarbij de staatssecretaris de bezwaren van appellanten tegen de verlening van de subsidie van maximaal € 7.500,- ongegrond heeft verklaard. De staatssecretaris wordt opgedragen nieuwe besluiten te nemen en binnen een termijn van vier weken de Regeling alsnog (formeel) aan te melden bij de Europese Commissie en de beoordeling van de Europese Commissie vervolgens in zijn besluitvorming te betrekken.

Europese Commissie

mr. A.A. Geelhoed, mr. P.J.E. Kampschreur en mr. E.M.M. Besselink (Besluiten)
mr. A. Looijestijn-Clearie (Beleid)

oktober t/m december 2017

Besluiten

Steunmaatregel SA.49040, Ierse steunregeling voor kmo's in moeilijkheden goedgekeurd door Commissie, Persbericht van de Commissie van 30 november 2017

Bij besluit van 30 november 2017 heeft de Europese Commissie een Ierse steunregeling op grond waarvan herstructureringssteun kan worden verstrekt aan kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) die zich in financiële moeilijkheden bevinden, in overeenstemming verklaard met de Europese staatssteunregels.

De steunregeling wordt uitgevoerd door Enterprise Ireland, een agentschap van de Ierse overheid dat de ontwikkeling en groei van Ierse ondernemingen in binnen- en buitenland ondersteunt. De steunregeling is met name bedoeld voor de gevallen waarin een onderneming als gevolg van financiële moeilijkheden personeel zal moeten ontslaan. De regeling staat open voor kmo's in alle sectoren, behalve in de kolen- en staalsector en in de financiële sector. De steun wordt verleend in de vorm van kapitaalinvesteringen. Potentiële gegadigden voor steun moeten een haalbaar herstructureringsplan indienen dat de levensvatbaarheid van de begunstigde onderneming op lange termijn herstelt. Bovendien dienen de kmo's zelf bij te dragen aan de herstructureringskosten (tot maximaal 40% voor middelgrote ondernemingen (tot 250 werknemers) en 25% voor kleine ondernemingen (tot 50 werknemers)). Met deze eigen bijdrage laten de kmo's zelf zien dat zij vertrouwen hebben in de toekomst van hun onderneming. Bovendien worden op deze wijze de publieke lasten niet te zwaar belast. Op grond van de steunregeling kan een onderneming slechts eens in de tien jaar in aanmerking komen voor herstructureringssteun.

De Commissie heeft de steunregeling getoetst aan de Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden¹, waaronder ondernemingen in financiële moeilijkheden onder bepaalde voorwaarden staatssteun kunnen ontvangen. De Commissie kwam tot het oordeel dat de steunregeling transparant is en beperkt in tijd en toepassingsgebied en

om die reden in overeenstemming is met de staatssteunregels.

Steunmaatregel SA.48858, Lokale Italiaanse steunregeling voor vrachtwagenvervoer per spoor, Besluit van de Commissie van 6 december 2017

Bij besluit van 6 december 2017 heeft de Europese Commissie geoordeeld dat een Italiaanse steunregeling die de overstap van vrachtwagenvervoer over de weg naar vrachtwagenvervoer over het spoor stimuleert verenigbaar is met de Europese staatssteunregels.

Op 3 augustus 2017 hebben de Italiaanse autoriteiten een steunregeling van de Italiaanse provincie Bolzano voor gecombineerd vrachtwagenvervoer per spoor aangemeld bij de Commissie. De provincie Bolzano wil in de corridor Brenner – Salerno vrachtwagenvervoer over het spoor stimuleren. Het volume van vrachtwagenvervoer over de weg is in die corridor namelijk sinds 2013 aanzienlijk gestegen. Dit terwijl de Europese Unie zich juist ten doel heeft gesteld om vrachtwagenvervoer zoveel mogelijk te verplaatsen van de weg naar het spoor. Bovendien heeft de stijging een negatieve invloed op de luchtvervuiling.

De steunregeling is een lokale aanvulling op reeds door de Commissie goedgekeurde nationale steunregelingen² en voorziet in een subsidie ten behoeve van spoorwegaanbieders en aanbieders van multimodaal vervoer die vrachtwagenvervoer verzorgen op het grondgebied van de provincie Bolzano. De in aanmerking komende kosten onder de steunregeling komen overeen met de externe kosten (voor luchtvervuiling, geluidsoverlast, files en verkeersongelukken) die worden vermeden ten gevolge van het gebruik van vervoer over spoor ten opzichte van vervoer over de weg. De steun wordt verleend in de vorm van een subsidie per intermodale transport unit ('ITU'), die over de gehele route wordt vervoerd. Geen steun wordt verleend wanneer de ITU leeg of slechts een gedeelte van de route aflegt. Het budget voor de steunregeling bedraagt EUR 9 miljoen over drie jaar.

De Commissie overweegt dat de steunregeling voldoet aan voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU en derhalve kwalificeert als staatssteun. Vervolgens overweegt de Commissie dat de steunregeling dient te worden getoetst aan art. 93 VWEU, waarin is bepaald dat steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het ver-

1. (2014/C 249/01).

2. SA.44627 (zie *Staatssteun* 2017, nr. 1) en SA. 45482.

voer verenigbaar zijn met het VWEU. Volgens de Commissie kunnen 'maatregelen ten behoeve van de coördinatie van het vervoer' nodig zijn wanneer bepaalde vormen van transport niet de kosten voor hun rekening nemen van de negatieve externaliteiten die zij de maatschappij toebrengen. Voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunregeling zoekt de Commissie aansluiting bij de Communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun aan spoorwegondernemingen³ ('Richtsnoeren').

De Commissie overweegt dat het systeem van subsidie per ITU geen misbruik in de hand werkt – zoals bijvoorbeeld het vervoeren van meerdere halfvolle ITU's in plaats van enkele volgeladen ITU's – omdat de kosten van gebruik van het vervoer per spoor in de Brenner – Salerno corridor 3 tot 5 keer hoger zijn dan het maximale subsidiebedrag dat kan worden verkregen. De Commissie overweegt voorts dat de steunregeling noodzakelijk en evenredig is aangezien de steun beneden bepaalde grenswaarden blijft (50% van de in aanmerking komende kosten en 30% van de totale kostprijs van de vervoersdiensten per spoor). De steunregeling voldoet eveneens aan punt 110 van de Richtsnoeren aangezien de begunstigden van de steun verplicht zijn om het volledige steunbedrag te laten doorwerken in de tarieven die aan de eindgebruikers in rekening worden gebracht. De Commissie overweegt tevens dat er een reële kans bestaat dat het vrachtvervoer blijvend wordt verplaatst naar vervoer per spoor en dat daarmee wordt voldaan aan punt 111 van de Richtsnoeren. Tot slot overweegt de Commissie dat de steunregeling wordt verleend op basis van non-discriminatoire voorwaarden en dat de vervalsing van de mededinging die met de steun gepaard gaat, geen schade toebrengt aan de algemene belangen van de Gemeenschap.

Steunmaatregel SA. 46470, De Europese Commissie opent de formele onderzoeksprocedure ten aanzien van twee tax rulings die Nederland voor IKEA had goedgekeurd

Nadat de tax ruling van Nederland ten aanzien van Starbucks al eerder door de Europese Commissie onder de loep is genomen heeft de Europese Commissie op 18 december 2017 aangekondigd dat zij een diepgaand onderzoek instelt naar de fiscale behandeling van Inter IKEA door Nederland. Het onderzoek richt zich op de fiscale behandeling van Inter IKEA sinds 2006. Het betreft twee tax rulings van Nederland ten aanzien van Inter Ikea die de franchiseactiviteiten van IKEA beheert. In het begin van de jaren 80 werden de IKEA-activiteiten opgesplitst in twee onafhankelijke groepen: Inter IKEA en INGKA. De IKEA-winkels werden aan INGKA overgedragen dat nog steeds eigenaar is van de meeste IKEA-winkels. Inter IKEA werd eigenaar van de intellectuele eigendomsrechten (IKEA-handelsmerken, handelsnamen en auteurs-

rechten). In het begin van de jaren 80 is IKEA tevens omgevormd naar een franchisemodel. Inter IKEA beheert deze franchiseactiviteiten van IKEA. Inter IKEA Systems is een dochteronderneming van de Inter IKEA-groep die in Nederland is gevestigd. Alle IKEA-winkels wereldwijd betalen aan Inter IKEA Systems een franchisevergoeding van 3% van hun omzet. In ruil daarvoor kunnen de IKEA-winkels het IKEA handelsmerk gebruiken en krijgen zij know how ter beschikking om het IKEA Franchise Concept te gebruiken en te exploiteren. Inter IKEA groep Nederland is weer een dochteronderneming van het in Luxemburg gevestigde Inter IKEA Holding die eigenaar is van bepaalde intellectuele eigendomsrechten die nodig zijn voor het IKEA Franchise Concept en die exclusief in licentie zijn gegeven aan Inter IKEA Systems. Inter IKEA Systeem heeft die intellectuele eigendomsrechten gebruikt om het IKEA Franchise Concept te bedenken en verder te ontwikkelen. Het ontwikkelde, verbeterde en onderhield derhalve de intellectuele eigendomsrechten. Inter IKEA Systems beheerde ook de franchisecontracten en inde de franchisevergoedingen bij alle IKEA-winkels wereldwijd. De jaarlijkse licentievergoeding die Inter IKEA Systems aan de Inter IKEA Holding in Luxemburg betaalde vormde een aanzienlijk deel van de inkomsten van Inter IKEA Systems. De eerste ruling die door Nederland in 2006 is goedgekeurd keurde een rekenmethode goed waarmee een jaarlijkse licentievergoeding werd bepaald die Inter IKEA Systems betaalde aan de Inter IKEA Holding in Luxemburg. Een significant deel van de franchise-inkomsten van Inter IKEA Systems zijn daardoor verlegd naar Luxemburg, waar ze niet werden belast omdat Inter IKEA Holding viel onder een speciaal fiscaal regime waardoor het vrijgesteld was van vennootschapsbelasting. In juli 2006 oordeelde de Commissie dat de Luxemburgse bijzondere belastingregeling verboden was op grond van de Europese staatssteunregels. De Commissie eiste dat de regeling werd ingetrokken op uiterlijk 31 december 2010. De Inter IKEA Holding hoefde de staatssteun niet terug te betalen omdat de regeling was goedgekeurd op grond van een Luxemburgse wet van 1929, dus van vóór het EG-Verdrag. Het besluit van de Commissie betekende dat Inter IKEA Holding vanaf 2011 vennootschapsbelasting moest gaan betalen in Luxemburg. Als gevolg hiervan heeft Inter IKEA in 2011 haar structuur gewijzigd en was de fiscale ruling van 2006 niet meer van toepassing. Inter IKEA Systems kocht in 2011 de intellectuele eigendomsrechten van Inter IKEA Holding. Om die verwerving te financieren kreeg Inter IKEA Systems een lening van het moederbedrijf van IKEA in Liechtenstein. De Nederlandse autoriteiten gaven in 2011 een tweede fiscale ruling af, waarin werd ingestemd met de prijs die Inter IKEA Systems betaalde voor de verwerving van de intellectuele eigendomsrechten. In dezelfde ruling werd ook ingestemd met de rente die Inter IKEA Systems moest betalen aan de moedermaatschappij in Liechtenstein en de aftrek van die rentebetalingen van de belastbare winst van Inter IKEA Systems in Nederland. Door die

3. 2008/C 184/07.

rentebetalingen werd een aanzienlijk deel van de franchisewinst van Inter IKEA Systems vanaf 2011 naar haar moedermaatschappij in Liechtenstein verschoven. De Commissie is op dit moment van mening dat de twee fiscale rulings van Nederland ten aanzien van Inter IKEA Systems een belastingvoordeel zouden kunnen meebrengen die niet gelden voor andere ondernemingen die in Nederland onder dezelfde nationale belastingregels vallen. De Commissie stelt dat onderzocht moet worden of de transacties tussen de groepsmaatschappijen van IKEA worden geprijsd op een manier die overeenstemt met de economische realiteit. Dat wil zeggen dat de betalingen tussen twee ondernemingen binnen eenzelfde groep moeten stroken met de regelingen die in vergelijkbare omstandigheden tussen onafhankelijke ondernemingen bestaan (het zogenaamde zakelijkheidsbeginsel). De Commissie heeft in december 2017 aangekondigd dat zij beide fiscale rulings zal onderzoeken. Ten aanzien van de eerste ruling van 2006 zal de Commissie onderzoeken of de jaarlijkse licentievergoeding die Inter IKEA Systems aan Inter IKEA Holding betaalde overeenstemt met de economische realiteit. Zij zal met name nagaan of het niveau van de jaarlijkse licentievergoeding overeenstemt met de bijdrage van Inter IKEA Systems aan de franchiseactiviteiten. Ten aanzien van de tweede fiscale ruling van 2011 zal de Commissie onderzoeken of de prijs die Inter IKEA Systems is overeengekomen voor de verwerving van intellectuele eigendomsrechten en de rente die vervolgens over de lening tussen de groepsmaatschappijen werd betaald overeenstemmen met de economische realiteit. De Commissie zal in dat kader met name nagaan of de overnameprijs een adequate afspiegeling vormt van de bijdrage van Inter IKEA Systems aan de waarde van de franchiseactiviteiten en het niveau van de rente die in Nederland van de belastinggrondslag van Inter IKEA Systems wordt afgetrokken.

Steunmaatregel SA. 46526, De Europese Commissie stemt in met de geleidelijke toepassing van een toeslag voor duurzame energie ten aanzien van zelfvoorzienende elektriciteitsproducenten in Duitsland

De Duitse Wet voor Duurzame Energie verleende steun aan de productie van duurzame energie. Deze steun werd betaald door middel van een heffing die werd opgelegd aan consumenten die elektriciteit afnamen van het net. Zelfvoorzienende producenten van elektriciteit dienden deze toeslag niet te betalen. Deze Duitse regeling heeft geleid tot een grote toename van het aantal zelfvoorzienende elektriciteitsproducenten waardoor de betaalbaarheid van de steun aan de productie van duurzame energie onder druk kwam te staan. Duitsland heeft daarom in 2014 de toeslag ook van toepassing verklaard op zelfvoorzienende elektriciteitsproducenten. Op 19 december 2017 heeft de Commissie op basis van de Europese staatssteunregels gereduceerde toeslagen goedgekeurd voor zelfvoorzienende elektriciteitsproducenten in Duitsland vanaf 2018. Het opleggen van de volledige toeslag aan bestaande

zelfvoorzienende elektriciteitsproducenten zonder een overgangsfase zou financieel onwenselijk zijn aangezien deze producenten in goed vertrouwen grote investeringen hebben gedaan ten aanzien van installaties. Daarom zal vanaf 2018 aan deze producenten een toeslag van 20% worden opgelegd op het moment dat een installatie wordt gemoderniseerd. Een toeslag van 100% zal worden geheven indien de capaciteit van de installatie wordt uitgebreid. Ten aanzien van nieuwe zelfvoorzienende elektriciteitsproducenten (dat wil zeggen in werking getreden vanaf augustus 2014) die duurzame energie gebruiken, werden uitzonderingen en vrijstellingen niet geacht staatssteun te omvatten aangezien van deze producenten reeds vanaf 2014 een toeslag werd geheven op basis van de Duitse Wet voor Duurzame Energie. Ten aanzien van nieuwe kleine zelfvoorzienende elektriciteitsproductie-installaties onder 10 kW werd de vrijstelling niet geacht staatssteun te omvatten aangezien deze producenten onder de de-Minimis vrijstelling vallen.

Steunmaatregel SA.38944, Fiscale ruling Luxemburg leverde ongeoorloofde staatssteun aan Amazon op, besluit van de Commissie van 4 oktober 2017

Op 4 oktober 2017 heeft de Commissie een besluit genomen waarin zij concludeert dat Luxemburg aan Amazon ongeoorloofde staatssteun heeft verleend ter hoogte van circa EUR 250 miljoen. Deze staatssteun had de vorm van een zogeheten fiscale 'ruling' die Amazon, aldus de Commissie, in staat stelde belastingheffing op een groot deel van haar Europese winsten te vermijden.

De Commissie is haar onderzoek naar de Amazon ruling gestart in 2013, waarna zij in oktober 2014 het besluit nam tot het openen van een formele onderzoeksprocedure. Het onderzoek richtte zich op een fiscale ruling waarmee de interne verrekprijzen voor het gebruik van intellectuele eigendomsrechten tussen Amazon EU Sarl ('Amazon EU') en haar moedermaatschappij Amazon Europe Holding Technologies ('Amazon Holding') werden goedgekeurd.

Amazon EU is de entiteit die in Europa de activiteiten van de Amazon groep ontplooit door, onder meer, het beheren van de Europese Amazon websites, het selecteren en inkopen van de op de websites aangeboden producten en het verzorgen van de levering aan klanten. Amazon EU is in Luxemburg gevestigd en betaalt daar belasting over de winsten die zij met haar Europese activiteiten behaalt. Amazon Holding is een holdingmaatschappij die geen marktactiviteiten ontplooit. Het is een commanditaire vennootschap. Een dergelijke entiteit is naar Luxemburgs recht fiscaal transparant en daardoor zelf niet belastingplichtig. De commanditaire vennoten van Amazon Holding zijn belastingplichtig in de VS, maar kunnen belastingheffing voor onbepaalde tijd uitstellen, zolang de betreffende winsten niet worden gerepatriëerd in de VS.

Amazon Holding bezit bepaalde intellectuele eigendomsrechten die zij exclusief in licentie geeft aan Amazon EU. Amazon EU gebruikt deze rechten

voor haar activiteiten in Europa en betaalt daarvoor royalty's aan Amazon Holding. De hoogte van de royalty's wordt berekend op basis van een percentage van de door Amazon EU behaalde omzet. Volgens de Commissie liepen deze bedragen in de praktijk op tot meer dan 90% van de operationele winst van Amazon EU. De winst waarover Amazon EU in Luxemburg belasting moest betalen werd daarmee aanzienlijk verkleind waardoor, aldus de Commissie, drie kwart van de winsten van Amazon EU werden verschoven naar Amazon Holding en daardoor onbelast bleven.

Het onderzoek van de Commissie richtte zich op de hoogte van de betaalde royalty's, die met de fiscale ruling van Luxemburg was goedgekeurd. In het bijzonder ging het daarbij om de vraag of de hoogte van de royalty's overeenkwam met de economische realiteit, dat wil zeggen of onafhankelijke bedrijven in commerciële omstandigheden tot eenzelfde regeling zouden zijn gekomen (het zogenaamde 'arm's length' principe of zakelijkheidsbeginsel).

De Commissie stelt dat uit haar onderzoek is gebleken dat het niveau van de royalty's kunstmatig was opgedreven en niet overeenkwam met de economische realiteit. Dit volgt uit het feit dat in de praktijk Amazon EU de entiteit was die de haar in licentie gegeven intellectuele eigendomsrechten heeft beheerd en toegevoegde waarde heeft gecreëerd door, onder meer, de Amazon websites te exploiteren, de technologie en software achter het platform verder te ontwikkelen en in marketing te investeren. Amazon Holding, daarentegen, was een lege huls die alleen diende om de intellectuele eigendomsrechten door te geven aan Amazon EU. Om die reden oordeelt de Commissie dat interne verrekenprijzen niet overeenstemden met het zakelijkheidsbeginsel, en de fiscale ruling die die prijzen had goedgekeurd ongeoorloofde staatssteun aan Amazon opleverde. De Commissie oordeelt dat Luxemburg de waarde van het concurrentievoordeel van Amazon, dat bestaat uit het verschil tussen het bedrag aan belastingen dat Amazon EU betaald heeft en wat zij zonder de fiscale ruling betaald zou hebben, moet terugvorderen.

Luxemburg heeft bij het Gerecht een beroep ahangig gemaakt tegen dit besluit.

Steuemaatregel SA.46349, Invoering van verhandelbare fosfaatrechten voor melkvee in Nederland vormt geoorloofde steun, besluit van de Commissie van 19 december 2017

In september 2016 heeft de Nederlandse overheid bij de Commissie het voornemen gemeld om een systeem van verhandelbare fosfaatrechten voor melkvee in te voeren. Bij besluit van 19 december 2017 heeft de Commissie geoordeeld dat dit systeem verenigbaar is met de interne markt.

Fosfaat in mest van melkvee kan grond- en oppervlaktewater verontreinigen. In Nederland vormt dit, gelet op de grote melkveestapel, een milieuprobleem. Het stelsel van fosfaatrechten heeft tot doel de fosfaatproductie uit mest van melkvee terug te dringen en daarmee de waterkwaliteit te verbeteren. Onder het nieuwe stelsel is het melkveehou-

ders niet toegestaan meer fosfaat te produceren dan de hoeveelheid waarvoor zij fosfaatrechten houden.

Bij de invoering van het stelsel (op 1 januari 2018) krijgen bestaande melkveebedrijven een hoeveelheid fosfaatrechten toegekend. Deze hoeveelheid wordt vastgesteld op basis van het aantal gehouden koeien op de datum waarop het nieuwe stelsel werd aangekondigd, minus een algemene korting van 8,3%. De fosfaatrechten zijn verhandelbaar. Bij elke transactie wordt 10% van de verhandelbare rechten ingehouden en in een 'fosfaatbank' ondergebracht. Deze fosfaatbank zal hiermee tijdelijke, niet-verhandelbare fosfaatrechten verlenen aan zogeheten 'grondgebonden landbouwbedrijven'. Dit zijn bedrijven die alle fosfaat uit hun mestproductie op hun eigen grond kunnen absorberen.

Omdat de fosfaatrechten in eerste instantie gratis worden toegekend aan bedrijven die op de peildatum melkvee houden, maar daarna vrij verhandelbaar zullen zijn en een waarde vertegenwoordigen in het economisch verkeer, heeft de Commissie geconcludeerd dat de regeling staatssteun inhoudt.⁴

De Commissie heeft, gelet op de nagestreefde milieudoelstellingen, de steun getoetst aan de Europese richtsnoeren inzake staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020. In haar besluit concludeert de Commissie dat de uiteindelijke regeling (naar aanleiding van bezwaren van de Commissie heeft het wetsvoorstel enkele wijzigingen ondergaan⁵) voldoet aan de in de richtsnoeren gestelde voorwaarden. Dit met name omdat de milieudoelstellingen die met de regeling worden nagestreefd verder gaan dan de milieunormen waaraan bedrijven op grond van de Europese regels nu reeds moeten voldoen.

In dat kader merkt de Commissie specifiek op dat Nederland heeft aangetoond dat het stelsel is bedoeld om de fosfaatproductie te beperken tot onder het krachtens de nitraatrichtlijn voor Nederland geldende niveau. Dit gebeurt in de eerste plaats door de algemene reductie van 8,3% bij de uitgifte van de fosfaatrechten. Als gevolg hiervan zullen er minder rechten in omloop zijn dan de hoeveelheid fosfaat die met de bestaande melkveestapel wordt geproduceerd. In de tweede plaats zorgt de fosfaatbankregeling ervoor dat een deel van de fosfaatrechten specifiek wordt gebruikt om grondgebonden landbouw te stimuleren. Ook in dat opzicht gaat de regeling verder dan de huidige regels, die melkveebedrijven niet verplichten alle fosfaat uit de mest van hun melkvee op hun eigen grond te absorberen.

Op grond hiervan wordt de regeling door de Commissie goedgekeurd.

4. *Kamerstukken II 2016/17, 34532, nr. 18* Brief van de staatssecretaris van economische zaken, 13 oktober 2016.

5. Zie bijv. *Kamerstukken II 2016/17, 34532, nr. 19*.

Beleid

■ Diversen

Staatssteun: Commissie oordeelt dat Luxemburg aan Amazon voor ongeveer 250 miljoen EUR illegale belastingvoordelen toegekend heeft

In een persbericht van 4 oktober 2017 wordt melding gemaakt van het feit dat de Commissie tot de conclusie is gekomen dat de Luxemburgse belastingautoriteiten Amazon voor ongeveer €250 miljoen illegale belastingvoordelen hebben toegekend. Dit gedrag is onder de EU-staatssteunregels verboden omdat Amazon hierdoor aanzienlijk minder belasting hoefde te betalen dan andere ondernemingen.

In oktober 2014 werd een diepgaand onderzoek gestart naar een fiscale *ruling* die Luxemburg in 2003 aan Amazon verleende, die in 2011 werd verlengd. Door deze *ruling* kon Amazon het grootste gedeelte van haar Europese winsten (ongeveer driekwart) verschuiven van een onderneming van de Amazon-groep die in Luxemburg belastbaar is (Amazon EU) naar een onderneming die daar niet wordt belast (Amazon Europe Holding Technologies). Met de *ruling* werd m.n. de betaling van royalty's door Amazon EU aan Amazon Europe Holding Technologies goedgekeurd, waardoor de belastbare winst van Amazon EU aanzienlijk lager uitviel.

Uit onderzoek van de Commissie is gebleken dat het niveau van de royalty's, dat met de *ruling* was goedgekeurd, kunstmatig was opgedreven en niet beantwoordde aan de economische realiteit. Op grond daarvan is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de *ruling* aan Amazon een selectief voordeel had toegekend door toe te staan dat de groep minder belasting betaalde dan andere ondernemingen waarvoor dezelfde belastingregels gelden. Luxemburg moet nu de onrechtmatig toegekende steun terugvorderen. In haar besluit heeft de Commissie de methode beschreven die gehanteerd moet worden om de waarde te berekenen van het concurrentievoordeel genoten door Amazon (het verschil tussen het bedrag aan belasting dat Amazon heeft betaald en het bedrag dat zij zonder de fiscale *ruling* betaald zou hebben). Het bedrag wordt geraamd op ongeveer €250 miljoen. De Luxemburgse belastingdienst moet nu het precieze bedrag, dat teruggevorderd moet worden, bepalen aan de hand van de methode beschreven door de Commissie.

Het besluit van de Commissie is nog niet gepubliceerd.

Inmiddels heeft de Luxemburgse regering laten weten dat zij tegen het besluit van de Commissie beroep bij het Gerecht heeft ingesteld (zaak T-816/17). De regering is het onder meer niet eens met de rekenmethode van de Commissie.

Commissie daagt Ierland voor het Hof van Justitie wegens niet-terugvordering staatssteun Apple

In een persbericht van 4 oktober 2017 wordt gemeld dat de Commissie, krachtens art. 108 lid 2 VWEU, besloten heeft Ierland voor het Hof van Justitie te

dagen wegens het niet-terugvorderen van onrechtmatig staatssteun verleend aan Apple ten bedrage van ongeveer € 13 miljard.

In een besluit van 30 augustus 2016 (zie *Staatssteun* 2016, nr. 3/4) stelde de Commissie vast dat de Ierse belastingdienst aan Apple tot € 13 miljard aan belastingvoordelen had toegekend die onder de EU-staatssteunregels verboden waren omdat Apple hierdoor een selectief voordeel kreeg ten opzichte van andere ondernemingen.

In beginsel eisen de EU-staatssteunregels dat onrechtmatige steun moet worden teruggevorderd om concurrentievervalsing tegen te gaan. De deadline voor terugvordering was 3 januari 2017 overeenkomstig de standaardprocedures, d.w.z. vier maanden na de officiële kennisgeving van het besluit van de Commissie. Lidstaten moeten steeds onrechtmatig toegekende steun terugvorderen binnen de door de Commissie gestelde termijn, die gewoonlijk 4 maanden is (zie art. 16 lid 3 Verordening 2015/1589 en Terugvorderingsbekendmaking van de Commissie). Meer dan een jaar na het besluit van de Commissie heeft Ierland nog steeds de onrechtmatige steun niet teruggevorderd. Ofschoon Ierland enige vooruitgang heeft geboekt bij de berekening van het exacte bedrag aan onrechtmatige steun verleend aan Apple, is Ierland van plan de terugvorderingsprocedure op zijn vroegst in maart 2018 af te ronden. Daarom heeft de Commissie Ierland op basis van art. 108 lid 2 VWEU voor het Hof van Justitie gedaagd.

In augustus 2016 heeft Ierland een beroep tot nietigverklaring (art. 263 VWEU) bij het Hof ingesteld tegen het besluit van de Commissie (zaak T-778/16). Een dergelijk beroep heeft echter geen schorsende werking (art. 278 VWEU). Wel kan het teruggevorderde bedrag op een geblokkeerde rekening worden gezet in afwachting van de uitkomst van de procedure voor het Hof. In dat geval moet de onrechtmatig toegekende steun bovendien nog steeds binnen de in het besluit van de Commissie gestelde termijn daadwerkelijk van de begunstigde worden teruggevorderd.

Statement by Commissioner Vestager on illegal tax benefits to Amazon in Luxembourg and referring Ireland to Court for failure to recover illegal tax benefits from Apple

In een mededeling van 4 oktober 2017, vermeldt Commissaris Vestager dat de Commissie een besluit tot terugvordering heeft genomen in de Amazon-zaak en dat zij een inbreukprocedure voor het Hof van Justitie is begonnen tegen Ierland wegens het niet (tijdig) terugvorderen van de onrechtmatige steun verleend aan Apple.

Wat Amazon betreft, legt Vestager uit waarover de zaak gaat en bespreekt zij de structuur van Amazon in Europa. Zij legt ook uit waarom de fiscale *ruling* afgegeven aan Amazon de toekenning van onrechtmatige staatssteun inhoudt. De conclusie is, volgens Commissaris Vestager, dat Luxemburg, ongeveer €250 miljoen aan onbetaalde belasting plus rente van Amazon moet terugvorderen. De Luxemburgse belastingautoriteiten moeten het exacte bedrag be-

rekenen aan de hand van de methode uiteengezet in het besluit van de Commissie.

Voorts gaat Vestager in op het besluit van de Commissie om Ierland voor het Hof van Justitie te dagen. Vestager zegt dat beide besluiten (Amazon en Apple) een duidelijk signaal afgeven dat ondernemingen een eerlijk deel van de belasting moeten betalen. Verder zegt Vestager dat de Commissie een lange weg heeft afgelegd, maar haar werk nog niet is voltooid. Een aantal Lidstaten (bijvoorbeeld Luxemburg en Cyprus) hebben zich ingespannen om aan de staatssteunregels te voldoen door hun praktijken inzake fiscale *rulings* te wijzigen.

Het uiteindelijke doel is, natuurlijk, dat alle ondernemingen, groot of klein, eerlijk worden belast in het land waar zij hun winsten maken. Handhaving van de staatssteunregels alleen kan dit niet bereiken. Dat is waarom het zo belangrijk is dat er echt momentum ontstaat om het vennootschapsbelastingkader te hervormen om dit kader eerlijker en efficiënter te maken. Op internationaal niveau, zijn belangrijke stappen ondernomen in zowel de G20 als in de OESO. In de EU zelf, zijn de Lidstaten het met elkaar eens dat snelle vooruitgang geboekt moet worden op het gebied van eerlijke belastingheffing, met name wat digitale ondernemingen betreft. Twee weken geleden heeft de Commissie een mededeling over deze kwestie gepubliceerd. Belangrijke vorderingen zijn al geboekt als onderdeel van de strategie van de Commissie naar eerlijke belastingheffing en grotere transparantie in de EU. Bijvoorbeeld, de Commissievoorstellen betreffende transparantie zijn in werking getreden die de automatische uitwisseling van informatie over fiscale *rulings* tussen de Lidstaten voorschrijven.

Commissie start diepgaand onderzoek naar de Britse belastingregeling voor multinationale ondernemingen

De Commissie heeft aangekondigd, in een persbericht van 26 oktober 2017, dat zij een diepgaand onderzoek heeft ingeleid naar de vraag of een belastingregeling van het Verenigd Koninkrijk in strijd is met de staatssteunregels. Het onderzoek richt zich op de vraag of de Britse *Controlled Foreign Company (CFC)* regels multinationale groepen een gunstiger fiscale behandeling toestaan dan andere ondernemingen, wat in strijd met de EU-staatssteunregels zou zijn.

Het hoofddoel van de Britse *CFC*-regels is om te voorkomen dat Britse ondernemingen een dochteronderneming gevestigd in een lage belastingjurisdictie of in een jurisdictie waar geen belasting wordt geheven, gebruiken, om belasting in het VK te ontwijken. In het bijzonder staan de *CFC*-regels toe om alle winst die kunstmatig is verschoven naar een offshore-dochteronderneming toe te wijzen aan het Britse moederbedrijf, waar het dienstovereenkomstig kan worden belast. *CFC*-regels zijn over het algemeen een belangrijk element van veel nationale belastingstelsels van de Lidstaten om belastingontwijking tegen te gaan. Dergelijke regels zijn ook opgenomen in de anti-belastingontwijkingrichtlijn of ATAD (Richtlijn 2016/1164) die op 1

januari 2019 in werking treedt. De ATAD voorziet niet in specifieke vrijstellingen, zoals de hierna te bespreken *Group Financing Exemption*.

De Britse *CFC*-regels werden in 2013 herzien. De herziene regels bevatten een vrijstelling voor bepaalde financieringsinkomsten (i.e. rentebetalingen ontvangen uit leningen) van multinationale groepen actief in het VK – de *Group Financing Exemption*. Op grond van deze vrijstelling zijn bepaalde financieringsinkomsten die offshore-dochterondernemingen van andere niet in het VK gevestigde groepsmaatschappijen ontvangen, vrijgesteld van, of slechts gedeeltelijk onderworpen aan, Britse belastingheffing. Deze vrijstelling geldt niet voor financieringsinkomsten van dochterondernemingen die leningen verstrekken aan in het VK actief groepsondernemingen.

Het onderzoek van de Commissie doet geen afbreuk aan het recht van het VK om de *CFC*-regels in te voeren of een passend belastingtarief vast te stellen. De rol van het staatssteun-toezicht is ervoor te zorgen dat Lidstaten bepaalde ondernemingen geen gunstiger fiscale behandeling geven dan andere ondernemingen. In dit stadium van het onderzoek betwijfelt de Commissie in het bijzonder of de *Group Financing Exemption* in overeenstemming is met de EU-staatssteunregels.

De niet-confidentiële versie van het besluit van de Commissie werd op 16 november 2017 onder nummer SA.44896 op de website van de Commissie gepubliceerd.

Staatssteun: Commissie opent diepgaand onderzoek naar fiscale behandeling van Inter IKEA door Nederland

In een persbericht van 18 december 2017 wordt bekend gemaakt dat de Commissie een diepgaand onderzoek heeft geopend naar de fiscale behandeling door Nederland van Inter IKEA Systems, een van de twee groepen die de IKEA-activiteiten beheren. Op basis van het voorlopige onderzoek van de Commissie lijken twee fiscale *rulings* die de Nederlandse belastingdienst in 2006 en 2011 heeft afgegeven, de belastbare winst van Inter IKEA Systems in Nederland aanzienlijk te hebben verlaagd. Deze twee *rulings* hebben IKEA mogelijk een oneerlijk voordeel gegeven in vergelijking met andere ondernemingen die in Nederland onder dezelfde belastingregels vallen. Dit zou in strijd zijn met de EU-staatssteunregels.

Met de fiscale *ruling* van 2006, heeft de Nederlandse belastingdienst ingestemd met een methode om een jaarlijkse licentievergoeding te berekenen die Inter IKEA Systems in Nederland aan een andere onderneming van de Inter IKEA-groep moest betalen, namelijk aan het in Luxemburg gevestigde I.I. Holding. I.I. Holding was toen eigenaar van bepaalde IE-rechten die nodig zijn voor het IKEA Franchise Concept en die exclusief in licentie waren gegeven aan Inter IKEA Systems. Inter IKEA Systems gebruikte die IE-rechten om het IKEA Franchise Concept te bedenken en te ontwikkelen. Inter IKEA Systems beheerde ook de franchiseovereenkomsten en inde de franchisevergoedin-

gen bij de IKEA-winkels wereldwijd. De jaarlijkse licentievergoeding die Inter IKEA Systems aan I.I. Holding betaalde, waarmee in de fiscale *ruling* van 2006 werd ingestemd, vormde een substantieel deel van de inkomsten van Inter IKEA Systems. Op die manier werd een aanzienlijk deel van de franchisewinst van Inter IKEA Systems verschoven naar I.I. Holding in Luxemburg. Daar werd die winst niet belast, omdat I.I. Holding onder een bijzondere belastingregel viel, waardoor de onderneming in Luxemburg vrijgesteld was van vennootschapsbelasting.

In 2011 wijzigde Inter IKEA Systems haar structuur. Inter IKEA Systems kocht de IE-rechten van I.I. Holding. Om die aankoop te financieren, kreeg Inter IKEA Systems een lening van haar moedermaatschappij in Liechtenstein. In 2011 gaf de Nederlandse belastingdienst een tweede fiscale *ruling* af, waarin werd ingestemd met de aanschafprijs voor de IE-rechten. In die *ruling* werd ook ingestemd met de rente die voor de lening moest worden betaald, en de aftrek van die rentebetalingen van de belastbare winst van Inter IKEA Systems in Nederland. Door de rentebetalingen werd een aanzienlijk deel van de franchisewinst van Inter IKEA Systems vanaf 2011 naar haar moedermaatschappij in Liechtenstein verschoven.

Het onderzoek van de Commissie richt zich nu op beide fiscale *rulings* afgegeven door de Nederlandse belastingdienst aan Inter IKEA Systems.

Wat de *ruling* van 2006 betreft, zal de Commissie onderzoeken of de jaarlijkse licentievergoeding die Inter IKEA Systems aan I.I. Holding betaalde, overeenstemt met de economische werkelijkheid. Zij zal in het bijzonder nagaan of het niveau van de jaarlijkse licentievergoeding overeenstemt met de bijdrage van Inter IKEA Systems aan de franchise-activiteiten.

Wat de 2011 *ruling* betreft, zal de Commissie onderzoeken of de prijs die Inter IKEA Systems voor de aankoop van de IE-rechten betaalde en de rente die vervolgens over de lening werd betaald overeenstemmen met de economische realiteit. Zij zal met name nagaan of de overnameprijs een adequate afspiegeling vormt van de bijdrage van Inter IKEA Systems aan de waarde van de franchise-activiteiten. Ook zal zij het niveau van de rente die in Nederland van de belastinggrondslag van Inter IKEA Systems wordt afgetrokken onderzoeken.

Competition: Commission and China start new dialogue on State aid control and discuss competition policy

Een persbericht van 16 november 2017 meldt dat Commissaris Vestager, Voorzitter He Lifeng en Voorzitter Hu Zucai, beiden van de Nationale Ontwikkelings- en Hervormingscommissie (*National Development and Reform Commission*) van China, op 16 november 2017 in Beijing de eerste samenwerkingsbijeenkomst over staatssteuntoezicht en eerlijke mededingingsherziening hebben gehouden. Deze bijeenkomst vormt onderdeel van een nieuwe dialoog tussen China en de EU.

In het kader van samenwerking op het gebied van de mededinging, hebben de EU en China op 2 juni 2017 een memorandum van overeenstemming ondertekend om een dialoog over staatssteuncontrole te beginnen (zie *Staatssteun* 2017, nr. 2). Dit memorandum is een aanvulling op het bestaande samenwerkingskader tussen de EU en China op het gebied van het mededingingsbeleid en -toezicht.

Tijdens deze eerste bijeenkomst, bevestigden de Commissie en de Chinese Nationale Ontwikkelings- en Hervormingscommissie opnieuw het belang van samenwerking op het gebied van de mededinging om goede economische betrekkingen tussen beide landen te verzekeren. In het bijzonder is samenwerking op het gebied van staatssteuntoezicht van belang om te voorkomen dat overheidsbeleid de mededinging verstoort of belemmert, en de interne markt schade toebrengt.

Beide partijen erkennen het wederzijdse voordeel van het uitwisselen van ervaringen over het gebruik van staatsmiddelen om efficiënte en duurzame economische ontwikkeling te promoten. In dit kader verwelkomt de EU de vaststelling door China van een *Fair Competition Review System* die erop gericht is te waarborgen dat staatsmaatregelen geen negatieve invloed hebben op markttoegang en -uitbreiding en het vrije verkeer van goederen.

Als onderdeel van deze nieuwe dialoog, heeft de Commissie ook op technisch niveau de 28 ministeries ontmoet die verantwoordelijk zijn voor de implementatie van de *Fair Competition Review System* in China. De samenwerking tussen de EU en China zal worden voortgezet en beide partijen hebben afgesproken om de dialoog te evalueren tijdens de volgende EU-China Top in 2018.

Update: richtsnoeren voor beoordeling infrastructuurprojecten

In 2012, na het *Leipzig-Halle* arrest (gevoegde zaken T-443/08 & T-455/08), publiceerden de diensten van de Commissie een reeks analytische matrices (*'analytical grids'*) over de toepassing van de staatssteunregels op de overheidsfinanciering van infrastructuurprojecten. Na de vaststelling van de Mededeling van de Commissie over het begrip staatssteun in mei 2016 (zie *Staatssteun* 2016, nr. 3/4), bleek het nodig om deze analytische matrices te actualiseren. Dit is inmiddels gebeurd. Ook is er een aantal nieuwe matrices toegevoegd. De analytische matrices zijn op de website van de Commissie te vinden.

EU Competition policy in action – COMP in ACTION

De Commissie heeft een brochure getiteld 'EU competition policy in action. COMP in ACTION' gepubliceerd. Deze brochure geeft inzicht in het mededingingsbeleid van de EU in het recente verleden. Hij laat zien hoe het mededingingsbeleid vorm is gegeven en hoe dit beleid wordt geïmplementeerd. De brochure presenteert Mededinging in actie (*Competition in Action*) met interviews en achtergrondartikelen. De brochure (in het Engels) is te vinden op: <https://publications.europa.eu/en/>

publication-detail/-/publication/b11a5d15-c5ca-11e7-9b01-01aa75ed71a1.

Ex post assessment of the impact of state aid on competition

In een onlangs gepubliceerd onderzoek, verricht door Oxera Consulting LLP (Verenigd Koninkrijk) in opdracht van de Europese Commissie, wordt op *ex post* basis onderzocht welke impact staatssteun op de mededinging had en met name welke concurrentievervalsing dan ook had kunnen optreden. Het rapport met de titel '*Ex post assessment of the impact of state aid on competition*' is (in het Engels) te vinden op <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0617275enn.pdf>.

An overview of Subsidy Disclosure Practices in the EU

In een context waarin transparantie in het verstrekken van relevante informatie aan burgers aan belang wint, biedt dit onlangs gepubliceerde onderzoek een uitgebreid overzicht van de praktijken voor de openbaarmaking van subsidies in de EU-lidstaten tussen 2010-2104. Het rapport met de titel '*An Overview of Subsidy Disclosure Practices in EU Member States*' is (in het Engels) te vinden op: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0617273enn.pdf>.

■ Toespraken

What competition can do – and what it can't, Brussel, 25 oktober 2017

In een toespraak gehouden tijdens de *Chilling Competition Conference* op 25 oktober 2017 in Brussel, gaat Commissaris Vestager in op de voordelen van gezonde mededinging. Zij concludeert echter dat alle problemen niet alleen door mededinging kunnen worden opgelost. Regelgeving, die verder gaat dan concurrentie tussen ondernemingen, is ook nodig. Deze regelgeving moet de basisnormen vaststellen voor bijvoorbeeld pesticiden, de uitlaatgasen van voertuigen en privacy.

Wat de banken betreft, moeten mededinging en regelgeving samengaan. Regelgeving stelt de basisnormen vast. Mededinging spoort banken aan om hun klanten beter van dienst te zijn en prijzen laag te houden. Lage prijzen moeten niet ten koste gaan van een veilig financieel systeem. Wat staatssteun verleend aan banken tijdens de financiële crisis betreft, heeft de Commissie samen met de regelgevers gewerkt.

Helping people cope with technological change, Parijs, 21 november 2017

In een toespraak getiteld 'Mensen helpen omgaan met technologische veranderingen' (*Helping people cope with technological change*) gehouden te Parijs op 21 november 2017, gaat Commissaris Vestager in op de uitdagingen en voordelen die digitale technologieën bieden.

De volgende onderwerpen komen in deze toespraak aan de orde: data en privacy, algoritmes, concurrentie en innovatie en Europese kampioenen.

Op het gebied van staatssteun vermeldt Vestager de onderzoeken van de Commissie naar fiscale *rulings* in een aantal lidstaten, zoals de onderzoeken naar Starbucks (Nederland) en Fiat (Luxemburg). Zij zegt dat het duidelijk is dat de huidige belastingstelsels niet zijn ontworpen voor de moderne manier van zakendoen. Belastingstelsels die gebaseerd zijn op de fysieke activa van een onderneming zijn niet geschikt voor digitale ondernemingen. In feite betalen digitale ondernemingen minder dan de helft van het effectieve belastingtarief dat door hun offline-tegenhangers wordt betaald. Er is meer nodig dan toepassing van de mededingingsregels om dit probleem op te lossen. Hervorming van de belastingstelsels is nodig, niet alleen op nationaal, maar ook op internationaal, niveau. In oktober 2017 lanceerde de Commissie een openbare consultatie over belastingheffing in de digitale economie. De uitkomsten van deze consultatie zullen de Commissie helpen samen te werken met haar partners in de OESO om oplossingen te vinden die wereldwijd werken. Indien er in het voorjaar 2018 geen internationale oplossing voor deze kwestie is gevonden, zal de Commissie met een voorstel komen voor nieuwe EU-regels om ervoor te zorgen dat digitale ondernemingen eerlijk worden belast.

For a fair taxation system in Europe, Bocconi University, Milan, 28 november 2017

In een toespraak gehouden op 28 november 2017 aan de Bocconi Universiteit in Milan, beschrijft Commissaris Vestager de stappen genomen door de Commissie over de laatste drie jaar om de lacunes in de belastingregels in de EU te dichten. In dit kader vermeldt zij het feit dat sinds 1 januari 2017 de belastingautoriteiten van de lidstaten verplicht zijn informatie over fiscale *rulings* automatisch met elkaar uit te wisselen. Er is ook een hele reeks andere regels in werking getreden om belastingontwijking tegen te gaan. In juni 2017 heeft de Commissie, bijvoorbeeld, nieuwe regels voorgesteld om ervoor te zorgen dat banken, accountants en advocaten overheden informeren over nieuwe grensoverschrijdende regelingen inzake belastingplanning. Op 1 januari 2019 treedt ook de anti-belastingontwijkingrichtlijn of ATAD (Richtlijn 2016/1164) in werking. Verder heeft de Commissie nieuw leven geblazen in het project voor een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting ('*Common Consolidated Corporate Tax Base*' of CCCTB).

In deze toespraak komt ook het onderwerp fiscale *rulings* aan de orde. Volgens Vestager, heeft belastingontwijking niet alleen een nadelig effect op de nationale begrotingen van de lidstaten, maar ook op de mededinging. Indien overheden selectieve voordelen aan een paar ondernemingen toekennen, dan werkt de mededinging niet. Hierdoor wordt het voor andere ondernemingen moeilijker om op gelijke voet te concurreren.

Vestager zegt dat de Commissie inmiddels meer dan duizend fiscale *rulings* heeft onderzocht. De meeste *rulings* leverden geen problemen op. In een aantal gevallen werden fiscale *rulings* echter gebruikt om

een voorkeursbehandeling aan bepaalde ondernemingen te geven. De Commissie heeft daarom in een aantal gevallen, zoals Starbucks en Amazon, actie ondernomen.

Volgens Vestager, is de Commissie nog niet klaar met haar werk. Momenteel onderzoekt zij of de *Group Financing Exemption* in het VK in overeenstemming is met de EU-staatssteunregels (zie boven) en ook of Luxemburg illegale staatssteun aan McDonalds en Engie heeft verleend.

Vestager zegt ook dat de EU niet alleen nieuwe regels, maar een nieuwe cultuur nodig heeft, waarin de belastingautoriteiten ervoor zorgen dat iedereen een eerlijk deel van de belasting betaalt en waarin met machtige ondernemingen geen afspraken worden gemaakt. Het goede nieuws is dat verandering op komst is. Een aantal lidstaten (zoals Luxemburg en Cyprus) is bezig de belastingregels te wijzigen.

Ten slotte vermeldt Vestager dat belastingheffing in het digitale tijdperk problemen oplevert. De huidige belastingstelsels zijn toegesneden op de traditionele economie en zijn niet geschikt voor activiteiten die geen fysieke aanwezigheid vereisen in het land waar goederen en diensten worden verkocht. Hiervoor moet een internationale oplossing worden gevonden. De OESO werkt momenteel aan een oplossing voor deze kwestie. Indien de OESO in het voorjaar 2018 geen maatregelen heeft genomen, zal de Commissie eigen EU-regels voorstellen om ervoor te zorgen dat digitale ondernemingen eerlijk worden belast.

Speech to Committee of the Regions, 1 december 2017

In haar toespraak bedankt Commissaris Vestager Dhr. Murphy voor zijn werk als rapporteur bij de totstandkoming van het advies van het Europees Comité van de Regio's over het Verslag van de Commissie over het Mededingingsbeleid 2016.

Op het gebied van staatssteun, vestigt Vestager de aandacht op een aantal recente acties van de Commissie. Zij zegt dat, door de lidstaten te gelasten selectieve belastingvoordelen van multinationale ondernemingen terug te vorderen, de Commissie bevestigt dat de interne markt voor iedereen moet werken, niet alleen voor een paar bevoorrechte ondernemingen.

Vestager benadrukt ook dat de Commissie een stapje terug moet doen wanneer dat gepast is. Dit gebeurt op het gebied van staatssteun. Wanneer overheidsuitgaven de mededinging op Europese schaal niet beïnvloeden, dan moet de Commissie niet optreden. De Commissie heeft stappen ondernomen om die gedachtegang werkelijkheid te maken. In 2015 hebben de Lidstaten meer dan € 84 miljard uitgegeven aan investeringen in wegen en andere infrastructuren. De overheden van de Lidstaten moeten weten wanneer dergelijke investeringen staatssteun kunnen inhouden. Daarom heeft de Commissie in mei 2016 een Mededeling over het begrip 'staatssteun' gepubliceerd (zie *Staatssteun* 2016, nr. 3/4). Deze mededeling laat zien welke overheidsinvesteringen staatssteun zijn en welke niet. De mededeling maakt ook duidelijk dat investerin-

gen in wegen, spoorwegen en binnenwateren geen staatssteun inhouden, wanneer zij niet met soortgelijke infrastructuur concurreren. Verder maakt de mededeling duidelijk dat investeringen in projecten in lokale gemeenschappen geen staatssteun opleveren omdat zij geen effect op de tussenstaatse handel hebben.

Verder heeft de Commissie ook de regels vereenvoudigd voor overheidsuitgaven die wel staatssteun opleveren, maar die niet veel effect op de concurrentie hebben. Dit is gebeurd door het toepassingsgebied van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (Verordening (EU) nr. 651/2014) uit te breiden. Vier jaar geleden moesten meer dan 30% van de nieuwe staatssteunmaatregelen door de Commissie worden goedgekeurd. Nu is dat minder dan 5%.

In mei 2017 is het bereik van de AGVV verder uitgebreid door steun aan havens en kleine luchthavens onder het bereik van deze verordening te brengen (zie *Staatssteun* 2017, nr. 2).

Dit alles laat zien dat de Commissie, waar mogelijk, aan de vereenvoudiging van de regels werkt.

Zelfs indien staatssteun niet wordt vrijgesteld, betekent dit niet noodzakelijk, volgens Vestager, dat er problemen zullen rijzen. Voor veel overheidsuitgaven heeft de Commissie richtsnoeren gepubliceerd om overheden te helpen problemen met staatssteun te voorkomen. Deze richtlijnen weerspiegelen de kernbeginselen van staatssteuntoezicht.

Voorts zegt Vestager dat zij blij is dat het Comité van de Regio's voor meer openheid pleit wat overheidsuitgaven betreft. Zij benadrukt dat sinds juli 2016 overheden enkele basisgegevens online moeten publiceren indien zij staatssteun boven een half miljoen euro verlenen. Zij moeten de naam van de begunstigde, het bedrag van de steun, en het doel en de wettelijke basis voor de steun mededelen. Sinds de inwerkingtreding van deze regels, hebben 24 lidstaten ongeveer 13.000 steunmaatregelen online openbaar gemaakt.

Verstager vermeldt dat het Comité van de Regio's een lijst gebieden heeft opgesteld waar meer werk nodig is. Wat selectieve belastingvoordelen betreft, zal de Commissie waakzaam blijven. Zij zal ook waakzaam blijven tegenover steun voor hernieuwbare energiebronnen. Verder zal de Commissie haar best doen om ervoor te zorgen dat regionale gemeenschappen over snelle breedbandlijnen beschikken om verbonden te blijven en deel aan de samenleving te kunnen nemen.

Markt en Overheid

mr. L. Ament en mr. J. Fredriksz¹

Besluiten ACM

Rechtbank Rotterdam, 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253

Inzake: exploitatie sportaccommodaties gemeente Nuth

Feiten

De gemeente Nuth is eigenaar van een sporthal in Nuth en gymzalen in Hulsberg. Deze worden door Gitek Sport B.V. (Gitek) geëxploiteerd. Bij brief van 11 maart 2016 heeft Sportcentrum Hulsberg V.O.F. (eisers) aan de gemeenteraad medegedeeld dat deze exploitatie een situatie van oneerlijke concurrentie oplevert. In reactie hierop heeft de gemeente Nuth in een brief van 30 maart 2016 aan de eisers medegedeeld dat de gemeenteraad in zijn vergadering van 22 maart 2016 in principe heeft besloten de sportaccommodatie, geëxploiteerd door Gitek, aan te wijzen als activiteit van algemeen belang als bedoeld in art. 25h lid 5 Mededingingswet (Mw). De gemeente beschouwt de brief van de eisers van 11 maart 2017 als een zienswijze op dit voorgenomen besluit, en heeft hierop een gelijkkluidend, definitief besluit genomen. De eisers zijn van mening dat dit besluit ten onrechte is genomen en stellen omtrent dit besluit beroep in bij de rechtbank.

Standpunt gemeenteraad

De gemeente stelt dat indien het pand niet op de algemeen belang lijst zou zijn geplaatst, dat tot gevolg zou hebben dat de exploitatie van dat pand vastloopt. Het is in het algemeen belang dat de inwoners beschikking hebben over de sportaccommodatie. Daarnaast benoemt de gemeente dat Gitek een gemeentelijke sportaccommodatie was die werd geprivatiseerd, en het sportcentrum van eisers een langer bestaand particulier initiatief is. Als laatste voert de gemeente aan dat doordat Gitek niet de eigendom heeft van de sportaccommodaties zij geen vermogen opbouwt bij verkoop en ook geen pensioenvoorziening kan opbouwen.

Standpunt Sportcentrum Hulsberg

De eisers stellen dat de gemeente heeft verzuimd om alle zienswijzen te beoordelen in het bestreden besluit. Daarnaast stellen de eisers dat indien een pand op de algemeen belang lijst is vermeld, dit nog niet betekent dat erin het geheel geen kosten meer hoeven te worden doorberekend, volgens de

uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1075. Als laatste noemen de eisers dat Gitek juist meer dan eisers in staat is om pensioenvoorziening op te bouwen, door de gemeentelijke bijdrages aan Gitek, het ontbreken van maandelijks lasten en de tarieven en bedragen die Gitek zelf mag behouden.

Procesbelang

De gemeente stelt dat de eisers geen procesbelang meer hebben omdat zij na de verbouwing van Sportcentrum Hulsberg niet meer op dezelfde markt opereren als Gitek. De eisers voeren aan dat het belang ligt in de schade die zij hebben geleden als gevolg van het nemen van het bestreden besluit. De rechtbank acht de gestelde schade voldoende aannemelijk en oordeelt dat de eisers procesbelang hebben.

Rechtbank Rotterdam

De rechtbank stelt voorop dat de gemeente een zeer ruime beoordelingsvrijheid heeft om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. De totstandkoming van het vaststellingsbesluit moet echter wel geschieden met inachtneming van de zorgvuldigheidseisen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daaraan stelt. De rechtbank stelt dat de gemeente niet heeft onderzocht dat het doorberekenen van de integrale kosten van de exploitatie van de sportaccommodatie deze exploitatie onmogelijk zou maken. Evenmin heeft de gemeente onderzocht welk gevolg het staken van de exploitatie van de sportaccommodatie zou hebben voor de vitaliteit van de kern en voor de mogelijkheid van de inwoners van de gemeente om elkaar te ontmoeten en te sporten. De belangenafweging die door de gemeente is gemaakt acht de rechtbank om verschillende redenen gebrekkig. Ten eerste omdat het gewicht dat aan de door verweerder gestelde belangen is toegekend zonder feitenonderzoek niet kan worden bepaald. Ten tweede is het belang van de eisers niet meegewogen, en is er zelfs overwogen dat er binnen de gemeente geen concurrent aanwezig is. Ten derde is aan het voortzetten van de exploitatie door Gitek een groot gewicht toegekend, terwijl dat belang niet, of in elk geval niet zonder meer, een algemeen belang is.

De rechtbank verwacht niet dat de gemeente binnen afzienbare tijd onderzoek kan verrichten en een belangenafweging kan maken om zo het geconstateerde gebrek te herstellen. Daarom wordt het bestreden algemeen belang vaststellingsbesluit vernietigd wegens strijd met art. 3:2, 3:4 en 3:46 Awb.

1. Deze rubriek is geschreven door mr. Lukas Ament, ministerie van Binnenlandse Zaken en mr. Juliëtte Fredriksz, werkzaam bij Europa Decentraal.

ACM 23 november 2017, besluit 16/012014 (voorheen 16.1257.29)

Inzake: verzoek (preventieve) last onder dwangsom (art. 70c lid 1 onder a Mw) gratis parkeren gemeentelijke parkeergarages Veenendaal

Procedure

Bij besluit van 26 september 2017² heeft de ACM vastgesteld dat gemeente Veenendaal art. 25i lid 1 Mededingingswet (Mw) overtreedt bij de exploitatie van gemeentelijke parkeergarages en parkeerterreinen. De ACM heeft op basis van haar onderzoek geconcludeerd dat de gemeente niet de integrale kosten doorberekent in de parkeertarieven voor de gemeentelijke parkeergarages en parkeerterreinen in het centrum van Veenendaal. Bij brief van 27 oktober 2017 heeft Q-Park bezwaar gemaakt tegen het besluit van 26 september 2017. De belangrijkste bezwaargrond die Q-Park tegen dit besluit heeft aangevoerd, is dat de ACM ten onrechte het verzoek van Q-Park om de gemeente een last onder dwangsom op te leggen niet heeft gehonoreerd. De ACM vat deze bezwaargrond vat op als een verzoek om een last onder dwangsom op te leggen.

Last onder dwangsom

Uit art. 70c, onder b Mw volgt dat de ACM bevoegd is een last onder dwangsom op te leggen bij overtreding van art. 25i lid 1 Mw. De ACM acht het in dit geval nodig om een last onder dwangsom op te leggen. In dit verband acht de ACM het van belang dat de onrechtmatige situatie in elk geval twee en een half jaar heeft voortgeduurd. De ACM heeft inmiddels een bezwaarschrift ontvangen waaruit blijkt dat de gemeente Veenendaal de door de ACM geconstateerde overtreding niet onderschrijft en de overtreding dus nog steeds voortduurt. In het licht van deze omstandigheden acht de ACM het noodzakelijk om een last onder dwangsom op te leggen om de overtreding te beëindigen. De ACM stelt vast dat de gemeenteraad geen besluit heeft genomen waarin is vastgesteld dat de onderhavige exploitatie van de gemeentelijke parkeergarages en parkeerterreinen plaatsvindt in het algemeen belang.

Besluit ACM

Het college van burgemeesters en wethouders van de gemeente Veenendaal dient binnen de begunstigingstermijn van dit besluit ervoor te zorgen dat bij de gebruikers van de parkeerplaatsen in de gemeentelijke parkeergarages en op de gemeentelijke parkeerterreinen in het centrum van Veenendaal ten minste de integrale kosten van de exploitatie van de parkeergarages en parkeerterreinen in rekening worden gebracht. Mocht dit niet binnen twaalf weken gebeuren, verbeurt het college een dwangsom. De ACM stelt de hoogte van deze dwangsom vast op € 5.000 per volledige week waarin het college niet aan de last voldoet, met een maximum van € 50.000.

2. Zie over deze zaak eerder in dit Tijdschrift: <https://denhollander.info/artikel/14477> en <https://denhollander.info/artikel/14701>.

ACM 7 december 2017 17/012021 (voorheen 17.0160.33)

Inzake: Besluit op handhavingsverzoek (art. 70c lid 1, onder a Mw) ten aanzien van beschermingsbewind gemeente Deventer

Op 7 december 2017 heeft de ACM een besluit genomen naar aanleiding van een handhavingsverzoek dat was ingediend door De Financiële Hulpverlener BV. Deze onderneming stelt zich op het standpunt dat de gemeente Deventer sinds 1 januari 2017 de Wet Markt en Overheid (hierna: Wet M&O) overtreedt, onder meer, omdat de gemeente nalaat de integrale kosten door te berekenen bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind. *Beschermingsbewind*

Bij beschermingsbewind wordt door de kantonrechter een bewindvoerder aangewezen die voor onbepaalde tijd de volledige financiële verantwoordelijkheid overneemt van mensen die zelf deze verantwoordelijkheid niet meer kunnen dragen. Tot beschermingsbewind kan worden overgegaan indien de betrokken persoon, om lichamelijke of fysieke redenen, niet zelf in staat is zijn financiële belangen te behartigen. De bewindvoerder ontvangt voor het verrichten van zijn taken een beloning, die wordt vastgesteld door de kantonrechter.

Declaratie via bijzondere bijstand

Sinds 2009 biedt de gemeente Deventer de dienst beschermingsbewind aan, waarbij de kosten ervan in beginsel voor rekening komen van de personen aan wie de dienst wordt verleend. Tot en met 31 december 2016 was het zo geregeld dat personen met een laag inkomen die via de gemeente gebruik maakten van beschermingsbewind, de kosten hiervan konden declareren bij de bijzondere bijstand. Hetzelfde gold voor personen met een laag inkomen die onder bewind stonden bij private bewindvoerderskantoren.

Schending Wet MeO

Met ingang van 1 januari 2017 is bovenstaande praktijk door de gemeente gewijzigd. Vanaf deze datum kunnen personen met een laag inkomen die gebruikmaken van beschermingsbewind, niet langer aanspraak maken op vergoeding vanuit de bijzondere bijstand, ongeacht of deze dienst wordt verleend door de gemeente of door een private partij. Personen met een laag inkomen kunnen echter kosteloos via de gemeente van beschermingsbewind gebruik maken. Het bedrijf De Financiële Hulpverlener, dat ook de dienst beschermingsbewind aanbiedt, stelt dat de gemeente Deventer met deze handelwijze de verplichting tot kostendoorberekening van art. 25i Mw overtreedt.

Sprake van een economische activiteit

De toepassing van de Wet M&O is beperkt tot bestuursorganen die een economische activiteiten verrichten. Conform vaste Europese jurisprudentie bestaat een economische activiteit uit het aanbieden van goederen en diensten op een markt. Echter, in de situatie waarin bestuursorganen handelen in de uitoefening van overheidsgezag, verrichten zij in beginsel geen economische activiteit. Indien een

activiteit (ook) door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend, is dit een aanvullende aanwijzing dat de activiteit in kwestie economisch van aard is. Volgens de ACM is er bij het aanbieden van de dienst beschermingsbewind geen sprake van de uitoefening van overheidsgezag, die bij of krachtens wet aan gemeenten is opgedragen. Deze dienst kan (en wordt in de praktijk) ook door particuliere ondernemingen aangeboden. Op basis hiervan concludeert de ACM dat de gemeente Deventer een economische activiteit verricht met het aanbieden van de dienst beschermingsbewind, waarmee zij in concurrentie treedt met andere commerciële aanbieders van deze dienst.

Schending art. 25i Mw

Op grond van art. 25i Mw zijn bestuursorganen bij het verrichten van economische activiteiten verplicht ten minste de integrale kosten door te berekenen aan de afnemers van de goederen of diensten in kwestie. Teneinde aan te tonen dat aan de verplichting tot het doorberekenen van de integrale kosten is voldaan, heeft de gemeente Deventer de ACM voorzien van een overzicht van de in 2016 en 2017 (eerste kwartaal) gerealiseerde kosten en opbrengsten van haar dienstverlening met betrekking tot het beschermingsbewind. Aangezien de gemeente Deventer de dienst beschermingsbewind kosteloos aanbiedt aan personen met een laag inkomen, komt de ACM tot de conclusie dat de gemeente niet alle kosten doorberekent aan de afnemers van de dienst. Hiermee handelt de gemeente in strijd met de in art. 25i Mw neergelegde verplichting.

Aanpassing gemeente Deventer

De gemeente Deventer heeft aangegeven dat het inmiddels ook voor personen met een laag inkomen, die gebruik maken van beschermingsbewind bij particuliere aanbieders, weer mogelijk is om de kosten hiervan bij de gemeente vergoed te krijgen. Alle cliënten met een laag inkomen kunnen dus weer via de gemeente voor kostenvergoeding in aanmerking komen. Hiermee is de handelwijze van de gemeente Deventer in overeenstemming met de Wet M&O, aldus de ACM.

Rechtbank Rotterdam, 14 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9785

Inzake: exploitatie ligplaatsen in boxen gemeente Hellevoetsluis

Procesverloop

Bij besluit van 18 december 2014 heeft de gemeenteraad van Hellevoetsluis (eisers) de exploitatie van gemeentelijke havens, inclusief de verhuur van water aan museumschepen en de verhuur van passantenplaatsen, aangewezen als economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang. De exploitatie van ligplaatsen in boxen is niet als zodanig aangemerkt. In besluit van 1 juli 2014 (het primaire besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM) geconstateerd dat de eisers art. 25i lid 1 Mededingingswet (Mw) sinds 1 juli 2014 overtreedt bij de exploitatie van ligplaatsen in boxen, doordat gemeente hierbij niet juist en volledig de integrale

kosten van deze dienst doorberekent.³ Het bezwaar van eisers op dit besluit heeft de ACM bij besluit van 6 december 2016 gedeeltelijk gegrond verklaard.

De ACM heeft hierop het primaire besluit van 1 juli 2014 gedeeltelijk herroepen door te bepalen dat eiser art. 25i lid 1 Mw heeft overtreden bij de exploitatie van ligplaatsen in boxen, in kalenderjaar 2015.⁴ De eisers stellen dat bij de beoordeling of de integrale kosten van de dienst juist en volledig zijn doorberekend, de ACM ten onrechte de kosten van haveninfrastructuur heeft meegerekend en de waardebeoordeling van (jachthaven)water niet juist heeft plaatsgevonden. Bij besluit van 6 april 2017 heeft de ACM in aanvulling op het bestreden besluit het verzoek van de gemeente om de in de bezwaarfase gemaakte kosten te vergoeden afgewezen. Eisers hebben hiertegen beroep ingesteld bij de Rechtbank.

Kosten haveninfrastructuur

De eiser stellen dat de ACM bij de kostprijsberekening van de exploitatie van ligplaatsen in boxen onterecht de kosten van de haveninfrastructuur heeft meegenomen. Het onderhoud en de instandhouding van de haveninfrastructuur is aan de gemeente opgedragen en betreft een overheidstaak. Dat de gemeentelijke ligplaatsen niet zouden kunnen bestaan als de openbare infrastructuur niet zou zijn aangelegd, is volgens de eisers onvoldoende reden om de kosten daarvan in de berekening te betrekken.

De rechtbank oordeelt echter dat de gemeentelijke ligplaatsen in boxen niet zouden kunnen functioneren zonder de lokale haveninfrastructuur. De rechtbank overweegt dat de ACM de kosten van de haveninfrastructuur terecht (gedeeltelijk) heeft meegerekend. Daarbij acht de ACM het van belang dat in de kostenadministratie van de gemeente met betrekking tot de havenactiviteit de kosten van de haveninfrastructuur ook als kostenpost zijn opgenomen. Voorts is van belang dat de betreffende kosten zich niet alleen bij bestuursorganen als de gemeente, maar zich ook bij private bedrijven kunnen voordoen. Ten slotte is relevant dat de eisers kosten maken voor onderhoud en dergelijke, maar dat private partijen meebetalen aan het onderhoud via de belastingen die zij moeten betalen.

Vervolgens is de vraag welk deel van de kosten van de haveninfrastructuur moet worden doorberekend aan de ligplaatsen. De ACM stelt dat een deel van de kosten wordt gemaakt voor ondersteuning van havenactiviteiten en een ander deel voor openbare functies. Omdat volgens de ACM geen van deze functies dominant is, wordt 50% van de kosten van de haveninfrastructuur in de integrale kostprijs meegenomen. Deze 50% wordt als indirecte kosten voor de gehele haven aangemerkt, waarop een verdeelsleutel wordt toegepast op basis van het aantal ligplaatsen in de boxen van de gemeente

3. Zie over deze zaak eerder in dit Tijdschrift: <https://denhollander.info/artikel/13963>.

4. Zie over deze zaak eerder in dit Tijdschrift; <https://denhollander.info/artikel/14265>.

ten opzichte van het totaal aantal ligplaatsen in de havens. Naar oordeel van de ACM betekent dit dat ongeveer 5% van deze kosten uiteindelijk in de berekende kostprijs is verwerkt. Aangezien de eisers niet hebben onderbouwd waarom deze berekening van de ACM niet juist is, gaat de rechtbank uit van deze berekening.

Vermogenskosten van water

De gemeente heeft aangevoerd dat bij de berekening van de vermogenskosten die voortvloeien uit de waarde van het jachthavenwater, moet worden uitgegaan van het gewogen gemiddelde vermogenskostenpercentage van 4,25% dat is opgenomen in de gemeentelijke jaarrekening 2014 en de concernbegroting 2015-2018. Dit percentage is door de ACM ook in het primaire besluit gehanteerd. Volgens de eisers heeft de ACM in het bestreden besluit ten onrechte een percentage van 10,5% gebruikt. De eisers stellen dat de ACM hiermee bovendien handelt in strijd met het verbod van reformatio in peius, omdat de positie van de gemeente op dit punt ten opzichte van het primaire besluit is verslechterd.

De rechtbank gaat hier echter niet in mee. Omdat de gemeente tot tweemaal toe aangaf geen waarde te kunnen doorgeven, heeft de ACM voor de berekening in het primaire besluit zelf een inschatting moeten maken van de waarde van het jachthavenwater. Op basis van het door de eisers ingebrachte taxatierapport is de ACM in het bestreden besluit vervolgens uitgegaan van een vermogenskostenpercentage van 10,5%, tegen een waarde van € 15,- per m². Nu de eisers de taxatie niet hebben betwist en niets hebben ingebracht wat de juistheid van het percentage in twijfel trekt, is de rechtbank van oordeel dat de ACM dit percentage mocht overnemen in het bestreden besluit. De beroepsgrond van de eisers, dat de wijziging in het vermogenskostenpercentage in strijd is met het verbod van reformatio in peius, faalt. Van een verslechtering van de positie van de gemeente is hier geen sprake, omdat ACM in het bestreden besluit heeft geconcludeerd dat niet in periode van 1 juli 2014 tot en met 31 december 2014, maar alleen in 2015 sprake is geweest van een overtreding.

Vergoeding proceskosten bezwaarfase

Als laatste heeft de gemeente aangevoerd dat de ACM in het bestreden besluit ten onrechte geen vergoeding van de in de bezwaarfase gemaakte kosten heeft toegekend, ondanks dat het primaire besluit gedeeltelijk door de ACM is herroepen. De eisers stellen dat dit komt doordat de ACM slechts beperkt uitstel heeft verleend voor het indienen van een zienswijze op het besluit. De rechtbank oordeelt echter dat er geen sprake is van een aan de ACM te wijten onrechtmatigheid, omdat de ACM de gemeente voorafgaand aan het primaire besluit meermalen in de gelegenheid heeft gesteld om een taxatiewaarde van het water aan te leveren.

Actualiteiten

mr. M. de Wit

■ Cursussen / Seminars

Interactive Forum on EU State Aid Law

Datum: 14-15 juni (forum)

Locatie: Kopenhagen

Organisator: The European State Aid Law Institute / Lexxicon Publisher

European Seminar State Aid for Environmental and Energy Projects

Datum: 23-24 april 2018

Locatie: Berlijn

Organisator: European Academy for Taxes, Economics & Law

State Aid Requirements for SGEI

Datum: 7-8 mei 2018

Locatie: Brussel

Organisator: Lexxicon

Driedaagse Staatssteun, Bouwrecht, aanbesteding & omgevingsrecht

Datum: 9, 16 en 23 april 2018

Locatie: Van der Valk, Breukelen

Organisator: Sdu Opleidingen & Events

Actualiteitencollege Rechtspraak staatssteun

Datum: 12 juni 2018

Locatie: BCN Utrecht CS

Organisator: Instituut voor Bouwrecht

Staatssteun en Wet Markt en Overheid bij gebiedsontwikkeling

Datum: 31 mei 2018 en 27 november 2018

Locatie: la Vie, Utrecht

Organisator: Geoplan cursussen en congressen (HBO)

Modulaire Cursus Locatie- en vastgoedontwikkeling 2018

Datum: 24 en 31 mei en 7, 14, 21 en 28 juni 2018

Locatie: BCN Utrecht CS

Organisator: Instituut voor Bouwrecht

■ Publicaties

– Phedon Nicolaides, *State Aid Uncovered – Critical Analysis of Developments in State Aid 2017*

– *European State Aid Law Quarterly*, 4/2017 (Vol. 16)

– Mr. G.J. van Midden, 'World Duty Free Group: de complexe selectiviteitseis bij fiscale staatssteunmaatregelen', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2017/8

– Prof. Mr. T.R. Ottervanger, 'Een eerlijk speelveld', *Markt & Mededinging* 2017/5-6

– P. van Asperen, 'Risico's op staatssteun in de Elektriciteitswet 1998', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2017/5

A.F. Gunn, 'EC opent onderzoek naar fiscale behandeling door Nederland van Inter IKEA', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2018/140

– Mr. S.J. Beeston, mr. P. Jansen, mr. K.I. Brink, 'Staatssteun in de havensector: vloek of zegen? Recentie Europese beleidsinitiatieven en maatregelen in context', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2017/0304

– E. Thomas, 'Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun: de (fiscale) lacunes', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2018/24.

– Mr. R. Molendijk en mr. dr. R. Ortlep, 'De erosie van het Nederlands legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht', *JBPLUS* 2017/4

– Mr. A.A. al Khatib, 'De wet terugvordering staatssteun: een adequate grondslag voor de terugvordering van staatssteun', *Gemeentestem* 2018/2

Bart Hessel

- 1996 Universitair hoofddocent economisch publiekrecht
 - 1997 Gepromoveerd met het proefschrift 'Rechtsstaat en economische politiek'
 - 1998 Hoogleraar Europees recht en decentrale overheden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht
 - 1988 Plaatsvervangend raadsheer in het College van Beroep voor het bedrijfsleven
 - 1999 Oratie 'Bouwen aan de stad in Europa'
 - 2002 Wetenschappelijk adviseur Europa decentraal
 - 2002 Oprichter van Onderzoeks- en OpleidingsGroep (OOG) voor decentrale overheden in Europa
 - 2014 Of counsel bij AKD te Brussel
-

Publicaties (bloemlezing)

1987–Proefschrift

B. Hessel, *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1987.

1997–2016 Boeken/boekdelen

- B. Hessel, K.J.M. Mortelmans, *Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.
- B. Hessel, De relatie tussen de Europese regelgever en de decentrale overheden vanuit decentraal perspectief, in: *De Europese regelgever en de decentrale overheden, preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 1999*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, pp.11-67.
- B. Hessel, & S.E. Neven, *Staatsteun en EG-recht, praktische handleiding en checklist, serie Europees recht en decentrale overheden deel 1*, Deventer: Kluwer 2001, 1e druk.
- B. Hessel, Europees institutioneel recht en de decentrale overheden in Nederland, in: *Europees recht en de decentrale overheid in Nederland en België*, Den Haag: TMC Asser Press, Colloquium Europees recht 2001.
- B. Hessel, *EG-dossier Staatsteun*, Den Haag: Sdu uitgevers 2003.
- B. Hessel, *In de Europese houdgreep? Over zwaardere ministerieel toezicht, serie Europees recht en decentrale overheden*, Deventer: Kluwer 2003.
- A. Gerbrandy, B. Hessel, *Mededingingsrecht voor decentrale overheden in hun rollen als onderneming en als overheid*, Deventer: Kluwer 2004.
- B. Hessel, *1001 vragen over staatsteun, de praktijk van de decentrale overheden, Praktijckahiers Europees recht, deel 2*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008.
- B. Hessel, Social Responsibility of Enterprises: A Bridge between Labour and Economic Law, in: F. Pennings, Y. Konijn & A.G. Veldman (Eds.), *Social Responsibility in Labour Relations, European and Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, pp. 73-90.
- B. Hessel, E. Pertont & M. Schiebroek (Eds.), *De Dienstenrichtlijn decentraal. De gevolgen van de Dienstenrichtlijn voor decentrale overheden*, Praktijckahiers Europees recht deel 3, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.
- B. Hessel, A.M. Kühler, E. & Pertont, *Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, Praktijckahiers Europees recht, deel 6*, Den Haag: Sdu uitgevers 2011.
- B. Hessel, Het interdisciplinaire verleden van 'De Utrechtse School' als vertrekpunt voor de omgang met de sociale markteconomie van de Europese Unie en de betekenis daarvan voor Nederland. In A. Gerbrandy, & R. Rampersad, *De sociale markteconomie van de EU en de kansen voor Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

Rapporten

B. Hessel, *De Europese regelgever en de decentrale overheden, preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 1999*, Den Haag: Sdu uitgevers 2000.

Heeft u een abonnement op Tijdschrift voor Staatssteun?



Registreer dan nu via <https://denhollander.info> voor veel extra voordelen!

Zo kunt u:

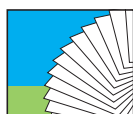
- als eerste via emailnotificatie de volledige inhoud van iedere nieuwe editie raadplegen,
- gelijk doorlinken naar gerelateerde artikelen in het archief,
- inloggen zonder wachtwoord en gebruikersnaam via uw linkedIn-account, en nog veel meer!



Registreren op de vernieuwde website

Om succesvol te kunnen inloggen op deze nieuwe website dienen abonnees zich eenmalig te registreren en een nieuw profiel aan te maken door een nieuwe gebruikersnaam en een nieuw wachtwoord te kiezen. De gegevens hiervoor vindt u in een aan u toegezonden brief. Bent u die kwijt of hebt u de brief niet ontvangen? Mail ons dan even met uw naam en adresgegevens op ict@denhollander.info.

DEN HOLLANDER



UITGEVERIJ

Uitgeverij Den Hollander B.V.
Postbus 325
7400 AH Deventer
T. 0570-751 225
E. info@denhollander.info
<https://denhollander.info>