

Staatssteun en gebiedsontwikkeling

De beschikking inzake 'Marktpassage Haaksbergen'



In april van dit jaar verscheen de beschikking van de Europese Commissie inzake Herstructurering Marktpassage Haaksbergen.¹ Deze uitspraak werd al met smart verwacht omdat de overheidsfinanciering van bouwprojecten, met name voor herstructureringsprojecten, in het geding kwam. Tot grote geruststelling van ontwikkelend Nederland heeft de beschikking de financiële ondersteuning van onrendabele projecten positief beoordeeld. Hoewel de financiering van onrendabele projecten met deze uitspraak weer mogelijk lijkt, duiken op bepaalde punten vragen op.

Het afdekken van een onrendabele top

In herstructureringsprojecten gaat het vaak om de ontwikkeling in binnenstedelijk gebied. De kosten die hiervoor gemaakt moeten worden, zijn dan niet altijd in evenwicht met de te behalen winst. Omdat gemeenten een groot belang hebben bij de ontwikkeling, bijvoorbeeld om verloedering tegen te gaan of ter verbetering van het algemene leef- en werkmilieu, kunnen zij in die gevallen genegen zijn om de zogenoemde 'onrendabele top' van de ontwikkeling financieel te ondersteunen. Onder onrendabele top wordt dan verstaan de financiële bijdrage die nodig is om de exploitatie van het project dekkend te maken, dat wil zeggen het afdekken van een verlies op de exploitatie. De positieve reactie van de Commissie is niet geheel onverwacht. De financiële ondersteuning van ontwikkelingsplannen en/of stedelijke herontwikkelingen werd ook tot nu toe niet in alle gevallen door de Commissie afgewezen. Een voorbeeld van een goedkeuring van een subsidiëring van stedelijke herontwikkelingen zijn de English partnerships-beschikkingen, waarin de onrendabele kosten voor een herontwikkeling van achterstandswijken door PPP's met staatsmiddelen werden overgenomen.²

Het afdekken van zo'n onrendabele top, of in het algemeen het financieren van een tekort bij een bepaalde ontwikkeling, kan zich voordoen in allerlei verschijningsvormen. Zo kan het een medefinanciering zijn in de vorm van een subsidie, een niet-marktconforme grondtransactie of garantiestelling. Ook kan zij bijvoorbeeld ontstaan door verrekening met een aanneemsom.³ In Haaksbergen waren vooral de subsidiëring en de garantiestelling een struikelblok.

De zaak Haaksbergen

Eind 2000 sloot de Gemeente Haaksbergen een samenwerkingsovereenkomst met Rabo Vastgoed B.V. en een combinatie van lokale bouwondernemingen om het zogenoemde Marktpassageplan te realiseren. Het plan behelsde een stedenbouwkundige verbetering van de zuidkant van de markt met winkelruimtes, een parkeergarage en 56 appartementen die aan particulieren en beleggers zouden worden verkocht of verhuurd. Het project omvatte echter geen door de bouwonderneming uit te voeren openbare werken zoals infrastructurele werken, die vervolgens aan de gemeente ter beschikking zouden worden gesteld en ook geen sociale woningbouw.⁴

Beoogd werd om langs deze weg een nieuwe impuls te geven aan het sterk verouderde en niet meer van deze tijd zijnde winkelcentrum van het dorp.

* Mr. Ingrid Klinge-van Rooij is senior adviseur en vakgroepcoördinator Europees recht bij Tauw Juridisch en Financieel Advies, mr. Peter Stol is hoofd Juridische Zaken bij Rabo Vastgoed. Zij schrijven dit artikel op persoonlijke titel.

1. 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, BR augustus 2006, m.nt. Zundert en Gundelach.
2. Partnership Development Scheme (N656/99); Partnership Support for Regeneration: Support for speculative Development (N747/A/99); English Cities Fund (N82/01). In deze beschikkingen heeft de Commissie de invoering van een financieringssysteem ten behoeve van de ontwikkeling van de regionale en stedelijke ontwikkeling goedgekeurd. Het ging daarbij om een aantal door publieke bestuursorganen verleende financiële bijdragen voor het uitvoeren van bepaalde projecten op het gebied van sanering van gronden en/of gebouwen. De bijdragen waren minimaal noodzakelijk om de ontwikkelaars en/of investeerders in staat te stellen om de ontwikkelingsplannen tot uitvoering te verhelfen en om marktfalen te compenseren. Voor een uitgebreide beschrijving hiervan zie ook: *Handreiking Staatssteun en stedelijke vernieuwing*, VROM/Europa decentraal, 2005.
3. Dergelijke steunvormen kunnen gemakkelijk op een ondoorzichtige wijze in de grondexploitatie worden versleuteld waardoor de onderneming, die ontvanger is van de steun een bevoordeelde positie inneemt ten opzichte van andere ondernemingen.
4. Indien de overheidssteun ertoe gebruikt wordt om openbaar toegankelijke ruimte aan te leggen zoals parken, speeltuinen, parkeergarages, dan beoogt de steun de financiering van publieke taken. Het aanleggen van bijvoorbeeld een openbare parkeerplaats houdt gewoonlijk geen steun in, aangezien ze met lokale belastingen wordt bekostigd en waar iedereen aan bijdraagt. Voorwaarden hiervoor werden gesteld in de zaak *Valmont*, GvEA EG 16 september 2004, zaak T-274/01.

Voor 2000 hadden verschillende andere projectontwikkelaars reeds gepoogd om een nieuw winkelcentrum te ontwikkelen, maar de kluwen van grondverwerving, bodemverontreiniging, uitkoop en verplaatsing van bestaande ondernemingen bleek steeds te weerbarstig.

De gemeente had deze keer het ernstige voornemen om de zaak te laten slagen. Maar al snel kwamen partijen tot de slotsom dat het nieuwe plan niet winstgevend ontwikkeld en gerealiseerd zou kunnen worden. Teneinde het plan toch uitvoerbaar te maken, deed de gemeente een toezegging aan de marktpartijen over een bijdrage van maximaal € 3,2 miljoen (waarvan € 2,98 miljoen in de vorm van subsidie) om de 'onrendabele top' te dichten. Het uiteindelijke verlies zou na voltooiing door een onafhankelijke accountant worden berekend. De subsidieregeling bevatte de bijzondere clause dat indien het verlies kleiner zou blijken te zijn dan geprognosticeerd, de marktpartijen slechts de helft van de meevaller aan de gemeente zouden hoeven terug te betalen.

De belangrijkste overweging van de gemeente om de subsidie toe te zeggen, was het grote publieke belang van de revitalisering van de verkommerde dorpskern. De gemeente verkreeg de goedkeuring van de provincie, die ook zelf een deel van de subsidie voor haar rekening zou nemen, en ging over tot reservering van genoemde € 3,2 miljoen. De gemeente startte de procedure tot wijziging van het bestemmingsplan op en de andere partners gingen in goed overleg met de gemeente over tot uitwerking van de plannen en verwerving van gronden. Het nieuwe bestemmingsplan werd in 2002 door de gemeenteraad vastgesteld en door de provincie in 2003 goedgekeurd.

Alles leek voorspoedig te verlopen, totdat de gemeenteraadsfractie van Leefbaar Haaksbergen eind 2002 bij het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) aan de bel trok met de vraag om te onderzoeken in hoeverre de door de gemeente en de provincie toegekende subsidies als ongeoorloofde staatssteun in de zin van art. 87 en 88 EG aangemerkt zouden kunnen worden. BZK heeft vervolgens nadere informatie aan de gemeente gevraagd en tegelijkertijd de gemeente verboden verdergaande verplichtingen inzake dit plan aan te gaan. Op 25 oktober 2002 gaf BKZ als haar voorlopige oordeel te kennen, dat er inderdaad sprake was van staatssteun in de zin van art. 87 EG. Verdere uitvoering van het Marktpassageplan werd hierdoor voorlopig geblokkeerd. De gemeente ging daarna alsnog tot melding van de steunmaatregel over.

De tegenstanders van het Marktpassageplan beproefden intussen nog een andere methode om de totstandkoming te blokkeren. Tegen de vaststelling van het bestemmingsplan door de gemeenteraad op 25 september 2002 werd door een plaatselijke actiegroep bezwaar aangetekend, omdat de financiële uitvoerbaarheid van het plan onzeker was geworden, nu de steun die de gemeente wilde verschaffen, niet in Brussel c.q. Den Haag was aangemeld en dus ook niet was getoetst. Op 6 mei

2004 gaf de Raad van State⁵ als zijn oordeel dat bij het toetsen van de uitvoerbaarheid van het plan (in de zin van art. 9 lid 2 Besluit Ruimtelijke Ordening) onvoldoende zorgvuldigheid is betracht. De Raad vernietigde vervolgens het goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten van Overijssel.

De Raad van State oordeelde niet over de vraag of de toegezegde financiële steun van de gemeente verenigbaar was met de interne markt. Omdat de Commissie bij de beoordeling van deze vraag grote beleidsruimte toekomt en art. 87 lid 1 EG dus geen rechtstreekse werking heeft, mag de nationale rechter zich hierover niet uitspreken.⁶ Wel kon hij besluiten om de steunmaatregel stop te zetten op grond van de direct werkende standstill-bepaling (art. 88 lid 3 EG). Uit jurisprudentie blijkt zelfs dat wanneer de belanghebbende de nationale rechter verzoekt de al betaalde, onrechtmatig verleende (d.w.z. zonder melding of tijdens een lopende procedure toegekende) steun terug te vorderen, deze verplicht is de vordering toe te wijzen.⁷

Op 24 juni 2004 stelde Nederland de Europese Commissie van het voornemen van de Gemeente Haaksbergen om steun te verlenen in kennis. Op 21 september 2005 deelde de Commissie aan Nederland mee dat zij na onderzoek heeft besloten de procedure van art. 88 lid 2 EU in te leiden om te onderzoeken of de toegekende steun verenigbaar is met de interne markt.⁸

De staatssteunregeling

Voordat de beschikking wordt besproken zal kort worden ingegaan op de regeling zelf. De controle op steunverlening door de overheid is een van de belangrijkste onderdelen van het mededingingsbeleid van de Europese Unie. Doel is het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden voor alle ondernemingen op de markt. Maatregelen van de overheid die concurrentieverval-

5. ABRvS, zaak 200303711/1.

6. Hessel & Neven 2001, p. 316-317.

7. HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, *Jur.* 1991, p. I-05505.

8. Na elke informatie die de Commissie ontvangt over onrechtmatige steunverlening, zal op grond van art. 10 lid 1 procedureverordening een onderzoek ingesteld moeten worden. Voor dit onderzoek geldt dezelfde procedure als in een voorlopige procedure in het geval van een melding, eventueel gevolgd door de formele procedure (art. 13). Hierbij is de Commissie niet aan de termijnen van 2 en 18 maanden gebonden maar ze moet wel een redelijke termijn in acht nemen. Voordat de Commissie een beslissing heeft genomen over de verenigbaarheid van de steun, kan zij de lidstaat een bevel geven tot opschorting van de steun (art. 11 lid 1 procedureverordening) en kan de lidstaat verplichten in dringende gevallen de onrechtmatige steun voorlopig terug te vorderen (art. 11 lid 2 procedureverordening). Wanneer de lidstaat niet voldoet aan het opschortings- of terugvorderingsbevel kan de Commissie zich rechtstreeks tot het Hof wenden (art. 12). Als de Commissie tot de conclusie komt dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, moet zij de lidstaat verplichten de onrechtmatige steun van de begunstigde terug te vorderen (art. 14 lid 1).

send uitpakken door voordelen te scheppen voor bepaalde ondernemingen of producties, is daarom niet toegestaan. De regelingen hierover zijn vastgelegd in art. 87-89 van het EG-verdrag.

In art. 87 lid 1 EG is een verbod opgenomen voor met de interne markt onverenigbare steun. Als steun zijn financiële tegemoetkomingen aan te merken indien zij aan de volgende criteria voldoen:

- door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd;
- voordeel verschaffend aan een bepaalde onderneming(en) of productie, dat zij niet langs de normale commerciële weg zou(de) hebben verkregen;
- leidend tot (dreigende) vervalsing van de mededinging; en
- tot een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel leidend.⁹

Wanneer aan deze vier criteria is voldaan moet de steun (behoudens de uitzonderingen) worden aangemeld bij de Europese Commissie.¹⁰ De Europese Commissie neemt al snel aan dat er sprake is van (dreigende) vervalsing van de mededinging en dat het voordeel een ongunstig effect kan hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Wanneer er aan de eerste drie criteria is voldaan, zal het derhalve verstandig zijn om de steun aan te melden, behalve wanneer er evident sprake is van een lokale activiteit.¹¹

Dat het begrip 'staatssteun' in ruime zin moet worden opgevat, is inmiddels alom bekend.¹² Zeker bij gebiedsontwikkelingen zijn er verschillende voorbeelden van staatssteun te vinden, die niet in eerste instantie als steun worden herkend. Zelfs het verstrekken van rechten, die tot een financieel voordeel leiden, zoals de uitgifte van bouwclaims, kunnen onder bepaalde omstandigheden als steunverlening worden aangemerkt.¹³ Er is sprake van staatssteun als een onderneming een economisch voordeel ontvangt, dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. Of er sprake is van een niet-marktconform voordeel, kan worden beoordeeld aan de hand van het *market economy investor pinciple*.¹⁴

Via richtsnoeren, kaderregelingen en mededelingen geeft de Commissie verduidelijking over de eisen die zij stelt teneinde specifieke vormen van staatssteun als geoorloofd te kunnen beschouwen.¹⁵ Belangrijke voorbeelden hiervan zijn de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-verdrag bij staatssteun in de vorm van garanties¹⁶ en de mededeling van de Commissie betreffende staatssteun-elementen bij verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties.¹⁷ De laatste verbindt voorwaarden aan transacties met gronden of gebouwen teneinde te kunnen plaatsvinden zonder het risico op staatssteun met zich mee te brengen. Zij focust daarbij op het houden van een openbare biedprocedure of op een onafhankelijke taxatie van de gronden om te waarborgen dat er een marktconforme prijs wordt betaald.

Staatsmiddelen

Uit de jurisprudentie blijkt dat ook het begrip 'staatsmiddelen' ruim moet worden uitgelegd. Alle voordelen die rechtstreeks of indirect door staatsmiddelen zijn bekostigd, kunnen worden beschouwd als staatssteun.¹⁸ Belangrijk is daarbij, dat de steun ten laste komt van de staat waarbij onder het begrip 'staat' in de zin van art. 87 lid 1 EG elke overheidsinstantie valt, dus ook provincies, waterschappen en gemeenten.¹⁹ Zelfs het mislopen van inkomsten kan in bepaalde gevallen uitgelegd worden als de inzet van staatsmiddelen.²⁰ Dit is in het geval van gebiedsontwikkeling een interessante factor die in de zaak Haaksbergen duidelijk een rol speelde, in die zin voege dat er bij de verrichte grondtaxaties gekeken is of de gemeente door de overdracht van gronden 'om niet' inkomen is misgelopen.

De beschikking²¹

Inmiddels is de beschikking van de Commissie uitgesproken. Zij heeft gedeeltelijk positief geoordeeld, zodat er ruimte is gecreëerd voor de partijen bij het Marktpassageplan om door te gaan met de uitvoering. Er zullen echter op een aantal punten veranderingen in het samenwerkingscontract noodzakelijk zijn.

We gaan nog even terug naar de aard van de afspraken die de gemeente met de ontwikkelaars maakte. De gemeente heeft in de ogen van de Commissie verschillende financieel gunstige afspraken met de ontwikkelaars gemaakt. Deze betreffen:

1. de toezegging van een subsidie van € 2,98 miljoen, inclusief een provinciale bijdrage van € 453 780 om het verwachte verlies te dekken. Afsgesproken was dat er een onafhankelijke accountant na oplevering de gerealiseerde kosten en baten zou berekenen. Indien het verlies aan het eind minder hoog zou uitvallen dan in eerste instantie verwacht, werd afgespro-

9. Hessel & Jozepa 2004, p. 443.

10. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02, *Jur.* 2004, n.n.g. Dat de steun gemeld moet worden bij de Commissie blijkt uit art. 88 lid 3 EG waarin staat: 'De Commissie wordt van elk voorplan tot invoering van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken'.

11. Hessel & Jozepa 2004, p. 445.

12. Zie: Bregman, 'Staatssteun bij gebiedsontwikkeling', *BR* 2005, p. 470-475.

13. Beleidsdossier staatssteun, <www.europadecentraal.nl>. Bij PPS-constructies zijn dan ook verschillende vormen van steun te vinden. Zie Handleiding Staatssteun en PPS bij gebiedsontwikkeling, gepubliceerd op <<http://www.minfin.nl>>.

14. Hessel & Neven 2001, p. 50-51.

15. Hessel & Neven 2001, p. 12.

16. *Pb* 2000, C 71/14.

17. *Pb* 1997, C 209/03.

18. HvJ EG, zaak C-52, 54/97, *Jur.* 1998, p. I-02629 (*Viscido*).

19. HvJ EG 14 oktober 1987, zaak C-248/84, *Jur.* 1987, p. 04013.

20. HvJ EG 1 december 1998, zaak C-200/97, *Jur.* 1998, p. I-07907.

21. Betreffende de steunmaatregel die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen in het kader van het project Marktpassageplan te Haaksbergen, C 33/2005 van 4 april 2006.

ken dat slechts 50% van het gedeelte van de subsidie dat het werkelijke verlies overschrijdt, terugbetaald zou behoeven te worden;

2. de overdracht van gronden en gebouwen van de gemeente aan de ontwikkelaars om niet en daarna de overdracht van gronden van de ontwikkelaars aan de gemeente eveneens om niet;
3. de toekenning van een garantie die in de toekomst tot een uitkering van middelen kan leiden, zonder dat hiervoor betaling van een passende garantiëpremie is verlangd.

De Commissie besloot om de formele procedure in te leiden, omdat zij de maatregelen als twijfelachtig betitelde met betrekking tot hun verenigbaarheid met de interne markt. Op grond van het feit dat Haaksbergen in de nabijheid van de Duitse grens ligt, achtte de Commissie het waarschijnlijk dat de marktpartijen op de internationale markt opereren en dus de internationale concurrentie zou kunnen worden belemmerd.

1. De subsidie

De commissie heeft onderzocht of de toegekende subsidie onder een uitzonderingsregeling valt. Dan zou de gegeven steun weliswaar gemeld moeten worden, maar met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn.

De mogelijkstwijzende in aanmerking komende uitzondering op grond van art. 87 lid 2 onder a EG, die steun aan een project van sociale aard automatisch vrijstelt van melding, biedt daarvoor geen uitkomst, omdat er geen sociale woningbouw was gepland en de aankoop van nieuwe appartementen niet was voorbehouden aan kansarme personen.²²

Ook de uitzondering op grond van art. 87 lid 3 onder a en c EG biedt geen aanknopingspunten, omdat Haaksbergen niet is opgenomen in de lijst van gemeentes die voor een bijzondere regeling m.b.t. steunverlening in aanmerking komen. De Commissie heeft verschillende richtsnoeren en kaderregelingen vastgesteld waarin wordt bepaald onder welke voorwaarden steun van een melding is vrijgesteld.²³ Maar deze richtsnoeren boden geen van alle soelaas.

Ten slotte kon de gemeente zich niet op uitzonderingen beroepen, die geregeld zijn in vrijstellingsverordeningen die de gemeente vrijstellen van de meldingsplicht.²⁴ Deze verordeningen bestaan met betrekking tot de 'de-minimis'-steun²⁵, steun aan het midden- en kleinbedrijf²⁶, opleidingssteun²⁷, werkgelegenheidssteun²⁸ en steun ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf in de sectoren landbouw²⁹ en visserij³⁰.

De subsidie werd toegekend in de wetenschap dat het project verliesgevend zou eindigen. Zoals eerder werd aangegeven, zou, indien de kosten voor de ontwikkeling minder hoog zouden uitvallen dan aangenomen, door de ontwikkelaars op grond van een finale kosten/batenanalyse slechts 50% van het aldus ontstane voordeel aan de gemeente behoeven te worden terugbetaald. Dit betekent volgens de Commissie een voordeel voor de bouwondernemingen en ontwikkelaars dat met

staatsmiddelen verkregen is en dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zouden hebben verkregen.³¹ De aanname dat ook de koper, resp. huurder van appartementen en winkelruimten een stuk van het voordeel overnemen, is volgens de Commissie te diffuus en indirect om het voordeel van de ontwikkelaar weg te nemen. De vervalsing van de mededinging vindt volgens de Commissie plaats doordat nieuwe appartementen en winkels gebouwd worden met behulp van steun die maar gedeeltelijk dient te worden terugbetaald.

22. Op grond van art. 87 lid 2 EG zijn steunmaatregelen van sociale aard aan individuele gebruikers verenigbaar met de gemeenschappelijke markt op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten. De onder a genoemde steun is steun met een sociaal karakter en de door de overheid verleende steun moet aan de consument ten goede komen.

Dit is bijzonder van belang bij de subsidiëring van sociale woningen. Hierbij zijn eigenlijk twee aspecten van belang. Namelijk het daadwerkelijke effect van de steun, wie wordt er uiteindelijk begunstigd: indien dat de betrokken onderneming is, dan is dit niet geoorloofd maar als de consument begunstigd wordt dan kan de steun worden gegeven. Evenals de subsidiëring van openbare ruimte. Het aanbieden van publieke diensten komt uiteindelijk niet de onderneming maar de consument ten goede en valt onder de dienstverleningsplicht van een gemeente.

23. Zie beschikking nr. C 33/2005, overweging 21; zie ook MinBZK/Europa decentraal, *Europese regelgeving over staatssteun*, 2004, VROM/Europa decentraal, *Handreiking staatssteun en stedelijke vernieuwing*, 2005, KCPPS/Tauw, *Handleiding pps en staatssteun bij gebiedsontwikkeling*, 2005.

24. Verordening nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van art. 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen (*Pb* 1998, L 142/1).

25. Verordening 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-verdrag op 'de minimis'-steun (*Pb* 2001, L 10/30).

26. Verordening 70/2001 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen (*Pb* 2001, L 10/33).

27. Verordening 68/2001 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-verdrag op opleidingssteun (*Pb* 2001, L 10/20).

28. Verordening 2204/2002 van de Commissie van 12 december 2002 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun.

29. Verordening 1/2004 van de Commissie van 23 december 2003 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun van kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren, verwerken en afzetten (*Pb* 2004, L 1/1).

30. Verordening 1595/2004 van de Commissie van 8 september 2004 betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen die visserijproducten produceren, verwerken en afzetten (*Pb* 2004, L 291/3).

31. De verwijzing naar de marktvoorwaarden laat ondanks dat de commissie hier geen uitspraak over doet, tevens de conclusie toe dat partijen bij de beoordeling van hoe groot de onrendabele top is met een voor hen redelijke rendementsdoelstelling mogen rekenen.

2. Grondtransacties

De commissie neemt verder stelling ter zake van de drie grondtransacties. De overdracht van grond om niet van de gemeente aan de ontwikkelaars wordt gecompenseerd door een overdracht van een grotere oppervlakte in tegengestelde richting. Volgens een door Nederland voorgelegd taxatierapport bedroeg de grondprijs op dat moment € 135 per m² en zou de gemeente aldus een netto-oppervlakte ontvangen ter waarde van € 54 405. Dit zou winst voor de gemeente opleveren.

Met deze conclusie sluit de Commissie aan bij de Mededeling over de verkoop van gronden en gebouwen³², waarin wordt geëist dat er een onafhankelijke taxatie of een openbare biedprocedure plaatsvindt om de marktconformiteit van de grondprijs te bepalen. Niet laat de Commissie zich over de vraag uit of de getaxeerde prijs marktconform is; enkel het feit dat de gemeente per saldo meer grond verkrijgt dan uitgeeft en uiteindelijk meer baten dan kosten verkrijgt, doet de Commissie de conclusie trekken dat hier geen staatsmiddelen werden gebruikt en derhalve geen voordeel voor marktpartijen ontstaan is. De mogelijkheid dat bij een hogere grondprijs de inkomsten van de gemeente hoger waren uitgevallen heeft de Commissie buiten beschouwing gelaten.³³ Weliswaar is het mogelijk dat de vastgestelde prijs marktconform was maar het is jammer dat de Commissie hierop met het oog op andere gevallen niet duidelijker is ingegaan.

Met betrekking tot de overdracht van een ander perceel was twijfel ontstaan doordat de verkoop tegen boekwaarde plaatsvond. Deze twijfel werd weggenomen door het feit dat de gemeente in korte tijd een aanzienlijke kapitaalwinst op dit stuk grond maakte. Daaruit concludeert de Commissie dat de gemeente geen mogelijke inkomsten is misgelopen en dat aan de projectontwikkelaar geen voordeel is verschaft.

De redenering van de Commissie met betrekking tot deze transactie is anders dan bij de bovengenoemde. Er wordt geen verband gelegd met de toepassing van de mededeling. De argumentatie wekt daarom bevreemding op. Het feit dat er een aanzienlijke kapitaalwinst werd gemaakt betekent immers nog niet dat de prijs marktconform was. Sterker nog dan bij de andere grondtransacties lijkt het hier onduidelijk of er niet een grotere kapitaalwinst had kunnen worden verworven. De Commissie gaat op dit punt naar onze mening voorbij aan de vereisten die de mededeling stelt. Zij heeft niet goed onderbouwd of de prijs als marktconform moet worden gezien en of er niet meer winst had kunnen worden gemaakt. Men kan zich daarom terecht afvragen of het behalen van minder winst dan mogelijk niet ook tot een inkomstendering aan de kant van de gemeente leidt en of dit dan niet betekent dat er een voordeel voor de ontwikkelaars ontstaat.³⁴

3. Planschade

Maatregel 3 betreft de garantie voor mogelijke planschadevorderingen. De gemeente heeft in de samenwerkingsovereenkomst toegezegd om 35% van de kosten

die zouden kunnen voortvloeien uit planschadevorderingen voor zijn rekening te nemen.

De Commissie kwalificeert deze steun als het overnemen van een risico dat bij de ontwikkelaar hoort te liggen en daarmee als steun. Zij baseert zich daarbij op hoofdstuk 2 deel 1, punt 2.1.2 van de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties.³⁵ In de beschikking is helaas niet uitvoerig ingegaan op de vraag of de overname van een planschaderisico wel onder de reikwijdte van de definitie van staatsgarantie valt. In art. 1 van de mededeling wordt uitgelegd dat: 'Garanties ... meestal verband houden met een lening of met een andere financiële verbintenis die door een kredietnemer ten aanzien van een kredietgever moet worden aangegaan. Deze mededeling bestrijkt echter alle garantievormen, ongeacht de rechtsgrond ervan en de door de garantie gedekte transactie.' ... Ervan uitgaande dat de definitie de scope dekt, gaat de Commissie verder alleen in op de gevolgen van de verlening van een garantie. Zij citeert: 'Het voordeel van een staatsgarantie is dat het ermee gepaard gaande risico door de staat wordt gedragen. Het feit dat de staat dit risico draagt, zou normalerwijze met een passende premie vergoed moeten worden. Wanneer de staat van een dergelijke premie afziet is er zowel een voordeel voor de onderneming als een derving van middelen door de staat. Zelfs indien de staat nimmer uit hoofde van een verleende garantie dient te betalen kan er zich toch een steunmaatregel van de staat in de zin van art. 87 lid 1 voordoen' ... De Commissie wijst in deze beschikking erop dat deze steunmaatregel zich niet pas voordoet op het moment dat er daadwerkelijk planschadevorderingen ontstaan maar al op het moment dat de ondernemingen geen verzekeringspremie hoeven te betalen of een bankgarantie moeten voorleggen om het risico af te dekken.

Deze redenering overtuigt echter niet. Op grond van art. 49 WRO ligt de verplichting om schade voor de gevolgen van een bepaling of een wijziging van een bestemmingsplan te vergoeden immers bij de gemeente en niet bij de ontwikkelaar. Ten tijde van de contractsluiting mochten deze kosten nog op ontwikkelaars wor-

32. Mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, *PbEG* 1997, C 146 p. 6.

33. In andere zaken heeft de Commissie wel degelijk hieover vragen gesteld zoals in de zaak rond het voetbalstadion AZ (C 49/2003). Deze zaak is afgerond zonder een beschikking van de Commissie.

34. Ook in de doorkijk naar de nieuwe Grondexploitatiewet zou dit van belang kunnen zijn. Immers is een gemeente dan van de mogelijkheid voorzien om in overeenkomsten met projectontwikkelaars een exploitatiebijdrage af te spreken die inkomen voor de gemeente betekent welke niet aan het plan zelf ten goede moet komen. Is dan de keuze voor het niet-maken van winst als mislopen van inkomsten te beoordelen?

35. *Pb* C 71 van 11-3-2000, p.14.

den afgewenteld, omdat het *Nunspeet*-arrest³⁶ nog niet was geweest, maar de Raad van State wees in zijn uitspraak erop dat de gemaakte planschadeafspraken wellicht helemaal niet geldig zouden zijn.³⁷ Door de invoering van art. 49a WRO³⁸ is deze ontwikkeling gerepareerd en is het sinds 2005 pas weer mogelijk om deze planschadekosten door te berekenen.³⁹ Maar betekent dit ook een verplichting voor gemeenten om zo veel mogelijk af te wentelen? Uit de memorie van antwoord voor de wijziging van de WRO (planschadeovereenkomsten) wordt expliciet de contractrechtelijke grondslag van de planschadeovereenkomst en vooral de casuïstieke invulling daarvan genoemd. Gemeenten zullen naar gelang van de omstandigheden over de aard en de omvang van het verhaal van planschadekosten afspraken kunnen maken.

Er rijst dus de vraag of de niet volledige overname van dit gemeentelijke risico als voordeel voor de marktpartij en dus als staatssteun kan worden aangemerkt. In de beschikking wordt aangegeven dat het ontbreken van de noodzaak tot het maken van kosten voor een verzekeringspolis een voordeel voor de ontwikkelaar met zich meebrengt. Tegen het licht van de vraag of hier wel sprake is van een garantieverplichting, blijft de uitspraak in dit opzicht onduidelijk.

Beoordeling van de maatregelen 1 en 3

De Commissie beoordeelt de toegekende steun aan de hand van de vraag of zij op grond van art. 87 lid 3 onder c EG rechtstreeks verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Deze uitzonderingsbepaling betreft 'steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijke belang wordt geschaad.' Ook al is de bijzondere uitzonderingsregeling op grond van art. 87 lid 3 onder c EG niet toepasselijk verklaard, deze algemene bepaling geeft mogelijkheden voor interpretatie. De Commissie heeft bij een beoordeling op grond van art. 87 lid 3 EG grote beleidsvrijheid hetgeen betekent dat steun die gebaseerd is op deze grondslag, altijd door middel van een melding aan een beoordeling moet worden onderworpen.

De Commissie concludeert vervolgens dat de subsidie doeltreffend en evenredig is voor zover zij het werkelijke verlies dekt dat de ontwikkelaars na de verkoop van de appartementen en verhuur van de winkels daadwerkelijk lijden. De gedeeltelijke terugbetalingsplicht die de gemeente met de ontwikkelaars heeft afgesproken valt hier echter niet onder. De Commissie oordeelt dat alleen de volledige terugbetaling van het subsidiegedeelte dat het werkelijke verlies overschrijdt, de steun zou kunnen beperken tot het minimaal noodzakelijke. Alleen dan is de steun evenredig te noemen.

Conclusie: Financiering van onrendabele projecten blijft mogelijk

De Commissie heeft beslist dat de steun die rechtstreeks op grond van art. 87 lid 3 onder c EG wordt toegekend, via verschillende instrumenten gegeven kan worden, maar deze altijd beperkt zal moeten blijven tot het minimaal noodzakelijke bedrag. In het geval dat er door de gemeente zodanig specifieke eisen aan een project worden gesteld (bijvoorbeeld op het punt van de kwaliteit) dat een project daardoor financieel niet dekkend te krijgen is voor welke ondernemer dan ook, behoeft de vergoeding van de onrendabele top niet als ongeoorloofde steun beschouwd te worden, maar als de prijs voor de kwaliteitsverhoging die door de overheid uit oogpunt van algemeen belang wordt opgelegd. De toets op evenredigheid van het doel in relatie met daarvoor gebruikte middelen vormt hierbij het kernpunt van de overwegingen. Aan de Commissie is daarbij op grond van art. 87 lid 3 EG het recht op beoordeling voorbehouden.

Alleen in geval er een onrendabele top wordt vergoed waardoor er voor de onderneming een winstmarge ontstaat die anders niet zou zijn ontstaan, kan van ongeoorloofde steun worden gesproken. Alle partijen die betrokken zijn bij gebiedsontwikkeling, dienen zich er dus van bewust te zijn, dat het financieren van een gebiedsontwikkeling, die direct of indirect (via kruissubsidiëring) tot een exploitatievoordeel voor private partijen leidt, als ongeoorloofde staatssteun aan te merken is.⁴⁰

Omdat de financiering in beginsel als steun beschouwd wordt en derhalve gemeld moet worden zal in alle gevallen aangetoond moeten worden hoe hoog de steun minimaal moet zijn om het project doorgang te laten vinden. Hierbij is transparantie het toverwoord.

Eigenlijk is er niets nieuws onder de zon. De uitspraak van de Commissie inzake de English partnerships tenderde reeds in deze richting.

De aanpak van een groot aantal moeilijke binnenstedelijke herontwikkelingen in Nederland dreigde even in gevaar te komen. Maar wij weten nu dat subsidiëring door de overheid van door private ontwikkelaars geleide herontwikkelingen mogelijk blijft, mits er een evenredigheid bestaat tussen het doel en de ondersteunende maatregelen. Wanneer de spelregels worden nageleefd, kan men rekenen op een welwillende houding in Brussel.

Intussen heeft Haaksbergen nog steeds niet zijn nieuwe Marktpassage. Dat is jammer voor alle partijen maar vooral voor de inwoners van Haaksbergen. Het project is door de opgelopen vertraging zodanig veel duurder geworden, dat het niet meer in zijn oorspronkelijke

36. HR 2 mei 2003, *JB* 2003/122.

37. ABRvS, zaak nr. 200303711/1, 6 mei 2004.

38. Dit betreft de invoering van de Spoedwet Planschade.

39. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 490.

40. Zie ook: *Handreiking staatssteun en stedelijke vernieuwing*, Europa decentraal en VROM, januari 2005.

vorm uitvoerbaar is. Bovendien is door de uitspraak van de Raad van State een nieuwe bestemmingsprocedure noodzakelijk en dient door de wijziging van het Bouwbesluit het gehele plan opnieuw getekend te worden.

Maar de aanhouder wint. Het valt te verwachten dat er eerdaags een nieuw contract gesloten zal worden en dat de revitalisering van de Marktpassage weliswaar in afgeslankte vorm toch doorgang kan vinden.