

Staatssteun en gebiedsontwikkeling: een inventarisatie voor verdere discussies

[verschenen in Bouwrecht, themanummer gebiedsontwikkeling, november 2012, nr. 149, p. 781-791]

Prof.dr. Bart Hessel

1. Inleiding

Bij de planning van dit themanummer was er op gerekend dat de Commissie intussen groen licht had gegeven voor een door de Nederlandse regering ingediend nationaal kader voor staatssteun en gebiedsontwikkeling. Dit was eerder al met succes gedaan voor O&O&I-steun via de Omnibus decentraal regeling. De Commissie heeft echter haar prioriteiten elders gelegd, zodat de afronding van het Nederlandse voorstel nog wel enige tijd zal duren.

In deze bijdrage wordt een inventarisatie gegeven van de verschillende mogelijkheden van staatssteun die overheden kunnen inzetten bij gebiedsontwikkeling.¹ Vanuit deze inventarisatie kan later een goed beeld worden gegeven van de mogelijke voordelen van het nationaal kader dat nu bij de Commissie ligt.² Er zijn daarnaast echter nog twee andere redenen voor deze inventarisatie.

In deze crisistijd zien we steeds meer decentrale overheden een beroep doen op de staatssteunregels om aan bepaalde financiële verplichtingen jegens ondernemingen te ontkomen. Wanneer zij zelf in het verleden de staatssteunregels niet hebben toegepast, leidt deze opportunistische belangstelling voor de Europese regels er vaak toe dat de onderneming de klos is en moet terugbetalen.³ In aansluiting op deze bijdrage wil ik een artikel schrijven over de decentrale overheden als onbetrouwbare partners van ondernemingen op het terrein van de gebiedsontwikkeling. De derde reden voor deze bijdrage is het voornemen van Eurocommissaris Almunia om in 2013 de bestaande staatssteunregels te gaan herzien. Ook deze toekomstige veranderingen kunnen dan vergeleken worden met de huidige stand van zaken.

1.1 Methode van aanpak: anticiperen op de kansen van de staatssteunregels bij de vormgeving van het beleid

Omdat er bij overheden een duidelijke spanning bestaat tussen beleidsmakers en juristen probeer ik mij sinds jaar en dag bij de behandeling van Europese regels te verplaatsen in de rol van de beleidsmakers. Deze methode van behandelen leidt er toe dat in dit artikel allereerst bezien wordt

¹ Mijn twijfel of een dergelijke inventarisatie voor de lezers van bouwrecht wel nuttig zou zijn, verdween bij het besef dat de staatssteunregels voor ondernemingen veelal nog onvoldoende bekend zijn. Bovendien kan de inventarisatie voor de samenstellers van de Reiswijzer gebiedsontwikkeling, getuige hoofdstuk 7, zeker ook leerzaam zijn.

² Om die reden en om de omvang van deze bijdrage enigszins in de hand te houden ga ik niet in op het voor stedelijke ontwikkeling belangrijke instrument JESSICA voor Europese gelden en op de relatie tussen staatssteun en de verschillende grondexploitatiemodellen. Voor dat laatste onderwerp verwijs ik naar: A.G.Bregman, Staatssteun bij locatieontwikkeling, BR 2005, nr. 108, p.470-475.

³ Gemeenten wier selectieve belangstelling voor de staatssteunregels al tot rechtspraak hebben geleid zijn Rotterdam (Residex-arrest Hoge Raad 28 mei 2010, LJN:BL4082) en Winsum (Rechtbank Groningen, 10 juni 2011, LJN:BQ8211 en Gerechtshof Leeuwarden, 15 mei 2012, LJN:BW6167)..

wanneer er sprake is van staatssteun (par. 2). Vervolgens wordt bezien of bij de beleidskeuze voorkomen kan worden dat er sprake is van staatssteun (par. 3) en als dat niet mogelijk is of voorkomen kan worden dat staatssteun moet worden aangemeld (par.4). Bij goed gebruik van de Europese vrijstellingen blijken hier talloze mogelijkheden te bestaan. Daarnaast blijkt voorgenomen staatssteun op het terrein van gebiedsontwikkeling ook wel aangemeld te moeten worden. Daarbij wordt bezien hoe bereikt kan worden dat de aangemelde staatssteun snel wordt goedgekeurd (par. 5). De bijdrage wordt afgesloten met een korte conclusie (par. 6).

2. Het verbod van staatssteun met uitzonderingen

Het verbod van art. 107 lid 1 VWEU luidt:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

Op grond van dit artikel hebben we te maken met staatssteun in de zin van art. 107 lid 1, ofwel *verboden* staatssteun, indien aan de volgende vijf criteria is voldaan:

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

Omdat het begrip onderneming ruim wordt geïnterpreteerd als iedere eenheid die goederen of diensten op de markt aanbiedt⁴ – dus ook niet op winst gerichte stichtingen en overheidsinstanties omvat - en omdat niet alleen subsidies maar alle niet-marktconforme voordelen die ondernemingen krijgen staatssteun kunnen zijn, is het verbod zeer ruim.⁵

Voor de goede orde wijs ik er op dat algemene subsidieverordeningen van decentrale overheden altijd onder de staatssteunregels vallen als ondernemingen daarvoor in aanmerking kunnen komen.

Dergelijke in eerste instantie verboden staatssteun kan toch worden toegestaan wanneer de Commissie - na aanmelding – een beroep op één van de uitzonderingen op dit verbod honoreert die in het EU-Werkingsverdrag (voorheen het EG-Verdrag) zijn vermeld.

⁴ HvJEG 23 april 1991, nr. C-41/90 (*Höfner*).

⁵ Sommige decentrale overheden sluiten op winst gerichte bedrijven in bepaalde subsidieverordeningen uit maar omdat het begrip onderneming veel ruimer is, wordt daarmee de toepasselijkheid van de staatssteunregels niet uitgesloten.

Het EU Werkingsverdrag kent drie groepen uitzonderingen: art.107 lid 2, art. 107 lid 3 en art. 106 lid 2 voor diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB).

Art. 107 lid 2 VWEU is beleidsmatig niet interessant.⁶ Voor de Nederlandse praktijk zijn alleen de onder b) genoemde steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen incidenteel relevant.⁷ De twee andere uitzonderingsmogelijkheden van art. 107 lid 3 en art. 106 lid 2 zijn voor de gebiedsontwikkeling zeer belangrijk. Omdat compensatie voor DAEB kan worden gezien als een mogelijkheid om staatssteun te voorkomen, komt die uitzondering later aan de orde (par.3.5).

2.1.De uitzonderingen van art. 107 lid 3 VWEU

Zeer belangrijk voor de nationale en decentrale overheden zijn de uitzonderingsmogelijkheden die in art. 107 lid 3 VWEU worden genoemd op grond waarvan de Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar *kan* verklaren met de interne markt.⁸

De gedachte achter deze uitzondering is de volgende. Als een lidstaat bepaalde algemene belangen aanvoert die Europees gezien relevant zijn,⁹

⁶ Art. 107 lid 2 luidt: 'Met de interne markt zijn verenigbaar:

- a. steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten;
- b. steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen;
- c. steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voorzover deze steunmaatregelen noodzakelijk zijn om de door deze deling berokkende economische nadelen te compenseren.'

⁷ Zo heeft de Commissie bijvoorbeeld na de vuurwerkramp in Enschede op grond van deze bepaling toestemming verleend voor het geven van steun aan de gedupeerde ondernemingen. Zie beschikking van de Commissie van 6 juni 2002, betreffende steunmaatregel N 217/2002, Nederland – Vuurwerkramp Enschede –Schadevergoeding aan ondernemers.

⁸ Art. 107 lid 3 luidt: 'Als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd:

- a. steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst en van de in artikel 349 bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie;
- b. steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
- c. 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 gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
- d. steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad,
- e. andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, genomen met gekwalificeerde meerderheid, op voorstel van de Commissie.'

⁹ Onder het EG-Verdrag werd gesproken van communautaire doelstellingen, maar sinds het Lissabonverdrag, waarmee 'de Gemeenschap' is verdwenen, spreken we van EU-doelstellingen

denk aan milieu, onderzoek, ontwikkeling, innovatie, behoud van cultureel erfgoed, versterking van de economische en sociale cohesie waaronder herwaardering van stedelijke gebieden e.a., is de Commissie bereid de verstoring van de interne markt op grond van artikel 107 lid 1 te accepteren als de staatssteun een bepaald Europees belang realiseert, de staatssteun daarvoor ook nodig is en er niet meer staatssteun wordt gegeven dan nodig is (noodzakelijkheid en proportionaliteit).¹⁰

Voor overheden die deze kansen willen benutten is het daarmee belangrijk te weten welke beleidsdoelstellingen voor Europa relevant zijn. Tot voor kort moesten we daarbij denken aan de doelstellingen van de Lissabonstrategie, die vanaf 2005 het uitgangspunt zijn geweest van het Actieplan Staatssteun van Eurocommissaris Kroes. Na 2010 is daarvoor in de plaats gekomen de beleidsnotitie Europa 2020.¹¹ Beleidsmakers van (decentrale) overheden moeten dus goed op de hoogte zijn van de beleidsdoelstellingen die Europa wil realiseren en kijken of zij de doelstellingen van de Unie kunnen benutten voor hun eigen beleid.¹²

De beleidsruimte die art. 107 lid 3 de Commissie daarbij laat heeft zij voor een groot deel nader ingekleurd met een omvangrijk aantal richtsnoeren en kaderregelingen, die duidelijk maken welke vormen van staatssteun de Commissie bereid is goed te keuren.

Op deze beleidsregels van de Commissie ga ik later in bij de behandeling van het aanmelden (par. 5).

Afgezien van de uitzondering van lid 3 onder a¹³ blijkt de Commissie bij de toetsing van staatssteun door Nederlandse (decentrale) overheden gebruik te maken van alle mogelijkheden die lid 3 noemt. Als overheden daarbij blijken te geven van enig benul van het Europese denken, is de Commissie zeker bereid mee te denken om een acceptabel staatssteunarrangement te realiseren.

a. de verfijnde economische benadering van het Actieplan Staatssteun

Met de invoering van het Actieplan Staatssteun in 2005 heeft de Commissie de afweging van art 107 lid 3 (toen uiteraard art. 87 lid 3 EG) aangescherpt met een verfijnde economische benadering.¹⁴ Naast het invoeren van een Europees relevant algemeen belang moet dan ook worden aangegeven op

¹⁰ Daarmee zijn de Europese staatssteunregels er op gericht om te voorkomen dat overheden geld aan ondernemingen geven voor doelstellingen die zij via de markt toch al zouden realiseren en om te voorkomen dat overheden meer geld geven dan nodig is om hun doelstellingen te realiseren.

¹¹ Mededeling van de Commissie EUROPA 2020, een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, Brussel, 3.3.2010, COM(2010) 2020. Zie ook Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt ten dienste van de Europese economie en samenleving, Rapport ter attentie van de Voorzitter van de Europese Commissie José Manuel Barroso door Mario Monti, 9 mei 2010.

¹² Een dergelijke beleidsmatige benadering van Europa is voor de interne markt uitgewerkt in: Bart Hessel, Ann-Marie Kühler & Emile Perton (red.), Pluk de vruchten van de interne markt, Europees beleid als kans voor decentraal beleid, Praktijkcahiers Europees recht, deel 6, Sdu Uitgevers Den Haag, 2011.

¹³ Nederland kent geen streken (meer) waarin de levensstandaard Europees gezien abnormaal laag is. Tot 2000 viel Flevoland hier met enig kunst- en vliegwerk onder.

¹⁴ Actieplan Staatssteun, Brussel, 7.6.2005 COM(2005) 107.

basis van welk marktfalen de staatssteun kan worden gelegitimeerd.¹⁵ Verder moet naast de noodzakelijkheid- en proportionaliteitstoets ook nog een geschiktheidstoets worden gedaan. Die geschiktheidstoets houdt in dat staatssteun in vergelijking met andere beleidsinstrumenten, zoals wetgeving, voorlichting, overeenkomsten, het meest geschikt is.

Als men bekend is met het marktdenken en de economische benadering van beleid kan men begrip opbrengen voor die verfijnde economische benadering. Omdat die kennis in het algemeen bij decentrale overheden volledig ontbreekt – zelfs bij de onversneden politieke voorstanders van marktwerking – heb ik eerder mijn zorgen over die benadering uitgesproken en aangegeven hoe decentrale overheden aan de eisen van de verfijnde economische benadering kunnen ontkomen.¹⁶ De oplossing is om zo veel mogelijk gebruik te maken van de algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) en van de verschillende beleidsregels van de Commissie die gelden bij aanmelden. In de AGVV en de beleidsregels voor aanmelden heeft de Commissie namelijk zelf al die verfijnde economische benadering toegepast en de behandelde vormen van staatssteun gerelateerd aan relevant marktfalen.

Later zal blijken dat in het kader van de gebiedsontwikkeling bij aanmelden niet volledig aan de verfijnde economische benadering kan worden ontkomen (zie par.5.2).

3. Kan voorkomen worden dat er sprake is van staatssteun?

Na een inventarisatie van het begrip staatssteun kan bij de vormgeving van het beleidsterrein van gebiedsontwikkeling allereerst gekeken worden of bij financiële activiteiten voorkomen kan worden dat er sprake is van staatssteun. Daarvoor bestaan verschillende mogelijkheden.

3.1 Geld aan niet ondernemingen/particulieren

Staatssteun kan worden voorkomen door in het kader van de gebiedsontwikkeling geen geld ter beschikking te stellen aan ondernemingen maar aan particulieren die geen goederen of diensten op de markt aanbieden. Denk bijvoorbeeld aan een subsidie voor starters op de woningmarkt.

3.2 Algemene infrastructurele voorzieningen, maar let op!

Wanneer gemeenten gelden uittrekken voor algemene groenvoorzieningen, voor voor iedereen toegankelijke parkeerterreinen en andere algemene infrastructurele voorzieningen, die niet aan bepaalde ondernemingen ten goede komen, is er in beginsel geen sprake van staatssteun. In de beschikking Mill en St. Hubert, die later nog aan de orde komt, vinden we dat standpunt terug.¹⁷

¹⁵ Bij marktfalen moeten we denken aan (i) positieve of negatieve externe effecten;(ii) collectieve goederen;(iii) imperfecte informatie;(iv) coördinatieproblemen en (v) marktmacht.

¹⁶ Bart Hessel, De economische benadering van staatssteun. Ingrijpende gevolgen voor de decentrale staatssteunpraktijk, in: Bart Hessel, Emile Perton, Jolinda Verwoert, Europa op het grensvlak van recht en beleid, Praktijkcahiers Europees recht, deel 1, Sdu uitgevers 2007, p. 85 e.v.

¹⁷ Beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009, Steunmaatregel N 555/2008, Mill en St Hubert, C(2009) 7686, de punten 28 -34.

Een voorbeeld dat vaak wordt genoemd is het multifunctionele voetbalstadion dat voor meerdere activiteiten kan worden gebruikt. Financiering hiervan zou daarmee geen staatssteun zijn.

Tot voor kort kon dit standpunt worden verdedigd. In het voorjaar van 2011 heeft het Gerecht echter de gevoegde arresten Leipzig-Halle en Sachsen gewezen die de mogelijkheid om staatssteun te voorkomen zeer sterk hebben ingeperkt.¹⁸ Volgens deze arresten vormt steun aan infrastructuur die economisch gebruikt kan worden wel staatssteun.¹⁹ Dit arrest heeft vergaande gevolgen voor de toepasselijkheid van staatssteunregels bij gebiedsontwikkeling. Dit kan worden toegelicht aan de hand van notitie die DG-Mededinging heeft gestuurd aan DG-Regio²⁰ De volgende passage maakt duidelijk dat we hier met ingrijpende gevolgen te maken hebben:

'On the other hand, the financing of infrastructure that is commercially exploited related to ports, airports, stadiums, waste treatment plants, as well as certain R&D, energy and broadband infrastructure *prima facie* falls within the scope of application of the State aid rules and should be notified to DG COMP.'²¹

3.3 Marktconform handelen ten opzichte van ondernemingen

Wanneer overheden marktconform handelen ten opzichte van ondernemingen is er ook geen sprake van staatssteun. Twee mededelingen van de Commissie geven overheden hierover duidelijkheid.

a. Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties

De Mededeling biedt overheden twee manieren om bij verkoop van gronden en gebouwen staatssteun te voorkomen: (1) verkoop via een onvoorwaardelijke biedprocedure of, als niet iedereen voor aankoop in aanmerking kan komen, (2) voorafgaande taxatie door een onafhankelijke deskundige. Ook deze wijze om staatssteun te voorkomen vinden we met succes toegepast in beschikking Mill en St. Hubert,²² die later nog ter sprake komt in het kader van de financiering van de onrendabele top (par. 5.2 onder a). Als niet een van deze procedures is gevolgd is er naar het oordeel van de Commissie sprake van een vermoeden van staatssteun en moet de transactie worden aangemeld, onverminderd de de-minimisregeling. In de Mededeling van 1997 werd hierbij nog gedacht aan de oude de minimisvrijstelling van € 100.000,-. Nu kunnen we in het algemeen denken aan de de-minimisvrijstelling van € 200.000,-. Als de partner van de overheid een landbouwonderneming is, die landbouwproducten produceert, is er slechts sprake van een de-minimisvrijstelling van € 7.500,-

¹⁸ Gerecht 24 maart 2011, gevoegde nrs. T-443/08 (*Freistaat Sachsen and Land Sachsen-Anhalt*) en T-455/08 (*Leipzig-Halle*).

¹⁹ Leipzig-Halle, de punten 87 – 100.

²⁰ European Commission DG competition, Note to DG REGIO, Brussels, COMP/03/2011, Application of State aid rules to infrastructure investment projects.

²¹ Punt 10.

²² Mill en St. Hubert, de punten 21 -27.

De Mededeling wordt naar analogie toegepast op andere onroerend goed transacties, zoals de aankoop door overheden van gronden en gebouwen, verhuur, erfpacht e.d.²³

Zoals Knook eerder in dit blad uitvoerig heeft beschreven, heeft vrij recente jurisprudentie van het Hof ertoe geleid dat naast de twee beschreven procedures nog ruimte moet zijn voor andere om de marktconformiteit van een onroerend goedtransactie aan te tonen.²⁴ Dit betekent dat het niet volgen van de procedures van de Mededeling niet tot de conclusie mag leiden dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun.

b. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties

Overheden moeten zich realiseren dat een niet-marktconforme garantie staatssteun vormt ook al wordt nog geen aanspraak gedaan op de overheidsgarantie. In de Mededeling uit 2008²⁵ wordt precies aangegeven onder welke voorwaarden een garantie markt-conform is en geen staatssteun vormt.²⁶

3.4 Steun die niet Europees relevant is

Wil er sprake zijn van verboden staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU dan moet aan alle vijf de genoemde eisen zijn voldaan. Er moet dus ook sprake zijn van (dreigende) vervalsing van de mededinging op de interne markt en ongunstige invloed op de tussenstaatse handel. Omdat de Commissie hierover beslist en bijna altijd tot de conclusie komt dat dit het geval is, valt hier beleidsmatig weinig mee te beginnen. Er zijn wel wat uitspraken van de Commissie waarin zij besliste dat er geen sprake was van staatssteun, denk aan het zwembad Dorsten,²⁷ de jachthavens aan het IJsselmeer²⁸ en ziekenhuizen in Ierland,²⁹ maar die bieden weinig soelaas. Om te beginnen moet worden bedacht dat het incidentele zaken zijn waarbij

²³ Zie ministerie VROM mei 2005, Handreiking Grondtransacties en Staatssteun met achtergrondinformatie over het Europese kader. De daarin genoemde Vrijstellingsverordeningen zijn inmiddels achterhaald door de verordeningen die in par. 3 aan de orde komen.

²⁴ A.D.L.Knook, Vastgoedtransacties sneller staatssteunproef, BR juni 2011 nr. 82, p. 374-380. Het gaat om de arresten Scott (HvJEU 2 september 2010, nr. C-290/07 P) en Seydaland (HvJEU 16 december 2010, nr. C-239/09). Zie ook: L. de Jong-Goris, De Mededeling staatssteun bij verkoop van grond en gebouwen: simpel maar effectief?, Tijdschrift voor Staatssteun, februari 2011, p. 5-12.

²⁵ PbEU 2008, C 155/10.

²⁶ De Mededeling bevat een uitwerking van de volgende vier voorwaarden: (a) de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden; (b) de omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van de toekenning; (c) de garantie dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verplichting en (d) voor de garantie wordt een marktconforme prijs betaald.

²⁷ Besluit N 258/2000 van de Commissie van 21.12.2000, Duitsland –zwembad Dorsten, Pb 2001, C 172/16

²⁸ C 10/2003, 29.10.2003

²⁹ N 543/2001, 27.2.2002

de Commissie de concrete situatie heeft bekeken.³⁰ Verder is het niet van belang of de activiteit een lokaal of regionaal karakter heeft, maar gaat het om de positie van de betrokken ondernemingen en de relevante markt. Bij de gebiedsontwikkeling is meestal sprake van de bouwmarkt of de woningmarkt en die zijn Europees relevant. Dit betekent dat niet alleen een niet-marktconforme financiële transactie met een internationaal opererende bouwonderneming staatssteun vormt maar ook een dergelijke transactie met een onderneming die slechts regionaal of lokaal opereert. Het is dan ook beleidsmatig het beste om weinig te verwachten van niet Europese relevantie en de aandacht vooral te richten op de Vrijstellingsverordeningen.

3.5 Compensatie voor DAEB

Sinds het befaamde Altmarkarrest³¹ kunnen overheden ook staatssteun voorkomen door financiële compensatie te geven voor ondernemingen die belast zijn met een DAEB. Dat er geen sprake is van staatssteun die moet worden aangemeld heeft dit arrest zeer populair gemaakt in overheidskringen. Ik signaleer bij decentrale overheden de neiging om (te) ruimhartig gebruik te maken van DAEB want daarmee kunnen de staatssteunregels van artikel 107 VWEU worden omzeild. Dat is natuurlijk niet de bedoeling.

Uiteraard moet bij het voorkomen van staatssteun door compensatie voor DAEB voldaan worden aan de vier strenge eisen die het Hof in het Altmarkarrest heeft gesteld en dat valt niet altijd mee.³² Daarnaast moeten overheden er ook rekening mee houden dat zij weliswaar de vrijheid hebben op nationaal, regionaal of lokaal niveau bepaalde activiteiten als een DAEB aan te merken, maar dat die vrijheid moet passen binnen de beperkte ruimte van art. 106 lid 2 VWEU. Eerder heb ik in de special van bouwrecht over woningcorporaties en Europees recht er al op gewezen dat er bij een DAEB sprake moet zijn van een dienst die ondernemingen niet of niet voldoende zouden verrichten als zij alleen naar de commerciële signalen van de markt zouden kijken.³³ Er moet bij de opdracht van een DAEB dus sprake zijn van

³⁰ Het is dus uitermate dom en volstrekt onjuist om aan de beslissing over Dorsten de conclusie te verbinden dat steun aan een zwembad geen staatssteun is. Zie: 'Gemeentelijke steun aan zwembad is geen staatssteun', B&G, februari 2001, p. 3/4.

³¹ HvJEG 24 juli 2003, nr. C-289/00 (*Altmark*).

³² (1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend; (2) de criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld; (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen; (4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten ondernemingen in een concreet geval niet worden gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, belast met een openbare dienstverplichting, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

³³ B.Hessel, Woningcorporaties en de Europese regels voor staatssteun, BR, oktober 2010, nr 147, p. 775.

marktfalen en de DAEB moet op de onderneming die daarmee belast wordt gevoeld worden als een rugzak.

a. het aanvullende pakket van regels voor DAEB en staatssteun

Als financiële compensatie voor DAEB aan de Altmarkcriteria voldoet wordt voorkomen dat er sprake is van staatssteun. Wanneer staatssteun niet kan worden voorkomen, krijgen overheden te maken met het pakket regels voor DAEB en staatssteun dat de Commissie in aanvulling op het Altmarkarrest heeft vastgesteld. Hoewel dit niet valt onder de vraag hoe staatssteun kan worden voorkomen, wil ik hier enige opmerkingen maken over dat aanvullende pakket, dat dit jaar is vernieuwd.

Op het terrein van de gebiedsontwikkeling zijn de woningcorporaties belangrijke partners voor decentrale overheden waarop de Europese regels voor DAEB en staatssteun moeten worden toegepast. Daarbij moeten we denken aan de toepassing van de Vrijstellingsbeschikking van 2005,³⁴ die het uitgangspunt vormt van het besluit van de Commissie van 15 december 2009, zoals behandeld in de genoemde special over woningcorporaties. Dat de verdere implementatie door de Nederlandse overheid van dit besluit nog niet de schoonheidsprijs verdient, laat ik hier buiten beschouwing.

In een recente bijdrage aan bouwrecht heeft Knook uitgebreid aandacht besteed aan het nieuwe pakket van Eurocommissaris Almunia voor DAEB en staatssteun.³⁵

In aanvulling op Altmark kunnen overheden in het kader van gebiedsontwikkeling en DAEB nu gebruik maken van de nieuwe DAEB de-minimisvrijstellingsverordening,³⁶ het nieuwe Vrijstellingsbesluit³⁷ en de nieuwe Kaderregeling.³⁸ Met de DAEB de-minimisvrijstellingsverordening is de parallelle met de staatssteunregels rond artikel 107 – de-minimis, andere vrijstellingen en beleidsregels voor aanmelden - compleet. Daarmee is het extra van belang het onderscheid tussen de regels van art. 107 en art. 106 lid 2 VWEU goed in acht te nemen.

b. toepassing pakket DAEB en staatssteun veronderstelt marktwerking en marktfalen

Voor de vraag wanneer het pakket regels voor DAEB en staatssteun gebruikt mag worden, moeten overheden te rade gaan bij de Mededeling die de Commissie met het Vrijstellingsbesluit en de Kaderregeling heeft bekend gemaakt.³⁹ Uit die Mededeling blijkt nog eens duidelijk dat overheden wel vrijheid hebben om bepaalde activiteiten als DAEB aan te merken maar dat dit moet binnen de beperkte ruimte van art. 106 lid 2 VWEU.

Zo benadrukt de Commissie dat een DAEB veronderstelt dat er sprake is van een economische activiteit, dus marktwerking, en ook van marktfalen. Dit

³⁴ *PbEU* 2005, L 312/67

³⁵ A.D.L.Knook, Nieuwe regelgeving diensten algemeen economisch belang, BR februari 2012, nr. 13, p. 66- 70.

³⁶ *PbEU* 2012, L 114/8.

³⁷ *PbEU* 2012, L 7/3.

³⁸ *PbEU* 2012, C 8/15.

³⁹ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, C 8/4.

betekent dat voor het gebruik van het DAEB en staatssteunpakket gekeken moet worden naar de situatie in Nederland en de in het Vrijstellingsbesluit genoemde voorbeelden niet zonder meer mogen worden overgenomen. Als er geen sprake is van een economische activiteit maar van de uitoefening van een overheidsprerogatief – zoals het ophalen van huishoudelijk afval – kan het pakket niet worden toegepast.⁴⁰ Als er geen sprake is van marktfalen – denk aan de kinderopvang in Nederland – kan het pakket ook niet worden toegepast. Voor een nadere uitwerking van deze elementen verwijs ik naar twee recente publicaties in de Gemeentestem.⁴¹

3.6 Toepassing van het leerstuk van nadeelcompensatie en staatssteun

In het kader van de gebiedsontwikkeling is er nog een belangrijke mogelijkheid om staatssteun te voorkomen namelijk de toepassing van het leerstuk van nadeelcompensatie en staatssteun. Dat is aan de orde wanneer er sprake is van gedwongen bedrijfsverplaatsing bijvoorbeeld in het kader van een onteigeningsprocedure, verplaatsing om milieuredenen etcetera. De basis voor dit leerstuk is gelegd in de beschikking van de Commissie over de bedrijfsverplaatsing van Akzo Nobel.⁴² Voor de uitwerking van dit leerstuk kan verwezen worden naar de Handreiking van de Interdepartementale Commissie Europees recht (ICER) nadeelcompensatie en staatssteun van 2007.⁴³

In de Akzo Nobelbeschikking heeft de Commissie de verhouding tussen nadeelcompensatie en staatssteun als volgt omschreven:

‘ Een schadevergoeding brengt doorgaans geen selectief voordeel voor de betrokken onderneming met zich mee voor zover zij louter dient ter compensatie van schade ten gevolge van een overheidsingrijpen waarbij de schadevergoeding het directe resultaat is van dit overheidsingrijpen en bepaald wordt op grond van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijk eigendomsrecht.’⁴⁴

Er moet dus sprake zijn van louter compensatie van schade als direct gevolg van overheidsoptreden op basis van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks is gebaseerd op het door de rechter erkende grondwettelijk eigendomsrecht. Algemeen is onderkend dat schadevergoeding bij onteigening aan die eisen voldoet. Bij Akzo-Nobel was er overigens geen sprake van onteigening maar intrekken van een milieuvergunning.⁴⁵

⁴⁰ Dat geldt uiteraard ook voor de staatssteunregels van art. 107 VWEU. Geen marktwerking betekent geen marktregels.

⁴¹ Maarten Aalbers & Bart Hessel, De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (deel I) en (deel II), Gst. augustus 2012, nr. 82 en september 2012, nr. 89.

⁴² Europese Commissie, Brussel, 16.06.2004, Steunmaatregel N 304/2003 – Nederland Steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking van het transport van chloor.

⁴³ ICER-07 10-05b. Uiteraard moet er rekening mee gehouden worden dat de daarin behandelde regelgeving, bijvoorbeeld de aanmeldingsvrijstellingen, inmiddels zijn vervangen. Zie ook W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun, Overheid en aansprakelijkheid, juni 2007, p. 80-103.

⁴⁴ Punt (18).

⁴⁵ Zie ook beschikking van de Commissie van 20 december 2006, Steunmaatregel N 575/2005, Bedrijfsverplaatsing automontagebedrijf Steenberg.

a. toepassing van het gelijkheidsbeginsel: algemeen geldende regels

Wanneer de Commissie stelt dat een schadevergoeding doorgaans geen selectief voordeel voor de betrokken onderneming met zich meebrengt, veronderstelt zij dat op alle betrokken ondernemingen dezelfde regels worden toegepast.

Als dat niet het geval is wordt immers de concurrentiepositie van de ondernemingen die ruimhartiger worden behandeld bevoordeeld ten opzichte van hun concurrenten, die volgens de algemeen geldende regels worden behandeld. In de ICER-handreiking worden de schadeposten genoemd die bij onteigening kunnen worden vergoed.⁴⁶

b. concurrentievoordeel moet worden gecompenseerd

Er is nog een tweede punt in het leerstuk van nadeelcompensatie en staatssteun waarop gelet moet worden om staatssteun te voorkomen. Volledige schadevergoeding kan namelijk in de praktijk leiden tot problemen met staatssteun. Dat is het geval wanneer de schadevergoeding elementen bevat die er toe leiden dat de concurrentiepositie van de betrokken onderneming wordt verbeterd. Vanuit de invalshoek van de Commissie, die kijkt naar de marktpositie, moet bezien worden of de ontvangende onderneming door de vergoeding erop vooruitgaat in haar concurrentiepositie. Om staatssteun te voorkomen moet die vooruitgang worden gecorrigeerd.⁴⁷ Vanuit het leerstuk van de nadeelcompensatie volgens het Nederlands bestuursrecht is het wellicht geen punt om de onderneming een stimulans te geven om zich te verplaatsen, maar de Commissie kijkt daar vanuit het Europese recht anders naar. Het is zeer belangrijk om dat verschil in benadering in de gaten te houden. Hierna zal blijken dat dit bij verplaatsing van landbouwbedrijven extra zwaar doorwerkt door de bijzondere positie van de landbouwmarkt in de Unie (zie par. 4.3 onder a.)

4. Kan voorkomen worden dat moet worden aangemeld?

Wanneer de beleidsmakers in het kader van de gebiedsontwikkeling de verschillende mogelijkheden benutten om staatssteun te voorkomen, kunnen zij veel geld uitgeven maar hun beleid zal om meer mogelijkheden vragen. In dat geval moeten de kansen van de staatssteunregels benut worden die bestaan uit de toepassing van vrijstellingsverordeningen (par. 4.1 t/m 4.4) of van reeds door de Commissie gegeven algemene goedkeuringen (par. 4.5 en 4.6).

Voor de goede orde: we kijken hier naar de vrijstellingsverordeningen met betrekking tot artikel 107 VWEU. Die moeten goed worden onderscheiden van het eerder genoemde Vrijstellingsbesluit en de DAEB de-minimisvrijstellingsverordening

⁴⁶ Dat zijn: (1) vergoeding van de verkeerswaarde van de betreffende zaak; (2) waardevermindering van hetgeen dat overblijft; (3) de bijkomende schade van de eigenaar zoals verhuiskosten, kosten van bedrijfsaanpassing en bedrijfsverplaatsing (bijvoorbeeld: hogere huisvestings- en vestigingskosten elders, inkomensvermindering, financieringsschade en belastingschade en (4) belastingschade. Handreiking ICER, p. 24/25.

⁴⁷ Zie Handreiking ICER, p. 29. Volgens sommigen is die correctie niet nodig bij planschade maar daar ben ik het niet mee eens.

4.1 Algemene groepsvrijstellingsverordening⁴⁸

De AGVV biedt zeer veel mogelijkheden om staatssteun te geven die niet hoeft te worden aangemeld en die voor gebiedsontwikkeling relevant kan zijn. Het gaat onder meer om regionale steun, steun voor kleine en middelgrote ondernemingen, vele soorten milieusteun en steun voor O&O.⁴⁹

a. steunmaatregel op maat snijden

Om gebruik te kunnen maken van de AGVV moet de overheid haar steunmaatregel – ad hoc steun of subsidieverordening - op maat snijden. Het moet gaan om de activiteiten en de kosten die in de AGVV worden genoemd en het steunpercentage mag niet hoger zijn dan dat van de AGVV. Overigens moeten daarbij ontvangen Europese gelden worden meegeteld (art. 7 lid 1).

b. bewuste keuze tussen vrijstelling of aanmelden met beleidsregels

Bij een goed gebruik van de Europese regels wordt de beleidsmaker voor de keuze geplaatst om bewust te kiezen tussen de AGVV en niet aanmelden of gebruik te maken van beleidsregels en wel aan te melden.⁵⁰

⁴⁸ *PbEU* 2008, L 214/3.

⁴⁹ De AGVV bevat de volgende categorieën staatssteun:

1. Regionale steun waaronder regionale investerings- en werkgelegenheidssteun;
2. KMO steun ten behoeve van investeringen en werkgelegenheid;
3. Steun voor vrouwelijk ondernemerschap waaronder steun voor nieuwe, door vrouwelijke ondernemers opgerichte kleine ondernemingen;
4. Een groot aantal vormen van staatssteun voor milieubescherming, te weten:
 - a. Investeringssteun die ondernemingen in staat stelt verder te gaan dan de communautaire normen of bij afwezigheid daarvan het niveau van milieubescherming te doen toenemen;
 - b. Steun voor de aanschaf van nieuwe vervoermiddelen die verder gaan dan de communautaire normen of bij aanwezigheid daarvan het niveau van milieubescherming doen toenemen;
 - c. KMO-steun voor vroege aanpassing aan toekomstige communautaire normen;
 - d. Milieu-investeringssteun voor energiebesparende maatregelen;
 - e. Milieu-investeringssteun voor hoogrenderende warmtekoppeling;
 - f. Milieu-investeringssteun ter stimulering van energie uit hernieuwbare energiebronnen;
 - g. Steun ten behoeve van milieustudies;
 - h. Milieusteun in de vorm van verlaging van milieubelasting.
5. KMO-steun voor advisering en deelneming aan beurzen;
6. KMO-steun in de vorm van risicokapitaal;
7. Steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie. Daarbij worden onderscheiden:
 - a. Steun voor onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten;
 - b. Steun voor technische haalbaarheidsstudies;
 - c. KMO-steun ten behoeve van de kosten voor industriële eigendomsrechten;
 - d. Steun voor O&O in de landbouw- en visserijsector;
 - e. Steun voor jonge innoverende ondernemingen;
 - f. Steun voor innovatieadviesdiensten en voor diensten inzake innovatieondersteuning;
 - g. Steun voor het uitlenen van hooggekwalificeerd personeel
8. Opleidingssteun;
9. Steun voor kwetsbare en gehandicapte werknemers waaronder loonsubsidies voor het in dienst nemen van kwetsbare werknemers en voor de werkgelegenheid van gehandicapte werknemers, alsmede steun ter compensatie van bijkomende kosten voor het in dienst hebben van gehandicapte werknemers.

⁵⁰ Uiteraard is het niet de beleidsmaker die uiteindelijk kiest maar het bevoegde orgaan dat over staatssteun (ad hoc en regelgeving) beslist.

Bij milieu-investeringssteun aan ondernemingen die verder gaan dan de Europese milieunormen bijvoorbeeld, kan een kleine onderneming volgens de AGVV 35+20% van de in aanmerking komende kosten vergoed krijgen (art. 18 lid 4). Als de beleidsmaker een hoger percentage wil geven kiest hij bewust voor de toepassing van de Richtsnoeren milieusteun 2008 die succesvol aanmelden van dergelijke steun mogelijk maken voor maximaal 50+20% (Richtsnoeren par. 3.1.1.).

c. bijkomende eisen in acht nemen

Om voor vrijstelling volgens de AGVV in aanmerking te komen moet aan een aantal aanvullende eisen worden voldaan.

- De steunmaatregel (ad hoc steun of subsidieverordening) moet een uitdrukkelijke verwijzing bevatten naar de AGVV, waarbij de titel en de vindplaats in het Publicatieblad worden aangehaald.
- de AGVV is alleen van toepassing op doorzichtige steun in de vorm van subsidies en rentesubsidies. Voor steun in de vorm van leningen, garantieregelingen en belastingmaatregelen gelden bijkomende eisen (art. 5).
- De betrokken lidstaat moet binnen 20 werkdagen na de inwerkingtreding van de steunregeling of de verlening van ad-hoc steun de Commissie een samenvatting van de steunmaatregel sturen via een voorgeschreven formulier (art. 9 lid 1). De Commissie stuurt een ontvangstbevestiging en publiceert de samenvattingen in het Publicatieblad en op haar website.
- De betrokken lidstaat (lees: de betreffende overheid) moet de volledige tekst van de steunmaatregel op internet bekend maken (art. 9 lid 2).
- de AGVV bevat de eis van dossiervorming gedurende een periode van tien jaar (art. 10 lid 2). Daarnaast moeten de lidstaten over de toepassing van de AGVV een jaarlijks verslag in elektronische vorm opstellen met het internetadres dat rechtstreeks leidt naar de tekst van de steunmaatregelen (art. 11). Het jaarverslag wordt in Nederland verzorgd door het Coördinatiepunt staatssteun van BZK.
- In de steunmaatregel (regeling of ad hoc steun) moet uitdrukkelijk de betaling worden uitgesloten van 'individuele steun aan een onderneming ten aanzien waarvan er een uitstaand bevel tot terugvordering is ingevolge een eerdere beschikking van de Commissie waarin de steun onrechtmatig en onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard' (art. 1 lid 6 sub a en b). Het niet opnemen van deze zogenaamde 'Deggendorfclausule'⁵¹ heeft tot gevolg dat de AGVV op die steunmaatregel niet van toepassing is. Deze is dan ten onrechte niet aangemeld en daarom onrechtmatig.

4.2 De de-minimisvrijstelling⁵²

Bij het gebruikmaken van de vrijstellingsverordeningen is het verstandig eerst de mogelijkheden van de AGVV te benutten en daarna te kijken naar de de-minimisvrijstelling. Deze vrijstelling geeft ruimte om aan één onderneming over een periode van 3 belastingjaren een bedrag te geven van maximaal € 200.000,- . Dit bedrag mag niet voor dezelfde activiteiten worden gegeven als de AGVV steun, maar eenzelfde onderneming kan voor andere activiteiten

⁵¹ Deze naam is ontleend aan het Deggendorfarrest waarin het Hof de Commissie toestond om steun te weigeren aan ondernemingen waartegen nog een terugvorderingsactie loopt. HvJEG 9 maart 1994, nr. C-188/92 (*Textilwerke Deggendorf*).

⁵² *PbEU* 2006, L 379/5.

wel de-minimissteun krijgen. Primaire landbouwbedrijven zijn daarvan uitgesloten (zie par. 4.4) en voor de vervoerssector geldt een maximum van € 100.000,- Overheden die de-minimissteun willen geven moeten van de betrokken onderneming een de-minimisverklaring vragen en gedurende tien jaar een dossier bijhouden. Verder moeten zij expliciet vermelden in de steunmaatregel (ad hoc steun of subsidieverordening) dat zij van de de-minimisvrijstelling gebruik maken.

a. overheden mogen elkaar niet in de weg zitten

Het komt regelmatig voor dat verschillende overheden, bijvoorbeeld een provincie en een gemeente, los van elkaar de-minimissteun willen geven. Dat kan niet als zij samen boven de drempel uitkomen.⁵³ Verder moeten overheden altijd nagaan of een onderneming nog ruimte heeft voor de-minimissteun.

b. het moet gaan om een individuele onderneming

Wanneer we te maken hebben met een individuele onderneming dan kan de de-minimisvrijstelling worden toegepast. Is de betrokken onderneming een dochter van een andere onderneming dan moet gekeken worden of de moeder al de-minimissteun heeft ontvangen.⁵⁴ Bij de gebiedsontwikkeling maakt het daarmee bijvoorbeeld verschil uit of we te maken hebben met een vestiging van de ABN-Amro-bank (dochter) of van de Rabo-bank (zelfstandige onderneming).

*4.3 Vrijstelling voor KMO's die landbouwproducten produceren*⁵⁵

Primaire landbouwbedrijven die landbouwproducten produceren vallen niet onder de AGVV⁵⁶ en de de-minimisvrijstelling. Omdat op de landbouwsector vanouds het gemeenschappelijk landbouwbeleid van toepassing is, werd er in het verleden van uitgegaan dat iedere gulden steun ongeoorloofde staatssteun is. Mede via het Actieplan Staatssteun is er toch enige ruimte gekomen voor vrijstelling, maar die ruimte is bij primaire landbouwbedrijven aanzienlijk minder dan volgens de algemene vrijstellingen.

Wanneer overheden bij de gebiedsontwikkeling te maken hebben met primaire landbouwbedrijven moeten zij allereerst te rade gaan bij de Vrijstelling voor kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren. Deze Vrijstellingsverordening, die overigens ook belangrijke bijkomende eisen bevat (art. 18 en art. 20), biedt voor gebiedsontwikkeling interessante mogelijkheden zoals investeringssteun in landbouwbedrijven, steun voor de instandhouding van traditionele landschappen en gebouwen, steun voor ruilverkaveling, steun ter bevordering van de productie van kwaliteitslandbouwproducten. In aansluiting op het leerstuk van de nadeelcompensatie en staatssteun wil ik één mogelijkheid van vrijstelling uitwerken.

a. Verplaatsing van landbouwbedrijfsgebouwen in het algemeen belang

⁵³ Ook daarbij moeten de Europese gelden worden meegenomen (art.2 lid 2)

⁵⁴ Bijlage I bij de AGVV kan hierbij behulpzaam zijn.

⁵⁵ *PbEU* 2006, L 358/3.

⁵⁶ Zie echter de uitzondering van art. 1 lid 3 onder a AGVV.

Bestuursjuristen die denken dat nadeelcompensatie nooit staatssteun oplevert omdat schadevergoeding geen staatssteun zou zijn, komen extra bedrogen uit als het gaat om verplaatsing van landbouwbedrijfsgebouwen in het algemeen belang. Het feit dat die verplaatsing in de vrijstellingsverordening wordt behandeld geeft al aan dat de Commissie van mening is dat er sprake is van staatssteun.

Het eerder genoemde uitgangspunt dat het voor de Commissie bepalend is of de concurrentiepositie van ondernemingen door nadeelcompensatie wordt verbeterd, vinden we duidelijk terug in art. 6 lid 2: 'Wanneer een verplaatsing in het algemeen belang gewoon bestaat uit het demonteren, verhuizen en weer opbouwen van bestaande installaties, mag steun worden toegekend tot 100% van de werkelijk gemaakte kosten.' Wanneer de verplaatsing in het algemeen belang de landbouwer moderne installaties oplevert of tot een verhoging van de productiecapaciteit leidt - daarmee wordt zijn concurrentiepositie verbeterd -, moet de landbouwer ten minste 60% zelf bijdragen (art. 6 lid 2 en 3). Als die eigen bijdrage minder is dan 60% is er dus sprake van staatssteun die moet worden aangemeld.

4.4 De de-minimisvrijstelling voor landbouwbedrijven⁵⁷

Met het Actieplan Staatssteun is het Eurocommissaris Kroes gelukt een de-minimisvrijstelling voor primaire landbouwbedrijven vast te stellen. Die vrijstelling is echter zeer beperkt tot € 7.500,-. Bij een boekhoudkundige scheiding is het mogelijk om op landbouwers, die zich op andere markten begeven bijvoorbeeld Bed & Breakfast, wel de gewone de-minimisvrijstelling toe te passen. De zeer beperkte de-minimis voor landbouwbedrijven werkt echter door bij de toepassing van de Mededeling voor staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen en analoge grondtransacties: overheden hebben dan nauwelijks speelruimte bij het hanteren van een marktconforme prijs (par. 3.3 onder a).

4.5. De Omnibus Decentraal Regeling

O&O&I-steun die onder de Omnibus Decentraal Regeling (hierna: ODR) valt hoeft niet te worden aangemeld. De goedkeuring door de Commissie van deze ODR, die op initiatief van het IPO en in samenwerking met VNG en BZK tot stand is gekomen, heeft model gestaan voor het nationaal kader voor staatssteun bij gebiedsontwikkeling dat nu bij de Commissie ligt.

De ODR die in april 2008 is goedgekeurd⁵⁸ biedt talrijke mogelijkheden, maar de regelgeving voor O&O&I-steun is er nogal onoverzichtelijk door geworden. In de ODR van april 2008 zijn veel onderdelen van de Kaderregeling O&O&I-steun overgenomen zoals deze op 1 januari 2007 in werking is getreden. Na de goedkeuring van de ODR is op 29 augustus 2008 de AGVV in werking getreden en die overlapt ook delen van de Kaderregeling en gedeeltes de ODR. Eerder heb ik al aangegeven dat decentrale overheden er verstandig

⁵⁷ *PbEU* 2007, L 337/35.

⁵⁸ Het gaat om twee beschikkingen: Beschikking van de Commissie van 3 april 2008, Steunregeling N 726/A/2007 – Nederland Omnibus Decentraal – O&O&I-regeling en beschikking van de Commissie van 22 april 2008, Steunmaatregel N 726/B/2007 – Nederland Risicokapitaalregeling Omnibus Decentraal – Module 9: Risicokapitaal voor het MKB'

aan doen de mogelijkheden van de ODR en van de AGVV te vergelijken en niet blindelings de ODR toe te passen.⁵⁹

4.6 Enkele andere algemene vrijstellende besluiten

In het kader van de gebiedsontwikkeling kunnen overheden ook voorkomen dat de steun moet worden aangemeld als zij de Nationale regeling voor de instandhouding en het herstel van beschermde historische monumenten toepassen.⁶⁰ Deze goedgekeurde regeling vormt een uitwerking van artikel 107 lid 3 sub d VWEU.

Dergelijke ruimte bieden ook de Catalogus Groen-Blauwe Diensten,⁶¹ die een uitwerking vormt van art. 87 lid 3 onder c EG, en de goedkeuring door de Commissie van een aantal categorieën steun uit de Subsidieverordening Natuur- en Landschapsbeheer op basis van art. 107 lid 3 onder c VWEU.⁶²

5. Hoe kan bereikt worden dat aangemelde staatssteun snel wordt goedgekeurd?

Wanneer de beleidsmakers in het kader van de gebiedsontwikkeling alle kansen voor de vrijstelling van aanmelden benut hebben, zal een groot deel van het beleid Europeesrechtelijk in orde zijn. Zij hebben dan ook een duidelijk beeld welke steunmaatregelen (ad hoc steun of – onderdelen van - subsidieverordeningen) aangemeld moeten worden bij de Commissie. Wanneer overheden een subsidieregeling hebben of maken waarin geen spoor is terug te vinden van de Europese regels, heeft het weinig zin om de regeling aan te melden. Het is essentieel dat overheden anticiperen op de Europese regels en dan de steunmaatregelen aanmelden die nodig zijn. Wanneer overheden anticiperen op de Europese regels dat wil zeggen: gebruik maken van de bestaande beleidsregels (par. 5.1) of als die er niet zijn gebruik maken van de beschikkingenpraktijk van de Commissie (par. 5.2), kunnen zij er op rekenen dat de Commissie snel zal goedkeuren (par. 5.3).

5.1 Gebruik maken van de beleidsregels van de Commissie

Bij steunmaatregelen in het kader van gebiedsontwikkeling die aangemeld moeten worden, kunnen de beleidsmakers de kansen benutten die de beleidsregels van de Commissie bieden. Hierbij kunnen we denken aan:

- de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen 2007-2013, die van toepassing zijn in de steunkaartgebieden;⁶³
- de Kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (O&O&I);⁶⁴

⁵⁹ B.Hessel, Decentrale staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, Keuzemogelijkheden uit verschillende regelingen, Gst 2009, nr. 20, p.203- 2011.

⁶⁰ Beschikking van de Commissie van 15 december 2009, Steunmaatregel N 606/2009 – Nederland Nationale regeling voor de instandhouding en het herstel van beschermde historische monumenten, C(2009)9942.

⁶¹ Beschikking van de Commissie van 19 februari 2007, Steunnummer N 577/2006, Catalogus Groen-Blauwe Diensten, C(2007) 586.

⁶² Beschikking van de Commissie van 20 april 2011, Staatssteun N 376/2010, Subsidies natuurbeheer, C(2011) 2631..

⁶³ *PbEU* 2006, C 54/13.

⁶⁴ *PbEU* 2006, C 323.

- de Richtsnoeren inzake staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen;⁶⁵
- de Richtsnoeren inzake staatssteun ten behoeve van het milieu 2008;⁶⁶
- de Richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en bosbouwsector 2007-2013;⁶⁷
- de Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden;⁶⁸

Afgezien van de richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun die nog dateren van 2004, zijn deze beleidsregels allemaal geactualiseerd en uitgebreid volgens het Actieplan Staatssteun. Het voordeel daarvan is dat daarin de steunmaatregelen die zijn toegestaan door de Commissie al gerelateerd zijn aan marktfalen (zie par. 2.1 onder a).

a. op maat snijden

Het is essentieel dat de steunmaatregel (ad hoc steun of subsidieverordening) die moet worden aangemeld vooraf op maat wordt gesneden. De activiteiten die voor steun in aanmerking komen, de kosten die vergoed worden en de steunintensiteit moeten worden overgenomen uit de toepasselijke beleidsregel.

Het is de bedoeling dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen vrijstellingsverordeningen zoals de AGVV en de beleidsregels zodat ook bewust gekozen kan worden voor aanmelden.

Bij de Kaderregeling voor O&O&I steun en de Richtsnoeren voor risicokapitaalinvesteringen moet rekening gehouden worden met de complicatie dat de AGVV en de ODR de beleidsregels grotendeels overlappen.

Voor milieusteun is de verhouding tussen de AGVV en de Richtsnoeren milieusteun 2008 helder. Voor bepaalde categorieën milieusteun kan de overheid door de keuze van de steunintensiteit bewust kiezen voor aanmelden in plaats van toepassen van de AGVV. Voor andere milieusteun, zoals steun voor sanering van vervuilde terreinen, is men aangewezen op de Richtsnoeren en moet men de daarin gestelde eisen in acht nemen alvorens tot melding over te gaan.⁶⁹

b. bewuste keuze voor nadere beoordeling

Op grond van het Actieplan Staatssteun heeft de Commissie er bij de aanpassing van de beleidsregels voor gekozen de mate van toezicht af te stemmen op de zwaarte van de staatssteun. Dat betekent dat boven een bepaald bedrag de steun na aanmelding in aanmerking komt voor een nadere beoordeling. Als voorbeeld kunnen genoemd worden milieu-investeringssteun van meer dan 7,5 miljoen euro per onderneming⁷⁰ en steun voor een innovatiecluster van meer dan 5 miljoen euro.⁷¹ In het kader van de

⁶⁵ *PbEU* 2006, C 194/02.

⁶⁶ *PbEU* 2008, C 82/1.

⁶⁷ *PbEU* 2006, C 319/1.

⁶⁸ *PbEU* 2004, C 244/2

⁶⁹ Zie Richtsnoeren milieusteun 2008, p. 11.

⁷⁰ Richtsnoeren milieusteun 2008, p. 26.

⁷¹ Kaderregeling O&O&I-steun, p. 20.

transparantie heeft de Commissie bij de nadere beoordeling een opsomming gegeven van 20 à 30 punten waar zij bij de nadere beoordeling naar gaat kijken. Ik kan mij goed voorstellen dat overheden niet blij zijn met deze 'transparantie' en er bewust voor kiezen onder de drempel voor nadere beoordeling te blijven. In de praktijk heb ik het wel meegemaakt dat overheden niet beseffen dat de gelden die zij van Brussel krijgen en die bij ondernemingen terecht komen moeten meetellen bij het in acht nemen van drempels in de staatssteunregels. Een provincie de 2 miljoen euro voor een innovatiecluster uit Brussel heeft gekregen en zelf 4 miljoen daarin steekt, loopt daarmee het risico voor nadere beoordeling in aanmerking te komen.⁷²

4.2 gebruik maken van de beschikkingenpraktijk van de Commissie

Als voorbeeld van voor gebiedsontwikkeling zeer belangrijke beschikkingenpraktijk kan gewezen worden op staatssteun voor de financiering van een onrendabele top.

a. de problematiek van onrendabele topfinanciering

Wanneer overheden in het kader van de gebiedsontwikkeling de onrendabele top van een project willen financieren, bieden de beleidsregels van de Commissie geen soelaas. Maar zij kunnen dan gebruik maken van de beschikkingenpraktijk van de Commissie. Deze vinden we in de beschikkingen over Marktpassage Haaksbergen,⁷³ Centrumplan Mill en St Hubert⁷⁴ en Grondverkoop en woningbouw Apeldoorn.⁷⁵ Uit deze beschikkingen wordt duidelijk waar de Commissie naar kijkt bij de vraag of de steun kan worden toegestaan op grond van art. 107 lid 3 , onder c VWEU.

- de verfijnde economische benadering wordt toegepast

Allereerst blijkt dat overheden hier niet aan de verfijnde economische benadering ontkomen. De Commissie kijkt of de steun is gericht op een duidelijk omschreven EU-doelstelling, of de steunmaatregel, in vergelijking met andere beleidsinstrumenten, een geschikt instrument is om het vastgestelde probleem aan te pakken, of de steun doelgericht is en evenredig aan de beoogde doelstelling, en of de maatregel het handelsverkeer niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.⁷⁶

- een duidelijk omschreven EU-doelstelling⁷⁷

⁷² De Brusselse gelden moeten dus ook meegenomen worden bij het in acht nemen van de drempels van de de-minimisvrijstellingen, de AGVV en de andere vrijstellingsverordeningen.

⁷³ Beschikking van de Commissie van 4 oktober 2006, Steunmaatregel C 33/2005, Haaksbergen, C(2006) 1184

⁷⁴ Beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009, Steunmaatregel N 555/2008, Mill en St Hubert, C(2009) 7686

⁷⁵ Beschikking van de Commissie van 5 oktober 2011, Staatssteun SA.31877 (2011/N) Grondverkoop en woningbouw Apeldoorn, C(2011) 4940.

⁷⁶ Mill en St. Hubert, punt 43; Apeldoorn punt 46.

⁷⁷ Uit deze beschikkingen blijkt dat de beleidsmakers van overheden er goed aan doen de beleidsuitgangspunten van de Commissie goed in de gaten te houden om te achterhalen wat een EU-doelstelling is. De Commissie baseert zich in deze beschikkingen op haar mededelingen over een thematische strategie voor het stadsmilieu en over Cohesiebeleid en steden en op de beschikking van de Raad betreffende communautaire strategische richtsnoeren inzake cohesie.

Vervolgens zien we dat de economische en sociale cohesie een EU-doelstelling is.⁷⁸ Dit beleid kan bijdragen aan de totstandkoming van duurzame gemeenschappen door ervoor te zorgen dat economische, sociale en ecologische vraagstukken worden aangepakt door middel van geïntegreerde strategieën voor de vernieuwing, revitalisering en ontwikkeling van zowel stedelijke als plattelandsgebieden.⁷⁹

- *project niet zonder financiële steun te realiseren: marktfalen en geschiktheid*
Het valt op dat de Commissie deze EU-doelstelling niet expliciet in verband brengt met een bepaald marktfalen, zoals we die kennen uit de markttheorie. Kennelijk is het feit dat het project niet zonder financiële steun door de overheid kan worden gerealiseerd het toepasselijke marktfalen en daar hoeft men geen kennis van de markttheorie voor te hebben. Dat feit is ook voldoende voor de Commissie om te concluderen dat steunverlening een geschikte maatregel is.⁸⁰

- *evenredigheid: ex ante en ex post controle door onafhankelijke deskundige*
In aansluiting op de kritiek van de Commissie op de financiële afwikkeling bij de Marktpassage Haaksbergen – zoals bekend hoefde de betrokken onderneming de steun die meer bleek te zijn dan verlies maar voor de helft terug te betalen -,⁸¹ vinden we in de latere twee beschikkingen dat de Commissie voorwaarden stelt om overcompensatie te voorkomen: een ex ante controle door een externe onafhankelijke deskundige of de geraamde kosten marktconform zijn⁸² en een ex post controle van de kosten en opbrengsten van de betrokken onderneming door een registeraccountant. Het gerealiseerde rendement dat een marktconform niveau overstijgt moet worden terugbetaald.⁸³

Uit deze beschikkingenpraktijk blijkt hoe de Commissie financiering van een onrendabele top beoordeelt en welke eisen daarbij in acht genomen moeten worden. Overheden die zich bij het melden van onrendabele topfinanciering baseren op deze praktijk mogen er op vertrouwen dat de Commissie de voorgenomen staatssteun zal goedkeuren. Op dit moment is voor iedere steunmaatregel op dit gebied nog aanmelding en goedkeuring vereist. Het ligt voor de hand dat in het nationale kader voorzieningen zijn opgenomen die beogen te voorkomen dat in de toekomst al dergelijke steunmaatregelen afzonderlijk moeten worden goedgekeurd.

5.3 Toepassen beleidsregels en beschikkingenpraktijk leidt tot vereenvoudigde procedure

De bereidheid van decentrale overheden om steunmaatregelen aan te melden wordt niet zelden getemperd door het probleem dat het (te) lang duurt voordat de Commissie haar goedkeuring geeft aan de aangemelde steunmaatregel.

⁷⁸ Mill en St. Hubert, punten 44-48; Apeldoorn punten 47- 52..

⁷⁹ Mill en St. Hubert punt 48.

⁸⁰ Apeldoorn, punt 53.

⁸¹ Haaksbergen, punt 43.

⁸² Mill en St. Hubert, punt 51.

⁸³ Apeldoorn, punt 56. Zie voor de berekening door een onafhankelijke accountant ook Haaksbergen, punt 47.

Tijdens de bankencrisis in 2008 heeft de Commissie noodgedwongen geleerd zeer snel te beslissen over miljarden staatssteun en dat heeft haar ertoe gebracht ook voor normale gevallen van staatssteun een vereenvoudigde procedure in het leven te roepen.⁸⁴

Die vereenvoudigde procedure is van toepassing wanneer overheden steunmaatregelen aanmelden die onder de 'standaardbeoordeling' vallen van bestaande kaderregelingen en richtsnoeren (par. 5.1) en steunmaatregelen die overeenkomen met de bestaande beschikkingenpraktijk (par. 5.2). Deze vereenvoudigde procedure houdt in dat de lidstaat voor de officiële aanmelding contact opneemt met de Commissie, de zogenaamde prenotificatieprocedure om met elkaar af te stemmen en kan ertoe leiden dat de Commissie binnen twee maanden na de aanmelding een beslissing neemt. Een beloning derhalve voor het benutten van de kansen bij het aanmelden van staatssteun.

6. Conclusie

Uit deze bijdrage mag blijken dat overheden bij een Europa bewuste invulling van hun beleid met betrekking tot gebiedsontwikkeling allerlei mogelijkheden hebben om staatssteun te voorkomen (par.3) en vele kansen hebben om te voorkomen dat staatssteun moet worden aangemeld (par. 4). Voor de steunmaatregelen (ad hoc steun en subsidieverordeningen) die wel moeten worden aangemeld bieden de kaderregelingen en richtsnoeren van de Commissie, alsmede de bestaande beschikkingenpraktijk van de Commissie, veel mogelijkheden om de steunmaatregel af te stemmen op de opvattingen van de Commissie. Het bewust gebruik maken van die opvattingen wordt beloond met een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure en een snelle beslissing. We kunnen tenslotte aannemen dat het nationale kader dat thans bij de Commissie ligt erop is gericht algemene goedkeuring te krijgen voor bepaalde categorieën steunmaatregelen voor gebiedsontwikkeling die thans nog moeten worden aangemeld.

⁸⁴ Zie Mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun, *PbEU* 2009, C 136/1. Zie ook Gedragscode voor een goedverloop van de staatssteunprocedures, *PbEU* 2009, C 136/13.