

Vastgoedtransacties sneller staatssteunproof

82

1. Inleiding

Steeds vaker wordt de rechter geconfronteerd met de vraag of vastgoedtransacties staatssteun opleveren.² Het antwoord op deze vraag lijkt relatief eenvoudig: algemeen wordt aangenomen dat transacties met grond of gebouwen alleen dan geen staatssteun opleveren indien een van twee door de Europese Commissie gedetailleerd omschreven procedures wordt gevolgd. Door twee recente uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn de mogelijkheden echter vrij plotseling in belangrijke mate verruimd. Op 13 april 2011 heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) in de zaak betreffende het bestemmingsplan 'Centrum Haaren' deze verruiming overgenomen. Deze – toch onverwachte – ontwikkeling is in de praktijk van groot belang bij het staatssteunproof ontwikkelen van vastgoedprojecten.

Dit artikel beschrijft, na een korte weergave van de problematiek (par. 2), de twee bekende procedures (par. 3 en 4) en de verruiming zoals die zich sinds eind 2010 heeft gemanifesteerd in het *Scott*³-arrest en het *Seydaland*⁴-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie en in de uitspraak van de ABRvS van 13 april jl. (par. 5).

2. Algemeen kader

Indien een gemeente of andere overheid transacties met grond of gebouwen met een onderneming aangaat, zal moeten worden gekeken of de prijs die wordt overeengekomen correspondeert met de marktprijs voor de grond. Het gaat in dit verband niet alleen om de aan- of verkoop van grond of gebouwen, maar ook bijvoorbeeld om uitgifte in erfpacht en verhuur.

Het is van essentieel belang te onderzoeken of de gemaakte (of voorgestelde) financiële afspraken geen ongeoorloofde staatssteun opleveren. Indien namelijk ten onrechte wordt geconcludeerd dat er geen sprake is van staatssteun kan dit in het ergste geval tot aanzienlijke risico's leiden. Gedacht kan worden aan het ongedaan maken van financiële afspraken en het terugvorderen van reeds verleende steun (met rente). Dergelijke risico's kunnen niet alleen ontstaan nadat de Europese Commissie een onderzoek instelt, maar ook – in de praktijk steeds vaker voorkomend – als een concu-

rent naar de rechter stapt omdat hij van mening is dat hij financieel wordt benadeeld.

Zowel de steunverlenende overheid als de ontvangende partij moeten onderzoeken of conform de regels van het staatssteunrecht wordt gehandeld. Indien de steun achteraf wordt teruggevorderd zal de ontvangende partij zich niet kunnen beroepen op een eerder standpunt van de gemeente dat de transactie staatssteunproof was. Bij vastgoedtransacties zullen private partijen met andere woorden niet louter af mogen gaan op een (eerder) standpunt van een gemeente, maar zullen zij ook zelf moeten onderzoeken of de transactie staatssteunproof is. Van belang is dat het begrip 'staatssteun', zoals recent nog in het *Seydaland*-arrest werd benadrukt:

'niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, leningen of deelneming in het kapitaal van ondernemingen kan omvatten, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor, zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn, van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben.'⁵

Het is dus van belang bij vastgoedtransacties het begrip staatssteun ruim te interpreteren en goed te onderzoeken of de desbetreffende financiële afspraken wel de Europese staatssteuntoets kunnen doorstaan. Zo nodig kan een project (iets) anders worden vormgegeven, zodat deze wel staatssteunproof is en niet aan de Europese Commissie hoeft te worden gemeld. Indien wel moet worden gemeld, heeft dit namelijk tot gevolg dat de financiële afspraken niet kunnen worden uitgevoerd totdat de Europese Commissie toestemming heeft gegeven.⁶ Aan gesloten overeenkomsten mag bijvoorbeeld geen uitvoering worden gegeven totdat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen. In 2010 heeft de Hoge Raad in het *Residex* arrest bevestigd dat de (nationale) rechter bevoegd is zo nodig een overeenkomst gesloten ter uitvoering van een niet bij de Commissie gemelde steunmaatregel nietig te verklaren (op grond van art. 108 lid 3 VWEU jo. art. 3:40 lid 2 BW).

De vraag of transacties met grond of gebouwen staatssteunproof worden vormgegeven, moet worden beantwoord aan de hand van de Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen (hierna: 'de Mededeling').⁷ Zoals de titel al doet vermoeden, gold deze Mededeling aanvankelijk alleen voor de verkoop van gronden of gebouwen, maar in de loop der

1 Mr. dr. A.D.L. (Allard) Knook is werkzaam bij CMS Derks Star Busmann. Reacties zijn welkom via allard.knook@cms-dsb.com.

2 Zo verscheen zowel op de dag voor als op de dag na de deadline van dit artikel een belangrijke uitspraak op www.rechtspraak.nl over deze materie, beide uitspraken zijn nog in dit artikel meegenomen: Rb. Alkmaar 20 april 2011, LjN BQ2032 en Rb. 's-Hertogenbosch 22 april 2011, LjN BQ233.

3 HvJ EU 2 september 2010, nr. C-290/07 P (*Europese Commissie/Scott SA*).

4 HvJ EU 16 december 2010, nr. C-239/09 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG*).

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

6 Art. 108 lid 3 VWEU (het welbekende 'standstill-beginsel').

7 *PbEG* 1997, C209/3.

jaren is deze door de Europese Commissie ook toegepast op de aankoop van gronden en gebouwen en de verpachting/verhuur of huur/pacht daarvan. De Mededeling geeft invulling aan het private investors principle, dat als een van de basisbeginselen van het staatssteunrecht kan worden beschouwd en kort gezegd neer komt op de vraag: 'zou een private investeerder een vergelijkbare investering onder normale markteconomische voorwaarden aanvaardbaar vinden?'⁸

Vaak wordt vergeten dat de Mededeling juridisch gezien maar een van de in totaal vijf criteria voor het bestaan van staatssteun inkleurt.⁹ Onder staatssteun wordt namelijk verstaan dat er sprake is van (1) overheidsmiddelen (2) die voordeel verschaffen (3) aan bepaalde ondernemingen of een bepaalde productie (4) waardoor de mededinging wordt vervalst en (5) de 'tussenstaatse handel' wordt beïnvloed (artikel 107 lid 1 VWEU). Het voert te ver om hier uitgebreid al deze criteria te bespreken.¹⁰ Kort gezegd wordt vooral van de laatste twee voorwaarden al vrij snel aangenomen dat deze worden vervuld, waardoor in de praktijk de focus op de eerste drie criteria ligt. Van belang is dat de Mededeling alleen het tweede criterium inkleurt – oftewel een antwoord geeft op de vraag of er sprake is van een 'voordeel'. Indien in strijd met de Mededeling wordt gehandeld zal dus ook nog naar de andere criteria van art. 107 lid 1 VWEU moeten worden gekeken om te bepalen of er daadwerkelijk sprake is van ongeoorloofde staatssteun.¹¹

Daar komt bij dat zelfs indien aan alle voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU wordt voldaan dit niet automatisch betekent dat er sprake is van *verboden* staatssteun.¹² Er bestaan namelijk aardig wat uitzonderingen op het Europese staatssteunverbod, die in de praktijk een niet onbelangrijke rol kunnen spelen. Te denken valt bijvoorbeeld aan uitzonderingen op het gebied van werkgelegenheid, steun van sociale aard, milieusteun, of steun voor kleine of middelgrote ondernemingen.¹³ Verder zal indien een onderneming wordt aangewezen als een verrichter van een dienst van algemeen economisch belang (hierna: 'DAEB', kort gezegd 'een publieke taak'), de vergoeding van de kosten voor aanschaf van de grond of gebouwen als compensatie voor de

dienst kunnen worden gezien, hetgeen niet hoeft te worden gemeld aan de Europese Commissie. In die situatie moet dan vanzelfsprekend wel aan de eisen van een DAEB worden voldaan,¹⁴ de in de praktijk vaak gehoorde opvatting dat een DAEB een 'easy escape' vormt om van melding af te zien, is allesbehalve juist.

3. Eerste methode: de open en onvoorwaardelijke biedprocedure

Zoals gezegd omschrijft de Mededeling twee methoden om een marktconforme prijs te garanderen. De eerste methode is die van een open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt. Deze methode wordt in de Nederlandse praktijk relatief weinig gehanteerd. Kort gezegd moet aan twee criteria worden voldaan om van deze methode gebruik te maken.

3.1 Aanbod voldoende openbaar

In de eerste plaats moet een aanbod volgens de Mededeling voldoende openbaar gemaakt worden. Hiervan is sprake indien:

- gedurende twee maanden of langer herhaalde bekendheid hieraan is gegeven in de nationale pers. De Mededeling spreekt in dit verband van 'onroerend goed of vergelijkbare bladen'. Gedacht kan worden aan publicatie in *Cobouw*;¹⁵ en
- bekendheid is gegeven aan makelaarskantoren die een 'breed gamma van potentiële kopers bereiken' of indien het waarschijnlijk is dat investeerders uit geheel Europa geïnteresseerd zouden kunnen zijn, aan makelaarskantoren die 'zich op klanten op Europees of internationaal niveau richten'.

Kort geleden heeft de Europese Commissie nog eens benadrukt dat met het eerste criterium – 'bekendheid in de pers' – daadwerkelijk de papieren pers wordt bedoeld. Louter bekendmaking via internet volstaat dus niet. De Commissie noemde publicatie in onroerend goed of vergelijkbare bladen een 'beproeft en essentieel element' van deze procedure, al moest de Commissie toegeven dat publicatie via internet wel kan worden gebruikt als een belangrijk 'aanvullend informatiemiddel'.¹⁶ Niettemin leek het Hof Den Haag in het arrest *Koppenhinksteeg* het afdoende te vinden dat de 'met de publicatie [van de desbetreffende biedprocedure] op (met name) diverse websites en in de Leidse media de publiciteit toereikend was gewaarborgd'.¹⁷

8 Mededeling van de Commissie aan de lidstaten – toepassing van art. 92 en 93 EEG-Verdrag en van art. 5 Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriële sector, *PbEG* 1993, C 307/3. Voor verdere uitwerking van dit beginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zie o.a. arresten HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-56/93 (*België/Commissie*), *Jur.p.* 1-723, r.o. 10 en 11, en HvJ EG 8 mei 2003, nr. C-328/99 en C-399/00 (*Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie*), *Jur.p.* 1-4035, r.o. 38 en 39.

9 Zie o.a. de Beschikking van de Commissie van 18 juli 2001 (*Valmont*), C (2001) 2231, r.o. 19.

10 Voor een uitgebreide beschrijving zie Hessel & Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001, hfdst. 2.

11 Dit is in 2009 nog eens bevestigd door de Europese Commissie in de Beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009, Centrumplan gemeente Mill en St. Hubert, r.o. 26. Zie ook de Beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003, Jachthavens zonder winstoogmerk, C (2003) 3890, r.o. 41 e.v.

12 Zie ook de Beschikking van de Commissie van 9 maart 1999, SCI, C144/4, r.o. 68-71.

13 Zie art. 107 lid 2 en art. 107 lid 3 VWEU en (o.a.) Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad betreffende de toepassing van art. 107 en 108 VWEU op bepaalde soorten horizontale steunmaatregelen, 2008, L 214/3.

14 Zoals deze onder andere uit het *Altmark*-arrest volgen: nr. C-280/00 (*Altmark*), *Jur.* 2003, p. I-774; en zie nr. T-274/04 (*Valmont*), *Jur.* 2004, p. II-3145.

15 ABRvS 1 december 2010, *IJNB05731*, r.o. 2.7.4.

16 Antwoord op vraag H-0214/10 van het Europees parlement, te raadplegen via www.europarl.europa.eu.

17 Hof's-Gravenhage 18 februari 2010, *IJN BL7630*, *BR* 2010/99, p. 545, r.o. 23.

3.2 Aanbod moet onvoorwaardelijk zijn

Als tweede criterium geldt dat het aanbod onvoorwaardelijk moet zijn. Volgens de Mededeling is hiervan sprake indien het om het even welkeieder, ongeacht of deze een bedrijf heeft en ongeacht de aard van dat bedrijf, in het algemeen vrij staat om gronden en gebouwen aan te kopen en deze voor eigen doeleinden te gebruiken. Is de verkoop van bouw kavels betrokken in een openbare aanbesteding of selectieprocedure met een openbaar karakter, dan is daarmee sprake van een 'openbare biedprocedure', ervan uitgaande dat deze onvoorwaardelijk is.¹⁸

Weliswaar mogen speciale voorwaarden aan de verkoop worden gesteld, maar alleen

1. ter voorkoming van overlast;
2. ter bescherming van het milieu; en
3. in verband met ruimtelijke ordening indien deze voortvloeien uit nationale regelgeving. Daarnaast mogen deze beperkingen alleen worden gehanteerd indien alle potentiële kopers verplicht zijn en in staat dienen te zijn aan deze voorwaarden te voldoen, oftewel deze voorwaarden proportioneel en non-discriminatoir zijn. Het belang van dit laatste element was onlangs nog in het arrest *Koppenhinksteeg* aan de orde. Volgens het Hof Den Haag mochten met name de eisen van aantoonbare financiële goeioheid en ervaring met soortgelijke projecten in redelijkheid worden gesteld.¹⁹

4. De tweede methode: Taxatie door onafhankelijke deskundige

De tweede mogelijkheid die de Mededeling biedt om marktconformiteit te garanderen, is om gebruik te maken van een taxatie door een onafhankelijke deskundige. Zowel door de Europese Commissie als de ABRvS is gesteld dat deze taxatie voor de verkooponderhandelingen moet plaatsvinden,²⁰ al betekent dit niet dat taxaties van latere datum niet mogen worden meegewogen.²¹ Verder moet aan de volgende drie – cumulatieve – criteria worden voldaan.

4.1 Onafhankelijk

In de eerste plaats moet de taxatie worden verricht door één of meer onafhankelijke taxateurs van onroerend goed. Deze taxateurs moeten beschikken over 'vereiste academische kwalificaties', waaronder wordt verstaan dat zij

1. moeten beschikken over een diploma van een erkend opleidingsinstituut of een vergelijkbaar universitair diploma;
2. aangewezen zijn door een rechterlijke instantie of een gelijkwaardige onafhankelijke instantie; en

3. ten minste drie jaar praktijkervaring hebben.

De Commissie heeft diverse malen benadrukt dat aan al deze – door de Mededeling voorgeschreven – eisen moet worden voldaan.²² Vanzelfsprekend mogen de taxateurs volgens de Mededeling geen instructies ontvangen van de opdrachtgever.

4.2 Rapport voldoende gedetailleerd en specifiek

Wel is het in de praktijk van belang om de taxateur een duidelijk specifieke opdracht te geven. Zowel de nationale rechter als de Europese Commissie blijkt taxatierapporten nauwgezet te onderzoeken,²³ dus het is zaak om de taxateur om een goed onderbouwd rapport te verzoeken. Dat dit vereiste in de praktijk een belangrijke rol kan spelen blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar van 20 april jl. inzake de ontwikkeling van gronden in de Bangert en Oosterpolder.²⁴ Deze uitspraak betrof in de Ontwikkelingsmaatschappij Hoorn ("OMH") verenigde ontwikkelaars die met de Gemeente Hoorn middels een Raamovereenkomst en Aanvullende Raamovereenkomst onder andere waren overeengekomen de wijze waarop de Gemeente en OMH bij de ontwikkeling van het desbetreffende plangebied uitvoering zouden geven aan de effectuering van een bouwclaim van OMH. In het plangebied hadden ook andere private partijen grondposities. De Gemeente had getracht met deze eigenaren vergelijkbare overeenkomsten te sluiten als met OMH, maar met een aantal van hen was dit niet gelukt, waaronder met Exploitatiemaatschappij West-Friesland B.V., (hierna: "EWF"?). EWF stelde onder andere dat de door de Gemeente met OMH gesloten Raamovereenkomst in strijd was met het aanbestedings- en staatssteunrecht, onder andere omdat volgens EWF de taxatie zowel procedureel als materieel niet juist was verlopen. De taxateur zou onafhankelijk noch ter plaatste zijn geweest en het taxatierapport zou volgens EWF niet voldoende specifiek zijn. Zo waren de omvang van de kavels, het gebruik, de exacte locatie en de waarde van de kavels niet in het rapport terug te vinden en zou fictief gerekend zijn met aanzienlijke grotere kavels dan op grond van de eigen referenties gerechtvaardigd zou zijn. Bovendien zou gerekend zijn met een te lage opbrengst per vierkante meter gebruiksvloeroppervlak. In totaal zouden de gronden volgens EWF voor meer dan € 41 miljoen onder de marktwaarde zijn verkocht.

De rechtbank achtte deze kritiek echter niet terecht. De rechtbank oordeelde dat de taxatie wel was uitgevoerd door een onafhankelijk taxatiebureau en dat de taxateurs kennis hadden genomen van een groot aantal gegevens die betrekking hadden op de situatie ter plaatse. Bij de taxatie was naar het oordeel van de rechtbank terecht uitgegaan van een door de gemeente opgesteld verkavelingsplan en waren de getaxeerde grondwaarden vergeleken met de

18 *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011*, publicatie van de Ministeries van BZK en IM, VNG, IPO in samenwerking met de NEPROM, maart 2011, p. 80.

19 *Koppenhinksteeg*, r.o. 23.

20 Beschikking C76/1997 (*Demesa*).

21 GIEA 6 maart 2002, nr. T-127/99, T-129/99 en T-148/99, Jur. 2002, p. II-1275; ABRvS 10 juni 2009, nr. 200808122/1/R3, LjN B17245 (*Gemeente Marne*); ABRvS 9 augustus 2006, nr. 200506368/1, LjN AY5874 (*Zorgcentrum Hintham*).

22 Zie o.a. *Mill en St. Hubert*, r.o. 23; Beschikking 2005/664/EU (*Aircraft Services Lemwerder*), r.o. 20.

23 Beschikking C232/1998 (*FMC Delfzijl*), p. 43. Zie uitgebreid hierover: De Jong-Goris, 'De Mededeling staatssteun bij verkoop van grond en gebouwen: simpel maar effectief?', *TvS*, februari 2011, nr. 2, p. 5 e.v.

24 LjN: BQ2032, Rechtbank Alkmaar, 20 april 2011.

jaarlijks door de gemeente gehanteerde grondprijzen. De genoemde som van € 41 miljoen zou EWF hebben berekend door uit te gaan van referentiewoningen in de desbetreffende categorieën die een lagere feitelijke oppervlakte hadden.

4.3 *Taxatie aan de hand van 'algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria'*

In de derde plaats moet de marktwaarde worden vastgesteld op basis van 'algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria'. Voor de Nederlandse praktijk is het van belang dat de drie gangbare methoden (de residuele grondwaardemethodiek, de comparatieve methode, en het hantieren van grondquota's), hieronder (b)lijken te vallen.²⁵

De marktwaarde wordt omschreven in de Mededeling als:

'de prijs waartegen de gronden en gebouwen op de datum van waardering bij onderhandse overeenkomst tussen een willige verkoper en ... verkoper onafhankelijke koper zouden kunnen worden verkocht, waarbij wordt aangenomen dat de betrokken gronden en gebouwen openlijk op de markt worden aangeboden, dat de marktvoorwaarden een regelmatige transactie mogelijk maken en dat de aard van de gronden en gebouwen in aanmerking genomen, en normaal tijdens bestek beschikbaar is om over de verkoop te onderhandelen.'²⁶

De Europese Commissie heeft ook de volgende, kortere, definitie van marktprijs geaccepteerd:

'Het bedrag dat een particuliere verkoper in de best mogelijke omstandigheden zou kunnen ontvangen, naar de beste voorbereiding, vrij van huur en gebruik.'²⁷

Ondanks deze toch vrij ruime omschrijving mag bij de berekening tegelijkertijd wel rekening worden gehouden met de op het moment van taxatie bekende 'feiten en omstandigheden'.²⁸ In de praktijk blijkt dat er veel onduidelijkheid bestaat over de vraag met welke factoren bij de taxatie rekening mag worden gehouden. Uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie blijkt dat hierbij onder andere kan worden gedacht aan:²⁹

- (specifieke) afspraken die tussen de betrokken partijen zijn gemaakt;

- plannen die zijn ingediend door een van de partijen;
- een eventueel percentage sociale of gesubsidieerde huurwoningen en sociale of gesubsidieerde woningen voor verkoop aan bewoners-eigenaars;
- bijzondere lasten;
- erfdiensbaarheden of andere verplichtingen die de waarde zouden kunnen verminderen;
- een exploitatiebijdrage;
- de in het verleden uitgevoerde taxaties;
- een eventuele begroting door een externe consultant;
- de nabijheid van geplande wegen, water- en spoorwegen, of andere infrastructuur;
- een eventueel geplande functieverandering in een bestemmingsplan;
- investeringen die moeten worden gemaakt door 'launching customers';
- eventuele nadeelcompensatie voor de oorspronkelijke eigenaren;
- de kosten voor het bouwrijp maken, waarover de Commissie heeft gesteld dat 'de vaststelling van de waarde van niet-bouwrijpe grond door het in mindering brengen van de kosten voor het bouwrijp maken van de waarde van de bouwrijp gemaakte grond, een hulpmiddel is wanneer een meer rechtstreekse schatting niet beschikbaar is';³⁰
- bodemkwaliteit, mogelijke vervuiling of andere milieuoverwegingen (zoals het inpakken van een vuilstort en de nazorg gedurende een periode van vijftig jaar);³¹
- de waarde van andere percelen en de verschillende kwaliteiten daarvan, zoals 'de waarde van de grond die gebruikt zal worden als groengebied';³²
- de verwachte waardeestijging als gevolg van de wijziging van een bestemmingsplan;
- de geografische locatie van een gebouw of project dat getaxeerd wordt;
- de staat van het gebouw, de vastgoed in het plangebied met een beschrijving, alsmede het gebruik de exacte locatie en afmetingen daarvan.

Bij het berekenen van de marktprijs is het niet toegestaan rekening te houden met eventuele algemene lasten zoals belastingen, of investeringskosten. Wel kan bij het bepalen van de marktprijs worden meegenomen de vraag of 'de financiële inspanningen van de ontwikkelaar echt maximaal waren'.³³ Hierbij kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of, als de gemeente een nog hogere financiële bijdrage had afgedwongen, de ontwikkelaar nog wel bereid zou zijn geweest aan het project deel te nemen.

Indien na de taxatie blijkt dat de verkoop tegen de vastgestelde marktwaarde niet lukt, mag een marge van ten hoogste 5% worden gebruikt. In uitzonderlijke situaties zelfs een ruimere marge toegestaan te zijn.³⁴ Bij het gebruiken van deze marge is het wel vereist dat er een 'redelijke

25 *Terra Mitica*, C42/201, *PbEG* 2001, C300/2 en 2003/L91/23, de comparatieve methode is verder expliciet geaccepteerd in de Beschikking van de Commissie van 14 december 2004, 2005/664/EU (*Aircraft Services Lemwerder*), p. 32, r.o. 20.

26 Deze definitie is afgeleid van art. 49 Europese verzekeringsrichtlijn (Richtlijn 91/674/EEG).

27 Beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 (*Centrumplan gemeente Mill en St. Hubert*), r.o. 24.

28 Beschikking van de Commissie van 17 juni 2008, C(2008)2685 (Oosterhout-bouwproject Zwaaiikom), r.o. 42

29 Zie o.a. de Beschikking van de Commissie van 17 juni 2008, C(2008) 2685 (Oosterhout-bouwproject Zwaaiikom); Beschikking C232/1998 (*FMC Delfzijl*); Beschikking van de Commissie van 9 maart 1999, SCI, C144/4; GvEA 16 september 2004, nr. T-274/01 (Valmont); *Centrumplan gemeente Mill en St. Hubert*; Beschikking 2005/664/EU (*Aircraft Services Lemwerder*).

30 *Aircraft Services Lemwerder*, r.o. 18.

31 *Oosterhout-bouwproject Zwaaiikom*, r.o. 42.

32 *SCI*, r.o. 57.

33 *Oosterhout-bouwproject Zwaaiikom*, r.o. 44.

34 Beschikking PB C 21 van 25 januari 1994 (*Fresenius*), p. 4; Beschikking C232/1998 (*FMC Delfzijl*), p. 43.

inspanning is gedaan om de gronden en gebouwen tegen de marktwaarde te verkopen'. Indien na nogmaals een redelijk tijdsbestek blijkt dat ook de marge van 5% niet toereikend blijkt om de gronden of gebouwen te verkopen, biedt de Mededeling de mogelijkheid dat op basis van de inmiddels verkregen kennis en ontvangen aanbiedingen de waarde opnieuw wordt vastgesteld.

5 Andere methoden ook mogelijk

De Commissie gaat ervan uit dat indien een van de twee procedures is gevolgd er geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. De Mededeling schrijft verder voor dat transacties waarbij een van beide procedures niet is gevolgd, bij de Commissie moeten worden aangemeld, behalve indien sprake is van de *minimis* steun. De vraag is echter in hoeverre deze zwart-witbenadering nog stand kan houden na de recente *Scott*- en *Seydaland*-arresten en de uitspraak van de ABRvS van 13 april 2011.

5.1 *Scott*-arrest

Scott was een Amerikaans bedrijf dat – voor de bouw van een nieuwe productiefabriek – samen met de stad Orleans en het Département du Loiret de ontwikkelingssamenwerking Sempel had belast met het bouwrijp maken van de terreinen voor dit project van ongeveer 68 hectare. Sempel ontving de betrokken terreinen voor het symbolische bedrag van 1 FRF. Orléans en Loiret hadden zich verbonden tot financiering van de kosten voor het bouwrijp maken ten belope van 80 miljoen FRF. Sempel verkocht aan Scott een deel van de bouwrijp gemaakte terreinen, namelijk 48 hectare van de beschikbare 68 hectare voor 31 miljoen FRF (ongeveer € 4,7 miljoen). Deze verkoop was niet bij de Commissie aangemeld als mogelijksterwijs ongeoorloofde staatssteun.

De Commissie ontving hierover een klacht en besloot een staatssteunprocedure in te leiden.

Deze procedure leidde uiteindelijk tot het besluit van de Commissie dat er sprake was van staatssteun in de vorm van een preferentiële prijs voor de verkoop van het terrein van 48 ha voor het bedrag van in de geactualiseerde waarde, 80,77 miljoen FRF (ongeveer € 12,3 miljoen). Art. 2 van deze beschikking gelastte de terugvordering van de reeds onrechtmatig ter beschikking gestelde steun. Het desbetreffende terrein was gekocht zonder gebruikmaking van een onvoorwaardelijke biedprocedure en zonder waardebeoordeling door een onafhankelijk taxateur.³⁵

De Commissie had zich voor de bepaling van de waarde van de desbetreffende grond en het bouwrijp maken daarvan gebaseerd op de hiervoor door de Franse autoriteiten gemaakte kosten. In eerste aanleg had het Gerecht geoordeeld dat de Commissie deze 'kostenmethode' niet kon hanteren bij het bepalen van de marktwaarde. In hoger beroep oordeelde het Hof van Justitie echter:

'Blijkens [de Mededeling] is waardebeoordeling door een onafhankelijk deskundige weliswaar een mogelijke methode voor raming van de marktwaarde van een terrein, maar dit neemt niet weg dat het Gerecht de grenzen van zijn rechterlijke controle heeft overschreden door zich gewoon te beperken tot de verklaring met de keuze van de kostenmethode haar zorgvuldigheidsplicht niet was nagekomen.'³⁶

Het Hof van Justitie oordeelde dat de Commissie de kostenmethode wel kon hanteren, onder andere omdat het mocht uitgaan de betrouwbaarheid van een eerdere raming van de grondwaarde van het braakliggende terrein bij de verkoop daarvan aan Scott. Ook andere gegevens hadden bij de beoordeling een rol gespeeld. Het feit dat de Commissie bij de uiteindelijke beoordeling een rekenfout had gemaakt, liet onverlet dat de Commissie wel van de kostenmethode gebruik had mogen maken.

5.2 *Seydaland*-arrest

Het arrest Seydaland betrof een Duitse regeling die voorzorg in een berekeningsmethode voor de vaststelling van de waarde van land- en bosbouwterreinen die door de overheid te koop werden aangeboden in het kader van een privatiseringsplan. De berekeningsmethode week af van beide hiervoor beschreven procedures. De verwijzende rechter was van mening dat alleen de twee procedures van de Mededeling mochten worden gebruikt en vroeg derhalve aan het Hof van Justitie of de Duitse berekeningsmethode in strijd was met art. 107 VWEU. Het Hof van Justitie oordeelde dat een lidstaat ook een eigen methode mag ontwikkelen, mits deze methode in alle gevallen leidt 'tot een prijs die de marktwaarde zo dicht mogelijk benadert'.³⁷ Het Hof bevestigde dat de twee hiervoor beschreven procedures prijzen opleverden 'die beantwoorden aan de reële marktwaarden', maar voegde hier aan toe dat 'het niet uitgesloten was dat ook andere methoden tot ditzelfde resultaat kunnen leiden'.³⁸ De Duitse berekeningsmethode achtte het Hof niet in strijd met art. 107 VWEU, onder andere omdat gebruik werd gemaakt van regionale referentiewaarden. Als voorwaarde werd wel gesteld dat de methode voorzorg in actualisering van de prijzen in gevallen waarin sprake is van een aanzienlijke prijsstijging, zodat de daadwerkelijk door de koper betaalde prijs de marktwaarde van de desbetreffende gronden zo veel mogelijk benaderd. Het was aan de verwijzende rechter om te beoordelen of aan deze voorwaarde werd voldaan.

5.3 *Uitspraak bestemmingsplan 'Centrum Haaren'*

De uitspraak van de ABRvS in de zaak betreffende het bestemmingsplan 'Centrum Haaren' betrof (onder andere) de vraag of er sprake was van staatssteun in het kader van de

35. Art. 108 lid 2 VWEU

36. Scott, r.o. 72.

37. Seydaland, r.o. 35.

38. Seydaland, r.o. 39.

financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan.³⁹ Deze vraag komt regelmatig terug in rechtspraak van de Raad van State en van lagere rechters. Nog geen tien dagen na deze uitspraak — op 22 april 2011 — zou de Rechtbank Den Bosch een projectbesluit vernietigen op de grond dat bij het eventueel wegvallen van reeds verleende staatssteun de financiële uitvoerbaarheid niet meer kon worden verzekerd.⁴⁰ In 2009 nog vernietigde de ABRvS het besluit ter vaststelling van het bestemmingsplan 'Leens - Winkelcentrum';⁴¹ omdat niet — en de ABRvS voor een deel niet kon nagaan of — aan de voorwaarden van de Mededeling was voldaan.⁴² En in 2007 oordeelde de ABRvS in de zaak betreffende het bestemmingsplan 'De Zwaaiikom' dat de financiële uitvoerbaarheid van het plan om deze reden onvoldoende inzichtelijk was gemaakt, omdat geen van beide procedures van de Mededeling was gevolgd en "een vermoeden van staatssteun" dan ook niet kon worden uitgesloten.⁴³

Niettemin zal de ABRvS niet tot vernietiging overgaan indien de financiële uitvoerbaarheid van het plan niet afhankelijk is van de desbetreffende staatssteun. Zo oordeelde De ABRvS in de uitspraak inzake het bestemmingsplan 'Rijswijkseplein' dat de desbetreffende transactie weliswaar aan de Commissie had moeten worden gemeld, maar dat de ontvangende partij ter uitvoering van het plan zonder de gemeentelijke bijdrage niet over onvoldoende middelen zou beschikken. Aangezien de financiële uitvoerbaarheid van het plan niet afhankelijk was van de gemeentelijke bijdragen stond art. 107 VWEU dus aan de uitvoerbaarheid van het plan niet in de weg.⁴⁴ Op vergelijkbare wijze constateerde de ABRvS in de zaak betreffende het bestemmingsplan 'Zorgcentrum Hintham' dat:

'door het niet toepassen van de biedprocedure en het taxeren ná de verkooponderhandelingen, niet is voldaan aan de Mededeling en dat gelet hierop een vermoeden van staatssteun niet kan worden uitgesloten. Gelet hierop had aanmelding van de grondtransactie bij de Europese Commissie niet achterwege mogen worden gelaten.'⁴⁵

Niettemin bleek in de zaak betreffende het bestemmingsplan 'Zorgcentrum Hintham' dat ook dat plan zou worden uitgevoerd in geval een hogere prijs voor de gronden moest worden betaald indien de grondtransactie in strijd was met het staatssteunrecht. Voorts was niet gebleken dat de ontvangende partij de uitvoering van het plan over onvoldoende middelen zou beschikken en dat ook om die reden de financiële uitvoerbaarheid van het plan gewaarborgd

was. Deze laatste redenering werd overigens ook gevolgd door de ABRvS in de zaak betreffende het bestemmingsplan 'Torenzicht'.⁴⁶

In de zaak betreffende het bestemmingsplan 'Centrum Haaren' had de gemeente ten behoeve van de ontwikkeling van het plan had met een woningstichting een samenwerkingsovereenkomst gesloten, waarin partijen onder waren overeengekomen de verkoop door de gemeente van 11 681 m² grond aan de woonstichting tegen een prijs van € 6 434 833 (exclusief btw). Deze prijs werd door de woonstichting voldaan door het bouwrijp maken van gronden en aanleggen van (overige) infrastructurele voorzieningen. Stichting Behoud Haaren stelde dat bij de samenwerkingsovereenkomst de Europese regelgeving op het gebied van aanbesteding en staatssteun niet was nageleefd. Meer in het bijzonder betoogde Stichting Behoud Haaren dat de financieel-economische uitvoerbaarheid van het plan niet gewaarborgd was, omdat zij de verwachte winst van € 80 000 per gerealiseerd appartement niet haalbaar achten.

De ABRvS oordeelde dat de vraag of de verkoop van gemeentelijke gronden al dan niet onder marktconforme voorwaarden tot stand is gekomen, niet op basis van de voorhanden zijnde stukken was vast te stellen. Wel stond volgens de ABRvS vast dat geen van beide procedures van de Mededeling was gevolgd. De ABRvS stelde vervolgens, daarbij expliciet verwijzende naar de *Scott-* en *Seydaland-*arresten:

'Volgens [de Mededeling] kan in dergelijke omstandigheden sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun, in welk geval, onverminderd de de minimis regeling, de transactie bij de Europese Commissie zou moeten worden aangemeld. Deze aanmelding zou, indien sprake is van steun in de zin van artikel 107 VWEU en geen ontheffing gegeven kan worden en geen vrijstellingsregeling van toepassing is, kunnen leiden tot de terugvordering van de staatssteun. Overigens is niet uitgesloten dat buiten de methoden van verkoop van gronden en gebouwen of taxatie zoals beschreven in de Mededeling van de Commissie, andere methoden bestaan die prijzen kunnen opleveren die beantwoorden aan de reële marktwaarden.'⁴⁷

Uiteindelijk gaven voor de Afdeling de argumenten van Stichting Behoud Haren geen aanleiding om aan het oordeel van het college wat betreft de financiële uitvoerbaarheid te twijfelen. Wellicht belangrijker is verder dat bovenstaand citaat toch een belangrijke verruiming lijkt in te houden ten opzichte van eerdere jurisprudentie, zeker nu expliciet wordt verwezen naar *Scott* en *Seydaland*. Zoals hierboven omschreven benadrukte de ABRvS eerder telkenmale dat het niet volgen van een van de twee procedures leidt tot een — duidelijk — vermoeden van staatssteun en derhalve moet worden gemeld (onder andere in de zaken betreffende de bestemmingsplannen 'Zorgcentrum Hintham',

39 Uit art. 9 Bro 1985 volgt dat bij de voorbereiding van een bestemmingsplan onder meer onderzoek dient te worden gedaan naar de financiële uitvoerbaarheid daarvan.

40 Rb. 's-Hertogenbosch 22 april 2011, LjN BQ2331, r.o. 48-51.

41 Althans voor zover het het plandeel met de bestemming 'Centrum - 1' betrof.

42 ABRvS 10 juni 2009, LjN BI7245, r.o. 2.17.

43 ABRvS 26 september 2007, LjN BB4338, r.o. 2.7.4.

44 ABRvS 26 juli 2006, LjN AY5061, r.o. 2.8.2.

45 ABRvS 9 augustus 2006, LjN AY5874, r.o. 2.10.

46 ABRvS 1 december 2010, LjN BO5731, r.o. 2.7.4.

47 'Centrum Haaren', r.o. 2.18.3.5.

'Rijswijkseplein', 'Torenzicht' en 'De Zwaaiikom'). – Nu ligt de nadruk juist op de uitbreiding in het *Scott* arrest en het *Seydaland* arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De ABRvS laat kort gezegd bij de vraag naar de financiële uitvoerbaarheid meewegen de belangrijkste conclusie van *Scott* en *Seydaland*: er zijn meer mogelijkheden dan eerder werd aangenomen om een vastgoedtransactie als staatssteunproof aan te merken.

6 Conclusie

De Mededeling van de Commissie – al met al niet meer dan een beleidsregel⁴⁸ – biedt twee methoden om een vastgoedtransactie staatssteunproof vorm te geven. Het Hof van Justitie – en nu ook de Raad van State – voegt hier aan toe dat ook andere methoden mogen worden gebruikt. Hierbij treedt een belangrijke verschuiving op van de middelen naar het doel van de het staatssteunverbod; niet de vraag of één van de twee methoden van de Mededeling is gehanteerd, maar de vraag of overeenkomstig het doel van beide methoden is gehandeld – oftewel of marktconform is gehandeld – komt centraal te staan. De belangrijkste conclusie is wellicht nog wel dat de vraag of een vastgoedtransactie staatssteun oplevert in de praktijk zeker niet uit de weg moet worden gegaan. Er zijn vaak meer mogelijkheden dan in eerste instantie wordt aangenomen om een transactie staatssteunproof vorm te geven.

⁴⁸ Een Mededeling wordt in het EU-recht gezien als een 'soft law'-instrument, die kort samengevat weliswaar geen juridische waarde heeft, maar wel grote praktische waarde. Andere soft law-instrumenten zijn resoluties, verklaringen, 'Action Programmes', de conclusies van de Raad, 'Guidelines' en (interinstitutionele) akkoorden. Gezamenlijk vormen de diverse soft law-instrumenten ongeveer 13% van al het EU-recht.