

Staatssteun: de nieuwe korenwolf of steenmarter.

Opmars van staatssteun als gelegenheidsargument ?

mr. A.H.G. van Herwijnen¹

1. Staatssteun een nieuw fenomeen?

Al sinds de inwerkingtreding van het EG-Verdrag in 1958 zijn er Europese regels om te voorkomen dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen in de lidstaten worden verstoord.

Allereerst zijn dat de mededingingsregels die bedoeld zijn om het ontstaan van mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen (kartels) te voorkomen. Daarnaast zijn er regels om te voorkomen dat de concurrentieverhoudingen worden verstoord doordat ondernemingen een voordeel krijgen, dat zij onder normale marktcondities niet zouden hebben verkregen. Indien er sprake is van een dergelijk voordeel spreekt men over staatssteun. Er geldt een verbod op het verlenen van staatssteun, tenzij de Europese Commissie (hierna: EC) de steunmaatregel goedkeurt of een vrijstelling van toepassing is.

Het antwoord op de vraag in dit kopje luidt derhalve: nee, staatssteun is geen nieuw fenomeen.

Toch is het een onderwerp dat in Nederland naar mijn indruk steeds meer aan 'populariteit' wint, al was het maar door de bankencrisis. Het argument van vermeende, niet aangemelde staatssteun is de afgelopen jaren regelmatig gebruikt in officiële klachten bij de EC en in juridische procedures, met name bij de nationale rechter. Vooral voor het vaststellen van bestemmingsplannen lijkt het wel of staatssteun een soort 'nieuwe korenwolf' of 'nieuwe steenmarter' is geworden. Met de korenwolf verwijs ik naar gebiedsontwikkelingsprojecten die in het verleden vaak stilgelegd werden, omdat deze door Europese regelgeving beschermde dieren op het terrein aanwezig waren of zouden zijn en niet verstoord mogen worden. En eind september 2011 kwam een school in Gelderland in het nieuws, die tijdelijk werd ontruimd, omdat er steenmarters huizen. Zij vervuilen de school met hun uitwerpselen. Dit leidt tot onhygiënische toestanden. De dieren mogen niet verstoord of gevangen worden. Daarvoor is een ontheffing gegeven en de school wordt steenmartervrij gemaakt.

In deze bijdrage zal ik in paragraaf 2 de essentie van de staatssteunregels bespreken, met voorbeelden uit de BZK-praktijk. In paragraaf 3 stip ik de beleidsregels voor goedkeuring en vrijstelling aan. Vervolgens ga ik in paragraaf 4 in op de mogelijkheden van partijen voor de Europese

¹ mr. A.H.G. van Herwijnen is werkzaam als jurist bij BZK/CZW. Zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel; Aangepaste versie uit het liber amicorum 'Het schip van Staat', april 2012

rechter en voor de nationale rechter. Interessant is dat niet alleen de traditioneel bij staatssteun betrokken partijen (de EC en de lidstaat) een beroep doen op vermeende staatssteun voor hun rechtsvordering. Ook concurrenten, politieke partijen en belangenorganisaties doen een beroep op dit argument. In paragraaf 5 ga ik in op de vraag of staatssteun de nieuwe korenwulf of steenmarter voor gebiedsontwikkeling is. Dit doe ik aan de hand van enkele rechtszaken op dat het terrein, waarin staatssteun als argument is aangevoerd om een vordering van een van de partijen in het geding kracht bij te zetten. In paragraaf 6 trek ik de conclusie.

2. Staatssteun in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

Het huidige artikel 107 van het Verdrag tot Werking van de Europese Unie (VWEU) maakt een onderscheid tussen gerechtvaardigde doelstellingen op grond waarvan de EC staatssteun *zal* goedkeuren en gerechtvaardigde doelstellingen op grond waarvan de EC staatssteun *kan* goedkeuren. De EC heeft diverse steunkaders voor haar goedkeuringsbeleid ontwikkeld. Artikel 108 van het VWEU schrijft voorts voor dat, voorafgaand aan de uitvoering van de steunmaatregel, aanmelding van staatssteun bij de EC moet plaatsvinden en een *standstill*-periode geldt. Dit betekent dat de goedkeuring van de EC moet worden afgewacht voordat de steun kan worden toegekend en/of uitgekeerd.

Artikel 106, tweede lid, van het VWEU is een specifieke bepaling die ook een relatie heeft met staatssteun. Dit artikel gaat over diensten van algemeen economisch belang. Financiering van openbare dienstverplichtingen die aan specifieke voorwaarden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie voldoen, wordt niet gezien als staatssteun².

2.1 Staatssteuncriteria

Het VWEU bepaalt in artikel 107, eerste lid, dat steunmaatregelen, in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt zijn, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Om een maatregel als staatssteun aan te merken zijn vier criteria bepalend:

1. Er is sprake van voordeel voor een onderneming, dat deze onderneming niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen;
2. Het moet gaan om een voordeel dat met staatsmiddelen bekostigd is;

² Zaak Atmark Trans, HvJ 24 juli 2003, C-280/00, Jurispr. 2003, I-7747

3. Er moet sprake zijn van een selectief voordeel: een voordeel voor een of meer bepaalde ondernemingen of producties;
4. Het voordeel moet de mededinging (dreigen te) vervalsen en een ongunstig effect hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Het maakt niet uit welk juridisch instrument wordt gebruikt. Voorbeelden zijn: een subsidiebesluit, convenant, garantieovereenkomst, of regelgeving. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat het EG-Verdrag geen onderscheid maakt naar de oorzaken of doeleinden van de maatregelen, maar ziet op de *gevolgen* voor de mededinging. De staatssteunregels moeten worden opgevolgd voor bijvoorbeeld subsidies om maatregelen te nemen voor energiebesparing in de gebouwde omgeving. De regels gelden ook voor redelijk complexe afspraken over gebiedsontwikkeling of reeds jarenlang bestaande financiering van woningcorporaties.

2.1.1. Is er sprake van voordeel voor een onderneming dat deze onderneming niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen?

Het begrip staatssteun moet ruim worden uitgelegd. Het Hof heeft aangegeven dat er sprake is van staatssteun indien de staat eenzijdig 'om niet' een 'voordeel' verstrekt dat niet onder normale marktvoorwaarden zou zijn verkregen³. Anders gezegd, indien de begunstigde onderneming geen evenredige tegenprestatie hoeft te verlenen, kan er sprake zijn van een 'voordeel' dat onder de staatssteunregels valt. Het begrip steunmaatregel omvat dus niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, maar ook maatregelen die de lasten verlichten, terwijl die normaliter op het budget van een onderneming drukken. Dat kan een belastingvrijstelling zijn, maar ook een lening of garantie tegen gunstiger voorwaarden dan op de financiële markt.

Er is geen sprake van staatssteun als een bijdrage wordt gegeven als nadeelcompensatie⁴.

Er is evenmin sprake van staatssteun als de inbreng van nieuw kapitaal (de oprichting van een onderneming, overdracht van het eigendomsrecht) onder dezelfde voorwaarden en overwegingen plaatsvindt die aanvaardbaar zijn voor een particuliere investeerder die volgens de in markteconomie normale gebruiken handelt, het zogeheten Market Economy Investors Principle (MEIP).

³ Vaste jurisprudentie, zoals vastgelegd in de zaken SFEI, HvJ, C-39/94, Jurispr. 1996, p. I-3547; Spanje vs. Commissie (Tubacex), HvJ C-342/96, Jurispr. 1999, I-2459 en meer recent Ryanair vs. Commissie, Gerecht, T-196/04.

⁴ Beschikking van 16 juni 2004 Steunmaatregel N304/2003 ten behoeve van Akzo Nobel; zie ook Handreiking nadeelcompensatie en staatssteun, ICER, 2007

Marktconformiteit van een investering moet grondig en uitgebreid worden aangetoond.

Voorbeeld: Voor de aanleg van een glasvezelnet heeft B&W van Amsterdam op 12 april 2005 besloten tot oprichting van Glasvezelnet Amsterdam BV. De deelname van de gemeente is verantwoord vanuit het MEIP-principe. Belangrijk was de substantiële deelname door particuliere investeerders (33% gemeente, 33% door ieder van de 2 particuliere investeerders). Mede onder druk van procedures van concurrenten bij de nationale rechter heeft de gemeente haar deelname aan het project als 'geen staatssteun' - om redenen van rechtszekerheid - bij de EC gemeld. De Commissie heeft inderdaad een beschikking 'geen staatssteun' gegeven⁵.

2.1.2. Is er sprake van een voordeel dat met staatsmiddelen is bekostigd?

Bij staatssteun gaat het om voordelen die door de lidstaat worden verleend en/of met staatsmiddelen worden bekostigd, dan wel het afzien van bepaalde inkomsten (zoals bepaalde belastingvrijstellingen). Hieronder valt ook steunverlening door medeoverheden (gemeenten, provincies en waterschappen). De rijksoverheid ('lidstaat' Nederland) blijft echter steeds de door de Europese Commissie aan te spreken partij, omdat het Europees recht niet treedt in de staatsrechtelijke verhoudingen binnen een lidstaat.

Onder de staatssteunregels vallen ook steunmaatregelen door:

- lichamen of bedrijven, waarop de overheid een dominerende invloed heeft;
- rechtspersonen wanneer hun gedrag kan worden toegerekend aan de staat;
- publieke of private beheerders waaraan door de overheid gelden ter beschikking worden gesteld om andere ondernemingen te subsidiëren. Vaak zullen de subsidies aan dergelijke stichtingen zelf door de Europese Commissie niet als staatssteun worden beschouwd. Zodra er met de subsidies projecten ondersteund worden waaraan ook het bedrijfsleven deelneemt, kan er sprake zijn van staatssteun.

Voorbeeld: bij staatssteun aan woningcorporaties is in de jaren negentig van de vorige eeuw het systeem van het rechtstreeks geven van subsidies en leningen aan woningcorporaties verlaten. Toch is er sprake van staatssteun, omdat de corporaties via het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting project- en saneringssteun kunnen ontvangen en goedkoper geld kunnen lenen als het Waarborgfonds sociale woningbouw (WSW) die lening borgt, vanwege de overheidsgarantie⁶. De

⁵ Beschikking van 11 december 2007, Glasvezelnet Amsterdam BV, C 53/2006

⁶ Besluit van de EC van 15 december 2009, E2/2005 Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties in Nederland

overheid heeft een dominerende invloed op het CFV en WSW via de regelgeving over toegelaten instellingen volkshuisvesting.

2.1.3. Is er sprake van een selectief voordeel: een voordeel voor een of meer bepaalde ondernemingen of producties?

Bij het bepalen van het derde criterium is van belang dat als onderneming wordt gezien elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd⁷. Om te bepalen of er sprake is van een onderneming in Europeesrechtelijke zin, is dus het begrip economische activiteit van belang. Als economische activiteit wordt gezien: het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Een winstoogmerk is hierbij niet vereist⁸. Dus ook een stichting die zich (gedeeltelijk) bezighoudt met economische activiteiten kan kwalificeren als onderneming voor de staatssteunregels. De aanwezigheid van (potentiële) concurrentie of een mogelijke markt voor de aangeboden goederen of diensten is voldoende om een activiteit aan te merken als economische activiteit. Een entiteit die zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dient slechts voor de economische activiteiten als onderneming te worden aangemerkt.

Voorbeeld: Een stichting die tegen betaling adviezen geeft over energiebesparing in de gebouwde omgeving vraagt een subsidie aan om voorstellen te ontwikkelen voor energiebesparing. Zij begeeft zich met een economische activiteit op een markt voor adviesdiensten. Subsidie die wordt gegeven kwalificeert als staatssteun.

2.1.4. Is er sprake van een voordeel dat de mededinging vervalst of dat dreigt te doen en een ongunstig effect heeft op het handelsverkeer tussen de lidstaten?

De EC komt bij beoordeling van een steunmaatregel al snel tot de conclusie dat er sprake is van (dreigende) vervalsing van de mededinging of ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Ook als het gaat om steun aan een activiteit die lokaal van aard en geografisch beperkt is. Bepalend is namelijk niet de activiteit, maar de markt waarop deze plaatsvindt. Ook al is een bedrijf dat steun ontvangt internationaal niet actief, als het bedrijf actief is op een markt waar andere spelers wel internationaal actief zijn, is er sprake van een potentiële invloed op de handel.

⁷ Vaste jurisprudentie, zoals vastgelegd in de mededingingszaak Höfner HvJ C-41/90, Jurispr. 1991, I-1979 en Arrest van 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, Pavel Pavlova. vs. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Jurispr. 2000 I-6451

⁸ Arrest van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209 tot 25 en 218/78, Heintz van Landwyk SARL/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 3125, punt 21 en meest recent arrest van 1 juli 2008, zaak C-49/07, MOTOE vs. Elliniko Dimosio, Jurispr. 2008, blz. I-4863, punten 27 en 28.

Voorbeeld: Bij de beoordeling van de Nederlandse woningcorporaties was aan de orde dat niet de corporaties, maar hun concurrenten op de Europese vastgoedmarkt opereren.

Traditioneel voorbeeld van een lokale activiteit is de beschikking over een jaarlijkse subsidie aan een particuliere exploitant van een zwembad in Dorsten, Duitsland. De EC stelde vast dat de sportinfrastructuur hoofdzakelijk door de inwoners van de stad en de naburige gemeenten werd gebruikt. Daardoor bleek de subsidie geen invloed te hebben op de gemeenschappelijke markt en werd het niet als staatssteun aangemerkt⁹. Let wel: de situatie kan door de EC anders worden beoordeeld indien de overheid van plan is een groot zwembad gericht op met name toeristen te gaan subsidiëren. Ook een landelijke regeling die gericht is op lokale ondernemingen, waarvan er ook een aantal in de grensstreek actief is, wordt door de EC als concurrentieverstorend gezien.¹⁰

Een aparte categorie steun is zogeheten 'de minimissteun'. Steun aan één specifieke onderneming die niet hoger is dan € 200.000 in een periode van drie jaar heeft geen aantoonbaar effect op de handel tussen Lidstaten, aldus de Europese Commissie in haar verordening. Dit bedrag geldt voor één onderneming, ongeacht de vorm van de steun¹¹. Voor landbouw, visserij en transport ondernemers gelden lagere plafonds via aparte verordeningen.

Bij het bepalen van reeds verleende 'de minimissteun' (door welke overheid dan ook) moet ook alle de minimis steun aan moeder- en dochterbedrijven worden meegerekend. Dat is niet altijd eenvoudig. Daarom is 'de minimissteun' niet een toverbal die te pas en te onpas kan worden gebruikt: het kan een oplossing zijn voor kleine subsidiebedragen. Exclusieve leveringscontracten en octrooiafspraken kunnen ook zorgen voor een doortelling van 'de minimissteun'.

Voorbeeld: In de zaak van de Nederlandse pompstations vond het Hof dat 'de minimissteun' aan individuele, juridisch zelfstandige pomphouders toch indirect voordeel opleverde aan de oliemaatschappijen die aan de tankstations waren gebonden door een exclusieve afnameovereenkomst. Zo hadden oliemaatschappijen van een veelvoud van het de minimis-bedrag geprofiteerd. Het verkregen voordeel moest worden teruggevorderd.

Zodra een maatregel niet aan één van de hierboven genoemde criteria voldoet is de maatregel geen staatssteunmaatregel volgens het VWEU.

⁹ Beschikking Steunmaatregel N258/00 – Duitsland – Freizeitbad Dorsten

¹⁰ Nederlandse pompstationhouders HvJ van 13 juni 2002, zaak C-382/99, Jurispr. 2002, p. I-05163

¹¹ Verordening nr. 1998/2006 van de Commissie

2.2 Staatssteun: en dan?

De staatssteunprocedure werkt met het 'nee, tenzij' principe. Staatssteun is verboden, tenzij het Verdrag een uitzondering toelaat en de EC verklaart dat de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt. De EC heeft ter uitwerking hiervan een complexe hoeveelheid secundaire regelgeving opgesteld, die bepaalt waar, hoe en wanneer staatssteun toegestaan is. Niet (tijdig) melden kan in het uiterste geval leiden tot de verplichting om de oneigenlijk verleende steun terug te vorderen. Dit kan financiële gevolgen hebben voor de betreffende onderneming of sector. Daarnaast kan het ook gevolgen hebben wegens het niet na kunnen komen van politieke of bestuurlijke toezeggingen. Terugbetaling moet plaatsvinden met rente en zonder compensatie en mogelijk zelfs met terugwerkende kracht. Dit kan zelfs tot een faillissement leiden.

De EC heeft de exclusieve taak en bevoegdheid om vooraf te beoordelen of aan de uitzonderingscriteria van het EG Verdrag is voldaan. Iedere overheidsinstantie dient elk voornemen tot verlening van steun vooraf bij de Commissie aan te melden. Deze meldingsprocedure duurt (inclusief een mogelijke prenotificatie) meestal gemiddeld 6 tot 12 maanden. Bij ingewikkelde zaken kan de procedure soms wel 2 jaar duren. Als de EC twijfelt over de aanwezigheid van steun moet zij de zogenaamde formele procedure inleiden, die de melding met nog eens 18 maanden kan verlengen. Steun mag niet worden verleend voordat de EC een goedkeurend besluit neemt.

3. Staatssteun in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening en steunkaders

Soms kan worden volstaan met een kennisgeving van de steun, op grond van een vrijstellingsverordening zonder langdurige goedkeuringsprocedure. Deze vormen van staatssteun zijn uitgewerkt in de zogeheten algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en gaan onder andere over bepaalde vormen van steun voor milieumaatregelen, voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, voor opleidingen en voor steun aan het midden- en kleinbedrijf. Voor vormen van landbouw steun is er een aparte groepsvrijstellingsverordening.

Daarnaast heeft de Commissie in december 2011 de regels voor staatssteun in de vorm van compensatie voor de kosten van een opgedragen dienst van algemeen economisch belang (DAEB) herzien. Als onderdeel van dit herziene DAEB-pakket zijn een vrijstellingsbesluit en een kaderregeling vastgesteld,¹². Op het specifieke onderwerp van DAEB's ga ik in deze bijdrage niet in.

¹² DAEB-pakket van de Europese Commissie van 20 december 2011 bestaande uit: een nieuwe mededeling, een herziene kaderregeling, een herzien vrijstellingsbesluit en een nieuwe concept-verordening voor 'de minimissteun' voor DAEB. Laatstgenoemd document moet worden vastgesteld door de Raad.

Voor veel soorten steunmaatregelen die niet onder de AGVV vallen zijn steunkaders in de vorm van richtsnoeren, kaderregelingen en mededelingen opgesteld. De lidstaten worden vóór de totstandkoming van de vrijstellingsverordeningen en steunkaders geraadpleegd, maar zij hebben geen medebeslissingsrecht. De EC stelt deze kaders zelf vast. Zij heeft die bevoegdheid voor vrijstellingsverordeningen op grond van een verordening van de Raad¹³. De steunkaders zijn opgesteld als uitleg over de beoordeling van de EC bij toepassing van artikel 107 VWEU.

4. Welke partijen gaan naar de rechter?

In de praktijk zijn er diverse partijen die zich beroepen op het feit dat een steunmaatregel kwalificeert als staatssteun die niet is aangemeld bij of goedgekeurd door de Commissie. Partijen kunnen – ook als ze geen direct belanghebbende zijn - door het invullen van een eenvoudig formulier een klacht indienen bij de EC. Dit gebeurt regelmatig. Als de klacht in behandeling wordt genomen verzoekt de EC de lidstaat (soms meerdere keren) om informatie die moet aantonen dat er geen sprake is (geweest) van staatssteun. Een klachtzaak is een informele procedure zonder termijnen, die er echter wel toe kan leiden dat de steun alsnog gemeld moet worden. Het is dus zaak klachten serieus te nemen. De EC kan de klacht afdoen (seponeren) of als ingetrokken beschouwen als de informatie van de lidstaat als afdoende wordt beoordeeld en de wederpartij niet met nieuwe feiten komt. Zij kan ook een besluit nemen waarin zij vaststelt dat er geen sprake is van steun, of dat de steun verenigbaar is.

Hierna ga ik in op de situatie dat partijen een rechtsmiddel kunnen inroepen.

Partijen kunnen beroep instellen tegen besluiten van de EC bij de Europese rechter en tegen besluiten van de overheid bij de nationale rechter. Bij de nationale rechter wordt allengs vaker een beroep gedaan op staatssteun als argument om bepaalde beslissingen tegen te houden. Dat geldt voor vermeend ten onrechte verleende staatssteun als argument bij de bestuursrechter, zoals bijvoorbeeld bij het opleggen van heffingen en het verlenen van subsidies en ook bij de vaststelling van bestemmingsplannen. Het geldt ook bij de civiele rechter, zoals het recent inroepen van de nietigheid van een garantie wegens onterechte staatssteun.

Als partijen zijn te onderscheiden: de Europese Commissie, de lidstaat, de begunstigde, de concurrent van de begunstigde, de politieke partij en de belangenorganisatie.

¹³ Verordening 994/98 van de Raad van de Europese Unie

Op grond van het VWEU kan 'iedere natuurlijke of rechtspersoon onder bepaalde voorwaarden beroep instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken'¹⁴. In de praktijk zijn het voornamelijk de eerste drie partijen uit bovenstaand lijstje die beroep in Luxemburg instellen. Soms zijn het de concurrenten die beroep instellen, meestal na een klacht. Anderen dan de adressaten van een beschikking kunnen slechts stellen daardoor individueel te worden geraakt, indien deze beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adreesaat.

Op grond van het nationale recht zijn er nog meer partijen die zich tot de rechter kunnen wenden. Het kunnen alle partijen zijn die belanghebbende zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht of die een privaatrechtelijke rechtsvordering kunnen instellen. Als een beroepsprocedure wordt ingesteld bij de nationale rechter is het namelijk tegen een besluit ter uitvoering van nationale maatregelen. Een vaak gebruikt argument is dat er sprake is van ten onrechte niet-aangemelde staatssteun.

4.1. De Europese Commissie

De Europese Commissie neemt een besluit op grond van het VWEU, de Procedureverordening en de betreffende steunkaders. Als een van de andere partijen daartegen beroep instelt verdedigt de juridische dienst van de EC het besluit.

4.2. De lidstaat

Het besluit over de steunmaatregel is gericht aan de regering van de betreffende lidstaat. De rijksoverheid ('lidstaat' Nederland) blijft steeds de door de EC aan te spreken partij, omdat het Europees recht niet treedt in de staatsrechtelijke verhoudingen binnen een lidstaat. Dus ook besluiten van bijvoorbeeld provincies, gemeenten of waterschappen worden de lidstaat Nederland als geheel aangerekend. Het besluit kan een positief besluit zijn ('geen bezwaar'). Na een formele onderzoeksprocedure kan een besluit onder voorwaarden worden verleend ('voorwaardelijk besluit') of kan een negatief besluit worden genomen, eventueel met een opdracht tot terugvordering van het genoten voordeel¹⁵. De lidstaat kan beroep instellen bij het Hof van Justitie in Luxemburg als zij het niet eens is met het besluit van de EC.

¹⁴ Artikel 26, vierde lid VWEU

¹⁵ Artikel 7 van de procedureverordening VERORDENING (EG) Nr. 659/1999 VAN DE RAAD van 22 maart 1999, PbEG 27.3.1999, L83/1

Bij de nationale rechter kan een zaak over staatssteun aan de orde zijn, waarvan de rechter het noodzakelijk acht om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie in Luxemburg te stellen. Iedere lidstaat mag schriftelijke opmerkingen maken.

Bij de nationale rechter kan de overheid zich ook zélf op staatssteun beroepen. Het is bijzonder, maar inmiddels is in een civiele zaak door een gemeente tegen het inroepen van een (onbevoegdlijk afgegeven) garantie aangevoerd dat er sprake is van niet aangemelde staatssteun. Hierdoor zou de garantie niet kunnen worden ingeroepen, zo stelt de gemeente. De Hoge Raad heeft over de gevolgen van deze garantie en het wegnemen van het genoten voordeel, omdat de staatssteun niet is aangemeld, een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie¹⁶. De HR heeft de vraag voorgelegd of het mededingingsrecht van de Europese Unie een nationale rechterlijke instantie het recht geeft of zelfs de verplichting oplegt om een niet bij de Europese Commissie aangemelde en niet door de Commissie goedgekeurde garantie als nietig te beschouwen. In deze zaak is de vraag aan de orde of de terugvordering van het behaalde economische voordeel hetzelfde is als de civielrechtelijke nietigheid van de met de steunmaatregel verbonden rechtshandeling (lees: de garantieovereenkomst).

4.3. De begunstigde van de steunmaatregel

Degene die het voordeel geniet is de begunstigde van de maatregel. Soms kunnen dat ook meerdere niveaus in een financieringsconstructie zijn. De begunstigde van een steunmaatregel kan in beroep gaan tegen een EC-besluit.

Voorbeeld: De woningcorporaties hebben beroep ingesteld bij de Europese rechter tegen het goedkeuringsbesluit voor de aanvullende maatregelen die de voormalige minister van VROM heeft toegezegd voor de staatssteun voor sociale woningbouw aan corporaties. Zij vinden de aanvullende maatregelen, waardoor zij geen staatssteun mogen gebruiken voor de duurdere huur- en de koopwoningen, te vergaande gevolgen hebben.

Een begunstigde kan ook bij de nationale rechter beroep instellen, bijvoorbeeld als een lagere subsidie is verleend of vastgesteld. Daarvan zijn mij nog geen concrete voorbeelden bekend.

¹⁶ Residex vs. Gemeente Rotterdam, zie conclusie van AG Kokott van 26 mei 2011, zaak C-275/10. De Advocaat-Generaal gebruikt in zijn conclusie van 26 mei 2011 de term 'onder mysterieuze omstandigheden (is) een garantie verstrekt'.

4.4. De concurrent van de begunstigde

Wat wel vaker voorkomt is het instellen van beroep door concurrenten van de begunstigde van (vermeende) staatssteun. Een onderneming kan zich bij de Europese rechter niet uitsluitend op de hoedanigheid van concurrent van de begunstigde onderneming beroepen, maar moet bovendien het belang van de inbreuk op haar marktpositie aantonen. De concurrent moet aantonen dat het besluit van de Commissie zijn belangen kan schaden.

Soms kan de juridische nood bij een concurrent zo hoog zijn, dat een kort geding bij de nationale rechter wordt aangespannen.

Voorbeeld: UPC heeft beroep ingesteld bij de kortgedingrechter tegen het project Citynet. Bij de aanleg van breedband in Amsterdam was UPC van mening dat de investering van de gemeente in Glasvezelnet Amsterdam BV ten onrechte niet aangemelde staatssteun was. Zij eiste dat de gemeente niet zou deelnemen, omdat aanmelding en goedkeuring door de EC ontbrak¹⁷.

Daarnaast zijn er ook voorbeelden van concurrenten van deelnemers in een gebiedsontwikkelingsproject. Dit zijn projecten die infrastructuur, parken, woningbouw, commercieel vastgoed en nog veel meer kunnen omvatten. Zie hierna bij paragraaf 5.

4.5. De politieke partij

Er zijn zelfs politieke partijen die de politieke arena verlaten om zich als belanghebbende op te werpen en beroep in te stellen bij de nationale rechter tegen een bestemmingsplan. Zo heeft de partij Leefbaar Haaksbergen beroep ingesteld tegen de gemeente over het centrumplan Haaksbergen, met het argument dat er ten onrechte staatssteun zou worden verleend door de gemeente. Ook hiervoor verwijs ik naar paragraaf 5.

4.6. De belangenorganisatie

Ook belangenbehartigers van bepaalde sectoren (begunstigden dan wel concurrenten) of consumenten trekken ten strijde tegen besluiten met (vermeende) staatssteun.

Voorbeeld: de organisatie van institutionele beleggers IVBN is in beroep gegaan bij het Gerecht in Luxemburg tegen het EC-besluit over de Nederlandse woningcorporaties¹⁸.

¹⁷ Arrest van het Gerechtshof van 18 januari in zaak 1252/06 KG

¹⁸ Zaak bij het Gerecht T-201/10. Een ondernemersvereniging kan echter niet zomaar beroep instellen bij de Europese rechter. Van belang is 1) dat de vereniging zich door het instellen van haar beroep in de plaats heeft gesteld van één of meer van de door haar vertegenwoordigde leden, mits haar leden zelf een ontvankelijk beroep hadden kunnen instellen; 2)

5. Is staatssteun de nieuwe korenwolf of steenmarter?

Partijen kunnen naar de bestuursrechter en naar de civiele rechter gaan. Door de VAR is al in 2005 in haar algemene vergadering gediscussieerd over preadviezen onder de verzameltitel 'Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht'¹⁹. Met name bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is de laatste jaren veelvuldig het staatssteunargument aangevoerd. Gebiedsontwikkelingsprojecten werden hierdoor vertraagd of soms anders opgezet.

5.1 Financiële uitvoerbaarheid bestemmingsplan

De concurrenten van begunstigde ontwikkelaars of belangengroepen van bewoners trekken nogal eens de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan in twijfel. Daarbij wordt het vermoeden van onrechtmatige staatssteun aangevoerd. De Commissie kan immers aan Nederland opleggen ongeoorloofde staatssteun terug te vorderen bij de begunstigde. Staatssteun is daarmee een gangbaar middel geworden om een ontwikkelingsplan te bestrijden en leidt vaak tot vertraging van projecten²⁰.

In de zaak Haaksbergen oordeelde de Afdeling dat de Gedeputeerde Staten van de provincie Overijssel bij de beoordeling van de financiële uitvoerbaarheid ten onrechte geen rekening hadden gehouden met de mogelijkheid dat er sprake zou zijn van ten onrecht niet aangemelde staatssteun. Daarmee was het besluit van GS in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel genomen. Vervolgens heeft de gemeente Haaksbergen het project gemeld bij de Commissie, die het later gedeeltelijk heeft goedgekeurd.

dat er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals de rol die zij heeft kunnen spelen in het kader van een procedure die heeft geleid tot de handeling waarvan nietigverklaring wordt gevraagd. Zie Vereniging Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren e.a. vs. Commissie, zaak T-117/04

¹⁹ VAR-reeks 134

²⁰ Voorbeelden zijn: bestemmingsplannen voor de herontwikkeling van stads- en dorpscentra in de gemeenten Haaksbergen (ABRvS, 2003, LJN AO8853), Eemnes (ABRvS, 1 december 2010, LJN BO5731, LJN BO3445) en Waalwijk (ABRvS, 10 november 2010, LJN BO3438), de herontwikkeling van een winkelgebied in de gemeente Marne (ABRvS, 10 maart 2010, LJN BL7739, ABRvS, 21 juli 2010, LJN BN1873), de bouwplannen van appartementencomplexen met ondergrondse parkeergarages, winkel- en horecaruimte aan het Rijkswijkseplein in Den Haag (ABRvS 26 juli 2006, LJN AY5061) en het Damplein in Leidschendam (ABRvS, LJN BN1110), maatschappelijk vastgoed in combinatie met appartementen voor Zorgcentrum Hintham in Den Bosch (ABRvS 9 augustus 2006), een sportgebouw met een zwembad en een fitnesscentrum in gemeente Lingewaard (ABRvS 3 maart 2010, LJN BL6995, ABRvS 3 november 2010, LJN BO2687) en de ontwikkeling van een nieuw woongebied in de gemeente Oosterhout (project 'De Zwaaiikom' ABRvS, 1 december 2010, LJN BO5721)

Ook het project 'de Zwaikom' in Oosterhout werd aan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State voorgelegd. De Afdeling twijfelde aan twee aspecten die tot staatssteun konden leiden: de taxatie van de grond ná de verkoop²¹ en de financiering van het exploitatietekort die ontstaan was door de verplaatsing van een betonfabriek. Om het vermoeden van staatssteun weg te nemen heeft de gemeente de maatregelen vervolgens aangemeld bij de EC. De EC oordeelde dat er geen sprake was van staatssteun.

In de rest van de in voetnoot 19 genoemde rechtszaken heeft de Raad van State echter het beroep op financiële onuitvoerbaarheid vanwege staatssteun afgewezen. Los van de vraag of de staatssteunregels goed zijn nageleefd, blijkt dat de uitvoerbaarheid van het plan niet afhankelijk is van de gemeentelijke bijdragen. De Afdeling heeft in de regel als aanvullend argument geaccepteerd dat de ontwikkelaars het plan zouden uitvoeren, ook in geval er sprake zou zijn van staatssteun en zij deze staatssteun terug zouden moeten betalen. In andere zaken hebben gemeenten bevestigd dat, mocht er sprake zijn van staatssteun, het plan door zou gaan door een bezuiniging op de uitvoering of zonder een jaarlijkse exploitatiebijdrage.

5.2 Tekortfinanciering

Een tekortfinanciering, of bijdrage van de overheid in een onrendabele top, kan ook een staatssteunrisico inhouden. Uit de EC-beschikking over het Marktpassageplan Haaksbergen is af te leiden dat het door een gemeente afdekken van een vooraf berekend tekort toegestaan is als de overheid daarmee het minimum noodzakelijke bijdraagt om het project (vanwege het algemeen belang) door te laten gaan. In de zaak Haaksbergen was daar niet aan voldaan. Daarmee was de steun dan ook meldingsplichtig. De Commissie was bereid deze steun verenigbaar te verklaren, op voorwaarde dat wanneer het berekende werkelijke resultaat minder negatief (of zelfs positief) uitvalt, het verschil tussen het werkelijke tekort en het oorspronkelijke tekort volledige naar de gemeente dient terug te vloeien. Een terugbetaalclausule (*claw back*) in een overeenkomst is dus cruciaal.

In sommige gevallen levert een tekortfinanciering geen staatssteun op. In de zaak Zwaikom was de tekortfinanciering bedoeld voor openbare infrastructuur en een onteigeningsvergoeding, wat de Commissie niet als staatssteun zag.

²¹ Volgens de Mededeling grondtransacties en gebouwen door openbare instanties 1997 van de Commissie moet de verkoop van grond gebeuren via openbare biedprocedure of tegen een prijs rekening houdend met een onafhankelijke taxatie voorafgaand aan de verkooponderhandelingen. Dan is er geen sprake van staatssteun. Zie Handreiking Grondtransacties en staatssteun, ICER, uitgegeven door Ministerie VROM en BZK, 2005.

De Commissie herhaalde dit standpunt in de zaak Centrumplan Mill en St. Hubert²². Dit centrumplan, waarbij ook een woningcorporatie was betrokken, was aangemeld als 'geen steun' om redenen van rechtszekerheid. Daarnaast betrof deze zaak een tekortfinanciering voor de vastgoedontwikkeling als onderdeel van het centrumplan. De Commissie oordeelde dat dit staatssteun vormt, maar keurde de steun goed. Deze steun was volgens de Commissie namelijk verenigbaar met de interne markt, omdat 'een project voor de fysieke, economische en sociale herwaardering van stedelijke gebieden wel degelijk een communautaire doelstelling is'. Het moet dan onder meer gaan om steun die de werkelijke projectverliezen dekt zoals die achteraf door een externe deskundige zijn berekend.

5.3 Gevolgen voor klachten en meldingen bij de EC

De afgelopen jaren zijn veel zaken over gebiedsontwikkeling en staatssteun aan de bestuursrechter voorgelegd. Ook dienen partijen vaker een klacht in bij de EC. Dat leverde veel uitleg geven aan en enkele aanmeldingen bij de EC op. Niet omdat we het braafste jongetje van de klas willen zijn. De overheid wordt er toe gedwongen omdat concurrenten, politieke partijen en belangenorganisaties zich tot de bestuursrechter zijn gaan wenden met het niet naleven van de staatssteunregels als argument. BZK (DGBK en CZW) werkt namens Nederland aan een algemeen staatssteunkader voor gebiedsontwikkeling. Het doel is om dit kader aan de EC voor goedkeuring voor te leggen. Mogelijk kunnen we daarmee voorkomen dat veel aparte gebiedsontwikkelingsprojecten van gemeenten individueel moeten worden aangemeld.

5.4 Staatssteunantenne

Daarmee is staatssteun geen korenwolf of steenmarter die projecten stillegt. Het is verstandig te weten op welke manier de overheid maatregelen of projecten kan aanpakken, om niet al te veel staatssteunperikelen tegen te komen als een project of regeling in de fase van besluitvorming komt. Bij de rijksoverheid, provincies en gemeenten is een goed ontwikkelde 'staatssteunantenne' bij de beleidsmedewerker en jurist een eerste vereiste. Kennisverspreiding is daarvoor van groot belang. Voor de rijksoverheid wordt kennis en ervaring tussen de departementen gedeeld via het netwerk van het ISO (interdepartementaal staatssteun overleg) en voor provincies en gemeenten bestaat het Kenniscentrum Europa decentraal.

²² Beschikking van 14 oktober 2009, Steunmaatregel N 555/2008 – Nederland, Centrumplan gemeente Mill en St. Hubert

6. Conclusie

Staatssteun is een bijzondere combinatie van primair en secundair Europees recht (VWEU respectievelijk vrijstellingsverordeningen en beleidsregels van de EC) , waarbij ook economische afwegingen en marktontwikkelingen een rol spelen. Diverse partijen hebben de mogelijkheid om een klacht in te dienen en/of beroep in te stellen bij de Europese of nationale rechter. Staatssteun kan zich zowel op bestuursrechtelijk als civielrechtelijk terrein manifesteren. Staatssteun is geen korenwolf of steenmarter die projecten stillegt, maar het is verstandig te weten op welke manier de overheid haar voornemens in staatssteuntermen moet duiden. Want voorkomen is beter dan procederen.