

# Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie: rechtsontwikkelingen en praktische knelpunten in gebiedsontwikkeling. Terug naar de basis?

mr. Maarten Aalbers LL.M. en mr. drs. Marjan I. Jaarsma<sup>1</sup>



## 1. Introductie en opzet

### Introductie

In het kader van de State Aid Modernization (SAM)-agenda heeft de Europese Commissie in 2014, ter consultatie, een ontwerpmededeling gepubliceerd onder de titel Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.<sup>2</sup> De ontwerpmededeling, die op het moment van schrijven nog niet officieel is aangenomen door de Commissie, dient als ex ante controlekader voor nationale overheden en nationale rechters en ex post toetsingskader voor de Europese Commissie. Door de verschillende begrippen van artikel 107, lid 1 VWEU te omschrijven en vanuit het oogpunt van de beoordelingspraktijk van de Commissie te verduidelijken, geeft de ontwerpmededeling nader inzicht in het toepassingsbereik van de staatssteunbegrippen. Met name ten aanzien van het begrip marktconformiteit heeft de Commissie basisbeginselen en methoden gecreëerd waarmee het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie (*market economy operator*; hier-

na: 'MEO-beginsel') toepasbaar is in verschillende situaties.

Dit beginsel, hiervoor veelvuldig aangeduid als het beginsel van de '*private operator*', houdt in dat een overheid economische transacties dient te verrichten die vergelijkbaar zijn met die van een marktvesteerder in de markteconomie, om te voorkomen dat de overheid een niet-marktconform voordeel verleent. Waar het MEO-beginsel zijn grondslag vindt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, [daar] lijkt de Commissie nu een rol te willen spelen in de rechtsontwikkeling van dit beginsel. In dit artikel wordt de status van de ontwerpmededeling onderzocht aan de hand van de rechtsontwikkeling van het MEO-beginsel in Luxemburg en de praktische problemen binnen de gebiedsontwikkeling in Nederland.

### Opzet artikel

Voorafgaand aan deze analyse geven wij een overzicht van de ontwerpmededeling in paragraaf 2 en schetsen wij de recente rechtsontwikkeling rondom het MEO-beginsel in paragraaf 3.1. In paragraaf 3.2. en 3.3. komen de methoden die de Commissie geïntroduceerd heeft in de ontwerpmededeling aan de orde. In paragraaf 4 wordt de rechterlijke toetsing aan het MEO-beginsel geanalyseerd aan de hand van de gebiedsontwikkelingsproblematiek voor de nationale rechter en recente rechtspraak van het Hof van Justitie over marktconformiteit en grondtransacties. In paragraaf 5 formuleren wij enkele conclusies en geven aanbevelingen voor overheden voor het marktconform vormgeven van gebiedsontwikkelingsprojecten in de praktijk.

1. Mr. Maarten Aalbers LL.M. is promovendus aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden en vaste medewerker van dit tijdschrift. Mr. drs. Marjan I. Jaarsma is als jurist verbonden aan Jaarsma Legal B.V. en als annotator staatssteunrecht aan het tijdschrift *Bouwrecht*.
2. De ontwerpmededeling is te vinden op de website van DG Mededinging: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/draft\\_guidance\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf).

## 2. Samenvatting ontwerpmededeling

De ontwerpmededeling bestaat uit zeven paragrafen: een inleiding, een slot en vijf paragrafen waarin een of meer sleutelbegrippen worden uitgewerkt. Alle andersluidende verklaringen van het begrip 'staatssteun' in bestaande mededelingen, bekendmakingen, kaderregelingen en richtsnoeren worden vervangen door deze ontwerpmededeling. De mededeling bevat talloze verwijzingen naar en citaten uit jurisprudentie van de Unierechter. Daar waar dat niet mogelijk was, is de Commissie teruggevallen op haar eigen beschikkingenpraktijk.

De inhoud van de ontwerpmededeling is opgebouwd rond de volgende zes vragen; de bijbehorende sleutelbegrippen zijn tussen vierkante teksthaken opgenomen:

- Is sprake van een onderneming? ['onderneming' en 'economische activiteit'; par. 2 ontwerpmededeling]
- Valt de maatregel aan de Staat toe te rekenen? ['afkomstig van de Staat'; par. 3 idem]
- Wordt hij uit staatsmiddelen bekostigd? ['afkomstig van de Staat'; par. 3 idem]
- Wordt er een voordeel verleend? ['voordeel'; par. 4 idem]
- Is de maatregel selectief? ['selectiviteit'; par. 5 idem]

Kan de maatregel de mededinging en het handelsverkeer binnen de Unie beïnvloeden? ['beïnvloeding van het handelsverkeer en de mededinging'; par. 6 idem]

Het MEO-beginsel komt zeer uitgebreid aan de orde in paragraaf 4 van de ontwerpmededeling over het sleutelbegrip 'voordeel'.

### 2.1. Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie (MEO-beginsel)

#### 2.1.1. Verschillende varianten van het MEO-beginsel

Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie vloeit voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof heeft in zijn jurisprudentie het zogeheten beginsel van een particuliere investeerder in de markteconomie ontwikkeld om te bepalen of publieke investeringen door overheden marktconform verricht zijn.<sup>3</sup> Voorafgaand aan economische transacties moeten overheden een ex ante-toets uitvoeren om te verzekeren dat dergelijke transacties onder normale marktomstandigheden plaatsvinden.<sup>4</sup> In de ontwerpmededeling benoemt de Commissie het MEO-beginsel als overkoepelend beginsel en onderscheidt zij drie verschillende subvormen die voortvloeien uit de jurisprudentie:

3. Hof van Justitie, 21 maart 1990, zaak C-142/87, (*België/Commissie (Tubemeuse)*), r.o. 29; Hof van Justitie, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11 (*Libert*), r.o. 83.
4. Hof van Justitie, 5 juni 2012, zaak C-124/10 P (*Commissie/EDF*), r.o. 83-85 en 105.

de beginselen van de investeerder handelend in een markteconomie (MEIP), de particuliere schuldeiser (MECP) en de particuliere koper of verkoper.

Het 'beginsel van de investeerder handelend in een markteconomie' is sterk toegesneden op het toetsen van de mate van marktconformiteit van overheidsinvesteringen. Om te bepalen of de investering van een overheidsinstantie een voordeel inhoudt, dient voorafgaand aan de investering te worden beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een vergelijkbare particuliere investeerder ook een dergelijke investering zou hebben gedaan.<sup>5</sup> Het 'beginsel van de particuliere schuldeiser' ziet op de handelwijze van een publieke schuldeiser. Deze wordt vergeleken met hypothetische particuliere schuldeisers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.<sup>6</sup> Ten slotte volgt uit de zaak *Land Burgenland* het 'beginsel van de particuliere (ver-)koper' waarbij getoetst wordt of een particuliere verkoper, onder normale marktomstandigheden, dezelfde of een betere prijs had kunnen krijgen.<sup>7</sup>

De verschillende subvormen van het MEO-beginsel hebben dezelfde reikwijdte; het toepassingsbereik verschilt naar de vorm die de economische transactie aanneemt. Zo wordt een koop- of verkoopovereenkomst doorgaans getoetst aan het beginsel van de particuliere (ver-)koper. Als er echter naast verkoop ook andere transacties plaatsvinden (zoals het sluiten van exploitatieovereenkomsten gericht op investering in bouwprojecten) dan wordt er doorgaans door het Hof van Justitie en door de Commissie getoetst aan het MEIP.

#### 2.1.2. Basiselementen

In de ontwerpmededeling kent de Commissie aan het overkoepelende MEO-beginsel diverse basiselementen toe. Allereerst gaat het MEO-beginsel uit van een overheid die in hoedanigheid van een marktdeelnemer handelt. Daarom dienen transacties onder de omstandigheden verricht te worden van een 'normale marktdeelnemer in de markteconomie'. Dit basiselement van het MEO-beginsel vereist volgens de Commissie dat overheden bij transacties op de markt vanuit de ratio van een marktdeelnemer dienen te opereren. Ten tweede betekent dit dat de overheid als marktdeelnemer voorzichtigheid en zorgvuldigheid moet betrachten, zo stelt de Commissie. Een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie zou normaal gesproken vooraf zijn eigen strategie en de financiële vooruitzichten van een project bepalen<sup>8</sup>, bij-

5. Hof van Justitie, 21 maart 1990, zaak C-142/87, (*België/Commissie (Tubemeuse)*), punt 29; Gerecht EU, 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13, T-193/13 (*Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschen-dam-Voorburg/Commissie*).

6. Hof van Justitie, 24 januari 2013, zaak C-73/11 P (*Frucona Košice/Commissie*).

7. Gerecht, T-244/08 (*Konsum Nord/Commissie*), r.o. 61; Gerecht, gevoegde zaken T-268/08 en T-281/08 (*Land Burgenland*).

8. Hof van Justitie, 5 juni 2012, zaak C-124/10 (*Commissie/*

voorbeeld aan de hand van een businessplan. Dat betekent dus ook dat de aankoop van goederen of de inkoop van diensten door de overheid tegen marktprijzen niet als marktconform kan worden beschouwd als er geen daadwerkelijke behoefte is voor de aankoop hiervan.<sup>9</sup>

De overheid moet aan de hand van beschikbare informatie over de actuele marktsituatie, bijvoorbeeld door middel van deskundigenrapporten, economische afwegingen maken die overeenkomen met de afwegingen van een voorzichtige marktdeelnemer.

Ten derde moet een overheid bij marktconformiteit alle marktomstandigheden in aanmerking nemen. Om marktconformiteit aan te tonen moeten overheden aan de Commissie economische analyses kunnen overleggen die te vergelijken zijn met die van een rationele particuliere marktdeelnemer en indicaties geven over de winstgevendheid of economische voordelen van de transactie. Deze test vereist een vergelijking met een particuliere marktdeelnemer 'die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de betrokken overheidsinstantie benadert'.<sup>10</sup>

## 2.2. Marktconformiteit empirisch vaststellen

De ontwerpmededeling bevat vier methoden om vast te stellen of er sprake is van marktconformiteit: twee empirische en twee niet-empirische. Empirisch vaststellen of niet lijkt in eerste instantie misschien een keuze te zijn. Dat is het zeker niet. Niet-empirisch mag alleen als empirisch niet mogelijk is.<sup>11</sup> In par. 4.2.3.1 van de ontwerpmededeling worden twee gelijkwaardige empirische methoden besproken.

### 2.2.1. Transacties op voet van gelijkheid (pari passu)

Onder een transactie op voet van gelijkheid wordt verstaan een transactie die 'op dezelfde voorwaarden (en dus met dezelfde risico- en beloningsgraad) plaatsvindt voor overheidsinstanties en particuliere marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden'. In de ontwerpmededeling worden hierbij vier criteria genoemd waarin de goede lezer waarschijnlijk de zaak-Citynet Amsterdam zal herkennen:<sup>12</sup>

1. overheidsinstanties en particuliere partijen hebben op hetzelfde moment tot de maatregel besloten en voor de uitvoering ervan geldt hetzelfde ('gelijktijdig besluiten/uitvoeren');

2. voorwaarden zijn voor overheidsinstanties en particuliere partijen gelijk ('onder gelijke voorwaarden');
3. de maatregel van de particuliere investeerder moet een reële economische betekenis hebben ('reële economische betekenis');
4. specifieke omstandigheden mogen de vergelijking niet vertekenen, bijv. eerdere transacties tussen betrokken partijen en mogelijke synergie-effecten ('specifieke omstandigheden').

Uit zo'n transactie op voet van gelijkheid mag volgens de Commissie 'normaal gesproken worden afgeleid dat die transactie marktconform verloopt'.<sup>13</sup> Of dit juist is, vragen wij ons af. Het lijkt ons raadzaam om bij alle transacties op voet van gelijkheid kritisch te blijven kijken, of er daadwerkelijk sprake is van marktconformiteit. Overheidsinstanties zijn – ook als ze op voet van gelijkheid handelen – niet gelijk aan particuliere partijen en zullen dat voorlopig ook niet worden. Op eenmaal gemaakte afspraken kan worden teruggekomen. Alle specifieke omstandigheden boven tafel krijgen, zal bovendien niet altijd gemakkelijk zijn. Zakendoen gebeurt voor een groot deel mondeling; de onderlinge verwevenheid van partijen kan groter en anders zijn dan zij op het eerste en tweede gezicht lijkt. Met andere woorden, niet uit het oog verliezen dat we hier in feite te maken hebben met de uitwerking van het MEO-beginsel is hier ons inziens geboden.

### 2.2.2. Aan- en verkoop via tenderprocedures

Bij tenderprocedures die – in overeenstemming met de beginselen van de Richtlijn 2004/17/EG<sup>14</sup> en Richtlijn 2004/18/EG<sup>15</sup> – open, transparant, voldoende aangekondigd, niet-discriminerend en onvoorwaardelijk zijn, mogen we er volgens de Commissie van uitgaan dat transacties marktconform zijn. Bij 'open' is vermeld dat een openbare procedure uit de aanbestedingsrichtlijnen zeker aanvaardbaar is om de marktprijs te bepalen, een niet-openbare kan dat zijn. De uitleg van de begrippen 'transparant', 'voldoende aangekondigd' en 'niet-discriminerend' is in deze ontwerpmededeling inderdaad gebaseerd op deze richtlijnen. Bij 'onvoorwaardelijk' is dat niet het geval. Hieronder wordt verstaan dat de koper niet verplicht kan worden tot het op zich nemen van bijzondere verplichtingen, 'afgezien van die welke voortvloeiën uit het algemene nationale recht of uit een besluit van de diensten voor ruimtelijke ordening'.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> *Électricité de France (EDF)*, r.o. 85.

<sup>10</sup> Gerecht EU, T-14/96, 28 januari 1999 (*Bretagne Angleterre Irlande (BAI)/Commissie*).

<sup>11</sup> Ontwerpmededeling, punt 129.

<sup>12</sup> Zie Ontwerpmededeling, punt 87, 88 en 100, alsmede voetnoot 151 waarin verwezen wordt naar de zaken T-268/08 en T-281/08 (*Land Burgenland*).

<sup>13</sup> Hiernaar wordt in de Ontwerpmededeling verwezen in voetnoot 139 bij criterium 3.

<sup>14</sup> Ontwerpmededeling, punt 88.

<sup>15</sup> Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *Pb. L* 134 d.d. 30 april 2004, p. 1.

<sup>16</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. L* 134 d.d. 30 april 2004, p. 114.

<sup>17</sup> Ontwerpmededeling, punt 96. Een bondiger en cor-

En dat maakt dat het een ieder vrij staat om te bieden, aldus de Commissie. Het is goed om hier nog even te vermelden dat het Europese Parlement op 15 januari 2014 drie nieuwe aanbestedingsrichtlijnen heeft aangenomen, die op 11 februari 2014 zijn vastgesteld door de Raad van Ministers en voor 18 april 2016 geïmplementeerd moeten zijn.<sup>17</sup>

Ingeval van verkoop wordt uitsluitend op prijs geselecteerd; bij koop mag dit ook het economisch meest voordelige bod zijn, waarbij de specifieke tendervoorwaarden een 'nauw en objectief verband' moeten houden met het voorwerp van het contract. Als vooraf duidelijk is dat bij een tenderprocedure slechts één speler een bod kan gaan uitbrengen, dan voldoet een tenderprocedure niet om een marktconforme prijs te bepalen en zal deze aan de hand van benchmarking of met andere waarderingsmethoden moeten worden bepaald (zie par. 3.3).

Met andere woorden, doen alsof iedere aan- of verkoop van activa, goederen, diensten of vergelijkbare transacties een overheidsopdracht betreft die boven de drempel zit en uitsluitend uit wet- of regelgeving voortvloeiende voorwaarden stellen, is hier het adagium. Dat dergelijke tenderprocedures niet altijd een garantie zijn voor marktconformiteit behoeft waarschijnlijk geen betoog meer. Te denken valt hierbij aan de resultaten van heronderhandelen over prijs of kapitaliseerbare voorwaarden na gunning. Ook bij deze methode blijft het dus zaak om het MEO-beginsel niet uit het oog te verliezen.

### 2.3. Marktconformiteit anders bepalen

Bij transacties waarin empirisch vaststellen van marktconformiteit niet kan, zijn we aangewezen op benchmarking of op andere waarderingsmethoden. Deze worden behandeld in par. 4.2.3.2 van de ontwerpmededeling.

#### 2.3.1. Benchmarking

Benchmarking wordt omschreven als volgt: 'om te bepalen of een transactie marktconform is, kan deze worden beoordeeld in het licht van de voorwaarden waarop vergelijkbare transacties door vergelijkbare partijen in vergelijkbare situaties hebben plaatsgevonden'.<sup>18</sup> Na een korte uitleg over deze methode worden in een zeer beperkt aantal woorden een be-

hoorlijk aantal mitsen en maren bij deze methode opgesomd. Zo kunnen prijzen verstoord zijn door overheidsmaatregelen, kunnen marktoverwegingen niet meegenomen zijn, mag het tijdstip van de transactie niet uit het oog worden verloren en hoeft een gemiddelde prijs niet altijd marktconform te zijn als prijzen flink fluctueren. We kunnen ons niet aan de indruk onttrekken, dat benchmarking in veel gevallen niet de aangewezen of niet de beste weg is. Kortom, ook wie marktconformiteit wil aantonen aan de hand van benchmarking kan wat uit te leggen hebben in het licht van het MEO-beginsel.

#### 2.3.2. Andere waarderingsmethoden

Is benchmarking tot slot niet toe te passen, dan kan worden teruggevallen op een algemeen aanvaarde standaardwaarderingsmethode, gebaseerd op de 'beschikbare objectieve, verifieerbare en betrouwbare gegevens die voldoende gedetailleerd zijn en die de economische situatie tot uiting brengen zoals die bestond op het tijdstip waarop tot de transactie werd besloten, rekening houdende met de risicograad en toekomstige verwachtingen'.<sup>19</sup> Als voorbeeld van standaardwaarderingsmethoden komen twee methoden om het investeringsrendement te bepalen aan de orde: het berekenen van de interne opbrengstvoet (IRR) en de netto contante waarde (NCW). Het gebruik van meerdere, elkaar aanvullende methoden wordt aanbevolen door de Commissie.

### 2.4. Mededeling grondtransactie ingetrokken?

In een van de slotbepalingen is vermeld dat de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties<sup>20</sup> zal worden ingetrokken bij het vaststellen van de ontwerpmededeling. Mocht deze slotbepaling op dit punt ongewijzigd worden vastgesteld, dan zijn we een regeling kwijt waarin twee procedures zijn opgenomen waarmee staatssteun uitgesloten zou zijn: verkoop via een onvoorwaardelijk biedprocedure en een voorafgaand aan de onderhandelingen door een onafhankelijk taxateur opgemaakt taxatierapport. De verkoop via een onvoorwaardelijke biedprocedure die vergelijkbaar is met een veiling, vertoont een aantal kenmerken die overeenkomen met de tenderprocedure uit de ontwerpmededeling. Zo moet de biedprocedure voldoende openbaar gemaakt zijn en onvoorwaardelijk zijn. Het woord 'taxatie' vinden we in de lopende tekst van de ontwerpmededeling niet meer terug, evenmin wordt er op gebiedsontwikkeling of vastgoedtransacties ingegaan. In een van de voetnoten is dat wel het geval. Daar lezen we dat bij verkoop van gronden benchmarking soms ongeschikt kan zijn en er te-

---

recter vertaling is hier: 'afgezien van die welke voortvloeien uit het algemene nationale wet- en regelgeving'.

17. Richtlijn 2014/23/EU van het Europese Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, Richtlijn 2014/24/EU van het Europese Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2014/18/EG en Richtlijn 2014/25/EU van het Europese Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2014/17/EG.

18. Ontwerpmededeling, punt 101.

19. Ontwerpmededeling, punt 104.

20. Pb EG 1997, C 209, p. 3.



ruggevallen moet worden op een andere waardeermethode.<sup>21</sup>

## 2.5. Nederlandse uitspraken

In 2011 deelde Paul Adriaanse de uitspraken van Nederlandse rechters over staatssteunrecht in dit tijdschrift in vier categorieën in: 1) claims van belanghebbenden in de sfeer van de ruimtelijke ordening, 2) claims van concurrenten van ontvangers of andere belanghebbenden, 3) claims van belasting- en heffingsplichtigen en 4) claims van overheden.<sup>22</sup> Sinds 2012 wordt deze indeling door Marjan Jaarsma gehanteerd in het tijdschrift *Bouwrecht* bij het annoteren van uitspraken die relevant kunnen zijn voor bouwrechtjuristen. Tot het moment van afronden van deze publicatie waren dit uitspraken over staatssteunclaims van RO-belanghebbenden of van overheden.<sup>23</sup>

Tot 1 augustus 2015 is de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State honderd zesendertig (136) maal geconfronteerd met betogen van RO-belanghebbenden over ongeoorloofde staatssteun in het kader van de financieel-economische uitvoerbaarheid van besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening.<sup>24</sup> We zijn ons ervan bewust dat er zeker niet in al deze casussen sprake was ruimtelijke ontwikkelingen in het kader van gebiedsontwikkeling.

Tot 13 april 2011 trof een betoog geen doel als aannemelijk was dat de ten tijde van het geschil beoogde ontwikkelaar(s) een plan ondanks terugbetaling van eventueel ongeoorloofde staatssteun zou(den) uitvoeren. Tot deze datum vond de beoordeling dus op dossierniveau plaats. Statistisch was de kans in deze periode 8%, dat een betoog gegrond verklaard werd; in 6 van de 49 uitspraken was dit namelijk het geval.<sup>25</sup>

Vanaf 13 april 2011 vindt de beoordeling op een hoger niveau plaats: ook de aannemelijkheid van uitvoering binnen de planperiode door derden wordt geaccepteerd.<sup>26</sup> Vanaf dat moment volgt de Afdeling consequent de volgende lijn: een planologisch besluit blijft in stand, als aannemelijk is dat een plan – ondanks eventueel terugbetaling van ongeoorloofde staatssteun – uitvoerbaar is binnen de planperiode. De kans dat een betoog doel treft is afgenomen tot 2%; in 2 van de 87 gevallen was dit het geval.<sup>27</sup>

Zal er na de vaststelling van de ontwerpmededeling veel veranderen in de beoordeling van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State? Dat zal ons inziens niet het geval zijn. Pas als de Afdeling de financiële uitvoerbaarheid binnen de planperiode niet aannemelijk acht, komt ze tot nu toe echt toe aan een staatssteunbeoordeling en daarbij zal de ontwerpmededeling in plaats van de mededeling grondtransacties een rol spelen. Daarnaast kan ze gebruik blijven maken van de ruimte die het Hof van Justitie ook in zijn recentste jurisprudentie biedt en die hierna besproken wordt in de volgende subparagraaf.

Vanaf 2007 zijn ons in elk geval twee typen relevante uitspraken opgevallen waarbij een overheid een staatssteunclaim indiende en daarmee probeerde onder haar (betalings)verplichtingen uit te komen. Hierbij werd kort gezegd betoogd dat er in het verleden bij het aangaan van een transactie met een of meerdere ondernemers sprake was van staatssteun en dat daarom de door de betreffende overheid met een ondernemer aangegane overeenkomst op grond van art. 3:40 BW nietig zou zijn. Het aantal zaken is te gering om conclusies te trekken, bovendien gaat het deels om zaken die behandeld zijn door lagere rechters.

Ten eerste zijn dit de nog lopende *Residex*- en *Commerz*-zaken die in het juninummer van dit tijdschrift zijn besproken door Maria van der Velden. Deze zaken gaan over een overheidsgarantie, een maatregel waarbij minimaal twee partijen – te

21. Ontwerpmededeling, voetnoot 160 met verwijzing naar SA.33167-Duitsland, zaak C-239/09 (*Seydaland*).

22. *TvS*, februari 2011, p. 13-21.

23. De recentste annotatie van M.I. Jaarsma gaat over ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4428 (*Wissekerke*) en 120 andere uitspraken van de Afdeling: *BR* 2014/26.

24. Op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) is gezocht naar uitspraken van de ABRvS waar het woord 'staatssteun' in voorkomt; handmatig zijn daaruit al lezende de afgelopen jaren de uitspraken geselecteerd die over een planologisch besluit gaan. In deze sub paragraaf zijn de volgende 136 uitspraken betrokken: ECLI:NL:RVS:2015:5, 86, 89, 94, 165, 315, 487, 1001, 1085, 1156, 1290, 1424, 1581, 1585, 2072/ECLI:NL:RVS:2014:749, 809, 814, 844, 1298, 1308, 1884, 2478, 2566, 2838, 3006, 3060, 3360, 3539, 3470, 3806, 3926, 4143, 4428/ELCI:NL:RVS:2013:BY8562, BZ0795, BZ1247, BZ1688, BZ2545, BZ4922, BZ7510, BZ7501, CA1374, CA2000, CA3693, 2666, 2470, 2329, 2026, 1426, 1260, 1047, 1002, 575, 565, 359, 212/ELCI:NL:RVS:2012:BV121, BV3215, BV5092, BV5115, BV5119, BV7269, BV8046, BW0780, BW3862, BW4561, BW7642, BW9572, BW9581, BX3254, BY2519, BY5093/ELCI:NL:RVS:2011:BD0556, BP3648, BP7118, BQ1077, BQ2620, BQ2679, BQ9692, BR1430, BR4602, BR6544, BR5677, BR6316, BT2126, BT7368, BU5380, BU7059, BU9460, BV0095/ELCI:NL:RVS:2010:BL6995, BL7739, BM8833, BN1062, BN1097, BN1873, BN7909, BN8584, BO2687, BO3438, BO3445, BO5721, BO5731, BO6602, BO7312, BO7313, BO9172/ELCI:NL:RVS:2009: BH5498, BI0411, BI7245, BJ5504, BJ8288, BK0846, BK6483, BK6702/ELCI:NL:RVS:2008:BG8616, BG1152, BD3598, BC2320/ELCI:NL:RVS:2007:BA4143, BA9838, BB4338, BB7328, BB7794/ELCI:NL:RVS:2006:AW1255, AW3964, AY5061, AY5874, AY7593, AZ2258/ELCI:NL:RVS:2005:AT3718, AU1403/ELCI:NL:RVS:2004:AO7997, AO8853 en AR7939.

25. Te weten: 2004: 3-1 (3 uitspraken, 1 betoog over staatssteun werd gegrond verklaard; zie cursief gedrukte uitspraken in vorige voetnoot); 2005: 2-0, 2006: 6-0, 2007: 5-1, 2008: 4-1, 2009: 8-2, 2010: 17-1 en 2011 (tot 13 april): 3-0.

26. Te weten: 2011 (vanaf 13 april): 15-1 (15 uitspraken, 1 betoog over staatssteun werd gegrond verklaard; zie cursief gedrukte uitspraken in voorlaatste voetnoot), 2012: 16-2, 2013: 23-0, 2014: 19-0 en 2015 (tot 1 aug.): 15-0.

27. ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011: BQ1077 (*BP Centrum Haaren*).

weten de ondernemer en diens geldgever – begunstigd kunnen zijn en dan ook nog op verschillende manieren. Het antwoord op een van de prejudiciële vragen die voorgelegd werd aan het Hof van Justitie, gaf houvast en liet beoordelingsruimte over voor de nationale rechter. De rechter is bevoegd, maar niet verplicht om een garantie nietig te verklaren; de nationale rechter bepaalt zelf of dit het meest effectieve middel is om de mededingingssituatie van vóór de maatregel te herstellen.<sup>28</sup>

In het tweede type zaken ging het om (PPS-)overeenkomsten in het kader van gebiedsontwikkeling. Zo wist de gemeente Winsum de voorzieningenrechter van de voormalige rechtbank Groningen ervan te overtuigen, dat bij de overeenkomst over de herinrichting van een deel van het centrum van Winsum ongeoorloofde staatssteun aan de orde was en de overeenkomst daarom nietig was. De rechtbank baseerde haar oordeel voornamelijk op de mededeling grondtransacties: geen van de daarin genoemde methoden was toegepast.<sup>29</sup> Het Hof in Leeuwarden ging hier in hoger beroep niet in mee, omdat naar diens overtuiging niet aan alle in art. 107 lid 1 VWEU genoemde voorwaarden was voldaan.<sup>30</sup> Bij de aankoop van het terrein van een voormalige vloerenfabriek in Harlingen in het kader van de ontwikkeling van woningbouw constateerde de Rechtbank Noord-Nederland op 1 juli 2015, dat er sprake is van ongeoorloofde staatssteun. De aankoopprijs die de gemeente overeenkwam met de ondernemer lag ver boven de getaxeerde waarden. De Rechtbank Noord-Nederland verwees de gemeente Harlingen en een ondernemer naar een rolzitting voor het nemen van een akte. Dit om te bepalen of er delen van de betreffende koopovereenkomst in verband staan met (het staatssteunge-deelte van) de koopprijs en zo ja om te bepalen of deze nietig zijn.<sup>31</sup>

Zal er voor de burgerlijk rechter na vaststelling van de ontwerpmededeling veel gaan veranderen bij de marktconformiteitsbeoordeling van staatssteunmaatregelen bij gebiedsontwikkeling? De ontwerpmededeling die in de plaats zal komen voor de mededeling grondtransacties, bevat meer waarderingmethodes en dat zou de beoordeling ons inziens kunnen vergemakkelijken.

## 2.6. De rechtspraak van het Hof van Justitie als aanvulling op de methoden uit de ontwerpmededeling

In een van de eerste bijdragen in het Tijdschrift voor Staatssteun heeft Lieneke de Jong-Goris een interessant overzicht geboden over de toepassing van de mededeling grondtransacties als instru-

ment voor het afdwingen van marktconformiteit in gebiedsontwikkelingsprojecten.<sup>32</sup> Sindsdien is dit onderwerp veelvuldig aan de orde gekomen in diverse artikelen.<sup>33</sup> Het Hof van Justitie heeft lidstaten in het verleden de ruimte geboden om af te wijken van de methoden van de mededeling, zolang de waarderingsmethode van gronden maar tot een 'reële marktwaarde' leidt.<sup>34</sup> Nu de mededeling grondtransacties vervangen lijkt te gaan worden door de ontwerpmededeling is het de vraag welke methoden voor vaststelling van marktconformiteit toepasbaar zijn op gebiedsontwikkeling. In twee recente uitspraken, hebben het Gerecht en het Hof van Justitie een aanzet gegeven tot meer duidelijkheid omtrent de reikwijdte van het MEO-beginsel en de discretionaire bevoegdheden van lidstaten om de marktconformiteit van transacties vast te stellen. De eerste zaak betreft het arrest *BVVG/Landkreis Jerichower Land*.<sup>35</sup> De tweede zaak betreft de nietigverklaring van het Commissiebesluit inzake staatssteun ten bate van het gebiedsontwikkelingsproject 'Damplein' in Leidschendam-Voorburg. Deze zaken worden kort behandeld om inzicht te geven in de recente toetsing aan het MEO-beginsel.

### 2.6.1. *BVVG/Landkreis Jerichower Land*

In deze recente prejudiciële beslissing gaat het Hof nader in op de reikwijdte van het MEO-beginsel bij grondtransacties. In een geding voor het Bundesgerichtshof in Duitsland tussen BVVG (Bodenverwertungs- und – verwaltungs GmbH) en de Landkreis Jerichower Land heeft de Duitse rechter het Hof van Justitie gevraagd of een overheidsinstelling het hoogste bod van een openbare inschrijving voor een landbouwperceel in het kader van art. 107 lid 1 VWEU terzijde mag schuiven, wanneer dit hoogste bod niet overeen komt met de marktwaarde. In deze zaak handelt BVVG, als privaatrechtelijke rechtspersoon, namens de Duitse federale overheid en is zij verantwoordelijk voor het privatiseren van voormalige Oost-Duitse staatslandbouwpercelen. In het kader van een openbare inschrijvingsprocedure in Jerichower Land verkoopt BVVG een perceel landbouwgrond. De Landkreis Jerichower Land weigert op basis van de Duitse Wet Agrarisch Grondverkeer (Grundstückverkehrsgezet) goedkeuring te verlenen voor de koopovereenkomst, omdat de overeengekomen prijs in geen verhouding stond tot de waarde van het perceel. Uit een des-

28. Hof van Justitie EU zaak C275-10, 8 december 2011 (*Residex*) m.nt. Marjan I. Jaarsma in *Bouwrecht* 2012/59.

29. Rb (vz) Groningen 16 juni 2011 ECLI:NL:LJN:BQ8211 m.nt. Marjan I. Jaarsma in *Bouwrecht* 2011/142.

30. Hof Leeuwarden 15 mei 2012 LJN: BW6167 m.nt. Marjan I. Jaarsma in *Bouwrecht* 2012/111.

31. ECLI:NL:RBNNE:2015:3300.

32. L. de Jong – Goris, 'De Mededeling staatssteun bij verkoop van grond en gebouwen: simpel maar effectief?', *TvS* 2011, nr. 1 (maart), p. 5 -12.

33. Zie bijvoorbeeld A. Serra, J. van Dijk, 'Vastgoedtransacties door taxatie vooraf niet automatisch 'staatssteunproof'', *TvS* 2014, nr. 2 (juni); I., van Ligteren, A. Serra. 'De rol van taxaties bij het 'staatssteunproof' aangaan van vastgoedtransacties', *TvS* 2015, nr. 2 (juli).

34. Hof van Justitie EU, zaak C239/09, 16 december 2010 (*Seydaland*).

35. Hof van Justitie EU, zaak C-39/14, 16 juli 2015 (*BVVG/Landkreis Jerichower Land*).

kundigenrapport kwam naar voren dat de marktwaarde van het perceel landbouwgrond bijna 50% lager is. Hierdoor zou de verkoop tegen een prijs die circa 50% boven de marktwaarde ligt nadelige gevolgen hebben voor de landbouwstructuur. Hierop heeft het Bundesgerichtshof het Hof van Justitie gevraagd of art. 107 lid 1 VWEU zich verzet tegen een overheidshandeling die een grondprijs (overeengekomen na een openbare inschrijving) terzijde stelt op basis van een algemene wet, als het hoogste bod in geen verhouding staat tot de waarde van het perceel. A-G Cruz Villalon merkt op dat deze zaak het Hof de mogelijkheid biedt om de voorwaarden voor verkoop van overheidsgronden in het kader van het staatssteunrecht te verfijnen.<sup>36</sup>

Het Hof past in dit arrest het MEO-beginsel zoals verwoord in *Seydaland* toe en stelt dat in het kader van art. 107 lid 1 VWEU de marktwaarde van grond aan de hand van meerdere methodes kan worden vastgesteld.<sup>37</sup> Taxatie en verkoop tegen het beste bod, zijn de twee methoden die voortvloeien uit de inmiddels verouderde mededeling grondtransacties.<sup>38</sup> Ten aanzien van de methode van verkoop tegen het beste bod in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure heeft het Hof reeds vastgesteld in het arrest *Land Burgenland* dat het hoogste bod vermoedelijk overeenkomt met de marktprijs, tenzij een dergelijk bod niet bindend en geloofwaardig is of er andere economische factoren een rol spelen bij de bepaling van de prijs.<sup>39</sup> Het Hof merkt op dat onder bijzondere omstandigheden afgeweken mag worden van de methode van verkoop tegen het hoogste bod. Dit is het geval als het hoogste of beste bod niet resulteert in een prijs die overeenkomt met de marktwaarde van een perceel. In dat geval mag ook rekening gehouden worden met andere factoren dan de prijs. De weigeringsgrond van de Landkreis Jerichower Land berust op het in stand houden van de landbouwstructuur. Daarom acht het Hof het toegestaan dat een nationale overheid een bod dat volgens haar disproportioneel is, terzijde kan schuiven, zolang de overheid in kwestie een andere waarderingsmethode toepast die de marktwaarde het dichtst mogelijk benadert. Deze zaak bevestigt de eerdere uitspraak van het Hof inzake *Seydaland* (waarbij overigens ook BVVG betrokken was als verkoper). In zijn arrest *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe* heeft het Hof geoordeeld dat marktconformiteit vereist dat er een prijs wordt vastgesteld die de marktwaarde zo nauwkeurig mogelijk benadert. In dit arrest werd bevestigd dat de methoden van verkoop tegen het beste bod en taxatie prijzen kunnen opleveren die beantwoorden

aan de reële marktwaarden, zonder dat evenwel is uitgesloten dat ook andere methoden tot ditzelfde resultaat kunnen leiden.<sup>40</sup>

## 2.6.2. Leidschendam-Voorburg/Commissie

De zaak *Leidschendam-Voorburg/Commissie* heeft een lange voorgeschiedenis. In het kader van een publiek-privaat partnerschapsproject tussen de gemeente Leidschendam-Voorburg en de projectontwikkelaars Bouwfonds en Schouten-de Jong Bouwfonds (verenigd in de groep Schouten-de Jong Bouwfonds (SJB)) werd in 2004 een grondprijs van 7,2 miljoen euro en een grondexploitatiebijdrage van 1,1 miljoen euro overeengekomen. De exploitatie liep echter vertraging op wegens verschillende redenen, waaronder een procedure voor de nationale rechter.<sup>41</sup> Ondertussen begon de Nederlandse woningmarkt te krimpen en kwam de bouw onder druk te staan. In 2010 stemde de gemeente er in een aanvullende overkomst mee in om de overeengekomen verkoopprijzen te verlagen met € 4,6 miljoen en de overeengekomen exploitatiebijdragen kwijt te schelden. In januari 2012 heeft de Commissie de zaak onderzocht en in 2013 de grondtransacties als onverenigbare staatssteun bestempeld.<sup>42</sup> De aanvullende overeenkomst leverde volgens de Commissie een economisch voordeel op voor SJB. Daarbij kwam de Commissie tot de conclusie dat door deze maatregelen de gemeente het risico van een krimpende woningmarkt op zich nam, terwijl dit risico voor SJB zou moeten zijn. De centrale vraag in de zaak *Leidschendam-Voorburg/Commissie* is de vraag of een verlaging van de grondprijs en kwijtschelding van de bijdragen in overeenstemming zijn met het MEO-beginsel. De gemeente Leidschendam-Voorburg heeft in beroep voor het Gerecht aangevoerd dat de gemeente als particuliere investeerder in een markteconomie heeft gehandeld, aangezien zij onder de gewijzigde omstandigheden kon instemmen met de prijsverlaging en het kwijtschelden van de bijdragen.<sup>43</sup> De Commissie antwoordt hierop dat de verlaging van de grondprijs en de kwijtschelding van de bijdragen duidelijk een voordeel voor SJB vormen en dat dit voordeel niet is verkregen onder normale marktvoorwaarden. Volgens haar is het onwaarschijnlijk dat een particuliere investeerder bereid zou zijn geweest om SJB door verlaging van de prijs van de grond in kwestie en kwijtschelding van de bijdragen te compenseren voor de dalende huizenprijzen

36. Conclusie A-G Cruz Villalon, 17 maart 2015, zaak C-39/14 (BVVG/Landkreis Jerichower Land), overweging 1.

37. Hof van Justitie EU, zaak C239/09, 16 december 2010 (*Seydaland*).

38. Hof van Justitie EU, zaak C-39/14, 16 juli 2015 (BVVG/Landkreis Jerichower Land), r.o.31.

39. Hof van Justitie EU, Gevoegde zaken C-214/12P, C-215/12 P en C-223/12 P. 16 december 2013 (*Land Burgenland*).

40. Hof van Justitie EU, zaak C239/09, 16 december 2010 (*Seydaland*), r.o. 30.

41. ABRvS, 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1110 (*Strichting Behoud Damplein*).

42. Besluit C(2013) 87 final van de Commissie van 23 januari 2013 betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) – Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg.

43. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T-186/13, T-190/13, T-193/13, 30 juni 2015, r.o. 53.



en slechte vooruitzichten op de vastgoedmarkt, behalve wanneer de voordelen hiervan groter zouden zijn geweest dan de kosten. Een particuliere investeerder zou immers geen bijzonder gewicht hebben toegekend aan het feit dat door uitstel van de bouwplannen een gebied in het centrum van de gemeente braak zou blijven liggen, maar zich slechts door financiële overwegingen hebben laten leiden.<sup>44</sup> De Commissie verklaart in dat verband dat een particuliere investeerder geen bijzonder gewicht zou hebben toegekend aan het feit dat door uitstel van de bouwplannen een gebied in het centrum van de gemeente braak zou blijven liggen, maar zich slechts door financiële overwegingen zou hebben moeten laten leiden. De gemeente had volgens de Commissie schadevergoeding van SJB moeten eisen voor de vertraging en een aanbesteding moeten uitschrijven om een nieuwe projectontwikkelaar te selecteren. Door te proberen het Damplein zo snel mogelijk te laten bebouwen, heeft de Gemeente niet als particuliere investeerder gehandeld, maar op basis van overwegingen van algemeen belang. Het Gerecht onderzoekt of een particuliere investeerder van vergelijkbare omvang er in vergelijkbare omstandigheden toe had kunnen worden gebracht te heronderhandelen over de contractuele verplichtingen en of SJB een voordeel heeft verkregen dat zij niet onder normale marktvoorwaarden zou hebben gekregen.<sup>45</sup> Bij de denkoefening die erin bestaat na te gaan of een transactie onder normale marktomstandigheden ook zou hebben plaatsgevonden, kan niet alleen worden uitgegaan van de particuliere investeerder of van de door een maatregel begunstigde onderneming, omdat juist de interactie tussen de verschillende marktdeelnemers kenmerkend is voor de markteconomie.<sup>46</sup> Het Gerecht overweegt dat het doel van het project niet doorslaggevend is voor het vaststellen van een economisch karakter.<sup>47</sup> Om te bepalen of dezelfde handeling onder normale marktvoorwaarden zou worden verricht door een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt, die zo dicht mogelijk die van de gemeente benadert, had de Commissie alleen rekening dienen te houden met de voordelen en verplichtingen die zij in haar hoedanigheid van

investeerder heeft.<sup>48</sup> Bij de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder had de Commissie dus rekening moeten houden met het zuiver economische en financiële belang, en niet met het maatschappelijke belang bij de snelle uitvoering van het project en het beperken van de financieringskosten.<sup>49</sup> Met name de onzekerheid ten aanzien van de complexiteit van het project waaronder de sterke contractuele positie van SJB in het PPP en dat de gemeente ook belang had bij het zo snel mogelijk ontvangen van de inkomsten uit het project en het feit dat de gemeente uiteindelijk slechts 50% van het verlies als gevolg van de betrokken maatregelen moest dragen, zijn relevante aspecten die de Commissie in aanmerking had moeten nemen om te kunnen analyseren of de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst van 2004 voor de gemeente een betere oplossing zou zijn geweest vanuit economisch oogpunt.<sup>50</sup> Het Gerecht oordeelt dat de Commissie bovenstaande aspecten niet in aanmerking heeft genomen in het kader van haar onderzoek. Daarmee heeft de Commissie verzaakt om de marktwaarde van de grond op het moment van ondertekening van de aanvullende overeenkomst van 2010 vast te stellen.<sup>51</sup> Dat wil niet zeggen dat de overeenkomst uiteindelijk geen staatssteun inhoudt, vervolgt het Gerecht; in elk geval heeft de Commissie niet aangetoond dat de grondtransactie vanuit economisch oogpunt irrationeel was en daarmee een voordeel voor SJB inhoudt.<sup>52</sup> De conclusie van de Commissie dat beëindiging van de overeenkomst van 2004 gevolgd door een nieuwe aanbesteding, 'commercieel interessanter' zou zijn geweest voor de gemeente, is daarmee onjuist, acht het Hof.<sup>53</sup>

De uitspraak van het Gerecht sluit aan bij het arrest *Konsum Nord* waarin het Gerecht de test van de particuliere verkoper op een vergelijkbare wijze interpreteert.<sup>54</sup> In dit arrest verkocht de Zweedse gemeente Åre via een inschrijvingsprocedure grond aan levensmiddelenzaak *Konsum* in het kader van een gebiedsontwikkelingsplan om een winkelcentrum te revitaliseren en daarmee de economi-

44. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 56.

45. Gerecht EU, Koninkrijk der en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 86.

46. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 87; Gerecht EU, T228/99 en T233/99, 6 maart 2003 (*Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie*), r.o. 327.

47. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 111; Hof van Justitie, zaak C – 124/10P, 5 juni 2012 (*Commissie/EDF*), r.o 69, 76, 77 en 87.

48. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/ 13, 30 juni 2015, r.o 112.

49. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 113.

50. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 125.

51. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 128 en 126.

52. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 127.

53. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o 128.

54. Gerecht EU, zaak T244/08 (*Konsum Nord/Commissie*), r.o. 73.



sche leefbaarheid van de gemeente te vergroten.<sup>55</sup> Concurrent Lidl had een hoger bod uitgebracht dan Konsum; waarop de Commissie de transactie in strijd achtte met de methode van een openbare biedprocedure. De interesse van Lidl was kwalitatief niet vergelijkbaar met de verplichtingen die Konsum op zich had genomen: de ontwikkeling van het winkelcentrum en de uitvoering van het businessplan.<sup>56</sup> Zowel in het arrest *Konsum Nord* als in de zaak *Leidschendam-Voorburg* oordeelde het Gerecht dat de Commissie niet kan vasthouden aan methodes die zij zelf refereert en dat elke methode die toegepast is bij gebiedsontwikkeling getoetst moet worden aan het MEO-beginsel. Het beginsel van de particuliere verkoper houdt volgens het Gerecht in dat een vergelijkbare marktdeelnemer ook zoveel mogelijk in dezelfde positie moet verkeren als de gemeente als marktdeelnemer.<sup>57</sup> In het geval van Konsum Nord en Leidschendam hebben de lokale overheden zich als een marktdeelnemer verbonden aan de plaatselijke gebiedsontwikkelingsprojecten.

### 2.6.3. Analyse rechtspraak

Men dient zich vooral niet rijk te rekenen aan de uitspraken *Leidschendam-Voorburg* en *BVVG/Jerichowerland*. Aan het MEO-beginsel heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak een breed toepassingsbereik toegekend. De methoden van de ontwerpmededeling zijn – net als die van de mededeling grondtransacties – een indicatie voor marktconform handelen. De ontwerpmededeling van de Commissie bevat weliswaar een goed overzicht voor overheden om een marktconforme waarderingsmethode te vinden voor gebiedsontwikkelingsprojecten, maar bindt vooral de Commissie zelf en schept een ex ante toetsingskader voor overheden en nationale rechters dat bij kan dragen aan rechtszekerheid omtrent het MEO-beginsel. Ten aanzien van gebiedsontwikkeling bevestigen de recente zaken *BVVG/Jerichowerland* en *Leidschendam-Voorburg* de benadering van het Hof in de zaken *Seydaland* en *Konsum Nord* door lidstaten de ruimte te bieden om zelf een correcte waarderingsmethode toe te passen die de werkelijke marktwaarde zo dicht mogelijk nadert. De Commissie is verplicht om deze methoden volledig te toetsen aan het MEO-beginsel en kan niet (meer) exclusief verwijzen naar de methodes van de mededeling inzake grondtransacties. Daar komt bij dat het Hof en het Gerecht bij langlopende gebiedsontwikkelingsprojecten de ruimte bieden om de beginselen van een particuliere (ver)koper en een particuliere investeerder in de markteconomie in het kader van aangegane verplichtingen naast een economische rationaliteit

(*rate of return*, risicobeperkingen en toekomstige exploitatie van investeringen) tevens een maatschappelijke verantwoordelijkheid te mogen noemen, zolang deze verantwoordelijkheid geplaatst kan worden in een vooraf bepaalde economische strategie. In de zaak *BVVG* stond het Hof de Landkreis Jerichower Land toe om een proportioneel verkoopbeleid van overheidsgronden te hanteren, teneinde een inzakking van de landbouwgrondprijzen te voorkomen. In het arrest *Leidschendam-Voorburg* stond het Gerecht de gemeente toe om te heronderhandelen wegens de gevolgen van de financiële crisis<sup>58</sup>; een exercitie die overigens ook de Nederlandse staat mocht volgen bij de herkapitalisatie van ING.<sup>59</sup> In het arrest *Konsum Nord* gold de maatschappelijke functie van gebiedsontwikkeling van afgelegen gebieden en de daaraan verbonden verplichtingen zwaarder dan prijsconcurrentie ten aanzien van een specifiek perceel. Uit de besproken arresten kan geconcludeerd worden dat het MEO-beginsel in het kader van gebiedsontwikkeling slechts gedeeltelijk kan worden uitgelegd vanuit de pure ratio van een *particuliere* marktdeelnemer. Zoals de Commissie heeft aangegeven in de ontwerpmededeling vereist het MEO-beginsel dat deze marktdeelnemer een vergelijkbare positie inneemt in de markt. Uit de recente gebiedsontwikkelingszaken van het Hof en het Gerecht volgt dat gemeenten als particuliere verkopers binnen hun economische strategie de ruimte hebben om maatschappelijk verantwoord te ondernemen. In ieder geval lijkt het Hof in de arresten *BVVG/Landkreis Jerichower Land* en *Konsum Nord* een insteek gekozen te hebben die ruimte laat voor waarderingsmethoden voor projecten die naast economische doelen ook maatschappelijke relevantie hebben: zoals een evenwichtige landbouwstructuur en revitalisering van onderontwikkelde gebieden.

In tegenstelling tot het strikte rationaliteitsvereiste van een particuliere marktdeelnemer, zoals de Commissie bepleit in de ontwerpmededeling<sup>60</sup>, lijkt het MEO-beginsel in de recente rechtspraak inzake gebiedsontwikkeling de eigenschappen te hebben om zich verder te ontwikkelen en de marktdeelnemer te situeren in de sociale markteconomie.

## 3. Conclusies en aanbevelingen

In dit artikel hebben wij de juridische status van de ontwerpmededeling onderzocht aan de hand van de ontwikkeling van het MEO-beginsel door het Hof van Justitie en de praktische knelpunten in de Nederlandse gebiedsontwikkelingspraktijk. Geconcludeerd is dat de verschillende subvormen van

55. Gerecht EU, zaak T244/08 (*Konsum Nord/Commissie*), r.o. 41.

56. Gerecht EU, zaak T244/08 (*Konsum Nord/Commissie*), r.o. 70.

57. Gerecht EU, zaak T244/08 (*Konsum Nord/Commissie*), r.o. 63.

58. Gerecht EU, Koninkrijk der Nederlanden en gemeente Leidschendam-Voorburg/Commissie, Gevoegde zaken T – 186/13, T- 190/13, T- 193/13, 30 juni 2015, r.o. 102, 124.

59. Gerecht EU, 2 maart 2012, zaken T29/10 en T33/10, ING/Commissie, r.o. 143.

60. Ontwerpmededeling, punt 82, 110.

het MEO-beginsel in principe dezelfde reikwijdte hebben. Het toepassingsbereik verschilt echter naar de vorm die een economische transactie aanneemt. Welke methode je ook uit de ontwerpmededeling kiest, het zal marktconform moeten blijven. Wat betekent dit nu voor de praktijk? Het is raadzaam om voorafgaand aan een economische transactie een waarderingsmethode te kiezen en toe te passen en daarbij zelf goed in de gaten te houden of voldaan wordt aan het MEO-beginsel. Dit betekent dat er teruggegaan moet worden naar het basisbeginsel van de rechtspraak van het Hof van Justitie en dat we ons niet rijk moeten rekenen aan Leidschendam-Voorburg. Onze aanbeveling luidt dus eigenlijk als volgt: terug naar de basis en blijf daarbij!