

MASTER'S THESIS

Staatssteun en onroerend goedtransacties

Tonneijck - Van Os, M.S.

Award date:

2016

Awarding institution:

Department of Criminal Law, International Law and European Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 08. Sep. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Staatssteun en onroerend goedtransacties

Naam student:

Studentnummer:

Naam begeleider/examinator:

Naam assessor:

Aantal woorden:

Inleverdatum:

M.S. Tonneijck – van Os

850498992

prof. dr. mr. J.W. Sap

mr. H.M.J.M. Slegers

12807

18 juni 2016

Inhoudsopgave

	pagina
Hoofdstuk 1 Inleiding	5
Hoofdstuk 2 Onroerend goedtransacties	
§ 2.1 <i>Reikwijdte begrip 'onroerend goed'</i>	7
§ 2.2 <i>Juridisch kader</i>	8
§ 2.3 <i>Soorten overeenkomsten</i>	10
§ 2.4 <i>Specifieke voorwaarden</i>	11
§ 2.5 <i>Bijzondere positie overheid bij het aangaan van overeenkomsten</i>	12
Hoofdstuk 3 Europese regels rondom staatssteun	
§ 3.1 <i>Doelstellingen Europese Unie</i>	15
§ 3.2 <i>Beginselen Unierecht</i>	16
§ 3.3 <i>Achtergrond bij regeling staatssteun</i>	17
§ 3.4 <i>Toepassing staatssteunregels</i>	19
§ 3.5 <i>Staatssteun</i>	20
§ 3.5.1 <i>Staatsmiddelen</i>	21
§ 3.5.2 <i>Voordeel</i>	21
§ 3.5.3 <i>Selectiviteit</i>	22
§ 3.5.4 <i>Vervalsing mededinging</i>	23
§ 3.5.5 <i>Ongunstige beïnvloeding tussenstaatse handel</i>	23
§ 3.6 <i>Uitzonderingen</i>	23
§ 3.7 <i>Toenmalig standpunt Nederlandse regering</i>	25
§ 3.8 <i>Vooruitblik naar nieuwe mededeling</i>	25
Hoofdstuk 4 Belangenafweging overheid	
§ 4.1 <i>Geschiedenis overheid</i>	29
§ 4.2 <i>Algemeen belang</i>	30
§ 4.3 <i>Taken overheid</i>	30
§ 4.4 <i>Grondbeleid</i>	32

§ 4.5	<i>Belangen overheid</i>	33
§ 4.6	<i>De rol van de overheid in de samenleving</i>	34
Hoofdstuk 5 Casestudy		
§ 5.1	<i>De casus</i>	37
§ 5.2	<i>De Nederlandse rechter</i>	38
§ 5.2.1	<i>Rechtspraak van de Afdeling</i>	38
§ 5.2.2	<i>Rechtspraak van de burgerlijke rechter</i>	40
§ 5.3	<i>Beschikkingen van de Commissie</i>	42
§ 5.4	<i>Arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht</i>	46
§ 5.5	<i>Sociale markteconomie?</i>	49
Hoofdstuk 6 Conclusie		51
Lijst met aangehaalde literatuur		53
Lijst met aangehaalde jurisprudentie		59

Hoofdstuk 1 Inleiding

Sinds de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap in 1957 is het voornaamste doel geweest om een –toen nog- gemeenschappelijke markt tot stand te brengen.¹ Hoewel het werkgebied van de –thans- Europese Unie zich in de loop der tijd heeft uitgebreid, vormt de interne markt nog steeds de kern van het Europese recht. Enerzijds zijn hiervoor de vier vrijheden van goederen, personen, diensten en kapitaal van belang. Anderzijds zijn de mededingingsregels van belang om ervoor te zorgen dat de concurrentie tussen ondernemingen op de interne markt niet wordt verstoord. Een onderdeel van het mededingingsrecht zijn de staatssteunregels.² Deze staatssteunregels zijn bedoeld om te voorkomen dat overheden bedoelde concurrentie verstoren door bepaalde ondernemingen een voordeel te geven.³

Gebleken is dat bij veel Nederlandse overheden nog steeds veel weerstand is tegen de Europese regels van staatssteun. Dit komt met name door onbekendheid met bedoelde regels.⁴ Doorgaans wordt gesproken van het verbod van staatssteun, maar het gaat niet om een daadwerkelijk verbod zoals het kartelverbod en het verbod van het maken van misbruik van een machtspositie.⁵ Het gaat erom of een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt en daarvoor geldt een aantal voorwaarden. Bedoelde steunmaatregelen moeten passen binnen de doelstellingen van de Europese Unie.⁶ Vanzelfsprekend streeft de Europese Unie hierbij bepaalde belangen na.

Bij het vak ‘Europees mededingingsrecht’ kwam ik een interessant arrest tegen over staatssteun met betrekking tot een onroerend goedtransactie in Leidschendam.⁷ Dit arrest gaat over een gemeente die vóór de crisis contracten met een ontwikkelaar had gesloten met het oog op de herinrichting van het stadscentrum van Leidschendam. Mede als gevolg van de crisis liep deze ontwikkeling vertraging op. Kort samengevat is de koopprijs van de te ontwikkelen grond naar beneden bijgesteld. Verder zijn financiële bijdragen kwijtgescholden die de ontwikkelaar aan de gemeente zou doen. Op deze manier probeerde Leidschendam de gewenste ontwikkeling – in het algemeen belang - van de grond te krijgen. Vervolgens was het de vraag of Leidschendam onverenigbare

¹ Artikel 2 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.

² Artikel 107 e.v. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

³ Eijsbouts e.a. 2012, p. 69, 167 en 192.

⁴ Binnenlandsbestuur.nl (zoek op *spook staatssteun*).

⁵ Artikelen 101 en 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁶ Artikel 3 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁷ Gerecht EU 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13, ECLI:EU:T:2015:447 (*Nederland/Commissie*).

staatssteun had verleend aan de betreffende ontwikkelaar.⁸ Dit is niet het enige voorbeeld waarbij de overheid, doorgaans een gemeente, is bijgesprongen om een gebiedsontwikkeling mogelijk te maken.⁹

Wat houdt het voornoemde algemene belang dat overheden nastreven nu precies in? En in hoeverre komt dit overeen, of botst dit met de belangen van de Europese Unie? In dit kader is interessant dat mede als gevolg van de crisis opnieuw de vraag is opgekomen welke rol de overheid in de samenleving zou moeten innemen. Bij het totstandbrengen van de interne markt van de Europese Unie is vrije marktwerking van groot belang geweest, waarbij veel aan de markt wordt overgelaten. Hierbij is weinig oog voor sociale aspecten en dit heeft daarom ook negatieve gevolgen gehad. Bij het vrije marktkapitalisme hoort een kleinere rol voor de overheid.¹⁰ Vanuit steeds meer hoeken wordt echter gepleit voor vrije marktwerking waarbij wel oog is voor sociale aspecten. Hierbij hoort een grotere rol voor de overheid.¹¹ Aan de hand van het vorenstaande heb ik dan ook de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Wat zijn de juridische voorwaarden bij Nederlandse onroerend goedtransacties, gelet op de Europese regels van staatssteun?

Om tot een antwoord op deze vraag te komen, beschrijf ik in hoofdstuk 2 de juridische voorwaarden van onroerend goedtransacties. In hoofdstuk 3 komen vervolgens de Europese regels van staatssteun aan de orde en de belangen die daarbij een rol spelen. Daarna ga ik in hoofdstuk 4 in op de belangen van overheden bij onroerend goedtransacties en de rol van de overheid in de samenleving. In hoofdstuk 5 geef ik aan de hand van het hiervoor genoemde arrest over Leidschendam inzicht in de wijze waarop verschillende instanties oordelen over geschillen over staatssteun en de daarbij betrokken belangen. Mijn scriptie sluit ik af met een conclusie waarbij ik antwoord geef op de hiervoor geformuleerde onderzoeksvraag.

⁸ Cobouw.nl (zoek op *angst staatssteun verlamd*).

⁹ In hoofdstuk 5 komen diverse andere voorbeelden aan de orde.

¹⁰ Europa.nu (zoek op *Angelsaksische model*).

¹¹ Peters & Weggeman 2015, p. 15-22.

Hoofdstuk 2 Onroerend goedtransacties

In dit hoofdstuk komt aan de orde wat onroerend goedtransacties zijn. Hierbij geef ik eerst aan wat in het kader van deze scriptie moet worden verstaan onder het begrip 'onroerend goed'. Vervolgens wordt het juridische kader van overeenkomsten waarbij onroerend goed wordt aan- en verkocht genoemd. Verder geef ik aan om welk soort overeenkomsten het kan gaan bij dergelijke transacties. Daarna wordt een aantal elementen beschreven die doorgaans worden opgenomen in contracten over onroerend goedtransacties. Tot slot ga ik in op de bijzondere positie van de overheid bij het aangaan van overeenkomsten.

§ 2.1 *Reikwijdte begrip 'onroerend goed'*

In het Burgerlijk Wetboek is een opsomming van onroerende zaken opgenomen.¹² In mijn scriptie gaat het echter alleen om 'gronden' en 'gebouwen'. Hiermee sluit ik aan bij de mededeling van de Europese Commissie (de Commissie) over staatssteun bij verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (de mededeling).¹³ De mededeling komt in paragraaf 3.5.2 nader aan de orde.

Bij percelen grond is van belang of het perceel al dan niet bouwrijp is. Hierbij is een verschil tussen technisch en fiscaal bouwrijpe grond. Als grond technisch bouwrijp is, is de grond gereed om te bebouwen. Dit betekent bijvoorbeeld dat aansluitingen voor de nutsvoorzieningen zijn aangelegd en dat het perceel op een bepaalde hoogte is afgewerkt. Bouwrijpe grond in fiscale zin houdt in dat de grond in ieder geval onbebouwd is (en eventuele opstallen dus verwijderd zijn) en er in principe bewerkingen aan de grond hebben plaatsgevonden met het oog op de bebouwing.¹⁴ Naar aanleiding van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof van Justitie) heeft de Hoge Raad overigens vrij recent bepaald, dat het niet noodzakelijk is dat daadwerkelijk bewerkingen aan de grond hebben plaatsgevonden. Het gaat erom dat de grond bestemd is om te bebouwen en partijen deze bedoeling ook hebben.¹⁵ Dit is van belang, omdat in geval van fiscaal bouwrijpe grond bij de (notariële) levering van deze grond omzetbelasting in plaats van overdrachtsbelasting moet

¹² Artikel 3 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

¹³ Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03).

¹⁴ Artikel 11 lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968.

¹⁵ HvJ EU 17 januari 2013, C-543/11, ECLI:EU:C:2013:20 (*Woningstichting Maasdriel*) r.o. 36; HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2222 (*Woningstichting Maasdriel*) r.o. 2.3.

worden betaald door de verkrijger van de betreffende grond.¹⁶ Een onderneming zal percelen grond doorgaans met omzetbelasting geleverd willen krijgen, omdat een onderneming de omzetbelasting kan terugvorderen.¹⁷ In de volgende paragraaf komt het juridische kader van onroerend goedtransacties aan de orde.

§ 2.2 *Juridisch kader*

Een overeenkomst is een meezijdige rechtshandeling, omdat er twee of meer partijen zijn die de rechtshandeling verrichten.¹⁸ In mijn scriptie zal het bij deze partijen in ieder geval steeds gaan om een onderneming en een overheid. Voor het begrip ‘onderneming’ sluit ik - gelet op het onderwerp van mijn scriptie - vanzelfsprekend aan bij de omschrijving die het Hof van Justitie heeft gegeven van een onderneming, te weten een eenheid die een economische activiteit verricht.¹⁹ Aangezien de onderneming doorgaans een projectontwikkelaar is, zal ik zowel de term ‘onderneming’ als de term ‘(project)ontwikkelaar’ gebruiken. De overheid als contractspartij en de bijzondere positie die zij daarbij heeft, komt aan de orde in paragraaf 2.5.

Bij onroerend goedtransacties gaat het altijd om wederkerige overeenkomsten.²⁰ Een van de partijen draagt namelijk grond of een gebouw in eigendom over en de andere partij betaalt hiervoor een koopsom.²¹ Met name de grondprijsberekening is van belang in het kader van de regels rondom staatssteun. In de paragrafen 3.5.2 en 4.4 ga ik hier verder op in.

Een van de basisbeginselen van het overeenkomstenrecht is contractsvrijheid. Contractsvrijheid houdt in dat men zelf kan bepalen met wie een overeenkomst gesloten wordt en waarover.²² Dit beginsel kan evenwel worden begrensd door het in paragraaf 2.5 te noemen zorgvuldigheidsbeginsel. Een andere grens aan dit beginsel is dat een overeenkomst niet in strijd met de wet mag zijn.²³ Uiteraard mag de inhoud van een

¹⁶ Artikel 11 lid 1 sub a onder 1 van de Wet op de omzetbelasting 1968, artikel 2 lid 1 en artikel 15 lid 1 sub a van de Wet op belastingen van rechtsverkeer.

¹⁷ Artikel 2 en artikel 15 van de Wet op de omzetbelasting 1968.

¹⁸ Artikel 213 lid 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

¹⁹ HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner&Elser*) r.o. 21.

²⁰ Artikel 261 lid 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

²¹ Artikel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

²² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

²³ Artikel 40 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

overeenkomst ook niet in strijd zijn met de Europese wet- en regelgeving, waaronder de regels rondom staatssteun.²⁴ In paragraaf 3.5 komen deze regels nader aan de orde.

In principe komt een overeenkomst tot stand door aanbod en aanvaarding.²⁵ In de meeste gevallen gaat het bij grondtransacties tussen een overheid en een onderneming om een gebiedsontwikkeling, waarbij de grondtransactie 'slechts' een onderdeel is van een pakket van afspraken. Veelal zijn op een moment onderhandelingen gestart over de gebiedsontwikkeling. Zodra deze afspraken enige vaste vorm aannemen, worden deze in een schriftelijke (concept)overeenkomst vastgelegd. Op het moment dat tussen de medewerkers van zowel de overheid als de onderneming overeenstemming is bereikt over de inhoud van de overeenkomst, kan tot formele besluitvorming worden overgegaan.²⁶ Uit het vorenstaande blijkt dat bij grondtransacties niet altijd sprake is van een eenvoudige 'aanbod en aanvaarding' zoals hiervoor bedoeld.²⁷ Mocht een partij willen afhaken in de zogenaamde precontractuele fase, dan kan bij de wederpartij een gerechtvaardigd vertrouwen zijn ontstaan dat een overeenkomst tot stand zou komen. Terzijde zij opgemerkt dat hierdoor de afhakende partij verplicht kan worden eventuele schade van de wederpartij te vergoeden.²⁸ Voorts is van belang dat partijen bij het aangaan en het uitvoeren van een overeenkomst over en weer rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.

Voor overheden geldt in principe dat het moment van de besluitvorming door het bevoegde orgaan het moment is waarop de overeenkomst wordt aangegaan. Dat is namelijk de wilsverklaring van de overheid.²⁹ Het ondertekenen van de overeenkomst is slechts nog een formele handeling. Overigens kan onder omstandigheden het bevoegde bestuursorgaan toch gebonden zijn aan op ambtelijk niveau gemaakte afspraken, zonder dat het daartoe een besluit heeft genomen. Het voorbehoud van goedkeuring door het college van burgemeester en wethouders kan namelijk worden gezien als een opschortende voorwaarde.³⁰ Voorts zijn binnen het juridische kader verschillende soorten transacties mogelijk. De voor mijn scriptie belangrijkste zal ik in de volgende paragraaf behandelen.

²⁴HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*); Dekker & Van der Wal 2008, p. 139.

²⁵ Artikel 217 lid 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁶ Klostermann 2012, p. 123.

²⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/189.

²⁸ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (*CBB/JBO*) r.o. 3.6.

²⁹ Artikel 33 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

³⁰ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748 (*Gemeente Almere/Flevoland Invest*) r.o. 3.10.2; De artikelen 21 en 23 lid 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

§ 2.3 Soorten overeenkomsten

Bij onroerend goedtransacties gaat het doorgaans om de aan- en verkoop van grond of gebouwen. Daarnaast kan grond ook in erfpacht worden uitgegeven. Hiervoor gelden specifieke bepalingen.³¹ Overheden hebben meestal geen voorkeur voor deze rechtsfiguur, omdat de grip op de grond feitelijk verloren gaat.³² Daarbij moet een tijdrovende erfpachtadministratie bijgehouden worden.

Verder is verhuur van percelen grond of gebouwen in het kader van mijn scriptie van belang. Er moet namelijk een marktconforme (ver)huurprijs worden overeengekomen tussen de partijen, omdat anders sprake kan zijn van onverenigbare staatssteun.³³

Bij overeenkomsten met de overheid over gebiedsontwikkeling gaat het vaak naast een privaatrechtelijke grondverkoop ook om een zogenaamde bevoegdhedenovereenkomst. Dit betreft afspraken over de voor de betreffende gebiedsontwikkeling benodigde planologische maatregelen, zoals het wijzigen van een bestemmingsplan. De Hoge Raad heeft recent aangegeven dat dergelijke overeenkomsten een gemengd karakter hebben, namelijk zowel publiek- als privaatrechtelijk. Het object gaat over het gebruik maken van een publiekrechtelijke bevoegdheid en heeft daarom een publiekrechtelijk karakter. De vorm waarin de afspraken zijn gegoten heeft een privaatrechtelijk karakter, te weten een overeenkomst.³⁴ Deze karakterisering heeft gevolgen voor de rechtsmachtsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter.

Hoewel er meer soorten overeenkomsten te noemen zijn, wil ik vanwege het onderwerp van mijn scriptie tot slot alleen nog het zogenaamde publiek privaat partnerschap (PPP) vermelden. Zoals in hoofdstuk 5 zal blijken, wordt soms tussen een overheid en een of meer ondernemingen een overeenkomst gesloten om bijvoorbeeld het risico te delen van een grondexploitatie.³⁵ Dit is een voorbeeld van een PPP.³⁶

³¹ Artikel 85 e.v. van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek.

³² Hijmans 2010b, paragraaf 1, alinea 1 en paragraaf 2, alinea 1.

³³ Hessel e.a. 2008, p. 27.

³⁴ HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057 (*Etam/Gemeente Zoetermeer*) r.o. 3.6.2.

³⁵ Paragraaf 4.4.

³⁶ Bregman 2005, paragraaf 4; Hijmans 2009, paragraaf 2, alinea 3.

§ 2.4 Specifieke voorwaarden

Gangbaar is dat de overheid en de ontwikkelaar afspraken maken over het moment waarop de ontwikkelaar de benodigde vergunning aanvraagt. Hierbij moeten partijen er evenwel op bedacht zijn dat bij een contractuele bouwplicht sprake kan zijn van een overheidsopdracht waarvoor een aanbestedingsplicht geldt.³⁷ Voorts wordt doorgaans overeengekomen dat de betreffende grond (notarieel) wordt geleverd op het moment dat de betreffende grond bouwrijp is en het betreffende bestemmingsplan en de betreffende vergunning onherroepelijk zijn.³⁸ Eerder kan de ontwikkelaar niets met de grond en zal hij de grondprijs nog niet willen betalen. Voor het overige komt het veel voor dat partijen overeenkomen dat de ontwikkelaar pas start met de bouw van woningen als een bepaald percentage ervan is verkocht.³⁹

Een ander aspect bij een grondtransactie is de bodemgesteldheid van de te verkopen grond. Het is gebruikelijk dat de verkopende partij ervoor zorgt, en dus ook verklaart, dat de betreffende grond geschikt is voor het beoogde gebruik.⁴⁰ Dit past bij het uitgangspunt dat de vervuiler of in ieder geval de verkoper van de grond verantwoordelijk is voor eventuele verontreiniging.⁴¹ Daarbij heeft grond een lagere waarde, indien deze is verontreinigd. In de meeste gevallen wordt voor rekening van de verkoper een zogenaamd verkennend bodemonderzoek verricht. Verder wordt vrijwel altijd contractueel vastgelegd, dat mocht uit het betreffende bodemonderzoek blijken dat de grond gesaneerd moet worden, bedoelde sanering voor rekening en risico van de verkoper zal gebeuren. Indien de overheid de kosten van een eventuele sanering op zich neemt, kan er sprake zijn van onverenigbare staatssteun.⁴² Overigens zijn er diverse mogelijkheden om hiervoor verenigbare staatssteun te verlenen.⁴³ Tot besluit van dit hoofdstuk ga ik in de volgende paragraaf in op de bijzondere positie die de overheid inneemt als contractspartner.

³⁷ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*) r.o. 63.

³⁸ Artikel 89 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

³⁹ Fokkema 2010, paragraaf 4.2.

⁴⁰ Artikel 17 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

⁴¹ Punt 40 van het besluit van de Commissie van 2 oktober 2013 betreffende steunmaatregel SA.32225 (2011/NN) – Nederland. Vergoeding voor de onteigening van Nedalco in Bergen op Zoom.

⁴² Hessel e.a. 2008, p. 71; Hof Den Haag 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 r.o. 19.

⁴³ Bijvoorbeeld artikel 45 van de Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

§ 2.5 *Bijzondere positie overheid bij het aangaan van overeenkomsten*

Bij gemeenten is het college van burgemeester en wethouders het bestuursorgaan dat bevoegd is om te besluiten om overeenkomsten aan te gaan.⁴⁴ Bij provincies zijn dat gedeputeerde staten.⁴⁵ Op rijksniveau is het Rijksvastgoed- en ontwikkelingsbedrijf verantwoordelijk voor de aan- en verkoop van onroerend goed. Dit is een onderdeel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.⁴⁶

Bij het nemen van publiekrechtelijke besluiten gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen zijn echter ook van toepassing als de overheid privaatrechtelijke rechtshandelingen uitvoert.⁴⁷ Dit betekent dus dat in dergelijke situaties bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel van toepassing zijn.⁴⁸ Als een gemeente een beleid hanteert voor uitgifteprijzen voor bedrijfskavels, moet dit beleid worden gevolgd.⁴⁹ Anders kan worden gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.⁵⁰ Van Tilborg geeft bij de bespreking van een uitspraak van de voorzieningenrechter aan, dat het zorgvuldigheidsbeginsel ook betekent dat de overheid bij de keuze van een contractspartner dit beginsel in acht moet nemen. Overigens heb ik hierover geen andere literatuur of recente rechtspraak van hogere rechters kunnen vinden.⁵¹

Verder moeten overheden voorkomen dat zij door middel van privaatrechtelijke handelingen publiekrechtelijke bepalingen op een onaanvaardbare wijze doorkruisen.⁵² Soms blijkt al uit de wettelijke bepaling dat contractuele afspraken over een bepaald onderwerp niet zijn toegestaan. Een voorbeeld hiervan is artikel 122 van de Woningwet. Bij dit soort bepalingen wordt aan de doorkruisingsleer niet toegekomen.⁵³

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet aan welke juridische voorwaarden onroerend goedtransacties tussen overheden en ondernemingen moeten voldoen. In het volgende

⁴⁴ Artikel 160 lid 1 sub e van de Gemeentewet.

⁴⁵ Artikel 158 lid 1 sub e van de Provinciewet.

⁴⁶ Rijksvastgoedbedrijf.nl (zoek op *organisatie*).

⁴⁷ Artikel 14 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 3:1 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁴⁸ Artikel 14 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en artikelen 3:1 lid 2, 3:2 en 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁴⁹ Artikel 1:3 lid 4 en titel 4.3 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁵⁰ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971 (*Gemeente Lichtenvoorde/Dusseldorp*) r.o. 3.4.4.

⁵¹ Van Tilborg 2012, paragraaf 4.2, alinea 12.

⁵² HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Staat/Windmill*) r.o. 3.2.

⁵³ HR 1 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ1677 (*Gemeente Breda*) punten 2.23 en 2.29.

hoofdstuk komen de Europese regels van staatssteun aan de orde welke gelden bij deze transacties.

Hoofdstuk 3 Europese regels rondom staatssteun

In dit hoofdstuk komen de voor mijn scriptie belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie aan de orde. Daarna volgen de belangrijkste beginselen van het Unierecht. Vervolgens geef ik de achtergronden weer bij de regeling rondom staatssteun. In de paragraaf daarna komt de toepassing van de staatssteunregels aan de orde. Aansluitend ga ik in op de verschillende categorieën en de voorwaarden van staatssteun. Voorts noem ik de belangrijkste uitzonderingen op de staatssteunregels. Ook vermeld ik het standpunt van de Nederlandse regering over de regels van staatssteun. Tot slot volgt een korte vooruitblik naar een nieuwe mededeling over staatssteun welke de mededeling zal vervangen.

§ 3.1 Doelstellingen Europese Unie

De doelstellingen van de Europese Unie zijn opgenomen in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). In lid 3 van dit artikel en in artikel 26 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is bepaald dat de Europese Unie een interne markt tot stand zal brengen en de werking hiervan zal waarborgen. Het werkgebied van de Europese Unie heeft zich in de loop der tijd uitgebreid, maar de interne markt vormt nog steeds de kern van het Europese recht. Voor de interne markt zijn enerzijds de vier vrijheden van goederen, personen, diensten en kapitaal van belang.⁵⁴ Anderzijds kan de interne markt niet bereikt worden zonder mededingingsregels.⁵⁵ Daarom is in Protocol 27 bij het VEU en het VWEU opgenomen, dat de interne markt een regime omvat dat ervoor zorgt dat de mededinging niet wordt verstoord. De Europese Unie zal hiertoe de benodigde maatregelen nemen.⁵⁶

Het mededingingsrecht heeft een economisch verschijnsel als onderwerp, omdat dit recht het handelen van ondernemingen en overheden in de markt reguleert.⁵⁷ De staatssteunregels maken onderdeel uit van het mededingingsrecht. Het gaat erom dat er een 'level playing field' is en in stand wordt gehouden. Dit economische begrip betekent dat alle spelers op de interne markt dezelfde kansen moeten hebben en elkaar zodoende niet kapot concurreren.⁵⁸ Overigens is de juridische evenknie van dit begrip het

⁵⁴ Eijsbouts e.a. 2012, p. 69; Artikelen 26 – 37 en 45 – 66 VWEU.

⁵⁵ Dekker & Van der Wal 2008, p. 7.

⁵⁶ Publicatieblad nr. 115 van 09/05/2008 blz. 0309 – 0309.

⁵⁷ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 3.

⁵⁸ Punt 67 van HvJ EU 26 mei 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:354 (*Residex*).

gelijkheidsbeginsel.⁵⁹ Daarnaast zorgt het mededingingsrecht ervoor dat ondernemingen blijven innoveren, goede kwaliteit leveren en marktconforme prijzen vragen voor hun producten.⁶⁰ Dit draagt bij aan de welvaart. Tot zover de positieve kant van het mededingingsrecht. De negatieve kant is dat indien een (te) eenzijdige focus op vrije concurrentie ontstaat, het zogenaamde neoliberalisme wordt gestimuleerd.⁶¹ Dit komt verder aan de orde in paragraaf 4.6. Om een goede balans te vinden tussen een goed lopende economie met daarnaast voldoende aandacht en ruimte voor sociale doelstellingen vind ik het dan ook belangrijk dat - mede aan de hand van de mededingingsregels - de navolgende doelstellingen worden nagestreefd.⁶²

In artikel 3 lid 3 VEU is namelijk opgenomen dat de Europese Unie zich inzet voor een duurzame ontwikkeling van Europa. Dit gebeurt op basis van onder andere een evenwichtige economische groei, prijsstabiliteit, een sociale markteconomie en een groot concurrentievermogen met onder meer als doel volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang. Tevens bevordert de Europese Unie de economische en sociale samenhang.⁶³ Alle in artikel 3 VEU genoemde doelstellingen zijn even belangrijk. Dit kan dan ook tot gevolg hebben dat in een bepaald geval bijvoorbeeld sociale doelstellingen door het Hof van Justitie belangrijker worden gevonden dan ongestoorde concurrentie.⁶⁴ In de volgende paragraaf komen de belangrijkste beginselen van het Unierecht aan de orde.

§ 3.2 *Beginnselen Unierecht*

Al in 1963 heeft het Hof van Justitie bepaald dat de lidstaten van de –thans- Europese Unie een autonome rechtsorde hebben gecreëerd en dat de lidstaten hieraan een deel van hun soevereiniteit hebben overdragen.⁶⁵ Het Hof van Justitie heeft vervolgens bepaald dat het Unierecht voorrang heeft op het nationale recht van de lidstaten dat in strijd is met bedoeld Unierecht. Deze voorrang geldt ook voor de grondwettelijke

⁵⁹ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 270.

⁶⁰ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 5 en 6.

⁶¹ Kahn & Sap 2012, paragraaf 2, alinea 2 en 3.

⁶² Appeldoorn & Vedder 2013, p. 3, 32 en 33.

⁶³ Artikel 174 VWEU.

⁶⁴ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 31-33.

⁶⁵ HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

bepalingen van de lidstaten.⁶⁶ Het Unierecht werkt dan ook uit zichzelf door in de nationale rechtsordes van de lidstaten.⁶⁷

Vervolgens kan een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende vormen van doorwerking van het Unierecht. Een van de wijzen waarop Unierecht kan doorwerken is als een bepaling van Unierecht rechtstreekse werking heeft. Een particulier kan dan voor de nationale rechter een beroep doen op een dergelijke bepaling.⁶⁸ Artikel 107 VWEU, dat gaat over staatssteun, heeft geen rechtstreekse werking. Particulieren kunnen dan ook geen beroep op deze verdragsbepaling doen voor de nationale rechter. De zogenaamde standstill bepaling van artikel 108 lid 3 VWEU heeft daarentegen wel rechtstreekse werking.⁶⁹ Vervolgens is het van belang in te gaan op de achtergrond van de staatssteunregels.

§ 3.3 *Achtergrond bij regeling staatssteun*

Bij de regels rondom staatssteun gaat het om handelen van de overheid waardoor de mededinging kan worden verstoord. De staatssteunregels zorgen ervoor dat overheden van de lidstaten de eigen ondernemingen geen voordeel kunnen verschaffen, waardoor de concurrentie tussen ondernemingen wordt beïnvloed. Dit is de essentie van staatssteun.⁷⁰

De oorsprong van de regels rondom staatssteun is gelegen in het voorkomen dat de toenmalige lidstaten tijdens de wederopbouw van Europa na de Tweede Wereldoorlog de eigen ondernemingen te veel zouden beschermen.⁷¹ De regels rondom staatssteun zijn sinds de opname ervan in het Verdrag tot oprichting van de Europese en Economische Gemeenschap (het EEG-Verdrag) nauwelijks gewijzigd. De wijze waarop hieraan invulling wordt gegeven is wel veranderd in de loop der jaren.⁷²

Koopman geeft aan dat Nederland nog steeds vanuit de hiervoor bedoelde oorsprong te veel gericht is op wat niet mag. Nederland zou zich veel meer moeten richten op de kansen die de staatssteunregels bieden.⁷³ Hessel vindt het treurig dat er

⁶⁶ HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*); HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*).

⁶⁷ Eijsbouts e.a. 2012, p. 267.

⁶⁸ Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 67-73.

⁶⁹ Hessel & Knook 2014, paragraaf 1, alinea 1.

⁷⁰ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 263.

⁷¹ Lysiasgroup.com (zoek op *Trias Politica*).

⁷² Hessel & Knook 2014, alinea 1.

⁷³ Ebbers 2014, p. 25-27.

nog steeds zoveel onbekendheid met en weerstand tegen de staatssteunregels is en dat bedrijven hiervan de dupe worden. Dit is nadelig voor de concurrentiepositie van Nederland.⁷⁴ Bovendien is Nederland een klein land met een open economie. Zonder de Europese staatssteunregels zou de Nederlandse economie eronder lijden als grote lidstaten hun ondernemingen zouden steunen.⁷⁵ Voorts merkt Hessel terecht op dat overheden geen ondernemingen moeten steunen die toch al op omvallen staan. Het gaat er juist om dat overheden de hiervoor bedoelde kansen benutten.⁷⁶

Op basis van de Lissabon Strategie, waarbij het vergroten van het concurrentievermogen van Europa een van de kernpunten is, heeft Kroes in 2005 het Actieplan Staatssteun opgesteld. De hoofdpunten van dit actieplan zijn onder andere minder en doelgerichte staatssteun en een verfijnde economische toets.⁷⁷ Deze lijn is door Almunia voortgezet en in het kader van 'Europa 2020' zijn in 2014 bijna alle verordeningen en beleidsregels aangepast.⁷⁸ De verfijnde economische toets houdt in dat de maatregel in ieder geval noodzakelijk en proportioneel moet zijn. Daarnaast moet er een relatie zijn tussen de met de maatregel beoogde Europese doelstelling en een specifieke vorm van marktfalen. Bovendien moet economisch gezien de steunmaatregel voor de specifieke situatie het meest geschikt zijn.⁷⁹ Tevens wordt in Europa 2020 uitgegaan van een sociale markteconomie waarbij onder andere wordt gestreefd naar veel werkgelegenheid en sociale en territoriale cohesie.⁸⁰ Volgens Hessel probeert de Commissie hiermee de afstand tussen burgers en de Europese Unie te verkleinen.⁸¹ Doordat de verfijnde economische toets ingewikkeld is, kan bedoelde afstand juist vergroot worden. Daarnaast is het terecht de vraag in hoeverre bedoelde toets bijdraagt aan de idee van een sociale markteconomie, omdat hierbij juist ook niet-economische aspecten een rol spelen.⁸² In de navolgende paragraaf komt de wijze waarop de staatssteunregels worden toegepast aan de orde.

⁷⁴ Hessel 2014, alinea 2 en 3.

⁷⁵ Hessel 2009, paragraaf 1, alinea 6.

⁷⁶ Hessel 2014, alinea 3.

⁷⁷ Hessel & Knook 2014, paragraaf 4; Mededeling van de Commissie van 7 juni 2005 Actieplan Staatssteun Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009) COM(2005) 107 definitief.

⁷⁸ Hessel 2015, paragraaf 1; Mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 EUROPA 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei COM(2010) 2020 definitief.

⁷⁹ Hessel & Knook 2014, paragraaf 4.1.

⁸⁰ Mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 EUROPA 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei COM(2010) 2020 definitief, p. 20.

⁸¹ Hessel 2015, paragraaf 3.1, alinea a.

⁸² Hessel 2015, paragraaf 4.2.

§ 3.4 Toepassing staatssteunregels

Voor de toepassing van de staatssteunregels maakt het niet uit of de overheid bijvoorbeeld een sociaal doel voor ogen had.⁸³ Voor overheden spelen echter altijd algemene belangen, waaronder sociale belangen, een rol om zo nu en dan toch steun te verlenen.⁸⁴ Dit is dan ook de reden dat de lidstaten - afgezien van de twee hierna te noemen taken - verder geen functie hebben bij de handhaving van de regels van staatssteun.⁸⁵

De Commissie besluit op grond van artikel 108 lid 3 VWEU alsmede diverse verordeningen en aan de hand van verschillende beleidsregels of de betreffende voorgenomen staatssteunmaatregel verenigbaar is met de interne markt en dus is toegestaan.⁸⁶ De voor onroerend goedtransacties belangrijkste verordeningen komen hierna in paragraaf 3.6 aan de orde. Tegen beschikkingen van de Commissie kan op grond van artikel 263 VWEU beroep bij het Hof van Justitie worden ingesteld.

In het kader van de hiervoor genoemde standstill bepaling beoordeelt de nationale rechter uitsluitend of sprake is van staatssteun en of de betreffende maatregel aangemeld had moeten worden. Op grond van het beginsel van procedurele autonomie gebeurt dit via nationale procedures.⁸⁷ Bedoelde procedures moeten voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.⁸⁸ De wijze waarop dit gebeurt, komt aan de orde in paragraaf 5.2. Deze taak van de nationale rechter doet overigens niets af aan de hiervoor genoemde functie van de Commissie.⁸⁹ Verder is het aan de nationale rechter om ten onrechte uitgekeerde staatssteun terug te vorderen van de betrokken onderneming, maar op deze procedure ga ik verder niet in.⁹⁰

Tot slot van deze paragraaf is van belang te melden dat Almunia de Procedureverordening zodanig heeft gewijzigd, zodat enkel nog belanghebbenden een

⁸³ HvJ EG 2 juli 1974, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71 (*Italië/Commissie*).

⁸⁴ Paragraaf 4.4.

⁸⁵ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 263 en 264.

⁸⁶ Den Ouden 2005, p. 20; HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*) r.o. 27-28.

⁸⁷ Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 35 en 36.

⁸⁸ Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 38, 43 en 44; HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*) r.o. 5 en 6; HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*) r.o. 13, 16 en 19.

⁸⁹ Sterk 2009, paragraaf 3.

⁹⁰ Artikel 14 lid 3 van de Verordening (EG) 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag.

vermoeden van staatssteun bij de Commissie kunnen melden.⁹¹ De verwachting is dat hierdoor de werkdruk bij de Commissie wordt verlicht, zodat zij zich alleen maar hoeft te richten op de belangrijkste dossiers.⁹² In de volgende paragraaf ga ik in op staatssteun en de voorwaarden die hierbij gelden.

§ 3.5 *Staatssteun*

Staatssteun kan als volgt worden onderverdeeld. Ten eerste is er het onderscheid tussen bestaande en nieuwe steun. Bestaande steun is steun die al werd verleend toen het EEG-Verdrag werd gesloten of op het moment dat de betreffende staat lid werd van de –thans - Europese Unie. Deze bestaande steun moe(s)t geleidelijk aan worden beëindigd.⁹³

Ten tweede kan nieuwe steun worden onderverdeeld in onrechtmatige, niet verenigbare en verenigbare steun.⁹⁴ In het kader van mijn scriptie gaat het steeds om onrechtmatige steun. Dit is steun die niet is aangemeld en waarover de Commissie dan ook geen besluit heeft genomen. Op grond van artikel 108 lid 3 VWEU had deze steun nog niet verleend mogen worden. Nadat de steunmaatregel bij de Commissie bekend is geworden, zal de Commissie eerst onderzoeken of het om staatssteun gaat. Indien het niet om staatssteun gaat, zal het betreffende dossier uiteraard gesloten worden. Ingeval het daarentegen wel om staatssteun gaat, zal de Commissie vervolgens beoordelen of de steun al dan niet verenigbaar is met de interne markt.⁹⁵

Hoewel vaak wordt gesproken van het ‘verbod’ van staatssteun, is het geen daadwerkelijk verbod.⁹⁶ Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU gelden voor staatssteun vijf cumulatieve voorwaarden om te spreken van ‘onverenigbare’ staatssteun.⁹⁷ In sommige gevallen is staatssteun namelijk wel verenigbaar met de interne markt. De vijf voorwaarden komen hierna elk apart aan de orde.

⁹¹ Overweging 15 van de Verordening (EU) 734/2013 van de Raad van 22 juli 2013 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag.

⁹² Hessel 2015, alinea 1.1.

⁹³ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 280 en 281.

⁹⁴ Artikel 1 sub f van de Verordening (EG) 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag.

⁹⁵ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 280-284.

⁹⁶ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 264.

⁹⁷ Hessel e.a. 2008, p. 18.

§ 3.5.1 *Staatsmiddelen*

Ten eerste moet het hierbij gaan om steun van de staat of een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd. Er hoeft niet daadwerkelijk een betaling te hebben plaatsgevonden. Het gaat erom dat een bedrag ten laste van de overheid is gekomen of zal komen.⁹⁸ Ten tweede gaat het bij de term 'staat' niet alleen om de landelijke overheid. Het kan ook gaan om decentrale overheden of openbare bedrijven.⁹⁹ Van belang is dat de maatregel aan de staat is toe te rekenen. Aan beide voorwaarden moet zijn voldaan om te kunnen spreken van staatsmiddelen als bedoeld in artikel 107 lid 1 VWEU.¹⁰⁰

§ 3.5.2 *Voordeel*

Deze voorwaarde is vanwege het onderwerp van mijn scriptie zeer van belang. Bij onroerend goedtransacties is immers vrijwel altijd het discussiepunt of de betrokken onderneming een voordeel heeft gekregen.¹⁰¹ Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU moet namelijk sprake zijn van een 'begunstiging'. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat de onderneming in kwestie van de overheid een voordeel moet hebben gekregen dat niet marktconform is.¹⁰² Een uitzondering hierop is als de overheid een onderneming, die op grond van artikel 106 lid 2 VWEU is belast met diensten van algemeen economisch belang (DAEB), hiervoor financiële compensatie wil bieden. Op grond van de zogenaamde Altmark-voorwaarden en diverse regelgeving van de Europese Unie kan dergelijke financiële compensatie zijn toegestaan en dan is geen sprake van staatssteun.¹⁰³

Een andere uitzondering is dat als de overheid voldoet aan het 'market economy investor principle' (het MEIP) eveneens geen sprake is van een voordeel. Deze uitzondering is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹⁰⁴ De onderneming had het voordeel in dat geval ook van een andere onderneming kunnen

⁹⁸ HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech/Parking Adjudicator*) r.o. 34.

⁹⁹ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 266.

¹⁰⁰ Gerecht EU 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13, ECLI:EU:T:2015:447 (*Nederland/Commissie*) r.o. 63.

¹⁰¹ De Jong-Goris 2011, p. 5.

¹⁰² HvJ EU 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert e.a.*) r.o. 83.

¹⁰³ HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*), r.o. 88-93; Appeldoorn & Vedder 2013, p. 275 en 276; Paragraaf 4.3.

¹⁰⁴ HvJ EG 14 november 1984, C-323/82, ECLI:EU:C:1984:345 (*Intermills*), r.o. 35 – 39.

krijgen.¹⁰⁵ Overigens heb ik met dit principe enige moeite. Zoals Schlössels aangeeft, is een overheid geen bedrijf met een winstdoelstelling. Een overheid is immers dienend aan de samenleving en daarbij worden uitsluitend algemene belangen nagestreefd.¹⁰⁶ Dit komt nader aan de orde in hoofdstuk 4. De Commissie heeft in de mededeling aangegeven op welke wijzen in ieder geval is voldaan aan het MEIP.¹⁰⁷ De mededeling is een beleidsregel waaraan de Commissie zich dient te houden.¹⁰⁸ Indien de verkoop heeft plaatsgevonden door middel van een openbare biedprocedure of een taxatie door een onafhankelijke deskundige hoeft de maatregel op grond van artikel 3 van de mededeling niet te worden aangemeld bij de Commissie. Doorgaans worden in de praktijk bedoelde taxaties gebruikt.¹⁰⁹ In tegenstelling tot wat eerder werd gedacht, heeft de Commissie in een recente beschikking gesteld, dat de mededeling niet naar analogie bij bijvoorbeeld verhuur kan worden toegepast.¹¹⁰

In de mededeling staat niet dat geen andere methoden gehanteerd zouden kunnen worden voor het bepalen van een marktconforme grondprijs. De Jong-Goris merkt hierover echter terecht het volgende op. Ingeval op een andere manier dan de hiervoor genoemde twee methoden de grondprijs wordt berekend, moet de maatregel op grond van artikel 3 van de mededeling bij de Commissie worden gemeld. Terwijl er op dat moment enkel een veronderstelling is dat er sprake kan zijn van staatssteun. Dit komt niet overeen met het bepaalde in artikel 108 lid 3 VWEU. Daarnaast worden op deze manier andere wijzen van berekeningen niet toegestaan.¹¹¹ Het Hof van Justitie heeft overigens bepaald dat andere methoden wel toegestaan moeten worden indien daarmee een prijs wordt bepaald die het meest overeenkomt met de marktwaarde.¹¹²

§ 3.5.3 *Selectiviteit*

Bij staatssteun moet het op grond van artikel 107 lid 1 VWEU gaan om het verlenen van voordeel aan een of meer bepaalde ondernemingen of producties. Een veel genoemd voorbeeld in dit kader is een belastingverlaging door een lidstaat. Als deze maatregel

¹⁰⁵ Aalbers & Jaarsma 2015, p. 104.

¹⁰⁶ Schlössels 2010, paragraaf 7.1, alinea 4.

¹⁰⁷ Hessel e.a. 2008, p. 18 en 19.

¹⁰⁸ Artikel 288 VWEU.

¹⁰⁹ Ligteringen & Serra 2015, p. 57.

¹¹⁰ Serra & Van Dijk 2014, p. 56; Punt 60 van het besluit SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN) van de Commissie van 23 april 2013 aangaande Steun aan bepaalde Nederlandse profvoetbalclubs in 2008-2011 (2013/C 116/03).

¹¹¹ De Jong – Goris 2011, p. 6 en 7.

¹¹² HvJ EU 16 december 2010, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778 (*Seydaland*) r.o. 54.

voor alle ondernemingen op een bepaalde markt van toepassing is, is dit geen selectieve maatregel.¹¹³ Er wordt dan gehandeld conform het in paragraaf 3.1 genoemde gelijkheidsbeginsel. Bij onroerend goedtransacties zal een overheid doorgaans met een of eventueel meerdere ondernemingen een overeenkomst sluiten, zodat altijd sprake zal zijn van selectiviteit.

§ 3.5.4 *Vervalsing mededinging*

Aan deze voorwaarde wordt voldaan als de concurrentie wordt verstoord of kan worden verstoord. Een verstoring van de mededinging is inherent aan het verkrijgen van een niet-marktconform voordeel.¹¹⁴ Het hiervoor in paragraaf 3.1 genoemde level playing field wordt daarmee beïnvloed. Vanzelfsprekend eist het Hof van Justitie desondanks van de Commissie dat per geval wordt onderbouwd of, en zo ja waarom aan deze voorwaarde wordt voldaan.¹¹⁵ Doorgaans wordt deze voorwaarde in een adem met de hierna volgende laatste voorwaarde genoemd.¹¹⁶

§ 3.5.5 *Ongunstige beïnvloeding tussenstaatse handel*

Ook voor deze voorwaarde geldt dat er bij een mogelijkheid van beïnvloeding al aan is voldaan. Slecht in enkele gevallen heeft de Commissie bepaald, dat vanwege het plaatselijke karakter niet aan deze voorwaarde is voldaan.¹¹⁷ Het gaat om de plaats die de betrokken onderneming op de betreffende markt heeft.¹¹⁸ Bovendien stelt het Hof van Justitie nog eerder dat aan deze voorwaarde is voldaan dan bij het kartelverbod en het verbod van het maken van misbruik van een machtspositie.¹¹⁹

§ 3.6 *Uitzonderingen*

Het VWEU voorziet in een aantal gevallen waarin geen sprake is van staatssteun. Dit zijn de uitzonderingen welke genoemd zijn in artikel 107 lid 2 VWEU. Hessel merkt op dat

¹¹³ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 268.

¹¹⁴ Dekker & Van der Wal 2008, p. 36; Punt 87 van het besluit van de Commissie van 23 januari 2013 betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg (2013/87 final).

¹¹⁵ HvJ EG 17 september 1980, C-730/79, ECLI:EU:C:1980:209 (*Philip Morris*) r.o. 9 en 12.

¹¹⁶ Knook 2013, paragraaf 4.1, alinea 2.

¹¹⁷ Punt 19 van het besluit van de Commissie van 7 november 2012 betreffende staatssteun SA.34404 (2012/NN) (ex 2012/CP) – Nederland. Beweerde aankoop van grond boven de marktprijs en daaropvolgende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Sliedrecht.

¹¹⁸ Hessel 2012, paragraaf 3.4.

¹¹⁹ Artikelen 101 en 102 VWEU; Appeldoorn & Vedder 2013, p. 265 en 266.

van bedoeld lid 2 alleen de sub b genoemde gevallen sporadisch van belang kunnen zijn voor gebiedsontwikkeling.¹²⁰ De Commissie toetst echter in haar beschikking over het Marktpassageplan in Haaksbergen aan sub a van bedoeld artikel. Hierbij kwam de Commissie tot de conclusie dat bedoeld sub a niet van toepassing is, omdat geen sociale woningbouw werd gerealiseerd en ook niet voor kansarme personen werd gebouwd.¹²¹

De uitzonderingen van artikel 107 lid 3 VWEU zijn van groter belang bij onroerend goedtransacties. Op basis van deze discretionaire bevoegdheid kan de Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar met de interne markt verklaren. Hieromtrent heeft de Commissie verscheidene verordeningen, kaderregelingen en richtsnoeren vastgesteld.¹²²

De Raad van de Europese Unie (de Raad) heeft de Commissie op grond van artikel 109 VWEU de bevoegdheid gegeven om bepaalde soorten van steun vrij te stellen van aanmelding.¹²³ Aan de hand hiervan en op basis van artikel 108 lid 4 VWEU heeft de Commissie eveneens vele verordeningen, kaderregelingen en richtsnoeren vastgesteld. Voor onroerend goedtransacties zijn de belangrijkste verordeningen de Algemene groepsvrijstellingsverordening en de de-minimisvrijstellingsverordening. Als een maatregel voldoet aan alle eisen die zijn gesteld in de betreffende verordening, kan van aanmelding bij de Commissie worden afgezien.¹²⁴ Gelet hierop is het vreemd dat onder andere het in paragraaf 2.5 genoemde artikel 122 Woningwet nog niet is aangepast, zodat over het treffen van duurzaamheidsmaatregelen gecontracteerd kan worden.¹²⁵

Vooruitlopend op het algemeen belang dat in paragraaf 4.2 aan de orde komt, wil ik hierover ten aanzien van het Europees recht het volgende melden. In het kader van de voornoemde vier vrijheden is in de rechtspraak van het Hof van Justitie de 'rule of

¹²⁰ Hessel 2012, paragraaf 2, alinea 6.

¹²¹ Punt 20 van het besluit van de Commissie van 4 april 2006 betreffende de steunmaatregel die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen in het kader van het project Marktpassageplan in Haaksbergen Steunmaatregel nr. C 33/2005 (ex N 277/2004) (2006/746/EG) (*PbEG* 2006, L 307/207).

¹²² Hessel 2012, paragraaf 2, alinea 6 en paragraaf 2.1.; Hessel & Knook 2014, paragraaf 3.3.

¹²³ Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen; Verordening (EU) nr. 733/2013 van de Raad van 22 juli 2013 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 994/98 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen.

¹²⁴ Artikel 3 van de Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun; Artikel 3 van de Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

¹²⁵ Hijmans & Fokkema 2011, paragraaf 9.

reason' ontwikkeld.¹²⁶ Dit is een uitzonderingsgrond op de regels rondom de vier vrijheden op basis van dwingende redenen van algemeen belang. Deze uitzondering bestaat naast de betreffende verdragsrechtelijke uitzonderingen. Er zijn auteurs die ervoor pleiten om de rule of reason ook voor het selectiviteitsvereiste bij staatssteun in te voeren, zodat bepaalde publieke belangen kunnen worden afgewogen tegen de belangen van de mededingingsregels.¹²⁷ Gelet op de vele hiervoor bedoelde reeds bestaande vrijstellingsmogelijkheden vraag ik mij of dit nodig is.

§ 3.7 *Toenmalig standpunt Nederlandse regering*

Aangezien dat het moment was waarop de staatssteunregels van kracht zijn geworden, heb ik enkel gekeken naar de parlementaire geschiedenis uit 1957. De regering heeft toentertijd onderstreept dat het EEG-verdrag zowel politiek als economisch gezien noodzakelijk en gewenst was. In de Memorie van Toelichting wordt bij het behandelen van de goedkeuringswet van het EEG-Verdrag aangegeven, dat het voor een goede werking van de concurrentie nodig is om steunmaatregelen niet onbeperkt toe te staan. Ook wordt benadrukt dat het geen absoluut verbod betreft. Er is discussie geweest over het verlenen van steun aan vervoer, aangezien dit destijds een uitermate belangrijk punt was. Tevens is de vraag gesteld of de steunmaatregelen ook van toepassing waren op woningbouwsubsidies, welke vraag ontkennend werd beantwoord.¹²⁸ De Nederlandse regering heeft sindsdien allerlei steunmaatregelen genomen, welke indien nodig met de Commissie zijn afgestemd.¹²⁹

§ 3.8 *Vooruitblik naar nieuwe mededeling*

De Commissie heeft een ontwerp-mededeling betreffende het begrip staatssteun opgesteld (de ontwerp-mededeling).¹³⁰ De belangrijkste begrippen van de staatssteunregels worden hierin omschreven en zullen - zodra de ontwerp-mededeling is vastgesteld – alle hiervan afwijkende omschrijvingen vervangen. Het beginsel van een

¹²⁶ Eijsbouts e.a. 2012, p. 99; HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*) r.o. 8.

¹²⁷ Punt 12 van noot Al Khatib bij HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech/Parking Adjudicator*).

¹²⁸ *Kamerstukken II* 1956/57, 4725, nr. 3, p. 25 (MvT); *Kamerstukken II* 1957/58, 4725, nr. 14, p. 1, 29, 32 en 33 (MvA); *Kamerstukken I* 1956/57, 4725, nr. 9 p. 48 (VV I).

¹²⁹ Hessel & Knook 2014, paragraaf 2.

¹³⁰ Mededeling van de Commissie, ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (2014).

marktdeelnemer in de markteconomie wordt in de ontwerp-mededeling uitvoerig behandeld. Het MEIP is hiervan een variant. Voorts worden in de ontwerp-mededeling vier manieren beschreven om te bepalen of voldaan is aan het vereiste van marktconformiteit.¹³¹

Uitsluitend in een van de voetnoten van de ontwerp-mededeling wordt nog melding gemaakt van de verkoop van gronden. Dit in combinatie met een van de slotbepalingen, waarin is aangegeven dat de mededeling zal worden ingetrokken, heeft nogal wat reacties los gemaakt. Overheden zullen veel uitgebreider moeten motiveren waarom een transactie marktconform is.¹³² De NEPROM vindt onder meer dat een (te) grote bewijslast bij de overheid en ontwikkelaars komt te liggen om te onderbouwen dat een transactie marktconform is.¹³³ Verder moet bij elke transactie telkens eerst aangetoond worden dat de in de ontwerp-mededeling voorgeschreven methoden niet toegepast kunnen worden. Pas daarna kan van een alternatieve methode gebruik worden gemaakt. Dit levert onnodig extra werk op.¹³⁴ Ligteringen en Serra melden dat het intrekken van de mededeling zal leiden tot rechtsonzekerheid, omdat de betekenis van taxaties niet meer duidelijk zal zijn. De Nederlandse regering heeft aangegeven dat de residuele methode tevens in de ontwerp-mededeling opgenomen zou moeten worden.¹³⁵ Aalbers en Jaarsma zijn van mening dat het voor de burgerlijke rechter eenvoudiger zou kunnen worden om tot een oordeel over staatssteun te komen, omdat er aan de hand van de ontwerp-mededeling vier toegestane methoden zullen zijn.¹³⁶ Afgewacht moet worden hoe de ontwerp-mededeling in de praktijk werkt.

In dit hoofdstuk kwam aan de orde dat met de mededingingsregels wordt beoogd een level playing field in stand te houden, zodat alle spelers op de interne markt dezelfde kansen hebben. Een evenwichtige economische groei, prijsstabiliteit, een sociale markteconomie en een groot concurrentievermogen moeten zorgen voor een duurzame verdere ontwikkeling van Europa waarbij ook werkgelegenheid en een economische en sociale samenhang wordt gestimuleerd. Vervolgens is het interessant om te

¹³¹ Aalbers & Jaarsma 2015, p. 104-108.

¹³² Hessel & Knook 2014, paragraaf 4.2, alinea 5.

¹³³ Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen.

¹³⁴ Neprom.nl (zoek op *ontwerp mededeling*).

¹³⁵ Ligteringen & Serra 2015, p. 57.

¹³⁶ Aalbers & Jaarsma, p. 109.

onderzoeken welke taken en doelstellingen overheden hebben en welke belangen hierbij spelen. Dit komt aan de orde in hoofdstuk 4.

Hoofdstuk 4 Belangenafweging overheid

Om een goed beeld te krijgen van de overheid en haar belangen komt in dit hoofdstuk eerst zeer beknopt de geschiedenis van de overheid aan de orde. Daarna ga ik achtereenvolgens in op het algemeen belang dat door de overheid wordt gediend en de taken van de overheid. Vervolgens beschrijf ik het instrument grondbeleid van overheden om bepaalde doelen van ruimtelijke ordening te verwezenlijken. Aansluitend behandel ik de belangen van overheden. Dit hoofdstuk eindigt met een paragraaf over de rol die de overheid in de samenleving inneemt.

§ 4.1 *Geschiedenis overheid*

In een westerse rechtsstaat is het op zich vanzelfsprekend dat er overheidsinstanties zijn. Dit is niet altijd zo geweest. In het verleden was macht verbonden aan een of meer personen, die deze macht bijvoorbeeld konden verkopen of schenken aan derden. Dit leidde tot diverse oorlogen. Om deze te bestrijden ontstond het inzicht dat macht niet meer aan een persoon moest worden gekoppeld, maar aan een instelling ofwel een ambt. Deze instellingen bleven bestaan, ook al vertrok de persoon die het betreffende ambt uitoefende. Aan de hand daarvan is het huidige staatsrecht ontwikkeld, dat overheidsambten creëert en hieraan bevoegdheden toekent. Daarnaast regelt het staatsrecht de verhoudingen tussen de diverse overheidsinstellingen en de verhoudingen tussen de overheidsinstellingen en de burgers.¹³⁷

In de afgelopen periode is door verschillende oorzaken de visie van de burger ten opzichte van de overheid veranderd. Het enkel stellen dat de overheid bepaalde bevoegdheden op grond van de wet heeft, is door deze ontwikkeling niet meer voldoende voor de rechtvaardiging van het gezag van de overheid. De meerwaarde van de overheid moet blijken uit de dienende functie van de overheid.¹³⁸ Dit geldt ook voor de Europese overheid. Terzijde zij opgemerkt dat de afstand tussen burgers en 'Europa' aanzienlijk is en dat komt het vertrouwen in de Europese Unie niet ten goede.¹³⁹ Bedoelde meerwaarde moet verder blijken uit het algemeen belang dat wordt nagestreefd.¹⁴⁰ In hoeverre het algemeen belang bij de staatssteunregels een rol kan

¹³⁷ Kortmann 2008, p. 7-9.

¹³⁸ Schlössels 2010, paragraaf 1, 2 en 3.

¹³⁹ Schlössels 2010, paragraaf 7.3, alinea 2; Koeman 2006.

¹⁴⁰ Schlössels 2010, paragraaf 1, 2 en 3.

spelen, is reeds aan de orde geweest in paragraaf 3.6. In de navolgende paragraaf komt het algemeen belang dat de nationale overheid nastreeft aan de orde.

§ 4.2 *Algemeen belang*

De hiervoor bedoelde dienende functie en bedoeld algemeen belang houden onder andere in dat de overheid de in paragraaf 2.5 reeds genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht neemt. Verder moet de overheid vanuit een betrokkenheid oplossingen bieden voor problemen van burgers en tegelijkertijd rekening houden met belangen van derden. Op grond van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht moeten de betreffende bestuursorganen van de overheid bij het nemen van besluiten dan ook een evenredige belangenafweging maken. De overheid heeft hierbij geen eigen belangen en mag uitsluitend de belangen dienen welke door de gekozen volksvertegenwoordiging zijn benoemd.¹⁴¹ Vanzelfsprekend betreft dit een veelheid aan belangen, waarbij nu eens het ene en dan het andere belang zwaarder zal wegen. Dit is inherent aan een democratie.¹⁴² Welke algemene belangen van de overheid een rol spelen, is gerelateerd aan de verschillende taken die de overheid heeft.

§ 4.3 *Taken overheid*

Bij onroerend goedtransacties gaat het veelal om het realiseren van woningen en bedrijventerreinen. Gelet hierop zijn de artikelen 19 lid 1 en 22 lid 2 van de Grondwet van belang. Op grond van deze bepalingen moet de overheid zorgen voor voldoende woon- en werkgelegenheid. Dit zijn voorbeelden van zogenaamde sociale grondrechten. Sociale grondrechten zijn instructienormen. Dat houdt in dat deze rechten – in tegenstelling tot klassieke grondrechten - in principe niet afdwingbaar zijn, maar dat de overheid deze rechten op een nader zelf te bepalen wijze moet vormgeven.¹⁴³ Hiervoor is talloze wet- en regelgeving vastgesteld.

Op Europees niveau is het navolgende van belang. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) verdragsstatus gekregen.¹⁴⁴ Verder is het Europees Sociaal Handvest (het ESH) van belang. De bepalingen in het Handvest en het ESH over woon-

¹⁴¹ Schlössels 2010, paragraaf 3 en 5.1; Schlössels 2011, paragraaf 1.1 en 1.1.1.

¹⁴² Kortmann 2008, p. 330-333.

¹⁴³ Kortmann 2008, p. 378 en 402; ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 42.1.

¹⁴⁴ Preambule en de artikelen 2, 3, 6 en 7 van het VEU.

en werkgelegenheid zijn eveneens niet afdwingbaar.¹⁴⁵ In paragraaf 3.3 is reeds aan de orde is geweest, dat werkgelegenheid een doelstelling van de Europese Unie is. Ook in het Handvest en het ESH zijn hierover bepalingen opgenomen.¹⁴⁶ Sociale volkshuisvesting is in beginsel geen onderwerp waar de Europese Unie over gaat. Via diverse andere wegen heeft Europa hier echter wel invloed op. Dit gebeurt onder andere door middel van het stimuleren van vrije marktwerking en via het leerstuk over DAEB.¹⁴⁷ Het Hof van Justitie heeft sociale volkshuisvesting als dwingende reden van algemeen belang benoemd.¹⁴⁸

Voorts bepaalt artikel 124 van de Grondwet dat provincies en gemeenten zelf bevoegd zijn tot regeling en bestuur van hun huishouding. Dit beginsel is tevens vermeld in artikel 105 lid 1 van de Provinciewet en in artikel 108 lid 1 van de Gemeentewet. Het begrip 'huishouding' is overigens niet nader omschreven, maar moet uiteraard wel betrekking hebben op publieke belangen. De zogenaamde benedengrens van dit begrip is daarom het privéterrein van burgers.¹⁴⁹ Het vorenstaande houdt in dat provincies en gemeenten een eigen beleid kunnen voeren.¹⁵⁰ Dat gebeurt dan ook veelvuldig om zo de lokale en regionale economie te bevorderen.¹⁵¹ Daarnaast moeten provincies en gemeente op grond van wet- en regelgeving bepaalde taken uitvoeren, waaronder rijksbeleid.¹⁵²

Tussen het rijk, provincies en gemeenten bestaat geen hiërarchische verhouding.¹⁵³ Het rijk, provincies en gemeente zorgen er derhalve samen voor dat bepaalde taken, zoals de hiervoor genoemde zorg voor woon- en werkgelegenheid, worden uitgevoerd. Een voorbeeld hiervan is de Vierde Nota Ruimtelijke Ordening Extra uit 1991. Aan de hand van deze nota heeft het rijk met diverse provincies en gemeenten overeenkomsten gesloten over het realiseren van woningbouw en bedrijventerreinen.

¹⁴⁵ Barkhuysen & Bos 2011, p. 6.

¹⁴⁶ Artikel 29 van het Handvest en artikel 1 van het ESH.

¹⁴⁷ Gruis & Elsinga 2014, p. 21 en 22; Paragraaf 3.5.2.

¹⁴⁸ HvJ EG 1 oktober 2009, C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593 (*Sint Servatius*) r.o. 30.

¹⁴⁹ Kortmann 2008, p. 479; Punt 2 van noot Adriaanse bij ABRvS 26 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5097.

¹⁵⁰ Kortmann 2008, p. 478.

¹⁵¹ Dekker & Van der Wal 2008, p. 14 en 15.

¹⁵² Rijksoverheid.nl (zoek op *taken gemeente* en *taken provincie*).

¹⁵³ Kortmann 2008, p. 476 en 477.

De provincies en gemeenten zorgen vervolgens voor de uitvoering van deze afspraken. Daarbij wordt gebruik gemaakt van grondbeleid.¹⁵⁴

§ 4.4 *Grondbeleid*

Zoals hiervoor gesteld is grondbeleid nodig om de door de overheid gestelde doelen te kunnen realiseren. Tevens zijn overheden wettelijk verplicht om grondbeleid te hebben. Voor bijvoorbeeld provincies en gemeenten volgt dit uit het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (het BBV), hetwelk een algemene maatregel van bestuur is op grond van artikel 190 van de Provinciewet en artikel 186 van de Gemeentewet. Daarnaast heeft het rijk een Nota Grondbeleid vastgesteld.¹⁵⁵ Hierin staat onder andere vermeld dat grondbeleid van de overheid nodig is om de grondmarkt ‘...efficiënt en rechtvaardig...’ te laten functioneren.

Grondbeleid heeft een juridische en een financiële component. Het juridische element blijkt uit de keuze voor bijvoorbeeld actief grondbeleid. Dit houdt in dat de overheid gronden aankoopt, deze bouwrijp maakt en weer verkoopt aan (doorgaans) ontwikkelaars. Dergelijke grondexploitaties moeten bij voorkeur kostendekkend zijn. In het kader van mijn scriptie is deze vorm van grondbeleid met name van belang. Sinds de crisis wordt echter vaker gekozen voor een faciliterend grondbeleid. In dat geval zorgt de overheid dat de beoogde ontwikkeling planologisch mogelijk wordt gemaakt, zonder dat de overheid zelf grond aankoopt.¹⁵⁶ Waar grondbezit voorheen een kans op winst betekende, is bedoeld bezit vanaf de crisis vooral een zorg en een risico geworden.¹⁵⁷

Vertraging van een ontwikkeling betekent immers extra (onvoorziene) rentelasten en daarmee een financieel risico.¹⁵⁸ Het financiële element heeft verder betrekking op het hanteren van marktconforme grondprijzen, zodat voldaan wordt aan de staatssteunregels. Decentrale overheden zijn hier zelf verantwoordelijk voor.¹⁵⁹ Grondprijzen kunnen op verschillende wijzen worden berekend. Zo kan gerekend worden met vaste prijzen welke vergelijkbaar zijn met de prijzen in de regio. Bij

¹⁵⁴ Evaluatie Verstedelijking VINEX 1995 tot 2005, Eindrapport, Rapportage in opdracht van de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Directoraat-Generaal Ruimte NIB en Cluster Beleidsevaluatie & Uitvoeringscoördinatie, p. 3, 11 en 45.

¹⁵⁵ Nota Grondbeleid januari 2001, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en Ministerie van Financiën, p. 23.

¹⁵⁶ Hijmans 2010a, paragraaf 1, alinea 2 en paragraaf 4; Kostenverhaal is hierbij mogelijk op grond van artikel 6.12 e.v. Wet ruimtelijke ordening.

¹⁵⁷ Hijmans & Fokkema 2011, paragraaf 2, alinea 5.

¹⁵⁸ Hijmans & Fokkema 2011, paragraaf 2, alinea 5.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 27 581, nr. 50, p. 6.

woningbouw wordt regelmatig gewerkt met grondquotes, waarbij de grondprijs een percentage van de vrij-op-naamprijs is. Verder wordt ook wel de residuele methode toegepast. Bij deze methode worden op de verkoopprijs alle kosten in mindering gebracht. Het bedrag dat hierna overblijft is de grondprijs.¹⁶⁰

Voorts adviseert Van Wijk ontwikkelaars om onroerend goedovereenkomsten zodanig in te richten dat deze bij een tegenvallende markt kunnen worden gewijzigd of ontbonden. Vanuit de gedachte dat een ontwikkeling voor een onderneming rendabel moet zijn, is dit natuurlijk begrijpelijk.¹⁶¹ Ik ben echter van mening dat het risico van een ontwikkeling behoort te liggen bij de partij waarbij een eventuele winst terechtkomt en dat is de ontwikkelaar. Uit het vorenstaande kunnen vervolgens de belangen van overheden bij onroerend goedtransacties worden afgeleid.

§ 4.5 *Belangen overheid*

Provincies en gemeenten zijn onder andere op grond van het BBV verplicht om hun financiën op orde te hebben.¹⁶² Daarnaast is van belang dat transparantie een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is. Dit betekent echter niet dat alles wat de overheid doet openbaar is. Zo biedt de wet de mogelijkheid om informatie niet openbaar te maken als de economische of financiële belangen van de overheid zwaarder wegen.¹⁶³ In lijn met hetgeen ik hierover in de vorige paragraaf heb aangegeven, kan geconcludeerd worden dat de overheid economische of financiële belangen heeft.

Bij de zorg voor voldoende werkgelegenheid gaat het eveneens om een economisch belang. Het zorgen voor voldoende woongelegenheid betreft een sociaal belang.

Zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam, moet de overheid bij het uitvoeren van haar taken uiteraard de Europese regels van staatssteun naleven. Indien de overheid dit niet doet, kan dit negatieve effecten hebben. Het beeld kan ontstaan dat de overheid onbetrouwbaar is. Overigens heeft het niet voldoen aan de staatssteunregels geen financiële gevolgen voor de overheid, omdat geen boete verschuldigd is.¹⁶⁴ Daarnaast zal de betrokken onderneming aan imagoschade lijden en de overheid niet meer als betrouwbare contractspartner zien. Overheden zijn niet

¹⁶⁰ Van Wijk 2012, p.155.

¹⁶¹ Van Wijk 2012.

¹⁶² Artikel 16 e.v. van het BVV.

¹⁶³ Artikel 10 lid 2 sub b van de Wet openbaarheid bestuur.

¹⁶⁴ Hessel 2015, paragraaf 1.1, alinea 1.

gebaat bij dergelijke negatieve publiciteit.¹⁶⁵ Daarom is er vanzelfsprekend eveneens een politiek belang. In feite is dit belang in een democratische rechtsstaat bij elk overheidshandelen aanwezig. De overheid bestaat immers bij de gratie van de volksvertegenwoordiging.¹⁶⁶

Tenslotte moet voor ogen gehouden worden dat beide partijen zich moeten kunnen vinden in de afspraken, anders komt er geen overeenkomst tot stand. Hierbij moeten partijen rekening houden met elkaars belangen. De overheid wil een goede ruimtelijke ordening, maar niet tegen elke prijs.¹⁶⁷ Een onderneming moet voor haar bestaansrecht zorgen voor winstgevende ontwikkelingen. Uiteindelijk zijn zowel de overheid als ontwikkelaars nodig om gebiedsontwikkelingen van de grond te krijgen. In dit kader moet de rol van de overheid mede worden gezien in het licht van de economische situatie op het moment waarop een overeenkomst wordt gesloten. Hetgeen in dit en in de vorige hoofdstukken aan de orde is gekomen, roept dan ook de meer omvattende vraag op welke rol de overheid inneemt in de samenleving.

§ 4.6 *De rol van de overheid in de samenleving*

Tot het ontstaan van de crisis in 2008 waren veel landen met name gericht op het Angelsaksische model. Dit economische model houdt vrije marktwerking in, waarbij de overheid een kleine rol heeft en veel aan de markt overlaat. Het belang van de individu staat voorop en er is minder ruimte voor sociale zekerheid. Korte termijn denken, gericht zijn op het maken van winst en zelfverrijking bij ondernemingen zijn hierbij belangrijke kenmerken. Omdat dit model in de jaren tachtig nieuw leven is ingeblazen, wordt dit ook wel het neoliberalisme genoemd.¹⁶⁸ Dit heeft tot gevolg gehad dat in diverse landen tussen arm en rijk de verschillen groter zijn geworden en dit heeft geleid tot diverse milieuproblemen.¹⁶⁹

Ook in Nederland was er tot aan de crisis meer aandacht voor het neoliberalisme. In de periode tot 2008 zijn diverse overheidsbedrijven geprivatiseerd, zoals KPN en KLM. Dit zou leiden tot betere kwaliteit en dienstverlening en lagere prijzen. Bedoelde privatiseringen hebben niet altijd geleid tot het beoogde doel, namelijk een verhoging

¹⁶⁵ Dekker & Van der Wal 2008, p. 14.

¹⁶⁶ Appeldoorn & Vedder 2013, p. 263 en 264.

¹⁶⁷ Artikel 3:1 lid 1 Wet ruimtelijke ordening.

¹⁶⁸ Bakker e.a. 2005, p. 72 en 73; Kahn & Sap 2012, paragraaf 2, alinea 3 en 4.

¹⁶⁹ Bakker e.a. 2005, p. 72-74.

van de welvaart.¹⁷⁰ Als gevolg van de crisis groeide het besef dat het wel degelijk van belang is dat de overheid een controlerende rol speelt in de economie. Daardoor is er weer meer oog gekomen voor het -eveneens economische- Rijnlandse model.¹⁷¹ Dit betreft evengoed vrije marktwerking maar dan vanuit de idee van saamhorigheid.¹⁷² Belangrijke aspecten bij dit model zijn een grotere rol voor de overheid, samenwerking, sociale zekerheid, duurzaamheid en denken in de lange termijn.¹⁷³

In paragraaf 3.3 kwam reeds aan de orde dat in de strategienota Europa 2020 is gekozen voor een sociale markteconomie.¹⁷⁴ Dit lijkt mij een goede en interessante ontwikkeling en passend bij voornoemd Rijnlands model. Het verleden heeft immers aangetoond dat het neoliberalisme negatieve en ongewenste gevolgen teweeg heeft gebracht. Jacobs betwijfelt in hoeverre sociale rechten boven de belangen van de interne markt zullen gaan. Daarnaast verdedigt hij de stelling dat Nederland met andere 'Rijnlandse' landen een nauwere samenwerking zou moeten aangaan ten aanzien van sociale onderwerpen.¹⁷⁵ Overigens heeft het Europees Economisch en Sociaal Comité geadviseerd om sociale huisvesting wel te betrekken bij Europees beleid. Dit kan een bijdrage leveren aan de in Europa 2020 genoemde slimme, duurzame en inclusieve economie.¹⁷⁶

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet dat voor overheden economische, financiële, sociale en politieke belangen een rol spelen bij het aangaan van overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed. Dit maakt duidelijk dat er een spanningsveld kan ontstaan tussen enerzijds de belangen bij de Europese regels rondom staatssteun en anderzijds de belangen van overheden. Voorts kwam in hoofdstuk 3 reeds aan de orde dat verschillende instanties beslissingen nemen over geschillen inzake staatssteun. Daarom is het interessant om in het volgende hoofdstuk aan de hand van een concreet voorbeeld uit de praktijk te onderzoeken hoe door de verschillende instanties de betrokken belangen worden afgewogen. Tevens betrek ik hierbij of, en in hoeverre, de

¹⁷⁰ Steins Bisschop 2014, paragraaf 2, alinea 2 en 3.

¹⁷¹ Goodijk 2015, p. 9; Europa-nu.nl (zoek op *Rijnlands model*).

¹⁷² Peters & Weggeman 2015, p. 15.

¹⁷³ Peters & Weggeman 2015, p. 20-22; Bakker e.a. 2005, p. 72.

¹⁷⁴ Hessel 2015, paragraaf 4.2; Punten 2 en 12 van de mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 EUROPA 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei COM(2010) 2020 definitief.

¹⁷⁵ Jacobs 2010, paragraaf 3 en 5.

¹⁷⁶ Gruis & Elsinga 2014, p. 22.

hiervoor bedoelde keuze voor een sociale markteconomie een rol speelt bij de meest recente beschikkingen en arresten.

Hoofdstuk 5 Casestudy

In dit hoofdstuk komt de wijze waarop de verschillende instanties oordelen over staatssteun aan de orde aan de hand van het arrest Leidschendam (het arrest Leidschendam).¹⁷⁷ Eerst geef ik een beschrijving van de casus. Vervolgens ga ik in op de wijze waarop de Nederlandse rechters omgaan met vragen over staatssteun. Daarna komt de werkwijze van de Commissie aan de orde. Voorts ga ik in op de manier waarop het Hof van Justitie dan wel het Gerecht een oordeel over staatssteun vormt. Tot slot komt aan de orde in hoeverre wordt gewerkt vanuit een sociale markteconomie.

§ 5.1 *De casus*

Deze casus gaat over de herinrichting van het centrum van Leidschendam. Dit betreft een meeromvattend plan bestaande uit acht onderdelen (het project Leidschendam), waarvan het Damplein (het project Damplein) er een is. De ontwikkelaars Schouten & De Jong Projectontwikkeling B.V. en Bouwfonds Ontwikkeling B.V. zijn een samenwerkingsverband (SJB) aangegaan om het project Leidschendam te ontwikkelen. Met het oog op de grondexploitatie van het project Leidschendam is de gemeente in 2004 met SJB een PPP aangegaan. De kosten en het risico van de grondexploitatie werden gelijkelijk over de gemeente en SJB verdeeld. Dit was een voordeel voor de gemeente, omdat normaal gesproken bedoelde kosten en bedoeld risico volledig voor de gemeente zouden zijn.¹⁷⁸

De gemeente heeft met diverse ontwikkelaars in 2004 een samenwerkingsovereenkomst (de samenwerkingsovereenkomst) gesloten, op grond waarvan elke ontwikkelaar een onderdeel van het project Leidschendam zal realiseren. Op basis van de samenwerkingsovereenkomst zal SJB het project Damplein realiseren betreffende woningen, commerciële ruimten en een parkeergarage met een openbaar en een particulier gedeelte. De realisatie van bedoeld openbare gedeelte behoort tot de grondexploitatie. De tot bedoelde woningen behorende vrije sectorwoningen worden pas in aanbouw genomen als hiervan 70% is verkocht (de 70%-bepaling).¹⁷⁹ De overeengekomen grondprijs voor het project Damplein bedroeg € 7,2 miljoen.

¹⁷⁷ Gerecht EU 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13, ECLI:EU:T:2015:447 (*Nederland/Commissie*).

¹⁷⁸ Paragraaf 2.3 en 4.4.

¹⁷⁹ Paragraaf 2.4.

Daarnaast was SJB verplicht om terzake van het project Damplein een grondexploitatie- en een kwaliteitsbijdrage van in totaal € 2 miljoen aan het PPP te betalen.

Als gevolg van diverse bezwaar- en beroepsprocedures duurde het langer dan verwacht, voordat de benodigde vergunningen onherroepelijk werden.¹⁸⁰ In de tussentijd was de financiële crisis ontstaan. Aangezien nog geen enkele woning was verkocht, beriep SJB zich op de 70%-bepaling. Om de impasse te doorbreken zijn de gemeente en SJB overeengekomen, dat de grondprijs werd verlaagd tot € 4 miljoen. In ruil daarvoor deed SJB afstand van de 70%-bepaling. De gemeente heeft de herziene grondprijs op basis van de residuele methode laten taxeren. Daarnaast zijn partijen overeengekomen, dat de door SJB verschuldigde grondexploitatie- en kwaliteitsbijdrage kwam te vervallen. Deze herziene afspraken zijn in een aanvullende overeenkomst vastgelegd.¹⁸¹ In de volgende paragraaf komt eerst aan de orde hoe de Nederlandse rechter omgaat met vragen over staatssteun.

§ 5.2 *De Nederlandse rechter*

De nationale rechter heeft de taak om uitvoering te geven aan de standstill bepaling.¹⁸² Dit gebeurt in Nederland door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) indien wordt gesteld dat een bestemmingsplan niet financieel-economisch uitvoerbaar is zonder de – vermeende - staatssteun van de overheid.¹⁸³ Verder gebeurt dit door de burgerlijke rechter indien belanghebbenden, veelal concurrenten, een vordering instellen inhoudende dat een onderneming onverenigbare staatssteun heeft ontvangen.¹⁸⁴ Vooraf zij opgemerkt dat inzake de casus Leidschendam geen procedure bij de burgerlijke rechter is gevoerd.

§ 5.2.1 *Rechtspraak van de Afdeling*

De Afdeling toetst onder andere of een besluit zorgvuldig is voorbereid.¹⁸⁵ In procedures bij de Afdeling komt de vraag of al dan niet sprake is van staatssteun daarom slechts zijdelings aan de orde. Staatssteun heeft namelijk op zich geen relatie met de ruimtelijke

¹⁸⁰ In de beschikking van de Commissie en het arrest van het Gerecht gaat het steeds over het 'afgeven' van vergunningen. Gelet op hetgeen ik heb aangegeven in paragraaf 2.4, ga ik ervan uit dat bedoeld is 'onherroepelijk'.

¹⁸¹ Het arrest Leidschendam.

¹⁸² Paragraaf 3.4.

¹⁸³ Artikel 3.1.6 lid 1 sub f van het Besluit ruimtelijke ordening.

¹⁸⁴ Dekker & Van der Wal 2008, p. 138 en 139.

¹⁸⁵ Artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht.

effecten van een bestemmingsplan.¹⁸⁶ Dit blijkt onder andere uit de volgende (standaard)overweging van de Afdeling. Als een ontwikkelaar verklaart dat hij het plan ook zonder de –vermeende- staatssteun kan realiseren, kan het bestemmingsplan nog steeds financieel-economisch uitvoerbaar zijn.¹⁸⁷ Dit was ook het geval bij de uitspraak van de Afdeling over de casus Leidschendam. Voorts achtte de Afdeling het hierbij van belang dat de Commissie naar aanleiding van een drie jaar eerder ingediende klacht door een belangenstichting nog geen beschikking had gegeven.¹⁸⁸ De Hoge Raad heeft echter bepaald dat tijdens de klachtbehandeling door de Commissie, de nationale rechter zelf moet beoordelen of sprake is van staatssteun.¹⁸⁹ Ik kan me voorstellen dat dit uitgangspunt ook geldt voor de Afdeling.

Sinds 2011 gaat de Afdeling daarnaast na of het bestemmingsplan redelijkerwijs ook zonder bedoelde steun binnen een periode van tien jaar door een willekeurige andere ontwikkelaar kan worden gerealiseerd.¹⁹⁰ De Afdeling vermeldt meestal de voorwaarden van de artikelen 107 lid 1 en 108 lid 3 VWEU en (impliciet) van de mededeling.¹⁹¹ In enkele gevallen moet de overheid via de zogenaamde bestuurlijke lus zelf nader onderzoek doen.¹⁹² Overheden gaan steeds vaker zelf (alsnog) over tot het melden van de voorgenomen steunmaatregel bij de Commissie.¹⁹³

Als een samenwerkingsovereenkomst tussen de overheid en een ontwikkelaar in strijd is met het Europese recht, kan de Afdeling op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel oordelen dat een bestemmingsplan niet financieel-economisch uitvoerbaar is.¹⁹⁴ Tegelijkertijd heeft de Afdeling bevestigd dat de beoordeling van (samenwerkings)overeenkomsten is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Dergelijke overeenkomsten kunnen bij de Afdeling daarom slechts zijdelings

¹⁸⁶ ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:201, r.o. 12.1.

¹⁸⁷ ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374, r.o. 12.6.

¹⁸⁸ ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1110, r.o. 2.13.2.

¹⁸⁹ HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370, r.o. 3.4.2.

¹⁹⁰ ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077, r.o. 2.18.3.7; ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374, r.o. 12.6; Bestemmingsplannen moeten op grond van artikel 3.1 lid 2 van de Wet op de ruimtelijke ordening in beginsel elke tien jaar opnieuw worden vastgesteld; ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2519, r.o. 15.2 en 15.3.

¹⁹¹ ABRvS 26 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5061, r.o. 2.8.1.2, 2.8.1.3 en 2.8.2; ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245, r.o. 2.16 en 2.17; ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119, r.o. 2.5.2 en 2.5.7.

¹⁹² Artikel 8:51a van de Algemene wet bestuursrecht; ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7642.

¹⁹³ ABRvS 26 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4338;

ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5721, r.o. 2.17.1; Knook 2013, paragraaf 3.1.

¹⁹⁴ ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077, r.o. 2.18.3.1.; Paragraaf 3.4.

aan de orde komen.¹⁹⁵ Enerzijds heb ik begrip voor de opmerking van Lam dat de Afdeling hierbij heeft nagelaten om ook te toetsen aan het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹⁹⁶ Anderzijds denk ik dat de Afdeling in dit geval een lastige positie heeft. De Afdeling moet immers toch oordelen over staatssteun en over overeenkomsten, maar mag niet op de stoel van de burgerlijke rechter gaan zitten.

Uit het voorgaande blijkt dat de Afdeling nauwelijks toetst of sprake is van staatssteun. Laat staan dat een belangenafweging plaatsvindt. Dat is logisch gelet op de aard van de procedure.¹⁹⁷ Daarom ben ik het niet eens met Jacobs en Den Ouden wanneer zij aangeven dat de Afdeling onvoldoende ingaat op de belangen van de concurrent en dat het betrokken besluit concreet zou moeten worden getoetst aan de staatssteunregels.¹⁹⁸ In mijn beleving dienen bedoelde belangen van concurrenten in de procedure bij de burgerlijke rechter aan de orde te komen.

§ 5.2.2 Rechtspraak van de burgerlijke rechter

In een zaak waarbij het ging om de vestiging van een internationale winkelketen in de gemeente Tilburg toetste de voorzieningenrechter aan het MEIP. Er waren geen redenen om aan te nemen dat de prijzen zoals vermeld in het in opdracht van de gemeente opgestelde taxatierapport niet marktconform zouden zijn. Daarbij speelde mee dat de concurrent die het kort geding had aangespannen, geen contra-taxatie had laten uitvoeren. Verder vond de voorzieningenrechter het gelet op het MEIP van belang dat de gemeente een beleidsmatig, commercieel en financieel belang had bij het uitvoeren van de betreffende onroerend goedtransactie.¹⁹⁹

In een andere zaak was de mededeling niet van toepassing omdat het een aankoop van grond door de betreffende gemeente betrof.²⁰⁰ De rechtbank is dan ook anderszins nagegaan of de grondprijs marktconform was. Aangezien de saneringskosten van de grond niet waren verdisconteerd in de grondprijs, kwam de rechtbank terecht tot de conclusie dat bedoelde grondprijs niet marktconform was.²⁰¹

¹⁹⁵ ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077, r.o. 2.18.3.4; Paragraaf 2.3.

¹⁹⁶ Punt 3 van noot Lam bij ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077.

¹⁹⁷ Sterk 2009, paragraaf 1.

¹⁹⁸ Den Ouden 2005, p. 17 en 18.

¹⁹⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614, r.o. 3.6.3.

²⁰⁰ Paragraaf 2.1 en 3.5.2.

²⁰¹ Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Harlingen/Spaansen*), r.o. 5.18–5.24; Paragraaf 2.4.

Ook komt het voor dat overheden zelf dergelijke vorderingen instellen.²⁰² Hoewel een onderneming een eigen verantwoordelijkheid heeft om te zorgen dat een onroerend goedtransactie voldoet aan de regels van staatssteun, vind ik het toch wat vreemd als een overheid een beroep doet op de nietigheid van een financiële afspraak die zij zelf heeft gemaakt. Daarbij speelt mee dat niet de overheid maar de onderneming een boete moet betalen, indien sprake is van onverenigbare staatssteun. De rechtbank heeft overigens geoordeeld, dat hierbij geen sprake is van het maken van misbruik van recht.²⁰³ Daarnaast geeft Knook terecht aan dat het voornaamste doel van de staatssteunregels is de concurrentie tussen ondernemingen in stand te houden.²⁰⁴

Het Hof oordeelde in de zaak *Montagne II/Winsum*, dat de voorzieningenrechter had moeten nagaan of aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU was voldaan.²⁰⁵ Enkel toetsen aan de mededeling is te kort door de bocht.²⁰⁶ Inzake een grondtransactie in de gemeente Leiden was de openbare biedprocedure uit de mededeling aan de orde. Verschuur geeft aan dat het Hof hier ten onrechte oordeelde, dat de gemeente Leiden aan de betreffende voorwaarden had voldaan.²⁰⁷ Hier kom ik op terug in de volgende paragraaf. Voorts is Verschuur van mening dat de mededeling uitsluitend van pas komt bij eenvoudige grondverkoop en niet bij gebiedsontwikkelingen.²⁰⁸ Aangezien de mededeling in de praktijk volop wordt gebruikt, lijkt mij dit een enigszins ongenueanceerde stelling.²⁰⁹

De Hoge Raad heeft in een zaak omtrent verhuur en erfpacht van parkeergarages het volgende bevestigd. Indien een nationale rechter oordeelt of sprake is van staatssteun, moet worden uitgegaan van de markt en de voorziene ontwikkelingen ervan op het moment waarop de betreffende overeenkomsten werden gesloten. Voorts is uitsluitend een verklaring voor recht dat de maatregel onrechtmatige staatssteun inhoudt niet voldoende. De nationale rechter moet bovendien aangeven hoe de

²⁰² Rb. Groningen (vzr.) 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II/Winsum*); Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Harlingen/Spaansens*); Rb. Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Haaksbergen/Rotij*).

²⁰³ Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Harlingen/Spaansens*) r.o. 5.8; Artikel 13 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁰⁴ Punt 3 van noot Knook bij Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726.

²⁰⁵ Paragraaf 3.5.

²⁰⁶ Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II/Winsum*) r.o. 12 en 13.

²⁰⁷ Artikel 1 van de mededeling.

²⁰⁸ Punten 4, 5 en 6 van noot Verschuur bij Hof Den Haag 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630.

²⁰⁹ De Jong-Goris 2011.

mededingingssituatie kan worden hersteld.²¹⁰ Indien nodig kan de burgerlijke rechter een overeenkomst nietig verklaren.²¹¹

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat de burgerlijke rechter wel toetst of sprake is van staatssteun. Weliswaar kwamen de belangen van de overheid een keer aan de orde toen moest worden beoordeeld of was voldaan aan het MEIP. Dit is vanzelfsprekend geen belangenafweging zoals ik heb bedoeld in paragraaf 4.6. Dat is begrijpelijk, omdat de nationale rechter enkel dient na te gaan of sprake is van staatssteun die gemeld had moeten worden bij de Commissie.²¹² De Commissie beoordeelt vervolgens of sprake is van verenigbare staatssteun.

§ 5.3 *Beschikkingen van de Commissie*

De Commissie heeft begin 2013 een beschikking genomen aangaande de zaak Leidschendam (de beschikking Leidschendam).²¹³ De gemeente Leidschendam heeft gesteld dat geen sprake is van een niet-marktconform voordeel, zodat van staatssteun geen sprake is.²¹⁴ De Commissie vindt de residuele methode echter niet geschikt, omdat via deze methode de daling van de huizenprijzen volledig ten koste gaat van de grondprijs.²¹⁵ Het risico van dalende huizenprijzen ligt daardoor bij de gemeente. Dit vind ik een opmerkelijke redenering, omdat dit juist de idee achter de residuele methode is.²¹⁶ Bovendien oordeelde de Commissie bij een grondtransactie in de gemeente Apeldoorn dat op basis van de residuele methode geen sprake was van een voordeel.²¹⁷

Overigens kon de Commissie inzake de in de vorige paragraaf reeds genoemde grondtransactie in Leiden niet beoordelen of aan alle eisen van bedoelde biedprocedure

²¹⁰ HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding B.V./Gemeente Maastricht en Q-Park Exploitatie B.V.*) r.o. 4.5.1, 4.5.2 en 4.6.2; Weeda, Terpstra en Lombert 2013, p. 158.

²¹¹ Artikel 40 lid 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek; HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*) r.o. 49; HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*) r.o. 3.4.2.

²¹² Paragraaf 3.4.

²¹³ Besluit van de Commissie van 23 januari 2013 betreffende steunmaatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg (2013/87 final).

²¹⁴ Paragraaf 3.5.2.; Het ging hierbij om drie gevoegde zaken van het Koninkrijk der Nederlanden (zaak T-186/13), de gemeente Leidschendam (zaak T-190/13) en SJB (zaak-T193/13). In verband met de leesbaarheid noem ik hier telkens alleen de gemeente Leidschendam.

²¹⁵ Punt 72 van de beschikking Leidschendam; Paragraaf 4.4.

²¹⁶ Paragraaf 3.5.2; Saanen 2015, p. 347.

²¹⁷ Knook 2013, paragraaf 4.2; Punten 27 en 28 van het besluit van de Commissie van 5 oktober 2011 betreffende steunmaatregel SA.31877 (2011/N) – Nederland. Grondverkoop en woning Apeldoorn.

was voldaan (de beschikking Leiden).²¹⁸ Bedoelde procedure was weliswaar voldoende openbaar gemaakt, aangezien dertig gegadigden zich hadden gemeld.²¹⁹ De Commissie is evenwel van mening dat sprake was van dermate bijzondere voorwaarden, dat zij niet kon beoordelen of de procedure onvoorwaardelijk was.²²⁰ Aan de ene kant vind ik dat de Commissie gemakkelijk over dit gegeven heen stapt. Aan de andere kant lijkt de Commissie begrip te hebben voor de bijzondere situatie van de verkoop van een monumentaal, in slechte staat verkerend pand. Bedoeld pand kon bovendien niet vooraf bezichtigd worden door de gegadigden, omdat het gekraakt was.²²¹ De Commissie komt dan ook terecht tot het oordeel dat geen sprake is van een selectief voordeel.²²²

Voorts was de Commissie bij de casus Leidschendam van mening dat niet was voldaan aan het MEIP.²²³ De gemeente had aangevoerd dat bij de start van de bouw van het project Damplein financiële belangen gemoeid waren, waaronder het voorkomen van extra rentelasten. Naast deze directe schade voerde Leidschendam aan dat indirecte schade zou ontstaan bij verder uitstel van bedoelde bouw. Dit houdt een sociaal belang in, omdat de ontwikkeling bijdraagt aan de leefbaarheid van het centrum van Leidschendam.²²⁴ De Commissie kon met deze argumenten niet instemmen vanwege de volgende redenen. Een private partij zou het risico van dalende huizenprijzen niet overnemen. Dat SJB in ruil hiervoor afzag van de 70%-bepaling en dat verdere vertraging(sschade) werd voorkomen, vond de Commissie onvoldoende.²²⁵ Aangezien de 70%-bepaling enkel gold voor de vrije sectorwoningen, had de gemeente volgens de Commissie kunnen vorderen dat SJB met de realisatie van de overige onderdelen van het project Damplein zou beginnen. SJB had ook al met de realisatie van het openbare gedeelte van de parkeergarage kunnen beginnen.²²⁶ De Commissie vermeldt weliswaar de technische verbondenheid van de verschillende elementen van het project Damplein, maar het risico van hogere bouwkosten zou bij SJB moeten liggen.²²⁷ Mocht het niet mogelijk zijn om nakoming te vorderen, dan had de gemeente de

²¹⁸ Punt 39 van het besluit van de Commissie van 21 maart 2012 betreffende steunmaatregel SA.29012 (2012/NN) – Nederland. Beweerde verkoop van gebouwen onder de marktprijs door de gemeente Leiden.

²¹⁹ Punten 35 en 36 van de beschikking Leiden.

²²⁰ Punten 37 en 39 van de beschikking Leiden.

²²¹ Punten 38 en 47 van de beschikking Leiden.

²²² Punt 53 van de beschikking Leiden.

²²³ Punt 74 van de beschikking Leidschendam.

²²⁴ Punten 42–47 van de beschikking Leidschendam.

²²⁵ Punt 74 van de beschikking Leidschendam.

²²⁶ Punt 84 van de beschikking Leidschendam.

²²⁷ Punt 83 van de beschikking Leidschendam.

samenwerkingsovereenkomst met SJB kunnen ontbinden. Vervolgens had de gemeente door middel van een aanbestedingsprocedure een andere ontwikkelaar kunnen selecteren.²²⁸ In de procedure bij het Gerecht heeft de Commissie dan ook gesteld dat Leidschendam als overheid heeft gehandeld en niet als een private investeerder.²²⁹ De hiervoor genoemde redenering van de Commissie vind ik vrij theoretisch. De ontwikkeling van het project Leidschendam gebeurde immers op basis van een meerpartijenovereenkomst. Indien afspraken met een van deze partijen worden gewijzigd, zal dit in de praktijk vrijwel altijd gevolgen hebben voor de overige partijen. Daarnaast had SJB al kosten voor de planontwikkeling gemaakt, zodat SJB in geval van ontbinding van de samenwerkingsovereenkomst waarschijnlijk schadevergoeding zou vorderen.²³⁰ Voorts hadden Leidschendam en SJB met het PPP nog een weg te gaan en dus een relatie in stand te houden. Gelet op het vorenstaande is het bovendien de vraag of er een derde ontwikkelaar bereid zou zijn de ontwikkeling en realisatie van het project Damplein over te nemen. Tot slot ben ik van mening dat vanwege de gerechtvaardigde belangen van een ontwikkelaar geen nakoming gevorderd kan worden van de realisatie van een gedeelte van een bouwkundig geheel indien dat (veel) hogere kosten met zich meebrengt.²³¹ Van Wijk noemt de argumentatie van de Commissie ‘...civielrechtelijk...’, aangezien de Commissie enkel had gekeken naar de hiervoor bedoelde privaatrechtelijke mogelijkheden van nakoming dan wel ontbinding. Volgens Van Wijk had de Commissie een meer economische invalshoek moeten kiezen, zodat de wederzijdse afspraken als geheel konden worden beoordeeld.²³²

De Commissie oordeelde in de beschikking Leidschendam verder dat de tussenstaatse handel beïnvloed kan worden, onder meer omdat Bouwfonds Ontwikkeling B.V. internationaal werkt.²³³ Bij de beschikking Leiden was de Commissie van mening was dat de grondtransactie de tussenstaatse handel waarschijnlijk niet beïnvloedt.²³⁴ In een zaak welke zich afspeelde in Sliedrecht stelt de Commissie dat

²²⁸ Punt 85 van de beschikking Leidschendam.

²²⁹ Het arrest Leidschendam, r.o. 56.

²³⁰ Artikelen 95 e.v. en 265 e.v. van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

²³¹ Paragraaf 2.2; Artikel 74 e.v. van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

²³² Van Wijk 2013, p. 68 en 69.

²³³ Punten 9 en 88 van de beschikking Leidschendam; Paragraaf 3.5.5.

²³⁴ Punten 49–52 van de beschikking Leiden.

sprake was van een duidelijk plaatselijk karakter, zodat de tussenstaatse handel niet werd beïnvloed.²³⁵

Tot slot heeft de gemeente Leidschendam gesteld dat de maatregel verenigbaar is op grond artikel 107 lid 3 sub c VWEU en bijdroeg aan de economische en sociale samenhang.²³⁶ Met de ontwikkeling wordt volgens de gemeente het algemeen belang gediend, omdat het te ontwikkelingen terrein grotendeels braak lag en de buurt verpauperde.²³⁷ Vervolgens gaat de Commissie via de verfijnde economische toets na of de maatregel verenigbaar is.²³⁸ De Commissie vindt echter dat de gemeente niet heeft onderbouwd dat sprake is van een achtergestelde stadswijk noch van marktfalen.²³⁹ Voorts vindt de Commissie de prijsverlagingen niet passend, noch geschikt en ook niet evenredig met het beoogde doel.²⁴⁰ In de hiervoor genoemde Apeldoornse zaak stelde de Commissie niettemin dat revitalisering van bestaand stedelijk gebied een doelstelling van de Europese Unie is, het algemeen belang dient en dat dit door de Commissie wordt gestimuleerd.²⁴¹ Het ging hierbij om een verouderd, te saneren industrieterrein en herontwikkeling hiervan zou twee delen van Apeldoorn met elkaar verbinden. De Commissie kwam dan ook tot de conclusie dat het om een verenigbare steunmaatregel ging.²⁴² Ook inzake de Marktpassage in Haaksbergen vond de Commissie dat de ontwikkeling van het centrum bijdroeg aan de doelstellingen van de –thans- Europese Unie. De beperking was evenwel dat de steun niet meer mocht belopen dan het verlies van de ontwikkeling. De Commissie geeft hierbij eveneens aan dat de ontwikkeling bijdraagt aan het algemeen belang.²⁴³ Een vergelijkbaar geval deed zich voor in Mill en St. Hubert, waarbij een ontwikkeling bijdroeg aan de economische en sociale cohesie.²⁴⁴ Uit de hiervoor genoemde beschikkingen valt op dat indien sprake is van een voordeel

²³⁵ Punt 19 van het besluit van de Commissie van 7 november 2012 betreffende steunmaatregel SA.34404 (2012/NN) (ex 2012/CP) – Nederland. Beweerde aankoop van grond boven de marktprijs en daaropvolgende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Sliedrecht.

²³⁶ Punten 48–54 van de beschikking Leidschendam.

²³⁷ Punt 49 van de beschikking Leidschendam.

²³⁸ Punten 90–101 van de beschikking Leidschendam; Paragrafen 3.1, 3.3 en 3.6.

²³⁹ Punt 94 van de beschikking Leidschendam.

²⁴⁰ Punten 96–101 van de beschikking Leidschendam.

²⁴¹ Punten 47–52 van het besluit van de Commissie van 5 oktober 2011 betreffende steunmaatregel SA.31877 (2011/N) – Nederland. Grondverkoop en woning Apeldoorn.

²⁴² Punt 61 van het besluit van de Commissie van 5 oktober 2011 betreffende steunmaatregel SA.31877 (2011/N) – Nederland. Grondverkoop en woning Apeldoorn.

²⁴³ Punten 42 en 43 van het besluit van de Commissie van 4 april 2006 betreffende de steunmaatregel die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen in het kader van het project Marktpassageplan in Haaksbergen. Steunmaatregel nr. C 33/2005 (ex N 277/2004) (2006/746/EG); Van Wijk 2013, p. 69.

²⁴⁴ Punten 44–48 van het besluit van de Commissie van 14 oktober 2006 betreffende steunmaatregel N 555/2008 – Nederland. Centrumplan gemeente Mill en St. Hubert.

een enkele mogelijkheid van beïnvloeding van de tussenstaatse handel voldoende is om te komen tot de slotsom dat sprake is van staatssteun. Daarentegen is in het licht van verenigbaarheid op basis van artikel 107 lid 3 sub c VWEU enige verstoring van het handelsverkeer toegestaan.²⁴⁵ Binnen de doelstellingen van de Europese Unie is staatssteunrechtelijk gezien dan ook genoeg mogelijk.²⁴⁶ In de casus Leidschendam heeft de gemeente naar het oordeel van de Commissie echter juist door de 70%-bepaling het commerciële belang van SJB voor laten gaan op het belang van de herontwikkeling. Alleen al daarom kon bedoelde ontwikkeling niet beantwoorden aan de hiervoor bedoelde doelstelling van de Europese Unie.²⁴⁷ Dat SJB vervolgens afstand heeft gedaan van bedoelde 70%-bepaling maakte dit niet anders.²⁴⁸

Geconcludeerd kan worden dat de 70%-bepaling op twee manieren tegen Leidschendam heeft gewerkt. Ten eerste zorgde het afstand doen van deze bepaling door SJB voor de stellingname van de Commissie dat de gemeente het algemene belang had laten prevaleren, zodat niet was voldaan aan het MEIP. Ten tweede stond de aanvankelijke 70%-bepaling eraan in de weg een beroep te doen op de Unierechtelijke doelstelling van versterking van de economische en sociale cohesie.²⁴⁹ Aangezien de Commissie tot de conclusie kwam dat een bedrag van bijna € 7 miljoen aan staatssteun moest worden teruggevorderd, heeft de gemeente Leidschendam vervolgens beroep ingesteld bij het Gerecht.

§ 5.4 Arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht

Het Gerecht stelt dat de Commissie de marktwaarde van het betrokken perceel grond niet heeft berekend, zodat geen voordeel kon worden vastgesteld. De Commissie heeft immers enkel geoordeeld dat de residuele methode niet voldeed.²⁵⁰ Vervolgens geeft het Gerecht aan dat bij de toetsing aan het MEIP de overeenkomsten uit 2004 in acht genomen hadden moeten worden.²⁵¹ Hierbij moet tevens rekening worden gehouden met de wisselwerking tussen de verschillende spelers op een markt.²⁵² Het Gerecht geeft voorts aan dat het gaat om een complex economisch onderzoek, waarbij alle wezenlijke

²⁴⁵ Hessel 2012, paragraaf 2.1.

²⁴⁶ Hessel 2014, alinea 3.

²⁴⁷ Punt 95 van de beschikking Leidschendam.

²⁴⁸ Punt 95 van de beschikking Leidschendam.

²⁴⁹ Saanen 2015, p. 344 en 345.

²⁵⁰ Het arrest Leidschendam, r.o. 81 en 82.

²⁵¹ Het arrest Leidschendam, r.o. 86.

²⁵² Het arrest Leidschendam, r.o. 87.

elementen in onderlinge samenhang en in relatie tot de markt moeten worden beoordeeld.²⁵³ De Commissie heeft ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat de samenwerkingsovereenkomst erin voorzag dat Leidschendam en SJB met elkaar in overleg zouden treden bij gewijzigde omstandigheden. Gelet op deze bedoeling van Leidschendam en SJB was nakoming vorderen en anders de overeenkomst ontbinden geen optie.²⁵⁴ Voorts had de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat de kosten en het risico van de grondexploitatie gelijkelijk werden verdeeld over de gemeente en SJB.²⁵⁵

Verder bevestigt het Gerecht enerzijds de vaste rechtspraak dat bij de toepassing van de staatssteunregels geen rekening wordt gehouden met de doelen en belangen van de overheid.²⁵⁶ Vervolgens stelt het Gerecht dat de Commissie ten onrechte wel het maatschappelijk belang van de gemeente heeft laten meewegen in haar beoordeling.²⁵⁷ Ik betwijfel of deze redenering klopt. De in de vorige paragraaf bedoelde indirecte schade kon de Commissie niet bepalen, maar dat betekent in mijn beleving niet dat de Commissie dus het bijbehorende sociale, ofwel maatschappelijke belang heeft laten meewegen in haar beoordeling.²⁵⁸ Anderzijds is bedoeld arrest doordrenkt van overwegingen over de complexiteit, de samenhangende contractuele afspraken, waaronder de 70%-bepaling, en de diverse betrokken ontwikkelaars. Zonder te willen speculeren kan ik mij hierdoor nauwelijks aan de indruk onttrekken dat het Gerecht toch tussen de regels door algemene belangen van de gemeente heeft laten meewegen. Vermeldenswaardig in dit verband vind ik dat Hessel voorafgaand aan het arrest Leidschendam heeft opgemerkt, dat hij het vreemd vindt als bij staatssteun geen algemene belangen zouden mogen meespelen. Staatssteun wordt door overheden juist gebruikt om overheidsdoelstellingen te verwezenlijken.²⁵⁹

Bij het vorenstaande heeft de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid en kan het Hof van Justitie respectievelijk het Gerecht vanzelfsprekend niet op de stoel van de Commissie gaan zitten. Door de positie van de Commissie is zij in het algemeen beter in staat rekening te houden met de (politieke) belangen van de lidstaten om zo zorgvuldig

²⁵³ Het arrest Leidschendam, r.o. 88 en 89.

²⁵⁴ Het arrest Leidschendam, r.o. 98–104.

²⁵⁵ Het arrest Leidschendam, r.o. 105–107.

²⁵⁶ Het arrest Leidschendam, r.o. 110–113.

²⁵⁷ Het arrest Leidschendam, r.o. 110–113.

²⁵⁸ Punt 81 van de beschikking Leidschendam.

²⁵⁹ Hessel 2015, paragraaf 2.2, alinea a; Paragraaf 3.5.2.

afgewogen beschikkingen te nemen. Het Hof van Justitie dan wel het Gerecht toetst vervolgens aan de juridische aspecten.²⁶⁰ In de casus Leidschendam lijkt het erop dat de rollen omgedraaid zijn. De beschikking van de Commissie is rechtlijnig en juridisch, terwijl het Gerecht oog heeft voor de complexe situatie in Leidschendam. Het vorenstaande heeft dan ook geleid tot nietig verklaring van de beschikking Leidschendam door het Gerecht.²⁶¹ Terzijde noem ik een enigszins vergelijkbare Franse zaak, waarbij het Gerecht ook stelde dat de Commissie de marktwaarde op onjuiste wijze had bepaald. In hoger beroep oordeelt het Hof van Justitie dat het Gerecht in deze zaak verder is gegaan dan toegestaan op basis van zijn controlebevoegdheid.²⁶²

In de casus Leidschendam is de Commissie niet in hoger beroep gegaan. Saanen geeft aan dat het voor De Commissie niet eenvoudig zou worden om een nieuwe beschikking te nemen, vanwege de hiervoor genoemde aspecten.²⁶³ In de eindbeschikking heeft de Commissie de argumentatie uit het arrest Leidschendam echter vrijwel geheel overgenomen en komt tot de eindconclusie dat geen sprake is van staatssteun.²⁶⁴ Heeft de Commissie haar fouten ingezien? Wilde de Commissie niet meer tijd aan deze zaak besteden? Of speelden er andere factoren een rol? Voor Leidschendam, SJB en ontwikkelend Nederland zijn het arrest Leidschendam en bedoelde nieuwe beschikking in ieder geval positief.²⁶⁵

Verder is een prejudiciële vraag over de verkoopprijs van Duitse landbouwgrond interessant. De situatie deed zich namelijk voor dat een koper de helft meer dan de marktwaarde van een perceel grond wilde betalen. Het accepteren van bedoeld bod zou de prijs voor landbouwgrond opdrijven, hetgeen nadelig is voor landbouwbedrijven. Nu geldt in Duitsland een rechtsregel op grond waarvan de overheid kan afzien van de verkoop van een perceel tegen het hoogste bod, indien hiermee de belangen van landbouwbedrijven worden beschermd. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat bij toepassing van bedoelde rechtsregel geen sprake is van staatssteun, als de marktwaarde van het betreffende perceel zo precies mogelijk wordt vastgesteld. Het Hof van Justitie heeft voorts bepaald dat in dergelijke gevallen andere omstandigheden mogen worden

²⁶⁰ Het arrest Leidschendam, r.o. 89; Patel & Schweitzer 2013, p. 21 en 22.

²⁶¹ Het arrest Leidschendam, r.o. 133.

²⁶² HvJ EU 2 september 2010, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480 (*Commissie/Scott*), r.o. 79, 81 en 84.

²⁶³ Saanen 2015, p. 346.

²⁶⁴ Besluit van de Commissie van 15 januari 2016 betreffende maatregel SA.24123 (2012/C) (ex 2011/NN) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd. Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg.

²⁶⁵ Alinea 1 van noot Knook bij arrest Leidschendam.

meegewogen.²⁶⁶ In het hiervoor bedoelde arrest verwijst het Hof van Justitie veelvuldig naar het arrest Seydaland, omdat het hierbij ook om landbouwgrond gaat. In dit laatst bedoelde arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat andere dan in de mededeling genoemde methoden tot een marktconforme prijs kunnen leiden.²⁶⁷ Tot slot heeft het Gerecht bepaald dat gebiedsontwikkeling in afgezonderde streken een maatschappelijke rol kan spelen.²⁶⁸ Kan nu worden gesteld dat de Commissie en het Hof van Justitie respectievelijk het Gerecht werken vanuit een sociale markteconomie?

§ 5.5 *Sociale markteconomie?*

De Commissie heeft weliswaar meerdere keren geoordeeld dat steunmaatregelen die bijdragen aan de economische en sociale cohesie verenigbaar zijn met de interne markt. In de beschikkingen van de Commissie komt het begrip ‘sociale markteconomie’ echter niet voor. Dit vind ik enigszins teleurstellend, omdat dit begrip in 2009 in het Verdrag van Lissabon is opgenomen. Bovendien heeft de Commissie hier uitdrukkelijk voor gekozen in de strategienota Europa 2020.²⁶⁹ Ook in de ontwerp-mededeling worden de begrippen ‘sociale markteconomie’ en ‘Europa 2020’ niet genoemd. Hessel en Knook merken dan ook terecht op dat bij het Directoraat-Generaal Concurrentie nog niet wordt gewerkt vanuit de idee van een sociale markteconomie.²⁷⁰

Ook in de arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht wordt het begrip ‘sociale markteconomie’ niet genoemd. Aalbers en Jaarsma concluderen desondanks op basis van de hiervoor genoemde arresten, dat bij staatssteunmaatregelen een maatschappelijke verantwoordelijkheid van overheden mag meespelen, mits deze past binnen een vooraf vastgesteld economisch beleid. Bedoelde auteurs lijken hieruit een ontwikkeling te ontwaren dat bij de toetsing aan het MEIP ruimte is voor een sociale markteconomie.²⁷¹ Daarnaast ben ik van mening dat de sociale markteconomie ook een rol zou moeten krijgen bij de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen, zodat de algemene belangen die de overheid behartigt een legitieme

²⁶⁶ HvJ EU 16 juli 2015, C-39/14, ECLI:EU:C:2015:175 (*BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH*), r.o. 15, 35, 39, 42 en 55.

²⁶⁷ Paragraaf 3.5.2; HvJ EU 16 december 2010, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778 (*Seydaland*), r.o. 35 en 39.

²⁶⁸ Gerecht EU 13 december 2011, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732 (*Konsum Nord*); Aalbers & Jaarsma 2015, p. 112.

²⁶⁹ Paragrafen 3.3 en 4.6.

²⁷⁰ Hessel & Knook 2014, paragraaf 2, alinea 5.

²⁷¹ Aalbers & Jaarsma 2015, p. 112.

rol kunnen krijgen binnen de staatssteunregels.²⁷² Alles overwegende kom ik tot de conclusie dat in de Europese Unie nog niet wordt gewerkt vanuit een sociale markteconomie.

In dit hoofdstuk kwam aan de orde dat de Afdeling nauwelijks toetst of sprake is van staatssteun en geen belangen afweegt. Gelet op de aard van de procedure bij de Afdeling is dat begrijpelijk. De burgerlijke rechter toetst wel of sprake is van staatssteun die gemeld had moeten worden. Bij het uitvoeren van de standstill bepaling hoort logischerwijze geen belangenafweging. Dit is voorbehouden aan de Commissie. Uit de beschikkingen van de Commissie komt naar voren, dat er diverse mogelijkheden zijn om gebiedsontwikkelingen te steunen. De voornaamste voorwaarde hierbij is dat bedoelde ontwikkelingen moeten passen binnen de Unierechtelijke doelstellingen. Hoewel het Hof van Justitie en het Gerecht keer op keer bevestigen dat bij het verlenen van steunmaatregelen niet van belang is welk doel de overheid nastreeft, is aan de hand van de voornoemde arresten een ontwikkeling te bespeuren waarbij andere factoren dan economische van belang worden gevonden. De Europese Unie werkt echter nog niet vanuit een sociale markteconomie. In het navolgende hoofdstuk sluit ik mijn scriptie af met een conclusie.

²⁷² Paragrafen 4.5 en 4.6.

Hoofdstuk 6 Conclusie

Aan de hand van de voorgaande hoofdstukken kom ik tot het volgende. Indien de overheid met een onderneming een overeenkomst sluit over de aan- of verkoop van onroerend goed moet worden voldaan aan het Nederlandse overeenkomstenrecht. Naast de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek zijn verscheidene privaatrechtelijke leerstukken in de jurisprudentie ontwikkeld die hierbij van belang zijn. Verder dienen overheden zich ook bij het aangaan van overeenkomsten te houden aan diverse publiekrechtelijke bepalingen en regels, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij overeenkomsten met de overheid over gebiedsontwikkeling gaat het vaak naast een privaatrechtelijke grondverkoop ook om een zogenaamde bevoegdhedenovereenkomst. Daarnaast moet een onroerend goedtransactie voldoen aan de Europese regels van staatssteun.

Met de mededingingsregels wordt beoogd een level playing field in stand te houden, zodat alle spelers op de interne markt dezelfde kansen hebben. De regels van staatssteun maken onderdeel uit van de mededingingsregels en beogen te voorkomen dat overheden ondernemingen bevoordelen. De nationale rechter voert de standstill bepaling uit. De belangrijkste voorwaarde bij onroerend goedtransacties is of een steunmaatregel voldoet aan het MEIP. Hieraan is in ieder geval voldaan als een onroerend goedtransactie voldoet aan de voorwaarden van de mededeling. De Commissie beoordeelt of een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt aan de hand van de verfijnde economische toets. Voorts heeft de Commissie vele verordeningen, kaderregelingen en richtsnoeren vastgesteld op basis waarvan steunmaatregelen zijn toegestaan. Steunmaatregelen moeten passen binnen de doelstellingen van de Europese Unie. De belangrijkste hiervan zijn de navolgende. Een evenwichtige economische groei, prijsstabiliteit, een sociale markteconomie en een groot concurrentievermogen, welke moeten zorgen voor een duurzame verdere ontwikkeling van Europa waarbij ook werkgelegenheid en een economische en sociale samenhang wordt gestimuleerd. Nederland zou zich veel meer moeten richten op de kansen die de staatssteunregels bieden.

Voor de toepassing van de staatssteunregels maakt het niet uit of de overheid bijvoorbeeld een sociaal doel voor ogen had. De overheid dient echter het algemene belang, zodat dit altijd meespeelt in de gevallen dat steun wordt verleend. Het begrip algemeen belang valt uiteen in verschillende belangen, welke gerelateerd zijn aan de

diverse taken die de overheid heeft. In het kader van onroerend goedtransacties zijn met name van belang het zorgen voor voldoende woon- en werkgelegenheid. Verder moet de overheid ervoor zorgen dat de financiële huishouding op orde is. Gesteld kan daarom worden dat de overheid sociale, economische, financiële en uiteraard politieke belangen heeft bij het aangaan van onroerend goedtransacties.

Bij het onderzoeken van de mate waarin gewicht wordt toegekend aan de belangen bij de Europese regels van staatssteun dan wel de belangen van overheden heb ik de keuze van de Commissie voor een sociale markteconomie in ogenschouw genomen. De Afdeling toetst nauwelijks of sprake is van staatssteun en weegt geen belangen af. Gelet op de aard van de procedure bij de Afdeling is dat begrijpelijk. De burgerlijke rechter toetst wel of sprake is van staatssteun die gemeld had moeten worden. Bij het uitvoeren van de standstill bepaling hoort logischerwijze geen belangenafweging. Dit is voorbehouden aan de Commissie. Uit de beschikkingen van de Commissie komt naar voren, dat er diverse mogelijkheden zijn om gebiedsontwikkelingen te steunen. De voornaamste voorwaarde hierbij is dat bedoelde ontwikkelingen moeten passen binnen voornoemde Unierechtelijke doelstellingen. In verband met de verenigbaarheid van staatssteunmaatregelen op basis van artikel 107 lid 3 sub c VWEU is enige mate van verstoring van het handelsverkeer toegestaan. Er zijn dan ook voldoende mogelijkheden om steunmaatregelen te verlenen welke passen binnen de doelstellingen van de Europese Unie.

Het Hof van Justitie en het Gerecht bevestigen telkens dat bij het verlenen van steunmaatregelen niet van belang is welk doel de overheid nastreeft. Desondanks is aan de hand van de door mij onderzochte arresten een ontwikkeling te bespeuren waarbij andere –meer sociale- factoren dan economische worden meegewogen bij de toetsing aan het MEIP. Dit lijkt een ontwikkeling richting een sociale markteconomie te zijn. Ik ben van mening dat de keuze voor een sociale markteconomie ook een rol zou moeten krijgen bij de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen, zodat de algemene belangen die de overheid behartigt een legitieme rol kunnen spelen binnen de staatssteunregels. Alles overziende kom ik echter tot de conclusie dat de Europese Unie nog niet werkt vanuit een sociale markteconomie.

Lijst met aangehaalde literatuur

Aalbers & Jaarsma 2015

M. Aalbers & M.I. Jaarsma, 'Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie: rechtsontwikkelingen en praktische knelpunten in gebiedsontwikkeling. Terug naar de basis?', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, afl. 3, p. 104-113.

Appeldoorn & Vedder 2013

J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Mededingingsrecht. Beginselen van Europees en Nederlands Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/189

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III*. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Bakker e.a. 2005

P. Bakker e.a., 'Het Rijnlands model als inspiratiebron', *Holland Management Review* 2005, afl. 103, p. 72-81.

Barkhuysen & Bos 2011

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2011, afl. 1, p. 3-34.

Bregman 2005

A.G. Bregman, 'Staatssteun bij locatieontwikkeling', *Bouwrecht* 2005, afl. 108.

Dekker & Van der Wal 2008

C.T. Dekker & Y. van der Wal, *Bestuursrecht in praktijk 8. Staatssteun in de decentrale praktijk*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2008.

Ebbers 2014

R. Ebbers, 'Het domme gansje van Europa of... Roomser dan de paus?', *Forum* 23 januari 2014, Vno-ncw.nl (zoek op *Roomser dan de paus staatssteun*), p. 24-27.

Eijsbouts e.a. 2012

W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2012.

Fokkema 2010

M. Fokkema, 'De gevolgen van het Müller-arrest op het reisadvies uit de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009. Enkele praktische gevolgen voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling', *Bouwrecht* 2010, afl. 105.

Goodijk 2015

R. Goodijk, *Van afvinken naar aanspreekbaarheid. Over deugdelijke governance in de semipublieke sector* (oratie Amsterdam VU), 2015.

Gruis & Elsinga 2014

V.H. Gruis & M.G. Elsinga, 'Spanningen tussen sociale huisvesting en Europese regulering', *Vastgoedrecht* 2014, afl. 1, p. 21-26.

Hessel e.a. 2008

B. Hessel e.a. (red.), *1001 vragen over staatssteun. De praktijk van decentrale overheden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Hessel 2009

B. Hessel, 'Europa als inspirator voor de bouwnijverheid', *Bouwrecht* 2009, afl. 107.

Hessel 2012

B. Hessel, 'Staatssteun en gebiedsontwikkeling: een inventarisatie voor verdere discussie', *Bouwrecht* 2012, afl. 149, p. 781-791.

Hessel 2014

B. Hessel, 'Nederland is met staatssteunbeleid blijven steken in 1957', *Bouwrecht* 2014, afl. 61.

Hessel & Knook 2014

B. Hessel & A.D.L. Knook, '50 jaar staatssteunrecht', *Bouwrecht* 2014, afl. 14.

Hessel 2015

B. Hessel, 'De nieuwe staatssteunregels en gebiedsontwikkeling', *Bouwrecht* 2015, afl. 67.

Hijmans 2009

E.R. Hijmans, 'Bouwclaimovereenkomsten in crisistijd', *Bouwrecht* 2009, afl. 127.

Hijmans 2010a

E.R. Hijmans, 'Noodzaak en nut van een nota grondbeleid', *Bouwrecht* 2010, afl. 16.

Hijmans 2010b

E.R. Hijmans, 'Erfpacht als stimuleringsmaatregel lokale economie', *Bouwrecht* 2010, afl. 106.

Hijmans & Fokkema 2011

E.R. Hijmans & M. Fokkema, 'Kroniek van het grondbeleid', *Bouwrecht* 2011, afl. 113.

Jacobs 2010

A.T.J.M. Jacobs, 'Sociaal recht en sociale politiek na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (2)', *Tijdschrift voor Recht en Arbeid* 2010, afl. 86.

Jans, Prechal & Widdershoven 2011

J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

De Jong-Goris 2011

L. De Jong-Goris, 'De Mededeling staatssteun bij verkoop van grond en gebouwen: simpel maar effectief?', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2011, afl. 1, p. 5-12.

Khan & Sap 2012

R.A. Khan & J.W. Sap, 'Pas op voor China. De bedreiging van Europees marktkapitalisme door Chinees staatskapitalisme', *Civis Mundi* 11 januari 2012, Civismundi.nl (zoek op *pas op voor China*).

Klostermann 2012

W.E.M. Klostermann, 'Contracteren door een gemeente onder voorbehoud van goedkeuring van B&W', *Vastgoedrecht* 2012, afl. 5, p 123-125.

Knook 2013

A.D.L. Knook, 'Vastgoed en staatssteun in tijden van crisis', *Bouwrecht* 2013, afl. 125.

Koeman 2006

N.S.J. Koeman, 'Nederland en Europa: over wil en dank', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, afl. 4.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Ligteringen & Serra 2015

I.P.M. Ligteringen & A.M. Serra, 'De rol van taxaties bij het 'staatssteunproof' aangaan van vastgoedtransacties', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, afl. 2, p. 55-62.

Den Ouden 2005

W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005.

Patel & Schweitzer 2013

K.K. Patel & H. Schweitzer, *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford: University Press 2013.

Peters & Weggeman 2015

J. Peters & M. Weggeman, *Het Rijnlandboekje. Principes en inzichten van het Rijnland-model*, Amsterdam: Business Contact 2015.

Saanen 2015

N. Saanen, 'Het arrest *Leidschendam*: de contextbenadering als toetsingskader voor staatssteun bij gebiedsontwikkeling', *NtEr* 2015, afl. 10, p. 342-347.

Serra & Van Dijk 2014

A.M. Serra & J.H.I. van Dijk, 'Vastgoedtransacties door taxatie vooraf niet automatisch 'staatssteunproof'', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2014, afl. 2, p. 55-59.

Schlössels 2010

R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid?', *De Gemeentestem* 2010, afl. 102.

Schlössels 2011

R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2011, afl. 23.

Steins Bisschop 2014

B.T.M. Steins Bisschop, 'Lessen uit geprivatiseerde KPN voor te privatiseren ABN. Analyse aan de hand van de overnamestrijd met América Móvil', *NJB* 2014, afl. 1724.

Sterk 2009

S.J. Sterk, 'Het staatssteun-argument als breekijzer bij bestemmingsplannen. Staatssteunrechtelijke aandachtspunten bij gebiedsontwikkeling', *De Gemeentestem* 2009, afl. 92.

Van Tilborg 2012

D. van Tilborg, 'Schaarste en mededinging bij gronduitgiftes en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten', *Bouwrecht* 2012, afl. 31.

Weeda, Terpstra en Lombert 2013

M.N. Weeda, L.J. Terpstra & C.A.M. Lombert, 'Maastrichtse parkeergarages: de plek waar het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht elkaar ontmoeten', *NtEr* 2013, afl. 5, p. 153-158.

Van Wijk 2012

R.J.A. van Wijk, 'Juridische aspecten van grondprijspolitiek tijdens de vastgoedcrisis', *Vastgoedrecht* 2012, afl. 6, p. 153-157.

Van Wijk 2013

R.J.A. van Wijk, 'Staatssteun en PPS-gebiedsontwikkeling: centrumplan Leidschendam', *Vastgoedrecht* 2013, afl. 2, p. 67-69.

Lijst met aangehaalde jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

HvJ EG 2 juli 1974, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71 (*Italië/Commissie*).

HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*).

HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*).

HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

HvJ EG 17 september 1980, C-730/79, ECLI:EU:C:1980:209 (*Philip Morris*).

HvJ EG 14 november 1984, C-323/82, ECLI:EU:C:1984:345 (*Intermills*).

HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner&Elser*).

HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*).

HvJ EG 1 oktober 2009, C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593 (*Sint Servatius*).

HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

HvJ EU 2 september 2010, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480 (*Commissie/Scott*).

HvJ EU 26 mei 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:354 (*Residex*).

HvJ EU 16 december 2010, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778 (*Seydaland*).

HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*).

HvJ EU 17 januari 2013, C-543/11, ECLI:EU:C:2013:20 (*Woningstichting Maasdriel*).

HvJ EU 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert e.a.*).

HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech/Parking Adjudicator*).

HvJ EU 16 juli 2015, C-39/14, ECLI:EU:C:2015:175 (*BVVG Bodenverwertungs- und – verwaltungs GmbH*).

Gerecht van de Europese Unie

Gerecht EU 13 december 2011, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732 (*Konsum Nord*).

Gerecht EU 30 juni 2015, gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13, ECLI:EU:T:2015:447 (*Nederland/Commissie*).

Hoge Raad

HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Staat/Windmill*).

HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971 (*Gemeente Lichtenvoorde/Dusseldorp*).

HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (*CBB/JBO*).

HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370.

HR 1 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ1677 (*Gemeente Breda*).

HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057 (*Etam/Gemeente Zoetermeer*).

HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748 (*Gemeente Almere/Flevoland Invest*).

HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*).

HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding B.V./Gemeente Maastricht en Q-Park Exploitatie B.V.*).

HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2222 (*Woningstichting Maasdriel*).

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 26 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5061.

ABRvS 26 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4338.

ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245.

ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1110.

ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5721.

ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077.

ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119.

ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7642.

ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2519.

ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374.

ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578.

ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:201.

Gerechtshof

Hof Den Haag 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630.

Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II/Winsum*).

Rechtbank

Rb. Groningen (vzr.) 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II/Winsum*).

Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726.

Rb. Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Haaksbergen/Rotij*).

Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Harlingen/Spaanssen*).

Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614.