

Grondtransacties en het staatssteunrecht

Mr. A.A. al Khatib, datum 11-06-2014

Datum

11-06-2014

Auteur

Mr. A.A. al Khatib^[1]

Vakgebied(en)

Ruimtelijk bestuursrecht / Grondexploitatie

Mededingingsrecht / EU-mededingingsrecht

1. Inleiding: Nederland, een klein land dat niet groot denkt?

In een recent artikel met de titel ' *Het domme gansje van Europa of Roomser dan de paus?* heeft de plaatsvervangend Directeur-Generaal Mededinging, G.J. Koopman, aangegeven dat Nederland bij de Europese Commissie (hierna: EC) bekend staat als een land van marginaal geklaag over grondverkoop door gemeenten aan projectontwikkelaars. Hij heeft voorts benadrukt dat het staatssteunrecht meer mogelijkheden biedt om legale staatssteun te verlenen aan private partijen dan Nederlandse overheden denken. Volgens hem zou de Nederlandse overheid vaker deze mogelijkheden moeten verkennen en daarbij het Directoraat-Generaal Mededinging van de EC moeten zien als een vraagbaak.^[2] De Nederlandse overheid bezit een grote hoeveelheid gronden en zet ze in voor allerlei doeleinden. Het komt in dat kader veelvuldig voor dat de overheid gronden overdraagt aan private partijen.^[3] Deze overdracht kan enerzijds plaatsvinden in het kader van een zogeheten Publiek Privaat Samenwerkingsverband (hierna: PPS). Anderzijds kunnen grondtransacties ook buiten een dergelijk samenwerkingsverband geschieden. De grondtransacties, in en buiten een PPS, kunnen geschieden tegen betaling van de marktprijs van de grond door de private partij, maar zij kunnen ook voor een prijs onder de marktwaarde of gratis plaatsvinden.

Klachten en procedures over grondtransacties kunnen grote financiële gevolgen hebben voor de betrokken private partijen en de overheid. Dit gegeven, in samenhang met de inbreng van de heer Koopman, roept de volgende vragen op. Hoe kunnen marginale (maar soms toch succesvolle) klachten en procedures over (kleine) grondtransacties voorkomen worden? En welke mogelijkheden biedt het staatssteunrecht om grondtransacties in het kader van grote projecten om niet of onder de marktwaarde te laten plaatsvinden? In deze bijdrage zal ik de voornaamste knelpunten en mogelijkheden bij het (om niet of onder de marktwaarde) overdragen van gronden aan private partijen uiteenzetten. Dit artikel is ook van waarde voor derde partijen die de rechtmatigheid van grondtransacties (bij de rechter of de EC) aan de orde willen stellen. In paragraaf 2 licht ik kort het staatssteunrechtelijke kader voor grondtransacties toe. Vervolgens sta ik in paragraaf 3 stil bij de beschikking d.d. 23 januari 2013 van de EC (hierna: Leidschendambeschikking) waarin de EC oordeelt dat een grondoverdracht door de gemeente Leidschendam onrechtmatige staatssteun inhield.^[4] Ten slotte doe ik in paragraaf 4 een aantal aanbevelingen voor de betrokken partijen bij grondtransacties tussen de overheid en private partijen.

2. Het staatssteunrechtelijke kader bij grondtransacties

2.1. Algemeen juridisch kader staatssteun

Op basis van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) geldt een algemeen verbod op het verlenen van staatssteun. Van staatssteun is sprake wanneer een overheidsmaatregel voldoet aan de volgende cumulatieve vereisten:

- (i) de maatregel wordt bekostigd door staatsmiddelen;
- (ii) de maatregel verstrekt een niet-marktconform voordeel;
- (iii) de maatregel wordt verstrekt aan bepaalde ondernemingen;
- (iv) de maatregel dreigt de mededinging te vervalsen; en
- (v) de maatregel heeft een ongunstig effect op het handelsverkeer tussen lidstaten.

Wanneer aan deze vereisten is voldaan dient een maatregel op grond van art. 108 lid 3 VWEU in beginsel aangemeld te worden bij de EC. Maar wat houden deze vereisten in?

De eerste twee vereisten zijn, in het kader van grondtransacties, duidelijk: zodra de overheid grond, of een beperkt recht daarop, om niet of onder de marktwaarde overdraagt aan een onderneming is aan deze twee vereisten voldaan.

Voor het derde vereiste is van belang dat het Hof van Justitie (hierna: HvJ) een ruime definitie van het begrip onderneming hanteert. Uit het arrest *Höfner* blijkt dat van doorslaggevend belang is of een entiteit economische activiteiten verricht (en daarmee dus concurreert met andere marktdeelnemers).^[5] De rechtsvorm en een eventueel gebrek aan winstoogmerk zijn in beginsel niet relevant voor de vraag of er sprake is van een onderneming. Ook aan dat vereiste zal dus snel voldaan zijn. De maatregel dient overigens een *bepaalde* onderneming of *bepaalde* ondernemingen te begunstigen: een maatregel die alle ondernemingen bevoordeelt (bijvoorbeeld een algemene belastingverlaging of de aanleg van een snelweg die voor iedereen toegankelijk is) voldoet niet aan het derde vereiste.

Of een entiteit als een onderneming kwalificeert geeft echter wel eens aanleiding tot discussie. Een relatief recent voorbeeld biedt de zaak *Duitsland t. Europese Commissie*.^[6] De Duitse Staat voerde voor het Gerecht van de Europese Unie (hierna: GvEU) aan dat natuurbeschermingsorganisaties niet als onderneming kwalificeren. Zij hebben, zo legde Duitsland het GvEU voor, geen winstoogmerk en behartigen het algemeen belang (te weten natuurbescherming). Daardoor zou de steun die de Duitse Staat aan deze organisaties verleent, onder andere door gronden om niet of onder de marktwaarde aan hen over te dragen, geen staatssteun vormen.

Het GvEU overweegt dat deze natuurbeschermingsorganisaties ook economische activiteiten verrichten, zoals houtverkoop, het ontvangen van toeristen en jacht. Daardoor concurreren zij met andere ondernemingen. Vanwege deze economische activiteiten kwalificeren natuurbeschermingsorganisaties wel als ondernemingen ook als zij tegelijkertijd niet-economische activiteiten (zoals natuurbescherming) verrichten.

Die overweging sluit aan bij dat ratio van het staatssteunrecht, namelijk dat de overheid de concurrentie tussen ondernemingen niet mag vervalsen. De (om niet) overgedragen gronden worden door die natuurbeschermingsorganisaties ook gebruikt voor de economische activiteiten. Doordat deze gronden onder de marktwaarde overgedragen worden aan die organisaties, hebben die organisaties een substantieel voordeel ten opzichte van andere ondernemingen die zich ook op bijvoorbeeld houtverkoop toeleggen, maar wel gronden tegen marktconforme prijzen moeten kopen.

Ook de laatste twee vereisten onder (iv) en (v) worden snel vervuld geacht. Zo kan een activiteit die alleen lokaal of regionaal is ook invloed hebben op interstatelijke handel.^[7] Alleen indien een activiteit evident lokaal is, dan zijn deze criteria niet vervuld.^[8] De grens tussen wat evident lokaal is en wat niet, is echter niet altijd makkelijk om te bepalen.

Samenvattend kan dan ook gesteld worden dat de vereisten ruim uitgelegd moeten worden, waardoor relatief snel sprake kan zijn van staatssteun bij grondtransacties. Het is dan ook van groot belang om de regels van het staatssteunrecht in acht te nemen.

2.2. Grondoverdracht zonder aanmelding bij de EC

Wanneer de voorgenoemde vijf vereisten zijn vervuld dient een grondtransactie in beginsel ter goedkeuring voorgelegd te worden aan de EC. In dit verband is van belang dat partijen aanmelding bij de EC ook moeten overwegen wanneer zij niet zeker weten of de vijf zojuist genoemde vereisten vervuld zijn. De aanmelding bij de EC is echter tijdrovend – een beslissing van de EC kan jaren op zich laten wachten en gedurende die periode mag de steun niet verleend worden – en bovendien ook met onzekerheden omgeven: het is immers onzeker of de EC de maatregel goedkeurt. Daarom is aanmelding van een grondtransactie geen populaire of aan te raden keuze wanneer er andere mogelijkheden zijn.

Hierna sta ik stil bij twee manieren om aanmelding van een grondtransactie bij de EC achterwege te laten. Ten eerste, de verkoop van gronden conform de normen van de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (hierna: Mededeling).^[9] Ten tweede, de grondoverdracht binnen de kaders van de Altmark-criteria, het DAEB-pakket en de de-minimisverordening. Alvorens deze twee manieren uiteen te zetten merk ik op dat het aanbestedingsrecht van toepassing kan zijn op grondtransacties die gepaard gaan met een overheidsopdracht. Indien dit het geval is dient de (decentrale) overheid ook rekening te houden met de normen die uit het aanbestedingsrecht voortvloeien.

2.2.1. De Mededeling als basis voor grondoverdracht

De Mededeling spitst zich toe op de verkoop van gronden door de overheid. In deze Mededeling onderscheidt de EC twee manieren voor de (decentrale) overheid om gronden over te dragen zonder dat aanmelding bij de EC nodig is. Het uitgangspunt van beide manieren is dat de verkoop tegen een marktconforme prijs geschiedt. Hierdoor verschaft de overheid geen niet-marktconform voordeel aan de verkrijger van de grond, waardoor aan het tweede vereiste van staatssteun niet wordt voldaan. Deze Mededeling vormt daarmee een belangrijk hulpmiddel voor de praktijk. Als de werkwijze uit de Mededeling wordt gevolgd, kan men er relatief zeker van zijn dat de EC later geen onderzoek zal instellen. De eerste manier betreft de verkoop middels een openbare en onvoorwaardelijke biedprocedure. Aan het element van openbaarheid wordt onder andere voldaan door het aanbod van de grond gedurende een redelijk lange periode (ongeveer twee maanden) voldoende openbaar te maken, bijvoorbeeld in de nationale pers. Voor het onvoorwaardelijke element van de procedure volgt is van belang dat de persoon van deieder om het even dient te zijn, oftewel dat eenieder voor de koop van de grond in aanmerking kan komen.

Aangenomen wordt dat, wanneer een dergelijke openbare en onvoorwaardelijke procedure is gevolgd, dat de verkoopprijs van de grond marktconform is. Dit aangezien alle potentiële geïnteresseerden tijd en gelegenheid hebben gekregen om te

bieden. De verkoop van de grond houdt dan geen staatssteun in.

De tweede manier is onderhandse verkoop na taxatie door een onafhankelijke deskundige. De taak van deze deskundige is om de marktprijs van de te verkopen gronden vast te stellen. Vervolgens wordt de grond voor die getaxeerde prijs verkocht. De ratio hiervan is dat, als de deskundige zijn werk goed doet, de getaxeerde prijs overeenkomt met de marktprijs en er dus geen voordeel door de overheid aan de koper wordt verschaft.

Het nadeel van de tweede methode ten opzichte van de eerste methode is dat direct geleverd wordt aan een bepaalde partij. Hierdoor kunnen derden zich sneller gepasseerd voelen en een klacht indienen bij de EC of bij de nationale rechter procederen waarbij de taxatie van de deskundige betwist wordt.

2.2.2. Mogelijkheden tot rechtmatige niet-marktconforme overdracht van gronden

De overdracht van gronden op basis van de Mededeling veronderstelt, zo is gebleken in paragraaf 2.2.1, dat de koper niet begunstigd wordt door de (decentrale) overheid. Toch zijn er situaties denkbaar dat de (decentrale) overheid een private partij wil begunstigen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een dergelijke private partij – al dan niet in opdracht van de overheid – een economische activiteit verricht die in het algemeen belang is. Voor een dergelijke situatie voorziet het staatssteunrecht in regelingen, die grondtransacties onder de marktwaarde of zelfs om niet van de overheid aan private partijen zonder aanmelding bij de EC mogelijk maken. Van belang is dus dat deze regelingen een uitzondering vormen op het staatssteunverbod: er is sprake van geoorloofde staatssteun.

In deze bijdrage beperk ik mij tot een drietal belangrijke uitzonderingen. Het is echter belangrijk om op te merken dat er meer uitzonderingen zijn. Indien bijvoorbeeld een regeling goed is gekeurd door de EC kan de overheid op basis van die regeling steun verlenen aan een private partij.

De eerste uitzondering is de DAEB. Indien een onderneming een zogeheten Dienst van Algemeen Economisch Belang (hierna: DAEB) verricht, zijn er legio regelingen op basis waarvan de (decentrale) overheid om niet of onder de marktwaarde grond kan overdragen aan deze onderneming. Er bestaat geen vastomlijnde definitie van de term DAEB. De EC heeft echter verduidelijkt dat DAEB's zijn:

"economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht."^[10]

Deze definitie is ruim, maar veronderstelt in ieder geval een marktfalen waardoor interventie zijdens de overheid is aangeraden. Daarbij komt dat de lidstaten een grote vrijheid hebben om te bepalen wat volgens hen een DAEB is.^[11] Gronden kunnen onder de marktwaarde of om niet overgedragen worden aan ondernemingen die een DAEB uitvoeren allereerst indien is voldaan aan de voorwaarden van het DAEB-besluit^[12] of aan de *Altmark-criteria*.^[13] Wanneer aan de Altmark-criteria of de voorwaarden van het DAEB-besluit wordt voldaan, kunnen gronden overgedragen worden aan de onderneming zonder aanmelding bij de EC. Op basis van het DAEB-besluit kan in beginsel maximaal € 15 miljoen euro per jaar aan steun verleend worden aan een onderneming die een DAEB verricht.

De voorwaarden van de Altmark-criteria en het DAEB-besluit komen niet geheel overeen. Het strekt in het kader van deze bijdrage te ver om de voorwaarden van beide regelingen te bespreken. Ik beperk mij tot de belangrijkste drie voorwaarden die zowel de Altmark-criteria en het DAEB-besluit gemeen hebben. Beide regelingen eisen(i) dat een onderneming belast wordt met een duidelijk omschreven DAEB; (ii) dat de maatstaven voor de compensatie van de onderneming voor de te verrichten diensten vooraf bekend zijn; en (iii) dat de compensatie niet hoger is dan de kosten van de DAEB (waarbij wel rekening wordt gehouden met een redelijke winst). Een belangrijk verschil tussen de Altmark-criteria en het DAEB-besluit is (kort gezegd) dat de Altmark-criteria eisen dat de compensatie wordt vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde goed beherende onderneming zou maken, indien geen openbare aanbestedingsprocedure is gevolgd. Indien de overheid steun wenst te verlenen (in de vorm van een grondtransactie) op basis van de Altmark-criteria dan wel het DAEB-besluit, dan dient zij dus, alvorens over te gaan tot het verlenen van steun, de in het DAEB-besluit dan wel de Altmark-criteria voorgeschreven stappen (o.a. toekenning van DAEB aan onderneming, vaststellen compensatiemaatstaven, overcompensatie voorkomen) te doorlopen.

Ten tweede kunnen overheden, indien geen steun op basis van de Altmark-criteria en het DAEB-besluit wordt verleend, verder op basis van de DAEB-de-minimisverordening^[14] tot maximaal € 500.000 in drie jaar steun verlenen aan ondernemingen die gedurende drie belastingjaren met een DAEB belast zijn.

Het komt ten slotte natuurlijk ook voor dat overheden steun willen verlenen aan een private partij die geen DAEB verricht. In dat geval zijn er verschillende verordeningen en aangemelde regelingen op basis waarvan een onderneming steun (al dan niet in de vorm van grond) kan krijgen zonder dat die steun aangemeld hoeft te worden bij de EC. Een voorbeeld biedt de (reguliere) deminimisverordening.^[15] Op basis van deze verordening kunnen ondernemingen tot € 200.000 over drie jaar steun krijgen zonder dat aanmelding bij EC nodig is.

Het is dus voor (decentrale) overheden mogelijk om binnen de grenzen van de staatssteunregels steun te verlenen aan private partijen zonder dat deze steun aangemeld hoeft te worden bij de EC. Het is dus zaak voor betrokken partijen om de mogelijkheden voor het verlenen van rechtmatige staatssteun te verkennen, waarbij zo nodig overleg met de EC plaats kan

vinden.

3. De beschikking Leidschendam en (her)onderhandelen over grondverkoop

In het voorgaande is het staatssteunrechtelijke kader voor grondtransacties kort toegelicht. Dat dit kader niet altijd gemakkelijk is om te doorgronden illustreert de in de inleiding aangehaalde beschikking van de EC in de zaak Leidschendam. De feiten zijn in een notendop als volgt.

Schouten-de Jong Bouwfonds (hierna: SJB) en de gemeente Leidschendam hebben voor een vastgoedproject Leidschendam Centrum een PPS opgericht. In een PPS-overeenkomst is bepaald dat de bij de PPS betrokken partijen ieder 50% van de kosten en de risico's voor de grondexploitatiefase dragen. De besluiten worden in de PPS genomen op basis van eenparigheid van stemmen.

SJB zou 242 woningen bouwen, een commerciële ruimte van 2400 m² realiseren en een ondergrondse garage bouwen. Bij deze bouwfase was de gemeente niet betrokken en droeg de gemeente ook geen risico. Voor de verwezenlijking van deze projecten heeft SJB grond gekocht waarvan de prijs werd vastgesteld door een onafhankelijke taxateur op € 7 miljoen uitgaande van de marktprijs in het jaar 2003. Hiermee wordt dus de tweede methode uit de Mededeling gevolgd.

De bouwwerkzaamheden zouden op november 2005 aanvangen maar als gevolg van nationale procedures liepen de bouwvergunningen die SJB nodig had aanzienlijke vertraging op. Deze vergunningen werden daarom pas in 2008 afgegeven. Omdat (onder andere) de voorverkoop van de woningen niet voorspoedig verliep en de financiële crisis inmiddels was toegeslagen, deelde SJB de gemeente mee dat zij niet tijdig met de bouwfase kon beginnen. Dit kon SJB mede doen omdat in de samenwerkingsovereenkomst met de gemeente een zogeheten 70%-bepaling was opgenomen. Volgens deze bepaling hoefde SJB niet aan te vangen met de bouw van de woningen als minder dan 70% van deze eenheden was verkocht.

SJB heeft vervolgens aan de gemeente voorgesteld om in plaats van de oorspronkelijk overeengekomen € 7,2 miljoen (de door de taxateur vastgestelde marktprijs in 2003) slechts € 4 miljoen te betalen (de (vermeende) marktprijs in 2010). In ruil voor deze verlaging van de koopprijs zou SJB afzien van het doen van een beroep op de 70%-bepaling. Een door de gemeente ingeschakelde deskundige concludeerde inderdaad dat de marktprijs van de grond in 2010 € 4 miljoen was. De gemeente stemde vervolgens in met het verlagen van de koopprijs.

De EC oordeelde, naar aanleiding van een klacht door derde partijen, dat de gemeente Leidschendam door in te stemmen met de verlaging van de koopprijs niet heeft gehandeld zoals een particuliere investeerder zou handelen. Daarmee heeft de gemeente volgens de EC een (niet-marktconform) voordeel aan SJB verschaft. Hierbij hechtte de EC waarde aan het feit dat de gemeente op grond van de PPS-overeenkomst geen risico droeg voor de bouwfase, maar desalniettemin het financiële risico van een dalende huizenmarkt heeft gedeeld met SJB. Dit zou een particuliere investeerder waarschijnlijk niet doen volgens de EC. Het feit dat SJB afstand zou doen van een beroep op de 70%-bepaling, deed aan deze conclusie niet af.^[16] De EC draagt Nederland daarom op de staatssteun terug te vorderen.

Uit deze beschikking blijkt dat aansluiting zoeken bij een marktconforme prijs niet altijd betekent dat geen voordeel wordt verschaft. Hiervan kan ieder geval sprake zijn bij een wijziging van een gesloten overeenkomst. Het is daarom belangrijk dat (decentrale) overheden zich bij (her)onderhandelingen (al dan niet ingegeven door een economische crisis) de vraag stellen of zij zich niet té coöperatief opstellen, oftewel of zij in deze omstandigheden als een particuliere investeerder handelen. Anders lopen zij, en de private partijen met wie zij zaken doen, het risico dat, naar aanleiding van een besluit van de EC, tot terugvordering overgegaan moet worden.

4. Conclusie: goedkoop kan in het staatssteunrecht duurkoop zijn

Indien een private partij die als een onderneming kwalificeert gronden van de (decentrale) overheid wil verwerven zonder aanmelding van de transactie bij de EC, doet deze partij er verstandig aan om na te gaan of de transactie 'staatssteunproof' is. Anders loopt zij het risico dat zij het door haar genoten voordeel met rente terug moet betalen. Het spreekwoord 'goedkoop is duurkoop' is dus in dit verband zonder meer van toepassing.

De Mededeling biedt een juridisch raamwerk waarbinnen grondtransacties kunnen plaatsvinden zonder dat men hoeft te vrezen voor een gegronde klacht bij de EC. Bij de Mededeling is marktconformiteit van de grondoverdracht het uitgangspunt. Indien de overheid en particulieren de grenzen van dit raamwerk gaan opzoeken, bijvoorbeeld door met terugwerkende kracht de verkoopprijs te verlagen, dan is dit niet zonder risico's. Wanneer het nemen van dergelijke risico's overwogen wordt dient een private partij te onderzoeken of de (decentrale) overheid zich gedraagt als een private investeerder.

Op basis van verordeningen, besluiten en aangemelde regelingen kan de overheid grond om niet of onder de marktwaarde overdragen. Bij twijfel over de toepasselijkheid van deze regels verdient het, zeker in het kader van grote projecten, aanbeveling om, al dan niet via de overheid die de grond overdraagt, met de EC in contact te treden om te bespreken wat de mogelijkheden zijn. De uitnodiging van Koopman laat zien dat de EC bereid is om constructief mee te denken.

Voetnoten

[1]

Mr. A.A. al Khatib is werkzaam als advocaat bij Stibbe.

[2]

R. Ebbers, 'Het domme gansje van Europa of Roomser dan de paus?', *VNO-NCW* 23 januari 2014.

[3]

De term overdracht omvat in dit artikel ook de overdracht van een beperkt recht op die grond.

[4]

EC 23 januari 2013, C(2013)87. De gemeente Leidschendam heeft inmiddels beroep ingesteld tegen deze beschikking (T-186/13).

[5]

HvJ EU 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), r.o. 21.

[6]

GvEU 12 september 2013, T-347/09 (*Duitsland t. Europese Commissie*).

[7]

HvJ 24 juli 2003, C-280/00, NJ 2004/448 (*Altmark Trans*), par.77.

[8]

Zie Beschikking inzake Jachthavens (Steu maatregel NN 135/02).

[9]

PbEU 1997, C-209/03. De Mededeling wordt binnenkort ingetrokken, maar de daaraan ten grondslag liggende principes blijven waarschijnlijk gelden. Zie de slotpalingen van de nieuwe concept-mededeling betreffende het begrip staatssteun. Zie: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-30_en.htm.

[10]

SWD (2013) 53 definitief/2, 'Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang', p. 22.

[11]

GvEU 12 februari 2008, T-289/03 (*BUPA t. Europese Commissie*).

[12]

Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 (*PbEU* 2012, L 7/3).

[13]

HvJ 24 juli 2003, C-280/00 (*Altmark Trans*), NJ 2004/448.

[14]

Verordening (EU) 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 (*PbEU* 2012, L 114/8).

[15]

Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december (*PbEU* 2013, L 352/1). Zie paragraaf 15 en art. 2 lid 6 van deze verordening over de cumulatie van de-minimissteun met andere compensaties voor dezelfde diensten van algemeen economisch belang.

[16]

EC 23 januari 2013, C(2013)87, par. 40.