

Staatssteun & PPS-projecten



In het afgelopen decennium is er veel aandacht geweest voor het (Europese) aanbestedingsrecht. Alhoewel de toekomst het nog zal moeten uitwijzen lijkt het staatssteunrecht – van nature ‘Europees’ van aard – deze rol in de komende jaren te zullen vervullen. In dit artikel wordt ingegaan op het onderwerp staatssteun in relatie tot de projectontwikkelingspraktijk, met name Publiek Private Samenwerkingsverbanden. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de tot dusverre in de praktijk betrekkelijk onbekende Mededeling van de Europese Commissie terzake de verkoop van grond en gebouwen alsmede een op deze Mededeling gebaseerde Handreiking.

1. Staatssteunrecht

1.1. Inleiding

Het staatssteunrecht vindt haar rechtsgrondslag in het EG-Verdrag (artikelen 87 e.v.), op basis waarvan de nodige mededelingen, beschikkingen en vrijstellingen zijn uitgevaardigd en rechtspraak is geweest.

In de projectontwikkelingspraktijk heeft dit onderwerp tot dusverre geen althans nauwelijks aandacht gehad. Het zijn met name de in 2004 gewezen uitspraken betreffende vastgoedprojecten in Alkmaar¹ en Haaksbergen² – en in mindere mate een andersoortig project te Appingedam³ – die de uitdrukkelijke aandacht hebben gevestigd op de staatssteunregels, met name omdat de rechter in al deze zaken een (voorlopige) streep door het project haalde omdat sprake was, althans zou kunnen zijn, van ongeoorloofde staatssteun.⁴

De betrekkelijke recente inrichting door het Ministerie van Binnenlandse Zaken van een ‘kenniscentrum staatssteun’⁵ is dan ook geen toeval.⁶

Gelet hierop zou het dan ook niet verbazen indien de komende jaren het staatssteunrecht een aanzienlijk nadrukkelijker rol zal gaan vervullen in de vastgoedontwikkelingspraktijk dan tot dusverre het geval is geweest.

1.2. (Ongeoorloofde) staatssteun

Wil sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun dan dient aan een viertal vereisten te worden voldaan: (a) de steun betreft een voordeel dat wordt bekostigd met staatsmiddelen; (b) het voordeel wordt verstrekt aan een onderneming⁷ zonder dat de onderneming een (marktconforme) tegenprestatie verstrekt; (c) het verstrekte voordeel heeft een selectief karakter; (d) een en ander leidt tot een (dreigende) verstoring van de intracom-munautaire handel.⁸ Uitgebreide rechtspraak van het Hof van Justitie EG evenals een uitgebreide beschikkin-

genpraktijk van de Europese Commissie is voorhanden waarbij de relevante criteria nader zijn uitgewerkt en gepreciseerd.

In de projectontwikkelingspraktijk zal aan de vereisten als genoemd onder (a) en (d) spoedig worden voldaan. Immers, in een PPS-verband zal ten minste een

* De auteur is onder de naam Lexecon (<www.lexecon.nl>) werkzaam als interim- en freelancejurist in (met name) de vastgoedontwikkelingspraktijk en is in die hoedanigheid verbonden (geweest) aan diverse vastgoed- en bouwconcerns.

1. Zie <www.rechtspraak.nl> Gerechtshof Amsterdam 1 april 2004. Het gerechtshof schorste – voorlopig – de realisatie van een nieuw voetbalstadion (van AZ) te Alkmaar met uitdrukkelijke verwijzing naar de ‘standstillverplichting’ welke vervat is in artikel 88 lid 3 EU-Verdrag.

2. Zie <www.raadvanstate.nl> Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State 6 mei 2004. De afdeling vernietigde een besluit tot goedkeuring van een bestemmingsplan (Gemeente Haaksbergen) omdat het aan het besluit ten grondslag liggende plan niet voorzag in een alternatief indien de gemeentelijke bijdrage als ongeoorloofde staatssteun zou worden aangemerkt en mitsdien teruggevorderd zou moeten worden.

3. Zie <www.rechtspraak.nl> Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen 3 september 2004. De aanleg van een glasvezelkabelnet werd – voorlopig – geschorst vanwege mogelijke strijd met artikel 87 EU-Verdrag en omdat er geen melding had plaatsgevonden bij de Europese Commissie.

4. Zie o.a. T. Straatman, ‘Staatssteunaspecten bij vastgoedtransacties’, *Vastgoedrecht* 2004, p. 69 e.v.; R.D. Luteijn, ‘Staatssteun en aanbesteding’, *Tender Nieuwsbrief* 2004-5; Luteijn, ‘De opmars van het staatssteunrecht’, *Tender Nieuwsbrief* 2005-2; A.G. Bregman, ‘Staatssteun bij locatieontwikkeling’, *Bouwrecht* 2005, p. 470 e.v. Zie voorts E. Manunza, ‘Uitbreiding van de aanbestedingsplicht en ander nieuws in het aanbestedingsbeleid’, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2005 p. 87. Zie voorts A.G. Bregman, *Bouwrecht* 2005, p. 470 e.v.

5. Formeel: het Coördinatiepunt staatssteun decentrale overheden van het Ministerie van BZK.

6. Voorts kan worden geconstateerd dat de Ministeries van Financiën en BZK alsmede Europa Decentraal een aantal publicaties hebben uitgebracht (of voornemens zijn uit te brengen) die betrekking hebben op het onderwerp staatssteun, zoals: ‘Europese regelgeving over staatssteun’, ‘Nationaal referentiekader steun aan betaald voetbal’ en ‘Handreiking staatssteun en stedelijke vernieuwing’. Voorts is het Kenniscentrum PPS van het Ministerie van Financiën voornemens een publicatie uit te brengen over staatssteun en gebiedsontwikkeling. Zie o.a. <www.europadecentraal.nl> alsmede <www.minbzk.nl/staatssteun>, alwaar diverse in dit verband relevante artikelen van dr. B. Hessel te vinden zijn.

7. Naar alle waarschijnlijkheid vallen ook woningcorporaties onder het begrip ‘onderneming’.

8. Artikel 87 lid 1 EU-Verdrag: ‘Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

overheidsinstelling – meestal een gemeente – participeren, terwijl PPS-projecten doorgaans van aanzienlijke omvang zijn en de projectontwikkelingssector een sector is waarin evident sprake is van internationale concurrentie. Waar het derhalve in de regel op zal aankomen is de vraag of aan het vereiste sub (b) wordt voldaan, dat wil zeggen of de betreffende overheidsinstelling (de gemeente) direct of indirect niet-marktconforme prestaties verricht ten gunste van de marktpartij(en). Indien van zodanige prestaties sprake is, zal aan het vereiste sub (c) ook spoedig worden voldaan: het voordeel zal in de regel exclusief toekomen aan een of meer in het PPS-verband met de gemeente samenwerkende marktpartijen.

Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan is in beginsel sprake van ongeoorloofde staatssteun. Het EU-Verdrag bevat echter een aantal uitzonderingsbepalingen.⁹ Dit aantal uitzonderingen is overigens uitermate beperkt en is nauwelijks relevant voor de vastgoedontwikkelingspraktijk.¹⁰

Daarnaast heeft de Commissie de bevoegdheid om vrijstellingsverordeningen vast te stellen.¹¹ De 'de-minimis'-vrijstelling is een voorbeeld hiervan (zie hierna).¹² Daarenboven heeft de Commissie een aantal mededelingen uitgevaardigd waarin zij haar beleid heeft vastgelegd en aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of in voorkomend geval sprake kan zijn van een met de intracommunautaire markt verenigbare steun en welke alsdan leidt tot verlening van een ontheffing.¹³ Een voorbeeld hiervan is de Mededeling betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties.¹⁴ In zijn algemeenheid kan overigens worden gesteld dat het merendeel der vrijstellingen en mededelingen beperkt relevant zijn voor de projectontwikkelingspraktijk. De terzake meest relevante zullen hierna worden aangehaald.

Indien een transactie voldoet aan de genoemde vereisten dient melding bij de Europese Commissie plaats te vinden, tenzij de transactie onder een der vrijstellingsverordeningen kan worden gebracht. Indien de betreffende transactie niet onder een vrijstellingsverordening kan worden gebracht, doch voldoet aan de voorwaarden als vervat in een van de door de Commissie uitgevaardigde mededelingen, kaderregelingen of richtsnoeren zal normalerwijze een ontheffing worden verleend.

Tot slot wordt nog gewezen op een in de rechtspraak ontwikkelde uitzonderingsmogelijkheid. Het betreft de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de (inmiddels veelbesproken) zaak 'Altmark'.¹⁵ Op basis van deze uitspraak wordt onder omstandigheden de verlening van compensaties aan entiteiten die belast zijn met de uitvoering van zogenaamde openbare dienstverplichtingen niet als (ongeoorloofde) staatssteun aangemerkt. In dit verband wordt ook nog gewezen op de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie waar het betreft steunverlening aan achterstandswijken en gebieden in het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.¹⁶ Genoemde beschikkingen, alsmede de uitspraak inzake 'Altmark', zijn met name relevant voor woningcorporaties. Hierin

wordt nader uitgewerkt onder welke omstandigheden steunverlening toch geoorloofd kan zijn.

1.3. Melding & 'standstillverplichting'

Indien een (voorgenomen) transactie kwalificeert als ongeoorloofde staatssteun dient melding bij de Europese Commissie plaats te vinden. Artikel 88 lid 3 van het EG-Verdrag bepaalt dat de betreffende transactie niet tot uitvoering mag worden gebracht voordat de Europese Commissie haar onderzoek naar de – al dan niet – geoorloofdheid van de transactie heeft afgerond ('standstillverplichting').¹⁷ Een en ander betekent dat melding van een voorgenomen transactie dan wel het verzuimen van een melding – terwijl sprake is van een steunmaatregel die voldoet aan de in artikel 87 vervatte vereisten – leidt tot een (voorlopige) 'schorsing' van de voorgenomen transactie. Indachtig de omstandigheid dat onderzoeken (heel) lang kunnen duren, zijn de gevolgen voor de in een samenwerkingsverband betrokken partijen aanzienlijk.

Indien een melding door de overheid wordt verzuimd – waar dit wel had moeten – is het bovendien

9. Artikel 87 lid 2 en lid 3 EU Verdrag.

10. Meest aansprekende uitzondering in het onderhavige geval bevat hetgeen sub c is bepaald.

11. Artikel 87 lid 3 sub e EU-Verdrag. De vrijstellingsverordeningen hebben onder meer betrekking op opleidingssteun (Verordening 68/2001, *PbEG* 2001, L 10/20), steun aan het MKB (Verordening 70/2001, *PbEG* 2001, L 10/33) en werkgelegenheidssteun (Verordening 2204/2002, *PbEG* 2002, L 337/3).

12. Verordening (EG) 69/2001 d.d. 12 januari 2001, *PbEG* 2001, L 10/30.

13. Er zijn onder meer mededelingen, kaderregelingen en richtsnoeren uitgevaardigd inzake onderzoek en ontwikkeling (*PbEG* 1996, C 45/5), reddings- en herstructureringssteun (*PbEG* 1999, C 288/2), milieu (*PbEG* 2001, C 37/3), regionale steunmaatregelen (*PbEG* 1998, C 74/6) en risicokapitaal (*PbEG* 2001, C 235/3) alsmede specifieke regelingen terzake landbouw, visserij en vervoer.

14. *PbEG* 2000, C 71/14.

15. HvJ EG 24 juli 2003, C 280/00. Omdat de door het HvJ EG gestelde criteria tot veel vragen aanleiding hebben gegeven heeft de Commissie een en ander uitgewerkt in een nadere (ontwerp-)beschikking en een ontwerp-kaderregeling. Zie over deze uitspraak o.a. J.P. van Marissing, 'Aanbesteding en staatssteun: een brug te ver?', *Tender Nieuwsbrief* 2003, J.G. Westerhof, 'Financiering van infrastructurele projecten en Artikel 87 lid 1 EG: waarheen leidt de weg?', *NTER* 2004, p. 298 e.v. alsmede een aantal publicaties van B. Hessel en I. Jozepa welke te vinden zijn op <www.europadecentraal.nl>.

16. Zie de beschikkingen van de Europese Commissie m.b.t. de zogenaamde 'English Partnerships' respectievelijk Franse 'zones urbaines' onder nr. N656/99, N747/99, N82/01, N239/02, N497/01 respectievelijk N211/2003 en N766/2002. Inmiddels is ook een ontwerp-vrijstellingsbeschikking in voorbereiding die steunmaatregelen aan woningbouwverenigingen toestaat, mits de betreffende woningbouwvereniging aan de in de beschikking gestelde voorwaarden voldoet. Op deze tamelijk complexe problematiek wordt in dit artikel niet nader ingegaan.

17. Artikel 88 lid 3 EG-Verdrag: '(...) De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.'

denkbaar dat in plaats van de betreffende overheidsinstelling, derden – concurrenten¹⁸, journalisten, (locale) politici, omwonenden die bezwaren hebben tegen het project – de Europese Commissie informeren dan wel de voorzieningenrechter verzoeken om een schorsing van het project uit te spreken. Zo geschiedde zowel in de Alkmaarse als Appingedamse kwestie: de voorzieningenrechter veroordeelde in beide gevallen de betreffende overheidsinstantie om de uitvoering van het project (voorlopig) te staken.

Voorts is van belang te constateren dat indien wordt vastgesteld dat een door de overheid verrichte transactie kwalificeert als ongeoorloofde staatssteun, de overheid gehouden is de ten onrechte verleende steun terug te vorderen. Van een gerechtvaardigd beroep op opgewekt vertrouwen zal niet dan in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake kunnen zijn en in de vastgoedontwikkelingspraktijk – waarin professionele partijen een nadrukkelijke rol spelen – zal dat te minder het geval zijn.¹⁹

2. Mededeling van de Europese Commissie

2.1. Mededeling terzake verkoop van grond en gebouwen

In dit verband wordt in het bijzonder gewezen op de voor de vastgoedpraktijk van bijzonder belang zijnde zogenoemde 'Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen'²⁰ (hierna aangeduid als 'de Mededeling'). Alhoewel deze Mededeling al dateert uit 1997 is daar in Nederland (en elders) in de praktijk weinig tot geen aandacht aan geschonken. Daarin is echter een nadrukkelijke kentering gekomen toen het Gerechtshof te Amsterdam met inachtneming van deze Mededeling de realisatie van het nieuwe voetbalstadion van AZ te Alkmaar voorlopig stillegde. De inhoud van de Mededeling laat zich eenvoudig samenvatten: indien de overheid een perceel grond of een gebouw wenst te verkopen dient zij ofwel (a) het perceel althans het gebouw op voorhand door een onafhankelijk taxateur te laten taxeren (en waarbij vervolgens niet onder de taxatiewaarde mag worden verkocht) ofwel (b) een onvoorwaardelijke biedprocedure te volgen. Indien ten aanzien van een in het kader van deze Mededeling bestreken transactie geen biedingsprocedure is gevolgd of een taxatie heeft plaatsgevonden dient melding van de transactie bij de Europese Commissie plaats te vinden.²¹

Een overheidsinstantie zal overigens niet in alle gevallen een vrije keuze hebben tussen het 'aanbesteden' en taxeren. Er kunnen zich situaties voordoen waarbij het volgen van een aanbestedings- althans biedingsprocedure reeds op andere gronden verplicht is dan wel in het geheel niet opportuun is, bijvoorbeeld omdat men feitelijk 'gedwongen' is met een bepaalde partij te contracteren (zie hierna).

2.2. Richtlijn Werken

Zo kunnen zich situaties voordoen waarbij in een (voorgenomen) grondverkoop tevens een krachtens het

aanbestedingsrecht aanbestedingsplichtige transactie besloten ligt. Een enkele grondverkoop is krachtens het aanbestedingsrecht weliswaar niet aanbestedingsplichtig, doch de grondverkoop kan onderdeel uitmaken van een meeromvattende transactie, zoals een concessie voor een openbaar werk, welke transactie krachtens de Richtlijn Werken (93/37/EG) aanbesteed dient te worden. Idem indien de verkoop gepaard gaat met de plicht op het perceel een werk te realiseren dat de overheid na realisatie terugkoopt. Ook een dergelijk samenstel van transacties is krachtens de Richtlijn Werken aanbestedingsplichtig. In gevallen als deze kan de overheid derhalve niet volstaan met een taxatie op grond van de Mededeling.

2.3. Handreiking grondtransacties en staatssteun

Mede naar aanleiding van deze ontwikkelingen is in maart 2005 door Europa Decentraal²² een 'Handreiking grondtransacties en staatssteun' opgesteld.²³ De Handreiking bevat een gedetailleerd stappenplan aan de hand waarvan overheden kunnen vaststellen hoe zij in voorkomend geval dienen te handelen. In de Handreiking wordt bovendien nog gerefereerd aan een aantal specifieke situaties welke hieronder onderwerpsgewijs worden uitgewerkt.

2.3.1. Erfpacht en verhuur

In de Handreiking wordt gesteld – in navolging van de Europese Commissie – dat het in de Mededeling vervatte basisprincipe (taxeren dan wel 'aanbesteden') ook (analoog) wordt toegepast op de verhuur en erfpacht – evenals de aankoop – van grond en gebouwen.²⁴ Dat men dit principe ook toepast op erfpacht ligt in de rede. Er is een duidelijke analogie met vervreemding van de eigendom en zulks klemmt temeer nu in Nederland diverse gemeenten krachtens gemeentelijk beleid uitsluitend grond in erfpacht uitgeven. Het ligt, gelet hierop, naar mijn mening dan ook in de rede dat genoemd principe eveneens van toepassing is op andere (zakenrechtelijke) structuren, zoals het vestigen van een recht van vruchtgebruik, het overdragen van de economische eigendom, het vestigen van een recht van opstal, huur(ver)koop of het inbrengen van een perceel grond (of gebouw) in een vennootschap als storting in natura.

Ook verhuur wordt, blijkbaar, bestreken door het aan de Mededeling ten grondslag liggende beginsel.

18. Zie in dit verband o.a. <www.raadvanstate.nl> Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State 17 december 2003 (*Martinihal Groningen*).

19. Vgl. o.a. HvJ EG 20 maart 1997, C-24/95 (*Alcan*).

20. PbEG 1997, C 209/3.

21. Vgl. o.a. GvEA 16 september 2004, T-274/01 (*Valmont*).

22. Zie <www.europadecentraal.nl>.

23. ICER 2005-03/10d. Zie <http://www.europadecentraal.nl/archive/main.asp?pageId=3&Archive=877>.

24. Zie de Handreiking, inleiding, slotalinea: 'Ofschoon de Mededeling zich qua reikwijdte beperkt tot verkoop, worden de beginselen van de Mededeling door de Commissie ook naar analogie toegepast op aankoop, erfpacht en verhuur.'

Daar zou men ten principale nog een vraagteken bij kunnen plaatsen omdat dit immers geen (materiële) vervreemding met zich meebrengt; anderzijds geldt natuurlijk dat de Mededeling beoogt (ongeoorloofde) staatssteun te voorkomen en daarvan kan bij een niet marktconforme huurprijs uiteraard eveneens sprake zijn. Dat in ogenschouw nemend mag men aannemen dat vergelijkbare structuren als lease (financial, operational of tussenvormen) en sale-and-lease-back waarschijnlijk ook onderworpen zijn aan het in de Mededeling vervatte basisprincipe.

Genoemde lijn aanhoudend is men geneigd te veronderstellen dat hetzelfde ook zou gelden voor het vestigen van een recht van hypotheek. Ik meen dat dat niet het geval is daar er geen 'vervreemding' plaatsvindt en het hypotheekrecht zelve voorzieningen bevat die bewerkstelligen dat in geval van executie een marktconforme prijs betaald wordt, ofwel doordat een veiling plaatsvindt, ofwel omdat met toestemming van de rechtbank de onroerende zaak wordt verkocht. Overigens dient een dergelijke transactie waarschijnlijk reeds krachtens het aanbestedingsrecht te worden aanbesteed (indien de drempelwaarde wordt overschreden uiteraard). Immers, het vestigen van een hypotheek zal in de regel gepaard gaan met het sluiten van een lening en het aangaan van leningen is een krachtens de aanbestedingsrichtlijnen aanbestedingsplichtige transactie.

Indien men het voorgaande overziet betekent dit feitelijk dat nagenoeg iedere transactie die de overheid sluit met betrekking tot een haar toebehorend gebouw of perceel – en deze transactie leidt tot een (gehele of gedeeltelijke) vervreemding of beperking van haar beschikkingsbevoegdheid – zeer waarschijnlijk aan het in de Mededeling vervatte beginsel dient te worden getoetst: de transactie dient op voorhand getaxeerd te worden dan wel te worden 'aanbesteed'.

2.3.2. Mede-eigendom

Gelet op voorgaande mag verondersteld worden dat de Mededeling ook van toepassing is op percelen of gronden waarvan de overheid de mede-eigendom heeft. In de veronderstelling dat de andere mede-eigena(a)r(en) private partijen zijn ligt een biedprocedure dan wellicht minder voor de hand dan een taxatie. Overigens zal juist door de betrokkenheid van private partijen de verkoopprijs spoedig marktconform zijn; immers, marktpartijen zullen normalerwijze de hoogst mogelijke opbrengst (willen) realiseren. Dit aspect – verkoop van gronden waarvan de overheid mede-eigenaar is – is met name in de PPS-praktijk relevant nu gemeenten veelal participeren in transparante entiteiten als CV-BV's en op die grond juridisch of economisch medegerechtigd zijn tot de tot het samenwerkingsverband behorende percelen.

2.3.3. Aankoop

In de Handreiking wordt eveneens gesteld dat de aankoop van een perceel of gebouw aan het aan de Mededeling ten grondslag liggende beginsel dient te worden getoetst. In de praktijk betekent dit dat op voorhand een taxatie zal moeten plaatsvinden. Immers, een aanbeste-

dings- of daarmee vergelijkbare procedure zal in geval van een beoogde aankoop veelal niet haalbaar zijn, tenzij de overheid niet op voorhand een specifiek perceel of gebouw op het oog heeft en de mogelijkheid heeft om in meer algemene zin 'in de markt' na te gaan welke partijen bereid zijn – en zo ja tegen welke prijs – een perceel grond of gebouw dat aan bepaalde door de overheid te stellen voorwaarden voldoet (bijvoorbeeld op basis van zogenoemde 'output- of prestatiespecificaties') te verkopen. Hoe het ook zij: in de praktijk zal veeleer sprake zijn van een taxatie omdat het in de rede ligt dat een koper, waaronder overheden, vanwege allerlei concrete wensen een specifiek perceel of gebouw wenst te verwerven.

Opmerkelijk is overigens dat de aankoop van grond of gebouwen in het aanbestedingsrecht – in het bijzonder artikel 1 sub a onder iii Richtlijn Diensten (92/50/EG) respectievelijk artikel 16 sub a Algemene Richtlijn (2004/18/EG) – is uitgezonderd en niet aanbesteed hoeft te worden. Het aanbestedingsrecht zondert deze transactie derhalve expliciet uit maar via het staatssteunrecht wordt een dergelijke verplichting toch weer geïntroduceerd. Echter, zoals hiervoor is gesteld, lijkt een aanbestedings(achtige) procedure terzake de verwerving van grond of gebouwen praktisch niet werkbaar waardoor men tot taxatie zal moeten overgaan.

Indien vastgesteld wordt dat de Mededeling, althans het daarin vervatte principe, ook van toepassing is op aankoop, ligt het in de rede dat een en ander ook van toepassing is op vergelijkbare transacties zoals de verwerving van economische eigendom, sale-and-lease-back, verwerving van een opstalrecht of vruchtgebruik en huurkoop. Ook het 'aan'huren of leasen van een perceel of gebouw zal hier dan waarschijnlijk onder worden begrepen.

2.3.4. Koopoptie

Dient de Mededeling ook toegepast te worden op koopopties? Ik zou menen dat indien een gemeente aan een marktpartij een koopoptie verleent het antwoord bevestigend dient te luiden. Immers, vanaf dat moment is de gemeente niet meer 'vrij': indien de marktpartij de optie uitoefent zal de gemeente immers gehouden zijn om het perceel grond of gebouw te leveren tegen de in de optie-overeenkomst overeengekomen prijs. Van een voorafgaande taxatie of biedingsprocedure kan alsdan geen sprake meer zijn. In de spiegelbeeldige situatie – een gemeente verkrijgt een koopoptie – luidt het antwoord ontkennend. De gemeente kan afzien van het uitoefenen van de optie en is derhalve in geen opzicht gebonden. Indien de gemeente daarentegen de optie wenst uit te oefenen, zal de gemeente op voorhand het perceel of gebouw moeten hebben laten taxeren omdat uitoefening van de optie met zich meebrengt dat de gemeente het perceel of gebouw tegen de in de optie-overeenkomst overeengekomen prijs zal moeten afnemen.

2.3.5. Wet voorkeursrecht gemeenten en Onteigeningswet

In strikte zin zou het voorgaande ook gelden indien een gemeente overgaat tot onteigening dan wel een voorkeursrecht vestigt op gronden op grond van de WV-Gem. Immers, in geval van onteigening leidt dit tot een aankoop door de gemeente; in geval van uitoefening van haar aan de WVGem verbonden rechten kan dit leiden tot een aankoop. Feit is echter dat in het kader van zowel een onteigening als verwerving op grond van de WVGem op enig moment sprake zal zijn van (een) taxatie(s), al dan niet als onderdeel van een gerechtelijke procedure, waardoor impliciet dan wel expliciet aan de Mededeling wordt voldaan.

2.3.6. Aandelenverkoop

In aansluiting op het voorgaande dringt zich de vraag op of ook de verkoop of aankoop van aandelen of participaties onderworpen is aan meergenoemd principe. Immers, men kan in 'directe' of 'rechtstreekse' zin een perceel of gebouw verwerven of verkopen, doch men kan er ook voor kiezen om de aandelen in een vastgoedvennootschap – een vennootschap die uitsluitend gronden en/of gebouwen bezit – te verwerven of te verkopen. Materieel gezien komt dit – in essentie – op hetzelfde neer als de directe aan- of verkoop van een perceel of gebouw. Het antwoord op deze vraag lijkt dan ook bevestigend te moeten worden beantwoord, mede gelet op het beleid van de Commissie in andere zaken waarbij de verkoop van aandelen aan de orde was.²⁵ En indien deze vraag inderdaad bevestigend kan worden beantwoord ligt het in de rede dat hetzelfde geldt ten aanzien van andere vervreemdings- of verwervingsvormen, zoals de vestiging van een vruchtgebruik op aandelen, lease van aandelen, certificering van aandelen, vervreemding/verwerving van de economische eigendom van aandelen etc.²⁶

Overigens zal het in de praktijk niet spoedig voorkomen dat overheden aandelen in een vastgoedvennootschap zullen verkopen of verwerven. Het meest relevant is een en ander waarschijnlijk in situaties waarbij een overheid, veelal een gemeente in het kader van een PPS, tot een reeds bestaande vennootschap toetreedt in het geval van een (gebieds)ontwikkeling dan wel uittreedt uit zodanige vennootschap (waarbij vaak van een CV-BV sprake zal zijn, zie hierna).

Opmerkelijk is overigens dat de uitgifte van effecten (lees: aandelen) alsmede de aankoop ervan op grond van artikel 1 sub a onder vii Richtlijn Diensten (92/50/EG) respectievelijk artikel 16 sub d Algemene Richtlijn (2004/18/EG) is uitgezonderd en terzake geen (Europese) aanbestedingsverplichting geldt.²⁷ Waar het aanbestedingsrecht deze transacties derhalve uitdrukkelijk van een aanbestedingsverplichting uitzondert, leidt het staatssteunrecht er (waarschijnlijk) toe dat dergelijke transacties alsnog (op enigerlei wijze) dienen te worden aanbesteed. Een en ander uiteraard voorzover mogelijk, met name nu in de regel voorkeursrechten en blokkeeringsregelingen van toepassing zijn bij de verkoop of

verwerving van aandelen. Alsdan zal men zijn toevlucht moeten nemen tot taxatie.

2.4. Tussenconclusie

Het voorgaande brengt met zich mee dat iedere transactie – waarbij de overheid als koper dan wel verkoper optreedt (beter ware te spreken van 'verwerver' dan wel 'vervreemder') – in directe dan wel indirecte zin, geheel dan wel gedeeltelijk, terzake een perceel grond of gebouw, aan genoemde Mededeling – rechtstreeks dan wel naar analogie – getoetst dient te worden.

2.5. Andere overheidsinstellingen

De genoemde Mededeling is, gelet op haar bewoordingen, uitsluitend van toepassing op 'de overheid'. Dat zij van toepassing is op de rijksoverheid, gemeenten en provincies is buiten kijf. De vraag die rijst is of de Mededeling ook van toepassing is op – wat men in aanbestedingsrecht noemt – 'publiekrechtelijke instellingen', zoals waterschappen, scholen, universiteiten en andere nauw aan de overheid gerelateerde instellingen.

In dit verband dient echter een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds het aanbestedingsrecht en anderzijds het staatssteunrecht. Dat de klassieke overheden (rijksoverheid, gemeenten en provincies) onderworpen zijn aan het aanbestedings- en staatssteunrecht is evident. Andere instellingen die verweven of verbonden zijn met de overheid kunnen echter in het ene geval onderworpen zijn aan het staatssteunrecht en niet aan het aanbestedingsrecht en vice versa. Het zou niet verbazen indien de Europese Commissie op zeker moment genoemde Mededeling ook toepast op instel-

25. Vgl. o.a. de Mededeling van de Commissie betreffende de verkoop van de Rijksluchtvaartschool, *PbEG* 1993, C 293/03.

Ook in het aanbestedingsrecht is voor een tender(achtige) procedure terzake de verkoop van aandelen mogelijk een grondslag te vinden. Daarbij wordt in het bijzonder gedacht aan de door de Europese Commissie ingenomen – maar overigens door menigeen betwiste – stelling dat door de overheid voorgenomen transacties te allen tijde aan de 'fundamentele beginselen' van het EU-Verdrag dienen te voldoen, zoals het beginsel van transparantie en non-discriminatie, welke tot enige vorm van 'aanbesteding' zouden moeten leiden. De Commissie verwijst daarbij o.a. naar HvJ EG (*Telaustria*) 7 december 2000, C-324/98 en HvJ EG (*Unitron*) 18 november 1999, C-275/98. In deze context speelt overigens nog wel een wezenlijke discussie over de vraag of het 'interstatelijkheid'-vereiste daarbij (nog) een rol speelt. Zie in dit verband met name E. Manunza, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2005, p. 85 e.v. Zie over de verkoop van aandelen door de overheid in algemene en uitgebreide zin vanuit aanbestedings-staatssteunperspectief: E. Manunza, 'EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit' (diss.), p. 225 e.v.

26. Ik laat hierbij onbenoemd de omstandigheid dat indien effecten, aandelen inbegrepen derhalve, aan een breed 'publiek' worden aangeboden vaak een verplichting zal bestaan een uitgebreid prospectus op te stellen op grond van wet- en regelgeving als vervat in de Wet toezicht effectenverkeer en aanverwante regelgeving.

27. Zie in dit verband tevens (het relevante deel van) de considerans van genoemde richtlijnen.

lingen en situaties die krachtens artikel 87 van het EG-Verdrag en de daarop gebaseerde rechtspraak onderworpen zijn aan het staatssteunrecht of indien sprake is van met staatsmiddelen bekostigde transacties.

2.6. *Taxatie*

Uit de Mededeling volgt dat de overheid naast het organiseren van een biedingsprocedure er ook voor kan kiezen gronden of gebouwen te laten taxeren door een onafhankelijk taxateur. Het begrip 'onafhankelijk taxateur' wordt nader uitgewerkt. Deze omschrijving roept vervolgens de vraag op of de taxateur zoals wij die in Nederland kennen, in alle opzichten berekend is op zijn taak. Indien het gaat om de taxatie in geval van een eenvoudige verkoop zal er geen probleem zijn.

De situatie wordt echter gecompliceerder indien sprake is van taxatie van gronden in het kader van een omvangrijke gebieds- of andere projectontwikkeling. Immers, alsdan is sprake van een integraal totaalproject waarbij marktpartijen en overheid in de regel samenwerken in een samenwerkingsverband en sprake is van een veelheid nauw met elkaar samenhangende transacties tussen diverse partijen. De waarde van de door een gemeente in te brengen gronden wordt (althans kan worden) bepaald door de integrale exploitatieopbrengsten en kosten van het totale gebied. Een dergelijke exercitie is bepaald gecompliceerd en omvangrijk en heeft de nodige kennis en ervaring op het gebied van projectontwikkeling. Een dergelijke exercitie zal voor een gemiddelde taxateur al spoedig te complex zijn. De Mededeling lijkt echter uitsluitend taxaties door erkende taxateurs toe te staan.

Hetzelfde geldt voor de taxatie van aandelen of participaties in vastgoedvennootschappen of publiek private samenwerkingsverbanden. Waardering door een (onafhankelijke) accountant ligt in dergelijke gevallen veel meer voor de hand.

Denkbaar is dat een en ander zich oplost door een taxatiecommissie in te stellen opdat de taxateur door onafhankelijke derden kan worden bijgestaan en de 'commissie' bevindingen in zijn taxatierapport verdisconteert.

2.7. *De enige manier (?)*

In de Handreiking wordt het navolgende gesteld: 'Inmiddels is uit de beschikkingenpraktijk af te leiden dat de Commissie de Mededeling gebruikt als enige manier om een vermoeden van steun weg te nemen.' Een dergelijk uitgangspunt komt voor als erg rigide, eigenlijk te rigide. Indien een overheidsinstelling niet in staat is om een biedingsprocedure te organiseren – of zulks op aanzienlijke praktische bezwaren stuit – dient zij derhalve over te gaan tot een taxatie, hetwelk onder omstandigheden evenzeer problematisch kan zijn (zie hiervoor).

Immers, de vraag of al dan niet sprake is van (ongeoorloofde) staatssteun is niet afhankelijk van de vraag of de formele voorschriften zijn nageleefd, doch betreft een 'economisch'-inhoudelijke kwestie. Het komt mij voor dat indien een overheidsinstelling anderszins – bijvoorbeeld middels (gedegen) rapportages en onderbou-

wingen door deskundigen, marktrapportages, bestendig (gemeentelijk) grondprijsbeleid etc. – kan aantonen dat de verrichte transacties marktconform zijn, van (ongeoorloofde) staatssteun geen sprake is.

Dat neemt niet weg dat indien men de strikte letter van de Mededeling niet volgt, men reeds op voorhand de schijn tegen heeft – melding dient dan immers plaats te vinden – en het zeer wel denkbaar is dat er een 'omkering van de bewijslast' plaatsvindt.²⁸ Men kan zich indenken dat indien een gemeente niet beschikt over taxatierapporten en geen biedingsprocedure heeft doorlopen, de Commissie dan wel de (voorzieningen)rechter voorshands zal aannemen – gelet op het feit dat de letter van de Mededeling niet is nageleefd – dat sprake is althans kan zijn van (ongeoorloofde) staatssteun en de uitvoering van het project voorlopig zal schorsen totdat anderszins – dat wil zeggen na langdurig en uitvoerig onderzoek door de Europese Commissie – duidelijk is geworden dat geen sprake is geweest van (ongeoorloofde) staatssteun.²⁹ Een dergelijke consequentie is – te – verstrekkend.

In de PPS-praktijk klemmt dit aspect temeer nu het vaak bijzonder lastig zal zijn om de waarde van een perceel grond te taxeren voorafgaand aan het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst. Immers, een project heeft een doorlooptijd van vele jaren, er zijn op dat moment nog de nodige onzekere factoren en het is per definitie een complexe aangelegenheid om een inschatting te maken van de integrale projectopbrengsten en kosten, welke factoren bepalend zijn voor de grondwaardes. En een biedingsprocedure zal vaak niet opportuun zijn omdat de gemeente doorgaans blijvend wil participeren in het project.

Het zou wenselijk zijn indien de Mededeling expliciet zou toestaan dat de marktconformiteit van transacties ook anderszins onderbouwd kan worden.

2.8. *'De-minimis'*

De Mededeling laat de 'de-minimis'-regeling³⁰ onverlet. Krachtens deze regeling hoeft staatssteun die het bedrag van (thans) 100 000 euro niet overschrijdt (waarbij alle steun welke is verleend gedurende drie jaar bijeen dient te worden geteld) niet te worden gemeld. Derhalve behoeven vastgoedtransacties waar de overheid bij betrokken is en welke van beperkte omvang zijn niet te worden gemeld. In de vastgoedontwikkelingspraktijk zal het echter in de regel gaan om majeure transacties,

28. In de Appingedamse zaak was voor de voorzieningenrechter een belangrijke overweging om de uitvoering van het project te staken, het gegeven dat geen melding bij de Europese Commissie had plaatsgevonden. In de Alkmaarse zaak werd uitdrukkelijk gerefereerd aan de Mededeling.

29. Punt van aandacht is overigens wel dat een mededeling als de onderhavige 'stricto sensu' niet bindend is en tot het 'secundair' gemeenschapsrecht behoort. Vgl. o.a. E. Manunza, diss., t.a.p., p. 223 en 236. In de praktijk blijkt, gegeven de aanwezige rechtspraak, dit gegeven – vooralsnog – niet relevant te zijn.

30. Verordening (EG) nr. 69/2001, *PbEG* 2001, L 10/30.

waardoor de 'de-minimis'-regeling niet spoedig relevant zal zijn.

Opmerkelijk in dit verband is dat de Mededeling, onder omstandigheden, toestaat dat een perceel grond of gebouw wordt verkocht voor een bedrag dat (maximaal) 5% lager is dan de op voorhand getaxeerde waarde. Dit is toegestaan indien het na een redelijke inspanning niet is gelukt om de grond of het gebouw tegen de getaxeerde waarde te verkopen. Strikt genomen kan dit met zich meebrengen dat afwijkingen worden toegestaan die meer bedragen dan de 'de-minimis'-drempel van 100 000 euro. Om een voorbeeld te noemen: indien een perceel grond op 5 000 000 euro wordt getaxeerd en deze niet na een redelijke inspanning voor dit bedrag verkocht kan worden, is het geoorloofd om het perceel voor ten minste 4 750 000 euro te verkopen. Men zou hierin mogelijk een steunverlening van 250 000 euro – ruim boven de 'de-minimis'-drempel – kunnen ontwaren. Indachtig het feit dat het bij vastgoedtransacties meestal gaat om majore bedragen een enigszins opmerkelijke regeling. Overigens kan men zich natuurlijk de vraag stellen of in gevallen als genoemd niet te hoog is getaxeerd.

3. PPS en staatssteunaspecten

3.1. Inleiding

Binnen samenwerkingsverbanden is normalerwijze sprake van ten minste een private en een publieke partij, meestal een gemeente. Indien geen sprake is van een 'publieke' participant in een samenwerkingsverband is men al gauw geneigd te veronderstellen dat van staatssteun geen sprake kan zijn. Dat uitgangspunt is echter onjuist. De overheid, meestal een gemeente, zal toch op een veelheid van manieren bij het project 'betrokken' (kunnen) zijn, bijvoorbeeld door middel van verstrekking van subsidies, de verkoop van gronden of in verband met de realisatie van de openbare infrastructuur. Bovendien kunnen ook door commerciële partijen verstrekte gelden leiden tot (ongeoorloofde) staatssteun, bijvoorbeeld indien deze gelden 'met staatsmiddelen zijn bekostigd'.

In geval van PPS-verbanden zal immer sprake zijn van (ten minste) een 'publieke' participant. In althans voorafgaand aan het opzetten van een dergelijk verband dient men zich uiteraard rekenschap te geven van de vraag of sprake kan zijn van staatssteun alsmede of, mede gelet op de Mededeling, melding van bepaalde transacties dient plaats te vinden bij de Europese Commissie. Alhoewel het op voorhand onmogelijk is in algemene zin antwoord op deze vraag te geven – ieder samenwerkingsverband en project is immer weer anders – wordt een aantal in een samenwerkingsverband veelvoorkomende onderwerpen geplaatst in het kader van de staatssteunproblematiek en in het bijzonder de meer genoemde Mededeling.

Alvorens nader op een en ander in te gaan is het van belang te constateren dat het organiseren van een openbare, transparante, non-discriminatoire (aanbestedings)procedure of daarmee vergelijkbare procedure

(veiling, auction, tender, biedingsprocedure etc.) door de overheid terzake door haar voorgenomen transacties – zoals verkopen, opdrachtverleningen, het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten – in het algemeen wordt geacht ertoe te leiden dat de aldus verkregen prijs een marktconforme is en derhalve geen (verkapte) staatssteun bevat.³¹

3.2. Uitgifte en verkoop van aandelen

In de vastgoedontwikkelingspraktijk is het gebruikelijk dat gemeenten deelnemen in samenwerkingsverbanden, veelal CV-BV-verbanden. De vraag rijst welke de positie van de gemeente is indien zij tot een dergelijk – of ander vennootschappelijk – verband toetreedt dan wel uittreedt. Een en ander leidt immers tot aankoop respectievelijk verkoop van aandelen of participaties. Vanuit het perspectief van genoemde Mededeling zou men wellicht moeten stellen dat beide transacties (toetreding dan wel uittreding) een – indirecte – verwerving dan wel vervreemding van gronden (en/of gebouwen) met zich mee kunnen brengen, uiteraard aangenomen dat het samenwerkingsverband op het moment van zodanige toetreding reeds of nog gronden (en/of gebouwen) in eigendom heeft.³²

Een biedingsprocedure is in dergelijke gevallen in de regel niet haalbaar of opportuun – onder meer vanwege statutaire voorkeursrechten en blokkeringsregelingen – weshalve taxatie van de aandelen zal moeten plaatsvinden. Ook hier kan zich het euvel voordoen dat een taxateur als voornoemd niet de meest aangewezen persoon is voor de vervulling van een dergelijke taak. Het ligt in de rede een (onafhankelijke) accountant aan te stellen in een dergelijk geval. Dit is bovendien gebruikelijk bij de ver- en aankoop van aandelen, met name nu de waardering van aandelen toch nét even anders is dan de waardering van vastgoed. Naar de strikte letter van de Mededeling lijkt dat echter niet te zijn toegestaan.

Afgezien van voorgaande geldt bovendien dat het nemen van aandelen in een entiteit steeds onderworpen is aan het 'market economy investor principle'. In de praktijk is het normalerwijze zo dat de voorwaarden en prijzen waaronder een gemeente aandelen of participaties in een samenwerkingsverband verwerft niet afwijken van de prijzen en condities die gelden ten opzichte van de marktpartijen (het 'pari-passubeginsel'), hetgeen

31. Vgl. o.a. de beschikking van de Europese Commissie N 264/2002 terzake de 'London Underground Public Private Partnership', paragraaf 78, waarbij wordt gesteld dat indien een dergelijke procedure is doorlopen 'in beginsel' wordt verondersteld dat de hoogte van de in dat geval noodzakelijkerwijs verleende overheidssteun kon worden beschouwd als de marktprijs voor de uitvoering van dat project. Zie voorts de beschikking van de Europese Commissie N464/99 terzake het 'Pilot Transferium Sittard' waarin men een overeenkomstige overweging aantreft.

32. Meestal zal dat niet het geval zijn: partijen richten doorgaans samen een (nog lege) entiteit op en treden eerst uit (beter gezegd: gaan over tot ontbinding en liquidatie) op het moment dat het project volledig gerealiseerd is.

een uitdrukkelijke aanwijzing is dat van staatssteun geen sprake is.

Dat neemt echter niet weg dat er gevallen kunnen zijn waarbij de overheid het wenselijk acht vanuit haar publieke rol andere – minder gunstige – condities te aanvaarden, zoals extra agiostortingen dan wel het op andere wijze verstrekken van 'eigen vermogen' door middel van langlopende, achtergestelde en/of anderszins 'zachte' leningen waarvan men op voorhand al (tamelijk zeker) weet dat het samenwerkingsverband die waarschijnlijk niet zal aflossen. Daarmee is niet noodzakelijkerwijs gezegd dat sprake is van staatssteun maar men heeft wel op voorhand de schijn tegen zich en melding zal in principe dienen plaats te vinden.³³

3.3. *Verwerving van gronden*

Hiervoor is gesteld dat de Commissie genoemde Mededeling ook toepast, naar analogie, op aankopen door de overheid. Het verwerven door een gemeente van gronden in het kader van een samenwerking met een marktpartij zal dan ook nopen tot een voorafgaande taxatie van de betreffende gronden. Het is in samenwerkingsverbanden nl. niet ongebruikelijk dat de door partijen van derden te verwerven gronden primair 'gerout' worden via de gemeente, onder meer omdat de gemeente, anders dan private partijen, vrijgesteld is van de heffing van overdrachtsbelasting bij de verwerving van gronden. Op dit punt wrekt zich mogelijk de rigiditeit van de Mededeling: indien de gemeente op het moment van verwerving reeds heeft bedongen dat zij de gronden voor de (aan derden betaalde) aankoopprijs kan (door)leveren aan het samenwerkingsverband (vermeerderd met een rentevergoeding over de tussenliggende periode), dan mag men in de regel toch aannemen, dat sprake is van een marktconforme transactie (zie ook hieronder).

Geldt het voorgaande ook indien het samenwerkingsverband – denk aan de CV-BV – de gronden rechtstreeks van derden of marktpartijen verwerft? In juridische zin dient men daarbij te onderkennen dat indien een transparante entiteit (een maatschap, Vof of CV (-BV)) gronden verwerft, strikt genomen de overheid de mede-eigendom (in juridische dan wel economische zin) van die gronden verwerft. Indien sprake is van een niet-transparante entiteit – een NV of BV – geldt materieel gezien hetzelfde. Indachtig de omstandigheid dat de staatssteunregels beogen selectieve bevoordeling van marktpartijen te voorkomen, is men geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden nu de betreffende verwervingen immers met gemeentegelden worden verworven. Zekerheidshalve zou men er dan ook voor moeten opteren ook in dat geval een taxatie op voorhand te doen plaatsvinden. Ook hier doet zich de rigiditeit van de Mededeling gevoelen: men mag aannemen dat indien de private participanten in het samenwerkingsverband de (aankoop)prijs accoord bevinden, de verwervingsprijs normalerwijze marktconform zal zijn (waarbij er uiteraard van wordt uitgegaan dat alle partijen tegen gelijke condities participeren).

3.4. *Verkoop/inbreng van gronden*

De verkoop of inbreng van gronden door een gemeente aan respectievelijk in een samenwerkingsverband met marktpartijen is evident onderworpen aan genoemde Mededeling. In de praktijk betekent dit dat een taxatie zal moeten plaatsvinden, uiteraard op voorhand, omdat een biedingsprocedure nu eenmaal naar haar aard niet opportuun is.³⁴ Immers, de gronden dienen door het samenwerkingsverband te worden verworven en het zou zeer onwenselijk zijn indien een niet tot het samenwerkingsverband behorende derde-partij deze gronden zou verwerven.

Ook in dit verband rijst de vraag of genoemde Mededeling toegepast dient te worden indien het samenwerkingsverband (waar de gemeente in participeert) op haar beurt gronden uitgeeft, bijvoorbeeld aan de marktpartijen van het samenwerkingsverband. Refererend aan hetgeen is gesteld in de vorige paragraaf, komt het mij voor dat het antwoord bevestigend dient te luiden.

3.5. *Bodemverontreiniging*

Er doen zich in de praktijk situaties voor waarbij de grond 'niets' waard blijkt te zijn, bijvoorbeeld indien de grond zodanig ernstig verontreinigd is en de saneringskosten hoger zijn dan de waarde van de grond na sanering. Feitelijk is de situatie die zich hier voordoet niet anders dan het geval waarbij sprake is van 'gewone' (c.q. schone) grond. Ofwel sancert de overheid zelf en verkoopt zij het perceel met inachtneming van de genoemde Mededeling, ofwel verkoopt de overheid de grond met inachtneming van de genoemde Mededeling en laat de kopende marktpartij de sanering voor zijn rekening nemen.³⁵

3.6. *Bouwrijp maken van gronden*

Het bouwrijp maken van gronden hoeft niet te leiden tot bijzondere staatssteunkwesties. In geval van verkoop van het door de gemeente bouwrijp gemaakte dan wel nog door marktpartijen bouwrijp te maken perceel geldt genoemde Mededeling. In de regel zal een aanbestedingsverplichting gelden voor deze opdracht, het-

33. In dit verband wordt verwezen naar de Mededeling terzake staatssteun en risicokapitaal (2001/C 235/03). Deze bepaling is echter hoofdzakelijk gericht op het verstrekken van venture capital.

34. Zie overigens hetgeen in de vorige paragraaf is gesteld.

35. In dit verband wordt nog gewezen op de Communautaire Kaderregeling voor staatssteun ten behoeve van het milieu (PbEG 2001, 37/3). In deze regeling wordt in detail uitgewerkt onder welke omstandigheden de overheid een onderneming steun mag verlenen voor het saneren van verontreinigde grond die eigendom is van de betreffende onderneming.

geen met zich meebrengt dat de aldus verkregen prijs normalerwijze marktconform zal zijn.³⁶

3.7. Openbare infrastructuur

Ook de aanleg van de openbare infrastructuur – ook wel aangeduid als het woonrijp maken van gronden – stuit normalerwijze niet op staatssteunproblemen. De aanleg van de openbare infrastructuur – zoals het aanleggen van wegen, fietspaden, groenvoorzieningen, parkeerplaatsen e.d. – is nl. een typische overheidstaak, waarbij de realisatie- en onderhoudskosten normalerwijze immers groter zullen zijn dan de opbrengsten ('if any') ervan.³⁷ De realisatie hiervan dient in beginsel overigens wel te worden aanbesteed, hetgeen met zich meebrengt dat de aldus verkregen prijs normaliter marktconform is. De hiervoor genoemde Mededeling is irrelevant in dit verband indien de gemeente de infrastructuur realiseert op gronden die haar in eigendom toebehoren.

Van ongeoorloofde staatssteun in dit verband kan overigens wel sprake zijn indien de aangelegde infrastructuur niet een openbaar karakter heeft doch een bepaalde onderneming selectief bevoordeelt.³⁸

In de praktijk is het veelal zo dat het samenwerkingsverband dan wel marktpartijen deze werkzaamheden voor hun rekening nemen en na realisatie de gronden waarop de openbare infrastructuur is gerealiseerd om niet althans tegen een symbolisch bedrag overdragen aan de gemeente. De realisatiekosten zijn daarbij door de marktpartijen verdisconteerd in de woningprijzen. In de regel zal dan van staatssteun geen sprake zijn indien de overheid gronden (met daarop de openbare infrastructuur) om niet (of de symbolische ene euro) verwerft.³⁹

In dit verband wordt tot slot nog opgemerkt dat het niet verhalen van kosten die de gemeente heeft gemaakt om de openbare infrastructuur te realiseren middels de gemeente ten dienste staande instrumenten (zoals de exploitatieverordening of baatbelasting) mogelijk een vorm van staatssteun kan opleveren.

3.8. Subsidies

Het woord subsidie roept a priori de gedachte op dat sprake is van – ongeoorloofde – staatssteun. Immers, het woord subsidie impliceert naar haar aard dat er geen (marktconforme) wederprestatie van de subsidie-ontvanger (de marktpartij) tegenover staat. Anderzijds worden dergelijke subsidies vaak voor specifieke doeleinden verstrekt, bijvoorbeeld om een project (letterlijk) 'van de grond te krijgen', teneinde te voorzien in milieubehoefte, om openbare infrastructuur aan te leggen, om te voorzien in specifieke sociale doelstellingen zoals de herontwikkeling van achterstandswijken dan wel om te voorzien in betaalbare woningen voor de lagere inkomensgroepen.⁴⁰ In dergelijke gevallen zullen dan ook regelmatig aanknopingspunten te vinden zijn in een of meer door de Commissie uitgevaardigde mededelingen, kaderregelingen of beschikkingen, hetgeen betekent dat dergelijke subsidies wel degelijk geoorloofd kunnen zijn. Een en ander zal in de regel echter

wel melding behoeven bij de Commissie. Subsidies aan particuliere (toekomstige) bewoners kwalificeren evenmin als (ongeoorloofde) staatssteun.

Ook het verstrekken van subsidies – onder welke benaming ook, zoals bijdragen of compensaties – aan bepaalde instellingen vallen buiten het bestek van het staatssteunrecht, voorzover deze instellingen een uitsluitende 'sociale' doelstelling hebben. Voorbeeld hiervan is een onderwijsinstelling (voorzover deze geen commerciële activiteiten verricht).⁴¹ Ook andere instellingen met een 'sociaal' karakter – denk aan ziekenhuizen, uitkeringsinstellingen, bibliotheken, culture instellingen etc. – zouden hieronder kunnen vallen. Dit dient echter steeds en nadrukkelijk per geval te worden bezien, met name nu ook in deze sectoren de marktwerking (voorzichtig) zijn intrede doet.

Het is voorts zaak de subsidies (zoveel mogelijk) te 'oormerken' opdat duidelijk is voor welke doeleinden en op welke wijze de gelden bestemd zijn.

3.9. RO-gerelateerde (schade)vergoedingen

Subsidies dienen duidelijk te worden onderscheiden van (schade)vergoedingen die de overheid op grond van wettelijke verplichtingen uitkeert ter compensatie van inbreuk op eigendoms- of andere rechten van derden in het kader van ruimtelijkeordeningsprocedures. Daarbij dient gedacht te worden aan planschadevergoedingen, nadeelcompensatie, schadevergoedingen als gevolg van onteigeningen en compensaties in het kader van bedrijfsverplaatsingen. In dergelijke gevallen is normalerwijze geen sprake van een uitkering 'om niet' maar een vergoeding voor geleden schade. Aangenomen dat dergelijke uitkeringen niet hoger zijn dan de daadwerkelijk geleden schade, zal in de regel geen sprake zijn van staatssteun. In de regel zal de overheid niet tot uitkering overgaan alvorens de schade is getaxeerd, hetgeen dis-

36. Vgl. in dit verband de beschikking N385/2002 'Support voor Land Remediation'. In dat geval werd het het Verenigd Koninkrijk toegestaan steun te verlenen voor het bouwrijp maken van zogenoemde 'brownfields': de sloop- en bouwrijpmaakkosten van het betreffende perceel bleken zeer aanzienlijk. De Commissie achtte steunverlening aan de eigenaar toegestaan om het marktfalen terzake te corrigeren: zonder de betreffende steun zou het onmogelijk zijn het perceel te (her)ontwikkelen.

37. Zie o.a. het in een eerdere voetnoot aangehaalde artikel van J.G. Westerhof, *NTER* 2004, p. 298 e.v. alsmede de beschikking van de Europese Commissie N464/99 'Pilot Transferium Sittard'.

38. Hetwelk een uitdrukkelijk punt van discussie was in de in een eerdere voetnoot genoemde zaak 'Valmont', GvEA 16 september 2004, T-274/01.

39. In paragraaf 3.12 wordt deze stellingname overigens genuanceerd.

40. Zie de in een eerdere voetnoot genoemde beschikkingen terzake de Franse 'zones urbaines' en Engelse 'Partnerships'. Mede n.a.v. de 'Altmark'-zaak is een ontwerp-beschikking in voorbereiding waarin 'Altmark' wordt gepreciseerd. Deze beschikking is met name van belang voor woningbouwverenigingen (mits deze voldoen aan de gestelde criteria) aan wie verlening van steun waarschijnlijk volledig wordt vrijgesteld.

41. Zie o.a. HvJ EG 7 december 1993, C-109/92.

cussie over marktconformiteit van de uitkering in principe uitsluit.

3.10. Overheidsleningen

Een in de praktijk regelmatig voorkomende situatie betreft het verstrekken van leningen aan het samenwerkingsverband door (een) in het verband participerende gemeente(n). Dergelijke leningen worden veelal verstrekt door of met tussenkomst van de Bank Nederlandse Gemeenten. Gegeven de (hoge) kredietwaardigheid van gemeenten ligt het rentepercentage doorgaans onder het door commerciële banken gehanteerde rentepercentage. Nog afgezien van het feit dat dergelijke leningen – aangenomen dat de drempelwaarde wordt overschreden – in de regel zouden moeten worden aanbesteed, zou in dergelijke gevallen een staatssteunelement aanwezig kunnen zijn.

3.11. Overheidsgaranties

Naast of in plaats van het verstrekken van leningen kan – en zulks vindt ook met regelmaat plaats in de praktijk – de overheid zich garant stellen jegens derden, in het bijzonder banken die het samenwerkingsverband financieren. Indien een (commerciële) bank een lening verstrekt aan een private partij dan wel een samenwerkingsverband van private en publieke partijen waarbij de (terugbetaling van de) lening door de overheid wordt gegarandeerd, zal normalerwijze sprake zijn van een lager rentepercentage dan het rentepercentage dat een marktpartij of samenwerkingsverband zou hebben gekregen indien het zonder de betreffende garantie een lening zou hebben verworven. Immers, naarmate het debiteurenrisico kleiner is, is de rentevoet lager. Alsdan zou sprake kunnen zijn van ongeoorloofde staatssteun.

De Europese Commissie heeft een mededeling uitgevaardigd waarin zij op gedetailleerde wijze ingaat onder welke omstandigheden een garantie niet als (ongeoorloofde) staatssteun wordt aangemerkt.⁴² In de kern kan men stellen dat een garantie geen (ongeoorloofde) staatssteun betreft indien (a) de garantieregeling een generiek karakter heeft dan wel (b) indien wordt voldaan aan het 'market economy investor principle' (anders gezegd: een particuliere investeerder zou bereid zijn geweest onder dezelfde condities een garantie te verstrekken). Van een generieke regeling is in de vastgoedontwikkelingspraktijk doorgaans geen sprake, weshalve vooral aan het sub b gestelde getoetst dient te worden. Dit dient per geval beoordeeld te worden op de specifieke merites.

3.12.a. Grondeigendom van marktpartijen

Vanuit staatssteunoptiek is het feit dat marktpartijen somtijds (aanzienlijke) grondposities hebben, complicerend. Indien een gemeente alle gronden op een ontwikkelingslocatie in handen heeft, heeft zij alles in eigen hand. Indien zowel de gronduitgifte als opdrachtverleningen (o.a. sanering, bouw- en woonrijp maken) geschieden door middel van een aanbestedings- of daarmee vergelijkbare openbare procedure zal normalerwijze geen sprake zijn van (ongeoorloofde) staatssteun.

Immers, als gevolg van zodanige aanbesteding (of vergelijkbare procedure) vindt er een markttoets plaats en zullen bijgevolg de geboden prijzen marktconform zijn. In het zogenoemde 'uitgifte'-en-'concessie'-model zal men op die wijze de staatssteunproblematiek eenvoudig kunnen ontgaan.

Indien een marktpartij alle gronden in handen heeft is de situatie ook betrekkelijk overzichtelijk. Grondtransacties tussen gemeente en marktpartijen vinden in de regel niet plaats. De gemeente dient er alsdan vooral op toe te zien dat niet op andere wijze steunverlening plaatsvindt maar dat zal in de regel niet spoedig het geval zijn.

3.12.b. Onmogelijkheid tot marktselectie

De situatie wordt enigszins gecompliceerder indien, zoals vaak het geval is, zowel de gemeente als marktpartijen (aanzienlijke) grondposities bezitten. Dit brengt met zich mee dat een gemeente niet in alle opzichten vrij is om te contracteren met wie zij wenst. Feitelijk is zij al gehouden om een samenwerking aan te gaan met de marktpartijen die een grondpositie bezitten. Bovendien is het organiseren van aanbestedingen op gronden van een marktpartij – bijvoorbeeld om deze bouw- en woonrijp te maken – feitelijk onmogelijk, voorzover de betreffende marktpartij niet alleen een ontwikkelaar is maar tevens bouw- en infra-ondernemingen deel uitmaken van het concern waartoe zij behoort (dan wel een zogenoemde 'ontwikkende aannemer' is). De betreffende werkzaamheden zal de marktpartij immers willen doen uitvoeren door de eigen maatschappijen. Dit brengt dus met zich mee dat er niet in alle opzichten een volledige markttoets kan plaatsvinden omdat een gemeente in zodanig geval tot op zekere hoogte tot 'gedwongen winkelniering' gehouden is.

In zodanig geval is het te overwegen om de gemeente op voorhand haar positie te laten taxeren. Immers, het project wordt integraal ontwikkeld waarbij de integrale opbrengsten het totaal der kosten (grondverwerving, sanering, bouw- en woonrijp maken, c.a.) dient te dekken. Een marktpartij zal deze kosten verdisconteren in de waarde die zij wenst te (en kan) betalen voor gronden die zij – al dan niet via een samenwerkingsverband – verworft van (onder meer) de gemeente. Met betrekking tot sanering, bouw- en woonrijp maken vindt er derhalve ten aanzien van deze geprognosticeerde kosten (althans ten dele) geen markttoets plaats middels een aanbesteding. De marktpartij zal bijvoorbeeld zelf de ontwikkelingslocatie (geheel of deels) bouwrijp maken en daarop de openbare infrastructuur aanleggen (om deze laatste te zijner tijd om niet aan de gemeente over te dragen).

De vraag is vervolgens of de door de marktpartij geprognosticeerde kosten terzake het (door hemzelf) bouw- en woonrijp maken marktconform zijn. Indien dat niet het geval is – de gestelde prijzen zijn te hoog – dan zal dat gevolgen hebben voor de prijs die de markt-

partij wil en kan betalen voor de van de gemeente (en anderen) af te nemen gronden, welke prijs dan bijgevolg te laag kan zijn. Bovendien moet ook aan de opbrengstenzijde – wat is het geschatte totaal van de verkoopopbrengsten? – een raming plaatsvinden welke op haar beurt weer te conservatief c.q. te laag kan worden ingeschat.

Anders gesteld: de waarde van de in te brengen (gemeente)grond wordt bepaald door de geschatte totaalopbrengsten van het project minus de geschatte totaalkosten van het project. Indien ramingen niet marktconform zijn heeft dat derhalve gevolgen voor de prijs die de gemeente kan bedingen voor haar grond. Dit noodzaakt derhalve tot een nauwkeurige berekening en controle van de totale opbrengsten en kosten van het integrale project. Een dergelijke exercitie is omvangrijk en gecompliceerd.

Uiteraard kan de gemeente er, strikt beschouwd, voor kiezen om haar eigen gronden via een biedingsprocedure te verkopen. Alsdan is het aan de marktpartijen om een inschatting te maken van de perceelwaarde op basis van de totale projectopbrengsten en kosten. Daarmee is voor de gemeente de 'staatssteunkous (in principe) af'. In de praktijk is een dergelijke gang van zaken echter nauwelijks denkbaar: de gemeente verliest alsdan in belangrijke mate haar grip op het project en het organiseren van een dergelijke bieding is bovendien enigszins gecompliceerd, omdat er op dat moment nog veel onzekere factoren in het ontwikkelingsproces zijn.

3.12.c. Samenhangende transacties gesepareerd

In aanvulling op het voorgaande doet zich bovendien de complicatie voor dat gemeenten en marktpartijen in dergelijke gevallen veelal samenwerken conform het zogenoemde 'bouwclaimmodel' of 'joint-venture' model. De grondtransacties die tussen gemeente en marktpartijen respectievelijk joint venture en marktpartijen plaatsvinden kunnen – ogenschijnlijk – niet marktconform zijn. De 'inlever'- en 'uitgifte' prijzen van de grond vormen immers onderdeel van een integrale exploitatie waarin tevens kosten, risico's en waardeinstijgingen zijn versleuteld.⁴³ Dergelijke transacties dienen dan ook niet separaat doch in onderlinge samenhang te worden beschouwd om te kunnen concluderen of sprake zou kunnen zijn van staatssteun. Een dergelijke exercitie is gecompliceerd, terwijl de Mededeling voor een dergelijke integrale benadering, strikt beschouwd, geen ruimte lijkt te laten.

In meer algemene zin kan men stellen dat omvangrijke ontwikkelingen nopen tot een integrale beschouwing van opbrengsten en kosten om vast te kunnen stellen of van staatssteun sprake kan zijn. Het fileren en toetsen van separate transacties past daar niet in; de in het kader van de samenwerking te verrichten separate transacties dienen nl. in hun onderlinge samenhang te worden gezien.

4. Conclusie

4.1. Tot slot

Het ligt in de rede dat, gegeven de in de inleiding genoemde ontwikkelingen, overheden en marktpartijen nadrukkelijk(er) aandacht zullen (moeten) schenken aan de regelen omtrent staatssteun bij het aangaan van PPS- of andere samenwerkingsverbanden. Waar in het aanbestedingsrecht het niet of foutief toepassen van de wet- en regelgeving in hoofdzaak een probleem is voor de overheid – immers, het is alsdan primair de lidstaat die wordt aangesproken door de Europese Commissie in geval van een (vermeende) overtreding – is het niet naleven van de staatssteunregels ook – en wellicht vóóral – een probleem van de marktpartijen. Immers, het niet naleven van de staatssteunregelen kan leiden tot een schorsing van het project – hetgeen per definitie als uitermate ongewenst wordt beschouwd – alsmede tot een terugvordering van de door marktpartijen ontvangen (ongeoorloofde) staatssteun. In de projectontwikkelingspraktijk gaan per definitie aanzienlijke bedragen om en een terugbetalingsverplichting voor een of meer marktpartijen terzake ten onrechte verleende steun zal een aanzienlijke financiële wissel op het project (of mogelijk zelfs de marktpartij zelf) kunnen trekken. Het voorgaande klemmt temeer nu zulks waarschijnlijk veelal pas achteraf of in een laat stadium zal worden vastgesteld en de marktpartij(en) daardoor ook niet of nauwelijks in staat zijn om het project nog bij te sturen. Het helpt daarbij niet dat de in dit artikel besproken Mededeling van de Europese Commissie voor de vastgoedontwikkelingspraktijk (in een aantal opzichten) te rigide voorschriften bevat. Met name het gegeven dat steeds (a) ofwel getaxeerd (b) ofwel 'aanbesteed' moeten worden, verdraagt zich slecht met de gangbare ontwikkelingspraktijk; dit klemmt temeer nu ook anderszins aangetoond kan worden dat er marktconforme transacties plaatsvinden. Een aanpassing of flexibele interpretatie van de Mededeling ware welkom.

43. Zie hierover uitgebreid: A.G. Bregman, *Bouwwrecht* 2005, p. 474 e.v.