

Europese Commissie
Directoraat-generaal voor mededinging
Staatssteunregistratie
Ref :HT3639 – Notion of aid
1049 BRUSSEL/BELGIË
Tevens per e-mail: stateaidgreffe@ec.europa.eu

Datum 13 maart 2014
Referentie HT.3639 – Notion of aid
Betreft

Geachte heer, mevrouw,

Inleiding

1. In het kader van de lopende consultatieronde reageren wij hierbij op de ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (verder: Notion of aid).
2. De NEPROM is een brancheorganisatie voor projectontwikkelaars. Wij delen uw streven naar eenvoudige, transparante en coherente (toepassing van) wetgeving over staatssteun. Ter bevordering van eerlijke concurrentie en een vrije, transparante markt zijn wij gebaat bij adequate wetgeving en correcte toepassing daarvan.

Achtergrond

3. In deze brief gaan we met name in op de situatie waarbij marktpartijen (projectontwikkelaars, bouwers, vastgoedbeleggers, etc.) gronden en/of opstellen van overheden verwerven, doorgaans met als doel daar nieuwe vastgoedontwikkelingen tot stand te brengen. In Nederland is in de afgelopen decennia de situatie gegroeid dat gemeenten zelf gronden en/of opstellen verwerken die voor (her)ontwikkeling in aanmerking komen. Overwegingen die aan gemeentezijde daarbij een rol kunnen spelen betreffen onder meer: het versnellen van ruimtelijke ontwikkelingen, het tegengaan van versnippering van gronden en het naar zich toetrekken van een deel van de opbrengsten die door bestemmingsverandering kunnen ontstaan. Doordat grondeigendom bij overheden veelvuldig voorkomt, worden marktpartijen zeer frequent geconfronteerd met de situatie dat zij gronden en/of opstellen van overheden moeten verwerven, en dus worden zij veelvuldig geconfronteerd met het vraagstuk van mogelijke staatssteun.
4. NEPROM-leden ervaren de uitwerking en uitleg van dit leerstuk in de dagelijkse praktijk als zeer verlamdend, remmend en beknellend. Feit is dat veel (vaak langdurige) ruimtelijke ontwikkelingsprojecten gebukt gaan onder of stranden op discussies over dit onderwerp. Dit varieert bijvoorbeeld van tijdsverlies bij het aangaan van contracten, hoge advieskosten en risico's bij het aanpassen van contracten; problemen bij het doorlopen van de vereiste ruimtelijke orderingsprocedures; tot een onevenredige last die uitgaat van burgers die ten onrechte bezwaar maken (beroep instellen) bij de Nederlandse autoriteit (rechter) of een klacht indienen bij de Europese Commissie op grond van (het vermoeden van) staatssteun.

5. Het is tegen deze achtergrond dat wij reageren. Wij vragen daarbij uw aandacht voor een lijst met verbeterpunten voor staatssteunprocedures in gebiedsontwikkeling en vastgoed (bijlage). Zij zijn aangereikt door Prof. mr. W.C.T.F. de Zeeuw, praktijkhoogleraar Gebiedsontwikkeling aan de Technische Universiteit Delft.

Woord vooraf: Staatssteunprocedures als zwaard van Damocles

6. Marktpartijen worden vaak in een relatief laat stadium plots geattendeerd op of zich bewust van een klacht op basis van vermeende staatssteun, omdat gemeenten en de rijksoverheid daar direct bij betrokken zijn (bij procedures en klachten) en marktpartijen niet. Uiteindelijk gaat het echter wel om de betreffende marktpartij en over het voortbestaan van haar onderneming, vanwege de wettelijke terugbetalingsverplichting waar zij in principe aan gehouden is bij staatssteun. Vaak gaat het om zeer aanzienlijke bedragen. Definitieve duidelijkheid daarover krijgt men vaak pas na jaren procederen. Voor commercieel werkende partijen zijn dergelijke risico's onacceptabel.
7. Doorlooptijden (in het algemeen) van dergelijke klachtenprocedures zijn bovendien lang, duidelijke handvatten voor de uitleg en toepassing van de regels ontbreken en de Europese Commissie handelt streng en rigide. Dat laatste specifiek bij de uitleg van het market economy investor principe.
8. Wij bepleiten een ingrijpende verkorting van de doorlooptijd van de staatssteuntoets door de Commissie in het geval van een klachtprocedure. Dit is met name van groot belang in ruimtelijke ontwikkelingstrajecten, waarbij een negatieve beschikking na de grondtransactie niet kan worden gerepareerd door een ontbinding van de transactie. Daarnaast bepleiten we een ingrijpende verkorting van de doorlooptijd van de staatssteuntoets door de Commissie in het geval van een pre-notificatie procedure. Op dit moment lukt dat praktisch nooit binnen drie maanden. Bovendien duurt het erg lang voordat de Commissie de pre-notificatieprocedure omzet in een notificatieprocedure en een besluit neemt over de aangemelde steun. Al die tijd kan geen uitvoering worden gegeven aan een project vanwege de *standstill* wat leidt tot zeer veel vertraging.
9. Tenslotte bepleiten wij een beperking van het aantal partijen dat een beroep kan doen op ten onrechte verleende staatssteun. Nu zijn het vaak burgers of ondernemers die een klacht over vermeende staatssteun indienen, omdat zij tegen het ruimtelijke plan zijn, niet omdat zij mogelijk nadeel ondervinden van de vermeende staatssteun. Zuiver bezien kunnen zij om die reden in onze visie niet als belanghebbende beschouwd worden. De vermeend geschonden norm strekt niet tot bescherming van hun belangen. Door de ontvankelijkheid voor bezwaren aan regels te binden is dit in te perken.

Opbouw van onze reactie op de 'Notion of aid'

10. In deze brief komen wij tot de conclusie dat de Notion of aid niet bijdraagt aan het oplossen van bovengenoemde knelpunten en ook niet aan het creëren van eenvoudige, transparante en coherente (toepassing van) wetgeving. Wij doen in deze brief de aanbeveling bijgevoegde verbe-

terpunten door te voeren en de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties in stand te laten. Bij verkoop van grond/opstallen zou een taxatie op basis van de residuele grondwaarde voldoende moeten zijn. Daaraan voorafgaand gaan wij specifiek in op het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie (MEO). Daarbij besteden we niet alleen aandacht aan de toepassing van dit criterium maar ook aan het leerstuk aanbestedingen en de grondslag van andere waarderingmethodes. Centraal daarbij staan de (aanzienlijke) gevolgen van het intrekken van (bovengenoemde) mededeling (...) betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties.
Tot slot stellen wij (heel kort) lening- en garantievoorwaarden aan de orde.

Het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie (MEO)

11. Op grond van de Notion of aid wordt de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties ingetrokken. Dit betreuren wij ten zeerste en wij adviseren de Commissie hierop terug te komen. Deze mededeling is namelijk helder en eenvoudig en hiermee is in de loop der jaren zeer goede ervaring opgedaan. Markt en overheid kunnen er goed mee werken omdat ze er op kunnen vertrouwen. De hoofdlijnen onvoorwaardelijke biedprocedure óf taxatie, als gelijkwaardige mogelijkheden - zijn duidelijk en overzichtelijk. Het is ons niet duidelijk waarom de Commissie deze mededeling wil intrekken. Wat er voor terugkomt is in onze ogen te ingewikkeld, oogt te strikt en biedt geen of onduidelijke handvatten (in de specifieke situatie van verwerving van grond/opstallen). Daarop gaan we hieronder uitgebreid in.

Algemene opmerkingen (onder andere ten aanzien van de toepassing)

12. Door de opeenstapeling van 1) het beginsel van de investeerder handelend in een markteconomie; 2) het criterium van de particuliere schuldeiser en 3) het criterium van de particuliere koper hanteert de Commissie een onrealistische en strikte maatstaf. De overheid is geen particulier of belegger. Het gaat er in onze visie om of zij rationeel handelt. Wij verzoeken de Commissie deze maatstaf (zoals vastgelegd in het Konsum Nord arrest (T-244/-08) op te nemen in de Mededeling en leidend te laten zijn.
13. Onze leden ervaren in de praktijk veel problemen met de uitleg en toepassing van het zogenoemde market economy investor principe. Het is niet alleen onduidelijk maar wordt ook onnodig c.q. onrealistisch ruim uitgelegd door de Commissie. Op grond van de Notion of aid wordt de overheid al snel als marktdeelnemer aangemerkt. Dit is onwenselijk omdat het niet aansluit bij de rol die de overheid speelt en moet spelen om maatschappelijk gewenste projecten van de grond te krijgen. Daarbij komt dat de Notion of aid een zware bewijslast bij overheid en markt legt, om aan te tonen dat de overheidsmaatregel marktconform is.
14. De Notion of aid stelt (punt nr. 87) dat empirisch bepaald kan worden dat een transactie marktconform is: i) wanneer de transactie plaatsvindt op voet van gelijkheid tussen overheidsinstanties en private partijen, of ii) wanneer de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten of andere vergelijkbare transactie plaatsvindt via een open, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke tenderprocedure.

15. De Notion of aid stelt vervolgens (punt nr. 100) dat uitsluitend in de situatie waarin niet empirisch bepaald kan worden dat een transactie marktconform is, dat dit dan kan worden beoordeeld via i) benchmarking of ii) andere waarderingsmethodes.
Dit betekent anders gezegd dat partijen bij grond- of opstaltransacties, zoals die gebruikelijk zijn in Nederland, iedere keer opnieuw eerst moeten aantonen dat marktconformiteit niet empirisch kan worden aangetoond en dat ook benchmarking niet beschikbaar is, voor dat gebruik kan worden gemaakt van een andere waarderingsmethode. Wij vinden dit een onnodige en onacceptabele verzwarende van de procedure.
16. In de Notion of aid (punt nr. 81) wordt gesteld dat de beoordeling van marktconformiteit vooraf moet worden gemaakt. In algemene zin zijn wij het daarmee eens, echter er doen zich situaties voor waarin dat niet is gebeurd en waarin dat achteraf hersteld moet kunnen worden. Zeker in het kader van de behandeling van een klacht, is bijvoorbeeld een taxatie achteraf vaak de enige mogelijkheid om een goed, volledig en juist verhaal richting de Commissie te kunnen formuleren. Die ruimte moet er volgens ons ook blijven. Dit sluit bovendien beter aan bij de praktijk, waarin projecten vaak lang lopen en er gedurende deze tijdsspanne zaken veranderen. Marktomstandigheden kunnen bijvoorbeeld wijzigen. Overheid en markt hebben ruimte nodig om binnen die nieuwe context te opereren. Door de eis van vooraf aan te tonen marktconformiteit zo strikt te formuleren, wordt hen dat onmogelijk gemaakt.
Er wordt een economische analyse -wat hier ook van zij- verwacht die vaak niet gemaakt zal kunnen worden omdat relevant vergelijkingsmateriaal (zeker in de huidige markt) niet beschikbaar is.

Transacties op voet van gelijkheid

17. Het is ons niet helemaal duidelijk wat er precies wordt bedoeld met de woorden 'op voet van gelijkheid'. Zoals wij het begrijpen, gaat het hier om een zoektocht naar een contractueel evenwicht of een balans in de verhouding tussen partijen.
Wij kunnen op basis van het concept de relevantie (van dit leerstuk) voor onze leden niet inschatten.

De open, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke tenderprocedures

18. De hier bedoelde tenderprocedure betekent een aanscherping ten opzicht van het begrip biedprocedure in de huidige relevante mededeling. In de Notion of aid staat een openbare procedure inzake overheidsopdrachten voorop. Dat gaat verder dan een voldoende openbaar gemaakte biedprocedure in de zin van het geldend recht.
Bovendien worden aan (reactie)termijnen, publicatie en het (internationale) bereik daarvan hogere eisen gesteld.
Een onderhandse procedure wordt feitelijk onmogelijk gemaakt in verband met bovengenoemde punten en de (aangescherpte) eisen die in de Notion of aid worden gesteld aan concurrentie (punt nr. 99) de gelijke en niet-discriminerende behandeling van alle bidders en objectieve selectie- en gunningscriteria.
Ook het begrip 'onvoorwaardelijk' wordt ruimer uitgelegd. Waar in de huidige mededeling wordt gesproken over beperkingen in verband met overlast, milieu en om louter speculatieve biedingen te voorkomen, gaat het in de Notion of aid om 'bijzondere verplichtingen' -wat hier ook van zij- in de breedste zin van het woord.

Vreemd genoeg worden (onder punt nr. 97 en 98) uitsluitend de hoogste prijs en marktwaarde als relevante criteria voorop gesteld. De Aanbestedingswet 2012 regelt dat de aanbestedende dienst bij de gunning van opdrachten boven de Europese aanbestedingsdrempel (en bij de toepassing van het ARW 2012 onder de drempel) in beginsel voor de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) kiest. Het toepassen van de laagste prijs als gunningscriterium mag alleen nog als deze keuze in de aanbestedingstukken gemotiveerd kan worden.

Het bijzondere karakter van vastgoedontwikkelingen brengt echter met zich mee, dat niet alles te vangen is in simpel de 'hoogste bieding'. Afspraken over marktconformiteit kunnen gemaakt worden geldend voor het moment waarop de ontwikkeling start of naar de markt gaat. Dus bijvoorbeeld pas bij 70% voorverkoop. Of realisatie van bepaalde functies afhankelijk van de marktvraag op dat moment, waarbij de overheid deelt in meecropbrengsten.

Benchmarking of andere waarderingsmethodes

19. Ten aanzien van benchmarking merken wij het volgende op. De overzichtelijke oplossing van een taxatie door een onafhankelijke deskundige, die de *marktwaarde* vaststelt op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria komt hiermee als primaire basis te vervallen.

Er wordt (op grond van de Notion of aid) gevraagd naar gegevens die vaak niet beschikbaar zijn omdat ieder project uniek is en er vaak geen benchmark vast te stellen is of omdat de gevraagde gegevens niet openbaar zijn. Overheden en marktpartijen zullen elkaar geen inzage geven in exacte waarden en afspraken. Dat betreft vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie. Ook op dit punt lijkt het in de Notion of aid aan duidelijke handvatten te ontbreken en lijkt de Commissie het teveel van geval tot geval af te willen laten hangen. Het is ons duidelijk dat het niet meer louter om de marktwaarde gaat, maar wat we nou precies onder de vergelijkbare waarde moet verstaan die de Commissie zoekt, is ons niet duidelijk. Wij vinden dat de marktwaarde bepalend moet blijven en dat expliciet erkend moet worden dat benchmarking in de specifieke situatie van grond- of opstaltransacties ten behoeve van ontwikkelmogelijkheden in het algemeen niet toepasbaar is.

20. Van de andere waarderingsmethoden vinden wij het volgende. De Notion of aid komt met een onwerkbare aanscherping van de vereiste onderbouwingen, analyses, vergelijkingsmateriaal, scenario's, risicograad en toekomstige verwachtingen. Dat gaat verder dan (de huidige maatstaf van de) algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria (nb: voor de marktwaarde). Ook hier nemen bureaucratie, regeldruk en lasten toe door het onmogelijke te verwachten van overheid en marktpartijen als het om de waarderingsmethode gaat. Kennelijk wordt namelijk ook nog verwacht dat partijen waarderingsopnieuw uitvoeren indien de transactie vertraging oploopt en dat zij in sommige gevallen – wat hier ook van zij- voor verschillende methoden, meerdere methodieken en verscheidene waarden moeten kiezen.

De in de jurisprudentie als algemeen aanvaarde maatstaf van de residuele grondwaardeberekening zou ook hier vastgelegd moeten worden. Zij ontbreekt abusievelijk.

Contractwijzigingen

21. Graag vragen wij aandacht voor de specifieke problematiek van wijziging van grondcontracten, waarbij bijvoorbeeld een voorbehoud is gemaakt van 70% voorverkoop (van de te realiseren woningen). Hoe bijvoorbeeld te denken over het (door de marktpartij) laten varen van een (ge-

bruikbaar) voorverkooppercentage van (gemiddeld) 70% of (tegenwoordig vaak) meer? En wat moet de overheid ervoor inleveren (om op 'voet van gelijkheid' te blijven of komen)? Kan dat bijvoorbeeld in een aanpassing van het plan zitten (het aantal en type woningen bijvoorbeeld)? En hoe werkt dat bij gemengde projecten (woningen, winkels, publieke voorzieningen en kantoren)? Marktpartijen hebben ten aanzien van dit aspect behoefte aan duidelijke algemene regels. Ook hier zou een taxatie op basis van de residuele grondwaarde voldoende moeten zijn. Door de Notion of aid dreigt over dit leerstuk veel onzekerheid te ontstaan. Wij pleiten op dit punt voor de toevoeging van praktische en werkbare spelregels. Hier treft u enkele tips en aandachtspunten aan die de NEPROM geformuleerd heeft:

<http://www.neprom.nl/Lists/Nieuws/Artikel.aspx?List=bc3aa534%2D001f%2D4b8c%2Dbfa0%2D305a500f62d8&ID=576>

Lening- en garantievooraarden

22. De Notion of aid formuleert hier specifieke overwegingen om te bepalen of lening- en garantievooraarden marktconform zijn. Met deze overwegingen kunnen marktpartijen, overheden en de financiële sector niet uit de voeten.

Ten eerste wordt rigoureu een streep gezet door onbeperkte garanties. Aangezien de scheidslijn tussen publiek en privaat niet altijd even duidelijk te trekken is, vinden wij dit een stap te ver gaan. Wij verzoeken u deze passage te verwijderen.

Ten tweede wijst de Notion of aid op de risico's die de kredietgever (bank) loopt. Dergelijke waarschuwingen zijn funest in een door regelgeving sterk beperkte en krimpemde financiële sector. De mogelijkheden om kredieten te verstrekken en te krijgen, zijn en blijven al jaren onverminderd beperkt en slecht. Banken zullen zich genoodzaakt zien zich ook tegen deze risico's in te dekken waardoor de markt geen kansen of minder mogelijkheden heeft kredietfaciliteiten ter beschikking gesteld te krijgen.

Ten derde legt de Notion of aid een haast onmogelijke bewijslast bij partijen (om aan te tonen dat lening- en garantievooraarden marktconform zijn). Als er al geput zou kunnen worden uit vergelijkbare markttransacties of leningen (hetgeen wij gelet op de huidige marktsituatie niet kansrijk achten – er worden nauwelijks transacties gesloten), gaat het om vertrouwelijke en niet openbare informatie. Banken en concurrenten gaan haar niet ter beschikking stellen. De benchmarkmethode is derhalve niet geschikt.

Het toepassen van waarderingsmethoden die op het rendement van kapitaal zijn gebaseerd, achten wij evenmin opportuun. In het verleden behaalde rendementen zeggen namelijk niets over de opbrengst in de toekomst. Elk project is bovendien weer zo verschillend, dat er nauwelijks een algemene uitspraak over rendementen te doen is.

Wij vinden dan ook dat gemiddelde c.q. gebruikelijke lening- en garantievooraarden leidend zouden moeten zijn en geen zoektocht naar vergelijkbare gevallen gestart zou moeten worden. Wij verzoeken de Commissie deze maatstaf op te nemen in de Notion of aid.

Conclusie

23. De Notion of aid is onduidelijk en zal eerder verwarring scheppen dan verhelderend werken. In de praktijk zal zij een aanscherping betekenen van de huidige stand van zaken/de rechtsontwikkeling.

Zij gaat te ver omdat zij overheden en marktpartijen onnodig belast met het doorlopen van zware en langdurige procedures en het verzamelen van beperkt betekenisvolle en ingewikkelde

onderbouwingen (zonder dat concreet wordt gemaakt wat er nou precies wordt gevraagd). Bovendien biedt de Notion of aid geen ruimte of flexibiliteit bij gewijzigde omstandigheden achteraf rationeel en zakelijk, maar binnen de nieuwe context te handelen.

Dit brengt veel extra onzekerheid en risico's met zich mee. Het belemmert de NEPROM-leden disproportioneel en onnodig in hun bedrijfsvoering.

De overzichtelijke en passende oplossing(en) die 'de mededeling (...) betreffende staatssteun-elementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties' bood, wordt/worden afgesneden. Dat betreuren wij ten zeerste. Het is ons niet duidelijk wat eraan schort. Wij adviseren u met klem om de oude mededeling integraal onderdeel te laten zijn van de nieuwe mededeling, zodat partijen in de praktijk weten waar zij aan toe zijn.

Wij adviseren u een bepaling over een in te plannen evaluatie toe te voegen aan de mededeling. Wij verzoeken u de lijst van bijgevoegde verbeterpunten door te voeren. Het gaat om simpele wijzigingen en aanbevelingen in de geest van de huidige wetgeving en praktijk waarmee de markt, overheid en de Commissie goed uit de voeten zouden moeten kunnen.

Wij stellen een concrete terugkoppeling van u op onze verzoeken zeer op prijs. Tevens worden wij graag geïnformeerd over de voortgang van het traject dat de Notion of aid doorloopt.

Een afschrift van deze brief sturen wij aan de heer Drs. S.A. Blok, Minister voor Wonen en Rijksdienst.

Met vriendelijke groet,



Jan Fokkema
directeur

bijlage: 1 (Friso de Zeeuw, Urgente verbeterpunten, voor staatssteunprocedures in gebiedsontwikkeling en vastgoed, 20-10-2013)