

Urgente verbeterpunten voor staatssteunprocedures in gebiedsontwikkeling en vastgoed

Friso de Zeeuw, 20-10-2013

Er is onvoldoende kennis van de (Nederlandse) vastgoedpraktijk bij de Europese Commissie (EC). Het overleg in deze dossiers duurt enorm lang omdat de EC zich deze praktijk eerst eigen moet maken. Dat leidt tot kostbaar tijdsverlies. Daarnaast en daardoor is er onvoldoende duidelijkheid over de toepassing in de Nederlandse praktijk. Het is van groot belang dat er op beide punten actie wordt ondernomen, zodat er meer rechtszekerheid komt voor zowel gemeenten en marktpartijen.

Na consultatie van juristen die goed in de materie zitten, geef ik een overzicht van 11 maatregelen ("laaghangend fruit") die zullen leiden tot een meer werkbare situatie. Als deze verbeterpunten worden onderschreven, vergt het actieve inzet van de Nederlandse regering om ze bij de EC aan te kaarten. Voor de goede orde: deze voorstellen bewegen zich alle binnen het raamwerk van de staatssteunregeling.

Daarna doe ik, ter afsluiting, kort een verdergaand voorstel dat andere taakverdeling impliceert tussen EC en de lidstaten. Dat voorstel levert niet alleen een veel werkbader situatie op, maar stemt ook beter overeen met het subsidiariteitsbeginsel.

1. Realiseer 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 ontwikkeltrajecten, waarbij een negatieve beschikking na de grondtransactie niet kan worden gerepareerd door een ontbinding van de transactie. Het gebouw staat er inmiddels en de ontwikkelaar wordt geconfronteerd met een claim die onherstelbare schade oplevert. Er is thans 1 persoon bij de Commissie belast met de behandeling van alle cases in Nederland, België en Luxemburg. Dat is niet in verhouding met de caseload en het financieel belang daarvan.
2. Realiseer een ingrijpende verkorting van de doorlooptijd van de staatssteuntoets door de Commissie in het geval van een **pre-notificatie procedure**. Een gemeente kan nu zelf een dossier melden, waarna binnen drie maanden Brussel uitsluitsel zou moeten geven. Echter in de praktijk lukt dit nagenoeg nooit en neemt deze procedure veel tijd in beslag. Het duurt 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 vertraging.
3. Creëer **meer handvatten voor toetsing op staatssteun vooraf** door de marktpartij zelf. Het is nu vaak niet te voorspellen hoe de Commissie zal oordelen. De beschikkingen van de Commissie moeten voorspelbaarder worden. Dat is van groot belang voor de rechtszekerheid.
4. De Commissie hanteert een **onrealistisch star begrip van de market economy investor**. Er wordt onvoldoende rekenschap gegeven van de fundamentele onzekerheden waarmee marktpartijen in de huidige crisis worden geconfronteerd. De economisch werkelijkheid wordt gepresenteerd als een star economisch model, terwijl de risico's en onzekerheden zodanig zijn dat marktpartijen en overheden moeten handelen vanuit globale indicaties van hetgeen een rationeel besluit zou kunnen zijn. Zelfs een marktpartij kan zich niet uitsluitend leiden door economische motieven, omdat bij investeringsbeslissingen altijd onzekerheden en risico's een rol spelen.
5. Leg voor de *market economy investor test* ("MEIP") een maatstaf aan die rekenschap geeft van de **aard en doelstelling van de betrokken overheid**. Deze overheid is opgericht om het algemeen belang te dienen. Dit gaat per definitie verder dan alleen een financieel belang. In ontwikkeldossiers zou de MEIP redelijkerwijs betrekking moeten op de vraag of de betrokken overheid, gelet op haar beleidsmatige doeleinden, financieel rationeel handelt. Daarbij zou

ook een (gemotiveerde) 'maatschappelijke waarde' mogen worden betrokken. Deze norm lijkt door het Gerecht te zijn aanvaard in het Konsum Nord arrest, maar wordt door de Commissie niet consequent toegepast.

6. Alhoewel in de jurisprudentie en beschikkingen van de Commissie is vastgelegd dat bij een staatssteuntoets alle relevante aspecten en omstandigheden dienen te worden betrokken, blijkt dat in de praktijk sterk op de afzonderlijke componenten van een transactie wordt ingezoomd, zonder daarbij rekenschap te geven van de omstandigheid dat alle onderdelen van een business case communicerende vaten zijn. Er is **geen toetsing op het overkoepelende deal-niveau**.
7. De voortdurende crisis op de woningmarkt heeft tot gevolg dat tal van (samenwerkings)overeenkomsten tussen overheden en private partijen niet langer uitvoerbaar zijn en worden herzien. De Commissie dient zich te realiseren dat het met terugwerkende kracht aanpassen van afspraken **niet zonder meer leidt tot ongeoorloofde staatssteun**. Dit ligt in het verlengde van het vorige punt: alle onderdelen van een business case dienen in een dergelijk geval in aanmerking te worden genomen bij een staatssteuntoets waarbij een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de oude en de nieuwe afspraken om te bezien of de nieuwe afspraken staatssteun behelzen.
8. Het is onredelijk dat bij de toetsing op staatssteun niet wordt betrokken welke concessies een marktpartij heeft moeten doen om tot een bepaalde transactie te komen. Staatssteun zou geen bruto maar een netto-begrip moeten zijn; het gaat immers om het **bijzonder voordeel** dat is genoten.
9. Creëer **meer duidelijkheid over de voorwaarden waaraan een aanbestedingsprocedure** - met name een onderhandelingsprocedure of concurrentiegericht dialog - moet voldoen om een in dat kader gedane (prijs)aanbieding marktconform te achten. Nu leidt de organisatie van een (regulier verlopen) Europese aanbestedingsprocedure niet tot de zekerheid dat geen sprake is van staatssteun. Dat is onwerkbaar.
10. **Limiteer het soort partijen** dat een beroep kan doen op ten onrechte verleende staatssteun. In de huidige praktijk zijn onder meer omwonenden of raadsleden in staat om deze procedure oneigenlijk te gebruiken om de voortgang van projecten te belemmeren. Door de ontvankelijkheid voor 'bezwaren' (net als in het Nederlands R.O.recht) aan regels te verbinden is dit in te perken. Daarbij zouden het 'belanghebbende begrip' (het belang van een bezwaarmaker is rechtstreeks betrokken bij de steunmaatregel) in combinatie met het relativiteitsbeginsel (beroep op een geschonden rechtsregel kan alleen indien die regel strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept) als uitgangspunt moeten fungeren.
11. Naar analogie met de Belastingdienst: Een mogelijkheid om met een gemandateerd persoon (**belastinginspecteur**) in overleg bindende afspraken te maken ('**regels**') binnen korte doorlooptijden, zorgt ervoor dat in projecten verantwoorde afspraken zouden kunnen worden gemaakt met behoud van rechtszekerheid.

Op basis van het **subsidiariteitsbeginsel** waarvan ook de Nederlandse regering onlangs heeft aangegeven dat dit in de verhouding tussen de EU en de nationale lidstaten krachtig moet worden hersteld, past een verdergaande aanpak dan de aangegeven verbeterpunten. De EC zou zich dan in hoofdzaak kunnen beperken tot een kaderstellende taak en het verduidelijken en preciseren van staatssteunbegrippen, zonder kostbare proefprocedures op te starten.

Deze benadering impliceert: **afschaffing van de meldingsprocedure**. De rechtsbescherming zou dan op lidstaatniveau geregeld kunnen worden, al dan niet ondersteund met een door de EC op te stellen rechtsbeschermingsrichtlijn. Dit is eigenlijk ook de praktijk in aanbestedingszaken. In deze zaken wordt voornamelijk bij geschillen tussen belanghebbenden een kort gedingprocedure gevoerd, waar in de meeste gevallen op zeer korte termijn duidelijkheid is.