

Afspraken met private partijen toetsen aan Europees recht

Hoe vaak zullen provincies, gemeenten, en/of waterschappen bij het maken van afspraken met marktpartijen omtrent bijvoorbeeld Publiek Private Samenwerkingen, de verkoop van bepaalde activa (bijvoorbeeld gronden), privatiseringen, de aanleg van infrastructurele voorzieningen, het verstrekken van leningen en garanties en subsidies, zich bewust zijn van het feit dat zij daarbij mogelijk onrechtmatig handelen? Hiermee wordt gedoeld op schending van de artikelen 87 t/m 89 van het EG-Verdrag. Deze artikelen handelen over de gevolgen van door een overheid te verstrekken steunmaatregelen (staatssteun).

MR. J.C. VAN DE WATER Deloitte & Touche Juridisch Adviseurs

Staatssteun ex artikelen 87 t/m 89 EG-verdrag 'Staatssteun' en meldingsplicht

Artikel 87 lid 1 EG-Verdrag luidt als volgt:

'Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm 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, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.'

Onder het begrip 'staten' vallen ook regionale en lokale lichamen van de lidstaten, ongeacht hun statuut en benaming. Derhalve ook: provincies, gemeenten, productschappen, bedrijfsschappen, waterschappen etc.

Als steunmaatregelen onder de hierna te behandelen drie criteria vallen, kunnen zij als 'staatssteun' worden aangemerkt. Ingevolge artikel 88 lid 3 EG verdrag geldt voor staatssteun (steunmaatregelen) in beginsel een verplichte melding bij de Europese Commissie (verder: de Commissie).

Het niet melden van voorgenomen steun (die wel had moeten worden aangemeld) heeft onrechtmatige steun tot gevolg. Dit betekent aldus onrechtmatig handelen van een overheid. En leidt tot risico's voor de betrokken overheid.

Drie criteria

Er is sprake van staatssteun, indien aan de volgende drie criteria wordt voldaan:

- 1 De steun wordt door de staat (overheid) verleend of met staatsmiddelen bekostigd.
- 2 De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties.

- 3 De steun verschaft een voordeel aan (de) onderneming(en) die zij niet langs de normale commerciële weg zou(den) hebben verkregen.

De steun wordt door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd

Wanneer de middelen van de steunmaatregel betaald worden uit de begroting van een overheid dient van 'staatsmiddelen' te worden gesproken. Er geldt (evenwel) een nog ruimer begrip staatsmiddelen. Volgens de jurisprudentie heeft het begrip betrekking op alle geldelijke middelen die een overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen al dan niet permanent deel uitmaken van het vermogen van die overheid.

Ook steun die verleend is door privaatrechtelijke ondernemingen waarin de overheid een dominerende invloed heeft, de zogenaamde 'openbare bedrijven', wordt toegerekend aan de overheid. Eveneens geldt in beginsel een meldingsplicht bij steunverlening door rechtspersonen die middelen beheren die van de overheid afkomstig zijn.

De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties

Het EG-recht hanteert een (zeer) ruim begrip 'onderneming': Elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Als een economische activiteit wordt aangemerkt: Het aanbieden van goederen en diensten op de markt. Winstoogmerk is terzake niet vereist. Een nobele, ideële of sociale doelstelling is in beginsel niet relevant. Openbare bedrijven worden (eveneens) aangemerkt als ondernemingen.

Als gevolg van de ruime toepassing van het begrip zijn

bijvoorbeeld (ook) als ondernemingen aan te merken: ziekenhuizen, instellingen voor de opvang van geestelijke gehandicapten, profsportclubs, woningcorporaties, verzelfstandigde SW-bedrijven etc. etc. Een eenheid die een typische overheidstaak verricht (denk aan brandweer, politie of Eurocontrol) is geen onderneming.

Onderscheidend aspect bij dit criterium is of de ene onderneming wel en de andere niet in aanmerking komt voor de betrokken steun. Daarmee kan staatssteun in beginsel onderscheiden worden van algemene maatregelen die alle ondernemingen in een land zonder onderscheid ten goede komen.

De steun verschaft een voordeel aan de onderneming(en) die zij niet langs de normale commerciële weg zou(den) hebben verkregen

Het begrip staatssteun omvat: 'alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden'.

Een en ander betekent dat staatssteun veel meer inhoudt dan slechts subsidiëring van ondernemingen. Er is sprake van staatssteun in alle denkbare gevallen waarin overheden bepaalde ondernemingen een voordeel geven, dat zij niet gehad zouden hebben onder normale commerciële omstandigheden. Denk bijvoorbeeld aan de volgende 'voordelen':

- Leningsovereenkomsten onder niet-marktconforme voorwaarden (achterstellingen, kwijtscheldingen, geen of weinig rente etc.).
- Deelnemingen in aandelenkapitaal van bijvoorbeeld niet-rendabele/slecht renderende of bijna failliete ondernemingen.
- De verkoop van activa (denk aan: gronden, of bij privatisering: een deel van een) onderneming tegen niet-marktconforme prijzen.
- Publiek Private Samenwerkingen waarbij bepaalde risico's of geldelijke verplichtingen op onevenredige wijze ten laste komen van een overheid.
- De aanleg van infrastructurele voorzieningen of sanering ten behoeve van één onderneming.
- Het verlenen van garanties en borgstellingen onder niet-marktconforme voorwaarden.
- Steun in natura (het verlenen van diensten en goederen zonder dat daar een marktconform vergoeding tegenover staat).

Het enkele feit dat een voordeel dat door de overheid aan een onderneming wordt toegekend, steunt op een wederkerige overeenkomst is (evenmin) onvoldoende om artikel 87 lid 1 EG-Verdrag niet van toepassing te verklaren. Waar het om gaat is de commerciële waarde van de betrokken prestatie van de onderneming jegens de overheid. Is de door de overheid daarvoor betaalde prijs/vergoeding hoger dan die waarde, dan is er in beginsel sprake van steunverlening.

Van belang is (aldus) of de overheid zich wel of niet marktconform bij de steunmaatregel gedraagt. Als de steunmaatregel beschouwd moet worden als een 'niet-marktconforme' is deze meldingsplichtig en eventueel verboden. Het handelen van de overheid wordt dan vergeleken met dat van

een particulier investeerder in een identieke situatie. Handelt de overheid onder lichtere voorwaarden dan die particuliere investeerder, dan is er in beginsel sprake van staatssteun volgens het zogenaamde market economy investor principle.

Aanmeldingsprocedure

Is voldaan aan voormelde drie criteria, dan moet de steun (behoudens een drietal hierna te noemen vrijstellingen) worden aangemeld. Meldingsplichtige steun kan betrekking hebben op nieuwe algemene steunmaatregelen (algemene regelingen) of op nieuwe individuele steun. Bestaande steun behoeft in beginsel niet te worden aangemeld. Wijziging van bestaande steun wel.

De nationale procedure van aanmelding voor een gedecentraliseerde overheid geschiedt in de meeste gevallen via het Coördinatiepunt Staatssteun van BZK. De procedure wordt beschreven in een brochure van het Ministerie van BZK. Steunmaatregelen van PBO-organen worden echter aangemeld via de Ministeries van Economische Zaken of Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. De betrokken organen leiden de aanmelding vervolgens via de Permanente Vertegenwoordiging door naar de Commissie.

Uitzonderingen op meldingsplicht

Als de voorgenomen staatssteun onder een van de volgende vrijstellingsverordeningen:

- 1 'Minimis-verordening';
- 2 'MKB (KMO)-verordening';
- 3 'Verordening voor opleidingssteun';

valt, behoeft de staatssteun niet aangemeld te worden en kan de steun in beginsel worden verleend. Er gelden wel steeds een aantal (administratieve) verplichtingen en voorwaarden waarmee de betrokken overheid rekening moet houden. Het betreffen bepalingen ten behoeve van doorzichtigheid, transparantie en controle. De voorschriften hebben betrekking op: het toezenden van een samenvatting en inlichtingen omtrent de steun; de aanleg van een dossier; en een jaarlijkse verslaglegging jegens Commissie.

'Minimis-verordening'

Lage steunbedragen ('de minimis') behoeven het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig te beïnvloeden en de mededinging niet te vervalsen. De Minimis-verordening geldt daarom overigens juist niet voor de sectoren landbouw, visserij en aquacultuur en vervoer.

Steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van € 100.000,-- niet overschrijdt, behoeft op basis van onderhavige verordening niet te worden aangemeld. Het bedrag geldt voor één onderneming. Het plafond van € 100.000,-- is van toepassing ongeacht de vorm en het beoogde doel van de steun (cumulatie is in beginsel niet mogelijk).

MKB (KMO)-verordening

Bepaalde steunverlening aan KMO's (Kleine en Middelgrote Ondernemingen) behoeft onder voorwaarden niet te worden aangemeld.

Onderhavige verordening geldt (uitsluitend) voor steun aan KMO's die verband houdt met bepaalde materiële en

immateriële investeringen, bepaalde diensten die ten behoeve van de begunstigde ondernemingen worden verricht, en bepaalde andere werkzaamheden. Niet iedere voorgenomen steun aan een KMO valt derhalve 'zomaar' onder (de vrijstelling van de aanmeldingsplicht van) onderhavige verordening.

Verordening voor opleidingssteun

Staatssteun kan volgens de Commissie helpen de markt, die vaak te weinig middelen besteedt aan opleidingen, te corrigeren zodat dergelijke steun onder voorwaarden als met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden beschouwd en niet behoeft te worden aangemeld.

Voor steun in aanmerking komende kosten, zijn onder voorwaarden onder meer de personeelskosten van de opleiders, lopende uitgaven voor materiaal en benodigdheden, en terzake van diensten inzake begeleiding en advisering met betrekking tot een opleidingsproject.

Beoordeling Commissie

'Standstill'

Ingevolge de 'Standstill-bepaling' ex artikel 88 lid 3 EG-Verdrag geldt dat de voorgenomen steun niet mag worden verleend voordat de Commissie een beschikking tot goedkeuring van die steun heeft gegeven of wordt geacht die te hebben gegeven. De bepaling heeft 'rechtstreekse werking'. Een concurrent van de te begunstigen onderneming kan naleving van de bepaling via de nationale rechter afdwingen. De rechter kan stopzetting en (voorlopige) terugbetaling opleggen wanneer de Commissie nog geen eindbeslissing heeft genomen.

Beoordeling

Bij de beoordeling van de Commissie of een steunmaatregel al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt zijn twee vragen van belang:

- 1 Vervalst de steunmaatregel de mededinging op de gemeenschappelijke markt of dreigt hij deze te vervalsen?
- 2 Heeft de maatregel een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel tot gevolg?

Vervalsende mededinging

De Commissie zal zich bij haar beoordeling (voornamelijk) richten op de volgende aspecten:

- De bepaling van de relevante markt (waarop een onderneming haar activiteiten ontplooit).
- De versterking van de positie van een te steunen onderneming ten nadele van andere ondernemingen in de Gemeenschap.
- De ligging van de onderneming ten opzichte van de (lands-)grens.

Waarbij er van uit kan worden gegaan dat:

- Zogenaamde 'bedrijfssteun' (steun waardoor een onderneming wordt bevrijd van kosten die zij in het kader van haar gewone bedrijfsvoering of van haar normale werkzaamheden normaliter zelf zou moeten dragen) in beginsel de mededinging vervalst.

- Er in sectoren van overcapaciteit sneller sprake is van vervalsende mededinging. Zelfs zeer geringe steun kan in sectoren met hevige concurrentie immers zeer relevant zijn.
- Wanneer er sprake is van steun aan ondernemingen ten nadele van andere ondernemingen, dat er dan automatisch sprake is van vervalsing van de mededinging.

Ongunstige beïnvloeding handelsverkeer tussen lidstaten

Bij deze onderzoeksvraag kan van het volgende worden uitgegaan:

- Er wordt al snel aangenomen dat sprake is van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.
- Niet de activiteit, maar de markt is bepalend (steun aan (slechts) een lokale activiteit kan derhalve toch handelsverkeer belemmerend zijn).
- Concrete (aanwezigheid van) export-activiteiten van een onderneming zijn niet relevant.

Verenigbaarheden

Als voornoemde vragen positief beantwoord worden, geldt dat er sprake is van onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, tenzij er sprake is van een 'verenigbaarheid' ingevolge artikel 87 leden 2 en 3 van het EG-Verdrag. Het voert te ver hier nader op de verenigbaarheden in te gaan. Aanwijzingen voor de toepasselijkheid van voornoemde artikelleden zijn te vinden in zogenaamde (specifieke) *Richtsoeuren en Kaderregelingen* (beleidsregels). Als de steun aan de beleidsregels voldoet, dan mag verwacht worden dat de Commissie de voorgenomen steunmaatregel uiteindelijk (als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt) goedkeurt.

Procedures n.a.v. aanmelding en mogelijke risico's van onrechtmatige steun

Twee procedures

Na een volledige aanmelding start de Commissie een zogenaamde voorlopige procedure.

Binnen 2 maanden na een volledige aanmelding dient alsdan een beslissing te vallen. Als men na twee maanden niets heeft gehoord, wordt de steun in beginsel geacht te zijn goedgekeurd. De overheid kan de steunmaatregel ten uitvoer leggen, na de Commissie daarvan in kennis te hebben gesteld en voorzover de Commissie niet binnen een termijn van 15 werkdagen na ontvangst van de kennisgeving, alsnog de formele onderzoeksprocedure opent.

In de praktijk blijkt dat het (evenwel) reëel is uit te gaan van een termijn van 4 tot 6 maanden voor de voorlopige procedure. De Commissie beoordeelt een aanmelding immers al snel als onvolledig.

De Commissie kan in de voorlopige procedure besluiten dat er geen sprake is van staatssteun of dat de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

Bij twijfel over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt moet de Commissie besluiten om een formele onderzoeksprocedure te starten. Deze procedure kan wel 18 maanden in beslag nemen. Belanghebbenden (concurrenten) kunnen worden gehoord, nadere informatie kan worden ingewonnen etc. De gedecentrali-

seerde overheid staat in deze buiten spel, contacten en procedures lopen via de lidstaat.

De formele onderzoeksprocedure mondt uiteindelijk uit in één van de volgende beschikkingen:

- 1 Er is geen sprake van staatssteun.
- 2 De staatssteun is verenigbaar ('positieve beschikking').
- 3 De staatssteun is voorwaardelijk verenigbaar ('voorwaardelijke beschikking').
- 4 De staatssteun is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt ('negatieve beschikking').

Tegen deze beschikkingen staan voor belanghebbenden rechtsmiddelen open.

Onrechtmatige steun

Als onrechtmatige steun wordt aangemerkt:

- 1 Steun die niet is aangemeld en toch is verleend.
- 2 Steun die wel is aangemeld maar al is verleend voordat de Commissie een voorlopige of definitieve beschikking heeft gegeven.
- 3 Steun die is verleend in strijd met een voorwaardelijke of negatieve beschikking van de Commissie.

Ook steun die na onderzoek van de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt beoordeeld, kan dus onrechtmatig zijn als de steun wordt verleend zonder deze aan te melden.

Met betrekking tot onrechtmatige steun kan de Commissie twee bevelen (opschortings- of terugvorderingsbevel) geven hangende de beschikking omtrent de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt. Bij niet-naleving van die bevelen heeft de Commissie de bevoegdheid zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie te wenden.

Wanneer sprake is van (onrechtmatige) steun die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, moet de Commissie 'onverwijld' een terugvorderingsbeschikking geven. De Commissie moet de lidstaat alsdan dwingen de steun (met rente!) terug te vorderen. De lidstaat zal de gedecentraliseerde overheid hiertoe (kunnen) verplichten. Doel hierbij is herstel van de vroegere toestand (herstel van de oude situatie) in die zin dat de begunstigde onderneming het voordeel dat zij ten onrechte kreeg ten opzichte van haar concurrenten weer moet inleveren.

Risico's

Buiten de niet aan te bevelen situatie dat een overheid zich schuldig maakt aan schending van het (Europese) recht, zitten bij onrechtmatige steun de risico's voor een overheid vooral in de ruime mogelijkheden voor klagers (concurrenten, oppositiepartijen, klokkenluiders) om de Commissie op het spoor van onrechtmatige steun te zetten en in aanvullende instrumenten van opschorting en terugvordering van de steun. Verplichtingen tot, door een nationale rechter uit te spreken, schadevergoeding voor de betrokken overheid zijn als (mogelijk) gevolg hierop op voorhand niet uit te sluiten. Onder omstandigheden is het immers denkbaar dat de gedecentraliseerde overheid in rechte wordt betrokken door de lidstaat of de begunstigde onderneming.

In bepaalde gevallen kan de Commissie, wanneer een

lidstaat zijn communautaire verplichtingen niet nakomt, een inbreukprocedure tegen de lidstaat aanhangig maken bij het Hof van Justitie. Niet valt uit te sluiten dat een lidstaat de gevolgen van zo'n procedure uiteindelijk financieel (in de vorm van schadevergoeding) afwentelt op de gedecentraliseerde overheid (als veroorzaker van alle onheil).

Voor de steun ontvangende onderneming geldt dat zij niet op grond van het Gemeenschapsrecht aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die concurrenten leiden als gevolg van niet-aangemelde steun. Het valt evenwel niet uit te sluiten dat op basis van nationaal recht onderomstandigheden mogelijke schadevergoedingsacties wel kans van slaan hebben. Bijvoorbeeld wanneer de steun ook immateriële effecten heeft gehad die niet zijn terug te draaien. Het is alsdan de vraag of de betrokken onderneming de schadevergoeding vervolgens kan afwentelen op de betrokken (decentrale) overheid (als onbetrouwbare partner).

Voorts speelt bij terugvorderingsacties het risico voor een overheid dat aansluitend volledige 'deals' (denk aan: privatiseringen, PPS'en, verkoopovereenkomsten) dienen te worden teruggedraaid. Een en ander kan, buiten het politieke gezichtsverlies van de betrokken bestuurders, tot vervelende (financiële en organisatorische) consequenties voor de decentrale overheid leiden.

Aanbevelingen gedecentraliseerde overheden

Gelet op het vorenstaande dienen de gedecentraliseerde overheden:

- zich in beginsel marktconform te gedragen jegens ondernemingen;
- zich ervan bewust te zijn dat openbare aanbestedingsprocedures waarde kunnen hebben om de marktconformiteit van hun handelen (op voorhand) vast te stellen;
- bij twijfel over de marktconformiteit van hun voorgenomen handelen jegens een onderneming, na te gaan of de handeling mogelijk leidt tot een steunverlenend effect jegens de onderneming;
- bij de vraag of er mogelijk sprake is van een steunverlenend effect jegens een onderneming, een analyse te maken terzake van de vraag of er sprake is van staatssteun volgens de terzake gestelde drie criteria;
- nimmer op voorhand te speculeren over de vraag of de voorgenomen steun uiteindelijk verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en daarom niet aangemeld behoeft te worden;
- wanneer er geen sprake is van vrijstelling van de meldingsplicht, de voorgenomen staatssteun aan te melden;
- in onderhandelingstrajecten met, en definitieve besluitvormingstrajecten jegens, ondernemingen (aldus) altijd rekening te houden met de uit de verplichte meldingsprocedure voortvloeiende termijnen die de Europese Commissie terzake hanteert en zodoende de besluitvormingstrajecten in duur en omvang hierop aan te passen.

Anders is het risico niet denkbeeldig dat de gedecentraliseerde overheid zich schuldig maakt aan onrechtmatig handelen, met alle negatieve gevolgen, consequenties en risico's van dien.