

Staatssteun te Harlingen: een explosieve kwestie

In dit artikel doet Manfred Fokkema uit de doeken waarom het staatssteun-arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de kwestie Harlingen zo explosief is.

Mr. M. Fokkema¹

Boem!

Op 20 februari 2013 verscheen een stevige column van Friso de Zeeuw op de website gebiedsontwikkeling.nu met de titel: 'Staatssteun': een fragmentatiebom op gebiedsontwikkeling. Deze pakkende kop sloeg op een door De Zeeuw in zijn column bekritiseerde beschikking van de Europese Commissie dat bij de gebiedsontwikkeling van het Damplein te Leidschendam-Voorburg staatssteun zou zijn verleend vanwege het aanpassen van bestaande (financiële) afspraken.

Het woord fragmentatiebom schoot weer door mijn hoofd toen ik begin november 2018 het arrest las van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de staatssteunkwestie Spaansenterrein te Harlingen.² Het hof werpt daarin namelijk een behoorlijk zwaar explosief op de (her)ontwikkeling van de voormalige fabriekslocatie in de Elfstedenstad. Een misschien nog wel krachtiger exemplaar, dan de Europese Commissie destijds op de gebiedsontwikkeling Damplein liet vallen.

Waarom is het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden zo explosief? Op die vraag ga ik in dit artikel nader in.

Fragmentatiebom blijkt losse flodder

Voor de goede orde: de fragmentatiebom van de Europese Commissie bleek – na een vrij vernietigend arrest van het Europese Gerecht – uiteindelijk weinig meer te zijn geweest dan een losse flodder.³ De Europese Commissie concludeerde in tweede instantie namelijk dat het in de gegeven contractuele omstandigheden, op grond waarvan een grondafname en start bouw vanwege een voorverkooppercentage door de gemeente niet afgedwongen kon worden, staatssteunrechtelijk toegestaan was om een grondprijzverlaging en kwijt-



Foto: Tineke ten Have

schelding van een exploitatiebijdrage toe te passen, zodat een afname van de grond en een bouwstart daarna wel afdwingbaar konden worden gemaakt. Aldus was er volgens de Europese Commissie, die met inachtnaam van het arrest van het Europese Gerecht nogmaals – maar dit keer volledig – aan het Market Economy Operator-beginsel had getoetst, toch geen sprake van staatssteun.⁴

Nietige koop

Terug naar het arrest in de kwestie Spaansenterrein Harlingen. Volgens de raadsheren heeft de gemeente Harlingen staatssteun verleend bij de aankoop van het terrein. Er is een te hoge koopsom overeengekomen zonder een onderliggende taxatie. Dat leidt volgens

het hof echter niet slechts tot een aanpassing van de koopsom, hetgeen passend zal zijn in het financiële straatje van lokale overheden. De aanwezigheid van staatssteun leidt volgens het hof (in dit geval) tot nietigheid van de gehele koop. Dit oordeel is bepaald explosief te noemen, want de gemeente is hierdoor nooit eigenaar geworden van het aan haar geleverde terrein. De deels door de gemeente doorverkochte grond moet volgens het hof terug naar de oorspronkelijke eigenaar. Deze moet de koopsom terugbetalen aan de gemeente.

Streep door (her)ontwikkeling

Het arrest maakt duidelijk dat het inzetten van het staatssteunrecht door gemeenten als

breekijzer behoorlijk verstrekkende gevolgen kan hebben. Ook gevolgen die beslist nadelig kunnen uitpakken voor een gemeente. Inzet van de staatssteun-koevoet vergt dan ook – vooraf – een zorgvuldige afweging. In die analyse zou het scenario van gehele nietigheid van een overeenkomst niet mogen ontbreken.⁵

Want daar waar mogelijk door een gemeente gekoerst zal worden op het enkel willen bewerkstelligen van een prijscorrectie, kan – in lijn met het Spaans-terrein Harlingen arrest – het gevolg van het voeren van een gerechtelijke staatssteun-discussie wel eens zijn dat de lokale overheid niet met een in haar voordeel aangepaste koopsom naar huis gaat, maar met een dikke streep door de gemeentelijke plannen voor (her) ontwikkeling.⁶ Dit zal voor menige gemeente bepaald een onwenselijk scenario zijn.

Verlaagde bewijsla(s)t

Volgens het hof was het aan de gemeente Harlingen om te stellen en te bewijzen dat de koop staatssteun behelsde. Tot zover niets nieuws onder de gerechtelijke zon. Vervolgens overweegt het hof dat er sprake is van een ‘vermoeden’ dat de koopsom substantieel hoger is dan een particuliere onderneming zou hebben willen betalen. Ook vinden de raadsheren het ‘niet aannemelijk’ dat een particuliere partij ‘in de gegeven omstandigheden onder dezelfde (contractuele) voorwaarden’ bereid zou zijn geweest tot het betalen van de koopsom die de gemeente overeengekomen was.

Het hof legt hiermee de bewijsla(s)t voor de gemeente, die ter bewijs van staatssteun verwees naar een taxatie van geruime tijd na de aankoop, op een lager niveau dan de rechtbank eerder had gedaan. Een vermoeden en/of het aannemelijk zijn van een aanwezig financieel voordeel is voor het hof blijkbaar voldoende om te concluderen dat er sprake is van een door de gemeente staatssteun-rechtelijk verleend voordeel aan verkoper. Gelet op de hiervoor al aan de orde gekomen explosieve gevolgen van het arrest, werpt dit wel de vraag op of de raadsheren hiermee de bewijslat voor de gemeente niet te laag hebben gelegd.⁷

Schending meldplicht = geen aanpassing koopsom

Voordat steunmaatregelen worden toegepast, moeten ze – op grond van artikel 108 VWEU – worden gemeld bij de Europese Commissie. Volgens het hof wordt daarmee verzekerd dat de Europese Commissie deze maatregelen kan beoordelen en vooraf kan toetsen op

verenigbaarheid met het VWEU. Het is om deze reden dat het hof niet wil weten van het ‘belonen’ van de gemeente Harlingen door te oordelen tot een aanpassing van de koopsom.

In de kern genomen lijkt dit een juiste overweging van het hof te zijn, want anders zouden gemeenten – op wie de plicht rust tot melding – geen last hebben van de schending van hun meldingsplicht, maar hun contractuele wederpartijen des te meer. Terwijl juist in verkoopsituaties de koopsom bepalend zal zijn voor het wel of niet bereid zijn tot het willen aangaan van een (ver)koopovereenkomst met de gemeente. Het hof meent dan ook dat met alleen een koopsomaanpassing afbreuk wordt gedaan aan het nuttige effect van artikel 108 VWEU.⁸

Opsporen en ruimen explosieven

De kwestie Spaans-terrein Harlingen onderstreept het belang om het staatssteun-huiswerk bij een project- of gebiedsontwikkeling op tijd op orde te hebben. Dit betekent dat er meestal vastgoedtaxaties zullen moeten worden opgesteld, indien er wordt gecontracteerd door en met een gemeente. Voor deze taxaties zijn enkele praktische tips te geven:

- Taxeer bij een gemeentelijke grondverkoop niet (alleen) wat er bestemmings-plantetechnisch mogelijk is, maar taxeer (ook) wat er contractueel zal worden gerealiseerd.⁹
- In uitgangspunt lijkt een prijsafwijking tot circa 5% van een getaxeerde waarde geen staatssteun op te leveren.¹⁰
- Vooruitlopend op een mogelijk verwijt achteraf van staatssteun, zou een projectontwikkelaar kunnen – en wellicht zelfs moeten¹¹ – overwegen om voor (de start van de onderhandelingen tot) het aangaan van de overeenkomst zelf (ook) een taxatie te laten uitvoeren.
- Een taxatie achteraf kan dienstig blijken te zijn om daarmee alsnog aan te tonen dat van staatssteun geen sprake is.¹²

Mocht er toch sprake zijn van staatssteun, dan is het zaak om in ieder geval tijdig te onderzoeken of de steun wellicht geschaard kan worden onder een vrijstellingsverordening en/of een melding overeenkomstig artikel 108 VWEU te doen bij de Europese Commissie. Niet melden van steun brengt risico's met zich, waaronder het ongedaan moeten maken van een jaren voordien gerealiseerde grondtransactie. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden liggen de risico's hiervan in de risicosfeer van de lokale overheid. Het ruimen van dergelijke explosieven zal in

bepaalde omstandigheden – als er bijvoorbeeld grond is doorverkocht – niet eenvoudig blijken te zijn. Minst genomen zal de beoogde ontwikkeling forse vertraging kunnen oplopen. Het is dus zaak tijdig over te gaan tot het opsporen en vervolgens ruimen van eventuele staatssteunexplosieven.

Noten

- 1 Advocaat bij Infense advocaten en redactielid van dit tijdschrift. Dit artikel is afgerond op 18 januari 2018.
- 2 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636.
- 3 M. Fokkema, ‘Boem!’, Grondzaken in de praktijk, augustus 2015, p. 15.
- 4 Zie Besluit Europese Commissie 15 januari 2016, C(2016) 85 final, HJEU 30 juni 2015, T-186/13, T-190/13 en T-193/13 en HJEU 16 juli 2015, C-39/14. In zekere zin een bevestiging van het gelijk van de column van De Zeeuw, zij het op andere gronden.
- 5 Zie ook mijn artikel ‘Staatssteun Harlingen: Hof Arnhem laat geen spaan heel van koopovereenkomst’, Praktijkblad Grondzaken en gebiedsontwikkeling, december 2018, p. 17.
- 6 Zie voor een omschrijving van andere (financiële) risico's mijn artikel ‘(Mis)bruikbare staatssteunregels bij project/gebiedsontwikkeling’, VIP nr. 1, december 2018, p. 5.
- 7 Zie ook J.F. van Nouhuys en P. Heijnsbroek, ‘De zaak Harlingen en de consequenties van het niet aannemen van een steunmaatregel’, TA nr. 6, december 2018, p. 7-8.
- 8 Zie nogmaals ‘(Mis)bruikbare staatssteunregels bij project/gebiedsontwikkeling’, VIP nr. 1, december 2018, p. 8.
- 9 Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:231.
- 10 EC Besluit 98/384/EG d.d. 21 januari 1998.
- 11 Zie Rb. Overijssel 14 maart 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:788, Rb. Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 en Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, BR 2015/95, m.nt. B. Nijhof.
- 12 Zie bijvoorbeeld EC Besluit C(2018) 216 final d.d. 4 mei 2018 en HJEU 5 juni 2012, C-124/10P.