

EU-TOEZICHT OP STAATSSTEUN, EEN BRON VAN ZORG VOOR GEMEENTEN

*Artikel verschenen in De Europese Gemeente, tijdschrift van
de Raad der Europese Gemeenten en Regio's, 2001/1, p.20-24*

Prof. dr. Bart Hessel, Onderzoek- en OpleidingsGroep voor
decentrale overheden en Europees recht, Europa Instituut, Universiteit Utrecht

1. Inleiding

Steun voor de bouw van een waterstofperoxidefabriek in Delfzijl, steun voor de ontwikkeling van een inkjet-keurenprinter door Océ NV te Venlo, steun ten behoeve van de Nerefco-raffinaderij te Rotterdam, steun ten behoeve van de Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland, steun voor het 'Fokker 70'-project, steun voor de vernieuwing en ontwikkeling van het landelijk gebied, investeringssteun aan Hewlett-Packard in Heerenveen, steun voor de aanleg van een Container Terminal in Lage Weide, bij Utrecht. Een eerste blik op het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen levert een scala van Nederlandse steunactiviteiten op die de laatste tijd de aandacht hebben (gehad) van de Europese Commissie. Bij veel van deze steunzaken zijn gemeenten betrokken. In sommige gevallen heeft de Commissie de steun goedgekeurd, andere zaken lopen nog en in een aantal gevallen heeft de Commissie de steun onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Eén ding is duidelijk: Nederlandse decentrale overheden waaronder de gemeenten krijgen steeds meer te maken met het communautair toezicht van de Europese Commissie op staatssteun. Dat besef heeft er toe geleid dat acht Nederlandse provincies mij enige tijd geleden opdracht hebben gegeven om, samen met mijn collega mr. Annelies Neven, een praktische handleiding te schrijven voor decentrale overheden over dit onderwerp. Het project wordt begeleid door een stuurgroep staatssteun, waarin naast de betrokken provincies ook praktijkdeskundigen van de ministeries van BZK, EZ, VROM en van de permanente vertegenwoordiging van Nederland in Brussel zitten. De publicatie van de handleiding in boekvorm is gepland voor het voorjaar van 2001 en zal ook van belang zijn voor gemeenten. Vooruitlopend daarop zal in deze bijdrage een korte schets worden gegeven van de problematiek. Dat is gewenst omdat naar mijn indruk niet alleen bij provincies maar ook bij gemeenten in de regel het belang van het toezicht op staatssteun door de Commissie sterk wordt onderschat. Naar mijn stellige overtuiging zijn er zeer veel steunmaatregelen van decentrale overheden die ten onrechte niet zijn aangemeld. In deze bijdrage zal na een korte uiteenzetting over het toepasselijke EG-recht (2) worden aangegeven wat nu staatssteun is die moet worden aangemeld (3). Daarna zal worden bezien wanneer aanmelding niet nodig is en hoe gemeenten te weten kunnen komen of de door hen voorgenomen steun kans heeft de toets van de Commissie te doorstaan (4). De bijdrage wordt afgesloten met de vraag wat gemeenten te wachten staat als zij steun ten onrechte niet hebben aangemeld (5).

2. Het EG-recht met betrekking tot staatssteun

De basis voor het communautair toezicht op staatssteun wordt gevormd door de artikelen 87 tot en met 89 van het EG-Verdrag (voor het Verdrag van Amsterdam de artikelen 92 -94 EG).

Artikel 87, lid 1 EG luidt:

'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 voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig

beïnvloedt.'

Om de Commissie in staat te stellen te beoordelen of een steunmaatregel (een algemene regeling of een concrete steunverlening) verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt moet elk voornemen van steun of wijziging van bestaande steun aangemeld worden (art. 88, lid 1 EG). De aanmelding van decentrale steun moet via de lidstaat gaan. Daartoe dienen gemeenten hun steunmaatregelen aan te melden via het Coördinatiepunt Staatssteun van het ministerie van BZK. Vandaaruit gaat de aanmelding via Buitenlandse Zaken en de Permanente Vertegenwoordiging naar de Commissie.

Artikel 88 EG geeft de basis voor de procedure die door de Commissie wordt gevolgd. Sinds 1999 bestaat er een speciale procedureverordening (Vo. 659/1999, Pb.1999, L 83/1). Zoals alle verordeningen heeft deze rechtstreekse werking en de decentrale overheden moeten deze ook zelf in acht nemen zonder enige nationale omzettingwet. De procedure voor de Commissie wordt ook bij decentrale steun gevoerd door de lidstaat, lees: de Nederlandse regering. De beschikking of de steun is toegestaan of niet wordt tot de Nederlandse regering gericht, maar treft via haar natuurlijk de gemeente die steun wil geven. Deze kan, onder bepaalde voorwaarden die ik nu niet wil bespreken, ook zelfstandig in beroep gaan tegen een negatieve beschikking van de Commissie bij het Gerecht van eerste aanleg.

Bij de beoordeling van de steun laat het EG-Verdrag de Commissie nogal wat beleidsruimte (zie artikel 87, lid 3 EG). Die beleidsruimte is door de Commissie in de loop der jaren nader ingevuld via een groot aantal mededelingen en richtsnoeren bijvoorbeeld voor regionale steun, werkgelegenheidssteun en milieusteun. Bekend is de mededeling van de Commissie inzake 'de minimis'- steun uit 1996. Deze hoeft niet te worden aangemeld. Sinds 1998 bestaat er een verordening voor horizontale steunmaatregelen die de mogelijkheid biedt tot verdere vrijstellingen van aanmelding (Vo 994/98 Pb.1998, L 142/1).

Gemeenten die willen weten waar zij aan toe zijn bij staatssteun moeten kennis nemen van deze Verdragsartikelen, de EG-verordeningen, de richtsnoeren van de Commissie en haar beschikkingen-praktijk: tezamen een omvangrijk en complex dossier. De betekenis van dit alles wordt pas duidelijk aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie en sinds 1988 het Gerecht van eerste aanleg. Het gaat daarbij om tientallen arresten. Overigens speelt ook de Nederlandse rechter een rol bij de staatssteun.

3. Wanneer is er sprake van (aan te melden) staatssteun?

Behoudens de uitzondering van de 'de minimis'-regel, dienen gemeenten hun staatssteun aan te melden bij het Coördinatiepunt Staatssteun van BZK wanneer voldaan is aan de volgende criteria:

- (1) De steun moet door de staat of in welke vorm ook met staatsmiddelen zijn bekostigd;
- (2) zij moet ten goede komen aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties en
- (3) er moet een voordeel voor deze ondernemingen zijn.

Het is dan aan de Commissie om te beoordelen of de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, omdat zij de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. De Commissie gaat daar al betrekkelijk snel van uit.

3.1 door de staat of met staatsmiddelen bekostigd

Uit de rechtspraak blijkt dat onder het begrip staat ook vallen de decentrale overheden. Steun door de gemeente of met gemeentemiddelen bekostigd voldoet dus aan dit criterium. Het Hof en het Gerecht interpreteren dit criterium pragmatisch en functioneel. Dat betekent bijvoorbeeld dat het niet uitmaakt of de gemeente zelf steun verleent of de steun aan ondernemingen laat lopen via afzonderlijke rechtspersonen. De Europese rechter laat niet toe dat via een of andere truc het communautair toezicht wordt ontlopen.

3.2 steun aan bepaalde ondernemingen ruim geïnterpreteerd

Het begrip onderneming wordt in de rechtspraak ruim geïnterpreteerd. In het Höfnerarrest (zaak C-41/90, Jur.1991, I-1979), wordt onderneming omschreven als 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'. Bij een economische activiteit moet gedacht worden aan het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Dat betekent dat niet alleen private ondernemingen maar ook openbare onder het begrip vallen. Gemeentelijke steun aan openbare ondernemingen of onderdelen die op de commerciële toer gaan is dus ook staatssteun. Overigens is het niet nodig dat een onderneming handelt met winstoogmerk. De ruime interpretatie van het begrip onderneming dwingt tot oplettendheid: uit het in voetbalkringen beruchte Bosmanarrest (zaak C-415/93, Jur.1995, I-4921) blijkt dat profvoetbal moet worden opgevat als een economische activiteit en dat daarop de regels van het vrij werknemersverkeer van toepassing zijn. In aansluiting daarop leidt het Höfnerarrest tot de conclusie dat een prof-voetbalclub moet worden opgevat als een onderneming. Dit in tegenstelling tot clubs van amateursporters. Provincies of gemeenten die profsportclubs ondersteunen geven daarmee staatssteun aan een bepaalde onderneming die aangemeld moet worden.

3.3 staatssteun is veel meer dan subsidie

Niet zelden wordt in gemeentelijke kring bij aan te melden staatssteun alleen gedacht aan subsidies voor ondernemingen. Dat is een zeer grote fout en vermoedelijk de belangrijkste reden dat veel staatssteun uit decentrale kring ten onrechte niet wordt (en is!) aangemeld. Volgens vaste rechtspraak omvat het begrip staatssteun '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'. Dat betekent dat er sprake is van staatssteun in alle denkbare gevallen waarin een gemeente bepaalde ondernemingen een voordeel geeft dat zij niet gehad zouden hebben onder normale marktomstandigheden. Het criterium daarbij is of de gemeente zich marktconform gedraagt. Als voorbeelden van staatssteun kunnen worden genoemd:

vrijstelling, verlaging of kwijtschelding van belastingen of sociale lasten; verkoop of verhuur van grond of gebouwen tegen lagere prijzen dan de marktprijs; het betalen van kunstmatig verhoogde prijzen door de overheid; niet-marktconforme kredietfaciliteiten, deelnemingen in ondernemingskapitaal, of garanties; infrastructurele voorzieningen die alleen aan bepaalde bedrijven ten goede komen. Wanneer een gemeente bedrijven aantrekt door gunstige gronduitgifte of een bedrijventerrein aanlegt waarbij alleen bepaalde ondernemingen daarvan profiteren, is er dus sprake van staatssteun die moet worden aangemeld. Als voorbeeld kan worden gewezen op de aanleg van de containerterminal in Lage Weide. De financiële bijdragen kwamen van het Europese KONVER-programma, het ministerie van Verkeer en Waterstaat, de provincie en de gemeente Utrecht. Na aanmelding van de voorgenomen aanleg kwam de Commissie tot de conclusie dat de aanleg doorgang kon vinden omdat de infrastructuur hier op niet-discriminerende wijze toegankelijk is voor alle potentiële gebruikers.

Het voorbeeld toont aan de steunmaatregelen die de nationale en decentrale overheden geven in het kader van de Structuurfondsen, op grond van het additionaliteitsbeginsel, ook staatssteun is in de zin van artikel 87 EG en aangemeld dient te worden. Dat daarbij een bijdrage wordt geleverd aan de doelstellingen van de Structuurfondsen maakt het aannemelijk dat de Commissie de steun zal goedkeuren, maar betekent dus niet dat aanmelding niet nodig zou zijn.

Zodra gemeenten zich bewust zijn van deze ruime interpretatie van staatssteun, wordt het voor hen ook van belang kennis te nemen van een aantal mededelingen van de Commissie waarin zij aangeeft hoe voorkomen kan worden dat bepaalde handelingen staatssteun zijn. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van staten op het gebied van directe belastingen (Pb.1998, C 384/3), de mededeling van de Commissie betreffende steunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (Pb.1997, C

209/1) en de Mededeling over staatssteun in de vorm van garanties (Pb.2000, C 71/14).

Uit dergelijke mededelingen wordt bijvoorbeeld duidelijk dat steunelementen - en dus verplichte aanmelding - bij verkoop van gronden voorkomen kunnen worden door verkoop via een onvoorwaardelijke biedprocedure of door taxatie door een onafhankelijke deskundige. Op deze wijzen wordt gezorgd voor een marktconforme prijs.

4. Wanneer is niet aanmelding nodig?

Op dit moment bestaat er één, zeker voor kleinere gemeenten, zeer belangrijke uitzondering op de aanmeldingsplicht: de door de Commissie gehanteerde 'de minimis'-regel. Deze houdt in dat aanmelding niet nodig is wanneer de steun aan een onderneming niet meer bedraagt dan 100.000 ecu over een periode van drie jaar. (Mededeling Commissie Pb.1996, C 68/9). De problemen met de steun door minister Zalm aan de bezinestations in de grensstreek met Duitsland tonen aan dat het soms onduidelijk is wanneer er sprake is van één onderneming: moet er gekeken worden naar de afzonderlijke tankstations of naar de maatschappij die meerdere tankstations in eigendom heeft en beheert? Wanneer gemeenten de steun onder de 'de minimis'-regel houden behoeven zij dus niet aan te melden.

Voor hen is het ook van groot belang dat in 1998 door de Raad van Ministers Verordening 994/98 is vastgesteld voor horizontale staatssteun (Pb. 1998, L 142/1). Deze biedt de Commissie de mogelijkheid bij 'uitvoeringsverordening' een generieke vrijstelling voor aanmelding te geven voor bepaalde categorieën horizontale steun. Naast de 'de minimis'-regel, die daarmee het karakter krijgt van wetgeving, noemt de Verordening als mogelijke categorieën:

steun voor kleine en middelgrote ondernemingen, onderzoek en ontwikkeling, milieubescherming, werkgelegenheid en opleiding.

Op dit moment circuleren er drie ontwerp-verordeningen van de Commissie: voor de 'de minimis', voor steun aan kleine en middelgrote ondernemingen en voor opleidingssteun. Verwacht wordt dat deze generieke vrijstellingen binnenkort in werking zullen treden.

Gemeenten zouden ook goed in de gaten moeten houden wanneer nog andere generieke vrijstellingen zich aandienen. Zeker wanneer het gaat om voor hen belangwekkende terreinen als werkgelegenheidssteun en milieusteun verdient het overweging gebruik te maken van een inspraak mogelijkheden die de Verordening biedt. Deze schrijft de Commissie voor om het voornemen van een generieke vrijstelling te publiceren en alle betrokken personen en organisaties binnen een bepaalde termijn in staat te stellen hun opmerkingen te maken (artikel 6, Vo.994/98).

5. Kansen op goedkeuring

Ook wanneer er meer uitzonderingen komen op de aanmeldingsplicht, zullen gemeenten toch in zeer veel gevallen de steun aan de toetsing door de Commissie moeten onderwerpen. Zeker wanneer de Commissie daarbij de twee mogelijke fasen van voorlopige en formele procedure doorloopt, kan het wel enige tijd duren voordat de gemeente weet of de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. (Over de mogelijkheden van beroep die daarna nog bestaan wil ik het nu niet hebben.) Omdat de steun niet mag worden verleend zolang zij niet is aangemeld en de Commissie er niet positief over heeft beslist, hebben gemeenten er belang bij de voorgenomen steunmaatregel zo veel mogelijk aan te passen aan de opvattingen van de Commissie en de rechtspraak van Hof en Gerecht. Dat verkort de procedure - wellicht kan volstaan worden met de voorlopige fase die gemiddeld slechts 4 tot 6 maanden vraagt - en vergroot de kans op een positieve beschikking.

In de voorgenomen handleiding zal de relevante rechtspraak en beschikkingenpraktijk van de Commissie worden besproken. Daarbij zal ook blijken dat decentrale overheden goed kennis moeten nemen van de verschillende richtsnoeren en kaderregelingen over diverse vormen van steun die de Commissie in de loop der tijd heeft gepubliceerd (en ook regelmatig aanpast).

Zo maakt de Kaderregeling inzake overheidssteun voor ondernemingen in achtergestelde stadwijken (Pb. 1997, C 146/6) duidelijk welke steun gemeenten naar de opvatting van de Commissie kunnen geven. Voor gemeenten zijn ook van belang de Communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (Pb.1999, C 288/2), de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu (Pb. 1994, C 72/3) en de Richtsnoeren betreffende werkgelegenheidssteun (Pb.1995, C 334/4 of Pb.1997 C 1/10). Zolang de generieke vrijstellingsverordeningen op grond van Verordening 994/98 nog niet inwerking zijn getreden gelden nog de betreffende mededelingen of kaderregelingen zoals de Communautaire kaderregeling inzake overheidssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen (Pb.1996 C 213/4). Met name de gemeenten die op de Nederlandse regionale steunkaart staan moeten kennisnemen van de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen (Pb. 1998, C 74/9 wijziging Pb.2000, C 258/5) en de Multisectorale kaderregeling grote investeringen (Pb. 1998, C 107/7). Uit deze richtsnoeren kan - met moeite overigens - ook worden afgeleid hoe het zit met de cumuleringsmogelijkheden van verschillende steuninstrumenten. Hoeveel procent MKB-steun kan gegeven worden in een steunkaartgemeente en hoe moet rekening gehouden met het communautaire steunplafond? Overigens mag niet vergeten worden dat de Commissie naast deze horizontale richtsnoeren ook nog aparte regelingen kent voor bepaalde sectoren, zoals de landbouw en visserij, de verschillende deelsectoren van vervoer, de automobielenindustrie, de scheepsbouw etcetera. Gemeenten die op die terreinen steun willen geven moeten die regelingen dus kennen.

6. Wat nu als er niet is aangemeld?

Het EG-recht kent uitgebreide procedureregels en -rechtspraak op het terrein van staatssteun. De basis daarvoor vinden we in de genoemde Procedureverordening 659/1999. Onder normale omstandigheden zullen gemeenten vooral te maken krijgen met de aanmeldingsprocedure voor voorgenomen steun. Binnen de beknopte ruimte van deze bijdrage is het, na het voorafgaande, meer zinvol stil te staan bij de vraag wat hen te wachten staat wanneer zij bepaalde steun ten onrechte niet hebben aangemeld. Strikt juridisch geredeneerd kan het antwoord kort zijn: de steun moet alsnog worden aangemeld. Een praktisch probleem dat daarbij altijd optreedt is echter dat de steun niet mag worden toegekend zolang de Commissie geen positieve beschikking heeft gegeven. Deze standstill-bepaling kan de gemeente in moeilijkheden brengen wanneer er al afspraken met ondernemingen zijn gemaakt of toezeggingen zijn gedaan. Daarnaast loopt men natuurlijk het gevaar dat de Commissie de toegekende steun niet goedkeurt of alleen onder nadere voorwaarden. De boze gedachte kan dan opkomen om toch maar niet aan te melden en de gok te nemen dat de Commissie er niet achter komt. In dat geval moet wel een aantal punten goed bedacht worden.

Allereerst moet bedacht worden dat het gevaar dat de Commissie de inbreuk ontdekt dicht bij huis ligt. In de praktijk zijn het vooral de benadeelde concurrenten, de oplettende journalisten, de politieke oppositie en anderen uit de naaste omgeving, die de Commissie van de niet-aangemelde steun op de hoogte brengen. Volgens het procesrecht moet de Commissie iedere klacht onderzoeken. Hangende het onderzoek kan de Commissie opschorting van de steun vorderen en - onder bepaalde voorwaarden - zelfs voorlopige terugvordering eisen. Wanneer eenmaal vast is gesteld dat de toegekende steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, is de Commissie zelfs verplicht de onrechtmatige steun terug te vorderen en wel met rente. De verplichting wordt opgelegd aan de lidstaat Nederland, maar de centrale overheid zal in de regel de gemeente die de onrechtmatige steun heeft gegeven met de terugvordering belasten.

In de tweede plaats moet de gemeente die tot terugvordering geroepen is bedenken dat het EG-recht nauwelijks ruimte laat om aan de terugvordering te ontkomen. De enige mogelijkheid is eigenlijk de verjaringstermijn van 10 jaar (langer dan die van de Algemene wet bestuursrecht bij subsidie!). Dat de onderneming failliet gaat door de terugvordering is niet relevant. Verder komt de gemeente in een zeer ongelukkige positie te verkeren ten opzichte van de ondernemingen die zij steun heeft gegeven. Deze kunnen zich namelijk niet tegen de terugvordering verzetten met een beroep op opgewekte

verwachtingen of goede trouw door het optreden van de gemeente. Het Hof van Justitie heeft namelijk bepaald dat ondernemingen alleen een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun mogen hebben als deze met inachtneming van de aanmelding- en goedkeuringsprocedure is verleend. De Europese rechter verwacht dus van steunontvangende ondernemingen dat zij zich ervan vergewissen dat de steun is aangemeld en goedgekeurd. Gemeenten die met niet-aangemelde steunmaatregelen werken moeten er dus maar eens over nadenken hoe zij hun gezicht redden tegenover ondernemingen die informeren of de steun wel is aangemeld en goedgekeurd. De zeer beperkte ruimte om aan terugvordering te ontkomen kan verklaard worden uit het feit dat met de terugvordering de concurrentiepositie tussen ondernemingen weer hersteld moet worden in de situatie voordat de onrechtmatige steun werd gegeven. Dat betekent dat er ook maar beperkte ruimte bestaat voor de ondernemingen die de steun moeten terugbetalen om schadevergoeding te vorderen van de gemeente. Het doel van herstel van de oude toestand wordt immers niet bereikt wanneer de onderneming schadevergoeding krijgt in ruil voor steun. Dat neemt echter niet weg dat gemeenten er wel op moeten rekenen dat de nationale rechter een schadevergoedingsactie voor economische meerkosten van ondernemingen - bijvoorbeeld kosten die voortvloeien uit het openbreken van bepaalde contracten - zal honoreren. Ook inbreuken op het communautaire steunregime vallen immers in beginsel onder de Francovich-aansprakelijkheid.

In de vierde plaats moet er op gewezen worden dat de standstill-bepaling rechtstreekse werking heeft. Dat betekent dat een benadeelde concurrent van de ten onrechte gesteunde onderneming zich tot de nationale rechter kan wenden om stopzetting van de steun en eventueel terugvordering daarvan te eisen. Het gevaar komt dus ook van de nationale rechter.

Tot slot: gemeenten die staatssteun ten onrechte niet hebben aangemeld, zitten in een moeilijk parket. Zij lopen een aanzienlijk risico via de Commissie of de nationale rechter te worden aangepakt. Daarmee slaan zij een flater tegenover de ondernemingen die op hun deskundigheid van het EG-recht dachten te kunnen en mogen vertrouwen. Wanneer zij menen door de standstill-bepaling bij 'aanmelding alsnog' in moeilijkheden te komen, is het verstandiger hun problemen eens voor te leggen aan het Coördinatiepunt Staatssteun van BZK, dan de kop in het zand te steken.

Wat betreft de voorgenomen steunmaatregelen - in de ruime betekenis van dat begrip - is het zaak zo snel mogelijk goed op de hoogte te zijn van de Europese regels en rechtspraak op dit terrein. De aangekondigde handleiding hoopt daarbij behulpzaam te zijn.

P.S.

De handleiding is in september 2001 verschenen bij Kluwer als eerste deel in de serie Europees recht voor decentrale overheden onder de titel Staatssteun en EG-recht, praktische handleiding en checklisten.