

praktijkvraag

12 april 2010

Kan een niet-markt conforme lening tussen een provincie en een gemeente tot staatssteun leiden ?

Vraag:

Onze provincie vraagt zich af of het mogelijk is, gelet op de staatssteun- en mededingingsregels, om een lening aan een gemeente te verstrekken tegen een lagere rente dan marktconform is, ten behoeve van grondaankopen?

Antwoord:

Er kan mogelijk sprake zijn van staatssteun tussen de provincie en de gemeente, wanneer de gemeente als onderneming handelt. Gekeken moet worden naar het doel en het effect van het overheidshandelen. Gaat het om het verrichten van een publiek belang of om puur economische activiteiten? Wanneer de gemeente een overheidsprerogatief (dat wil zeggen een typische overheidstaak) uitvoert is er geen sprake van het verrichten van economische activiteiten. Wanneer de gemeente weldegelijk als onderneming kan worden gezien omdat deze geen overheidsprerogatief uitvoert, kan de niet-marktconforme lening er aan bijdragen dat de gemeente de concurrentie op de vastgoedmarkt vervalst, waardoor de gemeente mogelijk in strijd met de staatssteun- en de mededingingsregels handelt.

Uitleg:

Markt en overheid

Het Europese mededingingsrecht en de Mededingingswet zijn van toepassing op het gedrag van ondernemingen. Overheden kunnen dus, indien zij handelen als onderneming, onder de mededingingsregels vallen. Een algemeen hanteerbare omschrijving van overheid als 'onderneming' ontbreekt. Volgens het staatssteunrecht en het Wetsvoorstel Markt en Overheid (dat momenteel ter behandeling ligt bij de Eerste Kamer) geldt dat een 'onderneming' elke eenheid is die goederen of diensten op een markt aanbiedt. Op het moment dat een overheid dus goederen of diensten op een markt aanbiedt, kan zij vanuit die optiek als onderneming worden gezien. De (ver)koop en exploitatie van grond moet als een economische activiteit worden gezien. Overheden handelen als onderneming bij grondexploitatie. Wanneer een decentrale overheid grond koopt of verkoopt, verricht zij een economische activiteit en handelt zij in beginsel als onderneming. Wanneer een decentrale overheid handelingen verricht op het gebied van ruimtelijke ordening is er doorgaans geen sprake van economische activiteiten, omdat het hier gaat om overheidsprerogatieven.

Wanneer de provincie voornemens is om een niet-marktconforme lening te verstrekken aan een gemeente is er mogelijk sprake van staatssteun. Of dit werkelijk zo is, hangt van de vraag af of deze lening bestemd is voor het uitoefenen van een publiekrechtelijke taak van de gemeente. In dat geval treedt de gemeente niet als onderneming op, maar verricht zij overheidsprerogatieven. Voor zover dit leidt tot concurrentievervalsing kan dit worden gerechtvaardigd door het publiek belang dat met het verrichten en financieren van deze activiteiten is gemoeid. Om die reden worden in de gedragsregels uitzonderingen gemaakt voor gevallen waarin het publiek belang noopt tot de financiering van de desbetreffende activiteiten (par.2.1.4. [Memorie van Toelichting wetsvoorstel markt en overheid](#)).

In sommige situaties kan een gemeente ook deels als onderneming en deels als overheidsorgaan optreden. In de zaak Amsterdamse Bloemenmarkt (Besluit NMa 26 november 1998, zaak 101) heeft de NMa geoordeeld dat de gemeente Amsterdam met betrekking tot de uitgifte van grond in erfpacht handelt in de hoedanigheid van ondernemer. Echter, voor wat betreft het assortimentsvoorschrift in de erfpachtovereenkomst is geoordeeld dat de gemeente Amsterdam dit deed ter uitvoering van haar publieke taak. Verder heeft de NMa besloten dat het inzetten van prijsdifferentiatie bij grondexploitatie als instrument voor sociale huisvesting als overheidsprerogatief gekenschetst kan worden (Besluit

NMa 12-09-2002, Vereniging eigen Huis, zaak 2493/30). Kortom: gekeken moet worden naar het doel en het effect van het overheidshandelen. Gaat het om het verrichten van een publiek belang of om puur economische activiteiten?

Wanneer de gemeente als onderneming kan worden gezien omdat deze geen overheidsprerogatief uitvoert, kan de niet-marktconforme lening er aan bijdragen dat de gemeente de concurrentie op de vastgoedmarkt vervalst. In dat geval zijn de mededingingsregels van toepassing (zie [uitspraak CBB 15-01-2008](#)) omdat er sprake kan zijn van een schending van artikel 102 VwEU en artikel 24 Mw.; de niet-marktconforme lening van de provincie aan de gemeente kan de machtspositie van de gemeente, handelend als onderneming, op de vastgoedmarkt namelijk versterken.

Niet-markt conforme lening en staatssteun.

Wanneer de gemeente de niet-marktconforme lening van de provincie inzet voor economische activiteiten, die buiten de publieke taak van de gemeente vallen, kan er sprake zijn van een niet-marktconform voordeel dat aan de gemeente als onderneming wordt verleend. De (nog niet inwerking getreden artikelen 25 g t/m 25m Wet Markt en Overheid) bieden hier een leidraad. Dit voordeel kan naast het creëren van een machtspositie voor de gemeente op (regionale) markt leiden tot een vervalsing van de mededinging en het handelsverkeer. In dat geval zou er zeer goed sprake kunnen zijn van staatssteun, ex artikel 107 lid 1 VwEU.

Aankoop gronden

Ongeacht de vraag of de gemeente als onderneming handelt, dient deze rekening te houden met de mededeling inzake grondtransacties. Wanneer een decentrale overheid transacties met grond of gebouwen met een onderneming aangaat voor een prijs die afwijkt van de marktprijs, kan er al gauw sprake zijn van staatssteun. De voorwaarden, waaronder de koop van gronden en gebouwen door ondernemingen als marktconform wordt gezien, worden uitgelegd in deze [Mededeling van de Commissie](#). De twee procedures zijn:

- verkoop aan de hoogste bieder na een voldoende openbaar gemaakte en onvoorwaardelijke biedprocedure;
- verkoop volgens de marktwaarde zoals vastgesteld door een onafhankelijke deskundige (taxateur). De taxatie dient te worden uitgebracht vóór de verkooponderhandelingen.

Wordt er een van de twee procedures gevolgd, dan gaat de Commissie ervan uit dat er met de transactie geen staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VwEU is gemoeid. Decentrale overheden dienen transacties waarbij deze procedures niet zijn gevolgd bij de Commissie aan te melden, zodat deze kan vaststellen of er sprake is van staatssteun en, indien dat het geval is, de steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan verklaren.

Relevante publicaties

'De strijd tegen oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen', N. Neij, NTER, maart 2010.
'Mededingingsrecht voor decentrale overheden', A. Gerbrandy en B. Hessel. Kluwer, 2004.

Meer informatie op de website van Europa decentraal

[Dossier Europees Mededingingsrecht](#)

[Dossier Staatssteun: Grondtransacties](#)

[Praktijkvraag: Overheid als onderneming](#)

[Wetsvoorstel Markt en Overheid](#)