

MEMO

LEGAL PRIVILEGE - VERTROUWELIJKE ADVOCaat-CLIENT CORRESPONDENTIE

VERTROUWELIJK – BESTEMD VOOR INTERN BERAAD

Van : Cees Dekker - advocaat
Aan : Provincie Groningen - [REDACTED]
Datum : 12 mei 2022
Betreft : advies zilte teelt
Referentie : 243477/CTD

Conclusies en aanbevelingen

- Er kan niet met zekerheid gesteld worden dat de erfpachtcanon die de Provincie aan BBR betaald heeft geen steun vormt. Daartoe zou een goed onafhankelijk onderzoek naar de waarde van de grond voor de Provincie moeten worden verricht en zouden de alternatieven die de Provincie mogelijk had ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met BBR goed in kaart moeten worden gebracht.
- Als na een dergelijk onderzoek geconcludeerd zou worden dat de erfpachtcanon steun inhield zou ervoor gekozen kunnen worden de steun aan te melden bij de Europese Commissie. Ik acht de kans dat de Commissie de steun zal goedkeuren echter niet groot. Melding bij de Commissie is niet verplicht.
- Als geconcludeerd wordt dat sprake is van steun ten gunste van BBR en de Commissie geen goedkeuring heeft gegeven, dient de steun te worden teruggevorderd van BBR. Daarvoor is geen besluit van de Europese Commissie of voorafgaande rechterlijke uitspraak nodig.
- Terugvordering van de steun (dat wil zeggen: terugvordering van het teveel betaalde) kan ertoe leiden dat BBR de nietigheid van de met de Provincie gesloten overeenkomst inroept. Dat kan tot allerlei ongedaanmakingsverplichtingen leiden.
- Tegelijkertijd met terugvordering zou de mogelijkheid van (alsnog) een onteigening (althans: een minnelijk traject ter voorkoming van onteigening) onderzocht kunnen worden en zo mogelijk gestart kunnen worden.

I. Achtergrond en vraagstelling

Het Waterschap Noorderzijlvest heeft vastgesteld dat de primaire kering tussen de Eemshaven en Delfzijl (van kilometer 38.70 tot en met kilometer 27.00) niet voldoet aan het vereiste veiligheidsniveau uit de Waterwet. De dijk is over een traject van 11,5 km

afgekeurd op macrostabiliteit binnenwaarts. Over een lengte van ongeveer 8 km is de bekleding van de dijk eveneens afgekeurd.

Door de bestuurlijke en maatschappelijke impact van de aardbevingen in de provincie Groningen heeft het Waterschap Noorderzijlvest in samenspraak met de Ministeries van Infrastructuur en Milieu (I&M) en Economische Zaken (EZ) is de dijkverbetering versneld.

Er is een alternatief bedacht voor (enkele) ophoging en verbeterde primaire waterkering, inhoudend dat er een tweede dijk (binnendijk) is aangelegd in het achterland achter de buitendijk, waardoor er tussen de buitendijk en de binnendijk een tussengebied ontstaat met zogenoemde meekoppelkansen. De dubbele dijk is een alternatief voor een grote investering (vooral steenbekleding) in de voorliggende kering. De traditionele oplossing en de daaraan gekoppelde raming is vergeleken met de kosten van de veiligheidsmaatregelen die in het project dubbele dijk zijn meegenomen. Het gebied tussen beide dijken bestaat uit twee delen. In het zuidelijk deel (10 hectare) kan slib bezinken en nieuwe natuur ontstaan. Het noordelijk deel (27 hectare) is bestemd voor zilte teelt en aquacultuur (kweken van bijvoorbeeld vis, garnalen, en zeewier).

Vooraf is berekend dat deze oplossing financieel aantrekkelijker zou zijn dan het ophogen en verbeteren van de zeedijk. Het alleen ophogen en verbeteren van de zeedijk zou EUR 24,6 miljoen kosten, het alternatief met twee dijken en een tussengebied zou (netto) EUR 20,5 miljoen kosten. De realisatie van het alternatief is dus EUR 4,1 miljoen goedkoper dan de enkele versterking van de zeedijk. Bovendien zou de dubbele dijk een potentiële besparing opleveren voor de waterveiligheidsopgave. Deze kan oplopen tot circa € 7,9 miljoen indien ook de grondwaarde van het Wadlab-deel behouden blijft.

Om de doelstellingen in het tussengebied te kunnen verwezenlijken dienden gronden in dit gebied te worden verworven. Daartoe heeft de provincie van Bakker Bierum Registergoed B.V. (BBR) afgerond 51 ha grond in erfpacht verworven voor een periode van 26 jaar, tegen een eenmalige canon van EUR 7.908.000 en een vergoeding van EUR 373.000 wegens snijschade.

De provincie zal vervolgens 30 ha verpachten aan ondernemers ten behoeve van zilte teelt en aquacultuur, tegen een pacht prijs van EUR 2.000 per ha. Deze wordt voor de periode van 26 jaar gecijferd op EUR 1.731.771. Daarenboven ontvangt de provincie 20% van de winst van de betrokken ondernemingen. Deze is in de business case geprognosticeerd op totaal EUR 8.681.947 over 26 jaar. Voorts worden nog inkomsten verwacht uit de verkoop van slib (gecijferd op EUR 2.262.772 over de gehele looptijd). Op basis van de inkomsten is betoogd dat de canon van (afgerond) EUR 7,9 miljoen marktconform is.

U heeft mij de nodige documenten ter beschikking gesteld waaronder de cijfermatige opstelling van de businesscase van de exploitatie van het tussengebied.

Tegen deze achtergronden heeft u mij de vraag gesteld of de verwervingsprijs van de gronden van BBR staatssteun aan Bakker heeft ingehouden en, als dat het geval is, wat daarvan de gevolgen zijn.

II. Beoordeling

II.1 Beoordelingskader

Uit artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), blijkt dat sprake is van een steunmaatregel indien wordt voldaan aan de volgende criteria:

- a) met overheidsmiddelen
- b) een voordeel wordt verstrekt
- c) aan een onderneming
- d) waardoor de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed
- e) en de mededinging wordt vervalst.

Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU moet aan al deze criteria zijn voldaan om van een steunmaatregel te kunnen spreken. Blijkt dus dat aan een van de criteria niet wordt voldaan, dan vormt de betreffende maatregel geen steunmaatregel en zijn er vanuit het staatssteunrecht derhalve geen beperkingen om de maatregel uit te voeren.

Wanneer een maatregel kwalificeert als een steunmaatregel, betekent dat niet automatisch dat die maatregel verboden is. Het VWEU bepaalt namelijk dat steunmaatregelen moeten worden gemeld bij de Europese Commissie voordat zij ten uitvoer worden gelegd en dat het oordeel van de Commissie over de maatregel moet worden afgewacht. Op deze meldingsplicht bestaat een uitzondering voor (nog vast te stellen) maatregelen die voldoen aan de voorwaarden van Verordening (EU) 651/2014, de zogenaamde Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV). Aangezien er geen grondslag in de AGVV te vinden is voor rechtvaardiging van steun aan de familie Wolting in het kader van de aankoop, laat ik de AGVV verder buiten beschouwing.

De minimis steun

Wanneer aan de voorwaarden van de *de-minimis* verordening (Verordening (EU) nr. 1407/2013) wordt voldaan is bovendien een maatregel niet te kwalificeren als staatssteun. *De minimis* steun wordt vanwege de geringe omvang geachte de tussenstaatse handel niet te beïnvloeden, zodat niet aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU is voldaan.

De minimis steun mag maximaal € 200.000 per drie belastingjaren bedragen. Voor de landbouwsector geldt een maximum van € 15.000 per drie belastingjaren (zie Verordening (EU) 1408/2013).

II.2 Toetsing criteria artikel 107, lid 1, VWEU

II.2.1 Algemene opmerkingen

Zoals gezegd is sprake van een steunmaatregel wanneer de maatregel voldoet aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU. Niet alle criteria behoeven hier uitgebreide bespreking. Het is evident dat *als* door de Provincie een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is verstrekt aan BBR dat voordeel met overheidsmiddelen bekostigd is. Ook blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de vervalsing van de mededinging in feite een gegeven is indien een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU wordt verstrekt aan een onderneming die zich begeeft op een markt die voor concurrentie open staat. BBR (en de groep ondernemingen waartoe BBR behoort, hierna aan te duiden als Bakker Bierum Groep of BBG¹) houdt zich met diverse economische activiteiten bezig op markten die open staan voor concurrentie. Zo meldt BBG op haar website:

“Bakker Bierum is een landbouwbedrijf dat sinds 1964 gevestigd is te Bierum. Aanvankelijk is Bakker Bierum begonnen met 50 hectare grond waarop pootaardappelen, tarwe en suikerbieten werden verbouwd. Door grond aan te kopen en door grond te huren exploiteert het bedrijf nu ongeveer 620 hectare met diverse gewassen.”

“Daarnaast is Bakker Bierum ook actief op het gebied van duurzame energie en heeft het bedrijf sinds 1992 meerdere koelcellen in beheer. Deze koelcellen zijn in gebruik voor de bewaring van pootaardappelen en wortelen. Gedeeltelijk worden de ruimten verhuurd aan derden. Er kunnen ruim 25000 kisten van twee kubieke meter worden opgeslagen op twee locaties namelijk in Bierum en in de Eemshaven. Waaronder tienduizend kubieke meter vriesruimte tot min dertig graden C.”

Hieruit blijkt eveneens dat BBG een onderneming is in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

II.2.2 Beïnvloeding tussenstaatse handel

Aan het criterium ‘beïnvloeding van de tussenstaatse handel’ wordt blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie reeds voldaan indien de mogelijkheid van die beïnvloeding, ook als die gering is, bestaat. Er hoeft geen sprake zijn van een daadwerkelijke beïnvloeding.

Van mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel is volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet alleen sprake wanneer steun wordt verleend aan een onderneming die zichzelf bezighoudt met import of export van producten of diensten. Ook steun die wordt verleend aan een onderneming die niet zelf exporteert, maar die op de binnenlandse markt moet concurreren met producten uit andere lidstaten, kan het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden, aldus het Hof van Justitie. In een recent arrest heeft het Hof van Justitie van de EU zijn vaste rechtspraak op dit punt bevestigd:

¹ Het betreft een groep van ondernemingen waarvan de aandelen worden gehouden door Bakker Bierum Beheer (KvK-nummer: 02334720 0000).

- “82 Zoals blijkt uit de vaste rechtspraak van het Hof waarnaar het Gerecht in punt 157 van het bestreden arrest heeft verwezen, behoeft de Commissie niet te vast te stellen of er sprake is van een werkelijke beïnvloeding door de steun van de handel tussen lidstaten en een daadwerkelijke vervalsing van de mededinging maar dient zij enkel te onderzoeken of die steunmaatregelen dat handelsverkeer ongunstig kunnen beïnvloeden en de mededinging kunnen vervalsen (arresten van 29 april 2004, Italië/Commissie, C-372/97, EU:C:2004:234, punt 44, en 15 december 2005, Italië/Commissie, C-66/02, EU:C:2005:768, punt 111).
- “83 Wanneer steun van een lidstaat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het handelsverkeer in de Unie versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed (arresten van 17 september 1980, Philip Morris/Commissie, 730/79, EU:C:1980:209, punt 11, en 20 november 2003, Gemo, C-126/01, EU:C:2003:622, punt 41).”²

Volgens het Hof van Justitie kan ook steun aan ondernemingen die lokaal of regionaal diensten verrichten en geen diensten leveren buiten de staat van vestiging, gevolgen hebben voor de tussenstaatse handel, omdat

‘[w]anneer een lidstaat overheidssteun toekent aan een onderneming, (...) de verrichting van vervoersdiensten door die onderneming daardoor in stand [kan] blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun vervoersdiensten op de markt van die lidstaat te verrichten, afnemen (...)’.³

Een voorbeeld van de toepassing van het aldus ingevulde criterium in de beschikkingenpraktijk zien we in de beschikking van de Commissie inzake het Centrumplan Mill en Sint Hubert, waarin de Commissie overweegt ten aanzien van steun aan een ontwikkelingscombinatie van een woningbouwcorporatie en projectontwikkelaar die zich beide beperkten tot in elk geval de Nederlandse markt: ‘Aangezien ook ondernemingen uit andere lidstaten actief zijn in de Nederlandse bouwsector, valt niet uit te sluiten dat deze maatregel het intracommunautaire handelsverkeer verstoort’.⁴

Staatssteun kan de tussenstaatse handel dus reeds beïnvloeden wanneer zij een onderneming begunstigt die op een markt actief is waarop ook in andere lidstaten gevestigde ondernemingen actief kunnen worden. Het Hof van Justitie refereert immers aan een situatie waarin die ondernemingen uit andere lidstaten nog niet per se actief zijn op de betreffende markt, maar aan hun kansen om hun diensten op die markt (in de

² HvJ 11 december 2019, C-332/18P, Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon.

³ HvJ 24 juli 2003, C-280/00, Altmark. Deze passage betreft vervoersdiensten, maar is, gezien de formulering, evenzeer van toepassing op andere diensten of producten.

⁴ Besluit Commissie 14 oktober 2009, steunmaatregel N 555/2008 - Centrumplan gemeente Mill en St. Hubert.

betrokken lidstaat) aan te bieden. Dit is in feite het geval telkens wanneer steun wordt verleend aan een onderneming die opereert op een geliberaliseerde markt.

Het moge zo zijn dat de Europese Commissie een aantal jaar geleden in een aantal zaken heeft vastgesteld dat de tussenstaatse handel niet werd beïnvloed omdat er slechts een geringe invloed zou zijn op grensoverschrijdende investeringen en er slechts sprake zou zijn van lokale activiteiten, maar 1) het is maar de vraag of deze benadering in overeenstemming is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie (en het is dit Hof dat uiteindelijk bepaalt hoe het begrip 'beïnvloeding van de tussenstaatse handel' ingevuld moet worden en niet de Europese Commissie) en 2) de Europese Commissie heeft afgelopen jaren in even zovele gevallen geoordeeld dat de tussenstaatse handel wel beïnvloed werd in zaken die vergelijkbaar waren met die waarin zij oordeelde dat de tussenstaatse handel niet beïnvloed werd. Ik wijs er ook op dat wanneer over de transactie bij de nationale rechter wordt geprocedeerd (bijvoorbeeld door een derde-belanghebbende die zich benadeeld voelt), die rechter de lijn van het Hof kan (en zou moeten) volgen en niet de lijn van de Europese Commissie.

Dat ook het geringe bedrag van steun voor de Europese Commissie niet bepalend is, blijkt uit bijvoorbeeld het besluit van de Commissie waarbij zij beïnvloeding van de tussenstaatse handel mogelijk achtte door een bijdrage van de Duitse gemeente Kiel van € 342.739 op een totale investering van € 970.507 in een elektriciteitsleiding in een haven.

Mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel is nog eerder aan de orde indien de begunstigde onderneming (ook) actief is in de landbouwsector, zoals BBG, 'gelet op de bijzondere voorschriften die in de landbouwsector van toepassing zijn, en gezien het risico dat zelfs lage steunniveaus aan de criteria van artikel 107, lid 1, van het Verdrag kunnen voldoen'.⁵ Daarom is in de landbouwsector de ondergrens om aan te nemen dat sprake kan zijn van beïnvloeding van de tussenstaatse handel door de Commissie gelegd op € 15.000 per drie belastingjaren, terwijl dat buiten de landbouwsector een ondergrens wordt aangehouden van € 200.000 per drie belastingjaren. Boven die grens wordt de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel in beginsel aangenomen.⁶

Met betrekking tot steun voor ondernemingen die zich bezighouden met de opwekking van (wind)energie, wordt mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel ook eenvoudig aangenomen. Zie onder (veel) andere het besluit van de Commissie ten aanzien van een Deense regeling voor exploitanten van windturbines, waarin de Commissie overwoog:

⁵ Zie punt 2 van de considerans van Verordening (EU) nr. 1408/2013 van de Commissie van 18 december 2013 inzake de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de landbouwsector, PbEU 2013, L352/9.

⁶ Ik wijs erop dat wanneer jaarlijks een voordeel van bijvoorbeeld € 50.000 wordt verstrekt (bijvoorbeeld omdat een pachtsom € 50.000 'te laag is'), maar dat voordeel over een periode van (bijvoorbeeld) vijf jaar wordt verstrekt, de de-minimisgrens wordt overschreden, omdat het totale voordeel dan meer is dan € 200.000.

“The beneficiaries are active on the energy market, which is open for competition and in which there is trade between Member States. The scheme therefore distorts or threatens to distort competition and could have an effect on trade between Member States.”⁷

De conclusie moet dan ook zijn dat de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed door een bevoordeling van BBG, zodat aan dit criterium is voldaan.

II.2.3 Voordeel

Criteria om te bepalen of sprake is van een voordeel

Een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen.⁸ Hierbij zijn alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming relevant, en niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel.⁹

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is bepaald dat economische transacties die worden aangegaan door overheidsinstanties geen voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU verlenen aan de tegenpartij van die overheid indien zij marktconform verlopen.¹⁰ De Unierechter heeft het „beginsel van de investeerder (handelend) in een markteconomie” ontwikkeld om te bepalen of in gevallen van overheidsinvesteringen (en met name kapitaalinjecties) sprake is van staatssteun: om te bepalen of de investering van een overheidsinstantie staatssteun vormt, dient te worden beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particuliere op winst gerichte investeerder van een vergelijkbare omvang ertoe zou kunnen worden gebracht de betrokken investering te doen.¹¹ Voorts heeft de Unierechter, om te onderzoeken of met herstructurering van schulden door publieke schuldeisers staatssteun gemoeid is, het „criterium van de particuliere schuldeiser” ontwikkeld, waarbij de handelwijze van een publieke schuldeiser wordt vergeleken met die van hypothetische particuliere schuldeisers

⁷ Besluit Commissie 13 maart 2008, State aid No N 394/2007 – Denmark- Non-appliance to wind power plants of lower depreciation rate.

⁸ Zie reeds: arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, rechtsoverweging 60.

⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, rechtsoverweging 13.

¹⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a., C-39/94, ECLI:EU: C:1996:285, rechtsoverweging 60-61.

¹¹ Zie onder andere: arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen/Commissie, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57.

die zich in een vergelijkbare situatie zouden bevinden.¹² Ten slotte heeft de Unierechter het „criterium van de particuliere verkoper” ontwikkeld om na te gaan of met een verkoop door een overheidsinstantie staatssteun is gemoeid, door te kijken of een particuliere verkoper, onder normale marktomstandigheden, dezelfde of een betere prijs had kunnen krijgen.¹³

Deze criteria, toegepast op verschillende ‘rollen’ die de overheid kan aannemen zijn allemaal gebaseerd op hetzelfde principe: wanneer de overheid zich gedraagt zoals een particuliere op winstmaximalisatie gerichte onderneming dat zou doen, is er geen sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit wordt het *market economy operator principle* genoemd (MEOP). Nagegaan moet dus worden of een particuliere op winstmaximalisatie gerichte partij, in de omstandigheden waarin de Provincie zich thans bevindt, zou overgaan tot het aangaan van een erfpachtcontract tegen een canon van (eenmalig) € 8 miljoen voor een periode van 26 jaar of dat zij andere wegen zou bewandelen. Die beoordeling vergt dat wordt nagegaan of de Provincie bij een andere oplossing dan de voorgenomen oplossing beter af zou zijn geweest.

Dat blijkt uit de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg van de EU waarin het overwoog:

“Ook moet volgens de rechtspraak worden bedacht dat wanneer een onderneming waarvan de financiële situatie aanzienlijk is verslechterd, haar schuldeisers een akkoord of een reeks akkoorden voorstelt tot sanering van haar schulden, om haar situatie te verbeteren en haar liquidatie te voorkomen, elke schuldeiser een keuze moet maken tussen het bedrag dat hem in het kader van het voorgestelde akkoord wordt geboden, en het bedrag dat hij na de eventuele liquidatie van de onderneming denkt te kunnen verhalen. Zijn keuze wordt beïnvloed door een reeks van factoren, zoals de vraag of hij een hypothecaire, preferente of concurrente schuldeiser is, de aard en de omvang van zijn eventuele zekerheden, zijn beoordeling van de kansen op herstel van de onderneming, en de opbrengst die de liquidatie van de onderneming hem zou opleveren [...]. De Commissie diende dus voor elk van de betrokken overheidsinstanties met inaanmerkingneming van voormelde factoren te bepalen, of de door hen verleende kwijtschelding kennelijk omvangrijker was dan een hypothetische particuliere schuldeiser zou hebben verleend, die zich in een vergelijkbare situatie

¹² Zie bijvoorbeeld: arrest van het Hof van Justitie van 22 november 2007, Spanje/Commissie, C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698; arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2013, Frucona Košice a.s./Commissie, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32; arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332.

¹³ Arrest van het Gerecht van 28 februari 2012, Land Burgenland en Oostenrijk/Commissie, T-268/08 en T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90.

ten opzichte van verzoekster bevond als het betrokken overheidsorgaan en die de hem verschuldigde bedragen trachtte te verhalen [...].¹⁴

Dat deze vergelijking van de alternatieven moet worden gemaakt, en dat de overheid mag kiezen voor de minst slechte optie, volgt voorts ook duidelijk uit het besluit van de Europese Commissie inzake vermeende steun van de gemeente Arnhem aan voetbalclub Vitesse. Daarin deed zich de vraag voor of de gemeente Arnhem zich als marktconforme partij opstelde toen zij genoegen nam met een betaling van circa 12% van haar openstaande vordering op de voetbalclub. In dat besluit overwoog de Commissie:

“In dat verband is de Commissie het ermee eens dat de gemeente lijkt te hebben gehandeld als een hypothetische particuliere crediteur, binnen de mogelijkheden en beperkingen van de Nederlandse wetgeving, zou hebben gedaan. Indien de gemeente het akkoord had verworpen en in de aanname dat de rechter-commissaris het akkoord niet bindend had verklaard, zou een faillissement van Vitesse hebben betekend dat alle schuldeisers een geringer deel van hun vorderingen hadden kunnen innen. De bewindvoerders geven in hun verslag aan dat het totaal van de betalingen in het kader van het akkoord hoger ligt dan het totaal van de activa op de balans van Vitesse. Voorts verklaren de bewindvoerders dat de KNVB bij een faillissement de profvoetballicentie van Vitesse had ingetrokken en dat alle spelers de club dan transfervrij konden verlaten; de mogelijke vergoedingen met betrekking tot deze spelers vertegenwoordigen echter het grootste deel van de immateriële activa op de balans van Vitesse, namelijk 1 982 000 EUR op een bedrag van 2 854 000 EUR.

Bijgevolg concludeert de Commissie dat de gemeente Arnhem aan Vitesse geen voordeel heeft verleend toen zij, in het kader van een procedure van surseance van betaling, instemde met het crediteurenakkoord, maar veeleer heeft gehandeld als een in dezelfde positie geplaatste hypothetische particuliere crediteur zou hebben gedaan.¹⁵ (onderstreping toegevoegd - CTD)

Er zal dus moeten worden nagegaan wat voor de Provincie de meest gunstige optie is geweest.

Ten slotte blijkt uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van de EU dat, om te kunnen zeggen dat conform het MEOP gehandeld is, gedegen is onderzocht welke opties er zijn (bijvoorbeeld door juridische advies in te winnen voordat de transactie wordt verricht) en die opties vervolgens – eveneens voordat de transactie wordt verricht – worden afgewogen.¹⁶

¹⁴ Arrest Gerecht van Eerste Aanleg 17 mei 2011, Buczek Automotive, T-1/08. Het arrest van het Gerecht is bevestigd door het Hof van Justitie. De verwijzingen naar andere jurisprudentie zijn uit het weergegeven citaat weggelaten.

¹⁵ Besluit Europese Commissie 6 maart 2013, Steunmaatregel SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN) – Vermeende steun gemeenten aan de Nederlandse profvoetbalclubs Vitesse, NEC, Willem II, MVV, PSV en FC Den Bosch in de periode 2008-2011.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Gerecht 22 mei 2019, T-791/16, Real Madrid Club de Fútbol.

Beoordeling of de Provincie heeft gehandeld volgens het MEOP

Om te kunnen bepalen of de Provincie bij de transactie met BBR heeft gehandeld volgens het MEOP, moet ten eerste worden bepaald of de Provincie een marktconforme erfpachtcanon aan BBR betaalt.

Of een transactie marktconform is, kan volgens de Europese Commissie in de volgende situaties onmiddellijk worden vastgesteld aan de hand van transactie specifieke marktinformatie:

- a) wanneer de transactie plaatsvindt op voet van gelijkheid (pari passu) tussen overheidsinstanties en private partijen, of
- b) wanneer het daarbij gaat om de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties) via een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure.¹⁷

Het punt onder a (waarbij private partijen op gelijke voet met de overheid investeren), is hier niet aan de orde. Het punt onder b was evenmin aan de orde, omdat de Provincie een specifieke stuk grond nodig had en het hanteren van een tender dus geen mogelijkheid was.

Indien een transactie niet via een tender plaatsvindt kan de marktconformiteit worden beoordeeld via i) benchmarking of ii) andere waarderingsmethoden.

Gezien het unieke karakter van de transactie verwacht ik dat een benchmark lastig of niet te maken is.

Dat betekent dus dat de aan BBR betaalde erfpachtcanon moet worden gebaseerd op een taxatie.¹⁸ Die moet zijn gebaseerd op de beschikbare objectieve, verifieerbare en betrouwbare gegevens die voldoende gedetailleerd zijn en die de economische situatie tot uiting brengen zoals die bestond op het tijdstip waarop tot de transactie werd besloten, rekening houdende met de risicograad en toekomstige verwachtingen.¹⁹ De Commissie stelt zich op het standpunt dat “de robuustheid van de waardering in de regel [dient] te worden bevestigd door een gevoeligheidsanalyse uit te voeren waarin verschillende zakelijke scenario's worden onderzocht, noodplannen worden opgesteld en de uitkomsten worden vergeleken met alternatieve waarderingsmethoden.²⁰ Het is mogelijk dat een nieuwe waardering (vooraf) moet worden uitgevoerd indien de transactie vertraging oploopt en rekening moet worden gehouden met veranderingen in de marktomstandigheden.²¹

¹⁷ Zie de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: Mededeling Commissie), PbEU 2016, C262/1, punt 83 e.v.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld Gerecht 16 september 2004, Valmont Nederland BV/Commissie, T-274/01, ECLI:EU:T:2004:266.

¹⁹ Gerecht 29 maart 2007, Scott SA/Commissie, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99

²⁰ Mededeling Commissie, punt 101.

²¹ Idem.

In onderhavig geval betekent dit het volgende.

De erfpachtcanon van ineens € 8 miljoen *kan* gerechtvaardigd zijn en zou geen niet-marktconforme bevoordeling voor BBR betekenen indien de, door de Provincie betaalde canon, gegeven de inkomsten die de Provincie kan genereren met de verpachting van de betreffende gronden, de canon is die een op winstmaximalisatie gerichte private onderneming ook bereid zou zijn geweest te betalen. Daarbij is het natuurlijk gerechtvaardigd dat BBR, wetend wat de plannen zijn met de gronden in het betreffende gebied, bij het verpachten aan de Provincie, ook naar winstmaximalisatie streeft.

Ik heb in het dossier berekeningen gezien van de business case voor de exploitatie van het tussendijkse gebied. Uit het document “Rekenmodel na GS besluit 12 juli 2016” blijkt dat op een totaal van kosten over de periode van 26 jaar van € 12,3 miljoen, inkomsten kunnen worden gegenereerd van € 16,4 miljoen. Zo bezien wordt er een substantieel positief resultaat behaald en vanuit dat perspectief lijkt de business case dus een canon van € 8 miljoen te kunnen dragen.

Hierbij moet echter een aantal kanttekeningen worden geplaatst ten aanzien van de ‘robuustheid’ van de business case en de consequenties voor de Provincie.

- Ik heb begrepen dat de gegevens die ten grondslag liggen aan de business case afkomstig zijn van de betrokken partijen. Mij is niet duidelijk is of de business case door een externe deskundige is opgesteld en/of getoetst;
- Terwijl de uitgave voor de erfpachtcanon aan BBR zeker is, zijn de inkomsten die gerelateerd zijn aan de teeltopbrengsten onzeker. Niet duidelijk is hoe hiermee in de ‘waardebepaling’ van de te pachten grond rekening is gehouden. Een gevoeligheidsanalyse ontbreekt.²² Dit is van belang aangezien in het document *Business case innovatie Dubbele dijkzone* wordt aangegeven: “Uitgangspunt is een vaste pacht prijs van € 2.000 per ha per jaar en een afdracht van de winst die kan oplopen tot € 10.000 per hectare (Antea, 2015).”²³ In het “Rekenmodel na GS besluit 12 juli 2016” is kennelijk alleen rekening gehouden met deze maximaal ingeschatte afdracht.
- Als ik het goed zie gaat het document “Rekenmodel na GS besluit 12 juli 2016” niet uit van netto contante waarden, maar van de totalen over de gehele periode. Daar waar de grootste uitgave (de canon) in het begin van de 26-jaarsperiode ligt, terwijl de inkomsten pas later beginnen en gespreid zijn over een lange periode, zou een berekening op basis van de contante waarde van de betrokken bedragen tot een lager inkomen leiden. Maar mogelijk is deze observatie niet juist.
- Ik kan van alle onderbouwingen van de business case niet altijd de datum van de opstelling achterhalen. De erfpachtakte is getekend op 21 december 2016. Alle

²² Ik signaleer in dit verband ook de opmerking van taxateur Havenga: “Mede gezien de aanvangsrisico’s, de beperkte tijdsduur en de opruimingskosten kleven in onderhavige situatie zeer veel risico’s aan het pilotproject voor de huurder.” (Taxatierapport “Advies aangaande de hoogte van de huursom voor zilte gronden gelegen binnen de dubbele dijk te Bierum” van februari 2021). Hoewel dit over de positie van de huurder van de Provincie gaat, zullen risico’s bij de huurders ook relevant zijn voor de inkomsten van de Provincie.

²³ P. 4 van het document.

onderbouwingen van de business case die de canon rechtvaardigen moeten van voor die datum dateren. Anders kunnen zij niet een factor hebben gevormd waarmee bij de bepaling van de hoogte van de canon rekening kon worden gehouden.

- In verschillende documenten wordt er gewag van gemaakt dat het gebruik van de tussendijkse gronden een proef is. Juist dat lijkt er ook op te duiden dat voorzichtig moet worden omgegaan met de verwachte inkomsten.

Hiermee is niet gezegd dat sprake is van onjuiste cijfers en dat de business case de canon van € 8 miljoen niet zou kunnen dragen. Wel dat de door de Commissie verlangde bevestiging van de robuustheid van de waardering door een gevoeligheidsanalyse waarin verschillende zakelijke scenario's worden onderzocht, noodplannen worden opgesteld en de uitkomsten worden vergeleken met alternatieve waarderingmethoden, ontbreekt. Mocht de Commissie een onderzoek doen dan is de kans dan ook groot dat zij zal concluderen dat de Provincie zich niet heeft gedragen volgens het MEOP omdat zij haar besluit om de canon af te kopen voor € 8 miljoen onvoldoende heeft onderzocht.

Los van de business case spelen in dit verband nog andere factoren:

- Niet duidelijk is waarom de Provincie heeft moeten kiezen voor een afkoop van de canon (betaling ineens) voor een periode van 26 jaar;
- Niet duidelijk is waarom de Provincie de grond niet in eigendom heeft kunnen/willen verwerven (bijvoorbeeld door voor een korte termijn te pachten, zodat de dubbele dijk snel gerealiseerd kon worden, met vervolgens verwerving in eigendom);
- Een alternatief voor de Provincie zou zijn geweest de grond te onteigenen (althans een traject in te zetten van minnelijke verwerving ter voorkoming van onteigening). In dat geval had aan BBR een volledige schadeloosstelling betaald moeten worden. Mij is niet bekend wat in dat geval die schadeloosstelling zou zijn geweest. Wanneer echter, om conform het MEOP te handelen, alle mogelijkheden moesten worden afgewogen, hadden deze mogelijkheid en de kosten daarvan in de overwegingen moeten worden meegewogen.²⁴ Ik heb gezien dat zeer recent aan Houthoff advies gevraagd is over de mogelijkheid die bestond om te onteigenen. De conclusie van dat advies is dat de Provincie in 2016 beschikte over het instrument van onteigening ter verwerving van de gronden van BBR. Tegelijkertijd was ook in dat advies de inschatting dat bij een maximaal gebruik van procedures door de onteigende de gronden naar verwachting niet eerder dan in maart 2020 ter beschikking van de Provincie zouden kunnen staan. Gezien de benodigde spoed voor de versterking van de zeewering is het afzien van een onteigeningsprocedure derhalve wellicht te verdedigen. Een berekening van wat aan schadeloosstelling had moeten worden betaald, was echter wel op zijn plaats

²⁴ Onteigening is natuurlijk niet een instrument dat ter beschikking staat van een private onderneming dus in zoverre is het meewegen van deze mogelijkheid in het kader van de toepassing van het market economy operator principle op het eerste gezicht wellicht vreemd. Een market economy operator zou echter alle haar ten dienst staande middelen gebruikt hebben (of op zijn minst onderzocht hebben) om de grond op zodanige voorwaarden te verwerven dat zij haar winst zou kunnen maximaliseren. Daarom moet de mogelijkheid van onteigening ook worden meegewogen.

geweest om een goede afweging te maken. Het valt ook niet uit te sluiten dat de Europese Commissie het vragen van advies over de mogelijkheid van onteigening *nadat* de transactie heeft plaatsgevonden niet in overeenstemming met het MEOP zal vinden.

Conclusies ten aanzien het element ‘voordeel’

Op basis van het voorgaande concludeer ik dat de business case niet door een onafhankelijk deskundige is opgesteld en dat er vraagtekens moeten worden gesteld bij de robuustheid ervan. Ook is niet vooraf bepaald of onteigening een betere optie zou zijn. In lijn met hoe de Europese Commissie beoordeelt of in overeenstemming met het market economy operator principle gehandeld is, zal naar mijn verwachting de Commissie oordelen dat dat niet het geval is geweest. Ik ben echter van mening dat dan nog steeds moet worden bepaald of daadwerkelijk een bevoordeling van BBR moet worden aangetoond, omdat de beoordeling van de Commissie erg op de procedure gericht is en bij de vraag of sprake is van een steunmaatregel moet worden vastgesteld dat een onderneming (BBR in dit geval) bevoordeeld is. Daarvoor is nodig dat goed onderbouwd moet worden dat de pacht prijs die de Provincie heeft betaald, gezien de opbrengsten die de Provincie mocht verwachten ten tijde van het aangaan van de pachtovereenkomst, marktconform was en dat pacht (en de afkoop daarvan) voor de Provincie de economisch beste optie was. Ik adviseer u daarvoor een economisch expertise bureau in de schakelen dat ervaring heeft met waarderingen in verband met staatssteunvraagstukken (zoals bijvoorbeeld RBB Economics²⁵ of Oxera²⁶).

III. Consequenties

Wanneer zou worden vastgesteld dat de Provincie niet marktconform gehandeld heeft en staatssteun heeft verstrekt aan BBR, moet met het volgende rekening worden gehouden:

1. Zoals hierboven aangegeven is staatssteun niet per se verboden. De Commissie moet echter toestemming geven voor het verstrekken van steun, tenzij de steun voldoet aan alle voorwaarden van de AGVV. Ik zie in de AGVV geen enkele grondslag waarop de steun aan BBR zou kunnen worden gebaseerd. Ik zie voorts, als de steun zou worden gemeld bij de Europese Commissie, geen grote kans voor goedkeuring. Hoewel het project als zodanig – de oplossing met een dubbele dijk en de projecten in het gecreëerde tussengelegen gebied – naar mijn inschatting wel op een positieve waardering van de Commissie zullen kunnen rekenen, zal de Commissie constateren de steun voor die projecten niet bij de juiste partij(en) terecht komt. Het enige argument dat mogelijk stand kan houden is dat de Provincie onder tijdsdruk moest handelen.

²⁵ <https://www.rbbecon.com/our-experience/>

²⁶ <https://www.oxera.com/expertise/state-aid>

Hoewel ik de kans op een positief besluit van de Commissie na melding van de steunmaatregel bij de Commissie niet groot acht, vermeld ik voor de volledigheid dat een meldingsprocedure momenteel circa een jaar in beslag neemt. Bij een a-typische zaak als deze verwacht ik zeker niet dat er sneller een besluit zal zijn.

2. Wanneer sprake is van steun en de steun geen goedkeuring krijgt van de Commissie (of niet ter goedkeuring aan de Commissie wordt voorgelegd), is sprake van onrechtmatige steun. Die steun (het teveel aan BBR betaalde) moet worden teruggevorderd. Daarvoor is geen terugvorderingsbevel van de Commissie nodig. Het Hof van Justitie heeft uitgesproken dat de nationale autoriteiten krachtens artikel 108, lid 3, VWEU verplicht zijn *om op eigen initiatief* steun terug te vorderen die zij ten onrechte hebben verleend.²⁷ Dat leidt er waarschijnlijk toe dat BBR zich kan beroepen op nietigheid van de overeenkomst. Nietigheid van de overeenkomst betekent dat de situatie moet worden hersteld zoals deze was ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met BBR. BBR zou dan kunnen vorderen dat alle wijzigingen die hebben plaatsgevonden ongedaan worden gemaakt en/of schadevergoeding vorderen.²⁸
3. Wel zou op dat moment alsnog een onteigeningstraject gestart kunnen worden (vanzelfsprekend beginnend met een minnelijk traject ter voorkoming van onteigening).

IV. Aanbevelingen

Gezien het voorgaande adviseer ik u nu het volgende te doen:

1. Een onderzoek te laten verrichten naar de waarde van de grond en daarmee naar de marktconformiteit van de betaalde erfpacht (gegevens de opbrengsten die realiter worden verwacht). Indien uit dat onderzoek komt dat de erfpacht als zodanig marktconform is, dient er nog een gedegen onderbouwing te komen waarom toentertijd onteigening geen alternatief was geweest (gezien de vereiste spoed), hoewel juridisch mogelijk, en zou moeten worden beoordeeld wat er toen aan schadeloosstelling betaald had moeten worden (waarbij dan wel in ogenschouw moet worden genomen dat in dat geval de Provincie eigenaar zou zijn geworden).
2. Wanneer uit het onderzoek blijkt dat de betaalde erfpachtsom te hoog is geweest, kan ervoor gekozen worden te onderzoeken of de steun bij de Commissie kan worden aangemeld ter verkrijging van goedkeuring. Probleem daarbij is wel dat degene die

²⁷ Zie HvJ 5 maart 2019, C-349/17, Eesti Pagar.

²⁸ Vgl. de situatie zoals die zich in de gemeente Harlingen heeft voorgedaan na nietigheid van de koopovereenkomst tussen de gemeente Harlingen en de het bedrijf Spaansen: deze nietigheid kwam op een moment dat de gemeente reeds gebouwen gesloopt had en delen van de grond had doorverkocht aan derden. Spaansen kwam vervolgens met een forse schadeclaim jegens de gemeente.

beoordeeld is (BBR) niet degene is die de voor steun in aanmerking komende activiteiten verricht. Mogelijk moeten de arrangementen met BBR worden herzien om de kans op goedkeuring te vergroten.

3. Constatering dat sprake is geweest van steun, verplicht de Provincie tot terugvordering. Dit kan als gevolg hebben dat transacties moeten worden teruggedraaid. Het is daarom te overwegen op dat moment (alsnog) de mogelijkheden van een onteigeningsprocedure te onderzoeken en zo mogelijk te starten.