

Gst. 2019/94

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, nr. 200.188.628/01
(Mrs. R.E Weening, S.M. Evers en H.H.B. Vedder)
m.nt. J.W.M. Hagelaars & S. van der Heul¹

(Art. 107, 108 VWEU)

RCR 2019/17
ECLI:NL:GHARL:2018:9636
ECLI:NL:GHARL:2018:10121

Indien een overheid in een grondtransactie een koopprijs betaalt die niet marktconform is, dan kan dat onrechtmatige staatssteun opleveren. Daarvoor is onder andere van belang of de koopprijs een vergoeding voor onteigening inhoudt. Wanneer inderdaad sprake is van staatssteun, is de koopovereenkomst dan in zijn geheel nietig of is sprake van partiële nietigheid en moet alleen het niet-marktconforme deel van de prijs worden terugbetaald? Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat als sprake is van een onverbreekelijk verband tussen de koopprijs en de rest van de overeenkomst, van partiële nietigheid geen sprake kan zijn. (Harlingen)

Artikel 107 lid 1 van het VWEU bepaalt (..) dat 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, met de interne markt onverenigbaar zijn, voor zover zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een (selectief) voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, gaat het erom of Spaansen de koopsom van € 8.500.000,- onder normale marktvoorwaarden, dat wil zeggen zonder overheidsingrijpen, zou hebben verkregen. Wanneer een schadevergoeding voor onteigening wordt toegekend, is er namelijk geen sprake van een selectief voordeel. Daarvoor is niet nodig dat de onteigeningsprocedure reeds is ingezet. Van doorslaggevend belang is of de betrokken overeenkomst in het kader van een voorzienbare onteigening is gesloten.

Artikel 108 lid 3 VWEU verplicht de lidstaten om (voorgenomen) steunmaatregelen aan de Commissie te melden. De strekking van de overtreden norm in artikel 108 lid 3 van het VWEU is te verzekeren dat voorgenomen steunmaatregelen door de Commissie kunnen worden beoordeeld op hun verenigbaarheid met de interne markt. De door de rechtbank toegepaste partiële nietigheid komt volgens het hof erop neer dat de gemeente wordt beloond voor het schenden van haar notificatieplicht. Daarmee wordt naar het oordeel van het hof afbreuk gedaan aan het nuttige effect van artikel 108 lid 3 van het VWEU doordat hiermee de gemeente een verminderde prikkel heeft de maatregel aan te melden bij de Commissie.

Dat de algehele nietigheid leidt tot allerlei complicaties ligt in de risicosfeer van de gemeente, zeker nu die complicaties ook voorzienbaar waren. Die complicaties had zij kunnen voorkomen

door de steun voorafgaand aan de betaling daarvan als voorgenomen steunmaatregel bij de Europese Commissie aan te (laten) melden en rechtvaardigen naar het oordeel van het hof niet dat de koopovereenkomst slechts gedeeltelijk wordt vernietigd.

Arrest in de zaak van:

Spaansen Holding B.V. (..)

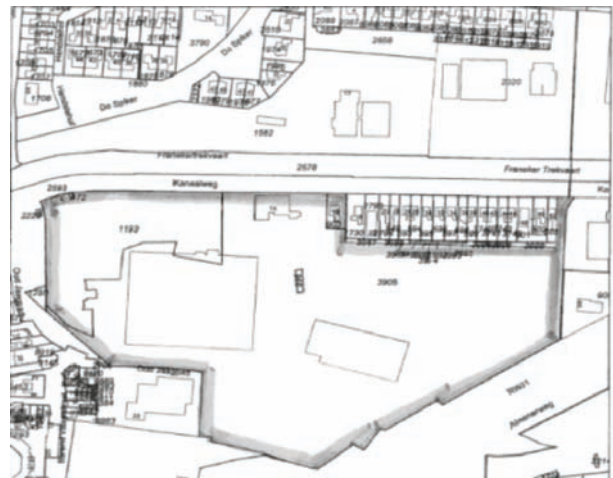
tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Harlingen (..)

2 De vaststaande feiten

2.1 (..)

2.2 Spaansen was eigenaar van een perceel grond aan de Kanaalweg 4, 14 en 16 te Harlingen (hierna te noemen: het Spaansen-terrein), zoals nader door arcering aangeduid op onderstaande kopie van een uittreksel van een kadastrale kaart. Het Spaansen-terrein ligt tegen het centrum van Harlingen aan en grenst aan meerdere zijden aan woningbouw en, aan de achterzijde, aan de Rijksweg N31. Op het Spaansen-terrein was de fabriek gevestigd van Spaansen Systeemvloeren B.V. Spaansen had daarnaast op zes andere locaties in Harlingen vestigingen, waarvan de hoofdvestiging in de industriehaven.



2.3 Spaansen, de gemeente en de besloten vennootschap Kanaalweg B.V. (een joint venture tussen de woningbouwcorporatie Harlingen en Noppert Herenveen B.V., hierna: Kanaalweg) hebben vanaf 2003 gesproken over de koop van het Spaansen-terrein voor onder andere woningbouw. In verband daarmee hebben Kanaalweg en de gemeente in februari 2007 een intentieovereenkomst getekend. De bedoeling was dat Kanaalweg de eigendom van het Spaansen-terrein zou verwerven en dat Spaansen haar fabriek zou verplaatsen naar de industriehaven aan de Lange Lijnbaan.

2.4 Spaansen en Kanaalweg hebben uiteindelijk geen overeenstemming bereikt over de koopprijs. Het aanbod van € 7.000.000,- is door Spaansen afgewezen. De vraagprijs van Spaansen bedroeg € 9.000.000,-.

¹ Joske Hagelaars en Sjaak van der Heul zijn advocaat bij Dirkzwager.

2.5 De gemeente heeft de intentieovereenkomst met Kanaalweg in februari 2008 niet verlengd.

2.6 Bij brief van 28 februari 2008 heeft Spaansen de gemeente, kort gezegd, bericht haar fabriek niet te verplaatsen, maar zich te concentreren op het revitaliseren van het Spaansen-terrein.

2.7 De gemeente is vervolgens zelf op zoek gegaan naar potentiële kopers van het Spaansen-terrein waaronder de gemeente zelf. Uit deze, door partijen genoemde, alternatieve biedersverkenning bleek dat geen van de door de gemeente gevraagde partijen bereid was voor het Spaansen-terrein in bouwrijpe staat het gevraagde bedrag van € 9.000.000,- te betalen.

2.8 De kosten van de sloop en de sanering van het Spaansen-terrein voor het bouw- en woonrijp maken daarvan zijn door Verhoeve Milieu B.V. (Verhoeve) in opdracht van Kanaalweg begroot. Verhoeve heeft die kosten in haar brief van 15 april 2008 begroot op € 2.547.000,-. Op 5 mei 2008 heeft Verhoeve een aangepaste begroting gemaakt. Uitgangspunt van die begroting is dat het bouwpeil door de gemeente wordt aangepast waardoor geen grondafvoer nodig is. De kosten worden in dat geval geraamd op € 2.199.506,36.

2.9 De provincie Fryslân (hierna te noemen: de provincie) heeft op verzoek van de gemeente advies ingewonnen bij DLG-Grondzaken (hierna: DLG) over de staatssteunaspecten van de aankoop van het Spaansen-terrein door de gemeente.

In een memo van 28 mei 2008 heeft de provincie de gemeente daarover het volgende bericht:

“Exploitatie

- We hebben aangehouden het plan A31 Zuiderlijn, een concreet plan
- (...)

Taxatie

- -
- Conform de onteigeningswetgeving is een analyse opgesteld: vermogensschade, financiële schade en bijkomende kosten. Zie de uitwerking in de spreadsheets, eindtotaal wordt gesteld op totaal te vergoeden aan Spaansen (mocht het voor de rechtbank komen) van een bedrag van € 11.210.000,-.

- -
- De conclusie is daarmee gerechtvaardigd dat er geen sprake is van staatssteun daar het aankoopbedrag lager wordt geschat dan de onteigeningswaarde.

- -
- Voor de formele status van de onteigening is het van belang dat de gemeenteraad de politieke opdracht aan B&W geeft het gebied te ontwikkelen met inzet van onteigening.”

In bijlage I bij het memo is de Spaansen locatie getaxeerd op € 6.318.000,-.

2.10 In het eindadvies van DLG van 3 juni 2008, staat het volgende:

“Inleiding

(...) Nu er plannen zijn om de N31 op te waarden tot A-weg is gelijk gekeken naar de mogelijkheid om de fabriek op deze locatie te saneren t.b.v. woningbouw. (...)

Oprichtformulering

In opdracht van de provincie Friesland heeft DLG de aankoop van de systeemvloerenfabriek van Spaansen BV te Harlingen getoetst t.a.v. mogelijke staatssteun. De toetsing bestaat uit het waarden/taxeren van de fabriek in zijn huidige vorm en bestemming op basis van vrijwillige verkoop (WEV), het waarden en taxeren op basis van volledige schadeloosstelling op basis van reconstructie en het waarden van de grond in ontruimde en gesaneerde staat t.b.v. woningbouw.

(...)

Waarde economische verkeer

De waarde in het economische verkeer is vastgesteld op basis van de huidige bestemming van de locaties: bedrijventerrein met de mogelijkheid van een betonelementenfabriek. De waarde is berekend op basis van de huurwaardeberekening van het terrein en is gesteld op € 6.138.000,-. Zie bijlage 1, vermogensschade.

Waarde volledige schadeloosstelling op basis van reconstructie

Op aangeven van wethouder F. [B] is gekozen voor berekening van schadeloosstelling op basis van reconstructie. Gezien de reeds in optie genomen bouwkaal in de haven is dit een aannemelijke keuze.

De schadeloosstelling is gemaakt zonder dat de jaarrekeningen van Spaansen zijn ingezien op basis van de algemene aannames van de sector.

De schadeloosstelling is opgebouwd uit:

- Vermogensschade € 6.138.000,-
- Financieringsschade € 4.147.200,-
- Bijkomende kosten € 925.000,-

Totaal € 11.210.000,-

Volledige schadeloosstelling kan alleen dienen als onderbouwing van een bod indien er feitelijk sprake is van voorzienbare onteigening. Op dit moment ontbreekt deze voorzienbaarheid. Er is door de diverse door de gemeente opgestelde stedenbouwkundige visies wel de intentie uitgesproken om de locatie een andere bestemming te geven maar dit heeft er concreet niet toe geleid dat de bestemming van de fabriek is gewijzigd.

De volledige schadeloosstelling kan enkel als onderbouwing dienen van de te betalen aankoopssom indien de gemeenteraad bij het vaststellen van de huidige visies het college van B&W opdracht geeft om de visies verder uit te werken in een nieuw bestemmingsplan voor de locatie en haar bereidheid uit te spreken om te onteigenen indien er geen minnelijke overeenstemming wordt bereikt.

(...)

Samenvatting

Bij het betalen van een aankoopssom van € 9.000.000,- aan Spaansen voor het terrein Kanaalweg 14 te Harlingen, groot 6.67.97 ha, te verdelen over drie jaarlijkse betalingen van € 3.000.000,- lijkt er vooralsnog geen sprake te zijn van onrechtmatige staatssteun, indien:

- De gemeenteraad het College van B&W opdracht geeft om de visies voor de ontwikkeling van de locatie verder uit te werken in een nieuw bestemmingsplan voor de locatie en gelijktijdig te starten met de verwerving van de locatie en haar bereidheid uit te spreken om te onteigenen indien er geen minnelijke overeenstemming wordt bereikt.

(...)

Advies

Voorafgaande aan de aankoop van de systeemvloerenfabriek van Spaansen B.V. de gemeenteraad van Harlingen een besluit laten nemen dat het complex onteigend gaat worden indien er geen minnelijke overeenstemming wordt bereikt. Een koppeling met een wijziging van het bestemmingsplan voor de locatie kan dit voornemen onderbouwen maar is niet noodzakelijk.

Op basis van de taxatie op basis van volledige schade-loosstelling en de door het ministerie van VROM uitgegeven "Handreiking Grondtransacties en Staatssteun met achtergrondinformatie over het Europees kader" kan geconcludeerd worden dat er geen EG-notificatieplicht is voor deze aankoop."

2.11 Spaansen en de gemeente zijn in onderhandelingen getreden over een mogelijke koop van het Spaansen-terrein door de gemeente. Tijdens die onderhandelingen is ook gesproken over de intentie van Spaansen om een nieuwe fabriek op te richten in de industriehaven van Harlingen. De gemeente schrijft daarover in haar brief aan Spaansen van 6 mei 2009 het volgende:

"Er is de gemeente veel aan gelegen om de werkgelegenheid die Spaansen biedt, voor Harlingen te behouden, maar ook om meer bedrijfsactiviteiten van het concern naar Harlingen te verplaatsen. Hierin zijn door u meerdere malen diverse toezeggingen gedaan. De magere "intentie" kan een betaling van ca. € 2.500.000,- bovenop de waarde in het economische verkeer (ad. € 6.138.000,-) niet volledig rechtvaardigen. Deze vergoeding wordt betaald voor bijkomende schade als stagnatieschade en verhuiskosten, op basis van onteigening, maar is wat ons betreft vooral bedoeld voor een verplaatsing binnen Harlingen".

2.12 Spaansen en de gemeente hebben uiteindelijk overeenstemming bereikt over de verkoop van het Spaansen-terrein aan de gemeente. In de schriftelijke koopovereenkomst van 23 juni 2009 (hierna: de koopovereenkomst) is – voor zover van belang – het volgende bepaald:

"verklaren het navolgende te zijn overeengekomen:

Verkoper verkocht aan koper, die van verkoper heeft gekocht:

de locatie plaatselijk bekend als Kanaalweg 4-14-16 te Harlingen, bestaande uit diverse prijsopstallen met ondergrond alsmede de woningen plaatselijk bekend (...)

Koopprijs

De koopprijs van het verkochte bedraagt **acht miljoen vijfhonderdduizend euro (€ 8.500.000,00)**.

De koop is gesloten onder de volgende **BEDINGEN** (...)

Betaling

Artikel 3

1. De koopprijs zal door koper als volgt worden voldaan:

- een bedrag groot € 6.500.000,00 bij het ondertekenen van de akte van levering via de kwaliteitsrekening van de notaris; en
- een bedrag groot € 2.000.000,00 na bedrijfsverplaatsing/herinvestering door verkoper (zoals hierna in artikel 19 bedoeld) doch in ieder geval uiterlijk 5 jaar na de datum van juridische overdracht van het verkochte. Ten deze wordt verwezen naar het hierna in artikel 19 bepaalde.

Voorts zal met de hiervoor vermelde koopsom ad € 8.500.000,00 worden verrekend de koopsom ad € 150.000,00 welke verkoper aan koper verschuldigd is uit hoofde van de aankoop van het talud aan de Nieuwe Industriehaven te Harlingen, zulks conform het bepaalde in de daartoe tussen partijen opgemaakte koopovereenkomst.

(...)

Bodemgesteldheid

Artikel 14

1. Koper is er mee bekend dat in het verkochte verontreiniging aanwezig is. Van een en ander blijkt uit het door verkoper aan koper ter beschikking gestelde bodemonderzoeksrapport de dato 29 november 2007 met kenmerk JKR/ADVA/MN/257073, opgesteld door Verhoeve Milieu.
2. Het risico van welke bodemverontreiniging dan ook (derhalve ook die bodemverontreiniging welke in vorenbedoeld bodemonderzoeksrapport niet is signaleerd) is geheel voor rekening van de koper. Alle uit de bodemverontreiniging voortvloeiende kosten (waaronder begrepen saneringskosten) zijn voor rekening van de koper. Koper vrijwaart verkoper voor iedere vordering dienaangaande.

(...)

Herinvestering

Artikel 19

Uit de tussen partijen gevoerde onderhandelingen aangaande de onderhavige koop en verkoop is gebleken dat de gemeente Harlingen hecht aan behoud van werkge-

legenheid binnen de gemeente Harlingen. Verkoper is zich hiervan bewust en heeft daarom te kennen gegeven, conform het hierna bepaalde, bereid te zijn binnen de gemeente Harlingen te herinvesteren ten behoeve van de werkgelegenheid. In dit kader zijn partijen het navolgende overeengekomen:

1. Verkoper heeft, behoudens calamiteiten en/of zwaarwegende belangen van verkoper, een inspanningsverplichting om binnen 5 jaar na de juridische levering van het verkochte te herinvesteren in de gemeente Harlingen. Deze herinvesteringsplicht betreft de verplaatsing van de huidige bedrijfsactiviteiten op het verkochte (vloerenfabriek) naar een andere locatie binnen de gemeente Harlingen dan wel het verplaatsen van een andere bedrijfsactiviteit (welke qua omvang vergelijkbaar is met de vloerenfabriek) van elders naar de gemeente Harlingen.
2. Het in artikel 3 bedoelde gedeelte van de koopsom ad € 2.000.000,- zal worden uitbetaald indien en zodra de herinvestering feitelijk heeft plaatsgevonden, met dien verstande dat dit gedeelte te allen tijde na het verstrijken van vorenbedoelde termijn van 5 jaar door koper aan verkoper zal worden uitbetaald, ook indien verkoper niet aan zijn herinvesteringsplicht heeft voldaan.
3. Indien vorenbedoelde herinvestering heeft plaatsgevonden voor de datum van de juridische levering (in beginsel 31 december 2010), zal op de datum van juridische levering de volledige koopsom ad € 8.500.000,00 aan verkoper worden voldaan."

2.13 Bij notariële akte van levering van 13 september 2010 heeft de eigendomsoverdracht van het Spaansen-terrein door Spaansen aan de gemeente plaatsgevonden. Als koopprijs is in de akte een bedrag van € 8.500.000,- vermeld.

2.14 Spaansen heeft de gemeente bij brief van 29 april 2011 verzocht om over te gaan tot betaling van het in artikel 19 lid 2 van de overeenkomst overeengekomen tweede deel van de koopsom van € 2.000.000,-.

2.15 In opdracht van de gemeente heeft DTZ Zadelhoff v.o.f. (hierna DTZ) een taxatierapport gedateerd 1 juni 2012 uitgebracht inzake de grondwaarde van het Spaansen-terrein op 23 juni 2009. De onderhandse verkoopwaarde vrij van huur en/of gebruik en ontruimd is getaxeerd op een bedrag van € 6.250.000,- in de huidige staat en € 4.450.000,- bij herontwikkeling.

2.16 De gemeente heeft Spaansen bij brief van 20 september 2011 bericht dat zij heeft besloten om niet over te gaan tot de door Spaansen gevorderde betaling van € 2.000.000,-.

2.17 Uit het Tracébesluit N31 blijkt dat de N31 parallel loopt met de zuidoostelijke kadastrale grens van het Spaansen-terrein. Voor de verbreding van de N31 is geen gebruik gemaakt van het Spaansen-terrein, anders dan voor de tijdelijke opslag van bouwmaterieel.

3 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 De gemeente heeft Spaansen bij inleidende dagvaarding van 1 februari 2013 gedagvaard voor de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden en daarmee de onderhavige procedure aanhangig gemaakt. De gemeente heeft daarbij (in conventie) gevorderd als vermeld in het bestreden tussenvonnissen van 1 juli 2015 onder 3.1 en 5.40.

Aan haar vorderingen ligt ten grondslag dat met de koopovereenkomst sprake is van een onrechtmatige steunmaatregel in de zin van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU). Volgens de gemeente kan de mededingingssituatie van vóór de steunmaatregel worden hersteld door terugbetaling van de onrechtmatig verleende staatssteun, door haar vastgesteld op € 2.250.000,-.

3.2 Spaansen heeft uitgebreid verweer gevoerd. Volgens Spaansen is de gemeente vanwege het ontbreken van een rechtsgeldig procesbesluit in haar vorderingen niet ontvankelijk. Spaansen betwist verder dat sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Zij is daarnaast van mening dat sprake is van zogenaamde de-minimissteun die is vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU. Volgens Spaansen heeft de gemeente bovendien haar rechten verwerkt en maakt de gemeente met haar beroep op artikelen 107 en 108 VWEU zich tegenover Spaansen schuldig aan misbruik van recht.

3.3 Spaansen heeft op haar beurt in reconventie de in het tussenvonnissen van 1 juli 2015 onder 3.3. weergegeven vorderingen ingesteld, die *primair* strekken tot betaling van de in de koopovereenkomst overeengekomen nabetaling van € 2.000.000,-.

Spaansen heeft daarnaast, voor het geval de rechtbank van oordeel is dat er sprake is van staatssteun, gevorderd – kort gezegd – dat de koopovereenkomst wordt aangemeld bij de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de status quo van het Spaansen-terrein niet wordt gewijzigd tot daarop in hoogste instantie is beslist. Spaansen heeft meer subsidiair gevorderd dat de koopovereenkomst nietig wordt verklaard en het Spaansen-terrein aan haar wordt teruggeleverd.

3.4 De rechtbank heeft in het tussenvonnissen van 1 juli 2015 het ontvankelijkheidsverweer van Spaansen verworpen (rov. 5.1 - 5.3). Ook het beroep van Spaansen op rechtsverwerking en misbruik van recht heeft de rechtbank niet gehonoreerd (rov. 5.4 - 5.8).

De rechtbank heeft vervolgens de staatssteunaspecten van de koopovereenkomst onderzocht (rov. 5.10 tot en met 5.38). De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 van het VWEU, die niet kan profiteren van de De-minimisverordening en daarom op grond van artikel 108 lid 3 VWEU had moeten worden gemeld bij de Commissie. Nu dat is nagelaten is er sprake van een onrechtmatige steunmaatregel (r.o. 5.38). De omvang van de onrechtmatig verleende steun is door de rechtbank gesteld op € 2.250.000,- (r.o. 5.24). De rechtbank heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of het volgens de gemeente nietige deel

van de koopovereenkomst, het bedrag van € 2.250.000,-, in onverbreekelijk verband staat met de overige onderdelen van de koopovereenkomst en daarmee samenhangend, of die overige onderdelen in de nietigheid delen en zo ja welke consequenties daaraan zouden moeten worden verbonden (r.o. 5.48).

3.5 In het eindvonnis van 16 december 2015 heeft de rechtbank geoordeeld dat voor het herstellen van de mededingingsrechtelijke situatie van voor de steunverlening partiële nietigverklaring van het koopprijsbeding op zich voldoende is en dat deze koopprijs dient te worden gesteld op € 6.250.000,-. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat er in objectieve zin een splitsing is te maken tussen het bedrag van € 6.250.000,- dat Spaans heeft bedongen voor het terrein en het bedrag van € 2.000.000,- dat Spaans als tegenprestatie voor de verplaatsing van de fabriek in het vooruitzicht was gesteld. Naar het oordeel van de rechtbank is er geen onverbreekelijk verband tussen beide delen van de overeenkomst. De rechtbank heeft de (gewijzigde) vorderingen van de gemeente in conventie toegewezen en de vorderingen van Spaans in reconventie afgewezen. Zij heeft Spaans veroordeeld in de proceskosten in conventie en reconventie. De door de gemeente gevorderde uitvoerbaar verklaring bij voorraad heeft de rechtbank afgewezen.

3.6 Tegen de toewijzing van de vorderingen van de gemeente en de afwijzing van haar vorderingen in reconventie, is Spaans met 11 grieven (grief IX ontbreekt) in hoger beroep gekomen. Doel van de grieven is dat het hof de zaak in zijn geheel opnieuw beoordeelt.
(...)

5 De beoordeling van de (overige) grieven

5.1 Centraal in deze zaak staat de vraag of de koopovereenkomst van 23 juni 2009 (of een deel daarvan) een steunmaatregel vormt in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU die op grond van artikel 108 lid 3 van het VWEU had moeten worden aangemeld bij de Commissie (grievens IV en VI) en wat de gevolgen van het niet aanmelden zijn (grievens VII en VIII). Vaststaat dat de koopovereenkomst niet is aangemeld en dat de gemeente niet bereid is dit via het Coördinatiepunt alsnog te doen. Verder zijn partijen het erover eens dat de vraag of de koopovereenkomst een steunmaatregel vormt, beoordeeld moet worden naar het tijdstip waarop de koopovereenkomst is gesloten, te weten 23 juni 2009, en niet naar het tijdstip waarop Spaans betaling heeft gevorderd van het in artikel 19.2 overeengekomen bedrag van € 2.000.000,- (hierna: de nabetaling).

Juridisch kader

5.2 Artikel 107 lid 1 van het VWEU bepaalt, voor zover hier van belang, dat 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, met de interne markt onverenigbaar zijn, voor zover zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Ingevolge vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de

Europese Unie (hierna: HvJEU) is er sprake van een steunmaatregel indien aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 107 lid 1 is voldaan.

Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de staat of om een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet deze maatregel een selectief voordeel verschaffen aan de begunstigde ervan. Ten derde moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten vierde moet hij de mededinging op de interne markt vervalsen of dreigen te vervalsen.

5.3 Voor de uitleg van de in artikel 107 gehanteerde begrippen dient te worden aangesloten bij de rechtspraak van het HvJEU. Verdere aanwijzingen voor de wijze waarop artikel 107 lid 1 van het VWEU door de nationale rechter dient te worden toegepast, zijn voor de beoordeling op 23 juni 2009 te vinden in de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (Pb. nr. C209 van 10/07/1997, hierna: de Mededeling verkoop van gronden) waarvan de beginselen van deel II, punt 2 (taxatie door een onafhankelijke deskundige) naar analogie kunnen worden toegepast op de koop van grond en gebouwen (vgl. beschikking van de Commissie van 14 december 2004, C(2004)4748).

5.4 Artikel 108 lid 3 VWEU verplicht de lidstaten om (voorgenomen) steunmaatregelen aan de Commissie te melden. Het in artikel 108 lid 3 laatste volzin VWEU vervatte verbod strekt ertoe te waarborgen dat een steunmaatregel geen gevolgen heeft voordat de Commissie een redelijke tijd heeft gehad om het voornemen te onderzoeken en, in voorkomend geval, de procedure van lid 2 van artikel 108 VWEU in te leiden. Een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU die niet overeenkomstig artikel 108 lid 3 VWEU is aangemeld, wordt als een onrechtmatige steunmaatregel beschouwd. Het uitvoeren van een onrechtmatige steunmaatregel is (ook naar Nederlands recht) onrechtmatig.

5.5 De Commissie is als enige bevoegd om (onder toezicht van de Unierechter) op grond van artikel 107 lid 2 en 3 van het VWEU te beslissen over de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU zijn de nationale rechterlijke instanties niet bevoegd om een steunmaatregel met de interne markt verenigbaar te verklaren (zie HvJEU 12 februari 2008, zaak C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, *CELF en Ministre de la Culture et de la Communication* en HvJEU 16 december 1992, zaak C-17/91, ECLI:EU:C:1992:514, *Lornoy e.a.*).

5.6 De exclusieve bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van de verenigbaarheid van de staatssteun impliceert naar het oordeel van het hof dat de nationale rechterlijke instanties evenmin bevoegd zijn ten aanzien van het spiegelbeeldige, namelijk te verklaren (voor recht) dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de interne markt, zoals de gemeente meent. Een oordeel van een nationale rechterlijke instantie dat een steunmaatregel onverenigbaar zou zijn met de interne markt treedt immers evenzeer in de exclusieve bevoegdheid van de Commissie in dit verband.

5.7 De nationale rechter heeft op grond van artikel 108 lid 3 VWEU tot taak de rechten van de justitiabelen te beschermen tegen niet-aangemelde steunmaatregelen, ongeacht de mogelijke verenigbaarheid van de betrokken steunmaatregel met de interne markt.

Het verbod in artikel 108 lid 3 VWEU heeft rechtstreekse werking en strekt zich uit tot iedere steunmaatregel die zonder melding tot uitvoering is gebracht (zie HvJEU, 11 november 2015, zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, *Klausner Holz*). De nationale rechter die een schending van artikel 108 lid 3 van het VWEU vaststelt, is verplicht die schending met toepassing van zijn nationale recht ongedaan te maken. In het licht van deze vergaande verplichting van de nationale rechter komt naar het oordeel van het hof geen betekenis toe aan de omstandigheid dat de gemeente zelf artikel 108 lid 3 VWEU heeft geschonden door de koopovereenkomst niet bij de Commissie aan te (laten) melden, zoals Spaansens onder 127-143 van haar memorie van grieven betoogt. Het feit dat de instantie die de mogelijke steun heeft verleend een beroep doet op de staatssteunregels is in dit verband niet van belang gelet op het doel van het staatssteunrecht, het opheffen van verstoringen van de mededinging door onrechtmatige steun. Dit doel kan immers evengoed worden gediend door een concurrent als een instantie die de mogelijke steun heeft verleend. Of dit laatste extreem ongebruikelijk en uitzonderlijk is, zoals Spaansens stelt en de gemeente betwist, doet dan ook niet ter zake.

5.8 Hoofddoel van de ongedaanmaking is dat de verstoring van de mededinging die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, wordt opgeheven. De meest logische maatregel die de nationale rechter dan treft is de volledige terugvordering van de onwettige staatssteun. Dat dit dient te geschieden op “de minst bezwarende wijze”, zoals de rechtbank in het tussenvonnissen (r.o. 5.39) en het eindvonnissen (r.o. 2.6) heeft overwogen, vindt geen steun in de rechtspraak.

Het HvJEU bepaalt slechts dat de mededingingssituatie op de meest doeltreffende wijze dient te worden hersteld. Dit is iets anders dan “de minst bezwarende wijze”. De tegen dit oordeel geuite klacht van Spaansens in grief VII is gegrond.

5.9 Het niet-aanmelden van de steunmaatregel heeft daarnaast tot gevolg dat de geldigheid van de handeling tot uitvoering daarvan (de koopovereenkomst) wordt aangetast. Zoals de rechtbank met juistheid tot uitgangspunt heeft genomen, dwingt artikel 108 lid 3 VWEU niet steeds tot algehele nietigheid van de overeenkomst waarbij onwettige steun is verleend (zie HvJEU 8 december 2011, zaak C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, *Residex*).

5.10 Voor de vraag of de nietigheid zich al dan niet over de gehele koopovereenkomst uitstrekt, is ingevolge artikel 3:41 BW beslissend of de verdere overeenkomst in onverbrekelijk verband staat met het nietige deel. De vraag of van zodanig verband sprake is, is een vraag van uitleg van de rechtshandeling. Daarbij kunnen van belang zijn de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling en de overtreden wetsbepaling, de mate waarin de onderscheiden onderdelen met elkaar verband houden, en hetgeen partijen met de rechtshandeling hebben beoogd. In het licht daarvan

dient de rechter te beoordelen of, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval en de belangen van alle betrokken partijen, voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat (zie HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123).

5.11 Toepassing van de hiervoor genoemde uitgangspunten op de onderhavige zaak leidt tot het volgende.

Toetsing van de maatregel aan artikel 107 lid 1 VWEU

5.12 Tussen partijen is niet in geschil dat aan de eerste voorwaarde van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan. Vaststaat dat de koop van het Spaansens-terrein met staatsmiddelen is bekostigd. Eveneens staat vast dat Spaansens een “onderneming” is in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Spaansens bestrijdt in grief IV dat aan de overige voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan. Stelplicht en bewijslast dat aan de overige voorwaarden is voldaan, rusten op de gemeente.

Is er sprake van een (selectief) voordeel?

5.13 Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een (selectief) voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, gaat het erom of Spaansens de koopsom van € 8.500.000,- onder normale marktvoorwaarden, dat wil zeggen zonder overheidsingrijpen, zou hebben verkregen (vgl. HvJEG 11 juli 1996, zaak C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, *SFEI e.a./La Poste e.a.*). Beslissend daarbij is of een vergelijkbare particuliere economische speler in de gegeven omstandigheden een vergelijkbare koopprijs zou hebben betaald voor het Spaansens-terrein. Of de gemeente als redelijk denkend en handelend investeerder op basis van de informatie die haar toen ter beschikking stond *meende* een marktconforme prijs te betalen, zoals Spaansens onder 192 van haar memorie van grieven stelt, doet daarbij niet ter zake.

Het gaat steeds om de economische aard van de handeling van de gemeente en niet hoe zij, subjectief bezien, dacht dat zij handelde of welke alternatieve handelwijzen zij heeft overwogen voordat zij de aan de orde zijnde maatregel heeft vastgesteld (zie HvJEU, 20 september 2007, C-300/16, ECLI:EU:C:2017:706, *Europese Commissie tegen Frucona Košice a.s.*). De daarop betrekking hebben stellingen van Spaansens worden daarom niet verder besproken en het bewijsaanbod onder 205 van de memorie van grieven wordt als niet ter zake dienend gepasseerd.

5.14 Ook de bedoelingen van de gemeente bij de transactie doen niet ter zake.

Het gaat om de gevolgen van de transactie voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten (vgl. HvJEG 2 juli 1974, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13). Dat de gemeente de transactie mede is aangegaan ter behoud van werkgelegenheid in Harlingen, speelt bij de beoordeling van de vraag of er een marktconforme prijs is betaald dus geen rol. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat Spaansens niet per se wilde verkopen, zoals zij onder 206 van haar memorie van grieven stelt. Van belang is dat Spaansens de koopovereenkomst vrijwillig is aangegaan.

5.15 De gemeente heeft, anders dan de Mededeling verkoop van gronden aanbeveelt, het Spaansens-terrein niet

voorafgaand aan de transactie door een onafhankelijke deskundige laten taxeren. De gemeente heeft, zo blijkt uit de feiten, haar prijs bepaald aan de hand van de taxatie van DLG uit 2008 en de alternatieve aanbiedersverkenning. De taxatie door DLG, en daarover zijn partijen het eens, is niet toereikend voor de vaststelling van de marktwaarde van het Spaans-terrein op 23 juni 2009. Het geeft wel een indicatie van de waarde van het terrein in het economische verkeer voorafgaand aan de transactie en die waarde (€ 6.138.000,-) is substantieel lager dan de overeengekomen koopprijs van € 8.500.000,-.

5.16 De gemeente heeft het Spaans-terrein in mei 2012 (met als peildatum 23 juni 2009) opnieuw laten taxeren door DTZ. De enkele omstandigheid dat de taxatie is verricht drie jaren na de transactie, betekent op zichzelf niet dat de taxatie niet betrouwbaar is.

5.17 Vaststaat dat DTZ een onafhankelijke deskundige is en dat zij de taxatie heeft verricht met inachtneming van de aanwijzingen in de Mededeling verkoop van gronden.

DTZ heeft de marktwaarde van het Spaans-terrein berekend aan de hand van de onderhandse verkoopwaarde van het Spaans-terrein in de staat op 23 juni 2009. De onderhandse verkoopwaarde is gedefinieerd als de waarde vrij van huur en/of gebruik en ontruimd. De onderhandse verkoopwaarde representeert volgens DTZ het bedrag dat de onroerende zaak bij onderhandse verkoop redelijkerwijs zou opbrengen, nadat de verkoper de onroerende zaak, na beste voorbereiding vrij van huur en/of huurrechten en ontruimd op de gebruikelijke wijze in de markt heeft aangeboden. Dit uitgangspunt op zichzelf is door Spaans niet bestreden. Spaans meent echter dat DTZ bij de berekening van de onderhandse verkoopwaarde ten onrechte de methode van residuele waardeberekening heeft gehanteerd. Spaans verwijt DTZ daarnaast dat dat zij in haar berekening ten onrechte geen rekening heeft gehouden met i) het waarde-vermeerderende effect (zogenoemde marriage value) van de integrale ontwikkeling van het Spaans-terrein met het Perseverantia-terrein en de verbreding van de N31 en ii) het rentevoordeel voor de gemeente vanwege het tijdstip van de nabetaling.

5.18 Spaans heeft haar bezwaren tegen de taxatie van DTZ in de vorm van vragen voorgelegd aan de heer [A] (hierna: [A]) werkzaam [...] bij Savills Consultancy B.V en voorzitter van de taxatiecommissie van [...]. De vragen zijn door [A] bij brief van 30 juni 2016 beantwoord (prod. 71 Spaans). DTZ heeft op verzoek van de advocaat van de gemeente op de brief van [A] gereageerd (prod. J gemeente). [A] heeft daarop weer gereageerd bij brief van 15 februari 2008 (prod. 73 Spaans). Aan de conclusie van [A] in die brief dat “DTZ per definitie niet het bedrag heeft vastgesteld dat de gemeente – als specifieke (cursivering hof) koper en met de bijbehorende koperskenmerken – als weldenkend investeerde redelijkerwijs voor het object zou hebben willen betalen”, komt geen betekenis omdat, zoals het hof hiervoor onder 5.13 heeft overwogen, dit niet het juiste criterium is. Het gaat erom wat een particuliere koper in de gegeven omstandigheden voor het object zou hebben betaald.

5.19 [A] heeft, zoals DTZ terecht opmerkt, geen inconsistenties waargenomen in de berekeningen van DTZ. [A] begrijpt niet waarom de kosten voor bouw- en woningrijp maken van het Spaans-terrein zo hoog zijn, zoals DTZ overigens ook erkent, maar dat doet naar het oordeel van het hof uiteindelijk niet ter zake omdat in de berekening van een reële marktwaarde deze kosten niet zijn meegenomen.

5.20 [A] geeft aan dat de door DTZ gehanteerde methode van residuele waardeberekening gevoelig is voor parameters als marktwaarde van een object dat nog niet bestaat, en de kosten en winst die daar mogelijk mee worden gemaakt, maar stelt niet dat deze methode in de gegeven omstandigheden niet gehanteerd had mogen worden.

Dit geldt ook voor het door DTZ gehanteerde ontwikkelscenario. Volgens [A] dient bij een residuele waardeberekening in beginsel uitgegaan te worden van het optimale ontwikkelscenario. DTZ is uitgegaan van het door de gemeente aangeleverde ontwikkelscenario. Dat dit niet had gemogen, is door [A] niet gesteld. [A] bevestigt onder vraag 7 zelfs dat dit een veel voorkomende werkwijze is.

5.21 Het verwijt van Spaans dat DTZ in haar berekening geen rekening heeft gehouden met de waarde-vermeerderende omstandigheid dat een onderneming bereid is meer te betalen voor een perceel omdat hij de belendende percelen reeds in eigendom heeft, mist feitelijke grondslag. De gemeente had het Perseverantia-terrein en de overige omliggende gronden op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst namelijk niet in eigendom. Zij had, zoals ook blijkt uit de verklaring van [B] (prod. 72 Spaans) slechts een deel van die gronden in eigendom. Bovendien bestonden er op dat moment geen concrete plannen voor de ontwikkeling van dit gebied. De door Spaans genoemde plannen waren plannen van Kanaalweg en niet van de gemeente. Een nieuw bestemmingsplan ontbrak.

5.22 Spaans stelt tot slot, gevoed door het antwoord van [A] onder vraag 12, dat in het licht van de overeengekomen nabetaling van vijf jaren na levering van het terrein en rekening houdend met 7% rekenrente, de werkelijke waarde van de koopprijs € 7.926.000,- is. Het hof overweegt dat zelfs indien wordt uitgegaan van een werkelijke koopprijs van € 7.926.000,-, die koopprijs nog steeds substantieel hoger is dan de door DTZ getaxeerde verkoopwaarde van € 6.250.000,-.

5.23 Het door het DTZ rapport bevestigde vermoeden dat de in de koopovereenkomst overeengekomen koopprijs substantieel hoger is dan de prijs die een particuliere onderneming voor het Spaans-terrein zou hebben willen betalen, wordt naar het oordeel van het hof niet weerlegd door de door Spaans genoemde biedingen van derden (65 memorie van grieven). Daartoe overweegt het hof als volgt.

5.24 Uitgangspunt bij die biedingen is niet de onderhandse verkoopwaarde zoals in de DTZ taxatie, maar de waarde van het Spaans-terrein in ongesaneerde staat, dus met bouwsels en vervuiling. Verder is van belang dat het terrein werd aangeboden als bouwgrond en dat de grond daarvoor eerst bouwrijp gemaakt diende te worden. De kosten daarvan zijn door Verhoeve begroot op tenminste € 2.199.506,36. Die kosten dienen voor een goede vergelij-

king op de biedingen in mindering te worden gebracht. In de koopovereenkomst worden die kosten namelijk door de gemeente gedragen. De omstandigheid dat de kosten niet door de gemeente zouden worden gedragen omdat zij daarvoor een subsidie zou krijgen van de provincie, zoals Spaansens stelt, maakt dit niet anders. Niet de wijze van financiering aan de zijde van de gemeente maar de hoogte van de aan Spaansens bepaalde koopprijs is namelijk bepalend voor de vraag of sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

5.25 De door Spaansens genoemde biedingen, zoals beschreven in de email van [B] aan [C] van 6 juni 2008 (prod. 15 Spaansens), zijn weinig concreet. Alleen al om die reden kan aan deze biedingen niet te veel waarde worden gehecht. Indien op deze biedingen de kosten van het bouwrijp maken van het terrein in mindering worden gebracht, blijkt bovendien dat geen van deze biedingen uitkomt boven het bedrag van € 7.000.000,-, zoals ook de rechtbank met juistheid heeft vastgesteld. Dat BAM bereid zou zijn geweest € 8.500.000,- te betalen voor het Spaansens-terrein in ongesaneerde staat, blijkt niet uit de email van BAM aan [B] van 4 april 2008, zoals Spaansens stelt.

5.26 Een en ander overziend, acht het hof gelet op de DTZ taxatie en de waardering van DLG het niet aannemelijk dat een particuliere partij in de gegeven omstandigheden onder dezelfde (contractuele) voorwaarden bereid zou zijn geweest een bedrag van € 8.500.000,- te betalen. De onaannemelijkheid daarvan wordt bevestigd door de door de gemeente in april 2008 uitgevoerde aanbiedersverkenning.

5.27 De volgende vraag die moet worden beantwoord, is of de betaling, zoals Spaansens stelt en de gemeente onderbouwd betwist, bedoeld is als een evenredige compensatie voor de door de gemeente in 2008 voorgenomen onteigening van het Spaansens-terrein. Wanneer een schadevergoeding voor onteigening wordt toegekend, is er namelijk geen sprake is van een selectief voordeel (vgl. de door partijen aangehaalde beschikking van de Commissie van 2 oktober 2013, C (2013) 6250, *Nedalco*). Daarvoor is niet nodig dat de onteigeningsprocedure reeds is ingezet. Van doorslaggevend belang is of de betrokken overeenkomst in het kader van een voorzienbare onteigening is gesloten.

5.28 Het hof is van oordeel dat tegen de achtergrond van de door partijen geschetste feiten en omstandigheden niet kan worden aangenomen dat de gemeente daadwerkelijk het voornemen had om tot onteigening van Spaansens over te gaan. Er lagen geen concrete plannen voor de herbesteding van het Spaansens-terrein. Dat het Spaansens-terrein voor de gemeente van strategisch belang was, wordt door het hof onderkend, maar het terrein was voor de gemeente niet van cruciaal belang. Dit blijkt ook wel uit het feit dat de N31 ondertussen vernieuwd is en verbreed zonder gebruik van het Spaansens-terrein. Alleen tijdens de aanleg van de weg is gebruik gemaakt van het Spaansens-terrein, maar dat was niet noodzakelijk en ook tijdelijk.

5.29 Het hof stelt tot slot vast dat de bevoordeling van Spaansens plaats vond in de vorm van een specifieke maatregel – het sluiten van de koopovereenkomst – waarvan al-

leen Spaansens profiteerde, zodat er ook overigens sprake is van een selectiviteit.

5.30 Uit het voorgaande volgt dat de koopovereenkomst een selectief voordeel aan Spaansens verschafft en dat daarmee ook is voldaan aan de tweede voorwaarde van artikel 107 lid 1 VWEU, genoemd onder 5.2.

Is er sprake van vervalsing van mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer?

5.31 Het volgende geschilpunt betreft de vraag i) of de mededinging door begunstiging van Spaansens is vervalst of dreigt te worden vervalst en ii) of deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig heeft beïnvloed (de onder 5.2 genoemde derde en vierde voorwaarde). Voor de beantwoording van beide vragen hoeft niet te worden vastgesteld dat de betrokken steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten werkelijk heeft beïnvloed en de mededinging daadwerkelijk heeft vervalst. Uit de vaste rechtspraak van het HvJEU volgt dat het voldoende is dat de steun het handelsverkeer ongunstig *kan* beïnvloeden en de mededinging *kan* vervalsen.

5.32 Ten aanzien van de vervalsing van de mededinging is het voldoende dat de begunstigde van de steun rechtstreeks concurreert met andere ondernemingen op markten die voor concurrentie openstaat. Spaansens is actief op de markt van prefab betonvloeren en wanden. Dat die markt in beginsel open staat voor andere ondernemingen is door de gemeente onder 230 - 237 van haar memorie van antwoord genoegzaam aangetoond.

5.33 Ten aanzien van de beïnvloeding van het handelsverkeer geldt dat wanneer de steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen in het handelsverkeer tussen de lidstaten versterkt ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, dit handelsverkeer door de steun wordt geacht te zijn beïnvloed. In dit verband is het niet noodzakelijk dat de begunstigde ondernemingen zelf aan het handelsverkeer tussen de lidstaten deelnemen. Wanneer een lidstaat steun toekent aan ondernemingen kan de binnenlandse activiteit immers in stand blijven of stijgen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om in die lidstaat op de markt te komen, afnemen (zie HvJEU, zaak C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, *Libert*).

5.34 Volgens de rechtspraak van het HvJEU bestaat er bovendien geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit immers niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (zie HvJEU, 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, *Altmark Trans*). Van belang is slechts of de kans voor andere ondernemingen uit andere lidstaten om tot die markt toe te treden door de steun afneemt (zie onder andere HvJEU, 14 januari 2015, zaak C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, *Eventech*, punt 68).

5.35 Tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde uitgangspunten, is allereerst van belang, zoals ook blijkt

uit hetgeen hierna wordt overwogen met betrekking tot de overschrijding van de drempelwaarde in de De-minimisverordening, dat het steunbedrag niet betrekkelijk gering is. Ingevolge het oordeel van het HvJEU in Libert betekent dit dat het handelsverkeer tussen de lidstaten door de steunmaatregel aan Spaansens geacht wordt te zijn beïnvloed. Spaansens heeft met de steunmaatregel op relatief voordelige wijze haar bedrijf kunnen uitbreiden aan de Nieuwe industriehaven in Harlingen. Niet kan worden uitgesloten dat Spaansens hierdoor in een betere concurrentiepositie is komen te verkeren ten aanzien van andere ondernemingen uit andere lidstaten, waaronder de door de gemeente genoemde in België gevestigde onderneming Cordeel, die net als Spaansens zich bezig houdt met de productie en verkoop van prefab betonvloeren en wanden. Het concurrentievoordeel dat Spaansens als gevolg van de steun heeft, kan het andere marktdeelnemers uit andere lidstaten moeilijker maken om de Nederlandse markt te betreden.

5.36 Anders dan Spaansens stelt, is zij met haar prefab betonvloeren en wanden niet slechts regionaal of plaatselijk actief. Dit blijkt onder andere uit het door de gemeente overlegde overzicht van de activiteiten van Spaansens in haar bedrijfsblad "De Trechter" (punt 232 van de memorie van antwoord). De door het hof te beoordelen steunmaatregel heeft dan ook geen zuiver lokaal karakter. Bovendien geldt dat zelfs al zouden de activiteiten van Spaansens zuiver lokaal zijn, het voordeel dat zij heeft ontvangen het andere marktdeelnemers uit andere lidstaten het moeilijker maken deze markt te betreden

5.37 Uit het voorgaande volgt dat ook aan deze twee voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan.

Wordt het de-minimisbedrag overschreden?

5.38 Resteert de vraag of er sprake is van de-minimissteun, zoals Spaansens stelt en de gemeente betwist. Die vraag moet worden beantwoord aan de hand van de Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (de De-minimisverordening) die, nu de steunmaatregel in juni 2009 is verleend en het moment van steunverlening bepalend is, temporeel van toepassing is.

5.39 Artikel 2 lid 1 van de De-minimisverordening bepaalt met zoveel woorden dat steunmaatregelen niet worden geacht aan alle criteria van artikel 87 lid 1 van het Verdrag (nu artikel 107 lid 1 VWEU) te voldoen – en derhalve vrijgesteld te zijn van de aanmeldingsverplichting uit hoofde van artikel 88 lid 3 van het Verdrag (nu artikel 108 lid 3 VWEU) – indien zij aan de in de leden 2 tot en met 5 vastgestelde voorwaarden voldoen. Ingevolge lid 2 is een steunmaatregel van aanmelding vrijgesteld indien het totale bedrag aan de-minimissteun dat aan één onderneming wordt verleend niet hoger ligt dan € 200.000,- over een periode van drie belastingjaren.

5.40 Spaansens meent, naar het oordeel van hof onrecht, dat aan deze voorwaarde is voldaan. Het door Spaansens genoten voordeel, op grond van de taxatie van DTZ berekend op € 1.676.000,- (€ 7.926.000,- min € 6.250.000,-),

is immers substantieel hoger dan het in artikel 2 lid 2 genoemde totale bedrag van € 200.000,-. Dit heeft tot gevolg dat niet is voldaan aan de in artikel 2 lid 1 van de De-minimisverordening genoemde voorwaarde.

Conclusie ten aanzien van de rechtmatigheid van de steunmaatregel

5.41 De conclusie uit het voorgaande is dat de koopovereenkomst een niet van een melding ex artikel 108 lid 3 uitgezonderde steunmaatregel behelst. De daarop betrekking hebbende grieven IV en VI falen. Nu deze maatregel door de gemeente niet op grond van 108 lid 3 VWEU is gemeld bij de Commissie is het hof als nationale rechter gehouden de ten uitvoerlegging van de steunmaatregel te voorkomen, te beëindigen of ongedaan te maken.

De door Spaansens gevorderde betaling van het restantbedrag stuit daarop al af en zal daarom ook in hoger beroep worden afgewezen. Grief VIII, die zich keert tegen de afwijzing van de gevorderde nabetaling, faalt dus ook.

Nietigheid van de gehele koopovereenkomst?

5.42 De rechtbank heeft in het eindvonnis van 16 december 2015 de koopovereenkomst partieel vernietigd. Daarop heeft grief VII betrekking. Met deze grief bestrijdt Spaansens vanuit verschillende invalshoeken het oordeel van de rechtbank dat partiële vernietiging in de gegeven omstandigheden het meest doeltreffende middel is om de mededingingssituatie van voor de koopovereenkomst te herstellen. In het bijzonder bestrijdt Spaansens dat er geen onverbreekelijk verband bestaat tussen de koopprijs en de rest van de overeenkomst. Spaansens benadrukt dat zij de koopovereenkomst niet zou hebben gesloten indien de koopprijs € 6.250.000 zou hebben bedragen.

5.43 Het hof stelt voorop, in lijn met de stellingen van partijen, dat bij de beoordeling van het onverbreekelijk verband en de mogelijke rechtvaardiging van een partiële vernietiging van de koopovereenkomst, de strekking van de overtreden norm dient te worden meegewogen. De strekking van de overtreden norm in artikel 108 lid 3 van het VWEU is te verzekeren dat voorgenomen steunmaatregelen door de Commissie kunnen worden beoordeeld op hun verenigbaarheid met de interne markt. Hiermee kan vooraf door de Commissie, onder toezicht van de eventueel door belanghebbenden aangezochte rechterlijke instanties van de Unie, worden vastgesteld of en in welke omvang er sprake is van staatssteun en of die verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 107, tweede en derde lid.

Die strekking pleit ervoor, in tegenstelling tot hetgeen de gemeente onder 334 van haar memorie van antwoord stelt, dat de koopovereenkomst in de gegeven omstandigheden in zijn geheel wordt vernietigd. De door de rechtbank toegepaste partiële nietigheid komt erop neer dat de gemeente wordt beloond voor het schenden van haar notificatieplicht. Daarmee wordt naar het oordeel van het hof afbreuk gedaan aan het nuttige effect van artikel 108 lid 3 van het VWEU doordat hiermee de gemeente een verminderde prikkel heeft de maatregel aan te melden bij de Commissie. Alleen

al om deze reden is er naar het oordeel van het hof geen plaats voor partiële vernietiging van de koopovereenkomst.

5.44 Het hof is verder van oordeel dat de koopprijs in onverbreekelijk verband staat met de rest van de overeenkomst en dat ook om die reden partiële nietigheid niet mogelijk is. Dat de koopprijs veelal in onverbreekelijk verband staat tot de rest van de overeenkomst, wordt door de gemeente met zoveel woorden erkend (327 memorie van antwoord). De hoogte van de prijs is in beginsel een onplitsbaar beding. De omstandigheid dat in artikel 19 van de koopovereenkomst is overeengekomen dat de koopsom in twee termijnen zou worden betaald, is voor het hof geen belangrijke aanwijzing dat partijen de koopsom in algemene zin als splitsbaar hebben bedoeld. Met de betaling in twee termijnen, hebben partijen getracht aan te sluiten bij het advies van DLG, zoals ook blijkt uit de hiervoor onder 2.12 genoemde brief van de gemeente aan Spaansens. Dat partijen de koopprijs niet als splitsbaar hebben bedoeld, blijkt ook wel uit het feit dat partijen in artikel 19.2 zijn overeengekomen dat de nabetaling ongeacht de inspanningsverplichtingen van Spaansens na vijf jaren na levering opeisbaar is.

5.45 Verder is van belang, zoals Spaansens aanvoert, dat zij nimmer de bedoeling heeft gehad het Spaansens-terrein voor € 6.250.000,- aan de gemeente te verkopen. Dit wordt door de gemeente (terecht) niet weersproken.

5.46 Dat algehele nietigheid leidt tot een groot incasorisico voor de gemeente is door Spaansens gemotiveerd weersproken en door de gemeente niet verder onderbouwd. De stelplicht en de bewijslast dat Spaansens niet in staat is om het bedrag van € 6.500.000,- terug te betalen, rusten ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv op de gemeente. Het hof ziet in hetgeen de gemeente onder 339 van haar memorie van antwoord heeft aangevoerd, geen aanleiding om van de hoofdregel af te wijken.

5.47 Dat de algehele nietigheid leidt tot allerlei complicaties ligt in de risicosfeer van de gemeente, zeker nu die complicaties ook voorzienbaar waren. Die complicaties had zij kunnen voorkomen door de steun voorafgaand aan de betaling daarvan als voorgenomen steunmaatregel bij de Europese Commissie aan te (laten) melden en rechtvaardigen naar het oordeel van het hof niet dat de koopovereenkomst slechts gedeeltelijk wordt vernietigd. Grief VII slaagt aldus.

5.48 Gelet op het voorgaande, zal het hof alsnog de door Spaansens subsidiair en in voorwaardelijke reconventie gevorderde nietigverklaring van de koopovereenkomst toewijzen, inclusief de daarbij behorende nevenveroordeling van de gemeente om mee te werken aan het bewerkstelligen dat de nieuwe eigendomssituatie van het Spaansens-terrein wordt aangepast in de openbare registers. Het hof ziet aanleiding om de gevorderde dwangsommen te maximeren tot een bedrag van € 2.000.000,-.

5.49 De nietigverklaring van de koopovereenkomst brengt mee dat de meer subsidiaire vordering onder 5, te weten de melding van de koopovereenkomst bij de Commissie dient te worden afgewezen. Dit geldt ook voor het op bladzijde 145 van de memorie van grieven onder 6 gevor-

derde verbod om de status quo van het Spaansens-terrein te veranderen.

5.50 De nietigverklaring van de koopovereenkomst brengt mee dat de in conventie toegewezen vorderingen van de gemeente alsnog dienen te worden afgewezen. De daarop betrekking hebbende grieven X en XI behoeven om die reden geen inhoudelijke behandeling. Dit geldt ook voor grief V die zich keert tegen de omvang van het selectieve voordeel zoals vastgesteld door de rechtbank.

Proceskostenveroordeling

5.51 De gemeente dient als de grotendeels in het ongelijk te stellen partij te worden veroordeeld in de proceskosten van Spaansens in eerste aanleg en hoger beroep (2 punten in tarief VIII). De daarop betrekking hebbende grief XII slaagt.

6 De slotsom

De grieven VI, VII en XII slagen (gedeeltelijk). De grieven II, III, IV, VI en VIII falen (gedeeltelijk). Bij de behandeling van de overige grieven heeft Spaansens geen belang. De in reconventie gevorderde nietigverklaring van de koopovereenkomst en de proceskostenveroordeling zullen worden toegewezen als hierna bepaald.

7 De beslissing

Het gerechtshof, rechtdoende in hoger beroep:

- vernietigt de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Noord-Nederland, zittingsplaats Leeuwarden van 1 juli 2015 en 16 december 2015, en opnieuw rechtdoende;
- verklaart de koopovereenkomst nietig wegens strijd met artikel 108 lid 3 van het VWEU;
- veroordeelt de gemeente om mee te werken aan het bewerkstelligen dat de eigendomssituatie van het Spaansens-terrein, zoals omschreven in de kop van de koopovereenkomst, wordt weergegeven in de openbare registers, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de gemeente daarmee in gebreke blijft, tot een maximum van € 2.000.000,-;
- wijst de overige vorderingen van Spaansens af;
- wijst de oorspronkelijke conventionele vorderingen van de gemeente af;

Naschrift

1. De gemeente Harlingen koopt in 2009 een terrein van vloerenfabriek Spaansens aan ten behoeve van woningbouw. Betaling van de koopprijs vindt volgens de overeenkomst plaats in twee delen. Het eerste deel van € 6.500.000,- wordt bij levering betaald en over het restant van € 2.000.000,- wordt afgesproken dat dat wordt betaald nadat Spaansens haar fabriek heeft verplaatst of nadat vijf jaar zijn verstreken zonder verplaatsing. Nadat Spaansens om betaling van het restantbedrag vraagt, stelt de ge-

meente zich op het standpunt dat sprake is van onrechtmatige staatssteun. Omdat de marktwaarde van het terrein volgens een taxatierapport slechts € 6.250.000,- bedraagt, weigert de gemeente de nabetaling te doen en vordert zij een bedrag van € 250.000,- van Spaansen terug. Waar de rechtbank de gemeente nog vrijwel volledig in het gelijk had gesteld, beslist het hof dat weliswaar sprake is van verboden staatssteun, maar dat in plaats van partiële nietigheid sprake is van integrale nietigheid van de koopovereenkomst. De gemeente krijgt dus haar geld terug, maar is de aangekochte grond ook kwijt. Daar zat de gemeente bepaald niet op te wachten, nu zij een deel van de grond al had doorverkocht en het terrein nog steeds voor woningbouw wil gebruiken.

2. Uit het arrest van het hof kunnen de nodige lessen worden getrokken voor de vastgoedpraktijk.

Staatssteun

3.1 Overheden mogen geen staatssteun verlenen zonder voorafgaande melding bij de Europese Commissie of zonder (binnen een bepaalde termijn nadat de steun is verleend) een rechtmatig beroep op een (groeps)vrijstelling. De transactie waar het in deze casus om gaat is niet gemeld en de gemeente wil dat ook niet alsnog doen. Cruciaal is dus of sprake is van staatssteun.

3.2 Het meest springende punt in deze zaak is daarbij de vraag of sprake is van een selectief voordeel voor Spaansen. Een selectief voordeel ontbreekt als een schadevergoeding is gebaseerd op een onteigening op grond van de Onteigeningswet. In dat geval kan immers iedere onderneming die zichzelf in eenzelfde (onteinings)situatie bevindt op volledige schadeloosstelling rekenen. Indien onteigening niet voldoende voorzienbaar is, dienen overheden zich op te stellen als particuliere marktinvesteerder (en dus niet meer dan de marktwaarde betalen). Anders zouden zij immers selectief bepaalde ondernemingen wel, en andere niet, volledig schadeloos kunnen stellen.

3.3 Het hof gaat allereerst in op de vraag of de gemeente zich bij het sluiten van de koopovereenkomst al dan niet heeft opgesteld als particuliere marktinvesteerder. Het hof oordeelt van niet en haakt aan bij een in opdracht van de gemeente door DTZ Zadelhoff uitgevoerde taxatie, waaruit blijkt dat de gronden een onderhandse verkoopwaarde hadden van € 6.250.000,-. De overwegingen die het hof aan zijn oordeel ten grondslag legt, zijn om meerdere redenen zeer bruikbaar voor de gemeentelijke praktijk.

3.4 In de eerste plaats past het hof de Mededeling Grondtransacties toe, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat een door een onafhankelijke partij (zoals DTZ Zadelhoff) uitgevoerde marktwaardetaxatie tot een realistische prijs leidt mits deze voldoet aan de voorwaarden uit de Mededeling Grondtransacties. De Mededeling Grondtransacties is in 2016 vervangen door de Staatssteunmededeling. De Staatssteunmededeling bevat echter geen vergelijkbare taxatie-instructies. Het was daardoor onzeker of een taxatie conform de richtsnoeren Mededeling Grondtransacties nog altijd de conclusie rechtvaardigt dat geen voordeel wordt verstrekt. Het hof beantwoordt deze vraag bevesti-

gend, waardoor de voortdurende relevantie van de Mededeling Grondtransacties wordt bevestigd.

3.5 In de tweede plaats stelt het hof vast dat ook een berekening van de marktwaarde op basis van de residuele methode kan leiden tot een betrouwbare waardering. Daarover bestond twijfel sinds het besluit van de Europese Commissie over de vermeende staatssteun van de gemeente Leidschendam-Voorburg voor de herontwikkeling van het Damplein (besluit (EU) 2016/649). Naar het oordeel van de Europese Commissie zou de residuele waarderingsmethode bij dalende vastgoedprijzen tot negatieve grondprijzen kunnen leiden en dus niet voldoende representatief zijn.

3.6 Verder stelt het hof dat een marktwaardetaxatie ook voldoende betrouwbaar kan zijn als deze plaatsvindt (ruim) nadat onderhandelingen zijn aangevangen en de koopovereenkomst zelfs al is gesloten. Met dat oordeel gaat het hof verder dan de Staatssteunmededeling die daarover bepaalt:

“In het geval van de verkoop van gronden is een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, in beginsel voldoende.”

3.7 De vervolgvraag is of de verwerving door de gemeente heeft plaatsgevonden op basis van een (voldoende) voorzienbare onteigening. Op dit aspect gaat het hof helaas slechts zeer kort in. Het oordeelt dat niet kan worden aangenomen dat de gemeente daadwerkelijk het voornemen had om tot onteigening over te gaan. Daarvoor is redengevend dat er geen concrete plannen lagen voor herbesteding van het terrein.

3.8 De vraag die daarbij volgens ons rijst is wat een concreet plan voor herbesteding dan zou moeten zijn. Uit het arrest blijkt namelijk dat de gemeente in ieder geval wel stedenbouwkundige visies had opgesteld die voorzagen in herontwikkeling van het terrein. De gemeente heeft verder in een brief aan Spaansen geschreven een vergoeding te willen betalen op basis van onteigening en in de koopovereenkomst was opgenomen dat de gemeente het terrein voor woningbouw wilde gebruiken. Kennelijk is dit voor het hof onvoldoende.

3.9 Wat wel voldoende is volgens het hof blijft in het midden, maar naar ons oordeel kan er in elk geval geen sprake van zijn dat er een vastgesteld bestemmingsplan moet zijn, voordat voldoende zicht op onteigening bestaat. Immers, op grond van de Onteigeningswet kan een verzoek tot aanwijzing ter onteigening aan de Kroon al worden gedaan vanaf de vaststelling van het bestemmingsplan. Voor onteigeningen op grond van Titel IIa van de Onteigeningswet (met name infrastructuur) geldt dat het überhaupt niet nodig is dat een planologische grondslag al is vastgesteld voordat de Kroon besluit over de aanwijzing ter onteigening. De Kroon wijst daarbij alleen gronden ter onteigening aan indien vóór het verzoek daartoe aan de Kroon al is onderhandeld op basis van volledige schadeloosstelling.

3.10 Gelet op de strenge benadering van het hof doen verkopers er naar ons oordeel in elk geval goed aan om in de (koop)overeenkomst te laten vastleggen dat de transactie ter voorkoming van onteigening plaatsvindt.

Gevolgen staatssteun

4.1 Nu vaststaat dat de koopovereenkomst heeft geleid tot onrechtmatige staatssteun, resteert de vraag welke consequenties daaraan moeten worden verbonden. Volgens vaste Europese jurisprudentie rust op lidstaten een ongedaanmakingsverplichting. In dat kader dient de meest doeltreffende maatregel te worden genomen die met name bewerkstelligt dat de concurrentiesituatie wordt hersteld zoals die bestond voorafgaand aan de steunverlening.

4.2 Partiële nietigheid, zoals de gemeente had bepleit, is volgens het hof niet het meest doeltreffend. De verplichting om staatssteun te melden bij de Europese Commissie ter voorkoming van onrechtmatigheid rust op overheden. Begunstigden zoals Spaansen kunnen zelf niet tot melding overgaan. Het hof oordeelt naar ons oordeel terecht dat de strekking van die meldingsverplichting zich daarom niet goed verhoudt tot partiële nietigheid, omdat dat uitnodigt tot omzeiling van de meldingsverplichting. De door de rechtbank wel toegepaste partiële nietigheid komt er immers op neer dat de gemeente wordt beloond voor het schenden van de op haar rustende meldingsplicht.

4.3 Het hof neemt verder aan dat de hoogte van de prijs in het algemeen een onsplitsbaar beding is (van de rest van de overeenkomst) en daarvan dus een onverbreekelijk onderdeel uitmaakt. De bekende bedoelingen van de gemeente en Spaansen bij het sluiten van de koopovereenkomst geven geen aanleiding om van dat uitgangspunt af te wijken. In dat kader acht het hof van belang dat de koopovereenkomst nimmer tot stand zou zijn gekomen als de gemeente (slechts) de marktwaarde voor het perceel had betaald. Het hof oordeelt gelet op het voorgaande dat geen sprake is van partiële, maar integrale nietigheid van de overeenkomst.

4.4 Als gevolg van het feit dat de koopovereenkomst nietig was, moet worden uitgegaan van de fictie dat de transactie waarmee staatssteun is verleend, nimmer heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat een geldige titel voor de levering van de grond ontbrak en Spaansen onverschuldigd aan de gemeente heeft betaald.

4.5 Het hof veroordeelt Spaansen dan ook om het van de gemeente ontvangen bedrag terug te betalen, terwijl de gemeente op straffe van een dwangsom wordt veroordeeld mee te werken aan herstel van de eigendomssituatie m.b.t. de grond. Dit leidt tot een probleem, aangezien de gemeente het Spaansen-terrein heeft doorverkocht en -geleverd aan derden. De kans lijkt daarmee klein dat de gemeente aan haar verplichting de grond terug te geven kan voldoen. De kopers zullen namelijk mogelijk een beroep kunnen doen op de derdenbescherming uit artikel 3:88 BW. Het is de vraag of Spaansen wel zal (moeten) terugbetalen indien zij de grond niet terug krijgt. Dan rijst de vraag of de volledige nietigheid van de koopovereenkomst ertoe leidt dat de mededingings-situatie van voor de onrechtmatige staatssteun ook daadwerkelijk wordt hersteld.

4.6 Uit de uitspraak van het hof blijkt in elk geval dat het voor overheden zeker niet zonder risico is om achteraf een beroep te doen op staatssteun en te weigeren alsnog een melding bij de Europese Commissie te doen. Dat geldt met name indien ongewenst is dat de aangekochte grond weer aan de verkoper wordt afgestaan.

J.W.M. Hagelaars & S. van der Heul

Gst. 2019/95

Hof van Justitie van de Europese Unie 7 november 2018, nr. C-461/17

(Mrs. A. Prechal, C. Toader (rapporteur) en A. Rosas)

A-G J. Kokott

m.nt. S.D.P. Kole¹

(Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn)

M en R 2019/39

ECLI:EU:C:2018:883

ECLI:EU:C:2018:649

Reikwijdte passende beoordeling, nadere besluitvorming en passeren van het advies van een wettelijk adviseur.

Gelet op een en ander moet op de eerste drie vragen worden geantwoord dat artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat in een „passende beoordeling”, ten eerste, alle habitattypen en soorten moeten worden vastgesteld waarvoor een gebied wordt beschermd en, ten tweede, de gevolgen van het voorgestelde project moeten worden geïnventariseerd en onderzocht zowel voor de soorten in dat gebied waarvoor het niet is opgenomen als voor de habitattypen en soorten buiten dat gebied, op voorwaarde dat deze effecten de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied kunnen aantasten.

Gelet op het voorgaande moet op de achtste vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de bevoegde instantie krachtens deze bepaling enkel een vergunning mag verlenen voor een plan of een project waarvan bepaalde aspecten voor de fase van de aanleg, zoals de locatie van de bouwplaats en de aanvoerwegen, bij een later besluit door de opdrachtgever kunnen worden vastgesteld, als vaststaat dat bij de vergunning voldoende strikte voorwaarden worden gesteld die waarborgen dat deze aspecten de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantasten.

Gelet op het voorgaande moet op de negende tot en met elfde vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een „passende beoordeling”, wanneer de bevoegde instantie de conclusies verwerpt van een wetenschappelijk advies waarin wordt bepleit nadere informatie te vergaren, een uitdrukkelijke en gedetailleerde motivering moet bevatten die elke redelijke wetenschappelijke

¹ Sander Kole is universitair docent Staats- en bestuursrecht (in het bijzonder ruimtelijk bestuursrecht) aan de Open Universiteit.