

## Memorandum

Van : Cees Dekker en Ingrid van den Berge - advocaten  
Aan : Provincie Utrecht – Michiel Linskens, Timon Kooima  
Datum : 22 april 2021  
Betreft : advies OMU – verstrekking kapitaal en financiering exploitatiekosten  
Referentie : 239858/CTD

---

## Managementsamenvatting

In het Kader Ruimtelijk Programmeren (2020) heeft de Provincie Utrecht (de Provincie) zich ten doel gesteld om 20 tot 30 procent van de uitbreidingsvraag van bedrijfsruimte tot ca. 2030 te accommoderen op bestaande bedrijventerreinen. Daartoe zullen in elk geval vijftig prioritaire locaties gerevitaliseerd moeten worden. Dit betreft circa 35 hectare aan problematische bedrijfsterreinen. De Provincie heeft de naamloze vennootschap Ontwikkelingsmaatschappij Utrecht (OMU) – waarvan de Provincie enig aandeelhouder is - gevraagd een plan te maken voor de versterkte aanpak van intensivering van bestaande bedrijventerreinen.

Het plan gaat uit van twee ambitieniveaus. In ambitieniveau 1 worden de top-50 (circa 35 hectare) bedrijfslocaties waar sprake is van een zeer actuele en urgente opgave aangepakt. Deze locaties worden door OMU aangekocht, waarna sloop, herverkaveling, sanering, bestemmingswijziging plaatsvinden en de terreinen bouwrijpe weer worden verkocht. Hierbij is sprake van een verwachte totale investeringsbehoefte van € 122.500.000,- verspreid over 10 jaar, met een verwachte onrendabele top van € 24.500.000,-.

In ambitieniveau 2 worden de overige locaties aangepakt die nodig zijn om de doelstelling van 85 hectare ruimtewinst te behalen. Hierbij gaat het vaak om grotere ontwikkelingen inclusief aankoop van courant vastgoed, uitplaatsing van zittende ondernemers, samenwerking met naburige eigenaren en opwaardering van de openbare ruimte. Bij dit ambitieniveau is het niet de bedoeling dat OMU alle locaties helemaal zelf aankoopt, maar dat er gewerkt wordt in co-creatie en cofinanciering met betrokken vastgoedeigenaren, ondernemers, ontwikkelaars en gemeenten. Hierbij is sprake van een verwachte totale investeringsbehoefte van € 268.900.000,-, verspreid over 10 jaar (projectduur is 15 jaar) met een verwachte onrendabele top van € 105.100.000,-.

De bevindingen zijn als volgt:

- Wij zijn van oordeel dat een start kan worden gemaakt met ambitieniveau 1, zonder voorafgaande melding bij de Europese Commissie, voor zover het betreft de aankoop van terreinen (al dan niet met opstallen), sanering en herontwikkeling en vervolgens verkoop als (louter) bouwrijp terrein, mits de activiteiten ter zake worden ondergebracht in een



aparte dochtervennootschap waaraan het kapitaal ten behoeve van de realisatie van ambitieniveau 1 beschikbaar wordt gesteld.

- Ambitieniveau 2 betreft activiteiten waarvoor een financiering door de overheid wel staatssteun vormt, terwijl ten aanzien van de private mede-investeerders en in verband met uitplaatsingen voordelen kunnen worden verstrekt die voor die ondernemingen staatssteun opleveren. Wij adviseren dan ook de financiering van ambitieniveau 2 bij de Europese Commissie ter goedkeuring te melden.
- Wij adviseren voorts de activiteiten van OMU door Provinciale Staten te laten aanwijzen als activiteiten in het algemeen belang, als bedoeld in de Wet Markt en Overheid en bovendien deze activiteiten aan te wijzen als dienst van algemeen (economisch) belang als bedoeld in het Europese recht.
- Het aanbestedingsrecht staat niet in de weg aan onderhandse gunning van opdrachten door de Provincie aan OMU. Ten aanzien van opdrachten van gemeenten kand at anders liggen.



## Beantwoording van de gestelde vragen

Hieronder worden per aan ons gestelde vraag de antwoorden gegeven.

### Scenario 1 (Snel aan de slag)

*Wat zijn de mogelijkheden om zo spoedig mogelijk aan de slag te kunnen gaan, ongeacht de positie van OMU, binnen de wettelijke kaders? U wilt daarbij toegelicht zien aan welke termijn hierbij gedacht kan worden.*

Zoals hierna zal blijken menen wij dat de beste manier om binnen de staatssteunregels te handelen is het onderbrengen van de aankoop, sanering en herontwikkeling en vervolgens verkoop van bouwrijpe terreinen in een aparte entiteit (dochteronderneming). Voor zover de kapitaalstorting en financiering van exploitatiekosten alleen daarop betrekking heeft, kan na de realisatie van die dochteronderneming het kapitaal aan die dochteronderneming beschikbaar worden gesteld en kan OMU investeren in de beoogde projecten.

Wordt ook voorzien dat projecten zullen resulteren in verkoop van terreinen met opstallen (dus herontwikkeling van bedrijfsruimten) dan vormen de kapitaalstorting en financiering van exploitatiekosten steun. In dat geval zou de steun gemeld moeten worden bij de Europese Commissie en moet gewacht worden met het uitvoeren van projecten die resulteren in verkoop van terreinen met opstallen totdat de Europese Commissie met de steun heeft ingestemd. Er zou dan al wel gestart kunnen worden met projecten die resulteren in de verkoop van bouwrijpe terreinen (ambitieniveau 1)

Kan ook niet gewacht worden op de realisatie van een dochteronderneming, dan zouden de eerste projecten (dat kunnen projecten zijn die resulteren in te verkopen bouwrijpe terreinen dan wel projecten met opstallen) moeten worden gerealiseerd door een directe investering ten behoeve van het project, zoals in het project TNO Zeist aan de orde was en waarover eerder door ons is geadviseerd. Daarbij zou dan gebruik kunnen worden gemaakt van artikel 56 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).

Om problemen met de Wet Markt en Overheid uit te sluiten adviseren wij op de kortst mogelijke termijn de activiteiten van OMU aan te wijzen als activiteit in het algemeen belang. Dit dient door Provinciale Staten te gebeuren.

### Scenario 2 (Duurzaam en eenvoudig)

*De uiteindelijke wens is een zo duurzaam en eenvoudig mogelijke oplossing te realiseren om de beleidsdoelen te kunnen realiseren. Uw vraag is hoe een juridisch eenvoudige en duurzame oplossing op hoofdlijnen eruitziet, waarbij u aangeeft dan te denken aan een overkoepelende oplossing, zoveel mogelijk zonder de noodzaak alle afzonderlijke projecten opnieuw juridisch te moeten toetsen, die, na implementatie, eenvoudig meerdere jaren tot de gehele projectduur mee kan.*

Wij adviseren u een aparte entiteit te creëren als dochtervennootschap van OMU, waarin de projecten worden ondergebracht die leiden tot de herontwikkeling tot bouwrijpe terreinen die vervolgens verkocht worden. De activiteiten van OMU op dit punt kunnen als niet-economische activiteiten worden aangemerkt, waardoor de verstrekking van kapitaal geen steun vormt, evenmin als de vergoeding van exploitatiekosten (onder voorwaarden). Wij



adviseren u graag nader over de vormgeving van deze afscheiding van de niet-economische activiteiten.<sup>1</sup>

Wanneer de kapitaalstorting ook bedoeld is voor projecten die tot verkoop van terreinen met opstallen leiden, is in zoverre wel sprake van staatssteun. Wanneer deze niet per project gefinancierd worden (zoals in het geval van TNO Zeist – zie ons eerdere advies) zou een melding moeten plaatsvinden bij de Europese Commissie. Dat zou dan niet per project hoeven, maar kan met betrekking tot de kapitaalstorting en de jaarlijkse financiering van de exploitatiekosten plaatsvinden. Er kan dan in een keer toestemming worden verkregen voor de activiteiten van OMU. Dit zal met name betrekking hebben op ambitieniveau 2.

Daarnaast adviseren wij u om de activiteiten van OMU (als geheel) aan te wijzen als algemeen belang-activiteit in de zin van de Wet M&O. Deze aanwijzing moet plaatsvinden door Provinciale Staten.

U heeft voorts gevraagd om voor beide scenario's concreet in te gaan op de volgende vragen:

1. *Op welke wijze kan OMU in haar huidige constructie een rol spelen bij het realiseren van de beleidsdoelen?*

Met de *huidige constructie* zouden de kapitaalstorting en bijdrage in de exploitatiekosten een steunmaatregel vormen, die niet binnen de kaders van de AGVV past. Daarom zouden de kapitaalstorting en bijdrage in de exploitatiekosten moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie en moet gewacht worden op goedkeuring van de Europese Commissie. Onze inschatting is dat goedkeuring (waarop wij de kans op zichzelf wel groot achten) tussen de 6 en 12 maanden op zich zal laten wachten. In die periode zou per project een bijdrage door de Provincie kunnen worden verstrekt, zoals dat ook ten aanzien van het TNO-project plaatsvindt. Dergelijke financiering kan als investeringssteun voor lokale infrastructuur worden beschouwd, mits de steun per project niet meer bedraagt dan € 10 miljoen en de totale omvang van het project niet meer dan € 20 miljoen bedraagt. In de huidige constructie kan OMU dus beperkt een rol spelen bij het realiseren van de beleidsdoelen in de beoogde opzet (met een kapitaalstorting waarmee OMU kan werken).

Aanbestedingsrechtelijk lijken hier geen problemen op te treden in de zin dat de Provincie, gebruik makend van de quasi-inhouse uitzondering, ondershands opdrachten aan OMU kan verstrekken.

2. *Mocht OMU niet eenvoudig inpasbaar zijn, wat zou er aan de inrichting van OMU moeten veranderen om OMU wel een belangrijke rol te laten spelen?*

---

<sup>1</sup> Globaal gaat het hier om ofwel een kapitaalbreng in de moederonderneming, waarna een afsplitsing plaatsvindt voor de niet-economische activiteiten en de kapitaalstorting wordt toegescheiden aan de dochter, ofwel om een oprichting van een dochter waarin de provincie een of meerdere aandelen houdt waarop de € 35 miljoen als agio gestort wordt.



Wij adviseren een vennootschap op te richten die als dochteronderneming van OMU zich bezig gaat houden met de herontwikkeling van terreinen welke als bouwrijpe grond worden verkocht. Deze vennootschap kwalificeert niet als onderneming in het staatssteunrecht en evenmin als een overheidsbedrijf in de zin van de Wet Markt en Overheid. Wanneer de kapitaalstorting en bijdrage in de exploitatiekosten ten behoeve van deze dochtervennootschap plaatsvindt en ervoor wordt gezorgd dat voordelen niet ten goede komen aan de economische activiteiten van OMU, vormen de kapitaalstorting en bijdrage geen steunmaatregel.

Aanbestedingsrechtelijk zijn er geen aanpassingen van de huidige structuur nodig.

3. *In hoeverre is het mogelijk dat andere overheden en/of private partijen bijdragen aan de financiering voor OMU voor de uitvoering van projecten?*

Dat is wel mogelijk, maar resulteert wel in mogelijk complexe problemen, zowel staatssteunrechtelijk als aanbestedingsrechtelijk.

Indien OMU werkzaamheden verricht voor andere aanbestedende diensten zonder dat zij tevens aandeelhouder zijn/toezicht uitoefenen op OMU, kan dit consequenties hebben voor de toepasselijkheid van de quasi-inhouse uitzondering waarop de Provincie zich beroept. Immers, indien OMU voor andere opdrachtgevers – niet zijnde toezichthoudende instanties – werkzaamheden verricht komt de minimaal 80% van de activiteiten die OMU voor de Provincie moet verrichten opdat de Provincie kan profiteren van de quasi-inhouse uitzondering mogelijk relatief snel in gevaar.

Wanneer private partijen mede investeren in projecten (wij gaan er gelet op de statuten van OMU vanuit dat zij hoe dan ook geen aandeelhouder worden in OMU) beperkt dat niet de mogelijkheid van de Provincie om een beroep te doen op de quasi-inhouse uitzondering, mits OMU niet voor meer dan 20% van haar activiteiten (ook) in opdracht van deze private partijen of andere aanbestedende diensten – niet zijnde aandeelhouders - gaat werken.

Betrokkenheid van andere overheden leidt staatssteunrechtelijk niet tot problemen.

Betrokkenheid van private mede-investeerders leidt mogelijk wel tot staatssteunrechtelijke problemen, afhankelijk van de omstandigheden. Wanneer de rol van mede-investeerder inhoudt dat de private onderneming participeert in de verwerving van terreinen en de herontwikkeling en vervolgens de terreinen worden verkocht, zal al snel sprake zijn van steun aan de mede-investeerder als deze niet volledig gelijk meedeelt (in negatieve zin) in de onrendabele top. Wanneer de bijdrage van private partijen bestaat uit de verwerving van de bouwrijpe terreinen en verdere investering daarin, zal van staatssteun geen sprake zijn, indien de verwerving tegen een (getaxeerde) marktconforme prijs plaatsvindt.

Wij zien voornamelijk geen grondslag om bij de Europese Commissie toestemming te krijgen voor een bevoordeling van de mede-investeerders in deze constellatie. Wel zou mogelijk bij de Commissie kunnen worden voorgelegd een vorm van samenwerking waarbij een eventueel positief investeringsresultaat voor de private investeerder (terwijl de OMU met de onrendabele top blijft zitten) op een of andere manier wordt ingekaderd



en gelimiteerd. Wij overleggen graag met u over de gedachten op dit punt om te kijken of tot een voor de Commissie aanvaardbare oplossing zou kunnen worden gekomen.

4. *In hoeverre is het mogelijk om de exploitatiekosten van OMU te financieren (op dit moment ongeveer € 750.000,- per jaar)?*

Ook hiervoor geldt dat voor zover de exploitatiekosten betrekking hebben op de niet-economische activiteiten deze vergoed kunnen worden, zonder dat dit steun voor OMU vormt. De hierboven geadviseerde scheiding van de niet-economische activiteiten in een afzonderlijke vennootschap is daarom ook voor de financiering van de exploitatiekosten van belang. Aanbestedingsrechtelijk leidt dit niet tot problemen.

5. *Ambitie 2*

*Naast deze algemene verkenning vraagt u om concreet de volgende optie te bespreken in het kader van de hierboven genoemde ambitie 2 (met een totale waarde van € 268,9 miljoen in 15 jaar, waarvan € 7,85 miljoen/jaar een onrendabele top). De Provincie wil in verband hiermee de taken van OMU uitbreiden en met het oog hierop een kapitaalinjectie doen in OMU van € 35 miljoen voor de financiering van de eerste fase. Per jaar waardeert de Provincie de waarde van het belang in OMU af met naar verwachting € 3 miljoen. Deze afwaardering is gebaseerd op de volledige onrendabele top van ambitieniveau 1 (€ 2.450.000,-/jaar) aangevuld met een klein deel van ambitieniveau 2. De Provincie rekent erop dat bij de financiering van projecten andere partijen (gemeenten, private partijen) financieel zullen participeren.*

U heeft aangegeven dat de activiteiten in het kader van ambitieniveau 2 betrekking hebben op aankoop van courant vastgoed, uitplaatsing van zittende ondernemers, samenwerking met naburige eigenaren en opwaardering van de openbare ruimte. Voorts heeft u aangegeven dat het bij dit ambitieniveau niet de bedoeling dat OMU alle locaties helemaal zelf aankoopt, maar dat er gewerkt wordt in co-creatie en cofinanciering met betrokken vastgoedeigenaren, ondernemers, ontwikkelaars en gemeenten.

In aanvulling op de hierboven reeds gegeven antwoorden, die ook op ambitieniveau 2 van toepassing zijn, merken wij het volgende op.

Voor zover OMU investeert in de opwaardering van de openbare ruimte en de overige investeringen (in vastgoed) door de private partijen plaatsvindt, kan betoogd worden dat OMU zich louter met een overheidstaak bezighoudt. Wanneer OMU echter gezamenlijk met de private partijen investeert in meer dan alleen de openbare ruimte, kan er sprake zijn van steun ten gunste van de mede-investeerdere (zie hierboven het antwoord op vraag 3).

Ook met betrekking tot de uitplaatsing van zittende ondernemers kan sprake zijn van staatssteun. Als hiermee wordt bedoeld op het verplaatsen van ondernemingen waarbij zij een vergoeding ontvangen voor de kosten van verplaatsing, uitgaande boven de aankoopprijs van het (hun) onroerend goed, zitten hier wel haken en ogen aan. Betoogd kan worden dat wanneer er uiteindelijk sprake zou kunnen zijn van onteigening, voor een verplaatsing van de betrokken onderneming een schadeloosstelling zou kunnen



worden betaald volgens de schadevergoedingsregels van de Onteigeningswet. De vraag is echter of, als de bestemming van de betreffende locatie niet wordt gewijzigd er wel een grond kan zijn voor een (uiteindelijke) onteigening. In de gevallen waar onteigening niet mogelijk is, zal van geval tot geval moeten worden bekeken of vergoeding van verplaatsingskosten mogelijk is zonder dat sprake is van staatssteun.

Betreft de uitplaatsing ondernemingen die ruimte huren in het betreffende vastgoed, dan zou een verplaatsingskostenvergoeding voor verplaatsing naar een ander huurpand wellicht mogelijk zijn, omdat dan niet gezegd kan worden dat die onderneming daardoor wordt bevoordeeld. Tevens kan nog verdedigd worden dat wanneer de huurder hetzelfde aantal vierkante meters huurt en die locatie verder ook vergelijkbaar is, maar de huurder meer moet betalen (per m<sup>2</sup>) gedurende enige tijd een vergoeding voor het verschil in huurprijs zou kunnen worden betaald. Een vergoeding van extra kosten voor een tijdelijke verplaatsing, met terugplaatsing op de bestaande locatie, na renovatie, valt naar onze mening goed te verdedigen.

Onze conclusie is dat in het kader van ambitieniveau 2 sprake is van economische activiteiten die door OMU worden verricht indien zij meer inhouden dan een loutere investering in de realisatie van openbare ruimte. Ook op het punt van de verhouding met private investeerders en ten aanzien van uitplaatsingen kan niet gezegd worden dat geen sprake is van steun. Wij adviseren dan ook met het oog op ambitieniveau 2 de steun aan OMU ter goedkeuring aan te melden bij de Europese Commissie.



# I. Achtergrond en vraagstelling

## I.1 Algemeen

In het Kader Ruimtelijk Programmeren (2020) heeft de Provincie Utrecht (de Provincie) zich ten doel gesteld om 20 tot 30 procent van de uitbreidingsvraag van bedrijfsruimte tot ca. 2030 te accommoderen op bestaande bedrijventerreinen. Daartoe zullen in elk geval vijftig prioritaire locaties gerevitaliseerd moeten worden. Dit betreft circa 35 hectare aan problematische bedrijfsterreinen.

De Provincie heeft de naamloze vennootschap Ontwikkelingsmaatschappij Utrecht (OMU) – waarvan de Provincie enig aandeelhouder is - gevraagd een plan te maken voor de versterkte aanpak van intensivering van bestaande bedrijventerreinen.

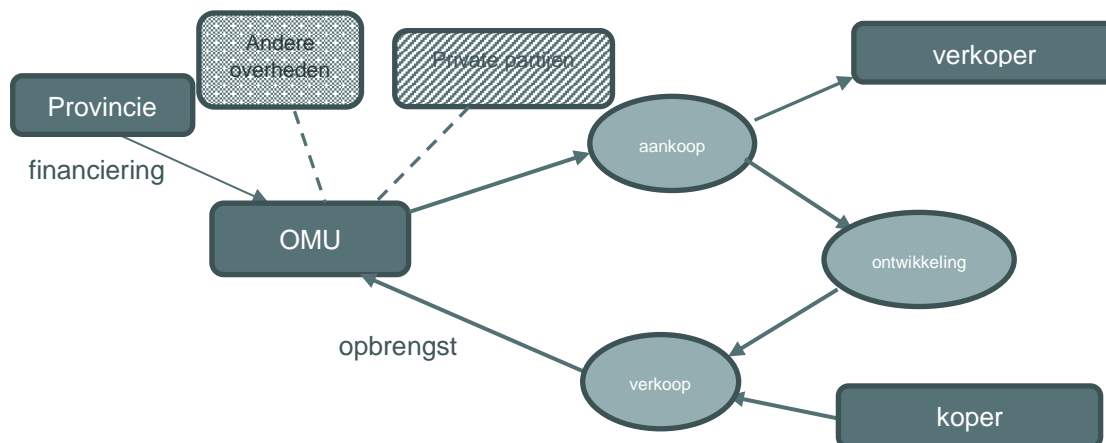
Het plan gaat uit van twee ambitieniveaus. In ambitieniveau 1 worden de top-50 (circa 35 hectare) bedrijfslocaties waar sprake is van een zeer actuele en urgente opgave aangepakt. Deze langdurig leegstaande en verpauperde bedrijfshallen, loodsen en kantoren worden tegen concurrerende prijzen door OMU aangekocht, waarna de nodige activiteiten worden uitgevoerd (sloop, herverkaveling, sanering, bestemmingswijziging) om de bouwrijpe gronden weer tegen marktconforme uitgifteprijzen te verkopen aan passende partijen.

Volgens ramingen van adviesbureau Metafoor, resulteert deze aanpak conform ambitieniveau 1 in een gemiddelde onrendabele top van € 70,- per m<sup>2</sup> terrein. Hierbij is sprake van een verwachte totale investeringsbehoefte van € 122.500.000,- verspreid over 10 jaar, met een verwachte onrendabele top van € 24.500.000,-.

In ambitieniveau 2 worden de overige locaties aangepakt die nodig zijn om de doelstelling van 85 hectare ruimtewinst te behalen. Hierbij gaat het vaak om grotere ontwikkelingen inclusief aankoop van courant vastgoed, uitplaatsing van zittende ondernemers, samenwerking met naburige eigenaren en opwaardering van de openbare ruimte. Dit hogere ambitieniveau 2 resulteert volgens de ramingen van adviesbureau Metafoor in een gemiddelde onrendabele top van € 230,- per m<sup>2</sup> terrein. Bij dit ambitieniveau is het uitdrukkelijk niet de bedoeling dat OMU alle locaties helemaal zelf aankoopt, maar dat er gewerkt wordt in co-creatie en cofinanciering met betrokken vastgoedeigenaren, ondernemers, ontwikkelaars en gemeenten. Hierbij is sprake van een verwachte totale investeringsbehoefte van € 268.900.000,-, verspreid over 10 jaar (projectduur is 15 jaar) met een verwachte onrendabele top van € 105.100.000,-.

Het proces en de deelnemers zien er schematisch als volgt uit:





*Figuur 1: proces en deelnemers*

In deze figuur zijn de private partijen (in ambitieniveau 2) mede-investeerdere of uit te plaatsen ondernemingen.

## 1.2 Achtergrond OMU

OMU betreft een NV waarvan de Provincie de enige aandeelhouder is. Deze relatie is bij de oprichting ingericht als quasi-inbesteding. De werkzaamheden van OMU richten zich op het ondersteunen (faciliteren, financieren en investeren) bij het herontwikkelen van bedrijventerreinen, transformeren van kantoren en detailhandel, met als doel om gebruik van bestaande bedrijventerreinen te intensiveren (aanpak onderbenutting, oneigenlijk gebruik en veroudering), leegstaande kantooruimte te transformeren naar andere functies en detailhandel te transformeren of te clusteren. De OMU realiseert deze doelen met name door advisering, financiering en strategische aankopen. De Provincie kan middelen aan OMU beschikbaar stellen vanuit haar rol als aandeelhouder en/of haar rol als subsidieverstrekker.

In de vraagstelling die thans voorligt gaat het (ook) om de aankoop van bedrijventerreinen, sloop, sanering en het vervolgens bouwrijp maken van de terreinen waarna de terreinen verkocht worden.

## 1.3 Vraagstelling

U verzoekt ons om ten aanzien van het bovenstaande een globaal overzicht te geven van mogelijkheden, onmogelijkheden, oplossingsrichtingen en risico's met betrekking tot staatssteun, aanbestedingsrecht en de Wet Markt en Overheid en wat de gevolgen van de betreffende risico's kunnen zijn.

Verder verzoekt u ons om mogelijke oplossingsrichtingen (op hoofdlijnen) uit te werken in twee verschillende scenario's, inclusief een korte vergelijking van de uitkomst van deze scenario's, gezien vanuit de mogelijkheden en beperkingen van het staatssteunrecht, aanbestedingsrecht, de Wet Markt en Overheid en overige relevante wet- en regelgeving.



## I.4 Plan van behandeling

Hieronder volgen de juridische kaders en de toepassing daarvan in het kader van de voorgelegde vragen. De concrete vragen die u ons heeft gesteld zijn hierboven beantwoord. Om niet in herhaling te vallen, zal hierna die beantwoording niet nog eens plaatsvinden.

## II. Is sprake van een steunmaatregel?

### II.1 Beoordelingskader

Artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), bepaalt:

Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt

Hieruit blijkt dat sprake is van een steunmaatregel indien:

- 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.<sup>2</sup> 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.

In het geval een maatregel kwalificeert als een steunmaatregel, betekent dat nog niet 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.<sup>3</sup> Op de meldingsplicht bestaat – voor zover hier relevant – een uitzondering voor maatregelen die voldoen aan de voorwaarden van EU-Verordening 651/2014, de zogenaamde Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).<sup>4</sup> Voorts behoeft zogenoemde de-minimissteun niet te worden gemeld, omdat dergelijke steun niet aan alle criteria van het begrip ‘steunmaatregel’ voldoet.<sup>5</sup>

Hierna zullen de hierboven genoemde criteria worden besproken en op de casus worden toegepast. Om dat goed te kunnen doen, zullen eerst de actoren en hun rollen worden besproken.

---

<sup>2</sup> Zie arrest van het Hof van Justitie 15 juli 2004, Pearle, C-345/00, rechtsoverweging 32.

<sup>3</sup> Zie artikel 108, lid 3, VWEU.

<sup>4</sup> PbEU 2014, L178/1.

<sup>5</sup> Onder voorwaarden hoeft ook steun in de vorm van een compensatie voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang niet vooraf ter goedkeuring bij de Commissie te worden gemeld. Zie hierna, paragraaf V.



## II.2 Actoren en hun rollen<sup>6</sup>

### II.2.1 Provincie

De provincie is een publiekrechtelijke rechtspersoon en treedt in het voorliggende project en ten opzichte van OMU op als aandeelhouder en subsidieverstrekker.

### II.2.2 OMU

OMU is een naamloze vennootschap waarvan de Provincie 100% aandeelhouder is. Het bestuur en de raad van commissarissen van OMU worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, in feite dus door de Provincie. OMU heeft als statutair doel het in samenwerking met publieke en private partijen herstructureren en herontwikkelen van bedrijventerreinen in de Provincie met inachtneming van het door het provinciebestuur gevoerde beleid. De feitelijke werkzaamheden van OMU richten zich op het ondersteunen (faciliteren, financieren en investeren) bij het herontwikkelen van bedrijventerreinen, transformeren van kantoren en detailhandel. In verband met de uitvoering van Kader Ruimtelijk Programmeren zal OMU bedrijventerreinen aankopen, de aanwezige opstallen slopen, saneren, het terrein herverkavelen, en vervolgens bouwrijp verkopen.

### II.2.3 Gemeente

Daar waar een wijziging van de bestemming aan de orde is speelt de gemeente waarin het bedrijventerrein gelegen is een rol op grond van de Wet ruimtelijke ordening. Gemeenten kunnen ook een rol spelen als mede-investeerder.

### II.2.4 Private partijen

Aangezien ook wordt gevraagd naar de mogelijkheid om private investeerders te betrekken, dienen ook deze als actoren beoordeeld te worden. Tevens wordt ingegaan op private partijen die worden uitgeplaatst.

### II.2.5 Verkopers

Zoals gezegd zal OMU bedrijventerreinen aankopen. In dat kader zijn de huidige eigenaren van de terreinen die de terreinen gaan verkopen actoren waarmee in de staatssteunrechtelijke beoordeling rekening moet worden gehouden.

---

<sup>6</sup> Wij laten voor wat betreft de staatssteunbeoordeling partijen die de werkzaamheden in het kader van sloopwerkzaamheden, sanering en het bouwrijp maken van de aangekochte terreinen buiten beschouwing, er van uitgaande dat die werkzaamheden ofwel worden aanbesteed, ofwel verzekerd wordt dat de werkzaamheden tegen een marktconforme prijs worden verricht.



## II.2.6 Kopers

Ook de uiteindelijke kopers van de bouwrijp gemaakte terreinen zijn actoren waarmee in de staatssteunrechtelijke beoordeling rekening moet worden gehouden.

## II.2.7 Naastgelegen eigenaren

In de Strategiebepaling Meerjarenplan OMU 2021-2024 vermeldt OMU (pag. 3): “Indien mogelijk werken we samen met naastgelegen eigenaren en andere marktpartijen. Doel is zoals altijd het vliegwieleffect: van kavel- naar clusterontwikkeling met uitstraling naar een groter gebied.” Dat betekent dat ook deze naastgelegen eigenaren mogelijk ook profiteren van de activiteiten van OMU. Hier merken wij reeds op dat als er al sprake is van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (zie hieronder) dit voordeel alleen indirect is (als gevolg van de verbetering van de terreinen waarin wordt geïnvesteerd). Wij laten deze naastgelegen eigenaren daarom verder buiten beschouwing.

## II.3 Is sprake van een onderneming?

Hierboven is aangegeven dat de bevoordeling met overheidsmiddelen een *onderneming* moet begunstigen (criterium c). Kwalificeert de bevoordeelde entiteit niet als onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, dan vormt de bevoordeling geen steunmaatregel.

Bepaald zal dus moeten worden welke van de hierboven genoemde actoren als onderneming zijn aan te merken.

Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie is elke entiteit die een economische activiteit verricht een onderneming, ongeacht haar rechtsvorm.<sup>7</sup> Van het verrichten van economische activiteiten is sprake wanneer goederen of diensten worden aangeboden op een markt.

Dat is dus ook het geval als een overheid zelf diensten of goederen aanbiedt op een markt (zoals bijvoorbeeld in het geval van verhuur van onroerend goed). Voor zover het die activiteiten betreft is de overheid dan als onderneming te beschouwen. Voor haar overheidstaken blijft zij – vanzelfsprekend – als overheid beschouwd worden. Dezelfde entiteit kan dus ondernemersactiviteiten uitoefenen (en in zoverre als onderneming kwalificeren) en niet-ondernemersactiviteiten uitoefenen (en in zoverre niet als onderneming kwalificeren).

Voor elk van de hierboven genoemde actoren zou dus moeten worden bepaald worden of zij goederen of diensten aanbieden op een markt.

Nu de Provincie geen begunstigde is van een voordeel (zie hieronder), beperken wij ons tot de beoordeling van OMU, de private investeerders, verkopers en kopers. Wat die laatste actoren betreft, is er geen reden om aan te nemen dat deze *geen* ondernemingen zijn.

Wanneer wordt gekeken naar de activiteiten van OMU kan geconstateerd worden dat OMU zich bezighoudt met in elk geval het financieren van en investeren in de herontwikkeling van

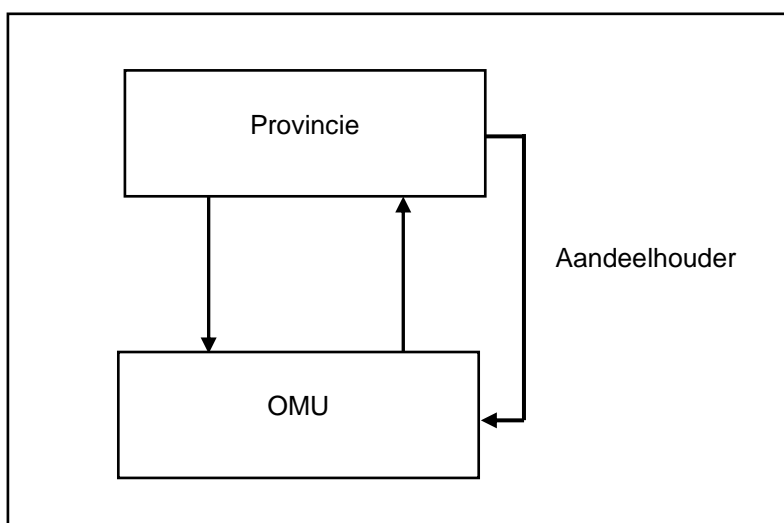
---

<sup>7</sup> Hof van Justitie 12 september 2000, Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, C-180/98–C-184/98.



bedrijventerreinen, en het transformeren van kantoren en detailhandel. In verband met het Kader Ruimtelijk Programmeren koopt OMU bedrijventerreinen, herontwikkelt deze en verkoopt de terreinen weer. Dergelijke activiteiten worden ook door particuliere ondernemingen in concurrentie verricht en dat geeft aan dat er sprake is van een markt.<sup>8</sup> Dat ten aanzien van de bedrijventerreinen die OMU thans zal aankopen en weer verkopen sprake is van marktfalen betekent niet dat geen sprake is van een markt. Wel dat de markt niet goed werkt. Een van de vereisten voor het verkrijgen van toestemming om staatssteun te geven is juist dat er een marktfalen is (zie hierna).

Gezien het feit dat elke entiteit die een economische activiteit verricht een onderneming is, ongeacht haar rechtsvorm, is voor de vraag of OMU een onderneming is haar rechtsvorm en wie de eigenaar van de onderneming is, dus irrelevant. Bepalend is of OMU goederen of diensten aanbiedt op een markt (als ontmoetingsplaats van aanbieders en vragers). Zou OMU alleen diensten verrichten waarbij zij de aanbieder van die diensten is en de Provincie de enige vrager naar die diensten, dan zou OMU de markt niet betreden. Vragers en aanbieder bevinden zich dan immers binnen hetzelfde 'concern' en OMU treedt daar niet buiten. OMU zou dan een interne dienstverlener zijn. Dit is aangegeven in figuur 2.



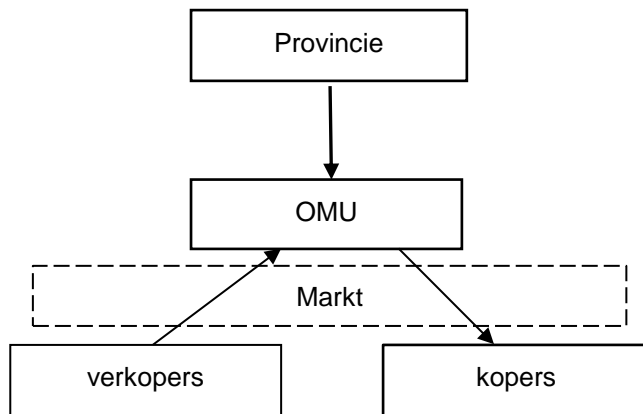
*Figuur 2. Geen betreding van de markt (dienstverlening binnen concern)*

OMU verricht hoe dan ook echter ook anderszins activiteiten op de markt, namelijk daar waar zij onroerend goed aankoopt, (her)ontwikkelt en (door)verkoopt of de exploitatie van onroerend goed anderszins ter hand neemt.

Dit is weergegeven in figuur 3.

---

<sup>8</sup> Zie voor vergelijkbare gevallen bijvoorbeeld: Besluit Commissie 29 juli 2013, SA. 36064 (2013/N) – Latvia Regulation for the support for construction or reconstruction of industrial premises; Besluit Commissie 30 januari 2008, C 6/2008 (ex NN69/2007 (ex CP213/06)) – Finland State aid to Ålands Industrihus Ab.



*Figuur 3. Transacties van OMU met derden*

OMU moet dus als onderneming beschouwd worden en kan daarmee een begunstigde van steun zijn in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

Niettemin moet hier een onderscheid worden gemaakt tussen de herontwikkeling van bedrijfsruimten (opstallen) en de herontwikkeling van (bebouwde) grond tot bouwrijpe grond die vervolgens verkocht wordt.

De Europese Commissie oordeelde eerder met betrekking tot de ontwikkeling en revitalisering

“The measure does not concern funding the construction of buildings or other structures, nor the management or administering the operation of land and/or buildings, but only making the terrain ready to build upon and ensuring that it is connected to utilities (water, gas, sewage and electricity) and transport networks (rail and roads).”

en concludeerde met betrekking tot deze activiteiten:

“The development and revitalization of public land by local authorities (with the use of public funds) is not an economic activity, but part of their public tasks, namely the provision and supervision of land in line with local urban and spatial development plans.”

Dit betekent dus dat voor zover OMU zich bezighoudt met de aankoop en herontwikkeling en vervolgens de verkoop van (louter) bouwrijpe grond, die activiteit niet als economische activiteit wordt aangemerkt en OMU in zoverre geen onderneming is in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, en dus in zoverre ook niet als steunontvanger in de zin van dat artikel kwalificeert.

Voor zover de herontwikkeling echter ook opstallen betreft (dat wil zeggen dat na de herontwikkeling grond met opstallen wordt verkocht), kan niet gezegd worden dat OMU zich met een (loutere) overheidstaak bezighoudt. In zoverre is zij dan wel als onderneming aan te merken. Dit geldt ook voor andere activiteiten van OMU die buiten de onderhavige vraagstelling vallen. Hieronder wordt in het kader van het criterium ‘voordeel’ ingegaan op de consequenties van dit onderscheid.



## II.4 Met overheidsmiddelen bekostigd en toerekenbaarheid aan de overheid

Met betrekking tot het criterium 'met overheidsmiddelen bekostigd' volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat aan twee voorwaarden moet worden voldaan: a) de maatregel moet met overheidsmiddelen zijn bekostigd b) de maatregel moet toerekenbaar zijn aan de overheid.

### II.4.1 Provincie

Voor eventuele voordelen die door de Provincie aan OMU worden verleend, is deze beoordeling eenvoudig: de Provincie is een overheidsinstantie en de middelen die worden gebruikt zijn publieke gelden. Voor zover beoordeeld moet worden of de Provincie steun verleent (aan OMU of eventuele verkopers van bedrijventerrein en kopers van de herontwikkelde terreinen) is dus in elk geval aan dit criterium voldaan.

### II.4.2 Gemeenten

Wanneer gemeenten participeren door middel van geldelijke bijdragen (ongeacht of dat gebeurt door middel van een kapitaalstorting, lening, garantie of anderszins) geldt evenzeer dat aan het criterium van 'overheidsmiddelen' en 'toerekenbaarheid' is voldaan.

### II.4.3 OMU

De vraag of een eventueel door OMU aan de verkopers of de koper van het complex verstrekt voordeel is aan te merken als een maatregel van de overheid en met overheidsmiddelen wordt bekostigd vergt een nadere beoordeling.

#### 1. a) *Met overheidsmiddelen bekostigd*

Overheidsmiddelen kunnen, direct of indirect, betrokken zijn wanneer de maatregel – kort gezegd – ten laste komt van de overheid. Daaronder vallen niet alleen de verstrekking van financiële middelen door de overheid aan een onderneming, maar ook de maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daarmee ten laste van de overheidsbegroting komen. Het gaat hier om alle geldelijke middelen die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen permanent deel uitmaken van het vermogen van de overheid. Dus ook al zijn de steunbedragen niet permanent onderdeel van de overheidsbegroting, dan nog volstaat het feit dat zij constant onder overheidscontrole, en daarmee ter beschikking van de overheid staan, om ze als overheidsmiddelen aan te merken.

OMU is een overheidsbedrijf, waarvan alle aandelen worden gehouden door de Provincie. Dientengevolge moeten haar financiële middelen worden geacht permanent ter beschikking te staan aan de Provincie. Handelingen van OMU die tot verminderde inkomsten leiden, betekenen in zoverre ook verminderde inkomsten voor de aandeelhouder, derhalve de Provincie.



Geconcludeerd moet dan ook worden dat niet kan worden uitgesloten dat een eventueel voordeel voor OMU, de huurders dan wel de koper van het complex in zoverre bekostigd wordt met staatsmiddelen.

## 2. b) Toerekenbaarheid aan de overheid

De Europese rechter heeft in een aantal uitspraken geoordeeld over de vraag of een verstrekt voordeel is toe te rekenen aan de overheid.

In het arrest *Stardust Marine*<sup>9</sup> heeft het Hof van Justitie een opsomming gegeven van de omstandigheden die van belang zijn bij de beoordeling van de vraag naar de toerekenbaarheid. In deze uitspraak oordeelde het Hof van Justitie dat het feit dat een openbaar bedrijf onder overheidscontrole staat, op zich niet volstaat om door dit bedrijf genomen maatregelen, aan de overheid toe te rekenen.

Het Hof van Justitie neemt aan dat de toerekenbaarheid aan de overheid van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel kan worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen, zoals bijvoorbeeld dat de betrokken instelling de bestreden beslissing niet kon nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen.<sup>10</sup>

Ook andere aanwijzingen kunnen in voorkomend geval relevant zijn om een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel aan de staat te kunnen toerekenen, zoals met name

- a. het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie,
- b. de aard van zijn activiteiten en
- c. het feit dat het bedrijf bij het verrichten van deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers,
- d. het juridische statuut van het bedrijf,
- e. of het publiek recht van toepassing is dan wel het algemene vennootschapsrecht ,
- f. de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent,
- g. of elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden.<sup>11</sup>

De toerekenbaarheid aan de overheid in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU van het verlenen van een voordeel kan dus niet worden afgeleid uit het enkele feit dat een door de overheid gecontroleerd openbaar bedrijf die voordelen heeft verleend.<sup>12</sup>

In dit verband is in de jurisprudentie geoordeeld dat zelfs indien de overheid de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en een beslissende invloed op de activiteiten ervan uit te

---

<sup>9</sup> HvJ 22 mei 2002, C-482/99.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 2 februari 1988, gev. zaken 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy e.a./Commissie*, r.o. 33.

<sup>11</sup> *Stardust Marine*, r.o. 56.

<sup>12</sup> *Commerzbank*, C-242/13, r.o. 31





oefenen, dit nog niet automatisch het vermoeden rechtvaardigt dat deze controle in een concreet geval ook wordt uitgeoefend. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen is betrokken.<sup>13</sup>

Daarvoor is echter niet nodig dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheid het openbaar bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen.<sup>14</sup> De toerekenbaarheid aan de overheid van een steunmaatregel van een openbaar bedrijf kan worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen.<sup>15</sup>

De Europese rechter acht in dit verband elke aanwijzing relevant waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid hetzij is betrokken bij de vaststelling van een maatregel of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden, hetzij niet is betrokken bij de vaststelling van die maatregel.

Het Hof van Justitie oordeelde in de zaak Commerzbank<sup>16</sup> dat de organieke banden tussen de vennootschap en de overheid er in die zaak op lijken te wijzen dat de overheid bij het verlenen van het voordeel (in die zaak: het verlenen van garanties) was betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken was. In dat verband wijst het Hof op de volgende omstandigheden:

- a. de leden van het bestuur en de leden van de raad van commissarissen van de onderneming worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders en dus door die overheid,
- b. de havenwethouder is voorzitter van de raad van commissarissen,
- c. volgens de statuten van het Havenbedrijf Rotterdam is toestemming van de raad van commissarissen vereist voor het verlenen van garanties,
- d. de statutaire doelomschrijving van het Havenbedrijf Rotterdam is niet vergelijkbaar met die van een louter commerciële onderneming, gelet op de prominente plaats die aan het algemeen belang is gegeven.

Voorts wijzen wij op de zaak waarin het Gerecht van de Europese Unie de toerekenbaarheid aannam van een verstrekt voordeel aan de Hongaarse staatsbank MFB. Hierover merkt het Gerecht op:

*"In the present case, firstly, as to the nature of the activities of MFB, the law which set up that bank provides that it is to pursue certain public policy objectives and that, in particular, its core function is to promote economic development and to contribute effectively to the implementation of the State's economic and development policy (recital 25 of the contested decision). Furthermore, it is apparent from MFB's 2008 annual report, adduced in an annex by the Commission, that its activities are aimed at financing, at preferential interest rates, the development of undertakings and municipal authorities and the development of residential areas considered as a priority from the perspective of investment in the national economy. Thus, as the Commission rightly contends, the activities of MFB are not those carried out by a commercial bank in normal market conditions, but those of a*

---

<sup>13</sup> Stardust Marine, r.o. 50-52.

<sup>14</sup> HvJ 17 september 2014, C-242/13, Commerzbank, r.o. 32.

<sup>15</sup> Stardust Marine, r.o. 53 en 55.

<sup>16</sup> Zie noot 20.



*public development bank operating at preferential rates and pursuing public policy objectives.*"<sup>17</sup>  
(onderstreping toegevoegd - CTD)

In het geval van OMU zien we de volgende relevante omstandigheden:

- de Provincie is 100% aandeelhouder van OMU;
- de raad van commissarissen van OMU wordt benoemd door de algemene vergadering (in feite dus de Provincie);
- het bestuur van OMU wordt benoemd door de algemene vergadering (in feite dus de Provincie)
- In de statuten is de volgende doelomschrijving van OMU gegeven:
  - (a) het in samenwerking met publieke en private partijen herstructureren en herontwikkelen van bedrijventerreinen in de provincie Utrecht *met inachtneming van het door het provinciebestuur gevoerde beleid*;
  - (b) mits in het kader van het vorenstaande, het deelnemen in, het op andere wijze een belang nemen in, het voeren van beheer over en het financieren van andere ondernemingen alsook het verkrijgen, beheren, ontwikkelen, exploiteren en vervreemden van onroerende zaken en andere registergoederen, alsmede al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.

In de doelomschrijving wordt derhalve duidelijk een link gelegd met het provinciale beleid.

Bij deze omstandigheden, die in het algemeen gelden ten aanzien van OMU, komt nog eens dat OMU specifiek middelen zalontvangen met het oog op de uitvoering van het Kader Ruimtelijk Programmeren en dat bovendien het plan voor de versterkte aanpak van intensivering van bestaande bedrijventerreinen dat OMU heeft opgesteld op verzoek van de Provincie is gemaakt.

Deze omstandigheden moeten dan ook tot de conclusie leiden dat voordelen die OMU zou verstrekken aan ondernemingen kwalificeren als voordelen die met overheidsmiddelen bekostigd zijn en aan de overheid (Provincie) zijn toe te rekenen.

OMU is dus zowel mogelijk steunontvanger (als begunstigde ondernemer) als mogelijk steunverlener. Dit is overigens een gebruikelijk beeld bij overheidsondernemingen.

## II.5 Voordeel

Een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen.<sup>18</sup> Hierbij zijn alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming relevant, en niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Gerecht 27 februari 2013, T-387/11, Nitrogénművek Vegyipari.

<sup>18</sup> Zie reeds: HvJ 11 juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, r.o. 60.

<sup>19</sup> HvJ 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, r.o. 13.



## II.5.1 Beoordelingskader

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie 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.<sup>20</sup> 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 investeerder van een vergelijkbare omvang ertoe zou kunnen worden gebracht de betrokken investering te doen.<sup>21</sup> 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 die zich in een vergelijkbare situatie zouden bevinden.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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 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).

## II.5.2 Voordeel voor OMU

### *Kapitaalstorting*

Nagegaan moet dus worden of een particuliere partij, in de omstandigheden waarin de Provincie zich thans bevindt, zou overgaan tot een investering van € 35 miljoen (voor de financiering van de eerste fase) in de vorm van een kapitaalstorting ten gunste van OMU. Geconstateerd kan worden dat dat niet het geval zal zijn. De Provincie gaat er immers reeds vanuit dat zij de waarde van het belang in OMU af zal waarderen met naar verwachting € 3 miljoen per jaar, gebaseerd op de volledige onrendabele top van ambitieniveau 1 aangevuld met een klein deel van ambitieniveau 2. De investering is daarmee evident geen marktconforme investering.

OMU zou geen steunontvanger zijn als zij niet meer is dan een ‘doorgeefluik’ voor steun aan andere partijen. Dat doet zich hier echter niet voor. OMU investeert immers de ontvangen voordelen in de aankoop en herontwikkeling van terreinen die zij vervolgens verkoopt. Voor zover aan de verkopers en kopers een voordeel zou worden verschaft is dit niet een voordeel dat OMU van de overheid

---

<sup>20</sup> HvJ 11 juli 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a.*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, r.o. 60-61.

<sup>21</sup> Zie onder andere: HvJ 6 maart 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen/Commissie*, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57.

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

<sup>23</sup> *Gerecht 28 februari 2012, Land Burgenland en Oostenrijk/Commissie*, T-268/08 en T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90.



heeft ontvangen en één-op-één doorgeeft aan die verkopers en kopers. Anders gezegd: OMU is geen uitvoerder van een subsidieregeling die voorziet in (rechtstreekse) voordelen voor die verkopers en kopers.

### *Exploitatiekosten*

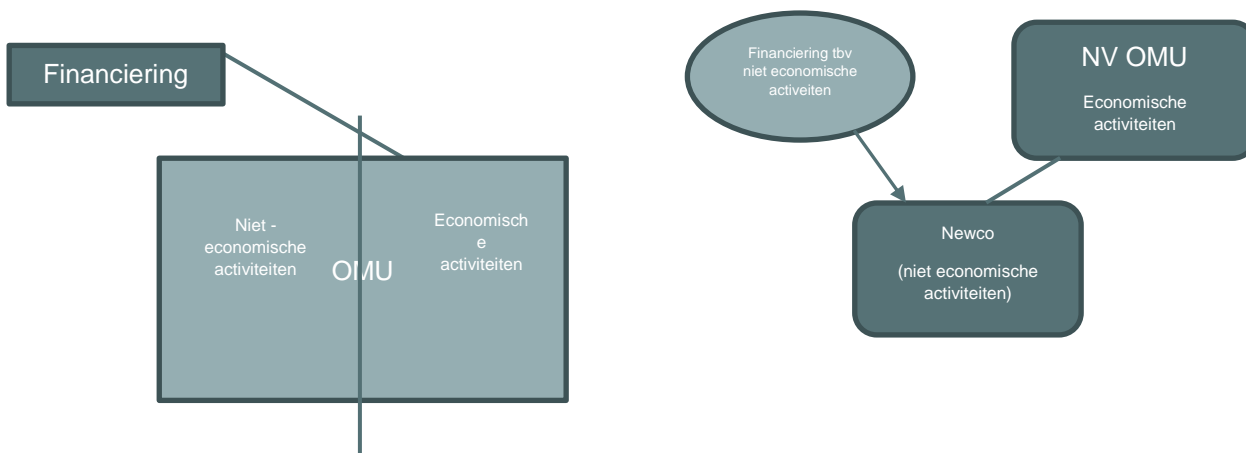
Wanneer de Provincie een jaarlijkse vergoeding voor de exploitatiekosten zou betalen (€ 750.000) per jaar kan deze exploitatiebijdrage een steunmaatregel vormen. Als het bedrag betrekking heeft op kosten die OMU moet maken om een duidelijk geformuleerde opdracht van de Provincie uit te voeren, kan betoogd worden dat de vergoeding geen steun vormt, mits kan worden aangetoond dat de kosten die OMU voor de uitvoering van de opdracht moet maken de kosten zijn van een efficiënt beheerde (vergelijkbare) onderneming. Wanneer de exploitatiekosten geheel betrekking hebben op de uitvoering van niet-economische activiteiten, vormt de bijdrage geen steun. Wanneer de afgescheiden entiteit (dochteronderneming) echter diensten afneemt van de moederonderneming OMU en de financiering van de exploitatiekosten voor de betaling daarvan aan de moeder wordt gebruikt, dient wel verzekerd zijn dat de kosten van die diensten at arms length bepaald zijn.

### *Voordeel voor een onderneming*

Hierboven (zie paragraaf II.3) is aangegeven dat OMU niet als onderneming kwalificeert voor zover zij (na herontwikkeling) bouwrijpe grond (zonder opstallen) verkoopt. Dat betekent dat voor zover de kapitaalstorting en de vergoeding voor exploitatiekosten alleen op deze activiteiten betrekking hebben geen sprake is van een voordeel voor een onderneming.

Er moet dan echter wel verzekerd worden dat er geen 'spill over' van de financiering van de niet-economische activiteiten plaatsvindt naar de economische activiteiten.

Zie figuur 4.



*Figuur 4. Scheiding niet-economische en economische activiteiten*

Dit kan bereikt worden door de niet-economische activiteiten in een aparte (dochter)vennootschap onder te brengen. Daarin kan de kapitaalstorting plaatsvinden voor zover betrekking hebbend op



en nodig voor de projecten die resulteren in de verkoop van bouwrijpe terreinen.<sup>24</sup> De moeder kan werkzaamheden die voor de dochter verricht worden bij de dochter in rekening brengen. Zo kan de dochter ook bijvoorbeeld kantoorruimte gebruiken van de moeder en dat kan eveneens bij de dochter in rekening worden gebracht. Die bedragen dienen vanzelfsprekend wel marktconform ('at arms length') te zijn. Voorkomen dient immers te worden dat alsnog via deze constructie steun verleend wordt aan de economische activiteiten van OMU.

### II.5.3 Voordeel voor private partijen

#### Mede-investeerders

Wanneer OMU in een project investeert dat een onrendabele top kent en tegelijkertijd een private investeerder in dat project investeert, kan dat leiden tot steun aan die private investeerder. Wanneer deze immers in staat wordt gesteld een positief (al dan niet marktconform) rendement te maken terwijl OMU de onrendabele top voor haar rekening neemt, wordt dat positieve rendement voor de private partij mogelijk gemaakt door het niet-marktconforme optreden van OMU. Wij zien derhalve wel een staatssteunrechtelijk probleem indien private investeerders reeds meedoen in de fase van aankoop en herontwikkeling van een terrein.

Niettemin zien wij ook wel iets in het betoog dat wanneer een private investeerder een positief rendement maakt dat niet hoger is dan wanneer hij zelf had geïnvesteerd in een terrein waarin niet eerst geïnvesteerd zou hoeven worden in (extra) kosten voor renovatie, sloop, sanering e.d. (dus in feite met het wegdenken van deze extra last), deze investeerder eigenlijk geen voordeel ontvangt. Wij merken wel op dat dit wel een (beperkte) interpretatie is van het begrip niet-marktconform voordeel waarvoor wij nog niet direct een basis vinden in de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie. Dit lijkt ons in elk geval (ook) een aspect om al dan niet informeel met de Commissie te bespreken. Daarvoor is het wel nodig dat wij de rendementsmogelijkheden van die private investeerders duidelijk van parameters voorzien en begrenzen. Wij kijken daar graag met u en/of OMU naar.

#### Uit te plaatsen partijen

Zoals hierboven is aangegeven is sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU wanneer een niet-marktconform voordeel wordt verstrekt aan een onderneming. Als een overheid een onderneming een compensatie betaalt voor schade die de overheid veroorzaakt heeft, gaat dit leerstuk van de marktconformiteit echter niet op, omdat schadevergoeding als zodanig geen transactie betreft die op een markt plaatsvindt, maar voortkomt uit een wettelijke verplichting. Volgens de Europese Commissie brengt een schadevergoeding veelal geen selectief voordeel voor de betrokken onderneming met zich omdat zij louter dient ter compensatie van schade ten gevolge van een overheidsbesluit, waarbij de schadevergoeding het directe resultaat is van dit overheidsbesluit. Een algemene schadevergoedingsregeling wordt rechtstreeks gebaseerd op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht, aldus de Europese Commissie.

---

<sup>24</sup> Zoals gezegd adviseren wij graag nader over de precieze manier waarop de niet-economische activiteiten in een dochtervennootschap kunnen worden ondergebracht en de financiering hiervan plaatsvindt.



Specifiek voor de situatie van een onteigening is geoordeeld dat wanneer een schadevergoeding voor een onteigening wordt toegekend, normaliter moet worden uitgesloten dat er sprake is van een voordeel.

Dezelfde redenering geldt in de gevallen waarin de overheid, zonder gebruik te maken van de formele onteigeningsprocedure, in het algemeen belang de verplaatsing van een onderneming wil vergemakkelijken en de onderneming met het oog daarop een schadevergoeding toekent die wordt berekend conform de onteigeningswetgeving of andere algemeen toepasbare regels inzake vergoeding van schade die als gevolg van handelingen van de overheid is geleden.

Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie kunnen de volgende randvoorwaarden voor het kunnen geven van een compensatie voor verplaatsingskosten worden gedestilleerd, waaraan voldaan moet zijn wil de compensatie niet als staatssteun kwalificeren.

- a. De activiteiten van de betrokken onderneming moeten op de huidige locatie in overeenstemming zijn met alle milieuvorschriften;
- b. alle kosten welke voortvloeien uit de noodzaak om in overeenstemming met de verplichte milieuvorschriften op de nieuwe locatie te opereren, moeten exclusief door de betrokken onderneming gedragen worden;
- c. Er mag geen sprake zijn van overcompensatie, dat wil zeggen:
  - Het moet gaan om een één-op-één verplaatsing;
  - Verbeteringen, uitbreidingen, modernisering, dienen alle voor rekening te blijven van het te verplaatsen bedrijf.
  - Efficiency-winsten, "nieuw-voor-oud" e.d. dienen van de vergoeding te worden afgetrokken.
  - Inkomensschade zou in beginsel kunnen worden vergoed als de onderneming na de één-op-één verplaatsing door die verplaatsing lagere inkomsten kan genereren.

Deze beginselen zijn door de Commissie ontwikkeld in situaties waarin ondernemingen op een locatie gevestigd zijn waar zij een gevaar of overlast opleveren (een autosloperij of andere industrie in een woonomgeving, chloortransporten). Of zij ook opgaan in een situatie waarin verplaatsing nodig is vanwege een herontwikkeling als hier aan de orde is de vraag. Wij achten dat wel verdedigbaar, maar het niet duidelijk of de Europese Commissie dat ook vindt.

#### II.5.4 Voordeel voor verkopers

Partijen die een terrein verkopen kunnen begunstigden van steun zijn, wanneer zij het terrein verkopen tegen een prijs die hoger is dan de waarde in het economisch verkeer van dat terrein. Ter voorkoming van steun aan de verkopers, dient de waarde van het aan te kopen terrein vooraf te worden bepaald door een onafhankelijk taxateur. Probleem hierbij is mogelijk dat bij die waardebepaling bijvoorbeeld rekening moet worden gehouden met de kosten van een sanering (of bijvoorbeeld met sloopkosten indien duidelijk is dat de huidige opstallen hoe dan ook niet meer bruikbaar zijn). In feite zou men dus uit moeten gaan van een residuele waardebepaling: verkoopwaarde – kosten (van sanering, sloop en bouwrijp maken) = aankoopwaarde. Dat ligt natuurlijk anders indien het bedrijventerrein met het huidige (ander) gebruik een verkoopwaarde heeft die hoger ligt. Als dat niet het geval is, ontvangen de verkopers een niet-marktconform voordeel en is er, althans op dit punt, sprake van steun aan de verkopers.



Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat aankoop niet tegen het 'de vervuiler betaalt' principe mag ingaan. Hier houdt de Europese Commissie strikt aan vast. Dat betekent dat waar een sanering moet plaatsvinden, en er een partij is waarop de saneringskosten op grond van de Nederlandse wetgeving verhaald kunnen worden, dit ook moet gebeuren. OMU kan die saneringskosten dus niet zomaar voor eigen rekening laten komen.

In een zaak die wij eerder informeel met de Europese Commissie hebben afgehandeld, hadden wij in een directiereglement de volgende beperkingen met betrekking tot de aankoop opgenomen:

- Aan te kopen kavels worden steeds vooraf getaxeerd, inclusief en exclusief sloop- en saneringskosten.
- De sloop- en saneringskosten worden afgewogen tegen de met revitalisering en herprofilering te bereiken doelen, waaronder ook het doel om te voorkomen dat elders nieuwe bedrijfsterreinen worden ontwikkeld, terwijl vervuilde en verouderde bedrijventerreinen blijven bestaan.
- Er wordt voor de aan te kopen terreinen niet meer betaald dan de economische waarde van gronden en bebouwing, uitgaande van bestaande functie van die gronden en gebouwen en de huidige bestemming conform het bestemmingsplan en voortzetting van de onderneming die op die gronden en in die gebouwen gevestigd is. De kosten van sloop en (opnieuw) bouwrijp maken behoeven niet te worden opgenomen in de aankoopprijs. Saneringskosten behoeven niet te worden meegenomen in de aankoopprijs, maar dienen zo mogelijk verhaald te worden op de veroorzaker van de vervuiling.
- Daar waar de kosten van sanering van bodemvervuiling zijn te verhalen op de vervuiler, worden deze kosten verhaald.
- De bouwrijpe kavels worden verkocht tegen marktconforme, door een onafhankelijke taxateur vastgestelde, prijzen.

Uitgaande van deze instructie, gaven de ambtelijke diensten van de Commissie (informeel) aan dat wanneer de onderhandeling over de aankoop binnen deze kaders plaatsvinden en *at arms length* (dus op zakelijke grondslag) er van wordt uitgegaan dat zich geen niet-marktconform voordeel voor de verkopers voordoet.

### II.5.5 Voordeel voor de kopers

Wanneer de terreinen worden verkocht aan kopers tegen een prijs die lager ligt dan de waarde in het economisch verkeer, zouden de kopers een niet-marktconform voordeel ontvangen. Wanneer de verkoop via een tender plaatsvindt kan dit risico worden uitgesloten (wij adviseren graag nader over de exacte voorwaarden waaraan de tender moet voldoen om een staatssteunrisico uit te sluiten). Wanneer de verkoop niet via een tender plaatsvindt zal de waarde moet worden bepaald door middel van een taxatie. Wij hebben niet begrepen uit de plannen dat de gedachte is dat terreinen onder de marktwaarde worden verkocht. Wij gaan er dan ook van uit dat in dit verband geen sprake zal zijn van een niet-marktconform voordeel en derhalve niet van een steunmaatregel.

### II.5.6 Selectiviteit van het voordeel

Alleen als een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU *selectief* is, is sprake van een steunmaatregel. Selectiviteit is aan de orde wanneer slechts een of bepaalde ondernemingen door de maatregel bevoordeeld worden. Aangezien in dit geval sprake is van een voordeel voor OMU (voor zover zij economische activiteiten verricht) en mogelijk voor de private mede-investeerdere





en de verkopers van terreinen, zijn de mogelijk bevoordeelde ondernemingen geïndividualiseerd. Daarmee is een selectief voordeel aan de orde.

## II.6 Vervalsing van de mededinging

Wanneer eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een niet-marktconform voordeel, is de vervalsing van de mededinging in beginsel ook een gegeven. De Europese rechters nemen die vervalsing vrijwel automatisch aan in geval van een niet-marktconform voordeel.<sup>25</sup> Dat ligt eigenlijk alleen anders wanneer de begunstigde onderneming niet aan concurrentie bloot staat of er geen markt aanwezig is waarop concurrentie zou kunnen plaatsvinden. Het feit dat in dit geval de markt kennelijk faalt, in die zin dat de markt de herontwikkeling van de prioritaire terreinen niet oppakt, maakt niet dat er geen markt is waarop concurrentie bestaat. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat bij de vraag of er een markt is waarop concurrentie kan plaatsvinden niet alleen naar de regio Utrecht moet worden gekeken, maar ook naar andere regio's binnen Nederland of in andere lidstaten van de EU.

## II.7 Potentiële beïnvloeding van de tussenstaatse handel

Van (potentiële) beïnvloeding van de tussenstaatse handel is blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet alleen sprake wanneer steun wordt verleend aan een onderneming die zich bezighoudt met import of export van producten of diensten of anderszins grensoverschrijdend actief is. Ook steun die wordt verleend aan een onderneming die niet zelf grensoverschrijdend actief is, maar die op de binnenlandse markt moet concurreren met dienstverleners uit andere lidstaten, kan het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden, aldus het Hof van Justitie.<sup>26</sup> 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, reeds gevolgen hebben voor de tussenstaatse handel, omdat

‘[w]anneer een lidstaat overheidssteun toekent aan een onderneming, [...] de verrichting van [vervoers]diensten door die onderneming daardoor in stand [kan] blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun [vervoers]diensten op de markt van die lidstaat te verrichten, afnemen [...]’<sup>27</sup>

Een voorbeeld van de toepassing van het aldus ingevulde criterium in de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie 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

---

<sup>25</sup>Zie o.a. Gerecht 15 juni 2000, Alzetta Mauro, T-289/79, en HvJ 24 juli 2003, Altmark, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

<sup>26</sup> HvJ 13 juli 1988, zaak C-102/87, Frankrijk/Commissie.

<sup>27</sup> HvJ 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*.





lidstaten actief zijn in de Nederlandse bouwsector, valt niet uit te sluiten dat deze maatregel het intracommunautaire handelsverkeer verstoort”.<sup>28</sup>

Steun 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 zijn of *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 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 recentelijk 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.<sup>29</sup>

Wij zien in de voorgenomen herontwikkelingen geen aanleiding om de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel uit te sluiten.

## II.8 Conclusies ten aanzien van de vraag of sprake is van staatssteun

Uit de toetsing aan artikel 107, lid 1, VWEU, blijkt het volgende:

- Door de Provincie wordt steun verleend aan OMU doordat aan OMU kapitaal ter beschikking wordt gesteld van, in eerste instantie € 35 miljoen en, mogelijk, een vergoeding van exploitatiekosten plaatsvindt ter hoogte jaarlijks € 750.000, maar alleen voor zover het kapitaal en de vergoeding (kunnen) worden aangewend voor andere projecten dan de herontwikkeling van terreinen die vervolgens als (loutere) bouwrijpe terreinen worden verkocht;
- Aan private mede-investeerdere wordt mogelijk steun verleend wanneer zij reeds meedoen in de fase van aankoop en herontwikkeling en vervolgens profiteren van de verkoop, terwijl OMU de onrendabele top voor haar rekening neemt.
- Mogelijk wordt steun verleend aan verkopers van terreinen, indien de aankoop door OMU plaatsvindt tegen een prijs die hoger ligt dan de waarde in het economisch verkeer van het betreffende terrein (zie voor details hierboven);
- Als verkoop van de herontwikkelde terreinen plaatsvindt tegen een prijs die niet lager ligt dan de (getaxeerde) waarde in het economisch verkeer dan wel plaatsvindt door middel van een tender, is er geen sprake van een steunmaatregel ten gunste van de kopers van de terreinen.

---

<sup>28</sup> Besluit Commissie 14 oktober 2009, N555/2008, Centrumplan Gemeente Mill en St. Hubert.

<sup>29</sup> Zie hierover overigens uitgebreid mijn artikel: Cees Dekker, The ‘Effect on Trade between the Member States’ Criterion: Is It the Right Criterion by Which the Commission’s Workload Can Be Managed?, in *European State Aid Law Quarterly*, Volume 16, Issue 2 (2017), pp. 154 – 163.



### III. De-minimissteun

Zogenaamde de-minimissteun is van zo geringe omvang, dat de steun geacht wordt de tussenstaatse handel niet te beïnvloeden.<sup>30</sup> Daarmee wordt dan niet aan alle criteria van het begrip ‘steunmaatregel’ voldaan, zodat geen sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

De-minimissteun is steun die minder bedraagt dan € 200.000 per onderneming per drie belastingjaren.<sup>31</sup> Voor de berekening van het bedrag moet (voor zover hier van belang) alle steun die de onderneming in de referentieperiode ontvangt bij elkaar worden opgeteld, ongeacht wie de steunverlener is. Het bedrag wordt per lidstaat gehanteerd. In één keer voor een langere periode toegekende steun die meer bedraagt dan € 200.000 kan niet worden uitgespreid over een langere periode van 3 jaar om aldus onder het plafond van € 200.000 te komen. De kapitaalstorting en de vergoeding van exploitatiekosten overschrijden het de-minimisplafond. Toepassing van de de-minimisverordening is voor de steun ten behoeve van OMU derhalve uitgesloten.

Steun aan verkopers zou eventueel onder het de-minimisplafond kunnen blijven indien de aankoopprijs niet meer dan € 200.000 boven de waarde in het economisch verkeer van het betreffende terrein ligt. Daarvoor moet wel worden voldaan aan de voorwaarden van de de-minimisverordening<sup>32</sup> Mocht dat aan de orde zijn, dan adviseren wij u graag verder over hoe dan gehandeld moet worden.

### IV. Kan de steun onder de AGVV worden gebracht?

Steun kan worden verstrekt zonder dat deze vooraf bij de Europese Commissie wordt aangemeld, wanneer de steun voldoet aan de voorwaarden van de AGVV. Wij hebben de mogelijkheden van steun onder de AGVV beoordeeld en zien geen mogelijkheden om de steun aan OMU of de eventuele steun aan verkopers onder een van de categorieën van de AGVV te brengen.<sup>33</sup> Omwille van de omvang van het advies zullen wij hier die categorieën niet bespreken. Wel maken wij een opmerking over de mogelijkheid van het verstrekken van investeringssteun voor lokalen infrastructuur.

In het advies van 30 maart 2021 inzake – kort gezegd – het project TNO-Zeist werd ingegaan op de mogelijkheid om de steun voor dat project te verstrekken als investeringssteun voor lokale infrastructuur op grond van artikel 56 AGVV. In dit geval kan echter geen gebruik worden gemaakt van deze mogelijkheid voor de verstrekking van kapitaal aan OMU. Investeringssteun voor lokale infrastructuur zou wel mogelijk zijn als er per project financiering plaatsvindt. Een redenering

---

<sup>30</sup> Zie VERORDENING (EU) Nr. 1407/2013 VAN DE COMMISSIE van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, Pb 2013, L352/1.

<sup>31</sup> Voor de sectoren landbouw, visserij en vervoer gelden lagere drempels, maar die lijken hier op het eerste gezicht niet relevant.

<sup>32</sup> Zie noot 30.

<sup>33</sup> Wij laten hier de mogelijkheid van steun voor de sanering van terreinen buiten beschouwing, omdat deze als zodanig geen oplossing biedt voor de kapitaalstorting en de financiering van de exploitatiekosten van OMU. Desgewenst kunnen wij OMU in concrete gevallen nader over adviseren.



(waarvan nog maar de vraag is of die opgaat) dat de kapitaalstorting in feite betrekking heeft op investeringen in lokale infrastructuur, biedt hier geen soelaas, omdat de totale steun niet meer mag bedragen dan € 10 miljoen en de totale kosten van het project niet hoger mogen zijn dan € 20 miljoen.<sup>34</sup> Zowel de kapitaalstorting als de totale omvang van de beoogde projecten komen boven die plafonds uit. De financiering van de exploitatiekosten kwalificeert niet als investeringssteun en valt om die reden niet onder artikel 56 AGVV. Artikel 56 AGVV zou wel kunnen worden gebruikt indien financiering vanuit de Provincie per project plaatsvindt, mits ook aan de andere voorwaarden van artikel 56 AGVV wordt voldaan.

Wat betreft de mogelijke steun aan private mede-investeerdere kan bezien worden of een beroep op artikel 56 AGVV kan worden gedaan.

Artikel 56 AGVV bepaalt:

1. Financiering voor de bouw of het upgraden van lokale infrastructuurvoorzieningen waar het om infrastructuur gaat die op het lokale niveau bijdraagt tot het verbeteren van het ondernemings- en consumentenklimaat en het moderniseren en ontwikkelen van de industriële basis, is verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, van het Verdrag en is van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, van het Verdrag vrijgesteld, mits de in dit artikel en in hoofdstuk I vastgestelde voorwaarden zijn vervuld.
2. Dit artikel is niet van toepassing op steun voor infrastructuurvoorzieningen die onder andere delen van hoofdstuk III van deze verordening vallen, met uitzondering van Deel 1 — Regionale steun. Dit artikel is evenmin van toepassing op luchthaveninfrastructuur en haveninfrastructuur.
3. Dit soort infrastructuurvoorzieningen worden aan belangstellende partijen op open, transparante en niet-discriminerende basis beschikbaar gesteld. De prijs die voor het gebruik of de verkoop van de infrastructuur wordt berekend, stemt overeen met een marktprijs.
4. Iedere concessie of iedere andere vorm van toewijzing aan een derde om de infrastructuur te exploiteren, vindt op open, transparante en niet-discriminerende basis plaats, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.
5. De in aanmerking komende kosten zijn de kosten van de investeringen in materiële en immateriële activa.
6. Het steunbedrag is niet hoger dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering. De exploitatiewinst wordt in mindering gebracht op de in aanmerking komende kosten, hetzij vooraf op basis van redelijke prognoses, hetzij via een terugvorderingsmechanisme.
7. Specifieke infrastructuur is op grond van dit artikel niet vrijgesteld.

Het is nog niet geheel uitgekristalliseerd wat wel en wat niet onder 'lokale infrastructuur' valt. De Europese Commissie heeft wel uitleg gegeven aan de hand van een aantal concrete vragen, maar blijkt daar ook weer op terug te komen. Zo hebben de ambtelijke diensten van de Commissie eerder op vragen ter zake informeel geantwoord dat onder lokale infrastructuur ook kan vallen de bouw van huurhuizen en studentenwoningen, maar weten wij uit recent overleg met de ambtelijke diensten van de Commissie dat men daar (thans) sterk betwijfelt of de realisatie van

---

<sup>34</sup> Dat wil zeggen: hoger steun is wel mogelijk, maar zal dan moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie.



(huur)woningen onder artikel 56 AGVV gebracht kan worden. Niettemin lijkt ons de realisatie van een bedrijventerrein op zichzelf wel aan te merken te zijn als infrastructuur “die op het lokale niveau bijdraagt tot het verbeteren van het ondernemings- en consumentenklimaat en het moderniseren en ontwikkelen van de industriële basis”. Een andere vraag is wat ‘lokaal’ is. Daar is door de Commissie nog geen uitleg over gegeven. Betoogd kan worden dat de infrastructuur waar het hier om draait ‘lokaal is’ want alleen gelegen in Zeist. Dat er van buiten de regio (of vanuit het buitenland) belangstelling is om ruimtes in het complex te huren, maakt nog niet dat de infrastructuur niet lokaal is. Zekerheid is daarover op dit moment echter niet te geven (zie hieronder onder risico’s).

Wanneer de private mede-investeerder reeds eigenaar is van het te herontwikkelen terrein, dient in elk geval de voorwaarde te worden gesteld dat voldaan wordt aan het bepaalde in lid 3. Ten aanzien van de mede-investeerder zelf lijkt dat lid 3 echter een probleem op te leveren, wanneer die investeerder eigenaar zou blijven. OMU zou haar ‘aandeel’ in de investeringen in elk geval ‘marktconform’ moet verkopen aan de eigenaar. Ook de toepassing van lid 4 roept de nodige vragen op. Dat geldt ook voor lid 7 met betrekking tot specifieke infrastructuur (specifieke infrastructuur is infrastructuur die is aangelegd voor vooraf identificeerbare ondernemingen en op hun behoeften is toegesneden).

Wij sluiten derhalve niet op voorhand uit dat artikel 56 AGVV kan worden toegepast in geval van een private mede-investeerder, maar dat is allerm minst zeker. In een (eerste) concreet geval is het raadzaam te bezien of daarover een informeel oordeel van de Europese Commissie kan worden verkregen.

## Conclusie ten aanzien van de AGVV

Wij zien niet dat de kapitaalstorting en financiering van de exploitatiekosten onder de AGVV zijn te brengen. Steun aan private mede-investeerders zou mogelijk onder artikel 56 AGVV kunnen vallen, maar dat is allerm minst zeker.

## V. Dienst van algemeen economisch belang

Wij hebben voorts nog onderzocht of het belasten van OMU met een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) nuttig zou kunnen zijn voor de Provincie en OMU. In dat kader zou de Provincie jaarlijks OMU een compensatie kunnen geven voor het verrichten van de DAEB tot een hoogte van € 15 miljoen per jaar, zonder dat dit vooraf hoeft te worden gemeld bij de Europese Commissie. De compensatie dient toegesneden te zijn op de kosten die OMU maakt om de DAEB uit te voeren. Wanneer alle activiteiten van OMU als DAEB worden aangemerkt betreft dit alle kosten van OMU. Niettemin is dan nog de vraag of compensatie door middel van een kapitaalstorting ineens bij aanvang mogelijk is. Het belasten met een DAEB is dus niet zonder meer een oplossing. Aangezien wij echter adviseren om met het oog op de Wet Markt en Overheid (zie hierna, paragraaf VI) de activiteiten van OMU aan te wijzen als activiteit in het algemeen belang, valt te overwegen bij hetzelfde besluit meteen ook OMU te belasten met een DAEB. Dat geeft in elk geval ruimte om bij de Commissie indien nodig te betogen dat de bijdragen aan OMU een compensatie voor de uitvoering van een DAEB zijn en levert ook voor de toekomst mogelijkheden om compensaties te bieden.



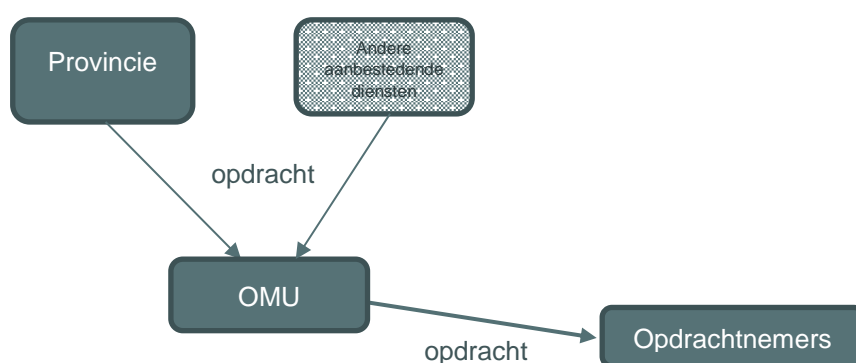
## VI. Conclusies staatssteun

De verstrekking van kapitaal aan OMU en de financiering van exploitatiekosten vormt geen staatssteun als verzekerd is dat zij alleen ten goede komen aan de niet-economische activiteiten van OMU (aankoop, herontwikkeling, sanering en verkoop als bouwrijpe grond). Voor zover zij wel (mede) betrekking hebben economische activiteiten (herontwikkeling van bedrijfsruimten, verkoop/verhuur terreinen met opstallen) is wel sprake van steun. Per project zou dan mogelijk een beroep kunnen worden gedaan op artikel 56 AGVV, maar dan moet de financiering ten gunste van OMU ook per project plaatsvinden. Bovendien kan dit artikel niet worden toegepast op de financiering van de exploitatiekosten van OMU. Meer voor de hand ligt de financiering van ambitieniveau 2 ter goedkeuring bij de Europese Commissie aan te melden.

## VII. Aanbestedingsrechtelijke analyse

Vanuit aanbestedingsrechtelijke invalshoek zijn de volgende relaties (tussen een aanbestedende dienst en OMU en tussen OMU en commerciële partijen) te onderscheiden:

- De relatie tussen de Provincie als opdrachtgever en OMU als opdrachtnemer;
- De relatie tussen OMU als opdrachtgever en de Provincie als opdrachtnemer;
- De relatie tussen andere aanbestedende diensten (waterschappen, gemeenten) als opdrachtgevers en OMU als opdrachtnemer en vice versa;
- De relatie tussen OMU als opdrachtgever enerzijds en commerciële partijen als opdrachtnemers anderzijds.



*Figuur 5. Aanbestedingsrechtelijke relaties*

Aangezien de geschetste twee scenario's niet van invloed zijn op de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie van de hiervoor geschetste relaties zetten wij de aanbestedingsrechtelijk relevante elementen per relatie uiteen zonder onderscheid te maken in scenario's.



## VII.1 Relatie Provincie als opdrachtgever en OMU als opdrachtnemer

Op het moment dat de Provincie aan OMU een opdracht verstrekt rijst de vraag of die opdracht een (Europees) aanbestedingsplichtige overheidsopdracht is.

Daarvan is sprake bij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een opdrachtnemer, boven een waarde van € 214.000,- in geval van diensten en leveringen en boven een waarde van € 5.350.000,- in geval van werken.

Is op dit moment al sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel? Daarvoor is nodig dat de aanbestedende dienst een opdracht geeft aan een opdrachtnemer en dat de verplichtingen over en weer juridisch in rechte afdwingbaar zijn. Pas dan is sprake van een overheidsopdracht.

Ons is niet bekend of op dit moment reeds sprake is van verstrekking van overheidsopdrachten van de Provincie aan OMU.

Er is wel sprake van een mogelijke, toekomstige exploitatiebijdrage van € 750.000,- per jaar van de Provincie aan OMU. De voorwaarden waaronder die bijdrage zal worden verstrekt zijn ons niet bekend.

Wij gaan er – voor dit moment – van uit dat oftewel reeds sprake is van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen de Provincie en OMU ten behoeve van het leveren van bepaalde diensten, oftewel in de toekomst waarschijnlijk dergelijke overheidsopdrachten van de Provincie aan OMU zullen worden verstrekt.

Daarmee rijst de vraag of de Provincie gehouden is die overheidsopdrachten aan OMU Europees aan te besteden.

Dat is niet het geval indien de Provincie een beroep kan doen op één van de uitzonderingen waarin de Aanbestedingswet 2012 voorziet.

### *Quasi-inhouse*

De uitzondering waarop naar het zich laat aanzien nu reeds een beroep kan worden gedaan, is de quasi-inhouse uitzondering van art. 2.24a Aanbestedingswet 2012.

Indien de Provincie op OMU toezicht uitoefent zoals op haar eigen onderdelen en indien OMU meer dan 80% van haar activiteiten verricht voor de Provincie OMU, dan kan van deze uitzondering worden geprofitteerd, mits geen sprake is van privaat kapitaal in OMU (art. 2.24a lid 1 Aw).

Aanbestedingsrechtelijk relevant toezicht houdt in dat de toezichthoudende instantie, in dit geval de Provincie, een beslissende invloed heeft op de strategische beslissingen en belangrijke doelstellingen van OMU (art. 2.24a lid 3 Aw).

Gelet op de statuten van N.V. OMU d.d. 16 december 2011 is van dergelijk toezicht sprake. De Provincie is op dit moment de enig aandeelhouder. De bestuurders van de N.V. worden benoemd door de algemene vergadering, dus de Provincie, zie art. 16.1 statuten. Ook de commissarissen worden door de algemene vergadering benoemd, zie art. 23 statuten.



Aan de goedkeuring van de algemene vergadering, dus van de Provincie, zijn verder alle belangrijke besluiten van het bestuur (waaronder besluiten inzake de strategische doelstellingen) onderworpen, zie art. 19.1 en 19.2 statuten.

Van toezicht lijkt ons dus hoe dan ook sprake.

Resteert de vraag of OMU meer dan 80% van haar activiteiten uitoefent in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door de Provincie. Het percentage wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaande aan de gunning van de opdracht van de Provincie aan OMU in kwestie (art. 2.24a lid 4 Aw). Op basis van uw bevestiging kan ervan worden uitgegaan dat OMU meer dan 80% van haar activiteiten uitoefent voor de Provincie.

Dat betekent dat alle overheidsopdrachten van de Provincie aan OMU op dit moment zijn vrijgesteld van een Europese aanbestedingsplicht.

## VII.2 Relatie OMU als opdrachtgever en Provincie als opdrachtnemer

Mogelijk dat in de toekomst sprake zal kunnen zijn van verstrekking van overheidsopdrachten van OMU als opdrachtgever aan de Provincie als opdrachtnemer.

### *Quasi inhouse*

Ook die situatie is door een uitzonderingsbepaling in de Aanbestedingswet 2012 van aanbesteding vrijgesteld. Zie art. 2.24a lid 2 Aw, dat bepaalt dat een gecontroleerde entiteit (OMU in dit geval) die aan de toezichthoudende instantie (de Provincie in dit geval) een overheidsopdracht verstrekt niet hoeft aan te besteden, mits geen sprake is van privaat kapitaal in de toezichthoudende instantie, opdrachtnemer (de Provincie in dit geval).

## VII.3 Relatie aanbestedende diensten (Waterschappen, gemeenten) als opdrachtgevers en OMU als opdrachtnemer

De statuten van OMU sluiten niet uit dat andere entiteiten dan de Provincie aandeelhouder zijn. Aandeelhouder van OMU kunnen slechts zijn: gemeenten en andere rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, die zijn gelegen in de Provincie, en OMU zelf, zie art. 4.1 statuten. Waterschappen in de Provincie vallen onder het tweede deel van de hiervoor opgenomen beschrijving.

De statuten vormen dus geen beletsel.

Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord wat de aanbestedingsrechtelijke consequenties zijn indien Utrechtse gemeenten en waterschappen aandeelhouder zouden worden in OMU en indien zij dan overheidsopdrachten aan OMU zouden verstrekken.

### *Quasi inhouse*

Ook voor deze situatie is een uitzondering in de Aanbestedingswet 2012 voorzien, in art. 2.24b Aw.

Gezamenlijk toezicht is mogelijk indien de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de gecontroleerde entiteit en de gecontroleerde rechtspersoon meer dan 80% van haar





activiteiten verricht op basis van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende rechtspersonen. Dit betekent dus dat de controlerende aanbestedende diensten in staat moeten zijn om gezamenlijk een beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. In de gecontroleerde rechtspersoon mag geen sprake zijn van privaat kapitaal.

Uit de jurisprudentie volgt dat het gezamenlijk toezicht structureel, functioneel en effectief moet zijn.<sup>35</sup>

Toegesplitst op het onderhavig geval: Als OMU niet langer alleen werkzaamheden verricht voor de Provincie maar ook voor andere aanbestedende diensten zijn de aanbestedingsrechtelijke consequenties als volgt.

Andere aanbestedende diensten behoeven de opdrachten aan OMU niet (Europees) aan te besteden indien zij eveneens toezicht uitoefenen op OMU, net zoals de Provincie. Zij kunnen eveneens aandeelhouder worden van OMU en als aandeelhouder een vergelijkbare positie krijgen als Provincie.

Overigens hoeven niet alle aandeelhouders evenveel aandelen te nemen om van een structureel, functioneel en effectief toezicht te spreken. Wel dienen de besluitvormingsorganen te zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten. Individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende diensten vertegenwoordigen. Het is niet relevant dat het toezicht dat door alle aanbestedende diensten wordt uitgeoefend op alle punten hetzelfde is.<sup>36</sup> Het mag echter niet zo zijn dat het uitgeoefende toezicht uitsluitend berust op de toezichtbevoegdheid van de aanbestedende dienst die de meerderheidsaandeelhouder is. De gehanteerde besluitvormingsprocedure in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde entiteit is irrelevant voor de vraag of sprake is van gezamenlijk toezicht.<sup>37</sup>

Zolang sprake is van meervoudig toezicht in voornoemde zin, en zolang OMU voor de opdrachtgevers/aandeelhouders gezamenlijk meer dan 80% van haar activiteiten verricht, is aan de meervoudig toezicht-uitzondering voldaan.

Indien OMU werkzaamheden verricht voor andere aanbestedende diensten zonder dat zij tevens aandeelhouder zijn/toezicht uitoefenen op OMU, kan dit consequenties hebben voor de toepasselijkheid van de uitzondering waarop de Provincie zich beroept. Immers, indien OMU voor andere opdrachtgevers – niet zijnde toezichthoudende instanties – werkzaamheden verricht komt de minimaal 80% van de activiteiten die OMU voor de Provincie moet verrichten opdat de Provincie kan profiteren van de quasi-inhouse uitzondering mogelijk relatief snel in gevaar.

#### *Uitsluitend recht*

Een andere mogelijkheid die in de relatie aanbestedende diensten en OMU zou kunnen spelen is de verlening van een uitsluitend recht van bijvoorbeeld waterschappen of gemeenten aan OMU. Zie art. 2.24 sub a Aw.

Deze uitzondering biedt een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht indien sprake is van de verlening van een uitsluitend recht van de ene aanbestedende dienst aan een andere

---

<sup>35</sup> HvJ 29 november 2012, Econord, C-182/11 en C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758.

<sup>36</sup> Zie MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 40.

<sup>37</sup> HvJ 13 november 2008, Coditel, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621.





aanbestedende dienst, welk recht openbaar bekend is gemaakt en welk recht verenigbaar is met het VWEU.

Wij gaan daar hier niet verder op in, omdat toepassing van deze uitzondering door bijvoorbeeld waterschappen en gemeenten voor de Provincie in zoverre minder gunstig zou zijn, dat op het moment OMU voor andere opdrachtgevers gaat werken, zonder dat sprake is van toezicht van die opdrachtgevers op OMU, de 80%-voorwaarde die in de relatie Provincie – OMU blijft gelden, al snel in gevaar komt, waardoor de Provincie niet meer van de quasi-inhouse uitzondering kan profiteren.

De uitsluitend recht-uitzondering zou dus mogelijk soelaas kunnen bieden voor andere aanbestedende diensten maar levert voor de Provincie – en haar beroep op de quasi-inhouse uitzondering – waarschijnlijk juist problemen op.

#### *Horizontale samenwerking*

Een andere mogelijkheid voor aanbestedende diensten (dus de Provincie, gemeenten en – als OMU als een aanbestedende dienst kan worden beschouwd, zie hieronder -, ook OMU om met elkaar samen te werken betreft de uitzondering van horizontale samenwerking, zoals neergelegd in art. 2.24c Aw.

Er moet dan sprake zijn van overheidsopdrachten die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten worden gegund, indien:

- De overheidsopdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- De invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang;
- En de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Omdat om aan deze uitzondering te kunnen voldoen de nodige voorwaarden – die in de praktijk lastig te verwezenlijken zijn - moeten worden vervuld gaan wij er hier nu niet verder op in.

Het ligt bovendien meer voor de hand dat – omdat OMU een rechtspersoon is waarin reeds sprake is van zeggenschap van de Provincie – de aanbestedende diensten die ook aan OMU opdrachten wensen te verstrekken aandeelhouder worden in deze vennootschap, op die wijze zeggenschap/beslissende invloed verkrijgen en op die manier opdrachten aan haar kunnen verstrekken.

## VII.4 Relatie OMU als opdrachtgever en aanbestedende diensten/aandeelhouders als opdrachtnemers

Mocht OMU aan haar aandeelhouders/toezichthoudende entiteiten opdrachten willen verstrekken zonder deze Europees te hoeven aanbesteden, geldt dat daarvoor geen expliciete uitzondering in



de wet is opgenomen (zoals deze wel bestaat voor een ‘dochter’ die aan enkelvoudig toezichthoudende ‘moeder’ een opdracht verstrekt).

Vooralsnog dient er dus van uit te worden gegaan dat deze mogelijkheid niet aan de orde is.

## VII.5 Relatie Provincie als opdrachtgever en dochtervennootschap van OMU als opdrachtnemer – al dan niet via OMU

### *Quasi inhouse*

Op het moment dat OMU 100% aandelen zou nemen in een dochtervennootschap – zoals hierboven voorgesteld – aan welke vennootschap de Provincie – al dan niet via OMU - opdrachten zou willen verstrekken, geldt het volgende.

Een dergelijke constructie zou tot verzwakking van het toezicht van de Provincie op de dochtervennootschap kunnen leiden, omdat OMU er nog ‘tussen’ zit. Echter, uit nationale jurisprudentie volgt dat het toezicht van de Provincie op de dochtervennootschap van OMU ook kan worden uitgeoefend door OMU, mits OMU op haar beurt door de Provincie wordt gecontroleerd. En dat is het geval. Volgens dezelfde jurisprudentie is het evenmin noodzakelijk dat OMU de opdracht zelf uitvoert; zij kan dat dus ook door de dochtervennootschap laten doen. Aangezien OMU zelf ook kwalificeert als een aanbestedende dienst (zie hierna) komt haar de vrijheid toe om een opdracht binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht vorm te geven via quasi-inbesteding.

Wanneer de Provincie naast OMU rechtstreeks een of meer aandelen zou gaan houden in de dochtervennootschap dan doet dat als zodanig niet af van het voorgaande. Zou de Provincie daadwerkelijk ook directe zeggenschap verkrijgen in de dochteronderneming dan is weer sprake van direct toezicht van de Provincie in die vennootschap en niet via OMU. In dat geval geldt weer de directe quasi-inhouse relatie tussen de Provincie en de dochtervennootschap, net zoals tussen de Provincie en OMU.

Ook hier geldt dan wel de voorwaarde dat in de dochtervennootschap van OMU geen sprake is van privaat kapitaal en de dochtervennootschap voor meer dan 80% van haar activiteiten uitvoert voor OMU of de Provincie.

## VII.6 Relatie OMU als opdrachtgever en private partijen als opdrachtnemers

OMU kan alleen overheidsopdrachten zonder (Europese) aanbesteding verstrekken aan private partijen als OMU geen aanbestedende dienst is.

In de Aanbestedingswet 2012 (verder ook: Aw) wordt in art. 1.1 een aanbestedende dienst als volgt gedefinieerd:

“de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.”

Een publiekrechtelijke instelling is blijkens art. 1.1 Aw:



“een instelling die (1) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die (2) rechtspersoonlijkheid bezit en (3) waarvan:

- o **Of** de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
- o **Of** het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- o **Of** de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.”

Het begrip publiekrechtelijke instelling valt dus onder het bredere begrip aanbestedende dienst. Leidend voor de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling is de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.<sup>38</sup>

Gelet op het voorgaande dient dus te worden gezien of OMU als een publiekrechtelijke instelling kwalificeert.

#### VII.6.1 Criteria publiekrechtelijke instelling

De begripsomschrijving in de Aw komt niet letterlijk overeen met die in de Europese richtlijnen. De richtlijnen spreken namelijk over een instelling die is opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat niet relevant is op welk tijdstip de specifieke doelstelling is opgenomen.<sup>39</sup> In de wet is er dan ook voor gekozen deze jurisprudentie te codificeren in de definitie.

Bepaald wordt dus dat het moet gaan om een instelling die ‘ten doel’ heeft (MvT, Kamerstukken II, 2009/10, 32440, 3, p. 44) te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard.

Het begrip publiekrechtelijke instelling dient ruim en functioneel te worden uitgelegd.

*Toepassing criterium 1: behoeften van algemeen belang niet van industriële of commerciële aard*

#### Juridisch kader

Bij de vraag of sprake is van behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn speelt onder meer een rol met welk doel de betreffende entiteit is opgericht. De statutaire doelomschrijving is één van de elementen die een rol spelen bij de vraag of de betrokken entiteit voorziet in de behoeften van algemeen belang.

Het criterium is niet of de betreffende entiteit is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang. Het wettelijke criterium luidt (in overeenstemming met de Europese richtlijnen) dat de betrokken entiteit moet voorzien in behoeften van algemeen belang. De daadwerkelijke activiteiten zijn daarbij van groot belang.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> MvT, Kamerstukken II, 2009/10, 32440, 3, p. 44.

<sup>39</sup> HvJ 12 december 2002, Universale Bau, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746)

<sup>40</sup> Idem.



Voor het onderzoek of de aan de orde zijnde entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan die van industriële of commerciële aard, moet rekening worden gehouden met alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is. Het is in dit verband irrelevant dat de betrokken entiteit naast haar taak van algemeen belang tevens andere activiteiten, al dan niet in concurrentie, met een winst oogmerk verricht, zolang zij zich blijft kwijten van de taken ten behoeve van het algemeen belang die haar specifiek zijn opgedragen.

Het aandeel van de met een winst oogmerk uitgeoefende activiteiten in de algehele activiteiten van deze entiteit is voor de kwalificatie ervan als publiekrechtelijke instelling evenmin relevant.<sup>41</sup>

In het arrest Mannesmann is geoordeeld dat de instelling een publiekrechtelijke instelling blijft, zelfs als de instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke taken is gaan verrichten.

De rechtsvorm van de bepalingen waarin deze behoeften zijn geformuleerd is niet van belang. Of sprake is van behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard dient objectief te worden beoordeeld.<sup>42</sup>

Een aanwijzing dat sprake is van een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard kan worden gezien als het een behoefte is waarin marktpartijen niet voorzien door het aanbieden van goederen of diensten en de overheid in het algemeen besluit zelf in die behoefte te voorzien of besluit erop een beslissende invloed te behouden.<sup>43</sup>

Het bestaan van sterke concurrentie, in het bijzonder het feit dat de betrokken entiteit met ondernemingen op de markt moet concurreren, kan een aanwijzing zijn dat geen sprake is van een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard en dat de entiteit dus geen publiekrechtelijke instelling is.<sup>44</sup>

Als een entiteit geen winst oogmerk heeft maar toch werkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en zelf het economisch risico draagt van haar activiteiten is dat een (sterke) aanwijzing dat zij niet is opgericht om te voorzien in een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard.<sup>45</sup>

Een publiekrechtelijke instelling die ook commerciële activiteiten verricht verliest daardoor niet zonder meer haar hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling. Zij dient zich wel te blijven kwijten van de taken waarvoor zij specifiek is opgericht om te voorzien in de behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Zie HvJ 10 april 2008, ECLI:EU:C:2008:213, Aigner, waarin wordt verwezen naar het arrest van 15 januari 1998, ECLI:EU:C:1998:4, (Mannesmann Anlagenbau Austria), het arrest van 27 februari 2003, ECLI:EU:C:2003:110 (Adolf Truley) en het arrest van 22 mei 2003, ECLI:EU:C:2003:300, (Korhonen).

<sup>42</sup> HvJ 10 november 1998, C-360/96, ARA/BFI, ECLI:EU:C:1998:525 en HvJ 12 december 2002, C-470/99, Universale Bau, ECLI:EU:C:2002:746.

<sup>43</sup> HvJ 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99 (Agora), ECLI:EU:C:2001:259; HvJ 22 mei 2003, C-18/01 (Korhonen), ECLI:EU:C:2003:300 en HvJ 16 oktober 2003, C-283/00 (SIEPSA), ECLI:EU:C:2003:544).

<sup>44</sup> HvJ 27 februari 2003, C-373/00 (Truley), ECLI:EU:C:2003:110; HvJ 22 mei 2003, C-18/01 (Korhonen), ECLI:EU:C:2003:300 en HR 1 juni 2007 (Amphia), ECLI:NL:HR:2007:AZ9872.

<sup>45</sup> HvJ 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99 (Agora), ECLI:EU:C:2001:259.

<sup>46</sup> HvJ 15 januari 1998, C-44/96 (Mannesmann), ECLI:EU:C:1998:4; HvJ 27 februari 2003, C-373/00 (Truley), ECLI:EU:C:2003:110 en HvJ 22 mei 2003, C-18/01 (Korhonen), ECLI:EU:C:2003:300 en zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958.



## Toepassing juridisch kader op OMU

Nagegaan dient te worden of OMU kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling.

Blijkens art. 2 van de statuten heeft de vennootschap ten doel:

- (a) Het in samenwerking met publieke en private partijen herstructureren en herontwikkelen van bedrijventerreinen in de provincie Utrecht met inachtneming van het door het provinciebestuur gevoerde beleid;
- (b) Mits in het kader van het vorenstaande, het deelnemen in, het op andere wijze een belang nemen in, het voeren van beheer over en het financieren van andere ondernemingen alsook het verkrijgen, beheren, ontwikkelen, exploiteren en vervreemden van onroerende zaken en andere registergoederen, alsmede al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.

Deze doelstelling is in het algemeen belang te beschouwen. Dan rijst de vraag of dit algemeen belang wel of niet van industriële of commerciële aard is.

Relevant voor de beantwoording van die vraag is of de behoefte waarin OMU voorziet een behoefte is waarin marktpartijen niet voorzien door het aanbieden van goederen of diensten en de overheid in het algemeen besluit zelf in die behoefte te voorzien of besluit erop een beslissende invloed te behouden. Het lijkt er op dat de werkzaamheden van OMU niet door marktpartijen zelf worden opgepakt, nu sprake is van marktfalen. Dat OMU zich richt op de terreinen die niet commercieel interessant zijn, betekent niet dat er geen markt voor is, maar dat sprake is van marktfalen.

Verder gaan wij er op basis van uw informatie van uit dat geen sprake is van concurrentie, laat staan sterke concurrentie, op het gebied van de werkzaamheden die OMU verricht.

Uit de stukken blijkt voorts dat de Provincie een beslissende invloed wil houden op de wijze waarop OMU in de behoefte voorziet, zowel door de beperking in de statuten 'met inachtneming van het door het provinciebestuur gevoerde beleid' als door het aandeelhouderschap van de Provincie in OMU.

Tenslotte is relevant dat, hoewel een N.V. gericht is op het maken van winst, het er niet op lijkt dat OMU werkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. De aandeelhouder stelt momenteel geen (financiële) eisen aan OMU over rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. De raad van commissarissen verlangt op projectniveau minimaal een sluitende businesscase en streeft bij financieringen naar een rentepercentage van minimaal 6%. OMU rekent met een onrendabele top op haar investeringen. Het door de Provincie geïnvesteerde kapitaal verdwijnt dus langzamerhand. Op basis van het voorgaande gaan wij ervan uit dat OMU niet op basis van voornoemde criteria werkt.

Niets wijst er verder op dat OMU het economisch risico van haar activiteiten draagt. In ieder geval is in 2019 besloten om 1 miljoen extra aan kapitaal in te brengen.

Op basis van de ons thans ter beschikking gestelde informatie concluderen wij vooralsnog dat er meer te zeggen valt voor de stelling dat OMU een instelling is die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, dan voor de stelling dat dat niet het geval is.

Aan de eerste voorwaarde voor het zijn van een publiekrechtelijke instelling is dan voldaan.

## *Toepassing criterium 2: rechtspersoonlijkheid*



In de begripsomschrijving van publiekrechtelijke instelling is bepaald dat sprake moet zijn van rechtspersoonlijkheid.

De N.V. OMU is een vennootschap en heeft dus rechtspersoonlijkheid. Aan dit criterium is eveneens voldaan.

#### *Toepassing criterium 3: overheidsafhankelijkheid*

Of aan dit derde criterium is voldaan hangt af van het antwoord op de vraag of één van de drie alternatieve “afhankelijkheidscriteria” is vervuld.

In alle gevallen dient sprake te zijn van “een grote mate van afhankelijkheid” dan wel een “sterke afhankelijkheid” van OMU ten opzichte van andere aanbestedende diensten.

Wat is de ratio achter de derde voorwaarde? Volgens het Hof van Justitie EU (arrest C-237/99, Commissie/Frankrijk 1 februari 2001) gaat het om de vraag of sprake is van een afhankelijkheid van de overheid die ertoe leidt dat de overheid de beslissingen van de entiteit op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden. Die afhankelijkheid kan dus blijken uit het feit dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van leidinggevende of toezichthoudende organen aanwijst, of doordat de overheid toezicht houdt op het beheer van de entiteit.

Gelet op de statuten dient eerst te worden onderzocht of bij OMU sprake is van aanwijzing door andere aanbestedende diensten van meer dan de helft van de bestuursleden of leden van de raad van toezicht.

#### Criterium: voor meer dan de helft bestuur of toezichthoudend orgaan aangewezen door andere aanbestedende diensten

Worden de “leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan” van OMU voor meer dan de helft worden aangewezen door de Provincie?

Het antwoord luidt bevestigend nu uit art. 16 blijkt dat bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering, in dit geval de Provincie. Dat geldt blijkens art. 22 ook voor de commissarissen; ook deze worden benoemd door de algemene vergadering.

### VII.6.2 Conclusie ten aanzien van aanbestedingsplicht OMU

In onze visie zijn er meer aanwijzingen dat OMU kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling, en dus als een aanbestedende dienst, dan aanwijzingen dat OMU geen publiekrechtelijke instelling is.

Dit betekent dat OMU opdrachten aan commerciële marktpartijen boven de drempelwaarden Europees dient aan te besteden.

## VIII. Wet Markt en Overheid

De Wet Markt en Overheid (Wet M&O), in feite Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, bevat voorschriften voor overheden die economische activiteiten verrichten.



Omdat hierboven is geconcludeerd dat de kapitaalstorting en bijdrage in de exploitatiekosten geen steun vormt voor zover OMU geen economische activiteiten verricht (verkoop van bouwrijpe grond), is de uitzondering van artikel 25h, lid 4, Mededingingswet (Wet M&O is niet van toepassing in geval sprake is van een steunmaatregel), niet van toepassing. Bekeken moet worden of OMU een overheidsbedrijf is in de zin van artikel 25g, lid 1, Mededingingswet. De Wet M&O verbiedt namelijk overheidsbedrijven te bevoordelen.

Volgens artikel 25g, lid 1, Mededingingswet is een overheidsbedrijf: een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen. De term 'overheidsbedrijf' duidt op een onderneming 'buiten de overheidsorganisatie'<sup>47</sup> ter onderscheiding van een onderneming binnen de overheidsorganisatie (bijvoorbeeld een dienstonderdeel binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon die een economische activiteit verricht). De vraag is derhalve ook hier of OMU een als een 'onderneming' kwalificeert. Voor het begrip 'onderneming' zoals dat in de Mededingingswet gehanteerd wordt, bepaalt artikel 1, sub f, Mededingingswet. In dat artikel wordt bepaald dat onder onderneming moet worden verstaan 'een onderneming in de zin van artikel 81 (tegenwoordig 101), eerste lid, van het Verdrag'. Ook hier is dus de Europeesrechtelijke invulling van het begrip 'onderneming' van belang. Zoals we hierboven zagen is OMU niet als onderneming aan te merken voor zover zij terreinen herontwikkelt en die als bouwrijpe grond oplevert. Voor andere activiteiten kan zij wel als onderneming kwalificeren. De 'afschieding' van de niet-economische activiteiten door deze onder te brengen in een aparte dochtervennootschap en ervoor te zorgen dat voordelen niet ten goede komen aan de economische activiteiten elders in het concern, kan hier een oplossing zijn.

Voorts zou een oplossing voor *alle* activiteiten van OMU zijn dat die activiteiten worden aangemerkt als een activiteit in het algemeen belang. Het bevoordelingsverbod geldt namelijk niet ten aanzien van overheidsbedrijven die die activiteiten uitoefenen in het algemeen belang (en daarvoor een aanwijzing heeft plaatsgevonden). Daarvoor zou dan door Provinciale Staten een algemeen belang aanwijzing moeten plaatsvinden. Wij adviseren u graag nader over de invulling en onderbouwing van een dergelijk algemeen belang besluit.

Met betrekking tot de activiteiten van OMU zelf, moet worden opgemerkt dat de Wet M&O wel verplichtingen kent voor bestuursorganen in hun relatie tot overheidsbedrijven (namelijk het genoemde bevoordelingsverbod), maar niet voor die overheidsbedrijven zelf. OMU heeft in haar relatie tot de verkopers en kopers niet te maken met voorschriften van de Wet M&O.

---

<sup>47</sup> MvT, p. 32.