

Voor: Gemeente Helmond, t.a.v. Luc Nuyts
Postbus 950, 5700 AZ Helmond
Per e-mail: L.Nuyts@helmond.nl

Betreft: Staatssteunanalyse Land van de Peel

Datum: 20 december 2024

Van: Melvin Könings, melvinkoenings@lysiasadvies.nl
Catheel Pino, catheelpino@lysiasadvies.nl

Samenvatting

De Peelgemeenten willen een stichting **Land van de Peel** (LvdP) oprichten en deze stichting een jaarlijkse subsidie geven van € 360.000. Doelstelling van Stichting LvdP is het versterken van de economische, sociale en culturele waarde van de Peelregio door deze zowel binnen als buiten de regio te **branden en marketen** als geliefde, waardevolle en leefbare regio voor bewoners, ondernemers en bezoekers, waarbij de belangen van deze doelgroepen in samenhang worden benaderd.

In deze staatssteunanalyse beschrijven we beknopt de voorgenomen activiteiten van Stichting LvdP en de voorgenomen publieke financiering. Daarna kijken we of er staatssteun aan de orde is. Centraal daarin staat de vraag of er sprake is van economische activiteiten. Wat ons betreft is dat niet het geval. Met het oormerk "**geen economische activiteiten**" is er ook **geen sprake van staatssteun**. Ons centrale advies is dan ook dat er geen sprake is van staatssteun in deze voorgenomen financiering.

Als betrokken Peel-gemeenten voor een bijna **waterdichte rechtszekerheid** willen gaan, kunnen ze overwegen het **DAEB-Vrijstellingsbesluit** toe te passen om daarmee geoorloofde staatssteun te verstrekken. Dat kan wat ons betreft ook en we hebben uitvoerig toegelicht hoe. Voor die keuze dienen betrokken gemeenten met elkaar een afweging te maken tussen bijkomende administratieve lasten en winst aan rechtszekerheid.

Met vriendelijke groet, mede namens Catheel Pino,

Lysias Advies



Melvin Könings

1. Land van de Peel in het kort

De Peelgemeenten (Asten, Deurne, Gemert-Bakel, Helmond, Laarbeek en Someren) hebben het voornemen om een stichting **Land van de Peel** (LvdP) op te richten. De doelstelling van deze stichting wordt het versterken van de economische, sociale en culturele waarde van de Peelregio door deze zowel binnen als buiten de regio te **branden en marketen** als geliefde, waardevolle en leefbare regio voor bewoners, ondernemers en bezoekers. Doel is de belangen van deze doelgroepen in samenhang te benaderen.



Voor het branden en marketen van de Peel-regio voert de stichting LvdP **vier werkzaamheden** uit:

1. Positionering en profilering

Dit behelst het positioneren en profileren van de Peelregio als geliefde, waardevolle en leefbare regio voor bewoners, ondernemers en bezoekers. Als eigenaar van het merk 'Land van de Peel' bewaakt de Stichting de juiste toepassing van het merk. De Stichting stimuleert dat partijen binnen de Peelregio zoveel mogelijk 'on brand' opereren en communiceren. Tenslotte is Stichting LvdP verantwoordelijk voor de doorontwikkeling van het 'merk Land van de Peel', in goed overleg met de Peelgemeenten.

2. Promotie en productontwikkeling

Dit behelst het genereren van zo veel mogelijk positieve exposure voor de Peelregio. Generiek, maar zoveel mogelijk met de focus op het 'merk Land van de Peel'. De activiteiten zijn gericht op het bij diverse doelgroepen bevorderen van een positief beeld over de Peelregio, het stimuleren van doelgroepen om een bezoek te brengen aan de Peelregio, zich te vestigen in de Peelregio, gevestigd te blijven in de Peelregio en om zoveel mogelijk gebruik te maken van de in de Peelregio aanwezige voorzieningen.

3. Verbinden van partijen

Dit behelst het versterken van de verbinding tussen diverse partijen binnen de Peelregio. De Stichting LvdP zorgt voor het onderling verbinden van partijen (zoals ondernemers, instellingen en overheden), zodat nieuwe samenwerkingsverbanden en nieuwe aanbodontwikkelingen en innovaties kunnen ontstaan.

4. Monitoren van resultaten

Dit behelst het meten van de resultaten van de eigen (marketing) inspanningen door de Stichting LvdP. De stichting ontwikkelt en gebruikt hiertoe efficiënte en effectieve instrumenten voor monitoring. De aldus verkregen informatie is openbaar en wordt door de Stichting actief naar buiten toe gepubliceerd.



1.1 Voorgenomen financiering

De zes betrokken Peelgemeenten willen Stichting LvdP een **jaarlijkse subsidie** geven van **€ 360.000**. Mogelijk komen daar in de toekomst nog andere overheden bij, we focussen in deze analyse op deze voorgenomen publieke financiering.

2. Is er sprake van staatssteun?

2.1 Staatssteundefinitie

In de EU geldt een **algemeen verbod op staatssteun**. Als staatssteun aan de orde is, dan is dat geen showstopper. Wel is het nodig om een goede 'staatssteunroute' te vinden zodat de steun rechtmatig kan worden verstrekt. Je krijgt dan "geoorloofde staatssteun". In bijlage 1 hebben we de staatssteunregels wat uitvoeriger op een rij gezet.



De eerste hamvraag bij een staatssteunanalyse is altijd: is er sprake van staatssteun? Zodra overheden zich gaan bemoeien met economische activiteiten en investering- of exploitatieverliezen gaan dekken is er vaak snel sprake van staatssteun. Volgens artikel 107 lid 1 VWEU is er sprake van staatssteun als aan **vier criteria** is voldaan:

1. de steun wordt *door de overheid verleend* of met overheidsmiddelen bekostigd;
2. het voordeel is *selectief*, d.w.z. het komt ten goede aan bepaalde onderneming(en);
3. het verschaft een *economisch voordeel* dat de onderneming(en) langs normale commerciële weg niet zou(den) hebben verkregen;
4. het voordeel moet een (potentiële) *invloed op de handel tussen lidstaten* hebben.

2.2 Toets voorgenomen subsidie aan Land van de Peel aan de staatssteuncriteria

Als we de voorgenomen subsidie aan Land van de Peel toetsen aan de vier reguliere staatssteuncriteria dan zien we het volgende:

1. De steunmaatregel is afkomstig van of toe te rekenen aan de staat: de subsidie is afkomstig van de Peelgemeenten.
2. Er is sprake van selectiviteit: Stichting LvdP gaat deze subsidie ontvangen, mogelijk stroomt er een selectief voordeel door naar ondernemers in De Peel.
3. De maatregel levert Stichting LvdP en/of de betrokken ondernemingen in De Peel een economisch voordeel op: onder normale marktomstandigheden zouden deze partijen dit subsidiebedrag niet verkrijgen.
4. De maatregel leidt tot een (dreigende) beïnvloeding van de interstatelijke handel. Dit is nadrukkelijk de bedoeling: Land van de Peel wil naast Nederlandse toeristen, ook Duitse en Belgische bezoekers trekken.

We zien dat er op twee niveaus mogelijke begunstigden zijn:

- i. Stichting LvdP voert zelf mogelijk economische activiteiten uit, en
- ii. Van de activiteiten van de stichting kunnen ondernemers in de Peel profijt hebben.

2.3 Verdieping 1: wel of geen economische activiteiten?

Voor strikt publieke activiteiten of taken, ook wel **niet-economische activiteiten** genoemd, is het **staatssteunrecht niet van toepassing**. Publieke financiering voor niet-economische activiteiten mag dus in beginsel (uit staatssteunoptiek) 100% bedragen. Voorbeelden zijn het aanleggen van wegen en dijken, de kosten voor onderwijs aan jongeren, voor onafhankelijke wetenschap, de politie en bijvoorbeeld het leger. Ook beleidsondersteuning en kennisverspreiding, kleinschalig innovatie-advies kunnen een oormerk "niet-economische activiteit" krijgen en daarmee buiten de staatssteunspelregels vallen.

Overheden gebruiken soms private **intermediaire organisaties** om niet-economische activiteiten uit te voeren. Vaak valt dat helemaal buiten het staatssteunrecht, bijvoorbeeld door opdrachtverlening (vaak in combinatie met aanbesteden). Maar ook in een subsidie-relatie kan er sprake zijn van niet-economische activiteiten. Een goed voorbeeld daarvan zijn onderwijsactiviteiten: dat hebben we in Nederland privaat georganiseerd, maar onderwijsactiviteiten zijn in beginsel geen economische activiteiten. Subsidies aan scholen bevatten om die reden geen staatssteun. Totdat scholen bijvoorbeeld bedrijfsopleidingen gaan aanbieden, dan komen de staatssteunspelregels wel weer om de hoek kijken.



In de basis maken we een onderscheid tussen Diensten van Algemeen Belang (**DAB**) en Diensten van Algemeen Economisch Belang (**DAEB**), waarbij die “E” wordt toegevoegd als er sprake is van een zeker verdienmodel. Bijvoorbeeld een schouwburg of het openbaar vervoer: daar moet je als inwoners voor dienstverlening betalen, maar de exploitatie kan meestal niet winstgevend worden opgezet. Er zijn dan dus *wel* economische activiteiten aan de orde, dus zijn de staatssteunregels *wel* van toepassing, meestal passen we dan de DAEB staatssteun regels toe. Maar een DAB gaat dus *niet* over economische activiteiten en dan zijn de staatssteunregels *niet* van toepassing.

Generieke regiomarketing wordt doorgaans beschouwd als een Dienst van Algemeen Belang (DAB), omdat er nauwelijks een verdienmodel op zit. Ga je als ondernemer een commercieel promotie en booking platform beginnen voor regionale B&B's, dan is er wel sprake van economische activiteiten. Maar breeduit rond communiceren hoe schitterend De Peel in het algemeen is en wat je er allemaal zoal kan doen, levert geen enkel verdienmodel op en kan je beschouwen als een **niet-economische activiteit**. Er is namelijk geen marktpartij die zelfstandig en vrijwillig de generieke regiomarketing oppakt, er is daarvoor geen markt van vraag en aanbod. In het algemeen geldt dat generiek acquisitiebeleid om bedrijven of toeristen naar een land, regio of gemeente te trekken, onderdeel is van een **logisch regionaal economisch en toerisme- en recreatiebeleid**.

Overheden kunnen het toerisme- en recreatiebeleid, en in het bijzonder regiomarketing, zelf uitvoeren (zoals tot op heden ook gebeurde in de Peel-gemeenten), maar ook laten uitvoeren door een **intermediaire organisatie**, zoals bijvoorbeeld een VVV of andere organisaties. Het uitvoeren van generiek toerisme- en recreatiebeleid is in beginsel een overheidstaak en **geen economische activiteit**. Publieke financiering daarvan bevat dus geen staatssteun en overheden kunnen afspraken maken met intermediaire organisaties om deze taken uit te voeren. Uit staatssteunoptiek kan financiering voor niet-economische activiteiten dus als zodanig geoormerkt worden. Daarmee kan de publieke financiering van deze kosten dan buiten het staatssteunrecht gehouden worden. Wel is het dan van belang de activiteiten goed af te pellen en er zorg voor te dragen dat daar geen verdienmodel op zit.



Tussenconclusie 1: de voorgenomen steun aan Stichting Land van de Peel kan mogelijk geen staatssteun bevatten als de stichting uitsluitend niet-economische activiteiten gaat verrichten.

2.4 Verdieping 2: opdracht of subsidie?

Een overheid (of groep overheden) die publieke middelen gaat verstrekken aan een private partij kan in beginsel zelf bepalen of ze deze activiteit wil **subsidieren**, of als een **overheidsopdracht** wil laten uitvoeren. Bij opdrachtverlening zien we vaak een aanbestedingsvraagstuk opdoemen, die niet altijd gewenst is als er een langdurige relatie is ontstaan of het doel is deze te continueren.



Er zijn **belangrijke kenmerken en verschillen** tussen subsidieverstrekking en opdrachtverlening. In bijlage 1 hebben we die verschillen op rij gezet. Vaak moet je per casus (of relatie) bekijken wat er nu precies aan de orde is. Bij een subsidie mag de overheid zelf bepalen wie wel of niet subsidie krijgt. Dat heet in het juridisch jargon het *prerogatief* van de overheid. Subsidies hoeft je dus niet aan te besteden, opdrachten (boven bepaalde drempel) doorgaans wel. Voor subsidies zijn er wel subsidiespelregels, die vaak in een subsidieregeling of -verordening worden vastgelegd. Bij een opdracht zijn doorgaans de aanbestedingsregels aan de orde en moet er vaak boven een bepaald opdrachtvolume een aanbesteding plaatsvinden. Daar zijn dan ook soms weer uitzonderingen op, bijvoorbeeld voor bepaalde sectoren, zoals opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid, huur van grond en gebouwen, omroepdiensten, arbitrage en bemiddeling en opdrachten met betrekking tot onderzoek en ontwikkeling (innovatie). En soms zien we ook oplossingen in de hoek van quasi-inbesteding (dat een overheid een organisatie wel op een zekere afstand zet, maar uiteindelijk wel eindverantwoordelijk is en blijft en nadrukkelijk regie blijft voeren over die organisatie). Maar zo'n quasi-inbesteding opzet schuurt soms wel met de wens van overheden om een organisatie op afstand te zetten en wat buiten het publiekrecht op te zetten.

In bijlage 3 hebben we een overzicht opgenomen van kenmerken die worden gehanteerd door [PIANOo](#), het **Expertisecentrum Aanbesteden van het Ministerie van Economische Zaken**. Dit nationale expertisecentrum heeft als taak het inkopen en aanbesteden bij overheden te professionaliseren. Denkrichting van het overzicht van PIANOo (bijlage 3) is dat als vele aspecten van 'overeenkomst' zich in de te onderzoeken situatie voordoen, en weinig van 'subsidie', er waarschijnlijk sprake is van een overheidsopdracht. Wanneer er sprake is van een vermenging van kenmerken dan wordt in de praktijk vaak gekozen voor subsidie. **Geen enkel criterium** van de genoemde criteria zijn op zichzelf beschouwd **doorslaggevend**.

Voor de Stichting LvdP zien we dat de betrokken gemeenten hun regio-promotie onafhankelijk en op afstand willen zetten. De gemeenten zijn dan ook geen eigenaar of anderszins sturend in deze organisatie. Een oplossing in de hoek van quasi-inbesteding zien wij dan ook niet passen. Zijn de Peelgemeenten dan verplicht deze beoogde activiteiten in de vorm van een opdracht op te zetten (en dus te moeten aanbesteden)? Het antwoord daarop is nee: de gemeenten kunnen dit ook in een **subsidierelatie** borgen. Daarvoor adviseren we wel om de onderlinge afspraken tussen de Peelgemeenten en de stichting goed te toetsen aan de aspecten zoals genoemd in bijlage 2.

Tussenconclusie 2: de voorgenoemde publieke financiering aan Stichting LvdP kan opgezet worden als subsidie.

3. Staatssteuntoets Land van de Peel

3.1 Inleiding

Er zijn verschillende gemeenten en regio's in Nederland die regio- en/of citymarketing als economische activiteit oormerken en deze vervolgens uit staatssteunoptiek organiseren als DAEB. De route van 'geen staatssteun, want geen economische activiteiten' is wat ons betreft goed verdedigbaar en administratief gezien het meest eenvoudig.

Tussenconclusie 3: de activiteiten van Stichting LvdP zijn geen economische activiteiten en bevat daarom geen staatssteun.

3.2 Eventuele staatssteun op niveau van de ondernemers

Voor de zorgvuldigheid pellen we nog eens goed af waar staatssteun mogelijk zou kunnen landen. Voor de staatssteun kijken we dus naar twee niveaus: de Stichting LvdP zelf en de ondernemers in De Peel die mogelijk betrokken zijn. Uitgangspunt is dat **individuele ondernemers** uit de recreatie- en toerismesector uitsluitend gezamenlijk gaan profiteren van generieke marketing van Stichting LvdP. Het is niet de bedoeling dat Stichting LvdP individueel gerichte marketing gaat voeren (voor een specifiek bedrijf). Het eventuele voordeel dat de activiteiten van Stichting LvdP oplevert voor de betrokken ondernemers, is **onvoldoende groot en niet te kwantificeren om te spreken van een aanwijsbaar economisch voordeel**.

Mocht er nou toch via projectsteun subsidie worden aangewend voor de economische activiteiten van specifieke ondernemers, dan zijn er diverse routes om dit staatssteunproof in te richten. Maar dit gaat pas spelen als de Stichting LvdP **meer dan 16 uur specifiek advies** levert aan een specifieke ondernemer. Deze grens van 16 uur advies wordt vaker gehanteerd (bijvoorbeeld bij het Innovatiehuis Helmond en bij regionale ontwikkelingsmaatschappijen). Redenering is dan dat klein advies bij bemiddeling en voorlichting hoort en geen economische activiteit is (meer als een verlengstuk van de overheid). En dat bedrijfsadviseurs in de markt past "last krijgen" van concurrentievervalsing als er sprake is van meer dan 16 uur advies of ondersteuning. Je zou voor gevallen boven die 16 uur ook kunnen werken met een **doorvloeiconstructie**, waar Stichting LvdP een factuur stuurt met de advieskosten en een subsidie-verrekening op basis van de-minimis of bijvoorbeeld mkb-advies uit de AGVV. Dit soort constructies zien we ook vaker in het land, maar dit lijkt ons voor dit moment niet nodig verder uit te werken. We moeten geen **administratieve lasten** optuigen als deze **niet nodig** zijn.

Tussenconclusie 4: de mogelijk indirecte steun aan ondernemers levert geen aanwijsbaar economisch voordeel op en bevat daarom (voor hen) in ieder geval geen staatssteun.

3.3 Eventuele staatssteun op niveau van Stichting LvdP zelf

Misschien kunnen we nog niet helemaal uitsluiten dat er helemaal geen economische activiteiten plaatsvinden. En dan geeft de redenering "geen economische activiteiten, geen staatssteun" iets **minder rechtszekerheid** dan een rechtmatige staatssteunroute. Er zijn dus verschillende overheden in Nederland die regio- en/of citymarketing (wel) als economische activiteit oormerken en deze vervolgens uit staatssteunoptiek organiseren als DAEB. Dan heb je rechtszekerheid, dat wat er ook gebeurt, de opzet **staatssteunproof** is.

Op basis van de informatie die we op dit moment hebben over de concrete activiteiten van Stichting LvdP, is het moeilijk om vooraf een strikt onderscheid te maken tussen de wel- en niet-economische activiteiten. Het onderscheid bijvoorbeeld tussen het projectgeld (thans begroot op € 50.000) en de kosten voor 'overhead' van € 310.000 volgt niet glashelder de scheidslijn tussen wel- en niet-economische activiteiten. In die overhead kosten (met name personeel) worden naar verwachting vooral niet-economische activiteiten uitgevoerd, maar precies wat en hoe is niet heel duidelijk. En dat wil je misschien ook niet helemaal vooraf uitpluizen, de betrokken overheden willen de Stichting LvdP juist wat **armslag** bieden en ruimte voor **creativiteit**.

Mochten de betrokken Peelgemeenten (toch) willen kiezen om de voorgenomen financiering aan Stichting LvdP aan te merken als staatssteun, dan lijkt het ons het meest passend om de subsidie aan te merken als een DAEB.

Tussenconclusie 5: als betrokken Peel-gemeenten voor zo veel mogelijk rechtszekerheid willen gaan, kan overwogen worden (toch) de DAEB spelregels toe te passen (geoorloofde staatssteun).

3.4 Uitwerking scenario DAEB

De taken die de Stichting LvdP gaat uitvoeren, kunnen **door marktpartijen niet op een bevredigende wijze worden uitgevoerd**, omdat dit soort taken (activiteiten) nauwelijks tot geen verdienmodel hebben. Een eventuele "concurrent" van de Stichting LvdP zal naar verwachting niet in staat zijn alle private stakeholders en doelgroepen in de regio met elkaar te verbinden en te laten betalen voor deze activiteiten. De gemeenten in De Peel zijn verantwoordelijk voor het algemeen belang in deze regio.



Vanuit dit oogpunt is het dan ook niet wenselijk dat een commerciële partij eigenaar wordt van het merk 'Land van de Peel'. Het merk zal altijd ter beschikking moeten staan van de gemeenschap en daarom is het niet denkbaar dat een commerciële partij uit eigen beweging, of daartoe aangespoord door een gemeentelijke bijdrage, over zou gaan tot de ontwikkeling en het beheer van het merk, waarbij het algemeen belang centraal staat.

Voor aanwijzing van een DAEB, is marktfalen nodig. Daarvoor is uit staatssteunoptiek **geen uitgebreide onafhankelijke marktanalyse nodig**, hoewel dit soms op landelijke websites of door experts wordt beweerd. Een overheid mag zelf onderbouwen waarom er marktfalen optreedt en waarom een DAEB een dienstig model is. Ons beeld is dat er geen (volledig) privaat gefinancierde en geïnitieerde regio- of citymarketingorganisaties in Nederland zijn en dat bij vrijwel iedere regio- of citymarketingorganisatie één of meerdere overheden financierer zijn. Wij hebben geen citymarketing organisaties gevonden, die door private partners is opgericht en geen gebruik maakt (of heeft gemaakt) van de financiële middelen van de overheid. Zelfs niet in zeer commerciële omgevingen als in Amsterdam, waar ook de gemeente geld steekt in citymarketing.

Aangezien er sprake is van marktfalen en (toch) een wens van overheden om hun stad of regio te promoten, is een overheidsbijdrage noodzakelijk voor dergelijke activiteiten. Organisaties werken dan nauw samen met hun gemeente, waarbij zij het "merk" van hun gemeente of stad exploiteren. Als we kijken naar citymarketing, dan zijn de meest voorkomende activiteiten:

- het verzorgen van de on- en offline marketing voor de gemeente of stad,

- het promoten van evenementen in de eigen stad en regio door communicatie met eigen ontworpen marketingtools via hun eigen kanalen,
- het beheren de VVV-winkel en soms ook de ontwikkeling van eigen VVV-producten.

Andere activiteiten die door enkele citymarketing organisaties worden opgepakt, zijn:

- het mede-organiseren van evenementen,
- zorgen onder voor onderzoeken, kennisdeling, relatiebeheer
- samenwerking koesteren met (regio)partners,
- persinformatie, en
- beheer en uitgifte van een stadspas.

Het verlenen van dit soort diensten in het algemeen belang van de gemeente of regio worden niet opgepakt door private organisaties. Mede door het risico, de lage winstmarges en het ontbreken van een gunstig privaat verdienmodel, is dit niet aantrekkelijk voor private organisaties om uit te voeren.

Tussenconclusie 6: regio- en citymarketing is (ook) een Dienst van Algemeen Economisch Belang.

Het is mogelijk de voorgenomen bijdrage uit staatssteunoptiek te borgen onder het **DAEB Vrijstellingsbesluit**. Om dat netjes en rechtmatig te doen, geldt een aantal voorwaarden voor:

- het belasten van ondernemingen met een DAEB
- het berekenen van de omvang van compensatie en
- de controle op overcompensatie.

In bijlage 3 hebben we meer detailinformatie opgenomen over de voorwaarden die horen bij het DAEB Vrijstellingsbesluit. Het is ook mogelijk de **DAEB De-minimisverordening** te gebruiken. Een onderneming mag op basis van de DAEB De-minimisverordening maximaal € 750.000 aan DAEB de-minimissteun ontvangen binnen een periode van drie jaar. En dat mag ook aangevuld worden met reguliere de-minimis van € 300.000, dat levert dus voor DAEB-diensten een maximaal de-minimis plafond op van € 1.050.000. De voorgenomen jaarlijkse subsidie bedraagt € 360.000 per jaar, dat is over 3 jaar € 1.080.000, dat glipt er dus net overheen. Deze de-minimis route laten we daarom voor nu verder buiten beschouwing.

3.5 Toepassen van het DAEB-Vrijstellingsbesluit in de praktijk

Land van de Peel moet in een openbare officiële rechtshandeling worden belast met de DAEB. Dat noemen we ook wel een DAEB Aanwijzingsbesluit. Daarin moet er een duidelijke omschrijving van de basisverplichting voor het verrichten van de diensten zijn, met daarin:

1. de inhoud en de duur van de openbaredienstverplichtingen;
2. de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied;
3. de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend;
4. een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie;
5. de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, en een verwijzing naar dit besluit.

Vereist is dat het besluit de vorm heeft van één of meerdere officiële besluiten ‘met een juridisch dwingende waarde’. Dat betekent dat een **raadsbesluit niet nodig** is; een collegebesluit kan volstaan. En dit kan uit staatssteunoptiek ook door één penvoerende gemeente mede namens de overige gemeenten.

Voor de berekening van de omvang van compensatie voor het verrichten van een DAEB (artikel 5), gelden verschillende regels. Daarbij geldt dat het compensatiebedrag **niet hoger mag zijn dan nodig ter dekking van de netto kosten** van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, met inbegrip van een redelijke winst. In het geval van Stichting LvdP kunnen de netto kosten het beste worden berekend als het **verschil tussen de kosten en de inkomsten uit de DAEB** ("methode op basis van kostentoerekening"). Wanneer de stichting ook activiteiten uitoefent die buiten de DAEB vallen (de reclameactiviteiten), gaat het alleen om de kosten voor uitvoering van de DAEB. Het is belangrijk dat de wel- en niet-DAEB-activiteiten gescheiden zijn in de administratie. Dit speelt bijvoorbeeld ook bij woningcorporaties die zowel DAEB-, als niet-DAEB-activiteiten uitvoeren.



Uit staatssteunoptiek is het verstandig bij het moment van besluitvorming de dan geldende **cijfers, taak- en rolverdeling** toe te passen. Dan kan je ook goede afspraken maken over de berekening van de omvang van de compensatie en het voorkomen van overcompensatie. Het kan gebeuren dat Land van de Peel méér compensatie ontvangt dan nodig, bijvoorbeeld als meer inkomsten worden gegenereerd uit promotiewerkzaamheden. Deze overcompensatie van de gemeenten moet dan worden terugbetaald en de parameters voor het berekenen van de compensatie voor de toekomst moeten worden bijgewerkt. Het is verstandig daar duidelijke afspraken over te maken.

Tussenconclusie 7: de voorgenomen publieke financiering aan Stichting LvdP kan in theorie ook geborgd worden onder het DAEB-Vrijstellingsbesluit. Dan krijg je “geoorloofde staatssteun”.

Bijlage 1: De Europese staatssteunregels

Inleiding

De Europese staatssteunregels en -procedures stellen belangrijke kaders aan het beleid van overheden en (semi)publieke organen. In de Europese Unie (EU) geldt een **verbod op staatssteun**, gecombineerd met uitzonderingsclausules uit het EU Verdrag en secundaire wetgeving. Staatssteun is dus in beginsel **geen showstopper**, het is vaak juist het doel van overheden om met rechtmatige staatssteun een bepaald marktfalen aan te pakken. Maar bij steun aan economische activiteiten moet subsidie **'staatssteunproof'** worden opgezet, dan krijg je "geoorloofde staatssteun".

Achtergrond staatssteunspelregels

Samenwerking in de Europese Unie (EU) is gebaseerd op diverse uitgangspunten en beleidsdoelstellingen, zoals het bevorderen van milieubescherming, innovatie, werkgelegenheid en volksgezondheid. Dit pakt uit in gedetailleerde Europese regelgeving, gericht op met actuele maatschappelijke uitdagingen als klimaatbeleid, migratie en de gemeenschappelijke munt. De historisch misschien wel belangrijk(st)e pijler van de Europese samenwerking ("**nooit meer oorlog**") sneeuwt in de praktijk soms wat onder, inclusief de bijbehorende regels en uitgangspunten. Om oorlog en inefficiënte marktwerking te voorkomen bevat het Europese Verdrag strenge spelregels om nationalisme en protectionisme te voorkomen.



Het staatssteunrecht is een vast onderdeel van het **Europese mededingingsrecht**, sinds de start van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (1951). Het Europese mededingingsrecht ziet toe op een **eerlijk speelveld** ("level playing field") voor ondernemers, waarbij marktwerking voorop staat. Marktmacht van te sterke bedrijven moet worden voorkomen (via fusie- en kartelrecht) en invloed van overheden moet uitsluitend beperkt blijven tot plekken in de economie waar marktfalen optreedt.

In de EU geldt een **algemeen verbod** op staatssteun, gecombineerd met **uitzonderingsclausules** op basis van het EU-Verdrag (VWEU) en secundaire wetgeving. Het staatssteunrecht werkt met een **"nee, tenzij"-beginsel**, staatssteun is alleen rechtmatig ("geoorloofd") als het inhoudelijk en procedureel geborgd is onder de EU-staatssteunregels. Zodra overheden zich bemoeien met economische activiteiten en op één of andere manier investering- of exploitatieverliezen gaan dekken, is er vaak sprake van staatssteun.

Volgens artikel 107 lid 1 VWEU is staatssteun aan de orde als er aan **vier criteria** is voldaan:

1. de steun wordt *door de overheid verleend* of met overheidsmiddelen bekostigd;
2. het voordeel is *selectief*, d.w.z. het komt ten goede aan bepaalde onderneming(en);
3. het verschaft een *economisch voordeel* aan *onderneming(en)* dat zij langs normale commerciële weg niet zou(den) hebben verkregen;
4. het voordeel moet een (potentiële) *invloed op de handel tussen lidstaten* hebben.

Als een maatregel niet aan één van de vier hierboven genoemde criteria voldoet (of er is geen sprake van economische activiteiten), dan bevat de maatregel **geen staatssteun** volgens het VWEU. Een staatssteuntoets begint dus doorgaans met een analyse of er sprake is van economische activiteiten en zo ja, of alle 4 de hierboven genoemde criteria aan de orde zijn. Als er dan staatssteun aan de orde is, moet de staatssteun **rechtmatig geborgd** worden.

Vrijstellingsverordeningen

De Europese Commissie heeft de exclusieve taak en bevoegdheid om vooraf te beoordelen of aan de uitzonderingscriteria van het VWEU is voldaan. Als uitgangspunt dient iedere overheidsinstantie elk voornemen tot verlening van steun vooraf bij de Commissie aan te melden. In het jargon heet dit notificeren. Deze meldingsprocedure duurt in de praktijk snel twee jaar, steun mag niet verleend worden voordat de Commissie **goedkeuring** heeft verleend via een beschikking.

De meeste vormen van staatssteun zijn echter vrijgesteld van voorafgaande melding en goedkeuring; een **digitale kennisgeving** volstaat bij zo'n vrijstelling. Deze steunvormen zijn uitgewerkt in de zogeheten Algemene Groepsvrijstellingsverordening (**AGVV**). Voor landbouw en visserij zijn er aparte vrijstellingsverordeningen (LVV en VVV) en er is ook een vrijstellingsbesluit voor zogeheten Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB). Inmiddels valt meer dan 99% van de Nederlandse steunmaatregelen onder de vrijstellingsbesluiten, waarbij meestal de AGVV wordt toegepast.

De vrijstellingsverordeningen werken in de praktijk als een **juridische kapstok**. Steunmaatregelen (ad hoc of in de vorm van regelingen) kunnen een haakje in een vrijstellingsbesluit zoeken voor een rechtmatige vorm van staatssteun, met vormvoorwaarden, definities, bijbehorende subsidiabele kosten en maximale steunintensiteit. De Europese staatssteun-spelregels zijn in de zomer van 2023 geactualiseerd. In de **huidige AGVV** zijn een paar nieuwe categorieën toegevoegd en wat percentages gewijzigd. Maar de hoofdstructuur van de AGVV bleef voor 95% overeind.



De-minimis steun: geen staatssteun

In de dagelijkse staatssteun praktijk gebruiken veel overheden bij relatief lage steunbedragen het middel *de-minimis*. De-minimis is het Latijnse woord voor klein. Basisgedachte achter de-minimis steun is dat beperkte steun (tot een maximaal bedrag van **€ 300.000 per ondernemer per drie jaar**) een verwaarloosbaar effect heeft op de internationale handel. En geen effect op de handel betekent geen staatssteun. De spelregels hiervoor heeft de Europese Commissie vastgelegd in EU- Verordening 2023/2831. Belangrijk daarbij is wel dat deze spelregels nauwkeurig moeten worden opgevolgd. Als steun wordt verstrekt onder de minimis, maar deze steun blijkt achteraf niet volledig te voldoen aan de de-minimis spelregels, dan ontstaat er (alsnog) een vorm van **onrechtmatige staatssteun**. Bij elke steunverstrekking moet weer gekeken worden welke de-minimissteun er de afgelopen drie jaren is verstrekt (en heeft de steun impact op de komende 3 jaar). Het makkelijkst is de-minimis te zien als een **emmer**, die nooit mag overlopen.



Nu heeft niet iedere ondernemer een eigen de-minimis emmer. Het bedrijf moet deze emmer namelijk delen met zijn of haar moeder- en dochterbedrijven. Je kijkt dus niet bijvoorbeeld per inschrijving in de Kamer van Koophandel, maar je moet naar eigendomsstructuren kijken. En dat niet alleen: ook zelfstandige ondernemingen die samen een exclusieve prijs-overeenkomst aangaan, worden volgens het Europese Hof van Justitie geacht hun rekening en risico te delen en moeten om die reden hun **de-minimis-emmer delen**. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij franchisecontracten, zoals pompstations en restaurants, maar ook bij coöperaties, zoals van veehouderijen en fruitbedrijven. Als je door prijsafspraken samen risico loopt en samen winst maakt, kan je ook samen voordeel hebben aan subsidie en moet je samen je de-minimis emmers delen.



Deze strikte koers en de cumulatierregels rondom de-minimis zijn niet bij iedereen bekend. In de praktijk wordt beperkte steun regelmatig onder de vlag van de minimis buiten de staatssteunregels

geplaatst. Dat lijkt voor het betrokken individuele overheidsloket een vlotte methode met lage administratieve lasten en die overheid schuift de verantwoordelijkheid voor cumulatie van de minimis meestal door naar de begunstigde. Die moet dan een zogeheten **de-minimis verklaring** tekenen, met in hele kleine lettertjes dat je de spelregels en jurisprudentie moet volgen. Maar de meeste ondernemers kennen doorgaans die spelregels niet in detail. De cumulatieregels leveren **rechts-onzekerheid** op en dat is onwenselijk voor zowel de steungever als de steunontvanger. Nodig is dat echter niet. Het reguliere staatssteunrecht biedt doorgaans voldoende mogelijkheden rechtmatig staatssteun te verschaffen met relatief lichte administratieve lasten. De rechtszekerheid bij staatssteun verstrekt onder duidelijke rechtmatige staatssteunroutes is doorgaans groter. Samengevat is het vaak verstandiger de-minimis uitsluitend te gebruiken als **juridische noodoplossing** als het reguliere staatssteunrecht tekortschiet. De rechtszekerheid bij reguliere staatssteun is groter, zowel voor de overheid als voor de ondernemer.

MKB-status belangrijk in het staatssteunrecht

De vrijstellingsverordeningen bieden uiteenlopende routes om rechtmatig staatssteun te verschaffen. Vaak is de **mkb-status** daarbij van belang. De staatssteun spelregels bieden voor mkb-ondernemingen meer (ruimere) mogelijkheden om rechtmatig staatssteun te ontvangen. Gedachte daarachter is dat mkb-bedrijven meer moeite hebben financiering te verkrijgen bij banken (hoge risico's, weinig zekerheden, weinig eigen reserves) dan grote bedrijven. Grote bedrijven hebben vaak gemakkelijker toegang tot kapitaal, voor grote bedrijven zijn de wegen naar rechtmatige staatssteun een stuk lastiger. En er moet meer bewijslast op tafel worden gelegd dat de steun ook echt een stimulerend effect heeft. De mkb definitie is opgenomen in de AGVV (bijlage 1 AGVV).



Onderscheid staatssteunanalyse en beleidsanalyse

We zien in de praktijk soms dat de staatssteunregels 1-op-1 verbonden worden met de beleidsvoorwaarden van de overheidsinstrumenten. Dit is in de basis niet nodig en niet verstandig. Als een (decentrale) overheid voornemens is een subsidie te verlenen, dan moet deze subsidie aan de ene kant in de pas lopen met het beleid en de juridische vormvoorwaarden van steun (volgens bijvoorbeeld het subsidierecht of de eigen algemene subsidieverordening). Het staatssteunrecht staat daar in principe los van en kent zijn **eigen toets en procedures**.

Zie het als **twee stoplichten**: voordat een subsidievoornemen rechtmatig is, moet zowel het stoplicht in het kader van beleid, als van het EU staatssteunrecht op groen staan. Maar dat betekent niet dat ze één op één gelijk zijn. Zo kan een subsidieregeling uit beleidsoptiek stellen dat een subsidie maximaal 50% mag bedragen, terwijl uit staatssteunoptiek een deel van de kosten 80% vergoed mag worden en een ander deel maximaal 30%. Het gemiddelde steunpercentage kan dan bijvoorbeeld 48% bedragen en dus in de pas lopen met beleid en staatssteun, terwijl daar uit staatssteunoptiek een **gedifferentieerd model** onder ligt.



Dit **nuanceverschil** tussen beleidsregels en staatssteunregels is niet alleen rekenkundig van toepassing, dat heeft ook vaak een relatie tot wetgeving, definities, fiscaliteit en randvoorwaarden. Dat heeft ook te maken met **cumulatie** (als er staatssteun uit verschillende overheidsbronnen komt). We zien soms dat het beleid niet altijd precies in de pas loopt met de staatssteunregels. Een nationale of decentrale overheid kan soms uit beleidsoptiek bepaalde dingen wensen of eisen, maar soms zijn dat soort wensen of eisen niet gerelateerd aan de Europese staatssteunregels. Dan moet je dus niet claimen dat die Europese staatssteunregels in de weg zitten, dat is dan meer een beleidsuitdaging.

Niet-economische activiteiten: geen staatssteun

Voor strikt publieke activiteiten of taken (ook wel niet-economische activiteiten genoemd), is het **staatssteunrecht niet van toepassing**. Voorbeelden zijn het aanleggen van wegen en dijken, de kosten voor onderwijs aan jongeren, voor onafhankelijke wetenschap, de politie en bijvoorbeeld het leger. Ook kennisverspreiding en bijvoorbeeld kleinschalig advies kunnen een oormerk “niet-economische activiteit” krijgen en daarmee buiten de staatssteunspelregels vallen.

Publieke financiering voor niet-economische activiteiten bevat geen staatssteun en mag dus in beginsel (uit staatssteunoptiek) 100% bedragen. Of een overheid dan ook altijd 100% toelaat (of mogelijk maakt) is vers twee, dat is namelijk ook beleidsafweging. Het staatssteunrecht zet piketpalen uit waarbinnen je moet blijven, het is een beleidsafweging of de betrokken overheid financieel “het randje” wil opzoeken, of bijvoorbeeld wil vasthouden aan een subsidieplafond van 50% en de overige financiering bijvoorbeeld aan andere (vaak publieke) partijen overlaat.

Als er wel economische activiteiten zijn, zoek dan de juiste staatssteunborging

Een belangrijke vraag uit staatssteunoptiek is **op welk niveau** de staatssteun belandt. Soms wordt een steunbedrag (eerst) aan een intermediaire organisatie uitgekeerd, waarbij die organisatie fungeert als “doorgeefluik”. We zien in het staatssteunrecht dat je dan constructies kan opzetten, waarbij de steun wordt doorgegeven aan de **eindbegunstigden**, waarbij de organisatie (of infrastructuur) zelf geen voordeel overhoudt aan de opzet, dus ook geen staatssteunontvanger is. Staatssteun kan vaak op twee niveaus geborgd worden. Betrokken partijen mogen daar met elkaar een keuze in maken, vaak zijn verschillende routes mogelijk. Ofwel we borgen de staatssteun op het niveau van de intermediaire organisatie, ofwel op het niveau van de gebruikers van de diensten.

Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB)

In het Europees recht verwijst de term 'Dienst van Algemeen Economisch Belang' (**DAEB**) naar diensten van economische aard, die door de overheid aan ondernemingen zijn opgedragen. De interne marktregels en de mededingingsregels zijn ook op deze diensten van toepassing. Bij deze diensten valt te denken aan post, energie, telecommunicatie, onderwijs, audiovisuele diensten, sociale woningbouw en bepaalde zorgdiensten. Veel van deze diensten liggen binnen het domein van gemeenten, provincies of waterschappen zoals beheer en ophalen van afval, streekvervoer, sociale woningbouw en de regionale omroep. Om te voorkomen dat er onrechtmatige staatssteun wordt verstrekt, zijn er uitgebreide staatssteun regels rond de DAEB's.

De basis van de regelgeving voor staatssteun en DAEB wordt gevormd door het **Altmark-arrest** uit 2003. In dat arrest bepaalde het Europese Hof van Justitie dat financiering ter compensatie van de uitvoering van openbare-dienst-verplichtingen (DAEB's) onder bepaalde omstandigheden geen staatssteun bevat.¹ Met toepassing van de zogeheten Altmark-criteria wordt geborgd dat er geen sprake is van een niet marktconform voordeel voor de entiteit die de DAEB uitvoert. De Altmark-criteria zijn vrij algemeen omschreven en niet eenvoudig te interpreteren. Wanneer zij niet zijn vervuld, kan er sprake zijn van staatssteun. In dat geval kan het DAEB-Vrijstellingsbesluit een uitkomst bieden. In het DAEB-Vrijstellingsbesluit worden de voorwaarden gesteld waaronder compensatie van decentrale overheden voor een DAEB verenigbaar is met het Verdrag (rechtmatige staatssteun) en kan worden vrijgesteld van melding.

¹ Zie Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PbEU C 8/4 van 11 januari 2012 en de Handreiking DAEB en staatssteun, Europa decentraal, het Ministerie van BZK, Den Haag uit 2008.

Het **DAEB-Vrijstellingsbesluit** richt zich vooral op een verlicht toepassingsregime voor lokale en sociale DAEB.² Ondernemingen die minder dan vijftien miljoen euro per jaar aan compensatie ontvangen, vallen onder het vrijstellingsbesluit en zijn vrijgesteld van melding bij de Europese Commissie als zij aan de voorwaarden uit het besluit voldoen. Als een gemeente, provincie of ministerie een DAEB-maatregel wil nemen, lijkt dit op het eerste gezicht complex. Toch valt dat in de praktijk wel mee en er zijn heel veel eenvoudige praktijkvoorbeelden. Een simpele zoektocht op “aanwijzingsbesluit DAEB” op Google levert al honderden hits op met praktijkvoorbeelden.

Bestuurlijke paradox

Het staatssteunrecht levert soms een **ingewikkelde paradox** op. Beleidsmakers en politici willen aan de ene kant nadrukkelijk de economie met hun maatregelen beïnvloeden. Dat is een beleidsdoel op zich, voor stimulering van innovatie, voor werkgelegenheid, voor een beter milieu of bijvoorbeeld in het kader van strategische autonomie. Vervolgens pleiten ze “uit vrees” voor de staatssteunregels dat er helemaal geen beïnvloeding van de economie aan de orde is. Dat hun maatregelen heel ver van de markt staan of dat ze volstrekt marktconform werken. Dat levert soms complexe en moeizame **Januskop-constructies** op.

Nodig zijn deze complexe en moeizame constructies niet, want het oormerk staatssteun is op zichzelf helemaal niet erg. Sterker nog, het is een erkenning van effectief regionaal economisch beleid. Het zou *gekscherend* verplicht moeten zijn om **juist wel staatssteun** te geven en daarmee een verschil in de economie te maken! Het is wel nodig de staatssteun rechtmatig netjes te borgen en dat kan in de praktijk meestal onder de AGVV.

Nederland stuurt doorgaans op strenge staatssteunregels

De spelregels voor de markt in de Europese Unie, inclusief het staatssteunrecht, zijn van groot belang voor de economische welvaart van Nederland. “Wij Nederlanders” verdienen ons geld met **handel in open markten**. Open grenzen, gemeenschappelijke regelgeving en actieve handelspolitiek zijn en blijven dus heel belangrijk voor de Nederlandse economie. Achter de schermen stuurt de Nederlandse regering daarom vaak aan op **strenge staatssteunregels**. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de openbare Nederlandse inbreng bij de consultaties over staatssteunherzieningen.

De drang naar strenge(re) staatssteunregels wordt ook gedreven door een Nederlandse vrees dat andere lidstaten het niet zo nauw nemen met het beoogde *Europese level playing field*. Die vrees lijkt ook terecht: politici en ambtenaren in landen om ons heen zijn vaak een stuk **vrijgeviger** met het verstrekken van subsidies aan hun eigen industrie en voeren actieve(re) nationale industriepolitiek.

Geopolitieke ontwikkelingen

De hierboven omschreven stringente houding van Nederland over staatssteun, schuurt steeds meer met de actuele geopolitiek. Dit komt ook sterk naar voren in het rapport van **Mario Draghi** (september 2024) over de toekomst van het Europees concurrentievermogen. Draghi stelt dat het EU-concurrentievermogen stagneert, dit is zichtbaar in de achterblijvende productiviteitsgroei in Europa in vergelijking met de Verenigde Staten en China. Europa staat voor maatschappelijke uitdagingen die te groot en complex zijn voor de lidstaten om individueel op te lossen, zoals de groene transitie inclusief de klimaatafspraken 2050, een vergrijzende bevolking, de Russische agressie jegens Oekraïne en andere veiligheidsdreigingen en geopolitieke veranderingen.



² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:007:0003:0010:NL:PDF>

Draghi heeft een ambitieuze strategie gepresenteerd om het EU-concurrentievermogen weer aan te jagen. Deze uitdaging vraagt urgentie en een stevige Europese inzet, met een ambitieuze en gezamenlijke beleidsactie. Volgens Draghi is er jaarlijks minstens € 800 miljard per jaar (4,4% - 4,7% van het EU bbp) aan **extra investeringen** nodig om de doelstellingen op de gebieden van baanbrekende innovaties, de energietransitie, digitale technologieën en defensie en veiligheid te behalen. Een groot deel van deze investeringen moet privaat gefinancierd worden, maar ook overheden moeten extra aan de bak en ook richting het bedrijfsleven. Zonder twijfel zal dat tot **meer staatssteun** gaan leiden. Echter, de huidige staatssteunregels bevatten wel spelregels voor innovatie en bijvoorbeeld klimaat, maar niet voor geopolitiek en strategische autonomie. Verwachting is dus dat de staatssteunregels in 2025 (ook) flink hervormd moeten worden, als “we” de aanpak van Draghi willen volgen. Het Draghi rapport zelf vraagt ook concreet om **ruimere en slimmere staatssteunregels** en **snellere procedures**.

Bijlage 2: Opdracht of subsidie?

Definitie:

- **Opdracht:** Definitie in Boek 6 artikel 213 BW (Burgerlijk Wetboek) = een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.
- **Subsidie:** Definitie in artikel 4:21 Awb (Algemene wet bestuursrecht) = de aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Tweezijdige / eenzijdige handeling:

- **Opdracht:** Tweezijdige handeling (aanbod en aanvaarding, wederkerigheid).
- **Subsidie:** Eenzijdige handeling (subsidiebeschikking; in beginsel geen prestatieplicht).

Activiteiten:

- **Opdracht:** Uitvoeren van werken, leveren van diensten of goederen door derden aan de overheid, meestal voor uitvoering van taken van het bestuursorgaan. Er is vaak een markt voor de activiteiten. Concurrentiestelling is in principe mogelijk. Voor opdrachtnemer is het een commerciële activiteit.
- **Subsidie:** Vaak voor activiteiten die te maken hebben met het 'algemeen belang', waarbij de subsidieverstrekker (vaak) belang heeft bij (het in stand houden van) activiteiten van de individuele aanvrager ten behoeve van derden. Concurrentiestelling op een markt is soms niet goed mogelijk (de subsidie-ontvangende partij heeft een zeker idee, plan of expertise).

Aanbestedingsplicht:

- **Opdracht:** Bij aangaan overeenkomst: vaak aanbestedingsplicht ingevolge bestuurlijk aanbestedingsbeleid of Europese aanbestedingsrichtlijn.
- **Subsidie:** Bij aangaan subsidierelatie: geen expliciete aanbestedingsverplichting ingevolge Awb of subsidieverordening.

Plicht / recht:

- **Opdracht:** Zelfs bij voldoen aan vereisten inzake selectie en gunning in de aanbesteding: geen plicht tot gunnen opdracht/ aangaan overeenkomst (onder voorbehoud van precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid en goede trouw).
- **Subsidie:** Bij voldoen aan (objectieve) subsidiecriteria: recht op betaling subsidie.

Marktconform:

- **Opdracht:** Aanbesteding gericht op verrichten activiteiten tegen het gunningscriterium laagste prijs of economisch voordeligste inschrijving/ meest scherpe en marktconforme vergoeding.
- **Subsidie:** Subsidie gericht op hoe dan ook laten verrichten van activiteiten. Kan een meer of minder dan marktconforme vergoeding voor noodzakelijk zijn (anders wordt activiteit die in algemeen belang is namelijk mogelijk niet uitgevoerd). NB: een vergoeding waarbij bewust meer dan marktconforme vergoeding wordt gegeven levert doorgaans een staatssteunvraagstuk op.

Voorwaarden:

- **Opdracht:** Branchevoorwaarden, inkoopvoorwaarden, contractvoorwaarden van toepassing.
- **Subsidie:** Subsidieregeling, -criteria en -voorwaarden (verordening bestuursorgaan of wettelijk kader veelal vereist) van toepassing.

Initiatief:

- **Opdracht:** Initiatief bij opdrachtgever, die zijn behoefte stelt en formuleert in programma van eisen, waarna een aanbesteding volgt.
- **Subsidie:** Initiatief bij subsidieaanvrager, die behoefte aan subsidie moet aantonen; door aanvraag gaat subsidieprocedure lopen.

Burgerrecht / Bestuursrecht:

- **Opdracht:** Burgerrecht van toepassing op aanbestedingsprocedure en de overeenkomst. Burgerrechter is geschil-beslechtende instantie. Civiele rechtsgang. In kort geding kunnen voorlopige voorzieningen worden gevraagd. In een bodemprocedure kan én schadevergoeding én in beperkt aantal gevallen (zie WIRA) vernietiging van de overeenkomst worden gevorderd.
- **Subsidie:** Bestuursrecht van toepassing op subsidie. Bij bezwaar/beroep tegen subsidiebeschikking: administratieve rechtsgang via beschikkend bestuursorgaan en bestuursrechter (Awb).

Niet nakomen:

- **Opdracht:** Bij niet nakoming overeenkomst: nakoming overeenkomst kan worden gevorderd. Afdwingbaarheid van de overeenkomst. Afspraken gemaakt onder bezwarende titel (d.w.z. tegen betaling (tegen geld of op geld waardeerbaar). Bij de oplevering van het eindproduct/dienst gaat het eigendom vaak over naar de opdrachtgever en wordt sterker gestuurd op de formulering van de inhoud ervan.
- **Subsidie:** Bij niet nakomen subsidiecriteria: lagere subsidie of nihil-vaststelling en terugvorderingsmogelijkheid wegens onverschuldigde betaling. Prestatie tegenover subsidie niet of beperkt afdwingbaar. Hoe meer resultaatverplichtingen zijn vereist of zijn vastgelegd in een aan de subsidiebeschikking gekoppelde uitvoeringsovereenkomst (zie ook art. 4:36 Awb), hoe eerder een subsidie de richting van overeenkomst opgaat.

Vergoeding en betaling:

- **Opdracht:** Facturen op grond van overeenkomst worden veelal betaald na (deel-)prestatie.
- **Subsidie:** Bij subsidie is vaak sprake van bevoorschotting op basis van liquiditeitsbehoefte van de subsidievragende instelling (zonder voorschot op subsidie is het vaak moeilijk om te starten met de werkzaamheden waarvoor subsidie is gegeven of om de instelling in stand te houden). Gaat om werkelijke gemaakte en betaalde kosten.

Kosten:

- **Opdracht:** In principe vergoeding van de kostprijs opdrachtnemer plus winstmarge mogelijk
- **Subsidie:** Vergoeding deel van de kosten (geen vergoeding winst mogelijk).

Fiscaal:

- **Opdracht:** Btw verschuldigd.
- **Subsidie:** geen btw verschuldigd (behalve bij prijssubsidies).

Betaling:

- **Opdracht:** Betaling voor aan opdrachtgever geleverde goederen of diensten
- **Subsidie:** Vooral stimuleringsbijdrage (ter ondersteuning beleid of bevordering algemeen belang), levering (werkzaamheden of diensten) niet per se aan subsidieverstrekker.

Bijlage 3: Toelichting DAEB-Vrijstellingsbesluit

De basis van de regelgeving voor staatssteun en DAEB wordt gevormd door het Altmark-arrest uit 2003. In dat arrest bepaalde het Europese Hof van Justitie dat financiering ter compensatie van de uitvoering van openbare-dienst-verplichtingen (DAEB's) onder bepaalde omstandigheden geen staatssteun bevat.³ Met toepassing van de zogeheten Altmark-criteria wordt geborgd dat er geen sprake is van een niet marktconform voordeel voor de entiteit die de DAEB uitvoert. De Altmark-criteria zijn vrij algemeen omschreven en niet eenvoudig te interpreteren. Wanneer zij niet zijn vervuld, kan er sprake zijn van staatssteun. In dat geval kan het DAEB-Vrijstellingsbesluit een uitkomst bieden.

In het **DAEB-Vrijstellingsbesluit** worden de voorwaarden gesteld waaronder compensatie van decentrale overheden voor een DAEB verenigbaar is met het Verdrag (rechtmatige staatssteun) en kan worden vrijgesteld van melding. Het DAEB-Vrijstellingsbesluit richt zich vooral op een verlicht toepassingsregime voor lokale en sociale DAEB.⁴ Ondernemingen die minder dan vijftien miljoen euro per jaar aan compensatie ontvangen, vallen onder het vrijstellingsbesluit en zijn vrijgesteld van melding bij de Europese Commissie als zij aan de voorwaarden uit het besluit voldoen. Het DAEB-Vrijstellingsbesluit is niet van toepassing op compensaties in de vervoersinfrastructuur- en vervoerssector. Als de compensatie varieert over de periode waarin de onderneming met de DAEB is belast, wordt het gemiddelde jaarlijkse compensatiebedrag berekend. Als dit gemiddelde onder de € 15 miljoen per jaar ligt, valt de compensatie onder deze vrijstelling.

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit is alleen van toepassing wanneer de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, niet langer is dan tien jaar. Wanneer die periode langer is dan tien jaar, is dit besluit alleen van toepassing voor zover van de dienstverrichter een aanzienlijke investering wordt geleverd die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven. Het DAEB-Vrijstellingsbesluit bevat nadere voorwaarden ten aanzien van het belasten van ondernemingen met een DAEB, het berekenen van de omvang van compensatie en de controle op overcompensatie. Deze voorwaarden zorgen ervoor dat de betaalde staatssteun rechtmatig blijft.

Belast met het beheer van een DAEB (artikel 4)

Deze voorwaarde is van fundamenteel belang. Immers: als de uitvoerder van de DAEB niet (formeel) is belast met de DAEB en de dienst niet is afgebakend, is niet meer te berekenen, laat staan te controleren, waarvoor de vergoeding wordt gegeven. Het eerste deel van deze voorwaarde, 'belast met', wil zeggen dat de opdracht in een openbare officiële rechtshandeling moet zijn neergelegd (wetgeving, compensatiebesluit of contract). Deze officiële rechtshandeling moet openbaar of op aanvraag toegankelijk zijn. Denk hierbij aan een officiële publicatie. Uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie blijkt dat – naast een bijzondere belasting – ook een 'samenstel van (Europese) regelgeving' voldoende is om aan te nemen dat een onderneming met een DAEB is belast. Geadviseerd wordt om een belasting steeds op basis van één of meer besluiten te doen. Verder moet er een duidelijke omschrijving van de basisverplichting voor het verrichten van de diensten zijn, met daarin:

- a) de inhoud en de duur van de openbare dienstverplichtingen;
- b) de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied;
- c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend;

³ Zie Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PbEU C 8/4 van 11 januari 2012 en de Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en staatssteun, Europa decentraal, het Ministerie van BZK, Den Haag uit 2008.

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:007:0003:0010:NL:PDF>

- d) *een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie;*
- e) *de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, en*
- f) *een verwijzing naar dit besluit.*

Bij het afbakenen van de verplichtingen is dus een gedetailleerde omschrijving van de gewenste diensten vereist. Voor de uitoefening van een DAEB kan het noodzakelijk zijn om een uitsluitend of bijzonder recht aan een onderneming toe te kennen. Dankzij dit recht kan een onderneming binnen een bepaald geografisch gebied een dienst verrichten of een activiteit uitoefenen ongehinderd door vrije concurrentie. Een uitsluitend of een bijzonder recht kan voor de uitoefening van een DAEB noodzakelijk zijn als de onderneming zonder deze rechten de haar opgedragen DAEB niet kan vervullen, of als de betrokken onderneming de hem opgedragen DAEB niet onder 'economisch aanvaardbare omstandigheden' kan verrichten. Zo kan de toekenning van een uitsluitend of bijzonder recht noodzakelijk zijn om de exploitatie rond te kunnen krijgen of om gedane investeringen terug te kunnen verdienen. Ook kunnen deze rechten nodig zijn om problemen met 'cherry picking' te voorkomen, waarbij een onderneming slechts de economisch rendabele activiteiten zou uitvoeren ten nadele van de verliesgevendende activiteiten.⁵

Bij de toekenning van bijzondere rechten aan meerdere ondernemingen moet rekening gehouden worden met een hogere compensatie dan bij toekenning van uitsluitend recht. De (winst-)marges per bedrijf zullen immers lager zijn omdat er meerdere ondernemingen op de markt actief zijn. Als een uitsluitend of bijzonder recht wordt toegekend zonder daarbij een compensatie te verstrekken, zal er doorgaans geen sprake zijn van een met overheidsmiddelen bekostigd voordeel. Ook is van belang dat de onderneming geen misbruik maakt van zijn machtspositie, en dat het uitsluitende of bijzondere recht de mededinging op bepaalde markten op geen enkele wijze meer beperkt dan noodzakelijk is om aan de regeling voor openbare- en universele dienstverplichtingen te voldoen waaraan de betreffende contractant is gehouden.

Bedoeling van deze bepalingen is dat in het compensatiebesluit als algemene norm wordt opgenomen zodat de uitvoerder van de DAEB een toerekeningsstelsel gebruikt dat voldoet aan de eisen en met check vooraf en achteraf door een accountant. De parameters moeten vooraf worden vastgesteld en kenbaar gemaakt. De parameters kunnen gelden voor een langere periode, bijvoorbeeld de subsidieperiode. De parameters moeten ook zeer precies in tijd en omvang in een document worden vastgelegd (bijvoorbeeld de totale kosten van een project, de kosten voor rekening van de overheid – procentueel en tot welk absoluut maximum –, en de afbakening in tijd).

Ieder denkbaar compensatiesysteem voor DAEB is volgens Europees recht toegelaten, mits overcompensatie door een vooraf kenbaar gemaakte, sluitende, extern controleerbare parameter wordt uitgesloten. Bij al deze systemen is toegelaten dat de overheid de compensatie van de DAEB geheel voor haar rekening neemt, of een (groot) deel voor rekening van marktdeelnemers laat, al naar gelang in haar beleid past.

⁵ Bijvoorbeeld: met de toekenning van een uitsluitend of bijzonder recht worden ondernemingen die investeringen hebben gedaan voor een landelijk dekkende dienstverlening, zoals in de netwerksectoren (energie, water - distributie, afvalverwerking), beschermd tegen ondernemingen die zich alleen toeleggen op economisch rendabele activiteiten (bijvoorbeeld postbezorging in grote steden of elektriciteitsvoorziening in industriële gebieden) en die niet belast zijn met universele dienstverlening of anderszins een wettelijke taakstelling hebben.

Compensatie (artikel 5)

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit bepaalt de kosten die gecompenseerd mogen worden. DAEB komt geheel of gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking. Er moet rekening worden gehouden met opbrengsten en een redelijke winst. Het begrip "redelijke winst" wordt nader gedefinieerd. De compensatie dient aan de volgende voorwaarden te voldoen:

1. *Het compensatiebedrag is niet hoger dan hetgeen nodig is ter dekking van de netto-kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, met inbegrip van een redelijke winst.*
2. *De netto kosten kunnen worden berekend als het verschil tussen de kosten in de zin van lid 3 en de inkomsten in de zin van lid 4. Een alternatieve mogelijkheid is om deze te berekenen als het verschil tussen de netto kosten van de onderneming met de openbaredienstverplichting en de netto kosten of -winst van dezelfde onderneming zonder de openbaredienstverplichting.*
3. *De in aanmerking te nemen kosten omvatten alle kosten die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang worden gemaakt. Deze worden aan de hand van algemeen aanvaarde beginselen van kostprijsadministratie als volgt berekend:*
 - a) *wanneer de activiteiten van de betrokken onderneming tot de dienst van algemeen economisch belang beperkt blijven, kunnen al haar kosten in aanmerking worden genomen;*
 - b) *wanneer de onderneming ook buiten de dienst van algemeen economisch belang werkzaam is, kunnen alleen de met de dienst van algemeen economisch belang verband houdende kosten in aanmerking worden genomen;*
 - c) *de aan de dienst van algemeen economisch belang toegerekende kosten kunnen alle directe kosten omvatten die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang worden gemaakt, alsmede een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten van de dienst van algemeen economisch belang en de overige activiteiten;*
 - d) *de kosten verband houdende met investeringen, met name ten behoeve van infrastructuur, mogen in aanmerking worden genomen wanneer deze voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang noodzakelijk zijn.*
4. *De in aanmerking te nemen inkomsten omvatten ten minste alle met de dienst van algemeen economisch belang behaalde inkomsten, ongeacht of deze inkomsten als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag worden aangemerkt. Beschikt de betrokken onderneming over bijzondere of uitsluitende rechten die zijn verbonden aan andere activiteiten dan de dienst van algemeen economisch belang waarvoor de steun wordt verleend, welke een hogere winst opleveren dan een redelijke winst, of geniet zij andere door de staat toegekende voordelen, dan worden deze tot haar inkomsten gerekend, ongeacht de kwalificatie daarvan voor de toepassing van artikel 107 van het Verdrag. De betrokken lidstaat kan besluiten dat de winst die wordt behaald met andere activiteiten welke buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, geheel of gedeeltelijk voor de financiering van de dienst van algemeen economisch belang moet worden bestemd.*
5. *Voor de toepassing van dit besluit wordt onder "redelijke winst" verstaan het rendement op kapitaal dat zou worden verlangd door een gemiddelde onderneming die afweegt of zij de dienst van algemeen economisch belang al dan niet moet verrichten gedurende de hele periode waarvoor zij met het beheer van die dienst zou worden belast, rekening houdende met de omvang van het risico. Onder "rendement op kapitaal" wordt verstaan de interne opbrengstvoet die de onderneming gedurende de periode waarvoor zij met het beheer van de betrokken dienst is belast, op haar geïnvesteerde kapitaal behaalt. De omvang van het risico is afhankelijk van de betrokken sector, het soort dienst en de kenmerken van de compensatie.*
6. *Om te bepalen wat een redelijke winst is, mogen de lidstaten stimulerende criteria invoeren met betrekking tot, met name, de kwaliteit van de dienstverlening en de winst op het punt van productie-efficiëntie. Efficiëntiewinsten gaan niet ten koste van de kwaliteit van de dienstverlening. Beloningen die zijn gekoppeld aan winst op het punt van productie-efficiëntie, worden op een zodanig niveau vastgesteld dat die winst evenwichtig wordt verdeeld tussen de onderneming en de lidstaat en/of de gebruikers.*
7. *Voor de toepassing van dit besluit wordt een rendement op kapitaal dat niet hoger ligt dan de relevante swaprente, met een opslag van 100 basispunten hoe dan ook als redelijk beschouwd. De relevante swaprente is de swaprente waarvan de looptijd en de valuta overeenstemmen met de looptijd en de valuta van het besluit waarbij de onderneming met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang wordt belast. Wanneer aan het verrichten van de dienst van algemeen economisch belang geen substantieel zakelijk of contractueel risico is verbonden, met name wanneer de aan het beheer van de dienst van algemeen economisch belang verbonden netto kosten achteraf in wezen volledig worden gecompenseerd, mag de redelijke winst niet meer bedragen dan het relevante swaprentepercentage, met een opslag van 100 basispunten.*
8. *Wanneer het wegens bepaalde omstandigheden niet passend is het rendement op kapitaal te gebruiken, kunnen de lidstaten, voor het bepalen van wat als redelijke winst geldt, ook gebruikmaken van andere winstgevendheidsindicatoren, zoals het gemiddelde rendement op eigen vermogen, de return on capital employed, de return on assets of de return on sales. Onder "rendement" wordt verstaan het courante resultaat in dat jaar. Het gemiddelde rendement wordt berekend aan de hand van de disconteringsvoet tijdens de looptijd van het contract zoals die in de mededeling van de Commissie*

over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (PB C 14 van 19.1.2008, blz. 6.) is vermeld. Ongeacht de gekozen indicator, verstrekt de lidstaat de Commissie, op haar verzoek, het nodige bewijs dat de winst niet hoger ligt dan zou worden verlangd door een gemiddelde onderneming die afweegt of zij de dienst van algemeen economisch belang al dan niet moet verrichten, door bijvoorbeeld ter vergelijking het rendement te geven dat wordt behaald met vergelijkbare soorten contracten die onder concurrerende voorwaarden zijn toegewezen.

9. *Wanneer een onderneming activiteiten verricht die zowel binnen als buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, worden in de interne boekhouding de met de dienst van algemeen economisch belang verband houdende kosten en inkomsten, en die van de andere diensten, gescheiden opgenomen, alsook de parameters voor de toerekening van die kosten en inkomsten (volgens de Transparantierichtlijn gescheiden boekhouding). De kosten die verband houden met activiteiten die buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, omvatten alle directe kosten, plus een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten en een passend rendement op kapitaal. Voor deze kosten wordt geen compensatie verleend.*

10. *De lidstaten eisen van de betrokken onderneming dat deze alle ontvangen overcompensatie terugbetaalt.*

Controle op overcompensatie (artikel 6)

De lidstaten zorgen ervoor dat de compensatie ten behoeve van het beheer van de DAEB voldoet aan de in het DAEB-Vrijstellingsbesluit vastgestelde voorwaarden, en met name dat de onderneming geen compensatie ontvangt die het overeenkomstig artikel 5 bepaalde bedrag overschrijdt. Het nodige bewijsmateriaal moet op diens verzoek overlegd worden bij de Commissie. Het Besluit vereist ook dat er regelmatige controles ten minste om de drie jaar worden uitgevoerd.

Wanneer een onderneming compensatie heeft ontvangen die het overeenkomstig artikel 5 bepaalde bedrag overschrijdt, eist de verantwoordelijke overheid van de betrokken onderneming dat deze de overcompensatie terugbetaalt. De parameters voor het berekenen van de compensatie worden voor de toekomst bijgewerkt. Wanneer het bedrag van de overcompensatie niet meer dan 10% van het bedrag van de gemiddelde jaarcompensatie bedraagt, mag deze overcompensatie naar de volgende periode worden overgedragen en op het voor die periode te betalen compensatiebedrag in mindering worden gebracht.

Overige aandachtspunten DAEB-vrijstellingsbesluit

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit richt zich vooral op een verlicht toepassingsregime voor lokale en sociale DAEB's. Ondernemingen die minder dan € 15 miljoen per jaar aan compensatie ontvangen, vallen onder het vrijstellingsbesluit en zijn vrijgesteld van melding bij de Europese Commissie als zij aan alle voorwaarden uit het besluit voldoen. Het plafond van € 15 miljoen geldt voor iedere specifieke DAEB waarmee een bepaalde onderneming wordt belast. Wordt een onderneming met drie verschillende DAEB's belast, dan geldt het plafond voor elk van deze DAEB's: de onderneming kan dus op grond van het besluit een totale compensatie van maximaal € 45 miljoen krijgen, mits de compensatie per DAEB maximaal € 15 miljoen bedraagt.

Wanneer dezelfde DAEB wordt toegewezen aan vijf ondernemingen samen, dan geldt het plafond slechts één keer voor die specifieke DAEB-taak. Als de compensatie varieert over de periode waarin de onderneming met de DAEB is belast, wordt het gemiddelde jaarlijkse compensatiebedrag berekend. Als dit gemiddelde onder de € 15 miljoen per jaar ligt, valt de compensatie onder deze vrijstelling. Dit gaat allemaal zowel om toezeggingen (ex ante) als ontvangen gelden (ex post). Het gaat dus niet om projectkosten of subsidiabele kosten, het gaat om de compensatiebedragen.

Monitoring

De betrokken overheid dient gedurende de uitvoering van het programma en ten minste tien jaar na afloop van deze periode, alle gegevens te bewaren die noodzakelijk zijn om vast te stellen of de verleende compensatie met het DAEB-Vrijstellingsbesluit verenigbaar is. Op een eventueel schriftelijk verzoek van de Commissie dient de overheid de nodige gegevens aangaande de compensatie te verstrekken (artikel 8 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit). Verder dient Nederland (de lidstaat) om de twee jaar bij de Commissie een verslag in te

dienen over de uitvoering van het DAEB-Besluit. Het Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale Overheden van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) coördineert en begeleidt deze rapportage en verzoekt gemeenten en provincies t.z.t. om relevante gegevens aan te leveren. De aan te leveren informatie is overigens vrij eenvoudig en beknopt.

Praktijkvoorbeelden DAEB-vrijstellingsbesluit

Als een gemeente, provincie of ministerie een DAEB-maatregel wil nemen, lijkt dit op het eerste gezicht complex (met alle hierboven genoemde criteria). Toch valt dat in de praktijk wel mee en er zijn heel veel eenvoudige praktijkvoorbeelden. Een simpele zoektocht op “aanwijzingsbesluit DAEB” op Google levert al honderden hits op met praktijkvoorbeelden. Het Kenniscentrum Europa Decentraal heeft ook diverse praktijkvoorbeelden opgenomen in een handreiking: <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>

Procedures

Procedureel zit het DAEB-Vrijstellingsbesluit eenvoudiger in elkaar dan de AGVV. Een kennisgeving is niet nodig, de steun kan direct verstrekt worden zo lang de vormvoorwaarden netjes geborgd worden. Alleen achteraf moet op basis van de jaarrekeningen het definitieve steunbedrag bepaald worden en worden gerapporteerd via het Ministerie van BZK aan Brussel.⁶ Er zijn al veel praktijkvoorbeelden van DAEB's beschikbaar.

⁶ Meer informatie: <https://europadecentraal.nl/onderwerp/staatssteun/procedures-staatssteun/rapportage/>