



HANDREIKING SUBSIDIE VERSUS OVERHEIDSOPDRACHT

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Factsheet	4
Keuze Subsidie en Overheidsopdracht in het licht van de decentralisaties	
Factsheet	7
Mededingingsrecht	
Factsheet	9
Staatssteun	
Toelichting	
Subsidie versus Overheidsopdracht in het licht van de decentralisaties	
[1] Inleiding	11
[2] Juridische kaders	12
2.1 Subsidie	12
2.2 Overheidsopdracht	13
2.3 Onderscheid subsidie en overheidsopdracht	15
2.4 Aanbestedingsplichtige subsidieontvanger	17
[3] Mededingingsrecht en staatssteun	20
3.1 Mededingingsrecht	20
3.2 Wet Markt en Overheid	20
3.3 Staatssteun	22

Voorwoord

Voor u ligt een document dat is opgesteld naar aanleiding van het verzoek van gemeenten aan de inkoop samenwerkingen Stichting RIJK, BIZOB en de iSGV om nadere uitleg te geven over de verschillen tussen subsidie en overheidsopdracht. Alhoewel dit algemeen toepasbaar is heeft de nadruk gelegen op toepassing in kader van de decentralisaties in het sociaal domein. Het stuk bestaat uit twee gedeelten:

- een korte samenvatting van de belangrijkste zaken in de vorm van een factsheet
- en daarachter een toelichting op deze factsheet.

Het eerste document is een praktisch document waarop snel de verschillen inzichtelijk zijn gebracht, het tweede document kan door gemeenten gebruikt worden als zij behoefte hebben aan verdere informatie over items in de checklist.

De checklist is in overleg met gemeenten en andere inkoop samenwerkingen ontwikkeld. Het is echter geen statisch document. Aanvullingen en opmerkingen hierover zijn dan ook altijd welkom. Deze suggesties kunnen worden gezonden naar: info@bizob.nl.

Aanvullend aan dit document is ook een factsheet met toelichting opgesteld over mededingingsrecht en staatssteun ten behoeve van de decentralisaties. Voor een completer juridisch beeld kunnen wij u dan ook aanbevelen hier kennis van te nemen.

Wij hopen dat deze informatie ons allen, in de verschillende samenwerkingsvormen in de regio's, verder kan helpen bij het maken van de vele keuzes die dit jaar en ook in de komende jaren op ons af komen. Voor eventuele vragen kunt u altijd bij een van de inkopers in uw gemeente terecht of bij onze juristen Anja Saric en Desirée van Laerhoven.

April 2014

Toelichting bij de 1^e herziening

De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn (2014/24/EU) en de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 maakten aanpassing van deze Handreiking noodzakelijk.

December 2016

Factsheet

Keuze Subsidie en Overheidsopdracht in het licht van de decentralisaties

	Overheidsopdracht	Subsidie
1	Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen ≥ 1 ondernemers en ≥ 1 aanbestedende diensten gesloten die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten. (art. 2 lid 5 Richtlijn¹) Bezwarende titel: alle uiteenlopende in geld uit te drukken / waardeerbare vormen van vergoeding. Etiket is niet bepalend voor kwalificatie als overheidsopdracht. Als wordt voldaan aan art.2 lid 5 Richtlijn is sprake van overheidsopdracht.	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 (art. 4:21 Algemene Wet Bestuursrecht (AwB)). Commerciële transactie is geen subsidie. Er mag tegenover de verstrekking geen reële commerciële prijs staan. Etiket is niet bepalend voor kwalificatie als subsidie. Als wordt voldaan aan art. 4:21 AwB is sprake van subsidie.
2	Tweezijdige handeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Boek 6 art. 213 Burgerlijk Wetboek (BW). Aanbod en aanvaarding, wederkerigheid.	Eenzijdige handeling (subsidiebeschikking, geen prestatieplicht tenzij uitvoeringsovereenkomst (art. 4:36 Awb)).
3	Bij niet nakomen kan nakoming van de overeenkomst worden gevorderd. Afdwingbaarheid. Bij de oplevering van eindproduct/dienst gaat het eigendom vaak over naar de opdrachtgever en wordt sterker gestuurd op de formulering van de inhoud ervan.	Bij niet nakomen subsidiecriteria: lagere subsidie of nihilvaststelling en terugvorderingsmogelijkheid wegens onverschuldigde betaling. Prestatie tegenover subsidie niet of beperkt afdwingbaar. Hoe meer resultaatsverplichtingen zijn vereist of zijn vastgelegd in een aan de subsidiebeschikking gekoppelde uitvoerings-overeenkomst (art. 4:36 Awb), hoe eerder een subsidie de richting van overeenkomst opgaat. Daarmee wordt het vatbaar voor de verplichtingen uit de aanbestedingsregelgeving.

¹ Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU

4	Uitvoeren van werken, leveren van diensten of goederen door derden aan de overheid, meestal ten behoeve van de uitvoering van eigen taken. Concurrentiestelling soms voorgeschreven. Voor opdrachtnemer gaat het om een commerciële activiteit.	Voor activiteiten die te maken hebben met het algemeen belang, waarbij subsidieverstrekker (vaak) belang heeft bij (het in stand houden van) activiteiten van de individuele aanvrager ten behoeve van derden. Concurrentiestelling op een markt niet mogelijk.
5	Betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.	Vooral stimuleringsbijdrage (ter ondersteuning beleid of bevordering algemeen belang), Het feit dat derden profiteren van activiteiten van de ontvanger van de financiële verstrekking kan een element zijn dat wijst in de richting van een subsidie. Vb. openbaar vervoer subsidie
6	Initiatief bij opdrachtgever die zijn behoefte stelt en formuleert in programma van eisen (PvE) waarna een aanbesteding volgt.	Initiatief bij subsidieaanvrager die behoefte aan subsidie moet aantonen; door aanvraag gaat subsidieprocedure lopen.
7	Branchevoorwaarden, inkoopvoorwaarden, contractvoorwaarden van toepassing.	Subsidieregeling, -criteria en -voorwaarden (verordening bestuursorgaan of wettelijk kader veelal vereist) van toepassing.
8	Bij gezondheidszorg, maatschappelijke dienstverlening, cultuur, sport en recreatiediensten (de zogenaamde Sociale en andere specifieke diensten) geldt dat indien de opdrachtwaarde $\leq 750.000^2$ EUR is, er geen bijzondere bepalingen gelden. Is de opdrachtwaarde ≥ 750.000 EUR dan geldt een verlicht regime (Aanbestedingswet 2012 (Aw)) voorafgaande bekendmaking technische eisen zijn non-discriminatoire. gegunde opdracht publiceren	Algemeen bekendmaken subsidieplafond en verdelingsprocedure. (Dat kan digitaal of via gemeentelijke blad.)
9	Aanbesteding is gericht op het verrichten van activiteiten tegen het gunningcriterium economisch meest voordeligste inschrijving (= beste prijs-kwaliteitverhouding of laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit of laagste prijs).	Subsidie is een gebonden overdracht. De ontvanger krijgt geld voor een bepaald doel en mag dat geld ook alleen voor dat doel besteden.
10	In principe vergoeding van de kostprijs (volledige tegemoetkoming) opdrachtnemer	Vergoeding deel van de kosten. De betaling is minder dan de kostprijs.

² Drempelbedrag geldig van 1 januari 2016 – 31 december 2017

	plus winstmarge gebruikelijk.	Uitzondering: soms kan de subsidie de werkelijke kosten van de prestatie dekken. Zolang geen winstmarges wordt toegekend kan men spreken van een subsidie. Bijv. bij exploitatiesubsidies van buurthuizen. Soms wordt meer betaald dan gebruikelijk bij stimulering van een bepaalde activiteit. Zoals bijv bij een zachte verkoopprijs van eigendom. NB. Vergoeding waarbij bewust meer dan marktconforme vergoeding wordt gegeven kan potentieel risico op staatssteun meebrengen.
11	Bij aangaan overeenkomst: vaak aanbestedingsplicht ingevolge gemeentelijk beleid of de Aanbestedingswet.	Bij aangaan subsidierelatie: geen expliciete aanbestedingsverplichting ingevolge AwB of subsidieverordening.
12	Geen plicht tot gunnen opdracht / aangaan overeenkomst (onder voorbehoud van precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid en goede trouw).	Bij voldoen aan (objectieve) subsidiecriteria: recht op betaling subsidie.
13	BTW verschuldigd (tenzij uitzonderingen op BTW-stelling, zoals 0-tarief of beroep op de BTW-compensatiefonds).	Geen BTW verschuldigd (behalve bij prijssubsidies).
14	Facturen voor wederprestatie op grond van overeenkomst worden veelal betaald na (deel)prestatie. Voorschotten zijn mogelijk.	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.
15	Burgerlijk recht van toepassing op aanbestedingsprocedure en de overeenkomst.	Bestuursrecht van toepassing op subsidie.
16	Burgerlijke rechter is geschilbeslechtende instantie. Civiele rechtsgang. In kort geding kunnen voorlopige voorzieningen worden gevraagd. In een bodemprocedure kan én schadevergoeding én in beperkt aantal gevallen vernietiging van de overeenkomst worden gevorderd (Aanbestedingswet).	Bij bezwaar/beroep tegen subsidiebeschikking: administratieve rechtsgang via beschikkend bestuursorgaan en bestuursrechter (Awb).

Factsheet

Mededingingsrecht

	Mededingingsrecht	
1	Toepassingsgebied	Het mededingingsrecht is slechts van toepassing indien de overheid zich begeeft op de markt als marktpartij. In geval van de decentralisaties begeeft de overheid zich als overheid op de markt.
2	Uitzondering: overheid die zich als overheid op de markt begeeft	Indien de overheid zich op de markt begeeft als overheid is de nuttig effect norm van toepassing. Dit houdt in dat gemeenten niet mogen meewerken aan de totstandkoming van een kartel. Passende maatregelen om kartelvorming tegen te gaan: • een verklaring laten ondertekenen met betrekking tot dit soort afspraken • vermijden van gebiedsverdelingen • een gesprek aangaan met het ACM
	Wet Markt en Overheid	
3	Doel Wet Markt en Overheid	Het voorkomen van concurrentievervalsing door overheden.
4	Toepassingsgebied	De Wet Markt en Overheid is van toepassing indien overheden zelf economische activiteiten verrichten op de vrije markt niet zijnde activiteiten die specifiek aan de overheid zijn opgedragen door de wet of waarbij het aanbieden van goederen of diensten enkel voor eigen gebruik dienen (zelfvoorziening).
5	Gedragsregels	De overheid moeten in dat geval de volgende gedragsregels in acht nemen: 1. Integrale kostendoorberekening: overheden brengen op zijn minst de kostprijs in rekening. 2. Bevoordelingsverbod: overheden bevoordelen overheidsbedrijven niet boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt.

		3. Gegevensgebruik: gegevens mogen alleen gebruikt worden indien deze ook voor derden beschikbaar zijn. 4. Functiescheiding: indien een overheid een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van een economische activiteit die door dezelfde overheidsorganisatie wordt uitgevoerd, mag hierbij niet dezelfde persoon betrokken zijn.
6	Uitgezonderde sectoren	• Openbare scholen • Onderwijsinstellingen • Sociale werkplaatsen (Indien overheidsorganisatie/overheidsbedrijf)
7	Uitgezonderde economische activiteiten	• Activiteiten die zijn gericht op de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. • Activiteiten ten aanzien waarvan een Europese steunmaatregel is getroffen. Europese normen voorzien al in regels t.a.v. de concurrentiepositie (tenzij minder dan 200,000 over 3 jaar, dan is de wet wel van toepassing) • Activiteiten en bevoordelingen in algemeen belang (zoals het aanbieden onder de kostprijs). Gebeurt via een concreet besluit.

Factsheet

Staatssteun

	Staatssteun	
1	Toepassingsgebied	Staatssteunregels zijn van toepassing op overheidsopdrachten en subsidies. Ook op subsidies waarvoor geen wettelijke grondslag nodig is (zoals incidentele subsidies en subsidies op basis van een begrotingspost) zijn de regels toepasbaar.
2	Ongeoorloofde staatssteun (art. 107 VwEU)	1. iedere vorm van steun door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd, 2. die een niet-marktconform voordeel oplevert, 3. verstrekt aan een of meer ondernemingen of een andere vorm van productie, 4. waardoor de mededinging op de interne markt wordt vervalst of dit dreigt te gebeuren, 5. en het handelsverkeer tussen de lidstaten nadelig wordt beïnvloed." Cumulatief (aan alle eisen moet worden voldaan).
3	Meldingsplicht	Bij ongeoorloofde staatssteun geldt een meldingsplicht bij de Commissie.
4	Uitzonderingen op de meldingsplicht	• verdragsuitzonderingen: zoals natuurrampen • algemene groepsvrijstellingsverordening: steun aan het MKB tbv investeringen en werkgelegenheid, steun milieubescherming etc. • de minimisverordening: steun tot 200.000 EUR over een periode van 3 belastingjaren toegestaan
5	Sanctie bij ongeoorloofde staatssteun	Terugvordering steun, zelfs als dat tot faillissement leidt.

Toelichting

Subsidie versus Overheidsopdracht in het licht van de decentralisaties

Datum:

april 2014

Door:

S. Mutluer (RIJK)

D.M.C. van Laerhoven (BIZOB)

W.M.C. van der Werff (iSGV)

1^e herziening:

december 2016

Door:

D.M.C. van Laerhoven (BIZOB)

W.M.C. van der Werff (iSGV)

S. Geerts (Drechtsteden)

D. van Leersum (Drechtsteden)

P. Langerak (Servicepunt 71)

A. Saric (BIZOB)

A. Lurvink (Oost Gelre)

K. van Dijk – de Leeuw (ONS)

J. Jansen (Stichting Rijk)

[1] Inleiding

Gemeenten krijgen er de komende jaren belangrijke taken bij of de huidige taken worden uitgebreid. Het gaat om: zorg bieden aan langdurig zieken of ouderen, hulp bij het vinden van werk (of een uitkering verstrekken) en de jeugdzorg. De vraag waar menig gemeente mee te kampen krijgt, is of de overheidsuitgaven voor producten die bij deze taken horen, een subsidieverstrekking of een overheidsopdracht (in de zin van de Aanbestedingswet 2012) zijn. Subsidieverstrekking en overheidsopdrachten hebben namelijk een eigen doel en daarmee eigen beperkingen en mogelijkheden. De keuze voor een subsidieverstrekking of een overheidsopdracht zal uiteindelijk afhangen van de intentie en de doelstelling van de gemeenten. Elke verkeerde keuze maakt het besluit van gemeenten kwetsbaar. Belangrijk is derhalve dat uiteindelijk een goed onderbouwd en beredeneerde keuze wordt gemaakt.

Om gemeenten te ondersteunen bij deze keuze wordt aan de hand van deze handreiking ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een subsidie of van een overheidsopdracht en daarmee een aanbestedingsplicht. Hierbij wordt aandacht besteed aan de juridische kaders van subsidieverstrekking en overheidsopdrachten, de juridische valkuilen en de risico's. Voorts wordt door middel van concrete voorbeelden getracht het onderscheid inzichtelijk te maken.

[2] Juridische kaders

Aanbestedende diensten kunnen een opdracht niet zomaar kwalificeren als een overheidsopdracht of subsidie. Telkens moeten de juridische kaders in acht worden genomen. Hieronder wordt ingegaan op deze kaders.

2.1 Subsidie

Een subsidie wordt meestal gegeven voor activiteiten die te maken hebben met het ‘algemeen belang’, waarbij de subsidieverstrekker belang heeft bij (het in stand houden van) activiteiten van de individuele aanvrager ten behoeve van derden. Concurrentiestelling op een markt is dan vaak niet goed mogelijk.

Het begrip subsidie wordt gedefinieerd in artikel 4:21 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: “Awb”). Volgens dit artikel gaat het steeds om:

- *de aanspraak op financiële middelen*: dat houdt in aanspraak op geld. Dat kan een gift zijn of een geldlening onder zachte voorwaarden, maar ook garantstellingen. Het gaat steeds om een uitdrukkelijk toegekende financiële steun. Gratis verstrekkingen of verstrekkingen tegen een vriendenprijs van overheidswege vallen niet onder de definitie.
- *door een bestuursorgaan verstrekt*: doorgaans is dat B&W en soms de raad.
- *met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager*: een subsidie is een gebonden overdracht. De ontvanger krijgt geld voor een bepaald doel en mag dat geld dan ook alleen voor dat doel besteden.
- *anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*: dit is een cruciaal element. Een commerciële transactie is geen subsidie.
Er moet gekeken worden of de door de gemeente betaalde prijs de waarde van de geleverde goederen of diensten op de economische markt vertegenwoordigt. Over het algemeen is dat de kostprijs plus een zekere winstmarge. Als de gemeente minder dan de kostprijs betaalt, dan is er vaak sprake van een subsidie.

Een subsidie, met name de verstrekking daarvan, wordt aangemerkt als een eenzijdige rechtshandeling. Als verplichtingen niet worden nagekomen of activiteiten niet worden verricht, dan kan een subsidie lager worden vastgesteld (tot nihil) en/of worden teruggevorderd. Het is niet mogelijk de activiteiten die verricht zouden moeten worden af te dwingen, tenzij een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten ter uitvoering van de subsidieverlening, waarbij de activiteiten wel worden afdwongen, conform art. 4:36 lid 2 Awb. Hier schuilt ook meteen een risico. Als gebruik wordt gemaakt van een uitvoeringsovereenkomst met daarin opgenomen de verplichting om de gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren, dan moet er rekening mee worden gehouden dat de subsidieverstrekking alsnog het karakter krijgt van een overheidsopdracht. Als dat niet de bedoeling is, moet goed gekeken worden naar de formulering van de uitvoeringsovereenkomst.

Voorts dient rekening te worden gehouden met een aantal randvoorwaarden waarbinnen een subsidie kan worden verstrekt. Zo dient de gemeente te handelen binnen de subsidiekaders, de Algemene Subsidieverordening en de subsidieregelingen die gelden. Daarin kunnen veel zaken geregeld worden zoals beslistermijnen, aanvullende criteria etc.

Als niks is geregeld, geldt de Awb. Daarnaast dient bij een subsidie het subsidie plafond³ en de verdelingsprocedure vooraf bekend te worden gemaakt: dat kan digitaal of via het gemeentelijke blad. Ook dient het zorgvuldigheidsbeginsel in acht te worden genomen.

Voorbeeld

1. Buurthuiswerk

Een buurthuis levert alleen activiteiten voor de gemeente. Er worden kostprijzen gerekend en het buurthuis wordt niet commercieel geëxploiteerd. Het buurthuis kan een subsidie aanvragen voor de geplande activiteiten.

2.2 Overheidsopdracht

Overheidsopdrachten (in de zin van de Aanbestedingswet 2012) zijn:

- “Schriftelijke overeenkomsten
- onder bezwarende titel
- die tussen een of meer ondernemers
- en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten
- en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten”.

Schriftelijke overeenkomsten

Bij een overheidsopdracht moet sprake zijn van een schriftelijke overeenkomst. In het aanbestedingsrecht gaat het - zoals algemeen wordt aangenomen - om privaatrechtelijke overeenkomsten⁴. Een publiekrechtelijke overeenkomst⁵ is dan ook in beginsel geen overheidsopdracht. Het begrip “schriftelijk” moet hierbij ruim worden geïnterpreteerd. Het betreft alles wat op schrift of in tekens is gevat. Dus bijvoorbeeld een overeenkomst, maar ook een e-mail of een kassabon.

Onder bezwarende titel

Daarnaast moet er sprake zijn van een bezwarende titel. Meestal gaat het bij de bezwarende titel om de tegenprestatie (tegenwaarde) die de gemeente voor het aan haar geleverde aan de wederpartij verschuldigd is. Deze tegenprestatie hoeft niet slechts uit geld te bestaan, doch moet op geld waardeerbaar zijn. Voorbeelden zijn het kwijtschelden van belastinggelden, een vrijstelling van legesbetaling of het ter beschikking stellen van producten in natura die in de uitvoering van de opdracht worden gebruikt.

In het arrest Helmut Müller van het Europese Hof van Justitie (25 maart 2010, C-451/08) heeft het Hof in het kader van de uitleg van de definitie van een overheidsopdracht van werken verduidelijkt dat een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. “De tegenprestatie

³ Een subsidieplafond is een bedrag dat gedurende een bepaalde periode (vaak een begrotingsjaar) beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies. Kan opgenomen worden in de subsidieregeling of in een besluit van algemene strekking. [Er moet in ieder geval een wettelijk voorschrift zijn]. Dit plafond wordt bekendgemaakt voor het begin van de periode waarvoor het geldt. Er kan een begrotingsvoorbehoud worden gemaakt. Indien slechts een beperkt bedrag beschikbaar is dan moet worden vastgesteld hoe dat over de aanvragen zal moeten worden verdeeld.

⁴ Een overeenkomst tussen de gemeente en een burger of bedrijf.

⁵ Een overeenkomst tussen meerdere overheidsinstanties.

vanuit de aanbestedende dienst zal veelal bestaan uit een vergoeding aan de ondernemer. De prestatie door de ondernemer moet voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Daarnaast moet de prestatie die de ondernemer uitvoert door de aanbestedende dienst afdwingbaar zijn.”

Van een rechtstreeks economisch belang is ondermeer sprake als de aanbestedende dienst eigenaar wordt van het werk, het geleverde product dan wel de dienst of hierover kan beschikken met het oog op de openbare bestemming. Daarnaast kan het economisch belang liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit toekomstig gebruik, in het feit dat hij financieel heeft deelgenomen aan de verwezenlijking van het project of in de economische risico's die de aanbestedende dienst loopt bij mislukking.

Hoewel dit arrest betrekking heeft op overheidsopdrachten voor werken kan de uitleg ook worden toegepast bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten. Vaak is dan echter minder duidelijk aan te geven of er sprake is van een rechtstreeks economisch belang. De gemeente loopt immers geen of beperkte economische risico's, in een aantal gevallen is er zelfs geen product waar de gemeente over kan beschikken. In dit geval kan worden aangehouden dat als de gemeente betaalt voor de uitvoering van diensten (die zij anders zelf zou moeten uitvoeren) er sprake is van een rechtstreeks economisch belang.

Een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten

Gemeenten zijn aanbestedende diensten. Ondernemers zijn aannemers, leveranciers en dienstverleners. In het Europees recht is het begrip onderneming een ruim begrip, namelijk een ieder die goederen en/of diensten op de markt aanbiedt.

Uitvoering werken, leveringen of diensten

De aanbestedingsregels zijn niet bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar uitsluitend die vormen die gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling. Het uitsluitend financieren van een activiteit, waaraan de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen wanneer deze niet worden benut voor de voorgenomen doeleinden, valt niet onder de aanbestedingsregels.

Er zijn veel mogelijkheden om door middel van een aanbesteding leveringen of diensten te verwerven. Zo kunnen gemeenten op grond van de artikelen 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 voor gezondheidszorg, maatschappelijke dienstverlening, cultuur, sport en recreatiediensten, met uitzondering van bijv. WMO vervoer, de procedure voor Sociale en andere specifieke diensten toepassen. Voor deze Sociale en andere specifieke diensten onder 750.000 EUR gelden geen bijzondere bepalingen. Voor Sociale en andere specifieke diensten boven 750.000 EUR geldt een verlicht regime. Dat houdt in dat:

- de opdracht voorafgaand moet worden bekend gemaakt
- de technische eisen non-discriminatoir moeten zijn
- de gegunde opdracht bekend moet worden gemaakt

Overheidsopdrachten zijn in beginsel aanbestedingsplichtig. De beginselen en uitgangspunten van hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 en, indien van toepassing, de procedures conform de Aanbestedingswet 2012 moeten worden toegepast. Daarnaast is de gemeente gebonden aan haar eigen inkoopbeleid. Dat brengt mee dat gemeenten o.a. de beginselen van aanbestedingsrecht in acht moeten nemen, zoals de beginselen van transparantie, non-discriminatie en proportionaliteit en hun keuzes goed moeten motiveren.

Voorbeeld

1. Huishoudelijke verzorging:

Huishoudelijke verzorging waar anderen van profiteren (algemeen belang), maar waarbij de instelling die de activiteiten uitvoert ook voor andere opdrachtgevers werkt, is een overheidsopdracht.

2. Rolstoelen of scootmobielen:

Met het verstrekken van rolstoelen of scootmobielen helpt de gemeente anderen (algemeen belang). Er wordt echter winst op het product gemaakt door de producent. Dit is een overheidsopdracht.

2.3 Onderscheid subsidie en overheidsopdracht

De afgrenzing tussen subsidie en aanbesteden is soms moeilijk. Er is een grijs grensgebied. Desalniettemin blijft de kwalificatie als subsidie of als overheidsopdracht van belang, immers er zijn verschillen in:

- *het toepasselijk rechtsregime*: voor subsidies geldt het regime van de Awb naast de bijzondere subsidieregelingen van de gemeenten. Bij overheidsopdrachten moeten de Aanbestedingswet 2012 en de daarin vervatte procedurevoorschriften in acht worden genomen.
- *de bevoegde rechter*: bij subsidies is dat de bestuursrechter. Subsidie is een beschikking, waarbij bezwaar mogelijk is bij het bestuursorgaan en beroep bij de bestuursrechter. Bij een geschil van aanbestedingsrechtelijke aard is de burgerlijke rechter bevoegd.
- *Btw-verplichting*: de prestaties van de subsidieontvanger zijn vrijgesteld van BTW als de subsidie uitsluitend in het algemeen belang is verstrekt en de subsidiegever niet rechtstreeks gebaat is bij die presentaties. Dit laatste onderscheid is wel steeds minder relevant aan het worden omdat bij bepaalde sectoren zoals jeugdzorg ook bij een opdrachtverlening het nultarief mag worden toegepast en de ondernemer daarmee vrijgesteld is van Btw.
- *staatssteun*: bij subsidieverlening kan sprake zijn van (ongeoorloofde) staatssteun. (Zie meer hierover in § 3.2).

Wanneer twijfels bestaan over de kwalificatie van bepaalde financiële verstrekkingen als subsidie of overheidsopdracht dan is er een aantal indicatoren dat daarbij kan helpen:

Dat zijn:

- het verband tussen de betaling en de prestatie
- de initiatiefnemer
- het belang dat wordt gediend en het doel van de activiteit
- Is er sprake van commerciële activiteiten?

Het verband tussen betaling en prestatie

Bij deze indicator gaat het om de vraag welke mate van zeggenschap de gemeente (als subsidiegever dan wel als opdrachtgever) heeft over de invulling van de activiteiten. Naarmate de gemeente (als subsidieverstrekker) meer zeggenschap heeft over de invulling van de prestatie, dan zal er eerder sprake zijn van een opdracht. Omgekeerd geldt, als de te subsidiëren activiteiten niet nauwkeurig zijn omschreven en/of de subsidiegever heeft geen of weinig zeggenschap over de invulling van de activiteiten, dit een indicatie is dat er geen sprake is van een opdracht.

Is er sprake van wederkerigheid (uitwisselen van prestaties)? Feitelijk geldt bij een overheidsopdracht dat wederzijdse verplichtingen in het leven worden geroepen, de gemeente betaalt voor het uitvoeren van het werk, het leveren van het product of de dienstverlening. De prestatie is afdwingbaar. Bij het verlenen van een subsidie worden in beginsel geen wederzijdse verplichtingen in het leven geroepen, er is enkel sprake van een eenzijdige aanspraak op financiële middelen tenzij er een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten na de subsidiebeschikking. Op dat moment komt de gemeente in een grijsgebied. Het onderscheid tussen opdracht en subsidie verdwijnt omdat men wederkerigheid krijgt. Of er nog steeds sprake is van een subsidie na een dergelijke overeenkomst is dan afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de overige indicatoren.

De initiatiefnemer

Bij een subsidie komt het initiatief in de meeste gevallen van de ontvanger, degene die de activiteiten wil uitoefenen. Vaak wordt de uitwerking van de subsidiedoelstellingen aan de subsidieontvanger overgelaten, waarbij door de subsidieverstrekker slechts een algemeen kader wordt geboden waarbinnen de subsidiabele activiteiten dienen te worden uitgevoerd. Bij een overheidsopdracht ligt het initiatief vaak bij de gemeente (de opdrachtgever). De inhoud van de opdracht wordt bepaald door de gemeente, waarna partijen worden uitgenodigd om een aanbieding te doen.

Het belang dat wordt gediend en het doel van de activiteit

Als een bestuursorgaan activiteiten financiert die gericht zijn op inwoners (algemeen belang), dan is er vaak sprake van een subsidie. Behartiging van het algemeen belang is vaak de reden om een activiteit door middel van subsidie te stimuleren. Bij een overheidsopdracht zijn de activiteiten in beginsel gericht op het eigen belang (de eigen behoefte) van de gemeente. Het feit dat een opdracht of subsidie te relateren is aan een publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeente is niet bepalend voor de vraag of er sprake is van een subsidie of van een overheidsopdracht. Doorslaggevend is de wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze bevoegdheid. Hoe nauwgezet subsidiabele activiteiten worden omschreven en hoe meer voorwaarden en verplichtingen in de beschikking tot subsidieverlening worden opgenomen, hoe meer zeggenschap de gemeente heeft over de invulling van een projectaanvraag en over de prestatie. Hoe meer het stellen van eisen gepaard gaat met een verplichting om gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk uit te voeren, hoe eerder sprake zal zijn van een overheidsopdracht.

Is er sprake van commerciële activiteiten?

Bij een subsidie worden de activiteiten verricht tegen kostprijs of wordt slechts een gedeelte van de kosten vergoed. Er zijn gevallen denkbaar waarbij ondanks het feit dat de werkelijke kosten van de prestatie worden gedekt, of de werkelijke kosten worden overschreden toch sprake kan zijn van een subsidie.

Voorbeeld

1. Subsidies die de werkelijke kosten van de prestatie dekken:

Exploitatiesubsidies bij buurthuizen. Zolang geen winstmarge wordt toegekend kan nog worden gesproken van een subsidie.

2. Subsidies die de werkelijke kosten overschrijden:

Te denken valt aan een zachte verkoopprijs van eigendom: 1 euro voor overdracht van een buurthuis aan bewoners ter stimulering van activiteiten voor de wijk.

Bij een overheidsopdracht speelt altijd een marktconforme vergoeding een rol, te weten een volledige vergoeding van de kosten en een winstmarge. Het verschil tussen een subsidie en een overheidsopdracht wordt vaak bepaald aan de hand van de waarde van goederen of diensten in het economisch verkeer. Hoe eenvoudiger het te bepalen is dat deze waarde marktconform is, hoe eerder er sprake is van een overheidsopdracht die in beginsel aanbestedingsplichtig is.

Conclusie

Zowel subsidie als overheidsopdracht zijn materiële begrippen en worden door rechters op een ruime en functionele wijze uitgelegd. Dit betekent dat de naam niet doorslaggevend is voor de kwalificatie als subsidie dan wel overheidsopdracht. Het gaat met andere woorden niet om het etiket. Doorslaggevend zijn de kenmerken zoals hierboven aangegeven die aanwezig zijn. Hoe meer kenmerken zich bevinden in de rij subsidie, hoe eerder er sprake is van een subsidie. Hoe meer kenmerken van een overheidsopdracht aanwezig zijn, hoe groter de kans dat de “subsidie” feitelijk een overheidsopdracht is. Aanbevolen wordt om in dat geval uit te gaan van een overheidsopdracht, om juridische risico's te voorkomen. Bij subsidieverlening is het raadzaam om terughoudend te zijn met de mogelijkheid om in de aan de subsidiebeschikking gekoppelde uitvoeringsovereenkomst een verplichting tot nakoming op te nemen. (In de Factsheet zijn de verschillen tussen subsidie en overheidsopdracht schematisch weergegeven.)

2.4 Aanbestedingsplichtige subsidieontvanger

In het geval van een “zuivere” subsidie kan de subsidieontvanger door het verkrijgen van de subsidie aanbestedingsplichtig worden. Dit is het geval als de subsidieontvanger voor de betreffende opdracht voor meer dan 50 % wordt gesubsidieerd of als de subsidieontvanger zich kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling.

Meer dan 50 % gesubsidieerd

In artikel 2.8 van de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen voor welke opdrachten een subsidieontvanger aanbestedingsplichtig wordt. Dat is het geval bij:

- opdrachten die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde ten minste gelijk is aan 5.225.000 EUR⁶:
 - wanneer deze opdrachten betrekking hebben op civieltechnische werkzaamheden;
 - wanneer deze opdrachten betrekking hebben op bouwwerken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming;
- opdrachten voor diensten die voor meer dan 50% rechtstreeks door aanbestedende diensten worden gesubsidieerd en waarvan de geraamde waarde ten minste gelijk is aan 209.000 EUR wanneer deze opdrachten verband houden met een opdracht voor werken als hierboven bedoeld.

Als hier aan voldaan wordt, moet de subsidieontvanger de opdracht met inachtneming van hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 2012 aanbesteden. Dit geldt dus niet voor subsidies die zien op diensten die niet gerelateerd zijn aan civieltechnische werkzaamheden en subsidies die zien op leveringen. Dit geldt ook niet indien de opdrachtwaarde niet boven de Europese drempelbedragen uit komt.

⁶ Dit drempelbedrag geldt van 1 januari 2016 – 31 december 2017

Om te bepalen of een opdracht vanuit de subsidieontvanger voor meer dan 50 % gesubsidieerd wordt, moeten alle overheidssubsidies die de betreffende onderneming ontvangt bij elkaar worden opgeteld. Dus ook subsidies die de onderneming ontvangt van een andere overheidsinstelling.

Voorbeeld:

1. De lokale sportvereniging wil graag een nieuwe accommodatie bouwen. De opdrachtwaarde betreft 6 miljoen EUR. De sportvereniging verzoekt om een bijdrage van de gemeente om de nieuwe accommodatie te bouwen en dient een subsidieaanvraag in voor 3,5 miljoen EUR. De overige kosten willen zij betalen middels sponsoring en ledenbijdragen.

Het betreft hier nu een opdracht met een geraamde waarde van meer dan 5.225.000 EUR die betrekking heeft op een inrichting voor sportbeoefening. Nu de gemeente ook meer dan 50 % subsidieert, is de subsidieontvanger (in casu de sportvereniging) voor de bouw van de nieuwe accommodatie aanbestedingsplichtig. Dit betekent dat zij deze opdracht Europees moet aanbesteden.

2. De lokale sportvereniging wil graag een nieuwe accommodatie bouwen. De opdrachtwaarde betreft 6 miljoen EUR. De sportvereniging verzoekt om een bijdrage van de gemeente van 2,5 miljoen EUR. Daarnaast verzoekt de sportvereniging om een bijdrage van de provincie van 1 miljoen EUR. De overige kosten willen zij betalen middels sponsoring en ledenbijdragen.

Het betreft ook nu een opdracht met een geraamde waarde van meer dan 5.225.000 EUR die betrekking heeft op een inrichting voor sportbeoefening. Nu de sportvereniging ook totaal voor meer dan 50% gesubsidieerd wordt voor deze opdracht, is de sportvereniging (zijnde de subsidieontvanger) voor de bouw van de nieuwe accommodatie aanbestedingsplichtig. Dit betekent dat zij deze opdracht Europees moet aanbesteden.

Publiekrechtelijke instelling

Een publiekrechtelijke instelling is “een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

- 1°** de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd (uit jurisprudentie blijkt dat het moet gaan om meer dan 50% van alle inkomsten en dat de financiering moet worden gegeven zonder dat daar een specifieke (contractuele) tegenprestatie tegenover staat),
- 2°** het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of
- 3°** de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.”

Een subsidieontvanger kan voldoen aan de definitie van een publiekrechtelijke instelling en daarmee zelf een aanbestedende dienst worden indien de organisatie voldoet aan het hierboven gestelde.

De beginselen en uitgangspunten van hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 en, indien van toepassing, de procedures conform de Aanbestedingswet 2012 moeten dan worden toegepast.

Voorbeeld

Instellingen als Bureau Jeugdzorg, De Centrum Indicatiestelling Zorg, Stichting Rechtsbijstand, maar ook publieke omroepen en scholen zijn publiekrechtelijke instellingen. Een woningbouwcorporatie is geen publiekrechtelijke instelling, omdat niet voldaan wordt aan de eis van toezicht.

[3] Mededingingsrecht en staatssteun in het licht van de decentralisaties

3.1 Mededingingsrecht

Gemeenten kunnen met het Europese en nationale mededingingsrecht te maken krijgen als zij zich op de markt begeven. Dit is in ieder geval mogelijk als de overheid als onderneming handelt. De gemeente als onderneming kan daarmee te maken krijgen met het verbod van artikel 101 VwEU om - onder meer - mededingingsversturende ondernemingsafspraken te maken en met het verbod van artikel 102 VwEU om misbruik te maken van haar economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt. In geval van de decentralisaties zal de overheid zich doorgaans op de markt begeven als overheid. De mededingingsregels zijn in dat geval niet van toepassing op deze taken. Wel is de 'nuttig effectnorm' van toepassing. Dat houdt in dat gemeenten niet mogen meewerken aan de totstandkoming van een kartel. Ook mogen zij niet hun eigen marktregulerende bevoegdheden overdragen aan marktpartijen op een manier waardoor die partijen een kartel kunnen vormen. Gemeenten moeten dus oppassen dat ze niet (onbedoeld) bouwfraude of marktverstoring uitlokken, bijv. door het opzetten van regionale marktverdelingsafspraken.

Voorbeeld

De gemeente besluit om vier sociale wijkteams in vier wijken te verdelen onder vier hoofdaannemers. De hoofdaannemers wordt de eis gesteld om onderling uit te maken welke sociale wijkteams in welke wijk zij zullen krijgen. Op deze wijze worden de hoofdaannemers gedwongen om samenwerkingsafspraken te maken die onder het kartelverbod vallen. Dit is een overtreding van de nuttig effect norm.

Het is ook mogelijk dat in kleine markten kartelafspraken voor ondernemingen lonend zijn (als waarborg voor continuïteit).

Denkbare oplossingen zijn:

- een verklaring laten ondertekenen met betrekking dit soort afspraken
- vermijden van gebiedsverdelingen
- een gesprek aangaan met de Autoriteit Consument & Markt (waarop te letten, wanneer melden?)

3.2 Wet Markt en Overheid

De Wet Markt en Overheid die onderdeel uitmaakt van de Mededingingswet is in beginsel niet van toepassing op de drie decentralisaties. De wet is slechts van toepassing in de gevallen dat overheden zelf of via overheidsbedrijven zich met economische activiteiten bezig houden op de vrije markt. In die gevallen dient de overheidsorganisatie zich te houden aan de volgende vier gedragsregels.

1. *Integrale kostendoorberekening*: alle integrale kosten van een economische activiteit moeten worden doorberekend in de verkoopprijs (zoals op operationele kosten, overheadkosten etc.)
2. *Bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven*: overheden mogen overheidsbedrijven niet bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt (door bijv. het (selectief) verlenen van krediet, leningen of garanties waarmee de onderneming een niet-marktconform voordeel heeft)

3. *Gegevensgebruik*: gegevens mogen alleen gebruikt worden indien deze ook voor derden beschikbaar zijn. Gegevens verzameld bij de uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheid mogen enkel worden gebruikt als deze ook voor andere marktpartijen beschikbaar zijn.
4. *Functiescheiding*: indien een overheid een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van een economische activiteit die door dezelfde overheidsorganisatie wordt uitgevoerd, mag hierbij niet dezelfde persoon betrokken zijn.

Er is sprake van een overheid wanneer het bestuursorgaan krachtens het publiekrecht is ingesteld. Indien de overheidsorganisatie beleidsbepalende invloed op een privaatrechtelijke onderneming heeft of de overheidsorganisatie deelneemt in een personenvennootschap, dan is sprake van een overheidsbedrijf. In beide gevallen is de wet van toepassing.

Uitzondering:

“Gemeentelijke” sociale werkplaatsen (SW), ook indien dit een samenwerkingsverband is waar meerdere gemeenten bij betrokken zijn, zijn niet volledig uitgesloten van de Wet Markt en Overheid. Indien SW-bedrijven economische activiteiten ondernemen waarop art. 5 Wet sociale werkplaatsen (WSW) van toepassing is, geldt de Wet Markt en Overheid voor een deel. In dat geval gelden de in de wet genoemde gedragsregels met betrekking tot de integrale kostenberekening en het bevoordelingsverbod niet. In artikel 5 WSW is namelijk al bepaald dat de concurrentieverhouding niet onverantwoord beïnvloed mag worden. De gedragsregels ten aanzien van het gegevensgebruik en functiescheiding blijven wel van toepassing.

Onder economische activiteiten wordt in de Wet Markt en Overheid verstaan iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt.

Geen economische activiteiten volgens de wet zijn activiteiten die specifiek aan een overheid zijn opgedragen door de wet of zolang het aanbieden van goederen of diensten enkel voor eigen gebruik dient.

Uitgezonderde economische activiteiten:

1. Activiteiten die zijn gericht op de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.
2. Activiteiten ten aanzien waarvan een Europese steunmaatregel is getroffen. Europese normen voorzien al in regels t.a.v. de concurrentiepositie (tenzij minder dan 200,000 EUR over 3 jaar, dan is de Wet Markt en Overheid wel van toepassing)
3. Activiteiten en bevoordelingen in algemeen belang. De bestuursorganen (B&W, raad, GS, statenleden) kunnen hier invulling aan geven door in een besluit vast te stellen dat bepaalde economische activiteiten of bevoordelingen van overheidsbedrijven plaatsvinden in het algemeen belang (algemeen belangvaststelling). Hierop is bezwaar en beroep mogelijk.

3.3 Staatssteun

Staatssteunregels kunnen van toepassing zijn op overheidsopdrachten en in het bijzonder bij subsidies, ook voor die subsidies waarvoor geen wettelijke grondslag nodig is (zoals incidentele subsidies en subsidies op basis van een begrotingspost). Deze staatssteun is ongeoorloofd als de financiële steun aan ondernemingen voldoet aan de criteria van het staatssteunverbod uit art. 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese unie ("hierna: VwEU). Volgens dit artikel gaat het bij een ongeoorloofde staatssteun om:

- *iedere vorm van steun door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd,*
- *die een niet-marktconform voordeel oplevert,*
- *verstrekt aan een of meer ondernemingen of een andere vorm van productie,*
- *waardoor de mededinging op de interne markt wordt vervalst of dit dreigt te gebeuren,*
- *en het handelsverkeer tussen de lidstaten nadelig wordt beïnvloed.*

De criteria zijn cumulatief. Als niet aan alle criteria wordt voldaan, is geen sprake van staatssteun.

Door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd

De steun omvat alle maatregelen die rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en kan vele vormen aannemen: subsidies, garanties, leningen, belastingvrijstellingen, voordelen in natura e.d.

Niet-marktconform voordeel

Er is sprake van een niet-marktconform voordeel als de onderneming dit voordeel langs de normale commerciële weg niet zou hebben verkregen. Het begrip "voordeel" is een ruim begrip. Het Europese Hof neemt al snel een voordeel aan als er geen gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat. Of het uiteindelijk gaat om een niet-marktconform economisch voordeel, hangt o.a. af van het effect dat met het voordeel is gemoeid. In dit verband is in de jurisprudentie het zogenaamde 'market economy investor principle' ontwikkeld. Eenvoudig gezegd houdt dit in dat als de overheid het voordeel verstrekt onder dezelfde voorwaarden en met dezelfde overwegingen als een particuliere investeerder zou doen, er geen sprake hoeft te zijn van staatssteun. Wat betreft subsidies geldt dat deze natuurlijk al snel marktconform voordeel opleveren; toch betekent dit niet altijd dat sprake is van staatssteun.

Ten gunste van bepaalde ondernemingen

Er moet sprake zijn van een selectief voordeel voor één of enkele ondernemingen. Onder 'onderneming' wordt verstaan: elke eenheid die een economische activiteit uitoefent (dat wil zeggen goederen en diensten aanbiedt op een bepaalde markt), ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Dus ook zorginstellingen, ziekenhuizen, sportclubs, theaters, orkesten, musea e.d. kunnen als onderneming worden aangemerkt. Met 'producties' wordt bedoeld: een bedrijfssector of bepaalde regio/gebied. Er is sprake van een selectief voordeel als het voordeel geldt voor één of enkele ondernemingen of als het slechts beschikbaar is voor een bepaalde regio of gebied.

Vervalsing van de mededinging

Het voordeel moet de mededinging vervalsen (of dreigen te vervalsen). Dit is het geval als de positie van de onderneming die de steun ontvangt, versterkt wordt ten opzichte van andere ondernemingen die in de markt concurreren. Een geringe steun kan de mededinging al vervalsen.

Ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel

Volgens vaste jurisprudentie is dit het geval als een overheidsmaatregel de positie van een onderneming, ten opzichte van concurrerende ondernemingen in het tussenstaatse handelsverkeer, versterkt en daarmee de Europese markt beïnvloedt. Het is niet van belang of er daadwerkelijk ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer is, maar of een steunmaatregel het handelsverkeer daadwerkelijk *kan* beïnvloeden.

Sinds het 29 april 2015 lijkt met het nemen van een zevental besluiten de Europese Commissie enige ruimte te zoeken bij dit criterium. De Europese Commissie gaat na of de overheidssteun redelijkerwijs niet meer dan een marginaal effect heeft op de voorwaarden voor het handelsverkeer tussen de lidstaten. Zolang er niet meer dan een marginaal effect is, levert de maatregel geen staatssteun op. In die zeven besluiten heeft de Commissie geoordeeld dat, gezien de specifieke omstandigheden van de betrokken zaken, de maatregel een zuiver lokaal karakter had en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet (meer dan marginaal) beïnvloed werd. Kenmerken van dit soort gevallen zijn:

- de steun leidt er niet toe dat economische vraag of investeringen naar de betrokken regio worden aangetrokken en werpt geen belemmeringen op voor de vestiging van ondernemingen uit andere lidstaten;
- de door de begunstigde onderneming geproduceerde goederen of diensten hebben een zuiver lokaal karakter of een geografisch beperkt aanbestedingsgebied en
- er is niet meer dan een marginaal effect op de markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten.

Hierbij kan gedacht worden aan steun voor lokale zwembaden, kleinschalige zorginstellingen of lokale musea.

De zeven besluiten waar het hier om ging zijn⁷:

- Steunmaatregelen kleinschalige, lokale zorg. Het gaat om de besluiten SA.37432 (Openbare ziekenhuizen in Hradec Králové), SA.37904 (Medisch centrum in Durmersheim) en SA.38035 (Landgrafen-Klinik).
- Steunmaatregelen op gebied van sport en vrijetijdsbesteding. SA.38208 (Golfclubs die eigendom zijn van leden) en SA.37963 (Glenmore Lodge).
- Steun voor modernisering van infrastructuur in de haven van Lauwersoog (SA.39403).
- Staatssteun aan een advieskantoor in de Duitse stad Kiel (SA.33149).

Indien sprake is van staatssteun op basis van de bovenstaande cumulatieve vereisten dan geldt een meldingsplicht bij de Europese Commissie.

Uitzonderingen op de meldingsplicht zijn:

- *verdragsuitzonderingen*: zoals natuurrampen
- *algemene groepsvrijstellingsverordening*: ondersteuning van bepaalde economische ontwikkelingen, steun aan het MKB ten behoeve van investeringen en werkgelegenheid, steun milieubescherming, opleidingssteun, steun kwetsbare en gehandicapte werknemers.
- *de minimisverordening*: dit betekent dat overheden ondernemingen tot 200.000 EUR aan steun kunnen verlenen zonder dat sprake is van staatssteun. Dit bedrag geldt per onderneming over een periode van drie belastingjaren. Het de-minimisplafond geldt per onderneming. Dat betekent dat voor de berekening ervan alle de-minimissteun die een

⁷ Voor een uitgebreidere toelichting hierover zie de Factsheet 'Puur lokaal, wat mag er allemaal' van Europa Decentraal.

onderneming van (verschillende) overheden heeft ontvangen bij elkaar moet worden opgeteld.

Valt de staatssteun niet onder de genoemde vrijstellingen, dan is hiervoor eerst de goedkeuring van de Europese Commissie nodig. Als de gemeente steun verleent voordat de Europese Commissie deze heeft goedgekeurd en de Europese Commissie heeft vastgesteld dat de steun in strijd met het verbod van artikel 107 VWEU en onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is, dan kan de Europese Commissie tot terugvordering van de steun gelasten. Zelfs als dit tot het faillissement van de begunstigde onderneming kan leiden.

Voorbeeld

De gemeente besluit om het plaatselijke buurthuis jaarlijks een subsidie te verstrekken van 30.000 EUR per jaar voor de komende 3 jaar in verband met de verwachte exploitatietekorten. Dit buurthuis mag conform de APV tevens horeca-activiteiten uitvoeren om te kunnen voorzien in de eigen behoeften. In beginsel kan het buurthuis worden aangemerkt als onderneming conform het bepaalde in art. 107VWEU. Ook is aannemelijk dat de mededinging wordt verstoord. Het is alleen de vraag of deze steun de tussenstaatse handel ongunstig beïnvloedt. Bovendien valt deze steun onder de uitzondering van de de-minimisverordening. De steun bedraagt minder dan 200.000 EUR voor drie jaar. De subsidie aan het buurthuis kan niet worden aangemerkt als staatssteun.