



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de 'dienende overheid' bij derde generatie burgerparticipatie

Driessen, E.M.M.A.

Citation

Driessen, E. M. M. A. (2024, June 18). *Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de 'dienende overheid' bij derde generatie burgerparticipatie*. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3731030>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3731030>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

*“Het doel van de bewoners is vaak om meer maatschappelijke waarde in de wijk te creëren. Dat is een ander perspectief dan de financieel-economische waarde waar de afdeling vastgoed van de gemeente vaak mee rekent.”*⁶¹⁵

7.1

INLEIDING⁶¹⁶

Het is alweer een aantal jaren geleden dat de motie van Kamerleden Voortman en Van Dijk tot opname van het *Right to Challenge* in de Wmo werd aangenomen.⁶¹⁷ Het *Right to Challenge* is een van oorsprong Engels concept dat inhoudt dat burgers de mogelijkheid hebben om de uitvoering van publieke taken over te nemen wanneer zij een plan hebben om dit beter en/of goedkoper te doen. Inmiddels is ook in Nederland de nodige ervaring opgedaan met (dit soort) burgerinitiatieven. Deze initiatieven zijn actief op een groot aantal terreinen – zie hierna paragraaf 7.2 – en sommige hebben voor de uitvoering van hun initiatief een (eigen), fysieke plek nodig. Na jaren van huren lijken steeds meer burgerinitiatieven de stap naar het verkrijgen van vastgoed te willen zetten. Ook voor het verkrijgen of behouden van (maatschappelijk) vastgoed door burgerinitiatieven kent het Engelse recht mogelijkheden, namelijk het *Right to Bid* en de *Community Asset Transfer*.

Bij het *Right to Bid* (R2B) kunnen lokale gemeenschappen onder voorwaarden gebouwen aanmerken als ‘*asset of community value*’. Wanneer de eigenaar het gebouw wil verkopen moet dit bij de lokale overheid worden gemeld en krijgt de gemeenschap zes maanden tijd om een bod uit te brengen. Gedurende deze termijn mag het gebouw aan niemand anders worden verkocht. Pas na deze standstill, of als het gemeenschapsbod niet wordt geaccepteerd, dan wel de gemeenschap aangeeft geen bod te zullen doen, kan verkoop aan derden plaatsvinden. Bij de *Community Asset Transfer* (CAT) worden panden die in overheidseigendom zijn onder de marktwaarde verkocht aan burgerinitiatieven.⁶¹⁸

615. Platform 31 2020, p. 15.

616. In tegenstelling tot de andere hoofdstukken uit deel II van dit proefschrift is dit hoofdstuk niet eerder verschenen.

617. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, nr. 152 (Motie Voortman en Van Dijk).

618. Platform 31 2020, p. 4. Zie voor meer informatie over R2B, CAT en andere instrumenten ook de website van myCommunity: <https://mycommunity.org.uk/community-assets-and-ownership>.

Nu steeds meer Nederlandse burgerinitiatieven de stap willen zetten naar het verkrijgen van vastgoed begint ook in Nederland meer interesse te ontstaan in de gedachte achter instrumenten als het R2B en de CAT. Deze gedachte en daarmee de onderzoeksvraag voor dit hoofdstuk is: hoe kunnen objecten die een grote financieel-economische waarde vertegenwoordigen, zoals het geval is bij (maatschappelijk) vastgoed, beschikbaar worden gemaakt voor burgerinitiatieven? Wanneer alleen naar de financiële positie van burgerinitiatieven wordt gekeken kunnen zij door hun hybride businessmodel dat (groten)deels bestaat uit niet-rendabele maatschappelijke activiteiten namelijk geen vastgoed aankopen. Voor burgerinitiatieven is dit een doorn in het oog. Zij leveren naar eigen zeggen namelijk een maatschappelijke waarde. Deze waarde zou moeten meetellen bij het verkrijgen van vastgoed en rechtvaardigen dat vastgoed voor een gunstig(er) bedrag aan hen wordt verkocht, zo stellen zij.⁶¹⁹ Maar het bieden van gunstige(re) voorwaarden brengt juridische risico's met zich op het gebied van het staatssteunrecht, Wet Markt en Overheid (Wet M&O) en kan ook leiden tot een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij deze spanning tussen de economische waarde van vastgoed, de maatschappelijke waarde die burgerinitiatieven leveren en de vraag hoe deze kloof overbrugd kan worden zodat het voor burgerinitiatieven eenvoudiger wordt om vastgoed te verkrijgen. Hiertoe wordt in paragraaf 7.2 ingegaan op de gehanteerde terminologie; burgerinitiatief, maatschappelijke meerwaarde en maatschappelijk vastgoed. In paragraaf 7.3 komt aan bod welke financiële knelpunten initiatieven ervaren bij het verkrijgen van vastgoed en hoe in de praktijk geprobeerd wordt om deze knelpunten het hoofd te bieden. Omdat burgerinitiatieven graag zien dat de maatschappelijke meerwaarde die zij leveren ertoe leidt dat vastgoed voor een lagere prijs aan hen wordt verkocht, maar de overheid tegelijkertijd is gebonden aan juridische kaders die oneerlijke concurrentie moet voorkomen, wordt in paragraaf 7.4 ingegaan op de (on)mogelijkheden die het staatssteunrecht de Wet M&O, de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en – uiteraard – het *Didam-arrest* hiertoe bieden.⁶²⁰

7.2

BEGRIPSOMSCHRIJVING

Hiervoor werd al aangehaald dat burgerinitiatieven op allerlei terreinen actief zijn. Van groen – onder meer onderhoud en beheer van stukken groen in de wijk, behoud en ontwikkeling van natuurgebieden en stadslandbouw – tot zorg en welzijn. En van sport- en recreatie – beheer van zwembad, sporthallen en -velden – tot initiatieven die zich richten op duurzaamheid en circulariteit; op al

619. Platform 31 2020 en Lengkeek en Specht 2021.

620. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmman (Didam).

deze terreinen komen burgerinitiatieven voor.⁶²¹ Soms gaat het om een handjevol actieve wijkbewoners, terwijl andere initiatieven kunnen steunen op tientallen vrijwilligers en nog meer 'leden'⁶²² aan zich weten te binden als klant, afnemer of investeerder.⁶²³ Burgerinitiatieven verschillen dus nogal van elkaar, maar hebben ook belangrijke gezamenlijke kenmerken, namelijk dat het gaat om burgers die zich inzetten voor een taak of belang waaraan een maatschappelijke waarde wordt toegekend. Eén van de belangrijkste kenmerken van een burgerinitiatief is de creatie van *maatschappelijke meerwaarde*. Dit is (de waarde van) het niet-economische resultaat dat wordt bereikt met de activiteiten die het initiatief verricht. Burgerinitiatieven claimen niet primair een economische, maar een *maatschappelijke* waarde te leveren: meer sociale cohesie, een schoner en veiliger straat(beeld), gezondere bewoners enzovoort.⁶²⁴

De activiteiten die burgerinitiatieven verrichten, de waarde die zij hiermee leveren, het gegeven dat dit goed aansluit bij beleidsdoelen van de overheid én het eigen participatiebeleid, maken dat overheden regelmatig enthousiast zijn over burgerinitiatieven. Daarbij maken burgerinitiatieven meestal gebruik van maatschappelijk vastgoed. Dit is vastgoed dat van oorsprong gebouwd is om er maatschappelijke activiteiten of publieke dienstverlening in te huisvesten. Denk aan scholen, sportcomplexen, buurthuizen, gemeentehuizen, of bibliotheken.⁶²⁵ Voor overheden kan het vanwege de leefbaarheid interessant of relevant zijn om de maatschappelijke functie van zulke gebouwen te behouden. Burgerinitiatieven (en sociale ondernemers) zijn dan interessante potentiële kopers.⁶²⁶

Niet alle initiatieven hebben behoefte en noodzaak aan een (eigen), fysieke plek. Dat geldt onder andere voor initiatieven die zich hoofdzakelijk richten op groenbeheer, natuurbehoud, of veiligheid in de wijk. Ook bij de herinrichting van gebieden, of initiatieven die zich richten op duurzaamheid door de oprichting van energielabelcollectieven, komt in de regel geen vastgoed kijken. Daarentegen hebben initiatieven die focussen op zorg en welzijn, sport- en recreatie en zogenaamde

621. Zie voor uiteenlopende voorbeelden hoofdstuk 2 of Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Ham en Van der Meer 2015. Ministerie BZK 2015.

622. Wanneer het initiatief is gegoten in een stichting zijn er formeel juridisch uiteraard geen leden.

623. Wanneer sprake is van een coöperatie zijn de deelnemers zowel klant, investeerder als afnemer.

624. Zie ook paragraaf 1.4.3 en 4.6.1 Zo ook Driessen en Boogaard 2021, p. 511-521.

625. Platform 31 en Bouwstenen voor Sociaal 2018, p. 4.

626. De Europese Commissie omschrijft sociale ondernemers als volgt: 'A social enterprise is an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders. It operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives. It is managed in an open and responsible manner and, in particular, involves employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities.' https://ec.europa.eu/growth/sectors/proximity-and-social-economy/social-economy-eu/social-enterprises_en.

bewonersbedrijven al snel een eigen plek en daarmee vastgoed nodig.⁶²⁷ Een bewonersbedrijf wordt opgericht om de wijk economie te versterken en/of buurtbewoners te helpen bij het krijgen van werk. Dit gebeurt door geldstromen ten goede te laten komen aan de wijk door bijvoorbeeld opdrachten uit te laten voeren door werkzoekende wijkbewoners of faciliteiten te bieden bij het oprichten van een onderneming.⁶²⁸ Door hun sterk op de lokale gemeenschap georiënteerde blik in combinatie met het ondernemerschap zijn het als het ware lokale sociale ondernemers.

7.3 DE VERKRIJGING VAN VASTGOED; FINANCIËLE OBSTAKELS VOOR BURGERINITIATIEVEN

Zoals bijna alles rondom het thema burgerinitiatieven is ook de weg naar de verkrijging van vastgoed bezaaid met de nodige obstakels.⁶²⁹ Dat doet de vraag rijzen waarom burgerinitiatieven vastgoed willen verkrijgen en niet blijven huren, of voor een andere vorm kiezen, zoals erfpacht of bruikleen.⁶³⁰ De reden om vastgoed in eigendom te krijgen is zowel symbolisch als strategisch. Een fysieke plek is niet alleen noodzakelijk voor bepaalde initiatieven – zie hiervoor paragraaf 7.2 – maar tegelijkertijd een statement: dit is onze plek en wij zijn hier voor de langere termijn. Huren kunnen worden verhoogd en opgezegd waardoor verhuizen noodzakelijk is, maar eigendom biedt zekerheid en zorgt daarmee voor stabiliteit, continuïteit en herkenbaarheid van het burgerinitiatief. Op een vaste plek waar de initiatiefnemers niet ‘zomaar’ weg kunnen worden gestuurd, kunnen zij verder bouwen aan hun initiatief. Daarnaast biedt vastgoed de mogelijkheid om inkomsten te genereren, voornamelijk in de vorm van verhuur en horeca. Deze inkomsten zorgen weer voor meer autonomie en zeggenschap ten opzichte van andere geldschietters.⁶³¹

Hoewel burgerinitiatieven ook gefinancierd worden door fondsen en het publiek – crowdfunding, certificaten – beslaat overheidsfinanciering in de meeste gevallen een flink deel van de begroting. Soms gaat het daarbij om opdrachten, maar veel vaker spelen subsidies (ook) een rol. Aan deze financiering zitten voorwaarden

627. Een andere veelgebruikte term voor bewonersbedrijf is wijkbedrijf.

628. Volgens het Landelijk Samenwerkingsverbod Actieve bewoners (LSA) voldoet een bewonersbedrijf aan de volgende kenmerken: (I) het bewonersbedrijf wordt gerund door mensen die wonen of werken in een lokale gemeenschap. De leden van deze gemeenschap leiden de onderneming; (II) het bewonersbedrijf heeft een verdienmodel; (III) de lokale impact van het bewonersbedrijf staat voorop en (IV) bewonersbedrijven leggen verantwoording af aan de lokale gemeenschap: Social Enterprise NL en LSA 2021, p. 8.

629. Voor een overzicht van knelpunten zie Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019.

630. Zie voor meer informatie over diverse vormen van verzelfstandiging zonder over te gaan tot koop: Lever 2018.

631. Lengkeek en Specht 2021, hoofdstuk 1. LSA 2016.

verbonden.⁶³² Vreemd is dat uiteraard niet want de publieke gelden worden met een doel overgedragen en dienen efficiënt te worden ingezet. Het betekent echter wel dat het geen vrij besteedbare gelden zijn waarover het initiatief naar eigen inzicht kan beschikken. Daarnaast kunnen financiële stromen opdrogen. Eigen inkomsten zorgen dus voor geld dat naar eigen inzicht besteed kan worden, bijvoorbeeld om te experimenteren met nieuwe projecten, en/of als buffer voor het geval externe (overheids)financiering wegvalt of vermindert. De combinatie van vastgoed als symbolisch en strategisch object maakt het verkrijgen ervan voor sommige burgerinitiatieven dus een interessante zaak.

Wanneer een particulier vastgoed wil kopen is het afsluiten van een hypothecaire lening bij de bank de standaard. Deze standaardroute is voor burgerinitiatieven geen optie. Hun businessplan is hybride, wat betekent dat er naast de commerciële activiteiten (groten)deels activiteiten zijn die worden gesubsidieerd omdat ze economisch niet renderen. Het eenvoudigweg opschalen van de wel economisch renderende activiteiten is voor burgerinitiatieven geen optie. Zij danken hun ontstaan en bestaan namelijk grotendeels aan hun maatschappelijke, niet-rendabele, activiteiten. Naast de moeilijkheden om financiering te krijgen op basis van een hybride businesscase zijn er ook andere bancaire eisen die roet in het eten gooien, zoals het hebben van voldoende eigen vermogen en onderpand.⁶³³ De panden die burgerinitiatieven op het oog hebben zijn in de regel niet courant. Het gaat om oude scholen, gemeentehuizen, politiebureaus en buurtcentra die flink onderhanden moeten worden genomen en dus nog veel extra investeringen vergen. Dit alles maakt een volledige lening bij de bank vaak een onhaalbare doelstelling.

In de praktijk worden deze moeilijkheden opgelost door een mix van verschillende instrumenten in te zetten.⁶³⁴ Zo worden meerdere en kleinere leningen aangegaan, of een beroep gedaan op fondsen zoals het KNMH,⁶³⁵ Fonds 1818 en Stichting DOEN.⁶³⁶ Ook wordt 'het publiek' ingezet door het geven van donaties, crowdfunding of het uitgeven van wijkcertificaten. Uiteraard worden er ook veel subsidies verstrekt, bijvoorbeeld om het gat te dichten tussen de lage herbowwwaarde en de hogere marktwaarde. Versluisde subsidies komen eveneens voor.⁶³⁷ Zo kent

632. Dit geldt eveneens voor de financiering door fondsen, Social Enterprise NL en LSA 2021, p. 24-25. Hierdoor hebben verstrekkingen uit fondsen eveneens te maken met dezelfde knelpunten die ook samengaan met het aanvragen en verantwoorden van publieke financiering. Zie over dit thema Driessen en Den Ouden 2020 en Den Ouden 2018a.

633. Social Enterprise NL en LSA 2021, p. 26-27.

634. Zie voor voorbeelden Platform 31 2020, Lengkeek en Specht 2021 en LSA 2016.

635. KNHM staat voor Koninklijke Nederlandse Heidemaatschappij en adviseert en ondersteunt initiatieven: <https://www.knhm.nl/>.

636. Social Enterprise NL en Lengkeek en Specht 2021, p. 29 e.v.

637. Financiële verstrekkingen die door bestuursorganen worden gedaan die eigenlijk kwalificeren als een subsidie maar een andere benaming krijgen, zoals 'investering' of 'sociale hypotheek': Van den Brink en Den Ouden 2016, Sloot Advies 2016.

Enschede de sociale hypotheek; om ervoor te zorgen dat de hypotheeklasten betaald kunnen worden krijgen de vrijwilligers een kleine bijdrage bij het verrichten van maatschappelijke activiteiten in het door hen gerunde buurthuis.⁶³⁸

Hoewel het natuurlijk voor elke eigenaar gunstig is om de (hypotheek)lasten zo laag mogelijk te houden moeten burgerinitiatieven door hun hybride bedrijfsmodel hier extra op letten. De koopprijs is van grote invloed op hun kansen enige mate van autonomie te krijgen. Een hogere prijs betekent hogere lasten waardoor externe, publieke, financiering evenveel of misschien wel meer nodig blijft. De knop omzetten en zich richten op meer commerciële activiteiten gaat dan weer ten koste van de maatschappelijke taken. Het hybride model is dus balanceren op een dun koord. Omdat overheden als onderdeel van hun participatiebeleid burgerinitiatieven graag faciliteren en tegelijkertijd de activiteiten die door burgerinitiatieven worden ontplooid als waardevol (kunnen) bestempelen, komen sommige overheden initiatiefnemers tegemoet door korting te geven op de koopprijs of vastgoed voor een symbolisch bedrag te verkopen.⁶³⁹ Bij vastgoed gaat het dan al snel om grote bedragen. Deze grote kortingen relativiseren burgerinitiatieven zelf door te wijzen op de maatschappelijke meerwaarde die zij leveren en het behoud van maatschappelijk vastgoed voor maatschappelijke doeleinden. De maatschappelijke meerwaarde die burgerinitiatieven leveren bestaat bijvoorbeeld uit hulp bij het vinden van werk, voorzien in een zinvolle dagbesteding, of bijdragen aan een gezondere wijk door het tegengaan van eenzaamheid of het stimuleren van sporten. Het is lastig hierop een prijs te plakken, maar rechtvaardigt in de ogen van initiatiefnemers weldegelijk een lagere verkoopprijs.⁶⁴⁰ Tornen aan prijzen, ongeacht de vraag of hier een maatschappelijke meerwaarde tegenover staat, doet al snel juridische alarmbellen rinkelen. Hoe zit het met staatssteun, concurrentievervalsing en de Wet Markt en Overheid (Wet M&O, onderdeel van de Mededingingswet)? Deze juridische kaders komen in onderzoeken naar de knellende factoren bij het stimuleren van burgerinitiatieven regelmatig naar voren als obstakels.⁶⁴¹ In paragraaf 7.4 komt aan bod welke mogelijkheden overheden binnen deze kaders hebben om vastgoedprijzen te verlagen voor burgerinitiatieven.

638. <https://nos.nl/artikel/2251604-primeur-in-enschede-bewoners-betalen-buurthuis-terug-met-klus-sen>. Voor meer informatie over de sociale hypotheek zie: <https://www.desocialehypotheek.nl/>.

639. Het kan ook om korting op de huurprijs gaan of tegemoetkoming hierin door een subsidie. Huur komt echter niet aan bod in dit hoofdstuk.

640. Platform 31 2020 en Lengkeek en Specht 2021.

641. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019 hoofdstuk 4. Platform 31 2020, p. 24. Lengkeek en Specht 2021, p. 26 e.v.

7.4 JURIDISCH KADER: (ON)MOGELIJKHEDEN TOT HET BIEDEN VAN GUNSTIGE(RE) VOORWAARDEN

7.4.1 *Inleiding*

Welke mogelijkheden hebben overheden om korting te geven op de verkoop van gebouwen die zij in eigendom hebben, zodat burgerinitiatieven deze kunnen kopen én uitbaten gezien hun hybride businessmodel? In deze paragraaf komen achtereenvolgens het staatssteunrecht (paragraaf 7.4.2), de Wet M&O (paragraaf 7.4.3) en de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) (paragraaf 7.4.4) aan bod. Tot voor kort waren dit de belangrijkste algemene kaders die in acht moesten worden genomen bij de verkoop van panden die in eigendom van de overheid zijn. Sinds de Hoge Raad het Didam-arrest heeft gewezen is daar een belangrijke verplichting bijgekomen. Namelijk de verplichting om als overheid ook bij *verkoop* van schaarse onroerende zaken het gelijkheidsbeginsel – dat in dit kader strekt tot het bieden van gelijke kansen – in acht te nemen. Dit betekent dat in beginsel mededingingsruimte moet worden gecreëerd.⁶⁴² Op Didam wordt in paragraaf 7.4.5 ingegaan. Omdat het staatssteunrecht allerlei potentieel toepasselijke uitzonderingen en specifieke regels kent die mogelijk ook voor burgerinitiatieven interessant kunnen zijn, maar deze bij lange na niet allemaal besproken kunnen worden én om deze paragraaf meer tot de verbeelding te laten spreken wordt steeds uitgegaan van een fictieve(!) casus.⁶⁴³

Casus

In een kleine gemeente in Flevoland is burgerinitiatief Middelland opgericht. Het doel van de initiatiefnemers is om de leefbaarheid op peil te houden. Zo is er onder meer een ‘huiskamer’ waar mensen binnen kunnen lopen voor een praatje, hulp bij huiswerk of het invullen van formulieren en vragen over de Wmo. Op dit moment heeft het initiatief al wat kleine horeca en een aantal lokale verenigingen en lokale ondernemers die ruimtes huurt. Zij zou dit willen uitbreiden om minder afhankelijk te zijn van gemeentelijke financiering en meer maatschappelijke projecten op te pakken. Hun oog is gevallen op schoolgebouw ‘Het Kwartier’, dat vanwege teruglopende leerlingenaantallen leegstaat. Het Kwartier wordt op €950.000,- getaxeerd. Dat bedrag is te hoog voor het initiatief en bovendien moet er nog flink worden verbouwd. Omdat zij de activiteiten van Middelland waardevol vindt en graag ziet dat het maatschappelijke karakter van het Kwartier behouden

642. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmman (Didam).

643. In Adriaanse en Van Koevinge-Dekker 2019, wordt bijvoorbeeld specifiek ingegaan op de mogelijkheden voor culturele activiteiten die wellicht ook voor sommige burgerinitiatieven interessant kunnen zijn.

blijft, wil de gemeente Middelland graag tegemoetkomen. Daarom is zij bereid om Het Kwartier te verkopen voor €600.000,-. Dit bedrag is haalbaar voor Middelland.

7.4.2 *Staatssteun*

Om te komen tot economische integratie van de Europese lidstaten en een interne markt te creëren waarop de vier vrijheden – goederen, diensten, personen en kapitaal – mogelijk zijn, is het van belang dat de concurrentieverhoudingen niet worden verstoord. Ook niet door de overheid zelf. Daarom is het staatssteunverbod opgenomen in de artikel 107 lid 1 VWEU. Wanneer sprake is van staatssteun is dit in beginsel verboden, tenzij de steun verleend kan worden door gebruik te maken van een vrijstelling. Wanneer er ook geen vrijstellingsmogelijkheden zijn, moet de steun door de Europese Commissie worden goedgekeurd.⁶⁴⁴ In dit hoofdstuk wordt in relatie tot het onder de marktprijs verkopen van vastgoed aan burgerinitiatieven stilgestaan bij de vraag wanneer sprake is van staatssteun en komen kort de mogelijkheden onder de Algemene Groepsvrijstellings Verordening (AGVV) aan bod. Omdat er mogelijkheden zijn om vastgoed onder de marktprijs aan burgerinitiatieven te verkopen zonder vooraf goedkeuring van de Commissie te krijgen, wordt daarom niet op het goedkeuringsproces bij de Commissie ingegaan.

7.4.2.1 *Is sprake van staatssteun?*

De vraag of sprake is van staatssteun valt uiteen in vier cumulatieve criteria (art. 107 lid 1 VWEU). De korting die de gemeente geeft kwalificeert als staatssteun wanneer (I) er sprake is van een overdracht van overheidsmiddelen, (II) dat leidt tot een selectief, niet-marktconform voordeel voor een onderneming, (III) deze korting de mededinging kan vervalsen en eveneens (IV) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Toegepast op de verkoop van Het Kwartier levert dit het volgende beeld op.

Bij het eerste criterium gaat het erom of de korting op het overheidsbudget drukt en tot gevolg heeft dat Middelland lastenverlichting ondervindt.⁶⁴⁵ Aan dit criterium wordt voldaan. Door de korting derft de gemeente inkomsten en is bovendien ingegeven met het idee om uitbating door Middelland mogelijk te maken. Het tweede criterium – leidt de korting tot een selectief, niet-marktconform voordeel voor een onderneming – valt weer uiteen in vier sub-criteria: (a) is er sprake van een feitelijk voordeel, (b) is dit voordeel niet-marktconform, (c) is het voordeel selectief en (d) is Middelland een onderneming? Bij het eerste sub-criterium – een feitelijk voordeel – moet beoordeeld worden of sprake is van een voordeel dat

644. Zie zeer uitgebreid Knook 2018.

645. HvJ EU 16 december 2010, C-239/09 *Jur.* 2010, I-13083, punt 30 (Seydaland).

Middelland niet zonder de overheid had kunnen krijgen. Alles dat ertoe leidt dat de lasten van Middelland worden verlicht, telt hierbij als voordeel.⁶⁴⁶

Dat de korting leidt tot lagere lasten voor Middelland is aannemelijk, waardoor de korting een feitelijk voordeel is. Om te bepalen of de korting niet-marktconform is (b), is het market economy operator-beginsel (meo-beginsel) ontwikkeld. Deze test komt neer op de vraag of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden tot dezelfde korting zou zijn overgegaan.⁶⁴⁷ Dat is gezien de omvang van de korting en het feit dat de gemeente hiertoe bereid is vanwege de activiteiten van Middelland – die zij van maatschappelijk belang acht – niet aannemelijk. Publieke of maatschappelijke belangen, of hierop gericht beleid, mogen bovendien geen rol spelen bij de beoordeling of de overheid aan het meo-beginsel voldoet.⁶⁴⁸ Bovendien is het voordeel selectief – sub-criterium c – omdat alleen Middelland de korting krijgt. Tot slot is het de vraag of Middelland een onderneming is. Ook hier wordt de definitie weer ruim getrokken. Volgens vaste jurisprudentie is een onderneming ‘elke entiteit die een economische activiteit uitoefent ongeacht rechtsvorm of financieringswijze.’⁶⁴⁹ Ook het ontbreken van winstoogmerk is niet van belang.⁶⁵⁰ Middelland verhuurt ruimtes, serveert hapjes en drankjes, biedt huiswerkbegeleiding en andere vormen van ondersteuning aan en daarmee biedt zij goederen en diensten aan op een markt. Zij kwalificeert dus als onderneming. Ook aan het vierde sub-criterium (en daarmee het tweede criterium om te bepalen of sprake is van staatssteun) wordt dus voldaan.

Het derde en vierde criterium – kan de korting de mededinging vervalsen en eveneens (IV) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden? – worden in de jurisprudentie vaak samen behandeld.⁶⁵¹ Er mag geen sprake zijn van een louter hypothetische beïnvloeding, maar voldoende is dat de steun het handelsverkeer *kán* beïnvloeden.⁶⁵² Over het algemeen wordt vrij snel aangenomen dat aan deze twee voorwaarden is voldaan.⁶⁵³ In het geval van de korting op Het Kwartier zou dus sprake kunnen zijn van staatssteun in de zin van art. 107, eerste

646. HvJ EU 15 maart 1994, C-387/92, *Jur.* 1994, p. I-877, punt 13. (Banco Exterior de España S).

647. Knook 2018, p. 59-78.

648. Mededeling Staatssteun, punt 77. Zie voor een veel uitgebreidere behandeling van meo in algemene zin Knook p. 59-78 en voor de toepassing op vastgoed p. 344-353.

649. HvJ EG 16 juni 1987, 118/85, *Jur.* 1987, p. 2599 (Commissie/Italië). HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-01979, punt 23 (Höfner).

650. HvJ EG 10 januari 2006, C-222/04, *Jur.* 2006, p. I-289 (Cassa di Riparmio).

651. HvJ EG 17 september 1980, 730/79, *Jur.* 1979, p. 2671 I-959 (Philip Morris).

652. HvJ EU 26 oktober 2016, C-211/15 P, EU:C:2016:798 (26 oktober 2016, Orange/Commissie, C-211/15 P, EU:C:2016:798). HvJ EU 30 april 2009, C-494/06 P, EU:C:2009:272 (Commissie/Italië en Wam).

653. Zie hierover uitgebreider Knook 2018, in het bijzonder hoofdstuk 3.

lid VWEU. Er zijn echter twee⁶⁵⁴ manieren waarop overheden burgerinitiatieven zouden kunnen faciliteren zonder direct staatssteun te verlenen. De eerste mogelijkheid is om de-minimissteun te verlenen. Steun die niet hoger is dan €200.000,- aan één onderneming over een periode van drie belastingjaren wordt, kort gezegd, als te klein gezien om de mededinging te vervalsen en het handelsverkeer ongunstig te kunnen beïnvloeden. Daardoor is geen sprake van staatssteun.⁶⁵⁵ De korting in de casus is veel hoger waardoor deze met de huidige drempel niet onder de de-minimisverordening kan worden gebracht. Toch kan de-minimissteun van belang zijn voor burgerinitiatieven. Wanneer aan de voorwaarden uit de de-minimisverordening wordt voldaan kan dus een korting van €200.000,- worden gegeven op een *marktconforme*(!) prijs. Knook zegt over het gebruik van de de-minimisverordening ten aanzien van vastgoedtransacties het volgende:

*“De systematiek kan in de praktijk bijvoorbeeld worden benut bij vastgoedtransacties. Voor zover deze tegen een marktconforme waarde plaatsvinden is geen sprake van staatssteun. In de praktijk wordt echter vaak vergeten dat hierbij een marge van €200.000,- kan worden aangehouden, indien althans aan de de-minimis regelgeving werd voldaan. Weliswaar brengt afwijking van de getaxeerde waarde ten voordele van de desbetreffende onderneming met zich mee dat niet langer aan het MEO-beginsel wordt voldaan, maar als wel aan de de-minimis regelgeving wordt voldaan is er geen sprake van beïnvloeding van het interstatelijke handelsverkeer tussen de lidstaten.”*⁶⁵⁶

Bij het gebruik van deze route moet wel rekening worden gehouden met alle andere subsidies, garanties en voordelen die het initiatief van de overheid ontvangt en die als de-minimissteun kwalificeren. De de-minimisgrens is immers een totaalbedrag voor één onderneming over een periode van drie jaren.⁶⁵⁷ Uiteraard moet de overheid ook bereid zijn om de steun te verlenen. Kortingen, tegemoetkomingen en subsidies zijn namelijk geen recht.

In het geval van Het Kwartier is de korting aanmerkelijk hoger dan de de-minimisgrens, maar zou eventueel een beroep kunnen worden gedaan op zogenaamde lokale steun. Dat is steun die dermate lokaal van aard is waardoor redelijkerwijs niet gezegd kan worden dat er invloed kan zijn op de mededinging of het handelsverkeer. De korting aanmerken als lokale steun is echter wel een stuk riskanter

654. Wanneer een burgerinitiatief een DAEB – Dienst van Algemeen Economisch Belang – is, kan ook gebruik worden gemaakt van speciale DAEB-regelingen, inclusief de DAEB de-minisverordening. In deze speciale verordening is een hoger de-minisbedrag opgenomen van €500.000,-. Omdat een burgerinitiatief aanmerken als een DAEB een ingewikkelde procedure is terwijl er buiten de DAEB mogelijkheden zijn om burgerinitiatieven te faciliteren, wordt niet op de DAEB ingegaan.

655. Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun.

656. Knook 2018, p. 161-163.

657. Zie voor alle verplichtingen waaraan de-minimissteun moet voldoen Verordening (EU) nr. 1407/2013.

dan een beroep op de-minimissteun, of gebruikmaking van kaders als de AGVV (zie hierna in de volgende paragraaf). Er zijn namelijk geen harde criteria op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat sprake is van lokale steun.⁶⁵⁸ De Europese Commissie heeft in twee berichten en de Mededeling Staatssteun laten weten wat de ‘*gemeenschappelijke kenmerken*’ zijn van steunmaatregelen die zij in het verleden als lokale steun – en dus niet als staatssteun – heeft aangemerkt.⁶⁵⁹ Deze ‘*gemeenschappelijke kenmerken*’ zijn dus geen criteria om het bepalen of sprake is van lokale steun. Bovendien is het algemene uitgangspunt in de jurisprudentie van het HvJ EU dat er geen drempel of percentage bestaat waaronder kan worden aangenomen dat de mededinging en het handelsverkeer niet ongunstig worden beïnvloed.⁶⁶⁰ Uiteindelijk is het ook het HvJ EU en niet de Commissie die, wanneer het tot een rechtszaak komt, bepaalt of sprake is van staatssteun of niet. Daarbij lijkt het HvJ EU overigens strenger te zijn dan de Commissie.⁶⁶¹

Bij de beoordeling van lokale steun draait het om de omstandigheden van het specifieke geval. Hierdoor is het lastig om algemene categorieën aan te wijzen van gevallen of maatregelen die tot de conclusie leiden dat sprake is van lokale steun.⁶⁶² De afgelopen jaren zijn echter een aantal zaken voor de Nederlandse rechter gekomen waarbij concurrenten klaagden over staatssteun, maar de rechter op basis van de door de Commissie opgestelde kenmerken oordeelde dat sprake was van lokale steun in plaats van staatssteun.⁶⁶³ De gemeenschappelijke kenmerken die in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of sprake is van lokale steun zijn als volgt: I) levert de begunstigde diensten/goederen binnen een beperkt gebied? II) Zal de begunstigde klanten uit andere lidstaten aantrekken? III) Valt te voorzien dat er meer dan marginale effecten zijn op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of vestiging? IV) Het marktaandeel van

658. Knook 2018, p. 147-156. Dictus en Cnossen 2019. Wesseliuss 2022.

659. Persbericht van de Europese Commissie op 29 mei 2015 en 21 september 2016: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_15_4889 & https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_16_3141 Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*, 2016, punt 196-197.

660. De-minimissteun is hierop een uitzondering. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (Altmark). HvJ EU 8 mei 2013, zaak C-203/11, Libert, ECLI:EU:C:2013:288 (Libert).

661. Wesseliuss 2022.

662. Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*, 2016, punt 197.

663. Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (De Stulp). Rb. Noord-Nederland, 17 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1681 (Oldambt/Blauwestad). Van vóór de persberichten zijn de uitspraken ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, AB 2014/290 m.nt. J.R. van Angeren (Ridderstee) en Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780 (MuzyQ). Zie ook G. Dictus en S. Cnossen, Lokale steun: is de Europese Commissie ‘too big on small things’?, *Markt en Mededinging* 2019 nr. 5. P.S. Wesseliuss, Nationale rechters in de knel bij lokale staatssteunzaken, *SEW* 2022 nr. 1.

de begunstigde is minimaal en zij maakt geen deel uit van een grotere groep van ondernemingen.⁶⁶⁴

Kijkend naar Middelland is heel wat te zeggen voor de stelling dat de korting als lokale steun moet worden gezien. Burgerinitiatieven zijn hyperlokaal, zij focussen zich op de lokale gemeenschap die in de regel de omvang van een dorp, buurt of wijk heeft. Hun commerciële activiteiten – verhuur en horeca – kunnen een aantrekkingskracht op een iets groter gebied hebben, maar nog steeds niet meer dan lokaal. Goederen of diensten aanbieden op een groter gebied is dus niet aan de orde, laat staan het aantrekken van buitenlandse klanten of investeringen. In 2015 oordeelde de Rechtbank Den Haag bovendien dat de korting die een burgerinitiatief had gekregen op de aankoop van een zalencentrum – het betrof een kleinere korting dan bij Het Kwartier – géén staatssteun opleverde vanwege het lokale karakter.⁶⁶⁵ Dit is een goede indicatie voor gemeenten die burgerinitiatieven op eenzelfde manier willen ondersteunen, maar volledig zonder gevaar is het niet. Als gezegd zijn de kenmerken geen criteria. Bovendien lijken het HvJ EU en de Commissie niet dezelfde lijn te voeren ten aanzien van lokale steun. De Commissie lijkt coulanter dan het HvJ EU. Wanneer Nederlandse rechters deze strengere lijn volgen krijgen gemeenten en initiatieven⁶⁶⁶ de deksel lelijk op hun neus.⁶⁶⁷ Wanneer burgerinitiatieven uit kunnen komen met steun die onder de de-minimisgrens blijft is het veiliger om hiervoor te kiezen.

7.4.2.2 *Mogelijkheden onder de AGVV*

Wanneer de steun aan Middelland wél kwalificeert als staatssteun, is het vervolgens de vraag of deze moet worden aangemeld bij de Commissie. Op grond van art. 108 lid 3 VWEU geldt een standstill-verplichting en mag de steun niet worden verleend totdat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven. Omdat een melding bij de Commissie veel tijd in beslag neemt, kan regelmatig worden volstaan met een kennisgeving in plaats van een melding. Hierbij kan de steun worden verleend zonder de Commissie om toestemming te vragen. Wel moet deze kennisgeving binnen twintig dagen worden gedaan. De belangrijkste vrijstellingen op de

664. Persbericht van de Europese Commissie op 29 mei 2015 en 21 september 2016: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_15_4889 & https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_16_3141.

665. Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (De Stolp). Daarentegen was wél sprake van een onrechtmatige daad. Zie de bespreking in paragraaf 7.4.4.

666. In eerste instantie zal uiteraard Nederland als lidstaat worden aangesproken, maar uiteindelijk zal de staatssteun teruggevorderd dienen te worden bij de steunontvanger, oftewel het burgerinitiatief.

667. Wesselijs 2022.

meldingsplicht zijn opgenomen in de Algemene Groepsvrijstellings Verordening (AGVV)⁶⁶⁸

Hoofdstuk III van de AGVV bevat specifieke bepalingen voor verschillende categorieën steun. Afhankelijk van de activiteiten van het initiatief kan dus gebruik worden gemaakt van een van de categorieën uit de AGVV. Adriaanse en Van Koeveringe-Dekker hebben op grond van de AGVV-bepalingen over cultuur en erfgoed al laten zien welke stimuleringsmaatregelen overheden kunnen nemen (art. 53 AGVV).⁶⁶⁹ Deze bepalingen zijn ook interessant voor burgerinitiatieven. Onder deze bepalingen in de AGVV vallen onder andere bibliotheken, kunst- en cultuurcentra, concerthallen en andere live-performanceorganisaties (art. 53 lid 2 sub a AGVV). De steun die aan deze culturele activiteiten kan worden gegeven kan de vorm aannemen van exploitatiesteun of investeringssteun. Omdat Middel-land Het Kwartier wil kopen is met name art. 53 lid 4 sub a AGVV interessant. Voor investeringssteun komt in aanmerking: kosten voor de bouw, modernisering, *vererving* [cursivering ED], instandhouding of verbetering van infrastructuur, indien jaarlijks ten minste 80% van de tijd- of ruimtecapaciteit voor culturele doeleinden wordt gebruikt.

Naast de specifieke bepalingen met betrekking tot bepaalde categorieën van steun, bevat de AGVV ook algemene bepalingen. Deze zijn te vinden in de hoofdstukken I, II en IV.⁶⁷⁰ Van groot belang bij het verstrekken van steun onder de AGVV is dat ook aan deze algemene bepalingen wordt voldaan. Zo kent ook de AGVV drempelbedragen (art. 4 AGVV) en staat beschreven welke kosten voor steun in aanmerking komen en hoe hoog de steunintensiteit mag zijn (art. 7 AGVV).⁶⁷¹ Bovendien gaat de AGVV ervanuit dat het mogelijk is om op voorhand het bruto-subsidie-equivalent van de steun te bepalen zonder een risicoanalyse uit te voeren. Dit wordt ook wel transparante steun genoemd. Van transparante steun is sprake indien voorafgaand aan de steunverlening duidelijk is om hoeveel steun het precies gaat, als ware de steun uitgekeerd in de vorm van een subsidie. Daarbij gaat het om het bedrag vóór aftrek van belastingen. Wanneer de korting die Middel-land krijgt wordt gegoten in de vorm van een subsidie wordt in ieder geval aan het vereiste van transparante steun voldaan (art. 6 lid 2, sub a AGVV). Wanneer de steun een andere vorm krijgt, bijvoorbeeld door het afgeven van een garantie, bepaalt art. 6 AGVV in welke gevallen deze steun onder de AGVV kan vallen.

668. Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard.

669. Adriaanse en Van Koeveringe-Dekker 2019.

670. Zie over deze algemene delen uitgebreid Knook 2018, hoofdstuk. 2.

671. Voor de categorie cultuur en erfgoed liggen deze drempels op €50 miljoen (exploitatiesteun) en €100 miljoen (investeringssteun) per onderneming c.q. project (art. 4 lid z AGVV). Mij zijn geen burgerinitiatieven bekend wier financiële noden deze drempels zelfs maar benaderen.

Tot slot is nog van belang om stil te staan bij de toepasselijkheid van de Wet M&O. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de vrijstelling onder de AGVV is wél sprake van staatssteun, maar hoeft deze niet te worden gemeld bij de Commissie omdat de steun verenigbaar met de interne markt wordt geacht. Omdat de Wet M&O van toepassing is wanneer het staatssteunrecht níét van toepassing is (art. 25h lid 4 Mw) gelden de bepalingen uit de Mededingingswet dus *niet* wanneer gebruik wordt gemaakt van de vrijstelling op grond van de AGVV.

7.4.3 *Wet Markt en Overheid*

Wanneer geen sprake is van staatssteun, – bijvoorbeeld omdat de steun binnen de de-minimiskaders blijft, of omdat sprake is van lokale steun – maar de overheid wél een economische activiteit verricht, is de Wet M&O onverkort van toepassing (art. 25h lid 4 Mw). De Wet M&O moet zorgen voor een zo gelijk mogelijk speelveld tussen overheden die goederen en diensten aanbieden en reguliere, particuliere, ondernemingen.⁶⁷² Ook wanneer naar het oordeel van het bestuursorgaan géén sprake is van staatssteun moeten a-bestuursorganen die economische activiteiten verrichten zich dus aan een aantal regels houden om de concurrentieverhoudingen zo gelijk mogelijk te houden (art. 25h lid 3 Mw). In de praktijk speelt de integrale kostendoorberekeningsplicht van art. 25i Mw de grootste rol.⁶⁷³ Dit betekent dat in beginsel geen korting kan worden gegeven op huur- en verkoopprijzen die ervoor zorgt dat de prijs lager wordt dan de kóstprijz.⁶⁷⁴

Wanneer echter een algemeenbelangbesluit wordt genomen is de Wet M&O niet langer van toepassing en geldt art. 25i Mw eveneens niet meer. Het nemen van een algemeenbelangbesluit is al eerder genoemd als mogelijkheid bij de *verhuur* van vastgoed aan burgerinitiatieven en zou ook een optie zijn bij de verkoop van Het Kwartier.⁶⁷⁵ Door het nemen van een algemeenbelangbesluit vervalt de verplichting om de integrale kostprijs door te berekenen. Hierdoor kan een lagere huur worden gevraagd, of vastgoed worden verkocht voor een lager, of symbolisch, bedrag. De combinatie van het nemen van een algemeenbelangbesluit en de verkoop van Het Kwartier vergt een samenwerking tussen het college van burgemeester en wethouders, de burgemeester en de gemeenteraad. De gemeenteraad neemt

672. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 354, nr. 3, p. 2.

673. Naast de integrale kostendoorberekeningsplicht mag geen gebruik worden gemaakt van gegevens die zijn verkregen bij het uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden als deze gegevens niet ook beschikbaar kunnen zijn voor derden (art. 25k Mw) en moet er een functiescheiding worden aangebracht wanneer zowel economische activiteiten als publiekrechtelijke bevoegdheden worden uitgeoefend (art. 25l Mw). Speciaal voor overheidsbedrijven (art. 25g Mw) – denk aan een gemeentelijk grondbedrijf of afvalverwerkingsbedrijf – geldt nog de regel dat zij niet bevoordeeld mogen worden, bijvoorbeeld door het beeldmerk van de gemeente te gebruiken (art. 25j lid 2, sub a Mw).

674. Het gaat dus níét om een korting op de marktprijs. Deze prijs is normaliter hoger dan de kostprijs.

675. Platform 31 2020, p. 23.

namelijk het algemeenbelangbesluit, het college is bevoegd om te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen (art. 160 lid 1 sub e Gemw) en beslist dus dat tot verkoop mag worden overgegaan. Vervolgens vertegenwoordigt de burgemeester de gemeente bij de verkoop (art. 171 Gemw) waarna de gemeente als publiekrechtelijke rechtspersoon Het Kwartier daadwerkelijk verkoopt. Hiermee verricht de burgemeester als a-orgaan een economische activiteit waardoor de Wet M&O van toepassing wordt. In de vorige paragraaf is immers geconcludeerd dat de korting kan kwalificeren als lokale steun waardoor geen sprake is van staatssteun. Om te voorkomen dat alsnog de integrale kosten moeten worden doorberekend moet een algemeenbelangbesluit worden genomen. Hierbij is de raad aan zet (art. 25h lid 5 en 6 Mw).

Het nemen van een dergelijk besluit is geen sinecure. Omdat de Met M&O complementair is aan het staatssteunrecht moet voor de invulling van begrippen aansluiting worden gezocht bij het staatssteunrecht. Dat geldt ook voor het nemen van een algemeenbelangbesluit, waarbij aansluiting moet worden gezocht bij het nemen van een DAEB-besluit uit het staatssteunrecht.⁶⁷⁶ In het verleden gingen gemeenteraden nog wel eens te snel over tot het nemen van een algemeenbelangbesluit. Sinds 2018 stelt de rechter zwaardere eisen aan de voorbereiding en motivering van deze besluiten.⁶⁷⁷ Om een algemeenbelangbesluit te kunnen nemen moet de raad motiveren dat sprake is van een algemeen belang dat het nemen van een algemeenbelangbesluit rechtvaardigt en dat zij rekening heeft gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden. Daarbij moet er onder andere aandacht zijn voor de gevolgen voor andere ondernemingen en de vraag hoe de negatieve gevolgen gerechtvaardigd en proportioneel zijn gezien het te behartigen algemeen belang.⁶⁷⁸ Naar verwachting zullen deze voorbereidings- en motiveringseisen binnenkort worden opgenomen in het Besluit Markt en Overheid (BM&O).⁶⁷⁹ Aan het BM&O wordt dan de volgende bepaling toegevoegd:

art. 2a BM&O

De motivering van een algemeenbelangbesluit bevat in ieder geval een beschrijving:

- a. van de concrete en specifieke economische activiteit die in het algemeen belang plaatsvindt;
- b. van het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend;

676. Ministerie EZLI 2012, p. 12.

677. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, AB 2019/193 m.nt. A. Outhuijse en CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/194 m.nt. A. Outhuijse. Zie over deze uitspraken ook: Serra 2019 en Adriaanse en Mohammad 2021.

678. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, AB 2019/193 m.nt. A. Outhuijse en CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/194 m.nt. A. Outhuijse.

679. Eind 2022 is de wijziging van het Besluit Markt en Overheid in consultatie gegaan.

- c. hoe de economische activiteit bijdraagt aan de behartiging van het algemeen belang;
- d. waarom het voor het dienen van het algemeen belang noodzakelijk is om een uitzondering te maken op hoofdstuk 4b van de wet;
- e. van de gevolgen van het algemeenbelangbesluit voor ondernemers en voor mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan;
- f. of de voordelen van het besluit opwegen tegen de gevolgen daarvan voor ondernemers en mededinging; en
- g. van de resultaten van een consultatie als bedoeld in artikel 25ha, vijfde lid, van de wet, en van de wijze waarop met die resultaten rekening is gehouden bij het nemen van het besluit.

Met uitzondering van sub g – het houden van een marktconsultatie – worden de vereisten uit de jurisprudentie dus overgenomen in de wet. De opname van de marktconsultatie moet overigens niet als een al te grote trendbreuk met de jurisprudentie worden gezien. Zoals bij elk Awb-besluit was de gemeenteraad ook bij het nemen van een algemeenbelangbesluit al gehouden om alle relevante belangen in de besluitvorming te betrekken en het besluit zorgvuldig voor te bereiden (art. 3:2 Awb).⁶⁸⁰ De manier waarop dit moet gebeuren wordt nu dus nader ingekleurd door in ieder geval een vormvrije markttoets voor te schrijven.⁶⁸¹

Hoewel het nemen van een algemeenbelangbesluit vanwege de noodzakelijke belangenafweging dus de nodige tijd in beslag neemt, verwacht ik dat dit besluit in de toekomst alleen nog maar belangrijker zal worden voor maatschappelijke partijen. Daarbij kan uiteraard worden gedacht aan burgerinitiatieven, maar ook uitbaters van sporthallen, buurthuizen en bibliotheken die gebruikmaken van vastgoed dat in handen is van de overheid, maar géén burgerinitiatief zijn. Hoewel de casus niet ziet op *verhuur* van overheidsvastgoed, kan een recente uitspraak van het CBb hier niet onvermeld blijven. Op 9 augustus 2022 oordeelde het CBb namelijk dat bij het berekenen van de integrale kosten op grond van art. 25i Mw ook rekening mag worden gehouden met exploitatiebijdrages, zoals exploitatiesubsidies. Veel huurders van maatschappelijk vastgoed ontvangen zulke exploitatiesubsidies om de exploitatie ‘rond’ te krijgen. De activiteiten die zij aanbieden zijn regelmatig niet economisch rendabel en/of de doelgroep die zij willen aanspreken kan de reguliere prijs niet opbrengen. Wanneer de exploitatiesubsidie een *algemene* bijdrage is die losstaat van de maatschappelijke activiteiten kan zij bij de integrale

680. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, AB 2019/193 m.nt. A. Outhuijse en CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/194 m.nt. A. Outhuijse.

681. Aanvankelijk was het plan om het algemeenbelangbesluit met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (uov) voor te bereiden. Op de toepassing van de uov is de nodige kritiek geuit. De minister heeft deze kritiek ter harte genomen en in plaats van de uov gekozen voor een vormvrije markttoets.

kosten horen, waardoor zij mag worden meegenomen bij het berekenen van de kostprijs. Dit is slechts anders wanneer de exploitatiesubsidie bedoeld is als tegemoetkoming in de kosten voor *specifieke* maatschappelijke activiteiten. Subsidies voor – bijvoorbeeld – schoolzwemmen, of taallessen voor volwassenen, hoeven dus niet te worden betrokken bij de integrale doorberekening van de kosten.⁶⁸² Door ook de exploitatiesubsidies mee te nemen wordt de integrale kostprijs hoger. Voorheen werden hogere huurlasten nog wel eens gecompenseerd met een hogere (exploitatie)subsidie. Nu kunnen er vraagtekens worden gezet bij zulke broekzakvestzakconstructies, maar het zorgde in ieder geval voor een werkbare situatie voor uitbaters van maatschappelijke activiteiten.⁶⁸³ De CBB-uitspraak is goed te begrijpen vanuit de doelstelling van de Wet M&O, maar botst hier dus op de maatschappelijke praktijk. Als de overheid de maatschappelijke uitbaters die overheidspanden huren financieel wil blijven ondersteunen heeft zij hiertoe een aantal mogelijkheden. Ten eerste kan worden gekeken of de algemene exploitatiesubsidie kan worden opgeknipt in specifieke onderdelen. Bijvoorbeeld een deel voor taallessen en een ander deel voor zwem- en sportlessen voor kinderen. Tegelijkertijd lijkt het CBB wel een mogelijkheid te zien om exploitatiesubsidies te verstrekken zonder de subsidie op te moeten knippen in allemaal afzonderlijke stukken. Het CBB lijkt namelijk te suggereren dat een gescheiden boekhouding kan betekenen dat de exploitatiesubsidie alleen voor het maatschappelijke gedeelte geldt.⁶⁸⁴ Wanneer het niet mogelijk is om maatschappelijke activiteiten enkel met behulp van specifieke subsidies te financieren, er geen gescheiden boekhouding wordt gevoerd en de overheid het tegelijkertijd in het algemeen belang vindt om zulke uitbaters te behouden, kan zij tot slot nog een algemeenbelangbesluit nemen. Het nemen van een dergelijk besluit is zoals hiervoor al aan de orde kwam geen sinecure en vergt het nodige onderzoek. Daardoor is met het nemen van een algemeenbelangbesluit ook meer tijd gemoeid.

7.4.4 *Onrechtmatige daad*

Hoewel de korting bij de verkoop van Het Kwartier waarschijnlijk geen staatssteun oplevert vanwege het lokale karakter van de steun, kunnen er nog steeds andere partijen benadeeld worden. De korting kan namelijk zorgen dat Middelland haar ruimtes en horeca goedkoper kan aanbieden dan andere lokale ondernemers. De afgelopen jaren zijn verschillende uitspraken gedaan waarbij de overheid aansprakelijk is gehouden voor de schade die andere ondernemers ondervonden ten gevolge van lokale steunmaatregelen.⁶⁸⁵ Een bestuursorgaan is namelijk gehouden

682. CBB 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507 r.o. 13.

683. In Lengkeek en Specht 2021, p. 42 wordt zeer kritisch gekeken naar zulke constructies.

684. CBB 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507 r.o. 13.

685. Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (De Stolp). Rb. Noord-Nederland, 17 april 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1681 (Oldambt/Blauwestad). Van vóór de persberich-

bij haar besluiten alle relevante belangen, waartoe ook concurrentiebelangen behoren, te betrekken (art. 3:2 Awb). Deze verplichting geldt ook wanneer privaatrechtelijk wordt opgetreden (art. 3:1 lid 2 Awb jo. 3:14 BW). Dit betekent dat de gemeente, voordat zij Het Kwartier met korting verkoopt, na moet gaan welke andere ondernemers mogelijk gevolgen zullen ondervinden van de korting, of deze gevolgen proportioneel zijn en – indien noodzakelijk – maatregelen moet treffen om de gevolgen te compenseren. De belangenafweging hoeft in ieder geval niet te betekenen dat Middelland Het Kwartier niet kan betrekken.⁶⁸⁶ Worden de belangen van de concurrenten niet meegenomen dan handelt de gemeente onrechtmatig en is zij, wanneer ook aan de overige eisen van art. 6:162 BW is voldaan, – toerekening, causaliteit, relativiteit (art. 6:163 BW) en schade – hiervoor aansprakelijk.

Wanneer ook een algemeenbelangbesluit wordt genomen wordt de overheid – in dat geval de raad – gedwongen om ook concurrentiebelangen onder ogen te zien, waardoor mijns inziens niet langer gezegd kan worden dat het zorgvuldigheidsbeginsel niet wordt nageleefd. Frappant genoeg komt de Wet M&O niet aan bod in de zaken waarbij de rechter tot de conclusie komt dat géén sprake is van staatssteun vanwege het lokale karakter van de steunmaatregel, maar wél van een onrechtmatige daad wegens het schenden van het zorgvuldigheidsbeginsel door concurrentiebelangen niet mee te wegen.⁶⁸⁷ Waarom dat het geval is, blijkt niet uit de uitspraken. Dat neemt niet weg dat het bij het geven van kortingen, gunstige leningen of andere maatregelen die ertoe kunnen leiden dat lastenverlichting optreedt het raadzaam is om aansluiting te zoeken bij de eisen die aan een algemeenbelangbesluit worden genomen. De voorbereiding en motivering van dit besluit dwingt namelijk tot het afwegen van concurrentiebelangen en het algemeen belang en dat is precies wat van de overheid wordt verwacht in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel en de rechtbankuitspraken.

7.4.5 *Welke ruimte is er nog sinds het Didam-arrest?*

Sinds eind november 2021 staat vast dat de overheid ook bij *verkoop*⁶⁸⁸ van schaarse onroerende zaken gelijke kansen moet bieden door potentiële kopers de

ten zijn de uitspraken ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, AB 2014/290 m.nt. J.R. van Angeren (Ridderstee) en Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780 (MuzyQ). Zie ook Dictus en Cnossen 2019 en Wesselius 2022.

686. Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.15 (De Stolp).

687. In Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 r.o. 4.35 (De Stolp) oordeelt de rechtbank dat niet wordt ingegaan op de Wet M&O nu dit niet kan leiden tot vergoeding van andere schade dan onder art. 6:162 BW. Ook in Beeston, De Meij en Geilmann 2016 worden hier vraagtekens bij gezet.

688. Hetzelfde geldt voor andere privaatrechtelijke handelingen zoals verhuur, grondruil en uitgifte van erfpacht. Zie: Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7, Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:ROBR:2022:2962, Rb. Noord-

mogelijkheid te geven mee te dingen naar de verkrijging van gronden en gebouwen.⁶⁸⁹ Deze mededingingsnorm was al eerder aangenomen voor de verdeling van schaarse vergunningen,⁶⁹⁰ onderwijsbekostiging,⁶⁹¹ en schaarse subsidies.⁶⁹² Voorwaarde voor het bestaan van de mededingingsnorm is schaarste. Volgens de HR is hiervan sprake wanneer:

“(redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de betreffende onroerende zaak.”⁶⁹³

Als dat het geval is moet op basis van het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context inhoudt dat gelijke kansen moeten worden geboden aan potentiële gegadigden, mededingingsruimte worden gecreëerd. Dat betekent dat de overheid

“(...) met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.”⁶⁹⁴

De mededingingsruimte hoeft niet geboden te worden wanneer redelijkerwijs kan worden aangenomen dat slechts één koper in aanmerking komt. Of dit het geval is, zal wederom bepaald moeten worden aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria.⁶⁹⁵ Tot nu toe is er in de jurisprudentie regelmatig een beroep gedaan op deze uitzonderingsgrond. Het verweer dat géén mededingingsruimte hoefde te worden geboden omdat er maar één serieuze gegadigde was, wordt

Holland 14 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046. Haverkate en Brand 2022. Knook 2022. Zie ook de overzichtsannotatie: één jaar Didam-arrest AB 2022/338 m.nt. A.H.J. Hofman.

689. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmann (Didam).

690. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 m.nt C.J. Wolswinkel (Vlaardingen).

691. ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253 m.nt S. Philipsen (Tjalling Koopmans College).

692. ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/ 406 m.nt J.E. van den Brink (noot 1) en A. Drahmann (noot 2) (Geobox).

693. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.9, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmann (Didam).

694. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4 en 3.1.5, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmann (Didam).

695. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmann (Didam). Zie in het bijzonder de noot van Drahmann waarin zij een voorbeeld geeft.

bovendien regelmatig gehonoreerd.⁶⁹⁶ Redenen om aan te nemen dat er slechts één serieuze gegadigde is, zijn onder andere de omstandigheid dat het perceel in kwestie te klein is om zelfstandig te ontwikkelen, waardoor het bij een buurperceel moet worden betrokken,⁶⁹⁷ de onderhandelingen met de andere partijen op niets zijn uitgelopen en er daardoor maar één partij overblijft,⁶⁹⁸ of het realiseren van beleidsdoelen, dan wel de bijdrage aan deze realisatie.⁶⁹⁹ Wanneer de overheid een beroep doet op de uitzondering en er dus van uitgaat dat er slechts één serieuze gegadigde is, moet zij alsnog de nodige transparantie in acht nemen. Dat betekent dat de overheid het voornemen om tot verkoop over te gaan zonder mededingingsruimte te bieden tijdig bekend moet maken op een zodanig manier dat derden hiervan kennis kunnen nemen. Bij deze bekendmaking moet de overheid ook motiveren waarom er in haar ogen slechts één serieuze gegadigde is.⁷⁰⁰

Of sprake is van een uitzonderingssituatie waardoor er slechts één serieuze gegadigde is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Burgerinitiatieven dragen regelmatig bij aan de realisatie van diverse beleidsdoelstellingen, waardoor zij wellicht in aanmerking komen voor de hierboven genoemde uitzonderingsgrond. Zo oordeelde de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat de verkoop van een stuk grond aan een burgerinitiatief binnen de 'één serieuze gegadigde-uitzondering' viel. In deze zaak ging het om de verkoop van een stuk grond dat grensde aan het perceel van de initiatiefnemers. Het nieuwe perceel wilde de initiatiefnemers betrekken bij hun initiatief 'Feestje' dat kinderen uit armere gezinnen de mogelijkheid biedt om hun verjaardag te vieren. Dit initiatief zou volgens de initiatiefnemers alleen goed van de grond kunnen komen wanneer ook het nieuwe perceel erbij wordt betrokken. De plannen van de initiatiefnemers passen binnen het relevante beleidskader Stadsbos013⁷⁰¹ en eveneens bij bestuurlijke doelen op het gebied van armoede en kinderen. Belangrijke factor binnen het beleidskader Stadsbos013 was dat de ontwikkeling van dit gebied plaats moet vinden door initiatieven van onderop. In het kader van Stadsbos013 hadden de initiatiefnemers daarom hun plannen voor het perceel ingediend. Wanneer in beleid – zoals Stadsbos013 – wordt opgenomen dat een bepaald gebied ontwikkeld dient te worden naar aanleiding van burgerini-

696. Zie de overzichtsannotatie: één jaar Didam-arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448, AB 2022/338 m.nt. A.H.J. Hofman.

697. Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163.

698. Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962. Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887.

699. Rb. Zeeland-West-Brabant, 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882. Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163. Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584. Zie voor meer voorbeelden de eerder genoemde overzichtsannotatie: AB 2022/338 m.nt. A. H.J. Hofman.

700. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6.

701. Natuurgebied aan de rand van Tilburg dat een plek moet zijn om te ontspannen, recreëren, en een verbinding moet zijn tussen de verschillende Tilburgse parken en de stad. Het is de bedoeling dat de ontwikkeling van Stadsbos013 van 'onderop' plaatsvindt: <https://stadsbos013.nl/info#over>.

tiatieven dan wordt hiermee in feite een voorkeur uitgesproken voor burgerinitiatieven. Naast de initiatiefnemers waren er echter ook andere gegadigden voor het perceel in kwestie. Deze derden hadden echter geen initiatief ingediend op basis van Stadsbos013 en wilden volgens de gemeente enkel hun eigen tuin vergroten door het beschikbare perceel samen te voegen met hun eigen perceel. De gemeente Tilburg wist dat deze derden het perceel wilden kopen, maar ging desondanks niet over tot het bieden van mededingingsruimte. Volgens de gemeente waren deze derden geen serieuze gegadigden, omdat zij niet bij wilden dragen aan de doelstellingen van Stadsbos013 en daartoe ook nooit een initiatief hadden ingediend. Het plan van de initiatiefnemers paste daarentegen weldegelijk binnen deze kaders en droeg bovendien bij aan andere beleidsdoelstellingen van de gemeente. In de ogen van de gemeente Tilburg was er dan ook maar één serieuze gegadigde: de initiatiefnemers.

“Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de gemeente tegen deze achtergrond genoegzaam gemotiveerd dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria de [initiatiefnemer ED] de enig serieuze gegadigde is voor het [perceelnummer 4]. Van de gemeente kan ook niet geveerd worden dat zij in dit geval een omvangrijke en arbeidsintensieve openbare verkoopprocedure moet volgen die niet in verhouding staat tot de grootte en de waarde van het perceel.”⁷⁰²

Dat er met enige regelmaat een geslaagd beroep op de één serieuze gegadigde-uitzondering uit het Didam-arrest wordt gedaan, is goed nieuws voor burgerinitiatieven. Uit het aanbestedingsrecht is immers bekend dat initiatieven moeite hebben met het doen van een kansrijke inschrijving. Hoewel de mededingingsruimte uit het Didam-arrest niet inhoudt dat er een aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd, bestaat één van de verdeelprocedures wel uit de tenderprocedure die in het aanbestedings- en subsidierecht regelmatig voorkomen. Zoals naar voren is gekomen in de voorgaande hoofdstukken ondervinden burgerinitiatieven de nodige problemen bij deze selectiemethode, omdat in de (gunnings)criteria onvoldoende rekening wordt gehouden met de maatschappelijke meerwaarde die burgerinitiatieven leveren.

Terug naar Middelland. De verkoop en de bijbehorende korting zijn ingegeven vanwege het maatschappelijke karakter van het vastgoed – een voormalige school – en de maatschappelijke activiteiten en waarde die Middelland levert. Niet is gezegd dat andere partijen zulke waarde niet eveneens kunnen leveren, of geïnteresseerd (kunnen) zijn in Het Kwartier. Burgerinitiatieven hebben namelijk geen patent op het verrichten van maatschappelijke activiteiten of het creëren van maatschappelijke meerwaarde. Wanneer geen gebruik kan worden gemaakt

702. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882.

van de één-serieuze-gegadigde-uitzondering en er dus mededingingsruimte moet worden geboden, is het de vraag op welke manier dit moet worden gedaan. Dat kan door een vergelijkende toetst (tender), loten, veilen of een systeem van wie-het-eerst-komt-het-eerst-maakt.⁷⁰³ Omdat de gemeente het maatschappelijk karakter van Het Kwartier wil bestendigen komt de tender het meest in aanmerking. Nadeel hiervan is dat het een prijzige en tijdrovende selectieprocedure is.⁷⁰⁴

Wanneer er dus mededingingsruimte moet worden geboden bij de selectie van een koper beschikt de gemeente wel over de nodige beleidsruimte. Bij het verder inkleuren van deze beleidsruimte vereist de HR wel dat de criteria objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn. Drahmans wees er in haar annotatie al specifiek op dat onder deze beleidsruimte ook kan worden verstaan dat alleen een sociale onderneming in aanmerking komt.⁷⁰⁵ Drahmans heeft het met deze voorspelling bij het rechte eind gehad. Zo blijkt uit de hiervoor besproken uitspraak over de verkoop van een perceel aan een burgerinitiatief in Tilburg. In deze zaak speelde immers mee dat het gebied waarin het perceel lag ontwikkeld diende te worden ontwikkeld naar aanleiding van initiatieven van burgers, waardoor er al een voorkeur werd uitgesproken voor burgerinitiatieven.⁷⁰⁶ Wil Middelland als winnaar uit de bus kunnen komen in een verdeelprocedure dan zullen criteria of beleid opgesteld moeten worden die rekening houden met het speciale karakter van burgerinitiatieven. Daarbij kan, naast het door Drahmans al genoemde criterium, ook worden gedacht aan criteria als het verrichten van maatschappelijke activiteiten in Het Kwartier, het betrekken van omwonenden of de relevante doelgroep bij het beheer en/of de (maatschappelijke) activiteiten die de potentiële koper aanbiedt. Criteria die een averechts effect zullen hebben op de kansen van Middelland zijn criteria waarbij alleen rekening worden gehouden met economische waarden en *past performance* zoals het eerder hebben uitgebaat van een evenementenlocatie of buurthuis.⁷⁰⁷ Welke criteria er ook worden gesteld, de overheid zal steeds moeten kunnen motiveren waarom zij voor deze criteria kiest. Gezien het karakter van Het Kwartier zijn maatschappelijke criteria goed voorstelbaar.

7.4.6 Tussenconclusie

Er zijn binnen de wettelijke kaders dus mogelijkheden om Het Kwartier met een flinke korting te verkopen. Sinds Didam kan daarbij echter niet langer zonder meer direct met Middelland in zee worden gegaan. Dat is nadelig voor zowel het

703. *Gst.* 2022/45, annotatie A. Drahmans bij Didam. Zie ook: Knook 2022.

704. In Buijze 2022 p. 36-57, wordt ingegaan op diverse verdeelmethodes en hun sterke en zwakke punten.

705. *Gst.* 2022/45, annotatie A. Drahmans bij Didam.

706. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882, r.o. 5.4.

707. Zie over het terug laten komen van maatschappelijke meerwaarde in tenders ook hoofdstuk 4.

burgerinitiatief als de overheid. Ook overheden kunnen graag zien dat vastgoed een maatschappelijke functie blijft houden. Waren de obstakels vóór Didam voornamelijk financieel van aard, met de mededingingsnorm is hier, wanneer geen gebruik van de ‘één-gegadigde-uitzondering’ kan worden gemaakt een extra horde bijgekomen. Wanneer sprake is van de verkoop van een schaarse onroerende zaak moet er, behoudens uitzonderingsgevallen, mededingingsruimte worden geboden. Of burgerinitiatieven een kans maken om als koper uit de bus te komen is afhankelijk van de verdeelprocedure en eisen die de overheid stelt. Een bekend knelpunt uit het aanbestedingsrecht is dat bij het vaststellen van gunningsvoorwaarden en -criteria onvoldoende rekening wordt gehouden met het karakter van burgerinitiatieven waardoor zij achter het net vissen.⁷⁰⁸ Hetzelfde zal gebeuren als overheden niet optimaal gebruikmaken van hun beleidsruimte. Daar staat tegenover dat gebouwen ook niet zonder meer aan een ander verkocht kunnen worden. Wederom een knelpunt bij het verstrekken van (overheids)opdrachten is dat burgerinitiatieven lang niet altijd op de hoogte zijn van het feit dat er een (overheids)opdracht op de markt komt. Zij komen hier pas achter ná de gunning als openingstijden veranderen of voorzieningen niet langer (bij dezelfde aanbieder) beschikbaar zijn.⁷⁰⁹ Nu ook bij verkoop van schaarse onroerende goederen in beginsel mededinging moet worden geboden, kunnen zij dus meedingen naar gebouwen die anders onderhands van eigenaar zouden wisselen. Hoeveel kans zij daarbij maken is, wanneer zij redelijkerwijs niet de enige koper zijn en dus geen gebruik kunnen maken van de uitzondering uit het Didam-arrest, als gezegd afhankelijk van de selectiecriteria en, in geval van loting, geluk.

7.5

SLOTBESCHOUWING EN STAPPENPLAN

Uit paragraaf 7.4 blijkt dat er binnen de juridische kaders mogelijkheden zijn om vastgoed goedkoper beschikbaar te stellen aan burgerinitiatieven. Volgens sommigen zou niet binnen de kaders de speelruimte moeten worden gezocht, maar juist daarbuiten.⁷¹⁰ Zo zou er heel anders gedacht moeten worden over de waardering van maatschappelijk vastgoed en de waarden die burgerinitiatieven leveren. De knelpunten waarmee burgerinitiatieven te maken krijgen wanneer zij vastgoed willen verkrijgen zijn tweeledig. Ten eerste zijn er de financiële moeilijkheden; de aankoopprijs moet zodanig zijn dat ondanks het hybride businessmodel onafhankelijke(re) uitbating mogelijk is. Daarnaast speelt sinds het Didam-arrest het obstakel dat het initiatief ook als koper uit de bus moet komen.

In de inleiding kwamen al twee instrumenten aan bod die in het Verenigd Koninkrijk worden ingezet om (maatschappelijk) vastgoed beschikbaar te stellen aan bur-

708. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, hoofdstuk. 4. Platform 31 2016.

709. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, p. 24-25.

710. Lengkeek en Specht 2021.

gerinitiatieven: Het Right to Bid (R2B) en de Community Asset Transfer (CAT). De CAT zorgt ervoor dat overheidsvastgoed onder de marktprijs kan worden verkocht en is binnen de Nederlandse situatie al mogelijk zo blijkt uit de vorige paragraaf. Voor het R2B geldt dat niet. Feitelijk gezien komt het R2B neer op een eerste recht van koop dat niet verenigbaar is met de mededingingsnorm uit Didam.⁷¹¹ Dat betekent niet dat het Didam-arrest met zich brengt dat burgerinitiatieven niet alsnog de preferente koper kunnen zijn. Als gezegd biedt het Didam-arrest de nodige beleidsruimte. Gemeenten kunnen van deze ruimte gebruikmaken door – mits objectief, redelijk en toetsbaar gemotiveerd – in hun beleid op te nemen dat zij de voorkeur geven aan burgerinitiatieven of andere maatschappelijke partijen als sociale ondernemers.⁷¹² In dat geval wordt er dus in het voordeel van burgerinitiatieven een ongelijke situatie gecreëerd; op basis van de aan het bestuursorgaan toekomende beleidsruimte zijn alle andere partijen namelijk niet langer gelijk aan burgerinitiatieven. Pas wanneer er twee of meer burgerinitiatieven hun oog hebben laten vallen op het object in kwestie zal dan mededingingsruimte moeten worden gecreëerd. De gedachte achter het R2B – burgerinitiatieven een preferente positie geven bij de aankoop van vastgoed – kan dus al grotendeels⁷¹³ worden gerealiseerd binnen de kaders van Didam.

Waar het Didam-arrest niets aan verandert is de omstandigheid dat de schaarse onroerende zaak betaald moet worden. Het belangrijkste knelpunt, het niet kunnen ophoesten van de marktwaaarde, blijft dus intact en bestaat los van de vraag of er mededingingsruimte moet worden geboden. Om aan het financiële knelpunt tegemoet te komen, moeten overheden bereid zijn om korting te geven op de aanschafprijs, gunstige leningen te verstrekken of andere maatregelen te nemen die ertoe leiden dat aanschaf en exploitatie mogelijk worden gezien het hybride businessmodel van burgerinitiatieven. Of overheden hiertoe bereid zijn en hoe gunstig de voorwaarden kunnen worden, is uiteindelijk een politieke en beleidsmatige keuze. Onder aan de streep betekent het geven van korting namelijk een waardering van de maatschappelijke meerwaarde die het initiatief in kwestie levert. Hoeveel is de gemeente bereid te ‘geven’ voor het behouden van het maatschappelijke karakter van maatschappelijk vastgoed, de verbetering van de sociale infrastructuur, het begeleiden van lastige doelgroepen naar betaald werk, of waar het burgerinitiatief zich ook maar op toelegt? Voor gemeenten die willen én durven is de ruimte er in ieder geval wel al. Daarbij moeten achtereenvolgens de volgende stappen worden gezet:

711. Tenzij er uiteraard geen sprake is van schaarste of er gebruik kan worden gemaakt van een andere uitzondering waardoor geen mededingingsruimte moet worden geboden.

712. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882. *Gst.* 2022/45, annotatie A. Drahmman bij Didam.

713. Grotendeels, omdat R2B in het Verenigd Koninkrijk ook ziet op particulier eigendom.

1. Ga na of bij de selectie van de koper mededingingsruimte moet worden geboden. Zo ja, zorg ervoor dat burgerinitiatieven een (goede) kans maken.

De hoofdregel uit het Didam-arrest zegt dat ook bij de verkoop van schaarse onroerende zaken potentiële gegadigden de ruimte moet krijgen om het schaarse object te verwerven.⁷¹⁴ Knook behandelt in een recente publicatie het stappenplan dat uit het Didam-arrest volgt. Achtereenvolgens moet worden beoordeeld of er (I) sprake is van schaarste, (II) er reden is om géén mededingingsruimte te bieden, bijvoorbeeld omdat er maar één serieuze gegadigde is (III) moet een selectieprocedure worden gekozen en (IV) moet worden bepaald hoe transparantie kan worden geboden.⁷¹⁵

Ervan uitgaande dat overheden de verkrijging van vastgoed door burgerinitiatieven willen bevorderen, is het van belang dat zij gebruikmaken van de aan hen toekomende beleidsruimte. Bijvoorbeeld door vast te leggen dat burgerinitiatieven of sociale ondernemers de voorkeur verdienen. In dat geval hebben deze partijen al een streepje voor op ‘gewone’ ondernemingen waardoor er mogelijk geen verdeelprocedure hoeft te worden gestart. Wanneer een dergelijk beleid niet voorhanden is en de mededingingsruimte door middel van een tender wordt geboden, is het mogelijk deze zodanig in te richten dat burgerinitiatieven alsnog een (goede) kans maken. In hoofdstuk 4 is ingegaan op het incorporeren van maatschappelijke meerwaarde in tenderprocedures.

2. Ga na wat de mogelijkheden zijn met het oog op staatssteun.

Wanneer het initiatief als koper is geselecteerd, is het tijd voor de financiële afhandeling. Er zijn mogelijkheden om burgerinitiatieven financieel tegemoet te komen zonder in strijd met het staatssteunrecht te handelen. Hoewel het afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval, zijn er goede redenen om aan te nemen dat de verkoop van overheidsvastgoed onder de marktwaarde⁷¹⁶ aan burgerinitiatieven kan worden gezien als lokale steun. Daarnaast zijn er ook mogelijkheden onder de de-minimis-richtlijn en de AGVV. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de AGVV⁷¹⁷ geldt het staatssteunrecht. De Wet M&O is in dat geval niet van toepassing, waardoor de derde stap kan worden overgeslagen.

Ook wanneer er geen algemeenbelangbesluit moet worden genomen, dient de overheid rekening te houden met de concurrentiebelangen van ondernemers die

714. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6, AB 2022/11 m.nt. F.J. van Ommeren. *Gst.* 2022/45, m.nt. A. Drahmman (Didam).

715. Knook 2022.

716. Anders dan bij de Wet M&O, gaat het in het staatssteunrecht dus niet om de kostprijs.

717. Of een andere verordening.

zich in dezelfde markt als het burgerinitiatief bevinden. Ook wanneer geen sprake is van staatssteun kan de overheid immers aansprakelijk worden gesteld wanneer zij onvoldoende rekening houdt met deze belangen.⁷¹⁸

3. Ga na of het mogelijk is om een algemeenbelangbesluit te nemen

Wanneer het staatssteunrecht niet van toepassing is, is de wet M&O dat wel. Wanneer het de bedoeling is om panden onder de kostprijs te verkopen, moet een algemeenbelangbesluit worden genomen. Bij *verhuur* kon deze route tot voor kort worden omzeild met een exploitatiesubsidie. Aangezien structurele, algemene, exploitatiebijdragen ook mogen worden meegenomen bij het berekenen van de integrale kosten, kan deze route niet zonder meer worden gebruikt.⁷¹⁹

718. Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (De Stolp).

719. CBb 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507 r.o. 13.