

Staatssteun en onteigening: wanneer is volledige schadeloosstelling toegestaan?



Aan de hand van recente jurisprudentie komt in dit artikel aan bod of een volledige schadevergoeding op onteigeningsbasis kan worden overeengekomen in een minnelijke eigendomsoverdracht van onroerend goed zonder dat daarbij sprake is van (onrechtmatige) staatssteun.

1. Inleiding

Op 1 juli 2015 en 16 december 2015 heeft de Rechtbank Noord-Nederland twee vonnissen gewezen die voor de grondverwervingspraktijk van groot belang kunnen zijn.¹ De zaak heeft betrekking op een geschil tussen de Gemeente Harlingen (hierna: de gemeente) en de vloerenfabriek, Spaansen Holding BV (hierna: Spaansen). Teneinde woningbouw mogelijk te maken had de gemeente de grond gekocht waarop de vloerenfabriek stond. De gemeente had voor de grond meer betaald dan de marktwaarde. Volgens de rechtbank was dat in strijd met de staatssteunregels. Spaansen meende aanspraak te kunnen maken op volledige schadeloosstelling omdat met de verkoop aan de gemeente was ingestemd ter voorkoming van onteigening. Dit verweer wordt door de rechtbank verworpen. In dit artikel bespreken wij aan de hand van deze casus de samenhang tussen staatssteun en onteigening. Daarbij gaan wij eerst kort op de casus in, waarna wij achtereenvolgens de relevante staatssteun- en onteigeningsaspecten die bij deze casus een rol spelen bespreken. De verkregen inzichten worden vervolgens op de casus toegepast en gespiegeld aan het tussenvonnis van de rechtbank. Daarbij staat de vraag centraal vanaf welk moment in een minnelijke regeling een volledige schadeloosstelling op onteigeningsbasis kan worden overeengekomen zonder dat daarbij sprake is van (onrechtmatige) staatssteun.

2. De casus Harlingen

Spaansen was eigenaar van een perceel grond (hierna: het Spaansen-terrein) aan de Kanaalweg te Harlingen. Een dochteronderneming van Spaansen exploiteerde daar een vloerenfabriek. De Gemeente Harlingen, een private ontwikkelaar en Spaansen hebben vanaf 2003 gesproken over verkoop van het Spaansen-terrein ten behoeve van woningbouw die door de ontwikkelaar zou worden gerealiseerd. De tussen partijen gevoerde onderhandelingen hebben niet tot overeenstemming geleid, omdat Spaansen en de ontwikkelaar het niet eens konden worden over de

verkoop(prijs) van het Spaansen-terrein. Begin 2008 deelde Spaansen de gemeente mee dat zij – nu de onderhandelingen niet tot resultaat hadden geleid – zich zou gaan concentreren op het revitaliseren van haar locatie in plaats van op verplaatsing van de vloerenfabriek.

De Provincie Fryslân was geïnteresseerd in een deel van het Spaansen-terrein omdat een deel daarvan aangewend kon worden voor verbreding van een aangrenzende provinciale weg. Daarom liet de provincie onderzoek doen naar de staatssteunaspecten die mogelijk verbonden zouden zijn aan een (overheids)aankoop van het Spaansen-terrein. Uit dit onderzoek bleek dat een volledige schadeloosstelling op basis van onteigening van het gehele Spaansen-terrein zou neerkomen op een bedrag van € 11 210 000. De waarde van het Spaansen-terrein op basis van de geldende bedrijfsbestemming bedroeg volgens het onderzoeksrapport € 6 138 000. De provincie heeft de gemeente van de inhoud van het rapport in kennis gesteld. Aangezien het Spaansen-terrein vervuild was, heeft de gemeente onderzoek laten doen naar de kosten van sloop van de gebouwen en sanering van het terrein. Het onderzoek wees uit dat gerekend moest worden op een bedrag van € 2 547 000.

Eind 2008 werden de onderhandelingen tussen Spaansen en de gemeente nieuw leven ingeblazen. Uiteindelijk werden de gemeente en Spaansen het eens over een koopprijs voor het Spaansen-terrein van € 6 500 000. Partijen kwamen overeen dat de gemeente naast de koopprijs een bedrag van € 2 000 000 zou betalen op het moment dat Spaansen haar fabriek verplaatste of (in ieder geval) vijf jaar na de transactiedatum. De totale aankoopssom kwam derhalve uit op € 8 500 000. In de koopovereenkomst liet de gemeente optekenen het gekochte te willen aanwenden als bouwgrond voor woningbouw. Uiteindelijk werd de grond in september 2010 aan de gemeente geleverd. De gemeente betaalde aan Spaansen een bedrag van € 6 500 000. Toen Spaansen de gemeente in 2011 verzocht om ook de resterende € 2 000 000 over te maken, weigerde de gemeente dat. Volgens de gemeente staan de staatssteunregels eraan in de weg dat zij voor de grond meer betaalt dan € 6 138 000. In de procedure bij de Rechtbank Noord-Nederland vordert zij daarom een verklaring voor recht dat sprake is van onrechtmatige staatssteun die ongedaan moet worden gemaakt. In het tussenvonnis stelt de rechtbank de gemeente in het gelijk en verwerpt daarbij het verweer van Spaansen dat van

* Mr. J.W.M. Hagelaars en mr. H.C.E.P.J. Janssen zijn beiden advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen.

1. Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300, *JO* 2015/238, m.nt. H.J. Bos, *BR* 2015/95, m.nt. B. Nijhof (tussenvonnis) en Rb. Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (eindvonnis).

onrechtmatige staatssteun geen sprake is, nu de verkoop heeft plaatsgevonden ter voorkoming van onteigening. In het eindvonnis van 16 december 2015 heeft de rechtbank geoordeeld dat de overeenkomst tussen Spaans en de gemeente als gevolg van de onrechtmatige staatssteun partieel nietig is, en dat Spaans € 250 000 rente aan de gemeente terug dient te betalen. De koopovereenkomst blijft voor het overige in stand.

De casus *Harlingen* laat zien dat bij grondverwerving nadrukkelijk rekening moet worden gehouden met de staatssteunregels. De ondernemer die vrijwillig zijn grond verkoopt aan de overheid in de veronderstelling dat hij recht heeft op volledige schadeloosstelling, kan na jaren van een koude kermis thuiskomen.

3. Staatssteun en schadevergoeding

Het staatssteunrecht maakt onderdeel uit van het Europese mededingingsrecht. De basis wordt gevormd door artikel 107-109 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Uit artikel 107 lid 1 VWEU volgt dat sprake is van een steunmaatregel indien de maatregel:²

- i. wordt genomen door een staat of met staatsmiddelen wordt bekostigd;
- ii. ten goede komt aan een of meerdere bepaalde ondernemingen;
- iii. voor deze onderneming(en) een voordeel oplevert van niet-marktconforme aard;
- iv. de mededinging vervalst of dreigt te vervallen; en
- v. de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedt.

Het gaat om cumulatieve criteria. Indien aan een of meerdere criteria niet is voldaan, zijn de staatssteunregels niet van toepassing. Tenzij een beroep kan worden gedaan op een groepsvrijstelling, moet elke steunmaatregel op grond van artikel 108 lid 3 VWEU eerst bij de Europese Commissie worden gemeld. Pas nadat de Europese Commissie heeft laten weten dat de maatregel verenigbaar is met de interne markt, mag deze uitgevoerd. Een steunmaatregel is onrechtmatig indien deze niet is gemeld of de uitkomst van de meldingsprocedure niet is afgewacht.

Als uitgangspunt heeft te gelden dat compensatie die door de staat wordt toegekend wegens onteigening van activa, doorgaans niet als staatssteun wordt aangemerkt.³ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat een compensatie voor het vrijwillig aanvaarden van een nadeel een voordeel oplevert. In een dergelijk geval kan de compensatie wel degelijk staatssteun zijn.⁴

Een schadevergoeding die het directe resultaat is van de onteigening of van een daarmee gelijk te stellen overheidsingrijpen en bepaald wordt op grond van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht wordt niet als staatssteun aangemerkt.⁵ De toegekende compensatie mag overigens niet meer bedragen dan de vermogensschade die veroorzaakt wordt door het overheidsingrijpen.⁶ Onder omstandigheden kan de schadevergoeding lager uitvallen. Dit kan zich voordoen indien de schade geheel of gedeeltelijk te voorzien is geweest of als een deel van de schade voor rekening van de gedupeerde onderneming behoort te komen.⁷ Samenvattend is schadevergoeding niet als staatssteun aan te merken indien:

1. het nadeel niet vrijwillig is aanvaard;
2. er een directe relatie is tussen de schade toebrengende handeling van de overheid en het recht op vergoeding;
3. de schadevergoeding is gebaseerd op een niet selectief algemeen wettelijk beginsel;
4. het algemeen wettelijk beginsel een verplichting tot schadevergoeding meebrengt;
5. de schade niet geheel of gedeeltelijk voorzienbaar is geweest;
6. de vergoeding maximaal gelijk aan de vermogensschade of lager is.

4. Onteigening

Om de verwezenlijking van ruimtelijke ontwikkelingen te kunnen afdwingen kan de overheid, wanneer dat in het algemeen belang is, het onteigeningsinstrument inzetten.⁸ Dit wordt geregeld in de Onteigeningswet (Ow). Een succesvol doorlopen onteigeningsprocedure geeft de overheid, door inschrijving van het door de rechter uitgesproken onteigeningsvonnis, de vrije beschikking over de door haar benodigde gronden. Met onteigening wordt ingegrepen in het meest omvattende recht dat iemand op een zaak kan hebben, zijn eigendomsrecht. De Onteigeningswet voorziet tegenover de gedwongen eigendomsontneming in een *volledige schadeloosstelling* van rechthebbenden die hun rechten als gevolg van de onteigening verliezen. Een volledige schadeloosstelling omvat niet alleen de (markt)waarde van bijvoorbeeld de onteigende grond met de opstallen, maar onder omstandigheden ook een vergoeding van de door de rechthebbende geleden inkomensschade of verplaatsingskosten. Voordat de vraag kan worden beantwoord *wanneer* een onteigeningsvergoeding kan worden uitgekeerd, bespreken wij eerst kort de onteigeningsprocedure.

2. Zie voor een uitvoerige beschrijving van de communautaire staatssteunregels, M. Balhuizen & E. Janssen, 'Staatssteun en sport', *Gst.* 2003/47, p. 157-166 en H.C.E.P.J. Janssen, 'Terugvordering van onrechtmatige steun: een proces in drie fasen', *Gst.* 2010/7289, p. 57-64.
 3. HvJ EG 27 september 1988, C-106/87 (*Asteris*), r.o. 23; Gerecht EU 1 juli 2010, T-62/08 (*ThyssenKrupp*), r.o. 62 en Europese Commissie besluit van 16 juni 2004, staatssteunzaak N 304/2003 (*Akzo Nobel*), randnr. 25.
 4. Europese Commissie besluit van 11 juni 2003, staatssteunzaak N 136/2003 (*Salmon net licences buy-out scheme*), p. 2 en Europese Commissie besluit van 6 november 2013, staatssteunzaak SA.35807 (*Model-subsidieverordening natuur- en landschapsbeheer*), randnr. 30.
 5. Europese Commissie besluit van 16 juni 2004, staatssteunzaak N 304/2003 (*Akzo Nobel*), randnr. 25.
 6. Europese Commissie besluit van 20 januari 1999, staatssteunzaak C(1999)42 (*Ausgleichsleistungsgesetz*), artikel 1.
 7. Europese Commissie besluit van 24 juni 2003, staatssteunzaak C(2003)1867 (*Gemeenschappelijke richtsnoeren Land Berlin*), randnr. 47 en ABRvS 28 januari 2009, 200803297/1, ECLI:NL:RVS:2009:BH1100 (*Kokkelvisserij*), r.o. 251.
 8. De wet biedt ook ruimte voor onteigening ten name van private partijen, zoals ProRail en woningbouwverenigingen. Ten behoeve van de leesbaarheid noemen wij hierna alleen de overheid als onteigenende partij.

4.1. *Onteigeningsprocedure*

Een onteigeningsprocedure vindt plaats in twee fasen.⁹ De eerste fase is de *administratieve procedure*. In de administratieve fase beoordeelt de Kroon¹⁰ of een onroerende zaak ter onteigening kan worden aangewezen. De administratieve fase start met een verzoek van een bestuursorgaan om bepaalde onroerende zaken ter onteigening aan te wijzen. De Onteigeningswet kent verschillende onteigeningstitels. Afhankelijk van de toepasselijke titel, moet er eerst een formeel verzoekbesluit worden genomen door de onteigenende overheid. Zo moet de gemeenteraad een verzoekbesluit nemen indien voor de uitvoering van een bestemmingsplan (titel IV Ow) dat de gemeente wil uitvoeren een onteigening noodzakelijk is. Een verzoekbesluit op grond van titel IV Ow kan worden genomen vanaf het moment dat het bestemmingsplan waarvoor men wil onteigenen is vastgesteld. Het verzoekbesluit kan dus op zijn vroegst worden genomen tijdens de raadsvergadering waarin ook het bestemmingsplan is vastgesteld.

4.2. *Awb*

Op de behandeling van een onteigeningsverzoek door de Kroon is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing. De Kroon toetst het onteigeningsverzoek aan verschillende criteria, waaronder de *onteigeningsnoodzaak*. Onteigening is een ultimatum remedium en kan alleen worden ingezet indien de overheid er niet in slaagt om de benodigde onroerende zaken minnelijk te verwerven. De verplichting tot minnelijk overleg is in de Onteigeningswet (artikel 17 Ow) alleen geregeld voor zover het de *gerechtelijke fase* betreft. Desalniettemin is het vaste Kroonjurisprudentie¹¹ dat de onteigenende overheid ook vóór indiening van het onteigeningsverzoek een serieuze poging moet wagen om er minnelijk met de rechthebbende(n) uit te komen. Indien de overheid onvoldoende (serieuze) pogingen heeft ondernomen om de benodigde onroerende zaken minnelijk te verwerven wordt niet aan het noodzaakvereiste voldaan. Het onteigeningsverzoek wordt dan afgewezen.

Indien de Kroon het onteigeningsverzoek toewijst worden de te onteigenen percelen of perceelgedeelten bij koninklijk besluit ter onteigening aangewezen. Nadat de onteigenende overheid nogmaals een serieuze poging heeft ondernomen om de te onteigenen onroerende zaken minnelijk te verwerven kan de tweede fase, de gerechtelijke onteigeningsprocedure, worden gestart. Op voordring van de onteigenende partij spreekt de burgerlijke rechter, indien aan alle formaliteiten is voldaan, de onteigening uit. Bij een onteigening ter uitvoering van een bestemmingsplan moet het bestemmingsplan onherroepelijk zijn voordat de rechtbank uitspraak doet. Nadat de onteigening is uitgesproken procederen partijen verder over de hoogte van de schadeloosstelling.

Voordat het tot onteigening komt moet de onteigenende overheid dus – op straffe van afwijzing van het onteigeningsverzoek door de Kroon dan wel niet-ontvankelijk verklaring in de gerechtelijke fase – verschillende pogingen hebben gedaan om de benodigde onroerende zaken minnelijk te verwerven: eerst voordat de administratieve fase wordt gestart en vervolgens ook nog voor de aanvang van de gerechtelijke fase. In veel gevallen blijven partijen overigens gedurende het hele traject met elkaar in gesprek, zodat bijvoorbeeld hangende de administratieve fase alsnog overeenstemming wordt bereikt. In het geval van een onteigening door een gemeente, ter uitvoering van een bestemmingsplan, moet de gemeenteraad zich er dus van vergewissen dat voldoende minnelijk overleg heeft plaatsgevonden, alvorens zij besluit de Kroon te verzoeken de te verwerven percelen ter onteigening aan te wijzen.

4.3. *Onteigening en planologie*

Uit het voorgaande blijkt dat er een verwevenheid bestaat tussen de onteigeningsprocedure en de onderliggende planologie,¹² terwijl op verschillende momenten in de procedure minnelijk overleg moet plaatsvinden. Aangezien het mogelijk is dat een gemeenteraad tijdens dezelfde raadsvergadering besluit over het bestemmingsplan waarvoor onteigend moet worden, ook besluit over het onteigeningsverzoek, kan de gemeente gehouden zijn al minnelijk overleg te voeren op het moment dat het bestemmingsplan nog niet is vastgesteld. In de gerechtelijke fase kan de dagvaarding al worden uitgebracht voordat het bestemmingsplan waarvoor onteigend wordt onherroepelijk is. Het minnelijk overleg dat daaraan vooraf gaat hoeft dus niet plaats te vinden tegen de achtergrond van een onherroepelijk bestemmingsplan. In de praktijk komt het niet zelden voor dat onteigenden pas willen overleggen nadat het planologische traject is afgerond, maar dat zij zich geconfronteerd zien met een overheid die op het onherroepelijk worden van de planologische besluiten niet wil – en ook niet hoeft te – wachten. Het planologische traject en de onteigeningsprocedure kunnen dus grotendeels parallel lopen.

Indien het tot een inschrijving van het onteigeningsvonnis komt, heeft de onteigende een wettelijk recht op volledige schadeloosstelling, die – als partijen het daarover niet eens zijn – door de rechter wordt vastgesteld. Voorwaarde voor het succesvol doorlopen van een onteigeningsprocedure is echter – onder andere – dat de onteigenende overheid een aantal pogingen heeft gedaan om de te onteigenen onroerende zaken minnelijk te verwerven. Het ligt in de rede dat partijen bij de onderhandelingen uitgaan van een volledige schadeloosstelling. Immers, dat is waarop een onteigende in een gerechtelijke procedure uiteindelijk ook aanspraak heeft.

9. In de nieuwe Omgevingswet gaat dit stelsel er waarschijnlijk anders uitzien, zie de Kamerbrief van de Minister van IenM d.d. 25 november 2015, *Kamerstukken II* 2015/16, 27581, 53.

10. In de praktijk wordt de beoordeling uitgevoerd door de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat te Utrecht.

11. Zie onder meer het besluit van 30 september 2013, nr. 13.002035 (Waddinxveen), *Stcr.* 6 november 2013, 29272.

12. Voor titel II geldt dit in mindere mate dan voor titel IV van de Onteigeningswet. Zie daarover uitgebreid: W.J. Bosma, 'Onteigening en planologie: een (on)samenhangend geheel?', in: E.W.J. de Groot & R.D. Harteman (red.), *Bijzonder geschied voor het werk* (H.J.M. van Mierlo Bundel), z.p.: IBR 2012, p. 19-30. Wij gaan in het vervolg van dit artikel alleen in op de bestemmingsplanontteigening.

Samenvattend kunnen de navolgende onteigeningsfasen worden onderscheiden:

1. het koninklijk besluit tot aanwijzing ter onteigening is genomen;
2. de overheid heeft verzocht om een koninklijk besluit tot onteigening;
3. de ruimtelijke plannen voor de uitvoering waarvan kan worden onteigend zijn genomen (titel IV Ow) of zijn ter inzage gelegd (titel II Ow), zodat om een koninklijk besluit tot onteigening verzocht kan worden; en
4. er wordt een planwijziging voorbereid, of er bestaat een voornemen daartoe, maar er is nog geen juridisch (ontwerp)besluit.

5. Staatssteun en volledige schadevergoeding in het kader van een onteigening

Bij onteigening bestaat een directe relatie tussen schadeveroorzakende handeling (onteigening) en het recht op de schadeloosstelling. Van het vrijwillig aanvaarden van een nadeel is geen sprake. Bij een volledig doorlopen onteigeningsprocedure ligt er een rechterlijk vonnis. De volledige schadeloosstelling wordt in de Onteigeningswet geregeld. Het voordeel is niet selectief, iedereen die onteigend wordt heeft recht op compensatie en deze compensatie is niet hoger dan volledige vermogensschade. Dit betekent dat volledige schadeloosstelling in het kader van een onteigening niet als staatssteun is aan te merken.

Hiervoor hebben wij uiteengezet dat een onteigeningsprocedure lang niet altijd doorlopen wordt. In het licht van de casus *Harlingen* rijst de vraag dan vanaf welk moment in de onteigeningsprocedure ‘staatssteunproof’ afspraken kunnen worden gemaakt over de volledige schadeloosstelling zonder in strijd te handelen met de staatssteunregels.

Het dichtst bij onteigening komen de onderhandelingen die plaatsvinden nadat het koninklijk besluit tot onteigening is genomen. In deze situatie is naar ons oordeel onteigening voldoende voorzienbaar, ook als het bestemmingsplan nog niet onherroepelijk is geworden. De (potentieel) onteigende kan ondanks dat immers al in een gerechtelijke onteigeningsprocedure worden betrokken. Een stap verder weg ligt het minnelijk overleg dat plaatsvindt na het verzoek aan de Kroon om gronden ter onteigening aan te wijzen, maar voordat het koninklijk besluit is genomen. Ook in deze situatie zijn wij van oordeel dat onteigening voldoende voorzienbaar is. De onteigenende overheid heeft immers al duidelijk laten merken dat zij daadwerkelijk bereid is om het onteigeningsinstrument als ultimum remedium in te zetten. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op het besluit van de Europese Commissie in de zaak *Nedalco*.¹³

‘Om te beginnen merkt de Commissie op dat wanneer een schadevergoeding voor een onteigening wordt toegekend, normaliter moet worden uitgesloten dat er sprake is van een voordeel. Omdat de betaling immers enkel bedoeld is als evenredige compensatie voor schade die de ontvanger ten gevolge van de onteigening heeft geleden

en die voor iedere onderneming in dezelfde omstandigheden en onder gelijke voorwaarden beschikbaar zou zijn, vormt een wettelijke onteigening voor de onteigende partij normaal gezien geen selectief voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Dezelfde redenering geldt in de gevallen waarin de overheid, zonder gebruik te maken van de formele onteigeningsprocedure, in het algemeen belang de verplaatsing van een onderneming wil vergemakkelijken en de onderneming met het oog daarop een schadevergoeding toekent die wordt berekend conform de onteigeningswetgeving of andere algemeen toepasbare regels inzake vergoeding van schade die als gevolg van handelingen van de overheid is geleden.’

Weer een stap verder weg liggen de onderhandelingen die voorafgaan aan het verzoek aan de Kroon tot aanwijzing ter onteigening. Als er al een bestemmingsplan is vastgesteld kan daaruit wellicht worden opgemaakt dat de onteigenende overheid tot onteigening bereid is. Immers, in het bestemmingsplan moet de uitvoerbaarheid daarvan aan de orde komen. Een van de vragen die bij de uitvoerbaarheid aan de orde komt is de vraag hoe de gemeente ervoor gaat zorgen dat het bestemmingsplan – voor zover dat in nieuwe ontwikkelingen voorziet – daadwerkelijk gerealiseerd wordt, ook op de gronden die niet bij haar in eigendom zijn. Aangezien een bestemmingsplan in beginsel uitgaat van *toelatingsplanologie* (een eigenaar kan niet worden gedwongen om zelf een nieuwe bestemming te realiseren) dient de gemeenteraad zich bij de vaststelling van het bestemmingsplan al de vraag te stellen of de gemeenteraad desnoods bereid is om tot onteigening over te gaan om het plan te verwezenlijken. Als dat zo is wordt daarvan melding gemaakt in de plantoelichting. In het geval dat de raad zich niet bereid verklaart om zo nodig het onteigeningsinstrument in te zetten en bovendien blijkt dat realisatie van het plan niet op andere wijze is geborgd, is de kans groot dat het bestemmingsplan na een eventueel beroep van een eigenaar bij de Raad van State onderuitgaat. Blijkt uit de plantoelichting van een vastgesteld bestemmingsplan daarentegen dat de raad bereid is om het onteigeningsinstrument in te zetten, dan is een onteigening naar ons oordeel voldoende voorzienbaar om met een eigenaar in de minnelijke sfeer afspraken te maken over volledige schadeloosstelling, zonder dat er sprake is van staatssteun.

De fase hiervoor laat zich kenmerken door de omstandigheid dat er nog geen bestemmingsplan is vastgesteld op basis waarvan uiteindelijk onteigend kan worden. Er is (dus) ook nog geen verzoek gedaan aan de Kroon om onroerende zaken ter onteigening aan te wijzen. Toch kan er op dit moment al wel de noodzaak bestaan voor de onteigenende overheid om minnelijk overleg te voeren. Bijvoorbeeld in de situatie dat de onteigenende overheid haast heeft en tegelijkertijd over de vaststelling van het bestemmingsplan en de onteigening wil besluiten. Daarbij moet worden bedacht dat achteraf wellicht eenvoudig(er) kan worden vastgesteld dat de onteigening inderdaad aanstaande was, maar dat dat op het moment van minnelijk overleg nog verre van duidelijk is. Op het moment van onderhandelen – terwijl er nog geen bestemmingsplan

13. Europese Commissie besluit van 2 oktober 2013, staatssteunzaak SA.32225 (*Nedalco*), randnr. 29.

is vastgesteld – weet men nooit zeker of het er überhaupt wel van gaat komen, zeker wanneer in een vroeg stadium wordt gestart met de onderhandelingen. Hier bevindt zich dus een spanningsveld. Enerzijds moet, voor afspraken over volledige schadeloosstelling, onteigening voldoende voorzienbaar zijn. Anderzijds kan een overheid die voornemens is het onteigeningsinstrument in te zetten niet altijd wachten met onderhandelen totdat de plannen door het bevoegde orgaan zijn vastgesteld, laat staan tot ze onherroepelijk zijn geworden. Achteraf kan het dan heel lastig zijn om te beoordelen of er wel ‘zicht op onteigening’ was. Wat als door veranderende economische omstandigheden alsnog de stekker uit een woningbouwproject wordt getrokken en het bestemmingsplan niet meer wordt vastgesteld? Is er dan achteraf bezien nooit sprake geweest van een voldoende voorzienbare onteigening? Wij menen van niet. Wat ons van doorslaggevend betekenis lijkt te zijn is op de eerste plaats dat het initiatief voor een verwerving bij de overheid ligt en dat er op het moment dat er overeenstemming werd bereikt over de minnelijke verwerving concrete plannen waren die voorzagen in een bestemmingswijziging ter plaatse.¹⁴ Op dat moment moet de overheid op de tweede plaats ook de bedoeling hebben gehad om daadwerkelijk gebruik te maken van de bevoegdheden uit hoofde van de Onteigeningswet. Steun voor deze redenering vinden wij in het besluit van de Europese Commissie in de eerdergenoemde *Nedalco*-zaak.¹⁵ Dat de te onteigenen partij (nog) niet gedwongen kan worden mee te werken aan de overdracht van de grond is niet relevant.¹⁶

6. Toepassing op de casus Harlingen

In het tussenvonnis komt de Rechtbank Noord-Nederland tot de conclusie dat de regeling tussen Spaansen en de gemeente verboden staatssteun oplevert. In dit artikel gaan wij uitsluitend in op de vraag of Spaansen als gevolg van de volledige schadevergoeding een selectief voordeel heeft ontvangen. De overige criteria voor staatssteun laten wij buiten beschouwing.

Het aspect in het tussenvonnis waar wij op focussen is het oordeel van de rechtbank dat er geen sprake was van een voldoende voorzienbare onteigening. De rechtbank komt tot die conclusie op basis van de volgende – sterk verkort weergegeven – vaststellingen:

- de gemeente heeft geen onteigeningsbesluit genomen noch het voornemen geuit om tot onteigening over te gaan indien minnelijke overeenstemming uit zou blijven;
- in de onderhandelingen is niet naar een eventuele onteigening verwezen;
- de koopovereenkomst kent geen verwijzing naar een volledige schadeloosstelling op basis van de Onteigeningswet;
- een op handen zijnde onteigening verdraagt zich niet met de mededeling van Spaansen dat zij zich zou richten op revitalisering van haar complex;

- het initiatief tot verwerving lag aanvankelijk bij private partijen, kennelijk was onteigening niet nodig om tot woningbouw te komen;
- er lag geen concreet planologisch voornemen ten grondslag aan de overeenkomst.

Toegegeven, dat in de onderhandelingen niet expliciet lijkt te zijn gesproken over een mogelijke onteigening en dat daarnaar in de koopovereenkomst niet is verwezen maakt de stelling van Spaansen, dat er sprake was van een overeenkomst ter voorkoming van onteigening, niet sterker. Desalniettemin valt er in het licht van de vorige alinea's naar ons oordeel het nodige af te dingen op de argumenten die de rechtbank noemt.

In de eerste plaats staat – als wij het tussenvonnis goed lezen – niet ter discussie dat de gemeente het Spaansen terrein heeft aangekocht om aldaar woningbouw te kunnen realiseren of in ieder geval tot herontwikkeling van het terrein over te gaan. Sterker nog, uit het eindvonnis kan worden opgemaakt dat de gemeente de grond juist nodig stelt te hebben voor de genoemde herontwikkeling. In de koopovereenkomst is bovendien opgenomen dat de gemeente voornemens was het gekochte te gaan gebruiken als bouwgrond voor woningbouw, ‘zults in het kader van het/de in ontwikkeling zijnde/komende bestemmingsplan(nen) ter plaatse’. Dat er nog geen bestemmingsplan was vastgesteld en er (dus?) nog geen onteigeningsbesluit was genomen doet er wat ons betreft geenszins aan af dat een bestemmingswijziging wel degelijk in het vooruitzicht was gesteld door de gemeente. Daarbij ligt het wijzigen van het bestemmingsplan bij uitstek in de invloedssfeer van de gemeente. Tegelijkertijd stond vast dat Spaansen die nieuwe bestemming niet zelf zou gaan realiseren. Indien de gemeente woningbouw ter plaatse op enig moment had willen afdwingen was zij dus aangewezen op minnelijke overeenstemming met Spaansen of, te zijner tijd, een onteigeningsprocedure.

Dat – in de tweede plaats – het initiatief tot herontwikkeling van het terrein aanvankelijk bij private partijen lag, legt wat ons betreft nauwelijks gewicht in de schaal. Juist toen de marktpartijen er met Spaansen niet uitkwamen en Spaansen de gemeente meedeelde het fabrieksterrein te willen revitaliseren, verscheen de gemeente ten tonele. Kennelijk vond zij de herontwikkeling van het terrein te belangrijk om niet met Spaansen in zee te gaan. Een dergelijke gang van zaken doet zich overigens heel vaak voor. Op het moment dat marktpartijen er niet in slagen een wenselijk geachte ruimtelijke ontwikkeling te realiseren komt de overheid in beeld die eerst onderhandelt en daarna zo nodig het onteigeningsinstrument inzet teneinde de grond vervolgens aan de ontwikkelende marktpartij te kunnen verkopen. Dat een ontwikkeling aanvankelijk ook door marktpartijen zou kunnen worden gerealiseerd wil dus geenszins zeggen dat onteigening niet realistisch was.

14. Naar ons idee zou het daarbij ook kunnen gaan om (bijvoorbeeld) een structuurvisie of een voorontwerpbestemmingsplan.

15. Europese Commissie besluit van 2 oktober 2013, staatssteunzaak SA.32225 (*Nedalco*), randnr. 38-39.

16. Europese Commissie besluit van 20 december 2006, staatssteunzaak N 575/2005 (*Autodemontagebedrijf Steenberg*), randnr. 27 en Europese Commissie besluit van 17 juni 2008, staatssteunzaak N 209/2008 (*Zwaaiikom*), randnr. 19 en 65.

In de derde plaats hebben wij onze sterke twijfels over de houdbaarheid van het standpunt dat onteigening niet in beeld was vanwege de mededeling van Spaansen dat zij het terrein zou gaan revitaliseren. Juist omdat er nog geen nieuw bestemmingsplan was kon Spaansen in de onderhandelingen ‘dreigen’ met investeringen in haar terrein, zodat een eventuele (gedwongen) verwerving op langere termijn voor de gemeente alleen maar kostbaarder zou zijn.

Wat ons vooral opvalt in het tussenvonnis is dat de gehanteerde argumenten vooral lijken te gaan over de vraag of er in de casus *Harlingen ruimte zou zijn* voor een minnelijke regeling op onteigeningsbasis. Dat lijkt ons een andere vraag dan de vraag of partijen in deze specifieke situatie daadwerkelijk oog hebben gehad voor het onteigeningsalternatief. Aan gemeentelijke zijde is dat laatste kennelijk wel het geval geweest. Intern was de gemeente er immers van op de hoogte wat een volledige schadeloosstelling de gemeente zou kosten en dat was aanzienlijk meer dan de uiteindelijk overeengekomen koopprijs.

Onverminderd het voorgaande valt er best wat te zeggen voor het oordeel van de rechtbank dat onvoldoende blijkt dat partijen een overeenkomst hebben gesloten ter voorkoming van een onteigeningsprocedure. Wij hechten echter (veel) minder waarde aan de door de rechtbank aangehaalde aspecten omtrent de planologie en de mededelingen van de gemeente over onteigening. Wat ons betreft zou de casus zich wel degelijk lenen voor een schadeloosstelling op basis van onteigening. Vaststaat dat de gemeente zelf de herontwikkeling van het terrein wilde en dat zij dat planologisch mogelijk kon maken. Indien een mogelijke onteigening wel expliciet ter sprake zou zijn gekomen is het nog maar de vraag de volledige schadeloosstelling die Spaansen heeft ontvangen kwalificeert als onrechtmatige staatssteun.

7. Melding bij de Europese Commissie

Spaansen had de rechtbank gevraagd de gemeente te veroordelen de maatregel bij de Europese Commissie te melden voor het geval er sprake zou zijn van staatssteun. De Europese Commissie is immers als enige bevoegd een steunmaatregel verenigbaar te verklaren met de interne markt. Dat geldt ook als de steunmaatregel voor uitvoering ten onrechte niet bij de Europese Commissie is gemeld. De rechtbank wijst deze vordering af. De gemeente zou namelijk niet meer de intentie hebben Spaansen een voordeel te geven. De motivering van de rechtbank overtuigt niet. Als uitgangspunt geldt dat als een nationale rechterlijke instantie vaststelt dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun, deze steun moet worden teruggevorderd.¹⁷ Ondanks dit uitgangspunt hebben nationale rechterlijke instanties in uitzonderlijke situaties wel dege-

lijk ruimte om te oordelen dat (voorlopige) terugvordering niet gepast is. De jurisprudentie laat evenwel zien dat de ruimte daarvoor beperkt is.¹⁸ Dit laat onverlet dat de rechtbank er voor had kunnen kiezen Spaansen te veroordelen het steunbedrag voorlopig terug te betalen en de gemeente tegelijkertijd te verplichten de maatregel bij de Europese Commissie te melden. In die situatie zou de mededingingssituatie (tijdelijk) zijn hersteld¹⁹ en zou de Europese Commissie zich over de verenigbaarheid van de maatregel hebben kunnen uitlaten. In het onderhavige geval lijkt een dergelijke uitkomst redelijk. Toen de gemeente het fabrieksterrein van Spaansen kocht moet de gemeente de intentie hebben gehad om Spaansen een volledige schadevergoeding toe te kennen. De gemeente is hiertoe niet gedwongen. Dat de gemeente thans niet meer de intentie heeft om Spaansen volledig schadeloos te stellen, lijkt ons in het licht van het besluit in de *Nedalco*-zaak niet relevant.²⁰ Op grond van artikel 3:14 BW moet de gemeente rekening houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook als zij als private partij handelt. Verdedigd kan worden dat de weigering de maatregel bij de Europese Commissie te melden in strijd is met het in artikel 3:2 Awb geregelde zorgvuldigheidsbeginsel. In dit kader kan worden gewezen op de uitspraak van de Raad van State in de zaak *Ridderstee Holiday*.²¹ Volgens de Raad van State mag een bestuursorgaan niet te snel concluderen dat sprake is van een steunmaatregel. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt mee dat eerst de Europese Commissie geraadpleegd moet worden om uit te maken of deze conclusie gerechtvaardigd is. Wij zien niet in waarom het zorgvuldigheidsbeginsel niet meebrengt dat een reeds uitgevoerde maatregel bij de Europese Commissie moet worden gemeld. De gemeente kan melden, Spaansen niet. Bovendien, als de Europese Commissie de maatregel verenigbaar verklaart met de interne markt, is de voorbarige uitbetaling niet in strijd geweest met de doelstellingen van de standstillverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU.²² In het geval dat de gemeente daarentegen enkel onder de betaling probeert uit te komen, valt niet uit te sluiten dat de gemeente misbruik maakt van haar bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW.

8. Partiële of volledige nietigheid?

In het tussenvonnis had de rechtbank nog in het midden gelaten of de koopovereenkomst gelet op artikel 3:41 BW geheel of gedeeltelijk nietig moest worden verklaard. In het eindvonnis geeft de rechtbank daarover een oordeel. De rechtbank komt tot de beslissing dat de koopovereenkomst (slechts) partieel nietig is. De koopovereenkomst blijft grotendeels in stand, maar de koopsom niet. Als gevolg hiervan moet Spaansen een bedrag van € 250 000 met rente aan de gemeente terugbetalen. Het bedrag van

17. HvJ EG 21 november 1991, C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12; HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39-40 en HvJ EU 21 november 2013, C-284/12 (*Flughafen Frankfurt-Hahn*), r.o. 30.

18. P.C. Adriaanse, in: *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, Deventer: Kluwer 2006, p. 212-213.

19. De nationale rechterlijke instantie is immers verplicht ervoor te zorgen dat de concurrentieverhoudingen die door de onrechtmatige staatssteun zijn verstoord worden hersteld. Zie: HvJ EG 21 maart 1990, C-142/87 (*België/Commissie*), r.o. 66; HvJ EU 8 december 2011, C-275/10 (*Residex*), r.o. 34 en Verordening (EU) 2015/1589, overweging 25.

20. Zie noot 15.

21. ABRvS 13 februari 2013, 201111694/1/A2, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*), r.o. 5.5.

22. HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06 (*CELF I*), r.o. 49.

€ 2 000 000 dat de gemeente nog niet had betaald, hoeft de gemeente niet te betalen. De uitkomst: de gemeente koopt dus een perceel grond voor € 2 250 000 minder dan afgesproken. Hoe komt de rechtbank tot dit oordeel?

De rechtbank begint met de – op zichzelf juiste – vaststelling dat, indien sprake is van een onrechtmatige steunmaatregel, deze ongedaan moet worden gemaakt.²³ Dat dit op de ‘minst bezwarende wijze’ dient te geschieden lijkt een eigen interpretatie van de rechtbank.²⁴ Uit het *Residex*-arrest volgt slechts dat het recht van de Unie de nationale rechterlijke instanties niet ertoe verplicht om een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun. Er moet gekozen worden voor de meest doeltreffende maatregel die met name bewerkstelligt dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun wordt hersteld.²⁵

De gemeente had in dit kader aangevoerd dat de overtreding van artikel 107-108 VWEU juncto artikel 3:40 lid 2 laatste deel BW reeds een zelfstandige titel tot terugvordering van de onrechtmatig verleende staatssteun had opgeleverd, waarvoor (partiële) nietigverklaring geen vereiste is. Dit standpunt van de gemeente is mogelijk ingegeven door een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 april 2015. In deze uitspraak werd namelijk geoordeeld dat artikel 108 lid 3 VWEU voor bestuursorganen de bevoegdheidsgrondslag biedt om tot terugvordering over te gaan van hetgeen in strijd met die bepaling te veel is toegekend.²⁶ Bedacht dient te worden dat het ging om een (bestuursrechtelijk) subsidiebesluit en dat er een, weliswaar ongeschreven, nationale bevoegdheidsgrondslag voor terugvordering was. In onderhavig geval hebben we te maken met een (civielrechtelijke) koopovereenkomst en is er een duidelijke nationale bevoegdheidsgrondslag voorhanden. Wij zijn van mening dat deze benadering duidelijk de voorkeur heeft.²⁷ Bovendien, bij gebreke van een Europese regelgeving met betrekking tot de terugvordering van onrechtmatige staatssteun, is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingesteld ter bescherming van rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen.²⁸ Zo gezien heeft de rechtbank er terecht op gewezen dat naar Nederlands recht de door de gemeente bedoelde titel/grondslag niet valt aan wijzen en dat ook in het VWEU daarin niet is voorzien.

De rechtbank oordeelt dat algehele nietigheid – en dus integrale ongedaan making van de verplichtingen over en weer – aanzienlijk meer bezwarend is dan partiële nietigheid. De gemeente heeft de opstellen van Spaansen namelijk al gesloopt. Daarnaast heeft de gemeente in de procedure gesteld de grond nodig te hebben in verband met afspraken over de ontwikkeling van de provinciale weg ter plaatse. Partiële nietigheid is volgens de rechtbank nauwelijks bezwarend aangezien dat (gelet op de uitgestelde betalingsverplichting van de gemeente) slechts een betalingsverplichting van € 250 000 voor Spaansen in het leven roept.

Hoewel partiële nietigheid (volgens de rechtbank) het minst bezwarend is, gaat de rechtbank nog wel na of er tussen de overeengekomen koopprijs en de overige inhoud van de koopovereenkomst een onverbrekelijk verband bestaat zoals bedoeld in artikel 3:41 BW. Het gaat er daarbij om of, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval en de belangen van alle betrokken partijen, voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat.²⁹

Volgens de rechtbank is er van een dergelijk onverbrekelijk verband geen sprake. Daarbij overweegt de rechtbank dat de marktwaarde van het perceel € 6 250 000 was, en dat Spaansen dat bedrag ook ontvangen heeft. Een bedrag van € 2 000 000 was volgens de rechtbank niet zozeer een tegenprestatie voor de locatie, maar een vergoeding voor de verplaatsing van de fabriek van Spaansen. Die vergoeding heeft Spaansen ‘in de markt’ niet kunnen realiseren. Volgens de rechtbank verdraagt de stelling van Spaansen, dat zij de overeenkomst tegen een lagere prijs niet zou zijn aangegaan en haar locatie niet zou hebben willen verkopen, zich niet met het feit dat Spaansen reeds sinds 2003 met diverse partijen gesprekken heeft gevoerd over verkoop van het terrein.

De logica van deze redenering ontgaat ons. Juist het feit dat Spaansen er met de betrokken marktpartijen *niet* uitkwam, rechtvaardigt de stelling dat Spaansen niet voor € 6 250 000 wilde verkopen. Minstens even merkwaardig vinden wij het dat de rechtbank betekenis hecht aan het feit dat de gemeente de gronden kennelijk ‘nodig’ heeft voor de aanleg van de provinciale weg en mogelijk voor woningbouw. Hoe verhoudt dat zich met de eerdere vaststelling van de rechtbank dat onteigening nooit aan de orde is geweest? Kennelijk had de gemeente wel degelijk (groot) belang bij de verwerving van het terrein, wat ons reden te meer geeft om te twifelen aan de juistheid van het oordeel dat Spaansen niet op onteigeningsbasis mocht worden uitgekocht.

23. HvJ EU 8 december 2011, C-275/10 (*Residex*), r.o. 33-34.

24. Zie tussenvonnis r.o. 5.39 en eindvonnis r.o. 2.6.

25. HvJ EU 8 december 2011, C-275/10 (*Residex*), r.o. 44-46. In deze zin ook: HR 26 april 2013, 08/04343, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*), r.o. 3.4.3.

26. ABRvS 15 april 2015, 201309575/1/A2, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*), r.o. 5.3.

27. In deze zin ook J. van den Brink en W. den Ouden in hun annotatie onder de in noot 26 genoemde uitspraak van de ABRvS, AB 2015/226, randnr. 8.

28. HvJ EG 7 september 2006, C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), r.o. 51 en P.C. Adriaanse, ‘Schending van de hoekstenen van het staatssteunrecht – Europese en Nederlandse rechtspraak over acties en rechtsgevolgen “when the red line has been crossed”’, *SEW* 2009, afl. 3, p. 91-92.

29. Deze (juiste) maatstaf ontleent de rechtbank aan HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347, m.nt. M.R. Mok en Jac. Hijma.

De koopprijs is bij veel koopovereenkomsten een van de essentialia van de overeenkomst. Uit de casus blijkt dat Spaansen niet bereid was om haar terrein voor € 6 250 000 te verkopen. Hoe rechtvaardig is het dan om Spaansen met terugwerkende kracht te verplichten genoeg te nemen met € 2 000 000 minder? Dat de marktwaarde van het verkochte terrein geen € 8 500 000 was doet wat ons betreft niet ter zake. Spaansen kon immers niet worden verplicht om het perceel tegen de marktwaarde te verkopen. Integendeel, indien Spaansen tot vervreemding gedwongen had moeten worden door onteigening dan had zij recht gehad op een (aanzienlijk) hoger bedrag dan € 8 500 000. De onteigeningsschadeloosstelling was immers op ruim € 11 000 000 becijferd.

Nu Spaansen als gevolg van de partiële nietigheid een deel van de koopsom aan de gemeente moet terugbetalen, komt de rechtbank ook toe aan de vordering van de gemeente om Spaansen in voorkomend geval ook te veroordelen de rente over dat bedrag te betalen. Spaansen had zich tegen deze vordering, die pas laat in de procedure werd ingebracht, niet verzet. Dat is wel jammer. Het gevolg is namelijk dat Spaansen zonder enige toelichting wordt veroordeeld om de overeenkomstig artikel 11 Verordening (EG) 794/2004 vastgestelde rente te betalen. Het is juist dat als een nationale rechterlijke instantie vaststelt dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun, deze instantie verplicht is om de ontvanger van dergelijke steun te gelasten rente te betalen ter zake van het tijdvak van onrechtmatigheid.³⁰ De vraag is alleen wat de grondslag van deze vordering is. De bepaling die de rechtbank aanhaalt ziet op de rente die de Europese Commissie op grond van artikel 16 lid 2 Verordening (EU) 2015/1589 hanteert in terugvorderingsbesluiten.³¹ In het onderhavige geval is er van een dergelijk besluit geen sprake. Het is dus twijfelachtig of de rentevordering van de gemeente gebaseerd kan worden op Verordening (EG) 794/2004 dan wel Verordening (EU) 2015/1589. In de zaak *Fleuren Compost* kwamen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Rechtbank Rotterdam nog tot het oordeel dat artikel 14 lid 2 Verordening (EG) 794/2004 geen bevoegdheid geeft tot het vorderen van rente.³² Zoals hiervoor is opgemerkt is er voor terugvordering van onrechtmatige staatssteun een nationale grondslag vereist. Voor de rente geldt ons inziens hetzelfde.³³

Indien het de gemeente werkelijk erom te doen zou zijn geweest dat zij geen onrechtmatige staatssteun zou betalen, dan staat er weinig aan in de weg dat de gehele transactie ongedaan moet worden gemaakt. De gemeente stelt zich weliswaar op het standpunt dat Spaansen niet in staat zal zijn tot terugbetaling van € 6 500 000 over te

gaan, maar voor die terugbetaling krijgt Spaansen in elk geval een perceel met een marktwaarde van € 6 500 000 terug. Bovendien zal de gemeente niet gehouden zijn terug te leveren indien Spaansen niet daadwerkelijk terugbetaalt. Bij de vraag of voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat lijkt ons een grote betekenis toe te komen aan het belang van Spaansen om – zonder de waarborgen van bijvoorbeeld een onteigeningsprocedure – haar eigendom niet te verliezen voor een prijs waarmee zij niet heeft ingestemd. De vraag is of het belang van de gemeente bij het behoud van de grond daartegen kan opwegen. Het staatssteunrecht is er niet voor bedoeld dat overheden een vrijbrief krijgen om koopovereenkomsten met terugwerkende kracht – en eenzijdig – aan te kunnen passen.

De rechtbank heeft op verzoek van Spaansen het eindvonnis niet uitvoerbaar bij voorbaat verklaard. Dit duidt erop dat Spaansen van plan is hoger beroep in te stellen. Over de casus *Harlingen* is het laatste dus waarschijnlijk nog niet gezegd. Overigens is de wijze waarop de rechtbank het eindvonnis afsluit wel opmerkelijk. In het eindvonnis wordt op geen enkele wijze uitgelegd hoe de beslissing om het eindvonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren zich verhoudt tot de verplichting ervoor te zorgen dat onrechtmatige staatssteun wordt terugbetaald. Slechts wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen, kan het niet aangewezen zijn de terugbetaling van de steun te gelasten.³⁴ Het eindvonnis veroordeelt Spaansen weliswaar tot terugbetaling van het ontvangen voordeel, maar hier hoeft Spaansen in afwachting van het hoger beroep geen uitvoering aan te geven. Dit heeft in ieder geval tijdelijk hetzelfde effect als het niet gelasten van terugvordering. De vraag dringt zich op of slechts uitzonderlijke omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de concurrentieverhoudingen in afwachting van een eventueel hoger beroep nog niet hersteld hoeven te worden. Wij kunnen dat niet uitsluiten.

9. Conclusie

Dat een transactie met de overheid niet zonder risico's is blijkt wel uit de casus *Harlingen*. Een hogere prijs dan de marktwaarde van de onroerende zaak alleen kan onder omstandigheden te rechtvaardigen zijn, maar men doet er goed aan die rechtvaardiging duidelijk in de overeenkomst te benoemen. Een dreigende onteigening vormt een goede reden voor een *volledige schadeloosstelling* in plaats van alleen vergoeding van de marktwaarde van de onroerende zaak, ook als onteigening nog ver weg of lastig af te dwingen is. Om achteraf discussies over onrechtmatige staatssteun zo veel mogelijk te voorkomen dan wel in goede banen te leiden doen partijen er naar ons oordeel goed aan om:

30. HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06 (*CELF I*), r.o. 52.

31. Vanaf 14 september 2015 vervangt Verordening (EU) 2015/1589 Verordening (EG) 659/1999. Artikel 14 lid 2 Verordening (EG) 659/1999 komt overeen met artikel 16 lid 2 Verordening (EU) 2015/1589.

32. ABRvS 11 januari 2006, 200410578/1, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 (*Fleuren Compost*); Rb. Rotterdam 4 juli 2007, 264564 / HA ZA 06-1854, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*), r.o. 5.23. Bij de Eerste Kamer is wetsvoorstel 31418 aanhangig dat ervoor moet zorgen dat Nederland terugvorderingsbesluiten van de Europese Commissie kan uitvoeren. Sinds 2008 ligt de behandeling van het wetsvoorstel echter stil.

33. In deze zin ook J. van den Brink en W. den Ouden in hun annotatie onder de in noot 26 genoemde uitspraak van de ABRvS, AB 2015/226, randnr. 10.

34. HvJ EU 8 december 2011, C-275/10 (*Residex*), r.o. 35.

1. vast te leggen dat:
 - a. het verwervingsinitiatief bij de overheid lag;
 - b. de overheid bereid is het onteigeningsinstrument daadwerkelijk in te zetten; en
 - c. er sprake is van volledige schadeloosstelling op basis van de Onteigeningswet;
2. te zorgen voor onderliggende taxatierapporten die de volledige schadeloosstelling onderbouwen;
3. af te spreken dat de overheid de transactie bij een (mogelijke) discussie over onrechtmatige staatssteun met een positief advies meldt bij de Europese Commissie.