

MEMO

akd

STRIKT VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE
ADVOCaat/CLIËNT

AAN Gemeente Roosendaal
[REDACTED]

VAN [REDACTED]
[REDACTED]
E-MAIL [REDACTED]@akd.nl | [REDACTED]@akd.eu

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066. [REDACTED]
KOPIE AAN

ONDERWERP DAEB Citymarketing

I. INLEIDING

1. De gemeente Roosendaal (hierna: '**de Gemeente**') heeft AKD om juridisch advies gevraagd over het volgende.
2. Roosendaal wil een '100.000+' gemeente worden. Zij wil (kort gezegd) meer bezoekers in de stad en dorpen en meer inwoners en bedrijven trekken. Om dit doel te bereiken wil de Gemeente citymarketing inzetten. Dit is een vorm van marketing die zich richt op het profileren van een stad of gemeente als aantrekkelijke vestigingsplaats, al dan niet gericht op een bepaalde doelgroep of bepaalde sector.
3. De Gemeente wil de Stichting Citymarketing (hierna: '**de Stichting**') belasten met de uitvoering van deze citymarketing. De Gemeente zou daarbij compensatie verstrekken aan de Stichting voor de uitvoering van deze activiteiten. Om te voorkomen dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun, overweegt de Gemeente de Stichting te belasten met een zogenaamde 'dienst van algemeen economisch belang' (hierna: '**DAEB**'). Vervolgens zou de compensatie via een subsidie aan de Stichting worden verstrekt.
4. In dit kader ziet de Gemeente zich voor de volgende vragen gesteld:
 - i. Klopt het dat de subsidie aan de Stichting ten behoeve van citymarketing in beginsel staatssteun zou inhouden?
 - ii. Kan door middel van een DAEB-aanwijzing worden geborgd dat geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun?
 - iii. Is voor het aanwijzen van citymarketingactiviteiten als DAEB een marktanalyse vereist en zo nee, hoe kan de Gemeente zonder marktanalyse marktfalen aantonen?
 - iv. Wat voor extra administratieve last rust er op de Gemeente in geval van een DAEB-aanwijzing?
 - v. Dient de Stichting mee te werken aan een DAEB-aanwijzingsbesluit van de Gemeente?
 - vi. Zijn er nadelen voor de Gemeente en de Stichting indien wordt gekozen voor een DAEB-aanwijzing?
5. Hieronder geven wij in **Hoofdstuk II** kort onze conclusies en ons advies weer. In **Hoofdstuk III** schetsen wij het relevante juridisch kader, waarna wij in **Hoofdstuk IV** onze bevindingen nader toelichten.

II. CONCLUSIES

DATUM 31 oktober 2022
 ONS KENMERK 101066.S
 PAGINA 2 van 14

6. Wij concluderen dat dat het vestigen van een DAEB ten behoeve van Stichting Citymarketing niet vrij van risico is. Hoewel op zichzelf betoogd kan worden citymarketing activiteiten in het algemeen belang zijn, is naar onze mening in het onderhavige geval niet zonder meer duidelijk dat sprake is van marktfalen. Indien de Gemeente een DAEB zou willen vestigen, lijkt het ons daarom minst genomen van belang dat een gedegen marktanalyse wordt verricht waaruit het bestaan van marktfalen zal blijken. Wij vragen ons echter af of dit een haalbaar doel is.
7. In het onderstaande gaan wij meer uitgebreid in op de verschillende deelvragen van de Gemeente, en doen wij een handreiking voor een mogelijke oplossing.

III. JURIDISCH KADER

- Staatssteun: algemeen

8. Er is sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU wanneer een maatregel, in welke vorm ook, aan de volgende cumulatieve criteria voldoet:
 - (1) De maatregel komt ten goede aan een onderneming;
 - (2) De maatregel is (a) toerekenbaar aan de staat en (b) met staatsmiddelen bekostigd;
 - (3) De maatregel verleent een voordeel;
 - (4) De maatregel is selectief;
 - (5) De maatregel kan leiden tot (a) vervalsing van de mededinging en (b) ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten.
9. Als een maatregel staatssteun inhoudt, moet deze op grond van artikel 108 lid 3 VWEU eerst worden aangemeld bij de Europese Commissie. Die beoordeelt of de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt. Zolang de Europese Commissie geen goedkeuring heeft gegeven, mag de steunmaatregel niet worden uitgevoerd (de zogeheten 'stand-still verplichting').
10. Van belang is dat de staatssteunregels enkel zien op de begunstiging van 'ondernemingen'. Kwalificeert de begunstigde niet als onderneming, dan staan de staatssteunregels niet in de weg aan de beoogde maatregel.
11. Het begrip onderneming wordt in Europees verband ruim en functioneel uitgelegd. In dit kader wordt onder een onderneming verstaan: "elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd".¹ Onder economische activiteiten wordt verstaan: "activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt".² Het ontbreken van winstoogmerk is niet relevant voor de kwalificatie als onderneming.³ De

¹ HvJ 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner en Elser), ECLI:EU:C:1991:161, punt 21.

² HvJ 16 juni 1987, zaak C-118/85 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:1987:283, punt 7.

³ HvJ 1 juli 2008, zaak C-49/07 (MOTOE), ECLI:EU:C:2008:376, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066. [REDACTED]
PAGINA 3 van 14

uitoefening van openbaar gezag (een activiteit die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoort) vormt geen economische activiteit.

- *Staatssteun: de uitzondering van de DAEB*

12. In geval van een DAEB gelden er uitzonderingen op het staatssteunrecht. De precieze strekking van de uitzondering hangt af van de juridische basis van de DAEB. Wij lichten dit toe.
13. Artikel 106 lid 2 VWEU bepaalt dat ondernemingen belast met het beheer van DAEB's, onder de regels van de Verdragen vallen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.
14. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het gaat om diensten die een algemeen economisch belang dienen, dat zich door zijn specifieke kenmerken onderscheidt van dat van andere economische activiteiten.⁴
15. De Europese Commissie verduidelijkt dat DAEB's economische activiteiten zijn *"die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht"*.⁵
16. De lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij het omschrijven van een bepaalde dienst als dienst van algemeen economisch belang en bij het verlenen van compensatie aan de dienstverrichter.⁶ De bevoegdheid van de Europese Commissie op dit punt is beperkt tot het nagaan of de lidstaat een *"kennelijke fout"* heeft gemaakt bij het omschrijven van de dienst als dienst van algemeen economisch belang,⁷ en tot de beoordeling van de met de compensatie gemoeide staatssteun.⁸
17. De Europese Commissie is van oordeel dat het niet passend zou zijn om specifieke openbardienstverplichtingen te verbinden aan een activiteit die al wordt verricht of die op bevredigende wijze kan worden verricht en op voorwaarden (zoals prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de staat is

⁴ HvJ 18 juni 1998, zaak C-266/96 (*Corsica Ferries*), ECLI:EU:C:1998:306, punt 45; HvJ 17 juli 1997, zaak C-242/95 (*GT-Link*), ECLI:EU:C:1997:376, punt 53; HvJ 10 december 1991, zaak C-179/90 (*Porto di Genova*), ECLI:EU:C:1991:464, punt 27.

⁵ Europese Commissie 29 april 2013, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, SWD(2013) 53 final/2, p. 22.

⁶ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, PbEU 11 januari 2012 C 8/4, punt 46. Hierna: **"Mededeling DAEB"**.

⁷ Gerecht 12 februari 2008, zaak T-289/03 (*BUPA*), ECLI:EU:T:2008:29, punt 166 t/m 170.

⁸ Mededeling DAEB, punt 46.

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066.S
PAGINA 4 van 14

omschreven, door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn.⁹ Met andere woorden: er moet sprake zijn van “marktfalen”. Ook wat betreft de vraag of een dienst door de markt kan worden geleverd, blijft de beoordeling door de Europese Commissie beperkt tot het nagaan of de lidstaat een kennelijke fout heeft gemaakt.¹⁰

Altmark

18. Het Hof van Justitie heeft in zijn *Altmark*-arrest uiteengezet onder welke voorwaarden de compensatie voor een dienst van algemeen economisch belang geen staatssteun vormt, doordat geen sprake is van enig voordeel.¹¹ Het betreft vier cumulatieve voorwaarden:¹²

- (A) De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn;
- (B) De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld;
- (C) De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst, geheel of gedeeltelijk te dekken;
- (D) Wanneer de met de uitvoering van openbardienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding (waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren), moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

19. Indien een maatregel aan alle voorgaande criteria voldoet, is volgens het Hof van Justitie geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU. De maatregel hoeft dan dus ook niet vooraf te worden aangemeld bij de Europese Commissie.

DAEB-Vrijstellingsbesluit

20. Wanneer het niet mogelijk blijkt om aan het vierde Altmark-criterium te voldoen, kan wellicht een beroep worden gedaan op het DAEB-Vrijstellingsbesluit van de Europese Commissie.¹³ Het DAEB-

⁹ *Ibidem*, punt 48.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ HvJ 24 juli 2003, zaak C-280/00 (*Altmark Trans*), ECLI:EU:C:2003:415.

¹² *Ibidem*, punt 87 t/m 95.

¹³ Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, PbEU 11 januari 2012 L7/3.

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066.9
PAGINA 5 van 14

Vrijstellingsbesluit vereist namelijk geen voorafgaande benchmark van de kosten. Wel vereist het DAEB-Vrijstellingsbesluit dat overcompensatie wordt voorkomen en – indien deze toch optreedt – moet kunnen worden teruggevorderd.

21. Daarbij merken wij op dat het DAEB-Vrijstellingsbesluit verschillende administratieve verplichtingen met zich brengt, die de *Altmark*-route niet kent. Zo dient de lidstaat gedurende de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang is belast en ten minste tien jaar na afloop van die periode, alle gegevens beschikbaar te houden die noodzakelijk zijn om vast te stellen of de verleende compensatie met het DAEB-Vrijstellingsbesluit verenigbaar is.¹⁴ Daarbij dient de lidstaat om de twee jaar bij de Europese Commissie een verslag in te dienen over de uitvoering van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.¹⁵
22. Indien een maatregel voldoet aan de eisen uit het DAEB-Vrijstellingsbesluit, is formeel gezien wel sprake van staatssteun, maar is deze uitgezonderd van de verplichting om deze vooraf aan te melden bij de Europese Commissie. De steun wordt dan namelijk verenigbaar geacht met de interne markt.
- *Subsidierecht*
23. In het kader van het subsidierecht is allereerst van belang wanneer sprake is van een subsidie. Het subsidiebegrip is neergelegd in artikel 4:21, eerste lid Awb. Een subsidie is “een aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten”. Het subsidiebegrip is materieel van aard. Dat betekent dat vergoedingen alleen als ‘subsidie’ kunnen worden beschouwd als ze aan deze begripsbepaling voldoen. Het is niet bepalend of de vergoeding de naam ‘subsidie’ krijgt: ook als een vergoeding is neergelegd in een beschikking maar deze niet aan het subsidiebegrip voldoet, is er geen sprake van een subsidie in de zin van artikel 4:21, eerste lid Awb.
24. De zinsnede ‘anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten’ is door de wetgever bedoeld om commerciële transacties van de overheid buiten het subsidiebegrip te houden.¹⁶ Met ‘betaling’ wordt bedoeld op een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer.
25. De wetgever heeft erkend dat subsidieverlening en betaling voor diensten in de praktijk soms veel op elkaar lijken. De wetgever wijst daarbij op factoren die bij het onderscheid van belang kan zijn. Zo kunnen bij subsidiering vaak één of meer markttransacties tussen de ontvanger en derden aangewezen worden. In de rechtspraak wordt daarnaast acht geslagen op de hoogte van de vergoeding. Wie neemt het initiatief voor de vergoeding, dekt deze slechts de kosten of ook een zekere winstmarge, en gaat het daarbij om marktconforme voorwaarden of niet?

¹⁴ Artikel 8 DAEB-Vrijstellingsbesluit.

¹⁵ Artikel 9 DAEB-Vrijstellingsbesluit.

¹⁶ Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 33.

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066.
PAGINA 6 van 14

26. Indien sprake is van een subsidie, is van belang dat de Awb eisen stelt aan de verstrekking daarvan. Op grond van artikel 4:23, eerste lid, van de Awb kan het bestuursorgaan in beginsel alleen subsidie verstrekken op basis van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Dit is doorgaans een gemeentelijke verordening, of een krachtens die verordening vastgestelde nadere subsidieregeling.

IV. UITEENZETTING / BEANTWOORDING VRAGEN

- *Zou een subsidie aan de Stichting in beginsel staatssteun opleveren?*

27. Vooropgesteld zij dat de Stichting als 'onderneming' in de zin van het staatssteunrecht kan worden aangemerkt, althans in ieder geval voor zover zij activiteiten op het gebied van 'citymarketing' zou uitvoeren. Hierbij gaan wij ervan uit dat deze activiteiten in essentie neerkomen op dezelfde soort activiteiten die door reguliere reclamebureaus tegen betaling worden uitgevoerd. Dit vormen economische activiteiten, aangezien het gaat om diensten die worden aangeboden op de markt.
28. Een subsidie levert in beginsel een niet-marktconform voordeel op, aangezien het gaat om een aanspraak op financiële middelen onder niet-marktconforme voorwaarden. Dit is inherent aan het subsidiebegrip, dat inhoudt dat er geld wordt verstrekt anders dan in ruil voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Het voordeel is bovendien selectief, aangezien dit enkel ten goede zou komen aan de Stichting. In de praktijk wordt snel aangenomen dat een selectief voordeel de mededinging kan vervalsen.
29. Het laatste criterium van artikel 107, lid 1 VWEU houdt in dat de steunmaatregel de handel tussen lidstaten moet kunnen beïnvloeden. Ook deze beïnvloeding wordt snel aangenomen. Dit is anders in geval van steun met een beperkte omvang (maximaal EUR 200.000,- in drie opeenvolgende jaren¹⁷) of steun die gelet op de betrokken omstandigheden een zuiver lokaal karakter heeft. Voor dit advies gaan wij er zekerheidshalve vanuit dat ook aan dit laatste criterium wordt voldaan.
30. Hiervan uitgaande zou de subsidie aan de Stichting ten behoeve van citymarketing voldoen aan de criteria van artikel 107, lid 1, VWEU en daarom inderdaad staatssteun opleveren.
31. Hierbij plaatsen wij wel de volgende kanttekening. De vraag kan worden gesteld of de betaling in dit geval kan worden aangemerkt als subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb. Meer specifiek is de vraag of sprake is van een aanspraak op financiële middelen "*anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*". De betreffende activiteiten staan in zekere zin namelijk ten dienste van de Gemeente. Uit de ons bekende gegevens lijkt ook te volgen dat het initiatief voor de activiteiten bij de Gemeente ligt. De Gemeente heeft een duidelijke wens om een '100.000+ gemeente' te worden en wil in dat kader citymarketing diensten laten uitvoeren. Indien de subsidie niet slechts een deel van de totale kosten dekt, maar (minstens) alle kosten die de Stichting in dit kader zal maken, is dat ook een indicatie

¹⁷ De minimis

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066
PAGINA 7 van 14

dat sprake is van een meer commerciële transactie.

32. Op basis van de ons bekende informatie kunnen wij nog geen definitieve beoordeling geven over de vraag of sprake is van een subsidie of van een betaling voor geleverde diensten. Wij zouden de Gemeente wel adviseren dat nader te onderzoeken. Indien wordt geconcludeerd dat de betaling (inderdaad) niet als subsidie kan worden aangemerkt, kan worden onderzocht of het mogelijk is om de betaling vorm te geven als betaling voor een (overheids)opdracht aan de Stichting. Zolang een dergelijke betaling marktconform is, levert deze geen staatssteun op. Wel zal dan de Aanbestedingswet 2012 in acht moeten worden genomen. Onderzocht kan worden of – eventueel na aanpassing van de statuten van de Stichting – voldaan kan worden aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding als bedoeld in artikel 2.24a Aw 2012. In dat geval zou ongeacht de opdrachtwaarde geen Europese aanbestedingsplicht gelden.
33. Tot slot merken wij op dat de subsidie zou worden verleend op grond van de Subsidieregeling Citymarketing 2023 tot en met 2024. Op grond van artikel 4, lid 1, van deze regeling kan de subsidie alleen worden aangevraagd door de Stichting. Van belang dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft geoordeeld dat een regeling op grond waarvan slechts aan één partij subsidie kan worden verstrekt, niet kan worden aangemerkt als wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 4:23, lid 1, Awb.¹⁸ Dit betekent dat de regeling in zijn huidige vorm niet als basis kan dienen voor de voorgenomen subsidieverlening. De regeling zou dus in zoverre moeten worden aangepast dat ook andere partijen in aanmerking zouden kunnen komen voor subsidie voor de betreffende activiteiten. Een alternatief is dat de subsidie bijvoorbeeld wordt verstrekt als incidentele subsidie of begrotingssubsidie op grond van artikel 4:23, lid 3, van de Awb. Voor dergelijke subsidies is geen grondslag in een wettelijk voorschrift nodig. Indien gewenst zijn wij graag bereid hier nader over te adviseren.
34. Kort en goed concluderen wij dat in geval van een subsidie aan de Stichting, in beginsel sprake zou zijn van staatssteun. Wel is de vraag of de onderhavige betaling beschouwd kan worden als een 'subsidie' in de zin van artikel 4:21 Awb, of als betaling voor aan de Gemeente geleverde diensten. Wij adviseren de Gemeente dit nader te onderzoeken. In ieder geval adviseren wij de Gemeente om ofwel de huidige subsidieregeling aan te passen zodat ook derden voor subsidie in aanmerking komen, ofwel de eventuele subsidie conform artikel 4:23, lid 3, van de Awb te verstrekken.
- *Kan door middel van een DAEB-aanwijzing geborgd worden dat geen sprake is van staatssteun?*
35. Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag gaan wij ervan uit dat de Gemeente een subsidie zou verlenen aan de Stichting ten behoeve van citymarketing-activiteiten.
36. Wat betreft de aanwijzing van een DAEB is allereerst van belang of met de activiteiten een algemeen belang gediend is. Overheden hebben in dit kader een ruime beoordelingsvrijheid. In dit geval lijken de activiteiten uiteindelijk als doel te hebben het stimuleren van de lokale economie, het tegengaan van bevolkingskrimp en het bevorderen van het verblijfsklimaat voor bewoners en bezoekers. Deze aspecten lijken ons van

¹⁸ ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595.

DATUM 31 oktober 2022
 ONS KENMERK 101066
 PAGINA 8 van 14

algemeen belang en wij zien geen reden om aan te nemen dat de Gemeente hierbij buiten de grenzen van haar beoordelingsvrijheid zou treden.

37. Ten tweede is voor het aanwijzen van een DAEB vereist dat in zekere zin sprake is van "marktfalen". Dit houdt in dat de betrokken dienst niet door de markt wordt aangeboden, althans niet op een voor de Gemeente bevredigende wijze. Dit marktfalen achten wij in het onderhavige geval minder voor de hand liggend. In essentie komen de onderhavige activiteiten neer op reclameactiviteiten. Dergelijke activiteiten worden ook door de markt aangeboden. Weliswaar zal de markt niet snel op eigen initiatief (en kosten) reclame maken voor de Gemeente, maar dat geldt voor iedere vorm van reclame: deze wordt pas gemaakt als ervoor wordt betaald. Daarbij is van belang dat het hier niet gaat om diensten die aan burgers worden verleend, maar tegen niet acceptabele voorwaarden. Het gaat om diensten die worden verleend aan marktpartijen, zoals bedrijven en (ook) overheden. In dit kader merken wij op dat ook de Europese Commissie in de 'DAEB Gids 2013' oordeelde dat reclameactiviteiten niet als DAEB kunnen worden beschouwd.¹⁹
38. Wij zijn bekend met het standpunt dat Kenniscentrum Europa Decentraal op dit punt inneemt.²⁰ Volgens Europa Decentraal is het onder omstandigheden toch mogelijk om citymarketing als DAEB aan te wijzen, namelijk als deze wordt ingezet om het 'merk' van de gemeente te versterken in het algemeen belang. Ten aanzien van het marktfalen overweegt Europa Decentraal het volgende:

"Bij aanwijzing van een DAEB moeten gemeenten aantonen dat er sprake is van marktfalen, omdat de betreffende citymarketingdiensten in het algemeen publiek belang zijn en niet actief door de markt worden opgepakt. Gemeenten moeten hierbij rekening houden met hun verantwoordelijkheid om de belangen van alle inwoners, bedrijven en maatschappelijke organisaties in hun gebied te behartigen. Vanuit dit perspectief is het mogelijk niet wenselijk dat een reclamebureau de gemeente als commercieel merk in de markt zet. Het idee daarachter is dat het 'merk van de gemeente' altijd ter vrije beschikking van de gemeenschap moet staan. In de praktijk laten gemeenten de DAEB daarom uitvoeren door een stichting met citymarketing als statutair hoofddoel."

39. Wij zijn het niet zonder meer eens met deze redenering. Hoewel wij op zichzelf onderschrijven dat gemeenten – mede gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel – rekening moeten houden met de belangen van alle inwoners, bedrijven en organisaties, zien wij niet direct in waarom vervolgens een link wordt gelegd met het in de markt zetten van de gemeente als commercieel merk. De Gemeente kan in geval van een reguliere opdracht eenvoudigweg eisen en voorwaarden stellen aan de opdrachtnemer. Daarbij kan zij ook bedingen dat alle intellectuele eigendomsrechten (waaronder merkrechten) haar eigendom blijven, en daarmee ter vrije beschikking staan van de gemeenschap. Wij zien niet in waarom hiervoor een aanwijzing

¹⁹ Europese Commissie, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang (hierna: 'Gids DAEB'), 29 april 2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 26.

²⁰ <https://europadecentraal.nl/praktijkvraag/is-citymarketing-een-dienst-van-algemeen-economisch-belang/>

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066
PAGINA 9 van 14

als DAEB vereist is.

40. Gelet op het voorgaande is het naar onze mening niet zeker dat activiteiten op het gebied van citymarketing als 'DAEB' kunnen worden beschouwd. Hoewel op zichzelf betoogd kan worden dat dergelijke activiteiten in het algemeen belang zijn, is naar onze mening niet duidelijk dat sprake is van marktfalen. Daarbij wijzen wij er met name op dat dit soort activiteiten normaliter activiteiten zijn die in opdracht tegen betaling worden verricht. Niet valt in te zien waarom een DAEB vereist is om te borgen dat deze activiteiten überhaupt worden verricht, althans tegen voor de Gemeente acceptabele voorwaarden.
41. Tot slot wijzen wij op het volgende. In een arrest van 3 maart 2021 heeft het Hof van Justitie overwogen dat het eerste *Altmark*-criterium impliceert dat de betrokken onderneming formeel verplicht moet zijn om in het kader van de DAEB bepaalde prestaties te leveren onder voorwaarden die de aard en omvang van die prestaties voldoende duidelijk omschrijven.²¹ Volgens het Hof van Justitie is dit criterium ook van toepassing bij de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU. Ook de Europese Commissie neemt aan dat er voor de onderneming een concrete verplichting moet gelden de dienst uit te voeren.²²
42. Gelet op dit vereiste is het risicovol om wat betreft het belasten van de Stichting met de DAEB te volstaan met een subsidieverleningsbeschikking. Deze impliceert namelijk geen (afdwingbare) uitvoeringsplicht. In de praktijk wordt door overheden ook gebruik gemaakt van een (publiekrechtelijk) aanwijzingsbesluit. De vraag is echter of hiermee kan worden volstaan, aangezien deze besluiten niet gebaseerd zijn op een concrete publiekrechtelijke bevoegdheid op grond waarvan het bestuursorgaan eenzijdig rechten en plichten kan vaststellen. Het lijkt daarom aan te bevelen om in geval van een subsidie ook een uitvoeringsovereenkomst te sluiten (als bedoeld in artikel 4:36 Awb) op grond waarvan de subsidieontvanger wordt verplicht de subsidiabele activiteiten uit te voeren. Ook hier geldt dan wel dat een dergelijke overeenkomst kan worden aangemerkt als 'overheidsopdracht'.
43. Kort en goed concluderen wij dat het vestigen van een DAEB ten behoeve van citymarketing risico met zich meebrengt. Hoewel op zichzelf betoogd kan worden dat dergelijke activiteiten in het algemeen belang zijn, is naar onze mening niet zonder meer duidelijk dat sprake is van marktfalen.
- *Is voor het aanwijzen van citymarketingactiviteiten als DAEB een marktanalyse vereist en zo nee, hoe kan de Gemeente zonder marktanalyse marktfalen aantonen?*
44. Het komt ons voor dat de lidstaat het bestaan van marktfalen moet kunnen onderbouwen. Hoe de lidstaat dit doet, wordt in het DAEB-pakket echter niet in detail voorgeschreven. Het aantonen van marktfalen is daarmee in beginsel vormvrij, maar het lijkt aangewezen om daarvoor een marktanalyse te verrichten.
45. In de Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties worden enkele hulpmiddelen en praktijkvoorbeelden bij het vaststellen van marktfalen

²¹ HvJ 3 maart 2021, gevoegde zaken C-434/19 en C-435/19 (*Poste Italiane*), ECLI:EU:C:2021:162

²² *Gids DAEB van de Europese Commissie*, p. 46.

gegeven.²³ Hier wordt onder meer verduidelijkt dat decentrale overheden in de praktijk marktanalyses houden om vast te stellen of overheidsingrijpen te verantwoorden is en marktfalen aantoonbaar kan worden vastgesteld.

46. Voorts wijst de Handreiking ter illustratie op een *best practice* uit de decentrale praktijk. Zo wordt beschreven dat de provincie Noord-Brabant, bij de aanwijzing van een DAEB, een voorbereidingsprocedure hanteert, waarbij onderzocht wordt of een bepaalde openbare dienstverplichting ontoereikend door de markt wordt verricht. Uit deze voorbereiding kan bijvoorbeeld volgen dat een marktconsultatie noodzakelijk is voor het vaststellen van een specifiek marktfalen. Het organiseren van een marktconsultatie kan dus (al dan niet als onderdeel van de marktanalyse) worden gebruikt om marktfalen aan te tonen.

- *Wat voor extra administratieve last rust er op de Gemeente in geval van een DAEB-aanwijzing?*

47. Wat betreft de administratieve lasten is van belang welke juridische basis de Gemeente kiest voor de DAEB: het Altmark-arrest of het DAEB-Vrijstellingsbesluit van de Europese Commissie?

Altmark-arrest:

48. Indien de Gemeente de DAEB aanwijst conform de eisen van het Altmark-arrest, gelden de volgende voornaamste administratieve eisen:
- a. De Gemeente moet op voorhand de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, op objectieve en doorzichtige wijze moet vaststellen;
 - b. De Gemeente moet een benchmark uitvoeren van de kosten die een die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze DAEB uit te voeren;
 - c. Er moet een formeel aanwijzingsbesluit worden genomen, waarbij de Stichting daadwerkelijk wordt belast met de uitoefening van de DAEB;
 - d. Het verdient aanbeveling om gedurende de looptijd van de DAEB te blijven monitoren op overcompensatie. Mocht iemand ooit bezwaren uiten tegen de DAEB-constructie, dan kan het nuttig zijn een dossier achter de hand te hebben waarmee de marktconformiteit kan worden onderbouwd.
49. Verder gelden er geen administratieve verplichtingen, zoals rapportageverplichtingen bij de Europese Commissie. Dat ligt anders op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, waarover hieronder meer. Keerzijde is dat op grond van het Altmark-arrest dus wel een benchmark van de kosten moet worden gemaakt. In dat kader verdient het aanbeveling om hulp in te schakelen van een externe deskundige op dit gebied.

DAEB-Vrijstellingsbesluit

50. Indien de DAEB wordt opgelegd conform de eisen van het DAEB-Vrijstellingsbesluit van de Europese Commissie, gelden de volgende administratieve eisen:

²³ Handreiking DAEB, paragraaf 7.2.

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066.9
PAGINA 11 van 14

- a. De Gemeente moet vooraf het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie bepalen (conform 5 DAEB-Vrijstellingsbesluit);
 - b. De Gemeente moet een formeel aanwijzingsbesluit nemen waarbij de Stichting daadwerkelijk wordt belast met de uitoefening van de DAEB (conform artikel 4 DAEB-Vrijstellingsbesluit);
 - c. De Gemeente moet regelmatig – minstens om de drie jaar – een controle uitvoeren op overcompensatie. Zij moet in dit kader een dossier bijhouden dat zij op verzoek van de Europese Commissie kan overleggen (artikel 6 DAEB-Vrijstellingsbesluit);
 - d. De Gemeente moet tot minstens 10 jaar na de afloop van de DAEB-periode een dossier bijhouden van alle gegevens die noodzakelijk zijn om vast te stellen of de verleende compensatie voldoet aan de eisen van het DAEB-Vrijstellingsbesluit (artikel 8 DAEB-Vrijstellingsbesluit);
 - e. De Gemeente moet om de twee jaar bij de Europese Commissie verslag doen van de uitvoering van het DAEB-Vrijstellingsbesluit (artikel 9 DAEB-Vrijstellingsbesluit). Deze rapportage vindt op nationaal niveau plaats. In dit kader wordt door het Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties informatie bij decentrale overheden opgevraagd.
51. Op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit gelden er dus meer administratieve verplichtingen voor de Gemeente. Dat gezegd hebbende, ook indien de DAEB conform de eisen van het Altmark-arrest ingericht zou worden lijkt het raadzaam dat de Gemeente de gegevens bijhoudt op grond waarvan zij – indien nodig – kan onderbouwen dat de compensatie aan de Stichting voldoet aan de eisen uit het Altmark-arrest en niet hoger is dan marktconform.
- *Dient de Stichting mee te werken aan een DAEB-aanwijzingsbesluit van de Gemeente?*
52. Om verschillende redenen is het noodzakelijk althans minst genomen wenselijk dat de Stichting meewerkt aan een DAEB-aanwijzingsbesluit.
53. Allereerst – en dit is misschien een open deur – is het natuurlijk wenselijk dat de DAEB wordt uitgevoerd door een partij die dat ook daadwerkelijk wil en het eens is met de voorwaarden waaronder de DAEB moet worden uitgevoerd. Anders bestaat het risico dat de betrokken onderneming niet meewerkt, of dat de kwaliteit van de DAEB eronder lijdt.
54. Daar komt het volgende bij. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het eerste Altmark-criterium – de daadwerkelijke belasting met de DAEB – impliceert dat op de onderneming een werkelijke c.q. formele verplichting moet rusten om de betrokken dienst onder de gegeven voorwaarden aan te bieden.²⁴ Ook de Europese Commissie lijkt deze eis als zodanig toe te passen en overweegt dat de enkele toestemming om een bepaalde activiteit te verrichten onvoldoende is om als aanwijzingsbesluit te dienen, omdat daarmee voor een onderneming geen verplichting ontstaat.²⁵ Aangenomen kan worden dat ook op grond van het

²⁴ HvJEU 15 mei 2019, C-706/17 (Achema); en HvJEU 3 maart 2021, C-434/19 en C-435/19 (Poste Italiane).

²⁵ Europese Commissie 29 april 2013, Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang, SWD(2013) 53 final/2, p. 46.

DATUM 31 oktober 2022
 ONS KENMERK 101066. [REDACTED]
 PAGINA 12 van 14

DAEB-Vrijstellingsbesluit dus vereist is dat voor de betrokken onderneming een uitvoeringsplicht geldt.

55. In de decentrale praktijk komen verschillende vormen van aanwijzingsbesluit voor. Deze kunnen worden onderverdeeld in de volgende instrumenten:
 - a. Een subsidieregeling (in combinatie met een subsidiebeschikking en soms een uitvoeringsovereenkomst);
 - b. Ad-hoc aanwijzingsbesluiten (vaak in combinatie met een subsidiebeschikking waarin de financiële voorwaarden zijn uitgewerkt);
 - c. Overeenkomsten;
56. Gelet op de eis dat voor de Stichting een daadwerkelijke verplichting geldt om de DAEB uit te voeren, lijkt niet te kunnen worden volstaan met enkel een subsidiebeschikking. Een subsidiebeschikking houdt op zichzelf namelijk geen (afdwingbare) verplichting in om de subsidiabele activiteit uit te voeren. Vanuit dit oogpunt is het dan ook raadzaam om tevens een uitvoeringsovereenkomst te sluiten als bedoeld in artikel 4:36 Awb, waarbij de Stichting verplicht wordt om de DAEB uit te voeren. De Stichting zal uiteraard moeten meewerken aan totstandkoming van deze overeenkomst. In dit geval zal wel moeten worden beoordeeld of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012, in welk geval mogelijk een aanbestedingsplicht geldt.
57. Een alternatief is dat een zogenaamd ad-hoc aanwijzingsbesluit wordt genomen. Dit is in de praktijk de meest voorkomende vorm van aanwijzingsbesluiten. Doorgaans betreft het een brief gericht aan de betrokken onderneming, waarin wordt bepaald dat de onderneming wordt belast met de uitvoering van een nader beschreven DAEB. Dergelijke besluiten zijn weliswaar dwingend geformuleerd, maar niet gebaseerd op een wettelijk voorschrift op grond waarvan de Gemeente (althans een van haar bestuursorganen) de bevoegdheid heeft gekregen eenzijdig rechten en plichten vast te stellen. Het is dus geen zekerheid dat dergelijke besluiten kunnen volstaan voor als aanwijzingsbesluit. Hoe dan ook is ook in dit geval dus wenselijk dat de Stichting 'meewerkt' aan de DAEB. Anders bestaat het risico dat zij een juridische procedure start en de verbindendheid van het aanwijzingsbesluit ter discussie stelt.
58. Kort en goed concluderen wij dat de medewerking van de Stichting aan de oplegging van de DAEB om verschillende redenen wenselijk dan wel noodzakelijk is.
 - *Nadelen van een DAEB-aanwijzing*
59. Het voornaamste risico van de DAEB-aanwijzing, is dat een uiteindelijk oordeel over de rechtmatigheid hiervan is voorbehouden aan de Europese Commissie (of de nationale rechter). Hoewel overheden een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij de aanwijzing van een DAEB, is die vrijheid niet onbeperkt. De Europese Commissie kan ingrijpen indien naar haar oordeel sprake is van een kennelijke fout.
60. Zoals wij hierboven hebben toegelicht, is er discussie mogelijk over de vraag onder welke omstandigheden activiteiten op het gebied van citymarketing als DAEB kunnen worden aangemerkt. Gelet hierop bestaat

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066. [REDACTED]
PAGINA 13 van 14

het risico dat een derde – bijvoorbeeld een particulier reclamebureau – de DAEB-aanwijzing aan de Stichting op enig moment ter discussie stelt en daarbij in het gelijk wordt gesteld.

61. In het verlengde hiervan wijzen wij op het risico dat ter discussie wordt gesteld of de compensatie wel kan worden aangemerkt als een subsidie, of dat het gaat om een commerciële transactie (voor aan de Gemeente geleverde diensten). Ook dit risico zou zich kunnen voordoen indien een derde zich op het standpunt stelt dat er iets mankeert aan de DAEB-aanwijzing. Daarnaast wijzen wij erop dat de accountant bij diens controle van de gemeentelijke jaarrekening onder meer beoordeelt of de Aanbestedingswet 2012 is nageleefd. In sommige gevallen blijken accountants kritisch te kunnen zijn op subsidierelaties die in hun ogen meer weg hebben van een overheidsopdracht.
62. De meest voor de hand liggende route om deze risico's weg te nemen – en nog steeds in overeenstemming te handelen met het staatssteunrecht – is om de samenwerking met de Stichting vanaf het begin al overheidsopdracht vorm te geven. Zolang de Gemeente voor de geleverde diensten een marktconforme vergoeding betaalt, is geen sprake van staatssteun.
63. Wel zou in dat geval de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn. Indien de waarde van de overheidsopdracht hoger is dan de Europese drempelwaarde (EUR 215.000,-²⁶), dan zou deze in beginsel Europees moeten worden aanbesteed. Dit is niet het geval indien voldaan wordt aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding zoals opgenomen in artikel 2.24a Aanbestedingswet 2012. Deze voorwaarden houden kort gezegd het volgende in:
- i. De Gemeente moet de [REDACTED] in zoals op haar eigen diensten. Dit betekent dat de Gemeente op zowel strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen een beslissende invloed uitoefent;
 - ii. Meer dan 80% van de activiteiten van de Stichting bestaan uit taken die zijn toegewezen door de Gemeente;
 - iii. Er is geen participatie van privé-kapitaal.
64. Op basis van de statuten van de Stichting menen wij te moeten concluderen dat in ieder geval niet voldaan wordt aan het eerste criterium. Hiervoor zouden de statuten van de Stichting moeten worden aangepast, bijvoorbeeld door hierin op te nemen dat de Gemeente de besturende organen van de Stichting genoemd of in ieder geval toestemming moet verlenen voor bepaalde, belangrijke besluiten.
65. Het is ons niet bekend of de route van quasi-inbesteding voor de Gemeente mogelijk of wenselijk is. Daarom laten wij het voor nu bij het noemen van deze mogelijke route. Indien gewenst zijn wij graag bereid hierover nader te adviseren.

*** **

²⁶ Het zou in dit geval gaan om een overheidsopdracht voor diensten.

DATUM 31 oktober 2022
ONS KENMERK 101066. [REDACTED]
PAGINA 14 van 14

AKD

AKD verleent juridische diensten via drie entiteiten; AKD N.V. in Nederland, AKD BV in België en AKD Luxembourg S.à r.l. in Luxemburg.

AKD BV is de entiteit waarmee u contracteert. Deze entiteit is gevestigd te Brussel, met statutaire zetel aan de Koloniënstraat 56, bus 3, 1000 Brussel en is ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 04 [REDACTED]. Het BTW nummer van AKD BV is BE 0463.349.796.

Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD BV. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.eu.