

Van: [redacted]
Aan: [redacted]
Onderwerp: Fwd: Roosendaal [AKD-PRACTICE.FID1079955]
Datum: vrijdag 24 mei 2024 08:36:45
Bijlagen: [image001.png](#)

Ter info.

Verzonden vanuit [Outlook voor iOS](#)

Van: [redacted] (AKD) <[redacted]@akd.nl>
Verzonden: Friday, May 24, 2024 8:31:40 AM
Aan: [redacted]@roosendaal.nl>
CC: [redacted] (AKD) <[redacted]@akd.nl>; [redacted] (AKD) [redacted]@akd.eu>
Onderwerp: FW: Roosendaal [AKD-PRACTICE.FID1079955]

Beste [redacted],

Bijgaand zend ik je de bevindingen van [redacted] over uitsluiting van het recht op vestiging. Deze analyse bevat geen analyse van het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie naar Nederlands recht. Je ziet dat het geen eenvoudig zaak is en bepaald geen gelopen koers. Naar wij begrijpen wenst de gemeente bewust dit risico te nemen gezien het daarmee gediende belang.

Zie ook onderstaande opmerking van [redacted] over staatsteun. Ook op dit punt is de gemeente het risico bekend. Daarbij wijs ik er nog op dat de vergoeding voor afkoop van de toekomstige tabaksverkoop, in het geheel geen onderdeel is geweest van onze analyse.

Alles zit in een stroomversnelling dat begrijpen wij goed. Wij faciliteren dat ook graag en wij begrijpen de dwingende belangen van de gemeente, maar wij zouden geen knip voor de neus waard zijn als wij jullie niet op voorgaande zouden wijzen.

Met vriendelijke groet,



[redacted] | Partner, Advocaat
AKD N.V.
E: [redacted]@akd.nl | T: +31 88 253 5925 | M: +31 6 52 04 86 30
[LinkedIn](#) | www.akd.eu
Nederland | België | Luxemburg

From: [redacted] (AKD) <[redacted]@akd.eu>
Sent: Thursday, May 23, 2024 6:54 PM
To: [redacted] (AKD) <[redacted]@akd.nl>
Cc: [redacted] (AKD) <[redacted]@akd.eu>
Subject: Roosendaal

Ha [redacted],

Naar wij begrijpen, wil de gemeente in het kader van de uitkoop van Chata B.V. afspreken dat deze onderneming zich in de toekomst ook niet elders in Roosendaal zal vestigen. De vraag is of een dergelijke clause nietig of vernietigbaar kan zijn wegens strijd met verdragsbepalingen omtrent vrij

verkeer (artikel 49 en 56 VWEU).

Deze vraag is behoorlijk complex en rechtvaardigt wat mij betreft een volwaardig advies.

Op basis van onze voorlopige bevindingen, zien wij in ieder geval een risico voor de gemeente.

1. Kan deze clause in strijd zijn met de verdragsbepalingen omtrent vrij verkeer?

- Ten eerste moet voor toepassing van de bepalingen omtrent de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) sprake zijn van een *grensoverschrijdend element*. Met andere woorden: de (rechts)persoon, de dienstverlener en/of dienst moet verplaatsen van de ene naar de andere lidstaat. Een logisch gevolg van het vereiste grensoverschrijdend element is dat de bepalingen omtrent het vrij verkeer niet van toepassing zijn op “*zuiver interne aangelegenheden van een lidstaat*”. Dit wil zeggen dat deze bepalingen niet van toepassing zijn op situaties waarbij iedere band met door het Unierecht beoogde situaties ontbreekt. Het voorgaande maakt dat een (rechts)persoon zich in beginsel niet op de bepalingen omtrent het vrij verkeer kan beroepen tegenover zijn of haar eigen lidstaat, wanneer het recht op vrij verkeer niet is uitgeoefend.

In het onderhavige geval kunnen wij een grensoverschrijdend element niet uitsluiten, nu het hier gaat om een Poolse supermarkt (met mogelijk een Poolse eigenaar en Poolse klanten).

- Ten tweede stelt zich de vraag of een dergelijke clause een beperking van het vrij verkeer oplevert. In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat daarvan niet alleen sprake kan zijn in het geval van (indirect) discriminatoire maatregelen, maar ook in het geval van niet-discriminatoire maatregelen die rechtstreeks van invloed zijn op de toegang tot de dienstenmarkt in een andere lidstaat en derhalve het intracommunautaire dienstenverkeer kunnen belemmeren. Dienaangaande heeft het Hof van Justitie overwogen dat een nationale maatregel een beperking van het vrij verkeer kan vormen:

“(...) zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, toch de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden door gemeenschapsonderdanen, met inbegrip van de onderdanen van de lidstaat die de regeling heeft getroffen, kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken.”

In het onderhavige geval zijn wij op voorhand van oordeel dat een verbod op het (opnieuw) vestigen in Roosendaal kan leiden tot een beperking van het vrij verkeer.

- Ten derde moet worden onderzocht of een uitzondering of rechtvaardiging voor deze beperking geldt. Op grond van artikel 52 (jo. artikel 62) VWEU doen de bepalingen omtrent vrij verkeer niet af aan nationale maatregelen die uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn. Naast deze beperkte groep aan verdragsuitzonderingen, heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak de niet-limitatieve categorie van “*dwingende redenen van algemeen belang*” ontwikkeld, op grond waarvan een beperking van het vrij verkeer gerechtvaardigd kan zijn. Ten aanzien van deze rechtvaardiging is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, dat nationale maatregelen die de uitoefening fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder

aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen:

- a. zij moeten zonder discriminatie worden toegepast;
- b. zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang;
- c. zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen; en
- d. zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

In het onderhavige geval betwijfelen wij of een rechtvaardiging voor handen zal zijn, omdat wij niet kunnen uitsluiten dat de doelstellingen van de gemeente met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden behaald (zoals het invoeren van een vergunningsplicht of het aanwijzen een alcoholoverlastgebied).

Voorlopige bevinding: wij kunnen niet uitsluiten dat een dergelijke clause in strijd is met het vrij verkeer.

2. Zo ja, wat zijn daarvan de gevolgen?

- Indien (een clause uit) de overeenkomst tussen Chata B.V. en de gemeente in strijd is met de verdragsbepalingen omtrent vrij verkeer (artikel 49 en 56 VWEU), heeft dat op basis van het Europees recht niet zonder meer tot gevolg dat deze afspraak nietig of vernietigbaar is.

Zie in dit verband bijvoorbeeld [ECLI:NL:GHAMS:2017:23](#): “(...) BD [heeft] aangevoerd dat het RIVM in strijd heeft gehandeld met de Unierechtelijke beginselen van vrij verkeer zoals die van (bijvoorbeeld) artikel 18, 49 en 56 van het VWEU (...). Dergelijke strijd, indien aanwezig, leidt niet zonder meer tot nietigheid dan wel vernietigbaarheid van de overeenkomst ingevolge artikel 3:40 BW (...). In dat verband roept het hof in herinnering dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst een bij wet verboden strekking heeft of tot een bij wet verboden prestatie dwingt, naar vaste rechtspraak ook niet zonder meer tot nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst leidt.”

- Maar los van de vraag of een dergelijke clause nietig of vernietigbaar is, kan het in ieder geval wel zo zijn dat een rechter deze bepaling in voorkomend geval buiten toepassing laat.

Zie in dit verband bijvoorbeeld [ECLI:NL:PHR:2018:943](#): “Ik wijs er tot slot op dat, indien de uitkomst van die toetsing aan art. 56 VWEU zou zijn dat deze verdragsbepaling is geschonden, dat niet zonder meer tot gevolg heeft dat art. 44 cao GN nietig is. Deze bepaling zal dan in het individuele geval buiten toepassing moeten worden gelaten maar het Unierecht dwingt niet tot het aannemen van nietigheid (voetnoot: of sprake is van nietigheid in de zin van art. 3:40 BW is een andere vraag).”

Voorlopige bevinding: strijd met het vrij verkeer kan (minst genomen) tot gevolg hebben dat een dergelijke clause door de rechter buiten toepassing wordt gelaten, zodat Chata B.V. daaraan niet kan worden gehouden.

Zoals besproken, ten slotte nog één opmerking ten aanzien van de “Bijlage raadsvoorstel Scenario’s Gastelseweg”. Daarin staat:

“Het bedrag gemoeid met de verwerving van het vastgoed en uitkoop van de exploitatie van de supermarkt op basis van aanvullende informatie, was door onze adviseur begroot op € 4.880.000,-. Op basis hiervan en daarover uitgebracht advies van AKD, werd een afkoopsom van € 5.000.000,- miljoen mogelijk geacht en passend binnen de regels van staatssteun. Het verschil tussen de getaxeerde marktwaarde en beoogde koopprijs (ad € 120.000,00) kon (volgens AKD) als deminimissteun worden verstrekt. Op verzoek van de burgemeester zou hiervoor nog een cijfermatige check worden uitgevoerd.”

Wij hebben de gemeente in overweging gegeven dit bedrag als De-minimissteun te verstrekken (wat mij op voorhand ook mogelijk lijkt), maar daartoe moet natuurlijk wij worden voldaan aan alle voorwaarden van de De-minimisverordening. Zie in dit verband ook mijn e-mail van 8 mei 2024 om 17:17 aan . Daarover sprak ik hem ook nog telefonisch. Wij hebben hier niet integraal getoetst. Dus voor zover in deze bijlage de indruk wordt gewekt dat deze transactie staatssteunrechtelijk helemaal hebben afgezegd, gaat mij dat te snel.

Met vriendelijke groet,



 | Advocaat
AKD BV
E: @akd.eu | T: +31 88 253 5057 | M: +32 471 61 04 00
LinkedIn | www.akd.eu
België | Nederland | Luxemburg



Please consider the environment before printing this email

Visit our website akd.eu for more information about our lawyers, publications, headlines, etc. This e-mail may contain information which is privileged or confidential. If you received this e-mail in error, please notify us immediately by e-mail or telephone and delete the e-mail without reading, copying or disclosing its contents to any other person. In the Netherlands, the practice is conducted by AKD N.V. (registered in the Trade Register of the Chamber of Commerce, number 24366820). The general conditions of AKD N.V. are applicable and contain a limitation of liability clause. The general conditions have been deposited at the Rotterdam District Court. On request the general conditions will be sent without charges. They are also available on akd.eu.

Toelichting grondslagen

In dit document kunt u secties vinden die onleesbaar zijn gemaakt. Deze informatie is achterwege gelaten op basis van de Wet open overheid (Woo). De letter die hierbij is vermeld correspondeert met de bijbehorende grondslag in onderstaand overzicht.

J Art. 5.1 lid 2 sub e

Het belang van de openbaarmaking van deze informatie weegt niet op tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen