

MEMO



AAN Gemeente Roosendaal
Evert Visser
Wim Uijtdehaag
Ronald Schilt

VAN Mr. Maria van der Velden/
Mr. Sabina Smallegange
Advocaten
TELEFOON +31(0)88 253 50 86/75
FAX +31(0)88 253 50 50
E-MAIL mvandervelden@akd.eu
ssmallegange@akd.eu

DATUM 25 maart 2013

ONS KENMERK BR750577

KOPIE AAN

ONDERWERP Project SCG: nadere uitwerking staatssteun DAEB

1. Inleiding en vraagstelling

In vervolg op het (concept)advies van 21 juni 2012¹ zullen we op verzoek in dit advies nadere invulling geven op de staatssteunrechtelijke aspecten van het project SCG, meer in het bijzonder de DAEB-vrijstelling. Hieronder zullen we voor de volledigheid de feiten/aannames betreffende het project weergeven, nu deze mogelijk door het tijdsverloop kunnen zijn gewijzigd en dit voorts van invloed kan zijn op de uitkomst van het advies. Daarna zullen we ingaan op de opties voor de Gemeente hoe zij de subsidie van de Provincie zodanig kan vormgeven dat deze én verenigbaar is met gemeenschappelijke markt én vrijgesteld is van een meldingsplicht bij de Europese Commissie ("EC").

2. Feiten/Aannames

Hieronder geven we een overzicht van de feiten en aannames van het project SCG, volgend uit de overlegde documenten als benoemd in het eerdere advies van 21 juni jl. Graag vernemen wij als deze onjuist zijn weergegeven, nu dit van invloed kan zijn op onderhavig advies.

- a) Met behulp van het SCG zou de nieuw aan te leggen wijk Stadsoevers op innovatieve en duurzame wijze verwarmd moeten worden. Hiervoor wil de Gemeente als stadsverwarming gebruik maken van restwarmte van Sita die in de buurt van de nieuwe wijk is gevestigd. Al dan niet in een later stadium kan dit warmtenet worden gecombineerd met de mogelijkheden van koeling middels warmte/koudeopslag in de bodem en aansluiting op de utiliteitsbouw.
- b) De Gemeente heeft van de Provincie een subsidie ad EUR 4,5 miljoen ter beschikking gesteld gekregen ten behoeve van de verwezenlijking van het project SCG. De subsidie van de Provincie is niet afkomstig uit een Europees Fonds. De subsidie zal derhalve bekostigd zijn met (Nederlandse) overheidsmiddelen.

¹ Voor gehanteerde definities en afkortingen en overzicht van overlegde documenten t.b.v. advisering in onderhavige zaak verwijzen we naar het eerder advies d.d. 21 juni 2012.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 2 van 15

- c) De Gemeente overweegt om samen met Sita een BV op te richten (DES BV) die het SCG zal moeten laten aanleggen en vervolgens exploiteren. Wij nemen aan dat Sita zal participeren in DES B.V., waarbij Sita invloed zal kunnen gaan uitoefenen in het strategische (commerciële) beleid van DES B.V. Daarnaast gaan wij ervan uit dat de provinciale subsidie niet berust op een regeling waarvan ondernemingen die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven, individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn, alsmede elke regeling op grond waarvan steun die niet aan een bepaald project is gebonden voor onbepaalde tijd en/of voor een onbepaald bedrag aan een of meer ondernemingen kan worden toegekend.²
- d) De provinciale subsidie zal ten behoeve van DES B.V. ingezet worden. De wijze waarop die subsidie zal worden ingebracht is nog niet besloten. Geopperd is om de subsidie in te zetten als aandelenkapitaal in DES B.V., als een (laagrentende) risicodragende lening, meer specifiek een revolving fund.
- e) Zonder de provinciale subsidie is het project niet uit te voeren. Om de subsidie te behouden dient voor het eind van 2013 warmte geleverd te worden aan ten minste één afnemer met behulp van het SCG. Aangezien het SCG nog aangelegd moet worden, dient op korte termijn een beslissing genomen te worden of het project doorgang kan vinden.
- f) Er is nog geen (uitgebreid) concreet onderzoek uitgevoerd of marktpartijen bereid zijn te investeren in het hybride netwerk.
- g) De Provincie heeft de controle op het voorkomen van ongeoorloofde staatssteun bij het inzetten van de provinciale subsidie bij de Gemeente neergelegd.

3. Kort antwoord

Er is sprake van een steunmaatregel, indien aan een onderneming een voordeel wordt toegekend dat niet op normale, commerciële basis (tegen marktprijs) is verstrekt uit (direct of indirect) overheidsmiddelen, of waarvoor de overheid inkomsten derft, en door welk voordeel een onderneming wordt begunstigd.

Bij de voorwaarde dat een bijdrage uit overheidsmiddelen niet mag leiden tot begunstiging van bepaalde ondernemingen, is in beginsel geen sprake van begunstiging, wanneer een publiek lichaam aan een onderneming financiële middelen beschikbaar stelt onder dezelfde voorwaarden die acceptabel zouden zijn voor een particuliere geldverstrekker die opereert onder de voorwaarden van een markteconomie (het beginsel van particuliere geldlener in

² Bij deze merken wij op dat de Algemene Groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun (Verordening (EG) Nr. 800/2008 van 6 augustus 2008, PbEG 2008, L 214/3) niet van toepassing is als het gaat om ad hoc-steun aan een "grote onderneming". Een "grote onderneming" is een onderneming waarin meer dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen EUR en/of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen EUR overschrijdt. Sita v

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 3 van 15

een markteconomie – de “*market economy investor principle*”³).

Het ijkpunt voor de staatssteuntoets is het moment van toekenning van de subsidie, in welke vorm dan ook. Zoals eerder in het advies d.d. 21 juni 2012 geconcludeerd zal de provinciale subsidie in beginsel aan te merken zijn als staatssteun. Wij zien de volgende opties voor de Gemeente om ongeoorloofde staatssteun te vermijden die daarnaast is vrijgesteld van een meldingsplicht bij de EC:

1. Lening op basis van marktconforme voorwaarden
2. Revolving fund op basis van marktconforme voorwaarden
3. DAEB

Voor een toelichting op deze opties verwijzen we naar punt 4. van onderhavig advies.

Als wordt vastgesteld dat bij het vormgeven van de provinciale subsidie niet wordt voldaan aan het *market economy investor principle*, adviseren wij de Gemeente te onderzoeken voldaan kan worden aan de DAEB-vrijstelling. Hoewel het voldoen aan de cumulatieve voorwaarden aan deze vrijstelling enige zorgvuldige voorbereiding en controle achteraf vergt, is het voordeel van de vrijstelling dat alle steun die de Gemeente (en mogelijk andere overheden) voornemens zijn te geven aan DES B.V. (en mogelijk ook Sita) in overeenstemming zullen zijn met de staatssteunregels. Bijkomstig voordeel is dat deze steun dan ook niet zal hoeven te worden gemeld, mits de compensatie niet de drempel van EUR 15 miljoen overtreft en de periode waarin de begunstigde onderneming met de DAEB belast wordt niet meer dan 10 jaar bedraagt, tenzij onderbouwd kan worden dat DES B.V. aanzienlijke investeringen moet doen die op grond van algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen over een langere periode moeten worden afgeschreven.

Als bijlage treft u een concept DAEB-besluit aan.

4. Toelichting op het korte antwoord

Kort algemeen kader

Er is sprake van een steunmaatregel, indien aan een onderneming een voordeel wordt toegekend dat niet op normale, commerciële basis (tegen marktprijs) is verstrekt uit (direct of indirect) overheidsmiddelen, of waarvoor de overheid inkomsten derft, en door welk voordeel een onderneming wordt begunstigd.

We verwijzen voorts naar het algemeen kader van het staatssteunrecht van Stibbe (paragraaf 4.1.) d.d. 22 maart jl. Nu nog niet vaststaat in welke vorm de provinciale subsidie aan DES B.V. zal worden gegeven, memoreren we daarbij nog het volgende. Bij de

³ Zie met name ook *Competition Policy Newsletter van de Europese Commissie, 2 juni 2002, p.25.*

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 4 van 15

voorwaarde dat een bijdrage uit overheidsmiddelen niet mag tot begunstiging van bepaalde ondernemingen, is in beginsel geen sprake van begunstiging, wanneer een publiek lichaam aan een onderneming financiële middelen beschikbaar stelt onder dezelfde voorwaarden die acceptabel zouden zijn voor een particuliere geldverstrekker die opereert onder de voorwaarden van een markteconomie (het beginsel van particuliere geldlener in een markteconomie – de “*market economy investor principle*”⁴). Dit uitgangspunt is van belang indien de provinciale subsidie door de Gemeente wordt omgezet in een lening of in de vorm van een revolving fund, waarop hieronder nog nader zal worden ingegaan.

Aan het verlenen van niet aangemelde of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun kleven met name de volgende risico's:

- Indien de EC oordeelt dat sprake is van verboden staatssteun, kan zij de lidstaat opdragen de steun met rente van de begunstigde onderneming terug te vorderen. Daarbij kan de Nederlandse lidstaat op grond van de recent in werking getreden Wet Nerpe⁵ besluiten een dergelijk bevel van de EC door te leggen aan de betreffende publieke entiteit verantwoordelijk voor de ongeoorloofde staatssteun. Let op: eenieder (dus ook een niet-belanghebbende) kan klagen bij de EC en de EC kan ook op eigen initiatief onderzoek verrichten.
- Ook kan eenieder die daar belang bij heeft (bijvoorbeeld een concurrent van de steunontvanger) zich wenden tot de Nederlandse rechter om stopzetting of terugvordering (met rente) van niet gemelde staatssteun te eisen.
- Indien financiering middels een civielrechtelijke overeenkomst wordt verstrekt, brengt een inbreuk op de Europese staatssteunregels waarschijnlijk de nietigheid van deze overeenkomst teweeg.

Subsidie – staatssteun?

Het ijkpunt voor de staatssteuntoets is het moment van toekenning van de subsidie, in welke vorm dan ook. Zoals eerder in het advies d.d. 21 juni 2012 geconcludeerd zal de provinciale subsidie in beginsel aan te merken zijn als staatssteun. Staatssteun dient te worden goedgekeurd door de EC voordat zij ten uitvoer mag worden gelegd. Er zou goedkeuring gevraagd kunnen worden aan de EC. De EC heeft echter verschillende vrijstellingen opgesteld, soms naar aanleiding van ontwikkeling in de Europese jurisprudentie.⁶ Als een steunmaatregel, zoals onderhavige subsidie, voldoet aan de

⁴ Zie met name ook *Competition Policy Newsletter van de Europese Commissie, 2 juni 2002, p.25.*

⁵ *Regels met betrekking tot de naleving van Europese regelgeving door publieke entiteiten (Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten), Gewijzigd voorstel van wet van 23 september 2010, Eerste Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 157, A.*

⁶ *Vastgesteld door het Hof van Justitie EG in zaak C 280/00 (Altmark). Genoemde criteria zijn inmiddels nader uitgewerkt in een Mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang*

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 5 van 15

voorwaarden van zo'n vrijstelling, dan wordt de steun geacht te zijn goedgekeurd en hoeft deze dus niet bij de EC te worden gemeld. Kan de steun niet in lijn worden gebracht met een vrijstelling die de steun vrijstelt van verplichte melding, dan dient deze vooraf – dus vóór toekenning – door de Lidstaat te worden gemeld bij de EC.⁷

Opties om ongeoorloofde staatssteun te vermijden

Nu kan worden aangenomen dat de provinciale subsidie staatssteun vormt, zullen we hieronder uiteen zetten wat de opties voor de Gemeente zijn om ongeoorloofde staatssteun te vermijden die daarnaast is vrijgesteld van een meldingsplicht bij de EC:

4. Lening op basis van marktconforme voorwaarden
5. Revolving fund op basis van marktconforme voorwaarden
6. DAEB

Ad 1) Lening op basis van marktconforme voorwaarden

De Gemeente zou de subsidie als een klassieke lening op marktconforme voorwaarden, waaronder een marktconforme rente, aan DES B.V. kunnen verlenen wil geen sprake zijn van verboden staatssteun. Een rente is marktconform, indien de rente voldoet aan de voorwaarden van "Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld"⁸ (hierna: "de Mededeling"). Hierin geeft de EC een indicatie van een methode om een marktrente vast te stellen. Deze methode luidt als volgt:

- a. Berekeningsgrondslag: eenjaars IBOR⁹.
- b. Op de eenjaars IBOR wordt een opslag berekend. De opslag wordt bepaald in functie van de rating van de betrokken onderneming en de geboden zakelijke zekerheden.
- c. De referentierente dient jaarlijks te worden geactualiseerd. Indien zich onverwachte en aanzienlijke schommelingen voordoen, wordt eveneens een nieuw referentiepercentage vastgesteld.

Daarnaast zij erop gewezen dat enkel gebruik van een marktrente niet volstaat om te

verleende compensatie (PbEG 2012 C8/4), 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 openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PbEG C2012, L7/3), Mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 over de EU-kadering inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011).

⁷ Tenzij de zgn. de *minimis*-regel (totale steunbedrag aan een onderneming maximaal 200.000 Euro gedurende een periode van 3 jaren) van toepassing is.

⁸ Mededeling van de Commissie inzake de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld, 19 januari 2008, PbEG 2008 C14/6.

⁹ IBOR = *inter-bank offered rate*.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 6 van 15

bewijzen dat sprake is van een marktconforme lening. Er dient te worden beoordeeld of een private geldlener of participatiemaatschappij, zoals een bank, dezelfde lening tegen dezelfde voorwaarden zou hebben verleend aan DES B.V. Als dat het geval zou zijn, kan meer zekerheid worden bekomen over de vraag, of de lening al dan niet marktconform is en of de Gemeente bijgevolg geld leent conform het "*market economy principle*".

Als objectief kan worden aangetoond dat de lening, waarmee de provinciale subsidie zal worden verstrekt, op basis van marktconforme voorwaarden is, betreft de subsidie geen voordeel in de zin van staatssteun en behoeft dus niet te worden gemeld bij de Europese Commissie.

Ad 2) Revolving fund op basis van marktconforme voorwaarden

Een andere optie, die wordt aangereikt in het Beslisdocument d.d. maart 2012, is de provinciale subsidie vorm te geven als een revolving fund. Zo'n investeringsfonds wordt in de regel ingesteld voor projecten die anders niet of slechts moeizaam van de grond komen. Door aflossing (en eventueel rentebetaling) komt het uitgeleende geld weer terug in het revolving fund en is weer beschikbaar voor nieuwe leningen. Het voordeel is dat de middelen tot in lengte van jaren – feitelijk oneindig – inzetbaar blijven. Met een revolving fund maakt eenmalig subsidiëren plaats voor duurzaam financieren.

Een dergelijk fonds betreft geen verboden staatssteun, mits dit fonds op marktconforme voorwaarden functioneert. Dezelfde voorwaarden als bij een klassieke lening als beschreven onder ad 1) zijn hierbij van toepassing. Naast een marktconforme rentepercentage, zijn er ook andere omstandigheden bij een revolving fund in acht moeten worden genomen. Zo moet bezien worden voor welk soort lening (bijv. gewone lening, achtergestelde lening, hypothecaire lening) het wordt, of dat er zakelijke zekerheden (bijv. pandrecht of een hypotheek op het gelegde warmtenet) worden bedongen, de financiële / kredietwaardigheid van DES B.V. (hier spelen onder meer de inkomstenbronnen een rol), afbetalingsritme, etc. Als bijvoorbeeld de lening uit de revolving fund zou worden achtergesteld (en daarmee een risico bestaat dat de lening niet kan worden terugbetaald), moet de rente bijvoorbeeld in beginsel hoger zijn dan de bancaire rente. De vraag die dus ook hier moet worden beantwoord is of een reguliere bank of andere particuliere geldverstrekker dezelfde lening tegen dezelfde voorwaarden zou hebben verleend aan DES B.V. Als objectief kan worden aangetoond dat het revolving fund, waarmee de provinciale subsidie zal worden verstrekt, op basis van marktconforme voorwaarden is, betreft de subsidie geen voordeel in de zin van staatssteun en behoeft dus niet te worden gemeld bij de EC.

Wij merken echter op dat voor zover wij kunnen overzien, het met de huidige marktomstandigheden moeilijk zal zijn om in de praktijk een benchmark uit te voeren of de revolving fund voldoende marktconform is. Als niet voldaan wordt aan het *market economy principle*, dan bestaat het risico dat de Commissie de revolving fund zal aanmerken als verboden staatssteun.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 7 van 15

Ad 3) DAEB

Als de opties 1 en 2 hierboven niet haalbaar zijn, lijkt de subsidie in lijn gebracht te kunnen worden met de DAEB-vrijstelling.¹⁰ Het te realiseren warmtenet zal dan als een dienst van algemeen economisch belang (hierna ook: "DAEB") moeten worden aangemerkt. De steun, te weten de provinciale subsidie - en in voorkomend geval alle andere bijdragen uit overheidsmiddelen voor het onderhavige warmtenet, nu alle steun ten behoeve van het warmtenet in acht moet worden genomen - kan dan worden gekwalificeerd als compensatie voor het uitvoeren van de DAEB en is derhalve geen voordeel in de zin van staatssteun. Het gunstige is dat de steun niet alleen verenigbaar is met de interne markt, maar ook niet behoeft te worden gemeld bij de EC. De compensatie dient maximaal EUR 15 miljoen per jaar te betreffen voor het verrichten van een DAEB én de periode waarvoor de onderneming met het beheer van DAEB wordt belast mag niet langer zijn dan 10 jaar. Als die periode langer dan tien jaar is, is deze vrijstelling alleen van toepassing voor zover van de dienstverrichter een aanzienlijke investering wordt geleverd die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven.¹¹ Wordt niet aan deze punten voldaan, dan moet de steun voor de DAEB worden gemeld bij de EC.

Om in aanmerking te komen voor de DAEB-vrijstelling, dient wel aan een aantal strikte cumulatieve voorwaarden te worden voldaan:

- a. De onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting en die verplichting moet duidelijk zijn afgebakend.
- b. De criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten van tevoren op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld.
- c. De hoogte van de compensatie mag niet meer bedragen dan wat nodig is om de kosten van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te compenseren. Bij de compensatie mag rekening worden gehouden met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst.
- d. Wanneer niet gebruik is gemaakt van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die

¹⁰ Vastgesteld door het Hof van Justitie EG in zaak C 280/00 (Altmark). Genoemde criteria zijn inmiddels nader uitgewerkt in een Mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PbEG 2012 C8/4), 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 openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PbEG C2012, L7/3), Mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 over de EU-kadering inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011).

¹¹ Artikel 2 lid 2 Besluit DAEB.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 8 van 15

een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.

De cumulatieve voorwaarden zijn hierboven kort uiteengezet. Deze opsomming van criteria biedt een beknopt overzicht van de belangrijkste criteria, zoals weergegeven in de Europese staatssteunregelgeving omtrent DAEB's. Het is raadzaam om eerst na te gaan of de voornemens van de Gemeente passen binnen de criteria van de DAEB en een afbakening van een DAEB mogelijk is (ad a). Daarnaast zullen we kort ingaan op het concept "compensatie". Mocht de Gemeente ervoor kiezen deze optie te volgen, dan zijn wij graag bereid de Gemeente nader en te adviseren over het voldoen aan de DAEB-vrijstelling. Zo zijn er voor de berekening van de compensatie een aantal specifieke regels gesteld door de Commissie in haar besluit. Het voldoen aan voornoemde voorwaarden vergt enige zorgvuldige voorbereiding en controle achteraf. Het is aan te raden dat een onafhankelijke financieel deskundige, zoals een accountant, beoordeelt of de bijdrage van de Gemeente ten behoeve van de DAEB voldoet aan de gestelde criteria. Een deskundige kan daarnaast adviseren over de mogelijkheden om overcompensatie (en daarmee staatssteun) te voorkomen. Het voordeel van het voldoen aan de voorwaarden is dat alle steun die de Gemeente (en mogelijk andere overheden) voornemens is te verstrekken in overeenstemming zullen zijn met de staatssteunregels.

Ad a) Afbakening DAEB

De EC is van oordeel dat het begrip "DAEB" een begrip is dat in ontwikkeling is en onder meer onderhevig is aan de behoeften van burgers, technologische ontwikkelingen en ontwikkelingen op de markt, en maatschappelijke en politieke voorkeuren in de betrokken lidstaat. De overheidsinstanties in de lidstaten beschikken, ongeacht of het gaat om nationale, regionale of lokale overheidsinstanties, afhankelijk van hun onderlinge bevoegdheidsverdeling in het nationale recht, over een ruime beoordelingsbevoegdheid bij het bepalen van wat zij beschouwen als diensten van algemeen economisch belang. De overheidsinstanties dienen bij afbakening van de DAEB wel rekening te houden met specifieke geharmoniseerde sectoren, waarop communautaire regelgeving van toepassing is. Daarbij valt te denken aan de energiesector, de telecomsector.¹² Een concrete voorwaarde hier is dus wel dat bij officieel besluit de DAEB die wordt opgelegd aan een onderneming duidelijk is omschreven. Dit kan de vorm hebben van een wetgevings- of bestuursrechtelijke instrument of een contract.

In haar regelgevend kader omtrent DAEB's heeft de EC als richtlijn meegegeven dat ondernemingen die met het beheer van DAEB worden belast, ondernemingen zijn waaraan "een bijzondere taak" is toevertrouwd. Algemeen genomen, dient onder "bijzondere taak van openbare dienstverlening" te worden verstaan het verrichten van diensten die een

¹² Gids van de Europese Commissie 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 (7.12.2010, SEC(2010) 1545 final).

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 9 van 15

onderneming, indien zij zich door haar eigen commerciële belangen zou laten leiden, zonder compensatie niet, of niet in dezelfde mate of onder dezelfde voorwaarden, zou leveren. Uit hoofde van een criterium "algemeen belang" kan aan deze diensten specifieke verplichtingen worden verbonden. Het zou volgens de EC niet passend zijn om specifieke openbare dienstverplichtingen 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 omschreven, door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn. Echter, ten aanzien van de vraag of een dienst door de markt kan worden beleverd, blijft de beoordeling van de EC beperkt tot het nagaan of aan de definitie van de DAEB een kennelijke beoordelingsfout ten grondslag ligt. Voorts is de EC van oordeel dat diensten, willen deze als diensten van DAEB kunnen worden aangemerkt, gericht moeten zijn op burgers of in het belang moeten zijn van de samenleving als geheel.

De EC heeft niet eerder aangenomen dat een warmtenet een DAEB is. Echter zou de Gemeente, zoals aangegeven in het eerder advies d.d. 21 juni jl., aansluiting kunnen zoeken bij een vrij recente zaak. In 2011 heeft de Europese Commissie over garanties voor leningen ten behoeve van een warmte-koudeopslag ("*Geothermal Heat Distribution*") voor de verwarming van woningen geoordeeld dat dit een DAEB betrof.¹³ Zij sloot hierbij aan haar eerdere uitspraken dat energielevering, zoals elektriciteit en gasverwarming, een DAEB kunnen zijn.

Er lijken in onderhavig geval argumenten aanwezig om te verdedigen dat het warmtenet een DAEB is. Het is immers gericht op de burgers, te weten de aan te leggen wijk Stadoevers. Daarnaast zou dragend zijn, gelijk in de beschikking van de EC uit 2011, als wettelijk is vastgelegd dat het voorzien in betrouwbare en betaalbare stadsverwarming een soort basis DAEB is. Een gedachte zou zijn aansluiting te zoeken bij de nog in werking te treden Warmtewet.¹⁴ Wij begrepen ook dat, gelet op de gegeven marktomstandigheden, er nu en op termijn ook geen marktpartijen zullen zijn om zelfstandig het project te realiseren en te exploiteren. Een onderbouwing van deze constatering zou raadzaam zijn bij het aanwijzen van een DAEB, temeer nu de Commissie heeft aangegeven dat aangetoond moet kunnen worden dat de behoefte aan een DAEB goed is onderzocht, mede aan de hand van bijvoorbeeld een publieke raadpleging.

Als gezegd dient een DAEB door de lidstaat in een officieel besluit te zijn vastgelegd. In dat besluit of in die besluiten wordt met name vermeld:

- de inhoud en de duur van de openbare dienstverplichtingen;
- de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied;

¹³ Beschikking EC, staatssteunzaak SA.31261 (2011/N)-Duitsland (enkel Duitse en Engelse versie beschikbaar).

¹⁴ Zie Beslisdocument van maart 2012, p. 14.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 10 van 15

- de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de onderneming door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend;
- een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie;
- de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, en
- een verwijzing naar het Besluit van de EC van 20 december 2011 inzake de DAEB-vrijstelling¹⁵.

De bevoegdheid van de EC op de afbakening van een DAEB is bij (ambtshalve) onderzoek beperkt tot het nagaan of de lidstaat een kennelijke fout heeft gemaakt bij het omschrijven van de dienst als DAEB, en tot de beoordeling van de met de compensatie gemoeide staatssteun. Derhalve is de vastlegging van de DAEB bij formeel besluit door het ter zake bevoegde bestuursorgaan van primair belang. Hoewel dit buiten de scope van de staatssteunrechtelijke vraag valt, kunnen wij u hierover als volgt informeren.

Op basis van de rechtspraak is niet duidelijk welk bestuursorgaan binnen de gemeente bevoegd is om een dergelijk besluit te nemen. Betoogd zou kunnen worden dat er sprake is van een vorm van 'dagelijks bestuur', zodat het college op grond van het bepaalde in artikel 160, eerste lid aanhef en onder a Gemeentewet bevoegd is om een dergelijk besluit te nemen. Betoogd zou evenwel ook kunnen worden dat de gemeenteraad bevoegd is tot het nemen van het besluit op grond van de autonome bestuursbevoegdheid die aan haar toekomt (artikel 108 van de Gemeentewet). Indien dat praktisch mogelijk is, zou – gelet op bovenstaande onzekerheid – de raad kunnen besluiten de DAEB vast te leggen overeenkomstig bovenstaande omschrijving (a tot en met f), waarna het college dat besluit kan bekrachtigen. Indien dat niet mogelijk is, dient het college het besluit (op grond van het bepaalde in artikel 160 Gemeentewet) te nemen. Dit besluit kan daarna in voorkomend geval (bijvoorbeeld indien een derde zich op de onbevoegdheid van het college beroept) alsnog worden bekrachtigd door de raad. Nu de uitvoering van het vastleggen van een DAEB een bestuursrechtelijke materie betreft, kunnen wij u in contact brengen met onze kantoorgenoten van de vakgroep bestuursrecht die u hierover nader kunnen adviseren.

Ad c) Compensatie

De provinciale subsidie mag niet leiden tot overcompensatie aan DES B.V. of mogelijk Sita, die in feite de DAEB zal uitvoeren. Het compensatiebedrag mag niet hoger zijn dan nodig is voor dekking van de netto-kosten van de uitvoering van de DAEB, met inbegrip van een redelijke winst. Voornoemde netto-kosten zijn kosten minus inkomsten uit de DAEB.

¹⁵ Het 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 openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PbEG C2012, L7/3).

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 11 van 15

Voor de berekening van de compensatie een aantal specifieke regels gesteld door de Commissie in haar besluit, waarbij de begrippen kosten, inkomsten en redelijke winst nader zijn gedefinieerd. AKD kan u hier nader over adviseren, waarbij het raadzaam is om daar samen met een onafhankelijke financiële deskundige naar te kijken.

Aandachtspunt zal verder moeten zijn, dat Sita niet (direct of indirect) bevoordeeld wordt door de provinciale subsidie. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door eventuele winsten van DES BV te laten uitkeren aan een fonds dat die middelen (opnieuw) inzet ten behoeve van het openbaar belang.

Kosten

De in aanmerking te nemen kosten zijn dan alle kosten die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang worden gemaakt. Deze worden aan de hand van algemeen aanvaarde beginselen van kostprijsadministratie als volgt berekend:

- wanneer de activiteiten van de betrokken onderneming tot de dienst van algemeen economisch belang beperkt blijven, kunnen al haar kosten in aanmerking worden genomen;
- wanneer de onderneming ook buiten de dienst van algemeen economisch belang werkzaam is, kunnen alleen de met de dienst van algemeen economisch belang verband houdende kosten in aanmerking worden genomen;
- de aan de dienst van algemeen economisch belang toegerekende kosten kunnen alle directe kosten omvatten die voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang worden gemaakt, alsmede een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten van de dienst van algemeen economisch belang en de overige activiteiten;
- de kosten verband houdende met investeringen, met name ten behoeve van infrastructuur, mogen in aanmerking worden genomen wanneer deze voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang noodzakelijk zijn.

Inkomsten

De in aanmerking te nemen inkomsten omvatten ten minste alle met de dienst van algemeen economisch belang behaalde inkomsten. Daaronder is ook begrepen mogelijke andere staatssteun. Beschikt de betrokken onderneming over bijzondere of uitsluitende rechten die zijn verbonden aan andere activiteiten dan de DAEB waarvoor de steun wordt verleend, welke een hogere winst opleveren dan een redelijke winst, of geniet zij andere door de staat toegekende voordelen, dan worden deze ook tot haar inkomsten gerekend.

Een alternatieve mogelijkheid voor bovenstaande berekening die de EC accepteert is het verschil te nemen tussen de netto-kosten van de onderneming met de DAEB en de netto-kosten of -winst van dezelfde onderneming zonder de DAEB.

Redelijke winst

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 12 van 15

Onder "redelijke winst" wordt verstaan het rendement op kapitaal dat zou worden verlangd door een gemiddelde onderneming die afweegt of zij de DAEB al dan niet moet verrichten gedurende de hele periode waarvoor zij met het beheer van die dienst zou worden belast, rekening houdende met de omvang van het risico. De EC geeft als richtlijn dat een redelijk rendement op kapitaal niet hoger ligt dan de relevante swaprente, met een opslag van 100 basispunten. De EC geeft voorts aan dat wanneer het wegens bepaalde omstandigheden niet passend is het rendement op kapitaal te gebruiken, overheden voor het bepalen van wat als redelijke winst geldt, ook gebruikmaken van andere winstgevendheidsindicatoren, zoals het gemiddelde rendement op eigen vermogen, de return on capital employed, de return on assets of de return on sales. De betreffende overheid dient deze objectieve berekening wel aan te kunnen tonen.

Strategie

Als wordt vastgesteld dat bij het vormgeven van de provinciale subsidie niet wordt voldaan aan het *market economy investor principle*, adviseren wij de Gemeente te onderzoeken voldaan kan worden aan de DAEB-vrijstelling. Hoewel het voldoen aan de cumulatieve voorwaarden aan deze vrijstelling enige zorgvuldige voorbereiding en controle achteraf vergt, is het voordeel van de vrijstelling dat alle steun die de Gemeente (en mogelijk andere overheden) voornemens zijn te geven aan DES B.V. (en mogelijk ook Sita) in overeenstemming zullen zijn met de staatssteunregels. Bijkomstig voordeel is dat deze steun dan ook niet zal hoeven te worden gemeld, mits de compensatie niet de drempel van EUR 15 miljoen overtreft en de periode waarin de begunstigde onderneming met de DAEB niet meer dan 10 jaar bedraagt.

Uw eventuele vragen naar aanleiding van het bovenstaande, verneem ik graag.

AKD

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 13 van 15

Concept Aanwijzingsbesluit Diensten van algemeen economisch belang (DAEB)

Overwegingen

Diensten van Algemeen Economisch Belang (hierna ook 'DAEB') zijn gebaseerd op de artikelen 14 en 106, tweede lid, van het VWEU en protocol 26. Om gebruik te kunnen maken van de bijzondere positie die diensten van algemeen economisch belang innemen binnen de Europese mededingingsregelgeving, moet daarvoor een onderneming specifiek met het beheer van een bepaalde DAEB worden belast. Het is naar onze mening noodzakelijk om deze dienst aan een bepaalde onderneming toe te vertrouwen, omdat daarmee wordt voldaan aan algemene behoeften van de Roosendaalse burgers, met name in de nieuwe wijk Stadsoevers, en wij het daarom belangrijk vinden dat deze dienst kan worden aangeboden. Hier komt bij dat wij als uitgangspunt hebben gehanteerd dat de onderneming sociaal verantwoorde tarieven hanteert, en dat er door de onderneming continuïteit en zekerheid in de dienstverlening wordt geboden.

Vorbereidingsprocedure

Met dit aanwijzingsbesluit wordt de bestaande situatie van rechten en plichten van betrokken ondernemingen gewijzigd, en/of verder uitgebreid. In het onderhavige geval verplicht de Inspraakverordening niet tot het verlenen van inspraak. Het voornemen is in het kader van vrijwillige transparantie vooraf gepubliceerd op www.aanbestedingskalender.nl en in de Tender Electronic Daily databank, waarbij eventuele geïnteresseerden in de gelegenheid zijn gesteld om hun eventuele bezwaren tegen het voornemen kenbaar te maken. Om deze reden wordt afgezien van de mogelijkheid om nadere inspraak open te stellen. Wij hebben onderzoek gedaan en hierbij is ons gebleken dat deze dienst op dit moment niet genoegzaam – onder de door ons in dit besluit aangeduide voorwaarden - wordt uitgeoefend in de markt, zodat sprake is van marktfalen.

De gemeenteraad,

Gelet op artikel 108 van de Gemeentewet;

Gelet op artikelen 14 en 106 VWEU en protocol 26;

Gelet op het Vrijstellingsbesluit van de Commissie voor diensten van algemeen economisch belang 2012/21/EU, Pb EU L 7/3 van 11 januari 2012 (hierna ook 'Vrijstellingsbesluit DAEB');

Besluiten:

- I. Aan te wijzen als Dienst van Algemeen Economisch Belang, de volgende diensten:
Het doen bouwen en exploiteren van een warmtenet en het leveren van warmte ten behoeve van de nieuwe wijk Stadsoevers waarbij gebruik gemaakt wordt van de restwarmte van de nabijgelegen afvalverbrandingsinstallatie om op deze wijze een bijdrage te leveren aan de CO2-reductie tegen betaalbare tarieven voor de afnemers.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 14 van 15

Het college wordt (mede) belast met toezicht op de tenuitvoerlegging hiervan. Zodra de omvang van deze openbare opdracht wordt verruimd tot nieuwe diensten, dient het aanwijzingsbesluit, c.q. subsidieverleningsbesluit dienovereenkomstig te worden aangepast, binnen de beperkingen van artikel 106, lid 2, van het VWEU.

- II. aard en duur van de openbare dienstverplichtingen:
de verplichtingen voortvloeiende uit de taakomschrijving van het Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal, zoals vastgelegd in haar statuten, in het besluit van [wie verleent de subsidie aan DER?] van [datum?] waarbij subsidie is verleend. Deze aanwijzing geldt voor een termijn van 10 jaar en eindigt derhalve op [...].
- III. betrokken onderneming en het betrokken grondgebied:
Deze verplichting van algemeen economisch belang wordt opgelegd aan Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal, en geldt voor het grondgebied van de nieuwe wijk Stadsoevers;
- IV. aard van de uitsluitende of bijzondere rechten, die de ondernemingen zijn toegekend:
Aan Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal is een uitsluitend recht verleend bij besluit van het college van burgemeester en wethouders d.d. [datum], gebaseerd op Verordening [...] d.d. [datum].
- V. de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie:
[Het zou bijvoorbeeld zo verwoord kunnen worden: Zie het subsidiebesluit t.a.v. Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal d.d. [datum] met betrekking tot de subsidie voor de bouw van de benodigde capaciteit, alsmede het jaarlijkse subsidiebesluit waarmee aan het Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal subsidie wordt verstrekt voor exploitatie tegen maatschappelijke tarieven van het Warmtenet Stadsoevers;]
- VI. de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen:
 1. Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal dient periodiek een financiële verantwoording in te dienen die voldoet aan de eisen die daaraan gesteld worden in [artikel xxx van de Subsidieverordening, of de subsidiebesluiten genoemd in artikel V. van onderhavig besluit].
 2. Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal dient een boekhoudkundige scheiding van kosten en inkomsten verbonden aan publieke activiteiten, zoals de onderhavige, en kosten en inkomsten verbonden aan private activiteiten door te voeren.
 3. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Roosendaal stelt de toegestane compensatie overeenkomstig artikel 5 Vrijstellingbesluit DAEB vast in de subsidiebesluiten.

DATUM 25 maart 2013
ONS KENMERK BR750577
PAGINA 15 van 15

4. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Roosendaal zal dienstverlening en de financiële verantwoording regelmatig (laten) controleren, ten minste om de drie jaar gedurende de periode gedurende welke Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal met het beheer van de in dit besluit genoemde diensten van algemeen economisch belang is belast en aan het einde van die periode.
5. Indien op enig moment wordt geconstateerd dat de compensatie die Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal heeft ontvangen de overeenkomstig artikel 5 Vrijstellingbesluit DAEB vastgestelde toegestane compensatie overschrijdt, zal alle ontvangen overcompensatie worden teruggevorderd van Duurzaam Energiebedrijf Roosendaal.

...

Bezwaar

Rechtstreeks belanghebbenden, die het met dit besluit niet eens zijn, kunnen schriftelijk bezwaar maken binnen zes weken na de bekendmaking van dit besluit. Het bezwaarschrift moet voorzien zijn van een handtekening, naam en adres, datum, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht en de reden waarom de indiener het met dat besluit niet eens is. Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

De gemeenteraad van de gemeente Roosendaal
T.a.v.

Wij verzoeken u om op de linkerbovenhoek van de envelop het woord 'bezwaarschrift' te vermelden. Het secretariaat van de hoor- en adviescommissie is bereikbaar op telefoonnummer [invullen], faxnummer [invullen] en e-mail [invullen].