

NOTITIE

VERTROUWELIJK

datum : 14 september 2023

aan : Gemeente Oss
t.a.v. : Iwan de Vries
van : Paul Heijnsbroek, advocaat
Mobiel: +31 (0)6 43 55 01 16
E-mail: p.heijnsbroek@straatmankoster.nl

onze ref. : 10-1503/DMS10-686906330-724

betreft : Staatssteunadvies Trimodale overslag Haven Elzenburg

1. Inleiding

- 1.1. De gemeente Oss heeft een investeringsbudget beschikbaar van € 7 miljoen om de trimodale overslag in de Haven Elzenburg te stimuleren. Een deel van deze gelden verkrijgt de gemeente van de rijksoverheid. De gemeente wenst de gelden te besteden voor twee projecten: (i) de aanleg van een nieuwe kade (hierna: de "**Kade**") en (ii) de aanleg van een opstel-/rangeerspoor en bijbehorende voorzieningen (hierna: de "**Opstelsporen**").
- 1.2. In verband met de twee projecten heeft de gemeente overeenstemming bereikt over afspraken op hoofdlijnen met grondeigenaar BMC en terminalbedrijf OOC. Deze afspraken zijn opgenomen in de Heads of Terms Agreement van 14 juni 2023 (hierna: de "**HOT**").
- 1.3. De Kade en Opstelsporen zijn ingetekend op onderstaande afbeelding, die afkomstig is uit een *quick scan* van Arcadis:



- 1.4. Mij is gevraagd om te beoordelen in hoeverre de investeringen passen binnen de staatssteunregels. In deze notitie ga ik daarop in.

2. Kade en Opstelsporen

- 2.1. Om de Kade te realiseren zal de gemeente circa 10 meter uit de huidige waterkant een nieuwe kademuur laten realiseren. Hierdoor ontstaat een nieuwe strook kade van 10 meter breed, waar schepen kunnen aanleggen, bijvoorbeeld als zij moeten wachten in de haven of om lading over te slaan. De Kade wordt volledig aangelegd op gemeentegrond (te weten: in het huidige water).
- 2.2. Na de realisatie zal de Kade in eigendom blijven van de gemeente. Binnenvaartschepen kunnen daar dan aanleggen. Voor het gebruik van de haven (waar de Kade onderdeel van uitmaakt) is havengeld verschuldigd. De gemeente stelt de hoogte van het havengeld vast.¹
- 2.3. De gemeente is voornemens om met OOC een exploitatieovereenkomst te sluiten ten behoeve van de Kade. Op grond van die overeenkomst krijgt OOC het recht (en de plicht) om de Kade te exploiteren, zo begrijp ik. In ruil voor dat exploitatierecht betaalt OOC een marktconforme vergoeding aan de gemeente. Ook is OOC verplicht om de Kade te beheren en te onderhouden, waarvoor de gemeente een marktconforme vergoeding aan OOC betaalt. Met de exploitatie kan OOC inkomsten van derden verwerven. Concreet zal het dan met name gaan om een vergoeding voor de overslag van een schip naar een loods op het terrein van OOC dan wel rechtstreeks naar een trein op de Opstelsporen (en vice versa). Op grond van de exploitatieovereenkomst zal OOC bovendien verplicht zijn om die overslag op niet-discriminatoire wijze te verzorgen voor derden. Wanneer een schip geen gebruik wil maken van de overslagwerkzaamheden van OOC maar toch wil aanmeren aan de Kade, dan zal OOC de toestemming daarvoor niet weigeren zonder steekhoudende/goede argumenten.
- 2.4. De Opstelsporen zijn voorzien ter hoogte van de Kade, aan de overzijde van het tussenliggende terrein van OOC. Met de Opstelsporen wordt transport mogelijk tussen treinen op de Opstelsporen en schepen aan de Kade.
- 2.5. De Opstelsporen zijn voorzien op grond die de gemeente beoogt te verwerven van de huidige eigenaar BMC. Deze grondverkoop is benoemd in de HOT, met een bijbehorende grondprijs van € 185 per m². Nadat die grondtransactie heeft plaatsgevonden, zullen de Opstelsporen in opdracht van de gemeente worden gerealiseerd. Na realisatie blijven de Opstelsporen in eigendom van de gemeente.

¹ Dit is geregeld in de Verordening op de heffing en invordering van Scheepvaartrechten Oss 2020.

- 2.6. De exploitatie van de Opstelsporen maakt eveneens deel uit van de voorgenomen exploitatieovereenkomst tussen de gemeente en OOC. Op basis daarvan verkrijgt OOC het exclusieve recht (en de plicht) om de Opstelsporen te exploiteren. In ruil daarvoor betaalt OOC een marktconforme vergoeding aan de gemeente. Ook is OOC verplicht om de Opstelsporen te beheren en te onderhouden, waarvoor de gemeente een marktconforme vergoeding aan OOC betaalt. OOC zal de exploitatie (lees: overslag) op niet-discriminatoire wijze moeten verzorgen.

3. Staatssteun

- 3.1. Steunmaatregelen dienen op grond van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") in beginsel ter goedkeuring te worden voorgelegd aan de Europese Commissie (notificatieplicht) en mogen dan niet worden uitgevoerd voordat de Commissie hierover een eindbeslissing heeft genomen (*standstill*-verplichting).² De Commissie beschikt over de exclusieve bevoegdheid om te oordelen over de verenigbaarheid van een steunmaatregel met het VWEU.
- 3.2. Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU is – kort samengevat – sprake van staatssteun wanneer wordt voldaan aan elk van de volgende voorwaarden:
- (a) er wordt een economisch voordeel verstrekt aan één of meer bepaalde ondernemingen dat zij niet langs normale commerciële weg zouden hebben verkregen (oftewel: een selectief voordeel);
 - (b) het voordeel wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd;
 - (c) het voordeel leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging; en
 - (d) het voordeel kan invloed hebben op de handel tussen de lidstaten van de EU.
- 3.3. Aanmelding is niet nodig als de steunmaatregel op grond van een vrijstelling reeds verenigbaar met het VWEU wordt geacht, zoals bijvoorbeeld op grond van een de-minimisvrijstelling of de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).³

4. Beoordeling van investering in Kade en Opstelsporen

- 4.1. In het onderhavige geval investeert de gemeente in eigen infrastructuur (te weten: de Kade en de Opstelsporen). Het betreft derhalve geen subsidieverlening aan een

² Art. 108 lid 3 VWEU.

³ Verordening 651/2014 van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, zoals gewijzigd bij Verordening 2017/1084. Zo bevat art. 56 quater AGVV een vrijstelling voor bepaalde steun voor binnenhavens. Het gaat dan om steun (bijv. subsidie) voor investeringen ten behoeve van de bouw, vervanging of modernisering van haven- of toegangsinfrastructuur.

marktpartij die eigenaar is/wordt van de infrastructuur (waarvoor dan met name naar een vrijstelling zou moeten worden gezocht).

- 4.2. De financiering van haveninfrastructuur zoals de Kade en van spoorweginfrastructuur zoals de Opstelsporen, komt in beginsel ten goede aan een economische activiteit en valt daarmee onder de staatssteunregels.⁴ Daarmee onderscheidt deze infrastructuur zich van bijvoorbeeld openbare wegen, die kosteloos beschikbaar worden gesteld aan het publiek en daarom doorgaans buiten de staatssteunregels vallen.
- 4.3. De investering van de gemeente zou op verschillende niveaus tot staatssteun kunnen leiden, namelijk aan:
- (a) de aannemer die de Kade c.q. Opstelsporen realiseert in opdracht van de gemeente;
 - (b) de gebruikers van de Kade c.q. Opstelsporen;
 - (c) de marktpartij die het beheer en onderhoud van de Kade en de Opstelsporen zal uitvoeren in opdracht van de gemeente; en
 - (d) de verkoper van de grond ten behoeve van de Opstelsporen.
- 4.4. In alle gevallen geldt dat als de gemeente marktconforme prijzen/tarieven hanteert, aangenomen mag worden dat zij géén selectief voordeel verleent en er daarmee geen sprake is van staatssteun. Naar ik begrijp wenst de gemeente ook marktconform te handelen. Dit lijkt dan ook de meest eenvoudige route om hier staatssteun-*proof* te investeren. Concreet brengt dat het volgende mee voor de verschillende niveaus van mogelijke steunverlening:
- (a) De opdrachtverlening aan de aannemer voor de realisatie van de Kade c.q. Opstelsporen valt onder de Aanbestedingswet 2012. Naar ik begrijp blijft de geraamde waarde van elk van beide opdrachten afzonderlijk onder de toepasselijke drempelwaarde van momenteel € 5,382 miljoen excl. btw. Per opdracht bezien zou er dan geen Europese aanbestedingsplicht gelden. Het risico is echter reëel dat beide opdrachten moeten worden aangemerkt als één geheel (vanwege hun economische en functionele verbondenheid), met als gevolg dat de geraamde waarde van de opdrachten bij elkaar moet worden opgeteld. In dat geval bedraagt de totale geraamde waarde € 4,9 miljoen, hetgeen eveneens (net) onder de drempelwaarde ligt. Een Europese aanbesteding is in dat geval evenmin verplicht. Wel schrijft het gemeentelijke aanbestedingsbeleid dan in beginsel een nationale aanbesteding voor.⁵

⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“**Mededeling Staatssteun**”), nr. 215 resp. 219.

⁵ Zie het Inkoop- en aanbestedingsbeleid gemeente Oss (<https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR684769/1>).

Het voordeel van een (Europese) openbare aanbestedingsprocedure is evenwel dat de uitkomst daarvan normaal gesproken geacht mag worden marktconform te zijn.⁶ Met andere woorden, als de gemeente deze opdracht(en) openbaar aanbesteed, kan worden aangenomen dat er géén sprake is van staatssteun aan de winnende aannemer. Zonder openbare aanbesteding zal de marktconformiteit op een andere wijze moeten kunnen worden onderbouwd.

- (b) De gebruikers van de Kade betalen een vergoeding aan de gemeente voor dat gebruik, in de vorm van havengeld. Het havengeld is verschuldigd voor het gebruik van de haven, ongeacht of en zo ja waar precies een schip aanmeert. Het ligt daarom niet voor de hand dat het enkele feit dat gebruikers de aanvullende mogelijkheid krijgen om aan de Kade aan te meren, tot staatssteun zal leiden voor die gebruikers. Indien de gemeente meer zekerheid zou wensen over de marktconformiteit van het havengeld, zou zij kunnen kijken naar de voorwaarden waarop het gebruik van vergelijkbare infrastructuur wordt toegestaan door vergelijkbare particuliere marktdeelnemers in een vergelijkbare situatie (*benchmarking*), mits dit soort vergelijking mogelijk is.⁷

De hoogte van de vergoeding die OOC in rekening brengt als gebruikers van de Kade c.q. Opstelsporen gebruik willen maken van haar (overslag)diensten, wordt voor zover mij bekend niet door de gemeente bepaald en is evenmin anderszins aan de gemeente toerekenbaar. Aangenomen moet worden dat die vergoeding daarmee geen staatssteun kan opleveren aan de gebruikers.

- (c) Voor het beheer van de Kade en de Opstelsporen wenst de gemeente een exploitatieovereenkomst te sluiten met OOC. De marktconformiteit van de (financiële) afspraken met OOC uit de exploitatieovereenkomst moet kunnen worden onderbouwd om te waarborgen dat er geen sprake is van staatssteun aan OOC. Om te beoordelen of de exploitatieovereenkomst per saldo marktconform is (althans niet gunstiger is dan dat voor OOC), moet rekening worden gehouden met alle voorwaarden uit de exploitatieovereenkomst. De onderbouwing kan bijvoorbeeld bestaan uit een rapport van een onafhankelijke deskundige.

Daarnaast zit er een aanbestedingsrechtelijke component aan het sluiten van de exploitatieovereenkomst met OOC. Die overeenkomst kwalificeert mijns inziens namelijk als concessieopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Voor concessieopdrachten geldt een Europese aanbestedingsplicht vanaf (eveneens) een geraamde waarde van € 5,382 miljoen excl. btw. De geraamde

⁶ Mededeling Staatssteun, nr. 93.

⁷ Mededeling Staatssteun, nr. 227.

waarde bestaat bij een concessieopdracht uit de omzet die de concessiehouder (lees: OOC) naar verwachting zal behalen op grond van die overeenkomst (over de gehele looptijd). Ik ga ervan uit dat de omzet zodanig hoog zal zijn dat hier in beginsel een Europese aanbestedingsplicht geldt.

De gemeente zou evenwel een beroep kunnen doen op de uitzondering uit artikel 2a.33 lid 5 sub b Aanbestedingswet 2012. Die uitzondering houdt in dat een Europese aanbesteding achterwege mag blijven als mededinging om technische redenen ontbreekt, er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat én het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de concessiegunning. De gemeente zou kunnen aanvoeren dat aan deze voorwaarden is voldaan omdat een ander dan OOC de exploitatie niet zinvol kan uitvoeren, aangezien voor de overslag het tussenliggende terrein van OOC is benodigd en OOC geen medewerking zal verlenen aan exploitatie door een derde. In de rechtspraak wordt deze uitzondering echter (zeer) terughoudend uitgelegd, zodat in dit verband een risico bestaat.

Om dat risico te mitigeren kan de gemeente een zogenoemde ex ante-bekendmaking doen.⁸ De gemeente publiceert dan het gemotiveerde voornemen om de concessieopdracht 1-op-1 aan OOC te verlenen. Als er binnen 20 dagen na publicatie geen bezwaar wordt gemaakt, kan de gemeente de exploitatieovereenkomst sluiten. Die overeenkomst kan dan normaal gesproken later niet meer worden aangetast.⁹

- (d) De koopsom die de gemeente voornemens is te betalen aan BMC als verkoper van de grond ten behoeve van de Opstelsporen, is niet meer dan marktconform, zo begrijp ik. Ter onderbouwing van de marktconformiteit kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van een taxatie die een onafhankelijke deskundige uitvoert op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria.¹⁰

5. Conclusie

- 5.1. Het is mijns inziens goed mogelijk om de investering in de Kade en de Opstelsporen staatssteun-*proof* vorm te geven. Daarbij is van belang dat de gemeente marktconforme prijzen/tarieven hanteert. Voor de aannemer kan de gemeente dat waarborgen door een openbare aanbestedingsprocedure te doorlopen of door anderszins de marktconformiteit te onderbouwen. Voor de gebruikers van de Kade ligt niet voor de hand dat het havengeld staatssteun aan hen zou opleveren. De

⁸ Art. 4.16 Aanbestedingswet 2012.

⁹ Een derde zou later nog wel schadevergoeding kunnen proberen te vorderen, maar dat is in de praktijk erg lastig vanwege het vereiste bewijs.

¹⁰ Mededeling Staatssteun, rnr. 103.

vergoeding die OOC rekent aan afnemers van haar (overslag)diensten levert evenmin staatssteun op omdat de hoogte van die vergoeding niet aan de gemeente kan worden toegerekend. De exploitatieovereenkomst met OOC dient per saldo marktconform te zijn (althans niet gunstiger dan dat voor OOC). Om dat te waarborgen, zou de marktconformiteit moeten kunnen worden onderbouwd, rekening houdend met alle voorwaarden van die overeenkomst. Voor de aankoop van de grond kan de gemeente de marktconformiteit onderbouwen door middel van een taxatie. Met die onderbouwingen kunnen eventuele twijfels over de verlening van staatssteun zo nodig vooraf worden weggenomen.

- 5.2. Daarnaast verdient het aanbeveling om het voornemen tot het sluiten van de exploitatieovereenkomst met OOC vooraf te publiceren door middel van een gemotiveerde ex ante-bekendmaking.

* * *