

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meer-
voudige kamer) 15 februari 2012, nr. 201008192/1/R1.

(Mrs. Th.C. van Sloten, D.A.C. Slump en J. Hoekstra)

m.nt. P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen

Art. 3:11 lid 1 en art. 3:46 Awb; art. 6:22 Awb; art. 107 en
art. 108 VWEU en art. 46 lid 6 Wet RvS.

AR 2012/11142

LJN BV5119

**Bestemmingsplanprocedure. Planschaderisicoanalyse
niet ter inzage gelegd. Gebrek gepasseerd. Aannemelijk
dat raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien
dat sprake kan zijn van terugvorderbare staatssteun en
zonder geoorloofde staatssteun het plan niet uitvoerbaar
is. Toepassing bestuurlijke lus (Horst aan de Maas).**

Wat betreft de planschaderisicoanalyse overweegt de Afdeling dat dit stuk als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk dient te worden aangemerkt, omdat de planschaderisicoanalyse betrekking heeft op de financiële uitvoerbaarheid van het plan. Dit stuk heeft in strijd met art. 3:11 lid 1 Awb niet met het ontwerpplan ter inzage gelegen. De Afdeling ziet echter aanleiding dit gebrek met toepassing van art. 6:22 Awb te passeren, nu de raad de planschaderisicoanalyse in deze procedure overgelegd heeft, zodat [appellant] de planschaderisicoanalyse heeft kunnen inzien en daarop heeft kunnen reageren. Niet aannemelijk is dat andere belanghebbenden daardoor benadeeld zijn, nu het bestaan van de planschaderisicoanalyse kenbaar was omdat in de toelichting bij het ontwerpplan staat dat de kans op planschadevergoeding separaat beoordeeld is. Er mag derhalve worden aangenomen dat andere belanghebbenden een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht waarin erop gewezen werd dat de planschaderisicoanalyse niet ter inzage lag dan wel dat zij, na desgevraagd inzage te hebben gehad in de planschaderisicoanalyse, na kennisneming daarvan een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht.

[appellant] betoogt dat de financiële en economische uitvoerbaarheid van het plan niet verzekerd is. Hiertoe voert [appellant] aan dat een deel van de gronden waarop de supermarkt is voorzien niet in eigendom is van de gemeente, zodat niet zeker is of deze gronden aan Suyderland kunnen worden geleverd. [appellant] voert voorts aan dat de gemeente onrechtmatige staatssteun heeft verleend aan Suyderland. Volgens [appellant] zijn de gronden niet volgens een marktconforme prijs aan Suyderland verkocht en wordt Suyderland voorts be-

voordeel met de aanleg van de openbare parkeerplaatsen. Het is niet zeker dat het plan nog rendabel is of dat Suyderland over voldoende financiële middelen beschikt indien de staatssteun terugbetaald moet worden, aldus [appellant]. Voorts rust volgens [appellant] de bewijslast op de raad en Suyderland om aan te tonen dat zij over voldoende financiële middelen beschikt, ook indien de staatssteun terugbetaald moet worden.

De raad stelt zich op het standpunt dat de financiële en economische uitvoerbaarheid van het plan verzekerd is. Volgens de raad zijn de gronden marktconform aan Suyderland verkocht. Voorts is volgens de raad ook geen sprake van onrechtmatige staatssteun, indien ervan uitgegaan moet worden dat staatssteun verleend is, omdat de verleende steun beneden de veruimde deminimisvrijstelling van € 500.000 valt. Verder stelt de raad zich op het standpunt dat ook indien geoordeeld moet worden dat sprake is van onrechtmatige staatssteun de financiële uitvoerbaarheid van het plan verzekerd is, omdat Suyderland verklaard heeft de supermarkt en de appartementen en de ondergrondse parkeergarage te realiseren ook als ontvangen steun terugbetaald zou moeten worden.

Ingevolge art. 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) zijn steunmaatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Ingevolge art. 108 lid 3 VWEU wordt de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Een gedeelte van de gronden waarop de supermarkt is voorzien behoorde ten tijde van de vaststelling van het plan de gemeente in eigendom toe. Volgens het kadastrale register heeft de gemeente deze gronden, met een oppervlakte van 1219 m², in 2007 voor in totaal € 845.000 gekocht. Het andere gedeelte van deze gronden, met een oppervlakte van 805 m², behoorde ten tijde van de vaststelling van het plan Rabobank Maashorst in eigendom toe. Ten aanzien van de verkoop en koop van al deze gronden heeft de gemeente met Suyderland op 10 juni 2010 een zogenoemde verkoopovereenkomst gesloten. Volgens deze overeenkomst verkoopt de gemeente de gronden waarop de supermarkt is voorzien, voor een koopsom van in totaal € 700.000 aan Suyderland. Voorts is volgens art. 13 van deze overeenkomst het uitgangspunt dat aanpassingen aan het aangrenzende openbaar gebied door en voor rekening van de gemeente zullen plaatsvinden.

Op 25 januari 2010 is een vrijwaringsverklaring getekend tussen Rabobank Maashorst en Suyderland. Volgens deze vrijwaringsverklaring is het uitgangspunt van het nieuwe centrumplan dat de supermarkt Jan Linders verhuist naar de locatie van de Rabobank en dat de bestaande Rabobankvestiging in

Grubbenvorst wordt verplaatst naar beschikbare ruimte in het winkelcentrum 'De Zumpel'.

In het kader van een beroep tegen een bestemmingsplan kan een betoog dat ziet op de uitvoerbaarheid van dat plan, waaronder ook de financieel-economische uitvoerbaarheid is begrepen, slechts leiden tot vernietiging van het bestreden besluit indien en voor zover het aangevoerde leidt tot de conclusie dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan niet kan worden uitgevoerd binnen de planperiode van in beginsel tien jaar.

Aan het in 2.5.4 geformuleerde criterium is niet reeds voldaan, indien aannemelijk wordt gemaakt dat de staatssteun die plaats heeft of heeft gehad kan worden teruggevorderd. Zoals de Afdeling heeft overwogen (uitspraak van 13 april 2011 in zaak nr. 200905023/1/R3) dient ook aannemelijk te worden gemaakt dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg daarvan het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend.

Wat betreft het betoog van [appellant] dat de uitvoerbaarheid van het plan niet verzekerd is omdat een deel van de gronden waarop de supermarkt is voorzien niet in eigendom toebehoort aan de gemeente, overweegt de Afdeling dat Rabobank Maashorst, gelet op de vrijwaringsverklaring, heeft ingestemd met de verplaatsing van de supermarkt naar de locatie van de Rabobank. Gelet hierop ziet de Afdeling in de omstandigheid dat de gemeente ten tijde van de vaststelling van het plan een deel van de gronden niet in eigendom had geen aanleiding voor het oordeel dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg daarvan het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd.

Voor zover [appellant] betoogt dat ongeoorloofde staatssteun aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat, overweegt de Afdeling dat de gemeente alle gronden voor de voorzien supermarkt voor een koopsom van € 700.000 aan Suyderland heeft verkocht, terwijl de gemeente een gedeelte van deze gronden enkele jaren geleden voor € 845.000 heeft gekocht. De gemeente diende voorts ten tijde van de vaststelling van het plan nog de gronden van de Rabobank aan te kopen. Die gronden waren immers ook begrepen in de verkoopovereenkomst tussen de gemeente en Suyderland. Zij maken ongeveer driekwart uit van de oppervlakte van de gronden die de gemeente reeds in eigendom toebehooren. De raad heeft ter zitting verder verklaard dat de te verkopen gronden voor rekening van de gemeente bouwrijp worden gemaakt. Gelet op deze omstandigheden is aannemelijk dat met de grondtransactie in ieder geval een hoger bedrag aan staatssteun gemoeid is dan het bedrag van € 200.000 dat volgens Verordening (EG) 1998/2006 (PbEG 2006, L 379/5) van de Commissie betreffende de toepassing van art. 87 en 88 Verordening (EG) 1998/2006 op de minimissteun verleend mag worden zonder een voorafgaande melding bij de Europese Commissie. Ter zitting is voorts vast komen te staan dat voorafgaand aan de verkooponderhandelingen geen onafhankelijk taxatierapport is opgesteld waarin de marktwaarde van de te verkopen gronden is vastgesteld, en waarbij de bestemmingen betrokken zijn die daaraan in het plan zijn toegekend. Evenmin is in het kader van de verkoop van de gronden een open en onvoorwaarde-

lijke biedprocedure gevolgd. Voorts zou ook sprake kunnen zijn van staatssteun bij de aanleg van het voorziene parkeerterrein en 19 parkeerplaatsen in de Julianastraat door en voor rekening van de gemeente, hoewel deze parkeerplaatsen openbaar toegankelijk zullen zijn, nu de raad ter zitting verklaard heeft dat deze parkeerplaatsen aangelegd zullen worden ten behoeve van de voorziene supermarkt en gelet op de ligging van de parkeerplaatsen in dezelfde straat als de supermarkt aannemelijk is dat voornamelijk bezoekers van de supermarkt gebruik zullen maken van deze parkeerplaatsen. Voor zover de raad betoogt dat indien ervan uitgegaan moet worden dat staatssteun verleend is, deze onder de verruimde deminimisvrijstelling van € 500.000 valt, overweegt de Afdeling dat volgens het 'Nederlands nationaal kader voor het tijdelijk verlenen van steunbedragen' steun beneden € 500.000 onder bepaalde voorwaarden niet aan de Europese Commissie gemeld hoeft te worden. Het voormelde kader (te raadplegen via www.europadecentraal.nl) is bij beschikking (nr. N 156/2009) Framework limited amounts of compatible aid van 1 april 2009 door de Europese Commissie goedgekeurd voor een periode tot en met 31 december 2010 en is gebaseerd op de mededeling van de Europese Commissie over de tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis (Pb 2009, C 83/1). Daargelaten het antwoord op de vraag of mogelijk verleende staatssteun onder het bedrag van € 500.000 is gebleven, is niet gebleken dat voldaan is aan de voorwaarden uit het voormelde kader met betrekking tot de controle op de hoogte van het bedrag aan verleende staatssteun.

Gelet op het voorgaande heeft [appellant] aannemelijk gemaakt dat rekening moet worden gehouden met de reële kans dat een aanzienlijk bedrag als ongeoorloofde staatssteun terugggevorderd kan worden. Aannemelijk is voorts dat geen andere marktpartij dan Suyderland het plan zonder ongeoorloofde staatssteun zal willen uitvoeren, omdat Suyderland ter zitting verklaard heeft dat zij, als sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun en deze terugbetaald zou moeten worden, genoeg zal moeten nemen met een rendementsverlies op het plan en het plan specifiek vastgesteld is teneinde de verplaatsing van een bestaande supermarkt mogelijk te maken en weinig ruimte biedt voor een andere invulling. Gelet hierop heeft de raad zich niet zonder enig inzicht in het bedrag dat als staatssteun terugggevorderd zou kunnen worden en de financiële positie van Suyderland op het standpunt kunnen stellen dat ook indien staatssteun terugbetaald zou moeten worden de uitvoerbaarheid van het plan verzekerd is. De raad heeft ter zitting in dit verband niet kunnen aangeven voor welke koopsom de gronden van de Rabobank zijn gekocht en het verschil tussen de door de gemeente betaalde aankoopprijs van € 845.000 voor een gedeelte van de gronden en de Suyderland in rekening gebrachte verkoopprijs van € 700.000 voor alle gronden niet kunnen verklaren, maar heeft volstaan met de enkele stelling dat geen ongeoorloofde staatssteun verleend is. Voorts heeft de raad geen blijk gegeven van enig inzicht in de financiële positie van Suyderland. Bij gebrek aan enig inzicht bij de raad is de enkele verklaring van Suyderland ter zitting dat, zo al sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun en

deze terugbetaald zou moeten worden, zij desondanks het plan zal uitvoeren, onvoldoende, mede gelet op de reële kans dat een aanzienlijk bedrag aan ongeoorloofde staatssteun terugggevorderd kan worden. Onder deze omstandigheden kan van [appellant] niet gevergd worden dat zij meer aannemelijk maakt dan zij reeds heeft gedaan.

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State in het geding tussen:

[appellant], wonend te Kerken, Duitsland, en [appellante], wonend te Grubbenvorst, gemeente Horst aan de Maas, (hierna tezamen en in enkelvoud: [appellant])

appellanten,

en

de raad van de gemeente Horst aan de Maas, verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 20 juli 2010 heeft de raad het bestemmingsplan 'De Zumpel-Kloosterstraat-Julianastraat Grubbenvorst' vastgesteld.

Tegen dit besluit heeft [appellant] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 20 augustus 2010, beroep ingesteld.

De raad heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] en de raad hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 15 november 2011, waar [appellant], vertegenwoordigd door mr. R. Pennekamp, en de raad, vertegenwoordigd door mr. L.J. Gerritsen, advocaat te Nijmegen, mr. L.L.W. Peeters en mr. S. Philipsen, beiden werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen. Voorts zijn ter zitting als partij gehoord de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Suyderland Ontwikkeling B.V. en Suyderland Venrode B.V. (hierna tezamen en in enkelvoud: Suyderland), beide vertegenwoordigd door [directeur].

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State, voor zover hier van belang, kan de Afdeling het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

Intrekking beroep

2.2. Ter zitting heeft [appellant] zijn beroep, voor zover gericht tegen het besluit om geen exploitatieplan vast te stellen, ingetrokken.

Het plan

2.3. Het plan maakt ten behoeve van de verplaatsing van een supermarkt in het centrum van Grubbenvorst de bouw mogelijk van een supermarkt op de hoek van De Zumpel, de Kloosterstraat en de Julianastraat, 17 appartementen boven de supermarkt, een ondergrondse parkeergarage en een parkeerterrein op het voorterrein van het

Creatief centrum de Baersdonck (hierna: de Baersdonck), gelegen tegenover de voorziene supermarkt.

Formele bezwaren

2.4. [appellant] betoogt dat de raad vooringenomen was bij de vaststelling van het plan, omdat de gemeente eigenaar is van de gronden waarop de supermarkt gebouwd zal worden en zij het plan inhoudelijk heeft laten opstellen door Suyderland, de projectontwikkelaar van de voorziene supermarkt. [appellant] voert voorts aan dat ten onrechte verscheidene stukken niet ter inzage hebben gelegen en dat de raad haar zienswijze niet dan wel onvoldoende heeft beantwoord.

2.4.1. Anders dan [appellant] betoogt, betekent de enkele omstandigheid dat de gemeente een financieel belang heeft niet dat de raad vooringenomen was bij de vaststelling van het plan. Ook de omstandigheid dat het ontwerpplan is opgesteld in overleg met Suyderland leidt niet tot dat oordeel, nu het de raad vrij staat, zoals ook volgt uit artikel 14, tweede lid, van de koopovereenkomst tussen de gemeente en Suyderland, een ontwerpplan niet of gewijzigd vast te stellen. In dit verband wijst de Afdeling erop dat de raad, mede naar aanleiding van de zienswijze van [appellant], besloten heeft tot verscheidene wijzigingen in het plan, waaronder een beperking van de maximale bouwhoogte tot 4 m aan de achterzijde van de voorziene supermarkt ten gunste van [appellant].

2.4.2. Ingevolge artikel 3:11, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), legt het bestuursorgaan het ontwerp van het te nemen besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, ter inzage.

2.4.3. Wat betreft het conceptbouwplan voor de supermarkt en het advies van de dorpsbouwmeester hierover, overweegt de Afdeling dat deze stukken niet zijn opgesteld in het kader van de bestemmingsplanprocedure, maar in het kader van een mogelijke aanvraag om een omgevingsvergunning voor bouwen van de voorziene supermarkt. Gelet hierop kunnen deze stukken niet als op het ontwerpplan betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 3:11 van de Awb worden aangemerkt.

Wat betreft het concept 'Herinrichtingsplan openbare ruimte centrum Grubbenvorst' van 18 februari 2009 overweegt de Afdeling dat dit stuk niet in het kader van de bestemmingsplanprocedure is opgesteld en een openbaar stuk betreft. Gelet hierop kan ook dit stuk niet als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk worden aangemerkt. Wat betreft de koopovereenkomst tussen de gemeente en Suyderland overweegt de Afdeling dat deze overeenkomst betrekking heeft op de privaatrechtelijke relatie tussen de gemeente en Suyderland en kan derhalve evenmin als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk worden aangemerkt.

Wat betreft de planschaderisicoanalyse overweegt de Afdeling dat dit stuk als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk dient te worden aangemerkt, omdat de planschaderisicoanalyse betrekking heeft op de financiële uit-

voerbaarheid van het plan. Dit stuk heeft in strijd met artikel 3:11, eerste lid, van de Awb niet met het ontwerpplan ter inzage gelegen. De Afdeling ziet echter aanleiding dit gebrek met toepassing van artikel 6:22 Awb te passeren, nu de raad de planschaderisicoanalyse in deze procedure overgelegd heeft, zodat [appellant] de planschaderisicoanalyse heeft kunnen inzien en daarop heeft kunnen reageren. Niet aannemelijk is dat andere belanghebbenden daardoor benadeeld zijn, nu het bestaan van de planschaderisicoanalyse kenbaar was omdat in de toelichting bij het ontwerpplan staat dat de kans op planschadevergoeding separaat beoordeeld is. Er mag derhalve worden aangenomen dat andere belanghebbenden een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht waarin erop gewezen werd dat de planschaderisicoanalyse niet ter inzage lag dan wel dat zij, na desgevraagd inzage te hebben gehad in de planschaderisicoanalyse, na kennisneming daarvan een zienswijze naar voren zouden hebben gebracht.

Wat betreft het wateradvies van het waterschap Peel en Maasvallei overweegt de Afdeling dat dit stuk op 29 juni 2010 en derhalve na de terinzagelgging van het ontwerpplan tot en met 5 juni 2010 tot stand is gekomen. Uit de Awb noch enige andere bepaling volgt dat de raad gehouden is de indieners van zienswijzen, door toezending dan wel terinzagelgging, in kennis te stellen van stukken met betrekking tot het ontwerpplan die na de terinzagelgging van het ontwerpplan aan hem bekend worden. Onder omstandigheden kan echter uit het oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding aanleiding bestaan betrokkenen in kennis te stellen van dergelijke nadere stukken en aan hen de gelegenheid te bieden hierop te reageren. In dit geval diende de raad [appellant] in kennis te stellen van het wateradvies, nu het wateradvies opgesteld is op een verzoek van de raad naar aanleiding van de door [appellant] naar voren gebrachte zienswijze en de raad op grond van dit wateradvies in het aspect van de waterhuishouding geen aanleiding heeft gezien op dit punt aan [appellant] tegemoet te komen. Nu de raad dit nagelaten heeft, is het bestreden besluit, voor zover het betreft het plandeel met de bestemming 'Centrum', niet genomen met de bij het voorbereiden van een besluit vereiste zorgvuldigheid en derhalve zal het bestreden besluit in zoverre bij de einduitspraak vernietigd worden. De Afdeling ziet geen aanleiding de raad op te dragen dit gebrek te herstellen, nu de raad het wateradvies in de beroepsprocedure heeft overgelegd, zodat [appellant] het wateradvies heeft kunnen inzien en daarop heeft kunnen reageren.

2.4.4. Voor zover [appellant] betoogt dat de raad de door haar ingediende zienswijze niet heeft beantwoord omdat niet de raad maar het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) het verslag van de zienswijzer heeft opgesteld, overweegt de Afdeling dat in het raadsbesluit, kort weergegeven, staat dat gezien het voorstel van het college de raad besluit het plan vast te stellen. Gelet hierop en nu in het voorstel het verslag van de zienswijzer is opgenomen moet het ervoor worden gehouden dat de raad de beantwoording door het college van de door [appellant] ingediende zienswijze tot de zijne heeft gemaakt.

Voor zover [appellant] betoogt dat haar zienswijze onjuist is samengevat en dat in de beantwoording van haar zienswijze niet op alle argumenten en bezwaren wordt ingegaan, overweegt de Afdeling dat artikel 3:46 van de Awb zich er niet tegen verzet dat de raad de zienswijzen samengevat weergeeft. Niet is gebleken dat de raad de zienswijze van [appellant] wezenlijk onjuist heeft samengevat. Dat niet op ieder argument ter ondersteuning van een zienswijze afzonderlijk is ingegaan, is op zichzelf geen aanleiding voor het oordeel dat het bestreden besluit niet voldoende is gemotiveerd. Niet is gebleken dat bepaalde bezwaren of argumenten niet in de overwegingen zijn betrokken.

Inhoudelijk

2.5. [appellant] betoogt dat de financiële en economische uitvoerbaarheid van het plan niet verzekerd is. Hiertoe voert [appellant] aan dat een deel van de gronden waarop de supermarkt is voorzien niet in eigendom is van de gemeente, zodat niet zeker is of deze gronden aan Suyderland kunnen worden geleverd. [appellant] voert voorts aan dat de gemeente onrechtmatige staatssteun heeft verleend aan Suyderland. Volgens [appellant] zijn de gronden niet volgens een marktconforme prijs aan Suyderland verkocht en wordt Suyderland voorts bevoordeeld met de aanleg van de openbare parkeerplaatsen. Het is niet zeker dat het plan nog rendabel is of dat Suyderland over voldoende financiële middelen beschikt indien de staatssteun terugbetaald moet worden, aldus [appellant]. Voorts rust volgens [appellant] de bewijslast op de raad en Suyderland om aan te tonen dat zij over voldoende financiële middelen beschikt, ook indien de staatssteun terugbetaald moet worden.

2.5.1. De raad stelt zich op het standpunt dat de financiële en economische uitvoerbaarheid van het plan verzekerd is. Volgens de raad zijn de gronden marktconform aan Suyderland verkocht. Voorts is volgens de raad ook geen sprake van onrechtmatige staatssteun, indien ervan uitgegaan moet worden dat staatssteun verleend is, omdat de verleende steun beneden de verruimde de-minimisvrijstelling van € 500.000 valt. Verder stelt de raad zich op het standpunt dat ook indien geoordeeld moet worden dat sprake is van onrechtmatige staatssteun de financiële uitvoerbaarheid van het plan verzekerd is, omdat Suyderland verklaard heeft de supermarkt en de appartementen en de ondergrondse parkeergarage te realiseren ook als ontvangen steun terugbetaald zou moeten worden.

2.5.2. Ingevolge artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) zijn steunmaatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Ingevolge artikel 108, derde lid, van het VWEU wordt de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging

van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

2.5.3. Een gedeelte van de gronden waarop de supermarkt is voorzien behoorde ten tijde van de vaststelling van het plan de gemeente in eigendom toe. Volgens het kadastrale register heeft de gemeente deze gronden, met een oppervlakte van 1219 m², in 2007 voor in totaal € 845.000 euro gekocht. Het andere gedeelte van deze gronden, met een oppervlakte van 805 m², behoorde ten tijde van de vaststelling van het plan Rabobank Maashorst in eigendom toe. Ten aanzien van de verkoop en koop van al deze gronden heeft de gemeente met Suyderland op 10 juni 2010 een zogenoemde Verkoopovereenkomst gesloten. Volgens deze overeenkomst verkoopt de gemeente de gronden waarop de supermarkt is voorzien, voor een koopsom van in totaal € 700.000 aan Suyderland. Voorts is volgens artikel 13 van deze overeenkomst het uitgangspunt dat aanpassingen aan het aangrenzende openbaar gebied door en voor rekening van de gemeente zullen plaatsvinden.

Op 25 januari 2010 is een vrijwaringsverklaring getekend tussen Rabobank Maashorst en Suyderland. Volgens deze vrijwaringsverklaring is het uitgangspunt van het nieuwe centrumplan dat de supermarkt Jan Linders verhuist naar de locatie van de Rabobank en dat de bestaande Rabobankvestiging in Grubbenvorst wordt verplaatst naar beschikbare ruimte in het winkelcentrum 'De Zumpel'.

2.5.4. In het kader van een beroep tegen een bestemmingsplan kan een betoog dat ziet op de uitvoerbaarheid van dat plan, waaronder ook de financieel-economische uitvoerbaarheid is begrepen, slechts leiden tot vernietiging van het bestreden besluit indien en voor zover het aangevoerde leidt tot de conclusie dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan niet kan worden uitgevoerd binnen de planperiode van in beginsel tien jaar.

2.5.5. Aan het in 2.5.4 geformuleerde criterium is niet reeds voldaan, indien aannemelijk wordt gemaakt dat de staatssteun die plaats heeft of heeft gehad kan worden teruggevorderd. Zoals de Afdeling heeft overwogen (uitspraak van 13 april 2011 in zaak nr. 200905023/1/R3) dient ook aannemelijk te worden gemaakt dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg daarvan het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend.

2.5.6. Wat betreft het betoog van [appellant] dat de uitvoerbaarheid van het plan niet verzekerd is omdat een deel van de gronden waarop de supermarkt is voorzien niet in eigendom toebehoort aan de gemeente, overweegt de Afdeling dat Rabobank Maashorst, gelet op de vrijwaringsverklaring, heeft ingestemd met de verplaatsing van de supermarkt naar de locatie van de Rabobank. Gelet hierop ziet de Afdeling in de omstandigheid dat de gemeente ten tijde van

de vaststelling van het plan een deel van de gronden niet in eigendom had geen aanleiding voor het oordeel dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg daarvan het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd.

2.5.7. Voor zover [appellant] betoogt dat ongeoorloofde staatssteun aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat, overweegt de Afdeling dat de gemeente alle gronden voor de voorziene supermarkt voor een koopsom van € 700.000 aan Suyderland heeft verkocht, terwijl de gemeente een gedeelte van deze gronden enkele jaren geleden voor € 845.000 heeft gekocht. De gemeente diende voorts ten tijde van de vaststelling van het plan nog de gronden van de Rabobank aan te kopen. Die gronden waren immers ook begrepen in de Verkoopovereenkomst tussen de gemeente en Suyderland. Zij maken ongeveer driekwart uit van de oppervlakte van de gronden die de gemeente reeds in eigendom toebehoren. De raad heeft ter zitting verder verklaard dat de te verkopen gronden voor rekening van de gemeente bouwrijp worden gemaakt. Gelet op deze omstandigheden is aannemelijk dat met de grondtransactie in ieder geval een hoger bedrag aan staatssteun gemoeid is dan het bedrag van € 200.000 dat volgens Verordening 1998/2006 (*Pb* 2006 L379/5) van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG op de minimissteun verleend mag worden zonder een voorafgaande melding bij de Europese Commissie. Ter zitting is voorts vast komen te staan dat voorafgaand aan de verkooponderhandelingen geen onafhankelijk taxatierapport is opgesteld waarin de marktwaarde van de te verkopen gronden is vastgesteld, en waarbij de bestemmingen betrokken zijn die daaraan in het plan zijn toegekend. Evenmin is in het kader van de verkoop van de gronden een open en onvoorwaardelijke biedprocedure gevolgd. Voorts zou ook sprake kunnen zijn van staatssteun bij de aanleg van het voorziene parkeerterrein en 19 parkeerplaatsen in de Julianastraat door en voor rekening van de gemeente, hoewel deze parkeerplaatsen openbaar toegankelijk zullen zijn, nu de raad ter zitting verklaard heeft dat deze parkeerplaatsen aangelegd zullen worden ten behoeve van de voorziene supermarkt en gelet op de ligging van de parkeerplaatsen in dezelfde straat als de supermarkt aannemelijk is dat voornamelijk bezoekers van de supermarkt gebruik zullen maken van deze parkeerplaatsen. Voor zover de raad betoogt dat indien ervan uitgegaan moet worden dat staatssteun verleend is, deze onder de verruimde de-minimisvrijstelling van € 500.000 valt, overweegt de Afdeling dat volgens het 'Nederlands nationaal kader voor het tijdelijk verlenen van steunbedragen' steun beneden € 500.000 onder bepaalde voorwaarden niet aan de Europese Commissie gemeld hoeft te worden. Het voormelde kader (te raadplegen via www.europadecentraal.nl) is bij beschikking (nr. N 156/2009) 'Framework limited amounts of compatible aid' van 1 april 2009 door de Europese Commissie goedgekeurd voor een periode tot en met 31 december 2010 en is gebaseerd op de Mededeling van de Europese Commissie over de tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige

financiële en economische crisis (*Pb* 2009 C 83/1). Daargelaten het antwoord op de vraag of mogelijk verleende staatssteun onder het bedrag van € 500.000 is gebleven, is niet gebleken dat voldaan is aan de voorwaarden uit het voormelde kader met betrekking tot de controle op de hoogte van het bedrag aan verleende staatssteun.

Gelet op het voorgaande heeft [appellant] aannemelijk gemaakt dat rekening moet worden gehouden met de reële kans dat een aanzienlijk bedrag als ongeoorloofde staatssteun teruggevorderd kan worden. Aannemelijk is voorts dat geen andere marktpartij dan Suyderland het plan zonder ongeoorloofde staatssteun zal willen uitvoeren, omdat Suyderland ter zitting verklaard heeft dat zij, als sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun en deze terugbetaald zou moeten worden, genoeg zal moeten nemen met een rendementsverlies op het plan en het plan specifiek vastgesteld is teneinde de verplaatsing van een bestaande supermarkt mogelijk te maken en weinig ruimte biedt voor een andere invulling. Gelet hierop heeft de raad zich niet zonder enig inzicht in het bedrag dat als staatssteun teruggevorderd zou kunnen worden en de financiële positie van Suyderland op het standpunt kunnen stellen dat ook indien staatssteun terugbetaald zou moeten worden de uitvoerbaarheid van het plan verzekerd is. De raad heeft ter zitting in dit verband niet kunnen aangeven voor welke koopsom de gronden van de Rabobank zijn gekocht en het verschil tussen de door de gemeente betaalde aankoopprijs van € 845.000 voor een gedeelte van de gronden en de Suyderland in rekening gebrachte verkoopprijs van € 700.000 voor alle gronden niet kunnen verklaren, maar heeft volstaan met de enkele stelling dat geen ongeoorloofde staatssteun verleend is. Voorts heeft de raad geen blijk gegeven van enig inzicht in de financiële positie van Suyderland. Bij gebrek aan enig inzicht bij de raad is de enkele verklaring van Suyderland ter zitting dat, zo al sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun en deze terugbetaald zou moeten worden, zij desondanks het plan zal uitvoeren, onvoldoende, mede gelet op de reële kans dat een aanzienlijk bedrag aan ongeoorloofde staatssteun teruggevorderd kan worden. Onder deze omstandigheden kan van [appellant] niet gevergd worden dat zij meer aannemelijk maakt dan zij reeds heeft gedaan.

2.6. [appellant] betoogt voorts dat haar uitzicht, privacy en de bezonning op haar perceel aan de [locatie] ernstig aangetast worden vanwege de voorziene supermarkt. In dit verband voert zij aan dat de supermarkt niet binnen de omgeving past, omdat in tegenstelling tot gebouwen in de omgeving niet een goot- en nokhoogte is toegekend, maar slechts een maximale bouwhoogte van 15 onderscheidenlijk 4 m. Hierdoor is het volgens [appellant] planologisch mogelijk een gebouw met een plat dak op te richten en kan de voorziene supermarkt veel hoger worden dan gebouwen in de omgeving. [appellant] vreest voorts voor water- en windoverlast. Zij vreest verder voor overlast als gevolg van winkelwagentjes die door bezoekers van de supermarkt meegenomen zullen worden naar het parkeerterrein bij de Baersdonck en weer teruggebracht zullen moeten worden. Volgens haar zal het plan ook leiden tot verkeers-

onveilige situaties, nu een groot aantal bezoekers van de supermarkt met winkelwagens de Julianastraat zal moeten oversteken om het parkeerterrein bij de Baersdonck te bereiken en winkelwagens op de openbare weg achtergelaten zullen worden. [appellant] vreest voorts voor overlast als gevolg van het verkeer van bezoekers van de supermarkt van en naar het parkeerterrein bij de Baersdonck.

[appellant] voert voorts aan dat de raad ten onrechte afgewezen is van de richtafstand van 10 m die de VNG-brochure 'Bedrijven en milieuzonering' (hierna: de VNG-brochure) aanbeveelt tussen een supermarkt en een rustige woonwijk. Volgens haar is haar woning niet in een gemengd gebied, maar aan de rand van een rustige woonwijk gelegen.

2.6.1. De raad stelt zich op het standpunt dat het woon- en leefklimaat van [appellant] niet onaanvaardbaar aangetast zal worden. De raad stelt voorop dat er rekening mee dient te worden gehouden dat in het centrum van Grubbenvorst gebouwd kan worden en dat het belang van de revitalisering van het centrum prevaleert boven het belang van [appellant]. De raad wijst er in dat verband op dat aan de achterzijde van het perceel van [appellant] slechts één bouwlaag is toegestaan en dat onder het voorheen geldende plan ook de vestiging van een supermarkt mogelijk was. Voorts zijn volgens de raad ramen binnen 2 m van de erfgrans ingevolge artikel 5:50 van het Burgerlijk Wetboek niet toegestaan, zodat niet voor een aantasting van de privacy gevreesd hoeft te worden. De raad neemt verder het standpunt in dat hoewel een plat dak met een hoogte van 15 m stedenbouwkundig niet aanvaardbaar is, gekozen is voor een uniforme bouwhoogte van 15 m omdat het technisch niet mogelijk is om de verscheidene bouwhoogten van het bouwplan op de verbeelding in te tekenen en dit tot rechtsonzekerheid zou leiden. Bovendien zal een plat dak volgens de raad in de praktijk niet gerealiseerd worden, omdat de welstandscommissie haar oordeel moet geven over een concreet bouwplan. Verder is volgens de raad voldoende aangegeven hoe het water afgevoerd zal worden, zodat geen sprake zal zijn van wateroverlast. Voorts zal het plan volgens de raad niet leiden tot verkeersonveilige situaties.

De raad stelt zich voorts op het standpunt dat van de richtafstand van 10 m in de VNG-brochure kan worden afgewezen, omdat de woning van [appellant] in een gemengd gebied is gelegen en in een gemengd gebied volgens de VNG-brochure een richtafstand van 0 m geldt tussen een supermarkt en een woning.

2.6.2. Aan het perceel op de hoek van de Kloosterstraat, de Julianastraat en De Zumpel is de bestemming 'Centrum' met de aanduidingen 'supermarkt' en 'parkeergarage' toegekend. Aan de overzijde van de Julianastraat is aan een terrein gelegen ten zuiden van de Baersdonck de bestemming 'Verkeer' toegekend.

Ingevolge artikel 3, lid 3.1, van de planregels zijn de voor 'Centrum' aangewezen gronden bestemd voor een supermarkt ter plaatse van de aanduiding 'supermarkt', wonen, uitsluitend op de verdiepingen en ondergrondse parkeervoorzieningen ter plaatse van de aanduiding 'parkeergarage'.

Ingevolge artikel 4, lid 4.1.1 zijn de voor 'Verkeer' aangewezen gronden onder meer bestemd voor parkeervoorzieningen.

Blijkens de verbeelding, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 3.3.1, aanhef en onder c, is de maximale bouwhoogte van het perceel voor de voorziene supermarkt voor een gedeelte 15 m en voor een gedeelte met een diepte van ten minste ongeveer 7 m, dat aan de achtertuin van [appellant] grenst, 4 m.

Blijkens de verbeelding, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 3.3.1, aanhef en onder b, zijn op het perceel voor de voorziene supermarkt maximaal 17 wooneenheden toegelaten.

Uit de verbeelding blijkt dat de afstand van de perceelsgrens van de voorziene supermarkt tot de woning van [appellant] aan de zijzijde van het perceel van [appellant] ongeveer 1 m en aan de achterzijde ongeveer 10 m is. Het bouwvlak voor de voorziene supermarkt grenst direct aan het perceel van [appellant].

Uit de verbeelding blijkt dat de afstand tussen het voorziene parkeerterrein bij de Baersdonck en de woning van [appellant] ongeveer 18 m is.

2.6.3. Gelet op de omstandigheid dat, hoewel de maximale bouwhoogte voor een gedeelte van het perceel voor de voorziene supermarkt en de appartementen 15 m is, de maximale bouwhoogte voor het gedeelte dat aan de achtertuin van [appellant] grenst 4 m is en dat gedeelte ten minste ongeveer 7 m diep is, is de Afdeling van oordeel dat de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de privacy van [appellant] niet ernstig aangetast zal worden. Daarbij neemt de Afdeling voorts in aanmerking dat het ingevolge artikel 5:50 van het Burgerlijk Wetboek niet geoorloofd is binnen 2 m van de grenslijn van een erf vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op een erf uitzicht geven.

Wat betreft het uitzicht overweegt de Afdeling dat het uitzicht van [appellant] vanuit zijn achtertuin ook thans beperkt wordt door woningen aan De Zumpel. Voorts bestaat geen recht op een vrij uitzicht en dient in het centrum van een dorp er rekening mee te worden gehouden dat dicht opeen gebouwd kan worden.

De raad heeft ter zitting verklaard dat hij geen studie heeft laten verrichten naar de effecten van de voorziene supermarkt en appartementen op de bezonning op het perceel van [appellant]. Gelet op de maximale bouwhoogte van 15 m voor een gedeelte van de voorziene supermarkt en appartementen alsmede op de omstandigheid dat het perceel van [appellant] aan de noord- en oostzijde van de voorziene supermarkt en appartementen grenst heeft de raad echter zonder een bezonningsstudie niet het standpunt kunnen innemen dat de bezonning op het perceel van [appellant] niet ernstig aangetast zal worden. Voor zover de raad betoogt dat onder het voorheen geldende plan ook een supermarkt mogelijk was, wat daarvan ook zij, wordt overwogen dat de raad zelfstandig dient af te wegen of mogelijkheden uit het voorheen geldende plan ruimtelijk nog

aanvaardbaar zijn. Nu de raad zich op het standpunt stelt dat een uniforme bouwhoogte van 15 m, waardoor een plat dak mogelijk is, stedenbouwkundig niet aanvaardbaar is, wordt ook voorzien in een planologische mogelijkheid die de raad niet aanvaardbaar acht. Anders dan de raad aanvoert, valt niet in te zien waarom verscheidene bouwhoogten niet aangegeven kunnen worden op de verbeelding of dat dit tot rechtsonzekerheid zou leiden. De raad heeft voorts niet aannemelijk gemaakt dat het niet mogelijk is op andere wijze te bepalen, door bijvoorbeeld in de planregels een kap voor te schrijven, dat een plat dak bij een hoogte van 15 m niet toegestaan is. In het betoog van de raad dat een plat dak in de praktijk niet gerealiseerd zal worden omdat de welstandscommissie over een concreet bouwplan moet adviseren, ziet de Afdeling geen aanleiding hier anders over te oordelen. Het plan maakt immers door middel van een uniforme bouwhoogte van 15 m uitdrukkelijk een plat dak mogelijk en volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (zie bijvoorbeeld haar uitspraak van 19 september 2007 in zaaknr. 200701441/1; www.raadvanstate.nl) kan een negatief welstandsadvies er niet toe leiden dat verwezenlijking van uitdrukkelijk in het bestemmingsplan opgenomen bouw mogelijkheden geheel onmogelijk gemaakt worden.

2.6.4. Wat betreft het betoog van [appellant] dat de voorziene supermarkt tot water- en windoverlast op haar perceel zal leiden, overweegt de Afdeling dat in de plantoelichting staat dat het hemelwater geïnfiltreerd zal worden via een nieuw aan te leggen gescheiden rioleringsstelsel met infiltratiekratten. Via deze infiltratiekratten zal het hemelwater volgens de plantoelichting geïnfiltreerd worden in het grondwater. Voorts zal het water volgens de plantoelichting bij een te hoge grondwaterstand afgevoerd worden. De raad heeft het plan, dat een ondergrondse parkeergarage mogelijk maakt, verder ter beoordeling voorgelegd aan het waterschap, dat blijkens het wateradvies een positief advies over het plan gegeven heeft. Gelet op het voorgaande heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de voorziene supermarkt niet tot ernstige wateroverlast zal leiden. De niet nader onderbouwde stelling van [appellant] dat de ondergrondse parkeergarage zal leiden tot een verhoogde grondwaterstand waardoor wateroverlast zal ontstaan is geen aanleiding voor een ander oordeel. Voorts leidt de enkele, niet nader onderbouwde stelling van [appellant] dat de voorziene supermarkt tot windoverlast zal leiden niet tot het oordeel dat de raad er van had moeten uitgaan dat zulks ook het geval is.

2.6.5. Voor zover [appellant] betoogt dat het gebruik van winkelwagens tot verkeersonveilige situaties zal leiden, overweegt de Afdeling dat de Julianastraat in een 30 kilometerzone ligt en dat in het verslag van zienswijzen staat dat desnoods zal worden opgetreden tegen achtergelaten winkelwagens. Gelet hierop heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het plan niet tot verkeersonveilige situaties zal leiden.

Gelet op de afstand van ongeveer 18 m van het voorziene parkeerterrein tot de woning van [appellant], ziet de Afdeling voorts, anders dan [appellant] betoogt, geen aanleiding voor het oordeel de raad zich niet in redelijkheid op het

standpunt heeft kunnen stellen dat het verkeer van en naar het parkeerterrein niet zal leiden tot ernstige geluidsoverlast voor [appellant] of ernstige lichtoverlast als gevolg van de koplampen van auto's die het parkeerterrein verlaten.

2.6.6. In de VNG-brochure staat dat een richtafstand van 10 m geldt tussen een rustige woonwijk en een supermarkt, mede in verband met het aspect geluid. Volgens de VNG-brochure wordt onder 'rustige woonwijk' verstaan een woonwijk volgens het principe van functiescheiding. Afgezien van wijkgebonden voorzieningen komen vrijwel geen andere functies (zoals bedrijven of kantoren) voor. Onder het begrip 'gemengd gebied' verstaat de VNG-brochure een gebied met een matige tot sterke functievermenging waarbij direct naast woningen andere functies voorkomen zoals winkels, horeca en kleine bedrijven. Dit begrip wordt gebruikt om richtafstanden aan te geven tussen een bedrijventerrein of bedrijfslocatie en een gebied met een variatie aan functies, zoals wonen, horeca en kleine bedrijvigheid. Volgens de VNG-brochure is bij het omgevingstype gemengd gebied een correctie van één afstandsstep lager mogelijk. In het geval van een supermarkt geldt dan niet de richtafstand van 10 m voor een rustige woonwijk, maar een richtafstand van 0 m.

2.6.7. In de Kloosterstraat bevinden zich verscheidene andere functies dan wonen zoals een supermarkt, een bank, een ijssalon, een apotheek, een bakkerij en een drogist. Voorts is tegenover de woning van [appellant] de Baersdonck gelegen.

2.6.8. Hoewel het overige gedeelte van de Julianastraat wellicht als rustige woonwijk moet worden aangemerkt, is de Afdeling van oordeel dat de raad zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat het begin van de Julianastraat, waar de woning van [appellant] staat, in een gemengd gebied gelegen is. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat aan het begin van de Julianastraat en in de directe omgeving daarvan zich verscheidene andere functies dan wonen bevinden. Aan het begin van de Julianastraat is de Baersdonck gelegen en de Julianastraat mondt uit in de Kloosterstraat, die gekenmerkt wordt door een verscheidenheid van functies. Anders dan [appellant] betoogt kan geen strikt onderscheid worden gemaakt tussen de Julianastraat als rustige woonwijk en de Kloosterstraat als gemengd gebied, nu naast de woning van [appellant] op de hoek van de Julianastraat en de Kloosterstraat zich een verfwinkel bevond en een fysieke barrière tussen de Julianastraat en Kloosterstraat ontbreekt.

Nu de woning van [appellant] in een gemengd gebied gelegen is, heeft de raad zich terecht op het standpunt gesteld dat hij de aanbevelingen uit de VNG-brochure juist heeft toegepast, aangezien voor een gemengd gebied volgens de VNG-brochure een richtafstand van 0 m geldt voor een supermarkt.

Gelet op de omstandigheid dat de woning van [appellant] in een gemengd gebied gelegen is en nu volgens de VNG-brochure bij het bepalen van de richtafstand voor een supermarkt ook rekening is gehouden met geluidsoverlast, heeft de raad zich voorts in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de geluidsoverlast door winkelwagens en andere

geluidsoverlast als gevolg van de voorziene supermarkt niet zodanig zullen zijn dat hij niet in een supermarkt op ten minste 1 m afstand van de woning van [appellant] heeft kunnen voorzien.

(...)

2.8. Uit 2.4.3, 2.5.7 en 2.6.3 volgt dat het bestreden besluit is genomen in strijd met de bij het voorbereiden van een besluit te betrachten zorgvuldigheid.

2.9. De Afdeling ziet in het belang bij een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding de raad op de voet van artikel 46, zesde lid, van de Wet op de Raad van State op te dragen de gebreken in het bestreden besluit binnen de hierna te noemen termijn te herstellen. De raad dient daartoe met inachtneming van overweging 2.5.7 te onderzoeken of het bedrag dat gemoeid is met de grondtransactie tussen de gemeente en Suyderland en de aanleg van het parkeerterrein op het voorterrein van de Baersdonck en 19 parkeerplaatsen in de Julianastraat als ongeoorloofde staatssteun teruggevorderd zou kunnen worden. Indien dat het geval is, dient de raad te onderzoeken hoe groot het bedrag is dat teruggevorderd zou kunnen worden. Voorts dient de raad in dat geval te onderzoeken of Suyderland zich in een zodanige financiële positie bevindt dat zij dit bedrag kan terugbetalen zonder dat de realisering en exploitatie van de voorziene supermarkt en appartementen in gevaar komen. De raad dient het besluit op dit punt alsnog toereikend te motiveren door inzicht te geven in de uitkomsten van dit onderzoek en de elementen die daarbij betrokken zijn, dan wel het besluit te wijzigen door vaststelling van een andere planregeling. Indien de raad in de uitkomsten van het hiervoor vermelde te verrichten onderzoek geen aanleiding ziet het plan zodanig te wijzigen dat het geen supermarkt en appartementen meer mogelijk maakt, dient de raad voorts met inachtneming van overweging 2.6.3 een studie naar de bezonning op het perceel van [appellant] te verrichten en aan de hand daarvan het besluit op dit punt alsnog toereikend te motiveren, dan wel het besluit te wijzigen door vaststelling van een andere planregeling. Indien de raad in de uitkomsten van de hiervoor vermelde te verrichten onderzoeken geen aanleiding ziet het plan zodanig te wijzigen dat het niet meer een supermarkt en appartementen of een plat dak met een hoogte van 15 m mogelijk maakt, dient de raad verder met inachtneming van overweging 2.6.3 het plan zodanig te wijzigen dat een plat dak met een hoogte van 15 m niet meer mogelijk gemaakt wordt.

2.10. Bij de voorbereiding van het nieuwe besluit heeft afdeling 3.4 van de Awb niet te worden toegepast. De raad dient het nieuwe besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken.

2.11. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State Recht doende in naam der Koningin:

draagt de raad van de gemeente Horst aan de Maas op om binnen zestien weken na de verzending van deze tussenuitspraak:

1. het besluit van 20 juli 2010 met inachtneming van hetgeen in 2.5.7 is overwogen te herstellen door te onderzoeken of het bedrag dat gemoeid is met de grondtransactie tussen de gemeente en Suyderland en de aanleg van het parkeerterrein op het voorterrein van de Baersdonck en 19 parkeerplaatsen in de Julianastraat, als ongeoorloofde staatssteun teruggevorderd zou kunnen worden. Indien dat het geval is, dient de raad te onderzoeken hoe groot het bedrag is dat teruggevorderd zou kunnen worden. Voorts dient de raad in dat geval te onderzoeken of Suyderland zich in een zodanige financiële positie bevindt dat zij dit bedrag kan terugbetalen zonder dat de realisering en exploitatie van de voorziene supermarkt en appartementen in gevaar komen. De raad dient het besluit op dit punt alsnog toereikend te motiveren door inzicht te geven in de uitkomsten van dit onderzoek en de elementen die daarbij betrokken zijn, dan wel het besluit te wijzigen door vaststelling van een andere planregeling;
2. indien de raad in de uitkomsten van het hiervoor vermelde te verrichten onderzoek geen aanleiding ziet het plan zodanig te wijzigen dat het geen supermarkt en appartementen meer mogelijk maakt, het besluit van 20 juli 2010 met inachtneming van hetgeen in 2.6.3 is overwogen te herstellen door een studie naar de bezonning op het perceel van [appellant] te verrichten en aan de hand daarvan het besluit alsnog toereikend te motiveren dan wel dat besluit in zoverre te wijzigen door vaststelling van een andere planregeling;
3. indien de raad in de uitkomsten van de hiervoor vermelde te verrichten onderzoeken geen aanleiding ziet het plan zodanig te wijzigen dat het niet meer een supermarkt en appartementen of een plat dak met een hoogte van 15 m mogelijk maakt, verder het besluit van 20 juli 2010 met inachtneming van hetgeen in 2.6.3 is overwogen te herstellen door het plan zodanig te wijzigen dat een plat dak met een hoogte van 15 m niet meer mogelijk gemaakt wordt;
4. het nieuwe besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken;
5. de uitkomst aan de Afdeling mede te delen.

Naschrift

1 Inleiding

Wij zullen hieronder twee elementen uit deze uitspraak belichten. Beide elementen houden verband met de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan (art. 3.1.6 lid 1 onder f Bro). Het gaat hier om de planschaderisicoanalyse die in strijd met art. 3.8 lid 1 Wro jo. art. 3:11 lid 1 Awb niet ter inzage heeft gelegen. Dat gebrek wordt door de Afdeling met toepassing van art. 6:22 Awb gepasseerd. Verder speelt in deze zaak een vermoeden van onrechtmatige staatssteun met dito terugbetalingsrisico, waardoor de financiële uit-

voerbaarheid van het bestemmingsplan binnen de planperiode van tien jaar onvoldoende is verzekerd.

2 De planschaderisicoanalyse en toepassing van art. 6:22 Awb

Aan planschaderisicoanalyses kleefde aanvankelijk een hoge 'Wob-gevoeligheid'. In het kader van een Wob-zaak had Rechtbank Arnhem bepaald dat een door de projectontwikkelaar aan de gemeente overgelegde planschaderisicoanalyse niet voor intern beraad dient en de openbaarmaking ervan evenmin het financiële belang en/of de procespositie van de gemeente in een planprocedure schaadt (Rb. Arnhem 27 oktober 2008, *BR* 2009/50, m.nt. J.W. van Zundert). In hoger beroep tegen die uitspraak oordeelde de Afdeling dat een planschaderisicoanalyse geen persoonlijke beleidsopvattingen bevat en dat een dergelijke analyse gewoon openbaar is. In zoverre bevestigde de Afdeling de uitspraak van de rechtbank (ABRvS 16 december 2009, *BR* 2010/57, m.nt. R.S. Wertheim; *JB* 2010/31, m.nt. G. Overkleef-Verburg). De trend is in ieder geval dat het voor gemeenten steeds moeilijker is geworden om informatie te weigeren met een beroep op hun 'onderhandelingspositie'. Dat geldt niet alleen voor dergelijke planschadeanalyses, maar bijv. ook voor taxatierapporten die voor de inbrengwaarden (op perceelsniveau) aan een exploitatieplan ten grondslag liggen en op grond van art. 3: 11 lid 1 Awb bij het exploitatieplan ter inzage behoren te worden gelegd. (zie: ABRvS 9 februari 2011, *AB* 2011/196, m.nt. T.E.P.A. Lam (Beverwijk) en M.R.J. Baneke & J. de Roos, 'Onderliggende stukken exploitatieplan altijd openbaar?', *Gst.* 2011/71.)

In de onderhavige uitspraak zet de Afdeling wat de planschadeanalyse betreft een stap verder. De planschaderisicoanalyse dient als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk aangemerkt te worden, omdat het betrekking heeft op de financiële uitvoerbaarheid van het plan. Vaak leidt schending van art. 3:11 Awb tot vernietiging van een bestreden besluit. Voor de rechter is het doorgaans niet eenvoudig op te maken dat er geen enkele (potentiële) belanghebbende door een dergelijke schending is benadeeld. Soms ziet de Afdeling aanleiding om die schending met een beroep op art. 6:22 Awb te passeren. Daarbij onderzoekt de Afdeling heel nauwgezet of het mogelijk is dat de appellanten en eventuele andere belanghebbenden benadeeld kunnen zijn. De omstandigheden van het geval lijken daarbij een belangrijke rol te spelen. De redenering die de Afdeling dan volgt komt er – in het kort – op neer dat een onderzoeksrapport weliswaar ten onrechte niet bij het ontwerpbestemmingsplan ter inzage heeft gelegen, maar dat het bestaan ervan wel kenbaar was uit de ontwerpplantoelichting. Appellanten hadden dat rapport gedurende de terinzagelegging van het ontwerpplan kunnen opvragen en van gemeentewege kunnen verkrijgen en betrekken bij hun zienswijze. De Afdeling acht het dan bovendien niet aannemelijk dat andere (potentiële) belanghebbenden dan appellanten geen zienswijzen hebben ingediend, omdat een dergelijk stuk niet met het ontwerpplan ter inzage heeft gelegen. De Afdeling verwacht een actieve opstelling van mogelijk ter

zake belanghebbenden. Indien in de ontwerpplantoelichting gewag wordt gemaakt van een bepaald onderzoeksrapport, dient een belanghebbende in zijn zienswijze een dergelijk gebrek te melden of – als zij na desverzocht het rapport te hebben ingezien en/of verkregen – alsnog tegen dat rapport te ageren (Vgl. ABRvS 29 juni 2011, *JM* 2011/107, m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars en J. Van Bommel; ABRvS 14 juli 2010, *BR* 2010/170, m.nt. J.C. van Oosten; ABRvS 2 december 2009, *Gst.* 2010/26, m.nt. J.M.H.F. Teunissen). Ofschoon hier in de ontwerpplantoelichting niet uitdrukkelijk wordt geduid op een planschaderisicoanalyse, lijkt de Afdeling het in deze zaak toch vooral van belang te vinden dat in de ontwerpplantoelichting staat dat de kans op planschadevergoeding separaat is beoordeeld. Kortom: appellanten en andere belanghebbenden hadden aldus kunnen weten dat er een dergelijk onderzoek zou moeten zijn. Aldus verwacht de Afdeling wel een erg actieve en oplettende appellant. Ons inziens zou de hoofdregel toch moeten zijn, dat de procedure van art. 3.4. Awb door overheden consciëntieus gevoerd dient te worden en dat onregelmatigheden bij uitzondering gepasseerd zouden mogen worden. De Afdeling is ook al eens eerder liberaal geweest bij de toepassing van art. 6:22 Awb. Zij heeft al eens uitgemaakt dat stukken, die niet ter inzage waren gelegd en later alsnog van gemeentewege aan appellanten waren verstrekt, zodat zij die in hun beroep hadden kunnen betrekken, met toepassing van art. 6:22 Awb werden gesauveerd (ABRvS 9 februari 2011, nr. 200907470/1/R2). Aan de andere kant lijkt de Afdeling niet zonder meer bereid om een dergelijk gebrek te passeren indien op geen enkele wijze in het ontwerpbestemmingsplan melding wordt gemaakt van een ter zake relevant onderzoek (vgl. ABRvS 19 oktober 2011, *BR* 2012/17, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker: het ging daarbij om een parkeeronderzoek ten behoeve van een supermarkt, waarbij de Afdeling trouwens bij de vernietiging wel de rechtsgevolgen in stand liet). Strikt beschouwd is het de vraag of een procedurele tekortkoming wel als een 'vormvoorschrift' geduid kan worden. Dat wordt t.z.t. 'opgelost' als art. 6:22 Awb via de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (gelijkluidend aan art. 1.5 Chw) zal gaan zien op alle gevallen waarin sprake is van schending van voorschriften, mits aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

Sinds 1 januari 2010 bestaat de mogelijkheid voor de Afdeling om op grond van art. 46 lid 6 Wet op de Raad van State (Wet RvS) de zogeheten 'bestuurlijke lus' toe te passen. Langs die weg kunnen dergelijke gebreken ook gerepareerd worden (zie onder meer B.J. van Ettehoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *JBPlus* 2010, p. 195). Volgens art. 8:51a lid 1 Awb geldt daarbij wel dat door de toepassing van deze lus belanghebbenden die niet aan het geding deelnemen niet onevenredig benadeeld mogen worden.

Al met al is de Afdeling jegens overheden een stuk coulanter geworden bij onvolkomenheden met het oog op art. 3:11 lid 1 Awb.

3 Staatssteun algemeen

Art. 107 en 108 VWEU (voorheen art. 87 en 88 EG) hebben betrekking op staatssteun. Art. 107 lid 1 VWEU bepaalt:

"Behoudens afwijkingen waarvan dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de staten ongunstig beïnvloedt."

Derhalve is er sprake van verboden staatssteunmaatregel indien aan de volgende vijf criteria (cumulatief) wordt voldaan:

1. zij wordt door de staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd;
2. zij komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of producties;
3. zij verschaft een voordeel aan een onderneming die deze niet langs normale, commerciële weg zou hebben verkregen ('niet-marktconform voordeel');
4. zij leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging;
5. zij leidt tot ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Het begrip staatssteun dient heel ruim geïnterpreteerd te worden en omvat bijvoorbeeld:

"Niet alleen positieve prestaties zoals subsidies, leningen of deelneming in het kapitaal van ondernemingen, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor, zonder subsidies in de strikte zin van het woord zijn, van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben." (zie bijv.: HvJ EU 16 december 2010, nr. C-239/09 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG*))

Als aan alle bovengenoemde vijf criteria is voldaan, is er sprake van verboden staatssteun, als bedoeld in art. 107 lid 4 VWEU, tenzij een beroep kan worden gedaan op één van de uitzonderingen uit het verdrag. In art. 107 lid 2 en 3 VWEU is neergelegd, in welke uitzonderingsgevallen staatssteun toch verenigbaar wordt (lid 2) of kan worden geacht (lid 3) met de gemeenschappelijke markt. Art. 107 lid 2 VWEU noemt enkele categorieën van gevallen waarvoor op grond van het verdrag een automatische vrijstelling geldt (en die dus per definitie ook zijn vrijgesteld van aanmelding bij de Commissie). Art. 107 lid 3 VWEU somt een geval op, waarin een steunmaatregel, na goedkeuring ('onthefing') door de Commissie, verenigbaar kan worden geacht met de gemeenschappelijke markt. Ingevolge art. 108 lid 3 VWEU dient een nieuwe nationale steunmaatregel (of de wijziging van een bestaande steunmaatregel) te worden aangemeld bij de Commissie. Nederlandse decentrale overheden moeten hun steunmaatregelen melden via het Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale Overheden van het Ministerie van

BZK. Vervolgens onderzoekt de Commissie of die maatregel op grond van één van de in art. 107 lid 3 VWEU genoemde gronden verenigbaar met de interne markt kan worden geacht. Zolang een maatregel niet is goedgekeurd, mag zij niet worden uitgevoerd (blokkeringsregeling ofwel standstill-gebod). Als de Commissie van oordeel is dat een voornemen tot steunverlening onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, opent zij een inbreukprocedure die tot gevolg heeft dat de desbetreffende regeling tot de eindbeslissing wordt opgeschort. Bestaande nationale steunmaatregelen worden door de Commissie onderworpen aan een 'voortdurende controle' op verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt (art. 108 lid 2 en 3 VWEU).

Het bepaalde in art. 107 lid 1 VWEU heeft geen rechtstreekse werking. De in art. 108 lid 3 VWEU neergelegde blokkeringsregeling, die inhoudt dat een nieuwe steunmaatregel niet ten uitvoer mag worden gebracht, als zij (nog) niet door de Commissie is goedgekeurd, heeft echter wél rechtstreekse werking (HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76, *Jur.* 1977, p. 595 (*Firma Steinike/Duitsland*)). Hierop kan derhalve ook in een procedure bij de nationale rechter een beroep worden gegaan. De op basis van niet aangemelde en goedgekeurde steunregelingen toegekende steun is onrechtmatig en moet door de begunstigde worden terugbetaald. Onder meer uit het zogenoemde *Residex*-arrest volgt dat overheden er alles aan moeten doen om staatssteun die onrechtmatig is onverwijld terug te vorderen. De nationale rechter is bevoegd om op grond van art. 108 lid 3 VWEU jo. art. 3:40 lid 2 BW een overeenkomst die is gesloten ter uitvoering van een niet bij de Commissie gemelde steunmaatregel nietig te verklaren (HR 28 mei 2010, *NJ* 2010/299 en HvJ EU 8 december 2011, *TBR* 2011/59, m.nt. I.L.Haverkate: met het antwoord op de prejudiciële vraag die door de HR was voorgelegd betreffende de uitleg van art. 88 lid 3 EG). Het HvJ EU heeft in zijn rechtspraak diverse malen onderstreept dat maatregelen die worden genomen tot terugvordering op tijd en doeltreffend dienen te zijn (HvJ EU 5 mei 2011, nr. C-305/09, *NTFR* 2011/1214, r.o. 37-41, m.nt. A.F. Gunn (*Commissie/Italië*; Italië had niet snel genoeg ongeoorloofde staatssteun teruggevorderd van bedrijven)). Het is de bedoeling om in het BW, de Awb en de Algemene wet inzake rijksbelastingen een regeling omtrent het terugvorderen van staatssteun op te nemen. De behandeling van een daartoe ingediend wetsvoorstel ligt inmiddels al een paar jaar stil. (Vgl. L.J.M. Timmermans, 'Kroniek Algemeen bestuursrecht', *Gst.* 2012/9.)

Art. 109 VWEU bepaalt dat de raad verordeningen kan vaststellen inzake de toepassing van art. 107 en 108 VWEU, alsmede inzake de vrijgestelde soorten van steunmaatregelen. Daarbij kan bijv. gedacht worden aan de Procedureverordening (EG) nr. 659/99, waarin door de Commissie de meldingsprocedure van art. 108 VWEU nader is uitgewerkt. Verder kan worden gedacht aan de zogenoemde Machtigingsverordening (EG) nr. 994/98. Deze op art. 109 jo. art. 107 lid 3 VWEU gebaseerde Verordening geeft de Commissie de bevoegdheid om ten aanzien van de bij die Verorde-

ning genoemde categorieën van steunmaatregelen algemene criteria te formuleren betreffende de verenigbaarheid met de maatschappelijke markt. Op grond van die bevoegdheid heeft de Commissie zogenoemde Vrijstellingsverordeningen vastgesteld voor de: 'De minimisteun, steun aan midden- en kleinbedrijf, opleidings- en werkgelegenheidssteun, steun voor milieumaatregelen, steun voor onderzoek en ontwikkeling en regionale investeringssteun'. Bij de Machtigingsverordening (EG) nr. 994/98 die door de Raad op grond van art. 109 jo. art. 107 lid 3 onder e VWEU is vastgesteld, wordt de Commissie de mogelijkheid geboden om Vrijstellingsverordeningen vast te stellen. Wanneer steun voldoet aan de in een Vrijstellingsverordening gestelde voorwaarde, wordt aangenomen dat deze niet leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en de tussenstaatse handel niet ongunstig beïnvloedt. Dergelijke steunmaatregelen behoeven niet conform art. 108 lid 3 VWEU te worden aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie. Daardoor behoeven talrijke standaardzaken, waarvan de verenigbaarheid met de Europese staatssteunregels normaliter niet problematisch is, niet meer apart te worden beoordeeld en kan de Commissie zich concentreren op zwaardere zaken. Zo heeft de Commissie de Vrijstellingsverordeningen vastgesteld voor de minimissteun (Verordening (EG) nr. 1998/2006). Die minimissteun is gedefinieerd als steun die een lidstaat aan een onderneming toekent en waarbij het steunbedrag van geringe omvang is. Het plafond van de minimissteun bedraagt € 200.000 over een periode van drie jaar (een zogenoemde 'bagatelvrijstelling'). Hierbij geldt de veronderstelling dat relatief geringe bedragen meestal het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloeden en evenmin de mededinging vervalsen. Aangezien wordt aangenomen dat geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, behoeft deze niet te worden aangemeld.

Naar aanleiding van de financiële crisis presenteerde de Europese Commissie op 17 december 2008 een mededeling 'Tijdelijk Raamwerk voor steunmaatregelen om toegang tot financiën in de huidige financiële en economische crisis te ondersteunen'. Hierin werden onder meer nieuwe goedkeuringscriteria vastgesteld voor relatief kleine steunbedragen, die in ieder geval tot 31 december 2010 naast de regels voor de minimissteun zouden worden gehanteerd. De mededeling van de Commissie bevat de nadere voorwaarden waaronder steun tot € 500.000 verenigbaar met het EG-Verdrag wordt geacht. Dit beoordeelt de Commissie op basis van art. 106 lid 3 onder b VWEU, dat over steunmaatregelen 'om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen' rept. De voorwaarden staan in § 4.2.2 Raamwerk, waaronder: 'Eerdere steunbedragen moeten worden meegerekend; de steun mag alleen verleend worden aan ondernemingen die op 1 juli 2008 niet "in moeilijkheden" [de definitie daarvan staat in de mededeling] verkeerden.' Beperkte steun ('limited amounts of aid') die op basis van het Raamwerk wordt verleend, wordt dus gezien als (potentiële) staatssteun die vooraf bij de Commissie moet worden gemeld.

Dat is een essentieel verschil met de minimissteun, die door de Commissie niet als meldingsplichtige steun wordt beschouwd, omdat hij door zijn geringe omvang geen effect op de interne markt zou hebben (waarmee niet aan alle staatssteuncriteria van art. 107 lid 1 VWEU zou zijn voldaan). Het melden van crisissteunregelingen lijkt overigens minder tijdrovend dan het melden van 'gewone' staatssteun. Beperkte steun die in het kader van het Raamwerk wordt verleend, moet worden gemeld bij het Economic Crisis Team (ECT) van de Commissie, dat streeft naar een snelle beoordeling binnen een paar weken. Daarbij geldt dat de algemene regelingen die aan de voorwaarden van het Raamwerk voldoen, de beste kans op een snelle goedkeuring maken. Wel is het mogelijk dat de ECT van oordeel is dat voor de gemelde maatregel alsnog een volledige meldingsprocedure moet worden doorlopen. Na een volledige aanmelding bedraagt die termijn twee maanden. Wanneer de Commissie niet binnen twee maanden beslist, wordt de steun geacht te zijn goedgekeurd. (Vgl. J.M.H.F. Teunissen, *Handboek Milieurecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2010, p. 846-857).

4 Staatssteun en gemeentelijke vastgoedtransacties

Als de gemeentelijke verkoop van gronden en gebouwen aan de orde is, biedt de mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (nr. 97/C209/03) een handvat voor de beoordeling van marktconformiteit. In die mededeling stelt de Commissie dat lidstaten de verkoop van grond of gebouwen altijd bij de Europese Commissie moeten aanmelden, tenzij deze verkoop tot stand kwam op basis van een open en onvoorwaardelijke biedprocedure of de prijs gebaseerd is op een door een onafhankelijke taxateur vastgestelde marktwaarde. Ofschoon de mededeling tevens relevant is voor de aankoop van gronden en gebouwen, de uitgifte, erfpacht en verhuur van vastgoed, zullen wij voor het gemak hierna slechts over verkoop spreken. Ingeval een onvoorwaardelijke biedprocedure of onafhankelijke taxatie niet heeft plaatsgevonden, geldt volgens de Richtlijn een vermoeden dat er een voordeel is verleend. Teneinde te voorkomen dat in het kader van gebiedsontwikkeling een niet-marktconform voordeel wordt verleend aan die ontwikkelaar, dient o.a. op de navolgende aspecten te worden gelet. Ten eerste zal een gemeente geen kosten van een ontwikkelaar mogen overnemen, zonder dat hier een reële tegenprestatie tegenover staat. Denk hierbij bijvoorbeeld ook aan het op kosten van de gemeente aanleggen van gebruikersspecifieke infrastructuur. Verder dient er bovenal op te worden gelet dat een gemeente gronden en gebouwen niet boven de marktwaarde aankoopt en niet onder de marktwaarde verkoopt. Als een gemeente de verplichting op zich neemt om grond voor een ontwikkelaar bouwrijp te maken, dan dienen de daarmee gepaard gaande kosten alsmede een redelijke winstmarge, in rekening te worden gebracht (voor meer hierover: S.J. Sterk, 'Het staatssteun-argument als breekijzer bij bestemmingsplannen', *Gst.* 2009/92 en A.D.L. Knook, 'Kroniek Staatssteunrecht 2011', *BR.* 2012/29 en meer in het

bijzonder over de mogelijkheden van de open en onvoorwaardelijke biedprocedure alsook eventuele taxatiemethodes: A.D.L. Knook, 'Vastgoedtransacties sneller staatssteun-proof', *BR* 2011/82).

Ofschoon de mededeling geen bindend EU-recht is, betreft het wel een beleidsregel waaraan de Commissie zwaar hecht. In hun noot onder ABRvS 16 januari 2008, *Br.* 2008/89 (staatssteun Bergeijk) hebben E.W.J. de Groot en P.H.L.M. Kuypers de jurisprudentie tot dan toe geanalyseerd. Zij signaleerden destijds twee benaderingen van de Afdeling. De eerste benadering kwam erop neer dat – indien de mededeling niet was gevolgd – een vermoeden van staatssteun bestaat dat slechts door de Europese Commissie kan worden weerlegd. De tweede benadering kwam erop neer dat een dergelijk vermoeden ook buiten de procedure ex art. 88 EU-Verdrag kan worden weerlegd. Zij spreken in hun noot voorzichtig de voorkeur uit voor de tweede benadering: het vermoeden kan in een procedure gemotiveerd worden weerlegd. De eerste benadering is gesignaleerd in de Afdelingsuitspraken Haaksbergen, Zwaikom Oosterhout, Rijswijkseplein en 's-Hertogenbosch. In die uitspraken werd steeds door de Afdeling geoordeeld dat – nu de mededeling niet was gevolgd – een vermoeden van staatssteun niet kon worden uitgesloten. Zelfs een taxatierapport achteraf kon in die zaken daaraan niets afdoen. In de staatssteunuitspraken Bergeijk, Olst-Wijhe en Renkum ontwaarden zij een tweede benadering. De Afdeling oordeelde zelf dat – ondanks het feit dat de mededeling niet werd nageleefd – zij geen aanleiding zag voor het oordeel dat er staatssteun werd verleend. In een aantal andere zaken stapte de Afdeling nogal gemakkelijk heen over het staatssteunargument als de projectontwikkelaar en de gemeente hadden verklaard dat eventueel onrechtmatige staatssteun zou worden terugbetaald en het project desondanks zou worden uitgevoerd (zelfs als dat pas ter zitting werd verklaard), nam zij daar genoeg mee. Een voorbeeld hiervan is te vinden in: ABRvS 10 juni 2009, *Gst.* 2009/111 met noot van ons.

In haar uitspraak inzake Haaren (ABRvS 13 april 2011, *AB* 2012/12, m.nt. T.E.P.A. Lam; *TBR* 2011/103, m.nt. H.J. de Vries; *Gst.* 2011/108, m.nt. R.D. Boesveld) overwoog de Afdeling (r.o. 2.18.3.1):

"In het kader van een beroep tegen een besluit omtrent goedkeuring van een bestemmingsplan kan een betoog dat ziet op de uitvoerbaarheid van dat plan, waaronder ook de financiële-economische uitvoerbaarheid is begrepen, slechts leiden tot vernietiging van het bestreden besluit indien en voor zover het aangevoerde leidt tot de conclusie dat het college op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan niet kan worden uitgevoerd binnen een periode van in beginsel 10 jaar. (...)"

(r.o. 2.18.3.7):

"Aan het in rechtsoverweging 2.18.3.1. geformuleerde criterium is derhalve niet reeds voldaan indien appellan-

ten aannemelijk maken dat staatssteun plaats heeft of heeft gehad die kan worden teruggevorderd. Anders dan voorheen is de Afdeling thans van oordeel dat ook aannemelijk dient te worden gemaakt dat het college op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg daarvan het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend."

Aldus legde de Afdeling wel een erg zware bewijslast bij appellanten neer. Daarvan lijkt de Afdeling in de onderhavige uitspraak enigszins terug te komen en nu wat minder zwaar aan die bewijslast te tillen. Zij schiet deze appellant wat te hulp en neemt de gemeenteraad onder vuur. Zij is van oordeel dat appellant hier voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat rekening moet worden gehouden met de reële kans dat een aanzienlijk bedrag aan staatssteun teruggevorderd kan worden en ook dat het bewuste plan zonder staatssteun niet zonder meer door Suyderland of een andere partij zal worden uitgevoerd. De Afdeling lijkt zo zelfstandig een oordeel te willen vormen over het betrokken staatssteunrisico. De raad weet kennelijk zelfs ter zitting geen antwoorden op de ter zake relevante vragen van de Afdeling te geven. Met de enkele verklaring van Suyderland dat zij het plan ook zonder staatssteun zal uitvoeren, neemt de Afdeling geen genoegen. Dat heeft er ons inziens vooral mee te maken dat de raad desverzocht geen enkel inzicht heeft kunnen geven in de verschillen tussen aan- en verkoopprijzen en een eventueel voordeel in de vorm van de parkeervoorzieningen en evenmin de financiële positie van de ontwikkelaar duidelijk is geworden. Toch zal waarschijnlijk de raad aan het langste eind trekken: via de bestuurlijke lus wordt hem alsnog de gelegenheid geboden om de prijsverschillen te verklaren alsmede het terug te betalen staatssteun bedrag en de financiële positie van de ontwikkelaar te onderzoeken. Zo krijgt de raad nogmaals de kans om 'planologische staatssteungebreken' te herstellen en de financiële uitvoerbaarheid van het plan voldoende draagkrachtig te motiveren.

5 Tot slot

Het gaat hier om een indirecte toets van het Europees staatssteunrecht en wel in het kader van de vraag of bij terugbetaling van verboden staatssteun een bestemmingsplan (dat kan ook bij een aanverwant planologisch besluit een rol spelen) financieel uitvoerbaar is. Dat dient te worden onderscheiden van een rechtstreekse toetsing aan het staatssteunrecht, naar aanleiding van een klacht die een concurrent over onrechtmatige staatssteun op grond van art. 88 lid 3 VWEU rechtstreeks bij de Commissie kan indienen. Bij de bestemmingsplanprocedure zijn het meestal omwonenden en/of milieuorganisaties en doorgaans geen concurrent-belanghebbenden die in een bestemmingsplanprocedure het staatssteunargument aanvoeren. Als de bestemmingsplanprocedure wordt geregeerd door de Crisis- en herstelwet (Chw) is het maar de vraag of een niet concurrent-belanghebbende op grond van het relativiteitsprincipe ex art. 1.9 Chw bij de rechter met zo'n argument doel

zal treffen. Hetzelfde geldt als t.z.t. het relativiteitsvereiste via de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) voor het gehele bestuursprocesrecht zal worden geïntroduceerd (meer over het relativiteitsvereiste in het voorgesteld art. 8:69a Awb: C.L.G.F.H. Albers, 'Het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht', *Gst.* 2011/50 onder § 3.6 en B.J. Schueller, 'Het gaat U om iets anders. Het relativiteitsvereiste toegepast', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 159-174). Het Europese staatssteunrecht is bedoeld om de belangen te beschermen van partijen die (mogelijk) zijn geraakt door verstoring van de concurrentie a.g.v. toekenning van onrechtmatige steun. Bij omwonenden en milieuorganisaties speelt een dergelijk concurrentiemotief in principe niet. Zij hebben slechts als doel om indirect over de band van een goede ruimtelijke ordening de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan of aanverwant ruimtelijk besluit in twijfel te trekken. (Vgl. P.C. Adriaanse in zijn noot onder: ABRvS 11 juni 2008, AB 2008/371. Soms vallen die belangen wel samen. Zie: ABRvS 3 november 2010, TBR 2012/47, m.nt. H.J. de Vries (Zwembad Bommel); hij wijst er nog eens terecht op dat concurrentiebelangen niet via planologische besluiten geregeld mogen worden.) Volgens inmiddels vaste Afdelingsjurisprudentie moet een appellant in het kader van art. 1.9 Chw wel een 'eigen' of 'feitelijk werkelijk' belang hebben in relatie tot de beweerdelijk geschonden norm (c.q. een goede ruimtelijke ordening). (Zie o.a. ABRvS 19 januari 2011, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard; TBR 2011/30, m.nt. A.G.A. Nijmeijer; ABRvS 30 november 2011, TBR 2012/10, m.nt. H.J. de Vries.) Wij wachten de rechtspraak op dit punt maar eens af.

P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen
