

**Onderwerp****Noodfonds Corona****Kern mededeling:**

Op de agenda van de Provinciale Staten vergadering van 13 december 2023 stond het Noodfonds Corona geagendeerd. Het agendapunt is op basis van een aangenomen ordevoorstel 2 ingetrokken. Naar aanleiding hiervan hebben Gedeputeerde Staten opdracht gegeven om nadere informatie op te vragen over de toepasbaarheid van de de-minimis regeling.

Een onafhankelijke, externe partij, te weten Simmons & Simmons, heeft inmiddels een second opinion uitgevoerd met specifiek aandacht voor het punt om geen regeling op te zetten voor het bedrijfsleven, op grond van de Unierechtelijke staatssteunregels. Gedeputeerde Staten volgen het advies en leggen het voorstel ongewijzigd voor aan Provinciale Staten. In deze mededeling volgt hierop een toelichting.

Mededeling:**Achtergrond**

Provinciale Staten van de Provincie Flevoland (hierna: PS) hebben op 27 mei 2020 een motie aangenomen waarmee EUR 4 miljoen beschikbaar is gesteld om aanvullend op Rijks- en gemeentelijke maatregelen, corona gerelateerde maatregelen te nemen om instellingen, verenigingen en ondernemingen te helpen. Van de aldus beschikbare gestelde €4 miljoen is ongeveer €1,8 miljoen niet besteed.

Op basis van een geamendeerd voorstel op 14 december 2022 zijn deze middelen toegevoegd aan de begroting van 2023 met als doel een bijdrage te leveren aan instellingen, verenigingen en ondernemingen die aantoonbaar hebben geleden onder corona en nog steeds steun nodig hebben. Vervolgens hebben PS op 19 juli 2023 een motie aangenomen waarmee nadere invulling en verduidelijking is gegeven aan het amendement.

Bij het uitvoeren van de motie is een analyse gemaakt of de doelgroep een beroep heeft kunnen doen op (Rijks)regelingen. Dit om te kunnen vaststellen of er geen situaties zijn waarbij de doelgroep onbedoeld buiten de boot is gevallen. Gelet op de gestelde uitgangspunten in de moties en het amendement blijkt uit deze analyse dat:

- *er verenigingen zijn die ledenverlies hebben opgelopen en daar nu nog last van hebben;*
- *er voor culturele instellingen en ondernemingen - bovenop alle bestaande maatregelen- geen situaties te identificeren zijn waarin de doelgroep zodanig buiten de boot valt dat die een provinciale tegemoetkoming rechtvaardigen.*

Op grond hiervan hebben Gedeputeerde Staten voorgesteld om:

1. De Verordening tegemoetkoming coronaschade Flevolandse verenigingen definitief vast te stellen;
2. Bij het definitief vaststellen van deze verordening inspraak op grond van artikel 2, derde lid sub f van de Inspraakverordening Flevoland 2006 achterwege te laten;
3. Af te zien van het vaststellen van verordeningen tegemoetkoming coronaschade mkb-ondernemingen en stichtingen;

Registratienummer

3284764

Datum

2 juli 2024

Expertiseteam

ETECON

Openbaarheid**Openbaar****Portefeuillehouder****Reus, J. de****Ter kennisname aan PS en****burgerleden**

4. De 1^e begrotingswijziging 2024 vast te stellen en daarmee van het oormerk in de Brede Bestemmingsreserve van € 1.812.500 dat Provinciale Staten in december 2022 beschikbaar hebben gesteld voor het verlenen van coronasteun aan verenigingen en mkb-ondernemingen een bedrag van € 550.000 te onttrekken in 2024 voor de Verordening tegemoetkoming coronaschade Flevolandse verenigingen, waarvan € 500.000 als beschikbaar budget voor de Verordening en € 50.000 voor uitvoeringskosten.

Nadat dit voorstel van de Statenagenda is geschrapt, is een opdracht uitgezet om op dit voorstel een second opinion uit te laten voeren. Deze second opinion (3283822) omvatte de volgende opdracht:

1. Het oorspronkelijke Statenvoorstel Noodfonds Corona dat, na instemming door GS op 30 oktober 2023, is ingebracht in de vergadering van PS van 13 december 2023, te beoordelen op juridische houdbaarheid mede in het licht van de ingediende moties en amendementen, met name op het punt om geen regeling op te zetten voor het bedrijfsleven, op grond van de Unierechtelijke staatssteunregels;
2. Advies uit te brengen, tegen de achtergrond van de bevindingen onder punt 1, over de mogelijkheden om binnen de kaders van de staatssteunregels een steunregeling te maken voor ondernemers die aannemelijke coronaschade hebben geleden en daar nu nog aantoonbaar last van hebben en, afhankelijk van de uitkomsten daarvan, aanleveren van tekstvoorstellen voor een dergelijke regeling, die echt helpt (geen symbolisch gebaar is), uitvoerbaar is en kostentechnisch proportioneel is.

Conclusies

- Een regeling op basis van de motie van PS van 19 juli 2023 vormt een steunmaatregel dieter goedkeuring zou moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie. Hoewel goedkeuring niet geheel is uitgesloten lijkt de kans daarop klein en zal een uitkomst nog geruime tijd op zich laten wachten.
- Een regeling kan wel, zonder voorafgaande aanmelding, zodanig worden gemaakt dat deze binnen de kaders van de de-minimissteunverordening blijft. Staatssteunrechtelijk zijn er dan op zichzelf weinig problemen met de invulling van de regeling.
- Niettemin wordt geconstateerd dat bij een concrete invulling van de regeling tal van vragen rijzen die de provincie nog zou moeten beantwoorden en waarin de provincie keuzes moet maken. Er wordt ten eerste betwijfeld of een uitvoerbare regeling – zowel voor de provincie zelf als voor de betrokken ondernemingen – kan worden gemaakt, waarbij het de vraag is of de regeling, gezien de aard van de te compenseren schade geen ongewenste precedents schept.

Hoewel in de second opinion wordt vastgesteld dat toepassing van de de-minimis regeling mogelijk is en een tegemoetkoming daarmee geen ongeoorloofde staatsteun is, blijven de overige uitgangspunten uit het amendement en de motie onverkort van kracht en wordt in de second opinion onder 6.28 het volgende gesteld:

Naar aanleiding van al deze vragen en aandachtspunten, vraag ik mij ook ernstig af of een (voor de provincie zelf en de ondernemingen waarvoor de regeling bedoeld is) uitvoerbare regeling kan worden opgesteld die daadwerkelijk binnen afzienbare tijd iets oplevert voor de betrokken ondernemingen (gezien het beperkte begrip 'coronaschade') en niet tot ongewenste precedentwerking leidt.

Daarnaast wordt onder 7.1 gesteld dat dat een regeling binnen de kaders van de de-minimissteun niet uitgesloten is, maar dat er nog zoveel vragen door de provincie moeten worden beantwoord en zoveel keuzes moeten worden gemaakt, dat er geen basis is om met een tekstvoorstel te komen.

Mededeling

Bladnummer

3

Registratienummer

3284764

Buiten de opdracht om wordt onder 8.1 afsluitend de volgende suggestie meegegeven:

In de bijlage 'Coronamaatregelen- en investeringspakket' bij de Najaarsnota 2020 gaat u in op financiering en support voor het MKB.¹⁶ Er zou ook voor gekozen kunnen worden, in opvolging van de daar genoemde steun, om meer te denken aan stimuleringsregelingen die investeringen in de provincie bevorderen.

De verkregen inzichten en de redenering uit de second opinion sluiten aan op de argumentatie in het oorspronkelijke Statenvoorstel en de meegestuurde notitie en de second opinion geeft daarmee geen aanleiding om het voorstel aan te passen.

Bijlagen

Naam bijlage:	eDocs nummer:	Openbaar in de zin van de Woo (ja/nee aangeven)
Second opinion corona noodfonds def	3283822	ja

Memo

Aan		Van	
Datum	10 maart 2024	Onze ref	DR/136101-00001/CDE1
Onderwerp	Second opinion corona-noodfonds	Cliënt	Provincie Flevoland

Conclusies

- Een regeling op basis van de motie van PS van 19 juli 2023 vormt een steunmaatregel die ter goedkeuring zou moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie. Hoewel goedkeuring niet geheel is uitgesloten lijkt de kans daarop klein en zal een uitkomst nog geruime tijd op zich laten wachten.
- Een regeling kan wel, zonder voorafgaande aanmelding, zodanig worden gemaakt dat deze binnen de kaders van de de-minimissteunverordening blijft. Staatssteunrechtelijk zijn er dan op zichzelf weinig problemen met de invulling van de regeling.
- Niettemin constateer ik dat bij een concrete invulling van de regeling tal van vragen rijzen die de provincie nog zou moeten beantwoorden en waarin de provincie keuzes moet maken. Ik betwijfel ten eerste of een uitvoerbare regeling – zowel voor de provincie zelf als voor de betrokken ondernemingen – kan worden gemaakt, waarbij het de vraag is of de regeling, gezien de aard van de te compenseren schade geen ongewenste precedents schept.

1. Achtergrond en vraagstelling

- 1.1 Provinciale Staten van de Provincie Flevoland (hierna: PS) hebben op 27 mei 2020 een motie aangenomen waarmee EUR 4 miljoen beschikbaar is gesteld om aanvullend op rijks- en gemeentelijke maatregelen, corona gerelateerde maatregelen te nemen om instellingen, verenigingen en ondernemingen te helpen. Van de aldus beschikbare gestelde €4 miljoen is ongeveer €1,8 miljoen niet besteed.
- 1.2 Op basis van een geamendeerd voorstel op 14 december 2022 zijn deze middelen toegevoegd aan de begroting van 2023 met als doel een bijdrage te leveren aan instellingen, verenigingen en ondernemingen die aantoonbaar hebben geleden onder corona en nog steeds steun nodig hebben. Vervolgens hebben PS op 19 juli 2023 een motie aangenomen waarmee nadere invulling en verduidelijking is gegeven aan het amendement. Bij het uitvoeren van de motie is een analyse gemaakt of de doelgroep een beroep heeft kunnen doen op (Rijks)regelingen. Dit om te kunnen vaststellen of er geen situaties zijn waarbij de doelgroep onbedoeld buiten de boot is gevallen. Gelet op de gestelde uitgangspunten in de moties en het amendement blijkt uit deze analyse dat:
 - er verenigingen zijn die ledenverlies hebben opgelopen en daar nu nog last van hebben;
 - er voor culturele instellingen en ondernemingen - bovenop alle bestaande maatregelen - geen situaties te identificeren zijn waarin de doelgroep zodanig buiten de boot valt dat die een provinciale tegemoetkoming rechtvaardigen.

- 1.3 Het College van GS (hierna: GS) heeft PS daarom voorgesteld om in te stemmen met een verordening waarmee Flevolandse verenigingen een tegemoetkoming kunnen aanvragen, hiervoor een plafond vast te stellen en de overige middelen te laten vrijvallen in de algemene reserve.
- 1.4 Op dit voorstel is het amendement 'Corona ondersteuning voor bedrijven en instellingen waar het echt nodig is' aangenomen, inhoudend
- “De 9e wijziging van de Programmabegroting 2022 vast te stellen, inhoudende dat de onderuitputting van het 'corona maatregelen- en investeringspakket' zijnde € 1.812.500 wordt onttrokken aan de brede bestemmingsreserve en wordt opgenomen in de begroting 2023. Met als doel een bijdrage te leveren aan de continuïteit van ondernemingen, stichtingen en/of verenigingen die aantoonbaar geleden hebben onder corona en die hiervoor nu nog extra ondersteuning nodig hebben. De overgebleven middelen na 2023 automatisch in de algemene reserves te storten.”
- 1.5 Op 19 juli 2023 is vervolgens de motie 'Direct openstellen corona steun bedrijfsleven' aangenomen die GS opdraagt:
- Een regeling op te zetten, zodat er een grondslag is om ondernemingen in hun coronaschade tegemoet te komen;
 - Hiervoor een proces in te richten waarmee dit snel en zorgvuldig kan en indien mogelijk af te zien van beeldvorming en inspraak om de doorlooptijd te verkorten;
 - Deze regeling te richten op Flevolandse mkb bedrijven, die aannemelijk coronaschade hebben geleden (m.u.v. inkomstenderving) en op geen andere wijze aanspraak hebben kunnen maken op compensatie hiervan vanuit het Rijk, provincie en gemeenten;
 - De overgebleven middelen in 2024 beschikbaar te houden;
 - Ondernemers die in een eerdere fase aangegeven hebben aanspraak te willen maken op het steunfonds corona direct op de hoogte te stellen wanneer de regeling opengaat;

Vraagstelling

- 1.6 Tegen deze achtergronden heeft u mij gevraagd:

1. Het oorspronkelijke Statenvoorstel Noodfonds Corona dat, na instemming door GS op 30 oktober 2023, is ingebracht in de vergadering van PS van 13 december 2023, te beoordelen op juridische houdbaarheid mede in het licht van de ingediende moties en amendementen, met name op het punt om geen regeling op te zetten voor het bedrijfsleven, op grond van de Unierechtelijke staatssteunregels;

2. U te adviseren, tegen de achtergrond van de bevindingen onder punt 1, over de mogelijkheden om binnen de kaders van de staatssteunregels een steunregeling te maken voor ondernemers die aannemelijke coronaschade hebben geleden en daar nu nog aantoonbaar last van hebben en, afhankelijk van de uitkomsten daarvan, aanleveren van tekstvoorstellen voor een dergelijke regeling, die, in uw woorden, echt helpt (geen symbolisch gebaar is), uitvoerbaar is en kostentechnisch proportioneel is.

2. Beoordelingskader

- 2.1 Ten einde uw vragen te kunnen beantwoorden is het goed om eerst het beoordelingskader uiteen te zetten dat gebruikt moet worden om te beoordelen of een maatregel van een nationale overheid een steunmaatregel vormt en of die steunmaatregel vervolgens rechtmatig kan worden toegepast.
- 2.2 Uit artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), blijkt dat sprake is van een steunmaatregel indien wordt voldaan aan de volgende criteria:
- a) met overheidsmiddelen

- b) wordt een voordeel verstrekt
- c) aan een onderneming
- d) waardoor de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed
- e) en de mededinging wordt vervalst.

- 2.3 Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU blijkt dat aan al deze criteria moet zijn voldaan om van een steunmaatregel te kunnen spreken. Blijkt dus dat aan een van de criteria niet wordt voldaan, dan vormt de betreffende maatregel geen steunmaatregel en zijn er vanuit het staatssteunrecht derhalve geen beperkingen om de maatregel uit te voeren.
- 2.4 Wanneer een maatregel kwalificeert als een steunmaatregel, betekent dat niet automatisch dat die maatregel verboden is. Het VWEU bepaalt namelijk dat steunmaatregelen ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan Europese Commissie voordat zij ten uitvoer worden gelegd en dat het oordeel van de Commissie over de maatregel moet worden afgewacht. Op deze verplichting bestaat een uitzondering voor (nog vast te stellen) maatregelen die – voor zover hier relevant – voldoen aan de voorwaarden van Verordening (EU) 651/2014, de zogenaamde Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).
- 2.5 Kortom: als de voorgenomen regeling kwalificeert als een steunmaatregel, is deze toegestaan als aan de voorwaarden van de AGVV wordt voldaan of, wanneer dat niet het geval is, de maatregel vooraf bij de Europese Commissie wordt aangemeld en door de Commissie is goedgekeurd.

De-minimissteun

- 2.6 Wanneer aan de voorwaarden van de *de-minimis*verordening (Verordening (EU) nr. 1407/2013) wordt voldaan is bovendien een maatregel niet te kwalificeren als staatssteun. De-minimissteun wordt vanwege de geringe omvang geachte de tussenstaatse handel niet te beïnvloeden, zodat niet aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU is voldaan.
- 2.7 De-minimissteun mag (sinds 1 januari 2024) maximaal € 300.000 per drie belastingjaren bedragen. Voor de landbouwsector geldt een maximum van € 30.000 per drie belastingjaren.¹ Wanneer bij het noodfonds gebruik zou worden gemaakt van de ruimte die in de vorm van de-minimissteun bestaat, moet er dus rekening mee worden gehouden dat de subsidie slechts dat lagere bedrag kan bedragen indien zij ten goede komt aan – kort gezegd – landbouwbedrijven.

Bespreking criteria artikel 107, lid 1, VWEU

Algemene opmerkingen

- 3.1 Zoals gezegd is sprake van een steunmaatregel wanneer de maatregel voldoet aan alle criteria van artikel 107, lid 1, VWEU. Niet alle criteria behoeven hier uitgebreide bespreking. Het is evident dat wanneer een compensatie van de provincie een voordeel voor een onderneming oplevert in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, dat voordeel met overheidsmiddelen bekostigd wordt. Ook blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de vervalsing van de mededinging in feite een gegeven is indien een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU wordt verstrekt aan een onderneming die zich begeeft op een markt die voor concurrentie open staat.
- 3.2 De criteria 'onderneming', 'voordeel' en 'tussenstaatse handel' vergen een nadere beoordeling.

¹ Zie Verordening (EU) 1408/2013, zoals laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EU)2023/2391 van de Commissie van 4 oktober 2023, PbEU, L-serie, van 5 oktober 2023.

Onderneming

- 3.3 Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie moet elke entiteit die economische activiteiten verricht als onderneming worden beschouwd.²

Voordeel

- 3.4 Van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, is sprake indien een economisch voordeel wordt verstrekt dat een onderneming onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen.³ Alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming zijn daarbij relevant, en niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel. De precieze vorm van de maatregel is niet van belang om te bepalen of daarmee een voordeel aan de onderneming wordt verleend.
- 3.5 De Europese Commissie heeft in de talloze besluiten, die zij sinds het uitbreken van de COVID-crisis heeft genomen, vastgesteld dat een compensatie van schade die ondernemingen lijden door de COVID-uitbraak als voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU moet worden gezien, omdat zij lasten wegnemen bij ondernemingen die normaliter voor rekening van die ondernemingen zouden komen.⁴

Selectiviteit

- 3.6 Maatregelen die alleen bepaalde categorieën ondernemingen bevoordelen zijn als selectief te beschouwen. Een subsidie waarvan alleen MKB-ondernemingen kunnen profiteren wordt als selectief aangemerkt. Dat geldt overigens ook wanneer de maatregel zich niet zou beperken tot MKB-ondernemingen, maar ook open zou worden gesteld voor grote ondernemingen. Ook dan onderscheiden de begunstigde ondernemingen zich ten slotte van andere ondernemingen; begunstigten zouden immers alleen ondernemingen zijn “die aannemelijk coronaschade hebben geleden (m.u.v. inkomstenderving) en op geen andere wijze aanspraak hebben kunnen maken op compensatie hiervan vanuit het Rijk, provincie en gemeenten”. Ook als dit een hele brede groep is, is er nog steeds sprake van een selectieve maatregel. De Europese Commissie heeft in de vele besluiten inzake COVID-steun ook zulke zeer breed toepasselijke regelingen als selectief aangemerkt.
- 3.7 Daarnaast is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie uitgemaakt dat de vergoeding van schade die door een overheid aan een onderneming wordt toegebracht, geen steun vormt wanneer deze schadevergoeding wordt berekend volgens de algemeen van toepassing zijnde regels van schadevergoedingsrecht. Wanneer derhalve in het kader van een onteigening een (volledige) schadeloosstelling plaatsvindt, vormt die schadeloosstelling geen steun.

Beïnvloeding tussenstaatse handel

- 3.8 Aan dit criterium wordt niet alleen voldaan indien de tussenstaatse handel daadwerkelijk beïnvloed wordt, maar reeds als deze beïnvloed kan worden.⁵
- 3.9 Van beïnvloeding van de tussenstaatse handel is blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet alleen sprake wanneer steun wordt verleend aan een onderneming die zich bezighoudt met import of export van producten of diensten. Ook steun die wordt verleend aan een onderneming die niet zelf exporteert, maar die op de binnenlandse markt moet concurreren met producten uit andere lidstaten, kan het handelsverkeer tussen de lidstaten

² Zie onder andere HvJEU 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04.

³ Zie onder andere HvJ 14 februari 1990, C-301/87, Frankrijk v. Commissie (Boussac).

⁴ Zie bijvoorbeeld het eerste besluit dat de Commissie name met betrekking tot een (Deense) compensatie voor Covid-schade: Besluit Cie 12 maart 2020, SA.56685 (2020/N) – DK – Compensation scheme for cancellation of events related to COVID-19.

⁵ Zie onder andere HvJ 15 december 2005, C-184/04, UniCredito Italiano.

ongunstig beïnvloeden, aldus het Hof van Justitie.⁶ Volgens het Hof van Justitie kan ook steun aan ondernemingen die lokaal of regionaal diensten verrichten en geen diensten leveren buiten de staat van vestiging, gevolgen hebben voor de tussenstaatse handel, omdat

‘[w]anneer een lidstaat overheidssteun toekent aan een onderneming, (...) de verrichting van [...] diensten door die onderneming daardoor in stand [kan] blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun [...] diensten op de markt van die lidstaat te verrichten, afnemen (...)’.⁷

- 3.10 Een voorbeeld van de toepassing van het aldus ingevulde criterium in de beschikkingenpraktijk zien we in de beschikking van de Commissie inzake het Centrumplan Mill en Sint Hubert, waarin de Commissie overweegt ten aanzien van steun aan een ontwikkelingscombinatie van een woningbouwcorporatie en projectontwikkelaar die zich beide beperkten tot in elk geval de Nederlandse markt: ‘Aangezien ook ondernemingen uit andere lidstaten actief zijn in de Nederlandse bouwsector, valt niet uit te sluiten dat deze maatregel het intracommunautaire handelsverkeer verstoort’.⁸
- 3.11 Staatssteun kan de tussenstaatse handel dus reeds beïnvloeden wanneer zij een onderneming begunstigt die op een markt actief is waarop ook in andere lidstaten gevestigde ondernemingen actief kunnen worden. Het Hof van Justitie refereert immers aan een situatie waarin die ondernemingen uit andere lidstaten nog niet per se actief zijn op de betreffende markt, maar aan hun kansen om hun diensten op die markt (in de betrokken lidstaat) aan te bieden. Dit is in feite het geval telkens wanneer steun wordt verleend aan een onderneming die opereert op een geliberaliseerde markt.

Het moge zo zijn dat de Europese Commissie een aantal jaar geleden in een aantal zaken heeft vastgesteld dat de tussenstaatse handel niet werd beïnvloed omdat er slechts een geringe invloed zou zijn op grensoverschrijdende investeringen en er slechts sprake zou zijn van lokale activiteiten, maar 1) het is maar de vraag of deze benadering in overeenstemming is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie (en het is dit Hof dat uiteindelijk bepaalt hoe het begrip ‘beïnvloeding van de tussenstaatse handel’ ingevuld moet worden en niet de Europese Commissie) en 2) de Europese Commissie heeft afgelopen jaren in even zovele gevallen geoordeeld dat de tussenstaatse handel wel beïnvloed werd in zaken die vergelijkbaar waren met die waarin zij oordeelde dat de tussenstaatse handel niet beïnvloed werd. Ik wijs er ook op dat wanneer over de transactie bij de nationale rechter wordt geprocedeerd (bijvoorbeeld door een derde-belanghebbende die zich benadeeld voelt), die rechter de lijn van het Hof kan (en zou moeten) volgen en niet de lijn van de Europese Commissie.

- 3.12 Dat ook het geringe bedrag van steun voor de Europese Commissie niet bepalend is, blijkt uit de recentere besluiten van de Commissie waarbij zij bijvoorbeeld beïnvloeding van de tussenstaatse handel mogelijk achtte door een bijdrage van de Duitse gemeente Kiel van € 342.739, = op een totale investering van € 970.507, = in een elektriciteitsleiding in een haven.
- 3.13 Dit is in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de lat voor het criterium ‘tussenstaatse handel’ zeer laag legt.

⁶ Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 4 april 2001, T-288/97, Regione Friuli Venezia Giulia v. Commissie.

⁷ HvJ 24 juli 2003, C-280/00, Altmark Trans.

⁸ Besluit Commissie 14 oktober 2009, N555/2008, Centrumplan Gemeente Mill en St. Hubert.

4. Toetsing van de voorgestelde maatregel aan de criteria van het begrip 'steunmaatregel'

Overheidsmiddelen

- 4.1 Aangezien de compensatie door de provincie Flevoland wordt ingevoerd en bekostigd, is zij aan te merken als een maatregel van de overheid

Selectief voordeel

- 4.2 Aangezien het gaat om een compensatie van schade die normaliter voor rekening van een onderneming zou komen, en de regeling van toepassing zou moeten zijn op ondernemingen die zich in een bepaalde situatie bevinden, is sprake van een selectief voordeel.
- 4.3 Een zodanige uitbreiding dat 'alle' ondernemingen in aanmerking zouden kunnen komen voor een compensatie, acht ik in de praktijk onmogelijk. Overigens zou de selectiviteit er dan nog steeds in zitten dat er slechts beperkt middelen beschikbaar zijn en er dus een onderscheid wordt gemaakt tussen die ondernemingen die op basis van bepaalde criteria (bijvoorbeeld wie-het-eerst-komt-die-het-eerst-maakt) wel een compensatie zullen ontvangen en de ondernemingen die daardoor geen compensatie ontvangen hoewel ze wel aan de objectieve eisen ervoor voldoen.

Begunstigden zijn ondernemingen

- 4.4 Dat de begunstigden ondernemingen zijn in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is inherent aan het doel van de voorgestelde regeling, voor zover deze zou willen voorzien in een compensatie voor ondernemingen.

Verstoring van de mededinging

- 4.5 Nu het gaat om een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU – zie hierboven – en ten goede komt aan ondernemingen, is de verstoring van de mededinging een gegeven.

Beïnvloeding tussenstaatse handel

- 4.6 Theoretisch zou het mogelijk zijn te bepalen dat de compensatie alleen beschikbaar is voor ondernemingen die actief zijn op een markt die niet open staat voor concurrentie door ondernemingen uit andere landen. Er zal dan echter voor elk individueel geval moeten worden beoordeeld of dat voor de betreffende onderneming opgaat en naar alle waarschijnlijkheid zal dit aldus uitpakken dat slechts enkele ondernemingen van de regeling gebruik zullen kunnen maken.
- 4.7 Dit is alleen te vermijden door de steun te beperken tot de-minimissteun. Zie hierna. Afgezien van deze de-minimisoplossing zal in praktisch opzicht de regeling dus niet zo kunnen worden beperkt dat beïnvloeding van de tussenstaatse handel wordt uitgesloten en om die reden geen sprake zou zijn van een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

Conclusie

- 4.8 De voorgestelde regeling kwalificeert als een steunmaatregel, ondanks het feit dat deze alleen COVID-schade compenseert. Ik zie geen praktische mogelijkheden om de kring van ondernemingen zo te beperken dat beïnvloeding van de tussenstaatse handel kan worden uitgesloten (afgezien van een beperking tot de-minimissteun) of een zodanige uitbreiding dat geen sprake meer zou zijn van een selectief voordeel.

5. Verenigbaarheid van de voorgestelde maatregel

- 5.1 Zoals hierboven reeds is opgemerkt betekent het feit dat de voorgestelde maatregel kwalificeert als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, niet dat de maatregel ook zonder meer verboden is. Maatregelen die voldoen aan bepalingen uit een groepsvrijstelling of maatregelen die, na melding bij de Europese Commissie, door de Commissie 'verenigbaar zijn verklaard' (zijn goedgekeurd), kunnen worden uitgevoerd. Hierna zal daarom eerst de mogelijkheden van de AGVV worden besproken. Daarna zal op de mogelijkheid van goedkeuring door de Europese Commissie worden ingegaan.

Toepassing van de AGVV

- 5.2 Het is niet nuttig om alle bepalingen van de AGVV te bespreken aangezien geconstateerd moet worden dat deze geen ruimte bieden voor een compensatie zoals de provincie voornemens is in te voeren.
- 5.3 Artikel 50, lid 1, van de AGVV kent wel een mogelijkheid om zonder voorafgaande aanmelding bij de Europese Commissie regelingen in te voeren tot herstel van de schade veroorzaakt door aardbevingen, lawines, grondverschuivingen, overstromingen, tornado's, orkanen, vulkaanuitbarstingen en natuurbranden met een natuurlijke oorzaak.
- 5.4 Dit artikel is gebaseerd op artikel 107, lid 2, VWEU, dat bepaalt dat steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen, zijn toegestaan (nadat ze bij de Europese Commissie zijn aangemeld en zijn goedgekeurd). Voor dergelijke maatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen geldt de aanmeldingsplicht dus niet (als aan bepaalde verdere eisen is voldaan), maar voor *buitengewone gebeurtenissen* wel. Die worden immers niet in de AGVV genoemd. De COVID-uitbraak en de in verband daarmee genomen maatregelen vormen zo'n bijzondere gebeurtenis, zoals door de Europese Commissie en het Hof van Justitie is vastgesteld, en niet een natuurramp.
- 5.5 Voor het overige kent de AGVV vooral mogelijkheden om steun te verlenen voor bepaalde investeringen (bijvoorbeeld in maatregelen ten behoeve van de energietransitie) en staat doorgaans slechts steun toe tot een bepaald maximumpercentage van de in aanmerking komende kosten van die investering. Die kosten kunnen doorgaans niet al gemaakt zijn voordat een steunaanvraag is ingediend en achteraf een subsidie ontvangen.⁹ Dat zijn dan ook geen geschikte grondslagen voor de door de provincie voorgenomen maatregel.
- 5.6 Er is dan ook geen grondslag te vinden in de AGVV om, zonder voorafgaande aanmelding bij en toestemming van de Europese Commissie een regeling voor de compensatie voor COVID-schade in te voeren.

Goedkeuring door de Europese Commissie na aanmelding

- 5.7 De Europese Commissie heeft op 19 maart 2020 aan het begin van de COVID-pandemie een speciaal kader ingericht voor de beoordeling van steunmaatregelen die specifiek met de pandemie te maken hadden: de *Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak* (Tijdelijk Steunkader)¹⁰. Dit Tijdelijk Steunkader, dat in de loop van de periode 2020-2022 diverse keren gewijzigd is, gold tot 30 juni 2022, dat wil zeggen dat lidstaten die maatregelen op

⁹ Dit is in strijd met het de eis van het stimulerend effect dat op grond van artikel 6 van de AGVV vereist is.

¹⁰ PbEU 2020, C 91/1. Voor de goede orde zij benadrukt dat een maatregel die voldoet aan het Tijdelijk Steunkader altijd nog bij de Europese Commissie gemeld had moeten worden. Een steunkader geeft geen toestemming om steunmaatregelen zonder goedkeuring in te voeren, maar is in feite een beleidsregel die aangeeft hoe de Commissie zal oordelen over een aangemelde steunmaatregel.

basis van het Tijdelijk Steunkader goedgekeurd wilden krijgen vóór die datum de steunmaatregel hadden moeten aanmelden bij de Europese Commissie.

5.8 Er kan voor de voorgenomen maatregel dan ook geen gebruik meer worden gemaakt van het Tijdelijk Steunkader.

5.9 Dat betekent nog niet dat de Commissie geen maatregelen meer kan goedkeuren die COVID-schade compenseren, maar omdat het Tijdelijke steunkader is afgelopen is het de vraag of de Commissie nog aangemelde steunmaatregelen zal beoordelen langs dezelfde lijnen als in dat kader verwoord. In elk geval zal de Commissie steunmaatregelen die nu worden aangemeld, niet soepeler beoordelen dan zij deed op grond van het Tijdelijk Steunkader. Het is dus goed om toch te kijken hoe de Commissie reeds tijdens de toepassing van het Tijdelijk Steunkader aankeek tegen compensatie voor COVID-schade.

5.10 Punt 15 van het Tijdelijk Steunkader bepaalde:

“Voorts kunnen de lidstaten op grond van artikel 107, lid 2, onder b), VWEU ook aan ondernemingen in sectoren die bijzonder zijn getroffen door de uitbraak (bijvoorbeeld vervoer, toerisme, cultuur, horeca en kleinhandel), en/of aan organisatoren van geannuleerde evenementen compensatie bieden voor schade die zij hebben geleden en die rechtstreeks zijn veroorzaakt door de uitbraak. De lidstaten kunnen de compensatiemaatregelen aanmelden en de Commissie zal deze rechtstreeks beoordelen op grond van artikel 107, lid 2, onder b), VWEU.”

5.11 Hier zien we dat de Commissie het heeft over sectoren die bijzonder zijn getroffen door de uitbraak. Daarin pas niet (meer¹¹) een maatregel die van toepassing is ongeacht de sector waarin de ondernemingen actief zijn.

5.12 In dat verband is het van belang ook te wijzen op punt 15bis dat bij de derde wijziging per 2 juli 2020 in het Tijdelijk Steunkader is ingevoegd en dat luidt:”

“Steun op grond van artikel 107, lid 2, onder b), VWEU moet echter schade compenseren die rechtstreeks het gevolg is van de COVID-19-uitbraak, zoals schade die rechtstreeks is veroorzaakt door quarantainemaatregelen waardoor de begunstigde werd verhinderd zijn economische activiteit uit te oefenen. Andere soorten steun die meer in het algemeen de economische neergang ten gevolge van de COVID-19-uitbraak aanpakken, moeten daarentegen worden beoordeeld op basis van de andere grond van verenigbaarheid die in artikel 107, lid 3, onder b), wordt bepaald, en dus in beginsel op grond van deze tijdelijke kaderregeling.”

5.13 Met deze wijziging scherpste de Commissie de eisen aan die zij stelde (en stelt) aan compensatiemaatregelen. In de besluiten die later tijdens de COVID-periode door de Commissie werden vastgesteld, oordeelde de Commissie dat meer algemene gevolgen van bijvoorbeeld de 1,5 meter maatregelen niet gelden als schade ‘die rechtstreeks het gevolg zijn van de COVID-uitbraak. Compensatie van schade (in de omzet) die bijvoorbeeld horeca-ondernemingen hebben geleden door de 1,5 meter maatregelen, waardoor zij minder klanten konden ontvangen, maar die op zich niet verhinderden dat zij hun activiteit uitoefenden, viel aldus niet meer binnen het Tijdelijk Steunkader.

5.14 Het is mijn ervaring dat ook binnen het Tijdelijk Steunkader de Commissie momenteel zeer kritisch en gedetailleerd kijkt naar de vraag of schade het *directe* gevolg is van overheidsmaatregelen of als meer algemeen gevolg van maatregelen moet worden aangemerkt of als een meer economisch gevolg.

5.15 Zelfs al zouden de regels van het Tijdelijk Steunkader nog worden toegepast, dan geldt dat de voorgenomen maatregel heel goed moet omschrijven welke schade vergoed wordt.

¹¹ Eerder in de crisis zagen we wel dat meer generieke maatregelen ook werden goedgekeurd.

Duidelijk zal moeten zijn hoe wordt vastgesteld dat die schade het directe gevolg is van (welke) beperkende maatregelen en hoe ondernemingen dat moeten bewijzen. Niet kan worden volstaan met het vaststellen dat COVID-schade die nog niet anderszins vergoed is, alsnog kan worden vergoed. Zoals gezegd, zal dan ook moeten worden bepaald welke maatregelen voor welke sectoren dan als direct schadeveroorzakende maatregel zullen worden beschouwd (waarbij de 1,5 meter maatregel niet als schadeveroorzakende maatregel mag worden meegenomen).

- 5.16 Ik zie vooralsnog geen aanknopingspunten voor een zodanige formulering van de maatregel dat aan deze punten zal worden voldaan.
- 5.17 De praktische vraag hierbij is overigens hoe (en of) ondernemingen nog in staat zijn om nu nog voldoende te bewijzen welke schade zij hebben geleden als direct gevolg van de specifieke voor hen geldende maatregelen. Het kan goed zijn dat uiteindelijk weinig ondernemingen (of geen enkele onderneming) nog aan die eisen zal kunnen voldoen.
- 5.18 Gezien al deze punten is het weliswaar niet uitgesloten dat de Commissie de maatregel zal goedkeuren, maar is het alleszins de vraag of een positief besluit zal worden verkregen.
- 5.19 Een ander belangrijk punt van overweging is hierbij dat het lang duurt voordat de Commissie na aanmelding van een maatregel tot een goedkeuringsbesluit komt. Een grove inschatting van de doorlooptijd van een meldingsprocedure (tot de goedkeuring door de Europese Commissie), gebaseerd op de ervaring met op dit moment lopende procedures, is zeker een jaar, mogelijk langer.

Conclusie ten aanzien van aanmelding en goedkeuring

- 5.20 De voorgenomen maatregel valt niet onder de AGVV (of een andere groepsvrijstelling). Dat betekent dat de maatregel ter goedkeuring zou moeten worden aangemeld bij de Commissie. Aangezien het Tijdelijk Steunkader inmiddels verlopen is, is het de vraag of de Commissie de maatregel zal goedkeuren, maar geheel uitgesloten is dat ook niet. De regeling zal dan wel zeer goed moeten uitwerken hoe ondernemingen (directe) coronaschade kunnen aantonen en hoe bepaald wordt of zij niet reeds steun voor die schade hebben ontvangen. Een goedkeuring zal, naar inschatting, waarschijnlijk nog wel een jaar of langer op zich laten wachten.

6. De-minimissteun

- 6.1 Nu de AGVV niet kan worden toegepast en een meldingsprocedure een onzekere uitkomst heeft, terwijl die uitkomst ook nog lang op zich zal laten wachten is de meest voor de hand liggende oplossing de maatregel zo in te richten dat geen sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Men is dan verlost de beoordelingskaders voor aangemelde steun.
- 6.2 Bij de bespreking hierboven van de criteria van artikel 107, lid 1, VWEU, is al aangegeven dat wordt aangenomen dat steun die als de-minimissteun kan worden aangemerkt, de tussenstaatse handel niet beïnvloedt. Daarmee wordt bij de-minimissteun dus niet voldaan aan alle criteria van het begrip steunmaatregel en is er dus geen sprake van een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit betekent dus ook dat een regeling die zich beperkt tot het geven van de-minimissteun niet aan de vereisten van de AGVV hoeft te voldoen en evenmin behoeft te worden aangemeld.

Het rijk heeft bijvoorbeeld ook van deze mogelijkheid gebruik gemaakt bij de TOGS¹² en TOZO¹³, waarbij de steun beperkt was tot maximaal 200.000 per onderneming, het toen nog geldende plafond voor de-minimissteun.

¹² Tegemoetkoming Ondernemers Getroffen Sectoren Covid-19.

¹³ Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers

- 6.3 Een vast te stellen maatregel zal erin moeten voorzien dat ondernemingen het de-minimisplafond nog niet hebben bereikt – thans € 300.000. Dit betekent dat zij in 2022 en 2023 nog geen € 300.000 aan de-minimissteun hebben ontvangen.
- 6.4 De vraag die de provincie hier zal moeten beantwoorden is of zij op dit punt genoeg neemt met een verklaring van een aanvragende onderneming dat er geen (of tot welke bedrag) de-minimissteun is ontvangen, of dat zij verlangt dat aanvragende ondernemingen inzicht bieden in de verkregen steun. Dat laatste lijkt in elk geval al nodig gezien de inhoud van de motie (zie hierna).

Samenloop van de-minimissteun met andere vormen van (reeds verkregen) steun

- 6.5 De vraag of de-minimissteun kan worden verstrekt naast andere (al dan niet reeds verstrekte) steun, hangt af van de vraag of de steun voor dezelfde kosten wordt verstrekt.

Stel dat het is toegestaan om voor een bepaalde categorie van (investerings)kosten 40% steun te geven, dan kan naast een toegestane steun (bijvoorbeeld op basis van een besluit van de Europese Commissie of op grond van de AGVV) niet voor dezelfde kosten ook nog eens de-minimissteun worden verstrekt als de 40% al is bereikt. Het maximale steunpercentage zou dan worden overschreden: de de-minimissteun moet in zo'n geval worden opgeteld bij de andere vorm van steun. Maar zou bijvoorbeeld tot het maximumpercentage steun worden gegeven voor een investering in energiebesparende maatregelen, dan zou daarnaast bijvoorbeeld nog een subsidie van maximaal de de-minimissteun kunnen worden toegekend voor kosten die losstaan van de kosten die gemaakt zijn voor de energiebesparende maatregelen.

- 6.6 Er kan dus de-minimissteun worden gegeven voor kosten waarvoor al een subsidie of compensatie is verstrekt, mits daarmee de maximale steun voor die kosten niet wordt overschreden en het plafond voor de-minimissteun daarmee niet wordt overschreden. Voorts is het mogelijk om de-minimissteun te verstrekken die betrekking heeft op andere kosten dan die waarvoor reeds steun op een andere grondslag is verstrekt, tot het toegestane de-minimisplafond. Zo kan NOW-steun samengaan met de-minimissteun voor uitgaven om bepaalde tijdens de corona-uitbraak noodzakelijke uitgaven (denk aan schermen tijdens in de horeca).
- 6.7 Gezien de formulering van de motie van 19 juli 2023 – “Deze regeling te richten op Flevolandse mkb bedrijven, die aannemelijk coronaschade hebben geleden (m.u.v. inkomstenderving) *en op geen andere wijze aanspraak hebben kunnen maken op compensatie hiervan vanuit het Rijk, provincie en gemeenten* – zou van een dergelijke samenloop geen sprake moeten zijn.
- 6.8 Wel is het vanzelfsprekend dan van belang voor elke onderneming die voor de Flevolandse regeling in aanmerking wil komen vast te stellen welke steun voor welke kosten reeds is verkregen. De toets dient echter nog verder te gaan: voor elke aanvragende onderneming zal moeten worden getoetst of zij aanspraak had kunnen maken op een van de regelingen van Rijk, provincie of gemeenten.
- 6.9 Met andere woorden: de provincie zal, achteraf, alsnog moeten toetsen of ondernemingen die geen aanvraag hebben ingediend voor een van die regelingen of zij er wel voor in aanmerking hadden kunnen komen, daarbij niet alleen aanvragen aan de eigen regelingen toetsen, maar ook aan de regelingen van andere overheden.
- 6.10 De provincie moet tevens de vraag beantwoorden of zij vervolgens over zich wil afroepen dat ondernemingen tegen die beoordeling door de provincie in bezwaar en beroep kunnen komen (constatering dat men voor een andere regeling in aanmerking had kunnen komen, zou immers leiden tot afwijzing van een aanvraag onder de nieuwe nog te maken regeling).

De provincie zou dan *haar* beoordeling van de regelingen van *andere* overheden moeten verdedigen.

- 6.11 Voorts vereist de opzet van de motie en daarmee de te maken regeling dat ondernemingen inzicht zullen moeten geven in de tegemoetkomingen/subsidies/compensaties die zij sinds begin 2020 hebben ontvangen, waarna de provincie zal moeten vaststellen op welke kosten deze tegemoetkomingen enz. betrekking hadden.
- 6.12 Een mogelijkheid is om, afwijkend van de tekst van de motie, niet uit te gaan van ondernemingen die *op geen andere wijze aanspraak hebben kunnen maken op compensatie hiervan vanuit het Rijk, provincie en gemeenten*, maar van ondernemingen die geen compensatie hebben gekregen voor de in aanmerking komende kosten vanuit het Rijk, provincie of gemeenten op basis van een andere regeling. Dat doet echter de vraag rijzen of de provincie ook ondernemingen wil compenseren die eerder weliswaar in aanmerking konden komen voor een compensatie op basis van een andere regeling, maar toentertijd geen aanvraag hebben ingediend. Staatssteunrechtelijk kan dat, maar het is de vraag of dat wenselijk is.
- 6.13 Er zijn ondernemingen die niet voor eerdere regelingen in aanmerking kwamen, bijvoorbeeld omdat zij startups waren en aldus niet over een referentieperiode voor een omzetsdaling beschikten.¹⁴

Uit de rechtspraak is bijvoorbeeld ook een geval bekend waarin de onderneming niet voldeed aan de NOW-eis dat de omzet van de onderneming met ten minste 20% was gedaald ten opzichte van een referentieperiode in 2019. De onderneming stelde dat zij in januari 2020 een aanbesteding had gewonnen, waarvoor de werkzaamheden per 1 maart 2020 en dus vlak voor de coronacrisis waren gestart. De onderneming had daarom vanaf maart 2020 meer personeel in dienst genomen en zij had geïnvesteerd in het wagenpark. De omzet in de referentieperiode was om die reden volgens de onderneming niet representatief. De rechtbank constateerde dat in de toelichting op de NOW-2 regeling was vermeld dat (bewust) geen aparte regeling was opgenomen voor werkgevers met een hogere loonsom in de meetperiode dan in de referentieperiode, zoals nieuw gestarte bedrijven en bedrijven die door overname zijn gegroeid. De rechtbank wees op het doel van de regeling: werkgevers tegemoetkomen in de betaling van de loonkosten bij een acute omzetsdaling van ten minste 20%. Het doel van de regeling was niet om subsidie aan werkgevers te verstrekken in verband met een stijging van loonkosten als gevolg van het aannemen van personeel, aldus de rechtbank.

- 6.14 Hoewel de motie om een compensatie vraagt voor (aannemelijke) coronaschade *met uitzondering van inkomstenderving*, zien we wel dat de eerdere (Rijks)regelingen wel aanhaken bij een inkomsten- of winstderving. Regelingen als de TVL en NOW compenseerden die inkomstenderving als zodanig niet, maar wel andere kosten (vaste lasten, lonen), maar alleen als sprake was van een bepaalde minimale inkomstdaling ten opzichte van een referentieperiode.
- 6.15 De vraag die de provincie zal moeten beantwoorden is of zij alle coronaschade voor een compensatie in aanmerking wil laten komen (m.u.v. inkomstenderving) ongeacht of de betreffende onderneming een inkomstenderving heeft gehad of niet. Dat zou ertoe kunnen leiden dat bijvoorbeeld een franchisenemer van een supermarkten in Flevoland een compensatie krijgt voor gemaakte kosten, terwijl hij een omzetstijging heeft gezien in de betreffende periode. Dat kan, maar het is de vraag of de provincie dat wenst.

¹⁴ Ik wijs er wel op dat bij wijzigingen in de TVL-regeling de inschrijvingsdatum voor nieuwe ondernemingen uiteindelijk is opgeschoven naar inschrijvingen tot 29 februari 2020, met een aangepaste referentieperiode voor de berekening van de omzetsdaling, waardoor de meeste start-ups van vlak voor het begin van de corona-periode alsnog onder TVL konden worden gebracht.

- 6.16 En als de provincie een inkomstenderving wil opnemen in de regeling – als eis om een beroep te kunnen doen op een compensatie van kosten – welk percentage wil de provincie dan hanteren? Naar ik aanneem een percentage lager dan 20%. Maar ook bij een percentage van bijvoorbeeld 10% zullen er ondernemingen buiten de boot vallen. Om dat te vermijden zou het percentage op 0% gesteld kunnen worden, als er maar geen omzetstijging te zien is geweest. Ook dan blijft echter de vraag: ten opzichte van welke referentieperiode? Er moet immers dan worden vastgesteld dat geen sprake is geweest van een omzetstijging. En hoe wordt er dan omgegaan met een geval van de aanbesteding dat hierboven is weergegeven? Dat is mogelijk een geval van een gemiste omzetstijging (ten opzichte van een referentieperiode).
- 6.17 Zou men gevallen willen dekken van ondernemingen die in 2020 een groei van omzet verwachtten of misschien zelfs, als na 29 februari 2020 startende onderneming, hun eerste omzet verwachtten, dan is de vraag welke bewijs men terzake van de onderneming verwacht. Een door een bank of accountant onderschreven (goedgekeurd?) businessplan waarin de voor 2020/2021 verwachte omzet (of winst) blijkt, af te zetten tegen de gerealiseerde omzet (winst)? Bevoordeelt dat niet de te optimistische ondernemingen ten opzichte van de voorzichtige ondernemingen? En wil de provincie dat?
- 6.18 Een volgende vraag die de provincie moet beantwoorden is of de beoogde regeling bijvoorbeeld ook een compensatie moet bieden aan ondernemingen die geconfronteerd zijn met een lagere vaststelling van een tegemoetkoming (NOW of TVL) dan die zij oorspronkelijk toegekend hadden gekregen en aldus de tegemoetkoming geheel of gedeeltelijk moesten terugbetalen.¹⁵ Geconstateerd moet worden dat er zeer uiteenlopende redenen zijn geweest om te constateren dat de betreffende ondernemingen geheel of gedeeltelijk niet onder de regeling vielen en om toegekende tegemoetkomingen (deels) terug te vorderen. Ik zie niet goed hoe dergelijke uiteenlopende gevallen in een algemeen geldende regeling moeten worden gedefinieerd en hoe dan de parameters zouden moeten luiden om te bepalen hoe de provinciale compensatie zou moeten/kunnen zijn.

De verdeling van de beschikbare middelen

- 6.19 Als al tot een goede afbakening kan worden gekomen van de gevallen waarin aanspraak op de te maken compensatieregeling kan worden gedaan, is de vraag vervolgens hoe tot een verdeling van de beschikbare middelen kan worden gekomen.
- 6.20 Wil de provincie een wie-het-eerst-komt-die-het-eerst-maakt toekenning hanteren, of bijvoorbeeld een verdeling pro rata gebaseerd op de aanvraag (waarbij wanneer de aanvragen bijvoorbeeld twee keer zo hoog zijn als het budget ieder aanvrager 50% van de aanvraag krijgt). Of wordt er een rangschikking van 'schrijnendheid' gehanteerd? En hoe moet die dan worden ingericht?
- 6.21 In het geval van een pro rata toekenning, zal mijns inziens niet kunnen worden uitgegaan van de aanvraag, wat 'overvragers' zou honoreren, maar van een initiële toekenning op basis van de aanvraag, waarop dan, nadat alle aanvragen aldus een initiële toekenning hebben gekregen, een correctie wordt toegekend om tot een pro rata toekenning te kunnen komen.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBMNE:2021:5860, waarin een NOW-tegemoetkoming fors werd verlaagd omdat de loonsom van de betrokken onderneming in de periode 1 maart tot en met 31 mei 2020 lager was dan in januari 2020. Het betoog dat de ondernemer zzp'ers had ingehuurd werd verworpen omdat de kosten van zzp'ers niet onder de NOW-regeling vielen. Wil de provincie ook een dergelijk geval in aanmerking laten komen voor een compensatie? En aan de hand van welke parameters moet dan de compensatie worden bepaald?

- 6.22 Uitgaande van een maximale de-minimissteun van € 300.000 zou het met het beschikbare budget theoretisch zo kunnen zijn dat zes ondernemingen het totale budget opslokken. Het is aldus wenselijk om hoe dan ook een (veel) lager maximum vast te stellen.

Omvang van het probleem

- 6.23 Als alle bovengenoemde overwegingen in acht worden genomen en er een passende oplossing voor die aandachtspunten is gevonden, is vervolgens de vraag hoeveel ondernemingen uiteindelijk voldoen aan het criterium dat zij die aannemelijk coronaschade hebben geleden (m.u.v. inkomstenderving) en op geen andere wijze aanspraak hebben kunnen maken op compensatie hiervan vanuit het Rijk, provincie en gemeenten. Dat hangt ook samen met het hiervoor besproken punt van de verdeling van de middelen.
- 6.24 Voor die ondernemingen die het betreft is het vanzelfsprekend ingrijpend als zij buiten de boot zijn gevallen, maar zoals hierboven duidelijk is geworden zal een regeling die dergelijke gevallen dekt, complex zijn (zoals is gebleken is het bepalen van wat 'buiten de boot vallen' is, als zodanig reeds complex) en dan is het goed mogelijk dat slechts enkele ondernemingen ervoor in aanmerking komen. Het is dan ook wellicht verstandig om eerst een inventarisatie te maken om hoeveel ondernemingen het zal gaan en of zij (nog steeds) in hun voortbestaan bedreigd worden.
- 6.25 En voorts zal de vraag moeten worden beantwoord of de provincie het wenselijk vindt mogelijk slechts enkele ondernemingen vanuit het noodfonds te steunen. Staatssteunrechtelijk zal dat geen probleem zijn zolang binnen de kaders van de-minimissteun gebleven wordt, maar wel moet de vraag beantwoord worden waarom deze ondernemingen alsnog een compensatie kunnen ontvangen en bijvoorbeeld andere ondernemingen die om wat voor reden dan ook niet voor een (willekeurige) subsidie van het rijk of de provincie zelf in aanmerking komen, niet door de provincie gecompenseerd worden, of waarom bijvoorbeeld ondernemingen die te lijden hebben gehad van de energiecrisis en niet voor een compensatie in aanmerking kwamen, niet? Anders gezegd: ik meen dat de provincie zich moet afvragen waarom zij de groep waarop de motie ziet onderscheidt van andere (groepen) ondernemingen die buiten de boot van andere regelingen vallen en welke precedentwerking de uitvoering van de motie kan (of moet) hebben.

Conclusies ten aanzien van een inrichting van de regeling als de-minimissteun

- 6.26 Het staatssteunrecht staat niet in de weg aan een regeling die binnen de grenzen blijft van de-minimissteun. Er bestaat dan vanuit staatssteunrechtelijk perspectief een grote ruimte, omdat de staatssteunregels dan niet beperkend werken. Niettemin betekent dat niet dat dan de motie van 19 juli 2023 is om te zetten in een werkbare regeling.
- 6.27 Samenvattend zijn er de volgende aandachtspunten en moet de provincie ten minste de volgende beslissingen nemen:
- Hoe wordt bepaald wie in aanmerking komen voor vergoeding van coronaschade? Alleen ondernemingen met een bepaalde winstderving (zonder dat de winstderving als zodanig gecompenseerd wordt)? Of alleen ondernemingen die geen omzet- of winstverhoging te zien geven? Ten opzichte van welke referentieperiode? Of alle ondernemingen, ook die hun omzet of winst juist zagen toenemen? Kunnen ook ondernemingen die een bepaalde winstverwachting kunnen onderbouwen voor de corona-periode in aanmerking komen voor compensatie van coronaschade?
 - Wat wordt dan verstaan onder coronaschade? Als het niet gaat om omzet- of winstderving, dan zou de schade alleen bestaan uit daadwerkelijke uitgaven die zijn gedaan (zoals bijvoorbeeld schermen in de horeca, mondkapjes voor personeel, extra schoonmaak).

- Welke uitgaven voor 'corona-voorzieningen' wil de provincie als te compenseren schade aanmerken?
- Hoe gaat de provincie bepalen wie voor andere regelingen in aanmerking had kunnen komen?
- Worden aldus 'schrijnende gevallen' voldoende geïndividualiseerd?
- Wat is de omvang van het probleem?
- Welke bewijs wordt verwacht?

6.28 Naar aanleiding van al deze vragen en aandachtspunten, vraag ik mij ook ernstig af of een (voor de provincie zelf *en* de ondernemingen waarvoor de regeling bedoeld is) uitvoerbare regeling kan worden opgesteld die daadwerkelijk binnen afzienbare tijd iets oplevert voor de betrokken ondernemingen (gezien het beperkte begrip 'coronaschade') en niet tot ongewenste precedentwerking leidt.

7. **Tekstvoorstellen**

7.1 U heeft mij gevraagd afhankelijk van de uitkomsten van mijn onderzoek waar mogelijk met tekstvoorstellen voor een regeling te komen. Uit het voorgaande blijkt dat een regeling binnen de kaders van de-minimissteun niet uitgesloten is, maar dat er nog zoveel vragen door de provincie moeten worden beantwoord en zoveel keuzes moeten worden gemaakt, dat er geen basis is om met een tekstvoorstel te komen.

8. **Alternatief**

8.1 Hoewel u mij niet heeft gevraagd om een alternatief aan te dragen voor een compensatie van corona-schade, noem ik toch graag een andere mogelijkheid: in de bijlage 'Coronamaatregelen- en investeringspakket' bij de Najaarsnota 2020 gaat u in op financiering en support voor het MKB.¹⁶ Er zou ook voor gekozen kunnen worden, in opvolging van de daar genoemde steun, om meer te denken aan stimuleringsregelingen die investeringen in de provincie bevorderen.

¹⁶ 'Coronamaatregelen- en investeringspakket', p. 11.