

Notitie

Vertrouwelijk & geprivilegieerd

Aan Unie van Waterschappen;
T.a.v. mevrouw M. Krug
Datum 4 augustus 2023
Betreft Bestuurlijke besluitvorming
voortzetting anti-afhaakregeling
Referentie 5007920001/29650743.7

Greetje van Heezik
Advocaat | Counsel
T +32 (0)2 507 98 10
M +32 (0)475 86 85 93
E g.van.heezik@houthoff.com
Bischoffsheimlaan 15 1000 Brussel

Dit document is opgesteld ten behoeve van intern beraad binnen (de ambtelijke organisatie en de bestuursorganen) van de Unie van Waterschappen en haar leden en bevat persoonlijke beleidsopvattingen. Dit document is niet bestemd om openbaar te worden gemaakt op basis van de Wet open overheid, mede, doch niet uitsluitend, gelet op de uitzonderingsgronden als bedoeld in de artikelen 5.1.2. sub b en g en 5.2.1 en 5.2.3 van die wet.

1. Inleiding

- 1.1. De Europese Commissie ("**Commissie**") heeft de huidige anti-afhaakregeling¹ bij besluit van 16 oktober 2013 goedgekeurd en deze als een met de interne markt verenigbare steunmaatregel beoordeeld.² Deze goedkeuring is verleend voor een periode van 10 jaar. Om deze reden is in artikel 4 van de anti-afhaakregeling opgenomen dat de anti-afhaaksubsidies uiterlijk met ingang van 1 januari 2024 dienen te eindigen.³
- 1.2. Met het oog op de besluitvorming over de voortzetting van de anti-afhaakregeling met ingang van 1 januari 2024, geeft deze notitie een beschrijving van de maatregelen die zijn ondernomen en de procedure die is gevolgd. Deze notitie is als volgt opgebouwd:
 - a. Paragraaf 2 beschrijft het verloop van de procedure die is ingezet om opnieuw goedkeuring van de Commissie te verkrijgen voor de voortzetting van de anti-afhaakregeling per 1 januari 2024 en de stappen die naar aanleiding van de discussie met de Commissie zijn ondernomen ter onderbouwing van de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling;

¹ Neergelegd in de Circulaire anti-afhaaksubsidies 2018 voor subsidies conform artikel 122d, vijfde lid, aanhef en onder b, van de Waterschapswet (laatst geactualiseerd door IENW/BSK-2018/230197).

² Commissie 16 oktober 2013 C(2013) 6628 final, steunmaatregel SA.36556 (2013/N) – Nederland – Anti-afhaakregeling waterschappen ([link](#)). De anti-afhaakregeling is naar aanleiding van een ex-post monitoring onderzoek door de Commissie op 19 november 2018 aangepast.

³ De goedkeuring van steunmaatregelen door de Commissie wordt in beginsel steeds voor 10 jaar gegeven. Na deze periode is een nieuwe beoordeling van de maatregel noodzakelijk om rekening te houden met de gewijzigde feitelijke en juridische context.

- b. Paragraaf 3 geeft een beschrijving van het afrondende overleg dat op 3 mei 2023 met de zaakbehandelaars van het Directoraat-Generaal Mededinging ("**Commissiediensten**") heeft plaatsgevonden over de mogelijke routes die kunnen worden gekozen bij de voortzetting van de anti-afhaakregeling vanaf 1 januari 2024;
- c. Paragraaf 4.1 bevat een overzicht van de verschillen tussen de twee door de Commissiediensten geschetste routes, paragraaf 4.2 gaat in op de voor- en nadelen van deze routes en paragraaf 4.3 geeft ten slotte het juridische advies weer ten aanzien van de route die staatssteunrechtelijk het beste kan worden onderbouwd en derhalve de minste risico's met zich meebrengt.

2. Verloop procedure t.b.v. voortzetting toepassing anti-afhaakregeling

- 2.1. Vanaf het begin van 2021 heeft de Unie van Waterschappen ("**Unie**") gesprekken gevoerd met het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat ("**Ministerie**") over verlenging van de anti-afhaakregeling. Begin 2022 is het Ministerie op verzoek van de Unie informeel overleg gestart met de Commissie over de voortzetting van de anti-afhaakregeling vanaf 1 januari 2024. In deze overleggen werd duidelijk dat de Commissie de in 2013 gegeven goedkeuring niet nogmaals via een vereenvoudigde procedure zou afgeven om de voortzetting van de anti-afhaakregeling mogelijk te maken. De reden hiervoor is dat sinds het goedkeuringsbesluit uit 2013 de relevante voorwaarden waaraan steunmaatregelen in de vorm van een korting op een milieubelasting moeten voldoen, meerdere malen zijn gewijzigd.⁴
- 2.2. De Commissiediensten hebben diverse kritische vragen gesteld over de effecten van de anti-afhaakregeling, de noodzakelijkheid en de verenigbaarheid ervan met het 'vervuiler betaalt'-beginsel. Deze vragen zijn door de Unie beantwoord en via de Permanente Vertegenwoordiging van het Ministerie aan de Commissiediensten gezonden. In deze beantwoording is uitgebreid ingegaan op de positieve effecten van de anti-afhaakregeling voor onder andere het milieu, de waterkwaliteit, de (kosten)efficiëntie van de zuiveringsinstallaties van de waterschappen en de voordelen voor de hoogte van de heffing voor de overige gebruikers (in het bijzonder huishoudens).⁵
- 2.3. In oktober 2022 hebben de Commissiediensten gevraagd te onderzoeken in welke mate de anti-afhaakregeling op dezelfde wijze kan worden gerechtvaardigd als het degressieve

⁴ Hoewel artikel 122d lid 5 sub b van de Waterschapswet voorziet in een subsidie, is de invulling hiervan in de Circulaire steeds door de Commissie beoordeeld onder de categorie steun in de vorm van een korting op een milieubelasting. De meest recente versie van de relevante staatssteunrichtsnoeren is begin 2022 vastgesteld. Zie de Mededeling van de Commissie van 18 februari 2022, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022 (2022/C 80/01) ([link](#)).

⁵ Zie ook het memo van de Unie d.d. 22 mei 2022 inzake 'Extension Anti-optout scheme Additional information following on the meeting on 14 February 2022' (dossierstuk nr. 2.1).

tariefsysteem dat in Denemarken wordt gehanteerd voor de behandeling van afvalwater.⁶ Naar aanleiding van een klacht heeft de Commissie het Deense gestaffelde tariefsysteem ('*staircase model*') staatssteunrechtelijk beoordeeld.⁷ In dit besluit concludeert de Commissie dat dit tariefsysteem om de volgende redenen niet resulteert in staatssteun maar in overeenstemming is met het zogenaamde '*market economy operator*-beginsel' ("**MEO-beginsel**"):

- a. Aan de toerekening van de '*true costs*' van de afvalwaterszuivering per gebruiker ligt een vaste ratio van vaste en variabele kosten ten grondslag die resulteert in (i) de toerekening van alle variabele kosten aan de betrokken gebruikers en (ii) een gelijke verdeling van de vaste kosten over de gebruikers (berekend over alle aansluitpunten);
- b. De verdeling van de kosten van de nutsvoorzieningen voor de verwerking van de totale hoeveelheid afvalwater in 80% vaste kosten en 20% variabele kosten is een redelijke verdeling over een typische planningshorizon van deze infrastructuur;
- c. Gebruikers met grote volumes afvalwater betalen het tarief uit de eerste staffel en waar toepasselijk uit de tweede en volgende staffel, totdat hun waterconsumptie de respectievelijke staffels overschrijdt. De verlaagde heffingen die zij betalen, zijn altijd hoger dan de incrementele (marginale) kosten op de middellange termijn. Hiermee is gewaarborgd dat deze gebruikers met de door hen betaalde heffingen bijdragen aan de winstgevendheid op middellange termijn.⁸

2.4. Naar aanleiding van het verzoek van de Commissiediensten of de anti-afhaakregeling aan de hiervoor genoemde aspecten voldoet, heeft de Unie het Economisch Bureau Amsterdam ("**EBA**") opdracht gegeven te onderzoeken of de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling op dezelfde wijze als het Deense tariefstelsel kan worden onderbouwd. EBA heeft daartoe de zogenaamde MEO-toets uitgevoerd. Voor deze toets heeft EBA de kostenstructuur van 6 rwzi's onderzocht die anti-afhaakovereenkomsten met industriële lozers hebben. De onderzochte rwzi's vertegenwoordigen 8 van de 16 industriële partijen die in 2021 gebruik maakten van de anti-afhaakregeling.

2.5. EBA heeft op basis van het theoretische en empirische onderzoek van de anti-afhaakregeling geconcludeerd dat deze regeling voldoet aan het MEO-beginsel en heeft deze conclusie als volgt onderbouwd:

⁶ Zie de e-mailcorrespondentie met de Commissiediensten (dossierstuk nr. 2.2.).

⁷ Besluit C(2018) 2259 final van 19 april 2018, SA.37433 (2017/FC) – Denmark, Alleged State aid through discounts on waste water charges ([link](#)).

⁸ Zie ook de Mededeling van de Commissie over het begrip staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01)), par. 228 ([link](#)).

- a. De systematiek van de anti-afhaakregeling waarborgt dat de korting (in de vorm van de subsidie) op de zuiveringsheffing nooit resulteert in heffingskosten die lager zijn dan de marktconforme kosten die de onderneming zou maken indien deze zou afhaken. Daarbij geldt dat het marktconforme niveau van de kosten bij afhaken altijd moet worden onderbouwd met kostenramingen door een onafhankelijke deskundige of een offerte van een leverancier;
- b. De subsidie op grond van de anti-afhaakregeling is niet generiek, zoals in het Deense tariefstelsel, maar is gebaseerd op de bedrijfsspecifieke kosten;
- c. De waterschappen onderhandelen altijd met de ondernemingen om te komen tot een korting (subsidie per VE) die resulteert in een heffing die boven het in punt a genoemde marktconforme kostenniveau ligt. De ondernemingen betalen hiermee tevens voor het feit dat zij worden ontzorgd en het risico voor de afvalwaterzuivering bij de waterschappen komt te liggen. Hoewel de resultaten van de onderhandelingen tussen de waterschappen en de verschillende ondernemingen kunnen verschillen, zou een marktpartij tot vergelijkbare onderhandelingsresultaten met de klanten kunnen komen zolang het effectieve heffingspercentage nog bijdraagt tot het rendement van de gedane investering in de zuiveringsinstallatie;
- d. Het empirische onderzoek van de kostenstructuur van de in randnummer 2.4 genoemde rwzi's bevestigt dat de heffingspercentages in alle gevallen aanzienlijk hoger zijn dan de marginale kosten. Bovendien liggen de marginale kosten in alle onderzochte gevallen onder het niveau van 50% van het volledige heffingstarief. Naast de onderhandelingsronde tussen bedrijven en waterschappen biedt de voorwaarde dat een gesubsidieerde heffing nooit lager mag zijn dan 50% van het volledige heffingstarief, een extra garantie dat de gesubsidieerde heffing steeds hoger is dan de marginale kosten;
- e. Bovendien wijst de empirische beoordeling erop dat het negatieve effect van het afhaken varieert van ongeveer twee tot vier keer de omvang van de verleende subsidies. Dit strookt met de constatering dat de marginale kosten aanzienlijk lager zijn dan de gesubsidieerde heffingstarieven en dat de subsidieregeling derhalve altijd gunstiger is voor de waterschappen dan het afhaken van de ondernemingen. Ten slotte bevestigt een vergelijking van de kostenramingen van onafhankelijke deskundigen met de gesubsidieerde heffingstarieven dat de onderhandelingsronde een belangrijke rol speelt bij de uiteindelijke vaststelling van de hoogte van de subsidie. Deze subsidie bevat tevens een vergoeding voor de kosten die niet door

de marktleverancier kunnen worden gekwantificeerd, zoals een bedrijfsspecifieke risicopremie en het gemak van uitbesteding (zie ook punt c hiervoor).⁹

- 2.6. Deze conclusies van EBA zijn met een begeleidende notitie (aangeduid als 'non-paper') met de Commissiediensten gedeeld.¹⁰ In het non-paper is op basis van het MEO-rapport van EBA juridisch beargumenteerd dat de anti-afhaakregeling niet resulteert in staatssteun. Uit de conclusies van de MEO-toets volgt immers dat de toepassing van de anti-afhaakregeling resulteert in een subsidie die resulteert in een korting op de zuiveringsheffing waarmee de marginale kosten worden gedekt. De subsidie voldoet derhalve aan de voorwaarde die de Commissie ten aanzien van het Deense tariefstelsel en andere vergelijkbare zaken heeft gesteld, dat de ondernemingen vanuit ex ante oogpunt incrementeel bijdragen aan de winstgevendheid van de exploitatie van de installatie.¹¹ In al deze zaken heeft de Commissie geconcludeerd dat de heffingskorting niet resulteert in staatssteun, maar overeenkomt met de korting die een marktdeelnemer in een soortgelijke situatie eveneens bereid zou zijn te verlenen.
- 2.7. Het EBA-rapport is samen met een begeleidende notitie (non-paper) voorgelegd aan de Commissiediensten. Als bijlage bij de 'non-paper' is tevens een concepttekst bijgevoegd voor de anti-afhaakregeling, zoals deze per 1 januari 2024 als marktconforme regeling kan worden voortgezet.¹² In deze concepttekst zijn de elementen verwijderd die betrekking hebben op de kwalificatie als steunmaatregel.
- 2.8. Naar aanleiding van de non-paper en het EBA-rapport hebben de Commissiediensten nog twee maal aanvullende schriftelijke vragen gesteld over de werking van de nieuwe anti-afhaakregeling en de conclusies van de MEO-toets. Deze vragen zijn schriftelijk beantwoord.¹³ Vervolgens heeft op 3 mei 2023 een overleg met de Commissiediensten plaatsgevonden waarin zij hun bevindingen ten aanzien van de overgelegde stukken hebben toegelicht (zie par. 3 hierna).

3. Afrondend overleg Commissiediensten

- 3.1. Op 3 mei 2023 heeft een informeel overleg (Teamsmeeting) plaatsgevonden met de Commissiediensten, het Ministerie, de Permanente Vertegenwoordiging van het Ministerie

⁹ Zie 'MEO test anti opt out scheme water authorities', Economisch Bureau Amsterdam, d.d. 30 januari 2023 (dossierstuk nr. 2.3.c.).

¹⁰ Zie dossierstuk nr. 2.3.a.

¹¹ Zie de Mededeling over het begrip staatssteun (2016/C 262/01), par. 228, Commissiebesluit C(2014) 6847 final van 1 oktober 2014, SA.36147 (C 30/2010) (ex NN 45/2010; ex CP 327/2008) – Germany, alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH, par. 176 en Commissiebesluit C(2018) 2259 final van 19 april 2018, SA.37433 (2017/FC) – Denmark, Alleged State aid through discounts on waste water charges, par. 36.

¹² Zie dossierstuk 2.3.a.

¹³ Zie dossierstukken 2.4 en 2.5.

in Brussel, de Unie, EBA en Houthoff. Tijdens dit overleg hebben de Commissiediensten¹⁴, na nog een aantal vragen te hebben gesteld ter bevestiging van hun begrip van de ontvangen stukken, twee routes geschetst voor de voortzetting van de anti-afhaakregeling:

- (i) toepassing van het nieuwe artikel 44b van de Algemene groepsvrijstellingsverordening ("**AGVV**")¹⁵; of
- (ii) voortzetting als marktconforme regeling.

- 3.2. Ten aanzien van de onderbouwing van de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling hebben de Commissiediensten aangegeven dat zij op basis van de bestudeerde stukken van mening zijn dat de waterschappen een goed verdedigbare 'case' hebben dat de anti-afhaakregeling in overeenstemming is met het MEO-beginsel en dus niet resulteert in staatssteun.
- 3.3. De Commissiediensten hebben echter hun twijfels geuit ten aanzien van de haalbaarheid om deze conclusie formeel vast te leggen in een zogenaamd 'negatief' besluit, dat wil zeggen een besluit met de conclusie dat geen sprake is van staatssteun. Voor een dergelijk besluit dienen de Commissiediensten onder andere ook de instemming te verkrijgen van de Juridische Dienst van de Commissie. De Juridische Dienst is volgens hen zeer terughoudend met dergelijke besluiten. In dit geval verwachten de Commissiediensten extra terughoudendheid bij de Juridische Dienst in verband met de lopende beroepsprocedure bij het Gerecht van de EU tegen het Commissiebesluit over het Deense tariefsysteem. In deze procedure wordt de conclusie dat het Deense tariefstelsel niet resulteert in staatssteun, betwist.¹⁶
- 3.4. Op de vraag of de Commissiediensten de conclusie ten aanzien van de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling in een zogenaamde '*comfort letter*'¹⁷ zouden kunnen

¹⁴ De zaakbehandelaars aan de zijde van de Commissie betroffen het afdelingshoofd van afdeling COMP H.3. (State aid: General Scrutiny and Enforcement - IPCEI, Environment & Innovation II), een econoom van deze afdeling en een zaakbehandelaar van afdeling COMP H.2 (State aid: General Scrutiny and Enforcement - IPCEI, Environment & Innovation I).

¹⁵ Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, PBEU L 187 van 26.6.2014, blz. 1, zoals recentelijk gewijzigd (zie [hier](#) voor de recent door de Commissie vastgestelde tekst).

¹⁶ Er is nog geen inhoudelijk oordeel over deze beroepsgronden gegeven. Aanvankelijk had het Gerecht het beroep van Danske Slagtermestre niet-ontvankelijk verklaard, maar in hoger beroep heeft het Hof van Justitie van de EU ("**HvJEU**") bij arrest van 30 juni 2022 in zaak C-99/21 P, ECLI:EU:C:2022:510, geoordeeld dat het beroep wel ontvankelijk is. Voor de inhoudelijke behandeling van de beroepsgronden heeft het HvJEU de zaak weer terugverwezen naar het Gerecht voor een inhoudelijke behandeling (zie zaak T-486/18 RENV, Danske Slagtermester/Commissie).

¹⁷ Een '*comfort letter*' houdt in dat de Commissiediensten hun bevindingen in een brief uiteenzetten. Hoewel deze bevindingen de Commissie formeel niet binden, hechten Nederlandse rechters in de praktijk veel waarde aan een '*comfort letter*'.

vastleggen, hebben de Commissiediensten eveneens afwijzend gereageerd. Een dergelijke brief zou afstemming binnen het Directoraat-Generaal Mededinging vereisen hetgeen de Commissiediensten gelet op de hiervoor genoemde gevoeligheden evenmin haalbaar achten.

- 3.5. De Commissiediensten hebben aangegeven dat, gelet op de gevoeligheden ten aanzien van een formeel of informeel standpunt over de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling, het hun voorkeur heeft als de anti-afhaakregeling wordt voortgezet als een van aanmelding vrijgestelde steunmaatregel. Volgens de Commissiediensten kan een beroep worden gedaan op het nieuwe artikel 44b van de AGVV (zie **bijlage 1**).¹⁸ Deze bepaling bevat de voorwaarden voor niet-meldingsplichtige steunmaatregelen in de vorm van vrijstellingen van milieubelastingen. De in het goedkeuringsbesluit uit 2013 opgenomen motivering kan volgens de Commissiediensten worden gebruikt ter onderbouwing van de vrijstelling op grond van artikel 44b AGVV.¹⁹ Zij hebben echter tevens benadrukt dat de juiste toepassing van de AGVV de verantwoordelijkheid van de Nederlandse autoriteiten is en zij derhalve zelf de beoordeling op grond van de AGVV dienen te maken.
- 3.6. In reactie hierop is namens de Unie aangegeven dat eerder naar de nieuwe vrijstellingsmogelijkheid is gekeken, maar dat op basis van de finale tekst van deze bepaling is geconcludeerd dat het zeer de vraag is of aan de voorwaarden voor deze vrijstelling kan worden voldaan. In ieder geval zal dit in de individuele gevallen moeten kunnen worden aangetoond en zal niet kunnen worden volstaan met een verwijzing naar de motivering uit het goedkeuringsbesluit van 2013.
- 3.7. Namens de Unie is voorts nog gewezen op het feit dat het goedkeuringsbesluit uit 2013 is gebaseerd op het milieusteunkader dat sinds 2013 twee maal is gewijzigd. De voorwaarden uit het in 2013 geldende steunkader zijn niet volledig gelijk aan de voorwaarden zoals thans in artikel 44b AGVV zijn opgenomen.
- 3.8. De Commissiediensten hebben daarop nogmaals hun standpunt herhaald ten aanzien van (i) de toepassing van artikel 44b van de AGVV en de eigen verantwoordelijkheid van de Nederlandse autoriteiten daarbij en (ii) het feit dat de Commissiediensten van oordeel zijn dat zij de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling, gelet op het overgelegde het 'MEO-dossier', goed verdedigbaar achten.
- 3.9. De Commissiediensten hebben ten slotte aangegeven dat zij zelf geen nader onderzoek zullen instellen of verdere acties zullen ondernemen indien de Nederlandse autoriteiten besluiten de toepassing van de anti-afhaakregeling per 1 januari 2024 als marktconforme

¹⁸ In de Engelstalige versie is dit artikel genummerd als artikel 44b.

¹⁹ Zie Commissie 16 oktober 2013 C(2013) 6628 final, steunmaatregel SA.36556 (2013/N) – Nederland – Anti-afhaakregeling waterschappen ([link](#)), par. 39-44.

'regeling' voort te zetten. Alleen bij ontvangst van een eventuele staatssteunklacht zouden de Commissiediensten in de toekomst gedwongen kunnen worden een nader onderzoek in te stellen en de bevindingen formeel vast te leggen in een besluit op de klacht. Ter illustratie verwijzen wij naar het Commissiebesluit waarin wordt geconcludeerd dat het Deense tariefstelsel niet resulteert in staatssteun. Aan dit besluit en het daaraan voorafgaande onderzoek ligt eveneens een staatssteunklacht ten grondslag (zie randnr. 2.3 hiervoor).

4. Overwegingen ten aanzien routes voortzetting van de anti-afhaakregeling en advies

4.1. Verschillen vormgeving voortzetting anti-afhaakregeling

- 4.1.1. Voor de toekomstige vormgeving van de anti-afhaakregeling is van belang of deze regeling wordt voortgezet als steunmaatregel of als marktconforme regeling. Het is daarbij van belang dat alle waterschappen voor dezelfde vormgeving kiezen om te voorkomen dat de onderbouwing voor de gekozen route wordt ondermijnd. De routes sluiten elkaar immers uit: een keuze voor de vormgeving als vrijgestelde steunmaatregel impliceert immers dat de anti-afhaakregeling niet-marktconform is en als staatssteun kwalificeert en de keuze voor de vormgeving als marktconforme regeling, die niet als staatssteun kwalificeert, sluit uit dat tegelijkertijd een beroep op de AGVV kan worden gedaan.
- 4.1.2. De vormgeving is voorts van belang voor de politieke en juridische (eind)verantwoordelijkheid. De belangrijkste verschillen zijn in onderstaande tabel in kaart gebracht:

Vrijgestelde steunmaatregel	Marktconforme 'regeling'
Gelet op de eindverantwoordelijkheid voor de naleving van de staatssteunregels, ligt de vaststelling van de tekst van de anti-afhaakregeling door de Minister/het Ministerie in de rede (vgl. de huidige Circulaire)	Geen formele rol voor de Minister/het Ministerie. De verantwoordelijkheid voor het marktconforme handelen ligt bij de individuele waterschappen. De Unie kan een faciliterende rol spelen en een kader voor de 'regeling' aanreiken om de uniformiteit en de marktconformiteit van de anti-afhaakovereenkomsten te waarborgen.

De procedurele voorwaarden voor de verlening van AGVV-steun moeten in acht worden genomen (beknopte notificatie, transparantie, verslaglegging en dossiervorming). Deze voorwaarden hebben gevolgen voor de wijze waarop anti-afhaaksubsidies mogen worden verleend: in ieder individueel geval zal moeten (kunnen) worden aangetoond dat wordt voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 44b AGVV. De anti-afhaaksubsidies mogen uitsluitend gedurende de looptijd van de AGVV worden verleend (de AGVV is tot <u>31 december 2026</u> van toepassing (zie art. 59 AGVV)).²⁰	Individuele waterschappen moeten op basis van hun dossier de marktconformiteit van de anti-afhaakovereenkomsten kunnen onderbouwen. De wijze waarop de anti-afhaakovereenkomsten moeten worden voorbereid en vormgegeven (hoogte subsidie en looptijd, etc.) volgen in beginsel uit het uniforme marktconformiteitskader. Door middel van een format²¹ dienen de waterschappen te waarborgen dat de subsidie correspondeert met de conclusies van de door EBA verrichte MEO-toets. Waterschappen kunnen er echter tevens voor kiezen een individuele MEO-toets ten aanzien van een anti-afhaakovereenkomst te laten verrichten ter onderbouwing van de marktconformiteit.
De verantwoordelijkheid voor de juiste toepassing van de AGVV ten aanzien van de vormgeving van de anti-afhaakregeling ligt bij het Ministerie en de waterschappen. De bewijslast (in een juridische procedure of een onderzoeksprocedure door de Commissie) dat de individuele subsidiebeschikkingen voldoen aan de voorwaarden van de AGVV, ligt bij de individuele waterschappen en de betreffende ondernemingen.	De verantwoordelijkheid voor de overeenstemming van de anti-afhaakregeling en de anti-afhaakovereenkomsten met het MEO-beginsel ligt bij de waterschappen en de betreffende ondernemingen. De bewijslast (in een juridische procedure) dat geen sprake is van marktconformiteit ligt in beginsel bij de partij die de marktconformiteit betwist. Indien de Commissie naar aanleiding van een klacht een onderzoek zou starten, dienen het Ministerie en de waterschappen de marktconformiteit te onderbouwen. De

²⁰ Voor regelingen geldt de overgangstermijn neergelegd in artikel 58 lid 4 (nieuw) AGVV: "*At the end of the period of validity of this Regulation, any aid schemes exempted under this Regulation shall remain exempted during an adjustment period of six months.*"

²¹ Zie ook randnr. 4.2.14.

	Commissie heeft echter de bewijslast ten aanzien van de formele kwalificatie van de anti-afhaakregeling (als staatssteun of geen staatssteun). ²²
--	--

4.2. Voor- en nadelen vormgeving als vrijgestelde steunmaatregel (AGVV-steun)

Voordelen

- 4.2.1. De voortzetting van de anti-afhaakregeling als vrijgestelde steunmaatregel heeft een aantal voordelen:
- Coördinerende rol voor het Ministerie en vaststelling van een uniforme regeling op centraal niveau;
 - De AGVV voorwaarden waarborgen de uniforme toepassing in gelijke voorwaarden en verplichten waterschappen tot transparantie ten aanzien van de voorwaarden voor de subsidieverlening en de verleende subsidies;
 - Relatieve rechtszekerheid ten aanzien van de staatssteunrechtelijke status van de individuele subsidies indien aan de voorwaarden van de regeling wordt voldaan (deze rechtszekerheid berust echter op de eigen beoordeling van de waterschappen en het Ministerie dat de regeling aan de voorwaarden van artikel 44b AGVV voldoet).

Nadelen

- 4.2.2. Aan de vormgeving als vrijgestelde steunmaatregel kleven echter ook belangrijke nadelen.
- 4.2.3. Ten eerste, is er onzekerheid of aan alle voorwaarden voor de vrijstelling kan worden voldaan. Het gaat daarbij in het bijzonder om de cumulatieve voorwaarden dat (i) de subsidie moet bijdragen aan een hoger niveau van milieubescherming en (ii) alleen ondernemingen die hun activiteiten niet zouden kunnen voortzetten zonder de subsidie, in aanmerking komen voor vrijgestelde steun.²³ De essentie van de anti-afhaakregeling is immers dat de ondernemingen zonder subsidie de activiteiten juist wel zullen kunnen voortzetten indien zij 'afhaken', d.w.z. overstappen op eigen (voor)zuivering van het afvalwater.

²² De Commissie mag dus bijvoorbeeld niet concluderen dat sprake is van staatssteun indien zij van mening zou zijn dat de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling onvoldoende is onderbouwd door de Nederlandse autoriteiten.

²³ Zie artikel 44b leden 2 en 3:

"2. Aid in the form of reductions in environmental taxes or parafiscal levies shall be compatible only where the reduction allows to achieve a higher level of environmental protection by including in the scope of the environmental tax or levy undertakings that would not be able to pursue their economic activities without the reduction.

3. Only those undertakings that would not be able to pursue their economic activities without the reduction are eligible for aid. For the purposes of this Article, this is considered the case for undertakings whose production costs would substantially increase due to the environmental tax or parafiscal levy without the reduction and which are not able to pass that increase on to customers." (onderstreping toegevoegd)

- 4.2.4. Blijkens de tweede volzin van artikel 44b lid 3 AGVV wordt aangenomen dat aan deze laatste voorwaarde wordt voldaan in geval de productiekosten van een onderneming aanzienlijk zouden stijgen als gevolg van de heffing zonder subsidie en de onderneming deze verhoging niet aan consumenten zou kunnen doorbereken. Echter, om een beroep op artikel 44b AGVV te kunnen doen zal moeten worden gewaarborgd dat iedere individuele subsidie aan deze voorwaarde voldoet. Artikel 44b lid 3 AGVV schrijft immers voor dat de stijging van de productiekosten moet worden berekend als een percentage van de bruto toegevoegde waarde voor elke sector of categorie van begunstigten.
- 4.2.5. Zoals hiervoor in randnummer 3.6 is aangegeven, lijkt het daarom niet aannemelijk dat een beroep op de hieronder weergegeven overweging van de Commissie in het goedkeuringsbesluit uit 2013 voldoende is:
- "Het feit dat grote lozers op zoek gaan naar concrete interne alternatieven om de volle heffing niet te hoeven betalen, en deze ook vinden, is een teken dat zij de hogere kosten niet kunnen afwentelen. Anders zouden zij geen middelen besteden aan het zoeken naar alternatieve oplossingen om deze kosten te verminderen."*²⁴
- 4.2.6. Het standpunt van de Commissiediensten dat ter onderbouwing van de toepasselijkheid van de vrijstelling op grond van artikel 44b AGVV (zie randnr. 3.5 hiervoor) een beroep kan worden gedaan op de overwegingen uit het goedkeuringsbesluit uit 2013 laat zich voorts moeilijk verenigen met de kritische vragen die de Commissiediensten in het kader van de informele discussie over de verlenging van de anti-afhaakregeling hebben opgeworpen ten aanzien van de verenigbaarheid van de verlenging van de anti-afhaakregeling (zie ook randnr. 2.2 hiervoor). Deze vragen zijn gesteld in het licht van de voorwaarden die in de (thans geldende) richtsnoeren zijn opgenomen²⁵ en die overeenkomen met de voorwaarden van artikel 44b AGVV. De kritische vragen zouden derhalve ook ten aanzien van de toepassing van artikel 44b AGVV. Om deze reden lijkt een beroep op deze vrijstelling voor de verlenging van de anti-afhaakregeling risicovol.
- 4.2.7. Het risico bestaat dat de anti-afhaaksubsidies op vordering van bijvoorbeeld een concurrent van een industriële lozer door een rechter worden aangemerkt als onrechtmatige staatssteun omdat niet aan alle vrijstellingsvoorwaarden wordt voldaan. De verantwoordelijkheid voor de juiste toepassing van de AGVV ligt bij de Nederlandse autoriteiten (inclusief de waterschappen). Op grond van de vaste rechtspraak dienen rechters de vrijstellingsvoorwaarden restrictief uit te leggen.²⁶

²⁴ Zie Commissie 16 oktober 2013 C(2013) 6628 final, steunmaatregel SA.36556 (2013/N) – Nederland – Anti-afhaakregeling waterschappen ([link](#)), par. 44.

²⁵ Zie de Mededeling van de Commissie van 18 februari 2022, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022 (2022/C 80/01), par. 4.7 ([link](#)).

²⁶ HvJEU 5 maart 2019, C-349/17, ECLI:EU:C-2019:172, (*Eesti Pagar*), punt 60.

- 4.2.8. Ten tweede heeft de AGVV een beperkte geldigheidsduur en staat deze toe dat de vrijstelling van artikel 44b tot eind 2026 wordt toegepast. Op grond van de overgangsregeling mag de anti-afhaakregeling nog tot 31 mei 2027 worden toegepast.²⁷ De anti-afhaakcontracten worden na deze datum niet meer gerechtvaardigd door de regeling waardoor de looptijd van deze contracten in beginsel eveneens 31 mei 2027 is. De mogelijkheid tot voortzetting van de anti-afhaakregeling als vrijgestelde steunmaatregel na het verstrijken van de looptijd van de AGVV is afhankelijk van de vraag of artikel 44b niet wordt gewijzigd of komt te vervallen in de AGVV die per 1 januari 2027 zal gelden;
- 4.2.9. Ten derde vereist de toepassing van de AGVV eveneens dat de procedurele voorwaarden in acht worden genomen (o.a. kennisgevingsverplichting, transparantieplichting; verslaglegging en dossiervorming).
- 4.2.10. Ten slotte, indien is gekozen voor de vormgeving als vrijgestelde steunmaatregel en een rechter tot de conclusie zou komen dat niet aan alle voorwaarden is voldaan en sprake is van onrechtmatige staatssteun, is de argumentatie dat de anti-afhaakregeling marktconform is minder kansrijk.

Voor- en nadelen vormgeving anti-afhaakregeling als marktconforme regeling

- 4.2.11. De vormgeving van de anti-afhaakregeling als marktconforme regeling heeft de volgende voor- en nadelen.

Voordelen

- 4.2.12. De verlening van de anti-afhaaksubsidies op grond van een marktconforme regeling sluit het meest aan bij de wijze waarop deze subsidies in de praktijk onder de Circulaire zijn verleend. De continuïteit en de stabiliteit van de anti-afhaakregeling is ook op de langere termijn gewaarborgd.
- 4.2.13. De Unie en de waterschappen hebben, binnen de grenzen van de marktconformiteit, zelf de regie over de voorwaarden voor de anti-afhaaksubsidies.
- 4.2.14. Voor de onderbouwing van de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling is een solide MEO-dossier beschikbaar. Om de marktconformiteit bij de toepassing in het individuele geval te waarborgen, is een modelregeling met een handleiding (**bijlagen 2 en 3**) opgesteld. Daarnaast heeft EBA een format ontworpen aan de hand waarvan de maximale hoogte van de subsidie kan worden bepaald (**bijlage 4**). Door het hanteren van dit format overeenkomstig de beschrijving in de handleiding, zijn de marktconforme uitgangspunten voor de hoogte van de subsidie gewaarborgd.

²⁷ Zie voetnoot 20 hiervoor.

- 4.2.15. Het vereiste onderzoek en de dossiervorming voorafgaand aan het sluiten van een anti-afhaakovereenkomst verschillen niet wezenlijk van de onderzoeken en onderbouwingen die onder de huidige anti-afhaakregeling worden gemaakt. Alleen de formalisering van de voorwaarde waarvoor de marginale kosten van de rwzi moeten worden bepaald, is nieuw.
- 4.2.16. De kans op klachten over de voortzetting van de anti-afhaakregeling lijkt zeer beperkt indien alle waterschappen de modelregeling op dezelfde wijze toepassen. Bovendien geldt er een zware bewijslast voor partijen die zouden willen betogen dat geen sprake is van een marktconforme regeling en marktconforme subsidies. Zoals hiervoor in de tabel is uiteengezet, geldt eveneens een zware bewijslast voor de Commissie indien zij naar aanleiding van een klacht, ondanks de informele afstemming en het beschikbare MEO-dossier, toch zou willen vaststellen dat geen sprake is van een marktconforme regeling.
- 4.2.17. Indien in de toekomst twijfel zou ontstaan over de marktconformiteit van de regeling, bijvoorbeeld door een uitspraak van het Gerecht of het Hof van Justitie van de EU in de aanhangige procedure over het Deense tariefstelsel²⁸, kan de regeling dan verder worden aangescherpt om de marktconformiteit nog verder te waarborgen. Daarnaast zou alsnog kunnen worden besloten om de regeling als vrijgestelde steunmaatregel vorm te geven en vanaf dat moment conform de AGVV toe te passen.

Nadelen:

- 4.2.18. De verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de marktconformiteit van de anti-afhaakregeling en het beschikbaar hebben van een 'MEO-dossier' rust op de individuele waterschappen (en de ondernemingen).
- 4.2.19. De marktconforme voorwaarden brengen een extra administratieve last met zich mee, doordat:
- a. het waterschap voorafgaand aan de subsidieverlening de maximale toegestane subsidie dient te bepalen aan de hand van het door EBA ontworpen format;
 - b. ter waarborging van de marktconformiteit een externe validatie van de kosten van de rwzi of het ingevulde format wordt aangeraden.

Deze extra administratieve last lijkt echter niet (wezenlijk) omvangrijker dan de administratieve lasten bij vormgeving als AGGV-steun.

- 4.2.20. Indien (onverhoopt) zou worden vastgesteld dat de anti-afhaakregeling ten algemene of de toepassing ervan in een concreet geval resulteert in staatssteun – hetgeen bij de juiste toepassing van een uniform kader niet aannemelijk is gelet op het beschikbare MEO-dossier – dan kan voor de reeds verleende subsidie geen beroep meer worden gedaan

²⁸ Zie voetnoot 16.

op de AGVV. Deze subsidie is dan immers niet conform de (procedurele) voorwaarden van de AGVV verleend. Een beroep op de AGVV is alleen voor toekomstige subsidies mogelijk.

4.3. Advies

- 4.3.1. Gelet op de hiervoor genoemde nadelen van de vormgeving van de regeling als vrijgestelde steunmaatregel en de voordelen en beperkte nadelen van de vormgeving als marktconforme regeling, is het mijns inziens raadzaam de anti-afhaakregeling voort te zetten als marktconforme regeling conform de opgestelde Modelregeling (zie bijlage 1 bij deze notitie).
- 4.3.2. Hoewel ten aanzien van de toepassing van de marktconforme regeling in het individuele geval wel steeds moet worden geverifieerd dat de vaste en variabele kostenverdeling van de betreffende rwzi en de hoogte van de subsidie voldoen aan de conclusies van de door EBA verrichte MEO-toets, kan deze extra administratieve last zoveel mogelijk worden verlicht door gebruik van het door EBA ontworpen format. Hiermee kan worden voorkomen dat ten aanzien van iedere individuele anti-afhaaksubsidie een separate MEO-toets moet worden verricht. Een separate MEO-toets is echter wel raadzaam indien wordt afgeweken van de Modelregeling (zie in bijlage 1 bij deze notitie). Tegenover deze 'lastenverzwaring' bij de marktconforme vormgeving staat dat de regeling toekomstbestendiger is dan bij de vormgeving van de regeling als AGVV-steun.

Bijlagen:

1. Vastgestelde Engelse tekst van artikel 44b AGVV (aangehecht)
2. Modelregeling voor de marktconforme toepassing van de bevoegdheid tot subsidieverlening ex artikel 122d, vijfde lid, aanhef en onder b, Waterschapswet (bijgevoegd als los document)
3. Handleiding marktconforme toepassing bevoegdheid tot subsidieverlening ex artikel 122d, vijfde lid, aanhef en onder b Waterschapswet (bijgevoegd als los document)
4. EBA format handleiding MEO-toets RWZI (bijgevoegd als los document)
5. Overzicht dossierstukken

* * *

Bijlage 1

Tekst nieuw artikel 44b AGVV (Engelse versie):²⁹

Aid in the form of reductions in environmental taxes or parafiscal levies

- 1. Aid schemes in the form of reductions in environmental taxes or parafiscal levies shall be compatible with the internal market within the meaning of Article 107(3) of the Treaty and shall be exempted from the notification requirement of Article 108(3) of the Treaty, provided that the conditions laid down in this Article and in Chapter I are fulfilled. This Article shall not apply to reductions in taxes or levies on energy products and electricity, defined in Article 2 of Council Directive 2003/96/EC.*
- 2. Aid in the form of reductions in environmental taxes or parafiscal levies shall be compatible only where the reduction allows to achieve a higher level of environmental protection by including in the scope of the environmental tax or levy undertakings that would not be able to pursue their economic activities without the reduction.*
- 3. Only those undertakings that would not be able to pursue their economic activities without the reduction are eligible for aid. For the purposes of this Article, this is considered the case for undertakings whose production costs would substantially increase due to the environmental tax or parafiscal levy without the reduction and which are not able to pass that increase on to customers. The increase in the production costs shall be calculated as a proportion of the gross value added for each sector or category of beneficiaries.*
- 4. The beneficiaries shall be selected on the basis of transparent, non-discriminatory and objective criteria. The aid shall be granted in the same way to all eligible undertakings operating in the same sector of economic activity that are in the same or similar factual situation in respect of the objectives of the aid measure.*
- 5. The gross grant equivalent of the aid shall not exceed 80 % of the nominal rate of the tax or levy.*
- 6. Aid schemes in the form of reductions in environmental taxes or parafiscal levies may be based on a reduction of the applicable tax rate or on the payment of a fixed compensation amount or on a combination of these mechanisms.”;*

Toelichtende overweging in considerans bij de wijziging van de AGVV:

(22) It is necessary to include in the scope of Regulation (EU) No 651/2014 compatibility conditions for aid in the form of environmental tax or levy reductions. Environmental

²⁹ Zie [hier](#) de op 9 maart 2023 door de Commissie vastgestelde tekst.

taxes or parafiscal levies are imposed in order to increase the costs of environmentally harmful behaviour, thereby discouraging such behaviour and increasing the level of environmental protection. Where environmental taxes or parafiscal levies could not be enforced without putting the economic activities of certain undertakings at risk, granting a more favourable treatment to some undertakings may allow to achieve a higher general level of contribution to the environmental taxes or parafiscal levies. Accordingly, in some circumstances, reductions in environmental taxes or levies can indirectly contribute to a higher level of environmental protection.