

Bijlage 2

Staatssteun

Van staatssteun is sprake als aan vijf voorwaarden wordt voldaan: er moet sprake zijn van (i) staatsmiddelen die (ii) selectief en (iii) op non-marktconforme wijze aan (iv) onderneming(en) worden verstrekt, waarbij (v) de mededinging wordt vervalst en het interstatelijk handelsverkeer wordt beïnvloed.¹

In alle drie de scenario's om de kinderopvang te harmoniseren verstrekt de gemeente financiering aan *bepaalde* aanbieders van kinderopvang en voorschoolse educatie. In scenario 1 betreft het één aanbieder, in scenario 2 (beperkt open speelveld) een beperkt aantal partijen en in scenario 3 (open speelveld) aanbieders die aan bepaalde vereisten voldoen. Dit betekent dat er sprake zal zijn van (i) staatsmiddelen die (ii) selectief zullen worden verleend. Het is daarnaast mogelijk dat de steun aan de overige staatssteunvoorwaarden voldoet: de steun zal mogelijk (iii) niet-marktconform zijn en (iv) leiden tot een potentiële vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Tot slot wordt in het algemeen aangenomen dat kinderopvang een economische activiteit is² en dat de aanbieders van kinderopvang en voorschoolse educatie (dus) – in ieder geval voor wat betreft de kinderopvangactiviteiten – een (v) onderneming vormen.

Het is echter de vraag of de financiering van voorschoolse educatie een economische activiteit is. Anders dan bij de kinderopvangactiviteiten (waarvoor een markt bestaat), is het bij de activiteiten op het gebied van voorschoolse educatie waarschijnlijk dat deze niet economisch van aard zijn.³ Voorschoolse educatie is vergelijkbaar met primair onderwijs. Aangezien primair onderwijs geen economische activiteit vormt,⁴ geldt dit naar analogie waarschijnlijk ook voor voorschoolse educatie. Dat op voorschoolse educatie de staatssteunregels niet van toepassing zijn hebben de ministeries van SZW en OCW (kennelijk) aan Europa Decentraal bevestigd.⁵ In dat geval kwalificeren aanbieders niet als onderneming voor zover zij voorschoolse educatie aanbieden. Steun die ten goede komt aan voorschoolse educatie kwalificeert dan tevens niet als staatssteun. Als gevolg daarvan zijn de staatssteunregels wel van toepassing op de subsidie / bekostiging ten behoeve van de kinderopvang, maar niet op de subsidie / bekostiging ten behoeve van de voorschoolse educatie.

¹ Artikel 107 lid 1 Verdrag op de Werking van de Europese Unie ("VWEU").

² Ingevolge het *Höfner* arrest (HvJ EG 23 april 1991, C-41/90) kwalificeert elke entiteit die goederen en/of diensten aanbiedt op een markt als een onderneming. Kinderopvangorganisaties worden sinds de liberalisering van de markt voor kinderopvang derhalve als ondernemingen gezien (ongeacht hun rechtsvorm of de wijze van financiering).

³ Hierbij gaan wij ervan uit dat de voorschoolse educatie wordt aangeboden op een kinderopvanginstelling en een educatieve doelstelling heeft.

⁴ Zie [Mededeling Staatssteun](#) (2016/C 262/01) van de Europese Commissie, randnummer 29 en meer specifiek het *Humbel en Edel* arrest (HvJ EG 27 september 1988, 263/98), waarin het HvJ in randnummer 18 heeft geoordeeld dat de overheid bij de organisatie en handhaving van een openbaar onderwijsstelsel dat (hoofdzakelijk) uit de staatskas wordt gefinancierd geen dienst verleent maar zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult.

⁵ Zie [Handreiking Juridische Vraagstukken Harmonisatie](#) opgesteld door Pels Rijcken in opdracht van Sociaal Werk Nederland, p. 12, voetnootnr. 5.

Hoewel voorschoolse educatie dus (waarschijnlijk) is uitgezonderd van het staatssteunrecht (hetzelfde geldt voor het aanbestedingsrecht), geldt dit niet voor kinderopvangactiviteiten en andere activiteiten. Zodra er dus sprake is van enige vermenging, moet alsnog op het staatssteunrecht (en het aanbestedingsrecht) getoetst worden. Het is de vraag of vermenging in de praktijk te voorkomen is.

Zodra de gemeente activiteiten bekostigt die niet direct onder voorschoolse educatie vallen, is waarschijnlijk sprake van staatsteun en zou nader onderzocht moeten worden of en hoe deze steun vrijgesteld kan worden van de meldplicht (ook om terugvorderingsrisico's en reputatieschade te voorkomen). Vrijstelling is bijvoorbeeld mogelijk op grond van de algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV) of door de met staatssteun bekostigde activiteiten als een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) aan te merken. De DAEB-regelgeving zou een uitkomst kunnen bieden indien de gemeente aan kan tonen dat aanbieders zonder gemeentelijke financiering onvoldoende aanbod kunnen garanderen.

Het aankondigen en openstellen van de procedure voor alle geïnteresseerde partijen lijkt hoe dan ook een verstandige keuze. Het is bovendien de meest effectieve wijze om een groot aanbod van de markt te krijgen, dat voldoet aan de eisen en wensen van de gemeente. Een voordeel van het hanteren van een transparante procedure die openstaat voor iedere geïnteresseerde partij, is bovendien dat er in uitgangspunt geen sprake zal zijn van staatssteun, omdat de markt / mededinging zijn werk kan doen en er in principe sprake zal zijn van een marktconforme vergoeding. Aan de vijf vereisten voor staatsteun wordt in dat geval niet voldaan.

Wet markt en overheid

Als een overheid of een overheidsbedrijf een economische activiteit verricht (d.w.z. een goed of dienst aanbiedt op een markt) komt de Wet markt en overheid in beeld. Toegepast op het onderhavige geval, is de Wet markt en overheid dus niet van toepassing op de economische activiteiten verricht door de aanbieders van kinderopvang en voorschoolse educatie, maar is de Wet markt en overheid aanvullend van kracht op eventuele economische activiteiten verricht door de gemeente zelf.

In het onderhavige geval zou de Wet markt en overheid bijvoorbeeld van toepassing kunnen zijn op de verhuur of terbeschikkingstelling van (school)ruimtes waarin de kinderopvangorganisaties gehuisvest zijn. In dat geval concurreert de gemeente Utrecht met (private) verhuurders op een markt. In dat geval dient de gemeente op grond van de Wet markt en overheid ten minste de integrale kosten van de dienst (verhuur van ruimte(s)) in rekening te brengen bij de kinderopvangorganisaties.⁶ Daarnaast dient de gemeente in dit geval de verhuur van de ruimte(s) te scheiden van haar publieke taken en deze scheiding (onder meer) door te voeren bij de belasting van haar personeel.⁷ Tot slot mag de gemeente gegevens verkregen in de uitoefening van haar publieke taak in dit geval niet inzetten bij de verhuur van ruimte(s) (of andere economische activiteiten).⁸

⁶ Artikel 25i Wet Markt en Overheid.

⁷ Artikel 25l Wet Markt en Overheid.

⁸ Artikel 25k Wet Markt en Overheid.