

Natuurbeschermingsorganisaties en staatssteun: een lastige combinatie

Mr. H.C.E.P.J. Janssen, datum 15-12-2020

Datum

15-12-2020

Auteur

Mr. H.C.E.P.J. Janssen^[1]

JCDI

JCDI:ADS247940:1

Vakgebied(en)

Belastingrecht algemeen (V)

In een arrest van 3 september 2020 (C-817/18) heeft het HvJ EU bevestigd dat ook natuurbeschermingsorganisaties rekening moeten houden met de Europese staatssteunregels. Steun die in strijd met de staatssteunregels is verstrekt, moet met rente van de begunstigde onderneming worden teruggevorderd. Maar zover zijn we in het onderhavige geval nog niet. De Europese Commissie (Commissie) had na een inleidend onderzoek in een besluit van 2 september 2015 (steunmaatregel SA.27301) vastgesteld dat de Regeling bijdragen particuliere terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties (PNB-regeling) geen staatssteun vormt. Volgens het hof had de Commissie niet tot dat oordeel kunnen komen zonder eerst formeel onderzoek te doen. Daarom had het Gerecht van de EU (Gerecht) het besluit van de Commissie terecht in een arrest van 15 oktober 2018 (T-79/16) vernietigd. De Commissie is dus weer aan zet. Maar of dit betekent dat de Nederlandse natuurbeschermingsorganisaties een deel van de op basis van de PNB-regeling ontvangen subsidies moeten terugbetalen, kan thans nog niet worden gezegd. Het kan nog alle kanten uit.

De casus

In 2008 dienden twee Nederlandse particuliere stichtingen een klacht in bij de Europese Commissie over subsidies die Nederland op basis van de PNB-regeling (*Stcrt.* 1993 nr. 137) aan de Vereniging Natuurmonumenten en twaalf provinciale natuurbeschermingsorganisaties (samen de terreinbeherende organisaties (TBO's)) had toegekend voor de verwerving van natuurterreinen ten behoeve van natuurbescherming. De klagers werden in de administratieve procedure opgevolgd door de Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters (VGG).

Zonder de formele onderzoeksprocedure in te leiden, constateerde de Commissie in een besluit van 2 september 2015 dat de dertien TBO's hoofdzakelijk niet-economische activiteiten uitvoeren, namelijk natuurbescherming en natuurbehoud. De TBO's verrichten echter ook bepaalde '*secundaire activiteiten*', zoals de verkoop van hout en riet, de verhuur van jacht- en visrechten, alsmede toeristische diensten. Met betrekking tot deze nevenactiviteiten merkte de Commissie de TBO's aan als onderneming in de zin van de mededingingsregels, daar die activiteiten volgens het Duitsland/Commissie-arrest (T-347/09) wel een economisch karakter hebben. Als gevolg hiervan kwalificeerde de Commissie de door Nederland toegekende subsidies als onrechtmatige staatssteun. Deze steun werd echter goedgekeurd. Nederland had die namelijk toegekend voor een door de TBO's te verrichten dienst van algemeen economisch belang (DAEB), bestaande uit natuurbescherming en natuurbehoud. De nevenactiviteiten vielen volgens de Commissie onder deze '*globale DAEB*'. Tegen dit besluit ging de VGG in beroep bij het Gerecht.

In een arrest van 15 oktober 2018 werd ten minste één van de leden van VGG door het Gerecht als '*belanghebbende*' aangemerkt in de zin van art. 108 lid 2 VWEU en art. 1 sub h Vo 659/1999 (thans art. 1 sub h Vo 2015/1559). Het betrokken lid was namelijk aan te merken als concurrent van de TBO's (r.o. 66, 67 en 73). Verder stelt het Gerecht vast dat de Commissie de steun niet had kunnen goedkeuren zonder eerst de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Door de VGG was immers terecht aangevoerd dat de Commissie '*ernstige moeilijkheden*' had ondervonden bij het beantwoorden van de vraag of de nevenactiviteiten van de TBO's noodzakelijk waren voor het beheer van de aan hen opdragen DAEB (r.o. 140). Bijgevolg vernietigde het Gerecht het besluit van de Commissie. De dertien TBO's konden zich niet met deze uitspraak verenigen en gingen in beroep bij het hof.

Oordeel van het Hof

Ontvankelijkheid beroep

Het hof merkt op dat volgens het Gerecht in ieder geval één van de leden van VGG een concurrent is van de TBO's (r.o. 41-43). De beoordeling van de feiten waar het Gerecht dit uit heeft afgeleid is niet vatbaar voor beroep (r.o. 44-46). Vanwege de door het Gerecht vastgestelde concurrentierelatie, is de VGG te beschouwen als '*belanghebbende*' in de zin van art. 108 lid 2 VWEU (r.o. 50-51). De stelling van de VGG en de Commissie dat de bestreden steunmaatregel geen '*concrete gevolgen*' had voor de leden van VGG, is in dit kader niet relevant (r.o. 52). Het beroep van de VGG is bijgevolg ontvankelijk.

Ernstige moeilijkheden

In de visie van de Commissie vielen de nevenactiviteiten van de TBO's onder de '*globale DAEB*'. Deze conclusie was uitsluitend gebaseerd op de omstandigheid dat de kosten van en de inkomsten uit die activiteiten werden verrekend met de kosten die verbonden waren aan de niet-economische hoofdactiviteit van de TBO's (hof r.o. 92). Gelet op randnummer 11 van de DAEB Kaderregeling (*PbEU* 2012, C 8/15) had de Commissie echter moeten nagaan of de betreffende nevenactiviteiten voor het beheer van de aan de TBO's opgedragen DAEB noodzakelijk waren (hof r.o. 103). Nevenactiviteiten die zelf niet onder de DAEB vallen, kunnen niet worden geacht voor die DAEB noodzakelijk te zijn op de enkele grond dat de behaalde winst wordt bestemd voor de financiering ervan. Compensatie die wordt toegekend voor nevenactiviteiten die niet noodzakelijk zijn voor het beheer van de DAEB, is aan te merken als overcompensatie en vormt bijgevolg staatssteun (hof r.o. 108).

Gelet hierop had de Commissie niet zonder aanvullende informatie kunnen besluiten dat de nevenactiviteiten van de TBO's noodzakelijk waren voor de aan hen opgedragen DAEB (hof r.o. 109). Aangezien deze informatie ontbrak, berustte de analyse van de Commissie op ontoereikende gegevens (hof r.o. 111). Mede daarom kon het Gerecht terecht oordelen dat de Commissie '*ernstige moeilijkheden*' had ondervonden tijdens de inleidende fase van het onderzoek naar de PNB-regeling (hof r.o. 86 en 112). Het hof wijst het beroep van de TBO's derhalve af.

Commentaar

Staatssteunprocedure Commissie

Een staatssteunprocedure bij de Commissie kent twee fasen: een eerste inleidend onderzoek en het formele onderzoek. Na een inleidend onderzoek, kan de Commissie op grond van art. 4 leden 2, 3 en 4 Vo 2015/1559 drie besluiten nemen:

- 1 de onderzochte maatregel vormt geen staatssteun;
- 2 de onderzochte maatregel kwalificeert als staatssteun, maar is met de interne markt verenigbaar; of
- 3 er wordt een formeel onderzoek gestart als bedoeld in art. 108 lid 2 VWEU.

In de eerste twee gevallen maakt de Commissie feitelijk geen bezwaar tegen de maatregel. De Commissie is echter verplicht een formeel onderzoek te starten indien zij twijfels heeft over de verenigbaarheid. Dit blijkt onder andere uit het Club Hotel Loutraki-arrest (C-131/15) (r.o. 30-32). Na afronding van het formele onderzoek kan de Commissie besluiten dat de onderzochte maatregel geen staatssteun vormt. Is wel sprake van staatssteun, dan kan de Commissie de maatregel – eventueel na aanpassing door de lidstaat – met de interne markt verenigbaar verklaren. Aan de andere kant kan de onderzochte maatregel ook onverenigbaar zijn met de interne markt. Alsdan moet de Commissie de lidstaat verbieden de maatregel ten uitvoer te leggen. Is de betreffende maatregel in weerwil van de in art. 108 lid 3 VWEU voorgeschreven '*stand-still*'-verplichting al ten uitvoer gebracht, dan kan de Commissie niet anders dan de lidstaat opdragen deze onrechtmatige staatssteun met rente van de begunstigde(n) terug te vorderen.

Belanghebbende

Blijkens art. 20 lid 2 Vo 659/1999 (thans art. 24 lid 2 Vo 2015/1559) heeft een '*belanghebbende*' het recht om bij de Commissie een klacht in te dienen '*van mogelijk onrechtmatige steun of van mogelijk misbruik van steun*'. Een dergelijke belanghebbende is vervolgens op grond van art. 263 vierde alinea VWEU bevoegd beroep in te stellen bij het hof tegen een besluit van de Commissie om geen bezwaar te maken tegen een beweerdelijke steunmaatregel zonder eerst de formele onderzoeksprocedure in te leiden (Gerecht r.o. 51-52).

Ingevolge art. 1 sub h Vo 659/1999 (thans art. 1 sub h Vo 2015/1559) zijn '*concurrerende ondernemingen*' als belanghebbenden te beschouwen. Bij het Gerecht stelden de Commissie en de TBO's dat de VGG niet als zodanig kwalificeerde. De leden van de VGG zouden ten aanzien van de nevenactiviteiten hooguit indirect met de TBO's concurreren. In verband hiermee zou de VGG hebben moeten bewijzen dat de belangen van haar leden door de toekenning van de steun zouden kunnen worden aangetast en deze steun een concreet effect op hun situatie zou kunnen hebben. Dit bewijs zou de VGG niet hebben geleverd. Het Gerecht verwierp dit betoog en merkte de VGG aan als belanghebbende. Door ten minste één lid van de VGG werden immers dezelfde nevenactiviteiten verricht als de TBO's. Daarmee had de VGG een concurrentierelatie aangetoond tussen het betreffende lid en de TBO's (Gerecht r.o. 66-67). Deze concurrentierelatie was in de visie van het Gerecht door de PNB-regeling concreet beïnvloed (Gerecht r.o. 68-73).

In de procedure bij het hof werd vorenbedoeld oordeel van het Gerecht door de TBO's betwist. Volgens het hof komt aan deze betwisting echter geen relevantie toe. Voor de kwalificatie als belanghebbende volstaat namelijk dat de leden van VGG *'concurrenten van de TBO's zijn'*. Een klager die is aan te merken als concurrent van de begunstigde onderneming, kwalificeert als *'belanghebbende'* in de zin van art. 108 lid 2 VWEU. Deze klager hoeft niet aan te tonen dat de bestreden steunmaatregel concrete gevolgen voor hem heeft of dreigt te hebben (r.o. 52).

Natuurbeschermingsorganisaties als onderneming

Volgens vaste jurisprudentie vormt een maatregel staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU indien de maatregel i) afkomstig is van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd, ii) een of meer ondernemingen iii) een selectief voordeel verschaft, waardoor iv) de mededinging wordt vervalst en v) de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Het gaat hierbij om cumulatieve criteria.

Gelet op deze definitie heeft een natuurbeschermingsorganisatie slechts met de staatssteunregels te maken op het moment dat zij is aan te merken als onderneming. Het begrip 'onderneming' omvat volgens het Höfner en Elser-arrest (C-41/90):

"elke eenheid [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd" (r.o. 21)

Gelet hierop moet nagegaan worden of een natuurbeschermingsorganisatie een *'economische activiteit'* verricht. Hier is volgens het Commissie/Italië-arrest (118/85) mee bedoeld *'het aanbieden van goederen en diensten op de markt'* (r.o. 7). Daarentegen leert het SAT-arrest (C-364/92) ons dat activiteiten die in het kader van de uitoefening van het overheidsgezag worden verricht, niet van economische aard zijn (r.o. 30). Het ondernemingsbegrip is overigens functioneel van aard. Een entiteit kan blijken het MOTOE-arrest (C-49/07) voor een bepaalde activiteit kwalificeren als onderneming en voor een andere activiteit niet (r.o. 25). Voor zover een entiteit een economische activiteit uitoefent die losstaat van de uitoefening van haar overheidsbevoegdheden, handelt zij ten aanzien van die activiteit dus als onderneming. Is de economische activiteit daarentegen onlosmakelijk verbonden met de uitoefening van overheidsbevoegdheden, dan blijven volgens het TenderNed-arrest (C-687/17) alle activiteiten van de betrokken entiteit activiteiten in het kader van de uitoefening van overheidsbevoegdheden (r.o. 18-19 en 44).

In het hiervoor reeds genoemde Duitsland/Commissie-arrest stelde het Gerecht vast dat de *'natuurbeschermingsactiviteiten'* van de betrokken Duitse natuurbeschermingsorganisaties uitsluitend een maatschappelijk karakter (*'sozialen Charakter'*) hadden en daarom geen economische activiteiten vormden (r.o. 31). De nevenactiviteiten zoals de landbouw, bosbouw, de verpachting van jacht- en visserijrechten, alsmede toerisme, waren volgens het Gerecht echter wel economisch van aard. Deze activiteiten worden immers meestal onder marktomstandigheden door ondernemingen die met elkaar concurreren en winst nastreven verricht. Bovendien zijn en worden dergelijke activiteiten niet altijd door de overheid uitgevoerd (r.o. 34, 40-41). Aangezien de nevenactiviteiten niet *'onlosmakelijk verbonden'* waren met de natuurbeschermingsactiviteiten (r.o. 52), konden de Duitse natuurbeschermingsorganisaties voor deze activiteiten als onderneming worden beschouwd (r.o. 45-46).

Ten aanzien van de TBO's kwam de Commissie voor wat betreft de kwalificatie van de verschillende activiteiten tot een vergelijkbare conclusie. Volgens de Commissie hadden de natuurbeschermingsactiviteiten van de TBO's geen economisch karakter (randnr. 47). De nevenactiviteiten van de TBO's waren daarentegen wel economisch van aard. Bijgevolg merkte de Commissie de TBO's voor die activiteiten als onderneming aan (randnr. 52).

DAEB

Voor het geval de Commissie de PNB-regeling als staatssteun zou aanmerken, had Nederland aangevoerd dat de TBO's op grond van de PNB-regeling waren belast met een DAEB bestaande uit: i) een dienst van algemeen belang (DAB) zijnde natuurbescherming en ii) *'inkomstengenererende'* nevenactiviteiten (randnr. 90). Deze Nederlandse redenering stelde de Commissie in staat art. 106 lid 2 VWEU van stal te halen. Op grond van die bepaling kan de Commissie immers *'compensaties voor DAEB's verenigbaar met de interne markt verklaren'* (randnr. 79).

De toetsing van de compensaties voor DAEB's is feitelijk een *'meertrapsraket'* die het bestek van dit artikel te boven gaat. Uiteindelijk paste de Commissie de DAEB Kaderregeling toe (randnr. 73). Op basis hiervan stelde de Commissie vast dat de nevenactiviteiten van de TBO's *'binnen het bereik van de globale DAEB'* vielen (randnr. 93), enkel en alleen omdat de inkomsten uit de nevenactiviteiten werden *'afgetrokken van het bedrag van de beheersubsidies die de TBO's konden krijgen om de kosten voor het beheer van hun natuurterreinen te dekken'* (Commissie randnr. 79). Dit is volgens het hof onvoldoende om een onlosmakelijk verband aan te nemen tussen de economische nevenactiviteiten en de aan de TBO's opgedragen DAEB (hof r.o. 108).

De redenering van het hof is op het eerste gezicht een beetje merkwaardig. Als de nevenactiviteiten uit de DAEB worden gehaald, blijft per slot van rekening slechts een DAB over. Alle partijen waren het erover eens dat natuurbehoud geen economische activiteit vormt. Een DAB wordt niet economisch door die als DAEB op te dragen. Volgens de Commissie waren de nevenactiviteiten van de TBO's *'niet noodzakelijkerwijs gekoppeld [...] aan natuurbehoud'* (randnr. 50). Deze conclusie baseerde de Commissie op het Duitsland/Commissie-arrest. Bij gebreke van een onlosmakelijk verband, kon de

Commissie eigenlijk niet tot de conclusie komen dat de nevenactiviteiten onderdeel uitmaakten van de 'globale DAEB'. Gerecht en hof hebben deze tegenstrijdigheid ook gezien, maar niet als zodanig benoemd. Volgens Gerecht en hof beschikte de Commissie aan het einde van de inleidende onderzoeksprocedure over onvoldoende informatie 'met betrekking tot de door de TBO's verrichte activiteiten' (r.o. 90). Mogelijk konden of wilden Gerecht en hof niet op voorhand uitsluiten dat de DAEB meer omvatte dan alleen natuurbeheer en de economische nevenactiviteiten. De overwegingen van het hof over het onlosmakelijke verband tussen de DAEB en de nevenactiviteiten moeten naar mijn mening in dit licht worden gezien. Anders hadden Gerecht en hof zich kunnen beperken tot de vraag of Nederland de economische nevenactiviteiten überhaupt als DAEB had kunnen aanmerken.

In de jurisprudentie en de besluitenpraktijk van de Commissie zijn diverse voorbeelden te vinden van diensten die als DAEB kwalificeren. Zo kan bij een DAEB gedacht worden aan onrendabele vervoersdiensten (Altmark-arrest, C-280/00), sociale huisvesting (Woonlinie-arrest, T- 202/10 RENV II) en afvalverwerking (FFAD-arrest, C-209/98). Dit laat echter onverlet dat steeds gekeken moet worden naar de lokale situatie. Een dienst die in de ene lidstaat als een DAEB kwalificeert, kan in een andere lidstaat het algemeenbelangkarakter ontberen.

Lidstaten hebben daarom een ruime beoordelingsmarge om de omvang van een DAEB te bepalen. Deze bevoegdheid is volgens het hof echter niet dermate ruim dat diensten 'die kunnen worden verricht door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn', als DAEB kunnen worden aangewezen (r.o. 95 en 105), mits dit wordt gedaan 'op voorwaarden die stroken met het algemeen belang' (r.o. 104). Zo bezien hebben we te maken met twee criteria. Als een activiteit door commerciële ondernemingen kan worden verricht, is die activiteit doorgaans economisch van aard (zie: conclusie A-G Jacobs in C-222/04) (randnr. 78). Het algemeen belang kan vervolgens meebrengen dat de betreffende activiteit als DAEB kan worden aangemerkt. Zonder het tweede criterium kunnen economische activiteiten niet als DAEB worden gemerkt. Dit wordt duidelijk als we naar het TenderNed-arrest kijken. Ook als een bepaalde dienst reeds door commerciële ondernemingen wordt aangeboden, kan de Staat later besluiten die in het algemeen belang zelf te gaan aanbieden (r.o. 46).

Hoe nu verder?

Het AD kopte op 4 september 2020: *Natuurclubs moeten mogelijk miljoenen aan 'staatssteun' terugbetalen: 'Ze zullen grond moeten verkopen'*. Dit roept de vraag op hoe realistisch dit eventuele scenario thans is.

Het hof heeft het besluit van de Commissie vernietigd. Als gevolg hiervan is de Commissie overeenkomstig art. 266 VWEU gehouden alle 'maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof'. In het onderhavige geval kan de Commissie de procedure hervatten op het punt waar het fout ging (Allitalia II-arrest, T-301/01) (r.o. 99), namelijk het nemen van het eerstefasebesluit. Eventueel zou de Commissie het inleidende onderzoek kunnen hervatten om te kijken of de 'ernstige moeilijkheden' alsnog kunnen worden verholpen. Lukt dit niet, dan kan de Commissie eigenlijk niet anders dan een formeel onderzoek starten. Dit laatste ligt in zekere zin voor de hand, aangezien daarmee de procedurele rechten van de VGG zouden worden gewaarborgd. Het schenden van die rechten vormde immers de belangrijkste beroepsgrond van de VGG (hof r.o. 23 en 81). Verder mag niet uit het oog worden verloren dat de inleidende onderzoeksprocedure al bijna zeven jaar heeft geduurd. En dan is de tijd gemoeid met de procedure bij het hof niet eens meegeteld!

De Commissie moet volgens het hof onderzoek doen naar de activiteiten die de TBO's verrichten. Eigenlijk dient de Commissie na te gaan of de DAEB die Nederland de TBO's heeft opgedragen meer omvat dan alleen het natuurbehoud en de nevenactiviteiten. In het ontkennende geval kan de Commissie mogelijk niet anders concluderen dan dat we te maken hebben met een DAB (het natuurbehoud) en economische nevenactiviteiten. De Commissie had al op basis van het Duitsland/Commissie-arrest vastgesteld dat de nevenactiviteiten niet onlosmakelijk met het natuurbehoud verbonden zijn. Hoewel de Commissie hierop terug mag komen (Telefonica de España-arrest, T-151/11) (r.o. 46), ligt dat niet voor de hand. Het betreft een al jaren geleden ingezette en door het hof geaccepteerde beleidskeuze van de Commissie. De nevenactiviteiten zelf aanmerken als DEAB is, mede gezien de vingerwijzing van het hof, evenmin te verwachten. Zo bezien lijkt een deel van de steun die de TBO's hebben ontvangen waarschijnlijk aan de economische nevenactiviteiten ten goede te zijn gekomen. Dat deze activiteiten (beweerdelijk) onrendabel zijn en in verhouding tot het natuurbeheer een geringe omvang hebben, is irrelevant. Blijkens het Franse havens-arrest bestaat er voor economische activiteiten immers geen ondergrens (T-747/17) (r.o. 83). Hiermee is echter niet gezegd dat de betrokken steun dus met rente moet worden terugbetaald. Met een bereidwillige Commissie en een proactieve Nederlandse aanpak, kan ik mij creatieve oplossingen voorstellen waarbij de spreekwoordelijke staatssteunklippen alsnog geheel of ten dele in het voordeel van de TBO's omzeild kunnen worden. Dus of het uiteindelijk tot een miljoenenterugvordering komt, valt op dit moment nog niet te voorspellen.

Betekenis voor de praktijk

Onderhavig arrest bevat een interessant procedureel punt. Concurrenten van de begunstigde onderneming(en) zijn te beschouwen als belanghebbende. Concrete benadeling door de gewraakte steunmaatregel hoeft niet te worden aangetoond. Concurrenten in staatssteunzaken zijn daardoor als belanghebbende aan te merken en kunnen klagen bij de Commissie en beroep instellen bij het hof.

Inhoudelijk gezien, is het besproken arrest met name lezenswaardig vanwege de discussie rondom de DAB en de DAEB. In de praktijk wordt de DAEB niet zelden van stal gehaald om een maatregel 'staatssteunproof' te maken. Dit kan niet onbegrensd. Zo levert een eventuele DAB gecombineerd met een economische nevenactiviteit naar mijn mening niet noodzakelijkerwijs een DAEB op. Er zal eerst gekeken moeten worden of de nevenactiviteit kan worden gescheiden van de DAB waarmee een entiteit is belast. Als de nevenactiviteit uitsluitend dient als financieringsbron voor de DAB, is van een onlosmakelijk verband geen sprake. Met betrekking tot de nevenactiviteit kwalificeert de betreffende entiteit dan als onderneming en zijn de staatssteunregels in beginsel op deze activiteit van toepassing. Eventueel kan de nevenactiviteit echter ook samenhangen met een aan dezelfde entiteit opgedragen DAEB, niet zijnde de DAB. In voorkomend geval volgt de nevenactiviteit de DAEB, inclusief de staatssteunrechtelijke beoordeling. Net als bij de DAB, kan de noodzakelijke samenhang evenmin uitsluitend gebaseerd worden op de financieringsfunctie van de nevenactiviteit. Bij gebreke van samenhang kan de nevenactiviteit tot slot mogelijk als een zelfstandige DAEB worden opgedragen. Dit moet dan wel door het algemeen belang worden gerechtvaardigd. Ontbreekt ook deze rechtvaardiging, dan zijn de staatssteunregels onverkort op de betreffende nevenactiviteit van toepassing.

Voetnoten

[1]

Mr. H.C.E.P.J. Janssen is werkzaam als advocaat of counsel bij DVAN advocaten te Utrecht, www.eric.janssen@dvan.nl, www.eric-janssen.nl.