

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

3 september 2020 (*)

„Hogere voorziening – Staatssteun – Steunregeling in verband met de gesubsidieerde verwerving of het gratis ter beschikking stellen van natuurterreinen – Inleidende onderzoeksprocedure – Besluit waarbij de steun verenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep tot nietigverklaring – Ontvankelijkheid – Verordening (EG) nr. 659/1999 – Artikel 1, onder h) – Begrip ‚belanghebbende’ – Concurrentieverhouding – Begrip ‚ernstige moeilijkheden’ – Dienst van algemeen economisch belang – Secundaire activiteiten – Verbondenheid”

In zaak C-817/18 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 21 december 2018,

Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland, gevestigd te 's-Graveland (Nederland),

Stichting Het Groninger Landschap, gevestigd te Haren (Nederland),

Vereniging It Fryske Gea, gevestigd te Opsterland (Nederland),

Stichting Het Drentse Landschap, gevestigd te Assen (Nederland),

Stichting Het Overijssels Landschap, gevestigd te Dalfsen (Nederland),

Stichting Het Geldersch Landschap, gevestigd te Arnhem (Nederland),

Stichting Flevo-Landschap, gevestigd te Lelystad (Nederland),

Stichting Het Utrechts Landschap, gevestigd te De Bilt (Nederland),

Stichting Landschap Noord-Holland, gevestigd te Heiloo (Nederland),

Stichting Het Zuid-Hollands Landschap, gevestigd te Rotterdam (Nederland),

Stichting Het Zeeuwse Landschap, gevestigd te Heinkenszand (Nederland),

Stichting Het Noordbrabants Landschap, gevestigd te 's-Hertogenbosch (Nederland),

Stichting Het Limburgs Landschap, gevestigd te Maastricht (Nederland),

vertegenwoordigd door P. H. L. M. Kuypers en M. de Wit, advocaten,

rekwirantes,

ondersteund door:

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door K. Bulterman en M. L. Noort als gemachtigden,

interveniënt in hogere voorziening,

andere partijen in de procedure:

Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters, gevestigd te Hoenderloo (Nederland),

Exploitatiemaatschappij De Berghaaf BV, gevestigd te Barneveld (Nederland),

Stichting Het Nationale Park De Hoge Veluwe, gevestigd te Hoenderloo,

BV Landgoed Den Alerdinck II, gevestigd te Heino (Nederland),

Landgoed Ampsen BV, gevestigd te Lochem (Nederland),

Pallandt van Keppel Stichting, gevestigd te Laag-Keppel (Nederland),

Landgoed Kasteel Keppel BV, gevestigd te Laag-Keppel,

Baron van Lynden, wonende te Zoutelande (Nederland),

Stichting het Lijdensche Fonds voor Kerk en Zending, gevestigd te Hemmen (Nederland),

Landgoed Welna BV, gevestigd te Epe (Nederland),

BV Landgoed „Huis te Maarn”, gevestigd te Maarn (Nederland),

Vicariestichting De Vijf Capellarijen / Ambachtsheerlijkheid Kloetinge, gevestigd te Kloetinge (Nederland),

Maatschappij tot Exploitatie van het Landgoed Tongeren onder Epe BV, gevestigd te Epe,

Landgoed Anderstein NV, gevestigd te Maarsbergen (Nederland),

Landgoed Bekspring BV, gevestigd te Oldenzaal (Nederland),

Landgoed Nijenhuis en Westerflieer BV, gevestigd te Diepenheim (Nederland),

Landgoed Caprera BV, gevestigd te Bloemendaal (Nederland),

Landgoed Schapenduinen BV, gevestigd te Bloemendaal,

Stichting Schapenduinen, gevestigd te Bloemendaal,

Landgoed de Noetselenberg BV, gevestigd te Rijssen (Nederland),

vertegenwoordigd door D. Gillet, T. Ruys, P. Wytinck en A. A. Al Khatib, advocaten,

verzoeksters in eerste aanleg,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door S. Noë en P.-J. Loewenthal als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev (rapporteur), kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Tweede kamer, P. G. Xuereb, T. von Danwitz en A. Kumin, rechters,

advocaat-generaal: M. Szpunar,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 april 2020,

het navolgende

Arrest

- 1 Met hun hogere voorziening verzoeken rekwirantes het Hof om het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 oktober 2018, Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters e.a./Commissie (T-79/16, niet gepubliceerd, EU:T:2018:680; hierna: „bestreden arrest”), te vernietigen. Bij dat arrest is het Gerecht overgegaan tot nietigverklaring van besluit C (2015) 5929 final van de Commissie van 2 september 2015 inzake steunmaatregel SA.27301 (2015/NN) – Nederland – in verband met de gesubsidieerde verwerving of het gratis ter beschikking stellen van natuurterreinen, waarvan een samenvatting is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2016, C 9, blz. 1) (hierna: „litigieus besluit”).

Toepasselijke bepalingen

Verordening (EG) nr. 659/1999

- 2 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [108 VWEU] (PB 1999, L 83, blz. 1), die van kracht was toen het litigieuze besluit werd vastgesteld, bevatte in artikel 1, onder h), de volgende definitie van het begrip „belanghebbende”:

„[E]en lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden getroffen, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen.”

- 3 In artikel 4, leden 1 tot met 4, van deze verordening was bepaald:

„1. De [Europese] Commissie onderzoekt de aanmelding onverwijld na ontvangst. Onverminderd artikel 8 geeft de Commissie een beschikking overeenkomstig de leden 2, 3 of 4.

2. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel geen steun vormt, stelt zij dat bij beschikking vast.

3. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel, in zoverre deze binnen het toepassingsgebied van artikel [107, lid 1, VWEU] valt, geen twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking houdende dat de maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt [...]. In de beschikking wordt nader aangegeven welke uitzondering uit hoofde van het Verdrag is toegepast.

4. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking welke ertoe strekt de procedure overeenkomstig artikel [108, lid 2, VWEU] in te leiden [...].”

COD-kaderregeling

4 In punt 3 van de mededeling van de Commissie met als titel „EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011)” (PB 2012, C 8, blz. 15; hierna: „COD-kaderregeling”) wordt onder meer opgemerkt dat „voor zover aan de algemene criteria voor de toepassing van artikel 107, lid 1, [VWEU] is voldaan, [...] [compensatie voor de openbare dienst] staatssteun [vormt] en [...] deze onder de toepassing van de artikelen 106, 107 en 108 [VWEU] [valt]”.

5 In punt 11 van de COD-kaderregeling staat onder meer het volgende te lezen:

„[S]taatssteun [kan] op grond van artikel 106, lid 2, [VWEU] verenigbaar worden verklaard indien deze voor het beheer van de betrokken diensten van algemeen economisch belang noodzakelijk is en deze de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloedt in een mate die strijdig is met het belang van de Unie. Aan de voorwaarden in de punten 2.2 tot en met 2.10 dient te zijn voldaan, om tot dit soort evenwicht te komen.”

6 In afdeling 2.2 van deze kaderregeling bepaalt punt 12 dat de „steun wordt verleend voor een reële en correct omschreven dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106, lid 2, [VWEU]”.

7 In punt 13 van die kaderregeling – dat eveneens deel uitmaakt van afdeling 2.2 – wordt onder meer het volgende opgemerkt:

„Met name kunnen lidstaten geen specifieke openbaredienstverplichtingen verbinden aan diensten die al worden verricht of die op bevredigende wijze kunnen worden verricht en op voorwaarden (zoals de prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en de toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de staat is omschreven, door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn.”

8 Punt 21 van de COD-kaderregeling, dat deel uitmaakt van afdeling 2.8 van deze regeling, luidt:

„Het compensatiebedrag mag niet hoger zijn dan hetgeen nodig is om de nettokosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdende met een redelijke winst, te dekken.”

9 Dezelfde afdeling bevat punt 44, waarin het volgende wordt gepreciseerd:

„Wanneer een onderneming activiteiten verricht die zowel binnen als buiten [het] toepassingsgebied van de dienst van algemeen economisch belang [(DAEB)] vallen, moeten de kosten en inkomsten die met de [DAEB] verband houden, en die welke met de andere

diensten verband houden, [...] in de interne boekhouding gescheiden worden aangegeven. Wanneer een onderneming met het beheer van verscheidene [DAEB's] is belast, omdat het toewijzende overheidsorgaan of de aard van de [DAEB] verschilt, moet in de interne boekhouding van de onderneming kunnen worden nagegaan of er op het niveau van elk van de [DAEB's] overcompensatie heeft plaatsgevonden.”

- 10 Punt 46 van de COD-kaderregeling, dat eveneens deel uitmaakt van afdeling 2.8 van deze regeling, luidt:

„De lidstaat kan besluiten dat de winst die wordt behaald met andere activiteiten die buiten het toepassingsbereik van de [DAEB] vallen en waarbij wordt gebruikgemaakt van de infrastructuur die nodig is om de [DAEB] te verrichten, geheel of gedeeltelijk voor de financiering van de [DAEB] moet worden bestemd.”

- 11 Ook punt 47 van deze kaderregeling maakt deel uit van afdeling 2.8 van deze regeling. In dit punt staat te lezen:

„Overcompensatie' dient te worden begrepen als de door de onderneming ontvangen compensatie die het bedrag overschrijdt dat in punt [21] als het steunbedrag over de hele looptijd van het contract is omschreven. [...]”

- 12 Afdeling 2.8 van die kaderregeling bevat tevens punt 48, dat als volgt luidt:

„Aangezien overcompensatie niet noodzakelijk is voor het beheer van de [DAEB], vormt deze onverenigbare staatssteun.”

Voorgeschiedenis van het geding

- 13 Het Koninkrijk der Nederlanden heeft bij de totstandbrenging van een ecologische hoofdstructuur en een Natura 2000-netwerk op zijn grondgebied de Regeling bijdragen particuliere terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties (hierna: „PNB-regeling”) ingevoerd. Hierdoor konden de 13 terreinbeherende organisaties (hierna: „TBO”) – rekwirantes in de onderhavige hogere voorziening – natuurterreinen verwerven.
- 14 De kosten die in aanmerking kwamen voor subsidies in het kader van die steunregeling omvatten de aankooprijks van de terreinen, de overige verwervingskosten en de kosten voor de beëindiging van de pachtovereenkomsten die voor die terreinen waren gesloten. Wanneer de inkomsten hoger waren dan de beheerskosten, moesten deze worden geherinvesteerd in natuurbehoud of worden afgedragen aan de Nederlandse Staat. Deze verplichting werd weliswaar niet expliciet opgelegd bij de PNB-regeling, maar volgde impliciet uit de statuten van de TBO's, die deze organisaties aan de Nederlandse autoriteiten ter goedkeuring moesten voorleggen om de subsidies in kwestie te ontvangen. Voorts was het de TBO's niet toegestaan om zonder de uitdrukkelijke toestemming van de autoriteiten die de betreffende subsidies verstrekten, de bestemming van de in het kader van die regeling verworven terreinen te wijzigen of om deze terreinen te gebruiken op een wijze die in strijd was met de doelstelling van natuurbehoud. De terreinen mochten ook niet verpacht of doorverkocht worden zonder de uitdrukkelijke toestemming van de Nederlandse autoriteiten.
- 15 Op 23 december 2008 heeft de Commissie een klacht ontvangen van twee particuliere stichtingen zonder winstoogmerk naar Nederlands recht, te weten de Stichting Het Nationale Park De Hoge Veluwe (hierna: „Stichting NPDHV”) en de Stichting Linschoten. Deze stichtingen beheren terreinen en verrichten activiteiten op het gebied van natuurbehoud en het beheer van cultureel erfgoed, alsmede economische activiteiten zoals de verpachting van

gronden, landbouw, bosbouw en toerisme. In 2009 zijn de klagers in de betreffende administratieve procedure opgevolgd door de Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters (hierna: „VGG”), waarvan het doel bestaat in de gelijkberechtiging van alle particuliere grondbezitters bij de subsidiëring van de aankoop van grond.

- 16 De aanvankelijke regeling, die van kracht was tussen 1993 en 2012, is vervangen door een nieuwe steunregeling, die de Commissie heeft goedgekeurd bij besluit van 13 juli 2011. Vervolgens heeft de VGG de Commissie bij berichten van 26 augustus, 14 september en 28 september 2011 verzocht om een standpunt in te nemen over haar klacht en om de terugvordering van de onrechtmatige steun te gelasten.
- 17 Bij het litigieuze besluit heeft de Commissie de regeling voor de verwerving van natuurterreinen verenigbaar met de interne markt verklaard op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.
- 18 De Commissie heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat de subsidieregeling staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. In het litigieuze besluit wordt onderstreept dat de belangrijkste taak van de TBO's, die organisaties voor natuurbescherming en natuurbehoud zijn, niet-economisch van aard is. Daarnaast verrichten deze instanties evenwel ook bepaalde secundaire activiteiten, zoals de verkoop van hout en riet, de verhuur van jacht- en visrechten en toeristische activiteiten van economische aard. Wat deze secundaire activiteiten betreft, moesten de TBO's volgens de Commissie worden aangemerkt als „ondernemingen” in de zin van de mededingingsregels. In dit verband heeft de Commissie zich gebaseerd op het arrest van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), waarbij het Gerecht heeft geoordeeld dat de goederen en diensten die milieubeschermingsorganisaties die onder een met de PNB-regeling vergelijkbare steunregeling vielen, aanboden in het kader van hun secundaire activiteiten, weliswaar voortvloeiden uit hun hoofdactiviteit van milieubescherming, maar door die hoofdactiviteit niet werden vereist, zodat die secundaire activiteiten moesten worden aangemerkt als activiteiten van economische aard.
- 19 Met name heeft de Commissie overwogen dat de gratis overdracht van terreinen en de subsidies voor de verwerving en het beheer van deze terreinen de TBO's een eerste economisch voordeel verschaffen. Voorts heeft zij opgemerkt dat niet uit te sluiten viel dat de TBO's een tweede voordeel genoten ten gevolge van de vermogenswinsten die eventueel voortkwamen uit de doorverkoop van de verworven terreinen. Volgens de Commissie voldeed de PNB-regeling niet aan de voorwaarden die het Hof voor DAEB's heeft geïdentificeerd in zijn arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415), aangezien de compensatie voor de begunstigden van de PNB-regeling niet volgens een passende procedure was vastgesteld.
- 20 Aangezien op grond van de steunmaatregel aan de natuurbeschermingsorganisaties een openbaredienstverplichting op het gebied van natuurbescherming was opgelegd, heeft de Commissie vervolgens onderzocht of de subsidieregeling voldeed aan de voorwaarden van de COD-kaderregeling. Volgens de Commissie was dat het geval en daarom heeft zij de PNB-regeling verenigbaar met de interne markt verklaard.

Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

- 21 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 19 februari 2016, hebben de VGG en de overige verzoekende partijen in eerste aanleg (hierna: „VGG e.a.”) beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit.

- 22 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 mei 2016, hebben de TBO's verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 6 april 2017 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht dit verzoek toegewezen.
- 23 Ter ondersteuning van hun beroep hebben de VGG e.a. vier middelen aangevoerd, waarvan het eerste berust op schending van hun procedurele rechten die zijn neergelegd in artikel 108, lid 2, VWEU, het tweede op schending van het principiële verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheidsbeginsel, het derde – subsidiair – op een onjuiste rechtsopvatting en een gebrekkige motivering bij de toepassing van de COD-kaderregeling, en het vierde op schending van artikel 106, lid 2, VWEU.
- 24 De Commissie en de partijen die hebben geïntervenieerd in het beroep tot nietigverklaring hebben betwist dat de VGG e.a. „belanghebbenden” waren en dat het tweede en het vierde middel van dat beroep ontvankelijk waren.
- 25 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk verklaard, het eerste middel van dat beroep gegrond verklaard en bijgevolg het litigieuze besluit nietig verklaard zonder de overige middelen van datzelfde beroep te onderzoeken.

Conclusies van partijen voor het Hof

- 26 De TBO's verzoeken het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen, en
 - primair, verzoekende partijen in eerste aanleg te verwijzen in de kosten, of
 - subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten aan te houden.
- 27 De Commissie verzoekt het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen en
 - het beroep te verwerpen.
- 28 De VGG e.a. verzoeken het Hof:
- de hogere voorziening af te wijzen en
 - de TBO's te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

- 29 Ter ondersteuning van hun hogere voorziening voeren de TBO's twee middelen aan. Met het eerste middel betogen zij dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg. Met het tweede middel stellen zij dat er sprake is van een onjuiste rechtsopvatting voor zover in het bestreden arrest wordt erkend dat er zich ernstige moeilijkheden voordeden.

Eerste middel

Argumenten van partijen

- 30 Met hun eerste middel betogen de TBO's dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het in het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de VGG e.a. „belanghebbenden” waren in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU. Dit middel bestaat uit twee onderdelen, waarvan het eerste primair en het tweede subsidiair wordt aangevoerd.
- 31 Met het eerste onderdeel van het eerste middel stellen de TBO's dat er tussen hen en de leden van de VGG geen enkele concurrentieverhouding bestaat, omdat de hoofdactiviteit van de TBO's van niet-economische aard is en zij – voor zover hun secundaire activiteiten moeten worden aangemerkt als „economische activiteiten” – niet op dezelfde markt actief zijn als de leden van de VGG. Uit de in punt 63 van het bestreden arrest gegeven beschrijving van de respectieve activiteiten van de TBO's en de leden van de VGG blijkt namelijk dat deze activiteiten verschillend zijn en op onderscheiden markten worden verricht.
- 32 Met name is het feit dat in punt 66 van het bestreden arrest de algemene term „toerisme” wordt gebezigd om een van de activiteiten van de Stichting NPDHV te beschrijven, niet voldoende als bewijs dat er een concurrentieverhouding bestaat tussen de activiteiten van de leden van de VGG en de activiteiten van de TBO's. Deze verwijzing is te algemeen en verhult de verschillen die er bestaan tussen de toeristische activiteiten van de TBO's, die gratis worden aangeboden, en de toeristische activiteiten van de leden van de VGG, die worden verricht met een winstoogmerk. Daarnaast wordt bij die verwijzing geen rekening gehouden met het feit dat de toeristische activiteiten van de TBO's rechtstreeks verband houden met hun belangrijkste taak, namelijk natuurbescherming en natuurbehoud.
- 33 Ten slotte blijkt uit het bestreden arrest niet dat het Gerecht de markt voor de verkoop van hout in aanmerking heeft genomen om vast te stellen dat er een concurrentieverhouding bestaat tussen de activiteiten van de TBO's en de activiteiten die worden verricht door de leden van de VGG. Daarbij komt dat de in het bestreden arrest vermelde gegevens hoe dan ook niet volstaan als bewijs voor het bestaan van een concurrentieverhouding met de leden van de VGG op die markt.
- 34 Met het tweede onderdeel van hun eerste middel betogen de TBO's dat de betreffende steun geen enkele concrete invloed heeft gehad op de concurrentiepositie van de leden van de VGG en in elk geval hun concurrentieverhouding niet heeft verstoord.
- 35 Om te beginnen heeft het Gerecht in punt 68 van het bestreden arrest een onjuist criterium aangelegd, namelijk de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten in plaats van het concrete effect op de concurrentieverhoudingen met de leden van de VGG. Vervolgens is het Gerecht zonder enige concrete aanwijzing tot de slotsom gekomen dat de steun concrete gevolgen dreigt te hebben voor de concurrentiepositie van de leden van de VGG. Ten slotte komt geen relevantie toe aan de stelling dat de leden van de VGG in hun expansie werden geremd doordat hun systematisch is belet terreinen te verwerven. Er bestaat immers geen markt voor het beheer van natuurgebieden.
- 36 De argumentatie van de TBO's wordt ondersteund door de Nederlandse regering.
- 37 De Commissie stelt op haar beurt om te beginnen dat de in de punten 63 en 64 van het bestreden arrest vervatte redenering onbegrijpelijk is omdat uit het litigieuze besluit blijkt dat de economische activiteiten van de TBO's niet overeenkomen met de activiteiten die worden verricht door de leden van de VGG, met dien verstande dat de enige overlapping tussen die respectieve activiteiten betrekking heeft op de toeristische sector. De enige activiteit die de TBO's in deze sector ontplooiën, behelst evenwel dat zij gratis toegang verschaffen tot de door hen beheerde natuurterreinen, zodat er geen diensten worden aangeboden op een markt.

- 38 Voorts heeft het Gerecht de feiten onjuist opgevat door uit punt 27 van het litigieuze besluit een beschrijving van de activiteiten van de leden van de VGG af te leiden, terwijl in dat punt enkel de activiteiten van de Stichting NPDHV worden beschreven.
- 39 Ten slotte ondersteunt de Commissie het betoog van de TBO's dat het Gerecht het criterium betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel heeft verward met het criterium dat er sprake moest zijn van een concreet effect op de concurrentiepositie van de leden van de VGG, en dat het Gerecht niet is nagegaan of aan laatstgenoemd criterium was voldaan. In punt 71 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich immers beperkt tot het vermoeden dat voldaan was aan het criterium van een concreet effect op de concurrentiepositie van de leden van de VGG. Volgens de rechtspraak had de VGG evenwel het bewijs moeten leveren dat de aan de TBO's toegekende steun een concreet effect had op de concurrentiepositie van haar leden.
- 40 De VGG e.a. brengen daartegen primair in dat het betoog van de TBO's, waarmee deze een nieuwe beoordeling van de feiten wensen te verkrijgen, niet-ontvankelijk is. Subsidiair bestrijden de VGG e.a. het betoog van de TBO's ten gronde.

Beoordeling door het Hof

- 41 Om te beginnen zij opgemerkt dat het Gerecht in punt 76 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat op zijn minst één van de leden van de VGG, namelijk de Stichting NPDHV, moet worden aangemerkt als „belanghebbende” in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 1, onder h), van verordening nr. 659/1999.
- 42 Ter ondersteuning van deze gevolgtrekking heeft het Gerecht er in punt 53 van dat arrest op gewezen dat een indirecte concurrent van de begunstigde van een steunmaatregel als „belanghebbende” kan worden aangemerkt voor zover hij aanvoert dat zijn belangen door de steunverlening ongunstig zouden kunnen worden beïnvloed en voor zover hij rechtens genoegzaam aantoont dat de steun concrete gevolgen dreigt te hebben voor zijn situatie. In punt 54 van het bestreden arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat, wat concurrerende ondernemingen betreft, de verzoeker slechts als „belanghebbende” kan worden aangemerkt indien hij ten eerste aantoont dat hij in een concurrentieverhouding staat tot de begunstigden van de steun en ten tweede bewijst dat de steun zijn situatie concreet dreigt te beïnvloeden, waardoor de concurrentieverhouding in kwestie dreigt te worden verstoord.
- 43 In het licht van deze criteria heeft het Gerecht in de punten 61 tot en met 67 van het bestreden arrest vastgesteld dat de leden van de VGG – met name de Stichting NPDHV – in een concurrentieverhouding stonden tot de TBO's, en in de punten 68 tot en met 75 van dat arrest heeft het Gerecht onderzocht of was aangetoond dat de toekenning van de litigieuze steun de situatie van de leden van de VGG concreet beïnvloedde, waardoor de concurrentieverhouding tussen die leden en de begunstigden van de steunmaatregel in kwestie werd verstoord.
- 44 In de eerste plaats zij opgemerkt dat de TBO's de door het Gerecht geconstateerde concurrentieverhouding betwisten door in wezen aan te voeren dat de verwijzing naar de algemene term „toerisme” in punt 66 van het bestreden arrest te algemeen is, dat geen rekening is gehouden met de markt voor de verkoop van hout en dat de in aanmerking genomen gegevens algemeen beschouwd niet volstaan als bewijs voor het feit dat er een concurrentieverhouding bestaat tussen de TBO's en de leden van de VGG.
- 45 In dit verband kan worden volstaan met de vaststelling dat de TBO's met dat betoog in wezen – zonder aan te voeren dat de bewijselementen onjuist zijn opgevat – opkomen tegen

de soevereine beoordeling van de feiten die het Gerecht heeft verricht in de punten 63 tot en met 67 van het bestreden arrest.

- 46 Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormt de beoordeling van de feiten door het Gerecht, behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht overgelegde bewijselementen, geen rechtsvraag die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof (arresten van 30 september 2003, Freistaat Sachsen e.a./Commissie, C-57/00 P en C-61/00 P, EU:C:2003:510, punt 102, en 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 25).
- 47 Wat betreft het door de Commissie in haar memorie van antwoord ter ondersteuning van het eerste onderdeel van het eerste middel aangedragen argument dat het Gerecht de feiten onjuist zou hebben opgevat, zij eraan herinnerd dat de conclusies van de memorie van antwoord volgens artikel 174 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof strekken tot gehele of gedeeltelijke toewijzing of afwijzing van de hogere voorziening. Voorts kunnen de partijen die een memorie van antwoord mogen indienen, overeenkomstig de artikelen 172 en 176 van dat Reglement bij afzonderlijke, van de memorie van antwoord onderscheiden akte een incidentele hogere voorziening instellen, die volgens artikel 178, lid 1, en lid 3, tweede volzin, van datzelfde Reglement moet strekken tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van het Gerecht op grond van juridische middelen en argumenten die verschillen van de middelen en argumenten die in de memorie van antwoord worden aangevoerd.
- 48 Uit deze bepalingen, in onderlinge samenhang beschouwd, blijkt dat de memorie van antwoord niet kan strekken tot vernietiging van de beslissing van het Gerecht op zelfstandige gronden die verschillen van die welke in het kader van de hogere voorziening zijn aangevoerd, aangezien dergelijke gronden enkel kunnen worden aangevoerd in het kader van een incidentele hogere voorziening (arresten van 10 november 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Commissie, C-449/14 P, EU:C:2016:848, punten 99-101; 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad, C-45/15 P, EU:C:2017:402, punt 20, en 28 februari 2019, Raad/Growth Energy en Renewable Fuels Association, C-465/16 P, EU:C:2019:155, punt 57).
- 49 Aangezien de TBO's geen middel hebben aangevoerd waarin wordt gesteld dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat wat betreft zijn beoordeling van het bestaan van een concurrentieverhouding tussen de TBO's en de leden van de VGG, kan een dergelijk argument dus niet ontvankelijk zijn wanneer de Commissie het aandraagt in haar memorie van antwoord.
- 50 In de tweede plaats heeft het Hof – zoals de advocaat-generaal in punt 38 van zijn conclusie in herinnering heeft gebracht – reeds geoordeeld dat een concurrerende onderneming van de begunstigde van een steunmaatregel, gelet op de in artikel 1, onder h), van verordening nr. 659/1999 vervatte definitie, onbetwistbaar behoort tot de „belanghebbenden” in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU (arrest van 18 november 2010, NDSHT/Commissie, C-322/09 P, EU:C:2010:701, punt 59).
- 51 Hieruit volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de VGG behoorde tot de „belanghebbenden” in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU, aangezien het heeft vastgesteld dat er een concurrentieverhouding bestond tussen de TBO's en op zijn minst één van de leden van de VGG.
- 52 In de derde plaats vloeit uit het voorgaande voort dat geen relevantie toekomt aan de door de TBO's en de Commissie in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel aangevoerde argumenten die ertoe strekken te betwisten dat de PNB-regeling concrete

gevolgen heeft voor de situatie van de leden van de VGG, daar de kwalificatie van die leden als belanghebbenden rechtstreeks resulteert uit het feit dat zij concurrenten van de TBO's zijn.

- 53 Gelet op een en ander moet het eerste middel worden afgewezen.

Tweede middel

Argumenten van partijen

- 54 Met hun tweede middel betogen de TBO's dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie „ernstige moeilijkheden” heeft ondervonden bij de vaststelling van het litigieuze besluit. Dit middel bestaat uit drie onderdelen, waarvan het eerste betrekking heeft op de kwalificatie als „globale” of „atypische” DAEB die de Commissie in het litigieuze besluit gebruikt om de activiteiten van de TBO's te omschrijven, het tweede op de aanwijzing die bestaat in het ontbreken van een gescheiden boekhouding, en het derde op de aanwijzing die wordt gevormd door het ontbreken van een mechanisme om overcompensatie te voorkomen.
- 55 Met het eerste onderdeel van het tweede middel voeren de TBO's ten eerste aan dat het Gerecht in punt 117 van het bestreden arrest een vermeend argument van de VGG e.a. heeft geïdentificeerd dat gebaseerd is op een tegenstrijdigheid bij de kwalificatie van de steunmaatregel in kwestie als „globale” of „atypische” DAEB, hoewel de VGG e.a. een dergelijk argument niet zouden hebben aangedragen.
- 56 Ten tweede bevat het litigieuze besluit volgens de TBO's geen enkele tegenstrijdigheid, aangezien punt 50 ervan ziet op de kwalificatie van de begunstigden van de steunmaatregelen als ondernemingen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, terwijl punt 93 ervan betrekking heeft op de vraag in hoeverre de secundaire activiteiten van de TBO's integrerend deel uitmaakten van de DAEB waarmee zij waren belast.
- 57 Ten derde stellen de TBO's dat, anders dan het Gerecht in punt 128 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, zowel uit het litigieuze besluit als uit de antwoorden van de Commissie op de vragen van het Gerecht blijkt dat die instelling over voldoende gegevens beschikte om vast te stellen dat de secundaire activiteiten van de TBO's integrerend deel uitmaakten van die DAEB.
- 58 Ten vierde heeft het Gerecht miskend dat punt 41 van het arrest van het Gerecht van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of de secundaire activiteiten van de TBO's al dan niet integrerend deel uitmaakten van de DAEB waarmee zij waren belast.
- 59 Ten vijfde stellen de TBO's dat het Gerecht in punt 128 van het bestreden arrest een onjuiste uitlegging heeft gegeven aan punt 11 van de COD-kaderregeling, waarin bepaald is dat de toegekende staatssteun noodzakelijk moet zijn voor het beheer van de DAEB. Daarentegen is het Gerecht volgens hen nagegaan of de Commissie beschikte over gegevens die haar in staat stelden te onderzoeken of de secundaire activiteiten noodzakelijk waren voor het beheer van de DAEB.
- 60 Ten slotte betwisten de TBO's in hun repliek dat de duur van de inleidende onderzoeksprocedure in casu erop wijst dat er zich ernstige moeilijkheden voordeden.
- 61 Met het tweede onderdeel van het tweede middel voeren de TBO's aan dat het Gerecht in het ontbreken van een gescheiden boekhouding voor hun secundaire activiteiten ten onrechte

een aanwijzing heeft gezien voor het bestaan van ernstige moeilijkheden. Dat criterium is immers enkel relevant wanneer die activiteiten niet zelf onder de DAEB vallen, hetgeen de Commissie in het litigieuze besluit evenwel heeft uitgesloten wat de secundaire activiteiten van de TBO's betreft.

- 62 Evenmin valt er volgens de TBO's iets af te leiden uit het feit dat de Commissie heeft gewacht op de uitspraak van het arrest van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), aangezien dat arrest betrekking had op de vraag of er sprake was van staatssteun en niet op de verenigbaarheid van steun met de interne markt. De Commissie heeft zich namelijk niet op dat arrest gebaseerd bij haar onderzoek van de PNB-regeling en heeft er enkel naar verwezen om te bevestigen dat de inkomsten uit de secundaire activiteiten van de TBO's zouden kunnen dienen als compensatie voor de hun opgedragen DAEB.
- 63 Hoe dan ook staat het feit dat de betrokken Duitse instanties in de zaak die heeft geleid tot voornoemd arrest een gescheiden boekhouding voerden voor hun secundaire activiteiten van economische aard, er niet aan in de weg dat de Commissie in de onderhavige zaak vaststelde dat de noodzaak van een dergelijke boekhouding ontbrak omdat de secundaire activiteiten van de TBO's volgens haar integrerend deel uitmaakten van de DAEB.
- 64 Met het derde onderdeel van het tweede middel stellen de TBO's dat de door het Gerecht verrichte beoordeling volgens welke ook het ontbreken van een vooraf vastgesteld mechanisme ter voorkoming van overcompensatie een aanwijzing voor ernstige moeilijkheden vormde, voortkomt uit een onjuiste opvatting van de feiten die impliceert dat de gronden van het litigieuze besluit zijn vervangen. Uit de punten 94, 95 en 97 van het litigieuze besluit komt immers duidelijk naar voren dat wel degelijk was voorzien in een vooraf vastgesteld mechanisme ter voorkoming van overcompensatie. Op grond van de PNB-regeling konden investeringssubsidies en beheersubsidies namelijk niet worden gecumuleerd om soortgelijke kosten te dekken, moesten inkomsten uit de terreinen altijd in aftrek worden gebracht bij de berekening van de beheersubsidies, konden de terreinen niet worden verkocht zonder de uitdrukkelijke toestemming van de subsidieverstrekken autoriteiten en waren de TBO's verplicht om elk uit de verkoop van een terrein verkregen ongerechtvaardigd voordeel terug te betalen.
- 65 Het betoog van de TBO's wordt ondersteund door de Nederlandse regering.
- 66 De Commissie voert op haar beurt met betrekking tot het eerste onderdeel van het tweede middel ten eerste aan dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft geoordeeld dat de duur van de inleidende onderzoeksprocedure wees op het bestaan van ernstige moeilijkheden. Hoewel deze procedure inderdaad langer dan normaal duurde, kan de duur ervan worden verklaard door het feit dat de Commissie zowel heeft gewacht op de uitkomst van de onderhandelingen tussen partijen als op de uitspraak van het arrest van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), alvorens het litigieuze besluit vast te stellen.
- 67 Ten tweede stelt de Commissie dat de redenering in de punten 126 tot en met 129 van het bestreden arrest onbegrijpelijk is doordat deze redenering voortkomt uit verwarring tussen de economische aard van de secundaire activiteiten van de TBO's en het behoren van deze activiteiten tot de DAEB waarmee die organisaties zijn belast.
- 68 Ten derde berust diezelfde redenering volgens de Commissie op een onjuiste opvatting van de feiten doordat is uitgegaan van de veronderstelling dat de Commissie tot de slotsom was gekomen dat de secundaire activiteiten van de TBO's noodzakelijk waren voor het beheer van de DAEB, terwijl zijzelf van mening was dat die activiteiten integrerend deel

uitmaakten van de aan de TBO's opgedragen DAEB. Uit het litigieuze besluit komt namelijk duidelijk naar voren dat de DAEB waarmee de TBO's waren belast, niet alleen betrekking had op natuurbescherming maar ook op de secundaire activiteiten.

- 69 Ten vierde heeft het Gerecht in punt 128 van het bestreden arrest een kennelijk onjuist criterium vastgesteld doordat het heeft geoordeeld dat volgens de Commissie de secundaire activiteiten van economische aard noodzakelijk waren voor het beheer van de DAEB in de zin van punt 11 van de COD-kaderregeling.
- 70 Ten vijfde betoogt de Commissie – ten overvloede – dat de VGG e.a. de juistheid van de omschrijving van de DAEB door het Koninkrijk der Nederlanden niet aan de orde hebben gesteld, maar enkel hebben aangevoerd dat het atypische karakter van de DAEB op zichzelf beschouwd leidde tot ernstige moeilijkheden.
- 71 Wat het tweede onderdeel van het tweede middel betreft, stelt de Commissie eveneens dat de secundaire activiteiten van de TBO's integrerend deel uitmaakten van de DAEB waarmee zij waren belast, zodat het ontbreken van een gescheiden boekhouding niet relevant was voor de vaststelling dat zich ernstige moeilijkheden voordeden.
- 72 Ten aanzien van het derde onderdeel van het tweede middel stelt de Commissie zich op het standpunt dat het Gerecht – om de door de TBO's aangevoerde redenen – de feiten onjuist heeft opgevat. Zij voegt daaraan toe dat natuurbeheer een verlieslatende activiteit is, zodat het volgens haar onmogelijk is dat de inkomsten uit de secundaire activiteiten de aan het natuurbeheer verbonden kosten te boven gaan. Voorts stelt de Commissie dat het Gerecht het ontbreken van een analyse van het bestaan van een mechanisme ter voorkoming van overcompensatie heeft onderzocht zonder in aanmerking te nemen dat de secundaire activiteiten van de TBO's integrerend deel uitmaakten van de DAEB waarmee zij waren belast, zodat het Gerecht onvermijdelijk blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting toen het in dit verband tot de slotsom kwam dat de Commissie niet over voldoende informatie beschikte om het litigieuze besluit vast te stellen.
- 73 De VGG e.a. voeren om te beginnen primair aan dat het tweede middel in hogere voorziening irrelevant is omdat de TBO's niet opkomen tegen de door het Gerecht verrichte beoordelingen volgens welke het bestaan van ernstige moeilijkheden blijkt uit de buitensporig lange duur van de inleidende onderzoeksprocedure, uit het feit dat de Commissie heeft gewacht op de uitspraak van het Gerecht van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), en uit de – precedentloze – kwalificatie van de aan de TBO's opgedragen DAEB als „globaal” of „atypisch”. Deze aanwijzingen zijn op zichzelf beschouwd toereikend als bewijs voor het bestaan van ernstige moeilijkheden.
- 74 Subsidiair bestrijden de VGG e.a. tevens de argumenten die de TBO's aanvoeren met elk van de drie onderdelen van het tweede middel. Daarbij beklemtonen de VGG e.a. dat zelfs indien het Hof een van die onderdelen zou aanvaarden, zulks niet zou volstaan als rechtvaardiging voor de vernietiging van het bestreden arrest, gelet op de door het Gerecht geconstateerde reeks aanwijzingen.

Beoordeling door het Hof

- 75 Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU onontbeerlijk wanneer de Commissie bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt op ernstige moeilijkheden stuit. De Commissie mag zich dus alleen dan tot de in artikel 108, lid 3, VWEU bedoelde inleidende onderzoeksfase beperken om een voor de steunmaatregel gunstig besluit vast te stellen wanneer zij na een eerste onderzoek tot

de overtuiging kan komen dat die steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt (zie in die zin arrest van 24 januari 2013, 3F/Commissie, C-646/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:36, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 76 Brijgt dat eerste onderzoek de Commissie daarentegen tot de tegenovergestelde overtuiging of heeft het haar zelfs niet in staat gesteld om alle moeilijkheden te overwinnen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de betreffende steunmaatregel met de interne markt voordoen, dan is zij verplicht om alle nodige adviezen in te winnen en daartoe de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 77 Blijkens vaste rechtspraak is de Commissie namelijk verplicht om de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde procedure in te leiden, zonder daarbij over een beoordelingsmarge te beschikken, wanneer de procedure van artikel 108, lid 3, VWEU haar niet in staat heeft gesteld om alle moeilijkheden te overwinnen die de beoordeling van de verenigbaarheid van de maatregel in kwestie oplevert (zie in die zin arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 113 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 78 Overeenkomstig de doelstelling van artikel 108, lid 3, VWEU en de op de Commissie rustende verplichting van behoorlijk bestuur moet deze instelling dan ook de maatregelen treffen en de controles uitvoeren die noodzakelijk zijn om in de loop van het eerste onderzoek de eventueel gerezen moeilijkheden op te lossen, zodat alle twijfels over de verenigbaarheid van de onderzochte maatregel met de interne markt worden weggenomen (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punten 34 en 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 79 Het criterium betreffende ernstige moeilijkheden is een objectief criterium, zodat de vraag of dergelijke moeilijkheden zich hebben voorgedaan niet alleen moet worden beantwoord tegen de achtergrond van de omstandigheden waarin het besluit van de Commissie na het eerste onderzoek is vastgesteld, maar ook tegen de achtergrond van de beoordelingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 80 Hieruit volgt dat de rechtmatigheid van een op artikel 4, lid 3, van verordening nr. 659/1999 gebaseerd besluit om geen bezwaar te maken, afhangt van het antwoord op de vraag of de beoordeling van de gegevens en elementen waarover de Commissie tijdens de inleidende fase van het onderzoek van de aangemelde maatregel beschikte, objectief gesproken twijfel had moeten doen rijzen over de verenigbaarheid van die maatregel met de interne markt, aangezien bij dergelijke twijfel een formele onderzoeksprocedure moet worden ingeleid waaraan de in artikel 1, onder h), van die verordening bedoelde belanghebbenden kunnen deelnemen (zie in die zin arrest van 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 81 Een verzoeker die de nietigverklaring van een besluit om geen bezwaar te maken vordert, komt in wezen op tegen het feit dat de Commissie het besluit over de steun in kwestie heeft vastgesteld zonder de formele onderzoeksprocedure in te leiden, waardoor zij de procedurele rechten van de verzoeker heeft geschonden. Om de toewijzing van zijn verzoek tot nietigverklaring te verkrijgen, kan de verzoeker elk middel aanvoeren waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat de beoordeling van de gegevens en elementen waarover de Commissie tijdens de inleidende fase van het onderzoek van de aangemelde maatregel

beschikte, bij haar twijfel over de verenigbaarheid van die maatregel met de interne markt had moeten oproepen. Het gebruik van dergelijke argumenten mag evenwel niet leiden tot wijziging van het voorwerp van het beroep of van de voorwaarden voor de ontvankelijkheid ervan. Integendeel, opdat wordt aangetoond dat de Commissie verplicht was om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden, dient juist het bewijs te worden geleverd dat er twijfel bestond over die verenigbaarheid (zie in die zin arresten van 24 mei 2011, Commissie/Kronoply en Kronotex, C-83/09 P, EU:C:2011:341, punt 59, en 21 december 2016, Club Hotel Loutraki e.a./Commissie, C-131/15 P, EU:C:2016:989, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 82 Het bewijs voor het bestaan van twijfel over de verenigbaarheid van de steun in kwestie met de interne markt, dat moet worden gezocht in zowel de omstandigheden waarin het besluit om geen bezwaar te maken is vastgesteld als de inhoud van dit besluit, moet worden geleverd door degene die de nietigverklaring van dat besluit vordert (zie in die zin arrest van 24 januari 2013, 3F/Commissie, C-646/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:36, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 83 In casu heeft het Gerecht met het oog op de vaststelling of er zich al dan niet ernstige moeilijkheden voordeden die de inleiding van een formele onderzoeksprocedure rechtvaardigden, de reeks door de VGG e.a. verstrekte aanwijzingen geverifieerd die het in de punten 107, 130, 132 en 137 van het bestreden arrest heeft uiteengezet.
- 84 Met name heeft het Gerecht in de punten 115 en 116 van het bestreden arrest opgemerkt dat het de mate van verbondenheid tussen de secundaire, economische activiteiten van de TBO's en hun hoofdactiviteit diende te analyseren om uitspraak te kunnen doen over het door de VGG e.a. aangevoerde middel dat betrekking had op de ernstige moeilijkheden die de Commissie tijdens het eerste onderzoek van de steunregeling in kwestie zou hebben ondervonden wegens de kwalificatie van die regeling als „globale” of „atypische” DAEB.
- 85 In dit verband heeft het Gerecht allereerst – in punt 126 van het bestreden arrest – beklemtoond dat de Commissie in punt 50 van het litigieuze besluit had erkend dat de goederen en diensten die door milieubeschermingsorganisaties worden aangeboden in het kader van hun secundaire activiteiten, niet noodzakelijk zijn voor hun hoofdactiviteit van milieubescherming, ook al vloeien zij voort uit die hoofdactiviteit. Daarnaast heeft het Gerecht geconstateerd dat de Commissie niet had onderzocht of de secundaire, economische activiteiten van de TBO's naar behoren konden worden verricht onder marktvoorwaarden of van algemeen belang waren.
- 86 Vervolgens heeft het Gerecht in punt 127 van het bestreden arrest in herinnering gebracht dat de ontoereikendheid of onvolledigheid van het door de Commissie tijdens de inleidende onderzoeksprocedure verrichte onderzoek erop wees dat zij ernstige moeilijkheden ondervond.
- 87 In punt 128 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de inkomsten uit de secundaire activiteiten van de TBO's weliswaar tot doel hadden een deel van de aan de hoofdactiviteit van natuurbehoud verbonden kosten te dekken en nauw verband hielden met de taak van algemeen belang waarin die hoofdactiviteit bestond, maar dat de Commissie niet in staat was om enkel op basis van de gegevens waarover zij beschikte tot de slotsom te komen dat die secundaire activiteiten voor het beheer van de DAEB noodzakelijk waren in de zin van punt 11 van de COD-kaderregeling of dat zij een algemeen economisch belang dienden.
- 88 In punt 129 van het bestreden arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat „[h]oewel een onderneming waaraan een DAEB is opgedragen andere economische activiteiten kan

ontplooiën, zelfs activiteiten die verbonden zijn met de taak van algemeen belang die haar is toevertrouwd, [...] dit immers niet automatisch [betekent] dat die activiteiten kunnen worden aangemerkt als integraal onderdeel van die DAEB”, alsook dat „hieruit [wel voortvloeit] dat een dergelijke onderneming dient te voldoen aan de verplichtingen inzake financiële transparantie en inzake het voeren van een gescheiden boekhouding, om elk risico van overcompensatie te voorkomen”.

- 89 In punt 130 van datzelfde arrest heeft het Gerecht daaruit de gevolgtrekking gemaakt dat „de kwalificatie door de Commissie van de betrokken steunmaatregel als ‚globale’ of ‚atypische’ DAEB op het bestaan van een ernstige moeilijkheid [duidt]”.
- 90 In de eerste plaats vloeit uit deze elementen voort dat het Gerecht in punt 117 van het bestreden arrest weliswaar heeft opgemerkt dat het van oordeel was dat de VGG e.a. de aandacht hadden gevestigd op een tegenstrijdigheid tussen de punten 50 en 93 van het litigieuze besluit, maar zijn gevolgtrekking betreffende het bestaan van ernstige moeilijkheden waarvan die kwalificatie van de activiteiten van de TBO’s als „globale” of „atypische” DAEB getuigde, niet heeft doen steunen op die tegenstrijdigheid. Zoals de advocaat-generaal in de punten 71 en 72 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft het Gerecht namelijk niet zozeer gefocust op een specifieke tegenstrijdigheid van de in het litigieuze besluit verrichte analyse, als wel zich gebaseerd op de ontoereikendheid en onvolledigheid van de gegevens waarover de Commissie aan het einde van de inleidende onderzoeksprocedure beschikte met betrekking tot de door de TBO’s verrichte activiteiten.
- 91 Derhalve falen de door de TBO’s en de Commissie aangevoerde argumenten dat het Gerecht zich ten onrechte heeft gebaseerd op tegenstrijdige verklaringen van de Commissie.
- 92 In de tweede plaats zijn de TBO’s en de Commissie van mening dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de gegevens waarover de Commissie aan het einde van de inleidende onderzoeksprocedure beschikte, niet volstonden voor de vaststelling dat de secundaire activiteiten van de TBO’s integrerend deel uitmaakten van de DAEB waarmee zij waren belast. Blijkens de vaststellingen van het Gerecht in de punten 119 tot en met 121 van het bestreden arrest heeft de Commissie haar gevolgtrekking dat de secundaire activiteiten van de TBO’s onder de „globale DAEB” vielen, uitsluitend gebaseerd op de omstandigheid dat de kosten van en de inkomsten uit die activiteiten, die van economische aard waren, werden verrekend met de kosten die verbonden waren aan hun hoofdactiviteit, namelijk natuurbescherming.
- 93 Met name heeft het Gerecht in de punten 120 en 121 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie er, in antwoord op de vragen van het Gerecht over de verbondenheid tussen enerzijds de secundaire, economische activiteiten van de TBO’s en anderzijds de hun opgedragen DAEB, in wezen mee heeft volstaan om aan te voeren dat ten eerste die secundaire activiteiten nauw samenhangen met de hoofdactiviteit van natuurbescherming – in die zin dat zij bijdroegen tot de financiering van deze activiteit – en dat ten tweede de omstandigheid dat diezelfde activiteiten niet noodzakelijk waren voor het bereiken van de doelstellingen van natuurbescherming, niet betekende dat zij geen deel konden uitmaken van een DAEB die bestond in de niet-economische hoofdactiviteit van natuurbescherming.
- 94 Op basis van deze vaststellingen heeft het Gerecht in punt 128 van het bestreden arrest geoordeeld dat het feit dat de inkomsten uit de secundaire activiteiten tot doel hadden een deel van de aan de hoofdactiviteit van natuurbehoud verbonden kosten te dekken en nauw samenhangen met de taak van algemeen belang waarin die hoofdactiviteit bestond, op zichzelf beschouwd de Commissie geen voldoende grondslag bood om tot de slotsom te komen dat de secundaire activiteiten voor het beheer van de DAEB noodzakelijk waren in

de zin van punt 11 van de COD-kaderregeling of dat zij een algemeen economisch belang dienden in de zin van de rechtspraak.

- 95 In dit verband dient om te beginnen in herinnering te worden gebracht dat de lidstaten weliswaar het recht hebben om – rekening houdend met in het bijzonder de doelstellingen van hun nationale beleid – zowel de omvang als de organisatie van hun DAEB's te bepalen en daarbij beschikken over een ruime beoordelingsbevoegdheid, die de Commissie enkel ter discussie kan stellen in geval van een kennelijke fout, maar dat die bevoegdheid niet onbeperkt is en hoe dan ook moet worden uitgeoefend met inachtneming van het Unierecht (arresten van 26 april 2018, Cellnex Telecom en Telecom Castilla-La Mancha/Commissie, C-91/17 P en C-92/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:284, punten 41-43, en 15 mei 2019, Achema e.a., C-706/17, EU:C:2019:407, punt 104).
- 96 Artikel 106, lid 2, VWEU bepaalt namelijk ten eerste dat met het beheer van DAEB's belaste ondernemingen onder de mededingingsregels vallen voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert, en ten tweede dat de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.
- 97 Uit de bewoordingen zelf van artikel 106, lid 2, VWEU blijkt dus dat afwijkingen van de regels van het Verdrag slechts toelaatbaar zijn voor zover zij noodzakelijk zijn voor de vervulling van de bijzondere taak die is opgedragen aan een onderneming die belast is met het beheer van een DAEB (arrest van 8 maart 2017, Viasat Broadcasting UK/Commissie, C-660/15 P, EU:C:2017:178, punt 29).
- 98 Zoals in punt 3 van de COD-kaderregeling in herinnering is gebracht, vormt een maatregel ten gunste van een met het beheer van een DAEB belaste onderneming dan ook staatssteun waarop de artikelen 106 tot en met 108 VWEU van toepassing zijn, voor zover die maatregel voldoet aan de algemene criteria voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.
- 99 Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de Commissie bij uitsluiting bevoegd is om – onder het toezicht van de rechterlijke instanties van de Unie – de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt te beoordelen voor de toepassing van artikel 107, lid 3, VWEU, dat zij in dit verband beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid waarvan de uitoefening complexe economische en sociale afwegingen impliceert, en dat zij bij de uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid richtsnoeren kan aannemen teneinde vast te stellen op basis van welke criteria zij van plan is om de verenigbaarheid van door de lidstaten voorgenomen steunmaatregelen met de interne markt te beoordelen (arresten van 8 maart 2016, Griekenland/Commissie, C-431/14 P, EU:C:2016:145, punt 68, en 19 juli 2016, Kotnik e.a., C-526/14, EU:C:2016:570, punten 37-39).
- 100 Het is vaste rechtspraak dat de Commissie ten eerste aan de uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid zelf grenzen stelt door dergelijke gedragsregels vast te stellen en middels de bekendmaking daarvan aan te kondigen dat zij deze regels voortaan zal toepassen op de gevallen waarop zij betrekking hebben, en ten tweede in beginsel niet van die regels kan afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen zoals het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel (arresten van 8 maart 2016, Griekenland/Commissie, C-431/14 P, EU:C:2016:145, punt 69, en 19 juli 2016, Kotnik e.a., C-526/14, EU:C:2016:570, punt 40).
- 101 Derhalve is de Commissie op het gebied van staatssteun gebonden aan de kaderregelingen die zij vaststelt, voor zover deze niet afwijken van de regels van het VWEU en hun

toepassing geen inbreuk maakt op de algemene rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel (arrest van 8 maart 2016, Griekenland/Commissie, C-431/14 P, EU:C:2016:145, punt 70).

- 102 In casu is voor het Gerecht noch voor het Hof aangevoerd dat de COD-kaderregeling afwijkt van de regels van het VWEU of inbreuk maakt op een algemeen beginsel van het Unierecht. Daarentegen betogen de TBO's, daarin ondersteund door de Commissie, dat het Gerecht punt 11 van die kaderregeling onjuist heeft uitgelegd door in punt 128 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie op basis van de gegevens waarvan zij in het bezit was niet tot de slotsom kon komen dat de secundaire activiteiten van de TBO's voor het beheer van de hun opgedragen DAEB noodzakelijk waren in de zin van die bepaling.
- 103 In punt 11 van de COD-kaderregeling is bepaald dat compensaties voor de openbare dienst staatssteun vormen die met artikel 106, lid 2, VWEU verenigbaar kan worden verklaard indien deze steun noodzakelijk is voor het beheer van de DAEB's in kwestie en de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloedt in een mate die strijdig is met het belang van de Unie. Daarnaast wordt in dat punt gepreciseerd dat aan de in de afdelingen 2.2 tot en met 2.10 van de COD-kaderregeling gestelde voorwaarden dient te zijn voldaan om tot dit soort evenwicht te komen. Deze afdelingen omvatten de punten 12 tot en met 60 van die kaderregeling.
- 104 Volgens de punten 12 en 13 van de COD-kaderregeling moet de steun die wordt verleend ter compensatie van de kosten die voortvloeien uit de vervulling van openbardienstverplichtingen, betrekking hebben op een reële DAEB, hetgeen diensten uitsluit die ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn, reeds op een bevredigende wijze verrichten – of die zij op bevredigende wijze kunnen verrichten – op voorwaarden die stroken met het algemeen belang.
- 105 Bij de vaststelling van die twee bepalingen heeft de Commissie namelijk terecht aangenomen dat de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover de lidstaten overeenkomstig de in punt 95 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak beschikken om de omvang van een DAEB te bepalen, moet worden uitgeoefend binnen de in de punten 96 en 97 van dit arrest in herinnering gebrachte grenzen, zodat die bevoegdheid niet dermate ruim kan worden opgevat dat de lidstaten dergelijke autonome diensten die kunnen worden verricht door ondernemingen die onder normale marktomstandigheden actief zijn, onder een DAEB kunnen doen vallen.
- 106 Voorts mag het compensatiebedrag volgens de punten 21, 47 en 48 van de COD-kaderregeling niet hoger zijn dan hetgeen nodig is om de nettokosten van de uitvoering van de openbardienstverplichtingen te dekken, zodat overcompensatie – die niet noodzakelijk is voor het beheer van de DAEB – staatssteun vormt.
- 107 In punt 44 van de COD-kaderregeling is bepaald dat een onderneming die zowel activiteiten verricht die onder de DAEB vallen als activiteiten die daar niet onder vallen, de kosten en inkomsten die met de DAEB verband houden en die welke met de andere diensten verband houden, in haar interne boekhouding afzonderlijk moet vermelden. In punt 46 van de COD-kaderregeling wordt gepreciseerd dat de betrokken lidstaat kan besluiten dat de winst die wordt behaald met andere, niet onder de DAEB vallende activiteiten – met name activiteiten die worden verricht met gebruikmaking van de infrastructuur die nodig is om de DAEB te verrichten – geheel of gedeeltelijk moet worden bestemd voor de financiering van de DAEB.
- 108 Uit het geheel van de genoemde punten volgt ten eerste dat secundaire activiteiten die zelf niet onder de DAEB vallen niet kunnen worden geacht voor de DAEB noodzakelijk te zijn

op de enkele grond dat de behaalde winst wordt bestemd voor de financiering van de DAEB, ten tweede dat enkel de voor de DAEB noodzakelijke secundaire activiteiten kunnen worden geacht onder de DAEB te vallen, en ten derde dat compensatie die wordt toegekend voor secundaire activiteiten die niet noodzakelijk zijn voor het beheer van de DAEB, overcompensatie en dus staatssteun vormt.

- 109 Het Gerecht heeft dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door van de Commissie te verlangen dat zij beschikt over aanvullende gegevens waaruit blijkt dat de door de TBO's verrichte secundaire activiteiten van economische aard ofwel voor het beheer van de DAEB noodzakelijk waren in de zin van punt 11 van de COD-kaderregeling ofwel zelf onder de DAEB vielen.
- 110 Gelet op deze elementen moet ook het door de TBO's aangevoerde argument worden verworpen dat het Gerecht ten onrechte rekening zou hebben gehouden met punt 41 van het arrest van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418), waaruit het Gerecht heeft afgeleid dat het feit dat de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde secundaire activiteiten volgens de Commissie voortvloeiden uit de door de TBO's verrichte hoofdactiviteit van milieubescherming, niet impliceerde dat die secundaire activiteiten vereist werden door die hoofdactiviteit, in aanmerking genomen dat de activiteiten van de TBO's geen onlosmakelijk geheel vormden.
- 111 Na te hebben opgemerkt dat de Commissie in het litigieuze besluit heeft verwezen naar dat punt 41, heeft het Gerecht namelijk om te beginnen zich op dit element kunnen baseren om inzicht te verwerven in de door die instelling verrichte analyse van het verband tussen de secundaire activiteiten en de hoofdactiviteit van de TBO's, vervolgens daaruit kunnen afleiden dat de Commissie de in datzelfde punt 41 uiteengezette redenering heeft gevolgd en deze naar analogie heeft toegepast in haar eigen analyse van het onderhavige geval, en ten slotte de gevolgtrekking kunnen maken dat deze analyse berustte op ontoereikende gegevens.
- 112 Uit al deze overwegingen volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het feit dat de Commissie de activiteiten van de TBO's had aangemerkt als een „globale” of „atypische” DAEB, erop wees dat die instelling ernstige moeilijkheden had ondervonden tijdens de inleidende fase van het onderzoek van de PNB-regeling.
- 113 In de derde plaats moet het betoog van de Commissie dat de feiten onjuist zijn opgevat wat de noodzakelijkheid van de secundaire activiteiten van de TBO's betreft, niet-ontvankelijk worden verklaard om redenen die identiek zijn aan die welke reeds zijn vermeld in de punten 47 tot en met 49 van het onderhavige arrest.
- 114 In de vierde plaats staat het vast dat de TBO's in hun hogere voorziening niet zijn opgekomen tegen de door het Gerecht in punt 107 van het bestreden arrest in aanmerking genomen aanwijzingen die betrekking hebben op de duur van de inleidende onderzoeksprocedure en op de invloed van het arrest van 12 september 2013, Duitsland/Commissie (T-347/09, niet gepubliceerd, EU:T:2013:418).
- 115 Volgens vaste rechtspraak volgt namelijk uit artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie alsook artikel 168, lid 1, onder d), en artikel 169, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke juridische argumenten deze vordering specifiek ondersteunen (zie in die zin arrest van

24 januari 2013, 3F/Commissie, C-646/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:36, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 116 Daarnaast kan, voor zover de TBO's de bovengenoemde aanwijzingen ter discussie hebben gesteld in hun memorie van repliek, ermee worden volstaan in herinnering te brengen dat volgens artikel 127, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering – dat op de procedure in hogere voorziening van toepassing is op grond van artikel 190, lid 1, van dat Reglement – geen nieuwe middelen mogen worden voorgedragen in de loop van het geding, tenzij het gaat om middelen die steunen op gegevens, rechtens of feitelijk, waarvan pas in de loop van de behandeling is gebleken. Uit de onderhavige procedure blijkt evenwel niet dat het betoog dat de TBO's ter zake hebben gehouden in hun memorie van repliek gebaseerd is op gegevens, rechtens of feitelijk, waarover zij niet beschikten toen zij hun hogere voorziening instelden. Het betoog waarmee de TBO's opkomen tegen de aanwijzingen die het Gerecht in aanmerking heeft genomen in punt 107 van het bestreden arrest, moet dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 117 Evenzo moet het betoog van de Commissie ter zake niet-ontvankelijk worden verklaard om redenen die identiek zijn aan die welke reeds zijn vermeld in de punten 47 tot en met 49 van het onderhavige arrest.
- 118 Aangezien het Gerecht aldus meerdere aanwijzingen voor ernstige moeilijkheden in aanmerking heeft kunnen nemen die betrekking hadden op de procedure, de duur daarvan en de inhoud van het litigieuze besluit, moet in de vijfde plaats worden geoordeeld dat – zoals de VGG e.a. terecht stellen – de in het kader van het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel aangevoerde argumenten irrelevant zijn.
- 119 Gezien deze aanwijzingen en de in punt 82 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak heeft het Gerecht namelijk op goede gronden kunnen oordelen dat de VGG e.a. hadden bewezen dat er twijfel bestond over de verenigbaarheid van de steun in kwestie met de interne markt.
- 120 Gelet op een en ander moeten het tweede middel en de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

- 121 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering – dat krachtens artikel 184, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening – wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd.
- 122 Aangezien de TBO's in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de VGG e.a. worden verwezen in de kosten.
- 123 Overeenkomstig artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de Commissie en het Koninkrijk der Nederlanden hun eigen kosten.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **De Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland, de Stichting Het Groninger Landschap, de Vereniging It Fryske Gea, de Stichting Het Drentse**

Landschap,de Stichting Het Overijssels Landschap,de Stichting Het Geldersch Landschap,de Stichting Flevo-Landschap,de Stichting Het Utrechts Landschap,de Stichting Landschap Noord-Holland,de Stichting Het Zuid-Hollands Landschap,de Stichting Het Zeeuwse Landschap,de Stichting Het Noordbrabants Landschap en deStichting Het Limburgs Landschap worden verwezen in de kosten.

- 3) De Europese Commissie en het Koninkrijk der Nederlanden dragen hun eigen kosten.**

Arabadjiev

Lenaerts

Xuereb

von Danwitz

Kumin

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 3 september 2020.

De griffier

De president van de
Tweede kamer

A. Calot Escobar

A. Arabadjiev

* Procestaal: Nederlands.