

Stibbe association d'avocats
Central Plaza
Rue de Loxum 25
1000 Bruxelles
Belgique
T +32 2 533 53 14
F +32 2 533 53 97
www.stibbe.com

Memorandum

To	J.J. Helder Federatie Particulier Grondbezit	J.H. Kingma Federatie Particulier Grondbezit
From	Prof. Mr. M. van der Woude Stibbe	
Date	29 oktober 2007	
Re	Advisering ten aanzien van de bevoordeling van TBO's ten opzichte van particuliere grondbezitters	

Tijdens onze besprekingen heeft u ons uiteengezet dat er bij de leden van de Federatie Particulier Grondbezit (FPG) onvrede bestaat over de wijze waarop bepaalde organisaties, zogeheten Terrein Beherende Organisaties (TBO's), grond kunnen verwerven. Volgens uw leden, bevoordeelt de overheid deze TBO's door middel van directe subsidies en ondoorzichtig gedrag. U heeft mij verzocht een initiële visie op deze problematiek te geven.

Ik zal hierbij op de volgende wijze te werk gaan. In de eerste paragraaf zal ik kort ingaan op mijn begrip van de feiten. Daarbij merk ik op dat ik mij in belangrijke mate baseer op verschillende veronderstellingen, die bij een mogelijk nadere uitwerking van deze zienswijze onderzocht zouden moeten worden. De tweede paragraaf geeft een overzicht van de rechtsregels die mogelijk relevant kunnen zijn voor de beoordeling van deze feiten. De derde paragraaf betreft de juridische analyse van de rechtmatigheid van de bevoordeling.

Deze analyse leidt tot de conclusie dat een financiële bevoordeling van de TBO's mogelijk in strijd is met de Europese regels inzake staatssteun en vrij verkeer. Wat de afstoting van voormalige defensiegronden betreft, zou zich een bijkomende onrechtmatigheid kunnen voordoen, indien vast zou komen te staan dat het overheidshandelen haaks staat op publiekelijk aangekondigd beleid.

1 De feiten

Landbeheer

TBO's hebben als specifiek doel het op duurzame wijze beheren van gronden en domeinen. Deze rol hangt samen met de doelstellingen die deze organisaties zich statutair stellen of die zij als onderdeel van de overheid vanzelfsprekend dienen na te streven. TBO's zijn hierin echter niet meer bijzonder of beter dan particulieren, die de instandhouding van zowel nieuw als bestaand bos en



Stibbe

natuur in hun bedrijfsvoering verankerd hebben.

De instandhouding van bestaande en nieuwe natuur wordt geregeld door de Natuurschoonwet. In ruil voor fiscale faciliteiten, kan een eigenaar zich verplichten tot het minimaal 25 jaar bezitten en instandhouden van het betrokken natuurschoon. Zodra het bezit wordt verkocht of het oorspronkelijke beplantingsplan wordt aangetast, zullen fiscaal genoten voordelen moeten worden terugbetaald aan de Belastingdienst. Ook particuliere stichtingen en BV's komen voor deze faciliteiten in aanmerking, wanneer zij hun BV of Stichting 'transparant maken'. Één van de belangrijkste voorwaarden is dat de activiteiten van de BV of Stichting voor minimaal 70 % bestaan uit het in bezit en in stand houden van het Natuurschoonwet-landgoed.

Bij de omvorming van landbouwgrond naar bos of natuur dienen particulieren bij de notaris een Kwalitatieve Verplichting te tekenen. Door deze verplichting dient de particuliere eigenaar al datgene na te laten dat de ontwikkeling dan wel instandhouding van het natuurdoelpakket waarvoor subsidie wordt of is verleend op grond van de regeling belemmert, bemoeilijkt of verhindert. Ook bij een eventuele verkoop van deze nieuwe natuurgrond, blijft deze Kwalitatieve Verplichting gelden.

In beide gevallen komen deze verplichtingen voor particulieren in de praktijk neer op een voortdurende instandhoudingsplicht, die overeenkomt met een instandhoudingsdoelstelling van een TBO, met dien verstande dat u van mening bent dat eisen voor de particulieren strenger zijn dan voor de TBO's aangezien de TBO's geen kwalitatieve verplichting moeten tekenen en zij in de meeste gevallen de terreinen volledig ingericht krijgen doorgeschoven.

Ik ga er voor dit advies vanuit dat het voor het nastreven van de overheidsdoelstellingen inzake landbeheer niet uitmaakt of de grond in publieke of private handen is.

De Ecologische Hoofdstructuur (EHS)

Het bijdragen aan het verwezenlijken en in stand houden van de EHS is geen taak die door de overheid exclusief aan TBO's via publiekrechtelijke regelingen is opgedragen. Bij de uitvoering van het EHS-beleid heeft de overheid ook een duidelijke taak neergelegd bij particulieren. Daartoe is de Nederlandse overheid bereid particulieren en TBO's financieel bij te staan bij de realisatie van de maatschappelijke wensen aangaande natuur, bos, landschap en recreatie. Hiervoor is in 2000 de Subsidieregeling Natuurbeheer 2000 van kracht geworden, op grond waarvan op basis van gelijkheid aan Natuurmonumenten, de provinciale landschappen en particulieren gelijke vergoedingen gegeven worden voor de realisatie en instandhouding van verschillende natuurdoeltypen.

De TBO's

In Nederland bestaat een drietal (groepen van) TBO's, namelijk Staatsbosbeheer, de Vereniging Natuurmonumenten en de zogeheten Provinciale Landschappen. Het statuut, de organisatie- en financieringswijze van elk van deze groepen verschilt.

Staatsbosbeheer is een zelfstandig bestuursorgaan met de taak om bijna 250.000 hectare natuurgebied in stand te houden, te beheren en te ontwikkelen. Staatsbosbeheer heeft vier

Stibbe

kerntaken: natuur, landschap en cultuurhistorie, recreatie en houtproductie. Staatsbosbeheer werkt in opdracht van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV). Staatsbosbeheer heeft een omzet van ongeveer € 136 miljoen per jaar, waarvan de overheid zo'n € 80,4 miljoen bijdraagt.

Vereniging Natuurmonumenten is een particuliere vereniging met een ideële doelstelling, namelijk het behouden en beheren van gebieden in Nederland, die in natuurwetenschappelijk en landschappelijk opzicht belangrijk zijn, en van de historische en culturele monumenten die zich in die gebieden bevinden. In 2006 beheerde Natuurmonumenten 345 natuurgebieden met een gezamenlijke oppervlakte van bijna 100.000 hectare, en 459 beschermde monumentale gebouwen. In 2006 waren de totale inkomsten van Vereniging Natuurmonumenten € 107,8 miljoen, waarvan € 24,9 miljoen zijn oorsprong vond in particuliere contributies en donaties, € 8,9 miljoen in grondopbrengsten en € 64,2 miljoen in subsidies van verschillende overheden. Onder het begrip subsidie dienen ook de bijdragen van de Nationale Postcode Loterij gerekend te worden. In principe kan Vereniging Natuurmonumenten zonder subsidies niet functioneren.

In elke provincie is daarnaast nog een Provinciaal Landschap actief met aankoop, beheer en ontwikkeling van natuurgebieden gelegen in de desbetreffende provincie. De Provinciale Landschappen zijn doorgaans stichtingen die om hun doelen te realiseren, samenwerken met overheden, bedrijven en particulieren. De Provinciale Landschappen werken ook onderling samen in DE LANDSCHAPPEN, een samenwerkingsverband dat is opgericht in 1989 om ook op landelijk niveau de belangen van de Provinciale Landschappen te kunnen behartigen. De Provinciale Landschappen beheren samen meer dan 700 natuurgebieden met een totale oppervlakte van ruim 90.000 hectare. Provinciale Landschappen kopen natuurgebieden en historische gebouwen binnen en buiten de EHS. Binnen de EHS wordt aangekocht met financiële steun van de Rijksoverheid en de Provincies. Buiten de EHS wordt aangekocht met inzet van eigen financiële middelen, donateursbijdragen, legaten of fondsen waarvan de Nationale Postcode Loterij, het VSB fonds en het Prins Bernhard Cultuurfonds de belangrijkste zijn.

Banden met LNV

Uit onze gesprekken heb ik kunnen opmaken dat de TBO's hun activiteiten coördineren en met het oog daarop nauwe banden onderhouden met het Ministerie van LNV en daaronder ressorterende organen. Ik begrijp dat dit overleg onder andere betrekking heeft op de onderlinge taakverdeling en dat in dat kader de vraag wordt besproken welke organisatie het best geplaatst is om nieuwe grond te laten verwerven en vervolgens te beheren. Volgens uw uiteenzetting leidt dit overleg ertoe dat TBO's niet tegen elkaar opbieden bij grondverwerving. Een en ander vindt zijn weerslag in of hangt samen met een zogeheten Eerst Gegadigden Kaart ofwel Stimuleringskaart, die op provinciaal niveau aanduidt welke TBO waar en op welk moment aan bod is.

De Regeling Subsidies Particuliere Terreinbeherende Natuurbeschermingsorganisaties

Deze Stimuleringskaart ligt eveneens ten grondslag aan de Regeling Subsidies Particuliere Terreinbeherende Natuurbeschermingsorganisaties. Deze subsidieregeling biedt de Minister van LNV de mogelijkheid om de kosten voor aankoop, het ontwerp en de inrichting van terreinen, ten behoeve van TBO's en de kosten ten aanzien van de afstemming daarover volledig door de provinciale en rijksoverheid te laten financieren, ongeacht de hoogte van de kosten en zonder

Stibbe

financieel plafond.

Hoewel er een gelijk instrumentarium is voor TBO's en particulieren ten aanzien van de inrichting en het beheer van bestaande nieuwe natuurterreinen kan deze additionele subsidie alleen ten goede komen aan de TBO die op grond van de kaart als begunstigde is aangewezen. Hierdoor ontstaat de ongelijke situatie dat TBO's op basis van deze regeling alle kosten vergoed krijgen terwijl particulieren slechts recht hebben op een vergoeding van 95% van de gemaakte kosten, met een maximum van 7.200 euro. Met dit bedrag moet de particuliere beheerder alles realiseren, van ontwerp, advies, bestemmingsplanwijzigingen, inspraakrondes tot de daadwerkelijke inrichting.

Volgens artikel 6 van de subsidieregeling kan de subsidie alleen worden verleend indien de aankoopsum de marktwaarde niet overschrijdt en indien het terrein bestemd is voor natuurontwikkeling en in het bijzonder voor de EHS.

Raadpleging van de bronnen van de Europese Commissie heeft niet kunnen uitwijzen of de subsidieregeling bij de Europese Commissie als staatssteun is aangemeld en of zij goedkeuring heeft verkregen.¹

Overbiedingen

Het door u gewraakte gedrag betreft deze door de overheid gecoördineerde biedingen. Hierbij is het niet alleen opvallend dat de TBO's elkaar geen concurrentie aandoen bij het uitbrengen van een bod voor het verwerven van gronden en domeinen, maar ook dat zij via de Dienst Landelijk Gebieden (DLG) over ruime(re) middelen beschikken die hen in staat stellen de biedingen van de FPG leden te overtreffen. Tijdens onze gesprekken heeft u gewezen op verschillende voorbeelden van transacties die boven de marktwaarde tot stand zijn gekomen en die ertoe hebben geleid dat terreinen in handen zijn gekomen van TBO's.

Ik begrijp dat de TBO's de gronden niet zelf verwerven, maar dat dit in werkelijkheid geschiedt door de DLG van het Ministerie van LNV, die in opdracht handelt van dit ministerie of andere opdrachtgevers. Voor acquisities ten behoeve van Natuurmonumenten of de Landschappen, worden de financiële lasten gelijkelijk gedragen door het Rijk en de betrokken Provincie. Voor Staatsbosbeheer komt de financiering geheel ten laste van het Rijk. De terreinen die DLG aldus verwerft worden vervolgens om niet doorgeleverd aan de TBO's. Tevens heeft u gewag gemaakt van gevallen waarin de aangeboden domeinen worden afgestoten door de overheid en waarin de overheid deze gronden "doorschuift" naar een ander deel van de overheid, namelijk Staatsbosbeheer.

Een en ander heeft tot gevolg dat de mogelijkheden voor particulieren om grond te verwerven door inmenging van overheidswege en ten laste van de belastingbetaler worden beperkt en dat het grondbezit van de TBO's navenant is toegenomen.

PrOMPT

De wreveld van uw leden over de bevoordeling van de TBO's spitst zich thans in het bijzonder toe

¹ De websites staan niet toe tot 1993 terug te gaan.

Stibbe

op de verkoop van defensiedomeinen in het kader van Project Ontwikkeling Militaire Terreinen (PrOMPT). In haar beleidsverklaringen op dit gebied heeft de overheid zich immer op het standpunt gesteld dat bij de afstoting van de betrokken terreinen, waarvoor geen concrete toezeggingen waren gedaan, particulieren en TBO's gelijkwaardig zouden meedingen.² Wat de rechtsgrondslag en rechtvaardiging is van die toezeggingen, is vooralsnog onduidelijk en versterkt bij uw leden de indruk dat overheid en TBO's onder één hoedje spelen.

Recentelijk is inderdaad gebleken dat de overheid inmiddels reeds een deel van de 53 terreinen aan de TBO's heeft geleverd zonder dat de FPG of haar leden in de gelegenheid werden gesteld mee te bieden. Bij navraag door de FPG verwijst de overheid naar bestaande terugkooprechten, harde bestuurlijke afspraken of "eenheid van beheer", zonder toe te lichten wat deze termen in concreto inhouden. Het is deze ondoorzichtige manier van handelen die de FPG heeft doen besluiten de materie juridisch nader te laten onderzoeken.

2 De rechtsregels

Uw grieven

Naar aanleiding van de bovenstaande feiten, richt u een aantal verwijten tot de overheid. In de eerste plaats bent u van mening dat de overheid de leden van de FPG ten opzichte van de TBO's discrimineert. De TBO's krijgen subsidies zowel voor hun algemene functioneren als voor de directe aankoop van terreinen. Daarenboven zijn de verhoudingen tussen de TBO's en de overheid niet transparant. De indruk bestaat dat de overheid systematisch de bal toespeelt aan de TBO's. Tevens vraagt u zich af of de overheid in strijd mag handelen met publiekelijk aangekondigd beleid dat particulieren en TBO's gelijk behandeld worden.

Onrechtmatig overheidshandelen

Ik zal mijn overzicht van de mogelijk relevante rechtsregels aanvangen met een verwijzing naar Nederlands aansprakelijkheidsrecht. De overheid handelt onrechtmatig indien dit handelen strijdig is met haar eigen publiekrechtelijke regelingen of met hogere rechtsregels. Wat dit laatste betreft, denk ik met name aan artikel 1 van onze Grondwet dat elk vorm van discriminatie op welke grond dan ook verbiedt. Van onrechtmatig overheidshandelen kan eveneens sprake zijn indien dit handelen afwijkt van uitdrukkelijk gedane toezeggingen en/of met de verwachtingen die bij de justitiabele zijn opgewekt.

Overeenkomstig het leerstuk van de onrechtmatige daad, kan de justitiabele in rechte de onmiddellijke stopzetting van het inbreukmakend handelen vorderen alsmede schadevergoeding eisen voor de reeds opgelopen schade.

Het (Europese) economische ordeningsrecht

Het verstoren van gelijke concurrentiekansen kan op verschillende wijzen in aanvaring komen met het economisch ordeningsrecht dat meer en meer zijn verankering vindt in het Europese recht.

² Zie de brief van minister Veerman aan de Voorzitter van de Tweede Kamer op 30 juni 2006, kenmerk: DN. 2006/1918

Stibbe

- a. Indien de verstoring voortvloeit uit steunregelingen, dient te worden onderzocht of deze steun verenigbaar is met de Europese staatssteunregels.
- b. Indien de gewraakte overheidsgedraging een belemmerend effect kan hebben op investeringen van buitenlandse ondernemingen in Nederland, dan ligt een onderzoek in het licht van de Europese regels inzake vrij kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging voor de hand.
- c. Indien de verstoring van de gelijke concurrentiekansen het gevolg is van het handelen van ondernemingen, dient te worden onderzocht of de gewraakte gedraging verenigbaar is met het kartelrecht.

Hieronder zal ik kort de basisbeginselen van deze drie groepen rechtsregels weergeven.

Staatssteunregels

Staatssteun in de zin van de artikelen 87 en 88 EG Verdrag is een bijzonder ruim begrip. Het omvat alle op geld waardeerbare steun die, direct of indirect, ten laste van de overheidskas komt en waarmee bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere ondernemingen worden bevoordeeld. Staatssteun is in beginsel onrechtmatig indien zij zonder goedkeuring van de Europese Commissie wordt verleend. Dat betekent dat concurrenten van de bevoordeelde ondernemingen in rechte terugbetaling van de steun kunnen eisen.

Indien de steun door de Commissie is goedgekeurd, dan wordt de steun vanaf het tijdstip van goedkeuring rechtmatig en verenigbaar geacht met de gemeenschappelijke markt. Deze goedkeuring kan zowel betrekking hebben op steun in individuele gevallen als op steunregelingen. In dat laatste geval, dient goed te worden nagegaan of de steun binnen de werkingssfeer van de goedgekeurde steunregeling valt. Zo niet, dan is de steun onrechtmatig.

Tot slot, zelfs indien de steunregeling is goedgekeurd, kan een belanghebbende zich tot de Commissie richten met het verzoek de steunregeling opnieuw te beoordelen. Het kan immers zijn dat de omstandigheden die ten grondslag lagen aan het goedkeuringsbesluit zich in de loop der tijd hebben gewijzigd. De Commissie is niet verplicht om aan dit verzoek een positief gevolg te geven.

Vrij vestigingsrecht en vrij kapitaalverkeer

De Europese Gemeenschap heeft als doel dat er een grote binnenmarkt wordt geschapen waarbinnen ondernemingen en burgers zich vrijelijk kunnen verplaatsen teneinde economische activiteiten te verrichten. Deze vrijheid, zoals gegarandeerd door de artikelen 43 en 56 EG Verdrag, omvat mede de mogelijkheid om te investeren en om onroerend goed, zoals terreinen, te kunnen verwerven.³ Publiekrechtelijke regelingen of overheidsgedragingen die buitenlandse ondernemingen in hun investerings- en vestigingsmogelijkheden beknotten of beperken, komen alras met deze bepalingen in aanvaring.⁴ Dergelijke regelingen en gedragingen zijn verboden tenzij

³ Zie de uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) van 30 mei 1989, zaak C-305/87, Commissie tegen Griekenland, Jur. 1989, blz. 1461; en van 1 juni 1999, zaak C-302/97, Konle tegen Oostenrijk, Jur. 1999, blz. I-3099.

⁴ Zie recentelijk de veroordeling van de beschermingsconstructies van Volkswagen, zaak C-112/05, Commissie tegen

Stibbe

de betrokken Lidstaat aannemelijk kan maken dat zij noodzakelijk zijn uit hoofde van het algemeen belang.

Kartelrecht

Afspraken op grond waarvan ondernemingen markten onderling verdelen zijn van rechtswege nietig op grond van artikel 6 lid 2 van de Mededingingswet en artikel 81 lid 2 van het EG Verdrag. Bovendien kunnen ondernemingen voor dergelijke afspraken worden beboet door de NMa of de Europese Commissie. De vaststelling dat de overheid ondernemingen de hand boven het hoofd heeft gehouden of hen zelfs tot die collusie heeft aangezet, biedt tegen deze sancties geen beschermende werking. Integendeel, indien de overheid ondernemingen tot kartelvorming aanzet of de werking van kartels publiekrechtelijk bekrachtigt, kan naast de ondernemingen ook de overheid aansprakelijk gehouden worden voor een inbreuk op het kartelverbod, met dien verstande dat de overheid daarvoor niet beboet kan worden.

3 *De beoordeling*

Twee aanknopingspunten

Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat er twee groepen van regels zijn waarop de FPG of haar leden zich zouden kunnen beroepen: een eerste groep regels die in ieder geval op het gewraakte overheidsgedrag van toepassing zijn en een tweede groep regels die alleen van toepassing zijn indien de TBO's als onderneming aangemerkt zouden kunnen worden. Wat de eerste groep regels betreft, denk ik aan het aanspreken van de overheid op grond van haar onrechtmatig handelen en vanwege het mogelijke belemmeren van buitenlandse investeringen in Nederlands onroerend goed. De tweede groep regels betreft het kartelrecht en het staatssteunrecht.

Onrechtmatig handelen?

Op grond van de thans mij beschikbare feiten kan ik niet beoordelen of de overheid zich bij de uitvoering van haar beleid houdt aan haar eigen regels en in het bijzonder aan de Regeling Subsidies Particuliere Terreinbeherende Natuurbeschermingsorganisaties. De door u aangeduide gevallen doen vermoeden dat dit niet altijd het geval is. Dit betreft met name de situaties waarin niet bij voorbaat vaststond dat de betrokken terreinen voor natuurontwikkeling bestemd waren en/of waarin DLG ver boven de marktwaarde heeft geboden. Teneinde vast te stellen of deze vermoedens juist zijn, stel ik voor de relevante informatie bij de DLG op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur op te vragen.

Een andere vraag die bij mij leeft betreft de werkingssfeer *ratione personae* van de subsidieregeling. Het is mij onduidelijk waarom artikel 3 van de regeling een limitatieve lijst van begunstigde organisaties bevat. Zoals hierboven reeds omschreven, kunnen particuliere organisaties evengoed natuurbehoud als statutaire doelstelling nastreven. Uit de mij thans bekende gegevens vloeit geen aanwijsbare reden voort waarom dergelijke particuliere organisaties zijn uitgesloten, hetgeen mij doet vermoeden dat artikel 3 van de subsidieregeling niet, althans moeilijk met het

Stibbe

grondwettelijk discriminatieverbod te verenigen valt.

Mijn laatste opmerking ligt in het verlengde hiervan. Uit de mij thans ter beschikking staande bronnen blijkt dat de overheid een duidelijke rol weggelegd ziet voor particulier beheer van natuurgebieden. Het is dus aannemelijk dat particulieren aan deze beleidsuitlatingen het vertrouwen konden ontlenuen dat de overheid particuliere grondverwerving niet zou fnuiken door het toekennen van aankoopsubsidies voor de TBO's of door een doorschuifbeleid. Daarentegen heb ik geen sporen kunnen vinden van specifieke toezeggingen die de bevoegde bewindslieden aan de FPG en haar leden hebben gedaan. Integendeel, Minister Veerman heeft weliswaar aangeduid dat particulieren en TBO's op gelijke voet kunnen meedingen, maar alleen voor zover er aan de TBO's geen toezeggingen zijn gedaan.

Het is dus enigszins prematuur om te concluderen dat de overheid naar Nederlands recht onrechtmatig heeft gehandeld. Desalniettemin bestaan er serieuze aanwijzingen dat er van discriminatoir gedrag alsmede van systematische overbiedings- en bevoordelingspraktijken sprake is.

Belemmering van het vrije vestigingsrecht en het vrije kapitaalverkeer

Zoals hierboven aangeduid, mag een overheid buitenlandse investeringen niet ontmoedigen. Indien de veronderstellingen over het overbiedings- en doorschuifgedrag van de overheid juist zijn, zou men in redelijkheid kunnen stellen dat de overheid buitenlandse investeringen ontmoedigt of compliceert ten opzichte van investeringen door de TBO's, die per essentie nationale organisaties zijn. Materieel worden aldus nationale beheersorganisaties bevoordeeld ten opzichte van buitenlandse investeerders. Ik ga ervan uit dat er temidden van de leden van de FPG investeerders bestaan die buitenlandse banden hebben, zodat de FPG zich op de artikelen 43 en 56 EG Verdrag kan beroepen.

Indien de FPG het bestaan van een dergelijke belemmering kan aantonen, dan is het verbod van de artikelen 43 en 56 EG Verdrag in beginsel van toepassing, tenzij de overheid de beperking kan rechtvaardigen uit hoofde van het algemeen belang. Aangezien zij systematisch heeft verkondigd dat particulier grondbeheer equivalent is aan het beheer door de Staat of de TBO's, zie ik niet direct een valide rechtvaardigingsgrond. Overigens begrijp ik dat uw leden in termen van deskundigheid, betrouwbaarheid en financiële draagkracht in het algemeen niet onderdoen voor TBO's.

De FPG zou aldus de onmiddellijke stopzetting van het gewraakte overheidsgedrag en terugbetaling van de daardoor geleden schade kunnen vorderen. Tevens zou de FPG kunnen overwegen om zich bij de Europese Commissie over de schending van de artikelen 43 en 56 EG Verdrag te beklagen. De Commissie kan op grond van een dergelijke klacht besluiten een verdragsinbreukprocedure tegen Nederland in te leiden conform artikel 226 EG Verdrag.

Zijn de TBO's ondernemingen?

De tweede groep bijkomende regels is enkel van toepassing indien de TBO's als ondernemingen kunnen worden aangemerkt. Het kartelrecht ziet immers alleen op afspraken tussen ondernemingen en het staatssteunrecht betreft alleen de bevoordeling van ondernemingen. Ofschoon dit vreemd kan overkomen gelet op de ideële doelstelling of het overheidsstatuut van de TBO's, denk ik dat de

Stibbe

TBO's in ieder geval gedeeltelijk als onderneming kunnen worden aangemerkt. Het begrip onderneming in het Europese recht is bijzonder ruim en betreft elke entiteit die een economische activiteit verricht ongeacht haar juridisch statuut en haar financieringswijze.⁵ Een onderdeel van de overheid kan zondermeer als een onderneming worden aangemerkt, indien het activiteiten verricht die ook door particulieren (kunnen) worden aangeboden.⁶ Ook een vereniging kan een onderneming drijven, zoals uit een verwijzing naar landbouwcoöperaties reeds blijkt.⁷

In de onderhavige zaak verrichten de TBO's activiteiten die als economisch aangemerkt kunnen worden. Zij beheren gronden en ontvangen daar de nodige vergoedingen voor in de vorm van opbrengsten van houtverkoop, pachtgelden, agrarische inkomsten of entreegelden. Het feit dat een economische activiteit om niet wordt verricht of dat anderszins van een vergoeding wordt afgezien ontnemt aan die economische activiteit niet noodzakelijkerwijs haar economisch karakter. Bovendien doen de TBO's aan het economisch proces mee door in concurrentie met particulieren mee te laten bieden in verkooprondes voor terreinen.

Het is dan ook waarschijnlijk dat de TBO's zijn onderworpen aan de kartel- en staatssteunregels, althans voor een deel van hun activiteiten.

Staatssteun

Voor zover de TBO's in aanmerking komen voor aankoopsubsidies of doorschuifregelingen, zijn zij aan te merken als begunstigden van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG Verdrag. Aangezien deze regelingen de investeringsmogelijkheden voor buitenlanders negatief beïnvloeden, wordt de mededinging erdoor verstoord en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloed. Zover ik dat heb kunnen nagaan, is die steun nimmer bij de Europese Commissie gemeld. De ontvangen en nog te ontvangen steun is derhalve onrechtmatig.

FPG heeft twee mogelijkheden om aan deze situatie een einde te maken. In de eerste plaats kan zij in rechte de onmiddellijke stopzetting van de steun eisen. Dit zou voor concrete projecten in een kort geding kunnen geschieden. Tevens bestaat de mogelijkheid te vorderen dat reeds betaalde steun aan de overheid wordt terugbetaald. Deze laatste vordering zou zowel gericht kunnen worden tot de overheid (door het eisen van een last tot het instellen van terugvorderingsmaatregelen) als tot de TBO's zelve. U zult begrijpen dat een dergelijke vordering voor de TBO's een enorm financieel risico in zich bergt: indien uw vordering slaagt dient alle steun die zij de afgelopen jaren hebben genoten weer ongedaan gemaakt te worden.

In de tweede plaats kan de FPG een klacht tegen de Nederlandse Staat indienen bij de Europese Commissie. Deze autoriteit zal zich vervolgens afvragen waarom steun aan particuliere grondbeheerders wel is gemeld en verdergaande steun aan TBO's niet. Indien de Commissie besluit de zaak op te vatten, kan zij eveneens de Nederlandse overheid gelasten de onrechtmatige steun terug te betalen.

⁵ Zie o.a. uitspraak van HvJEG van 23 april 1991, zaak C-41/90, Hofner en Elser tegen Macrotron GmbH, Jur. 1991 blz. I-1979, r.o. 21.

⁶ Vgl. uitspraak van HvJEG van 25 oktober 2001, zaak C-475/99, Ambulanz Glockner, Jur. 2001 blz. 8089.

⁷ Zie bij voorbeeld uitspraak van HvJEG van 25 maart 1981, zaak C-61/90, Coöperatieve stremsel en kleurenfabriek tegen de Commissie, Jur. 1981 blz. 851.

Stibbe

Indien zou blijken dat de steunregelingen wel zijn aangemeld, dan zal verder onderzoek dienen plaats te vinden. In het bijzonder dient dan te worden nagegaan of de effectief aan de TBO's verleende steun daadwerkelijk binnen de grenzen valt van het communautaire goedkeuringsbesluit. In het bijzonder zal moeten worden onderzocht of er geen cumulatie van verschillende steunregelingen plaatsvindt.

Tenslotte, zelfs indien alle steun voor de TBO's binnen de goedkeuring valt, dan kan de FPG zich altijd nog bij de Commissie over de ongelijke behandeling beklagen. Gelet op de beperkende effecten van de steunregelingen op interstatelijke vestigings- en investeringsmogelijkheden en de discriminerende effecten, is het niet onaannemelijk dat de Commissie haar oorspronkelijke besluit zal herzien. In het algemeen prefereert de Commissie privatisering en liberalisering boven nationalisaties en collectivisering.

Kartelrechtelijke aansprakelijkheid

Indien de TBO's als ondernemingen aangemerkt kunnen worden, rijst nog de vraag of zij hun onderlinge concurrentie voor de verwerving van terreinen mogen uitschakelen. Normaal gesproken zou deze vraag eenduidig negatief beantwoord kunnen worden; marktverdelingsafspraken zijn in beginsel gewoon verboden.

In de onderhavige zaak ligt het antwoord wellicht iets genuanceerder. De concurrentie die de TBO's elkaar aan zouden kunnen doen, is vanwege hun publieke financiering uiteindelijk concurrentie die met overheidsmiddelen bekostigd wordt. Deze concurrentie komt dan weliswaar de verkoper van de terreinen ten goede, maar zal een meerkost voor de belastingbetaler met zich meebrengen. Wel kan de overheid mogelijk aansprakelijk gehouden worden voor de schade die volgt uit de marktverdelingsafspraken wegens schending van de 'nuttig werking' van de artikelen 3g, 10 en 81 EG Verdrag, mits het correct is dat de overheid een marktverdelingsafpraak tussen TBO's orkestreert die ook buitenlandse investeerders raakt.

4 Conclusies

Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat er voldoende redenen zijn om aan te nemen dat de systematische steun van de overheid ten behoeve van de TBO's juridisch problematisch is. Door normale marktprijzen te overbieden of anderszins de TBO's te bevoordelen ten opzichte van particuliere grondbezitters, is het waarschijnlijk dat de overheid onrechtmatig handelt. Teneinde beter zicht te krijgen op de daadwerkelijk geboden prijzen en de systematiek van het overheidgedrag, raad ik u aan verschillende verzoeken uit hoofde van de WOB bij de betrokken overheden in te dienen. Aannemelijk is in ieder geval dat de overheid in strijd handelt met het grondwettelijk verankerd discriminatieverbod en het vertrouwen dat zij bij de FPG en haar leden heeft opgewekt door publiekelijk uit te dragen dat TBO's en particulieren op gelijke voet behandeld zouden worden.

Tevens ben ik van mening dat het gewraakte gedrag neerkomt op een schending van de artikelen 43 en 56 EG Verdrag. Boeren en investeerders uit binnen- en buitenland worden zonder aanwijsbare reden gedwarsboomd om in Nederland terreinen te verwerven en uit te baten. U kunt zich hierover

Stibbe

bij de Commissie beklagen of zelf procedures aanspannen bij de Nederlandse rechter.

Een gang naar Brussel ligt in ieder geval voor de hand in verband met de staatssteunregels. Voor zover wij dat hebben kunnen nagaan zijn de steunregelingen voor de TBO's niet aangemeld, met als gevolg dat zij onrechtmatig zijn. U kunt de Commissie verzoeken de terugvordering van de onrechtmatig verleende steun te gelasten. Zelfs indien de steun wel goedgekeurd zou zijn, raad ik u aan de Commissie op de problematiek te wijzen. Normaliter mag goedgekeurde steun niet gecumuleerd worden met andere steun en dienen de uitkeringen strikt te blijven binnen hetgeen de Commissie heeft goedgekeurd.

Dit gezegd zijnde, afhankelijk van de uitkomst van de WOB-procedure, kunt u ook direct bij de Nederlandse rechter terecht om stopzetting en terugvordering van onrechtmatig genoten steun terug te doen vorderen.

Tot slot, het gelaakte overheidshandelen zou in strijd kunnen zijn met de mededingingsrechtelijke verantwoordelijkheden die op Nederland als Europese lidstaat rusten. Deze verantwoordelijkheden brengen met zich mee dat Nederland kartelvorming niet mag aanmoedigen of in de hand werken.

Ik sta u gaarne bij om de procedurele routes met u verder uit te werken.

* * *