

Memorandum

Aan Federatie Particulier Grondbezit

Cc Tijn Kortmann (Stibbe)

Van Marc van der Woude (Stibbe)

Datum 10 november 2008

Betreft Advies AKD Prinsen Van Wijmen

Via de Vereniging Natuurmonumenten heeft u een exemplaar ontvangen van het advies van mijn confrères Kuypers en Van Nuland van 1 oktober 2008 waarin zij reageren op mijn advies van 29 oktober 2007. Volgens de Vereniging zou deze reactie aantonen dat de door mij geïdentificeerde problemen zwaar overschat zouden zijn. Onder deze omstandigheden heeft u mij verzocht mijn advies van vorig jaar te heroverwegen in het licht van het commentaar van de heren Kuypers en Van Nuland.

Alvorens hiertoe over te gaan, merk ik met enige compassie op dat mijn confrères met dezelfde problemen te kampen hebben gehad bij het opstellen van hun advies als ik toentertijd ben tegengekomen bij het eerste advies. De materie is bijzonder ondoorzichtig. Ik begrijp dan ook de feitelijke voorbehouden die zij aan het begin van hun advies formuleren alsmede hun voorwaardelijk taalgebruik.

Wat nu de reactie op hun reactie betreft, voel ik mij in mijn oorspronkelijke analyse gesterkt. Afgezien van een juridisch verschil van inzicht over het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip en het begrip staatssteun, betwist het advies van AKD Prinsen Van Wijnen niet dat de toentertijd door mij aangeduide rechtsregels inderdaad op de problematiek van toepassing kunnen zijn. Voor zover er een verschil van mening is, betreft dat verschil de interpretatie van de feiten en niet zozeer de rechtsregels.

Hieronder zal ik puntsgewijs ingaan op de juridische consequenties van deze verschillende feitelijke inzichten. Ik zal daarbij zoveel als mogelijk aansluiting zoeken bij de structuur van het advies van mijn confrères.



1) Gelijke of ongelijke behandeling ?

Volgens het advies van de heren Kuypers en Van Nuland zou zich geen ongelijke behandeling voordoen tussen de TBO's en de leden van uw Federatie, omdat zij beide in aanmerking komen voor gelijksoortige regelingen. Voor de TBO's geldt de Regeling subsidies particuliere terreinbeheerende natuurbeschermingsorganisaties (RTBO), en daarmee gepaard gaande strenge voorwaarden, en de leden van de Federatie kunnen aanspraak maken op de Provinciale Subsidieregeling Natuurbeheer (PSN).¹

Ik denk dat deze vergelijking in een tweetal opzichten misplaatst is. In de eerste plaats worden hier appels en peren met elkaar vergeleken, zoals uit onderstaand overzicht blijkt.

	TBO	FPG
Aankoop bestaande natuur van het Rijk	RTBO (max. 100%) of doorlevering om niet	Geen Subsidie
Aankoop bestaande natuur van derden	RTBO (max. 100%)	Geen Subsidie
Aankoop (landbouw)grond t.b.v. nieuwe natuur	RTBO (max. 100%)	Geen subsidie
Waardedaling als gevolg van bestemmingswijziging	PSN (ong. 80%), tenzij het terrein gelegen is in een door het gebiedsplan begrensd natuurgebied ²	PSN (ong. 80%)
Inrichtingsvergoeding voor nieuwe natuur	PSN (max. 95%)	PSN (max. 95%)
Beheer natuurterreinen	PSN	PSN

Met andere woorden, mijn confrères stellen ten onrechte dat een subsidie voor waardevermindering voor reeds in eigendom gehouden grond te vergelijken is met een aankoopsubsidie voor de verwerving van nieuwe grond.³

In de tweede plaats blijft het een feit dat de RTBO alleen openstaat voor TBO's. De deur is gesloten, zelfs voor leden van de Federatie die aan de strenge voorwaarden van de RTBO wensen te voldoen.⁴ De RTBO berust op de gedachte van een besloten club waar niemand anders lid van kan

¹ In september 2008 is de RTBO gedeeltelijk vervangen door provinciale verordeningen. Ofschoon de voorwaarden in deze verordeningen van Provincie tot Provincie kunnen verschillen, gaan zij alle uit van een limitatieve lijst van begunstigen. Gemakshalve zal ik hieronder blijven verwijzen naar de RTBO.

² Maar in dat geval heeft de TBO recht op een aankoopsubsidie. Indien TBO's een terrein met een aankoopsubsidie hebben verworven of "om niet" doorgeleverd hebben gekregen is compensatie van de waardedaling evenmin van toepassing.

³ Uit de rechtspraak vloeit bovendien voort dat een subsidieregime niet door een ander subsidieregime gerechtvaardigd kan worden. Elk regime dient op zijn eigen merites te worden beoordeeld (zie zaak 173/73, Italië tegen Commissie, JUR 1974, p. 709).

⁴ In dit verband zou ik een belangrijk feitelijk gegeven willen rechtzetten. Het is onjuist te stellen dat de RTBO een vervreemdingsverbod oplegt. Vervreemding is mogelijk mits er voorafgaande goedkeuring wordt verkregen van (thans) Gedeputeerde Staten.

worden, ongeacht zijn kwalificaties. Een dergelijke segregatie verdraagt zich niet met het gelijkheidsbeginsel.

2) Aankoop tegen marktwaarde

Mijn confrères zijn voorzichtig als zij zich uitlaten over het aankoopgedrag van Bureau Beheer Landbouwgronden (BBL) dat mede als taak heeft gronden ten behoeve van de TBO's te verwerven. Zo gaan zij niet in op het feit dat BBL zijn diensten exclusief aanbiedt aan de TBO's. Evenmin is mij de kwalificatie 'zelden' ontgaan, wanneer zij opmerken dat het 'zelden' voorkomt dat de BBL boven de marktwaarde aankoopt. Met andere woorden, uw vermoeden dat gronden voor de neus van uw leden worden weggekaapt is terecht. De Federatie is bovendien bekend met recente voorbeelden die deze stelling onderbouwen.

De uiteenzetting over de interactie tussen marktwaarde en het begrip staatssteun in paragrafen 3.8 en 3.9 ontgaat mij. De auteurs stellen aldaar dat er slechts van staatssteun sprake zou zijn voor de subsidie die bovenop de marktwaarde wordt verleend en dat (volledige) overheidssteun voor aankoop tegen marktwaarde geen staatssteun zou vormen. Met andere woorden, indien de staat activa schenkt aan een marktpartij, zou er geen sprake zijn steun als de staat die activa tegen marktwaarde zou hebben gekocht.

Op dit punt hebben mijn confrères en ik een fundamenteel verschil van inzicht over het begrip staatssteun. Ik vrees dat hun opvatting niet door Mevrouw Kroes wordt gedeeld. Ook staat deze opvatting haaks op de jurisprudentie, die uitdrukkelijk bepaalt dat artikel 87 lid 1 van toepassing is op elke vorm van bevoordeling met overheidsmiddelen: "*dienaangaande worden als steun beschouwd de maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen.*"⁵

3) Het begrip onderneming

Volgens mijn confrères zijn de mededingingsregels niet van toepassing op organisaties of entiteiten die zijn belast met de uitoefening van overheidsgezag. Dat is juist. De vraag is evenwel of men kan beweren dat de TBO's overheidsgezag uitoefenen. De auteurs stellen dat dit het geval is, omdat de TBO's het milieu beschermen en het Hof milieubescherming als overheidstaak heeft aangemerkt.

Deze redenering klopt niet. De zaak waarnaar mijn confrères verwijzen betreft milieu-inspectie in de haven van Genua teneinde vervuiling door zeeschepen tegen te gaan⁶. Bij mijn weten kunnen de TBO's niemand inspecteren of bekeuren.

Over de vraag of TBO's als onderneming kunnen worden aangemerkt, kan eigenlijk geen twijfel bestaan. In verschillende beschikkingen heeft de Commissie zich reeds over subsidies voor natuurbeheer uitgesproken. Daarbij heeft zij bovendien non-profit organisaties expliciet als begunstigden van steun aangemerkt. Een citaat maakt op dit punt een eind aan iedere discussie.

⁵ HvJ EG 24 Juli 2003, Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg tegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, C-280/00.

⁶ HvJ EG 18 Maart 1997, Diego Cali & Figli tegen Servizi ecologici porto di Genova SpA, C-343/95.

Stibbe

“Begünstigte sind Naturschutzstiftungen oder Verbände in den Ländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsenanhalt.

*Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass der begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art der Finanzierung, umfasst. Die Verwaltung der unentgeltlich übertragenen Flächen unterliegt naturschutzrechtlichen Auflagen, die eine wirtschaftliche Nutzung nur sehr eingeschränkt zulassen. Naturschutzstiftungen oder -verbände üben jedoch eine, wenn auch geringfügige, wirtschaftliche Tätigkeit aus (insbesondere Beratungsdienste, Holzverkauf, Verpachtung von landwirtschaftlichen Flächen und Tourismus). Die Begünstigten sind daher als Unternehmen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 des EG-Vertrags zu betrachte”.*⁷

Ook de Nederlandse overheid heeft continu uitgedragen dat aan particulieren een belangrijke rol toekomt bij het nationale natuurbeheer.

Wel kan ik met mijn confrères meegaan in de redenering dat TBO's niet voor al hun bezigheden als ondernemingen kunnen worden aangemerkt. Dat geldt evenzeer voor de leden van Federatie. Waar het evenwel om gaat is, zoals bovenaangehaald citaat aangeeft, dat de TBO's en de leden economische activiteiten verrichten, zoals het verpachten en verhuren van gronden en gebouwen, het verkopen van de producten van land- en bosbouw en het innen van bezoekersgelden. Mijn confrères weten te melden dat deze economische activiteiten een bedrag van 15 miljoen vertegenwoordigen op het budget van de Vereniging. Dat volstaat als bewijs om deze Vereniging als onderneming in de zin van artikel 87 EG te beschouwen.

4) Dienst van algemeen economisch belang

Dat mijn confrères mijn opvatting over het ondernemingsbegrip delen, valt te lezen in hun uiteenzetting over artikel 86 lid 2 EG dat een uitzondering bevat op de verdragsregels indien een onderneming expliciet met de uitoefening van een dienst van algemeen economisch belang is belast. Ofschoon zij, terecht, geen aanwijzing hebben kunnen vinden voor het feit dat de TBO's van overheidswege zijn belast met een dergelijke dienst, berust hun beschouwing op de premisse dat de dienst in ieder geval economisch van aard is. Welnu, artikel 86 lid 2 gaat over ondernemingen en de economische diensten die zij aanbieden.

5) Melding van de RTBO bij de Commissie

Mijn confrères merken op dat de RTBO niet als afzonderlijke regeling bij de Commissie is gemeld, dat een dergelijke melding niet hoeft plaats te vinden aangezien men te maken heeft met landbouwproducten en dat er sowieso een impliciete goedkeuring zou hebben plaatsgevonden in het kader van de melding van POP 2000-2006. Gelet op de onduidelijkheden onthouden zij zich evenwel van het geven van een definitief oordeel.

Dat laatste lijkt mij van wijsheid te getuigen. Navraag bij de Europese Commissie heeft inderdaad

⁷ Zie Übertragung von Naturschutzflächen, NN 277/2003, Deutschland, van 26 april 2006: punt 32 en 33: Zie ook Versterking van natuur- en bosbeheer, N 709/99 van 12 september 2000, Groenfonds Midden-Delfland, N 33/2005 van 27 februari 2006, FIF, N 283/2005, Portugal en *mutatis mutandis* NV Monumenten Fonds Brabant, NN 76/2005, van 16 mei 2006.

uitgewezen dat de RTBO weliswaar bekend is bij deze instantie, maar dat zij nimmer is goedgekeurd. De zaak blijkt om allerlei redenen sinds 1999 aanhangig.

Wat de juridische consequenties betreft van de afwezigheid van goedkeuring van reeds verleende steun, kan ik kort zijn: dergelijke steun is onrechtmatig uit hoofde van het verdrag. Ik merk in dat verband op dat de economische activiteiten van de TBO's verder strekken dan alleen landbouw en dat bosbouw geen landbouw is.

Mijn vrees dat de TBO's te maken hebben met een aanzienlijk economisch risico wordt door het advies van mijn confrères versterkt.

6) De stimuleringskaart

Op het punt van de mededingingsrechtelijke consequenties gaan de heren Kuyper en Van Nuland zelfs een stap verder dan ik. Daar waar ik in oktober 2007 de mogelijkheid opperde dat de uit de stimuleringskaart voortvloeiende marktverdeling in strijd zou kunnen komen met het kartelverbod, daar lijken mijn confrères stelliger te zijn door onmiddellijk terug te vallen op de uitzonderingsbepalingen van de artikelen 6 lid 3 Mededingingswet en 81 lid 3 EG. Van belang hierbij is dat de bewijslast om aan te tonen dat deze marktverdeling gerechtvaardigd kan worden rust op degene die daarop een beroep doet. Een begin van bewijs heb ik niet in het advies van AKD Prinsen Van Wijmen gelezen.

Conclusie

Het advies van AKD Prinsen Van Wijmen levert een belangrijke bijdrage aan de verdere gedachtevorming over de subsidieproblematiek rondom de RTBO. Nadere toetsing van een aantal aandachtspunten heeft uitgewezen dat deze regeling discriminatoir is en aanleiding geeft tot illegale staatssteun.