
AB 2014/300**RECHTBANK DEN HAAG**

28 mei 2014, nr. AWB-13_5130

(Mrs. D. Allewijn, D.G.J. Dop en A. Douwes)

m.nt. A.D.L. Knook

Art. 107 VWEU; art. 3:2, 4:35 Awb

ECLI:NL:RBDHA:2014:6726

Gevraagde subsidie levert niet zonder meer staatssteun op. Strijd met 3:2 Awb om subsidie te weigeren zonder informeel advies van de Commissie. Bestuursorgaan moet in contact treden met Commissie alvorens op de aanvraag te beslissen.

Verzoek om subsidieverlening op grond van de Subsidieregeling Landelijk Gebied Zuid-Holland (SLG) voor de verwerving van gronden gelegen binnen

* Mr.dr. A.D.L. Knook is advocaat bij CMS.

de Ecologische Hoofdstructuur (EHS); staatssteun; reeds bekend toekomstig overheidsbeleid.

De Commissie heeft bij beschikking van 13 juli 2011 (N 308/2010) geoordeeld dat de opvolger van de SLG, de SLG 2012, staatssteun vormt, maar heeft eveneens geoordeeld dat deze maatregel uit hoofde van artikel 106, tweede lid, VWEU, verenigbaar is met de interne markt. Gelet hierop heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer mogen aannemen dat verlening van de gevraagde subsidie aan eiseres op grond van de SLG, ook al gaat het hierbij om een eerdere regeling, ertoe leidt dat ongeoorloofde staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU wordt verleend.

Gelet op de rol van de Commissie bij de handhaving van staatssteunregels en de specifieke deskundigheid waarover zij beschikt bij de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun moet worden gekwalificeerd, dient het bestuursorgaan in de omstandigheden als hier aan de orde — waarin aan het oordeel van de Commissie van 13 juli 2011 het vermoeden kan worden ontleend dat geen sprake is van strijd met de interne markt — uit oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding van zijn besluit, in contact te treden met de Commissie en deze om advies te vragen.

Voor een bestuursorgaan bestaat de mogelijkheid de Commissie om informeel advies te vragen voorafgaande aan een eventuele aanmelding, zoals beschreven in punt 10 en verder van de door de Commissie vastgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (PB 2009, C136; de Gedragscode). Zoals volgt uit punt 10 van de Gedragscode kunnen dergelijke informele besprekingen ook betrekking hebben op maatregelen die zouden leiden tot een beschikking ingevolge artikel 4, tweede lid, van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB 1999, L83/1), waarin wordt vastgesteld dat geen sprake is van steun. Bij de contacten met de Commissie dient bij voorkeur de ontvanger van de (mogelijke) steun te worden betrokken (punt 15 van de Gedragscode).

Onder deze omstandigheden verdraagt het zich niet met artikel 3:2 van de Awb dat verweerder, alvorens op de aanvraag om subsidie te besluiten, niet in contact is getreden met de Commissie en deze niet om informeel advies heeft gevraagd.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 28 mei 2014 in de zaak tussen:

Stichting Het Zuid-Hollands Landschap, te Rotterdam, eiseres (gemachtigden: mr. A. Danopoulos en mr. G.J.M. de Jager),

en

het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland, verweerder (gemachtigde: mr. A. van Soest).

Procesverloop

Bij besluit van 28 juni 2012 (het primaire besluit) heeft verweerder de aanvraag van eiseres om een projectsubsidie van € 1.349.000 voor de aankoop van 19 ha grasland in Wassergeest op grond van de Subsidieregeling Landelijk Gebied Zuid-Holland (SLG) afgewezen.

Bij besluit van 14 mei 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend. Op 27 februari 2014 heeft verweerder een aanvullend verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 12 maart 2014.

Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen haar gemachtigden, alsmede door A, directeur.

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, alsmede door B en C.

Overwegingen

1. Wettelijk kader
- 1.2. Artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) bepaalt:

“1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten.”

Artikel 107, eerste lid, VWEU bepaalt:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de

staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

1.3. De SLG is op 26 juni 2010 in werking getreden en op 7 september 2010 gewijzigd. De regeling is per 25 oktober 2012 vervangen door de SLG 2012. Gelet op het in die regeling opgenomen overgangsrecht zijn in de onderhavige zaak de bepalingen uit de SLG van toepassing.

Ingevolge artikel 2, vijfde lid, aanhef en onder c, van de SLG wordt subsidie slechts verstrekt indien er geen strijd is met bestaand of reeds bekend toekomstig relevant overheidsbeleid.

Ingevolge artikel 16 van de SLG wordt, indien er sprake is van staatssteun, subsidie slechts toegekend met inachtneming van, en na overeenstemming met, toepasselijke Europese staatssteunverordeningen:

“a) indien aan landbouwers subsidie wordt verstrekt voor de instandhouding van traditionele landschappen geschiedt dit met inachtneming van Verordening (EG) 1857/2006, betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren;

b) indien subsidie wordt verstrekt ten behoeve van de verwerking en afzet van landbouwproducten geschiedt dit met inachtneming van Verordening (EG) 800/2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op een aantal categorieën steun;

c) indien subsidie wordt verstrekt aan landbouwers die niet valt onder de vorige categorieën, geschiedt dit met inachtneming van verordening (EG) 1535/2007 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op de de minimis-steun in de landbouwproductiesector.

d) indien subsidie wordt verstrekt aan de ondernemers niet zijnde landbouwers geschiedt dit met inachtneming van Verordening (EG) 800/2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op een aantal categorieën steun;

e) indien subsidie wordt verstrekt aan ondernemers niet zijnde landbouwers en de subsidie valt niet onder de hiervoor genoemde categorieën, geschiedt dit met inachtneming van de Verordening (EG) nummer 1998/2006, betreffende de toepassing van de artikelen 87

en 99 van het EG-verdrag op de de minimis-steun.”

Ingevolge artikel 42 van de SLG kan verweerder projectsubsidie als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van deze regeling verstrekken voor:

1. Activiteiten betreffende de verwerving van gronden ten behoeve van de EHS:

a) Verwerving.

b) Vergoeding ter beëindiging van pachtovereenkomsten.

2. Activiteiten voor de verwerving en inrichting van terreinen, die onderdeel zijn van een (provinciale) ecologische verbindingzone.

Artikel 43 van de SLG bepaalt:

1. Gedeputeerde Staten behandelen aanvragen naar volgorde van ontvangst.

2. Een subsidie wordt verleend als de behoefte aan een subsidie ten genoegen van Gedeputeerde Staten wordt aangetoond.

3. Een aanvraag tot subsidieverlening voor de kosten van verwerving van een terrein wordt uiterlijk ingediend op de dag vóór het passeren van de koopakte.

Artikel 44 van de SLG bepaalt:

1. Subsidie als bedoeld in artikel 42, eerste lid, kan verstrekt worden aan terreinbeheerders natuurbeschermingsorganisaties.

2. Subsidie als bedoeld in artikel 42, tweede lid, kan verstrekt worden aan alle rechtspersonen.

Ingevolge artikel 45, eerste lid, van de SLG wordt een subsidie voor de kosten van verwerving van grond als bedoeld in artikel 42 slechts verleend indien het aankoopbedrag niet meer bedraagt dan de reële marktwaarde.

Ingevolge het tweede lid van dat artikel, voor zover hier van belang, worden subsidies als bedoeld in artikel 42 slechts verstrekt voor terreinen die:

“f. gelegen zijn binnen een op de afzondingskaart opgenomen aankoopgebied. Gedeputeerde Staten kunnen hierop een uitzondering maken.”

Artikel 58 van de SLG bepaalt:

“De onderhavige subsidieregeling is staatssteungevoelig en onderhevig aan een staatssteuntoets. Indien er sprake is van staatssteun, dan wordt een subsidie slechts toegekend met inachtneming van, en na overeenstemming met, toepasselijke Europese staatssteunverordeningen.”

2.1. Eiseres heeft op 12 november 2010 een aanvraag ingediend voor een projectsubsidie van € 1.349.000 voor de aankoop van 19 ha grasland in Wassergeest, gelegen in de gemeente Lisse. Dit perceel maakt deel uit van de Ecologische

Hoofdstructuur (EHS). De subsidie is aangevraagd op grond van artikel 42, eerste lid, sub a, in verbinding met artikel 45, tweede lid, sub f, van de SLG. Op grond van deze artikelen kan verweerder projectsubsidie verstrekken voor activiteiten betreffende de verwerving van gronden, gelegen binnen een op de afrondingskaart opgenomen aankoopgebied, ten behoeve van de EHS.

2.2. Bij brief van 18 februari 2011 heeft verweerder de subsidieaanvraag aangehouden in verband met een door gewijzigd Rijksbeleid, aangekondigd bij brief van de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 20 oktober 2010, ontstane discussie over herijking van de EHS. Verweerder achtte het opportuun eerst de herijking van de EHS af te wachten voordat een besluit werd genomen over nieuwe aankopen. Eiseres heeft met het aanhouden van de aanvraag ingestemd.

2.3. Bij het primaire besluit heeft verweerder de aanvraag afgewezen. Aan dit besluit is ten grondslag gelegd dat eiseres een onderneming is in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU, waardoor het Europese staatssteunrecht onverkort op eiseres van toepassing is. Aangezien het volgens een extern ingewonnen advies in strijd is met het staatssteunrecht om gronden om niet of onder de marktprijs door te leveren aan Natuurmonumenten of provinciale Landschappen en er geen uitzonderingen als bedoeld in de Europese staatssteunverordeningen van toepassing zijn, is de subsidie geweigerd.

2.4. Bij het bestreden besluit heeft verweerder de weigering gehandhaafd. Verweerder heeft aan het bestreden besluit het volgende ten grondslag gelegd. De Nederlandse Staat heeft in juli 2010 aan de Europese Commissie (Commissie) een nieuwe subsidieregeling voor de aankoop van natuurgronden voorgelegd. Deze nieuwe subsidieregeling vindt op provinciaal niveau haar vertaling in de SLG. De Nederlandse Staat was van mening dat de subsidieregeling geen steunmaatregel was. Evenwel heeft de Commissie bij beschikking van 13 juli 2011 (N 308/210) geoordeeld dat de Nederlandse natuurbeheerders die op grond van deze regeling voor subsidie in aanmerking komen, ondernemingen zijn in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU en dat de betreffende subsidieregeling staatssteun vormt.

Eiseres moet volgens verweerder mede door de beschikking van de Commissie van 13 juli 2011 als onderneming worden aangemerkt, waardoor het staatssteunrecht onverkort op eiseres van toepassing is. Nu eiseres moet worden aangemerkt als onderneming, mag aan haar zonder voorafgaande toestemming van de Commissie geen steun worden verleend die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden. Daarbij doet het er niet

toe of de steun wordt verleend door een aankoopsubsidie voor gronden te verstrekken of dat het gaat om levering van gronden om niet of onder de marktprijs.

Verstrekking van subsidie zou daarom in strijd zijn met het Europese staatssteunrecht, zodat deze moet worden geweigerd.

3. Eiseres voert in beroep samengevat aan dat zij niet als onderneming in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU kan worden aangemerkt. Uit de beschikking van het Gerecht van de Europese Unie (Gerecht) van 19 februari 2013 (gevoegde zaken T-15/12 en T-16/12, n.n.g.) blijkt dat de Commissie in haar beschikking van 13 juli 2011 juist geen juridisch bindend oordeel heeft gegeven over de vraag of natuurbeschermingsorganisaties ondernemingen zijn in de zin van het staatssteunrecht. Verweerder heeft ten onrechte niet het externe advies waarnaar in het bestreden besluit wordt verwezen, bij het bestreden besluit gevoegd.

Subsidiar stelt eiseres dat de vier Altmark-criteria zijn vervuld (arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie)) van 24 juli 2003, zaak C-280/00, ECLI:EU:C:2002:315; het *Altmark*-arrest). Uit dat arrest blijkt dat financiering ter compensatie van openbare dienstverplichtingen geen staatssteun is in de zin van artikel 107 VWEU, indien aan de vier in dat arrest genoemde criteria is voldaan.

Meer subsidiar stelt eiseres dat indien het verlenen van de subsidie aan eiseres zou zijn te kwalificeren als staatssteun, deze staatssteun rechtmatig is, omdat deze voldoet aan de Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB)-kaderregeling.

Hoewel deze DAEB-kaderregeling niet in artikel 16 van de SLG is genoemd, is verweerder gehouden ook aan deze regeling te toetsen, zoals blijkt uit artikel 58 van de SLG.

Voorts betoogt eiseres dat verweerder ten onrechte heeft nagelaten te toetsen aan de Verordening (EU) nr. 360/2012 van de Europese Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (*PbEU* 2012, L114/8).

Tot slot betoogt eiseres dat geen inhoudelijke nationale weigeringsgronden aanwezig zijn, zodat de gevraagde subsidie moet worden verleend. Dat het subsidieplafond voor de per 25 oktober 2012 in werking getreden SLG 2012 op nihil is bepaald doet daaraan niet af. De subsidie is immers aangevraagd op grond van de SLG, zoals deze in 2010 luidde. Het subsidieplafond 2011 voor de aankoop van gronden is vastgesteld op 4,8 mil-

joen Euro. Deze is op € 20.000 na niet aangesproken, zodat eiseres ervan uit mocht gaan dat de subsidie zou worden verleend. De subsidie kan niet worden geweigerd op een van de gronden genoemd in artikel 4:35 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Verweerder mag weliswaar de subsidie ook op beleidsmatige gronden weigeren, maar deze moeten zijn genoemd in de subsidieregeling. De enige in de SLG genoemde weigeringsgrond, artikel 45, derde lid, is niet van toepassing, aldus eiseres.

Voor zover verweerder zijn beleid na de aanvraag heeft herijkt, kan dat eiseres niet worden tegengeworpen. Eiseres mocht er dus op vertrouwen dat de subsidie aan haar verleend zou worden.

4. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Om een maatregel als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU te kunnen kwalificeren moet deze volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie (onder meer het arrest van 16 mei 2002, zaak C-482/99, *Frankrijk/Commissie*, punt 68; ECLI:EU:C:2002:294) cumulatief voldoen aan de in dit artikellid genoemde criteria. In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde onderneming een voordeel verschaffen en in de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.

4.2. Uit de enkele omstandigheid dat eiseres volgens verweerder kan worden gekwalificeerd als een onderneming in de zin van het staatssteunrecht volgt derhalve nog niet dat de gevraagde subsidie, indien verleend, kan worden aangemerkt als staatssteun, die niet in overeenstemming is met de interne markt.

4.3. De Commissie heeft bij beschikking van 13 juli 2011 (N 308/2010) geoordeeld dat de opvolger van de SLG, de SLG 2012, staatssteun vormt, maar heeft eveneens geoordeeld dat deze maatregel uit hoofde van artikel 106, tweede lid, VWEU, verenigbaar is met de interne markt. Gelet hierop heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer mogen aannemen dat verlening van de gevraagde subsidie aan eiseres op grond van de SLG, ook al gaat het hierbij om een eerdere regeling, ertoe leidt dat ongeoorloofde staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU wordt verleend.

Gelet op de rol van de Commissie bij de handhaving van staatssteunregels en de specifieke deskundigheid waarover zij beschikt bij de beoor-

deling of een overheidsmaatregel als staatssteun moet worden gekwalificeerd, dient het bestuursorgaan in de omstandigheden als hier aan de orde — waarin aan het oordeel van de Commissie van 13 juli 2011 het vermoeden kan worden ontleend dat geen sprake is van strijd met de interne markt — uit oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding van zijn besluit, in contact te treden met de Commissie en deze om advies te vragen.

Voor een bestuursorgaan bestaat de mogelijkheid de Commissie om informeel advies te vragen voorafgaande aan een eventuele aanmelding, zoals beschreven in punt 10 en verder van de door de Commissie vastgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (PB 2009, C136; de Gedragscode). Zoals volgt uit punt 10 van de Gedragscode kunnen dergelijke informele besprekingen ook betrekking hebben op maatregelen die zouden leiden tot een beschikking ingevolge artikel 4, tweede lid, van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB 1999, L83/1), waarin wordt vastgesteld dat geen sprake is van steun. Bij de contacten met de Commissie dient bij voorkeur de ontvanger van de (mogelijke) steun te worden betrokken (punt 15 van de Gedragscode).

Onder deze omstandigheden verdraagt het zich niet met artikel 3:2 van de Awb dat verweerder, alvorens op de aanvraag om subsidie te besluiten, niet in contact is getreden met de Commissie en deze niet om informeel advies heeft gevraagd.

De rechtbank verwijst ter onderbouwing van dit oordeel naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 februari 2013 (ECLI:RVS:2013:BZ1245).

4.4. Het beroep is derhalve gegrond. Het bestreden besluit dient te worden vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb en omdat het bestreden besluit in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb onvoldoende deugdelijk is gemotiveerd.

4.5. Verweerder heeft eerst in de beroepsprocedure aangevoerd dat, indien zijn standpunt dat het verlenen van subsidie in strijd zou komen met het Europese staatssteunrecht in rechte geen stand zou houden, de verlening van de subsidie toch terecht is geweigerd omdat nationale weigeringsgronden zich tegen subsidieverlening verzetten. Nu eiseres in de beroepsprocedure de gelegenheid heeft gehad op dit standpunt van verweerder te reageren en daarvan ook gebruik heeft gemaakt, zal de rechtbank beoordelen of dit standpunt van verweerder aanleiding geeft de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.

4.6. Verweerder heeft in zijn aanvullend verweerschrift gesteld dat een subsidieplafond is ingesteld en dat ten tijde van de indiening van de aanvraag nog een bedrag van € 1.210.338,- beschikbaar was. Evenwel diende de aanvraag om subsidieverlening te worden geweigerd op grond van artikel 2, vijfde lid, aanhef en onder c, van de SLG en op grond van artikel 43, tweede lid, van de SLG.

4.7. Aan zijn standpunt dat de subsidie op grond van artikel 2, vijfde lid, van de SLG had moeten worden geweigerd heeft verweerder ten grondslag gelegd dat verlening van subsidie in strijd zou zijn met reeds bekend toekomstig relevant overheidsbeleid.

De rechtbank volgt dit standpunt niet. Ter zitting is komen vast te staan dat ten tijde van de subsidieaanvraag op grond van de hiervoor genoemde brief van 20 oktober 2010 van de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie slechts bekend was dat voor de helft van het aangevraagde subsidiebedrag, namelijk het aandeel van het Rijk daarin, geen dekking meer zou zijn.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft eiseres zich terecht op het standpunt gesteld dat op het moment van de aanvraag geen sprake was van reeds bekend toekomstig beleid van verweerder als gevolg waarvan ook het aandeel van 50% van de subsidie dat ten laste van verweerder zou komen, niet meer zou kunnen worden uitgekeerd. Eerst op 30 januari 2013 heeft verweerder gewijzigd beleid bekend gemaakt. Ten aanzien van een bedrag van € 674.500,- kon verweerder zich dus niet op de weigeringsgrond van artikel 2, vijfde lid, van de SLG beroepen. Anders dan verweerder in zijn aanvullend verweerschrift heeft aangevoerd, kan het feit dat eiseres heeft ingestemd met aanhouding van de behandeling van haar aanvraag, niet ten nadele van eiseres strekken. Nu het onderhavige geschil de verlening van een subsidie betreft en verweerder zich beroept op het bestaan van een subsidieplafond, dient de aanvraag te worden beoordeeld aan de hand van de situatie ten tijde van de aanvraag, nog daargelaten dat ook ten tijde van het primaire besluit nog geen sprake was van bekend toekomstig beleid van verweerder.

4.8. Aan zijn standpunt dat de subsidie op grond van artikel 43, tweede lid, van SLG geweigerd had moeten worden heeft verweerder ten grondslag gelegd dat is gebleken dat eiseres geen behoefte had aan subsidie om de gronden in Wassergeest te kunnen verwerven. Immers, eiseres heeft die gronden vier maanden na het indienen van de aanvraag aangekocht. Bij de koop was de gebruikelijke ontbindende voorwaarde met betrekking tot het niet rond krijgen van de

financiering overeengekomen. Eiseres heeft geen beroep gedaan op deze ontbindende voorwaarde en heeft op 15 maart 2011 de aankoop deels uit eigen middelen, deels uit fondsenwerving en deels uit een lening betaald. Eiseres was volgens verweerder dus in staat de aankoop zelf te financieren. Dat daarbij ook gebruik is gemaakt van een lening doet er niet aan af dat eiseres zelf de aankoop van de gronden in Wassergeest heeft kunnen financieren, aldus verweerder. De rechtbank is van oordeel dat dit betoog niet slaagt voor zover het betreft het bedrag van de lening van € 400.000 die eiseres is aangegaan om de aankoop te financieren. De weigeringsgrond van artikel 43, tweede lid, van de SLG houdt immers niet in dat de subsidie kan worden geweigerd indien de aanvrager in staat is door middel van het aangaan van een lening de aankoop te financieren, maar indien de behoefte aan een subsidie niet is aangetoond. Zoals verweerder blijktens zijn pleitnota (randnummer 25) ook erkent, heeft eiseres aangetoond dat zij in ieder geval behoefte had aan een subsidie van € 400.000 omdat zij voor dat bedrag een lening is aangegaan om de aankoop Wassergeest te kunnen financieren.

4.9. De conclusie is dat het betoog van verweerder dat nationale weigeringsgronden aan de verlening van de aangevraagde subsidie in de weg staan niet slaagt voor zover het betreft een bedrag van € 400.000. Er bestaat dan ook geen aanleiding om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.

Verweerder dient een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

4.10. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, zal de rechtbank bepalen dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht vergoedt. De rechtbank zal verweerder veroordelen in de door eiseres gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 974 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 487 en een wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van deze uitspraak;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 318 aan eiseres te vergoeden;

— veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van € 974.

Noot

1. Deze uitspraak vormt een in de praktijk niet onbelangrijke bevestiging van de *Ridderstee*-uitspraak die onder AB 2014/290 is opgenomen, waarnaar vanzelfsprekend ook wordt verwezen door de Rechtbank. In beide zaken wordt geconcludeerd dat een bestuursorgaan in strijd handelt met artikel 3:2 Awb indien het niet informeel contact opneemt met de Europese Commissie alvorens het een subsidie op staatssteunrechtelijke gronden weigert te verlenen.

2. Beide uitspraken passen in een bredere ontwikkeling dat overheden steeds vaker zelf een beroep doen op het staatssteunrecht. Dat overheden hier niet te lichtvaardig over moeten denken blijkt wel uit de Nederlandse jurisprudentie en de besluitenpraktijk van de Europese Commissie hierover. Zo oordeelde in mei 2012 het Hof Leeuwarden dat de gemeente Winsum zich niet op staatssteunrechtelijke gronden mocht beroepen op nietigheid van een met de ontwikkelaar Montagne gesloten overeenkomst (ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167); en oordeelde in oktober 2013 de Europese Commissie dat de gemeente Bergen op Zoom zich niet mocht beroepen op staatssteun wat betreft een overeenkomst met Nedalco voor de koop van het bedrijfsterrein van Nedalco (besluit van 2 oktober 2013 in SA.32225, C(2013) 6250). Aanleiding voor deze ontwikkeling is het *Residex*-arrest uit 2010, waarin de Hoge Raad bevestigde dat de rechter bevoegd — maar niet verplicht — is zo nodig een overeenkomst gesloten ter uitvoering van een niet bij de Commissie gemelde steunmaatregel nietig te verklaren op grond van artikel 108 lid 3 VWEU jo. artikel 3:40 lid 2 BW (ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (tussenarrest)), bevestigd in ECLI:NL:HR:2013:BY0539). Het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam had zich in die kwestie garant gesteld voor een lening van ongeveer € 23 miljoen van Residex aan Aerospace. Aerospace loste weliswaar een deel van de lening af, maar toen Aerospace in gebreke bleef het restant terug te betalen, riep Residex de garantie in. De Gemeente Rotterdam weigerde echter te betalen met als argument dat de garantie nietig zou zijn, nu het verlenen van de garantie staatssteun op zou leveren die had moeten worden gemeld bij de Europese Commissie. Daarbij speelde de overweging dat het een onbevoegd gegeven garantie was door de toenmalige havendirecteur, die buiten zijn mandaat was getreden.

3. Deze uitspraken zijn overigens nog maar het topje van de ijsberg. Duidelijk zichtbaar in de

decentrale overheidspraktijk is niet alleen de toename van het aantal meldingen bij de Europese Commissie, maar ook dat decentrale overheden zich richting ondernemingen steeds vaker op het staatssteunrecht beroepen om onder oude afspraken uit te komen dan wel nieuwe afspraken aan te gaan (zie reeds: Knook, *Kroniek Staatssteunrecht*, BR 2012/20, nr. 3, p. 149-154). Of dit een wenselijke ontwikkeling is laat ik in het midden, het is in ieder geval een opmerkelijke, nu het staatssteunrecht toch primair beoogt de belangen van marktpartijen te beschermen. Voor de formele wetgever was dat bijvoorbeeld in 2009 nog de reden om bij introductie van het relativiteitsvereiste in de Crisis- en herstelwet als voorbeeld te noemen dat 'een milieuorganisatie zich, agerend tegen de uitbreiding van een luchthaven, niet kan beroepen op de staatssteunregels van het EG-Verdrag.' (*Kamerstukken II*, 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 50 (MvT)).

4. In het onderhavige geval vroeg de Stichting Het Zuid-Hollands Landschap een projectsubsidie aan van € 1.349.000 voor de aankoop van 19 ha grasland. GS weigerden dit, omdat de Stichting als onderneming zou moeten worden gezien in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De subsidieverlening zou daarom staatssteun vormen in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, zodat deze volgens GS moest worden geweigerd. De uitspraak roept twee vragen op, een van meer materiele aard — 'was er sprake van staatssteun?' — en een van meer formele aard: 'kan om deze reden de subsidie worden geweigerd zonder voorafgaande informele raadpleging van de Europese Commissie?'

5. De vraag wanneer er sprake is van staatssteun wordt beantwoord in artikel 107 lid 1, VWEU, op grond waarvan een maatregel staatssteun vormt indien aan vier criteria wordt voldaan. Ten eerste dient de maatregel door de staat of uit staatsmiddelen bekostigd te zijn. Ten tweede dienen bepaalde ondernemingen of bepaalde producties door de maatregel een selectief voordeel te verkrijgen. Ten derde dient de maatregel het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden. Ten vierde moet de maatregel de mededinging op de interne markt vervalsen of dreigen te vervalsen.

6. Wat betreft de eerste twee criteria, duidelijk is dat bij subsidieverlening er al snel sprake is van een voordeel verleend door een overheid. De uitzonderingen hierop, bijvoorbeeld als er sprake is van openbare infrastructuur, laat ik buiten beschouwing, aangezien deze — anders dan in *Ridderstee* — geen duidelijke rol speelden in onderhavige kwestie. Resteert de vraag of in deze kwestie er sprake is van een onderneming in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Op grond van de

Höfner-jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie dient hieronder te worden verstaan elke entiteit die een economische activiteit ontplooit, waarbij onder een economische activiteit wordt verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een (potentiële) markt (zaak C-41/90). De vraag of een natuurorganisatie als een onderneming moet worden gezien is een actuele. Al in 2008 werd bijvoorbeeld door de Tweede Kamer de wens uitgesproken dat Staatsbosbeheer geen oneerlijke concurrentie zou aangaan met private ondernemers (motie-Mastwijk/Snijder-Hazelhoff (29659, nr. 21)); in 2011 oordeelde de Europese Commissie in een tweetal beschikkingen dat de Nederlandse natuurorganisaties ondernemingen kunnen zijn in de zin van artikel 107 VWEU (Besluit van 20 april 2011 (N 376/2010); en Besluit van 13 juli 2011 (N 308/2010)); en alhoewel het Gerecht op 19 februari 2013 het beroep tegen het laatste besluit niet ontvankelijk verklaarde (gevoegde zaken T-15/12 en T-16/12), oordeelde het in september 2013 in een Duitse zaak dat de vraag of een natuurorganisatie als onderneming moet worden beschouwd onder meer afhangt van de activiteiten die het ontplooit en de vraag of deze als economische activiteiten te kwalificeren zijn (zaak T-347/09).

7. Wat betreft de laatste twee criteria van artikel 107 lid 1 VWEU: in de besluiten van de Europese Commissie wordt al vrij snel aangenomen dat aan deze criteria wordt voldaan, zeker als het gaat om grondtransacties (zie, onder meer, besluit van 23 januari 2013, SA. 24123, C(2013) 87, punt 88; besluit van 5 oktober 2011, SA. 31877, C(2011) 4940, punt 35; Knook, Vastgoed en staatssteun in tijden van crisis, *BR* 2013/148, afl. 10, p. 727-732). Daar staat wel tegenover dat het in die besluiten ging om afspraken tussen gemeenten enerzijds en ontwikkelaars anderzijds, ten behoeve van het realiseren van bepaalde vastgoedprojecten. In het onderhavige geval betreft het daarentegen een subsidie aan een natuurorganisatie ten behoeve van de aankoop van grasland, is het de vraag of de stichting als een onderneming op een Europese markt actief en is bovendien het grasland niet dicht bij de Duitse of Belgische grens gelegen. Dat deze drie aspecten van belang kunnen zijn blijkt wel uit een besluit van de Europese Commissie uit november 2012 over de doorverkoop van een stuk grond door de gemeente Sliedrecht aan een manege. De Commissie concludeerde dat "beide transacties ... de handel in goederen en diensten tussen lidstaten niet ongunstig kan beïnvloeden in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Immers, de aankoop en de daaropvolgende verkoop door de gemeente beoogden de verplaatsing van de manege — die diensten verleent met een naar hun

aard plaatselijk karakter omdat zij klanten aantrekt uit een beperkt gebied dat niet dicht bij de grens met een andere lidstaat ligt — van een deel van het gemeentelijke grondgebied naar een ander deel, om de bouw van een nieuwe woonwijk te kunnen realiseren." (besluit van de Commissie van 7 november 2012, SA 34404, C(2012) 7541, punt 19). Laat onverlet dat de Europese Commissie in de meeste gevallen simpelweg aanneemt dat aan de laatste twee criteria wordt voldaan, de uitzonderingen hierop zijn op één hand te tellen.

8. In het onderhavige geval benadrukt de rechtbank dat aan de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU cumulatief moet worden voldaan. Uit de enkele omstandigheid dat de Stichting volgens GS kon worden gekwalificeerd als een onderneming volgt volgens de Rechtbank nog niet dat de gevraagde subsidie, indien verleend, kan worden aangemerkt als staatssteun, die niet in overeenstemming is met de interne markt. Toch lijkt mij in deze kwestie met name het ondernemingscriterium het meest relevant. Indien GS tot de gerechtvaardigde conclusie konden komen dat de te subsidiëren activiteiten van de Stichting van commerciële aard waren zal er van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU al vrij snel sprake zijn. Door deze overweging doet de uitspraak sterk denken aan de reeds genoemde uitspraak van het Hof Leeuwarden inzake *Winsum/Montagne*. Ook daarin benadrukte het Hof dat de Gemeente niet alleen aannemelijk diende te maken dat er sprake was van een overheidsmaatregel die Montagne begunstigde, maar ook dat die overheidsmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedde en de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen. Terwijl, zoals hierboven beschreven, de Europese Commissie juist bij vastgoedtransacties in beginsel aanneemt dat aan deze laatste twee criteria wordt voldaan.

9. De materiële toets van de rechtbank is met andere woorden een beperkte. Naast de vier cumulatieve criteria van artikel 107 lid 1 VWEU wijst de rechtbank er op dat de opvolger van de onderliggende subsidieregeling door de Europese Commissie als een vorm van verenigbare staatssteun wordt gezien (besluit van 13 juli 2011 (N 308/2010)), waardoor niet kon worden uitgesloten dat een voorafgaande raadpleging van de Commissie had geleid tot een voor de subsidieaanvrager positief oordeel. De toets van de rechtbank richt zich echter al met al met name op het formele element, te weten dat GS niet tot voorafgaande raadpleging van de Europese Commissie was overgegaan. De rechtbank meent dat "gelet op de rol van de Commissie bij de handhaving van staatssteunregels en de specifieke deskundigheid waarover zij beschikt", GS in strijd handelden

met artikel 3:2 Awb door voorafgaand aan de subsidieweigering niet de Commissie om advies te vragen. Daarin verschilt onderhavige uitspraak weer wel van Montagne, de nadruk ligt in deze kwestie niet zozeer op (het kennelijk ontbreken van) een nadere onderbouwing met betrekking tot alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU, maar vooral op het niet raadplegen van de Europese Commissie over de juiste interpretatie daarvan.

10. De Stichting voert subsidiair aan dat wordt voldaan aan de Altmark-criteria (waarvoor er geen sprake is van een selectief voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU), dan wel — meer subsidiair — dat indien de subsidie wel als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU moet worden gekwalificeerd, deze staatssteun rechtmatig is, omdat deze zou voldoen aan de kaderregeling inzake Diensten van Algemeen Economisch Belang, dan wel aan de DAEB de-minimisverordening, op grond waarvan ondernemingen die een DAEB verrichten over een periode van drie belastingjaren tot € 500.000 aan de-minimissteun kunnen ontvangen. Het voert te ver om uitgebreid op deze materie in te gaan. De onderliggende subsidieregeling bepaalt dat, indien er sprake is van staatssteun, een subsidie slechts wordt toegekend met inachtneming van, en na overeenstemming met, toepasselijke Europese staatssteunverordeningen. De subsidieregeling bevat een expliciete opsomming welke verordeningen dat op grond van die subsidieregeling zijn. Hoewel de DAEB-kaderregeling noch de DAEB de-minimisverordening daarin werden genoemd, acht de rechtbank GS toch gehouden hieraan te toetsen. Het is jammer dat de rechtbank op dit argument niet ingaat en bijvoorbeeld hierover geen vragen stelt aan de Europese Commissie. Nationale rechters hebben deze mogelijkheid op grond van artikel 23 bis van de Procedureverordening (Verordening (EG) Nr. 659/1999, *PB* L 83 van 27.3.1999), een route die nader is uitgewerkt in de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (*Publicatieblad* C 85, 9 april 2009). Zo stelde de rechtbank Rotterdam vorig jaar vragen aan de Commissie over de aanwijzing door de Gemeente Gorinchem van de veerverbinding Boven Hardinxveld — Werkendam — Gorinchem — Sleetwijk als DAEB (zie: Knook, DAEB-aanwijzing praktisch, maar niet eenvoudig, *BR* 2013/86, afl. 6, p. 467-476).

11. Wel rijst de vraag in welke situaties deze verplichting nu precies geldt. Geldt deze indien twijfel bestaat over de vraag of er überhaupt sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU? Voor situaties waarin er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 die bovendien gemeld moet worden op grond van

artikel 108 lid 3 VWEU? Of (ook) voor staatssteun op grond van artikel 107 lid 1 die is vrijgesteld van deze meldingsplicht? Als aan alle vier criteria van artikel 107 lid 1 VWEU wordt voldaan betekent dit nog niet dat de staatssteun ook gemeld moet worden bij de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft immers diverse uitzonderingen op deze meldingsplicht geformuleerd.

12. Dat brengt mij tot de tweede vraag die in deze uitspraak centraal staat: “Kan een subsidie op staatssteunrechtelijke gronden worden geweigerd zonder voorafgaande informele raadpleging van de Europese Commissie?” In onderhavige kwestie impliceert de rechtbank in navolging van de Ridderstee uitspraak dat een dergelijke verplichting zou volgen uit de Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (*PB* 2009, C136). Maar dat is maar de vraag. De Gedragscode bevat immers — zoals te doen gebruikelijk bij gedragsregels — louter (interne) regels voor de Europese Commissie en stelt bovendien dat de gedragsregels geen nieuwe rechten of verplichtingen scheppen, noch leiden tot wijziging van de rechten en verplichtingen die volgen uit de staatssteunregelgeving (punt 8). Voor zover mij bekend bestaat er geen andere staatssteunregelgeving waaruit een dergelijke verplichting kan worden afgeleid, hiernaar wordt overigens in Ridderstee noch in de onderhavige uitspraak verwezen.

13. Meer specifiek verwijst de rechtbank naar punt 10 van de Gedragscode. Het is echter de vraag of punt 10 daarmee niet veel breder wordt toegepast dan ooit bedoeld is. Punt 10 is onderdeel van het derde hoofdstuk van de Gedragscode dat handelt over de prenotificatie fase, oftewel de fase voorafgaande aan een meldingsprocedure. De prenotificatie is bedoeld voor die situatie waarin de steunverlener heeft geconcludeerd dat er volgens hem sprake is van meldingsplichtige steun. Voorafgaand aan de ‘echte’ melding kan dan met de Europese Commissie overlegd worden en afspraken worden gemaakt over inhoud en procedure. In die zin is het oordeel van de Afdeling en de rechtbank correct dat het verstandig kan zijn om de Europese Commissie eerst informeel overleg te plegen alvorens een subsidie die meldingsplichtige staatssteun kan bevatten te weigeren. Of uit het staatssteunrecht ook een verplichting volgt tot informele raadpleging van de Europese Commissie vraag ik me echter sterk af.

14. Deze twijfel rijst des te meer nu in de praktijk, om het in goed Cruiffiaans te zeggen, elke goedkeuring van staatssteun eveneens een weigering inhoudt. Zo behelst een berekening van een steunintensiteit op basis van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening automatisch

een weigering van elk bedrag daarboven, een berekening van een compensatie op grond van de DAEB-regelgeving automatisch een weigering tot het verlenen van overcompensatie, het vragen van een marktconforme prijs bij de verkoop van een stuk grond of een gebouw door een gemeente, zoals vereist is op grond van de Mededeling van de Europese Commissie over staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen (*PbEG* 1997, C209/3), automatisch een weigering om een lagere grondprijs vast te stellen, om maar enkele voorbeelden te noemen. Dit zijn alle drie vormen van staatssteunregelgeving die in de praktijk essentieel zijn om een subsidie- of andere vorm van steunverlening staatssteunproof te maken, oftewel zodanig in te richten dat deze niet hoeft te worden gemeld bij de Europese Commissie. De vraag rijst toch of elke weigering van een overheid om verder te gaan dan de ruimte die een vrijstellingsmogelijkheid biedt — of überhaupt om af te wijken van de mogelijkheden die het staatssteunrecht kent — als gevolg van Ridderstee en de onderhavige uitspraak nog wel mogelijk is zonder eerst de Europese Commissie te raadplegen. Dat lijkt mij een in de praktijk onmogelijke situatie.

15. Kort gezegd kent de in Ridderstee geformuleerde en in onderhavige uitspraak bevestigde verplichting om eerst tot informele raadpleging van de Europese Commissie over te gaan alvorens een subsidie op staatssteunrechtelijke gronden te weigeren, mijns inziens geen juridische verankering in het staatssteunrecht. Als uit de juridische onderbouwing van een subsidieweigering blijkt dat verlening van de subsidie niet mogelijk is zonder in strijd met het staatssteunrecht te handelen, is het bovendien maar zeer de vraag welke juridische meerwaarde het informele overleg met de Europese Commissie kan hebben. Indien een dergelijke onderbouwing mist spreekt het voor zich dat een bestuursrechter tot vernietiging van dat besluit kan overgaan. Louter het feit dat de Europese Commissie niet is geraadpleegd lijkt mij echter niet een reden om van een dergelijke onvoldoende onderbouwing te kunnen spreken.

A.D.L. Knook