

Postbus 75510, 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 2, 1082 MA Amsterdam
T +31(20)7953953 F +31(20)7953900
www.boekeldeneree.com

AANTEKENEN MET HANDTEKENING RETOUR

Stadsdeel Oost
T.a.v. de heer F. Dexel
Postbus 94801
1090 GV Amsterdam

Advocaat	: J.M.M. van de Hel	Amsterdam	: 9 mei 2011
Direct tel.	: 020 795 31 50	Referentie	: A.168809.01/903038
Direct fax	: 020 517 91 50		
E-mail	: martijn.vandehel@boekeldeneree.com		

Inzake : Stadsdeel Oost/advies staatssteun

Geachte heer Dexel,
Beste Frank,

1. Inleiding

Onder verwijzing naar onze eerdere contacten en de opdrachtbevestiging van 26 april jl. treft u hierbij mijn advies aan over mogelijke staatssteun aan het muziekmakerscentrum MuzyQ in Amsterdam. De stadsdeelraad van Stadsdeel Oost heeft specifiek mijn advies gevraagd over het volgende:

“Het stadsdeel heeft een garantie afgegeven aan de FGH-Bank als zekerheid voor de nakoming van verplichtingen van de Stichting SOS uit hoofde van een aan de Stichting SOS verstrekte lening voor de bouw van een muziekmakerscentrum.

Kan het stadsdeel in de gegeven omstandigheden, mede in het licht van het arrest van het Gerechtshof Den Haag en het Residex-arrest, met succes een beroep doen op de nietigheid van de garantie omdat deze is afgegeven in strijd met de regels inzake staatssteun?

Hierbij kan er vooralsnog van uit worden gegaan dat geen melding van de garantie aan de Europese Commissie heeft plaatsgevonden.

Hebt u overigens nog opmerkingen die voor het stadsdeel van belang kunnen zijn voor een inschatting van de kansen op een succesvol verweer tegen aanspraken van de bank uit hoofde van de garantie?

Extra aandachtspunten:

- 1) Wat is de geschatte doorlooptijd van een dergelijk nietigverklaringsproces?
- 2) Speelt het besluitvormingsproces (i.c. het buiten het mandaat van de raad sluiten van een garantieovereenkomst, zie hierna) een rol bij de beoordeling van de vraag of in strijd met de regels voor staatssteun is gehandeld?
- 3) Indien de gemeente de garantiestelling nietig laat verklaren, wat is dan de grond van een eventuele schadeclaim?
- 4) Hebben er eventueel in de gemeente Amsterdam vergelijkbare zaken gespeeld?"

Voor de beantwoording van deze vragen heeft u mij de volgende documenten toegezonden:

- Voordracht en besluit inzake garantie deelraad Oost-Watergraafsmeer 2005;
- Voordracht en besluit inzake garantie DB Oost-Watergraafsmeer 2007;
- Offerte financieringsaanvraag en garantieovereenkomst 2007;
- Voordracht en besluit inzake uitbreiding garantie 2009;
- Memo advocaat aan DB inzake staatssteun 2010 en verslag van juridisch overleg tussen stadsdeel Oost en gemeente Amsterdam;
- E-mailwisseling FGH-Bank en Stichting SOS 2007 over mogelijke staatssteun.

De afgelopen week hebben uw collega's mevrouw Ceha en de heer Van Vliet mij per telefoon aanvullende informatie verstrekt. Na een korte uiteenzetting van de mij - mede op basis van een eigen (internet)onderzoek - gebleken feiten en het juridisch kader zal ik hieronder antwoord geven op bovenstaande vragen van de stadsdeelraad.

2. Feiten

Orfeos Studio is een stichting die zich ten doel heeft gesteld om het repetitieprobleem voor muziekbeoefenaars in (grote) steden op te lossen en om de kwaliteit van de faciliteiten voor muziekbeoefening te verbeteren. Eén van de projecten van Orfeos Studio is de bouw en exploitatie van het muziekmakerscentrum MuzyQ in Amsterdam.

MuzyQ is een multi-facilitair muziekcentrum waar zowel professionele als amateur muzikanten en muziekorganisaties of andere ondernemingen kunnen musiceren of anderszins met muziek bezig kunnen zijn. Hiertoe biedt MuzyQ repetitieruimtes, bedrijfs- en werkruimtes, opnamestudio's en try out en show case podia aan. MuzyQ huisvest verder een café/restaurant, een muziekwinkel, congres- en vergaderruimten, lesfaciliteiten en opslagmogelijkheden. De muzikanten en muziekorganisaties die hiervan gebruik maken zijn (veelal) afkomstig uit de regio Amsterdam. MuzyQ heeft het voornemen geuit deze format ook buiten Nederland te ontwikkelen.

Voor de bouw van MuzyQ heeft Orfeos Studio in 2007 een lening afgesloten van 23,65 miljoen euro bij FGH Bank (met als zekerheid een recht van tweede hypotheek op het gebouw van MuzyQ en een vast deposito van 1 miljoen euro). FGH Bank was bereid deze lening tegen een (aanzienlijk) gunstiger rentepercentage te verstrekken op voorwaarde dat de gemeente Amsterdam zich voor de lening garant zou stellen.

Stadsdeel Oost en de gemeente Amsterdam hebben zich in 2007 ieder voor een (opvolgende) periode van tien jaar kosteloos garant gesteld voor de financieringslasten van de lening (met als zekerheid een recht van eerste hypotheek op en eerste koop van het gebouw van MuzyQ). Het

maximale bedrag dat FGH-Bank van stadsdeel Oost en de gemeente Amsterdam kan vorderen is gelijk aan de jaarlijks verschuldigde rente en aflossingen tot een maximum van 1,5 miljoen euro per jaar. Deze garantie is niet gemeld bij de Europese Commissie. FGH-Bank heeft Orfeos Studio in een e-mail wel op deze (mogelijke) verplichting gewezen. Deze e-mail is door Orfeos Studio doorgeleid aan stadsdeel Oost.

Het besluit voor de garantie is genomen door het dagelijks bestuur van stadsdeel Oost. Dit besluit wijkt af van het besluit van de stadsdeelraad van stadsdeel Oost in 2005 waarin toestemming is verleend voor een garantie voor een periode van tien jaar voor de betaling van de leasetermijnen van MuzyQ aan FGH-Bank. Hierbij was de stadsdeelraad er vanuit gegaan dat FGH-Bank de kosten voor de bouw van het muziekcentrum zou dragen en tevens juridisch eigenaar van het pand zou zijn.

Stadsdeel Oost en de gemeente Amsterdam hebben zich vervolgens in 2009 kosteloos - onder extra voorwaarden - aanvullend garant gesteld voor een extra financiering voor MuzyQ van 2,5 miljoen euro. De hoofdsom van de lening waarop de garantstelling betrekking heeft, bedraagt daarmee 26,15 miljoen euro. Stadsdeel Oost heeft in het kader van deze aanvullende garantstelling - ter voorkoming van aanmelding van staatssteun bij de Europese Commissie - het muziekcentrum als dienst van algemeen economisch belang aangemerkt.

In 2010 hebben de concurrerende muziekstudio's The Melodyline en The Jam uit Amsterdam stadsdeel Oost en de gemeente Amsterdam geïnformeerd dat de garantstelling(en) in strijd met de Europese en Nederlandse mededingingsregels zouden zijn. The Melodyline en The Jam hebben hierover ook een klacht ingediend bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Daarnaast hebben The Melodyline en The Jam Stadsdeel Oost en de gemeente Amsterdam aansprakelijk gesteld voor de door hen geleden schade.

3. Juridisch kader

Staatssteuncriteria:

Om van staatssteun te kunnen spreken, moet aan vijf criteria zijn voldaan:¹

- i) *Zijn bij de maatregel staatsmiddelen betrokken?* Hiervoor is vereist dat een overheidsinstelling geld besteedt, minder geld ontvangt of bepaalde financiële risico's loopt.
- ii) *Wordt door de maatregel een voordeel verschaft?* Hiervoor is noodzakelijk dat de normale lasten van een onderneming worden gedrukt. Van een voordeel is geen sprake als een particuliere investeerder zich op eenzelfde wijze zou gedragen.
- iii) *Wordt dit voordeel verschaft aan één of meerdere specifieke ondernemingen?* Het begrip "onderneming" wordt ruim uitgelegd en omvat iedere entiteit die een economische activiteit op een markt verricht.
- iv) *Wordt hierdoor de concurrentie (mogelijk) vervalst?* Indien een onderneming een voordeel van de overheid ontvangt, wordt in beginsel aangenomen dat de concurrentie wordt vervalst.
- v) *Wordt hierdoor de tussenstaatse handel (mogelijk) beïnvloed?* Indien een onderneming een voordeel van de overheid ontvangt, wordt al snel aangenomen dat de handel tussen lidstaten wordt beperkt. Van belang is of de begunstigde onderneming concurreert met partijen uit andere lidstaten en/of voldoende klanten uit het buitenland bedient en/of de

¹ Artikel 107 lid 1 VWEU.

maatregel het voor buitenlandse concurrenten lastiger maakt om de betreffende markt te betreden.²

Meldingsplicht en nietigheid:

Indien aan bovengenoemde criteria is voldaan, is sprake van staatssteun. Deze steun mag in beginsel pas worden verleend indien de Europese Commissie hier vooraf toestemming voor heeft gegeven.³ In de periode tussen aanmelding bij en eventuele goedkeuring door de Europese Commissie mag de steunmaatregel niet worden uitgevoerd. Steun die reeds is verleend kan op last van de Europese Commissie of een rechter (inclusief rente) worden teruggevorderd. In de Nederlandse rechtspraak is bevestigd dat rechters de bevoegdheid hebben om de onderliggende afspraken die aan ten onrechte verleende staatssteun ten grondslag liggen nietig te verklaren.⁴

Garantie:

Indien de overheid zich garant stelt voor een door een onderneming aangegane lening wordt deze onderneming in staat gesteld een lening op betere financiële voorwaarden te verkrijgen dan op de financiële markt normaliter mogelijk zou zijn. Overheidsgaranties kunnen daarmee de concurrentie verstoren. De Europese Commissie heeft aangegeven dat van staatssteun geen sprake is indien - kort gezegd - i) de onderneming niet in financiële moeilijkheden verkeert, ii) de garantie niet meer dekt dan 80% van de uitstaande lening, en iii) de onderneming voor de garantie een marktconforme prijs betaalt.⁵ Indien niet aan deze cumulatieve voorwaarden is voldaan, moet de garantie als staatssteun worden beschouwd. In de eerdergenoemde Nederlandse rechtspraak is bevestigd dat de nationale rechter ook een garantie in dit geval nietig kan verklaren.

Een kanttekening hierbij is dat de Hoge Raad in de reeds aangehaalde zaak - waarin de begunstigde onderneming inmiddels failliet was gegaan - aan het Hof van Justitie de vraag heeft gesteld of de nationale rechter een garantie nietig kan verklaren indien dit er niet toe leidt dat het onder de garantie verleende krediet ongedaan wordt gemaakt. Het Hof van Justitie zal hierop - naar verwachting - in de loop van dit jaar een antwoord geven.

Vrijstellingen:

Het staatssteunrecht kent generieke vrijstellingen. Eén van deze vrijstellingen is de De-minimisvrijstelling.⁶ Deze regeling bepaalt (onder andere) dat bij een overheidsgarantie geen sprake is van staatssteun indien het gegarandeerde gedeelte van de lening over een periode van drie jaar niet meer dan 1,5 miljoen bedraagt en de garantie niet meer dan 80% van de lening belooft.

² De Europese Commissie heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat steun aan een zwembad in Dorsten (Duitsland), het museum Aviodrome en de jachthavens aan het IJsselmeer niet tot een verstoring van de tussenstaatse handel leidde.

³ Artikel 108 lid 2 VWEU.

⁴ Hoge Raad 28 mei 2010, LJN: BL 4082 (Residex/Gemeente Rotterdam); Hof Den Haag 1 februari 2001, LJN: BP6129 (Commerz/Havenbedrijf Rotterdam).

⁵ Mededeling betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PbEG 2008, C-155/19).

⁶ Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun.

Goedkeuringsvoorwaarden:

De Europese Commissie kan staatssteun om verschillende redenen goedkeuren. Eén van redenen is de bevordering van cultuur of de instandhouding van het culturele erfgoed.⁷ Hierbij kan worden gedacht aan de steun voor musea, orkesten en theaters.

Dienst algemeen economisch belang:

Het is de overheid toegestaan steun te verlenen aan instellingen die als dienst van algemeen economisch belang zijn aangemerkt. Hieraan zijn wel strikte voorwaarden verboden.⁸ Zo dient de openbare dienstverplichting duidelijk te zijn afgebakend en dient de compensatie voor deze verplichting op objectieve en transparante wijze te zijn vastgesteld en niet meer te bedragen dan strikt noodzakelijk.

Schadevergoeding:

Concurrenten of derden die als gevolg van ten onrechte verleende staatssteun schade hebben geleden beschikken over de mogelijkheid om de geleden schade via de nationale rechter op de overheid (en onder bepaalde omstandigheden op de begunstigde onderneming) te verhalen.⁹

Opgewekt vertrouwen:

Ondernemingen die ten onrechte steun hebben ontvangen en deze moeten terugbetalen, kunnen geen beroep doen op eventuele opgewekte verwachtingen van de kant van de overheid. Zij dragen zelf de verantwoordelijkheid om bij twijfel te informeren bij de Europese Commissie. Uit de eerder aangehaalde Nederlandse rechtspraak blijkt dat hetzelfde geldt voor een kredietgever die een overheidsgarantie heeft gekregen. De kredietgever moet in beginsel zelf beoordelen of deze garantie rechtsgeldig is.

4. Antwoord*Staatssteun?*

De garantie is verstrekt door stadsdeel Oost en de gemeente Amsterdam. Hiermee is aan MuzyQ door de overheid een voordeel verschaft aangezien zij kosteloos een gunstigere lening van FGH Bank heeft verkregen. MuzyQ verricht verschillende economische activiteiten en kwalificeert daarmee als een onderneming. De garantie zal dan ook de concurrentie kunnen vervalsen.

Een cruciale vraag is of de garantie de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden. MuzyQ lijkt op het eerste gezicht te concurreren met andere muziekcentra/studio's in de regio Amsterdam en niet met (internationale) muziekcentra/studio's uit andere lidstaten. MuzyQ richt zich ogenschijnlijk op musici en muziekorganisaties uit de regio Amsterdam. Gelet hierop is niet direct aannemelijk dat de garantie aan MuzyQ het voor buitenlandse partijen lastiger maakt (of heeft gemaakt) om ook op dit gebied in Nederland actief te worden.

Op grond hiervan is mijn antwoord dat stadsdeel Oost zich vermoedelijk niet met een beroep op de staatssteunregels op de nietigheid van de garantie kan beroepen. Om hierover absolute zekerheid te

⁷ Artikel 107 lid 3 sub d VWEU.

⁸ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (PbEG 2005, C-297/4).

⁹ Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (PbEG 2009, C-85/01).

verkrijgen, kan worden overwogen deze vraag (informeel) aan de Europese Commissie voor te leggen.

Indien echter kan worden aangetoond dat MuzyQ op een grensoverschrijdende markt actief is of een aanmerkelijk percentage buitenlandse klanten bedient, is wel van staatssteun sprake. De garantie valt immers niet onder de De-minimisvrijstelling aangezien het gegarandeerde gedeelte van de verschuldigde rente en aflossing meer dan 1,5 miljoen per drie jaar bedraagt. Daarbij is de garantie kosteloos (in plaats van tegen een marktconforme vergoeding) aan MuzyQ verstrekt. Ook voldoet de garantie niet aan de voorwaarden voor steun aan een dienst van algemeen economisch belang. Zo zijn de verplichtingen van MuzyQ niet helder afgebakend en is er geen aanwijzing dat de garantie als een compensatie voor deze dienst kan worden aangemerkt en hiervoor noodzakelijk is.

Nietigheid?

Als sprake is van staatssteun dan kan door het stadsdeel Oost een beroep op de nietigheid van de garantie worden gedaan. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het Hof van Justitie nog een antwoord zal geven op de vraag van de Hoge Raad of een garantie nietig kan worden verklaard indien dit er niet toe leidt dat het onder de garantie verleende krediet ongedaan wordt gemaakt. Ik betwijfel of dit arrest op de onderhavige vraag van invloed is. In dat specifieke geval was de begunstigde onderneming immers failliet gegaan. In het geval van MuzyQ zal nietigheid van de garantie vermoedelijk juist wel tot beëindiging van het krediet en daarmee tot beëindiging van het concurrentievervalsende effect kunnen leiden.

Doorlooptijd?

De geschatte doorlooptijd van een (bodem)procedure bij de rechtbank waarin om nietigverklaring van de garantie wordt verzocht bedraagt anderhalf tot twee jaar. Hetzelfde geldt voor een eventuele hoger beroep procedure bij het hof en een mogelijk daaropvolgend cassatieberoep bij de Hoge Raad.

Alternatief?

Een mogelijk alternatief is om de garantie alsnog ter goedkeuring aan de Europese Commissie voor te leggen. Wellicht dat de Europese Commissie bereid is de garantie vanuit het oogpunt van bevordering van culturele activiteiten goed te keuren indien de noodzaak van de garantie aan de Europese Commissie inzichtelijk kan worden gemaakt. Het is niet duidelijk wat in dit geval de juridische gevolgen voor de nietigheid van de garantie zijn. Het is verdedigbaar dat de garantie daarmee (achteraf) als geldig kan worden aangemerkt of kan worden bekrachtigd. Wel bestaat de kans dat de Europese Commissie (of een rechter) MuzyQ zal verplichten het in de tussentijd onrechtmatig genoten voordeel terug te vorderen, door (bijvoorbeeld) een rentevergoeding te verlangen.

Besluitvormingsproces?

Het besluitvormingsproces speelt mijns inziens geen rol bij de beoordeling van de vraag of in strijd met de regels voor staatssteun is gehandeld. Hiervoor is slechts relevant of stadsdeel Oost, als overheidsinstelling, bij de garantieverlening betrokken is geweest. Gelet op de betrokkenheid van het dagelijks bestuur van stadsdeel Oost bij de totstandkoming van de garantie is dit volgens mij een gegeven. Zelfs indien het dagelijks bestuur hiermee onbevoegd zou hebben gehandeld, lijkt mij dit - vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt - toerekenbaar aan Stadsdeel Oost. Het besluitvormingsproces is wel relevant voor de vraag of in strijd met het bestuursrecht is gehandeld. Ik zal u hier separaat een korte reactie over toesturen.

Schadeclaim?

Voor MuzyQ en FGH-Bank bestaat er geen grondslag voor een eventuele schadeclaim. Ook kan door hen geen beroep op gewettigd vertrouwen worden gedaan (beide partijen waren bovendien op de hoogte van de mogelijke meldplicht). The Melodyline en The Jam kunnen wel met een beroep op onrechtmatige daad de door hen geleden schade bij stadsdeel Oost en/of gemeente Amsterdam proberen te verhalen. De geleden schade zal door The Melodyline en The Jam moeten worden aangetoond, hetgeen (doorgaans) niet eenvoudig is.

Vergelijkbare zaken?

Er hebben zich in Nederland - voorzover ik heb kunnen achterhalen - geen vergelijkbare zaken voorgedaan.

5. Suggestie

Teneinde zekerheid te krijgen dat de garantie niet als staatssteun kan worden aangemerkt, is mijn voorstel om - via het Coördinatiepunt Staatssteun van het Ministerie van Binnenlandse Zaken - hierover (informeel) contact op te nemen met de Europese Commissie. In het geval de Europese Commissie van oordeel is dat wel degelijk sprake is van staatssteun, kan tevens worden geïnformeerd of de garantie voor een goedkeuring in aanmerking kan komen, indien daarom door het stadsdeel Oost zou worden verzocht. Ik ben graag bereid de stadsdeelraad hier verder in te begeleiden.

Zoals besproken licht ik dit advies tijdens de raadvergadering op 11 mei a.s. graag toe. Indien u naar aanleiding hiervan reeds vragen of opmerkingen, aarzelt u niet contact met mij op te nemen.

Met vriendelijke groet,
Boekel De Nerée N.V.

Martijn van de Hel