

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
Direct tel. : 020 795 31 50
Direct fax : 020 517 91 50
E-mail : martijn.vandehel@boekeldeneree.com

Amsterdam : 24 mei 2011
Referentie : A.168809.01/930261

Inzake : Stadsdeel Oost/advies staatssteun

Geachte heer Dexel,
Beste Frank,

1. Inleiding

Onder verwijzing naar uw vervolgoopdracht van 17 mei jl. doe ik u hierbij mijn aanvullende advies toekomen over mogelijke staatssteun aan het muziekmakerscentrum MuzyQ in Amsterdam-Oost. De stadsdeelraad van Stadsdeel Oost heeft in vervolg op mijn adviezen van 9 en 11 mei jl. nader 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. In vervolg op de eerdere opdracht aan Boekel de Nerée en gegeven adviezen gaat het er om 3 scenario's en 5 vragen nader te onderzoeken.

Scenario's - in hoeverre is er sprake van staatssteun bij:

- A) Gebouw kopen voor garantiebedrag van €27 miljoen van SOS.
- B) Gebouw kopen voor marktwaarde van SOS (zelf of door een derde) en de rest van de garantstelling betalen aan de bank.
- C) Gebouw niet kopen en garantstelling van maximaal €1,5 miljoen per jaar betalen met daar bovenop de ca. 3 ton die SOS verschuldigd is maar niet kan voldoen.

Vragen:

- 1) Wat is per scenario het procesvoorstel en de doorlooptijd?
- 2) Is er per scenario jurisprudentie zodat een kansinschatting gemaakt kan worden van de uitspraak/succes?

- 3) Is er een case op te bouwen waarbij succesvol aanspraak gedaan kan worden op nietigheid van de garantstelling gezien alle voorliggende documenten en de buitenlandse ambities van SOS? Zijn er hier in Nederland voorbeelden van en is er een inschatting te maken van consequenties (bijv. schadeclaims door de bank; verstoorde verhoudingen, etc.)?
- 4) Als het stadsdeel zoveel mogelijk financieel risico wil afdekken – wat is dan het beste scenario voor het stadsdeel zonder dat door iemand een beroep kan worden gedaan op staatssteun (waarbij ook de haalbaarheid is meegenomen)? Hierbij hoeft niet meegenomen te worden wat een mogelijke exploitatie door het stadsdeel wel/niet oplevert.
- 5) Betreft de mededeling (richtsnoer) van de Europese Commissie uit 1997 over verplichte melding enkel verkoop van gronden en gebouwen in overheidshanden, of ook aankoop door de overheid?

Voor de beantwoording van deze vragen hebben de heer Fellingner en u mij verschillende documenten toegezonden. Daarnaast heb ik voor dit advies per telefoon gesproken met de heer Fellingner en de heer Van Spijk. Uit deze documenten en gesprekken zijn mij enkele nieuwe relevante feiten gebleken. Alvorens antwoord te geven op bovenstaande vragen van de stadsdeelraad, vat ik deze hieronder kort samen. Voor een uiteenzetting van het juridisch kader verwijs ik naar mijn adviezen van 9 en 11 mei jl.

2. Nieuwe feiten

Activiteiten Orfeos Studio/MuzyQ

Volgens Orfeos Studio (waaronder tevens MuzyQ wordt verstaan) hebben inmiddels een groot aantal bekende (semi-) professionele bands uit Amsterdam en omgeving bij haar hebben gerepeteerd of geboekt (o.a. Holland Symfonia, Candy Dulfer, Jacqueline Govaert, Paul de Munnik, Trijntje Oosterhuis, Caro Emerald, De Dijk, Tjeerd Oosterhuis, Boris, Huub van der Lubbe, Edsillia Rombly, Nederlands Philharmonisch Orkest en Moke). Sommige groepen en artiesten komen niet uit de regio Amsterdam maar uit o.a. Den Haag, Utrecht en Rotterdam. Juist de meer lokale amateurbands, -orkesten en koren zijn vooralsnog moeilijk(er) te bereiken geweest.

Orfeos Studio streeft er naar om nationale (zoals ADE, Muzikantendag, Noorderslag, Dag van de Kamermuziek) en internationale events (zoals Womex, Popkomm en Midem) naar Amsterdam te halen. In dit kader heeft Orfeos Studio aangegeven te onderzoeken of het mogelijk is om internationale beurzen en (wetenschappelijke) congressen in MuzyQ te organiseren. Daarbij wordt tevens onderzocht welke mogelijkheden er zijn om de nodige (buitenlandse) partnerships aan te gaan. Daarnaast heeft Orfeos Studio te kennen gegeven het accent op een internationale positionering te willen leggen, met name omdat Amsterdam een knooppunt is van reizende muziekgezelschappen en artiesten. Bovendien heeft Orfeos Studio de ambitie om in andere landen vergelijkbare projecten op te zetten.

Orfeos Studio verhuurt aan verschillende professionele partijen bedrijfs- en winkelruimtes. In totaal heeft Orfeos Studio inmiddels zo'n dertig huurders (variërend van een producer, een muziek- en instrumentenwinkel, een kledingwinkel, een concertzender, een (hoge) school en een televisiezender).

Tussen de gemeente Amsterdam, het Stadsdeel Oost en Orfeos Studio is een akte van vrijwaring getekend. Orfeos Studio is op grond van deze akte aansprakelijk voor alle eventuele nadelige

gevolgen die voor de gemeente Amsterdam en het Stadsdeel Oost uit de garantieverlening kunnen voortvloeien. Orfeos Studio is op grond hiervan verplicht op verzoek het bedrag te voldoen tot betaling waarvan de gemeente Amsterdam en Stadsdeel Oost worden aangesproken.

Orfeos Studio is per jaar meer dan 1,5 miljoen euro aan financieringslasten verschuldigd aan FGH-Bank. Het gaat om een aanvullend bedrag van circa 300.000,- euro per jaar.

4. Antwoord

Scenario A: koop gebouw 27 miljoen euro staatssteun?

De hoofdsom van de lening door FGH-Bank aan Orfeos Studio bedraagt 26,15 miljoen euro. Het gebouw van Orfeos Studio heeft op dit moment een marktwaarde die (veel) lager ligt dan dit bedrag. Dit betekent dat bij een eventuele aankoop van het gebouw door Stadsdeel Oost een te hoge prijs wordt betaald. Dit is een voordeel voor Orfeos Studio dat met overheidsmiddelen is bekostigd.¹ Het feit dat tussen de gemeente Amsterdam, Stadsdeel Oost en Orfeos Studio een akte van vrijwaring is getekend, maakt dit niet anders.

De cruciale vraag is (wederom) of dit voordeel de handel tussen lidstaten (ongunstig) kan beïnvloeden. Zoals in mijn advies van 9 mei jl. aangegeven wordt al snel aangenomen dat de handel tussen lidstaten kan worden beperkt. Slechts onder bijzondere omstandigheden wordt aangenomen dat steun de handel tussen lidstaten niet kan beïnvloeden. Hiervoor is van belang of de begunstigde onderneming concurreert met partijen uit andere lidstaten en/of voldoende klanten uit het buitenland bedient en/of de maatregel het voor buitenlandse concurrenten lastiger maakt om de betreffende markt te betreden.

Na verdere bestudering van de activiteiten van Orfeos Studio ben ik van oordeel dat aannemelijk is dat de Europese Commissie van oordeel is dat de koop van het gebouw voor 27 miljoen euro de handel tussen lidstaten (ongunstig) kan beïnvloeden.

Orfeos Studio richt zich niet alleen op musici en muziekorganisaties uit de regio Amsterdam te richten, maar juist ook op nationale en internationale musici en muziekorganisaties. Verschillende nationale en - in Nederland woonachtige - internationale musici maken momenteel van Orfeos Studio gebruik. Daarbij beoogt Orfeos Studio om (grote) nationale en internationale events, congressen en beurzen te organiseren en haar activiteiten naar het buitenland uit te breiden. Deze activiteiten hebben mijns inziens een ruimer dan lokaal/regionaal karakter. Dat Orfeos Studio wel degelijk kan concurreren met muziekcentra/studio's uit het buitenland en/of klanten uit het buitenland kan aantrekken, acht ik dan ook aannemelijk.

Daarnaast verhuurt Orfeos Studio aan verschillende professionele partijen bedrijfs- en winkelruimtes. Het verhuren van bedrijfs- en winkelruimten maakt onderdeel uit van de vastgoedmarkt. De Europese Commissie heeft ten aanzien van deze markt duidelijk gemaakt dat dit een Europese, zo niet internationale markt is, waarop ontwikkelaars en investeerders uit verschillende lidstaten actief zijn. De toekenning van een voordeel aan Orfeos Studio kan bijvoorbeeld buitenlandse ondernemingen benadelen die in nabijgelegen bedrijfs- en winkelruimtes hebben geïnvesteerd. Ook

¹ Hiermee wordt - na verdere bestudering van de financiële voorwaarden - geen voordeel aan FGH-Bank toegekend, althans dit voordeel wordt niet rechtstreeks door Stadsdeel Oost aan FGH-Bank verstrekt. Van staatssteun aan FGH-Bank kan op dit punt dan ook geen sprake zijn.

daarom acht ik het voor de hand liggen dat steun aan Orfeos Studio de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

Op grond hiervan is mijn antwoord ten aanzien van scenario A dat de koop van het gebouw voor 27 miljoen euro vermoedelijk staatssteun betreft.

Scenario B: koop gebouw tegen marktwaarde en voldoening garantie staatssteun?

Indien Stadsdeel Oost het gebouw tegen marktwaarde aanschaft dan verleent Stadsdeel Oost op dit punt geen (financieel) voordeel aan Orfeos Studio. De aankoop van het gebouw vormt in dit geval geen staatssteun. Dit geldt ook indien een derde het gebouw zou aanschaffen.²

De betaling uit hoofde van de garantstelling vormt vermoedelijk wel een vorm van staatssteun. Zoals onder scenario A aangegeven kom ik - na verdere bestudering van de activiteiten van Orfeos Studio - tot de conclusie dat het toch (eerder) aannemelijk is dat Orfeos Studio als muziekcentrum/studio dan wel als verhuurder van bedrijfs- en winkelruimten geacht wordt op een grensoverschrijdende markt actief te zijn. Dit betekent dat de garantie voor Orfeos Studio wel degelijk de handel tussen lidstaten (ongunstig) kan beïnvloeden en als staatssteun kan worden aangemerkt.

Op grond hiervan is mijn antwoord ten aanzien van scenario B dat de koop van het gebouw tegen marktwaarde geen maar de voldoening van de garantie vermoedelijk wel staatssteun betreft.

Scenario C: Geen koop gebouw, betaling 1,5 miljoen euro garantie en extra 300.000,- euro financieringslasten per jaar?

Zoals hiervoor onder scenario B aangegeven vormt de betaling uit hoofde van de garantstelling vermoedelijk een vorm van staatssteun, gelet op de activiteiten van Orfeos Studio. Ditzelfde geldt indien Stadsdeel Oost daarnaast jaarlijks nog eens 300.000,- euro voor de overige financieringslasten van Orfeos Studio voor haar rekening zou nemen. Ook dit is een voordeel voor Orfeos Studio dat met overheidsmiddelen wordt bekostigd.

Daar komt nog eens bij dat in dit geval ook sprake is van een voordeel voor FGH-Bank. Orfeos Studio kan deze schuld immers niet voldoen. Hiermee wordt achteraf een aanvullende dekking voor de financiële verplichtingen van Orfeos Studio gegeven. Dit komt ook FGH-Bank ten goede. FGH-Bank is - zoals gezegd in mijn advies van 11 mei jl. - op een internationale markt actief. Een voordeel aan FGH-Bank kan dan ook de handel tussen lidstaten beperken en daarom als staatssteun worden aangemerkt.

Op grond hiervan is mijn antwoord ten aanzien van scenario C dat zowel de betaling van 1,5 miljoen euro op grond van de garantie als de betaling van 300.00,- euro voor de overige financieringslasten vermoedelijk staatssteun betreft.

Vraag 1: procesvoorstel en doorlooptijd?

In alle drie de scenario's is vermoedelijk sprake van staatssteun. Dit betekent dat in alle drie de scenario's de steun niet mag worden verleend voordat de Europese Commissie hier toestemming voor heeft verleend.

² In dit geval is ook geen sprake van een bekostiging met overheidsmiddelen. Een derde kan het gebouw daarom ook onder marktwaarde kopen.

In het geval van de reeds verleende garantie zou dit betekenen dat deze moet worden opgeschort en dat niet tot uitkering kan worden overgegaan (de kans bestaat dat deze anders op last van de Europese Commissie of een rechter wordt teruggevorderd).

De steun moet worden aangemeld via het Coördinatiepunt Staatssteun van het ministerie van Binnenlandse zaken. De melding vindt plaats via het online meldingssysteem 'State Aid Notifications Interactive' (SANI) van de Europese Commissie. Via het Coördinatiepunt kan hiervoor een wachtwoord worden verkregen. Het Coördinatiepunt controleert de melding en adviseert eventueel over aanpassing. Vervolgens stuurt het Coördinatiepunt de melding naar de Permanente Vertegenwoordiging in Brussel die deze vervolgens namens Nederland bij de Europese Commissie indient.

De doorlooptijd voor de (eerste) informele procedure bij de Europese Commissie bedraagt twee maanden. Tijdens dit onderzoek beoordeelt de Europese Commissie of sprake is van staatssteun en of deze is toegestaan. Indien de Europese Commissie vervolgens twijfelt of de steun is toegestaan, zal zij een (tweede) formele procedure starten. Deze procedure duurt maximaal achttien maanden (met de mogelijkheid tot verlenging).

In het geval tot aankoop van het gebouw en/of uitbetaling van de garantie zou worden overgegaan (en de steun dus wordt verleend) of een klacht bij de Europese Commissie wordt ingediend, gelden er geen maximale termijnen.

Vraag 2: Jurisprudentie en kansinschatting?

Er zijn geen vergelijkbare besluiten van de Europese Commissie of vergelijkbare Nederlandse of Europese jurisprudentie op basis waarvan een goede kansinschatting kan worden gemaakt van de mogelijkheid dat de Europese Commissie (één of meerdere van) de drie scenario's zal goedkeuren.

De kans op goedkeuring is het grootst indien gebruik zou worden gemaakt van de (wettelijke) vrijstellingen van de Europese Commissie of bestaande kaderregelingen en richtsnoeren van de Europese Commissie. Ik verwijs hiervoor naar mijn advies van 9 mei jl. De drie scenario's voldoen hier (vooral nog) niet aan.

Het is aan Stadsdeel Oost om de Europese Commissie ervan te overtuigen dat de steun noodzakelijk is en niet verder gaat dan nodig. Dit is mijns inziens niet direct evident. Daar staat echter tegenover dat de Europese Commissie tot nu toe het overgrote deel van de aangemelde steunmaatregelen – eventueel na aanpassing – heeft goedgekeurd.

Vraag 3: Succesvol beroep nietigheid?

Zoals hiervoor uiteengezet is - bij nader inzien - aannemelijk dat Orfeos Studio als muziekcentrum/studio dan wel als verhuurder van bedrijfs- en winkelruimten geacht wordt op een grensoverschrijdende markt actief te zijn. Dit betekent dat de garantie voor Orfeos Studio de handel tussen lidstaten (ongunstig) kan beïnvloeden en als staatssteun kan worden aangemerkt.

Op grond hiervan ben ik van oordeel dat er wel degelijk een succesvolle zaak zou kunnen worden opgebouwd waarin een beroep wordt gedaan op de nietigheid van de garantiestelling. In Nederland zijn hier twee vergelijkbare voorbeelden van.³ Ik verwijs hiervoor naar mijn advies van 9 mei jl.

³ Hoge Raad 28 mei 2010, LJN: BL 4082 (Residex/Gemeente Rotterdam); Hof Den Haag 1 februari 2010, LJN: BP 6129 (Commerz/Havenbedrijf Rotterdam). Een minder succesvolle zaak betreft Rechtbank Amsterdam 29

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.

Zoals in mijn advies van 9 mei jl. aangegeven, bestaat er voor Orfeos Studio en FGH-Bank geen grondslag voor een eventuele schadeclaim. Een beroep op de nietigheid zal de verhoudingen tussen Stadsdeel Oost en FGH-Bank (en de Rabobank) op scherp zetten. FGH-Bank zal zich naar verwachting met alle mogelijke (juridische) middelen tegen een beroep op de nietigheid verzetten. Daarnaast zal er een signaal uitgaan richting andere partijen waaraan Stadsdeel Oost vergelijkbare garanties heeft verleend of nog zal verlenen. Gelet op de verantwoordelijkheid van overheden geen verboden staatssteun te verlenen, is dit wellicht geen slechte zaak. Daar komt mijns inziens bij dat professionele partijen zelf de verantwoordelijkheid hebben om met de staatssteunregels rekening te houden (en dit doorgaans ook doen). In dit geval heeft FGH-Bank zich bovendien gerealiseerd dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van staatssteun maar dit risico - kennelijk - op de koop toegenomen.

Vraag 4: Beste scenario?

In alle drie de scenario's is - zoals gezegd - vermoedelijk sprake van staatssteun. Dit betekent dat in alle drie de scenario's door iemand een beroep kan worden gedaan op de staatssteun. De kans dat de Europese Commissie van oordeel is dat de steun is toegestaan, is groter naarmate er minder voordeel aan Orfeos Studio wordt toegekend. De Europese Commissie dient er immers van te worden overtuigd dat de steun noodzakelijk is en niet verder gaat dan nodig. Het voordeel dat wordt toegekend aan Orfeos Studio is vermoedelijk het kleinst in scenario B.

Vraag 5: Mededeling Commissie verkoop- en aankoop?

De Mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, heeft - strikt genomen - betrekking op de verkoop en niet op de aankoop van gronden en gebouwen. In de praktijk past de Europese Commissie deze mededeling - althans een vergelijkbare redenering - tevens toe op de aankoop van gronden en gebouwen.⁴ Ook de Europese rechters hebben zich hierbij aangesloten.⁵

Graag licht ik dit advies tijdens de raadsvergadering op 31 mei of 1 juni a.s. toe. Indien u naar aanleiding hiervan reeds vragen of opmerkingen heeft, aarzelt u niet contact met mij op te nemen.

Met vriendelijke groet,
Boekel De Nerée N.V.



Martijn van de Hel

januari 2009, LJN: BH 1388 (Westergasfabriek/Gemeente Amsterdam). Het beroep op staatssteun werd in deze zaak vanwege onvoldoende onderbouwing afgewezen.

⁴ Report on Competition Policy 1995, para. 157; Besluit Europese Commissie van 20 januari 1999, Aankoop grond Duitse "Ausgleichsleistungsgesetz", C 42/99; Besluit Europese Commissie 17 september 2003, Aankoop grond Aircraft Services Lemwerder, C 56/03 (ex NN 54/03).

⁵ Arrest HvJEG 16 december 2010, C-239/09, Seydaland/BVVG.