

Memo staatssteun en oneerlijke concurrentie

Van: Jop Fellingier
Aan: Lieke Thesingh
Datum: 26 november 2010

Vraagstelling:

- 1 Waarom zijn staatssteun en oneerlijke concurrentie in relatie tot het Muziekmakerscentrum een issue?

Beantwoording:

- 2 De sanctie op het verlenen van staatssteun is de verplichting van de overheid om de staatssteun terug te vorderen/ongedaan te maken. Eventuele door derden (aantoonbaar) geleden schade kan dan worden verhaald op de overheid.
- 3 Door mr. J. de Groot, de advocaat van de bedrijven The Melodyline B.V. en oefenstudio's The Jam is het Stadsdeel per brief van 12 oktober 2010 op de hoogte gesteld van het feit dat deze bedrijven van mening zijn dat zowel het Stadsdeel als de centrale stad zich schuldig hebben gemaakt aan het overtreden van de nationale en internationale mededingingsregels. Die overtreding bestaat volgens mr. De Groot uit het optreden als garant voor de geldlening die SOS heeft aangetrokken van de FGH Bank. Tengevolge van deze garantstelling zou door SOS een aanzienlijk lagere rente zijn bedongen dan wanneer er geen garantstelling zou zijn geweest. Mr. De Groot heeft aangekondigd in een brief van 29 oktober 2010 klachten hierover aan de NMA en de Europese Commissie te hebben gezonden. Bij brief van 17 november 2010 stuurt hij een kopie van de klacht aan de NMA van 17 november 2010 waarin wordt gevraagd om oplegging van een last onder dwangsom aan de gemeente/het Stadsdeel.
- 4 Een tweede punt, dat volgt op de kwestie van de mededingingsregels, is dat door de schending van die mededingingsregels SOS in een gunstiger positie is gebracht, ten gevolge waarvan The Melodyline en The Jam omzetverlies hebben geleden en kosten van rechtsbijstand hebben moeten maken. Hiervoor wordt het Stadsdeel, althans de gemeente Amsterdam, aansprakelijk gesteld. In de brief van 29 oktober 2010 van mr. De Groot wordt dit bedrag voorshands op EUR 200.000 per cliënt gesteld.
- 5 Het derde punt is dat mr. De Groot van mening is dat wanneer het Stadsdeel het Muziekmakerscentrum koopt, er marktconform dient te

worden opgetreden en dus huur moet worden voldaan, omdat anders de markt nog meer verstoord zou worden.

- 6 Door mr. De Groot wordt daaraan toegevoegd dat het Stadsdeel ten onrechte in haar besluit van 26 januari 2009 het Muziekmakerscentrum als 'dienst van algemeen economisch belang' (daeb) heeft aangemerkt.

Risico analyse

- 7 In de brieven van mr. De Groot wordt in wezen ingegaan op het mededingingsrechtelijke begrip 'staatssteun', en het feit dat er sprake is van bevoordeling van SOS door het mogelijk maken van lagere rente op de financiering van het gebouw, waardoor er sprake is van oneerlijke concurrentie. Door mr. De Groot wordt een en ander niet verder uitgewerkt, behalve dat hij stelt dat er sprake is van oneerlijke concurrentie omdat SOS de huur niet int bij MAE.

- 8 Van staatssteun kan sprake zijn indien:

1. De steun is bekostigd met overheidsgeld.
2. De steun gaat naar een onderneming. Hieronder kunnen ook gezondheidsinstellingen, stichtingen, profsportclubs en woningcorporaties vallen.
3. De onderneming heeft door de steun een voordeel die de onderneming niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen.
4. Het voordeel is selectief: alleen bepaalde ondernemingen profiteren van de steun.
5. Het voordeel vervalst (potentieel) de concurrentie en heeft mogelijk invloed op de handel tussen landen in de interne (Europese) markt.

- 9 Van steun is sprake als er een garantie wordt gegeven. Het gaat dus niet alleen om het verstrekken van geld. In casu is er ook sprake van een garantie, die zonder een tegenprestatie van SOS te verlangen, wordt verstrekt. Op dit punt kwalificeert de garantie als staatssteun.

- 10 Aangaande het vijfde punt wordt het internationale aspect duidelijk. In hoeverre de steun daadwerkelijk de interne markt verstoort is maar zeer de vraag. Tot nu toe hebben zich slechts twee Amsterdamse concurrenten zich gemeld.

- 11 Er zijn verder uitzonderingen mogelijk op het verbod op staatssteun. Mocht een overheid twijfelen, bijvoorbeeld op het punt van de verstoring van de interne markt, dan is het verstandig om een oordeel van de Europese Commissie te vragen alvorens de garantie te

verstrekken. Dit is voor zover ik het zie, niet gebeurd. Gezien het feit dat tot nu toe zich slechts twee Amsterdamse concurrenten hebben gemeld, en verder er geen sprake is van een internationale aanzuiging van gebruikers, waardoor buitenlandse muzikmakerscentra concurrentie ondervinden, is het verdedigbaar dat er geen sprake is van verstoring van de interne markt.

12 Een ander punt betreft de marktconformiteit van de garantie. In ovenschouw nemend dat in de raadscommissie Wonen op 17 januari 2005 alsmede in de voordracht stadsdeelraad van 30 mei 2005 wordt gesteld dat het verstrekken van de garantie een lagere financieringsrente mogelijk zal maken voor SOS, is die marktconformiteit een aandachtspunt. Het om niet verstrekken van een garantie is niet marktconform. Het is echter wel mogelijk dat de **uiteindelijk overeengekomen** rente weldegelijk marktconform is. In dat geval is er, niettegenstaande het feit dat in de stukken wordt gesproken over een mogelijk lagere rente, in ieder geval weldegelijk marktconform gehandeld. Dit aspect haalt de scherpe randen af van het verwijt van staatssteun.

13 Een andere uitzondering is de 'Dienst van algemeen economisch belang'. DAEB zijn diensten van publiek belang die door ondernemingen worden verricht. Omdat de overheid er eisen aan stelt, bijvoorbeeld om te zorgen dat ze altijd tegen een redelijke prijs beschikbaar zijn, zijn ze door de onderneming niet rendabel uit te voeren. (Decentrale) overheden mogen de extra kosten die ondernemingen maken voor DAEB daarom compenseren. In het deelraadsbesluit van 26 januari 2010 is inderdaad besloten om het Muzikmakerscentrum tot daeb te benoemen. Uit de onderliggende documenten heb ik niet kunnen opmaken op welke gronden dit is gebeurd. Uit het feit echter, dat Melodyline en The Jam al deze economische activiteit uitvoeren, kan worden opgemaakt dat de stelling dat er sprake is van een DAEB moeilijk houdbaar zal zijn.

14 Het andere punt van mr. De Groot betreft oneerlijke concurrentie. Die oneerlijkheid is volgens mr. De Groot gelegen in het verlenen van de staatssteun tegen niet marktconforme voorwaarden en het daarna toestaan dat er wordt geëxploiteerd zonder huur te betalen.

Risico beperking

15 Samenvatting: Voorop staat dat niet ontkend kan worden dat indertijd niet uitdrukkelijk is stilgestaan bij het aspect van staatssteun. Hierop duiden de bovengenoemde verslagen. Hierop duidt ook de aanwijzing van het muzikmakerscentrum als DAEB. Belangrijkste juridische argument om te concluderen dat er geen sprake is van staatssteun, is het ontbreken van verstoring van de interne markt van de EU.

Daarnaast is marktconformiteit in de uitvoering een contra indicatie voor het daadwerkelijk ontvangen van staatssteun door SOS. Zelfs indien de Europese Commissie zou oordelen dat er sprake zou zijn van staatssteun, dan handelt het Stadsdeel nu al in lijn met de verplichting die dan op hem zou rusten.

- 16 Uitwerking: De sanctie op een gegrond verklaarde klacht inzake staatssteun is de verplichting tot ongedaanmaking van de gevolgen van de staatssteun. Bij de huidige stand van de jurisprudentie is het ontnemen van het voordeel aan de ontvanger van de staatssteun de aangewezen weg. In casu voldoet het Stadsdeel al onverplicht hieraan, door het Muziekmakerscentrum te kopen van SOS en door vervolgens de exploitant marktconform te behandelen.¹ Het in de voetnoot geschetste alternatief, het invoeren van de nietigheid van de garantie, kan bij de huidige stand van zaken juridisch niet met zekerheid als haalbaar worden aangeraden. De manier om aan het verwijt van staatssteun de scherpe randen te ontnemen, is aan te tonen dat de rente die door SOS aan GHF Bank wordt betaald, marktconform is te noemen. Voorts dienen alle verdere stappen die worden genomen te worden getoetst op marktconformiteit. Dit geldt niet alleen voor bijvoorbeeld de huur die mogelijk later in een herzien huurcontract met MAE wordt opgenomen, maar ook voor de verplichting van SOS om de huur te innen van MAE. Ofschoon daarvoor geen directe bevoegdheid is van het Stadsdeel om SOS daartoe te dwingen, kan wel op grond van de Akte van Vrijwaring een brief worden gestuurd waarin naast aanspraak op betaling van de onder de garantie afgeroepen bedragen, tevens wordt gestaan op huurinning door SOS bij MAE om daarmee het verhaal van het Stadsdeel op het vermogen van SOS mogelijk te maken.
- 17 Het belangrijkste juridische punt betreft het feit, dat de interne markt niet wordt verstoord. Zolang geen buitenlandse partijen zich melden omdat zij hetzij zich hier hadden willen vestigen, of er buitenlandse gebruikers komen omdat het veel goedkoper is dan in andere landen van de EU, lijkt verstoren van de markt niet voor de hand te liggen. Het is dusdanig onwaarschijnlijk dat er sprake is van een verstoorde interne markt, dat het melden van de garantie aan de Europese commissie wellicht heel voorzichtig is, maar verdedigbaar is dat het niet is gedaan, uitgaande van de onwaarschijnlijkheid van het verstoren van de interne markt.

¹ In de procedure bij de Hoge Raad inzake Residex tegen het Gemeentelijk havenbedrijf Rotterdam is op dit moment door de Hoge Raad aan het Hof van Justitie van de EU een prejudiciële vraag gesteld of een overheid in geval van staatssteun de nietigheid van garantie mag invoeren tegen de bank. Rechtbank en Hof hebben dit in dit specifieke geval, waarbij een gemeente ambtenaar ver buiten zijn boekje ging, toegestaan. Het invoeren van de nietigheid van de garantie is derhalve juridisch niet van gevaar ontbloot en veronderstelt voorts dat het Stadsdeel zelf wil stellen staatssteun te hebben verleend. Het is verder de vraag wat een dergelijke handelwijze doet met de naam van de gemeente in de financiële sector.

- 18 Het punt van de oneerlijke concurrentie lost zich ook op langs de lijn van de marktconformiteit. Het Stadsdeel zal zich in zijn opstelling naar SOS als het gaat om de betaling onder de garantie en MAE als het gaat om de huur, of welke huurder dan ook, marktconform moeten gedragen.
- 19 In het geval van Melodyline is boven water gekomen dat er tussen SOS en Melodyline van 2003-2005 gesprekken zijn gevoerd over deelneming van Melodyline in het Muziekmakerscentrum. Van een van die gesprekken is een geluidsopname met toestemming van beide partijen gemaakt, die is uitgewerkt op papier. Van de samenwerking is het niet gekomen, maar het bewijst dat Melodyline niet a priori werd uitgesloten van deelname aan het Muziekmakerscentrum en de kans heeft gehad om mee te doen.