

Beste Frank,

Hieronder tref je mijn antwoorden aan op de door jullie gestelde vragen naar aanleiding van mijn aanvullende advies van 24 mei jl. Hierbij zal ik zijdelings ingaan op de second opinion van de advocaat van de Gemeente Amsterdam, de heer Oosterlaken (het advies van de heer Fellingier laat ik onbesproken).

Vraag 1a: Volgens opgave van SoS (pag 2) hebben een reeks van Nederlandse artiesten/orkesten ruimte bij Muzyq geboekt of hebben daar geoefend. Verder worden de ambities aangehaald van SoS om (inter)nationale evenementen binnen te halen en zelf naar het buitenland te trekken. Bij het antwoord bij scenario A wordt dit alles ook gebruikt ter argumentatie.

a) Tellen ambities/plannen enz ook om te bepalen of een partij internationaal actief is of alleen daadwerkelijk gerealiseerde omzet?

b) De gebruikers van Muzyq komen niet alleen uit de directe regio maar in ieder geval uit de Randstad. Dat zijn nog steeds geen internationale partijen. Als het gaat om marktverstoring/verstoring internationale handel is de relevante markt van belang. Die relevante markt is (voor de hoofdactiviteit) de markt voor muziekrepetities/ruimtes. Het lijkt weinig waarschijnlijk dat bijv het NedPho dat in Amsterdam zit repeteert in Brussel of Hamburg. Omgekeerd, het is even onwaarschijnlijk dat buitenlandse partijen standaard repeteren in Muziq (ongetwijfeld uitzonderingen daargelaten). Hoe relevant is het dan voor het bepalen van verstoring van de internationale handel dat een artiest uit Den Haag komt?

c) Muziq doet ook aan kantoorverhuur. Als dat een ondergeschikte activiteit is aan de muziek, is dat van invloed op de weging van staatssteun?"

Antwoord: Er moet naar alle feitelijke en economische omstandigheden worden gekeken, waaronder ook de ambities/plannen van de begunstigde. De Europese Commissie heeft in verschillende zaken afgewogen of de begunstigde beoogde met vergelijkbare ondernemingen uit andere lidstaten te concurreren. Verder speelt niet alleen het huidige klantenbestand van de begunstigde een rol maar ook of het voor de begunstigde mogelijk is om buitenlandse klanten aan te trekken. Indien een begunstigde - zoals MuzyQ - op (meer) nationaal niveau klanten aantrekt wordt al snel aangenomen dat de begunstigde (ook) buitenlandse klanten kan aantrekken. Een precieze afbakening van de relevante markt - zoals het algemene mededingingsrecht gebruikelijk is - is niet noodzakelijk. Van beïnvloeding van de handel kan al sprake zijn als bijvoorbeeld door steun aan een lokale onderneming de kansen voor mogelijke buitenlandse ondernemingen om die lokale activiteit uit te oefenen, afnemen.

Het feit dat de kantoorverhuuractiviteit van MuzyQ een ondergeschikte activiteit is, is niet van invloed op de weging van de staatssteun. Ook in dit geval is de cruciale vraag of buitenlandse concurrenten (op het gebied van vastgoed) hinder van de steun kunnen ondervinden. Dat wordt bij vastgoedactiviteiten al (heel) snel aangenomen. De advocaat van de Gemeente Amsterdam gaat in zijn advies niet op deze (bijkomende) verhuuractiviteiten in. Dat is jammer, omdat dit tot een andere conclusie voor scenario B kan leiden.

Overigens begrijp ik het oordeel van de advocaat van de Gemeente Amsterdam niet waarom de garantie een gepasseerd station zou zijn. Het gaat hier toch om de vraag of de garantie verstrekt had mogen worden en of nu wel tot uitbetaling van de garantie kan worden uitgegaan? Met uitbetaling van een garantie die staatssteun vormt, wordt juist uitvoering aan de staatssteun gegeven. Ook begrijp ik zijn conclusie voor scenario B niet dat met de koop van het gebouw tegen een marktconform bedrag de steun ongedaan zou worden gemaakt. In dit geval wordt nog altijd (een deel van) de garantie nagekomen en dat is nou juist een mogelijke vorm van staatssteun. Dat MuzyQ uiteindelijk (vermoedelijk) van het toneel verdwijnt, maakt mijns inziens voor de staatssteunrechtelijke beoordeling geen verschil. Terzijde voeg ik toe dat het advies van de advocaat

van de Gemeente Amsterdam op dit punt ook tegenstrijdig is. Enerzijds merkt hij op dat steun aan MuzyQ de handel tussen lidstaten niet zal kunnen beïnvloeden. Anderzijds merkt hij op dat de koop van het gebouw boven een marktconform bedrag wel staatssteun kan vormen. Dit laatste zou dan ook geen staatssteun kunnen zijn.

Wat hier van zij, ik acht het - gelet op de intenties van MuzyQ en de kantoorverhuuractiviteit - aannemelijk dat sprake is van een (potentiële) beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Ik zie dat er ook goede argumenten zijn om te onderbouwen dat geen sprake is van een (potentiële) beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Ik vrees echter dat geen enkele adviseur op dit moment de onzekerheid op dit punt zal kunnen wegnemen.

Vraag 2: Op pag 4 staat bij scenario B dat aankoop tegen marktprijs geen steun betreft maar betaling uit hoofde van de garantstelling wel (aansluitend op de redenering bij het eerste scenario). Stel dat er toch geen sprake is van staatssteun bij betaling van het deel dat na verkoop nog overblijft. Die betaling loopt via SoS naar FGH. Is er dan, omdat de garantie geen staatssteun is bij deze afbetaling dus ook geen sprake van staatssteun? Zie ook de redenering over FGH bij scenario C.

Antwoord: Voor de staatssteunrechtelijke beoordeling van de garantie maakt het geen verschil of de uitbetaling van de garantie via SoS naar FGH of rechtstreeks aan FGH plaatsvindt. Als de garantie geen staatssteun betreft (bijvoorbeeld omdat de handel tussen lidstaten niet wordt beïnvloed) dan is geen sprake van staatssteun. Voor wat betreft scenario C zijn de extra financieringslasten van 300.000,- euro in dat geval nog altijd wel staatssteun (vanwege het voordeel voor FGH).

Vraag 3: 1) Bedoelt BdN met studio Orfeus MAE (de huurder) of SOS (de verhuurder)? 2) Maakt het uit in de beoordeling dat er 2 verschillende juridische entiteiten zijn, MAE (de huurder) en SOS (de verhuurder)? MAE die zich bezig houdt met de verhuur van muziekstudio's aan "internationale" muzikanten, er naar streeft internationale events te organiseren en een marktconform huurcontract heeft met SOS. SOS die zich enkel en alleen bezig houdt met de exploitatie van vastgoed. De garantiestelling een tripartite overeenkomst is tussen SOS, FGH en het stadsdeel en MAE hierin geen partij is. 3) Vraag 2 als kan worden hard gemaakt dat de steun niet bij MAE terecht komt, omdat de vordering (huur) slechts gedeeltelijk wordt voldaan, maar niet wordt kwijtgescholden? 4) Vraag 2 als wordt meegenomen dat de vastgoedactiviteiten van SOS maatschappelijk vastgoed betreft? De bestemming van het muziekmakerscentrum is maatschappelijk en is dus geen regulier commercieel vastgoed.

Antwoord: Met Orfeos Studio is zowel MAE als SOS bedoeld. De staatssteunregels kijken niet alleen naar de juridische maar ook naar de economische realiteit. MAE en SOS kunnen vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt als een economische eenheid worden beschouwd. De bestuurders van SOS zijn immers dezelfde bestuurders als die van Tamariu B.V., de moedervenootschap van MAE. Daarbij is één van die bestuurders tevens bestuurder van MAE. MAE en SOS vormen vermoedelijk dan ook een personele unie. Daarbij acht ik van belang dat MAE en SOS zich ook naar buiten toe (bijvoorbeeld op hun websites) als eenheid presenteren. Dat MAE en SOS verschillende entiteiten zijn, maakt voor de staatssteunrechtelijke beoordeling dan ook geen verschil.

Ik begrijp dat MuzyQ een maatschappelijke bestemming heeft en dat het gebouw als zodanig als maatschappelijk vastgoed kan worden aangemerkt. Ik betwijfel op het eerste gezicht of dit voor de staatssteunrechtelijke beoordeling een verschil maakt. De vraag is vooral of huurders van MuzyQ elders hun intrek kunnen nemen, bijvoorbeeld bij commerciële (buitenlandse) vastgoedbedrijven. Dat lijkt mij het geval te zijn en betekent dat deze commerciële (buitenlandse) vastgoedbedrijven hinder kunnen ondervinden indien MuzyQ steun ontvangt. Als huurders echt geen alternatief hebben (en zich alleen bij MuzyQ kunnen vestigen), dan vind ik er wel wat voor te zeggen dat de verhuuractiviteiten van MuzyQ geen grensoverschrijdend effect kunnen hebben.

Overigens merk ik nog op dat Advocaat-Generaal Kokott afgelopen donderdag haar conclusie heeft gegeven over de prejudiciële vragen van de Hoge Raad in de zaak Residex:

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Submit&numaff=C-275/10>

Haar conclusie is dat een garantie die in strijd is met de staatssteunregels niet als nietig kan worden beschouwd, tenzij de kredietgever (in dit geval FGH-Bank) als begunstigde van de steun kan worden aangemerkt. Indien dit door het Hof van Justitie (en vervolgens de Hoge Raad) zou worden gevolgd, zou dit betekenen dat in het geval van MuzyQ geen beroep op de nietigheid van de garantie kan worden gedaan. Met de advocaat van de Gemeente Amsterdam ben ik het eens dat de juistheid van het eerder door het Hof Den Haag ingenomen standpunt nog niet vaststaat. Het risico hiervan lijkt mij echter - anders dan de advocaat van de Gemeente Amsterdam stelt - niet groot. Indien ten onrechte een beroep op de nietigheid is gedaan, is er voor FGH-bank geen of nauwelijks schade (zij krijgt immers de garantie uitgekeerd). Als er wel een beroep op de nietigheid mag worden gedaan, kan de FGH-Bank volgens mij geen schade claimen. Dit zou in feite alsnog neerkomen op uitbetaling van de garantie (hetgeen juist niet is toegestaan).

Tenslotte merk ik nog op dat het recht geen exacte wetenschap is. Er moet altijd een beoordeling van de feitelijke, juridische en economische omstandigheden van het geval worden gemaakt. Dit speelt vooral bij de toepassing van de staatssteunregels en biedt doorgaans ruimte voor discussie. De enige instantie die in dit geval zekerheid kan verschaffen is de Europese Commissie. Bij aanhoudende twijfel is het verstandig een melding bij de Europese Commissie te doen. Indien geen sprake is van staatssteun duurt dit maximaal twee maanden. Een andere (snellere) oplossing is om contact op te nemen met het Coördinatiepunt Staatssteun van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Als het Coördinatiepunt van oordeel is dat van staatssteun geen sprake is (bijvoorbeeld omdat geen sprake is van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten), dan zou daarop kunnen worden vertrouwd.

Ik licht het bovenstaande tijdens de raadsvergadering morgen graag toe.

Groet,

Martijn van de Hel
Advocaat
Boekel De Nerée N.V.