

# FELLINGER CORPORATE LAW

MEMORANDUM INZAKE STAATSSTEUN MUZYQ

26 mei 2011

# FELLINGER CORPORATE LAW

- 1 Naar aanleiding van het advies van Boekel de Nerée van 24 mei 2011 aan de deelraad van het Stadsdeel Oost, is verzocht om een nadere advisering van het DB over de staatssteunrechtelijke aspecten van de gegeven garantie.
  
- 2 Door de stadsdeelraad is aan Boekel de Nerée verzocht te adviseren over drie scenario's, A,B en C, alsmede een antwoord te geven op 5 vragen. In het onderstaande advies zal ik om de adviezen vergelijkbaar te maken, op dezelfde vragen antwoorden.
  
- 3 De vraagstelling van de deelraad houdt het volgende in:  
"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 muzikmakerscentrum. 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 garantiebepaald bedrag van EUR 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 EUR 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 kans inschatting 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 de consequenties (bijvoorbeeld 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 staatsteun (waarbij ook de haalbaarheid is meegenomen)? Hierbij hoeft niet meegenomen te worden wat een mogelijke exploitatie door het stadsdeel wel/niet oplevert.

# FELLINGER CORPORATE LAW

- 5) Betreft de mededeling (richtsnoer) van de Europese Commissie uit 1997 over verplichte melding enkel de verkoop van gronden en gebouwen in overheidshanden, of ook aankoop door de overheid?

## Beantwoording

- 4 Bij de beantwoording van de vragen wordt getoetst aan de uit het EU verdrag voortvloeiende 5 criteria:
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.
- 5 Verder betrek ik daarbij de *“Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties”* van de Europese Commissie van 1997 (97/C 209/03) en de *“Handreiking Grondtransacties en Staatssteun met achtergrondinformatie over het Europese kader”* van het ministerie van VROM.

## Scenario A

- 6 Bij aankoop van het gebouw tegen de hoofdsom van de geldlening van FGH Bank aan SOS zal via de Akte van Vrijwaring SOS aansprakelijk zijn voor alle negatieve gevolgen van het stellen van de garantie. Nu er een taxatie komt die met het oog op de staatssteunaspecten wordt opgesteld, kan worden becijferd wat de negatieve gevolgen zullen zijn, ruwweg de aankoopprijs plus kosten minus de taxatiewaarde. Deze negatieve gevolgen zullen niet minder zijn dan wanneer SOS gedwongen wordt via de veiling het gebouw te

# FELLINGER CORPORATE LAW

verkopen om daarmee de schuld af te lossen. In het geval van aankoop door het stadsdeel blijft SOS zitten met een schuld aan het stadsdeel, welke schuld in het geval van gedwongen verkoop even groot zal zijn, maar dan (geheel conform de praktijk in de markt) aan FGH Bank. Van enige bevoordeling bij aankoop kan geen sprake zijn, waardoor een belangrijk aspect voor het aanwezig achten van staatssteun wegvalt. Gegeven de huidige financiële situatie van SOS is deze restschuld van miljoenen euro's niet als bevoordeling te kenschetsen. Betaling van de aankoopssom via de notaris aan SOS, die vervolgens betaalt aan FGH Bank impliceert verder geen staatssteun.

- 7 Betreffende het vereiste van de negatieve beïnvloeding van de concurrentie in de interne markt (de EER), zie ik die ook niet aanwezig. In de eerste plaats als wordt gekeken naar de huidige de facto exploitatie door SOS. Die exploitatie is lokaal, hooguit regionaal. Vanuit marketing overwegingen kan het zijn dat wordt geschermd met grote namen, vooralsnog heeft dat nog geen significante invloed op de omzetstijging van de modulaire verhuur van oefenruimtes gehad. Het verhuren van kantoorruimte heeft voor zover ik heb begrepen ten doel gehad om de voor oefenruimte minder geschikte plekken in het gebouw toch te benutten en heeft verder in de omzet weinig gebracht. Voor de winkelruimte geldt mutatis mutandis het zelfde. Wat in de tweede plaats van belang is voor het nemen van een beslissing over de aankoop is, dat SOS niet exploiteert, en MAE heeft aangegeven bereid te zijn om te vertrekken, waardoor de exploitatie als muziekmakerscentrum opnieuw kan worden ingevuld en de beslissing om kantoor- of winkelruimte te gaan verhuren kan worden heroverwogen. Daarmee kan ook de eventuele schijn van activiteit op de Europese vastgoedmarkt worden vermeden.

## Scenario B

- 8 Het aankopen van het gebouw tegen de taxatiewaarde levert gezien het vereiste van marktconform handelen, uitgewerkt in de Mededeling, geen

# FELLINGER CORPORATE LAW

staatssteun op. In het geval tegen de taxatiewaarde het gebouw wordt aangekocht, resteert voor FGH Bank waarschijnlijk een fors tekort. Onder de garantie dient het stadsdeel het verschil aan FGH Bank te betalen, waarna de restschuld op SOS wordt verhaald. Per saldo is er geen verschil met scenario A, al was het maar omdat het hier om een uitvoering van de (geen staatssteun betreffende) garantie gaat, waarbij er geen sprake is van een bevoordeling van SOS of FGH Bank en verder de exploitatie van het gebouw als muzikmakerscentrum niet als activiteit op de vastgoedmarkt kan worden gekenschetst. Als daar nu twijfel over zou kunnen bestaan, dan kan besloten worden kantoor- en winkelruimte verhuur uit te sluiten van de na de aankoop beoogde exploitatie.

## Scenario C

- 9 De garantie zelf is geen vorm van staatssteun, omdat de interne markt voor muzikmakerscentra niet wordt verstoord. Daarbij verwijs ik naar hetgeen ik hierboven over de winkel- en kantoorruimte heb opgemerkt. Of betaling aan FGH Bank een vorm van verstoring van de interne financiële markt oplevert, is niet onaannemelijk. Wel is het de vraag of het voordeel voor FGH Bank selectief is geweest. Ook andere financiers hadden zich jegens SOS en daarna het stadsdeel bereid kunnen verklaren om als financier op te treden.

## Vraag 1

- 10 Voor scenario's A en B kan worden aangenomen dat er geen sprake is van staatssteun. De doorlooptijden van de aankoop varieert met de vorm waarin de aankoop wordt gedaan. Gaat zulks met medewerking van SOS, dan kan een en ander in enkele maanden haar beslag krijgen, in het geval een juridisch traject van aankoop moet worden gevolgd, dan kan dat wat langer duren.

# FELLINGER CORPORATE LAW

- 11 Voor het scenario C geldt, dat wanneer alsnog wordt besloten om op grond van de garantie jaarlijks te betalen, en de betalingen aan FGH Bank bijvoorbeeld naar aanleiding van een klacht bij de Europese Commissie achteraf als staatssteun worden gekenmerkt, de betaalde bedragen moeten worden teruggevorderd van FGH Bank. FGH Bank is voor zover bekend solvabel, en het restitutie-risico is daarmee gering. De tijdsinschatting in het geval een klacht wordt ingediend bij de Europese Commissie is moeilijk te geven.

## Vraag 2

- 12 Een soort gelijke casus als de drie scenario's is nog niet voor handen. Daarom moet worden ingeschat aan de hand van de criteria ontleend aan het EU verdrag en de Mededeling of er sprake zal zijn van staatssteun. Daarbij speelt een grote rol dat het stadsdeel nu eenmaal geconfronteerd wordt met een situatie en moet kiezen voor de minst slechte oplossing. Gezien de bovenstaande bespreking van de scenario's zijn A en B de minst slechte vanuit het oogpunt van staatssteun. Het stadsdeel zal op grond van de omstandigheden van het geval kunnen betogen dat de gekozen oplossing noodzakelijk is en proportioneel.

## Vraag 3

- 13 De verhuur van kantoor- en winkelruimte op ondergeschikte schaal ten spijt, kan daarom nog niet van staatssteun worden gesproken, te meer omdat het om relatief lage huuropbrengsten gaat. Een en ander uitvergroten, al dan niet op basis van marketingoverwegingen en misplaatste verwachtingen in de toekomst van SOS, doet geen recht aan de feitelijke situatie. SOS heeft immers van al die geventileerde ambitie onvoldoende weten waar te maken, hetgeen nu juist de reden is dat de garantie actueel geworden is. De voorbeelden uit de Nederlandse jurisprudentie, Residex en Westergasfabriek

# FELLINGER CORPORATE LAW

die deels elkaar tegen spreken, hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat de Hoge Raad daarover nog geen definitief oordeel heeft gegeven en nog in afwachting is van de beantwoording op een door de Hoge Raad gestelde pre-judiciële vraag aangaande de toelaatbaarheid van het invoeren van de nietigheid onder de gestelde omstandigheden van de Residexzaak.

- 14 Daarmee kent een eventueel door het stadsdeel te vorderen verklaring voor recht dat de garantie nietig is op grond van overtreding van het verbod op staatssteun een nog onzeker juridisch fundament, waarbij het uiteindelijke oordeel eerst over ongeveer zes jaren van de Hoge Raad valt te verwachten. In de tussentijd zullen de werkrelaties tussen de gemeente en diverse financiers in voor de gemeente van belang zijnde projecten onder druk komen te staan. In het geval met succes de nietigheid zal zijn bevochten, is er geen grond voor een schadeclaim van de kant van FGH Bank. Loopt de zaak niet succesvol af, dan uiteraard wel.

## Vraag 4

- 15 De vraag naar het beste scenario is dat van scenario A of B, in willekeurige volgorde. Dit heeft te maken met het feit dat bij beide opties er geen sprake is van bevoordeling van SOS (het nadeel is even groot) via de garantie en de Akte van Vrijwaring, en dat er geen sprake is van een actief zijn op de vastgoedmarkt, waardoor de interne markt zou worden verstoord. Daarbij kan de schijn van actief zijn op de vastgoedmarkt nog worden weggenomen door alleen de dienstverlening in het kader van het muziekmakerscentrum te exploiteren. Aanvullend is het zo, dat bij een toetsing door de Europese Commissie ook wordt meegenomen op welke wijze de overheid haar handelen kan rechtvaardigen.

# FELLINGER CORPORATE LAW

## Vraag 5

16 De door de Europese Commissie opgestelde Mededeling is naar de eigen letter alleen van toepassing op de verkoop van grond en gebouwen. Op dit moment is de Mededeling ook door de Europese Commissie in de Aircraft Services beschikking van toepassing verklaard op de aankoop van grond, aldus de Handreiking. Als de uitspraak zelf wordt bekeken, dan wordt in de eerste plaats geconstateerd dat de eerste wijze van prijsvorming uit de Mededeling, te weten een openbare bieding, niet mogelijk is gezien het feit dat er maar 1 verkoper is. Vervolgens bleek uit die uitspraak dat de gemeente (na de verkoop!) een taxateur had ingeschakeld, die een waarde had vastgesteld, op grond waarvan de Europese Commissie oordeelde dat er geen sprake was van staatssteun. De Europese Commissie oordeelde niet expliciet dat de Mededeling van toepassing was en ook dat er geen sprake was van staatssteun. Ook werd niet opgemerkt door de Europese Commissie dat er had moeten worden gemeld overeenkomstig de Mededeling, hetgeen wel in de rede had gelegen als de Europese Commissie dat werkelijk had bedoeld. Of voor gebouwen de Mededeling geldt is dus nog niet zeker. Eerder lijkt het er op dat de Europese Commissie in geval van aankoop van grond en gebouwen door de overheid wil zien dat er geen selectief voordeel is voor de verkopende partij.