Postbus 624
8440 AP Heerenveen

K.R. Poststraat 100-5
8441 ER Heerenveen

AARDEMA VAN BOETZELAER
ADVOCATEN

T +31 (0)513 65 79 80
F +31 (0)513 65 79 81
E info@avblegal.nl
I www.avblegal.nl

Stichting Beheer Derdengelden
IBAN: NL30 ABNA 0459 3124 80

College van Burgemeester en Wethouders
van de gemeente Heerenveen
De heer E. Pijlman
Postbus 15000
8440 GA HEERENVEEN

Uitsluitend per e-mail: e.pijlman@heerenveen.nl

Ons kenmerk	Datum	Uw kenmerk	Uw brief
72976/wb/ck	2 mei 2017		

Edelachtbaar College, geachte heer Pijlman,

Inzake: Gemeente Heerenveen / advies staatssteun Sportstad

In verband met de herfinanciering van Sportstad Heerenveen B.V. heeft Sportstad Heerenveen B.V. (Sportstad Heerenveen) bij de gemeente Heerenveen het verzoek ingediend zich ten behoeve van haar borg te stellen jegens de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG) voor een bedrag dat overeenstemt met 80% van de waarde van de verplichtingen – alles volgens de administratie van BNG - die Sportstad Heerenveen op enig moment jegens BNG heeft uit hoofde van de geldleningsovereenkomst die zij in het kader van een herstructurering voornemens is te sluiten met BNG.

U hebt mijn advies gevraagd of een dergelijke garantieverstrekking in strijd is met de EU-staatssteunregels als vastgelegd in art. 107 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

Documentatie
Aan dit advies liggen ten grondslag tenminste de volgende documenten:

(i) de bestaande geldleningsovereenkomst tussen Sportstad Heerenveen en BNG van 10 april 2012;
(ii) de aanbieding tot een geldleningsovereenkomst door BNG aan Sportstad van 30 maart 2017 inclusief de toepasselijke Algemene Voorwaarden en Algemene Kredietvoorwaarden;
(iii) de kredietinformatie van Graydon ten aanzien van Sportstad Heerenveen van 3 april 2017;
(iv) de kredietinformatie van Graydon ten aanzien van SC Heerenveen Holding B.V. en gerelateerde ondernemingen;
(v) het advies van Rabobank van 31 maart 2017 en de toelichting daarop van de heer C. Tiemersma van de gemeente Heerenveen.
(vi) De concept borgstellingsovereenkomst en concept garantieovereenkomst van 18 april 2017.
(vii) De laatstelijk gepubliceerde geconsolideerde jaarrekening over 2015 van Sportstad Heerenveen.

Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het eigen risico.

Tevens liggen meerdere gesprekken met de gemeente Heerenveen aan dit advies ten grondslag.

Conclusie
Mijn conclusie is dat de beoogde borgstelling om hierna in mijn advies genoemd redenen niet behoeft te worden gemeld bij de Europese Commissie (EC) en in overeenstemming is met de EU-staatssteunregels van art. 107 e.v. VWEU.

Achtergrond financiering en herfinanciering
Sportstad Heerenveen B.V. is opgericht op 14 mei 2003. Sportstad Heerenveen heeft in de periode 2003 – 2007 opgericht (doen laten bouwen) en exploiteert sindsdien een multifunctioneel centrum voor sport, gezondheid, onderwijs, leisure en evenementen. Ter financiering van dat multifunctionele centrum zijn aan Sportstad Heerenveen financiële middelen verstrekt, deels bestaande uit door overheden verstrekte subsidies en deels bestaande uit een geldleningsovereenkomst door BNG.

Sportstad Heerenveen wenst thans de bestaande geldleningsovereenkomst met BNG te herfinancieren. De reden hiervan is dat Sportstad Heerenveen thans tegens gunstigere voorwaarden geld kan lenen en zodoende een besparing op haar kapitaallasten kan realiseren. De bestaande geldleningsovereenkomst ziet uitsluitend op de kosten van oprichting van de infrastructuur en niet op de exploitatie daarvan. Vanaf de oprichting tot heden is er steeds sprake geweest van een positieve exploitatie.

Geen van de voornoemde financiële middelen (subsidie of geldlening) zijn aangewend voor exploitatiesteun.

Feiten en inleiding
Sportstad Heerenveen is eigenaar en exploitant van een multifunctioneel centrum voor sport, gezondheid, onderwijs, leisure en evenementen.
Het complex waarvan Sportstad Heerenveen B.V. eigenaar is bestaat uit:
1. een arena (stadion) met 28.000 zitplaatsen;
2. een centrum voor beroeps- en volwasseneneducatie;
3. een congres- en vergadercentrum;
4. een gezondheidsboulevard;
5. kantoren.

Daarnaast huurt en exploiteert Sportstad Heerenveen een multifunctioneel sportcentrum, bestaande uit vier sporthallen, een zwembad bestaand uit een wedstrijd-, instructie- en doelgroepenbad.

De stichting van het hiervoor omschreven multifunctionele centrum is destijds bekostigd door middel van een aantal eenmalige steunmaatregelen (subsidies) en door een geldleningsovereenkomst (financieringsfaciliteit) met BNG.

Blijkens de in 2015 gepubliceerde jaarrekeningen en het daarbij behorend financieel verslag heeft Sportstad Heerenveen per 31 december 2015 de hierna volgende vijf (5) leningen bij BNG lopen.

a.	BNG 40.100188	afgelost
b.	BNG 40.101929	€ 3.571.429,-
c.	BNG 40.101930	€ 3.571.429,-
d.	BNG 40.103186	€ 7.500.000,-
e.	BNG 40.109166	€ 3.500.000,-

Daarnaast loopt er bij BNG nog een rekening-courantlening ter grootte van € 7.475.649,- per 31 december 2015.

In totaal heeft Sportstad Heerenveen per 31 december 2015 voor € 25.618.506,- aan leningen uitstaan bij BNG.

Beoogde herstructurering en steunmaatregel
Vanwege de aanhoudend lage rente op de kapitaalmarkt kan Sportstad Heerenveen haar huidige kapitaalbehoefte herstructureren. Dat houdt concreet in dat Sportstad Heerenveen een nieuwe lening wil aangaan met BNG, waarmee ze de hiervoor genoemde oude leningen aflost. De nieuwe lening kent een lager rentetarief dan de oude leningen en het gevolg van de financiële herstructurering is dat Sportstad Heerenveen lagere kapitaallasten heeft.

BNG is bereid tot het verstrekken van een nieuwe lening, maar heeft als voorwaarde gesteld dat een derde zich jegens haar tot een zeker bedrag als zelfstandig schuldenaar namens Sportstad Heerenveen borg stelt voor de nakoming door Sportstad Heerenveen van de aan de nieuw af te sluiten geldleningsovereenkomst verbonden betalingsverplichtingen (rente- en aflossingsverplichtingen). BNG vraag een garantie tot 80% van de op enig moment voor Sportstad Heerenveen uit deze nieuw te verstrekken geldlening voortvloeiende betalingsverplichting.

Gemeente Heerenveen is bereid een dergelijke garantstelling te verstrekken, mits dat in overeenstemming is met de EU-staatssteunregels.

EU staatssteunregels
Art. 107 e.v. VWEU verbiedt de Europese overheden steunmaatregelen te verstrekken die – kort gezegd – de Europese mededinging vervalsen.

In het VWEU is de Europese Commissie (EC) benoemd om daar toezicht op te houden. De EC is als eerste en als enige bevoegd om te beoordelen of een door een overheid verstrekte steunmaatregel strijdig is met art. 107 VWEU. Dit uitgangspunt houdt in dat bij twijfel, vooraf, elke beoogde steunmaatregel aan de EC moet worden voorgelegd met de vraag of de beoogde maatregel door de EC wel of niet in strijd met art. 107 VWEU wordt geacht.

Om deze reden heeft de EC in de vorm van Verordeningen en Mededelingen beleid gepubliceerd omtrent de uitoefening van de haar gegeven bevoegdheid, opdat vooraf door overheden beter kan worden beoordeeld of bepaalde maatregelen wel of niet strijdig zijn met art. 107 VWEU. In dit beleid

is vastgelegd onder welke de voorwaarden (a) sprake is van een steunmaatregel en (b) die niet in strijd is met art. 107 e.v. VWEU.

De door de gemeente Heerenveen beoogde steunmaatregel bestaat uit het verstrekken van een borgstelling als hiervoor omschreven. Ten aanzien van dergelijke steunmaatregelen heeft de EC in haar Mededeling uit 2016 (C 262/1) uiteengezet onder welke voorwaarden een door de overheid verstrekte voorwaarde niet wordt aangemerkt als een ongeoorloofde steunmaatregel. In deze Mededeling wordt tevens verwezen naar een eerder door de EC op dit onderwerp gepubliceerde Mededeling in 2008 (C 155/1).

In voornoemde Mededeling benoemt de EC de verschillende elementen waar aan moet worden voldaan (of juist niet) om tot het oordeel te komen dat er sprake is van (on)geoorloofde staatssteun. Voor wat betreft de maatregel, bestaande uit een garantstelling in de vorm van een borgtocht, zal ik begrippen hierna één voor één bespreken.

Begrip 1 Onderneming en economische activiteit
Artikel 107 e.v. VWEU (de regels omtrent staatssteun) is alleen van toepassing wanneer de begunstigde partij van een steunmaatregel een "onderneming" is.

Hier doen zich twee onderliggende deelvraagstukken voor:
- wat wordt in artikel 107 VWEU onder "onderneming" verstaan?
- is het relevant dat de gemeente Heerenveen aandeelhouder is van Sportstad Heerenveen?

(a) Het begrip "onderneming"
Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (EHvJ) dient een onderneming te worden omgeschreven als *"elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd".*

Het EHvJ heeft tevens uitgemaakt wat het onderscheid is tussen economische en niet-economische activiteiten: iedere activiteit die er in bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden, is een economische activiteit. Vanuit die definitie moet worden vastgesteld dat Sportstad Heerenveen diensten aanbiedt op de openbare, commerciële markt en zij verricht dus een economische activiteit.

De conclusie is dat er sprake is van een "onderneming" en dat er sprake is van een "economische activiteit". De Europese regelgeving omtrent staatsteun is van toepassing.

Gemeente Heerenveen aandeelhouder: relevant of niet
Voor het antwoord op die vraag is relevant of het hier gaat om "uitoefening van overheidsgezag".

Alleen wanneer een onderneming overheidsgezag uitoefent of wanneer het betreft organen die onder de overheid vallen en handelen "in hun hoedanigheid van overheid" (oefenen zij een publieke taak uit) dan zijn de regels omtrent EU-staatssteun niet van toepassing.

De Gemeente Heerenveen en Sportstad Heerenveen oefenen beiden geen overheidstaak uit. Zij oefenen in deze hoedanigheid geen activiteit uit die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoort. Om van dat laatste een voorbeeld te geven; activiteiten die intrinsiek tot overheidsprerogatieven behoren zijn bijvoorbeeld politietaken, taken op het gebied van luchtverkeersveiligheid of het uitvoeren van gevangenisstraffen. Onder 18 van zijn Mededeling C.262/01 stelt de EU: *"Voor zover een overheidsinstantie een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag is losgekoppeld, handelt die instantie, wat deze activiteit betreft, als onderneming".*

Kortom: dat de Gemeente Heerenveen aandeelhouder is doet niet ter zake en er is sprake van een de uitoefening van een economische activiteit (niet van de uitoefening van een publieke taak).

Conclusie
De conclusie is (a) dat het niet relevant is dat de Gemeente Heerenveen aandeelhouder is in Sportstad Heerenveen, (b) dat Sportstad Heerenveen een onderneming is die een economische activiteit verricht en dat de EU-staatssteunregels van toepassing zijn.

Begrip 2 Steunmaatregel afkomstig van de overheid
Bij de vraag of een maatregel (in het onderhavige geval een borgstelling) met staatsmiddelen wordt bekostigd (zoals vereist in artikel 107 VWEU) gaat het om twee afzonderlijke en cumulatieve voorwaarden:

a) Is de maatregel toe te rekenen aan de overheid?
b) Wordt deze maatregel met staatsmiddelen bekostigd?

Over dit onderdeel kunnen we kort zijn: de borgstelling is afkomstig van de Gemeente Heerenveen en aldus kan vastgesteld worden dat de maatregel, bestaande uit het afgeven van een garantie, afkomstig is van de overheid en met overheidsmiddelen wordt bekostigd.

Begrip 3 Voordeel
De onderneming die een steunmaatregel ontvangt, moet daarbij een economisch voordeel ontvangen dat zij onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen verkrijgen. Dit onderdeel valt in een tweetal beginselen uiteen:

a) Is er sprake van voordeel?
b) Hoe kan dit voordeel worden vastgesteld?

Is er sprake van voordeel?
Om te kunnen beoordelen of er sprake is van voordeel dienen de financiële situaties van de onderneming (Sportstad Heerenveen) te worden vergeleken:
(1) de (financiële) situatie van Sportstad Heerenveen voor de maatregel
(2) de (financiële) situatie van Sportstad Heerenveen na de maatregel

De vraag hierbij is (1) of er sprake is van een voordeel dat (2) Sportstad Heerenveen onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen krijgen. Als het antwoord op de vraag positief is, dan betekent dat, dat de onderneming Sportstad Heerenveen door de steunmaatregel bevoordeeld wordt als bedoeld in artikel 107 VWEU.

Marktconformiteit
Economische transacties die worden aangegaan door overheidsinstanties tegen marktconforme voorwaarden verlenen geen voordeel (als bedoeld in art. 107 VWEU) aan de tegenpartij van die transactie. In dat geval vormt de transactie dus geen ongeoorloofde (staats)steun.

Om dezelfde reden is het MEIP-beginsel in het beleid van de EC en in het Europese recht ontwikkeld. MEIP staat voor Market Economy Investor Principle. Aan de hand van dit beginsel kan worden bepaald of de maatregel van een overheidsinstantie staatssteun vormt.

Centraal bij de invulling van dit criterium staat de vraag of een particuliere marktpartij van een vergelijkbare omvang in een soortgelijke omstandigheid er toe zou kunnen worden gebracht de betrokken maatregel te stellen (investering te doen). Het beslissende element hierin is de vraag of de overheid heeft gehandeld zoals een marktdeelnemer in een markteconomie in een vergelijkbare situatie had gedaan.

Naar beleid van de EC kan marktconformiteit onmiddellijk worden vastgesteld:
1. aan de hand van transactiespecifieke marktinformatie;
2. indien de transactie verloopt via een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure (denk aan aanbesteding).

Indien een transactie niet via één van de hiervoor genoemde voorwaarden plaatsvindt, dan betekent dit niet automatisch dat de transactie niet-marktconform is. In dit soort zaken kan marktconformiteit nog steeds worden beoordeeld via.
(i) de methode van benchmarking
(ii) of andere waarderingsmethode(n).

In het onderhavige geval wordt de marktconformiteit van de gevraagde garantstelling (borgtocht) vastgesteld door middel van de methode van benchmarking. Dat houdt in dat de vraag of de onderhavige maatregel (de borgtocht) marktconform is, beantwoord wordt door deze te beoordelen in het licht van voorwaarden waarop vergelijkbare transacties door vergelijkbare particuliere partijen in vergelijkbare situaties hebben plaatsgevonden.

Andere methoden zijn ook aanvaardbaar, maar moeten dan wel steeds worden gebaseerd op beschikbare, objectieve verifieerbare en betrouwbare gegevens die voldoende gedetailleerd zijn en die de economische situatie tot uiting brengen zoals die bestond op het tijdstip waarop de transactie werd besloten, rekening houdend met risicograad en toekomstige verwachtingen.

Toepassing uitgangspunten op concrete situatie
Als aan de hand van een van de genoemde methoden kan worden vastgesteld dat de borgstelling marktconform is verlopen, dan is er geen sprake van een 'voordeel' als bedoeld in art. 107 VWEU. In dat geval valt de maatregel (borgstellingsovereenkomst) buiten het bereik van art. 107 VWEU.

De EC neemt als uitgangspunt dat door overheden verstrekte leningen en garanties, staatssteun kunnen behelzen als die niet op marktconforme voorwaarden plaatsvinden.
De EC neemt als uitganspunt voor garanties, de driehoeksverhouding bestaande uit de overheidsinstantie als garant, een kredietnemer en een kredietgever. Het onderzoek is dan gericht op het antwoord op de vraag of de kredietnemer (Sportstad Heerenveen) vanwege de overheidsgarantie een voordeel krijgt doordat hij (a) een vergelijkbare garantie op de markt niet had kunnen verkrijgen of (b) kan lenen bij de BNG tegen een rentevoet die hij zonder de garantie op de markt niet had kunnen krijgen.

Een garantie die wordt verleend op voorwaarden die gunstiger zijn dan marktvoorwaarden, rekening houdende met de economische positie van de kredietnemer, verleent een voordeel aan deze laatste. In dat geval dient de garantie gekwalificeerd te worden als een ongeoorloofde maatregel van staatssteun.

In de Mededeling uit 2016 (C 262/01) wordt verwezen naar de eerdere Mededeling van de EC uit 2008 (C 155/1) waarin de EC nadere aanwijzingen heeft ontwikkeld over het antwoord op de vraag wanneer een garantie als marktconform mag worden beschouwd. Mededeling C 155/1 is de Mededeling van de EC betreffende de toepassing van EU-staatssteun in de vorm van garantie. Daarin heeft de EC meegedeeld als volgt: "*Volgens die mededeling is het, om het bestaan van steun uit te sluiten, normaal gesproken voldoende dat de kredietnemer niet in financiële moeilijkheden verkeert, dat de garantie met een specifieke transactie verband houdt, dat de kredietgever een deel van het risico draagt en dat de kredietnemer voor de garantie een marktconforme prijs betaalt.*"

Toegepast naar de criteria uit de verdere overwegingen van de EC in Mededeling C155/1 komt dit concreet op het volgende toetsingskader neer, waarbij als hoofduitgangspunt geldt: onbeperkte garanties worden door de Commissie beschouwd als staatssteun als bedoeld in artikel 107 VWEU. De garantie moet in omvang beperkt zijn.

Als er sprake is van een garantie (in casu een borgstelling) die in omvang beperkt is, dan dient deze aan de voorwaarden te voldoen als bedoeld in artikel 3.2 van de hie bedoelde Mededeling om te uit te sluiten dat er sprake is van een ongeoorloofde steun als bedoeld in art. 107 e.v. VWEU:

a) De kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden;
b) De omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van toekenning;
c) De garantie dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verplichting;
d) Voor de garantie worden marktconforme prijzen bepaald.

a) De kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden
Vastgesteld kan worden dat Sportstad Heerenveen niet in financiële moeilijkheden verkeert.

b) Omvang van de garantie
De omvang van de borgstelling valt goed te meten op het tijdstip van toekenning. De omvang van de lening is bekend en de omvang van de gevraagde garantie is bekend. De EC stelt als voorwaarde dat de garantie (i) met een welbepaalde financiële transactie verband moet houden en (ii) een vast maximum bedrag moet betreffen en (iii) in de tijd beperkt moet zijn.

Aan deze voorwaarden wordt voldaan. De borgstellingsovereenkomst heeft een vast maximumbedrag en dezelfde looptijd als de beoogde nieuwe geldleningsovereenkomst.

c) Dekking van de garantie
De EC stelt als voorwaarde dat de garantie niet meer dan 80% van de uitstaande lening dekt. Dit omdat de EC in zijn mededeling als voorwaarde heeft gesteld dat de kredietgever een deel van het risico moet dragen. Ter motivering merkt de EC op dat indien een financiële verplichting geheel door een staatsgarantie wordt gedekt, de kredietgever minder wordt geprikkeld om het aan de kredietransactie verbonden risico behoorlijk te onderzoeken, af te dekken en tot het minimum te beperken en in het bijzonder om de kredietwaardigheid van de kredietnemer naar behoren te toetsen.

In de mededeling stelt de EC dat er voor gezorgd moet worden dat de kredietgever (in het onderhavige geval: BNG) daadwerkelijk een deel van het risico draagt;

a) Dat betekent dat wanneer de omvang van de lening afneemt, het gegarandeerde bedrag in evenredigheid moet afnemen, zodat de garantie op ieder tijdstip niet meer dan 80% van de uitstaande lening of financiële verplichting dekt;
b) Verliezen moeten evenredig op dezelfde wijze door zowel de kredietgever als de garant worden gedragen.

Wanneer een lidstaat een garantie wil geven die boven het plafond van 80% uitgaat, moet dat omstandig gemotiveerd worden.

In het onderhavige geval wordt aan deze voorwaarde voldaan.

d) Een marktconforme prijs voor de garantie
Zoals hiervoor genoemd dient het dragen van het risico normaal gesproken te worden vergoed door een passende premie op het bedrag waarvoor een garantie wordt verstrekt. Wanneer het voor de garantie betaalde tarief tenminste even hoog is als de overeengekomen benchmark voor de garantiepremie die op de financiële markten is te vinden, is dat een aanwijzing van marktconformiteit. De garantie houdt dan geen steun in.

In alle gevallen worden met oog op het bepalen van de overeenkomstige marktprijs, de kenmerken van een garantie en van de onderliggende lening in aanmerking genomen. Het gaat daarbij om onder meer het bedrag, looptijd, gestelde zekerheden en andere ervaringen die impact hebben op de beoordeling van het terugvorderingspercentage, de kans op wanbetaling door de kredietnemer als gevolg van zijn financiële positie, de sector waarin deze actief is en zijn vooruitzichten.

Op basis van deze analyse moet de kredietnemer kunnen worden ingedeeld aan de hand van een risicobeoordeling. Deze kan worden verschaft door een internationaal erkend ratingbureau of, waar beschikbaar, door de interne rating welke wordt gehanteerd door de bank die de onderliggende lening verschaft.

Kredietkwaliteit (krediet rating Sportstad Heerenveen)

De Gemeente Heerenveen heeft een krediet rating laten uitvoeren door Graydon. Uit het kredietinformatierapport komt ten aanzien van Sportstad naar voren een betalingswaardering van 8,7 (op een schaal van 10), een positief bedrijfsresultaat en een PD-rating van BBB[1]. Een dergelijke rating duidt op een gemiddeld risico op wanprestatie.
Ook voor een van de belangrijkste huurders van Sportstad Heerenveen heeft de Gemeente Heerenveen een opdracht tot kredietbeoordeling verstrekt. De betaald voetbal organisatie SC Heerenveen Holding B.V. heeft een PD-rating van BB.

De andere belangrijke huurder van Sportstad Heerenveen is Friesland College. Een regionaal opleidingen centrum (ROC). Ook deze huurder heeft een goede financiele status.

Martktconforme prijs

De Gemeente Heerenveen heeft op twee manieren getracht te benchmarken dat zij een marktconforme premie ontvangt voor de af te geven garantie.

In de eerste plaats is referentie gezocht in de safe-harbour premies die de EC heeft gepubliceerd in haar Mededeling uit 2008 (C 255/1). Daarin wordt een onderneming met een PD-rating BBB beoordeeld met de kredietkwaliteit "toereikende betalingscapaciteit". De EC deelt mede: "*In dat geval, en mits alle overige voorwaarden van punt 3.2, onder a), b) en c) zijn vervuld, wordt een staatsgarantie geacht geen steun te vormen indien voor het daadwerkelijk door de staat gegarandeerde bedrag de in de onderstaande tabel genoemde minimumjaarpremie ("safe harbour premie") in rekening wordt gebracht op basis van de rating van de kredietnemen.*"

Bij een rating BBB behoort een jaarlijkse safe harbour-premie van 0,8%.

Het punt is dat deze safe harbour-premies – in afwijking van de algemene regel – volgens de mededeling alleen mogen worden toegepast ingeval de kredietnemer een kmo is. Sportstad Heerenveen is evenwel geen kmo in de zin van het VWEU. Binnen Europa gelden bijzondere regels voor een onderneming die voldoet aan de definities van Kmo als bedoeld in de aanbevelingen van de EC van 6 mei 2003 (L 124/36). Om reden dat de gemeente Heerenveen meer dan 25% van het kapitaal van Sportstad Heerenveen houdt, kan ingevolge art. 3 lid 4 van voornoemde Aanbeveling Sportstad Heerenveen B.V. niet aangemerkt worden als Kmo.

Echter, als je de financiele grootte van Sportstad Heerenveen beschouwt (balanstotaal € 50 mio en omzet € 9 mio) dan mag deze safe harbour-premie mijns inziens wel als benchmark in de afwegingen meegenomen worden.

---

1 PD-rating (Probability of Default). Deze rating wordt berekend met geavanceerde statistische modellen op basis van de jaarrekening, het betaalgedrag, demografische kenmerken van het bedrag en XSeption informatie (opmerkelijke situaties en/of uitzonderingen). De uitkomst is een PD%; een gedetailleerde schatting van de kans op insolventie binnen 1 jaar. Dit vertaalt Graydon naar een PD-rating die tussen de AAA en C ligt.

Bovendien heeft de Gemeente Heerenveen de Rabobank gevraagd welk tarief zij zouden hebben gehanteerd als zij door Sportstad Heerenveen zouden zijn gevraagd naar een vergelijkbare garantie. De Rabobank zou in een aanbieding uitgegaan zijn van 170 basispunten, hetgeen in lijn is met de door de BNG afgeven aanbieding van 110 basispunten en een garantiepremie van 80 basispunten. De Rabobank zou voor het rekening-courant gedeelte van de lening een bandbreedte van 30 basispunten (bovenop de 170 basispunten) hebben gehanteerd.

De Gemeente Heerenveen neemt in aanmerking dat zij een 1e recht van hypotheek ontvangt op alle onroerende zaken van Sportstad Heerenveen en een 1e recht van pand op alle goederen en vermogensrechten van Sportstad Heerenveen. Daarnaast heeft de Gemeente Heerenveen financieel toezicht geëist. Kortom: de zekerheden zijn zodanig dat er geen (bijzondere) risicofactoren zijn.

Conclusie
Al het voorgaande overwegende kom ik op basis van de documenten als genoemd in dit advies tot het oordeel dat de Gemeente Heerenveen bij het aangaan van afspraak om zich ten behoeve van Sportstad Heerenveen jegens BNG borg te stellen uit MEIP-uitgangspunt op een juiste wijze heeft gehanteerd, de voorwaarden van art. 3.2 van de voornoemde Mededeling uit 2008 in acht heeft genomen, waarbij met gebruik van 2 verschillende methoden is gebenchmarkt dat er een marktconforme premie bij Sportstad Heerenveen in rekening wordt gebracht.

Onder deze voorwaarden is er geen sprake van " voordeel" als bedoeld in art. 107 VWEU en valt om deze reden de maatregel in de vorm van de beoogde borgstelling buiten bereik van de staatsteunregels als bedoeld in art. 107 VWEU. Aan begrip 3 wordt niet voldaan.

Begrip 4 Selectiviteit
Voor de volledigheid merk ik op dat het begrip "selectiviteit" als bedoeld in artikel 107 VWEU inhoudt dat de overheidsmaatregel slechts bepaalde ondernemingen begunstigt. Daar is in onderhavig geval sprake van: de onderneming begunstigt tenminste Sportstad Heerenveen en mogelijk andere, daarmee verwant houdende ondernemingen (SC Heerenveen).

Begrip 5 Beïnvloeding van het handelsverkeer en de mededinging
Eveneens volledigheidshalve merk ik op dat overheidssteun voor ondernemingen alleen dan staatssteun oplevert in de zin van artikel 107 VWEU, indien de mededinging daardoor wordt vervalst of dreigt te worden vervalst en de steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed of kan beinvloeden.

Vervalsing van de mededinging
Een maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen – of het risico daartoe in zich te houden – wanneer daarmee de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen kan worden versterkt.

Het idee hierachter is dat de overheidssteun het risico inhoudt dat de mededinging wordt vervalst, niet alleen omdat de begunstigde onderneming daardoor zou kunnen groeien en haar marktaandeel zou kunnen vergroten, maar ook al indien de onderneming dankzij de steun een sterkere concurrentiepositie kan behouden dan het geval was geweest indien de steun niet was verschaft.

Aangezien een groot deel van de exploitatie van Sportstad Heerenveen te maken heeft met een organisatie uit het betaalde voetbal (SC Heerenveen) kan niet uitgesloten worden dat de EC van oordeel is dat dankzij deze faciliteiten er sprake is van een verstoring van de markt.

Beïnvloeding van het interstatelijke handelsverkeer
Overheidssteun voor ondernemingen zijn alleen staatsteun in de zin van artikel 107 VWEU indien de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten mag echter niet louter hypothetisch zijn of worden aangenomen. Vastgesteld moet worden waarom de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten kan beïnvloeden, op grond van de voorzienbare effecten van de beoogde maatregel (in dit geval door de Gemeente Heerenveen af te geven garantie).

In zijn mededeling van 19 juli 2016 (C 262/01) heeft de Europese Commissie een aantal voorbeelden genoemd waarin de EC eerder tot bevinding is gekomen dat overheidssteun het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig kon beïnvloeden. Een van die onderdelen is een sport- en recreatievoorziening die een overwegend lokaal publiek bedient en waarvan niet te verwachten valt dat zij klanten of investeringen uit andere lidstaten zal aantrekken.

De EC heeft hierbij het oog op haar beslissing over de steun van de Duitse Gemeente Dorsten aan het gemeentelijk recreatiezwembad (freizeitbad) aldaar. De EC heeft toen beslist dat deze steun het interstatelijk handelsverkeer niet daadwerkelijk kon beïnvloeden, hetgeen betekent dat niet voldaan wordt aan een van de voorwaarden van artikel 107 VWEU. Dat laatste betekent dat er geen sprake is van een ongeoorloofde maatregel op grond van het EU staatssteun.

In een latere uitspraak heeft de Raad van State uitgemaakt dat ook het door de Gemeente Lingewaard voorziene zwembad financieel mocht worden ondersteund zonder dat te melden bij de EC. De Gemeente ging er in dat geval vanuit dat – evenals in de zaak Dorsten – geen sprake was van negatieve beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer en dus dat haar financiële bijdrage geen ongeoorloofde steunmaatregel als bedoeld in artikel 107 VWEU kon zijn.

In geval van Sportstad Heerenveen kan gesteld worden – met onder andere een beroep op de hiervoor genoemde uitspraken – dat de steunmaatregel van de Gemeente Heerenveen geen staatssteun is in de zin van artikel 107 VWEU omdat niet te verwachten valt dat er klanten of investeringen uit andere lidstaten als gevolg hiervan worden aangetrokken of dat het op andere wijze de enige Europese markt verstoort.

Echter, vanwege de directe betrokkenheid van de betaalde voetbalorganisatie SC Heerenveen en de positie van Sportstad Heerenveen op de Europese markt voor het houden van concerten en andere podiumoptredens, valt niet uit te sluiten dat de EC hier anders over denkt. Ik verwijs naar de recente beschikkingen van de EC welke genomen naar aanleiding van een diepgaand onderzoek onder een aantal betaalde voetbalorganisaties in Nederland (NEC, MVV, Willem II, PSV en FC Den Bosch) en Spanje (Real Madrid en Barcelona). De EC heeft overwogen dat de BVO's een Europese economische activiteit verrichten omdat ze zich bezig houden met marketing, merchandising, televisie-uitzendingen, transfers van spelers etc. en dus met elkaar concurreren op internationaal niveau.

Indien de steunmaatregel wordt verleend aan Sportstad Heerenveen en geen direct effect heeft op de positie van huurder SC Heerenveen, dan is er geen sprake van een exploitatie met een of meerdere Europese dimensies. In dat geval ben ik er van overtuigd dat de activiteiten van Sportstad Heerenveen uitsluitend een lokaal (dus niet inter-statelijk) effect hebben. In dat geval wordt ook niet voldaan het vijfde element (begrip 5) en valt de maatregel – bestaande uit de borgstelling – buiten het kader van art. 107 VWEU en dus valt dus buiten het kader van het staatssteun.

De Minimis

In het onverhoopte geval dat de EC van oordeel zou zijn dat de borgstelling niet onder marktconforme voorwaarden zou zijn verleend (er is dan sprake van " voordeel"), dan dient door de EC gesteld te worden wat – in haar ogen – een marktconforme premie zou zijn en het verschil tussen de beide premies is dan het staatssteunbestandeel. Ingevolge art. 4 van de eerder genoemde Mededeling dient de EC namelijk het staatssteunbestanddeel in de premie te kwantificeren. Indien daarvan sprake zou zijn dan kan de Gemeente Heerenveen voor dat deel een beroep doen op de *de minimis regeling*, inhoudende dat over een periode van drie jaar tot een bedrag van € 200.000,- (€ 65.000,- per jaar) vrijstelling kan worden verleend.

Discretionaire bevoegdheid van de EC in art. 107 lid 3 VWEU

Tenslotte – volledigheidshalve – wijs ik u nog op de discretionaire bevoegdheid van de EC zoals vastgelegd in art. 107 lid 3 onder c VWEU. Dat houdt in dat als de borgstelling als een ongeoorloofde maatregel wordt gekwalificeerd, deze maatregel door de EC toch als verenigbaar met de interne Europese markt kan worden geoordeeld omdat het de ontwikkeling van een gewenste economische bedrijvigheid vergemakkelijkt mits de voorwaarden waaronder het interstatelijke handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.

En als het gaat om "economische bedrijvigheid" in de sportsector houdt de EC rekening met artikel 165 VWEU waarin is bepaald dat de EU bijdraagt tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdende met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structuren en haar sociale en educatieve functie (zie de beschikking inzake onderzoek betaalde voetbalclubs in Nederland van de EC van 23 april 2013, SA.33584, C 116/19 e.v.).

Plan van aanpak en advies

Hiervoor heb ik aan de hand van 5 criteria uiteengezet waaraan moet worden voldaan wil er sprake zijn van ongeoorloofde staatsteun als bedoeld in art. 107 e.v. VWEU.

Daaruit volgt dat aan twee criteria niet wordt voldaan:

(1) Er is geen sprake van "voordeel" omdat – eenvoudig gezegd – de Gemeente Heerenveen een garantie aan Sportstad Heerenveen verleend onder marktconforme voorwaarden. Sportstad Heerenveen betaalt voor de borgstelling een marktconforme prijs;
(2) Er is geen van beinvloeding van het interstatelijke handelsverkeer omdat de exploitatie (de activiteiten) van Sportstad Heerenveen zuiver lokaal van aard zijn.

Verder dient de *de minimis regeling* in acht genomen te worden en is uiteindelijk ook een succesvol beroep op artikel 107 lid 3 sub c VWEU op voorhand niet denkbeeldig omdat sport en sportinfrastructuur een belangrijk, in het VWEU vastgelegd, beginsel zijn van de EU.

Met vriendelijke groet,



Wessel van Boetzelaer