

Sector	: Ruimte	Openbaar: <input checked="" type="checkbox"/>
Afdeling	: Directieondersteuning Ruimte	Niet openbaar: <input type="checkbox"/>
Zaaknummer(s) ingekomen stuk(ken)	:	Kabinet: <input type="checkbox"/>
Behandelend medewerk(st)er	: Gerly van Deursen    Tel.: (0495) 575 414 en: P. Joppen	
Portefeuillehouder(s)	: en: A.W.P. Kirkels	Nummer B&W-advies: BW-005844

**ONDERWERP**

Juridisch advies Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen inzake 'staatssteun'.

**ADVIES**

Kennisnemen van het juridisch advies van Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen d.d. 26 maart 2013 en het advies ter bespreking toesturen aan de leden van de gemeenteraad.








**TOELICHTING**

Relatie met vorig voorstel:

In de raadsvergadering van 13 maart 2013 heeft de gemeenteraad haar wensen en bedenkingen geuit op de herziene huurovereenkomst voor het zalencentrum Poort van Limburg. De gemeenteraad heeft het college opgedragen om als second opinion een juridisch advies – bij voorkeur aan de landsadvocaat – op te vragen over het vraagstuk 'staatssteun'. De uitkomst van deze second opinion wordt door de gemeenteraad behandeld in een extra raadsvergadering op 4 april 2013.

Algemeen:

Per brief van 18 maart 2013 heeft Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen de opdracht ontvangen zich te buigen over het aangaan van de huurovereenkomst voor het zalencentrum Poort van Limburg met Lindeboom Bierbrouwerij bv. Op basis van de toegeleverde informatie – voor een opsomming zie het bijgaande juridische advies d.d. 26 maart 2013 - komt Pels Rijcken tot de volgende conclusie:

Weert, 26 maart 2013  De directeur, 		S		B	W	W	W	W
			akkoord					
			bespreken					
		Behandeling uiterlijk in college van 26 maart 2013						

Beslissing d.d.: 26 maart 2013

Nummer: 28

De secretaris,

Akkoord met advies.

1. Naar het oordeel van Pels Rijcken handelt de gemeente als een private investeerder door akkoord te gaan met de (concept-)huurovereenkomst. Niet is gebleken van alternatieven die de gemeente een beter rendement opleveren, gelet op de recessie in de vastgoedmarkt. Daarom lijkt hier geen sprake te zijn van staatssteun.
2. Er zijn geen aanknopingspunten voor het aannemen van een schending van de Wet Markt en Overheid. Ook overigens is niet gebleken van handelingen van de gemeente die oneerlijke concurrentie tot gevolg hebben.

Argumenten:

Niet van toepassing.

Kanttekeningen:

Niet van toepassing.

### **JURIDISCHE GEVOLGEN (o.a. FATALE TERMIJNEN/HANDHAVING)**

Het advies van Pels Rijcken wordt door de gemeenteraad behandeld in een extra raadsvergadering op 4 april 2013.

### **FINANCIËLE EN PERSONELE GEVOLGEN**

Niet van toepassing.

### **COMMUNICATIE/PARTICIPATIE**

Voor wie is dit advies van belang?:

- ❖ Raadsleden

*Nadere specificatie:* Niet van toepassing.

Geadviseerd wordt de volgende communicatie-instrumenten te gebruiken:

- ❖ Brief
- ❖ Niet van toepassing

Geadviseerd wordt de volgende participatie-instrumenten te gebruiken:

- ❖ Niet van toepassing

### **OVERLEG GEVOERD MET**

Intern:

Michel Jans.

Extern:

Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen.

### **BIJLAGEN**

Openbaar:

Advies Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen d.d. 26 maart 2013.

Niet-openbaar:

Niet van toepassing.

New Babylon  
Bezuidenhoutseweg 57  
2594 AC Den Haag

Postbus 11756  
2502 AT Den Haag  
telefoon (070) 515 30 00  
www.pelsrijcken.nl

**Pels Rijcken  
& Droogleever**  
*Fortuijn advocaten  
en notarissen*

**Per post en e-mail: p.joppen@weert.nl**

Gemeente Weert  
De heer Th. van Tilburg  
Postbus 950  
6000 AZ WEERT

onze ref. BJD/PH/10039731  
uw ref. -  
inzake Advies Complex Poort van Limburg

B.J. Drijber  
advocaat  
t (070) 515 37 69  
f (070) 515 30 41  
bj.drijber@pelsrijcken.nl

26 maart 2013

Geachte heer Van Tilburg,

## **1 Inleiding en vraagstelling**

- 1.1 Bij brief van 18 maart 2013 verzocht u ons om advies over het voornemen van de Gemeente Weert (hierna: de gemeente) om een huurovereenkomst te sluiten met Lindeboom Bierbrouwerij B.V. (hierna: Lindeboom) voor de verhuur en de exploitatie van het zalencentrum dat onderdeel uitmaakt van het 'Complex Poort van Limburg'. Lindeboom zal de exploitatie doorleggen aan een lokale horecaondernemer, Nelissen.
- 1.2 In de concept-huurovereenkomst tussen de gemeente en Lindeboom is bepaald dat de gemeente het zalencentrum bedrijfsklaar zal opleveren. Dat vergt van de gemeente een investering van € 2,1 mio<sup>1</sup> voor de afbouw en de inrichting. De raad wordt gevraagd in te stemmen met de concept-huurovereenkomst, waarvan deze investering onderdeel uitmaakt.
- 1.3 In verband daarmee is de vraag gerezen of de concept-huurovereenkomst voor het zalencentrum (i) verboden staatssteun dan wel (ii) oneerlijke concurrentie oplevert.

<sup>1</sup> Alle in dit advies genoemde bedragen zijn exclusief BTW.

Staatssteun is in beginsel verboden op grond van het Europees recht. Oneerlijke mededinging kan verboden zijn op grond van de Wet Markt & Overheid.

## 2 Feitelijke uitgangspunten

2.1 Van de gemeente hebben wij een groot aantal stukken ontvangen, waaronder:

- Raadsvoorstel RAD 000719 voor raadsvergadering d.d. 12 december 2012
- Taxatierapport van Hermans Bedrijfsmakelaars d.d. 3 oktober 2012
- Taxatierapport van DTZ Zadelhoff d.d. 3 oktober 2012
- Herziene huurovereenkomst zalencentrum de Poort van Limburg met "side letter", beide van 5 februari 2013
- Rapport van de Rekenkamer Weert, "Onderzoek naar de Poort van Limburg", 7 februari 2013
- Raadsvoorstel RAD 000777 voor raadsvergadering d.d. 13 maart 2013
- Wensen en bedenkingen van de gemeenteraad d.d. 13 maart 2013
- Brief Koninklijke Horeca Nederland afdeling Weert d.d. 10 december 2012
- Verslag overleg met Koninklijke Horeca Nederland d.d. 7 februari 2013
- Brief van het Bureau Eerlijke Mededinging aan de PvdA fractie Weert
- Notitie inzake staatssteun van KHN d.d. 13 maart 2013
- Brief namens PvdA fractie Weert aan College van B&W d.d. 21 maart 2013.

2.2 In het licht van deze stukken gaan wij uit van de volgende feitelijke aannames:

- In 2009 heeft de gemeente delen van het Complex Poort van Limburg gekocht voor een totaalbedrag van € 13,8 mio; daarvan is afgerond € 4 mio toe te rekenen aan het zalencentrum, inclusief grondkosten.<sup>2</sup>
- In 2009 heeft de Provincie Limburg aan de gemeente een subsidie van € 2,7 mio verstrekt voor de ontwikkeling van de Poort van Limburg.<sup>3</sup>
- De gemeente is voornemens het zalencentrum te verhuren;<sup>4</sup> Lindeboom is de beoogde huurder.<sup>5</sup>
- Lindeboom legt de exploitatie door aan (de nog op te richten) Poort van Limburg B.V. van horecaondernemer Nelissen (hierna: de Exploitant).<sup>6</sup>
- Het zalencentrum wordt bedrijfsklaar – en dus niet casco – opgeleverd.<sup>7</sup> Daartoe investeert de gemeente € 2,1 mio in de afbouw en inrichting.
- De huurovereenkomst is (in beginsel) overeengekomen voor vijf jaar.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Rekenkamer Weert, Rapport: Onderzoek naar de Poort van Limburg van 7 februari 2013, blz. 15.

<sup>3</sup> Deze subsidie was bedoeld als een van de maatregelen ter bestrijding van de kredietcrisis cq. de vastgoedcrisis, meer specifiek ter stimulering van de werkgelegenheid in de bouwsector.

<sup>4</sup> Aanhef van de concept-huurovereenkomst.

<sup>5</sup> Aanhef van de concept-huurovereenkomst.

<sup>6</sup> Artikel 1.4 van de concept-huurovereenkomst.

<sup>7</sup> Artikelen 1.2 en 8 van de concept-huurovereenkomst.

<sup>8</sup> Artikel 3.1 van de concept-huurovereenkomst.

- De verschuldigde huurprijs bedraagt 13,1% van de totale jaarlijkse netto omzet van het zalencentrum en de nabijgelegen brasserie door de Exploitant.<sup>9</sup>
- De jaarlijkse netto omzet wordt vastgesteld door de gemeentelijke accountant op basis van het door de Exploitant aan te leveren en door zijn accountant vastgestelde jaaroverzicht.<sup>10</sup>
- Voor de huurprijs geldt een ondergrens van € 131.000 per jaar (gebaseerd op een netto omzet van € 1 mio).<sup>11</sup>
- De aanvangshuur is vastgesteld op € 170.300 per jaar, althans € 14.191,67 per maand, bij een jaarlijkse (verwachte) netto omzet van € 1,3 mio,<sup>12</sup> exclusief servicekosten.
- Als waarborg voor de juiste nakoming van betaling van de huurpenningen zal Lindeboom een bankgarantie afgeven aan de gemeente voor het bedrag van € 32.750 – hetgeen overeenkomt met een huursom van drie maanden bij de minimale jaarlijkse omzet van € 1 mio.<sup>13</sup>
- De inrichting van het zalencentrum, voor zover die niet reeds aard- en nagelvast verbonden is met de opstal, blijft eigendom van de gemeente; de inrichting (meubilair, taps etc.) wordt dus niet "cadeau gedaan" aan Lindeboom of, indirect, aan de Exploitant.

2.3 Uit de stukken maken wij op dat de gemeente onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden het zalencentrum te laten exploiteren:

- Onderzocht is of Nelissen het zalencentrum direct van de gemeente kon huren om het in te richten en te exploiteren. In januari 2012 bleek dat Nelissen daarvoor geen externe financiering kon krijgen. Volgens de gemeente hangt die afwijzing samen met het zeer strikte kredietbeleid dat de banken sinds de kredietcrisis voeren, in het bijzonder ten aanzien van horecaondernemers.
- De gemeente heeft vervolgens actief gezocht naar andere gegadigden. Op 16 maart 2012 werd duidelijk dat andere geïnteresseerde horeca-ondernemers evenmin het vereiste krediet konden krijgen.
- De gemeente heeft vervolgens de optie onderzocht het zalencentrum te verhuren aan een meer kapitaalkrachtige partij die voor continuïteit in de exploitatie zou kunnen zorgen. In dat kader is gesproken met verschillende partijen, waaronder brouwerijen.
- Brouwerij Lindeboom bleek uiteindelijk als enige geïnteresseerd het zalencentrum te huren. Overeenstemming kon alleen worden bereikt als de gemeente het zalencentrum bedrijfsklaar zou opleveren (aangezien ook Lindeboom bleek daarvoor geen externe financiering te kunnen krijgen) en Lindeboom (die zelf geen horeca-uitbater is) de exploitatie kon overlaten aan

<sup>9</sup> Artikel 4.1 van de concept-huurovereenkomst.

<sup>10</sup> Artikel 4.1 concept-huurovereenkomst.

<sup>11</sup> Artikel 4.1 van de concept-huurovereenkomst.

<sup>12</sup> Artikelen 4.2 en 4.9 van de concept-huurovereenkomst.

<sup>13</sup> Artikel 5 van de concept-huurovereenkomst en artikel 27 van de algemene bepalingen.

Nelissen.<sup>14</sup>Op haar beurt zal Nelissen dranken verkopen van Brouwerij Lindeboom, waardoor laatstgenoemde omzet kan genereren.

- 2.4 Met het oog op de af te sluiten huurovereenkomst heeft de gemeente extern advies ingewonnen:
- Met betrekking tot de verschuldigde BTW over de huursom en de mate van aftrek van voorbelasting.
  - In verband met de huursom van 13,1% van de totale omzet is aan twee onafhankelijke makelaarbureaus een taxatie gevraagd.<sup>15</sup>
  - Cox & partners vastgoedjuristen heeft op 29 november 2012 een risicoanalyse met aanbevelingen opgesteld; deze aanbevelingen zijn in de herziene huurovereenkomst op één punt na overgenomen.
- 2.5 De gemeente heeft de voorgestelde oplossingsrichting (verhuren aan een solide partner na het bedrijfsklaar maken van het zalencentrum) afgewogen tegen twee alternatieven, namelijk (i) het zalencentrum in onafgemaakte staat leeg laten staan of (ii) het zalencentrum in de huidige staat en zonder huurder vervreemden. Door de gemeente uitgevoerde berekeningen wijzen uit dat geen van beide alternatieven de gemeente een hoger economisch rendement opleveren dan de voorliggende optie. Los daarvan is er volgens het College van B&W een duidelijk maatschappelijk belang het zalencentrum niet onafgebouwd en ongebruikt te laten.

### 3 Staatssteunanalyse

#### *De huurovereenkomst met Lindeboom*

- 3.1 Van een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: "VWEU") is sprake als (i) met staatsmiddelen (ii) een financiële begunstiging wordt toegekend aan (iii) een of meer bepaalde (iv) ondernemingen, waardoor (v) de concurrentie wordt vervalst en (vi) de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed. Deze voorwaarden zijn cumulatief.
- 3.2 Aan voorwaarde (i) is voldaan. Het bedrijfsklaar maken van het zalencentrum geschiedt immers met middelen afkomstig van een (decentrale) overheid. Ook het negatief nettoresultaat van de vastgoedexploitatie – dat ontstaat omdat geen kostendekkende huurprijs wordt verkregen – beïnvloedt de publieke middelen, zodat daarbij eveneens sprake is van staatsmiddelen.

<sup>14</sup> Nelissen dient als onderhuurder de huur op te brengen maar hoeft, anders dan begin 2012 nog uitgangspunt was, niet zelf het zalencentrum bedrijfsklaar te maken.

<sup>15</sup> Het betreft een taxatierapport van Hermans Bedrijfsmakelaars van 3 oktober 2012 en een taxatierapport van DTZ Zadelhoff V.O.F. van 3 oktober 2012.

- 3.3 De centrale vraag is of aan voorwaarde (ii) is voldaan. Indien dat zo is, dan is vrijwel automatisch tevens voldaan aan voorwaarde (v), omdat een financiële bevoordeling de concurrentie vervalst. Ook aan voorwaarde (vi) is heel snel voldaan, omdat de *mogelijkheid* van handelsbeïnvloeding volstaat.

Uit de beschikking van de Europese Commissie over het Ahoy-complex in Rotterdam volgt dat er geen reden bestaat de markt voor het gebruik van vastgoed faciliteiten te beperken tot het gebied van de betreffende lidstaat (in dit geval Nederland).<sup>16</sup>

Niet kan daarom worden uitgesloten dat sprake zal zijn van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, te meer nu Weert dicht bij de Belgische en Duitse grens ligt.

- 3.4 Wat de voorwaarden (ii) en (iii) betreft, geldt dat de te realiseren waardevermeerdering primair aan de gemeente zelf toekomt. Immers, als eigenaar investeert zij in vastgoed dat als gevolg van die investering meer waard wordt.<sup>17</sup> Daardoor kan zij thans een aanzienlijk hogere huurprijs bedingen dan wanneer zij het zalencentrum casco zou opleveren. Voor zover die huurprijs niet toereikend is om de kosten te dekken levert de investering voor het bedrijfsklaar maken *mogelijk* een voordeel op voor Lindeboom of Nelissen en dus voor "een bepaalde onderneming".

- 3.5 Beslissend is dus *er werkelijk een financiële begunstiging wordt toegekend*. Het criterium om dat uit te maken is of de gemeente door akkoord te gaan met de concept-huurovereenkomst handelt zoals een private investeerder of private crediteur dat in dezelfde omstandigheden zou doen. Als de gemeente handelt als een private investeerder, vindt geen begunstiging plaats. In dat geval is niet voldaan aan één van de cumulatieve voorwaarden van het begrip "staatssteun".

- 3.6 Vertrekpunt is dat de eigenaar van vastgoed gebaat is bij het verhogen van de (markt)waarde van dit vastgoed. De kwaliteit van het vastgoed bepaalt de huuropbrengst en de huuropbrengst bepaalt mede de waarde van het bedrijfspand. Een private investeerder wil een zo hoog mogelijke huuropbrengst realiseren. Daarmee verplaatst de discussie zich echter naar de vraag wat in het gegeven geval "marktconform" is. Meestal is een aantal oplossingen binnen een bepaalde bandbreedte als marktconform aan te merken. Zo is er niet één marktconforme huursom.

- 3.7 Een marktconforme prijs dekt in beginsel alle kosten en een redelijke winst. Dat hoeft echter niet zo te zijn. Bij ongunstige marktomstandigheden zal een investeerder met minder genoeg moeten nemen. Mogelijk zal hij zelfs genoeg willen nemen met

<sup>16</sup> Beschikking van de Europese Commissie van 21 oktober 2008 betreffende de investering van de gemeente Rotterdam in het Ahoy-complex (Steunmaatregel C 4/2008). Zie ook de Beschikking van het Gerecht van 26 januari 2012, zaak T-90/09, punt 45. Zie tevens Beschikking van de Europese Commissie van 5 oktober 2011 SA.3187 (2011/N) - Grondverkoop en woningbouw Apeldoorn, punten 33 en 34.

<sup>17</sup> Mocht de gemeente na afloop van de huur besluiten het zalencentrum te vervreemden, dan zal zij een hogere verkoopprijs kunnen realiseren dan bij verkoop als casco.

huuropbrengst die niet kostendekkend is, wanneer dat nog altijd een betere optie is, dan niet te investeren of, in het geval van vastgoed, een pand leeg te laten staan.<sup>18</sup> Soms kan het economisch gezien beter zijn nu een verlies te nemen dan op termijn een (veel) groter verlies.

- 3.8 De marktomstandigheden kunnen dus zodanig zijn dat een private investeerder genoeg neemt met een niet-kostendekkende huuropbrengst, omdat alternatieven per saldo (of op termijn) minder opleveren. Zo kan een bank er een zakelijk belang bij hebben een debiteur die in moeilijkheden verkeert enig respijt te geven, met name wanneer faillissement het alternatief is en de bank dan een groter verlies lijdt.<sup>19</sup>

Ter illustratie: de Europese Commissie kwam onlangs tot de conclusie dat de maatregelen van de gemeente Arnhem ten behoeve van voetbalclub Vitesse volgens de EU-regels geen staatssteun vormen. De gemeente had ermee ingestemd dat voor € 11,7 miljoen vorderingen op de club niet zouden worden voldaan. De gemeente Arnhem had gehandeld in het kader van een formele procedure van surseance van betaling ten aanzien van Vitesse. Door de Nederlandse autoriteiten is volgens de Europese Commissie aangetoond dat een particuliere crediteur handelend in een markteconomie op dezelfde wijze zou hebben gehandeld.<sup>20</sup>

- 3.9 De gemeente Weert heeft als eigenaar van het zalencentrum de afgelopen jaren (actief) getracht een huurder te vinden voor dit centrum. Vanwege de financiële crisis bleek er geen huurder te vinden die de financiering rond kreeg. Alleen Lindeboom (in samenwerking met een lokale horecaondernemer) was uiteindelijk geïnteresseerd in de huur van het zalencentrum.

- 3.10 In het kader van het opstellen van de concept-huurovereenkomst tussen de gemeente en Lindeboom zijn in opdracht van de gemeente twee taxatierapporten door onafhankelijke deskundigen opgesteld.<sup>21</sup> Deze taxatierapporten geven een indicatie van een marktconforme huurprijs als percentage van de netto exploitatieomzet.

De taxatierapporten gaan ervan uit dat de omzet volledig afkomstig is uit de exploitatie van het zalencentrum; de omzet uit de exploitatie van de nabij gelegen brasserie is in de rapporten buiten beschouwing gelaten. Daarnaast is de investering van € 2,1 mio door de gemeente voor het bedrijfsklaar maken van het zalencentrum in beide taxatierapporten niet meegenomen.

<sup>18</sup> Dit geldt dan met name voor nieuw gebouwd vastgoed; bij vastgoed dat aan renovatie toe is kan het soms voordeliger zijn in ongerenoveerde staat te verkopen aan een partij die het te doen is om de grond.

<sup>19</sup> Zie het arrest van het Gerecht van 21 oktober 2004, zaak T-36/99, *Lenzing*, Jurispr. 2004, p. II-3597. Dit arrest toont wel aan dat kritisch moet worden getoetst of een particuliere investeerder inderdaad gehandeld zou hebben zoals het betrokken overheidsorgaan heeft gedaan.

<sup>20</sup> Zie het Persbericht van de Europese Commissie van 6 maart 2013 met kenmerk IP/13/192, beschikbaar via: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-192\\_ni.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-192_ni.htm).

<sup>21</sup> Het betreft een taxatierapport van Hermans Bedrijfsmakelaars van 3 oktober 2012 en een taxatierapport van DTZ Zadelhoff V.O.F. van 3 oktober 2012.



- 3.11 Uit deze taxatierapporten volgt dat een marktconforme huursom 13%-23,3% van de totale jaarlijkse netto exploitatieomzet bedraagt.<sup>22</sup> Die percentages staan echter niet op deze wijze in beide taxatierapporten. Zij zijn berekend, na interviews met elk van de taxateurs, aan de hand van (i) de omzet van het zalencentrum én de brasserie samen en (ii) het investeringsniveau voor het volledig bedrijfsklaar maken van het zalencentrum.
- 3.12 De in de concept-huurovereenkomst opgenomen huurprijs van 13,1% van de jaarlijkse netto omzet ligt binnen deze bandbreedte, zij het aan de onderzijde daarvan. Daarbij is van belang dat over de huurprijs is onderhandeld en dat een hogere huurprijs er op basis van de draagkrachtberekening niet in zat. De huurprijs beweegt mee met de exploitatieomzet, met een ondergrens van € 1 mio. Is de behaalde netto omzet feitelijk lager, dan komt dat voor risico van de Lindeboom c.q. Nelissen. Tevens is het de gemeentelijke accountant die de jaarlijkse netto exploitatieomzet – de basis voor de uiteindelijke huurprijs – vaststelt.
- 3.13 Voorts gaat de concept-huurovereenkomst uit van een bepaalde mate van continuïteit. In de concept-huurovereenkomst is immers een huurperiode van vijf jaar afgesproken en de mogelijkheden voor Lindeboom om de overeenkomst tussentijds op te zeggen zijn beperkt. Een van die gronden is echter als de onderhuurovereenkomst door de Exploitant is beëindigd; de gemeente draagt in die zin een bepaald continuïteitsrisico. Nu het kennelijk zo is dat de onderhuurovereenkomst letterlijk de huurovereenkomst volgt, ligt het voor de hand dat ook de Exploitant in beginsel voor vijf jaar vast zit. Dat zou betekenen dat de onderhuurovereenkomst tussen Lindeboom en de Exploitant een zelfde regeling bevat over de duur van de onderhuur als is voorzien in artikel 4 van de huurovereenkomst tussen de gemeente en Lindeboom.
- 3.14 Bovendien heeft de gemeente zorgvuldig onderzocht of er alternatieven zijn die een beter rendement opleveren. Het financiële begrotingstekort van de gemeente is in de situatie van de concept-huurovereenkomst ingeschat op € 118.500 per jaar bij de verwachte jaarlijkse netto exploitatieomzet van € 1.3 mio. Bij een minimum omzet van € 1 mio wordt dit tekort ingeschat op € 186.500 per jaar. Ter vergelijking:
- Bij (casco) vervreemding van het zalencentrum zonder huurder zal de gemeente in de huidige marktomstandigheden – voor zover al een koper kan worden gevonden – hoogstwaarschijnlijk slechts een symbolische koopsom ontvangen. Het financiële begrotingstekort van de gemeente wordt in deze situatie ingeschat op € 2.214.000; dit bedrag zou in een keer moeten worden afgeboekt.
  - Bij (tijdelijke) leegstand van het zalencentrum zal de gemeente kosten moeten blijven maken voor de instandhouding van het centrum. Het

<sup>22</sup> Bijlage 8 bij het Raadsvoorstel van 12 december 2012. Zie tevens het taxatierapport van Hermans Bedrijfsmakelaars, blz. 29 en het taxatierapport van DTZ Zadelhoff V.O.F., blz. 14-15 en 28.

financiële begrotingstekort van de gemeente wordt in deze situatie ingeschat op € 164.000 (inclusief rentekosten) per jaar.<sup>23</sup>

- 3.15 Tegen de achtergrond van deze financiële prognose lijkt verhuur van het zalencentrum op basis van de concept-huurovereenkomst vanuit financieel oogpunt een redelijk en vermoedelijk de minst slechte optie. De exploitatie van het zalencentrum kan daarnaast afstralen op andere delen van het Complex Poort van Limburg en ook positieve effecten hebben op de rest van het centrum van Weert.
- 3.16 Kortom, met de (concept-)huurovereenkomst lijkt de gemeente geen financieel voordeel toe te kennen dat een particuliere investeerder in de geldende conjuncturele marktomstandigheden niet aan Lindeboom (of de Exploitant) zou hebben verleend. Van staatssteun lijkt daarom geen sprake. Gelet op deze conclusie is het niet noodzakelijk een staatssteunaanmelding te verrichten bij de Europese Commissie op grond van artikel 108 lid 3 VWEU.<sup>24</sup> Het heeft evenmin zin de zaak informeel aan de Commissie voor te leggen.<sup>25</sup> De overeenkomst kan worden afgesloten en worden uitgevoerd.

#### *Subsidie Provincie Limburg*

- 3.17 De in 2009 verstrekte subsidie werd toegekend aan de gemeente. De gemeente is in beginsel geen onderneming.<sup>26</sup> Het verwerven van de eigendom van de Poort van Limburg vormt op zich zelf geen economische activiteit. Reeds om die reden vormt die subsidie geen staatssteun.
- 3.18 Slechts indien die subsidie geheel of gedeeltelijk zou worden doorgegeven aan een onderneming kan de vraag naar staatssteun rijzen. Niet is gebleken dat dit laatste het geval is. Naast de € 2,1 mio die het College van B&W voorstelt te steken in het bedrijfsklaar maken van het zalencentrum is er daarom geen financiering die zou moeten worden getoetst aan de staatssteunregels.

#### **4 Oneerlijke concurrentie; Wet Markt & Overheid**

- 4.1 Op 1 juli 2012 is de Wet Markt & Overheid in werking getreden.<sup>27</sup> Deze wet bevat gedragsregels waar overheden zich aan moeten houden als zij zelf economische activiteiten gaan verrichten. Het doel is te voorkomen dat het bedrijfsleven oneerlijke

<sup>23</sup> Raadsvoorstel van 12 december 2012, blz. 4 en 6-7.

<sup>24</sup> Ook is het niet noodzakelijk het Coördinatiepunt Staatssteun Decentrale overheden van het Ministerie van BZK te contacteren. Uiteraard kan de gemeente dat wel doen, als zij dit opportuun acht.

<sup>25</sup> De ervaring leert dat de Commissie naar verhouding erg veel Nederlandse "grondzaken" en andere gebiedsontwikkelingen voorgelegd krijgt en niet snel bereid is een informele beoordeling te geven. De ervaring leert dat de Commissie naar verhouding erg veel Nederlandse "grondzaken" en ander gebiedsontwikkelingen voorgelegd krijgt en niet snel bereid is een informele beoordeling te geven.

<sup>26</sup> Zie voorwaarde (iv), genoemd in 3.1.

<sup>27</sup> Stb 2011, 162.

concurrentie ondervindt van de economische activiteiten van de overheid. Deze regels zijn neergelegd in de Mededingingswet.

- 4.2 Deze wet is op de verhuur aan Lindeboom van toepassing. Het verhuren van het zalencentrum vormt namelijk een economische activiteit. De gemeente handelt ook voor de BTW als ondernemer. Van de vier in de wet genoemde gedragsregels is alleen de eerste potentieel relevant: overheden moeten hun afnemers ten minste de integrale kosten van de door hen aangeboden goederen of diensten in rekening brengen.<sup>28</sup> Zo wordt voorkomen dat een overheid door niet-marktconforme prijzen te hanteren, particuliere ondernemers oneerlijke concurrentie aandoet.<sup>29</sup> Bij verhuur van onroerend goed worden gemaakte kosten per definitie pas geleidelijk aan terugverdiend. Tegenover een uitgave ineens staan periodieke opbrengsten.
- 4.3 Hiervoor is geconstateerd dat de aan Lindeboom in rekening gebrachte huurprijs geacht kan worden marktconform te zijn. Desondanks is deze huurprijs voor (en volgens) de gemeente niet kostendekkend. In zoverre worden de integrale kosten dus niet volledig doorberekend. Een redelijke wetsduiding brengt echter mee dat aan genoemde gedragsregel is voldaan als de door een overheidslichaam in rekening gebrachte dienst marktconform is en externe omstandigheden – zoals hier de conjunctuur – het niet toelaten alle geïntegreerde kosten door te berekenen. Een andere uitleg zou namelijk betekenen dat een overheid van het verrichten van die activiteit zou moeten afzien en dan, in een geval als het onderhavige, vastgoed niet kan exploiteren. Een dergelijk effect wordt met deze wet niet beoogd.
- 4.4 Of de door KHN (afdeling Weert) geuite vrees dat het zalencentrum horecaomzet wegzuigt bij andere horecaondernemers gegrond is kunnen wij niet goed inschatten. Wij kunnen ons echter voorstellen dat het zalencentrum grotere evenementen aantrekt en dat dit juist een positieve spin-off creëert voor hotels en restaurants in Weert. Daar komt bij dat, naar wij begrijpen, geen enkele andere (Weerter) horecaondernemer (financieel) in staat of bereid is gebleken het zalencentrum bedrijfsklaar te maken en te exploiteren. De keuze van Lindeboom om met Nelissen in zee te gaan heeft kennelijk een commerciële reden, namelijk dat in het zalencentrum geschonken bier en andere dranken door Lindeboom worden geleverd. Een en ander kan echter niet aan de gemeente worden toegerekend.

## 5 Conclusie

- 5.1 Naar ons oordeel handelt de gemeente als een private investeerder door akkoord te gaan met de (concept-)huurovereenkomst. Niet is gebleken van alternatieven die de

<sup>28</sup> Artikel 25i Mededingingswet.

<sup>29</sup> Het kan in de praktijk ingewikkeld zijn vast te stellen wat de integrale kosten zijn. Het Besluit markt en overheid geeft daar nadere uitwerking aan (Stb. 2012, 155).

datum 26 maart 2013  
onze ref. BJD/PH/10039731

10/10

gemeente een beter rendement opleveren, gelet op de recessie in de vastgoedmarkt.  
Daarom lijkt hier geen sprake te zijn van staatssteun.

- 5.2 Er zijn geen aanknopingspunten voor het aannemen van een schending van de Wet Markt en Overheid. Ook overigens is niet gebleken van handelingen van de gemeente die oneerlijke concurrentie tot gevolg hebben.

Met vriendelijke groet,  
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

~~B.J. Drijber en P.P. Huurnink~~