

# MEMO



AAN Provincie Gelderland

DATUM 30 december 2012  
ONS KENMERK 246404.DRA.JHO-1  
KOPIE AAN

VAN  
Advocaten  
TELEFOON +31(0)88  
+31(0)88  
FAX +31(0)88  
E-MAIL @akd.eu  
@akd.eu

**STRIKT VERTROUWELIJK / GEPRIVILEGIEERD ADVOCaat - CLIËNT  
TEN BEHOEVE VAN INTERN BERAAD**

ONDERWERP Advies Topfonds: staatssteunaspecten

Geachte

## 1. Inleiding

1.1. Naar aanleiding van ons telefonisch overleg d.d. 18 december 2012 en d.d. 20 december 2012, verzocht u ons om een aanvullend advies<sup>1</sup> uit te brengen over de oprichting van Topfonds. Meer in het bijzonder stelde u ons de volgende vragen:

- i. Indien de provincie Gelderland (hierna: "**Provincie**") gebruik maakt van de vrijstelling voor steun in de vorm van risicokapitaal zoals bedoeld in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: "**AGV**"), aan welke formaliteiten dient dan voldaan te worden?
- ii. Dient de Provincie tevens rekening te houden met de Wet Markt en Overheid, nu zij aan PPM Oost N.V. (hierna: "**PPM Oost**") een vergoeding zal betalen voor het beheren van Topfonds?

## 2. Uitgangspunten

2.1. Allereerst verwijzen wij naar de uitgangspunten in ons advies d.d. 1 oktober 2012. Voorts hebben wij begrepen dat de situatie in die zin is gewijzigd, dat PPM Oost niet langer 100% aandeelhouder van Topfonds zal worden. Er bestaan voorts nog twee alternatieven:

- De Provincie wordt 100% aandeelhouder van Topfonds;

<sup>1</sup>In ons advies d.d. 1 oktober 2012 hebben wij geadviseerd over een aantal aanbestedingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke aspecten bij de oprichting van Topfonds.



DATUM 30 december 2012  
ONS KENMERK 246404.DRA.JHO-1  
PAGINA 2 van 5

- De Provincie verkrijgt 5% van de aandelen met bijzondere zeggenschapsrechten, en PPM Oost verkrijgt de overige 95% van de aandelen.

2.2. Waarschijnlijk kiest men voor de tweede optie. Daarnaast wenst de Provincie PPM Oost aan te stellen als fondsbeheerder van Topfonds.

### 3. Analyse en beantwoording van de vragen

- Indien de provincie Gelderland (hierna: "**Provincie**") gebruik maakt van de vrijstelling voor steun in de vorm van risicokapitaal zoals bedoeld in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: "**AGV**"), aan welke formaliteiten dient dan voldaan te worden?*

3.1. Volledigheidshalve verwijzen wij eerst naar randnummer 5.5 van ons advies d.d. 1 oktober 2012 voor de voorwaarden in de AGV en de Richtsnoeren voor het verlenen van risicokapitaal. Daarnaast dient de Provincie de volgende formaliteiten in acht te nemen voor het verlenen van risicokapitaalsteun onder de AGV:<sup>2</sup>

- Alle steun die in het kader van de AGV wordt verleend, dient een uitdrukkelijke verwijzing te bevatten naar de toepasselijke bepaling(en) van de AGV, in casu artikel 29 AGV en eventueel artikel 28 (definities).<sup>3</sup>
- Ook dient een uitdrukkelijke verwijzing te zijn opgenomen naar de nationale rechtsgrondslag waarop de (individuele) steun is verleend.<sup>4</sup> Aangezien steunregelingen inzake risicokapitaal in de zin van de AGV beschouwd dienen te worden als verenigbare steunmaatregelen, is aannemelijk dat deze maatregelen moeten worden aangemerkt als subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb.<sup>5</sup> Dit artikel gaat uit van een breed begrip, waaronder bijvoorbeeld ook het beschikbaar stellen van krediet door de overheid kan worden verstaan. In dat geval dient voor de nationale grondslag in beginsel aansluiting te worden gezocht bij de bestaande subsidieregeling(en) van de Provincie. Omdat wij van u hebben begrepen dat dit kader vermoedelijk niet past voor de kapitaalmaatregel middels Topfonds, kan mogelijk worden geopteerd voor een zogenaamde begrotingssubsidie. Indien de Provincie van mening is dat geen sprake is van een subsidie – hetgeen wij overigens niet hebben getoetst – dan kan het verlenen van kapitaal worden aangemerkt als een privaatrechtelijke rechtshandeling van de Provincie. Gedeputeerde staten

<sup>2</sup> Ratio is dat de Europese Commissie alle benodigde gegevens van de Lidstaten dient te kunnen verkrijgen over de maatregelen die op grond van de AGV ten uitvoer worden gelegd.

<sup>3</sup> AGV, overweging 5.

<sup>4</sup> AGV, overweging 5.

<sup>5</sup> Algemene wet bestuursrecht



DATUM 30 december 2012  
ONS KENMERK 246404.DRA.JHO-1  
PAGINA 3 van 5

is in dat geval bevoegd om de rechtshandeling aan te gaan op grond van artikel 158 Provinciewet. Dit artikel kan dan eventueel dienen als nationale grondslag voor de (individuele) steunmaatregelen. Hierbij merken wij op dat voornoemde overwegingen over de rechtsgrondslag en het karakter van de steunmaatregel slechts dienen als aanknopingspunten. Wij achten het raadzaam om dit nader te laten toetsen door onze sectie bestuursrecht.

- Daarnaast dient in de regeling en in de ad-hoc maatregelen de zogenaamde *Deggendorfclausule* te worden opgenomen, inhoudende dat betaling van steun niet plaatsvindt aan een onderneming waartegen een bevel tot terugvordering uitstaat ingevolge een eerder beschikking van de Commissie waarin steun onrechtmatig en onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.<sup>6</sup>
- Hoewel geen voorafgaande meldingsplicht geldt voor steunregelingen onder de AGV, dient wel binnen 20 dagen na de inwerkingtreding van de steunregeling door de Lidstaat aan de Commissie een samenvatting van de gegevens betreffende de steunmaatregel (digitaal) te worden toegezonden.<sup>7</sup>
- Tevens dient de Provincie bij de inwerkingtreding van de steunmaatregel de tekst van de maatregel op haar website (en eventueel digitaal publicatieblad te plaatsen).<sup>8</sup>
- Ook moet de Provincie over een periode van 10 jaar een dossier bijhouden over de steunmaatregelen die onder de AGV worden gebracht.<sup>9</sup>
- (De Nederlandse Staat dient vervolgens jaarlijks een verslag in te dienen van alle maatregelen onder de AGV.)

ii. *Dient de Provincie tevens rekening te houden met de Wet Markt en Overheid, nu zij aan PPM Oost N.V. (hierna: "PPM Oost") een vergoeding zal betalen voor het beheren van Topfonds?*

3.2. De Wet Markt en Overheid (hierna ook: "**WM&O**") is van toepassing op overheidsinstanties die een economische activiteit verrichten of laten verrichten door een aan hen gerelateerd overheidsbedrijf. Een overheidsbedrijf is onder meer een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon al dan niet samen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is om het beleid te bepalen.

3.3. Wij gaan er vanuit dat zowel Topfonds als PPM Oost kan worden aangemerkt als overheidsbedrijf. Voor zover ons bekend is, participeert de Provincie uitsluitend met

---

<sup>6</sup> Artikel 1 lid 6 AGV.

<sup>7</sup> Artikel 9 lid 1 AGV.

<sup>8</sup> Artikel 9 lid 2 AGV.

<sup>9</sup> Artikel 10 lid 2 AGV.



DATUM 30 december 2012  
ONS KENMERK 246404.DRA.JHO-1  
PAGINA 4 van 5

andere overheidslichamen in PPM Oost en zullen deze lichamen samen het beleid in PPM Oost bepalen. In Topfonds verkrijgt de Provincie in scenario 1 alle aandelen, waardoor wij ervan uitgaan dat zij ook alle stemrechten zal verkrijgen. In scenario 2 verkrijgt de Provincie slechts 5% van de aandelen, maar zullen hieraan bijzondere zeggenschapsrechten zijn gebonden, waardoor wij aannemen dat Provincie alsnog in staat is om het beleid in Topfonds te bepalen.<sup>10</sup>

- 3.4. Ook verrichten Topfonds en PPM Oost allebei economische activiteiten. Zij handelen namelijk als investeerder, investeringsfonds en/of fondsbeheerder, en bieden hiermee diensten aan op de markt.
- 3.5. Wij menen dat de WM&O niet (volledig) kan worden uitgezonderd op basis van de vrijstelling onder de AGV voor risicokapitaal,<sup>11</sup> omdat de steun die middels deze regeling wordt verstrekt uiteindelijk terechtkomt bij doel-ondernemingen. De vergoeding aan PPM Oost voor fondsbeheer staat hier los van en moet derhalve separaat worden getoetst.
- 3.6. In beginsel kan de WM&O dan ook van toepassing zijn op de vergoeding die de Provincie wenst te betalen aan PPM Oost voor het beheer van Topfonds. Zulks zou anders zijn indien sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 VWEU. Dergelijke steunmaatregelen zijn namelijk uitgezonderd van de WM&O.<sup>12</sup> Voor de vraag óf sprake is van een dergelijke steunmaatregel is o.a. bepalend of van de maatregel in kwestie een grensoverschrijdende marktverstoring uitgaat. Wij toetsen dit laatste aspect in het concrete geval niet, maar gaan ervan uit dat de Provincie geen staatssteun aan PPM Oost wenst te verlenen voor het uitvoeren van het fondsbeheer. Essentieel hierbij is dat de Provincie PPM Oost enkel volgens de op de markt geldende norm vergoedt voor het fondsbeheer, en niet méér betaalt dan dat.
- 3.7. In dat geval kan de Provincie ook geen schending begaan van de gedragsregel uit de WM&O inhoudende het zogenaamde bevoordelingsverbod ten aanzien van overheidsbedrijven.<sup>13</sup> Noodzakelijk is ook hier dat de Provincie PPM Oost niet financieel bevoordeelt ten opzichte van andere fondsbeheerders: de vergoeding aan PPM Oost voor het fondsbeheer mag niet hoger zijn dan marktconform. Volledigheidshalve merken wij op dat de Provincie deze gedragsregel ook in acht moet nemen ten aanzien van Topfonds.

---

<sup>10</sup> Indien deze aannames niet juist zijn, vernemen wij dit graag aangezien dit van invloed kan zijn op onze advisering.

<sup>11</sup> Waardoor sprake zou zijn van verenigbare staatssteun en de WM&O niet van toepassing is.

<sup>12</sup> Artikel 25h lid 4 Mededingingswet.

<sup>13</sup> Artikel 25j Mededingingswet.





DATUM 30 december 2012  
ONS KENMERK 246404.DRA.JHO-1  
PAGINA 5 van 5

\* \* \*

Indien u nog vragen of opmerkingen heeft, dan vernemen wij dat graag.

