

Memo

Van : Joris de Leur, Patrick Haccou en Cees Dekker
Aan : Provincie Drenthe
Datum: : 7 september 2016
Referentie : 222932/JL

1 Inleiding

- 1.1 De aandeelhouders van Groningen Airport Eelde N.V. ("GAE NV") hebben besloten om een strategische verkenning uit te voeren naar het toekomstperspectief van de luchthaven. Daarvoor worden de navolgende beleidsalternatieven (keuzes) uitgewerkt:
- A. Afbouwen
 - B. Continueren
 - C. Investeren
- 1.2 In alternatief A ("Afbouw") wordt GAE NV (de vennootschap) beëindigd en de activiteiten op de luchthaven beperkt tot klein verkeer ("general aviation"). Er zal dan geen sprake meer zijn van groot commercieel verkeer. Afbouw zou op termijn kunnen leiden tot een algehele sluiting van de luchthaven. Daarvoor is wel overleg met het Rijk nodig aangezien GAE (de luchthaven) in artikel 8.1 lid 3 sub c van de Wet luchtvaart ("Wlv") is aangemerkt als een luchthaven met nationale betekenis, als gevolg waarvan het luchthavenbesluit bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld (zie artikel 8.70 Wlv). Volgens artikel 8.43 Wlv bevat een luchthavenbesluit bepalingen omtrent het luchthavenluchtverkeer en de ruimtelijke indeling van het gebied van en rond de luchthaven.
- 1.3 In alternatief B ("Continueren") wordt GAE NV niet beëindigd, worden de activiteiten klein verkeer en groot commercieel verkeer voortgezet en worden de investeringen tot een minimum beperkt.
- 1.4 In alternatief C ("Investeren") wordt GAE NV niet beëindigd en wordt ingezet op verdere groei van groot commercieel verkeer. Daaraan zijn investeringen gekoppeld voor onder meer de nieuwbouw van de brandweerkazerne, een upgrade van de passagiersterminal en het opzetten van een routefonds.
- 1.5 Nysingh is door de Provincie Drenthe mede namens de andere aandeelhouders gevraagd in deze te voorzien in juridisch advies op het gebied van met name het ondernemingsrecht en het Europese mededingingsrecht. Hierna zal kort worden ingegaan op de verschillende alternatieven en de daarbij opkomende relevante juridische vragen.

2 Achtergrond/Uitgangssituatie

- 2.1 GAE NV wordt geëxploiteerd in de vorm van een overheids-N.V., waarvan de aandelen worden gehouden door de Provincies Drenthe en Groningen en de gemeenten Groningen, Assen en Tynaarlo (hierna gezamenlijk de “aandeelhouders”). De exploitatie is in de afgelopen jaren zonder aanvullende financiering in de vorm van kapitaalstortingen of subsidies niet rendabel gebleken. In 2003 hebben de huidige aandeelhouders van GAE NV met de Staat der Nederlanden (de “Staat”) een overeenkomst gesloten met betrekking tot de koop en verkoop van aandelen in Groningen Airport Eelde N.V. (de “Koopovereenkomst”). Bijlage bij de Koopovereenkomst is de overeenkomst die tussen GAE NV en de Staat is gesloten met betrekking tot de baanverlenging.
- 2.2 De Staat heeft in 2001 afspraken met GAE NV gemaakt over de beëindiging van de toen bestaande subsidierelatie. In het kader daarvan heeft de Staat een éénmalige vergoeding aan GAE NV betaald voor de afkoop van de bijdrage in de toekomstige exploitatietekorten en compensatie verbod groot lesverkeer. Deze afspraken gelden in relatie tussen de Staat en GAE NV en niet in relatie tussen de Staat en de aandeelhouders. De huidige aandeelhouders zijn geen partij bij deze overeenkomst en hebben zich dus ook niet contractueel verbonden tot terugbetaling van deze vergoeding. Overigens is deze overeenkomst op 31 december 2015 geëindigd.
- 2.3 Wel hebben de huidige aandeelhouders zich bij overeenkomst jegens de Staat verbonden zich in te spannen om de luchthaven open te houden. Het gaat daarbij om zowel de aanwending van hun privaat- als publiekrechtelijke bevoegdheden. Deze inspanningsverplichting is niet in tijd begrensd.
- 2.4 Eind 2003 heeft de Staat in het kader van de beëindiging van zijn aandeelhouderspositie in GAE NV twee overeenkomsten gesloten. In de eerste plaats is de Staat met GAE NV overeengekomen dat hij een bijdrage betaalt van € 18.620.000 in verband met de verlenging van de start- en landingsbaan (hierna “overeenkomst baanverlening”). Die baanverlenging is inmiddels gerealiseerd.
- 2.5 De baanverlenging is (onder meer) gerealiseerd door Pase V.O.F., een combinatie van Dynniq Nederland B.V. en Dura Vermeer Divisie Infra B.V. Pase verzorgt op grond van een Design Build Finance and Maintain contract (DBFM) ook het onderhoud van de baan gedurende een periode van 10 jaar. Wij begrepen dat er nog een betalingsverplichting van GAE NV bestaat voor een bedrag van € 2,4 miljoen. Dit is exclusief de onderhoudskosten.
- 2.6 Een eventuele sluiting van GAE NV zal gevolgen hebben voor de overeenkomst met Pase. Zij heeft reeds aangekondigd dat als daar sprake van zou zijn, zij een schadeclaim heeft wegens gedeelde inkomsten en overige schade. De provincie vraagt zich af wat hierin de positie is van zowel GAE NV als de huidige aandeelhouders.
- 2.7 In de tweede plaats is de Staat met de aandeelhouders overeengekomen dat hij zijn aandelen aan de overige aandeelhouders overdraagt voor een symbolische vergoeding (hierna ‘overeenkomst aandelenoverdracht’). Onderdeel van de overeenkomst aandelenoverdracht is een inspanningsverplichting over de instandhouding van GAE NV (hierna de “inspanningsverplichting”; zie: art 5.1).

“5.1 Kopers zullen zich inspinnen de Luchthaven in stand te houden. Kopers zullen daartoe onder meer hun privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bevoegdheden zodanig aanwenden dat het voortbestaan van de Luchthaven zo veel mogelijk wordt bevorderd.”

- 2.9 De aandeelhouders hebben in de periode 2003 tot en met 2012 een vaste kapitaalsbijdrage geleverd van € 1 miljoen per jaar in de vorm van een (agio)storting op de door hen in GAE NV gehouden aandelen. Het beleid van zowel GAE NV als de aandeelhouders is steeds (naar buiten toe) gericht geweest op continuïteit van de exploitatie van de luchthaven. Tegen de achtergrond van de met de Staat gemaakte afspraken is dat logisch. Die zagen immers op de instandhouding van de luchthaven. In overweging d. van de koopovereenkomst staat nadrukkelijk dat partijen ten doel hadden het voortbestaan van de luchthaven mogelijk te maken.
- 2.10 Uitgaande van de alternatieven B en C komt er een aantal vragen op. Met name in scenario C (“Investeren”) zullen investeringen nodig zijn voor een betere exploitatie van de terminal (commerciële motieven), maar ook vanwege veiligheidsredenen. Voorzien wordt in de bouw van een nieuwe brandweerkazerne en een upgrade van de terminal. Hiervoor zal aan GAE NV laagrentende leningen worden verstrekt. Ten slotte wordt een publiek-privaat routefonds ingesteld ter ontwikkeling van nieuwe verbindingen (aparte pot los van de exploitatie van de luchthaven).
- 2.11 Ten slotte wordt er ook gedacht aan een scenario waarbij de exploitatie van het vliegveld wordt afgesplitst van het eigendom en beheer van het vliegveld. Gedacht wordt aan het onderbrengen van de exploitatie in GAE NV en de eigendom in een aparte vennootschap (BV)¹. In een dergelijke BV zouden (op termijn) ook private, commerciële partijen kunnen participeren.

3 Vraagstelling

- 3.1 Uitgaande van de verschillende scenario's komen bij de Provincie de volgende vragen op:

Inspanningsverplichting

1. Rust op grond van de inspanningsverplichting danwel anderszins op de aandeelhouders een verplichting GAE NV open te houden? Dit mede in het licht van het feit dat sprake is van een overheidsvennootschap.
2. In hoeverre staat de contractuele inspanningsverplichting in de weg aan de realisatie van de scenario's A tot en met C?

Contract Pase

3. Wat is de positie van GAE NV op grond van de met Pase gesloten overeenkomst?
4. In hoeverre kunnen GAE NV en de aandeelhouders door Pase aansprakelijk worden gehouden voor schade van Pase wegens de voortijdige beëindiging van de onderhoudsovereenkomst als gevolg van beëindiging (ontbinding) van GAE NV?

Financiering bij opschaling (scenario C)

5. Hoe kan vanuit het continueringsscenario de financiering van de te plegen investeringen in het vliegveld op staatsteunrechtelijk juiste wijze worden vormgegeven, waarbij in acht wordt genomen de Algemene Groepsvrijstellingsverordening?

¹ Zie voorbeeld Maastricht-Aachen Airport en LEM-LOM Vlaams Model (<http://www.mobielvlaanderen.be/persberichten/artikel.php?id=208>).

Splitsing/herstructurering

6. Wat zijn de personele consequenties van de overgang van de exploitatie naar een aparte BV?
7. Op welke wijze zou een dergelijke overgang het beste kunnen worden vormgegeven (splitsing of anders)?
8. Met welke juridische aandachtspunten dient daarbij rekening te worden gehouden (b.v. Wet markt en overheid)?
9. Wat zijn de fiscale gevolgen van een dergelijke overgang?
10. Hoe zou de BV gestructureerd kunnen worden?

4 Beantwoording

Inspanningsverplichting

1. *Rust op grond van de inspanningsverplichting danwel anderszins op de aandeelhouders een verplichting GAE NV open te houden (dit mede in het licht van het feit dat sprake is van een overheidsvennootschap)?*
2. *In hoeverre staat de contractuele inspanningsverplichting in de weg aan de realisatie van de scenario's A tot en met C?*

- 4.1 Voor wat betreft de reikwijdte van de inspanningsverplichting als vermeld in artikel 5 van de Koopovereenkomst is in de eerste plaats van belang wat de inhoud van de inspanningsverplichting is en ten opzichte van wie die geldt? Zulks dient te worden bepaald aan de hand van een redelijke uitleg van artikel 5. Daarbij is niet slechts de letterlijke tekst van dit artikel van belang, maar ook de verklaringen van partijen over en weer en hetgeen zij ten dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten. Maatstaf is dat de verhouding tussen partijen niet uitsluitend op een grond van een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract kan worden bepaald, maar dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten².
- 4.2 Een inspanningsverplichting onderscheidt zich van een resultaatsverplichting in die zin dat de partij op wie de inspanningsverplichting rust zich redelijkerwijs moet inspannen om een bepaald resultaat te bereiken. Hij heeft zich dus niet verbonden om dat resultaat daadwerkelijk te bereiken. Een inspanningsverplichting is in die zin lastig afdwingbaar aangezien aangetoond zal moeten worden dat de betreffende partij zich onvoldoende heeft ingespannen om het resultaat te bereiken.
- 4.3 Volgens de letterlijke tekst van artikel 5 van de Koopovereenkomst hebben de huidige aandeelhouders de verplichting op zich genomen om de luchthaven in stand te houden. Deze inspanningsverplichting is niet in tijd beperkt. In de considerans van de Koopovereenkomst is de luchthaven gedefinieerd als "de door de vennootschap gedreven luchthaven". De inspanningsverplichting heeft dus betrekking op de luchthaven (het "object") en niet zozeer GAE NV (ook al verzorgt GAE NV wel de exploitatie van de luchthaven). Kortom, gelet op de letterlijke tekst van artikel 5 dienen de aandeelhouders zich in te spannen om de luchthaven in stand te houden en niet zozeer de vennootschap. De inspanningsverplichting is in die zin dus ruimer dan een eerste lezing van artikel 5

² Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, Haviltex.

doet vermoeden. Dat zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat de aandeelhouders in geval van beëindiging van GAE NV (de vennootschap) toch nog inspanningen moeten verrichten om het voortbestaan van de luchthaven mogelijk te maken, bijvoorbeeld in het kader van een doorstart.

- 4.4 Ervan uitgaande dat de luchthaven (het object) en niet GAE NV onderwerp van de inspanningsverplichting is, is het de vraag welke inspanningen precies van de aandeelhouders verwacht mogen worden om de luchthaven in stand te houden. In artikel 5.1 is gepoogd dit enigszins te concretiseren door de link te leggen naar het gebruik van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bevoegdheden. De aandeelhouders dienen hun privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bevoegdheden zodanig aan te wenden dat het voortbestaan van de luchthaven zoveel mogelijk wordt bevorderd, maar echt veel handvatten biedt de tekst van het artikel nu ook weer niet.
- 4.5 Aangezien de inspanningsverplichting is opgenomen in de Koopovereenkomst die is gesloten tussen enerzijds de aandeelhouders als kopers en anderzijds de Staat als verkoper is naar onze mening de meest voor de hand liggende uitleg van artikel 5 dat de aandeelhouders de inspanningsverplichting zijn aangegaan ten opzichte van de Staat en niet ten opzichte van elkaar. Wij gaan ervan uit dat de Staat bedoeld heeft zijn belang in GAE NV en daarmee zijn publieke verantwoordelijkheid ten aanzien van het in stand houden van de luchthaven over te dragen aan de huidige aandeelhouders en in dat kader bedongen heeft dat de huidige aandeelhouders al hetgeen doen dat redelijkerwijze van hen verwacht mag worden om de luchthaven op een verantwoorde wijze open te houden. Daartoe zullen zij hun (privaatrechtelijke) aandeelhoudersbevoegdheden en hun publiekrechtelijke bevoegdheden zodanig behoren in te zetten dat het voortbestaan zoveel als mogelijk wordt bevorderd. Niet duidelijk wordt om welke bevoegdheden het nu precies gaat. Bij de privaatrechtelijke bevoegdheden kan gedacht worden aan de aandeelhoudersbevoegdheden die de aandeelhouders hebben.
- 4.6 De inspanningsverplichting houdt ons inziens niet in dat de aandeelhouders de exploitatieverliezen van GAE NV tot in lengte van dagen dienen aan te zuiveren, zeker niet als die verliezen tot een onaanvaardbaar niveau oplopen, maar het betekent ons inziens wel dat de aandeelhouders niet van het één op het andere moment kunnen aansturen op een beëindiging van de luchthaven.

Resumerend

- 4.7 Onze conclusie is dan ook dat, alhoewel in artikel 5 niet op concrete wijze staat beschreven welke inspanningen de aandeelhouders moeten leveren, zij zich tot op zekere hoogte als aandeelhouders en overigens als decentrale overheden moeten inspannen om de luchthaven open te houden. Dat is geen heel harde en afdwingbare verplichting, maar juist van een overheid mag verwacht worden dat zij zich niet voetstoots aan een dergelijke inspanningsverplichting onttrekt. Concreet komt dat tot uitdrukking bij het gebruik maken van privaatrechtelijke aandeelhoudersbevoegdheden. Daarbij gaat het met name om de wijze waarop de aandeelhouders in het kader van besluitvorming op aandeelhoudersniveau hun stem op de door hen gehouden aandelen in GAE NV uitbrengen (het stemmen voor of tegen een bepaald besluit stemmen, of het zich onthouden van stemmen). Van de aandeelhouders mag verwacht worden dat zij besluiten nemen die bevorderlijk zijn voor het voortbestaan van de luchthaven.

- 4.8 De inspanningsverplichting kan daarnaast zo uitgelegd worden dat indien de aandeelhouders besluiten de luchthaven niet meer via GAE NV te willen voortzetten, zij wel moeten beoordelen welke alternatieven er zijn om de luchthaven in welke vorm dan ook voor te zetten, bijvoorbeeld door één of meer derden. Sluiting en het anders bestemmen van de luchthavenlocatie is dan niet direct aan de orde.
- 4.9 De inspanningsverplichting gaat ons inzien niet zo ver dat van de aandeelhouders verwacht mag worden dat zij in financiële zin steeds bijspringen om ervoor te zorgen dat de luchthaven hoe dan ook open blijft. Dat past ook niet bij een rol als aandeelhouder. Indien de aandeelhouders daardoor onredelijk hoge financiële vergoedingen moeten verstrekken die maatschappelijk ook niet goed meer zijn te verantwoorden, dan zouden de aandeelhouders kunnen besluiten GAE NV te beëindigen. Artikel 5 roept naar onze mening niet de verplichting voor aandeelhouders in het leven om in financiële zin bij te dragen. Op aandeelhouders rust wettelijk gezien enkel de verplichting om hun aandelen vol te storten, hetgeen naar wij aannemen reeds is gebeurd. Het gaat dan nog om aanvullende financiële verplichtingen, welke de aandeelhouders op vrijwillige wijze moeten aangaan (bijzondere omstandigheden daargelaten). Die aanvullende afspraken zijn in het verleden gemaakt, maar, zo leiden wij uit de ter beschikking gestelde stukken af, in 2013 geëindigd. Een aandeelhoudersbesluit tot herkapitalisatie van de vennootschap maakt dit niet anders, tenzij de aandeelhouders hebben afgesproken dat een dergelijk aandeelhoudersbesluit voor individuele aandeelhouders de verplichting tot kapitalisatie in het leven roept. Ervan uitgaande dat een dergelijke afspraak niet is gemaakt, zal een aandeelhoudersbesluit tot kapitalisatie van GAE NV voor individuele aandeelhouders niet een verplichting tot herkapitalisatie in het leven roepen.
- 4.10 Alles overziend gaat van de inspanningsverplichting de luchthaven in stand te houden dus nog steeds een zekere werking uit. Dat vereist bij alternatief A (“Afbouw”) overleg met het Rijk aangezien GAE is aangewezen als een luchthaven van nationale betekenis en het voor GAE geldende luchtvaartbesluit bij algemene maatregel van bestuur is genomen. Voor de alternatieven B en C (“Continueren” respectievelijk “Investeren”) betekent dit dat een keuze daarvoor in lijn ligt met de contractuele verplichtingen van de aandeelhouders.

Contract Pase

3. Wat is de positie van GAE NV op grond van de met Pase gesloten overeenkomst?

- 4.11 Het gaat hierbij om de financiële gevolgen in verband met een voortijdige beëindiging van de overeenkomst. GAE NV mag de overeenkomst tussentijds beëindigen, dus voor de in de overeenkomst bedoelde overdrachtsdatum, in geval zich een in de overeenkomst genoemde beëindigingsgrond of een tekortkoming aan de zijde van Pase voordoet (zie artikelen 8.1 en 8.2 van de overeenkomst). Deze gevallen doen zich thans niet voor. Wel mag GAE NV de overeenkomst op grond van artikel 8.4 op elk willekeurig moment beëindigen tegen een door haar aangegeven datum, maar moet dan wel een vergoeding betalen als bepaald in bijlage 4 van de overeenkomst. Dat is een vrij ingewikkelde vergoedingsregeling. Ons komt voor dat die vergoeding aanzienlijk zal zijn.

- 4.12 Wij gaan er dan ook vanuit dat een beëindiging van de overeenkomst met Pase ingegeven door een besluit de luchthaven niet langer te exploiteren tot aanzienlijke financiële verplichtingen voor GAE NV zal leiden. Dit zijn verplichtingen die GAE NV zonder steun van de aandeelhouders niet zal kunnen voldoen. In dat geval dienen de aandeelhouders bij te storten, indien zij een faillissement van GAE NV willen voorkomen.
- 4.13 Indien aandeelhouders een vennootschap willen ontbinden, waarvan de schulden de baten overtreffen, dan dient de in de statuten aangewezen vereffenaar van het vermogen van de vennootschap verplicht het faillissement aan te vragen, tenzij alle (bekende) schuldeisers instemmen met vereffening buiten faillissement. Er dient dus serieus met een faillissementsscenario rekening te worden gehouden indien de aandeelhouders niet het deel van de schulden van GAE NV voor hun rekening willen nemen dat GAE NV zelf niet uit eigen middelen kan voldoen.

4. In hoeverre kunnen GAE NV en de aandeelhouders door Pase aansprakelijk worden gehouden voor schade van Pase wegens de voortijdige beëindiging van de onderhoudsovereenkomst als gevolg van sluiting van GAE NV?

- 4.14 Wettelijk gezien is een aandeelhouder slechts verplicht zijn aandelen vol te storten, dat wil zeggen om het nominale bedrag op de aandelen te storten. Daarnaast kan een aandeelhouder zich op vrijwillige wijze verbinden jegens de vennootschap of voor verplichtingen van de vennootschap (bijvoorbeeld als borg of hoofdelijk schuldenaar).
- 4.15 De aandeelhouders zijn geen partij bij de overeenkomst met Pase. Uit die overeenkomst vloeien voor de aandeelhouders dus ook geen (financiële) verplichtingen voort. Vraag is vervolgens wel wat de positie van de aandeelhouders van GAE NV is indien GAE NV haar verplichtingen jegens Pase niet meer nakomt. Kunnen zij dan op grond van een onrechtmatige daad jegens Pase aansprakelijk worden gehouden? Hiervoor zijn verschillende varianten denkbaar.
- 4.16 Van een schending van een zorgplicht jegens Pase zal naar onze inschatting geen sprake zijn, alleen al niet vanwege het feit dat de overeenkomst met Pase niet werd aangegaan op een moment dat GAE NV onvoldoende middelen had om alle crediteuren te voldoen. Voor de aandeelhouders bestond op dat moment dus geen aanleiding om Pase te behoeden voor schade. Bovendien is het maar de vraag of de aandeelhouders de mogelijkheid hebben om zich intensief met het beleid van GAE NV te bemoeien in die zin dat zij het in hun macht hebben schuldeisers te behoeden voor schade. Een dergelijke ingrijpmacht is eerder aan de orde in geval alle aandelen in één hand zijn.
- 4.17 Het zou wel kunnen zijn dat de aandeelhouders tijdens de aanbestedingsprocedure de indruk hebben gewekt dat de luchthaven gedurende de contractperiode open zou blijven en dat Pase onder meer via het onderhoud nog een bepaalde inkomsten zou realiseren. Wij kunnen ons voorstellen dat Pase daarvan bij het aangaan van de overeenkomst is uitgegaan en dat zij haar financiële voorstel daar op heeft gebaseerd. Indien Pase daar gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dan is het volgens ons goed voorstelbaar dat indien de aandeelhouders mochten besluiten om tot sluiting van de luchthaven over te gaan voordat de contractperiode is verstreken, de schade die Pase daardoor lijdt (o.m. de overeengekomen vergoeding in geval van een beëindiging op grond van artikel 4 van de overeenkomst) zullen moeten vergoeden.

Financiering bij opschaling (scenario C)

5. Hoe kan vanuit het continueringsscenario de financiering van de te plegen investeringen in het vliegveld op staatssteunrechtelijk juiste wijze worden vormgegeven, waarbij in acht wordt genomen de Algemene Groepsvrijstellingsverordening?

Beoordelingskader overheidsbijdragen in investeringen en exploitatie

- 4.18 Staatssteun kan zich in verband met luchthavens op drie niveaus voordoen: op dat van de luchthaveninfrastructuur of andere voorzieningen zelf, op dat van de exploitant en op dat van de gebruikers. In de beoordeling wordt een onderscheid gemaakt in investeringssteun (steun voor investeringen in materiële en immateriële activa) en exploitatiesteun (kort gezegd: afdekking van exploitatietekorten).
- 4.19 Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU dat investeringen in luchthaveninfrastructuur op zichzelf reeds steun vormen wanneer de overheid in die infrastructuur investeert (tenzij er een marktconform rendement op die investering gemaakt kan worden, hetgeen in de praktijk doorgaans niet het geval is). Hetzelfde geldt wanneer de overheid investeert in andere voorzieningen dan die worden gerekend tot de luchthaveninfrastructuur.
- 4.20 Van een steunmaatregel is *geen* sprake indien de overheid bijdraagt in de kosten van niet-economische activiteiten van de onderneming. Dergelijke niet-economische activiteiten (in jargon aangeduid als: niet-economische diensten van algemeen belang – NEDAB). Deze kosten kunnen zowel investeringen in NEDAB-voorzieningen betreffen als (jaarlijkse) bijdragen in de NEDAB-kosten.
- 4.21 Wanneer sprake is van een steunmaatregel³, moet deze worden aangemeld bij de Europese Commissie voordat zij mag worden uitgevoerd, tenzij er een uitzondering bestaat op de aanmeldverplichting. Een dergelijke uitzondering geldt als de steun voldoet aan de voorwaarden van EU-Verordening 651/2014 (de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, hierna: AGVV).
- 4.22 Moet de steun worden aangemeld, dan zal zij primair worden getoetst aan de Richtsnoeren voor steun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen (hierna: Richtsnoeren), maar dit is afhankelijk van de aard van de gesteunde activiteiten.

Investeringen in de passagiersterminal

- 4.23 Naar wij hebben begrepen betreffen de investeringen in de passagiersterminal een upgrade en uitbreiding ervan om met het huidige en ingeschatte toekomstige aantal vlieg- en passagiersbewegingen in de piekuren te voldoen aan het door IATA geadviseerde Level of Service Optimum. In verband hiermee zou een uitbreiding nodig zijn van de voorhal, wachruimten, paspoortcontrole, airside toiletten, paspoort controle aankomst, reclaim ruimte en BHS ruimte. Tegelijkertijd is met de uitbreiding voorzien in een kwaliteitsverbetering van de passagiersterminal.

³ Wij laten hier vooralsnog buiten beschouwing de mogelijkheden van de minimis steun, gezien de verwachte hoogte van de investeringen.

- 4.24 De eerste vraag die zal moeten worden beantwoord is of de investeringen in de terminal gezien mogen worden als investeringen in luchthaveninfrastructuur. De Richtsnoeren definiëren als 'luchthaveninfrastructuur':
- “infrastructuur en uitrusting voor het ter beschikking stellen van luchthavendiensten door de luchthaven aan luchtvaartmaatschappijen en de diverse dienstverrichters, met inbegrip van start- en landingsbanen, terminals, platforms, taxibanen, gecentraliseerde grondafhandelingsinfrastructuur en alle andere voorzieningen die de luchthavendiensten rechtstreeks ondersteunen, doch met uitsluiting van infrastructuur en uitrusting die in hoofdzaak noodzakelijk is voor het uitoefenen van niet-luchtvaartgebonden activiteiten, zoals parkeerruimten en parkeergarages, winkels en restaurants.”*
- 4.25 Op het eerste gezicht kunnen de uitbreidingen van de terminal worden gezien als uitbereidingen van luchthaveninfrastructuur.
- 4.26 De AGVV kent thans nog geen specifieke vrijstelling voor steun aan luchthaveninfrastructuur. Investerings in luchthaveninfrastructuur vallen *niet* onder de categorie lokale infrastructuur, als bedoeld in artikel 56, lid 1, AGVV, aangezien artikel 56, lid 2, AGVV expliciet bepaalt dat de vrijstelling voor investeringen in lokale infrastructuur niet van toepassing is op luchthaveninfrastructuur en haveninfrastructuur.
- 4.27 Hoewel de gemeente Tynaarlo een steunregio betreft, vallen de investeringen niet onder het hoofdstuk van regionale investerings- en exploitatiesteun, aangezien investeringen in luchthaveninfrastructuur daarvan zijn uitgesloten (artikel 13, sub a, in samenhang met artikel 2, lid 45, AGVV). GAE kwalificeert evenmin als klein of middelgrote onderneming (KMO), gezien het feit dat de provincies Groningen en Drenthe en de gemeente Groningen elk meer dan 25% van de aandelen houden.⁴ De steun valt derhalve niet te scharen onder de mogelijkheden die de AGVV geeft voor KMO-steun.⁵
- 4.28 Dit betekent *niet* dat steun niet toegestaan is, maar wel dat de steun vooraf gemeld zou moeten worden bij de Europese Commissie.
- 4.29 Momenteel is er echter een wijziging van de AGVV in voorbereiding die ook steun aan luchthaveninfrastructuur van voorafgaande aanmelding vrijstelt. GAE zou onder de voorgestelde vrijstelling vallen. Volgens het voorstel zou de steun 75% van de in aanmerking komende kosten voor luchthavens met een gemiddelde passagiersstroom van maximaal 1 miljoen passagiers mogen bedragen. Wanneer wij uitgaan van een lening tegen een lage rente, is het aannemelijk dat onder dit percentage gebleven wordt.
- 4.30 Nu het voorstel nog niet is opgenomen in de AGVV en ook niet bekend is wanneer dat gaat gebeuren is formeel een aanmelding nog steeds noodzakelijk. Mogelijk kunnen we dat wel met een verkorte procedure doen, gezien de ontwerpregeling. Wanneer wij aangeven dat de steun voldoet aan de randvoorwaarden zoals geformuleerd in het voorstel van de Commissie, ligt een versnelde afhandeling voor de hand.
- 4.31 Wanneer we aansluiten bij het genoemde voorstel zou dus 75% van de in aanmerking te nemen kosten van de investeringen in de terminal door de overheden aan steun verstrekt kunnen worden.⁶ Die 75% betreft de steunintensiteit. De andere 25% kan onder

⁴ Wanneer slechts één van deze overheden meer dan 25% van de aandelen zou houden, zou reeds niet worden voldaan aan de eisen om GAE als KMO te kwalificeren.

⁵ De steun valt reeds op het eerste gezicht niet onder andere categorieën van de AGVV. Deze worden derhalve niet besproken.

⁶ Waarbij dan weer de bijdragen (voor 100%) in investeringen ten behoeve van NEDAB-voorzieningen buiten beschouwingen gelaten mogen worden, omdat deze geen steunmaatregel vormen.

marktconforme voorwaarden worden verstrekt. Vindt financiering plaats door middel van een lening tegen lage (lagere dan marktconforme) rente, dan betreft het steunelement het verschil tussen de marktrente en de gehanteerde rente (rekening houdend met alle omstandigheden die bepalend zijn voor de marktrente⁷). Op het eerste gezicht moet de maximale steunintensiteit van 75% dan toereikend zijn.⁸ Een subsidie à fonds perdu tot ten hoogste 75% van de in aanmerking te nemen kosten zou overigens onder het genoemde voorstel ook mogelijk zijn.

Eventuele investeringen in overige (niet-luchtvaartgebonden) infrastructuur

- 4.32 Zouden er ook nog investeringen gedaan moeten worden in niet-luchtvaartgebonden infrastructuur (ten behoeve van andere commerciële diensten verricht voor luchtvaartmaatschappijen of andere gebruikers van de luchthaven, zoals ondersteunende diensten voor passagiers, expediteurs of andere dienstverrichters, het verhuren van kantoren en winkels, parkeerruimten of parkeergarages en hotels) dan vallen die *niet* onder de hierboven genoemde luchtvaartgebonden-activiteiten.
- 4.33 Investeringen in gebouwen die niet als luchthaveninfrastructuur zijn aan te merken, vallen mogelijk onder de categorie van lokale infrastructuur. Daaronder wordt immers gevat infrastructuur “die op het lokale niveau bijdraagt tot het verbeteren van het ondernemings- en consumentenklimaat en het moderniseren en ontwikkelen van de industriële basis” (artikel 56, lid 1, AGVV). Wel geldt als voorwaarde dat de voorzieningen aan belangstellende partijen op open, transparante en niet-discriminerende basis beschikbaar worden gesteld. De prijs die voor het gebruik of de verkoop van de infrastructuur wordt berekend, dient overeen te stemmen met ‘de marktprijs’ (artikel 56, lid 3, AGVV). Dit betekent dat de ter beschikking stelling van ruimtes in de terminal zal moeten plaatsvinden via een open, transparante en niet-discriminerende en niet zonder meer onderhands kan plaatsvinden.
- 4.34 Voorts geldt in het kader van artikel 56 AGVV als voorwaarde dat iedere concessie of iedere andere vorm van toewijzing aan *een derde* om de infrastructuur te exploiteren, op open, transparante en niet-discriminerende basis plaatsvindt, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels. Te verdedigen is dat GAE geen ‘derde’ is ten opzichte van de steunverlenende overheden, zodat deze laatste voorwaarde niet van toepassing is. Wordt de exploitatie (te zijner tijd) bij een private partij neergelegd, dan dient dan bekeken te worden op welke wijze die private partij moet worden geselecteerd.
- 4.35 Wanneer aan de eisen van artikel 56 AGVV wordt voldaan, kan aldus steun worden verleend voor niet-luchtvaartgebonden infrastructuur.

Investeringen in huisvesting luchthavenbrandweer

- 4.36 Op een luchthaven worden activiteiten zoals luchtverkeersleiding, politietaken, douane, brandweer en activiteiten om de burgerluchtvaart te beveiligen “tegen wederrechtelijke daden”, en de investering met betrekking tot de infrastructuur en de uitrusting die nodig is om deze activiteiten te verrichten, doorgaans geacht geen economisch karakter te hebben.⁹ Overheidsfinanciering van deze luchtvaartgebonden veiligheidsvoorzieningen kwalificeert daarmee niet als staatssteun. Dat betekent dat niet alleen de investering in

⁷ Wij adviseren daar in een later stadium graag nader over.

⁸ Wij wijzen er wel op dat wanneer een lening wordt verstrekt, maar alle omstandigheden erop wijzen dat terugbetaling van de lening onwaarschijnlijk is, het gehele leningbedrag als steun zal worden aangemerkt.

⁹ Mededeling van de Europese Commissie inzake Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen, PbEU2014, C99.

de hiervoor benodigde infrastructuur geen staatssteun vormt, maar ook de jaarlijkse vergoeding van de kosten die met het uitoefenen van deze taken gemoeid zijn. Deze kosten kunnen dan ook vergoed worden zonder in strijd met de staatssteunregels te handelen. Hierdoor kunnen de visit costs dus verlaagd worden zonder dat sprake is van staatssteun.

Exploitatiesteun

- 4.37 Exploitatiesteun (het al dan niet gedeeltelijk afdekken van jaarlijkse tekorten) is in beginsel niet mogelijk.¹⁰ Onder de Richtsnoeren is er echter enige ruimte om tijdelijk (gedurende maximaal 10 jaar, rekenend vanaf 4 april 2014) exploitatiesteun te geven.
- 4.38 Wil de Commissie toestemming geven voor tijdelijke exploitatiesteun, dan moet deze beperkt zijn tot het minimum dat nodig is om de gesteunde activiteit te laten plaatsvinden.
- 4.39 Bovendien moet het ondernemingsplan van de luchthaven de route uitzetten om tegen het eind van de overgangperiode (4 april 2024) te komen tot volledige dekking van de exploitatiekosten. De essentiële parameters van dit ondernemingsplan maken integrerend deel uit van de verenigbaarheidsbeoordeling van de Commissie. Exploitatiesteun dient vooraf bij de Commissie aangemeld te worden.
- 4.40 Wel kunnen de jaarlijkse exploitatielasten enigszins worden teruggebracht door de kosten voor activiteiten die mogen worden gerekend tot de overheidstaken (zie hierboven) niet voor rekening van de luchthaven te laten komen. Een vergoeding van dergelijke kosten vormt geen steunmaatregel en derhalve ook geen exploitatiesteun.

Route Ontwikkelingsfonds

- 4.41 Met behulp van gelden uit het Route Ontwikkelingsfonds worden incentives gegeven aan carriers om verbindingen met GAE te maken. Met deze middelen worden bijvoorbeeld aanloopverliezen van de carriers gedekt en wordt bijgedragen in de marketingkosten.
- 4.42 De Richtsnoeren maken aanloopsteun voor nieuwe verbindingen beperkt mogelijk. Dergelijke aanloopsteun mag gedurende maximaal drie jaar tot 50% van de luchthavengelden voor een route dekken. De in aanmerking komende kosten zijn de luchthavengelden ten aanzien van de route. Wanneer meer wordt toegekend dan genoemd maximum bedrag vergt dat een zeer goede motivering, omdat de Commissie in beginsel niet afwijkt van de Richtsnoeren.
- 4.43 Wanneer het fonds onder gelijke voorwaarden wordt gevuld door private partijen (die dan kennelijk ook een bepaald rendement op hun deelname in het fonds verwachten, al was het maar indirect door aantrekkende activiteiten, dan valt te betogen dat deelname in het fonds ook door de overheid onder marktconforme voorwaarden gebeurt en dan niet als steun beschouwd wordt. Daar waar het fonds meer het karakter heeft van promotie van Noord-Nederland als zakelijke en toeristische bestemming kan voorts betoogd worden dat het fonds niet alleen ten goede komt aan GAE en derhalve 'steun' niet volledig aan GAE kan worden toegerekend. Dit is van belang met het genoemde percentage van 50%.

¹⁰ Onder 'exploitatiesteun' wordt dan niet verstaan de vergoeding voor jaarlijkse kosten van veiligheidsvoorzieningen, omdat, zoals hierboven besproken, deze niet als economische activiteiten worden aangemerkt.

Wet Markt & Overheid

- 4.44 De luchthaven wordt thans geëxploiteerd door een vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door overheden. Daarmee kwalificeert de luchthaven als overheidsonderneming in de zin van artikel 25g Mw. Artikel 25j Mw vergt dat overheden overheidsondernemingen niet bevoordelen. Van bevoordeling is (onder andere) sprake indien die overheden voor economische activiteiten niet de integrale kosten in rekening brengen bij de overheidsonderneming. Die verplichting bestaat echter niet als de bevoordeling een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU vormt.
- 4.45 Hierboven is aangegeven dat een aantal elementen in de (mogelijke) financiering waarschijnlijk steun vormen. Ten aanzien van die elementen waarbij de financiering geen staatssteun vormt (de non-economische activiteiten, zoals, kort gezegd, beveiliging), zijn de verplichtingen van artikel 25j Mw evenmin van toepassing aangezien de overheid niet verplicht is voor non-economische activiteiten de integrale kosten in rekening te brengen (overigens tenzij dergelijke kosten wel aan andere, vergelijkbare partijen in rekening worden gebracht, in welk geval dan overigens ook al snel sprake zal zijn van staatssteun en om die reden de verplichting van art. 25j Mw weer toepassing mist).
- 4.46 De Wet markt en overheid legt geen verplichting op aan overheidsondernemingen. GAE zelf is derhalve *op grond van de Wet Markt & Overheid* niet verplicht de integrale kosten aan de gebruikers (of eventueel een private exploitant) in rekening te brengen. De staatssteunregels vergen echter van GAE dat zij een marktconforme prijs vraagt voor diensten die zij ten behoeve van gebruikers verricht (luchthaventarieven, huur enz.). Doet zij dat niet dan kan sprake zijn van door GAE verleende steun; GAE kan namelijk als door overheden beheerste onderneming zowel steunontvanger als steunverlener zijn.

Conclusie staatssteunrechtelijke beoordeling

- 4.47 Gezien de mogelijkheden voor de vergoeding van investeringen in NEDAB-voorzieningen en van de jaarlijkse NEDAB-kosten zonder dat sprake is van staatssteun, gezien de mogelijkheden om steun te verlenen voor investeringen in luchtvaartgebonden infrastructuur en gezien de (zeer) beperkte mogelijkheden voor (langdurige) exploitatiesteun, heeft naar ons oordeel vanuit staatssteunperspectief het beleidsalternatief 'investeren' een goede juridische basis, terwijl die basis voor het beleidsalternatief 'continueren' in elk geval op de langere termijn ontbreekt, wanneer de noodzakelijke steun verder reikt dan de bekostiging van NEDAB-activiteiten.

Splitsing/herstructurering

6. Wat zijn de personele consequenties van de overgang van de exploitatie naar een aparte BV?

- 4.48 Wij gaan ervan uit dat de werknemers die ten behoeve van de activiteiten van GAE NV werkzaam zijn, in dienst zijn bij GAE NV en dat er dus geen personen worden gedetacheerd door bijvoorbeeld de aandeelhouders.
- 4.49 Hoofddregel is dat de werknemers de activiteit waarin zij in de hoofdzaak werkzaam zijn volgen. De wet spreekt over de overgang van een economische eenheid, een geheel van georganiseerde middelen (mensen en/of bedrijfsmiddelen) bestemd voor een economische activiteit, die haar identiteit behoudt (zie artikel 7:662 lid 2 sub a en b BW). Er is dan sprake van overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:663 BW ten

gevolge waarvan de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten met de werknemers die ten behoeve van die economische activiteit werkzaam zijn, automatisch over naar de entiteit die de activiteit overneemt. Deze bepaling is van dwingend recht, zodat de overdragende en de overnemende partij niet contractueel een andere regeling overeen kunnen komen.

- 4.50 Als vuistregel wordt wel gehanteerd een activiteit waaraan de betrokken werknemer meer dan 50% van zijn tijd besteedt. Bijzonder punt van aandacht hierbij vormen bijvoorbeeld stafafdelingen. Personen die werkzaam zijn op een bepaalde stafafdeling besteden dan niet alleen tijd aan de activiteit die overgaat, maar ook aan andere activiteiten. Per geval zal dan moeten worden bekeken of een werknemer in hoofdzaak werkzaam is ten behoeve van de over te dragen activiteit.
- 4.51 Wij gaan ervan uit dat in het scenario waarbij de exploitatie van de luchthaven wordt afgesplitst naar een aparte BV het de bedoeling is dat alle bedrijfsmiddelen en alle betrokken werknemers mee over dienen te gaan naar die BV. Alhoewel wij nog niet alle ins and outs van een dergelijke afsplitsing hebben onderzocht, is de kans zeer groot dat een dergelijke afsplitsing kan worden beschouwd als een overgang van onderneming waardoor het de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten van de betrokken werknemers automatisch overgaan op de BV die de exploitatie overneemt. Pensioenrechten vormen in dit verband altijd een bijzonder punt van aandacht. Dat vergt altijd een afzonderlijke specifieke beoordeling.

7. Op welke wijze zou een dergelijke overgang het beste kunnen worden vormgegeven (splitsing of anders)?

- 4.52 Een zogenaamde juridische afsplitsing vormt in het algemeen een goede herstructureringsmogelijkheid en lijkt in dit geval voor de hand te liggen om een andere structuur te realiseren. De afsplitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen of een gedeelte daarvan van de splitsende rechtspersoon (de NV) onder algemene titel wordt verkregen door een rechtspersoon die aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon. Het voordeel van een dergelijke afsplitsing is dat de over te dragen vermogensbestanddelen door het passeren van de splitsingsakte automatisch naar de verkrijgende rechtspersoon overgaan zonder dat verder nog aanvullende formaliteiten nodig zijn. Te zijner tijd zal geïnventariseerd moeten worden welke activa en passiva behoren tot de exploitatieactiviteit.
- 4.53 Een alternatief voor een splitsing vormt de overdracht van de vermogensbestanddelen onder bijzondere titel (koop). Daarvoor geldt dat ieder vermogensbestanddeel afzonderlijk moet worden overgedragen (zaken, vorderingen, contracten, schulden, etc.). Zo stelt de wet voor de overdracht van een vordering als voorwaarde het ondertekenen van een cessieakte en mededeling van de cessie aan de schuldenaar, en voor de overdracht van een contract een ondertekende akte en de medewerking van de betreffende contractuele wederpartij. Als niet aan alle formaliteiten is voldaan, dan is van overdracht van het betreffende vermogensbestanddeel geen sprake. Al met al een stuk complexer dan een afsplitsing, waarbij voor de overdracht één notariële akte voldoende is.
- 4.54 Aangezien er door de splitsing vermogensverschuivingen plaatsvinden, hetgeen van invloed kan zijn op de positie van derden (crediteuren, contractspartijen), is de splitsing een met waarborgen omklede procedure. Zo moet van de splitsing aankondiging worden

gedaan in een landelijk verspreid dagblad en hebben crediteuren gedurende een bepaalde periode de mogelijkheid verzet aan te tekenen tegen de voorgenomen splitsing. In de praktijk wordt van die verzetmogelijkheid weinig gebruik gemaakt, vaak al vanwege het feit dat crediteuren ondanks de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad niet op de hoogte zijn van de voorgenomen splitsing. In de praktijk verloopt een splitsing dan ook zonder al te veel problemen.

8. Met welke juridische aandachtspunten dient daarbij rekening te worden gehouden (b.v. Wet markt en overheid)?

- 4.55 De gevolgen van de Wet markt en overheid zijn hiervoor bij de beantwoording van vraag 5 aan de orde gekomen.

9. Wat zijn de fiscale gevolgen van een dergelijke overgang?

- 4.56 De fiscale gevolgen van een afsplitsing zullen te zijner tijd door een fiscalist in kaart moeten worden gebracht. Wat wij wel kunnen opmerken is dat een splitsing over het algemeen fiscaal gefaciliteerd wordt aangezien het bij uitstek een goed herstructureringsmiddel vormt, dit vanwege het feit dat vermogen onder algemene titel overgaat. Dit is ook door de wetgever onderkend.

10. Hoe zou de BV gestructureerd kunnen worden?

- 4.57 In eerste instantie kunnen de huidige aandeelhouders van GAE NV eveneens aandeelhouders van de BV worden. Zoals hiervoor is opgemerkt dienen in geval van een splitsing aandelen door de BV te worden uitgereikt aan de aandeelhouders van GAE NV. Op termijn zouden dan derden als aandeelhouder tot de BV kunnen toetreden. Dit zouden partijen kunnen zijn die nu al commerciële activiteiten op de luchthaven ontplooiën.
- 4.58 Een punt van aandacht bij een dergelijk gespreid aandelenbezit is de verdeling van de zeggenschapsrechten en de financiële rechten tussen de aandeelhouders en wie het bestuur over de BV gaat vormen. Uitgangspunt is dat aan aandelen zowel zeggenschapsrechten als financiële rechten verbonden zijn. Onder het BV-recht is het mogelijk om die rechten te scheiden. Zo is het mogelijk om aan bepaalde aandelen alleen zeggenschapsrechten te verbinden of alleen financiële rechten. Ook kunnen aan bepaalde aandelen specifieke zeggenschapsrechten worden verbonden, zoals de benoeming van een bestuurder.
- 4.59 Voor wat betreft de juridische structuur zou ook nog gedacht kunnen worden aan een holdingstructuur. In de holding zou het vastgoed kunnen worden ondergebracht en de exploitatieactiviteiten zouden kunnen uitzakken naar een nieuw op te richten BV waarin de holding deelneemt. De BV hangt in dat geval niet naast de NV maar onder de NV. Die holding zou de huidige NV kunnen zijn, met als gevolg dat de huidige aandeelhouder dan op indirecte wijze in de BV participeren. In die BV zouden dan de hiervoor bedoelde derde partijen kunnen participeren.