PELS RIJCKEN

Advies

voor	Gemeente Amsterdam
van	Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
datum	10 september 2019
inzake	Scenario's vitale afvalketen
zaaknr	11011796

Vertrouwelijke advocaat-cliënt correspondentie

1 Inleiding

- Op 9 september 2019 om 19.00u spraken wij over de voorliggende scenario's project vitale afvalketen. Namens de Gemeente Amsterdam waren aanwezig: [redacted]Henk Jagersma, Sven Breedij[redacted]s

- U verzocht ons in dat gesprek om op zeer korte termijn de concept-"Matrix voor scenario's project vitale afvalketen" van eerste belangrijke aandachtspunten te voorzien in het licht van ons advies van afgelopen vrijdag (als verwoord in e-mail aan [redacted]van 16:52 uur) en twee – voor ons nieuwe – documenten:

  1. de door AEB en een private partij ondertekende intentieovereenkomst d.d. 1 september jl. (in de matrix omschreven als "X – retained option AEB");
  2. de door HVC aan Gemeente Amsterdam gedane propositie d.d. 7 september jl. (in de matrix omschreven als "Y – Publieke samenwerking").

- U verzocht ons om – in aanvulling op het voorgaande – de verschillen in juridische risico's en aandachtspunten van scenario's X en Y nader in kaart te brengen. Dit doen wij op zo kort mogelijk termijn in een separaat advies.

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 19/2015. Daarin is een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwaliteitsrekening notariaat 21.30.13.495

2 X-documentatie

2.1 Uitvoerbaarheid van de beoogde transactie met partij X is onzeker in verband met opgenomen "bruidsschat-voorwaarde" die niet te vervullen is.

- De voorgestelde transactie met partij X is onder meer onderwerpen aan de volgende voorwaarde:

(g) verlenging van het leverings- / dienstencontract tussen AEB en de Gemeente Amsterdam voor een periode van twintig jaar, substantieel op basis van dezelfde voorwaarden als in het huidige contract, waarbij het contract op jaarlijkse basis wordt geïndexeerd op basis van CPI;

- Deze "bruidsschat-voorwaarde" kan niet vervuld worden, want gaat voorbij aan de aanbestedingsplicht van de Gemeente bij het gunnen van een nieuw leverings- / dienstencontract. AEB zou door de voorgenomen transactie met partij X haar alleenrecht verliezen.

- Omdat de "bruidsschat-voorwaarde" niet vervuld kan worden, is niet aannemelijk dat partij X de transactie tegen de beschreven voorwaarden zal willen aangaan.

2.2 Onderhandse transactie met partij X is kwetsbaar onder meer op grond van staatssteunregels.

- Als de Gemeente Amsterdam akkoord zou gaan met de intentieovereenkomst, dan verplicht de Gemeente Amsterdam zich tot exclusief onderhandelen met partij X over de beoogde transactie, met als streven uiterlijk op 20 september de transactiedocumentatie te ondertekenen.

- De uitvoering van een onderhandse transactie met partij X zonder competitief proces (bijvoorbeeld een veiling / *controlled auction*) is juridisch kwetsbaar. Andere (beweerdelijk) geïnteresseerde partijen worden buiten spel gezet door exclusiviteit te gunnen aan partij X. Deze partijen kunnen met een beroep op staatssteunregels en/of algemene beginselen van behoorlijk bestuur de voortgang van het verkoopproces doorkruisen (kort geding, klacht bij Europese Commissie).

- Deze kwetsbaarheid van een onderhands traject zou kunnen worden gemitigeerd indien de Europese Commissie er op objectieve gronden van kan worden overtuigd dat een onderhandse transactie met partij X tot een betere uitkomst (opbrengst en borging publieke belangen) leidt dan een competitief proces. Het proces zoals tot nu toe doorlopen biedt daarvoor geen basis nu zonder concurrentiestelling voorrangspositie wordt gegeven aan één

marktpartij op basis van een summier voorstel met evident niet-uitvoerbare condities.

2.3 Het gunnen van exclusiviteit aan partij X is prematuur.

- Vanuit de positie van de Gemeente Amsterdam verdient het de voorkeur zo lang mogelijk concurrentiestelling te behouden en exclusiviteitsverlening zo lang mogelijk uit te stellen. Door nu al exclusiviteit te verlenen aan partij X op basis van een summier voorstel met evident niet-uitvoerbare condities (i) verslechtert de onderhandelingspositie richting partij X; (ii) wordt de mogelijkheid tot onderzoek naar alternatieve scenario's afgesneden; en (iii) komt de Gemeente Amsterdam in een nog grotere tijdsklem te zitten als zij er met partij X niet uitkomt dan wel de Europese Commissie de transactie afwijst.

2.4 Transactievorm is onduidelijk. De transactievorm is o.m. relevant voor de vraag of de Gemeente "garanties en vrijwaringen" geacht wordt te verstrekken aan partij X.

- In art. 1 staat beschreven dat de Gemeente zal optreden als verkoper van een deel van haar aandelen in AEB Holding N.V. Art. 1 verwijst naar Annex 1 voor nadere uitwerking. Die Annex 1 spreekt niet van een verkoopovereenkomst, maar van een "overeenkomst tot uitgifte van aandelen". Elders in de Annex (boven het kopje Fase 1) wordt weer gesproken over een "leveringsovereenkomst".

- Partij X kondigt aan (art. 3 slot, onder m) dat deze garanties en vrijwaringen zal gaan vragen: "door de Koper gevraagde garanties en vrijwaringen". De reikwijdte van die garanties / vrijwaringen is vooralsnog onduidelijk; evenmin is duidelijk wie (Gemeente of AEB) de garanties / vrijwaringen zou moeten afgeven en welke financiële effecten dat zou kunnen hebben op de Gemeente Amsterdam.

3 Y-documentatie

- Partij Y stelt geen op voorhand onuitvoerbare voorwaarden.

- Ook bij een transactie met partij Y geldt dat de Europese Commissie moet worden betrokken. Vanuit staatssteunoptiek is onze eerste inschatting dat een transactie met partij Y minder kwetsbaar is.

- Onderzocht zou moeten worden welke doorlooptijd een transactie met partij Y heeft, mede gezien de governancestructuur van partij Y en de positie van de overige (publieke) aandeelhouders.

- Partij Y stelt als voorwaarde dat elke activiteit in zichzelf dient te renderen en dat de financiële ratio's van partij Y niet negatief worden beïnvloed door de beoogde transactie. De implicaties hiervan voor de Gemeente Amsterdam zijn vooralsnog onduidelijk.

4 Concept-matrix

4.1 Wij geven in overweging om aan de tabel een vak "Spanning liquiditeitsbehoefte / doorlooptijd" toe te voegen.

- Onder X kan dan genoemd worden:
  - Doorlooptijd in beginsel beperkt. Onzekerheden en tijdsgevoelige acties zijn echter onder meer: (i) noodzaak concentratiemelding ACM, (ii) mogelijke noodzaak tot heronderhandeling voorwaarden door niet-vervuld kunnen worden bruidsschat-voorwaarde en (als de Gemeente ons advies volgt) weerstand tegen exclusiviteitsvoorwaarde, (iii) details herfinanciering en andere transactievoorwaarden nog uit te onderhandelen.
- Onder Y kan dan genoemd worden:
  - Doorlooptijd onbekend, maar vermoedelijk langer dan met partij X in verband met interne besluitvorming binnen en onderzoek door publieke partij.
- Onder M&A kan dan genoemd worden:
  - Doorlooptijd enkele maanden.