

MEMO – vertrouwelijk, voor intern beraad

Aan : Gemeente Almelo
Van : Manfred Fokkema en Femke Boer, advocaten
Datum : 29 januari 2024
Inzake : Staatssteun aspecten scenario's Stadstheater Almelo

I. INLEIDING

§ I.1. Aanleiding

Het Stadstheater Almelo B.V. (hierna: 'het Stadstheater') kent een jarenlange verliesgevende exploitatie. Hierdoor is er geen ruimte geweest voor investeringen in het theatergebouw. Het Stadstheater wil een renovatie uitvoeren. Tussen het Stadstheater en de Gemeente Almelo (hierna: 'de Gemeente') zijn gesprekken gevoerd over de invulling van de subsidierelatie om de kosten van de renovatie uit het theatergebouw op te vangen. Verschillende scenario's zijn door partijen besproken.

§ I.2. Inhoud memo

In dit memo wordt beoordeeld of de Gemeente het Stadstheater, conform de verschillende scenario's, een jaarlijkse subsidie kan verstrekken voor de rente- en aflossingsverplichtingen voor een lening aangetrokken bij een derde financier voor de kosten van de renovatie van het theatergebouw (investeringssteun).

Dit memo is gebaseerd op onze eerdere beoordelingen van de staatssteunrechtelijke risico's van de scenario's (investeringssteun) en bevat de kern van de conclusies over scenario A, B en C. Het toetsingskader en de uitwerking van de staatssteunrechtelijke risico's van de scenario's zijn opgenomen in **bijlage I** bij dit memo.

Scenario A is beoordeeld in het memo d.d. 2 december 2022. Scenario B is beoordeeld in het memo d.d. 25 augustus 2023. Onderhavig memo omvat een beoordeling van alle drie de scenario's gezamenlijk. Daarbij moet opgemerkt worden dat scenario A en B op een aantal punten is gewijzigd dan wel aangevuld door de Gemeente ten opzichte van de scenario's zoals deze zijn beoordeeld in december 2022 en augustus 2023. Op punten sluiten de memo's d.d. 2 december 2022 en d.d. 25 augustus 2023 dus niet aan op de scenario's zoals deze in dit memo worden geschetst.

In dit memo komt ook de toelaatbaarheid van mogelijke exploitatiesteun - in de vorm van een jaarlijkse en incidentele subsidie voor de exploitatiekosten van het Stadstheater - aan bod.

Dit memo met bijlage I is als volgt opgebouwd:

- in hoofdstuk II wordt op hoofdlijnen uiteengezet:
 - o de gemeenschappelijke uitgangspunten van scenario A, B en C;
 - o de aanvullende uitgangspunten van scenario A, B en C, en;
 - o een mogelijk aanvullend uitgangspunt betreffende een garantstelling;
- in hoofdstuk III wordt het toetsingskader op hoofdlijnen uiteengezet;
- in hoofdstuk IV wordt een conclusie getrokken over:
 - o de staatssteunrisico's die vooraf beoordeeld moeten worden;
 - o de staatssteunrisico's van de gemeenschappelijke uitgangspunten;
 - o de staatssteunrisico's van de aanvullende uitgangspunten, en;
 - o de staatssteunrisico's van een garantstelling;
- in de bijlage wordt toegelicht:
 - o het toetsingskader;
 - o de conclusies over de staatssteunrisico's;
 - o de staatssteunrisico's van een garantstelling, en;
 - o de staatssteunrisico's van een aankoop van het Stadstheater.

II. INHOUD SCENARIO'S

De Gemeente heeft verschillende scenario's geformuleerd – dit betreft scenario A, B en C. Hieronder wordt in paragraaf II.1 de gemeenschappelijke uitgangspunten van deze scenario's uiteengezet. Daarna worden in paragraaf II.2.1, II.2.2, en II.2.3 de - per scenario - aanvullende uitgangspunten uiteengezet. In paragraaf II.3 wordt een aanvullend mogelijk uitgangspunt geschetst.

§ II.1. Gemeenschappelijke uitgangspunten

In elk scenario ziet de subsidierelatie in ieder geval op de volgende uitgangspunten:

- (i) een jaarlijkse exploitatiesubsidie (door de Gemeente aangeduid als 'budgetsubsidie') van € 1.050.000,- (jaarlijks geïndexeerd) voor de exploitatiekosten van het theater met aanvang vanaf het jaar dat de programmering weer opstart (exploitatiesteun);
- (ii) een incidentele exploitatiesubsidie van in totaal € 2.182.000,- voor de exploitatiekosten van het theater voor de doorlopende kosten van het Stadstheater tijdens de renovatie (exploitatiesteun), en;
- (iii) een jaarlijkse investeringssubsidie voor de rente- en aflossingsverplichtingen voor een lening aangetrokken bij een derde financier voor de kosten van de renovatie van het theatergebouw (investeringssteun).

§ II.2. Aanvullende uitgangspunten

Hieronder worden de per scenario aanvullende uitgangspunten geschetst.

§ II.2.1. Scenario A

Scenario A ziet op een subsidierelatie met de volgende aanvullende uitgangspunten:

- (i) de subsidierelatie heeft een minimale looptijd van 15 jaar;
- (ii) met terugwerkende kracht wordt een (aanvullende) exploitatiesubsidie voor het jaar 2022 (voor een bedrag van € 838.000,-) en het jaar 2023 (voor een bedrag van € 879.000,-) verstrekt;
- (iii) de investeringssubsidie bedraagt € 1.000.000,- per jaar, in totaal € 15.000.000,-;
- (iv) de investeringssubsidie dekt de kosten voor een renovatie waarin zowel noodzakelijk onderhoud wordt gepleegd als een exploitatieverbetering wordt behaald, en;
- (v) de Gemeente wordt voor minimaal 51% eigenaar van het Stadstheater (vastgoed), bij welke eigendomsoverdracht de Gemeente en het Stadstheater diverse (samenwerkings)afspraken vastleggen gericht op toezicht en borging van de continuïteit.

§ II.2.2. Scenario B

Scenario B ziet op een subsidierelatie met de volgende aanvullende uitgangspunten:

- (i) de subsidierelatie heeft een minimale looptijd van 15 jaar;
- (ii) met terugwerkende kracht wordt een (aanvullende) exploitatiesubsidie voor het jaar 2022 (voor een bedrag van € 838.000,-) en het jaar 2023 (voor een bedrag van € 879.000,-) verstrekt;
- (iii) de investeringssubsidie bedraagt € 1.000.000,- per jaar, in totaal € 15.000.000,-;
- (iv) de investeringssubsidie dekt de kosten voor een renovatie waarin zowel noodzakelijk onderhoud wordt gepleegd als een exploitatieverbetering wordt behaald;
- (v) een dienstverleningsovereenkomst tussen de Gemeente en het Stadstheater, waarin het Stadstheater diverse waarborgen en zekerheden ten behoeve van de Gemeente vastlegt, en;
- (vi) (mogelijk) een pandrecht ten gunste van de Gemeente op de inventaris van het Stadstheater en/of een eerste of tweede recht van hypotheek ten gunste van de Gemeente op het theatergebouw.

§ II.2.3. Scenario C

Scenario C ziet op een subsidierelatie met de volgende aanvullende uitgangspunten:

- (i) de subsidierelatie heeft een maximale looptijd van 10 jaar;
- (ii) het bedrag voor de investeringssubsidie is nog nader te bepalen;
- (iii) de investeringssubsidie dekt alleen de kosten voor een renovatie waarin noodzakelijk onderhoud wordt gepleegd;
- (iv) afbouw en stop van het Stadstheater in het Theaterhotel, en;
- (v) het Stadstheater gaat op zoek naar een nieuwe invulling.

Onderdeel van scenario C zijn ook de uitgangspunten:

- (vi) de Gemeente stelt een integrale cultuurvisie op waarin wordt bepaald welke stad Almelo op cultureel gebied wil zijn, en;
- (vii) de Gemeente en het Stadstheater onderzoeken gezamenlijk welke afspraken nodig zijn en in welke vorm deze kunnen worden vastgelegd.

Deze uitgangspunten achten wij niet relevant voor de beoordeling van de staatssteunrisico's en zullen verder niet aan bod komen.

§ II.3. Mogelijk aanvullend uitgangspunt: garantstelling

Aanvullend hebben de Gemeente en het Stadstheater gesproken over de mogelijkheid tot het door de Gemeente garant staan voor een door het Stadstheater bij een derde financier aan te trekken lening voor de renovatie.

III. TOETSINGSKADER IN DE KERN

Het toetsingskader wordt in bijlage I nader uitgewerkt. Hieronder wordt het toetsingskader beknopt omschreven.

Staatssteun

Er is sprake van staatssteun als aan de volgende vijf (cumulatieve) criteria is voldaan:

1. de steun wordt door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd; bijvoorbeeld via een gemeentelijke subsidie;
2. de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht; het Stadstheater is een onderneming (BV) die economische activiteiten verricht;
3. de staatsmiddelen verschaffen een niet marktconform voordeel; omdat de Gemeente de financiële verplichtingen inzake exploitatie en investeringen opvangt via een subsidie;
4. de steun is selectief; deze wordt alleen verstrekt aan het Stadstheater, en;
5. de steun leidt in potentie tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel¹; vanwege de ligging van het Stadstheater nabij de grens van Duitsland dient aangenomen te worden dat hier sprake van is.

Vrijstelling staatssteun

Ervan uitgaande dat aan alle vereisten voor staatssteun wordt voldaan, is de vraag of de steun onder een vrijstelling kan vallen. Een vrijstelling voor steun aan culturele instellingen is te vinden in artikel 53 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: 'AGVV').² Als voldaan wordt aan de algemene eisen van de AGVV en de specifieke eisen van artikel 53 AGVV kan investerings- en/of exploitatiesteun verleend worden aan het Stadstheater. Kennisgeving aan de Europese Commissie (hierna: 'EC') is dan nog wel vereist.³

Algemene eisen AGVV

De algemene eisen van de AGVV zijn vermeld in de bijlage bij dit memo. Er wordt aangenomen dat bij de uiteindelijke invulling van de subsidierelatie hieraan wordt voldaan, in zowel scenario A, B als C.

Specifieke eisen artikel 53 AGVV

De specifieke eisen die voortkomen uit artikel 53 AGVV zijn:

1. er is sprake van cultuur of cultureel erfgoed;
2. de betreffende kosten die door de steun worden bekostigd komen voor staatsteun in aanmerking, en;
3. de staatssteunintensiteit wordt niet overschreden.

¹ Art. 107 VWEU.

² Gebaseerd op art. 107 lid 3 sub d VWEU.

³ Art. 11 AGVV.

Of in de scenario's A, B en C voldaan wordt aan deze drie specifieke eisen, kan op voorhand niet bevestigd worden. Dat is afhankelijk van de nadere uitwerking van de scenario's.

Onderneming in moeilijkheden

Gebruikmaking van de AGVV is niet mogelijk bij steun aan 'ondernemingen in moeilijkheden' (hierna: 'OIM').⁴ Een beroep op artikel 53 kan dus alleen als het Stadstheater ten tijde van het ontvangen van de steun géén OIM is.⁵ Dit geldt voor alle scenario's.

Mogelijk is het Stadstheater op dit moment, uitgaande van het Meerjarenbeleidsplan 2022-2023, een OIM. In het Meerjarenbeleidsplan 2022-2034 staat dat de balans wordt opgeschoond, zodat er in de aanvangssituatie een licht positief eigen vermogen zal zijn. Ervan uitgaande dat dit feitelijk zal plaatsvinden, zal het Stadstheater ten tijde van de subsidieverstreking mogelijk geen OIM (meer) zijn, in welke situatie er sprake kan zijn van AGVV-steunverlening. Voor verdere toelichting verwijzen wij naar bijlage I.

⁴ Er is sprake van een OIM als meer dan de helft van het door de onderneming geplaatste aandelenkapitaal door de opgebouwde verliezen is verdwenen (art. 2 lid 18 AGVV).

⁵ Art. 1 lid 4 onder c AGVV.

IV. KERNCONCLUSIES

Onderstaande kernconclusies worden nader toegelicht in bijlage I bij dit memo.

§ IV.1. Vooraf

Voordat aan een beoordeling van de staatsteunrisico's per scenario wordt toegekomen, merken wij vooraf het volgende op. Steun verleend aan het Stadstheater valt mogelijk niet onder de vrijstellingsgrond uit (artikel 53 van) de AGVV, gelet op het volgende:

- mogelijk is het Stadstheater een OIM. Gebruikmaking van de AGVV is dan niet mogelijk;
- mogelijk is sprake van zodanige spill-overeffecten (gelet op de verbondenheid tussen het Stadstheater en het Theaterhotel) dat de vrijstelling uit artikel 53 AGVV niet van toepassing geacht kan worden. Dit behoeft nader onderzoek en zal afhankelijk zijn van eventuele nadere uitwerking van de scenario's. Zou sprake zijn van zodanige spill-overeffecten dat toepassing van artikel 53 AGVV niet mogelijk is, dan moet de staatssteun – in uitgangspunt – gemeld worden bij de EC, en;
- bij de toekenning van exploitatie- en/of investeringssteun dient de Gemeente inzichtelijk te hebben voor welke concrete kosten steun wordt verleend. Heeft de Gemeente géén inzicht in de concrete kosten dan kan zij niet beoordelen of:
 - steun onder de vrijstelling van artikel 53 van de AGVV kan vallen (steun kan niet verleend worden voor commerciële activiteiten);⁶
 - de kosten waarvoor steun wordt verleend hiervoor in aanmerking komen;
 - het steunbedrag de toegestane steunintensiteit niet overschrijdt, en;
 - geen sprake is van overcompensatie.⁷

Geconcludeerd (deels) wordt dat een subsidierelatie gebaseerd op de scenario's en bijbehorende uitgangspunten in beginsel kan worden gezien als toelaatbare staatssteun met inachtneming van de hierna geschetste kanttekeningen en afhankelijk van de concrete invulling van de scenario's. Wel is er sprake van een staatsteunrisico. In het bijzonder moet beoordeeld worden of sprake zal zijn van zodanige spill-overeffecten dat toepassing van de vrijstelling uit artikel 53 van de AGVV niet mogelijk is.

Nadere conclusies kunnen getrokken worden nadat duidelijkheid ontstaat over de concrete invulling van de scenario's en toetsing heeft plaatsgevonden op bedragen.

⁶ Considerans punt 72 AGVV.

⁷ Considerans punt 72 AGVV.

§ IV.2. Staatssteunrisico's gemeenschappelijke uitgangspunten

Scenario A, B en C delen een aantal uitgangspunten. De staatssteunrisico's die uit deze gemeenschappelijke uitgangspunten (mogelijk) voortvloeien worden hieronder toegelicht.

§ IV.2.1. Gemeenschappelijk uitgangspunt (i)

(i) = een jaarlijkse exploitatiesubsidie (door de Gemeente aangeduid als 'budgetsubsidie') van € 1.050.000,- (jaarlijks geïndexeerd) voor de exploitatiekosten van het theater met aanvang vanaf het jaar dat de programmering weer opstart (exploitatiesteun)

- exploitatiesteun voor de exploitatie van een theater is in uitgangspunt toelaatbaar;
- gelet op de verbondenheid tussen het Stadstheater en het Theaterhotel zal mogelijk per kostenpost beoordeeld moeten worden of de kostenpost waarvoor exploitatiesteun wordt verleend in aanmerking komt ingevolge de vrijstellingsgrond uit (artikel 53 van) de AGVV;
- vooraf moet beoordeeld worden of de exploitatiesteun de toegelaten steunintensiteit niet overschrijdt, en;
- mogelijk is sprake van niet-toegestane cumulatie van de investeringssteun en exploitatiesteun.

§ IV.2.2. Gemeenschappelijk uitgangspunt (ii)

(ii) = een incidentele exploitatiesubsidie van in totaal € 2.182.000,- voor de exploitatiekosten van het theater voor de doorlopende kosten van het Stadstheater tijdens de renovatie (exploitatiesteun)

- mogelijk is het aanbieden van exploitatiesteun in een periode waarin er geen culturele activiteiten worden uitgevoerd niet toelaatbaar onder de vrijstellingsgrond uit (artikel 53 van) de AGVV;
- vooraf moet beoordeeld worden of de exploitatiesteun de toegelaten steunintensiteit niet overschrijdt, en;
- mogelijk is bij dusdanige exploitatiesteun, al dan niet in cumulatie met de investeringssteun, sprake van een overschrijding van de toegelaten staatssteunintensiteit, dan wel sprake van overcompensatie als gevolg van niet-toegestane cumulatie.

§ IV.2.3. Gemeenschappelijk uitgangspunt (iii)

(iii) = een jaarlijkse investeringssubsidie voor de rente- en aflossingsverplichtingen voor een lening aangetrokken bij een derde financier voor de kosten van de renovatie van het theatergebouw (investeringssteun)

- het lijkt verdedigbaar om een subsidie ten behoeve van de kosten van een (rentedragende) lening te beschouwen als investeringssteun (in plaats van exploitatiesteun), omdat de financiering door het Stadstheater aangetrokken wordt als een (kosten)investering voor de verbetering van het Stadstheater;⁸
- van belang bij investeringssteun is dat jaarlijks ten minste 80% van het bruto vloeroppervlak en de tijdcapaciteit van het Stadstheater gebruikt wordt voor culturele doeleinden. Dat betekent dat geen sprake mag zijn van bijvoorbeeld horecavoorzieningen die meer dan 20% van het bruto vloeroppervlak beslaan. Op dit moment is nog niet duidelijk of meer dan 20% van de tijd- of ruimtecapaciteit van het Stadstheater voor andere doeleinden dan culturele wordt gebruikt.
- daarnaast mag de steunintensiteit niet worden overschreden;
 - o het steunbedrag mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering (artikel 53 lid 6 AGVV), en;
 - o bij het schrijven van dit memo is onduidelijk of de toegestane steunintensiteit bij dit uitgangspunt, in combinatie met de andere uitgangspunten in de scenario's wordt overschreden. Dit behoeft nader onderzoek en zal afhankelijk zijn van eventuele nadere uitwerking van de scenario's.

⁸ Wij hebben gezocht naar een min of meer vergelijkbare casus in de jurisprudentie, maar hebben deze niet aangetroffen.

§ IV.3. Staatssteunrisico's scenario A

De staatssteunrisico's die uit de aanvullende uitgangspunten van scenario A (mogelijk) voortvloeien worden hieronder toegelicht.

§ IV.3.1. Aanvullend uitgangspunt (i)

(i) = de subsidierelatie heeft een minimale looptijd van 15 jaar

- bij de beoordeling van de steunintensiteit en het cumulerend gehalte van de steun dient het totale bedrag aan staatssteun ten behoeve van de gesteunde activiteit of de gesteunde onderneming in aanmerking te worden genomen, en;
- gelet op de formele eisen van de AGVV dient steun (geregeld) geëvalueerd te worden.

§ IV.3.2. Aanvullend uitgangspunt (ii)

(ii) = met terugwerkende kracht wordt een (aanvullende) exploitatiesubsidie voor het jaar 2022 (voor een bedrag van € 838.000,-) en het jaar 2023 (voor een bedrag van € 879.000,-) verstrekt

- staatssteun verleend op grond van de AGVV moet in uitgangspunt een duidelijk stimulerend effect hebben. Uit artikel 6 lid 1 van de AGVV blijkt dat steun geacht wordt een stimulerend effect te hebben als de begunstigde daarvan vóór de start van de activiteit een schriftelijke steunaanvraag heeft ingediend. Dat is bij steun die achteraf wordt gegevens mogelijk - onzes inziens - niet het geval,
- steun voor cultuur en instandhouding hoeft ingevolge artikel 6 lid 5 onder h echter géén stimulerend effect te hebben. Onzes inziens is daarom verdedigbaar dat ook exploitatiesteun verleend kan worden voor kosten die reeds gemaakt zijn (zolang deze steun valt onder de vrijstelling uit (artikel 53 van) de AGGV).

§ IV.3.3. Aanvullend uitgangspunt (iii)

(iii) = de investeringssubsidie bedraagt € 1.000.000,- per jaar, in totaal € 15.000.000,-;

- bij de beoordeling van de hoogte van de (totale) investeringssubsidie dient in acht te worden genomen dat de kosten die door de subsidie worden gedekt kosten zijn die in aanmerking komen voor investeringssteun op grond van (artikel 53 van) de AGVV, en;
- bij de beoordeling van de hoogte van (totale) investeringssubsidie dient in acht te worden genomen dat de investeringssteun de toegestane steunintensiteit niet overschrijdt.

§ IV.3.4. Aanvullend uitgangspunt (iv)

(iv) = de investeringssubsidie dekt de kosten voor een renovatie waarin zowel noodzakelijk onderhoud wordt gepleegd als een exploitatieverbetering wordt behaald

- het steunbedrag mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering (artikel 53 lid 6 AGVV). Zou met de investeringssteun beoogd worden een exploitatieverbetering te realiseren, dan zal mogelijk eerder sprake zijn van een te hoog steunbedrag, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de vrijstelling uit de AGVV niet toegepast kan worden, wegens overschrijding van de steunintensiteit.

§ IV.3.5. Aanvullend uitgangspunt (v)

(v) de Gemeente wordt voor minimaal 51% eigenaar van het Stadstheater (vastgoed), bij welke eigendomsoverdracht de Gemeente en het Stadstheater diverse (samenwerkings)afspraken vastleggen gericht op toezicht en borging van de continuïteit

- bij eigendomsoverdracht van (een deel van) het Stadstheater geldt dat:
 - o de aankoopdoor de Gemeente als (ontoelaatbare) staatssteun kan worden aangemerkt als sprake is van een niet-marktconforme transactie. Mogelijke staatssteunrisico's bij de aankoop van het Stadstheater zijn:
 - vernietigbaarheid van de overeenkomst;
 - nietigheid van de overeenkomst, en/of;
 - toepasselijkheid van de standstill-periode;
 - bovenstaande risico's worden toegelicht in bijlage I van dit memo.
 - o dat de Gemeente (gedeelte) eigenaar is van het Stadstheater heeft niet tot gevolg dat steun aan het Stadstheater dan niet meer als staatssteun te kwalificeren is;⁹
 - o het samenstel van een mogelijke niet-marktconforme aankoop van het Stadstheater, tezamen met de investeringssubsidie heeft mogelijk tot gevolg dat de steunintensiteit wordt overschreden, en;
 - o deelneming door de Gemeente aan het Stadstheater heeft mogelijk gevolgen voor de toepassing van de Wet Markt & Overheid – mogelijke risico's ten aanzien van de toepassing van de Wet Markt & Overheid zijn door ons niet beoordeeld.

⁹ Zie AbRS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO023. In de uitspraak van de AbRS werd staatssteun aan de Martinihal als staatssteun aangemerkt, ondanks dat de gemeente Groningen eigenaar was van de Martinihal.

§ IV.4. Staatsteunrisico's scenario B

De staatssteunrisico's die uit de aanvullende uitgangspunten van scenario B (mogelijk) voortvloeien worden hieronder toegelicht.

§ IV.4.1. Aanvullend uitgangspunt (i)

(i) = de subsidierelatie heeft een minimale looptijd van 15 jaar

Wij verwijzen naar paragraaf IV.3.1 voor een toelichting van de staatssteunrisico's van dit uitgangspunt.

§ IV.4.2. Aanvullend uitgangspunt (ii)

(ii) = met terugwerkende kracht wordt een (aanvullende) exploitatiesubsidie voor het jaar 2022 (voor een bedrag van € 838.000,-) en het jaar 2023 (voor een bedrag van € 879.000,-) verstrekt

Wij verwijzen naar paragraaf IV.3.2 voor een toelichting van de staatssteunrisico's van dit uitgangspunt.

§ IV.4.3. Aanvullend uitgangspunt (iii)

(iii) = de investeringssubsidie bedraagt € 1.000.000,- per jaar, in totaal € 15.000.000,-

Wij verwijzen naar paragraaf IV.3.3 voor een toelichting van de staatssteunrisico's van dit uitgangspunt.

§ IV.4.4. Aanvullend uitgangspunt (iv)

(iv) = de investeringssubsidie dekt de kosten voor een renovatie waarin zowel noodzakelijk onderhoud wordt gepleegd als een exploitatieverbetering wordt behaald

Wij verwijzen naar paragraaf IV.3.4 voor een toelichting van de staatssteunrisico's van dit uitgangspunt.

§ IV.4.5. Aanvullend uitgangspunt (v)

(v) = een dienstverleningsovereenkomst tussen de Gemeente en het Stadstheater, waarin het Stadstheater diverse waarborgen en zekerheden ten behoeve van de Gemeente vastlegt

Een dienstverleningsovereenkomst waarin afspraken over de besteding van de steun worden gemaakt brengt in uitgangspunt geen staatssteunrisico's met zich mee. Een dienstverleningsovereenkomst kan ingezet worden om (mede) te garanderen dat de steun voldoet aan de formele eisen, namelijk dat er een controlemechanisme moet bestaan en dat er geregeld evaluatie van de steun moet plaatsvinden.

§ IV.4.6. Aanvullend uitgangspunt (vi)

(vi) = (mogelijk) een pandrecht ten gunste van de Gemeente op de inventaris van het Stadstheater en/of een eerste of tweede recht van hypotheek ten gunste van de Gemeente op het theatergebouw.

- het vestigen van een zekerheidsrecht (zoals een pandrecht of hypotheekrecht) ten behoeve van de zekerheidsstelling van nakoming van afspraken is – in uitgangspunt – staatssteunrechtelijk bezien niet relevant.

§ IV.5. Staatsteunrisico's scenario C

De staatssteunrisico's die uit de aanvullende uitgangspunten van scenario C (mogelijk) voortvloeien worden hieronder toegelicht.

§ IV.5.1. Aanvullend uitgangspunt (i)

(i) = de subsidierelatie heeft een maximale looptijd van 10 jaar

Wij verwijzen naar paragraaf IV.3.1 voor een toelichting van de staatssteunrisico's van dit uitgangspunt.

§ IV.5.2. Aanvullend uitgangspunt (ii)

(ii) = het bedrag voor de investeringssubsidie is nog nader te bepalen

Wij verwijzen naar paragraaf IV.3.3 voor een toelichting van de staatssteunrisico's van dit uitgangspunt.

§ IV.5.3. Aanvullend uitgangspunt (iii)

(iii) = de investeringssubsidie dekt alleen de kosten voor een renovatie waarin noodzakelijk onderhoud wordt gepleegd

- het steunbedrag mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering (artikel 53 lid 6 AGVV). Zou met de investeringssteun alleen de kosten gedekt worden voor een renovatie, dan is het risico dat mogelijk sprake zal zijn van een te hoog steunbedrag en overschrijding van de steunintensiteit mogelijk kleiner.

Wij verwijzen ook naar de toelichting in paragraaf IV.3.4.

§ IV.5.4. Aanvullend uitgangspunt (iv en v)

(iv) = afbouw en stop van het Stadstheater in het Theaterhotel, en;

(v) = het Stadstheater gaat op zoek naar een nieuwe invulling.

- in scenario C zal het Stadstheater binnen een bepaalde termijn (10 jaar) afbouwen, en zal de subsidierelatie maximaal 10 jaar in stand gehouden worden. Binnen deze periode zal het Stadstheater zoeken naar (het vormgeven van) een nieuwe invulling en uiteindelijk stoppen;
 - o de inhoud van de nieuwe invulling van het Stadstheater is nog niet bekend. Of de Gemeente voorwaarden gaat stellen aan de nieuwe invulling van het Stadstheater is ook niet bekend;
- het is mogelijk dat de nieuwe invulling van het Stadstheater tot gevolg heeft dat ná de beëindiging van de subsidierelatie jaarlijks minder dan 80% van het bruto vloeroppervlak of de

tijdcapaciteit van het Stadstheater gebruikt gaat worden voor culturele doeleinden. In scenario C bestaat dus de mogelijkheid dat het Stadstheater ná de beëindiging van de subsidierelatie niet meer voldoet aan de eisen uit artikel 53 AGVV, en;

- investeringssteun verlenen aan een culturele instelling waarvan op voorbaat bekend is dat deze in de toekomst mogelijk het vastgoed waarin is geïnvesteerd niet meer voor ten minste 80% zou gebruiken voor culturele doeleinden intensificeert onzes inziens het staatssteunrisico.

§ IV.6. Staatssteunrisico's garantstelling

Aanvullend hebben de Gemeente en het Stadstheater gesproken over de mogelijkheid tot het door de Gemeente garant staan voor een door het Stadstheater bij een derde financier aan te trekken lening voor de renovatie.

- staatssteunrechtelijk gezien zou de Gemeente - onder bepaalde voorwaarden¹⁰ - eveneens eventueel garant kunnen staan voor een deel van een lening;
 - o in het memo van InCorpe B.V.¹¹ wordt een voorstel gedaan voor een door het Stadstheater aan te trekken lening bij een derde financier waarbij de Gemeente 100% zekerheid geeft op betaling van de aflossing en rente op de financiering. Dit lijkt (indirect) een garantie te betreffen van meer dan 80% van de uitstaande lening.¹² In de regel voert de EC dan grondiger onderzoek uit naar het eventuele staatssteunkarakter van de garantie. Steun in de vorm van een garantie boven de 80% moet altijd gemeld worden bij de EC¹³ - het standpunt dat er geen sprake is van staatssteun moet door de Gemeente omstandig gemotiveerd worden, en;¹⁴
- als de Gemeente naast subsidieverstreking ten behoeve van rente- en aflossingsverplichtingen ook garant staat voor de lening, dan wordt er in feite dubbelop (cumulerend) steun verleend. In dat geval moet nader onderzocht worden in hoeverre dit toelaatbaar kan worden geacht. Het cumulerende effect van de (100% of kleiner dan 100%) garantstelling en de subsidie, kan tot gevolg hebben dat de EC zal oordelen dat er sprake is van ontoelaatbare staatssteun (mogelijk overschrijding steunintensiteit en/of mogelijk niet-toegestane cumulatie).

¹⁰ Zie bijlage I bij dit memo.

¹¹ 'Stadstheater Almelo: Renovatie, financiering en subsidiering door Gemeente Almelo', d.d. 18 juli 2023/21 augustus 2023 van InCorpe B.V..

¹² Duidelijk is dit (nog) niet, want in het memo van InCorpe B.V. wordt meermaals gesteld dat nog niet te zeggen is welke (nadere) eisen door de banken gesteld zullen worden ('Stadstheater Almelo: Renovatie, financiering en subsidiering door Gemeente Almelo', d.d. 18 juli 2023/21 augustus 2023 van InCorpe B.V., p. 7 en 10).

¹³ "Staatssteun in de vorm van een garantie voor 100% van de projectkosten, mag dat?", europadecentraal.nl, d.d. 13 september 2023.

¹⁴ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), onderdeel 3.2.

BIJLAGE I: TOELICHTING TOETSINGSKADER EN KERNCONCLUSIES**I. TOELAATBAARHEID EXPLOITATIE- EN INVESTERINGSSTEUN SCENARIO A, B EN C****§ I.1. Staatssteun**

Er is sprake van staatssteun als aan de volgende vijf (cumulatieve) criteria is voldaan:

1. de steun wordt door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd; bijvoorbeeld via een gemeentelijke subsidie;
2. de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht; het Stadstheater is een onderneming (BV) die economische activiteiten verricht;
3. de staatsmiddelen verschaffen een niet marktconform voordeel; omdat de Gemeente de financiële verplichtingen inzake exploitatie en investeringen opvangt via een subsidie;
4. de steun is selectief; deze wordt alleen verstrekt aan het Stadstheater, en;
5. de steun leidt in potentie tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel¹⁵; vanwege de ligging van het Stadstheater nabij de grens van Duitsland dient aangenomen te worden dat hier sprake van is.

Denkbaar is dat gesteld kan worden dat steun aan het Stadstheater mogelijk niet leidt tot een ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Zodoende zou er geen sprake zijn van staatssteun. De EC heeft in het verleden opgemerkt dat culturele activiteiten vaak geen effect hebben op de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie.¹⁶ Daartegenover staat dat mogelijk geconcludeerd moet worden dat het Stadstheater, gezien de ligging nabij de grens met Duitsland en haar programmering, Duitse bezoekers zou kunnen trekken, zodat er wel degelijk sprake zou kunnen zijn van een in potentie ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.¹⁷ Zekerheidshalve adviseren wij de Gemeente om de aanname te doen dat van dit laatste sprake is. Uitgaande van deze aanname, wordt voldaan aan alle cumulatieve criteria voor staatssteun.

§ I.2. Vrijstelling uit de AGVV

Ervan uitgaande dat er sprake is van staatssteun, is de vraag of de steun onder een vrijstellingsgrond kan vallen. Artikel 107 lid 3 sub d VWEU bevat een vrijstelling voor 'steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.' De Algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: 'AGVV')¹⁸ bevat een uitwerking van deze vrijstelling.

¹⁵ Art. 107 VWEU.

¹⁶ Considerans punt 72 AGVV.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld: EC 27 juni 2007, C(2007)3035, N 257/2007; EC 15 oktober 2003, C(2003)3521, N221/2003; AbRS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234.

¹⁸ Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014, PbEU 2014, L 187/1.

Uit artikel 53 AGVV volgt een vrijstelling voor steun voor cultuur. Als voldaan wordt aan de algemene eisen van de AGVV en de specifieke eisen van artikel 53 AGVV kan investerings- en/of exploitatiesteun verleend worden aan het Stadstheater. Kennisgeving aan de EC is dan nog wel vereist.¹⁹

Steun verleend op grond van de AGVV hoeft niet gemeld te worden bij de EC. Wel moet een kennisgeving gedaan worden (art. 11 AGVV).

Verschil tussen een kennisgeving en een melding is dat bij de kennisgeving geen goedkeuring is vereist van de EC voordat de steun verleend wordt. De melding kent een uitgebreide procedure dan de kennisgeving. De EC doet geen inhoudelijk onderzoek naar de kennisgeving. Wel kan de kennisgeving achteraf inhoudelijk onderzocht worden. Bij steun die verleend is onder toepassing van de AGVV is een kennisgeving voldoende. Is geen sprake van toepassing van de AGVV (dan wel een andere vrijstellingsverordening), dan moet staatssteun gemeld worden, en mag pas staatssteun verleend worden als de EC akkoord is.²⁰

§ 1.2.1. Toepassing AGVV is niet mogelijk bij een onderneming in moeilijkheden

Gebruikmaking van de AGVV is niet mogelijk bij steun aan 'ondernemingen in moeilijkheden'. In het geval van kleine en middelgrote ondernemingen die de vorm hebben van een vennootschap met een beperkte aansprakelijkheid (bijv. een BV zoals het Stadstheater) is sprake van een OIM als meer dan de helft van het door de onderneming geplaatste aandelenkapitaal door de opgebouwde verliezen is verdwenen.²¹ Dit is het geval wanneer het in mindering brengen van de opgebouwde verliezen op de reserves (en alle andere elementen die doorgaans worden beschouwd als een onderdeel van het eigen vermogen van de onderneming), een negatieve uitkomst oplevert die groter is dan de helft van het geplaatste aandelenkapitaal.

In het Meerjarenbeleidsplan 2022-2034 van het Stadstheater (hierna: Meerjarenbeleidsplan) staat dat de balans van het Stadstheater wordt opgeschoond in die zin dat de schulden van totaal € 4.078k worden omgezet in agio (eigen vermogen), zodat er in de aanvangssituatie een licht positief eigen vermogen zal zijn.²² Wij begrepen dat het tekort door het Stadshotel in 1x aangezuiverd wordt, waarmee het geplaatste kapitaal op circa € 4.5 mio zou uitkomen. Zou dit feitelijk plaatsvinden, dan zal het Stadstheater ten tijde van de subsidieverstreking mogelijk geen OIM (meer) zijn, zodat er sprake kan zijn van AGVV-steunverlening.

Het vorenstaande behoeft nader onderzoek, afhankelijk van definitief te maken keuzes (vorm, hoogte, moment van verstrekking) inzake steunverlening. Voor de goede orde: aan een OIM mag steun worden verleend in de vorm van reddings- en herstructureringssteun. Vooralsnog gaan wij er, gelet op het Meerjarenbeleidsplan, vanuit dat het Stadstheater bij subsidieverstreking geen OIM is/meer zal zijn. Is dat evenwel wel het geval, dan zal (alsdan) onderzocht moeten worden of er steun kan worden verleend in de vorm van reddings- en herstructureringssteun.

¹⁹ Art. 11 AGVV

²⁰ A.D.L. Knook, Staatssteun, handboek voor de praktijk, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 116.

²¹ Art. 2 lid 18 AGVV.

²² Meerjarenbeleidsplan 2022-2034, p. 34.

§ I.3. Algemene eisen AGVV

De AGVV kent materiële en formele eisen. Deze eisen zijn cumulatief, er moet dus aan alle eisen voldaan worden. De formele eisen zijn de volgende:

1. er moet een controlemechanisme bestaan, en;
2. er moet geregeld evaluatie van de steun plaatsvinden.

De materiële eisen zijn:

1. de steun moet een gemeenschappelijk belang dienen;
2. de steun moet een duidelijk stimulerend effect hebben;²³
3. de steun moet passend en evenredig zijn;
4. de steun moet in volledige transparantie worden toegekend, en;
5. de steun mag de mededinging en het handelsverkeer niet zodanig veranderen dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.

Aangenomen wordt dat de uiteindelijke invulling van de subsidierelatie aan bovenstaande eisen zal voldoen.

§ I.4. Specifieke eisen artikel 53 AGVV

De specifieke eisen die voortkomen uit artikel 53 AGVV zijn:

1. er is sprake van cultuur of cultureel erfgoed;
2. de betreffende kosten die door de steun worden bekostigd komen voor staatsteun in aanmerking, en;
3. de staatssteunintensiteit wordt niet overschreden.

Deze eisen worden hierna uiteengezet.

§ I.4.1.1. Er is sprake van cultuur of cultureel erfgoed

Theaters vallen ingevolge artikel 53 AGVV onder het begrip 'cultuur of cultureel erfgoed'.

Hier komt bij dat de EC vereist dat sprake is van activiteiten die daadwerkelijk bijdragen aan de nationale opvatting van cultuur. Daarnaast moet volgens de EC sprake zijn van formele erkenning dat sprake is van cultuur of cultureel erfgoed.²⁴

Onzes inziens mag in uitgangspunt aangenomen worden dat het Stadstheater en de exploitatie daarvan valt onder het begrip 'cultuur of cultureel erfgoed'. Aandachtspunt hierbij - bij verdere uitwerking en (subsidie)contractering - is in hoeverre de (juridische- en financiële) verbondenheid tussen het Stadstheater en het Theaterhotel van invloed zou kunnen zijn op de aanvaardbaarheid van (AGVV)

²³ Deze eis geldt niet voor steun verleend op grond van artikel 53 AGVV (zie artikel 6 lid 5 van de AGVV).

²⁴ Considerans punt 72 AGVV.

staatssteun. Activiteiten die een cultureel aspect hebben, maar overwegend een commercieel karakter hebben, kunnen niet onder de AGVV vallen.²⁵ Dit vanwege het mogelijke spill-overeffect.

Zie in dit verband bijvoorbeeld een beschikking van de EC over steun aan het Aviodrome. De EC constateert dat ondanks dat er sprake is van een gedetailleerde uitsplitsing van de kosten van de cultureel-erfgoedactiviteiten (vergelijk Stadstheater) en de overige (commerciële) activiteiten (vergelijk Theaterhotel), niet uitgesloten kan worden dat de steun ten behoeve van de culturele activiteiten een spill-overeffect kan hebben op de commerciële activiteiten. Niettemin vindt de EC - omdat de spill-overeffecten vrij beperkt zijn en dat deze noodzakelijk lijken voor de niet-culturele activiteiten – dat de steun in aanmerking komt voor een ontheffing op grond van artikel 87, lid 3, onder d van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (oud).

In het memo van InCorpe B.V.²⁶ komt – onzes inziens – naar voren dat bij toekomstige exploitatie van het Stadstheater (en daarmee in verband houdend, het Theaterhotel) mogelijk sprake zal zijn van een risico op spill-overeffecten (dan wel dat het risico bestaat dat meer dan 20% van het Stadstheater qua oppervlak of tijdcapaciteit voor andere dan culturele doeleinden zal worden gebruikt). Wij wijzen er in dat kader op dat in het memo van InCorpe B.V. wordt gesteld dat het Stadstheater juridisch, financieel en operationeel gescheiden is van het Theaterhotel, maar dat is niet in lijn met:

- de juridische en bouwtechnische verbinding tussen het Stadstheater en het Theaterhotel,²⁷ die kennelijk zodanig is dat er geen overdracht van het vastgoed of appartementssplitsing mogelijk is;²⁸
- dat het Theaterhotel diensten verleent aan het Stadstheater zoals uitleen van personeel, services voor ticketing en receptie, kosten voor IT en administratie, GWE, verzekeringen, etc.;²⁹
- dat HaHo Holding B.V. na de overdracht van het vastgoed eigenaar van het Stadstheater wordt (los gezien van een mogelijke eigendomsoverdracht onder scenario A, hetgeen in het memo van InCorpe B.V. niet naar voren komt);³⁰
- dat het Stadstheater wordt gehuurd van de eigenaar van het vastgoed, zijnde nu nog Exploitatiemaatschappij Hammink B.V. en na de overdracht (voor zover deze al niet heeft plaatsgevonden) van het onroerend goed HaHo Holding B.V. (los gezien van een mogelijke eigendomsoverdracht onder scenario A, hetgeen in het memo van InCorpe B.V. niet naar voren komt);³¹
- dat de afspraken die de Gemeente met het Stadstheater maakt geen juridische, financiële en operationele belemmeringen mogen vormen voor een toekomstige overdracht van het Theaterhotel en conveniërend zijn moeten aan de licentiebepalingen van Van der Valk – hetgeen impliceert dat er een juridische, financiële en operationele afhankelijkheid tussen het

²⁵ Considerans punt 72, AGVV.

²⁶ 'Stadstheater Almelo: Renovatie, financiering en subsidiering door Gemeente Almelo', d.d. 18 juli 2023/21 augustus 2023 van InCorpe B.V..

²⁷ Idem, p. 6.

²⁸ Idem, p. 8.

²⁹ Idem, p. 8.

³⁰ Idem, p. 4-6.

³¹ Idem, p. 4-6.

Stadstheater en het Theaterhotel bestaat (los gezien van een mogelijke eigendomsoverdracht onder scenario A, hetgeen in het memo van InCorpe B.V. niet naar voren komt).³²

De mogelijke *'spill-overeffecten'* van de steun aan het Stadstheater op de commerciële activiteiten van het Theaterhotel kunnen het gevolg hebben dat de staatssteun volgens de EC niet onder de vrijstellingsgrond uit artikel 53 AGVV kan vallen.

§ I.4.1.2. De betreffende kosten die door de staatssteun worden bekostigd komen voor staatssteun in aanmerking

Exploitatiesteun

Voor exploitatiesteun geldt dat op grond van artikel 53 lid 5 van de AGVV (onder andere) de volgende kosten in aanmerking komen voor exploitatiesteun:

- a) de kosten van de culturele instelling of erfgoedlocatie in verband met vaste of tijdelijke activiteiten, waaronder tentoonstellingen, uitvoeringen en evenementen en vergelijkbare culturele activiteiten die plaatsvinden in het kader van hun normale activiteiten;
- b) exploitatiekosten die rechtstreeks verband houden met het culturele project of de culturele activiteit, zoals het huren of leasen van vastgoed en culturele locaties, reiskosten, materialen en leveranties die rechtstreeks verband houden met het culturele project of de culturele activiteit, architectonische structuren voor tentoonstellingen en podia, de ontlening, huur en afschrijving van werktuigen, software en uitrusting, kosten voor toegangsrechten tot auteursrechtelijk beschermde werken en andere verwante door intellectuele-eigendomsrechten beschermde content, promotiekosten en kosten die rechtstreeks voortvloeien uit het project of de activiteit. Afschrijvingslasten en financieringskosten komen alleen in aanmerking indien deze niet werden gedekt door investeringssteun, en;
- c) kosten voor personeel dat werkt voor de culturele instelling, de erfgoedlocatie of een project.

Exploitatiesubsidie

De kosten van de culturele instelling, kosten die rechtstreeks verband houden met het culturele project of de culturele activiteit en kosten voor personeel dat werkt voor de culturele instelling komen (onder andere) in aanmerking voor exploitatiesteun. De mogelijke spill-overeffecten zoals in paragraaf I.4.1.1. genoemd kunnen onze inziens tot gevolg hebben dat de exploitatiesteun aan het Stadstheater mogelijk (gedeeltelijk) niet onder de vrijstellingsgrond uit (artikel 53 van) de AGVV kan vallen.

Eerst moet dus geconcludeerd worden of het Stadstheater onder het toepassingsbereik van (artikel 53 van) de AGVV valt – gelet op de verbondenheid die het Stadstheater met het Theaterhotel heeft. Is de vrijstellingsgrond uit (artikel 53 van) de AGVV inderdaad van toepassing, dan zal – onze inziens – mogelijk per kostenpost beoordeeld moeten worden of, en zo ja hoe, deze kosten in aanmerking komen voor exploitatiesteun. Een voorbeeld: kosten voor personeel dat zowel voor het Stadstheater als het Theaterhotel ingezet wordt, vallen (mogelijk) niet volledig onder de vrijstelling uit (artikel 53 van) de

³² Idem, p. 8-9.

AGVV. De kosten komen (mogelijk) niet geheel in aanmerking voor de vrijstelling (volgens artikel 53 lid 5).

Incidentele exploitatiesubsidie

Voor wat betreft de incidentele exploitatiesubsidie geldt het volgende. Onzes inziens moet beoordeeld worden in hoeverre de kosten die gedekt zullen worden door deze exploitatiesteun in aanmerking komen binnen het kader van de vrijstellingsgrond uit artikel 53 van de AGVV. Wij zijn niet bekend met jurisprudentie waaruit blijkt dat dergelijke steun niet verleend kan worden voor doorlopende kosten van een culturele instelling die tijdelijk geen culturele activiteiten ontplooit.³³ Onzes inziens valt te verdedigen dat deze exploitatiesteun – in uitgangspunt – onder de vrijstellingsgrond uit artikel 53 van de AGVV valt, omdat hiermee gewaarborgd wordt dat het Stadstheater na de verbouwing weer in exploitatie kan worden gebracht. Kosten voor personeel dat werkt voor de culturele instelling vallen bijvoorbeeld onder de kosten die in aanmerking komen voor exploitatiesteun ingevolge artikel 53 lid 5 onder e van de AGVV. Uit deze bewoording volgt – onzes inziens – niet concreet dat het verlenen van steun voor deze kosten niet mogelijk is ten tijde van de verbouwing. Er wordt in het artikellid met betrekking tot personeelskosten geen eis van een rechtstreeks verband met een culturele activiteit of project gesteld, zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de kosten genoemd in artikel 53 lid 5 onder d en f.

Wel moet in acht worden genomen dat de steun niet wordt verleend voor doorlopende kosten die – zou wel sprake zijn van exploitatie van het theater – geen verband houden met de culturele activiteiten. Kosten die in een periode waarin wél sprake is van programmering niet onder een van de kostenposten uit artikel 53 lid 5 AGVV zouden vallen, kunnen onzes inziens niet in aanmerking komen voor steun, ook niet in een periode waarin het theater geen programmering heeft.

Een met het Stadstheater tot op zekere hoogte vergelijkbare casus lijkt de subsidieverlening te zijn aan het Theaterhotel De Oranjerie in Roermond. Dit Theaterhotel betreft ook een theater met hotel van Van der Valk, net zoals het Stadstheater en bijbehorend Theaterhotel in Almelo. In 2020 stemde de gemeenteraad van Roermond in met het voorstel van het college om een jaarlijkse budgetsubsidie voor het cultureel programma van € 650.000,- en een investeringssubsidie van eenmalig € 2.500.000,- voor de renovatie van het theater aan De Oranjerie toe te kennen. In het collegevoorstel is opgenomen dat volgens het college sprake is van subsidieverlening die valt onder de vrijstellingsgrond van artikel 53 van de AGVV. In het collegevoorstel is opgenomen dat ook voor het jaar waarin de verbouwing plaatsvindt subsidie verleend zal worden. Van de investerings- en exploitatiesubsidies zijn kennisgevingen gedaan.³⁴ In 2022 is door de Gemeente Roermond nog een aanvullende investeringssubsidie toegekend van € 257.500,- vanwege de hogere bouwkosten als gevolg van de coronacrisis.

³³ Wij hebben gezocht naar een min of meer vergelijkbare casus in de jurisprudentie, maar hebben deze niet aangetroffen.

³⁴ EC Zaaknummers: SA.103334, SA.100968, SA64369, SA.62802.

Investeringssteun

Op grond van artikel 53 lid 4 AGVV komt in aanmerking voor investeringssteun (onder andere): (kosten voor investeringen in) kosten voor de bouw, modernisering, verwerving, instandhouding of verbetering van infrastructuur (waaronder valt: het gebouw waarin het Stadstheater is gevestigd), indien jaarlijks ten minste 80% van de tijd- of ruimtecapaciteit voor culturele doeleinden wordt gebruikt.

Investeringssteun

Het lijkt verdedigbaar om een subsidie ten behoeve van de kosten van een (rentedragende) lening te beschouwen als investeringssteun (in plaats van exploitatiesteun), omdat de financiering door het Stadstheater aangetrokken wordt als een (kosten)investering voor de bouw, modernisering, verwerving of verbetering van het Stadstheater.³⁵

Financieringskosten komen alleen in aanmerking als exploitatiesteun, indien deze niet werden gedekt door investeringssteun (artikel 53, lid 5 onder d AGVV). Een onderscheid tussen investeringssteun kan vooraf niet altijd goed gemaakt worden. Bij de toetsing van de verenigbaarheid van staatssteun met de interne markt is in beginsel niet van belang of de steunmaatregelen formeel aan te merken zijn als 'investeringssteun'.³⁶

Van belang bij investeringssteun is dat jaarlijks ten minste 80% van:

1. het bruto vloeroppervlak van het Stadstheater gebruikt wordt voor culturele doeleinden. Dat betekent dat geen sprake mag zijn van bijvoorbeeld horecavoorzieningen die meer dan 20% van het bruto vloeroppervlak beslaan, en;
2. de tijdcapaciteit voor culturele doeleinden worden gebruikt.

Wie zien in het Meerjarenbeleidsplan³⁷ naar voren komen dat het – onder voorwaarden – de bedoeling is dat het Stadstheater na de renovatie ook wordt gebruikt voor commerciële doeleinden. Van belang is dat dit minder dan 20% van het oppervlakte en gebruik betreft.

Spill-overeffecten

Ook de mogelijke spill-overeffecten zoals genoemd in paragraaf 1.4.1.1. kunnen onzes inziens tot gevolg hebben dat de investeringssteun mogelijk niet onder (artikel 53 van) de AGVV kan vallen. Eerst zal dus moeten geconcludeerd worden of steun verleend aan het Stadstheater onder de vrijstellingsgrond van (artikel 53 van) de AGVV kan vallen – gelet op de verbondenheid die het Stadstheater met het Theaterhotel heeft.

Afbouw Stadstheater

Voor het aanvullende uitgangspunt iv en v van scenario C geldt het volgende. In scenario C zal het Stadstheater binnen een termijn van 10 jaar afbouwen en een andere invulling zoeken. De investeringssteun in scenario C is bedoeld voor de realisatie van noodzakelijke verbouwingen. Denkbaar is dat deze verbouwingen gedeeltelijk een (economische) levensduur hebben van langer dan 10 jaar.

³⁵ Wij hebben gezocht naar een min of meer vergelijkbare casus in de jurisprudentie, maar hebben deze niet aangetroffen.

³⁶ Conclusie A-G G. Hogan 7 mei 2020, C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:35; en HvJEU 22 september 2022, C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742, r.o. 119-122.

³⁷ p. 17 en 34.

Dat betekent mogelijk dat de investeringssteun aan het Stadstheater de eigenaren van het gebouw in feite ook ten goede komt in de periode ná de voorgenomen beëindiging van de subsidierelatie.

Het is mogelijk dat de nieuwe invulling van het Stadstheater tot gevolg heeft dat ná beëindiging van de subsidierelatie jaarlijks minder dan 80% van het bruto vloeroppervlak of de tijdcapaciteit van het Stadstheater gebruikt gaat worden voor culturele doeleinden. In scenario C bestaat dus de mogelijkheid dat het Stadstheater ná de beëindiging van de subsidierelatie niet meer voldoet aan de eisen uit artikel 53 AGVV. Het is de vraag wat het gevolg van dit uitgangspunt is op de toelaatbaarheid van de staatssteun. Uit artikel 2 punt 28 AGVV volgt dat het 'tijdstip van toekenning van de steun' het tijdstip is waarop de wettelijke aanspraak om steun te ontvangen, krachtens de nationale wettelijke regeling aan de begunstigde wordt verleend. Deze begripsbepaling duidt erop dat het tijdstip van toekenning van de steun bepalend is voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de steun. Daar staat tegenover dat de voorwaarde in artikel 53 AGVV aan de toelaatbaarheid van investeringssteun stelt wordt uitgegaan van een 'jaarlijkse' minimale culturele bezetting van 80%. Dit impliceert dat elk jaar dat het Stadstheater voordelen geniet van de investeringssteun, wat dus ook nog (gedeeltelijk) kan zijn na de periode van maximaal 10 jaar, het Stadstheater dan minimaal 80% van het bruto vloeroppervlak of de tijdcapaciteit voor culturele doeleinden moet gebruiken. Anders zou – mogelijk – een terugvordering worden geriskeerd.

Investeringssteun verlenen aan een culturele instelling waarvan op voorbaat bekend is dat deze in de toekomst mogelijk het vastgoed waarin is geïnvesteerd niet meer voor ten minste 80% zou gebruiken voor culturele doeleinden intensificeert onzes inziens het staatssteunrisico.³⁸

§ I.4.1.3. De steunintensiteit wordt niet overschreden

Exploitatiesteun

Het steunbedrag mag niet hoger zijn dan wat nodig is om de exploitatietekorten plus een redelijke winst over de bij de steun betrokken periode te dekken. Dit moet worden geborgd vooraf op basis van redelijke prognoses, of via een terugvorderingsmechanisme. Daarnaast mag geen sprake zijn van overschrijding van de steunintensiteit, dan wel overcompensatie als gevolg van (mogelijke) niet-toegestane cumulatie van investerings- en exploitatiesteun.

Exploitatiesubsidie

Of sprake zal zijn van een overschrijding van de steunintensiteit kan op voorhand niet bevestigd worden. Dat is afhankelijk van de nadere uitwerking van de scenario's en toetsing van de bedragen.

Incidentele exploitatiesubsidie

Voor wat betreft het algemeen uitgangspunt ii geldt aanvullend het volgende. In het geval naast de investeringssubsidie ook een incidentele exploitatiesubsidie voor de doorlopende kosten wordt toegekend achten wij het niet onaannemelijk dat bij dusdanige exploitatiesteun, al dan niet in cumulatie met de investeringssteun, sprake zal zijn van een overschrijding van de toegelaten steunintensiteit, dan

³⁸ Wij hebben gezocht naar een min of meer vergelijkbare casus in de jurisprudentie, maar hebben deze niet aangetroffen.

wel sprake zal zijn van overcompensatie als gevolg van niet-toegestane cumulatie. Wij merken hierbij op dat de voorgestelde incidentele exploitatiesubsidie voor de doorlopende kosten (dus op het moment dat géén sprake is van culturele activiteiten) per jaar ongeveer even hoog is als de voorgestelde exploitatiesubsidie voor de jaren waarin wél sprake is programmering (dus op het moment dat wél sprake is van culturele activiteiten). Daarbij moet – onzes inziens – in het bijzonder in acht worden genomen dat de exploitatiesteun niet meer bedraagt dan wat nodig is om de exploitatietekorten plus een redelijke winst te dekken – ook gelet op de verbondenheid tussen het Stadstheater met het Theaterhotel.

Investeringssteun

Het steunbedrag mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de voor steun in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering (artikel 53 lid 6 AGVV). De exploitatiewinst moet aan de hand van redelijke prognoses of via een terugvorderingsmechanisme in minder gebracht worden op de in aanmerking komende kosten. De exploitant mag een zogenaamde ‘redelijke winst’ overhouden.³⁹ De redelijke winst wordt bepaald ten opzichte van de voor de betrokken sector gebruikelijke winst. Uit de AGVV blijkt dat in ieder geval redelijk is een rendement op kapitaal dat niet hoger ligt dan de relevante swaprente, met een opslag van 100 basispunten.⁴⁰

Investeringssteun

Bij het schrijven van dit memo is ons nog niet duidelijk of de toegestane steunintensiteit bij een van de drie scenario's (niet) wordt overschreden. Dit behoeft nader onderzoek, wat mogelijk is zodra er een scenario is gekozen en meer gedetailleerd is uitgewerkt.

Op grond van de AGVV mag het steunbedrag mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering (artikel 53 lid 6 AGVV). Zou met de investeringssteun beoogd worden een exploitatieverbetering te realiseren, dan zal mogelijk eerder sprake zijn van een te hoog steunbedrag, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de vrijstelling uit (artikel 53 van) de AGVV niet toegepast kan worden, wegens overschrijding van de steunintensiteit.

Aankoop Stadstheater

Voor wat betreft aanvullend uitgangspunt v in scenario A geldt het volgende. In scenario A wordt voorgesteld dat de Gemeente voor minimaal 51% eigenaar wordt van het Stadstheater. De mogelijke samenloop van een mogelijke niet-marktconforme aankoop van het Stadstheater, tezamen met de investeringssubsidie heeft mogelijk tot gevolg dat de steunintensiteit wordt overschreden.

³⁹ Art. 53 lid 6 van de AGVV.

⁴⁰ Art. 2 lid 142 AGVV.

II. STAATSSTEUNRISICO'S GARANTSTELLING

Het door de Gemeente garant staan voor de lening kan staatssteun opleveren, omdat de Gemeente hiermee (een deel van) het risico van de lening draagt: normaal gesproken zou het dragen van dit risico door een passende premie moeten worden vergoed. Is dit niet het geval, dan heeft het Stadstheater een voordeel verkregen in de vorm van derving van middelen van de staat.⁴¹

Volgens de EC kan worden uitgesloten dat sprake is van staatssteun als de garantie aan de volgende voorwaarden voldoet:⁴²

1. de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden (zoals bedoeld in de mededeling van de EC betreffende de reddings- en herstructureringssteun⁴³);
2. de omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van toekenning; aangezien sprake zal zijn van een lening voor een bepaald bedrag, mag onzes inziens aangenomen worden dat aan deze voorwaarde kan worden voldaan;
3. de garantie dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening,⁴⁴ en;
4. voor de garantie is een marktconforme prijs betaald.

In het geval niet aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan is sprake van staatssteun. De staatssteun bestaat dan uit het verschil tussen de passende marktprijs van de verstrekte garantie en de daadwerkelijk voor die maatregel betaalde prijs. Bij het berekenen hiervan moet in het bijzonder aandacht verleend worden aan de volgende elementen:

1. of de kredietnemer in financiële moeilijkheden verkeert: een kredietverstrekker zou aan kredietnemer in moeilijkheden een eventuele garant een hogere premie in rekening brengen, gelet op het te verwachten risico op niet-terugbetaling;
2. of de omvang van de garantie goed valt te meten op het tijdstip van toekenning: onbeperkte garanties zijn onverenigbaar met de staatssteunregels;
3. of de garantie meer dan 80% van de uitstaande lening betreft: anders verkrijgt de kredietgever geen behoorlijke prikkel om voldoende zekerheden voor zijn lening te eisen en het aan de transactie verbonden risico tot een minimum te beperken. Is sprake van een garantie van meer dan 80%, dan moet de steun gemeld worden⁴⁵ en dan voert de EC in de regel grondiger onderzoek uit naar de garantie, en;⁴⁶
4. of met de specifieke kenmerken van de garantie en de lening rekening is gehouden bij het bepalen van de marktprijsconforme garantiepremie.

⁴¹ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02).

⁴² Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), p. 13-14.

⁴³ Mededeling van de Commissie Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden (2014/C 249/01).

⁴⁴ Zie ook art. 22 AGVV.

⁴⁵ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), p. 18.

⁴⁶ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), p. 19.

De EC aanvaardt garanties alleen als aan de garantie contractuele specifieke voorwaarden zijn verbonden die zover kunnen gaan als een verplichte faillietverklaring van de begunstigde onderneming, of een soortgelijke procedure.

Of staatssteun in de vorm van een garantie toegestaan is, moet beoordeeld worden volgens dezelfde regels als die worden toegepast op steunmaatregelen in andere vorm. In dit geval kan ook de garantie beoordeeld worden aan de hand van de AGVV.⁴⁷

Voor wat betreft een mogelijke garantstelling door de gemeente achten wij het niet ondenkbaar dat mogelijk de steunintensiteit wordt overschreden en dat er sprake zal zijn van ontoelaatbare cumulatie van steun (subsidie rente- en aflossingsverplichtingen en garantstelling voor de betaling daarvan). Wij baseren dit op de volgende uitgangspunten:

- staatssteun op grond van artikel 53 AGVV kan aangewend worden voor de kosten voor de bouw, modernisering, verwerving, instandhouding of verbetering van de infrastructuur.⁴⁸ Het lijkt verdedigbaar om een subsidie voor de financieringskosten (kapitaalslasten) voor de verbouwing te beschouwen als kosten die vallen onder artikel 53 AGVV. De kosten waarvoor staatssteun verleend wordt zijn dan de kapitaalslasten, zijnde aflossing en rentekosten. Begrijpen wij het goed, dan wordt 100% van de kosten gedekt door de subsidie van de Gemeente;
- bij een garantstelling van 100% moet de garantstelling gemeld worden en voert de EC grondiger onderzoek uit naar het eventuele staatssteunkarakter van de garantie. De garantie moet gemeld worden bij de Commissie en het standpunt dat geen sprake is van staatssteun moet door de Gemeente omstandig gemotiveerd worden;⁴⁹
- de garantstelling levert (mogelijk) aanvullende kosten waarvoor staatssteun verleend wordt op, namelijk de (markt)prijs voor die garantie⁵⁰ (bijv. totaal 10% van de financieringskosten voor de verbouwing), en;
- feitelijk ontvangt het Stadstheater dan – binnen dit rekenvoorbeeld - staatssteun met een steunintensiteit van 110%.

Gelet op het bovenstaande achten wij het niet ondenkbaar dat de EC ten aanzien van een subsidierelatie én garantstelling mogelijk zal oordelen dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun, wegens overschrijding van de steunintensiteit en de cumulatie van steunmaatregelen.

⁴⁷ Considerans punt 72 AGVV.

⁴⁸ Art. 53 lid 4 sub a AGVV.

⁴⁹ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), p. 13-14.

⁵⁰ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02), p. 19.

III. STAATSTEUNRISICO'S AANKOOP STADSTHEATER

Het door de Gemeente kopen van het Stadstheater (vastgoed) kan (ontoelaatbare) staatssteun opleveren als sprake is van een niet-marktconforme overeenkomst. Mogelijke gevolgen van het verwezenlijken van staatssteunrisico's bij de aankoop van het Stadstheater zijn de volgende:

- vernietigbaarheid van de overeenkomst;
 - is sprake van onrechtmatig verleende staatssteun (bijvoorbeeld omdat deze onterecht niet gemeld is) dan dient de (Nederlandse) rechter de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun te herstellen – de rechter kan zelf de maatregelen kiezen die zij gebruikt om de situatie te herstellen.⁵¹ Een van deze maatregelen kan vernietiging van (een deel van) de overeenkomst inhouden;⁵²
 - gevolg van een vernietiging van (een deel van) de overeenkomst is dat de onrechtmatig verleende staatssteun met rente teruggevorderd moet worden;
- nietigheid van de overeenkomst;
 - een andere maatregel die door de (Nederlandse) rechter genomen kan worden om de mededingingssituatie te herstellen is de (gedeeltelijke) nietigverklaring van de overeenkomst;⁵³
 - gevolg van (gedeeltelijke) nietigheid van een overeenkomst is dat is dat de onrechtmatig verleende staatssteun met rente teruggevorderd moet worden, en/of;
- toepasselijkheid van de standstill-periode;
 - moet staatssteun gemeld worden, omdat deze bijvoorbeeld niet onder een vrijstellingsgrond valt, dan geldt een zogenaamde standstill-periode: de steunmaatregel mag niet uitgevoerd worden voordat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven.

Bovenstaande gevolgen spelen - in uitgangspunt - ook bij onrechtmatige verleende investerings- en exploitatiesteun.

⁵¹ HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, r.o. 45.

⁵² In: Rb. Limburg 19 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4361 oordeelt de rechtbank impliciet dat een met het staatssteunstrijdige overeenkomst vernietigbaar is.

⁵³ HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, r.o. 45, zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636, r.o. 5.9; Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607, r.o. 9.10.7-9.10.11.