Geheimhouding opgelegd op grond van artikel 87 Gemeentewet.
Raadsbesluit: 18 april 2023: De geheimhouding op de documenten over het Stadstheater, zoals opgenomen in de bijlage bij brief 2309900, INT-86696, onder voorbehoud van de toestemming van de eigenaar van de documenten, op te heffen.

MEMO – vertrouwelijk, voor intern beraad

Aan : Gemeente Almelo
Van : [redacted], advocaat, en [redacted], juridisch medewerker
Datum : 2 december 2022
Inzake : Staatssteun aspecten investeringssubsidie Stadstheater Almelo

---

I. INLEIDING

Het Stadstheater Almelo BV (hierna: Stadstheater) kent een jarenlange verliesgevende exploitatie. Hierdoor is er geen ruimte geweest voor investeringen in het theatergebouw. Het Stadstheater wil een renovatie uitvoeren. Uitgangspunt is dat zij hiervoor een lening (hierna: lening) aantrekt.

De Gemeente Almelo (hierna: Gemeente) heeft het voornemen om haar subsidierelatie met het Stadstheater uit te breiden met een jaarlijkse subsidie die de kosten van de renovatie van het theatergebouw moet opvangen. Gedachte hierbij is om de subsidierelatie te laten bestaan uit:

1. Een vast subsidiebedrag voor de exploitatiekosten van het theater, en;
2. Een jaarlijks subsidiebedrag gekoppeld aan de rente-en aflossingsverplichtingen uit de lening, met daarbij een doorlooptijd van 20 jaar.

De Gemeente wil - in het kader van het staatssteunrecht - het volgende weten:

1. Kan de Gemeente het Stadstheater een jaarlijkse subsidie verstrekken om rente- en aflossingsverplichtingen van de lening op te vangen?
2. Kan de Gemeente garant staan voor de lening?
3. Zijn de belangen van de Gemeente beter gewaarborgd als het Stadstheater een stichting zou zijn?

Dit memo bevat een antwoord op hoofdlijnen op vorenstaande vragen.

II. BEANTWOORDING

1. Kan de Gemeente het Stadstheater een jaarlijkse subsidie verstrekken om rente- en aflossingsverplichtingen van de lening op te vangen?

Ons inziens kan het verstrekken van een jaarlijkse subsidie aan het Stadstheater - teneinde haar in staat te stellen om te voldoen aan rente- en aflossingsverplichtingen uit een lening ten behoeve van een renovatie van het Stadstheater - in uitgangspunt gezien worden als een vorm van toelaatbaar te achten (investerings) staatssteun.

2. Kan de Gemeente garant staan voor de lening?

Staatsteunrechtelijk bezien zou de Gemeente - onder bepaalde voorwaarden - garant kunnen staan voor een deel van de lening.

Indien de Gemeente naast garant staan voor de lening, ook een subsidie verstrekt ten behoeve van de rente- en aflossingsverplichtingen, wordt er in feite dubbelop (cumulerend) steun verleend. In dat geval zal nader onderzocht moeten worden in hoeverre dit toelaatbaar kan worden geacht.

3. Zijn de belangen van de Gemeente beter gewaarborgd als het Stadstheater een stichting zou zijn?

Staatssteunrechtelijk bezien maakt het geen verschil of het Stadstheater een stichting of een B.V. is.

Als het Stadstheater een stichting zou zijn, zou dit twee voordelen opleveren:

(i) Vanwege het voor een stichting geldende winstuitkeringsverbod, kan verzekerd worden dat er geen geld (in directe vorm) uitgekeerd kan worden aan het Theaterhotel, en;

(ii) De Gemeente kan zitting nemen in het stichtingsbestuur en zodoende (meer) medezeggenschap verkrijgen over het Stadstheater.

III. TOELICHTING

Ad 1. Kan de Gemeente het Stadstheater een jaarlijkse subsidie verstrekken om rente- en aflossingsverplichtingen uit de lening op te vangen?

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 rente en aflossingsverplichtingen 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 tussen staatse handel.[1]

Denkbaar is dat gesteld kan worden dat steun aan het Stadstheater mogelijk niet leidt tot een ongunstige beïnvloeding van de tussen staatse handel. Zodoende zou er geen sprake zijn van staatsteun. De Europese Commissie (hierna: EC) heeft in het verleden opgemerkt dat culturele activiteiten vaak geen effect hebben op de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie.[2] Daartegenover staat dat mogelijk geconcludeerd

[1] Art. 107 VWEU.
[2] Considerans punt 72 AGVV, Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014, PbEU 2014, L 187/1; EC, Infrastructure analytical grid for culture, heritage and nature conservation, zie ec.europa.eu, pg. 3.

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 tussen staatse handel.[3] 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.

Er vanuit gaande dat er sprake is van staatssteun, is de vraag of de steun onder een uitzondering van het staatssteunverbod kan vallen. Artikel 107 lid 3 sub d VWEU bevat een uitzondering voor 'steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.' De Algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV)[4] bevat een uitwerking van deze uitzondering.

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.

Toepassing AGVV (niet mogelijk bij een onderneming in moeilijkheden)

Gebruikmaking van de AGVV is niet mogelijk bij steun aan 'ondernemingen in moeilijkheden' (hierna: IOM). In het geval van kleine en middelgrote ondernemingen (hierna: KMO's) die de vorm hebben van een vennootschap met een beperkte aansprakelijkheid (bijv. een BV zoals het Stadstheater) is sprake van een IOM als meer dan de helft van het door de onderneming geplaatste aandelenkapitaal door de opgebouwde verliezen is verdwenen[5]. 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.[6] Wij begrepen dat het tekort door het Stadshotel in 1x aangezuiverd wordt, waarmee het geplaatste kapitaal op circa € 4.5 mio zou uitkomen. Er vanuit gaande dat dit feitelijk zal plaatsvinden, zal het Stadstheater ten tijde van de subsidieverstrekking (tbv van de lening) mogelijk geen IOM (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 vestrekking) inzake steunverlening. Voor de goede orde: aan een IOM mag steun worden verleend in de vorm van reddings- en herstructureringssteun. Vooralsnog gaan wij er, gelet op het Meerjarenbeleidsplan, vanuit dat het Stadstheater bij subsidieverstrekking geen IOM 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.

---

[3] 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.
[4] Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014, PbEU 2014, L 187/1.
[5] Art. 2 lid 18 AGVV.
[6] P. 34.

Algemene eisen AGVV

De AGVV kent materiële en formele eisen. Deze eisen zijn cumulatief. 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;
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.

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;
3. De staatssteunintensiteit wordt niet overschreden.

Deze eisen worden hierna uiteengezet.

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.[7]

- Toepassing op de casus:

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 op de aanvaardbaarheid van (AGVV) staatssteun.

> Zie in dit verband bijvoorbeeld een beschikking van de Europese Commissie (hierna: 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)

[7] Considerans punt 72 AGVV.

activiteiten (vergelijk Stadshotel), 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).

De betreffende kosten die door de staatssteun worden bekostigd komen voor staatssteun in aanmerking
Op grond van artikel 53 lid 4 AGVV is er sprake van investeringssteun bij - kosten voor investeringen in - kosten voor de bouw, modernisering, verwerving, instandhouding of verbetering van infrastructuur, indien jaarlijks ten minste 80% van de tijd- of ruimtecapaciteit voor culturele doeleinden wordt gebruikt.

- Toepassing op de casus:

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.[8]

Financieringskosten komen alleen in aanmerking als exploitatiesteun, indien deze niet werden gedekt door investeringssteun (art. 53, lid 5 onder d AGVV). Dat een onderscheid tussen investeringssteun en exploitatiesteun vooraf niet altijd goed gemaakt kan en hoeft te worden, kan worden afgeleid uit:

Conclusie A-G G. Hogan7 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:352, C-594/18 P
"127. Zoals ik zojuist heb aangegeven, kan ik het alleen maar eens zijn met deze analyse. Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat het belangrijkste punt met betrekking tot de verenigbaarheid van elke steunmaatregel met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU in wezen is of die steunmaatregel leidt tot de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid die anders niet zouden plaatsvinden. Mijns inziens kan er geen onderscheid vooraf worden gemaakt tussen investeringssteun enerzijds en exploitatiesteun anderzijds. Niet alleen is een dergelijk onderscheid niet gerechtvaardigd op grond van de bewoordingen van artikel 107 VWEU, maar een dergelijk onderscheid zou hoe dan ook simplistisch zijn en zou gewoon kunnen worden omzeild door middel van gekunstelde boekhoudkundige technieken."

In het bijbehorende arrest (EU:C:2020:742) reageert het Hof in overwegingen 109 t/m 122 op het verwijt van Oostenrijk dat het Gerecht heeft erkend dat exploitatiesteun zoals die ten behoeve van Hinkley Point C verenigbaar met de interne markt kan worden verklaard door te oordelen dat het onderscheid tussen investeringssteun en exploitatiesteun irrelevant is. Het hof verklaart het middel ongegrond (122). Wat de kwalificatie van de litigieuze maatregelen betreft, merkt het Hof op dat deze bedoeld zijn om NNB Generation in staat te stellen zich ertoe te verbinden te investeren in de bouw van Hinkley Point C, en het preciseert dienaangaande dat niets eraan in de weg staat dat een steunmaatregel die een doelstelling van algemeen belang nastreeft, die passend en noodzakelijk is voor het bereiken van die doelstelling en die de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad, verenigbaar met de interne markt wordt verklaard, ongeacht of hij als investeringssteun dan wel als exploitatiesteun moet worden aangemerkt. Het Gerecht en de Commissie waren dus bij de toetsing van de

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

verenigbaarheid van de betrokken maatregelen met de interne markt niet gehouden om de maatregelen formeel aan te merken als 'investeringssteun', die aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU kan voldoen, dan wel als 'exploitatiesteun', die in beginsel niet kan worden goedgekeurd op grond van deze bepaling.

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. Van de tijdcapaciteit voor culturele doeleinden worden gebruikt.

In de stukken zien wij naar voren komen dat het 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.

De steunintensiteit wordt niet overschreden

Het steunbedrag mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering (art. 53 lid 6 AGVV). De exploitatiewinst moet aan de hand van redelijke prognoses of een via een terugvorderingsmechanisme in minder gebracht worden op de in aanmerking komende kosten. De exploitant mag een zogenaamde 'redelijke winst' overhouden.[9] 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.[10]

Bij het schrijven van dit memo is ons nog duidelijk of de toegestane steunintensiteit (niet) wordt overschreden. Dit behoeft nader onderzoek.

Ad 2. Zou de Gemeente, in het geval dit nodig is, garant kunnen staan voor de door het Stadstheater aangetrokken lening?

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.[11]

Indien de Gemeente naast garant staan voor de lening, ook een subsidie verstrekt ten behoeve van de rente- en aflossingsverplichtingen, er in feite dubbelop (cumulerend) steun zal worden verleend. In dat geval zal nader onderzocht moeten worden in hoeverre dit toelaatbaar kan worden geacht.

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

---

[9] Artikel 53 lid 6 van de AGVV.
[10] Artikel 2 lid 142 AGVV.
[11] 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).

1. De kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden (zoals bedoeld in de mededeling van de Europese Commissie betreffende de reddings- en herstructureringssteun[12]);
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, en;
4. Voor de garantie is een marktconforme prijs betaald.

In het geval niet aan bovenstaande voorwaarden wordt voldaan is sprake 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 voert de Europese Commissie in de regel grondiger onderzoek uit naar de garantie;
4. Of met de specifieke kenmerken van de garantie en de lening rekening is gehouden bij het bepalen van de marktprijsconforme garantiepremie.

De Europese Commissie 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 dus beoordeeld worden aan de hand van de AGVV.[13]

Ad 3. Zijn de belangen van de Gemeente beter gewaarborgd als het Stadstheater een stichting of een besloten vennootschap is?

Staatssteunrechtelijk maakt het geen verschil of het Stadstheater een stichting of een B.V. is. Van belang is namelijk of de onderneming - een stichting geldt als een onderneming - economische activiteiten uitvoert. Een economische activiteit is '*iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en*

[12] Mededeling van de Commissie Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden (2014/C 249/01).
[13] Considerans punt 72 AGVV.

diensten op een bepaalde markt'.[14] Of de onderneming een winstoogmerk heeft maakt hierbij niet uit.[15] Aangenomen moet dus worden dat het Stadstheater een onderneming is die een economische activiteit uitvoert, ongeacht of deze de vorm heeft van een stichting of een B.V..

Indien het Stadstheater een stichting zou zijn, zijn in ieder geval twee andere mogelijke voordelen:

(iii) Vanwege het voor een stichting geldende winstuitkeringsverbod, kan verzekerd worden dat er geen geld (in directe vorm) uitgekeerd kan worden aan het Theaterhotel, en;

(iv) De Gemeente kan zitting nemen in het stichtingsbestuur en zodoende (meer) medezeggenschap verkrijgen over het Stadstheater.

*****

[14] HvJ EU 18 juni 1998, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303.
[15] Artikel 107 VWEU.