

MEMO

STRIKT VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE ADVOCAAT/CLIËNT

AAN Gemeente Utrecht
De heer J. Barendse

VAN Sammie Elbertsen
Tom Binder
Advocaten
TELEFOON +31 88 253 6021
FAX +31 88 253 6001
E-MAIL selbertsen@akd.eu

DATUM 27 januari 2021

ONS KENMERK 293716.SEL/TBI

KOPIE AAN

ONDERWERP Staatssteun De Machinerie

I. INLEIDING

1. Bij e-mail van 15 oktober 2020 heeft de gemeente Utrecht (hierna: '**Gemeente**') AKD om nader advies gevraagd met betrekking tot de beoogde subsidiering van de inbouw, afbouw en inrichting van het film- en beeldcultuurcentrum De Machinerie. Meer specifiek wil de Gemeente advies over het staatssteunrecht.
2. Bij memo van 25 november 2019 hebben wij een second opinion gegeven op het interne juridisch memorandum van de Gemeente. Wij concludeerden dat de beoogde subsidie (inderdaad) staatssteun zal inhouden aan Stichting De Machinerie (hierna: '**Stichting**') en haar kernpartners. Wij concludeerden dat staatssteun mogelijk geoorloofd verleend kon worden op grond van artikel 53 Algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: '**AGVV**').¹ wat nader moest worden onderzocht. Daarnaast gingen wij in op mogelijkheden om indirecte staatssteun aan EWU of derden te voorkomen. Bij memo d.d. 20 augustus 2020 adviseerden wij over de vraag of de beoogde Huurovereenkomst, Samenwerkingsovereenkomst en het Addendum voldoende waarborgen bevatten om staatssteun aan EWU te voorkomen.
3. De Stichting en EWU hebben de uitgangspunten van hun samenwerking nader uitgewerkt. Ten eerste zijn daarbij de raming en verdeling (demarcatie) van investeringskosten verder uitgelijnd. Ten tweede is er een stappenplan opgesteld voor het geval de huurovereenkomst vroegtijdig (binnen 20 jaar) wordt beëindigd. Gelet op het bovenstaande wil de Gemeente advies over de over de volgende punten:
 - Kan op grond van de AGVV staatssteun worden verleend aan de Stichting ten behoeve van in- en afbouwwerkzaamheden in De Machinerie?
 - Wordt indirecte steun aan EWU afdoende voorkomen?
 - Bieden de uitgangspunten voldoende waarborgen voor de belangen van de Gemeente?
4. Hieronder geven wij in Hoofdstuk II kort onze conclusies en ons advies weer. In Hoofdstuk III en verder zeten wij deze vervolgens nader uiteen.

¹ Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (PbEU 26 juni 2014, L 187/1), zoals later gewijzigd bij Verordening (EU) Nr. 2017/1084 van de Commissie van 14 juni 2017 en Verordening (EU) Nr. 2020/972 van de Commissie van 2 juli 2020.

II. CONCLUSIES EN ADVIES

Steun aan Stichting mogelijk op grond van AGVV

5. Het is mogelijk om op grond van artikel 53 AGVV staatssteun aan de Stichting te verlenen voor de in- en afbouwwerkzaamheden van De Machinerie. De Machinerie kan worden aangemerkt als een van genoemde culturele doelstellingen en activiteiten. Gezien de aard van de kosten zal er sprake zijn van 'investeringssteun'. Voor de steunverlening gelden wel enkele aandachtspunten, namelijk:
- i. Investeringssteun voor de bouw en verwerving van infrastructuur is alleen mogelijk als minstens 80% van de tijd- of ruimtecapaciteit gebruikt wordt voor culturele activiteiten. Wij adviseren de Gemeente om te verifiëren dat de ruimtes waar de subsidie aan wordt besteed qua tijd of ruimte voor meer dan 80% worden gebruikt voor culturele activiteiten. Een alternatief zou kunnen zijn dat de subsidie alleen ten goede mag komen aan ruimtes die (hoofdzakelijk) gebruikt worden voor culturele activiteiten.
 - ii. De hoogte van de steun mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering. De Stichting mag een redelijke winst houden. Dit kan worden geborgd door middel van een prognose of met behulp van een terugvorderingsmethodiek. Wij zijn niet bekend met eventuele prognoses van het resultaat van de Stichting. Als die er niet zijn, moeten die ofwel alsnog worden uitgevoerd, ofwel moet gekozen worden voor een terugvorderingsmethode in de subsidiebeschikking.

Voorkomen indirecte steun EWU

6. Er zijn maatregelen genomen om indirecte staatssteun aan EWU te voorkomen. De Stichting zal een opstalrecht krijgen ten aanzien van de zaken die aard- en nagelvast zitten. Hiervoor is geen retributieplicht verschuldigd. De Stichting heeft ook een wegneemrecht. Het opstalrecht kan worden overgedragen aan de Gemeente. Daarnaast is er een stappenplan uitgewerkt voor het geval de huur van de Stichting vroegtijdig eindigt of dreigt te eindigen. Dit stappenplan is bedoeld om te continuïteit van de culturele activiteiten zoveel mogelijk te borgen, alsook om indirecte staatssteun aan EWU te voorkomen.
7. Mede gelet op de bovenstaande rechten, zijn wij van mening dat de risico's op indirecte staatssteun reeds grotendeels zijn gemitigeerd. Wel doen wij nog de volgende suggesties:
- i. Verduidelijkt kan worden dat het stappenplan altijd wordt doorlopen, ongeacht de reden van vroegtijdige beëindiging van de huur van de Stichting;
 - ii. Als de Stichting het pand een nieuwe invulling geeft, moet nog steeds aan de voorwaarden van de AGVV worden voldaan. Hoewel verdedigd kan worden dat latere wijziging van de activiteiten niet hoeft te leiden tot terugvordering van de steun, is dat niet zonder risico.
 - iii. Er resteert een zeker risico indien EWU het pand zelf een culturele invulling zou geven en het wegneemrecht van de Stichting/de Gemeente vervalt zonder dat hiervoor een vergoeding wordt betaald. Indien gewenst zou dit risico verder kunnen worden gemitigeerd door een nieuwe melding op grond van de AGVV te doen, of (indien op dat moment naar het oordeel van beide partijen opportuun en acceptabel) een taxatie te laten uitvoeren.

Belangen Gemeente

8. De gekozen uitgangspunten bevatten voldoende mogelijkheden voor de Gemeente om de continuïteit van de culturele activiteiten in De Machinerie te borgen. Wij wijzen op het te verkrijgen opstalrecht, het step-in right en de voordraagbevoegdheid. Wel is van belang dat:
 - i. Bij subsidieverlening wordt geregeld dat en onder welke voorwaarden de Stichting gehouden zal zijn het opstalrecht over te dragen aan de Gemeente en/of te bezwaren met een zekerheidsrecht voor de Gemeente;
 - ii. Indien wenselijk kunnen nadere kaders worden gesteld voor de mogelijkheid voor EWU om een door de Gemeente aangedragen huurder te weigeren.
9. In hoeverre hiermee ook de eigen financiële belangen van de Gemeente geborgd zijn, zal afhangen van de mogelijkheden om de betreffende zaken in voorkomend geval weg te nemen en te verkopen. Zien wij het goed, dan is het primaire doel van de Gemeente echter gelegen in de continuïteit van De Machinerie.

III. RELEVANTE FEITEN

10. De Stichting en EWU zijn voor verschillende werkzaamheden een verdeling van kosten overeengekomen. Deze verdeling is opgenomen in het document 'Bijlage 1 bij Notitie Demarcatie Machinerie kruisjeslijst' bij de Notitie Demarcatie Machinerie d.d. 19 oktober 2020. Ten behoeve van onderhavige advisering beschouwen wij de werkzaamheden die in dit document aan de Stichting zijn toebedeeld als de activiteiten waarvoor subsidie zal worden verstrekt, en de bijbehorende kosten als de subsidiabele kosten.
11. De Stichting en EWU hebben afspraken gemaakt voor het geval de huurovereenkomst vroegtijdig wordt beëindigd. Deze afspraken bestaan in een stappenplan zoals beschreven in het document 'Bijlage 8 Machinerie – Voorstel besluitvorming' d.d. 16 oktober 2020.

IV. STEUN AAN STICHTING DE MACHINERIE

- *Vrijstelling onder de AGVV: culturele doelstellingen activiteiten*

12. Op grond van de AGVV is staatssteun verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107 lid 2 of 3 VWEU, en is deze vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU, mits wordt voldaan aan de algemene voorwaarden uit Hoofdstuk I en aan de specifieke voorwaarden voor de desbetreffende steuncategorie uit Hoofdstuk III.²
13. De specifieke voorwaarden met betrekking tot steun voor cultuur en instandhouding van het erfgoed zijn vastgesteld in artikel 53 AGVV. Hieronder zetten wij allereerst uiteen dat (de activiteiten in) De Machinerie naar onze mening voor steun op grond van artikel 53 AGVV in aanmerking komt. Ook gaan wij in op de

² Artikel 3 AGVV.

kaders die daarbij gelden.

14. Vervolgens zetten wij uiteen dat de steunverlening ook zal voldoen aan de algemene voorwaarden in Hoofdstuk I van de AGVV.

Artikel 53, lid 2 AGVV: 'culturele doelstellingen en activiteiten'

15. In de eerste plaats moet de steun worden toegekend voor een of meerdere van de limitatief opgesomde culturele doelstellingen en activiteiten.³ Onder meer worden genoemd musea, kunstcentra en cultuurcentra of artistieke of culturele locaties, theaters, bioscopen, operahuizen, concertzalen, andere live-performanceorganisaties, cinematografische erfgoedinstellingen, en andere vergelijkbare artistieke en culturele infrastructuurvoorzieningen, organisaties en instellingen.
16. Bij afwezigheid van een definitiebepaling, is het goed verdedigbaar dat het in het onderhavige geval te realiseren film- en beeldcultuurcentrum De Machinerie kan worden aangemerkt als "cultuurcentrum" of "culturele locatie" in de zin van deze bepaling. Minst genomen is het verdedigbaar dat De Machinerie wordt aangemerkt als een "vergelijkbare culturele infrastructuurvoorziening" in de zin van deze bepaling. Hoewel De Machinerie strikt genomen mogelijk niet aangemerkt kan worden als een 'bioscoop' of 'cinematografische erfgoedinstelling', is hiermee (tot op zekere hoogte) wel vergelijkbaar en blijkt uit het feit dat deze doelstellingen zijn opgenomen dat film- en beeldcultuur als zodanig wordt erkend in de AGVV.

Artikel 53, lid 3 AGVV: investeringssteun of exploitatiesteun

17. In de tweede plaats is van belang dat de steun in verschillende vormen kan worden verleend. Zo kan de steun de vorm hebben van investeringssteun, met inbegrip van steun voor de bouw of modernisering van cultuurvoorzieningen, of exploitatiesteun.
18. Naar onze mening kan de subsidiëring van de kosten voor in- en afbouw van De Machinerie worden beschouwd als investeringssteun. Het gaat namelijk om kosten voor de 'bouw of modernisering van cultuurvoorzieningen'.

Artikel 53, lid 4 AGVV: omvang van investeringssteun

19. De kosten die voor investeringssteun in aanmerking komen, zijn kosten voor investeringen in materiële en immateriële activa.⁴ In dit verband wordt materiële activa ruim gedefinieerd als activa bestaande uit gronden, gebouwen en installaties, machines en uitrusting.⁵
20. Meer concreet gaat het onder meer om kosten voor de bouw, modernisering, verwerving, instandhouding of verbetering van infrastructuur. Hierbij geldt wel het vereiste dat jaarlijks ten minste 80 % van de tijd- of ruimtecapaciteit van die infrastructuur voor culturele doeleinden wordt gebruikt.⁶

³ Artikel 53 lid 2 AGVV.

⁴ Artikel 53 lid 4 AGVV.

⁵ Artikel 2 punt 29 AGVV.

⁶ Artikel 53 lid 4 onder a AGVV.

21. De kosten die op grond van het demarcatieoverzicht voor rekening van de Stichting komen – en dus (deels) gesubsidieerd zullen worden – zijn naar onze mening aan te merken als kosten voor de bouw en verwerving van infrastructuur. Van belang is dus wel dat wordt geborgd dat van deze infrastructuur minimaal 80% jaarlijks gebruikt wordt voor culturele doeleinden. Dit kunnen wij op basis van de ons bekende stukken niet verifiëren.
22. Uit het demarcatieoverzicht blijkt dat de Stichting ook zal zorgen voor de in- en afbouw van vergaderruimtes, flexplekken en het restaurant. Wij houden er rekening mee dat deze ruimtes ook of zelfs hoofdzakelijk voor niet-culturele doeleinden zullen worden gebruikt. In dat geval bestaat het risico dat niet aan het bovenstaande vereiste wordt voldaan. Om dit risico te mitigeren, kan worden beoordeeld of deze ruimtes bij elkaar minder dan 80% van het ruimtegebruik in De Machinerie vertegenwoordigen. Als dat het geval is, zou dit kunnen gebruikt om te betogen dat alsnog aan het criterium is voldaan. In dat geval is wel noodzakelijk dat de overige ruimtes vrijwel hoofdzakelijk gebruikt worden voor culturele activiteiten.
23. Naar wij begrijpen is in dit kader een berekening uitgevoerd door de Stichting op basis van het bruto vloeroppervlak. Zien wij het goed, dan gaat de Stichting ervan uit dat 57% van het bruto vloeroppervlak in ieder geval bestemd is voor culturele activiteiten. Wij nemen aan dat dit onderbouwd c.q. geconcretiseerd kan worden bij de subsidieaanvraag. De resterende 43% bestaat blijkens de berekening uit eventruimtes, horeca en ruimte voor ondernemers. De Stichting gaat ervan uit de ruimtes voor ondernemers in hun geheel niet voor culturele activiteiten zullen worden gebruikt. Blijft over de ruimte voor horeca en eventruimtes. Hiervoor heeft de Stichting de volgende premisses berekend:
 - i. Het uitgangspunt dat de eventruimtes en horeca beiden voor 50% gebruikt zullen worden voor culturele doeleinden. Hiervan uitgaande zou 86% van het bruto vloeroppervlak van De Machinerie gebruikt worden voor culturele doeleinden.
 - ii. Het uitgangspunt dat de horeca niet voor culturele doeleinden bestemd wordt en de eventruimtes voor 50% voor culturele doeleinden bestemd wordt. Hiervan uitgaande zou 80% van het bruto vloeroppervlak bestemd zijn voor culturele doeleinden.
24. De eerste berekening lijkt ons risicovol, aangezien horeca doorgaans beschouwd wordt als een ondersteunende, niet-culturele voorziening.⁷ Tenzij aangetoond kan worden dat de horecavoorziening zelf een cultureel karakter heeft of de betreffende ruimte ook voor bijvoorbeeld tentoonstellingen wordt gebruikt, lijkt het ons lastig die ruimte (al dan niet gedeeltelijk) als cultureel aan te merken. De tweede berekening lijkt ons wel aanvaardbaar, mits onderbouwd kan worden dat inderdaad 50% van het vloeroppervlak of de tijds capaciteit van de eventruimtes gebruikt wordt voor culturele doeleinden.
25. Anderzijds zou het risico kunnen worden gemitigeerd indien de subsidie enkel ten goede komt aan de

⁷ Zie bijvoorbeeld het document 'General Block Exemption Regulation (GBER, Frequently Asked Questions' van de Europese Commissie, waarin in antwoord op de vraag hoe het 80% criterium moet worden berekend bij wijze van voorbeeld wordt gewezen op een museum met een souvenirwinkel en een café, waarbij laatstgenoemde voorzieningen als niet-cultureel worden beschouwd.

kosten in verband met de infrastructuur die wél (hoofdzakelijk) voor culturele doelstellingen wordt gebruikt. De kosten voor de overige infrastructuur zou dan moeten worden gefinancierd met behulp van de door de Stichting aan te trekken, externe financiering.

Artikel 53, lid 6 AGVV: omvang van de steun

26. Het bedrag aan investeringssteun mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering. De exploitatiewinst moet in mindering worden gebracht op de in aanmerking komende kosten, hetzij vooraf op basis van redelijke prognoses, hetzij via een terugvorderingsmechanisme. De exploitant van de culturele infrastructuur mag een redelijke winst behouden over de betrokken periode.
27. De “exploitatiewinst” is het verschil tussen de gediscoteerde inkomsten en de gediscoteerde exploitatiekosten over de economische levensduur van de investering, wanneer dit verschil positief is.⁸ De exploitatiekosten omvatten kosten zoals personeelskosten, kosten voor materialen, uitbestede diensten, communicatie, energie, onderhoud, huur, administratie, doch niet afschrijvingslasten en financieringskosten indien deze zijn gedekt door investeringssteun. Door inkomsten en exploitatiekosten te disconteren tegen een passende disconteringsvoet, kan een redelijke winst worden gemaakt. De “redelijke winst” wordt bepaald ten opzichte van de voor de betrokken sector gebruikelijke winst.
28. In antwoord op de vraag of de laatste volzin van artikel 53 lid 6 AGVV enkel van toepassing is indien de stichter/eigenaar van de culturele infrastructuur tevens de exploitant is, heeft de Europese Commissie verduidelijkt dat artikel 53 lid 6 AGVV uitsluitend betrekking heeft op investeringssteun aan de stichter/eigenaar van culturele infrastructuur en op de beperking van het steunbedrag dat de stichter/eigenaar kan maximaal te ontvangen.⁹ In het onderhavige geval kan de Stichting naar onze mening zowel stichter/eigenaar als exploitant is van de infrastructuur worden beschouwd waarvoor investeringssteun wordt verleend. Hoewel EWU vanzelfsprekend eigenaar is van De Machinerie, zal ten behoeve van Stichting een zelfstandig opstalrecht worden gevestigd op de zaken die aard- en nagelvast met De Machinerie en de ondergrond verbonden zijn, en die volgens de demarcatie door de Stichting zijn gefinancierd en gerealiseerd. Het deel van de culturele infrastructuur waarvoor investeringssteun wordt verstrekt, blijft daarmee in eigendom van de Stichting. Ten aanzien van de zaken c.q. activa waar geen opstalrecht op gevestigd zal kunnen worden blijft de Stichting in ieder geval de ‘stichter’.
29. Op grond van artikel 53 lid 6 AGVV moet de exploitatiewinst van de investeringen van de Stichting (voor zover deze een redelijke winst te boven gaat) in mindering moet worden gebracht op de in aanmerking komende kosten van de Stichting. Aangezien de Gemeente voornemens is een subsidie van EUR 3,55 miljoen te verstrekken, zal moeten worden geborgd dat dit bedrag inderdaad niet hoger is dan het toegestane steunbedrag. Dit kan zoals gezegd op basis van prognoses of met behulp van een terugvorderingsmechanisme.

⁸ Artikel 2 punt 39 AGVV.

⁹ Europese Commissie, ‘General Block Exemption Regulation (GBER) Frequently Asked Questions’ d.d. maart 2016, pagina 65.

- *Algemene voorwaarden AGVV*

30. De algemene voorwaarden uit Hoofdstuk I AGVV gelden voor alle steuncategorieën, en dus ook waar het gaat om steun voor cultuur. Deze zullen dus ook in acht moeten worden genomen bij de subsidiering ten behoeve van De Machinerie. Hieronder gaan wij achtereenvolgens op de voorwaarden in.

Artikel 4, lid 1 onder (z) AGVV: drempel

31. De AGVV is niet van toepassing op steun die de relevante aanmeldingsdrempel overschrijdt. Voor investeringssteun voor cultuur en instandhouding van het erfgoed bedraagt de aanmeldingsdrempel €150 miljoen per project. Nu in het onderhavige geval de beoogde steun aan de Stichting maximaal €3,55 miljoen bedraagt, wordt aan deze voorwaarde voldaan.

Artikel 5, lid 1 AGVV: transparante steun

32. De AGVV is alleen van toepassing op transparante steun (dat wil zeggen: steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd). Steun in de vorm van subsidies en rentesubsidies wordt als transparant aangemerkt. Nu in het onderhavige geval steun wordt verstrekt in de vorm van een subsidie aan de Stichting, wordt aan deze voorwaarde voldaan.

Artikel 6, lid 1 AGVV: stimulerend effect

33. Steun op grond van de AGVV moet een stimulerend effect hebben. In beginsel geldt als uitgangspunt dat steun wordt geacht een stimulerend effect te hebben wanneer de begunstigde ervan, voordat de werkzaamheden aan het project of de activiteit aanvangen, bij de betrokken lidstaat een schriftelijke steunaanvraag heeft ingediend.
34. Het voorgaande zou meebrengen dat thans reeds gemaakte kosten niet voor steunverlening in aanmerking komen. In afwijking dit uitgangspunt, geldt echter dat steun voor cultuur (die aan de voorwaarden van artikel 53 AGVV voldoet) geen stimulerend effect hoeft te hebben, of wordt geacht dat effect te hebben.¹⁰ Het is dus verdedigbaar dat in het onderhavige geval aan deze voorwaarde wordt voldaan, zelfs al zou steun worden verleend nadat de in aanmerking komende kosten zijn gemaakt.

Artikel 7, lid 1 AGVV: staving van kosten

35. Alle bedragen die worden gebruikt bij de berekening van de steunintensiteit en de in aanmerking komende kosten moeten de bedragen vóór aftrek van belastingen of andere heffingen zijn. De in aanmerking komende kosten moeten worden gestaafd met bewijsstukken, die duidelijk, gespecificeerd en actueel zijn. Het voorgaande brengt mee dat de Stichting facturen moet kunnen overleggen van de in aanmerking komende kosten waarvoor zij investeringssteun ontvangt. In dat geval kan in het onderhavige geval aan deze voorwaarden worden voldaan.

Artikel 8 AGVV: cumulatie van steun

¹⁰ Artikel 6 lid 5 onder h AGVV.

36. In de laatste plaats voorziet de AGVV in cumulatierregels.¹¹ Om te bepalen of de aanmeldingsdrempel en de maximale steunintensiteit in acht worden genomen, wordt het totale bedrag aan staatssteun ten behoeve van de gesteunde activiteit, het gesteunde project of de gesteunde onderneming in aanmerking genomen.¹² Aannemende dat het steunbedrag op correcte wijze wordt vastgesteld, zien wij geen aanleiding om aan te nemen dat de cumulatierregels in het onderhavige geval zullen worden geschonden. Uit de ons bekende stukken blijkt ook niet dat de Stichting uit andere hoofde staatssteun zal ontvangen. Mocht dit wel zo zijn, dan vernemen wij dat graag. In dat geval kunnen de cumulatierregels nader worden uitgewerkt.

V. VOORKOMEN STAATSSTEUN AAN EWU

- *Afspraken en uitgangspunten*
37. De Stichting en EWU hebben nadere uitgangspunten uitgewerkt voor het geval de huurovereenkomst vroegtijdig wordt beëindigd. Het doel hiervan is te voorkomen dat de investeringssteun aan de Stichting indirecte staatssteun aan EWU oplevert. Dit risico zou bestaan wanneer de huur van de Stichting eindigt voordat de gesubsidieerde infrastructuur is afgeschreven en deze zou toevallen aan EWU. Concreet zijn de volgende uitgangspunten gekozen:
- i. De Stichting krijgt een opstalrecht op de zaken die door haar worden aangebracht en aard- of nagelvast met het pand en de ondergrond zijn verbonden. De Stichting is geen retributie verschuldigd. Het opstalrecht mag worden overgedragen aan de Gemeente. Uit de stukken begrijpen wij dat de Stichting 'hierop' een pandrecht mag vestigen ten behoeve van de Gemeente;
 - ii. De Gemeente krijgt een 'step-in right'. Wanneer de huur van de Stichting vroegtijdig eindigt (binnen 20 jaar), maar de Gemeente de huur onder dezelfde voorwaarden overnemen. De Gemeente mag ook een nieuwe huurder aandragen die – na goedkeuring van EWU – tegen dezelfde voorwaarden als de Stichting zal huren.
 - iii. De Stichting althans de opstalgerechtigde krijgt een wegbreekrecht, inhoudende dat bij opzegging van het opstalrecht de betreffende zaken mag wegnemen.
38. Partijen hebben daarnaast een vijf stappenplan uitgewerkt, dat wordt doorlopen wanneer de Stichting exploitatie-technisch en/of financieel in zwaar weer komt, en het ernaar uitziet dat zij binnen afzienbare tijd niet langer aan haar verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst kan voldoen, dan wel indien dat moment zich ineens voordoet. Dit stappenplan is bedoeld om de functie van De Machinerie als locatie voor cultuur en culturele evenementen zoveel mogelijk te borgen. Wij herhalen het stappenplan hier niet integraal, maar verwijzen naar het document bedoeld onder randnummer 11.
- *Aandachtspunten ter voorkoming indirecte steun EWU*

¹¹ Artikel 8 AGVV.

¹² Artikel 8 lid 1 AGVV.

39. Naar onze mening vormen de bovenstaande uitgangspunten een gebalanceerd kader om indirecte steun aan EWU te voorkomen. Wel gelden er enkele aandachtspunten, die wij hieronder benoemen.

Stappenplan in alle gevallen toepassen

40. Allereerst merken wij op dat het uitgewerkte stappenplan alleen lijkt te gelden in het geval de Stichting om exploitatie-technische en/of financiële redenen niet langer kan voldoen aan haar verplichtingen uit de huur-overeenkomst. Wij nemen echter aan dat het stappenplan ook zal worden ingezet wanneer de huur om andere redenen vroegtijdig eindigt. Immers, ook wanneer de huurovereenkomst om andersluidende redenen vroegtijdig wordt beëindigd (althans dreigt moeten te worden beëindigd), moet staatssteun aan EWU worden voorkomen.

Andere invulling De Machinerie moet bij voorkeur nog steeds voldoen aan AGVV

41. In de tweede plaats bestaat er naar onze mening een risico in de tweede stap. Die stap houdt in dat de Stichting en EWU gezamenlijk zullen zoeken naar “*een iets andere invulling (bijvoorbeeld een meer commerciële bioscoop) of een andere invulling van het concept*”. Zoals gezegd is voor investeringssteun vereist dat de infrastructuur jaarlijks voor minimaal 80% wordt gebruikt voor culturele activiteiten. Een nieuwe invulling of een ander concept zou hier afbreuk aan kunnen doen. Hoewel wij niet uitsluiten dat een (meer commerciële) bioscoop eveneens kan worden aangemerkt als culturele doelstelling c.q. -activiteit,¹³ brengt een volledige andere (niet culturele) invulling het risico mee dat niet langer wordt voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden van de AGVV.
42. Uit jurisprudentie van het HvJEU over de oude vrijstellingsverordening blijkt dat staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU geacht moet worden te zijn verleend op het tijdstip waarop de begunstigde krachtens de toepasselijke nationale wet- en regelgeving een wettelijke aanspraak op de steun verwerft.¹⁴ Volgens het HvJEU was dat moment bepalend voor de beoordeling of de onderneming op grond van de toepasselijke voorwaarden voor steun in aanmerking kwam.¹⁵ Het HvJEU oordeelde vervolgens dat de steun niet mocht worden teruggevorderd op de enkele grond dat de betreffende onderneming na het moment van steunverlening in een faillissementsprocedure betrokken raakte.¹⁶ Hoewel zij hierdoor niet langer voldeed aan de eisen uit de vrijstellingsverordening, voldeed zij daar wel aan op moment van steunverlening en dat moment was bepalend.
43. De (huidige) AGVV verduidelijkt eveneens dat steun geacht moeten worden te zijn verleend op het moment dat deze op grond van de nationale wettelijke regeling aan de begunstigde wordt verleend.¹⁷ Wij achten het daarom verdedigbaar dat ook onder vigeur van de (huidige) AGVV op het tijdstip van toekenning van de steun door de lidstaat moet worden beoordeeld of wordt voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden. Gelet hierop zou kunnen worden verdedigd dat het moment van subsidieverlening of -vaststelling bepalend is

¹³ Vgl. artikel 53 lid 2 onder a AGVV.

¹⁴ HvJ EU 6 juli 2017, zaak C-245/16 (*Nerea tegen Regione Marche*), ECLI:EU:C:2017:521, punt 32.

¹⁵ Ibidem, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹⁶ Ibidem, punt 38.

¹⁷ Artikel 2 punt 28 AGVV.

voor de beoordeling of wordt voldaan aan de voorwaarden van de AGVV en dat de steun niet mag worden teruggevorderd als ná dat moment niet langer voldaan wordt aan het 80%-criterium. Deze route is echter niet zonder risico. Daarom zouden wij adviseren om ook ná het moment van steunverlening te borgen dat aan dit criterium zal worden voldaan.

Vergoedingsplicht voor EWU

44. In de derde plaats zien wij een risico op staatssteun aan EWU in de vierde stap. Het huidige uitgangspunt is dat als de Gemeente afziet van haar 'step-in right', EWU ervoor kan kiezen om het pand dezelfde of een soortgelijke invulling te blijven geven als het concept van De Machinerie. In dat geval vervalt het wegbreekrecht. Als door EWU hierbij geen hogere huurinkomsten kan genereren dan onder de huurovereenkomst met Stichting, hoeft zij geen vergoeding te betalen.
45. Op zichzelf kan worden verdedigd dat EWU in dit scenario geen voordeel ontvangt. EWU kiest er in dat geval voor om het pand een culturele bestemming te blijven geven maar kan ondanks de achterblijvende voorzieningen geen hogere huurprijs in rekening brengen. In zoverre lijkt EWU dus geen voordeel te genieten. Hier bestaat wel een restrisico. Het is namelijk niet uitgesloten dat de betreffende activa nog steeds een waarde vertegenwoordigen en dat het alternatief voor EWU – indien de Gemeente de voorzieningen wel wegneemt en het pand een andere invulling zou moeten krijgen – financieel minder aantrekkelijk zou zijn. Hoe realistisch dit scenario is kunnen wij niet zeggen, maar het uitsluiten evenmin.
46. Indien gewenst zou dit restrisico nog kunnen worden gemitigeerd. Aangezien het pand in dit scenario nog steeds een culturele invulling krijgt, zou op dat moment mogelijk opnieuw een nieuwe melding van steun op grond van artikel 53 AGVV kunnen worden gedaan, maar dan ten behoeve van EWU. Een eventueel alternatief zou – indien op dat moment naar het oordeel van beide partijen opportuun en acceptabel – kunnen zijn dat ook in dit scenario een onafhankelijke taxatie van de waarde van de voorzieningen wordt uitgevoerd en op grond daarvan een vergoeding zou worden betaald (of alsnog voor steun op grond van de AGVV wordt gekozen).

- *Financiële belangen Gemeente*

47. Naast het staatssteunrecht heeft de Gemeente er een belang bij dat de subsidie die aan de Stichting zal worden verstrekt, zo lang mogelijk ten goede komt aan de gewenste, culturele activiteiten. Dit belang lijkt met de onderhavige afspraken te zijn gediend. Wij lichten dit kort toe.
48. Primair is van belang dat de Stichting de mogelijkheid krijgt om het opstalrecht over te dragen aan de Gemeente. De Gemeente verkrijgt eveneens een 'step-in right' bij vroegtijdige beëindiging van de huur. Deze rechten bieden mogelijkheden voor de Gemeente om te borgen dat het pand op de lange termijn een culturele invulling krijgt. De Gemeente heeft alsdan het recht om het pand zelf te gaan huren, ofwel om een nieuwe huurder aan te dragen. In combinatie met het eventueel te verkrijgen opstalrecht zijn de mogelijkheden daartoe beter geborgd. Wel is van belang dat een eventueel aan te dragen huurder door EWU zal moeten worden goedgekeurd. Om de risico's voor de Gemeente te verkleinen, zouden wellicht nu reeds afspraken kunnen worden gemaakt over de gevallen waarin EWU de huurder zou mogen weigeren.

DATUM 27 januari 2021
ONS KENMERK 293716.SEL/TBI
PAGINA 11 van 11

49. Op dit moment zijn de voorwaarden en verplichtingen voor de Stichting ten aanzien van de overdracht van het opstalrecht nog niet duidelijk. Wij nemen echter aan dat hier bij de subsidieverlening rekening mee zal worden gehouden, bijvoorbeeld door aan de subsidie de voorwaarde te verbinden dat er een overeenkomst tot stand komt tussen de Stichting en de Gemeente waarin is bepaald wanneer en onder welke voorwaarde het opstalrecht wordt overgedragen aan de Gemeente.
50. In het beschrijvend document wordt genoemd dat de Stichting het recht zal krijgen om een pandrecht te vestigen. Begrijpen wij het goed, dan zou het gaan om een pandrecht op het opstalrecht. Dit lijkt ons niet mogelijk. Het is wel mogelijk om het opstalrecht te bezwaren met een hypotheekrecht voor de Gemeente.
51. Het opstalrecht (dan wel eventuele daarop te vestigen rechten) lijkt voor de Gemeente met name van belang te zijn om de continuïteit van de culturele activiteiten te kunnen borgen. Vanuit zuiver financieel oogpunt is de waarde hiervan lastiger te beoordelen. Dit zal afhangen van de vraag hoe makkelijk en kostbaar het is om de betreffende zaken in voorkomend geval weg te nemen en de mogelijkheden om ze vervolgens aan een derde te verkopen. De zaken lijken in ieder geval niet veel waarde te hebben voor de eigen activiteiten van de Gemeente. Overigens zullen slechts een deel van de zaken die met de subsidie worden betaald vatbaar zijn voor een opstalrecht, zodat ook in zoverre al een zekere 'verwatering' plaatsvindt. Zien wij het goed, dan is het primaire belang van de Gemeente echter gelegen in het behoudt van de culturele activiteiten op lange termijn.

AKD