

MEMO



STRIKT VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE ADVOCaat/CLIËNT

AAN Gemeente Venlo
S. Kuijpers, P. van Os en M. Buurman

VAN Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers en mr. C. de
Ruiter
Advocaten
TELEFOON +31(0)88 253 5085
FAX +31(0)88 253 5085
E-MAIL cderuiter@akd.eu

TEN BEHOEVE VAN BELEIDSOPVATTINGEN GEMEENTE VENLO

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
KOPIE AAN
ONDERWERP Revitalisering Kazerneterrein Fort van Venlo

I. Inleiding, vraagstelling en conclusie

1. De gemeente Venlo (hierna ook: '**Gemeente**') is eigenaar van een voormalig kazerneterrein in Venlo. Initiatiefnemers VolkerWessels Bouw & Vastgoed Zuid B.V, Twister Media Group B.V. en Wyckerveste Adviseurs B.V. (hierna ook: '**Initiatiefnemers**') hebben aan de Gemeente kenbaar gemaakt dat zij de gronden inclusief opstallen willen kopen van de Gemeente. De Initiatiefnemers zijn van plan om op het voormalig kazerneterrein twee concepten te ontwikkelen: een nieuw te bouwen 'Leisure Dome' ('**LD**') en 'Authentic Food-and Handmade Market' ('**AFHM**') binnen de bestaande kazernegebouwen ('**Project**'). Voor de uitvoering van het projectplan zal een besloten vennootschap worden opgericht, genaamd Fort van Venlo Vastgoed B.V. ('**Fort van Venlo**'), geleid door Twister Media Group B.V. en Wyckerveste Adviseurs B.V. ('**Consortium**').
2. De Gemeente en Initiatiefnemers zijn sinds de zomer van 2014 met elkaar in gesprek over de overdracht van het voormalig kazerneterrein en de wijze waarop de Gemeente binnen de wettelijke kaders steun kan verlenen aan het initiatief. Voor een nadere beschrijving van het procesverloop, de documenten en aannames waarop dit advies is gebaseerd, verwijzen wij naar **Bijlage 1**.
3. Op basis van langdurige onderhandelingen heeft de Gemeente de niet-bindende intentie uitgesproken dat de Gemeente:
 - A. een subsidie ter hoogte van EUR 3.700.000,= (*zegge driemiljoen zehonderdduizend euro*) verstrekt aan het Fort van Venlo voor kosten die voor geoorloofde staatssteun in aanmerking komen ('**De Subsidie**'); en
 - B. een lening van een kredietgever (vermoedelijk de BNG) ter hoogte van EUR 35.075.000,= (*zegge vijftig miljoen vijfenzeventigduizend euro*) aan het Fort van Venlo garandeert tot een bedrag van maximaal EUR 28.060.000,= (*zegge achtentwintig miljoen zestigduizend euro*) ('**De Garantie**').
4. Dit memo betreft uitsluitend een staatssteunrechtelijke beoordeling van De Subsidie (hoofdstuk II) en De Garantie (hoofdstuk III). Het advies is een verkorte weergave van onze bevindingen. Voor de volledige toelichting en nuancering verwijzen wij naar de relevante bijlagen.¹

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 2 van 28

5. Wij concluderen ten eerste dat De Subsidie staatssteun betreft die is vrijgesteld van de verplichting tot voorafgaande melding bij de Europese Commissie ex artikel 108 lid 3 VWEU met inachtneming van hetgeen hieronder is gesteld (onder meer over toekenning en vaststelling van de subsidie).
6. Ten tweede zijn we concluderend van mening dat De Garantie geen staatssteun is die op grond van artikel 108 lid 3 VWEU vooraf dient te worden gemeld bij de Europese Commissie, mits de hierna beschreven uitgangspunten en voorwaarden voldoende zijn uitgewerkt voor de ter beschikkingstelling van de financiering aan het Consortium.

BIJLAGE 1 – Documenten en aannames waarop dit advies is gebaseerd.....	14
BIJLAGE 2 - Steun voor cultuur en instandhouding van erfgoed	15
BIJLAGE 3 - Juridisch kader – steun voor sport-, multifunctionele recreatieve en/of lokale infrastructuur	20
BIJLAGE 4 - Juridisch kader – steun voor milieubescherming	22
BIJLAGE 5 – Juridisch kader - Diensten van Algemeen Economisch Belang	24
BIJLAGE 6 - Juridisch kader – Mededeling Garanties.....	26

II. Staatssteunrechtelijke beoordeling van De Subsidie

7. Teneinde de rechtmatigheid van De Subsidie te beoordelen, zullen we eerst ingaan op de vraag welke categorieën (stichtings)kosten naar onze mening voor steun in aanmerking komen om daarna de hoogte van de voorlopige subsidie te bepalen.
8. Onze conclusie is dat de Gemeente op grond van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening nr. 651/2014 (“**AGVV**”) geoorloofde staatssteun kan verlenen zonder dat een meldingsplicht ex artikel 108 lid 3 VWEU ontstaat voor:
 - Alle noodzakelijke² meerkosten voor de restauratie en herstel van de monumentale status van gebouwen van het voormalig kazerneterrein op grond van de vrijstelling voor steun voor materieel cultureel erfgoed en het nationale steunkader voor monumentenzorg (Monumenten kader). Vereist is wel dat deze gebouwen voordien nauwkeurig zijn beschreven en definitief zijn ingeschreven in een gemeentelijk monumentenregister.
 - Alle kosten om cultureel erfgoed beter toegankelijk te maken voor het publiek, met inbegrip van kosten om de toegankelijkheid te verbeteren voor mensen met speciale behoeften (met name hellingbanen en liften voor mensen met een handicap).
 - (maximaal) 30% van de in aanmerking komende kosten voor de energie-

¹ Indien dit memo feiten of omstandigheden bevat die onjuist zijn, vernemen wij dat zo spoedig mogelijk, aangezien dit onze advisering kan beïnvloeden.

² Met noodzakelijk wordt bedoeld: vanuit technisch oogpunt noodzakelijk voor de instandhouding van het monument.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 3 van 28

efficiëntiemaatregelen ten behoeve van het energiedak, *smart grids* voor elektriciteit, zelfvoorziening van water en koppelingen van warmte- en koude-systemen om de energieaanvraag optimaal binnen het Fort te verspreiden. Het totale steunbedrag is beperkt tot EUR 10 miljoen.

- (maximaal) 45% van de in aanmerking komende kosten voor de hoogrenderende warmtekrachtkoppeling. Het totale steunbedrag is beperkt tot EUR 15 miljoen. Tot 45% van de in aanmerking komende kosten voor de PV-panelen. Het totale steunbedrag is beperkt tot EUR 15 miljoen.

9. Wij menen dat de vrijstellingen van de AGVV voor:

- culturele infrastructuur niet van toepassing zijn op de bioscoop;
- immaterieel cultureel erfgoed niet van toepassing is op de AFHM;
- sport -, multifunctionele recreatieve - en/of lokale infrastructuur niet van toepassing is, omdat de staatssteun alleen is toegestaan als de aannemer wordt geselecteerd op basis van een open, transparante en niet-discriminerende procedure, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.

10. De vrijstelling voor Diensten van Algemeen Economisch Belang ('**DAEB**') achten wij niet van toepassing. Onzes inziens zijn de diensten die het Fort van Venlo BV aanbiedt geen DAEB, omdat onvoldoende sprake is van (i) een publiek algemeen belang en (ii) een marktfaal niet is vastgesteld. De producten en diensten hebben een commercieel karakter en zullen tegen marktvoorwaarden worden verleend. Wat het eerste betreft: De doelgroep is 'circa 30 miljoen potentiële burgers op maximaal 2 uur rijden'.³ Het Fort van Venlo heeft dus bepaald geen lokaal of gemeentelijk karakter. Ten tweede is er onvoldoende sprake van marktfaal, omdat de diensten van het Fort van Venlo BV reeds aangeboden onder normale marktomstandigheden op andere plaatsen in de stad en/of regio, althans zien wij onvoldoende reden om aan te nemen dat dit niet mogelijk zou zijn.

11. Andere vrijstellingen van de aanmeldingsplicht ex artikel 108 lid 3 VWEU komen ons niet aannemelijk voor, behalve de De Minimis-Vrijstelling.⁴ Als de steun niet hoger is dan EUR 200.000,- over 3 belastingjaren, kunnen bepaalde kosten alsnog financieel door de gemeente worden gesteund binnen de (overige) kaders van de De Minimis-Verordening. Hiervoor is de ondertekening van een verklaring over andere steun noodzakelijk. De Gemeente dient de verplichting door het Consortium en haar vennoten tot ondertekening op voorhand vast te leggen.

12. Voor een nadere onderbouwing van onze beoordeling en de voorwaarden waaronder de steun kan worden verleend, verwijzen wij naar de relevante bijlagen.

³ Projectplan, pagina 10.

⁴ Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun. PbEU L 352/1.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 4 van 28

13. Om de hoogte van de steun te bepalen, zijn aan het Consortium de volgende drie plichten opgelegd:

- **Een bewijsplicht vooraf:** bij de berekening van de in aanmerking komende kosten worden bewijsstukken overlegd die (i) duidelijk, (ii) gespecificeerd en (iii) actueel zijn (artikel 7 lid 1 AGVV).
- **Een administratieplicht gedurende tien jaar vanaf steunverlening:** een gedetailleerd dossier dient te worden bijgehouden waarin de gegevens en bewijsstukken zijn opgenomen die nodig zijn om aan te tonen dat alle in de AGVV vastgestelde voorwaarden zijn vervuld (artikel 12 AGVV);
- **Een controleplicht drie maanden na afronden werkzaamheden:** Een garantstelling kwalificeert als een specifieke vorm van een subsidie. Dit betekent dat het college het subsidierecht (als bedoeld in de Awb) dient toe te passen. Daaronder valt ook de Algemene Subsidieverordening Venlo, waarin de bevoegdheid voor het college is opgenomen tot het verstrekken van (dergelijke) subsidies. Uit de Algemene Subsidieverordening volgt dat het Consortium verplicht is om binnen drie maanden na de realisatie van de activiteit een verzoek tot subsidievaststelling in te dienen bij het college. Bij dit verzoek dient een inhoudelijk en financieel verslag te zijn gevoegd (artikel 19 Algemene Subsidieverordening van de gemeente Venlo).

14. Teneinde te voldoen aan de bewijsplicht vooraf, heeft dhr. J. Quist namens het Consortium een overzicht opgesteld van de in aanmerking komende kosten. Afgesproken is dat dhr. J. Quist na vaststelling van het Definitief Ontwerp en tijdig voor aanvang van de bouwwerkzaamheden een meer specifieke kostenraming indient. Hiermee is naar onze mening ook voldaan aan de voorwaarde van stimulerend effect in de zin van artikel 6 lid 1 en 2 AGVV.⁵

15. Wij achten in beginsel de volgende kosten vrijgesteld als steun aan materieel cultureel erfgoed (waarvoor dus de voorafgaande monumentale status van de te restaureren gebouwen vereist is en de staatssteun beperkt moet zijn en in direct verband staan met de instandhouding van monumenten):

- Restauratie en herstel ad EUR 1.305.000,=;

16. Wij achten in beginsel de volgende kosten vrijgesteld als steun op grond van artikel 53 lid 4 sub d AGVV (publieke toegankelijkheid)

- publieke toegankelijkheid ad EUR 1.618.000,=

17. Als steun wordt verleend voordat de monumentale status van de gebouwen is erkend, kan

⁵ Voor steun aan cultuur en instandhouding van het erfgoed hoeft de steun geen stimulerend effect te hebben of wordt zij geacht dat effect te hebben (artikel 6 lid 5 sub h AGVV).

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 5 van 28

worden geconcludeerd dat de steun, hoewel vrijgesteld, te vroeg is betaald en dat daarom daarover een bedrag aan rente moeten worden betalen om het voordeel van de voortijdige uitkering te compenseren. De procedure voor opneming op de monumentenlijst dient derhalve zo spoedig mogelijk in gang worden gezet en de monumenten dienen zodanig nauwkeurig te zijn omschreven dat de staatssteun daarop betrekking heeft.

18. Wij achten in beginsel de volgende kosten tot 45% van de in aanmerking komende kosten vrijgesteld als milieusteun:
 - Duurzaam collectief warmte/koude opwekkingssysteem ad EUR 755.100,=.
19. Bovenstaande beoordeling over de in aanmerking komende kosten is gebaseerd op informatie aangeleverd door het Consortium. Of deze kosten daadwerkelijk worden gemaakt en/of worden besteed aan het doel waarvoor de steun wordt verleend, dient te blijken uit de rapportageplicht van het Consortium achteraf. Op basis van deze rapportage van het Consortium kan de Gemeente – na goedkeuring van de rapportage - de subsidie voor de in aanmerking komende kosten conform het toegekende bedrag of een lager bedrag vaststellen in het subsidievaststellingsbesluit.
20. De totale voor geoorloofde staatssteun in aanmerking komende kosten op basis van de AGVV is begroot op maximaal EUR 3.700.000,=. Omdat de steun een subsidie is, kwalificeert deze steun als transparant op grond van artikel 5 lid 2 sub a AGVV. De aard van de subsidiering brengt mee dat de steun valt onder de categorie “investeringssteun”. Dat betekent dat artikel 53 lid 6 AGVV op de subsidiering van toepassing is. Het gevolg hiervan is dat de subsidiering voor cultuur en instandhouding van het erfgoed, het steunbedrag (€ 2.923.600,--) niet hoger mag zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de (begrote) exploitatiewinst van de investering (artikel 53 lid 6 AGVV).

III. Staatssteunrechtelijke beoordeling van De Garantie

Juridisch kader

21. Aangezien mogelijkheden van de Gemeente om geoorloofde staatssteun te verlenen voor het initiatief zijn beperkt tot De Subsidie zoals beschreven in hoofdstuk II, dient de Gemeente zich voor het overige te gedragen zoals een normale marktinvesteerder zou doen onder vergelijkbare omstandigheden, ook wel het Market Economy Investor Principle (**‘MEIP-criterium’**) genoemd. Als wordt voldaan aan het MEIP-criterium, verkrijgt de onderneming geen voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU en is er geen sprake van staatssteun.
22. Voor een garantstelling heeft de Europese Commissie (**‘Commissie’**) het MEIP-criterium nader uitgewerkt in de **Mededeling Garanties**.⁶ De Commissie neemt aan dat een garantie

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 6 van 28

marktconform is als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- a. de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden;
- b. de garantie houdt verband met een welbepaalde financiële transactie verband, betreft een vast maximumbedrag en is in de tijd beperkt;
- c. de garantie dekt niet meer dan 80 % van de uitstaande lening of andere financiële verplichting;
- d. voor de garantie wordt een marktconforme premie betaald;
- e. de zekerheden zijn ten minste pro rata verdeeld over de kredietgever en de Gemeente⁷

23. Voordat we De Garantie toetsen aan de Mededeling Garanties is het van belang om stil te staan bij de voorvraag of het mogelijk is om tegelijkertijd gebruik te maken van meerdere staatssteunrechtelijke kaders voor dit project. De Mededeling Garanties vereist dat bij garanties het *mogelijke* staatssteunbestanddeel wordt gekwantificeerd "om te kunnen nagaan of de steun op grond van een bepaalde afwijking van de staatssteunvoorschriften verenigbaar kan worden verklaard."⁸ Wij begrijpen hieruit dat het dus mogelijk is om gelijktijdig gebruik te maken van meerdere staatssteunrechtelijke kaders, mits de verschillende categorieën kosten afzonderlijk worden berekend, gefinancierd en (indien mogelijk) gesteund in overeenstemming met het juridisch kader dat van toepassing is op die categorie kosten. Het doel hiervan is om (onrechtmatige) kruissubsidie van kosten te voorkomen.

Toetsing van De Garantie aan de Mededeling Garantie

Ad a. De kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden

24. Het Fort van Venlo is opgericht voor de uitvoering van het projectplan en bestaat nog niet. Wij toetsen daarom de aandeelhouder/vennoten aan dit criterium. Uit het rapport van Montesquieu d.d. 12 mei 2016 blijkt dat het Consortium niet in financiële moeilijkheden verkeert.

25. Wij menen daarom dat aan voorwaarde a wordt voldaan.

Ad. b en c. De garantie houdt verband met een welbepaalde financiële transactie verband, betreft een vast maximumbedrag en is in de tijd beperkt. De garantie dekt niet meer dan 80 % van de uitstaande lening.

⁶ Zie bijlage 6 bij dit advies voor een nadere toelichting op de Mededeling Garanties.

⁷ Wij nemen in dit geval aan dat de kredietgever geen zekerheden verlangt gelet op de garantie van de Gemeente.

⁸ Mededeling Garanties, par. 4.1.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 7 van 28

26. De onderliggende lening (totale waarde ongeveer EUR 35.075.000) heeft een looptijd van 12 jaar en bestaat uit een niet door de Gemeente gegarandeerd deel van EUR 7.015.000 (20%) en een door de gemeente gegarandeerd deel van EUR 28.060.000 (80%). De hoogte van het gegarandeerde deel is gebaseerd op het voornemen van de Gemeente om borg te staan voor een bedrag dat nooit hoger is dan EUR 28,8 miljoen.
27. Wij achten voorgenoemde opbouw in overeenstemming met de Mededeling Garanties, mits:
- op elk moment gesproken kan worden van één krediettransactie c.q. financiële verplichting aan de kredietgever; en
 - na aflossing het gegarandeerde deel nooit meer bedraagt dan 80% van de onderliggende nog uitstaande lening.

Ad. e. de zekerheden zijn pro rata verdeeld over de kredietgever en de Gemeente

28. Hieronder zullen wij eerst de opbouw van de zekerheden beschrijven om vervolgens de opbouw van de zekerheden te toetsen aan criterium (e).
29. Bij het kwalificeren van de zekerheden verwijzen wij naar het criterium 'verlies bij wanbetaling' ('LGD') in de zin van de **Mededeling Referentie- en Disconteringspercentages**⁹. Volgens de Mededeling Referentie- en Disconteringspercentages kwalificeert een LGD van minder dan 30% als een hoge zekerheidsstelling, een LGD tussen de 31% en 59% als een 'normale' zekerheidsstelling en een LGD van meer dan 59% als een 'lage zekerheidsstelling. Gezien het doel van de Europese Commissie om de toegang van kmo's tot financiering te bevorderen en daarvoor praktische handvatten probeert aan te reiken in de relevante Mededelingen, achten wij het verdedigbaar dat voor het kwalificeren van de zekerheden onder de Mededeling Garanties gebruik wordt gemaakt van de LGD-methode uit Mededeling Referentie- en Disconteringspercentages. Dit kunnen wij echter niet met zekerheid stellen, omdat wij hiervoor geen specifiek juridische grondslag voor hebben kunnen vinden.

Zekerheden kredietgever

30. De kredietgever verkrijgt een zekerheid in de vorm van een depot gesteld namens het Consortium aan de kredietgever ter hoogte van het leningsbedrag, zijnde EUR 7.015.000,--. Het Consortium kan de lasten van dit depot niet direct of indirect afwentelen op de Gemeente en zal in geval van betaling aan de kredietverstrekker geen verhaal hebben voor enig bedrag op de Gemeente. In dit verband merken we op dat het stellen van een depot of bankgarantie niet inhoudt dat de kredietverstrekker geen risico loopt. Als het Fort van Venlo surseance van betaling krijgt, failliet wordt verklaard of een regeling met crediteuren treft, zal de bank mogelijk een gedeelte van de lening moeten afschrijven.

⁹ Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (2008/C 14/02)

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 8 van 28

31. De zekerheid voor de kredietgever kwalificeert aldus als hoog, omdat het LGD minder bedraagt dan 30%.

Zekerheden Gemeente

32. De Gemeente verkrijgt als zekerheden van het Consortium c.q. haar vennoten:
1. Een door Fort van Venlo ten gunste van de Gemeente te stellen bankgarantie door een Nederlandse bank ter hoogte van één jaar rente en aflossing;¹⁰
 2. Een door Fort van Venlo aan de Gemeente te verstrekken eerste recht van hypotheek op de onroerende zaken (grond en opstallen) van het voormalig kazerneterrein.
 3. Hoofdelijke concerngaranties van Interborgh B.V. (statutair gevestigd te Maastricht) en Twister Media Group B.V. (statutair gevestigd te Venlo), inclusief Nederlandse dochterondernemingen;
33. Ten aanzien van zekerheid (2), geldt dat de Gemeente aanneemt dat de executiewaarde van het eerste recht van hypotheek 50% van de stichtingskosten bedraagt. Om haar moverende redenen heeft de Gemeente dit niet nader laten onderzoeken.
34. Na langdurige onderhandelingen tussen de Gemeente en het Consortium is volgende wijze van uitwinning van zekerheden overeengekomen. De Gemeente zal eerst zekerheden (1) en (2) uitwinnen. Als de executieopbrengsten van zekerheden (1) en (2) onvoldoende blijken te zijn om de nog uitstaande lening af te lossen, zal de Gemeente zekerheid (3) aanspreken voorzover de restantvordering op het Consortium meer bedraagt dan EUR 4,5 miljoen euro (voorgenoemde afspraak zal hierna worden aangeduid als '**Winstrisico**'). Het Winstrisico start pas bij de exploitatiefase, dus geldt niet voor de bouwfase.
35. Voorgenoemd Winstrisico is volgens de Gemeente het gevolg van de onderhandelingen met het Consortium dat de volgende vier fasen heeft doorlopen:
- i. Door de financiële crisis, die de Nederlandse vastgoedmarkt hard raakte, is de waarde van het voormalig kazerneterrein sterk afgenomen. Als gevolg hiervan is de Gemeente niet alleen geconfronteerd met aanzienlijke afschrijvingen op de vaste activa, maar ook met – naar wij begrijpen – aanzienlijke kosten aan onderhoud aan de verouderde gebouwen.
 - ii. Een eerdere poging om het voormalig kazerneterrein te verkopen, is op het laatste moment zijn mislukt omdat de markt het project toch niet 'oppikte'.
 - iii. Vervolgens heeft het Consortium de Gemeente benaderd met het voorstel om de grond af te nemen met de afspraak om op een later tijdstip een extra nabetaling te verrichten als de exploitatie van het Fort van Venlo positief zou verlopen, waardoor het totaal op een hoger bedrag zou uitkomen dan de marktwaarde. Deze nabetaling zou EUR 4,5 miljoen bedragen.
 - iv. Na een jaar onderhandelen is de intentie uitgesproken om de afspraak vorm te geven

¹⁰ Als de Gemeente deze bankgarantie inroept, is het Consortium verplicht de bankgarantie aan te vullen.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 9 van 28

middels de methode van "Maatschappelijk Financiering", waarbij de Gemeente het project zou steunen (binnen de staatssteunrechtelijke kaders) middels een garantstelling om de kapitaallasten van het Consortium te verlagen. De methode van "Maatschappelijk Financiering" stelt het Consortium in staat om bij de grondoverdracht *direct* de (eerder afgesproken) hogere grondprijs betalen. Echter, als de exploitatie van het Fort van Venlo tegenvalt, heeft de Gemeente een voordeel verkregen die zij op basis van de eerste afspraken niet zou hebben gehad. Immers, de hogere grondprijs was gekoppeld aan het succes van het Fort van Venlo. Afgesproken is daarom dat de Gemeente na uitwinning van zekerheden (1) en (2) de extra winst op de grondtransactie eerst zou afschrijven als Winstrisico (ter hoogte van EUR 4,5 miljoen).

36. De Gemeente acht het overeengekomen Winstrisico marktconform, omdat zij enerzijds haar verliezen beperkt (fase i) en de kans heeft om een hogere grondprijs dan de marktwaarde te verkrijgen (fase ii en iii).
37. Mondeling en in het concept advies van 26 april 2016 hebben we geadviseerd over de hiervoor beschreven opbouw van de zekerheden. Wij hebben toen bevestigd dat naar onze mening de opbouw van de zekerheden in overeenstemming is met het Market Economy Investor Principle, mits:
- i. het aan de garantstelling verbonden eigen risico van de Gemeente voldoende is verdisconteerd in de garantiepremie voor de Gemeente omdat een normale, professionele garantieverstrekker een dergelijk risico alleen dan zal aanvaarden indien daarvoor een vergoeding wordt betaald; en
 - ii. het relatieve risico voor de Gemeente niet groter is dan voor de Kredietgever. Hoewel de zekerheden verschillend zijn, en de economische waarde van het eerste recht van hypotheek niet is vastgesteld, nemen we aan dat aan deze voorwaarde is voldaan.
38. Op verzoek van de Gemeente heeft het financieel adviesbureau EY Montesquieu ('**Montesquieu**') op 13 mei 2016 twee opinies afgegeven over de gehele financierings- en zekerhedenstructuur teneinde het risicoprofiel van de Gemeente te beoordelen. Wij onderschrijven vanuit staatssteunperspectief hun adviezen over verbeteringen van de zekerhedenstructuur en een wenselijke beperking van de risico's van de Gemeente als garant. Dat dient nog onderwerp te zijn van gesprekken met het Consortium.
39. Over de waarde van de zekerheden in de bouwfase (waarvoor het Winstrisico niet geldt en wordt uitgegaan van een executiewaarde van 25% van de stichtingskosten) concludeert Montesquieu:

"Het grootste risico voor de gemeente is in dat geval gelegen gedurende de bouwperiode. Door de zeer beperkte waarde van het hypotheekrecht gedurende deze periode dient de Gemeente voor een fors bedrag aanspraak te maken op de afgegeven concerngarantie (in het eerste jaar van investeren € 13,1 miljoen, in het tweede jaar van investeren € 16,6 miljoen). Op basis van het

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 10 van 28

kredietwaardigheidsonderzoek achten wij de kans zeer klein dat de garantstellers aan een dergelijke aansprakelijkheid kunnen voldoen. Gezien de uit de jaarrekening blijkende liquiditeitspositie en kasstromen zal er op een dergelijk moment activa moeten worden verkocht. Een mogelijk verkooptraject kan een relatief lange doorlooptijd hebben. Het risico dat de zekerheden gedurende de bouwperiode dienen te worden uitgewonnen, kan worden verkleind door bijvoorbeeld te werken met een bouwdepot voor de gehele financiering en het verkrijgen van een nakomingsgarantie van een voldoende financieel gezonde partij. De nakomingsgarantie dient zodoende te worden gestructureerd dat in het geval van faillissement van Fort van Venlo of de bouwende partij, de verplichting bestaat om het Project af te ronden volgens de overeenkomst. Hierbij is het belangrijk om vast te leggen hoe wordt omgegaan met de inbreng van de achtergestelde lening en de inbreng van de huurdersinvesteringen. Dit is van belang voor de hoogte van de uiteindelijke stichtingskosten en de daaraan gekoppelde hoogte van de zekerheidswaarde van het onroerend goed van het Fort van Venlo. Afhankelijk van de afspraken die worden overeengekomen in de nakomingsgarantie kan het risico gedurende de bouwfase voor de Gemeente worden beperkt/verkleind. Met betrekking tot de op het oog zijnde bouwende partij is de financiële situatie op het moment van schrijven nog niet onderzocht.”¹¹ (onderstreping advocaat)

40. Uit de analyse van Montesquieu begrijpen we dat het LGD voor de Gemeente tijdens de bouwfase maximaal ongeveer 59,1% bedraagt. De zekerheidsstelling kwalificeert dus als laag in de bouwfase.

41. Over de waarde van de zekerheden in de exploitatiefase (waarvoor het Winstrisico wel geldt en wordt uitgegaan van een executiewaarde van 50% van de stichtingskosten) concludeert Montesquieu:

“Gedurende de exploitatieperiode is de waarde van het hypotheekrecht naar alle waarschijnlijkheid hoger dan in de bouwperiode. Deze hogere hypotheekwaarde (uitgaande van een waarde van het hypotheekrecht van 50% van de stichtingskosten) in combinatie met het [Winstrisico’ - AKD] van de Gemeente zorgt ervoor dat er vanaf de exploitatiefase geen beroep meer hoeft te worden gedaan op de concerngarantie.”¹²

42. Hieruit volgt dat in de exploitatiefase het risico van de Gemeente waarschijnlijk is beperkt tot het Winstrisico, dat jaarlijks afneemt en nul (0) euro bedraagt vanaf het negende jaar van de exploitatie. Zelfs als het Winstrisico wordt gekwalificeerd als een verlies, dan nog kwalificeert de zekerheidsstelling in de exploitatiefase als hoog, omdat het LGD minder dan 30% bedraagt.

¹¹ *Opinie Zekerheidswaarde Concerngarantie (13 mei 2016), hoofdstuk 5.*

¹² *Opinie Zekerheidswaarde Concerngarantie (mei 2016), hoofdstuk 5.*

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 11 van 28

43. Samenvattend vindt er een grote verschuiving in het risicoprofiel van de Gemeente plaats van de bouwfase naar de exploitatiefase, namelijk van 'laag' naar 'hoog'. Deze verschuiving is met name te wijten aan de executiewaarde van het eerste recht van hypotheek, dat in de bouwfase is geschat op 25% (en niet verder is geverifieerd). Dit wordt verklaard door het feit dat het Project nog niet is afgebouwd en daarom bij een verkoop naar verwachting minder oplevert.
44. Indien de Gemeente een afbouwgarantie¹³ ontvangt van VolkerWessels, en aannemende dat de executiewaarde van het eerste recht van hypotheek werkelijk 50% van de stichtingskosten bedraagt (waardoor de LGD lager is dan 30%), kan goed worden verdedigd dat de zekerheden van de Gemeente kwalificeren als 'hoog' en overeenkomen met de zekerheid van de kredietgever, en dus pro rata zijn verdeeld en zodoende voldoen aan criterium (e).

Ad. d. Voor de garantie wordt een marktconforme premie betaald

45. Volgens de Mededeling Garanties wordt voldaan aan het MEIP-criterium als de marktconforme premie voor de garantie veeleer minimaal gelijk is aan de premie die een private "garant" zou rekenen om borg te staan onder dezelfde voorwaarden als de gemeente.
46. Om te beoordelen of wordt voldaan aan het MEIP-criterium, dient de marktconformiteit van de garantiepremie te worden bepaald. Dat kan in wezen op ten minste 3 verschillende mogelijkheden: een goede financiële benchmark, een rating in combinatie met de premiepercentages van de Mededeling Garanties of een beoordeling door de Gemeente op basis van alle feiten en omstandigheden. De eerste mogelijkheid houdt in dat aan de hand van een benchmark, waarbij alle kenmerken van de garantie en de onderliggende lening, waaronder de door de kredietnemer gestelde zekerheden, worden meegenomen een vergelijking wordt gemaakt tussen voorwaarden van de lening en de hypothetische voorwaarden van een lening zonder garantie.¹⁴
47. Het Consortium heeft voorgenoemde benchmark niet kunnen verkrijgen, omdat

¹⁴ Elementen die een benchmark in ieder geval moeten bevatten zijn: Het bedrag van de lening; De looptijd is 12 jaar; De munteenheid van de lening in euro's; Offerte is gericht aan de entiteiten van de aandeelhouders of de nog op te richten vennootschap; De wijze van aflossing; Een omschrijving van het project(plan), zodanig dat blijkt dat de kredietinstelling daarvan kennis heeft genomen); De hoogte van de totale financieringsbehoefte van het project, die vervolgens inzichtelijk wordt gemaakt door de wijze van financiering (opzet van de leningen, eigen vermogen, etc.); De verzamelstaat van investeringen, waarin de (stichtings)kosten (overdracht gronden, investeringen, etc.) inzichtelijk worden gemaakt door opsplitsing in kostensoorten; De zekerheden structuur ten aanzien van de kredietgever; De meerjarenprognose met aanvullende informatie over de aannames, opbouw en berekening van de gehanteerde exploitatieopbrengsten; Ondertekend door bevoegd persoon van de afdeling zakelijke kredieten.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 12 van 28

handelsbanken (in de EU-zone) niet bereid zijn geweest om een (indicatieve) offerte uit te brengen voor het Fort van Venlo. Het Consortium verstrekt hierover echter geen nadere informatie, zodat dit element verder niet kan worden meegewogen.

48. De tweede mogelijkheid is het bepalen van de premie aan de hand van een rating. Een rating geeft een oordeel over de kredietwaardigheid van een kredietnemer, gebaseerd op de capaciteit en "bereikbaarheid" om financiële verplichtingen na te komen. De rating is niet afhankelijk van één specifieke financiële verplichting en houdt geen rekening met de kenmerken van een specifieke transactie.
49. De 'safe harbour' premie die aldus wordt bepaald is aan de kredietkwaliteit van de kredietgever. Deze premie moeten worden beschouwd als het minimum dat geldt voor een onderneming waarvan de rating ten minste gelijk is aan die in de tabel van de Mededeling Garanties.
50. Wij hebben begrepen dat een rating voor het Consortium ontbreekt en deze ook niet op korte termijn zal worden gevraagd, zodat een rating niet kan dienen om de hoogte van de garantiepremie te bepalen.
51. Dat betekent dat de Gemeente volgens de derde methode zelfstandig en mede aan de hand van de Mededeling Garanties en de rapportage van Montesquieu d.d. 12 mei 2016 een marktconforme premie dient te bepalen. In de Mededeling Garanties heeft de Europese Commissie, om het klein- en middenbedrijf ('kmo's') te helpen, 'safe harbour'-premies vastgesteld. Als de gemeente minimaal de premie in rekening brengt die overeenkomt met de kredietwaardigheid van de kredietnemer, wordt de garantie marktconform geacht.
52. De garantiepremie kan gezien de Mededeling Garanties en de Rapportage van Montesquieu naar onze mening onder de hierna te noemen voorwaarden, te zien in onderling verband, minimaal 2% (200 basispunten) bedragen, op basis van de 'safe-harbour'-premie voor kmo's, aangenomen dat de kredietwaardigheid van het Consortium ten minste overeenkomt met een rating van BB+ of BB (*'Betalingcapaciteit gevoelig voor ongunstige omstandigheden'*):
 - Een solide financiële positie van het Fort van Venlo en haar aandeelhouders bestaat (zie hiervoor vooral de Opinie Zekerheidswaarde Concerngarantie van Montesquieu).
 - Een realistische inschatting van de exploitatie bij de Gemeente en de kredietgever aanwezig is en door hen beide is getoetst (deze is door Maatschappelijk Financieren B.V. opgesteld);
 - Grote mate van zekerheid over de (lange) duur, financiële gegoedheid, investeringen en opbrengsten van de huurcontracten in het Leisure dome (met ten minste 80% van de toekomstige exploitanten) op het moment van daadwerkelijke ter beschikkingstelling van het krediet en de levering van de

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 13 van 28

gronden en opstallen (ook in het belang van het Fort van Venlo).

- Voldoende eigen of achtergesteld (risicodragend) vermogen aanwezig is (zie hierover met name de Second Opinion Financieringsstructuur Fort van Venlo van Montesquieu en de kanttekeningen ten aanzien van het eigen/risicodragend vermogen).

53. Montesquieu heeft onderzoek gedaan naar (een deel van) bovenstaande punten. Hun opinies bevatten kritische kanttekeningen ten opzichte van de zekerhedenstructuur tijdens de bouwfase, de inbreng van eigen vermogen door het Consortium en het Winstrisico van de Gemeente. Montesquieu concludeert echter dat, ondanks haar kritische kanttekeningen, de (financiële) belangen van de Gemeente bij de financieringsstructuur voldoende zijn geborgd. Dit komt met name voort uit de ten gunste van de Gemeente te stellen zekerheden. In dit verband merken wij op dat wij er vanuit gaan dat de 'afbouwgarantie' (mede) ten gunste van de Gemeente wordt gesteld.

54. Met in achtneming van het voorgaande (par. 51-54) achten wij de premie en daarmee de constructie verdedigbaar.

*

*

*

Als u vragen of opmerkingen heeft over bovenstaand advies, vernemen wij dat uiteraard graag.

AKD

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 14 van 28

BIJLAGE 1 – Documenten en aannames waarop dit advies is gebaseerd

1. Dit memo betreft uitsluitend een staatssteunrechtelijke beoordeling van De Subsidie en De Garantie, zoals hierboven beschreven.
2. De volgende elementen maken geen deel uit van onze beoordeling:
 - De (voorgestelde) oeververbinding;
 - Een juridische beoordeling van de concept overeenkomsten;
 - Een juridische beoordeling op grond van andere rechtsgebieden, zoals (maar niet beperkt tot) verbintenissenrecht, aanbestedingsrecht of bestuursrecht;
3. Dit advies is gebaseerd op de volgende aannames:
 - Het bouwrijp maken en vervolgens verkopen van de gronden en opstallen is conform de Mededeling van de Commissie over de verkoop van grond;
 - Alle geleverde informatie, waaronder (maar niet beperkt tot) de financiële en bouwtechnische informatie, zijn correct en tot stand gekomen in overeenstemming met de daarvoor geldende en gebruikelijke (beroeps)regels en criteria;
4. Dit advies is gebaseerd op de volgende documenten:
 - Memo in aanmerking nemende kosten MF Fort van Venlo
 - Concerngarantie d.d. 11 mei 2016 (concept);
 - Uitgifteovereenkomst d.d. 12 mei 2016 (concept);
 - Bijlage 11 Financiering Fase 1;
 - Bijlage 11 annex 1 leningstructuur d.d. 10 mei 2016;
 - Bijlage 11 annex 3 premieberekening d.d. 10 mei 2016;
 - Bijlage 11 annex 4 financiële planning (ongedateerd);
 - Bijlage 11 annex 5 meerjarenprognose d.d. 10 mei 2016;
 - 20160513 Gemeente Venlo – Zekerheidswaarde concerngarantie FINAL.pdf
 - 20160513 Gemeente Venlo – Second opinion FINAL.pdf

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 15 van 28

BIJLAGE 2 - Steun voor cultuur en instandhouding van erfgoed

Europeesrechtelijk juridisch kader – algemeen

5. De Europese staatssteunregels maken het mogelijk steun voor cultuur en de instandhouding van cultureel erfgoed te verlenen. Op grond van artikel 167, lid 1 VWEU dient de Unie bij te dragen tot *'de ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed'*. Uit artikel 167, lid 4, VWEU volgt dat de Unie bij haar optreden (...) rekening houdt met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen.
6. In de AGVV, benadrukt de Europese Commissie het speciale karakter van cultuur:

*"Gezien het duale karakter van cultuur – als economisch goed dat aanzienlijke mogelijkheden voor het creëren van welvaart en banen biedt, en als drager van identiteit, waarden en zingeving die een afspiegeling zijn van en een bepalende invloed hebben op onze samenlevingen –, dienen de staatssteunregels het specifieke karakter van cultuur en de daarmee verband houdende economische activiteiten te erkennen."*¹⁵

7. Uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt bij steunverlening het specifiek culturele karakter van de gesteunde activiteiten moet worden aangetoond. Het dient te gaan om aan (economische) activiteiten die verband houden met nationale en/of regionale traditie(s), geschiedenis, waarden, zingeving of identiteit die een afspiegeling zijn van en/of een bepalende invloed hebben op de samenleving.¹⁶

Steun voor de productie en verkoop van ambachtelijke en handgemaakte goederen met een Cypriotisch karakter werd door de Europese Commissie goedgekeurd, omdat de steun (a) bijdroeg aan de ontwikkeling van het erfgoed met respect tot traditioneel Cypriotische wijze van produceren en (b) de goederen door hun specifieke karakter zeer beperkt geschikt waren voor export.¹⁷ De Europese Commissie kwam onder andere tot die conclusie vanwege de beperkte steunintensiteit. (1 miljoen euro).

Steun ter promotie en productie van theater en circus in Spanje werd door de Europese Commissie goedgekeurd, omdat het culturele karakter van de activiteiten voldoende werd gewaarborgd door de selectiecriteria die door een onafhankelijke commissie werden beoordeeld. Subsidieaanvragen werden o.a. verplicht hun positieve effect op het verspreiden van de Spaanse cultuur aan te tonen en commerciële, winstgevende activiteiten werden uitgesloten.¹⁸

¹⁵ AGVV, considerans overweging 74.

¹⁶ AGVV, overweging 72.

¹⁷ Beschikking van de Europese Commissie, nr. 536/06, r.o. 6.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 16 van 28

Steun voor de restauratie van twee houten gebouwen in het kader van de (economische) revitalisering van een wijk in Riga (Letland) werd goedgekeurd, omdat de gebouwen waren aangemerkt als UNESCO werelderfgoed en de steun beperkt was tot de kosten die vanuit een technisch oogpunt noodzakelijk waren voor de instandhouding van de gebouwen.

Europeesrechtelijk juridisch kader – voorwaarden van de AGVV

8. Steun voor cultuur en de instandhouding van het erfgoed geoorloofd en vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting als aan de in artikel 53 en hoofdstuk I van de AGVV vastgestelde voorwaarden zijn vervuld.
9. Artikel 53 lid 2 AGVV bepaalt dat steun mag worden toegekend voor onder meer:
 - a) culturele infrastructuurvoorzieningen, zoals cultuurcentra, theaters en concerthallen;
 - b) materiaal erfgoed, waaronder alle vormen van onroerend cultureel erfgoed en archeologische sites, monumenten, historische locaties en gebouwen; natuurerfgoed met een rechtstreekse band met cultuurerfgoed of indien dit door de bevoegde overheidsinstanties van een lidstaat formeel is erkend als cultuur- of natuurerfgoed;
 - c) immaterieel erfgoed in welke vorm ook, met inbegrip van volksgebruiken en ambachten;¹⁹
10. Activiteiten die een cultureel aspect hebben, maar overwegend een commercieel karakter hebben, vallen buiten de reikwijdte van deze vrijstelling. Als voorbeelden worden gegeven: kranten, tijdschriften, mode, design en videogames.²⁰
11. Steun voor cultuur en instandhouding van het erfgoed hoeft geen stimulerend effect te hebben, althans wordt geacht dat te hebben indien de voorwaarden van art. 53 AGVV zijn vervuld.²¹
12. De kosten die voor investeringssteun in aanmerking komen, zijn onder meer:
 - 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;
 - kosten voor bescherming, instandhouding, restauratie en herstel van materieel en immaterieel cultureel erfgoed;
13. Het steunbedrag mag niet meer bedragen dan EUR 100 miljoen per project en mag niet hoger zijn dan het verschil tussen de in aanmerking komende kosten en de exploitatiewinst van de investering. Er mag dus geen sprake zijn van overcompensatie. De exploitatiewinst

¹⁸ Beschikking van de Europese Commissie nummer SA.32119 (2011/N)-Spanje,

¹⁹ AGVV, artikel 53 lid 2, sub a t/m c.

²⁰ AGVV, considerans 72 en artikel 53 lid 10.

²¹ AGVV, artikel 6 lid 5 sub h.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 17 van 28

wordt in mindering gebracht op de in aanmerking komende kosten, hetzij vooraf op basis van redelijke prognoses, hetzij via een terugvorderingsmechanisme.²² De exploitant van de infrastructuur mag een redelijke winst²³ behouden over de betrokken periode.

14. Als de steun niet meer bedraagt dan EUR 1 miljoen, mag het maximale steunbedrag ook worden vastgesteld op 80% van de in aanmerking komende kosten. Een berekening ter voorkoming van overcompensatie, zoals hiervoor besproken, hoeft bij toekenning van dit relatief lage bedrag dus niet te worden uitgevoerd.²⁴
15. Nationaalrechtelijk juridische kader – Monumentenkader Voor de extra kosten die gemeoid zijn met de instandhouding en het herstel van monumenten, heeft Nederland een nationaal staatssteunkader opgezet, genaamd het **Monumentenkader**. Het Monumentenkader is door het ministerie van OCW kennisgegeven bij de Europese Commissie onder de AGVV.²⁵
16. De Gemeente kan steun voor monumentenzorg verlenen onder de volgende voorwaarden:
 - Net als rijksmonumenten moet het Kazerneterrein worden ingeschreven in een register met gemeentelijke monumenten alvorens het kan worden gekwalificeerd als een officieel (beschermd) monument;
 - De werkzaamheden moeten vanuit technisch oogpunt noodzakelijk zijn voor de instandhouding van het monument;
 - De steun mag niet ingezet worden voor commerciële en/of operationele activiteiten.
 - Monumenten met een functie (zoals een hotel) komen alleen in aanmerking voor de meerkosten van restauratie of herstelwerkzaamheden;
 - Kosten ter verbetering van comfort of uitbreidingen van de gebouwen komen niet in aanmerking;
 - Cumulatie met andere steunmaatregelen is toegestaan, mits de steunintensiteit niet boven 100% van de totale kosten gaat.

Analyse – Kan de bouw van de bioscoop worden gesteund op grond van de vrijstelling voor culturele infrastructuur?

17. Steun voor de bouw, modernisering, verwerving, instandhouding of verbetering van culturele infrastructuur kan worden verleend op grond van de AGVV als jaarlijks ten minste 80 % van de tijd- of ruimtecapaciteit voor culturele doeleinden wordt gebruikt.

²² AGVV, artikel 4 lid 1 sub z en artikel 53 lid 6.

²³ De "redelijke winst" wordt bepaald ten opzichte van de voor de betrokken sector gebruikelijke winst. Hoe dan ook zal een rendement op kapitaal dat niet hoger ligt dan de relevante swaprente, met een opslag van 100 basispunten, als redelijk worden beschouwd (zie AGVV, artikel 2 lid 142).

²⁴ AGVV, artikel 53, lid 8.

²⁵ Beschikking van de Europese Commissie (SA.404.75)

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 18 van 28

18. Wij menen dat de bioscoop die in het Leisure Dome zal worden gebouwd, niet kwalificeert als culturele infrastructuur zoals bedoeld in de AGVV, omdat de infrastructuur niet jaarlijks ten minste 80% van de tijd- of ruimtecapaciteit voor culturele doeleinden zal worden gebruikt. Uit het projectplan blijkt dat het hier gaat om een 'megabioscoop'²⁶ met films die overwegend een commercieel karakter hebben zonder de door de Europese Commissie vereiste culturele waarde. Ongeveer 5% van de te vertonen films en producties hebben een culturele waarde.²⁷
19. Uit het voorgaande volgt dat de geplande garantiepremie voor de te bouwen bioscoop niet kan profiteren van de AGVV en volledig marktconform dient te worden berekend.

Analyse – Kan gebruik worden gemaakt van de vrijstelling voor steun aan materieel cultureel erfgoed?

20. Steun voor de bescherming, instandhouding, restauratie en herstel van materieel cultureel erfgoed kan worden verleend op grond van de AGVV en het meer specifiek nationale steunkader voor monumentenzorg dat bij de Europese Commissie is aangemeld (**Monumentenkader**).
21. In dit geval adviseren wij toepassing te geven aan het Monumentenkader. De noodzakelijke²⁸ meerkosten voor de restauratie en herstel van de monumentale status van de gebouwen van het voormalig kazerneterrein, kunnen volledig door de Gemeente worden gesteund. Vereist is wel dat deze gebouwen voordien en definitief worden ingeschreven in een gemeentelijk monumentenregister.
22. De kosten voor nieuwbouw en/of uitbreiding voor commerciële en/of operationele activiteiten, zoals de glazen overkapping en nieuw te bouwen (glazen) gevels, kunnen niet worden gesteund op basis van deze vrijstelling.

Analyse – Kan de AFHM worden gesteund op grond van de vrijstelling voor immaterieel cultureel erfgoed?

23. Steun voor de bescherming, instandhouding, restauratie en herstel van immaterieel cultureel erfgoed in welke vorm ook, met inbegrip van volksgebruiken en ambachten, kan worden verleend op grond van de AGVV.
24. De AFHM biedt een platform voor voornamelijk handgemaakt en/of kleinschalig geproduceerde goederen en diensten. De producten en/of diensten van de ondernemers

²⁶ Projectplan, pagina 17.

²⁷ Het percentage van 5% is afgeleid uit de toerekening die door dhr. Van Rijswijk is toegepast bij het berekenen van de garantiepremie. Daarin werd 5% van het aanbod als cultureel gekwalificeerd door het Consortium.

²⁸ Met noodzakelijk wordt bedoeld: vanuit technisch oogpunt noodzakelijk voor de instandhouding van het monument.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 19 van 28

dienen te voldoen aan een vooraf opgestelde toetsingscriteria, zoals 'kleinschalig', 'ambachtelijk' en 'authenticiteit'. Ondernemers kunnen kraampjes huren, waarbij de huurprijs wordt gebaseerd op een percentage van de gerealiseerde omzet. De AFHM verwacht in het eerste jaar circa zeventienhonderdduizend bezoekers groeiend naar twee miljoen bezoekers in het vijfde jaar. Het Consortium schat het aantal potentiële bezoekers op 30 miljoen.²⁹

25. In de AFHM zal daarnaast op diverse plaatsen en tijdstippen de volgende evenementen organiseren, bestaande uit:
- o entertainment van (straat)muzikanten, kermis en toneel;
 - o samenwerking met overige Fort van Venlo formules ten behoeve van promoties, bijvoorbeeld bij premières van films;
 - o workshops, demonstraties, lezingen en tentoonstellingen;
 - o Thematische inrichting van de ruimte (per seizoen, feestdag, Carnaval, sport evenementen, Valentijnsdag, moeder- en vaderdag)
26. Wij menen dat onvoldoende is aangetoond dat activiteiten in de AFHM verband houdt met de bescherming, instandhouding, restauratie en herstel van immaterieel cultureel erfgoed van Nederland, Limburg of Venlo. Het ambachtelijke karakter van de producten en/of diensten is op zichzelf onvoldoende onderscheidend ten opzichte van andere culturen. Dit zou anders zijn als met de AFHM een specifiek Nederlandse of regionale wijze van produceren of dienstverlening in stand werk gehouden die niet onder normale marktomstandigheden zouden kunnen bestaan. Bovendien opereren de activiteiten onder marktvoorwaarden: de kraampjes worden geacht winst te maken, omdat de huurprijs is gekoppeld aan de daadwerkelijke omzet.³⁰ Bovendien is de AFHM op zichzelf niet kleinschalig: de AFHM is gericht op een groot aantal (internationale) bezoekers. De bijkomende evenementen, zoals nu voorgesteld, dienen ter ondersteuning van de commerciële activiteiten van de marktdeelnemers. Dit zou anders zijn als de podiumkunsten, lezingen en/of tentoonstellingen een op zichzelf staand, cultureel karakter hebben.
27. Op basis van het bovenstaande concluderen wij dat steun voor activiteiten in de AFHM niet valt onder de vrijstelling voor steun voor de bescherming, instandhouding, restauratie en herstel van immaterieel cultureel erfgoed.

²⁹ Projectplan, pagina 10.

³⁰ Projectplan, pagina 23, bullet 3.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 20 van 28

BIJLAGE 3 - Juridisch kader – steun voor sport-, multifunctionele recreatieve en/of lokale infrastructuur

Juridisch kader

28. Deze steuncategorie volgt uit de individuele, vaste beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, waarvan in de Nederlandse praktijk als voorbeeld is te noemen de goedkeuring van steun voor de renovatie en verbetering van het ijsstadion Thialf in Heerenveen.³¹
29. De Europese Commissie benadrukt het bevorderen van sport *“rekening houdend met de specifieke kenmerken van sport, zijn op vrijwilligerswerk berustende structuren en zijn sociale en educatieve functie.”*³²
30. Met multifunctionele, recreatieve infrastructuur worden faciliteiten bedoeld die meer dan één cultureel en recreatief doel dienen (en dus multifunctioneel zijn), met uitzondering van attractieparken en hotelfaciliteiten.³³
31. Een voorwaarde voor steunverlening aan deze categorie is dat de infrastructuur wordt gebruikt door meerdere, verschillende gebruikers en dat toegang tot die infrastructuur op een transparante en niet-discriminerende wordt verleend.³⁴ Daarbij geldt wel dat ondernemingen die ten minste 30% van de investeringskosten van de infrastructuur hebben gefinancierd preferente toegang kunnen krijgen op gunstigere voorwaarden, mits die voorwaarden publiek beschikbaar worden gesteld.
32. Daarnaast dient de toewijzing voor de bouw, modernisering of exploitatie van de infrastructuur plaats te vinden op een open, transparante en niet-discriminerende wijze, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.³⁵ Uit ons onderzoek naar de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt dat dit een voorwaarde is waarvan niet wordt afgeweken.
33. Dezelfde eis van een open, transparante en niet-discriminerende procedure in overeenstemming met de aanbestedingsregels, geldt voor de steuncategorie ‘lokale infrastructurale voorzieningen’.³⁶

³¹ Besluit van de Europese Commissie van 13 december 2013 (SA.37373).

³² AGVV, *considerans* 74.

³³ AGVV, *artikel 55 lid 3*.

³⁴ AGVV, *artikel 55 lid 4*.

³⁵ AGVV, *artikel 55 lid 6*.

³⁶ AGVV, *artikel 56 lid 4*.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 21 van 28

Analyse – kan de bouw van de LD (bowling, kinderspelen, restaurant, glowgolf, amusementscentrum en/of andere ruimten) en/of AFHM worden gesteund op grond van de vrijstelling voor steun voor sport-, multifunctionele recreatieve en/of lokale infrastructuur

34. Steun voor de bouw, modernisering of exploitatie van sport-, multifunctionele recreatieve en lokale de infrastructuur is toegestaan, mits de aannemer wordt geselecteerd op basis van een open, transparante en niet-discriminerende wijze, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.³⁷ Uit ons onderzoek naar de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt dat dit een voorwaarde is waarvan niet wordt afgeweken.
35. Aangezien de Gemeente van plan is de bouw, modernisering en exploitatie van de infrastructuur te laten uitvoeren door het Consortium, kan er geen gebruik worden gemaakt van deze vrijstelling(en) voor de nieuwbouw van de Leisure Dome, waaronder mede wordt begrepen de bioscoop, bowling, kinderspelen, restaurant, glowgolf en amusementscentrum.

³⁷ AGVV, artikel 55 lid 6.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 22 van 28

BIJLAGE 4 - Juridisch kader – steun voor milieubescherming

Juridisch kader

36. Investeringssteun voor initiatieven op het gebied van milieu, energie-efficiëntie en energie uit hernieuwbare bronnen kunnen door de Gemeente worden gesteund, mits de onderneming dankzij de steun verder gaat dan de communautaire of Unienormen vereisen.³⁸ Als Europese normen ontbreken, is voldoende dat de onderneming dankzij de steun een hoger niveau van milieubescherming bereikt. Steun voor milieubescherming staat omschreven in deel 7 van de AGVV.
37. De in aanmerking komende kosten kunnen worden vastgesteld als a) afzonderlijke milieu-investering binnen de totale investeringskosten of als b) bijkomende kosten voor de milieu-investering ten opzichte een vergelijkbare, minder milieuvriendelijke investering die zonder de steun op geloofwaardige wijze zou zijn verricht.
38. Milieusteun mag niet worden verleend wanneer de investeringen worden uitgevoerd om ervoor te zorgen dat ondernemingen voldoen aan reeds vastgestelde en nog niet in werking getreden Unienormen.

Analyse - Kan voor de bouw van de LD en/of AFHM gebruik worden gemaakt van de vrijstelling voor milieusteun?

39. Uit het projectplan zien we kansen voor investeringssteun ten behoeve van:

Energie-efficiëntiemaatregelen³⁹ (drempel: EUR 10 miljoen; steunintensiteit: maximaal 30% van de in aanmerking komende kosten)

40. In het projectplan wordt gesproken over een energiedak, *smart grids* voor elektriciteit, zelfvoorziening van water en koppelingen van warmte- en koude systemen om de energieaanvraag optimaal binnen het Fort te verspreiden. Als de hoogte van de bijkomende op energie-efficiënte gerichte kosten worden berekend, komt tot 30% van deze kosten voor milieusteun in aanmerking.

Hoogrenderende warmtekrachtkoppeling⁴⁰ (drempel: EUR 15 miljoen; steunintensiteit: 45% van de in aanmerking komende kosten)

41. In het projectplan wordt gesproken over een warmte- krachtkoppeling op biobrandstof op basis van frituurvet of dierlijk vet.⁴¹ Steun voor biobrandstoffen is toegestaan, mits de

³⁸ Met een communautaire of Unienorm wordt bedoeld: een verplichte Europese norm, waarin de op milieugebied te bereiken normen per onderneming zijn vastgesteld, bijvoorbeeld normen voor de uitstoot van fijnstof.

³⁹ AGVV, artikel 38.

⁴⁰ AGVV, artikel 40.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 23 van 28

biobrandstof overeenkomst met Richtlijn 2009/28/EG en niet gebaseerd is op voedingsgewassen.

42. Als de bijkomende investeringskosten voor de hoogrenderende warmtekrachtkoppeling die – vergeleken met conventionele elektriciteits- of verwarmingsinstallaties met dezelfde capaciteit – nodig is om de installatie als een hoogrenderende warmtekrachtinstallatie te exploiteren, is berekend, komen deze kosten tot 45% voor steun in aanmerking.

Energie uit hernieuwbare energiebronnen;⁴² (drempel: EUR 15 miljoen; steunintensiteit: 45% van de in aanmerking komende kosten)⁴³

43. In het projectplan wordt gesproken over het gebruik van PV panelen. Als de hoogte van de bijkomende investeringskosten voor de productie van energie uit hernieuwbare bronnen wordt berekend, komen deze kosten tot 45% voor milieusteun in aanmerking.

⁴¹ Projectplan, pagina 105.

⁴² AGVV, artikel 41.

⁴³ Als voor bepaalde kleine installaties waar een minder milieuvriendelijke investering niet kan worden bepaald omdat geen installaties van beperkte omvang bestaan, vormen de totale investeringskosten die nodig zijn om een hoger niveau aan milieubescherming te bereiken, de in aanmerking komende kosten. De steunintensiteit is dan maximaal 30%.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 24 van 28

BIJLAGE 5 – Juridisch kader - Diensten van Algemeen Economisch Belang

Juridisch kader

44. Een Dienst van Algemeen Economisch Belang ("**DAEB**") is een specifieke openbare dienstverplichtingen die wordt opgelegd aan een onderneming ten behoeve van een publiek algemeen belang. Overheidsoptreden bij de uitvoering van deze diensten is noodzakelijk, omdat deze diensten anders niet (vanzelf) door de markt worden opgepakt of naar maatschappelijk aanvaardbare voorwaarden worden verricht. Vereist voor het aanwijzen en financieren van een DAEB is dus enige vorm van marktfalen.
45. Overheidsinstanties beschikken over een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van wat zij beschouwen als een DAEB. Om die reden ontbreekt een Europeesrechtelijke definitie van het begrip. De bevoegdheid van de Europese Commissie om zich te mengen in de ruime beoordelingsbevoegdheid van nationale en decentrale overheden bij het bepalen van een DAEB, is beperkt tot het nagaan of een zogenoemde kennelijke fout is gemaakt bij het omschrijven van de dienst als DAEB. Alleen wanneer er sprake is van kennelijk foute economische analyses van de overheid of wanneer er een kennelijk ongeschikte maatregel ontworpen is om het marktfalen tegen te gaan, kunnen de ruime discretionaire bevoegdheden van de Gemeente om marktfalen vast te stellen door de Europese Commissie terzijde worden geschoven. Ook de omstandigheid dat voor bepaalde steun een vrijstellingsmogelijkheid bestaat, impliceert niet dat er sprake is van een DAEB.
46. Wanneer er andere, onder normale marktvoorwaarden opererende ondernemingen zijn die niet met een DAEB zijn belast en die al een bepaalde dienst verrichten of op bevredigde wijze kunnen verrichten en op voorwaarden (zoals prijs van, objectieve kwaliteitskenmerken van, continuïteit van en toegang tot de dienst) die stroken met het algemeen belang, zoals dat door de overheid is omschreven, is het volgens de Europese Commissie niet passend om aan dit soort dienst specifieke openbare-dienstverplichtingen te verbinden.⁴⁴
47. Een voorbeeld van een kennelijke beoordelingsfout is het aanmerken van de bouw, verkoop en verhuur van appartementen en winkelruimten van hoge kwaliteit.⁴⁵

Analyse – Kan het onderdeel 'kinderspelen' van het Fort van Venlo kwalificeren als DAEB en zodoende gesteund worden door de Gemeente?

48. Het onderdeel 'kinderspelen' betreft 'één van de grootste indoor speelplaatsen van Europa' met glijbanen, klauterspeeltoestellen en een circuit voor elektrische auto's.

⁴⁴ Arrest van 20 februari 2001, zaak C-205/99, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) e.a. / Administración General del Estado*, Jurispr. 2001, blz. I-1271, punt 71.

⁴⁵ Beschikking van de Europese Commissie (C33/2005) *Marktpassageplan Haaksbergen*, punt 39.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 25 van 28

49. Specifiek over het onderdeel 'kinderspelen', is het voorgestelde concept 'één van de grootste indoor speelplaatsen van Europa' met glijbanen, klauterspeeltoestellen en een circuit voor elektrische auto's.⁴⁶ Onzes inziens kunnen deze kinderspelen niet kwalificeren als DAEB, omdat er onvoldoende sprake is van een publiek algemeen belang. De kinderspelen hebben een commercieel karakter en zullen tegen marktvoorwaarden worden verleend. De doelgroep is 'circa 30 miljoen potentiële burgers op maximaal 2 uur rijden'. Hiermee wordt direct geconcurrereerd met attractieparken zoals (indoor) 'Plopsaland' in Coevorden, de Efteling en Slagharen.⁴⁷ Dit bewijst tevens dat marktfalen niet aanwezig is.

⁴⁶ *Projectplan, pagina 18.*

⁴⁷ *Voor de bezoekersaantallen vergelijkt het Fort van Venlo zich expliciet met deze attractieparken, zie pagina 41.*

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 26 van 28

BIJLAGE 6 - Juridisch kader – Mededeling Garanties

Juridisch kader

50. Rechtstreeks door de Gemeente verstrekte garanties kunnen staatssteun vormen.⁴⁸ Met het verstrekken van een garantie verstrekt de Gemeente een onderneming namelijk een voordeel, omdat het aan de garantie verbonden risico door de Gemeente wordt gedragen. Dat de Gemeente dit risico draagt, zou normaal gesproken door een passende premie moeten worden vergoed. Wanneer de Gemeente geheel of gedeeltelijk van een dergelijke premie afziet, is er zowel een voordeel voor de onderneming als een derving van middelen door de Gemeente (en is dus sprake van staatssteun).
51. Indien de Gemeente daarentegen marktconform handelt en voor het verstrekken van de garantie een passende premie ontvangt, is er geen sprake van een voordeel en dus geen staatssteun. Indien de Gemeente zich dus in concreto gedraagt zoals een normale marktinvesteerder (dus bijvoorbeeld: een commerciële instelling), hoeft er ook niet gekeken te worden of de betreffende transactie in aanmerking komt voor een uitzonderingsgrond en/of gemeld dient te worden bij de Commissie. Ter beantwoording van de vraag of de Gemeente door het verstrekken van de voorgenomen garantie marktconform handelt, vormt de Mededeling van de Commissie met betrekking tot staatssteun in de vorm van garanties (**'Mededeling Garanties'**)⁴⁹ een passend kader.
52. In de Mededeling Garanties zijn nadere richtsnoeren opgenomen ter beantwoording van de vraag onder welke voorwaarden het verstrekken van een garantie marktconform is, teneinde een inbreuk op de Europese staatssteunregels te vermijden.
53. Uit de Mededeling Garanties volgt dat sprake is van een marktconforme transactie (en dus geen sprake is van staatssteun) indien aan de navolgende voorwaarden is voldaan:
- de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden;
 - de omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van toekenning;
 - de garantie dekt niet meer dan 80 % van de uitstaande lening of andere financiële verplichting;
 - voor de garantie wordt een marktconforme prijs betaald;
 - de zekerheden zijn pro rata verdeeld over de kredietgever en de Gemeente.

Ad a.

54. Of de kredietnemer in financiële moeilijkheden verkeert, kan worden getoetst aan de hand van de definitie van dat begrip zoals opgenomen in de richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun.⁵⁰ Kort gezegd komt het erop neer dat sprake is van een

⁴⁸ Zie paragraaf 2.1 van de Mededeling.

⁴⁹ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (2008/C 155/02).

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 27 van 28

onderneming in moeilijkheden wanneer die onderneming niet in staat is — noch met haar eigen middelen, noch met middelen die haar eigenaren/aandeelhouders of haar schuldeisers bereid zijn in te brengen — de verliezen te stelpen die, zonder externe steun van de overheid, op korte of middellange termijn vrijwel zeker tot het faillissement van de onderneming zouden leiden.

Ad b.

55. De omvang van een garantie is goed te meten, wanneer de garantie met een welbepaalde financiële transactie verband houdt, een vast maximumbedrag betreft en bovendien in de tijd beperkt is.

Ad c.

56. De 80%-norm voor garanties geldt voor de totale financiering die de Gemeente garandeert.⁵¹ Dit blijkt ten eerste uit de tekst van de Mededeling Garanties. In paragraaf 3.2 ('Individuele garanties') sub b en c staat te lezen:

*'b. de omvang van de garantie valt goed te meten op het tijdstip van de toekenning. Dit betekent dat de garantie met een welbepaalde financiële transactie verband moet houden, een vast maximum bedrag moet betreffen en in de tijd beperkt moet zijn;
c. de garantie dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verplichting; [...] De Commissie is van mening dat, indien een financiële verplichting geheel door een staatsgarantie wordt gedekt, de kredietgever minder wordt geprikkeld om het aan de krediettransactie verbonden risico behoorlijk te onderzoeken, af te dekken en tot een minimum te beperken en, in het bijzonder, om de kredietwaardigheid van de kredietnemer naar behoren te toetsen.'*

Ten tweede ziet de Mededeling Garanties niet op de garantstelling voor een lening van een kredietverstrekker aan een onderneming.⁵² Europeesrechtelijk geldt het Consortium en het nieuw op te richten Fort van Venlo B.V. als één onderneming, omdat het Consortium beslissende invloed blijft uitoefenen. Het Fort van Venlo B.V. is geen "zelfstandige onderneming" onder de staatssteunregels.⁵³ In essentie: ten minste 20% moet door een externe kredietgever worden verleend zonder garantie van overheidswege opdat de kredietgever een reële prikkel krijgt om het aan de krediettransactie verbonden risico behoorlijk te onderzoeken, af te dekken, tot een minimum te beperken en in het bijzonder de kredietwaardigheid van de kredietnemer vooraf naar behoren te toetsen.⁵⁴

⁵⁰ Mededeling van de Commissie, Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (2004/C 244/02).

⁵¹ Mededeling Garanties, par. 3.2 sub b en c. Zie ook Advies AKD d.d. 9 november 2015, randnummer 37 e.v.

⁵² Mededeling Garanties, par. 1.3 sub b.

⁵³ Zie ook Advies AKD 9 november 2015, paragraaf 27 e.v., waarin verwezen wordt naar AGVV, bijlage 1, artikel 3.

⁵⁴ Mededeling Garanties, par. 3.2 sub c.

DATUM 15 mei 2016
ONS KENMERK 263265
PAGINA 28 van 28

57. Niet toegestaan onder de Mededeling Garanties is om de 80%-norm te beoordelen aan de hand van de totale financieringsbehoefte van het project of om achtergestelde leningen van het Consortium aan te merken private inbreng voor de overige 20% van de lening.

Ad d.

58. Tot slot dient voor de garantie (en het risico dat de Gemeente door het verstrekken daarvan loopt) een marktconforme prijs te worden betaald. In het geval van kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) vermeldt de Mededeling van de Commissie niveaus van jaarpremies waarboven wordt geacht dat voor het verstrekken van de garantie, een marktconforme prijs wordt betaald (en de staatsgarantie geacht wordt geen steun te vormen). Dit worden de 'safe-harbour-premies' genoemd.

59. Indien de onderneming waaraan de garantie wordt verstrekt niet kwalificeert als een kleine of middelgrote onderneming, zal op grond van een individuele berekening moeten worden vastgesteld of een marktconforme vergoeding wordt betaald.

Ad e.

60. Met betrekking tot zekerheden die worden gesteld, geldt dat de marktconformiteit van de garantiepremie bij voorkeur dient te worden bepaald aan de hand van een benchmark, waarbij alle kenmerken van de garantie en de onderliggende lening, waaronder de door de kredietnemer gestelde zekerheden, worden meegenomen. Op basis van deze analyse moet een risicobeoordeling plaatsvinden om tot een marktconforme garantiepremie te komen.

61. Bij het vormgeven van de zekerheden, zijn de volgende twee uitgangspunten van belang. Ten eerste dienen de verliezen ten minste pro rata te worden verdeeld over de kredietgever (de bank) en de garant (de Gemeente) in dezelfde verhouding als het risico dat zij lopen, dus 20 (de bank) versus 80 (de Gemeente). Niet in overeenstemming met de Mededeling Garanties is om eerst een deel van de verliezen ten aanzien van het krediet ten laste te laten komen van de garant (de Gemeente) en pas daarna aan de kredietgever (de bank). Hetzelfde geldt voor een pro rata groter risico voor de gemeente dan de kredietgever. Ten tweede dient ook de uitwinning ten minste pro rata plaats te vinden: netto-inkomsten (opbrengsten exclusief executiekosten) afkomstig uit de zekerheden dienen in de verhouding te worden verdeeld tussen de kredietgever (20%) en de garant (80%). First-lossgaranties, waarbij verliezen eerst aan de garant en pas daarna aan de kredietgever worden toegewezen, gelden als maatregelen die mogelijk staatssteun behelzen en dienen te zijn uitgesloten.