



# Rapport

Rapport betreffende een klacht over het college van burgemeester en wethouders van Berkelland.

**Datum: 16 oktober 2013**

**Rapportnummer: 2013/146**

## Klacht

Verzoekers klagen er mede namens andere lokale sportondernemers over dat de gemeente Berkelland bij de verkoop van het gemeentelijke sportcentrum en de zwembaden onvoldoende rekening heeft gehouden met hun belangen, waardoor zij in hun voortbestaan worden bedreigd en het evenwicht in de noodzakelijke basisvoorzieningen in de dorpsgemeenschappen wordt verstoord.

## Bevindingen

### De situatie

Verzoekers hebben een fitnesscentrum in Neede. Tot de activiteiten behoort onder meer ook fitness voor ouderen en begeleiding bij revalidatie door daarvoor opgeleid personeel.

Neede is één van 29 dorpskernen in de gemeente Berkelland, na een gemeentelijke herindeling één van de grootste plattelandsgemeenten met in totaal ongeveer 44.000 inwoners, waarvan er ongeveer 8600 in Neede wonen. Zoals bij meer plattelandsgemeenten het geval is neemt het inwonertal gestaag af en neemt de vergrijzing toe.

In vier andere dorpskernen zijn eveneens fitnesscentra, al dan niet in combinatie met een fysiopraktijk, gevestigd. De sportondernemers in Eibergen en Borculo zijn gevestigd in de naaste omgeving van de zwembaden.

### De voorgeschiedenis van de privatisering van het sportcomplex

De toenmalige gemeente Neede was al in 2000 bezig met de privatisering van de exploitatie van de gemeentelijke sporthal en het gemeentelijk zwembad. De gemeente trof met een ondernemer een exploitatie-overeenkomst die onder meer voorzag in een jaarlijkse gemeentelijke bijdrage en in een eventueel exploitatietekort. Deze ondernemer kondigde in het najaar van 2005 aan, dat hij in het sportcomplex een fitnesscentrum zou beginnen. Verzoeker en de andere sportondernemers maakten daartegen bezwaar bij het college van burgemeester en wethouders van (na een fusie inmiddels) de gemeente Berkelland. Omdat een oplossing uitbleef wendde verzoeker zich tot de Nationale ombudsman die een onderzoek instelde en een rapport over de zaak uitbracht (2009/089 van 8 mei 2009). Uit het onderzoek kwam onder meer naar voren, dat de gemeente de ondernemer als voorwaarde gesteld had dat een tekort in de exploitatie van het fitnesscentrum niet ten laste van de gemeente zou mogen komen. Op de naleving van die voorwaarde is volgens de Nationale ombudsman onvoldoende toegezien nu uit een accountantsonderzoek was gebleken dat het ondernemersrisico voor het opstarten van het fitnesscentrum was gedekt uit een reservering voor exploitatierisico's voor het sportcomplex. De eventuele nadelige gevolgen van dat risico zouden daarmee in feite ten

laste van de gemeente komen.

#### De verkoop van het sportcomplex

Met ingang van 1 maart 2008 verhuurde de gemeente het sportcomplex in Neede en het zwembad te Eibergen aan een nieuwe exploitant. Gebouwen en grond bleven eigendom van de gemeente.

De gemeenteraad besloot in november 2011 tot een verkennend onderzoek naar de mogelijke verkoop van het complex en de gemeentelijke zwembaden. Dat besluit was aanleiding voor de exploitant om bij de gemeente zijn interesse in een overname van het complex en de zwembaden kenbaar te maken, met de bedoeling dat voor eigen rekening en risico te gaan exploiteren.

De exploitant heeft vervolgens een onderzoek laten doen naar de haalbaarheid van de wens van de gemeenteraad om de maatschappelijke functies van het complex te behouden. Verder is onderzoek gedaan naar de mogelijkheid van andere, maatschappelijke en commerciële functies, waarbij er voor wat betreft de financiën en de eigendom een strikte scheiding tussen de maatschappelijke en commerciële functies diende te komen. Op basis van het resultaat van dat onderzoek besloot de gemeenteraad op 23 oktober 2012 om in principe in te stemmen met het voorstel van het college tot verkoop.

Verzoeker en zijn collega-sportondernemers schreven het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad op 18 januari 2013 een brief over de gevolgen van de voorgenomen verkoop voor hun bestaan. Volgens hen was volstrekt onvoldoende rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de gevestigde zelfstandige ondernemers in het verzorgingsgebied, en dreigde er oneerlijke concurrentie te ontstaan omdat de nieuwe eigenaar van het sportcomplex zou worden bevoordeeld boven de andere ondernemers. Zij stelden dat de continuïteit en de werkgelegenheid in gevaar zou komen en ook het voorzieningenniveau binnen de gemeente.

Doordat de nieuwe eigenaar het complex zo goed als gratis in eigendom zou krijgen, en met steun van gemeenschapsgeld een fitnesscentrum zou kunnen exploiteren zou een ongelijke situatie ontstaan ten opzichte van andere fitnesscentra, die met eigen geld en voor eigen risico zijn opgebouwd. Zij wezen in dit verband op onderzoek dat heeft uitwezen dat er geen markt is voor nóg een fitnesscentrum binnen de gemeente, en op de mislukking van het experiment met de vorige exploitant.

Het college reageerde op 1 maart 2013. Het college stelde voorop dat bij de voorgenomen transactie uitgangspunt is, dat wordt voldaan aan de (Europese) wet- en regelgeving. Verder schreef het college dat de maatschappelijke activiteiten gescheiden dienden te blijven van de commerciële activiteiten van de exploitant, dus de wellness- en

lifestyleactiviteiten. Deze commerciële activiteiten zouden worden ondergebracht in afzonderlijke vennootschappen, die een deel van de ruimte in het sportcomplex huren tegen commerciële, marktconforme prijzen.

Verder wees het college erop dat van de overeenkomst deel uitmaakt, dat het exploitatierisico van de accommodatie geheel voor de eigenaar/exploitant is en dat de gemeente hier geen enkele financiële verplichting heeft. Verder zou worden overeengekomen dat de exploiterende vennootschappen organisatorische en financiële afspraken maken en vastleggen. De commerciële activiteiten en de, door de gemeente gesubsidieerde, maatschappelijke activiteiten worden zo volledig en transparant gescheiden. Daarmee is verzekerd dat geen gemeenschapsgeld ten goede komt aan commerciële activiteiten, en zo geen oneerlijke concurrentie kan ontstaan.

De constatering van de nieuwe exploitant dat het ontbrak aan voldoende marktruimte voor nog een fitnessbedrijf resulteerde volgens de brief van 1 maart 2013 in een gentlemens' agreement, dat fitnessactiviteiten, als onderdeel van het totale "lifestyle aanbod", worden beperkt tot groepslessen, en dat geen cardio fitnessactiviteiten worden aangeboden, tenzij het marktpotentieel zou wijzigen. Er was voor een gentlemens' agreement gekozen omdat het bestemmingsplan dergelijke activiteiten niet verbiedt en een non-concurrentiebeding op grond van de Mededingingswet niet is toegestaan.

Op 12 maart 2013 was er een overleg tussen vertegenwoordigers van de gemeente, waaronder een wethouder, en een aantal sportondernemers, waaronder verzoekster. Namens de sportondernemers is onder meer gewezen op de in commercieel opzicht lastige situatie voor ondernemers. De wethouder wees er onder meer op, dat de verkoopprijs van € 1 in relatie moet worden gezien tot de verliesgevende maatschappelijke activiteiten voor de koper over een periode van 20 jaar. Voor de gemeente is de verkoop een enorme besparing en er wordt toegezien op een correcte financiële verantwoording van de respectieve activiteiten.

Op 2 april 2013 besloot de gemeenteraad om in te stemmen met het voorstel van het college tot verkoop van de gemeentelijke zwembaden en het sportcomplex in Neede.

De feitelijke overdracht en de levering van de accommodaties was op 1 mei 2013.

De schadeclaim

Verzoekers stelden mede namens twee collega-sportondernemers de gemeente per brief van 21 mei 2013 aansprakelijk voor geleden en nog te lijden schade als gevolg van de fitnessactiviteiten in het sportcomplex.

Het college deelde hen op 25 juni 2013 mee, dat er nog geen schade geleden kon zijn, omdat vooralsnog alleen sprake was van een voornemen van de nieuwe exploitant om fitnessactiviteiten aan te bieden, en dan binnen de grenzen van het gentlemens'

agreement.

#### Verzoekers standpunt

Verzoeker mailde de Nationale ombudsman diverse keren over de gang van zaken, omdat hij en zijn collega's van mening zijn dat de opstelling van de gemeente het voortbestaan van hun sportonderneming en daarmee hun inkomen bedreigt.

Verzoekers stelden dat eigenlijk al in 2011 vast stond waartoe uiteindelijk op 2 april 2013 is besloten. Uit de intentieverklaring van de gemeente voor het doen van een haalbaarheidsonderzoek blijkt volgens verzoekers immers dat de gemeente schadeplichtig is in het geval dat de transactie niet door zou gaan. Bij het gentlemen's agreement was verzoeker niet betrokken en het roept bij hem de vraag op, of afspraken tussen derden wel ten koste van zijn bedrijf mogen gaan. Voor zijn bedrijf zijn nu juist die (groeps)activiteiten belangrijk, waarvoor volgens dat akkoord concurrentie is toegestaan. Het nieuwe bedrijf startte inmiddels de concurrentieslag door veel tijdelijke gratis abonnementen weg te geven (dit kan niet het fitnesscentrum betreffen, omdat de nieuwe exploitant daarmee nog niet is begonnen; Nationale ombudsman). Dergelijke ontwikkelingen zullen volgens hem op afzienbare termijn ertoe leiden dat geen enkel bedrijf nog kan renderen, en alleen het bedrijf dat dankzij de gemeentelijke subsidie kan voorfinancieren kan blijven bestaan.

Wat betreft de stelling van de wethouder dat de verkoop voor de gemeente een geweldige besparing zou opleveren wezen verzoekers er op, dat die besparing is gerealiseerd door een eenmalige afschrijving van de waarde van het geheel, ten laste van de algemene reserve, en dus in wezen beperkt is.

Het ondernemerschap van verzoekers omvat wel kapitaalslasten en grote risico's, die, anders dan voor de nieuwe eigenaar van het complex en de zwembaden, niet worden afgedekt door een jaarlijkse, geïndexeerde subsidie over 20 jaar.

#### Het standpunt van het college

Het college van burgemeester en wethouders stelde in zijn reactie voorop dat een fitnesscentrum niet als een noodzakelijke basisvoorziening wordt beschouwd.

Het haalbaarheidsonderzoek paste bij de wens van het college om taken zoveel mogelijk terug te leggen waar ze horen, en gebouwen die niet dienstig zijn aan de eigen dagelijkse bedrijfsvoering af te stoten. Daarbij was ook van belang dat uit het onderzoek zou blijken dat maatschappelijke functies behouden konden blijven en dat de bezuinigingstaakstelling kon worden gerealiseerd.

In het haalbaarheidsplan van de exploitant wordt een onderscheid gemaakt tussen wellness-activiteiten zoals een sauna en zwemgelegenheid en lifestyle. Lifestyle betreft bewegings- en gezondheidsactiviteiten in groepsverband, een gezonde leefstijl en/of

fysiotherapeutische begeleiding. Uit het onderzoek kwam naar voren dat voor fitness nauwelijks een markt is, maar toch is in het gentlemen's agreement opgenomen dat fitness activiteiten, als onderdeel van het lifestyle aanbod, beperkt moet blijven tot groepslessen. De exploitant heeft daarbij aangegeven open te staan voor samenwerking met andere ondernemers. Deze exploitant biedt een totaalpakket aan, en andere ondernemers alleen sauna of alleen fitness.

In 2007 is een openbare aanbestedingsprocedure gevolgd voor de exploitatie van het sportcomplex en het zwembad. Daaruit kwam naar voren dat er in dit geval in feite geen sprake is van een plicht tot aanbesteden en ook niet is gebleken van enige buitenlandse interesse voor deze zuiver lokale aangelegenheid, en evenmin naar aanleiding van het raadsbesluit van 2011 over een voorgenomen verkoop.

Een onafhankelijk taxateur heeft op basis van een onderzoek naar de marktwaarde en de exploitatiemogelijkheden vastgesteld dat alleen met een bijdrage van de gemeente de exploitatie sluitend kan zijn en dat er geen ruimte is voor kapitaallasten (rente en aflossing), zodat een overname alleen voor een symbolisch bedrag haalbaar leek.

De waarde van de grond was een reden om de duur van de periode waarover de exploitant een maatschappelijk pakket dient uit te voeren te koppelen aan de economische afschrijving van 20 jaar.

Met de exploitant zijn strikte afspraken gemaakt om een concurrentievervalsing als gevolg van een bijdrage van de gemeente te voorkomen. Voor de uitvoering van het maatschappelijk pakket ontvangt de exploitant een jaarlijkse bijdrage. Dat pakket houdt in dat de exploitant de sporthal en het zwembad voor individuen en groepen op de gangbare uren open houdt voor de diverse activiteiten. Volgens de daarover gemaakte, dwingende afspraken dienen de tarieven voor deze activiteiten marktconform te zijn.

Voor de instandhouding van de accommodaties en het behoud van het maatschappelijk pakket ontvangt de exploitant vanaf 1 januari 2014 een bijdrage van in totaal € 402.111 en in volgende jaren een geïndexeerd bedrag. Voor de gemeente levert de overeenkomst en structurele besparing van € 558.502 op.

De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is voor de uitvoeringskosten van het maatschappelijk pakket, waarbij rekening is gehouden met de opbrengsten en een redelijke winst.

Van staatssteun is volgens het college alleen sprake als is voldaan aan de voorwaarden van artikel 107, eerste lid van het EG-verdrag. Deze bepaling betreft onder meer een bekostiging met staatsmiddelen en een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten. Dat doet zich hier niet voor, omdat het een strikt lokale aangelegenheid betreft.

## Beoordeling

Het redelijkheidsvereiste houdt in dat overheidsinstanties de verschillende belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is.

Bestuursorganen dienen voorafgaand aan elk handelen het belang van het realiseren van een doelstelling af te wegen tegen de belangen van de burgers. In het licht van het realiseren van de doelstelling mag de uitkomst niet onredelijk zijn.

De beslissing waar de gemeente zich voor gesteld zag was niet eenvoudig. Onder druk van een toenemende lastenverzwaring en overdracht van taken door de rijksoverheid zien de gemeenten zich meer dan ooit gesteld voor de noodzaak tot een efficiënte bedrijfsvoering en een doelmatige, verantwoorde wijze van besteden van de beschikbare middelen. Vele taken van de gemeenten dienen te worden uitgevoerd omdat dit zo is geregeld in de wet. Er zijn ook wettelijke verplichtingen voor gemeenten die neerkomen op de zorg voor het scheppen van de voorwaarden voor diensten die niet persé door de overheid zelf hoeven te worden verricht. Daarbij valt te denken aan activiteiten die voor het welzijn van de burgers belangrijk zijn, maar die zonder ondersteuning, bijvoorbeeld met een subsidie, niet of niet goed zijn te verwezenlijken.

Welke activiteiten voor de burgers en de maatschappij van zodanig belang zijn dat steun van de overheid om die te realiseren toelaatbaar is, valt niet altijd scherp te omlijnen. Naar de huidige inzichten is onomstreden dat lichaamsbeweging van grote betekenis is voor de gezondheid van het individu en, om andere redenen, voor de maatschappij.

De gemeente Berkelland maakt met betrekking tot de exploitatie van het sportcomplex en het zwembad en steunverlening een onderscheid naar activiteiten die passen in het zogeheten maatschappelijk pakket en commerciële activiteiten. Het maatschappelijk pakket betreft in hoofdzaak de activiteiten in het sportcomplex en het zwembad, namelijk activiteiten die ook al vóór de overdracht aan de huidige exploitant werden aangeboden en die de gemeente in stand wil houden.

Uit het oogpunt van het algemeen belang dat is gemoeid met de volksgezondheid valt niet goed in te zien dat er een wezenlijk onderscheid is tussen de activiteiten van dat maatschappelijk pakket en de commerciële wellness- en fitnessactiviteiten.

Het is voldoende aannemelijk geworden dat het activiteitenaanbod van verzoekers onderneming en hun collega's voldoende is om binnen de gemeente aan de vraag tegemoet te komen. Een uitbreiding van het aanbod van de exploitant van het sportcomplex met activiteiten die ook al door andere lokale sportondernemingen worden aangeboden, brengt dan onvermijdelijk mee dat een concurrentiestrijd ontstaat om de gunst van de klanten.

Een groei van het aantal ondernemers in eenzelfde marktsegment, in een omgeving met een stabiele of zelfs licht krimpende bevolking betekent dat de omzet van één of meer ondernemers daalt, met mogelijk op termijn tot gevolg dat een of meer ondernemingen niet langer rendabel zullen blijken te zijn.

In een qua oppervlakte grote gemeente die bestaat uit een groot aantal kleinere dorpskernen met een vergrijzende bevolking is van belang dat voorzieningen voor de inwoners zoveel mogelijk, op nog aanvaardbare afstand bereikbaar blijven. Waar dat niet of niet langer mogelijk is mag van het bestuur worden verlangd dat het zich bezint op mogelijk mindere, maar onder omstandigheden nog passend te achten alternatieven.

De gemeente Berkelland heeft besloten tot een privatisering van het gemeentelijke sportcomplex en het zwembad. De voorwaarden waaronder dat is gebeurd dienen het algemeen belang bij het voortbestaan van de door de gemeente al geboden voorzieningen, en door een structurele besparing op de uitgaven tevens het belang dat is gemoeid met een doelmatige besteding van de door de burgers opgebrachte financiële middelen.

De betrokken ondernemers ontvangen geen steun van overheidswege. Daarvoor is ook geen basis. Een ondernemer is vrij om zich te vestigen en zijn onderneming naar eigen inzicht te drijven, maar draagt daarvoor ook zelf het ondernemersrisico, evenals andere ondernemers.

Er kunnen echter belangen zijn die overheidssteun rechtvaardigen. Of dat in dit geval ook zo is, is niet aan de Nationale ombudsman om te beoordelen.

Vast staat dat de exploitant van het sportcomplex en het zwembad een bijdrage van de gemeente ontvangt in de kosten van het maatschappelijk pakket. Vanuit het standpunt van de gemeente bezien is deze bijdrage nodig en gerechtvaardigd om het aanbod van het maatschappelijk pakket voor langere tijd te garanderen. Dat is ook in het belang van de gemeenschap.

Het is aannemelijk dat deze bijdrage in de exploitatie en de symbolische koopprijs voor het complex en het zwembad voor deze exploitant een onmisbare voorwaarde vormden voor het aangaan van de overeenkomst en om zich in de gemeente te vestigen. Aldus heeft de gemeente de concurrentie tussen de sportondernemers ook onmiskenbaar beïnvloed.

De exploitant van het sportcomplex heeft aangegeven open te staan voor overleg met andere sportondernemers over een eventuele samenwerking. De gemeente heeft deze ondernemers echter niet actief betrokken bij het gentlemen's agreement met de exploitant. De betrokken ondernemers zijn dus voor een voldongen feit gesteld.

De gemeente had echter alle reden om deze ondernemers actief te betrekken bij het streven naar samenwerking. Het resultaat van het haalbaarheidsonderzoek had aanleiding



moeten geven tot het besef dat dit ingrijpende gevolgen kon hebben voor de toekomst van de bestaande sportondernemers en de dienstverlening aan de inwoners in de dorpsgemeenschappen waar zij werken. De betrokken ondernemers zijn, op hun initiatief, door het gemeentebestuur in de gelegenheid gesteld om hun standpunt naar voren te brengen, maar er is niet gebleken of, en in hoeverre deze belangen zijn meegewogen.

Dat is jammer, want door met de betrokken ondernemers in een vroegtijdig stadium te overleggen had mogelijk een voor allen acceptabele afspraak kunnen worden gemaakt. Die kans is nu gemist.

De onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Berkelland is niet behoorlijk.

## **Conclusie**

De klacht over het college van burgemeester en wethouders van Berkelland is gegrond, wegens strijd met het redelijkheidsvereiste.

De Nationale ombudsman,

dr. A.F.M. Brenninkmeijer