



# Rapport

## Klacht

Verzoekers klagen erover dat het college van burgemeester en wethouders van Berkelland onvoldoende heeft toegezien op de naleving van de voorwaarden die zijn verbonden aan een overeenkomst van de gemeente met de exploitant van een door haar financieel ondersteund sportcomplex, als gevolg waarvan onder meer verzoekers fitnesscentrum oneigenlijke concurrentie van de betrokken exploitant heeft ondervonden.

## Beoordeling

### I. Bevindingen

1. Verzoekers zijn eigenaar van een fitness- en aerobicscentrum in Neede, gemeente Berkelland. In vier andere dorpskernen binnen de gemeente zijn eveneens zelfstandige fitnesscentra gevestigd.

2. De toenmalige gemeente Neede (thans de gemeente Berkelland) ging op 17 mei 2000 een raamovereenkomst aan met Sportfondsen - Neede B.V. (hierna: B.V.) en Sportfondsen Nederland N.V., (hierna: SFN) die betref de overdracht van de exploitatie en het beheer van de gemeentelijke sporthal en het gemeentelijk zwembad in Neede aan de B.V. Verder is tussen de gemeente en SFN, als enig aandeelhouder van de B.V., geregeld dat de gemeente bevoegd is tot het benoemen en ontslaan van leden van het bestuur van de B.V., en dat de gemeente een voorkeursrecht heeft met betrekking tot de overname van aandelen van de B.V.

In de eveneens op 17 mei 2000 aangegane exploitatie-overeenkomst is onder meer geregeld dat de gemeente de B.V. jaarlijks een exploitatiebijdrage van f 1.192.296 (In 2006: € 355.000) betaalt, en dat bij niet voorziene, positieve of negatieve, ontwikkelingen in de exploitatie partijen hierover overleggen. Bij een negatief exploitatiesaldo verplichtte de gemeente zich tot het verstrekken van een renteloze lening. Verder verplichtte de gemeente zich tot een finale kwijting van alle in verband met een exploitatietekort opgelopen schulden in het geval van een liquidatie van de B.V. De B.V. mocht verhuren aan organisaties en verenigingen, voor zover het activiteiten betref die zoveel mogelijk aansluiten bij de actuele regelingen voor het gebruik van de accommodatie.

3. Een op 11 oktober 2005 binnen de gemeente verspreid huis-aan-huisblad berichtte dat de B.V. op 2 januari 2006 in het sportcomplex in Neede een fitnesscentrum zou openen, en dat bij de aanschaf van een abonnement in de maand december een aanzienlijke korting zou worden verleend.

4. Verzoekers en de vier andere eigenaren van fitnesscentra in de gemeente wendden zich per brief van 17 oktober 2005 tot de gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders van Berkelland, waarin zij hun bezwaren uitten tegen de vestiging van een

fitnesscentrum in het voormalige gemeentelijke sportcomplex omdat huns inziens sprake was van oneerlijke concurrentie. Zij wezen er onder meer op, dat de toenmalige gemeente Neede een vergelijkbaar plan al in 1997 had afgewezen, en dat de verantwoordelijke wethouder in 2001 in verband met het verlenen van een krediet voor een verbouwing van het complex expliciet had verklaard dat de aan te passen ruimten niet bestemd konden worden voor gebruik als fitnessruimte.

Verder wezen verzoekers er op, dat zij in 2002 hebben geïnvesteerd in een nieuw bedrijfspand nabij het sportcomplex en dat zij daaraan voorafgaand hadden nagegaan in hoeverre zij een fitnesscentrum in het complex konden vestigen, maar dit bleek na overleg met de gemeente niet realiseerbaar.

De betrokken ondernemers stelden zich op het standpunt dat de gemeente gehouden was om zorgvuldig met hun belangen om te gaan en eerder gedane toezeggingen gestand te doen. Voorts stelden zij te verwachten dat de gemeente rekening zou houden met de belangen van ondernemers die risicodragend hebben geïnvesteerd en die deel uitmaken van het geheel van sportieve en recreatieve voorzieningen en daardoor een belangrijke functie hebben voor het algemeen welzijn.

5. Naar aanleiding van de brief van 17 oktober 2005 voerden twee wethouders en twee medewerkers van de gemeente op 2 november 2005 overleg met de betrokken ondernemers. In dat overleg is door die ondernemers nog eens aangegeven welke activiteiten zij zo al verzorgen, waaronder die ten behoeve van gehandicapten, scholen, de politie en de brandweer, en waaruit volgens hen bleek dat zij maatschappelijk betrokken ondernemers zijn, die in evenwicht met elkaar en met verenigingen hard werken om vorm te geven aan de lokale markt voor fitnessactiviteiten.

De betrokken wethouder stelde dat de gemeente een belang heeft bij een zo efficiënt en winstgevend mogelijke exploitatie en dat er om die reden geen bezwaar tegen bestond als de B.V., op eigen risico, inkomsten uit onrendabele ruimten probeerde te halen. Van een subsidie aan de B.V. was volgens de wethouder geen sprake, en evenmin van een investering in een fitnesscentrum of een financieel risico voor de gemeente, maar wel van een bijdrage aan eventuele exploitatie-tekorten. Verder stelde de wethouder dat het ook ontbrak aan de juridische mogelijkheden om de B.V. te weerhouden van fitnessactiviteiten.

De ondernemers wezen er nog op, dat uit een landelijk onderzoek was gebleken dat het in de gemeente ontbrak aan voldoende potentieel voor een renderend fitnesscentrum in het sportcomplex naast de al bestaande voorzieningen.

6. Het college deelde verzoeker met zijn brief van 9 december 2005 onder meer het volgende mee. Er is overwogen dat in het algemeen multifunctionele sportaccommodaties met een sociaal-maatschappelijke functie een niet sluitende exploitatie hebben. De gemeente heeft niet alleen een sociaal-maatschappelijke functie, maar ook de taak om de

beschikbare financiële middelen zo efficiënt en doelmatig mogelijk te besteden. Een verbreding van het sportaanbod als exploitatieversterkende activiteit sloot daar bij aan.

Er is geen verbod op medegebruik van overtollige ruimten in het complex en gezien de bestemming kunnen die ruimten onder voorwaarden in gebruik worden gegeven.

Om oneerlijke concurrentie te voorkomen zou de B.V. een marktconforme huursom worden gevraagd en zijn er nadere voorwaarden gesteld. De gemaakte afspraken golden voor het jaar 2006, en betroffen onder meer dat voor de fitnessruimte een gescheiden administratie diende te worden gevoerd en dat de gemeente niet zou bijdragen aan de exploitatiekosten van de fitnessruimte.

Verder stelde het college dat uit onderzoek van SFN was gebleken dat er voor een fitnessruimte in het complex, eventueel in samenwerking met andere ondernemers, in de gemeente voldoende potentieel was.

Het college concludeerde, dat de exploitatie van een fitnesscentrum in het sportcomplex dan ook paste binnen de wens van de gemeenteraad dat zoveel mogelijk kostendekkend diende worden gewerkt en dat er alternatieve inkomstenbronnen zouden worden gevonden.

7. Over de gang van zaken rond de vestiging van het fitnesscentrum in het sportcomplex is in de laatste maanden van 2005 regelmatig gepubliceerd in de lokale en regionale pers. Begin juli 2006 haalde het fitnesscentrum opnieuw de pers, dit keer naar aanleiding van een colportage-actie, met het aanbod aan geïnteresseerden om voor een zeer voordelige prijs een maand lang zowel de fitnessruimte als het zwembad te kunnen gebruiken.

Naar aanleiding van schriftelijke vragen over deze publicaties in de gemeenteraad besloot het college een externe accountant op te dragen een onderzoek te doen naar een eventuele belangenverstremming en een mogelijke concurrentievervalsing bij het sportcomplex.

Het accountantsrapport van 12 oktober 2006 wees uit dat de administratie voldeed aan de gestelde eisen, en dat de toerekening van kosten en baten van het fitnesscentrum in de administratie van de B.V. niet onjuist was. Tevens stelde de accountant onder meer vast dat voor het ondernemersrisico voor het opstarten van het fitnesscentrum dekking was gezocht uit het saldo van de voorziening voor exploitatierisico's. Die voorziening was opgebouwd uit de reserves van de budgetten voor de gemeentelijke sporthal en het zwembad. Het college achtte dat onacceptabel en in strijd met de gestelde voorwaarden.

8. Het college besloot op 28 november 2006 niet in te stemmen met een voortzetting van fitnessactiviteiten in het sportcomplex in 2007 en de B.V. ook geen lening te verstrekken.

9. Op verzoek van het college is op 7 december 2006 een extern juridisch advies uitgebracht. Dat advies bevatte de conclusie dat in het geval van een eventueel faillissement van de B.V., de door de gemeente met betrekking tot de exploitatie van het zwembad verstrekte subsidie in de boedel zou vallen. Een in de gemeenteraadsvergadering van 12 december 2006 aangenomen motie betrof de opdracht aan het college om te onderzoeken hoe eventuele verliezen konden worden beperkt of voorkomen.

Het college lichtte de gemeenteraad per brief van 14 december 2006 toe, dat zijn standpunt berustte op een juridische interpretatie dat het financiële risico nihil was, maar dat dit niet kon wegnemen dat er in het geval van een faillissement wel een risico bestond. Dat risico was volgens het college echter eigen aan alle voorzieningen waarvoor een subsidie is verleend.

10. De B.V. deelde het college op 22 december 2006 mee, dat was besloten om de fitnessactiviteiten stop te zetten.

In de raadsvergadering van 22 maart 2007 deelde het college mee, dat samen met de B.V. was bezien onder welke voorwaarden de fitnessactiviteiten konden worden voortgezet, maar dat dit niet mogelijk was gebleken omdat een externe financiering voor de duur van één jaar niet haalbaar was en een borgstelling door SFN evenmin.

11. Naar aanleiding van de op 1 juni 2007 van de B.V. ontvangen jaarrekening stelde het college de B.V. een aanpassing voor. De B.V. deelde het college daarop mee, dat haars inziens aan de voorwaarden was voldaan en dat zij geen reden tot een aanpassing zag.

Het college besloot op 17 oktober 2007 onder meer tot opschorting van de betalingen aan de B.V. voor het vierde kwartaal van 2007 en de onderhoudsbijdragen. De B.V. reageerde op 30 november 2007 met een ingebrekestelling van de gemeente voor wat betreft het niet overmaken van de subsidie voor het vierde kwartaal van 2007.

12. Op 6 december 2007 besloot het college na een aanbestedingsprocedure de exploitatie en het beheer van het sportcomplex per 1 maart 2008 te gunnen aan een andere sportondernemer en de relatie met de B.V. niet voort te zetten.

Ter overbrugging van de exploitatie in de maanden januari en februari 2008 deed het college de B.V. een offerte toekomen. Tevens besloot het college de B.V. een schikkingsvoorstel te doen tot betaling van 50% van de subsidie voor het vierde kwartaal van 2007 en de onderhoudsbijdrage.

De verantwoordelijke wethouder lichtte in de gemeenteraadsvergadering van 4 maart 2008 toe, dat als gevolg van de gunning aan een andere onderneming, de B.V. de met de fitnessactiviteiten gemaakte aanloopverliezen niet meer kon terugverdienen en dat uit de mogelijke opties was gekozen voor een schikking, boven een kostbare juridische strijd met

de B.V.

13. In de gemeenteraadsvergadering van 15 april 2008 kwam de kwestie opnieuw aan de orde. Tijdens de beraadslaging is onder meer aangevoerd dat het college vanuit de raad meermalen was geweest op de mogelijke risico's voor de gemeente van het instemmen met fitnessactiviteiten eind 2005. De beraadslaging leidde tot het indienen van drie moties, die betroffen:

- een afkeuring van de handelwijze van de betrokken wethouder,
- het doen van een accountantsonderzoek naar de daadwerkelijke kosten voor de gemeente,
- het opzeggen van het vertrouwen in de betrokken wethouder, met de constatering dat het bij herhaling onjuist informeren van de raad en het gebrek aan leervermogen de raad geen basis voor verder vertrouwen bood.

Alle drie de moties werden met meerderheid van stemmen verworpen.

De betrokken wethouder trad in mei 2008 vrijwillig af.

## **II. Beoordeling**

14. Het redelijkheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is.

15. In de omstandigheden van dit geval ging het om drie belangen, welke belangen voor een deel ook een gemeenschappelijk belang vormden. Er is het belang van de lokale gemeenschap bij een goede sportaccommodatie. Dan is er het belang van het gemeentebestuur om die voorzieningen zo efficiënt mogelijk te laten renderen omdat het bestuur zich tegenover de exploitant had verplicht om bij te dragen in eventuele exploitatietekorten. En, ten slotte is er het belang van de lokale ondernemers die hun accommodatie aanbieden om daarmee in hun inkomen te kunnen voorzien.

16. Het college van burgemeester en wethouders van Berkelland zag zich eind 2005 gesteld voor de wens van de exploitant van het gemeentelijk sportcomplex om extra inkomsten te verkrijgen uit een te vestigen fitnesscentrum. Het college stemde daaruit financiële overwegingen mee in. Het college overwoog daarbij dat uit een onderzoek was gebleken dat er voldoende perspectief was voor alle lokale aanbieders van fitnessactiviteiten. Verzoekers bestreden dat overigens. Gelet op de feitelijke ontwikkelingen in de jaren 2006 en 2007 moet, achteraf, worden vastgesteld dat de visie van verzoekers bewaarheid is.

17. Volgens verzoekers is door het bestuur van de toenmalige gemeente Neede (thans de gemeente Berkelland) al in 1997 een verzoek van de exploitant tot vestiging van een fitnesscentrum in het gemeentelijk sportcomplex afgewezen en is ook nadien, in 2001, door de verantwoordelijke wethouder in verband met een kredietverlening nog eens gesteld dat dit krediet niet mocht worden gebruikt voor een aanpassing ten behoeve van fitnessactiviteiten.

Het voert te ver om aan deze omstandigheden te ontlenu dat de gemeente in geen geval fitnessactiviteiten in het gemeentelijk sportcomplex zou mogen toestaan, en dat derden de gemeente aan dat standpunt zouden kunnen houden. Het verlenen van instemming met fitnessactiviteiten in het gemeentelijke sportcomplex was niet strijdig met de in 2000 aangegane exploitatieovereenkomst en het gemeentelijk sportcomplex is opgenomen in het bestemmingsplan. Gelet op de (toen) bestaande contractuele verhouding tussen de exploitant en de gemeente gaat het voor wat betreft verzoeker en andere exploitanten van fitnesscentra niet om gelijke of vergelijkbare gevallen, die gelijk behandeld zouden moeten worden.

18. Het is duidelijk dat de gemeente van het instemmen met de verzorging van fitnessactiviteiten door de exploitant verwachtte, dat door de extra inkomsten een eventueel exploitatietekort lager zou uitvallen en daardoor ook de bijdrage van de gemeente in de tekorten. Het is ook duidelijk dat het college zich moet hebben gerealiseerd dat het aantal mogelijke gebruikers van een fitnessvoorziening binnen de gemeente beperkt is, en dat de omzet van het fitnesscentrum in het sportcomplex welhaast onvermijdelijk een afname van de omzet van de al gevestigde sportondernemers zou betekenen.

19. Een overheidsinstantie heeft de zorg voor het publieke belang en de uitvoering van publieke taken. Het kan voorkomen dat een overheidsinstantie taken uitvoert of diensten verleent die ook door particuliere ondernemers worden verricht. Een overheidsinstantie dient er in zo'n situatie voor te waken dat het geen oneigenlijke concurrentie aangaat met particuliere ondernemers. Het is niet aan de overheid om met door de burger opgebrachte middelen activiteiten te ontwikkelen en eigen bedrijven te steunen, die daardoor bevoordeeld worden ten opzichte van ondernemers die dergelijke steun moeten missen.

20. In de situatie van dit geval heeft de gemeente, als eigenaar van het gemeentelijke sportcomplex, de exploitant als voorwaarde gesteld dat een eventueel exploitatietekort in verband met fitnessactiviteiten niet ten laste van de gemeente mocht komen. Dat was niet meer dan juist.

Van het college mocht ook worden verwacht dat het nauwlettend zou toezien op de naleving van die voorwaarde. Dat toezicht schoot in zoverre te kort dat pas na herhaalde signalen en herhaalde vragen vanuit de gemeenteraad in het najaar van oktober 2006 een extern onderzoek is uitgevoerd.

Dat accountantsonderzoek wees uit, dat het ondernemersrisico voor het opstarten van het fitnesscentrum was gedekt uit een reservering voor exploitatierisico's en daarmee, direct of indirect, een risico ten laste van de gemeente vormde.

21. Een afweging van de met het verlenen van instemming met fitnessactiviteiten gemoeide belangen had het college er nog vóór de start per 1 januari 2006 toe moeten brengen duidelijkheid te krijgen over de eventuele financiële risico's en de mogelijkheid van een oneigenlijke bevoordeling van de B.V. ten opzichte van andere lokale sportondernemers.

Dat is hier in onvoldoende mate gebeurd, zodat de betrokken ondernemers zich met recht geruime tijd bedreigd konden voelen door een mogelijke oneigenlijke concurrentie.

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

## **Conclusie**

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

## **Onderzoek**

Verzoeker wendde zich op 14 april 2008 tot de Nationale ombudsman, met een klacht over een gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Berkelland.

Naar deze gedraging werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd het college verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Tevens werd het college een aantal specifieke vragen gesteld.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen. De reacties van betrokkenen gaven aanleiding het verslag op een enkel punt te wijzigen en aan te vullen.

### **Informatieoverzicht**

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

1. Verzoekers brief van 8 november 2005, met bijlagen



2. De brief van het college van burgemeester en wethouders van Berkelland van 9 december 2005

3. Verzoekers brief van 15 mei 2008, met bijlagen.

4. De reactie van het college van 13 november 2008, met bijlagen.

## **Bevindingen**

Zie onder Beoordeling.

## **Achtergrond**