

# MEMO

**Voor** : Jaap Scholtens, projectleider Swaneburg  
**Van** : Ellis de Vries  
**C.c.** : Johan Kok (Coevorden) en Hans Beukert  
**Datum** : 08 februari 2010  
**Onderwerp** : Juridische constructie Swaneburg

---

## *Inleiding*

Sportcomplex Swaneburg in Coevorden is een sportcomplex waarvan de gemeente eigenaar is. Dit sportcomplex heeft de volgende functies:

- een overdekt zwembad;
- een sporthal;
- een horecavoorziening.

De Swaneburg is het enige overdekte zwembad in Coevorden, zonder uitgesproken recreatieve taak. Dat betekent concreet dat het een sportcomplex is, dat met name een functie heeft voor het algemeen belang. Het waarborgen van dit algemeen belang is een belangrijke randvoorwaarde die de gemeente Coevorden heeft gesteld. De gemeente Coevorden wil het sportcomplex op afstand zetten. In deze fase wordt onderzocht of het juridisch mogelijk is om samen te werken met de gemeente Emmen. De gemeente Emmen heeft de kennis en de formatie in huis om het algemeen belang te behartigen en zij willen het management aanbieden. Daarbij heeft de gemeente 1 randvoorwaarde meegegeven namelijk dat Emmen geen exploitatierisico overneemt.

## *Huidige stand van zaken*

De Swaneburg wordt thans op tijdelijke basis volledig geëxploiteerd door een stichting die beheerd wordt door Drijver en Partners. Het personeel is bij deze tijdelijke stichting in dienst. Het is nu bedoeling dat de gemeente Coevorden de tijdelijke situatie om gaat zetten in een definitieve. Het gehele sportcomplex wordt in de huidige vorm volledig in stand gelaten. De gemeente Coevorden is en blijft in de toekomst eigenaar van het sportcomplex en het Swaneburg personeel komt niet in dienst van Coevorden noch Emmen.

## *Raadsbesluit van Coevorden van oktober 2009*

1. Leg afspraken over de prestaties en de kwaliteitseisen vooraf vast in de overeenkomst;
2. Koppel de bijdrage aan de andere partij aan de te leveren kwantiteit en kwaliteit van de prestaties;
3. Stel eisen aan de bedrijfsvoering door de andere partij;
4. Maak vooraf afspraken over periodieke afstemming en overleg;
5. Als de gemeente bijdraagt in de kosten van een gebouw, zorg vooraf voor afspraken over een systeem waarmee het onderhoud wordt gewaarborgd (verplichte meerjarenonderhoudsplannen en toezicht door de gemeente);
6. Zorg ervoor dat er in langlopende overeenkomsten is voorzien in tussentijdse herijkingen van de afspraken;
7. Zorg voor een zo optimaal mogelijke afdekking van de risico's die voortvloeien uit een aanbesteding en de gekozen beheersconstructie;
8. Maak vooraf afspraken met de derde partij over de inhoud van de verantwoording in de jaarstukken;
9. Verplicht de derde partij zich te verantwoorden over de te leveren kwantiteit en kwaliteit van de prestaties. Stel hieraan de eis van een onafhankelijke toets op de juistheid van de informatie door een accountant;

10. Verplicht een derde partij, die een zekere omvang aan prestaties voor de gemeente uitvoert, zich te verantwoorden over de kwaliteit van en de gestelde eisen aan de bedrijfsvoering en te voorzien in een bedrijfsvoeringsverklaring door een onafhankelijke accountant;
11. Leg vooraf afspraken vast over gemeentelijk toezicht op naleving van contractueel vastgelegde afspraken. Betrek hierbij de vooraf onderkende risico's;
12. Zorg dat de gemeente beschikt over de resultaten van toezicht door andere (onafhankelijke) toezichthouders;
13. Voorzie in een systeem waarmee gewaarborgd is dat de ambtelijke organisatie het college informeert over resultaten van het toezicht.

#### *Advies*

Puur vanuit een juridisch technisch oogpunt bekeken kan dat de gemeente Coevorden een stichting gaan oprichten ten behoeve van de exploitatie en beheer van het sportcomplex inclusief de personele zorg. Daarbij kan de gemeente, als oprichter van de stichting, de directievoering van die stichting op afstand gaan zetten indien zij wenst dat de directievoering uitgeoefend dient te worden door de gemeente Emmen. Dit is juridisch technisch mogelijk.

Coevorden heeft de volgende juridische relaties;

1. als oprichter van de stichting, zal Coevorden de statuten mede opstellen en het algemeen belang kan via de doelstelling van de stichting gewaarborgd worden. Het college van Coevorden benoemt het bestuur dan wel Raad van Toezicht van de stichting;
2. als subsidiegever via het subsidiebesluit en de daaraan gekoppelde subsidieovereenkomst zal het college met haar eigen stichting afspraken gaan maken over de te besteden financiële middelen;
3. als eigenaar zal het college een de huurovereenkomst sluiten met de stichting voor het gebruik van de opstallen.
4. aangezien Emmen aangeboden heeft de directievoering te gaan doen zal daarover een driepartijenovereenkomst gesloten dienen te worden tussen de stichting, de gemeente Coevorden en de gemeente Emmen, om daarmee de rechtsverhouding duidelijk te stellen.

Ten overvloede wijs ik er op dat de pay-roll constructie, d.w.z. een detacheringvorm voor het personeel, geen oplossing biedt, omdat het personeel niet gedetacheerd wordt bij de gemeenten en ook niet vanuit de gemeente in een stichting.

De BV- vorm leidt ook niet tot een oplossing, omdat de publicatie eisen veel zwaarder zijn dan bij een stichting.

Een stichting door derden dan wel door de gemeente Emmen te laten oprichten, biedt evenmin soelaas, omdat Emmen geen exploitatierisico wenst te nemen.

Een deelovereenkomst in het kader van BOCE opstellen met Emmen is niet mogelijk vanwege de gestelde uitgangspunten; het personeel komt niet in dienst van de gemeenten.

#### *Risicoparagraaf*

1. De sturing voor Coevorden verloopt indirect; namelijk via de subsidie- en huurovereenkomst en een driepartijenovereenkomst. Dit hoeft niet tot onoverkomelijke juridische bezwaren te leiden. Vele kwaliteitseisen die van belang zijn kunnen privaatrechtelijk via deze overeenkomsten vertaald worden. Ik voorzie wel een discrepantie tussen wat juridisch technisch mogelijk is en de uitgangspunten die de Raad heeft gesteld. De Raad heeft expliciet aangegeven dat er een optimaal mogelijke afdekking van de risico's dient plaats te vinden die voortvloeien uit een aanbesteding en de gekozen beheerconstructie. Ik schat in dat een drie partijenovereenkomst waarbij Emmen geen exploitatierisico neemt en diensten aan derden aanbiedt (nl de stichting) hieraan niet voldoet. De kwaliteit die Emmen levert is moeilijk te controleren. Een nadeel blijft dat in een drie partijen verhouding (Coevorden- Emmen – Stichting) onder deze randvoorwaarden een bestuurlijk afbreukrisico vormt;

2. De verantwoordelijkheid voor de exploitatie ligt volledig bij de stichting, terwijl de stichting afhankelijk is van de exploitatie die geleid wordt door het management van een derde zijnde de gemeente Emmen. Als de stichting een exploitatietekort om welke reden dan ook oploopt, zal de financiële pijn bij Coevorden neergelegd worden. De gemeente Emmen draagt niet bij aan een risicodragende exploitatie.
3. De markt kan van mening zijn dat de exploitatie en beheer niet aan een stichting gegund mag gaan worden en dat het had moeten worden aanbesteed. Het is juridisch te onderbouwen waarom dit traject als een geldige investering op te vatten is. Het is alleen thans onbekend hoe de rechter hierover een oordeel zou vellen, omdat jurisprudentie voor deze specifieke samenwerking ontbreekt.

Na een go besluit dienen op hoofdlijnen de volgende zaken nog uitgewerkt te worden;

1. de statuten opstellen, waarbij de voorkeur van de werkgroep uitgaat van het bestuurdersmodel omdat de positie van het bestuur sterk is in een stichting;
2. de huurovereenkomst met daarin de verplichtingen voor de huurder en voor de verhuurder;
3. het subsidiebesluit en subsidieovk/uitvoeringsovereenkomst; het college verleent een subsidie voor activiteiten die om redenen van algemeen belang wenselijk worden geacht. Een subsidie komt van 1 kant en dat is de kant van de gemeente. Als de stichting niet datgene doet waar de subsidie voor bedoeld is (d.w.z. het exploiteren en beheren van het sportcomplex in het kader van algemeen belang) dan heeft de gemeente maar 1 middel; de subsidie terugvorderen. In een subsidierelatie kan de gemeente de stichting **niet** verplichten om de activiteiten alsnog te verrichten. Vandaar dat het noodzakelijk is om in het subsidiebesluit een voorwaarde op te nemen om een uitvoeringsovereenkomst/subsidieovereenkomst te sluiten waarin je in ieder geval de verplichtingen die voor de exploitatie en beheer en personele zorg nodig is vast te leggen. Een overeenkomst moet getoetst worden aan de regels van het aanbestedingsrecht omdat dat een wettelijke eis is. Deze constructie kan onder de bepalingen van de investering vallen, maar ik heb daarover een opmerking gemaakt in mijn advies bij de risicoparagraaf.
4. driepartijen overeenkomst tussen stichting Emmen en Coevorden, waarin de directievoering die door Emmen wordt geleverd kan worden geborgd. In deze overeenkomst accepteert de stichting dat zij van Emmen een manager krijgt die de feitelijke aansturing, exploitatie en beheer doet. Met Emmen kan in een dergelijke overeenkomst kwaliteitsafspraken vastgelegd worden tussen de stichting en Coevorden. Het luistert uitermate nauw om in een dergelijke overeenkomst zeer minutieus de verplichtingen en rechten van partijen te formuleren, omdat een reële kans bestaat dat partijen zich gaan verschuilen in een dergelijke constructie en zich niet laten aanspreken op hun verplichtingen. Vanwege dit reële risico is deze beheersconstructie niet de meest optimale zoals de Raad die eist.