Okkerse & Schop
ADVOCATEN

met vestigingen in
Almere en Lelystad

voor opzet en samenstelling
van het kantoor
www.okkerse-schop.nl

Gemeente Lelystad
Ingekomen
16 DEC 2020
GRF | Kopie aan: GF BU
doorboeken op BO

200018073

mr. J.M.P. Blom
Zilverparkkade 6
Postbus 155
8200 AD Lelystad
T 0320 289 888
F 0320 220 155
H.Blom@okkerse-schop.nl

Gemeente Lelystad
College van Burgemeester & Wethouders
Postbus 91
8200 AB LELYSTAD

vooruit per e-mail: secretariaatburgemeester@lelystad.nl
cc: griffie@lelystad.nl

Lelystad, 14 december 2020

Dossiernummer: 202230055
Dossier: Citymarketing Lelystad / gemeente Lelystad
Uw referentie: U20-119623; dossiernummer CML

Geacht college,

Tot mij wendden zich de heren B. Porsius en H.J. de Jager, bestuurder-directeur van Stichting Lelystad Partners (Citymarketing Lelystad - CML), resp. voorzitter van de raad van toezicht (RvT) van CML, met het verzoek CML bij te staan naar aanleiding van het besluit van de raad van de gemeente Lelystad (de raad) van 10 november 2020 waarbij – kort gezegd - de programmabegroting 2021 en de meerjarenraming 2022 – 2024 werden vastgesteld alsook naar aanleiding van uw brief van 26 november 2020 waarin u, refererend aan het zojuist bedoelde besluit van de raad, cliënt in kennis stelt van uw besluit geen nieuwe overeenkomst met cliënte aan te gaan en van het standpunt dat de partnerovereenkomst met ingang van 1 januari niet langer van kracht is.

In aansluiting op de brief van de RvT aan de raad van 21 november jl. (zie bijlage) merk ik het volgende op.

De beslispunten 40a en b van het zojuist genoemde raadsbesluit betroffen CML. Deze beslispunten luiden als volgt:

40 a. De partnerovereenkomst met City Marketing Lelystad (CML) per eerst volgende datum te beëindigen en daarmee uitsluitend de lopende overeenkomst nog uit te dienen. Per datum einde partnerovereenkomst worden de activiteiten van CML beëindigd en de volledige organisatie van CML ontmanteld.

40 b. Zover enige activiteiten van CML nog strikt noodzakelijk zijn worden deze ondergebracht bij de afdeling communicatie/EZ van de gemeente. Indien en voor zover er activiteiten van CML worden ondergebracht bij de afdeling communicatie/EZ van de gemeente zal hiervoor eerst een voorstel inclusief budget ter goedkeuring aan de raad worden voorgelegd.

Alle betalingen t.n.v. Stichting Beheer Derdengelden Okkerse & Schop NL73RABO0146944720 (BTW nr. NL 8053.45.024.B01). KvK nummer 32167433. Alle diensten en andere werkzaamheden worden verricht onder toepassing van de 'Algemene Voorwaarden voor dienstverlening van de maatschap Okkerse & Schop Advocaten', gepubliceerd op onze website en bij de KvK Gooi-, Eem- en Flevoland onder nummer 21/149. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het betreffende geval onder onze beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald.

Besluitpunt 40 a valt uiteen in drie onderdelen, te weten:

1. de beëindiging van de partnerovereenkomst per de eerstvolgende datum en het uitdienen van de lopende overeenkomst
2. het per de zojuist bedoelde datum beëindigen van de activiteiten van CML en
3. het ontmantelen van de volledige organisatie van CML.

Besluitpunt 40 b heeft de strekking onder voorwaarden de strikt noodzakelijke activiteiten onder te brengen bij – kort gezegd – de gemeente (onderdeel 4).

Met betrekking tot deze punten wenst CML het volgende onder aandacht van uw college te brengen

Ad 1 (beëindiging partnerovereenkomst)

CML meent dat zij (tot het raadsbesluit van 10 november 2020) ervan mocht uitgaan dat de gemeente over zou gaan tot verlenging van de partnerovereenkomst. In dit verband merk ik het volgende op. Er heeft nimmer overleg zoals vermeld onder punt 3.6 van de partnerovereenkomst (onderhandelingen eind 2019 over de continuïteit bij het verstrijken van de looptijd) plaats gevonden. Het verlengen van de partnerovereenkomst is sinds juli 2019 wel een terugkerend agendapunt geweest bij het overleg met de betrokken wethouder. Er heeft op 12 november 2019 een gesprek plaatsgevonden tussen de burgemeester, directeur Strategie & Ontwikkeling, teamleider bestuursondersteuning en de bestuurder-directeur van CML, waarin aangegeven werd dat de nieuwe partnerovereenkomst anders opgesteld zou moeten worden om enige vorm van staatssteun te voorkomen. Dat zou in de huidige overeenkomst niet goed geregeld zijn.

De veronderstelling dat CML een nieuwe opdracht met bijbehorende subsidie zou krijgen komt onder andere voort uit het feit dat nooit eerder is gesproken over het beëindigen van de partnerovereenkomst. CML heeft vele signalen ontvangen dat een verlenging een kwestie van tijd was, onder andere door de wethouder aan het lid van de RvT dat namens de gemeente is benoemd. Maar het meest recente bewijs daarvan is toch wel het voorbereidend besluit waarin uw college unaniem besluit de partnerovereenkomst met CML met 2 jaar te verlengen, in 2021 niet te bezuinigen op CML en "Op basis van bovenstaand voorstel 'City Marketing' de meerjarenraming 2022 en verder bij te stellen met € 50.000 in 2022 en € 100.000 met ingang van 2023". Op dit voorbereidend besluit heeft de VVD-fractie in de raad op 27 oktober 2020 het amendement 'Bouwmeester' ingediend. Ook in dat amendement werd de partnerovereenkomst met CML nog verlengd en de subsidie gekort met € 120.000 per 2021. Het amendement tot het niet verlengen van de partnerovereenkomst is 9 oktober aangedragen bij de griffie en 10 oktober in de raadvergadering ingebracht.

Ik voeg daaraan toe dat het college op 27 september 2016 heeft besloten CML met ingang van 1 januari 2019 aan te wijzen als de uitvoerder en contractbeheerder van het gemeentelijk reclamebeleid. Daarnaast werd er tot zeer voor kort met de gemeente (teamleider bestuursondersteuning) onderhandeld over een 'overeenkomst gebruik openbare ruimte voor de plaatsing reclameobjecten'. Doel van deze overeenkomst was (onder andere) dat CML zo zelf inkomsten kan ontvangen en aldus minder afhankelijk zou worden van de gemeentelijke financiering.

Op grond van het bovenstaande zijn er overduidelijk verwachtingen gewekt door de gemeente. CML beroept zich dan ook op het vertrouwensbeginsel.

CML houdt het er vooralsnog op dat de jaarlijkse bijdrage die de gemeente op grond van de partner-overeenkomst betaalt, is aan te merken als subsidie in de zin van artikel 4:21 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Aan deze kwalificatie doet niet af de benaming die in de overeenkomt aan de aanspraak op de verstrekte financiële middelen wordt gegeven.

Indien de jaarlijkse bijdrage als subsidie kwalificeert dan heeft dat juridische gevolgen. Nu de gemeente voor drie of meer achtereenvolgende jaren subsidie heeft verstrekt, kan de gemeente dat voor een volgend jaar slechts weigeren op grond van veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten die zich tegen (ongewijzigde) voortzetting van de subsidie verzetten en slechts met inachtneming van een redelijke termijn. Gelet op de aard van de subsidie, de gesubsidieerde activiteiten, de afwikkeling van verplichtingen jegens derden (waaronder werknemers van CML) en de ingrijpendheid (er is sprake van een algehele intrekking) acht CML een termijn van 12 maanden, te rekenen vanaf 1 januari 2021, redelijk. CML verwacht dat zij ter overbrugging van deze redelijke termijn behoefte heeft aan een subsidie van € 580.000.

CML stelt zich voor om in de zojuist bedoelde periode zich op het volgende te richten:

- algemeen jaarplan als verdieping op het jaarplan 2020 (indien gewenst in overleg met directeur strategie)
- werkzaamheden voor de domeinen wonen, werken, toerisme en evenementen
- het verhogen van de online awareness en de reputation van het 'merk' Lelystad
- door CML betaalde evenementen zoals 'Bommetje' (Bataviahaven), het Grachtenfestival, het NK kite- en windsurfen en de BinckBank Tour.

CML ziet hiervoor de volgende noodzakelijke randvoorwaarden:

- de naam City Marketing Lelystad blijft gehandhaafd
- CML wordt gedurende de redelijke termijn vrijgesteld van de verplichting huurpenningen te betalen
- De samenwerking wordt voortgezet op projectbasis, op basis van vooraf te maken afspraken
- Projecten onder de € 25.000 mogen direct gegund worden
- CML wordt 'preferred supplier' van de gemeente
- De gemeente vergoedt de juridische kosten die CML heeft moeten maken na het besluit van uw raad van 10 november 2020.

De zojuist bedoelde termijn zou verder kunnen worden gebruikt afspraken te maken over de situatie na 31 december 2021.

Cliënte leest aan het slot van uw brief dat u de afwikkeling van de partnerovereenkomst met aandacht zal vormgeven en daarover graag met haar in overleg treedt. De VVD-fractie spreekt in een bericht van 8 december 2020 op haar website over "de juiste zorgvuldigheid". Naar het oordeel van cliënte behoort tot de zojuist bedoelde aandacht en zorgvuldigheid ook dat er een redelijke termijn als hierboven bedoeld in acht wordt genomen. Nu deze termijn niet reeds was meegenomen in het raadsbesluit (en de VVD-fractie van de raad in voornoemd bericht het standpunt lijkt in te nemen dat het college de partnerovereenkomst eerder (pro-forma) had moeten opzeggen, is het aan uw college deze alsnog in acht te nemen.

Ad 2 (beëindiging activiteiten CML)

Het beëindigen van de partnerovereenkomst heeft geen gevolgen voor de verbintenissen die voor de gemeente of derden jegens CML voortvloeien uit andere overeenkomsten met CML en dus evenmin voor de activiteiten van CML die uit die andere verbintenissen en overeenkomsten voortvloeien. Het is aan de bestuurder-directeur van CML, die CML bestuurt (zie artikel 6 leden 1 en 2 van de statuten van CML), en niet aan de gemeente om CML te besturen en te beslissen of activiteiten van CML worden beëindigd of niet.

In het verlengde hiervan merk ik op dat het eindigen van de partnerovereenkomst ook geen gevolgen heeft voor andere, door de gemeente te eerbiedigen, (intellectuele) rechten van CML, zoals bijvoorbeeld het recht van CML op de handelsnamen Stichting Lelystad Partners en Citymarketing Lelystad en het recht op het merk 'Lelystad geeft lucht', welk recht door derden, waaronder de gemeente niet mag worden gebruikt tenzij cliënte dit – tegen vergoeding – overdraagt of in licentie verstrekt. Onder andere gezien deze, en nog te inventariseren, rechten, waar de raad in al haar ijl geen oog voor lijkt te hebben gehad, zou de door gemeente gerealiseerde besparing aanmerkelijk lager kunnen uitvallen dat gehoopt door de raad.

Ad 3 (ontmanteling CML)

Het eindigen van de partnerovereenkomst brengt geen juridische wijziging van CML met zich mee; de stichting die CML in stand houdt, wordt daardoor niet ontbonden en houdt als het gevolg daarvan ook niet op te bestaan. CML wordt als stichting eerst ontbonden door een besluit van de RvT (artikel 26 lid 1 van de statuten). Kortom, de gemeente is niet bevoegd te besluiten tot ontmanteling van CML.

Ad 4 (onderbrenging activiteiten CML bij gemeente)

Voorop moet worden gesteld dat de gemeente niet zonder instemming van CML activiteiten die niet voortvloeien uit de partnerovereenkomst kan onderbrengen bij de gemeente.

Het *lijkt* erop dat onder het 'onderbrengen van activiteiten van CML bij de gemeente' is te verstaan de overdracht van (een deel van) ondernemingsactiviteiten van CML aan de gemeente. Indien dat inderdaad het geval is, dan is dat vermoedelijk te kwalificeren als een overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:662 e.v. BW.

Indien de conclusie is dat er sprake is van een overgang van onderneming juist is, dan zou dat, simpel gezegd, tot het gevolg hebben dat (een deel van) de werknemers van CML van rechtswege overgaat

naar de gemeente. Dat betekent onder andere dat met ingang van de overgang het loon van de werknemers die het betreft voor rekening komt van de gemeente. De door de raad beoogde besparing zal dus ook daardoor mogelijk aanzienlijk geringer zijn dan aanvankelijk gehoopt. Het lijkt er, gelet op de inhoud van het raadsbesluit, immers op dat de raad ervan uitgaat dat de onder te brengen activiteiten worden uitgevoerd door de bestaande organisatie van de afdeling communicatie/EZ.

U sluit uw brief af met een uitnodiging tot overleg. Die uitnodiging wordt hierbij aanvaard. Met deze brief schetst cliënte hoe zij de contouren van dat overleg ziet.

Volledigheidshalve merk ik op dat cliënte zich het recht voorbehoudt om bezwaar te maken tegen het in uw brief vervatte besluit geen nieuwe overeenkomst met haar aan te gaan en het impliciete besluit geen redelijke termijn in acht te nemen.

Hoogachtend,

J.M.P. (Hans) Blom

advocaat