

Memorandum

Van : Ekram Belhadj, advocaat
Aan : Gemeente Nijkerk – Amarins Muizelaar
Datum : 23 mei 2021
Referentie : 239814/EB

Beantwoording van de door de Gemeente gestelde vragen

1. Is het AB-Besluit op de juiste manier bekendgemaakt?

Gelet op het Besluit elektronisch gemeenteblad, is het AB-Besluit niet op de juiste wijze bekend gemaakt.

2. Zo ja, heeft het AB-Besluit formele rechtskracht gekregen?

Er heeft geen juiste bekendmaking plaatsgevonden; er heeft weliswaar bekendmaking plaatsgevonden in een huis-aan-huisblad, maar niet via de volgens het Besluit elektronisch gemeenteblad voorgeschreven weg. Daar komt bij dat de bekendmaking die heeft plaatsgevonden, voor zover wij kunnen vaststellen, geen vermelding van rechtsmiddelen bevat zoals voorgeschreven in artikel 3:45 Awb.

Een bekendmaking die in strijd met artikel 3:42 Awb plaatsvindt, hoeft niet perse aan de inwerkingtreding van het AB-Besluit in de weg te staan. Uit rechtspraak blijkt dat door de bestuursrechter nogal eens wordt volstaan met de gevolgtrekking dat de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep niet de dag na de (onjuiste) bekendmaking een aanvang heeft genomen. Daarentegen bestaat ook de nodige rechtspraak waaruit blijkt dat de bestuursrechter van oordeel is dat het besluit niet in werking is getreden als gevolg van een onjuiste bekendmaking. In een uitspraak van het CBB van 18 februari 2003 (ECLI:NL:CBB:2003:AF4792, r.o. 2) wordt de lijn gevolgd dat het betreffende besluit als gevolg van een onjuiste bekendmaking wel in werking is getreden, maar dat de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep niet de dag na de (onjuiste) bekendmaking een aanvang heeft genomen. Hoewel gelet op die uitspraak en uitspraken van andere bestuursrechters verdedigbaar is dat die lijn ook in onderhavige kwestie moet worden gevolgd, staat gelet op de wisselende rechtspraak allerm minst vast dat die lijn ook daadwerkelijk zal worden toegepast. Er kan dan ook zeker niet worden uitgesloten dat het AB-Besluit niet in werking is getreden door de onjuiste bekendmaking. In dat geval heeft het AB-Besluit geen formele rechtskracht gekregen.

Indien door de bestuursrechter wordt geoordeeld dat het AB-Besluit wel in werking is getreden, maar dat de termijn voor het maken van bezwaar niet de dag na de onjuiste bekendmaking is aangevangen, kan niet worden uitgesloten dat het AB-Besluit nog geen formele rechtskracht heeft. In die situatie zal een rol spelen wanneer een (rechts)persoon bekend is geworden met het AB-Besluit. Ten aanzien van (rechts)personen die nog niet



bekend zijn met het AB-Besluit, kan dan mogelijk (alsnog) langs bestuursrechtelijke weg tegen het AB-Besluit worden opgekomen. In zoverre heeft het AB-Besluit dan nog geen formele rechtskracht gekregen. Wij merken hierbij op dat het voor de belanghebbende (rechts)persoon die wegens verwijtbaar handelen of nalaten van het bestuursorgaan te laat op de hoogte geraakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken of beroep in te stellen, zaak is om niet te lang te wachten met het maken van bezwaar of het instellen van beroep nadat hij bekend is geworden met die mogelijkheid. Daarbij kan geen aanspraak worden gemaakt op een volledig nieuwe bezwaar- of beroepstermijn. Een termijn van twee weken nadat de belanghebbende van het bestaan van een besluit op de hoogte geraakt wordt in de jurisprudentie in beginsel voldoende geacht. Te lang wachten leidt alsnog tot niet-ontvankelijkheid.

3. Indien het AB-Besluit geen formele rechtskracht heeft gekregen, kan dan nog bezwaar worden gemaakt?

Zoals hiervoor is opgemerkt kan, indien het AB-Besluit nog geen formele rechtskracht heeft gekregen, daartegen mogelijk nog bezwaar worden gemaakt. Of er tegen het AB-Besluit nog bezwaar kan worden gemaakt hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij een rol speelt:

- welke consequenties/gevolgen het besluit voor derdebelanghebbenden heeft;
- of derdebelanghebbenden door de onjuiste bekendmaking van het besluit zijn geschaad;
- of het besluit in werking is getreden;
- op welk moment derdebelanghebbenden op de hoogte zijn geraakt van dat besluit en vervolgens al dan niet bezwaar hebben gemaakt of beroep hebben ingesteld.

Uit ontvangen stukken maken wij op dat in de brief van 24 maart 2021 van Pot Jonker aan de raad is geschreven:

“Het is Van den Tweel bekend dat de gemeenteraad op 4 november 2019 een dergelijk algemeen belang besluit heeft genomen. Dit besluit is echter gepubliceerd in de “Stad Nijkerk”. Volgens de eigen regelgeving van de gemeente [Besluit elektronisch gemeenteblad, 13 december 2013 (Gemeenteblad 2013m nr. 4117 – zie bijlage VII)] dienen besluiten van algemene strekking — waaronder dus een algemeen belang besluit — gepubliceerd te worden op (kort gezegd) www.officielebekendmakingen.nl. De gemeente heeft dit nagelaten.

Aangezien het algemeen belang besluit niet op de juiste wijze is gepubliceerd heeft dat tot gevolg (op grond van artikel 3:40 Awb) dat het besluit nimmer in werking is getreden. Dit heeft weer tot gevolg dat de gemeente zich aan de Wet Markt en Overheid dient te conformeren en dat de voorgenomen verlieslatende exploitatie van de parkeergarage niet mogelijk is.”

Indien het standpunt wordt betrokken dat het AB-Besluit in werking is getreden, is goed verdedigbaar dat Van den Tweel— indien zij nog geen bezwaar heeft gemaakt – niet alsnog met succes bezwaar kan maken tegen dat besluit, omdat gelet op de datum van de brief van 24 maart 2021 (waarin staat dat Van den Tweel ermee bekend is dat het AB-Besluit is genomen) vaststaat dat de hierboven genoemde termijn van twee weken nadat een belanghebbende van het bestaan van een besluit op de hoogte is geraakt, inmiddels is verstreken.



4. Indien het AB-Besluit niet op de juiste manier bekend is gemaakt, is het opportuun te achten om het AB-Besluit alsnog op de juiste manier bekend te maken?

Op basis van een besluit van de ACM van 29 mei 2015 lijkt het niet zinvol om het AB-Besluit alsnog op de juiste wijze bekend te maken, aangezien daarin is geoordeeld dat een algemeen belang besluit geen terugwerkende kracht kan hebben. Zie ook hierna.

5. Zo ja, kan aan AB-Besluit terugwerkende kracht worden toegekend?

Artikel 3:40 Awb vormt op zichzelf geen belemmering voor het toekennen van terugwerkende kracht aan een besluit. Op besluiten met terugwerkende kracht is artikel 3:40 Awb op dezelfde wijze als op alle andere besluiten van toepassing, namelijk in zoverre dat een besluit met terugwerkende kracht pas in werking kan treden vanaf het moment dat het is bekendgemaakt. Wij merken echter op dat in de literatuur, onder verwijzing naar genoemd besluit van de ACM, is opgemerkt dat aan een algemeen belang besluit geen terugwerkende kracht kan worden toegekend.

6. Zo ja, is het verlenen van terugwerkende kracht strijdig met het rechtzekerheidsbeginsel?

Het rechtzekerheidsbeginsel kan zich verzetten tegen het verlenen van terugwerkende kracht.

7. Los van de bovenstaande vragen, houdt de besluitvorming omtrent het AB-Besluit stand gelet op de eisen die daaraan gesteld worden door het CBb?

In verschillende documenten van de Gemeente zijn aanknopingspunten te vinden die kunnen bijdragen aan een deel van de onderbouwing die nodig is voor een ab-besluit dat voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld. Er zijn diverse raadsbesluiten en andere documenten waarin het belang van het parkeren in bronpunten in de binnenstad wordt toegelicht. Er zal echter een nadere en actuele onderbouwing moeten plaatsvinden die specifiek gericht is op de parkeergarage Kerkplein en die voldoet aan de eisen die hierboven zijn weergegeven, aangezien het AB-Besluit niet voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld.

8. Zo nee, wat is hiervoor nodig?

Er zal een nadere en actuele onderbouwing moeten plaatsvinden die specifiek gericht is op de parkeervoorziening Kerkplein en die voldoet aan de eisen zijn weergegeven in paragraaf 2.2.1 van dit advies. Documenten die dienen ter onderbouwing moeten ook als bijlage bij het ab-besluit worden opgenomen.

9. Is de samenwerkings- en realisatieovereenkomst Oosterpoort nog van invloed op deze uitkomst?

Nee, het AB-Besluit staat daar los van.

10. Als de uitzonderingsbepaling van artikel 25h, lid 5, Mw niet van toepassing is, wat betekent dit dan voor de parkeervoorzieningen in de binnenstad van Nijkerk in het algemeen en het voorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk' in het bijzonder? Mede in aanmerking genomen dat er niet meer bij afzonderlijk raadsvoorstel zal worden besloten over de exploitatie, daarin voorziet het voorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk'.



Dat betekent dat de Gemeente de integrale kosten moet doorberekenen aan de gebruikers van de parkeervoorziening Kerkplein, tenzij zij een ab-besluit neemt dat aan de gestelde eisen voldoet.

11. Is de Mededingingswet van toepassing op het beschikbaar stellen van een investeringskrediet voor de aankoop van 95 openbare parkeerplaatsen in de nog te realiseren parkeergarage binnen het bouwplan Kerkplein, nu er geen daadwerkelijk sprake is van het aanbieden van goederen en/of diensten?

Nee, aangezien het gaat om het ter beschikking stellen aan de Gemeente zelf en niet aan een derde, voor de aankoop van parkeerplaatsen. De aankoop van de parkeerplaatsen is geen economische activiteit die valt onder de Wet M&O. De exploitatie is dat wel.

12. Of treedt de Gemeente in kwestie, feitelijk of potentieel, al in concurrentie met Van den Tweel Vastgoed?

Nee, zie antwoord 11.

13. Wat zijn in het kader van de Wet M&O en het AB-Besluit kansen en risico's in relatie tot het raadsvoorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein'?

Als de Gemeente geen nieuw ab-besluit neemt dat voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld, zijn de risico's dat Van den Tweel een klacht indient bij de ACM en/of een procedure start bij de rechter. De ACM kan vaststellen dat de Gemeente in strijd handelt met de Wet M&O en kan daaraan een last onder dwangsom verbinden. De rechter kan op vordering van Van den Tweel de Gemeente gebieden om geen uitvoering te geven aan de plannen omtrent de exploitatie van de parkeervoorziening Kerkplein, met alle gevolgen van dien, zolang de Gemeente in strijd blijft handelen met de Wet M&O. In beide gevallen kan er negatieve publiciteit ontstaan en kunnen bijvoorbeeld politieke risico's ontstaan voor bijvoorbeeld wethouders.

Ook als de Gemeente wel een gedegen ab-besluit neemt, bestaan genoemde risico's, omdat Van den Tweel zich op het standpunt kan stellen dat het ab-besluit niet voldoet aan de eisen.



1. Achtergrond en vraagstelling

Op 30 maart 2016 heeft de gemeenteraad van de gemeente Nijkerk (hierna: raad) de uitgangspunten van de “Visie Aantrekkelijk Nijkerk” vastgesteld. Op 30 maart 2017 heeft de raad een besluit genomen over de uitwerking van de Visie Aantrekkelijk Nijkerk en dan in het bijzonder onder meer de locatie Kerkplein in Nijkerk (hierna: raadsvoorstel maart 2017). Er is besloten om de locatie Kerkplein te herontwikkelen tot een woonlocatie gecombineerd met een bronpunt voor parkeren ten behoeve van de binnenstad van Nijkerk. Op 14 december 2017 heeft de raad in kader van het raadsvoorstel “Uitwerking motie van 30 maart 2017 n.a.v. besluitvorming samenhangend plan Visie Aantrekkelijk Nijkerk, uitwerking Kerkplein/Havenkom (parkeren)”, besloten om onder andere vast te houden aan het uitgangspunt van de Visie Aantrekkelijk Nijkerk dat er heldere en geconcentreerde parkeervoorzieningen worden gerealiseerd. Dit is een richtinggevend/kaderstellend besluit voor de herontwikkeling van de locatie Kerkplein. Daarbij gaat het concreet om de herontwikkeling van de voormalige Jumbo-supermarkt aan de Torenstraat, die bekend staat als het “bouwplan Kerkplein, Nijkerk” (hierna: Bouwplan Kerkplein).

Onderdeel van het Bouwplan Kerkplein is de realisatie van een ondergrondse parkeergarage ten behoeve van de binnenstad van Nijkerk (95 parkeerplaatsen) en de toekomstige bewoners van de bovengelegen appartementen (52 parkeerplaatsen). Van Wijnen zal de parkeergarage realiseren conform de technische omschrijving en tekeningen die zijn gekoppeld aan de (concept)koop-/aannemingsovereenkomst. De 95 openbare parkeerplaatsen worden grotendeels door Van Wijnen aan de Gemeente geleverd. De Gemeente zal zelf zorgdragen voor het realiseren van een integraal parkeersysteem en zelf de parkeerplaatsen exploiteren (hierna wordt deze parkeergarage ook wel aangeduid als “parkeervoorziening Kerkplein”). De raad is verzocht middels het raadsvoorstel “Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk” van 2021 om in te stemmen met het beschikbaar stellen van een investeringskrediet voor de aankoop van 95 openbare parkeerplaatsen in de nog te realiseren parkeervoorziening Kerkplein, en de aankoop van een integraal parkeersysteem ten behoeve van deze openbare parkeerplaatsen.

De gemeente Nijkerk (hierna: Gemeente) heeft aangegeven dat de raad op 17 oktober 2019 heeft ingestemd met het “Aanwijzingsbesluit parkeervoorzieningen als een Dienst van Algemeen Economisch Belang” (hierna: AB-Besluit) in de zin van de Wet Markt & Overheid (hierna: Wet M&O), meer specifiek een besluit zoals bedoeld in artikel 25h, lid 5, van de Mededingingswet (hierna: Mw).¹ Het AB-Besluit is bekendgemaakt in het huis-aan-huisblad Stad Nijkerk. De Gemeente heeft erop gewezen dat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Nijkerk (hierna: college) op 3 december 2013 het “Besluit tot aanwijzing van de internetsite voor de plaatsing van het elektronisch gemeenteblad en tot aanwijzing van categorieën van besluiten die uitsluitend elektronisch bekend worden gemaakt” (hierna: Besluit elektronisch gemeenteblad) heeft vastgesteld. Op grond van dit besluit dienen onder meer overige besluiten van algemene strekking, gericht op rechtsgevolg (tenzij bij wettelijk voorschrift een andere wijze van bekendmaken is voorgeschreven) uitsluitend via het elektronisch gemeenteblad bekend te worden gemaakt.

Recent, in 2021, is het raadsvoorstel “Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk” besproken door de raad (hierna: Raadsvoorstel 2021). Daarin is voorgesteld om:

¹ De Wet M&O is onderdeel van de Mededingingswet. Aansluitend op het spraakgebruik gebruiken wij hier de term “Wet M&O”.



1. Een investeringskrediet beschikbaar te stellen ter grootte van € 4.050.000 voor de aankoop van 95 openbare parkeerplaatsen in de nog te realiseren parkeergarage binnen het Bouwplan Kerkplein en de aankoop van een integraal parkeersysteem ten behoeve van deze openbare parkeerplaatsen, en deze als volgt te dekken:
 - a. € 1.250.000 uit de reserve bovenwijkse voorzieningen en deze over te hevelen naar de reserve investeringen maatschappelijk nut ter dekking van een gedeelte van de afschrijvingslasten van de investering;
 - b. de kapitaallasten van de investering alsmede de te verwachten exploitatiekosten en opbrengsten op te nemen in de meerjarenbegroting met ingang van 2024;
2. In afwijking van de financiële verordening van de gemeente in te stemmen met een afschrijvingsperiode van 50 jaar op de investering voor de openbare parkeerplaatsen.

Naar aanleiding van dit raadvoorstel heeft Van den Tweel Vastgoed (hierna: Van den Tweel)², een particuliere exploitant van een parkeergarage in de binnenstad van Nijkerk, op 8 maart 2021 een brief verzonden aan de raad, inhoudende dat de financiële basis die aan het raadsvoorstel ten grondslag is gelegd uitgaat van onjuiste uitgangspunten en er is sprake van een overaanbod van parkeerplaatsen. Het college heeft op 16 maart 2021 inhoudelijk gereageerd op deze brief..

Op 24 maart 2021 heeft de raad een brief ontvangen van de advocaten van Van den Tweel - Pot Jonker Advocaten (hierna: Pot Jonker). Pot Jonker stelt zich op het standpunt dat wanneer de Gemeente de parkeergarage gaat exploiteren, zij in strijd handelt met de Wet M&O. Pot Jonker wijst erop dat de Gemeente gehouden is om bij de exploitatie prijzen in rekening te brengen die tenminste kostendekkend zijn, waarbij (dus) de integrale kostprijs is doorberekend. Volgens Pot Jonker betekent dat, zoals op grond van de financiële kaderstelling onontkoombaar zal zijn, de parkeergarage niet verlieslatend geëxploiteerd mag worden. Het AB-Besluit doet niet af aan deze verplichting, omdat dat niet op de juiste wijze bekend is gemaakt. Volgens Pot Jonker had het AB-Besluit conform de eigen regelgeving van de Gemeente gepubliceerd moeten worden op www.officielebekendmakingen.nl. Nu de Gemeente dit heeft nagelaten, is het AB-Besluit niet in werking getreden. Dat gebrek kan naar de mening van Pot Jonker niet eenvoudig worden hersteld door AB-Besluit alsnog te publiceren of een nieuw algemeen belang besluit te nemen. Een algemeen belang besluit moet volgens Pot Jonker op grond van de vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) aan verschillende voorwaarden voldoen. Pot Jonker merkt daarbij op dat het ondenkbaar is dat de raad onder deze stand van zaken een algemeen belang besluit neemt dat wel aan de hoge eisen voldoet die de Wet M&O daaraan stelt: het bouwen van een parkeergarage in het geval van een reeds bestaand overaanbod kan logischerwijs nimmer in het algemeen belang plaatsvinden en is al helemaal niet noodzakelijk.

Tegen deze achtergrond heeft de Gemeente volgende vragen gesteld:

1. Is het AB-Besluit op de juiste manier bekendgemaakt?
2. Zo ja, heeft AB-Besluit formele rechtskracht gekregen?
3. Indien het AB-Besluit geen formele rechtskracht heeft gekregen, kan dan nog bezwaar worden gemaakt?

² Dit is de handelsnaam van Konst Exploitatie Maatschappij B.V.



4. Indien het AB-Besluit niet op de juiste manier bekend is gemaakt, is het opportuun te achten om het AB-Besluit alsnog op de juiste manier bekend te maken?
5. Zo ja, kan aan het AB-Besluit terugwerkende kracht worden toegekend?
6. Zo ja, is het verlenen van terugwerkende kracht strijdig met het rechtzekerheidsbeginsel?
7. Los van de bovenstaande vragen, houdt de besluitvorming omtrent het AB-Besluit stand gelet op de eisen die daaraan gesteld worden door het CBB?
8. Zo nee, wat is hiervoor nodig?
9. Is de samenwerkings- en realisatieovereenkomst Oosterpoort nog van invloed op deze uitkomst
10. Als de uitzonderingsbepaling van artikel 25h, lid 5, Mw niet van toepassing is, wat betekent dit dan voor de parkeervoorzieningen in de binnenstad van Nijkerk in het algemeen en het voorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk' in het bijzonder? Mede in aanmerking genomen dat er niet meer bij afzonderlijk raadsvoorstel zal worden besloten over de exploitatie, daarin voorziet het voorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk'.
11. Is de Mededingingswet van toepassing op het beschikbaar stellen van een investeringskrediet voor de aankoop van 95 openbare parkeerplaatsen in de nog te realiseren parkeergarage binnen het Bouwplan Kerkplein, nu er geen daadwerkelijk sprake is van het aanbieden van goederen en/of diensten?
12. Of treedt de Gemeente, feitelijk of potentieel, al in concurrentie met Van den Tweel?
13. Wat zijn in het kader van de Wet M&O en het besluit van 17 oktober 2019 kansen en risico's in relatie tot het raadsvoorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein'?

Hierna gaan wij in op de beantwoording van deze vragen. We onderscheiden daarbij twee onderwerpen: a) de situatie met betrekking tot de bekendmaking en inwerkingtreding van het AB-Besluit en b) de verplichtingen die de Wet M&O stelt aan het handelen van de Gemeente in dit geval.

1.1. Bekendmaking en inwerkingtreding van het AB-Besluit

1.1.1. Bekendmaking in de Awb

Op grond van artikel 3:40 Awb treedt een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb niet in werking voordat het is bekendgemaakt. Met het oog op de bekendmaking wordt onderscheid gemaakt tussen besluiten die wel of niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht.

Op grond van artikel 3:41, lid 1, Awb geschiedt de bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, geschiedt zij ingevolge het tweede lid op een andere geschikte wijze.

Artikel 3:42, lid 2, Awb bepaalt dat de bekendmaking van besluiten van een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door kennisgeving van het besluit of van de zakelijke inhoud ervan in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze.



Elektronische bekendmaking vindt uitsluitend plaats in een van overheidswege uitgegeven blad, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Dit artikel ziet dus op de bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht en derhalve niet onder de werking van artikel 3:41 Awb vallen, zoals bijvoorbeeld besluiten van algemene strekking.

1.1.2. Concretiserend besluit van algemene strekking

Voor het antwoord op de vraag hoe het algemeen belang besluit bekend moet worden gemaakt, wijzen wij in de eerste plaats op de rechtspraak van het CBb. Het CBb heeft in zijn uitspraak van 21 december 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:414) het volgende overwogen:

“5.1 Hoofdstuk 4b van de Mw heeft tot doel het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen of diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds (...). In artikel 25h, vijfde lid, van de Mw is bepaald dat hoofdstuk 4b niet van toepassing is op economische activiteiten en op een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j van de Mw, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang. Op grond van het zesde lid van dit artikel geschiedt de vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang voor gemeenten door de gemeenteraad.

5.2 Het College ziet zich ambtshalve voor de vraag gesteld of het vaststellingsbesluit kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb waartegen, gelet op de artikelen 8:1 tot en met 8:3 van de Awb, beroep open staat. De raad heeft bij het nemen van het vaststellingsbesluit gebruik gemaakt van de hem in artikel 25h, zesde lid, van de Mw gegeven bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang als bedoeld in artikel 25h, vijfde lid, van de Mw. Op grond van die bepaling is door dit besluit hoofdstuk 4b van de Mw niet meer van toepassing op de betreffende economische activiteit, zijnde in dit geval de exploitatie van sportaccommodaties en overig maatschappelijk vastgoed in de gemeente [...]. Daarmee wordt de norm van artikel 25h, vijfde lid, van de Mw geconcretiseerd naar object en plaats, zodat het vaststellingsbesluit moet worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift in de zin van artikel 8:3 van de Awb (vgl. de uitspraak van het College van 2 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:453). Derhalve is sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen op grond van artikel 8:1 van de Awb beroep open staat. Voor dit oordeel vindt het College voorts steun in de wetsgeschiedenis bij de Wet Markt en Overheid (Kamerstukken I 2009/10, 31 354, E, blz. 11).”

[Onderstreping Nysingh]

De categorie besluiten van algemene strekking, die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, bestaat uit een aantal subcategorieën:³

- a. algemeen verbindende voorschriften;
- b. beleidsregels;
- c. plannen;
- d. concretiserende besluiten van algemene strekking; en
- e. overige besluiten van algemene strekking.

³ Zie: Schlössels & Zijlstra, Bestuursrecht sociale rechtsstaat band 1, 7^e druk, 2017, p. 191.



Uit het voorgaande volgt dat een concretiserend besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift c.q. een algemeen belang besluit, bekend moet worden gemaakt overeenkomstig artikel 3:42 Awb.^{4,5}

1.1.3. Bekendmaking van het AB-Besluit

Artikel 139 van de Gemeentewet verplicht de Gemeente om algemeen verbindende voorschriften bekend te maken in een elektronisch gemeenteblad. Daarnaast geeft artikel 3:42, lid 2, Awb aan gemeenten de mogelijkheid om andere besluiten van algemene strekking elektronisch bekend te maken. In het Besluit elektronisch gemeenteblad is geregeld dat overige besluiten van algemene strekking, gericht op rechtsgevolg, uitsluitend via het elektronisch gemeenteblad bekend worden gemaakt, tenzij bij wettelijk voorschrift een andere wijze van bekendmaken is voorgeschreven én dat gemeentebladen worden gepubliceerd door plaatsing op www.officielebekendmakingen.nl. In de onderhavige kwestie is het AB-Besluit enkel bekend gemaakt in het huis-aan- huisblad Stad Nijkerk en dus niet (tevens of uitsluitend) in het gemeenteblad. Evenmin heeft publicatie van het AB-Besluit op genoemde website.

Uit het Besluit elektronisch gemeenteblad volgt dus dat het AB-Besluit enkel en alleen in het gemeenteblad bekend moet worden gemaakt. Dat is evenwel niet gebeurd. Dit betekent dat er geen (juiste) bekendmaking van het besluit ex artikel 3:40 Awb in samenhang met artikel 3:42 Awb heeft plaatsgevonden.⁶

1.1.4. Beantwoording van de vragen 1-6 met betrekking tot de bekendmaking en inwerkingtreding van het AB-Besluit

Met inachtneming van het bovenstaande beantwoorden wij de vragen van de Gemeente omtrent de bekendmaking van het AB-Besluit als volgt.

1. Is het AB-Besluit op de juiste manier bekendgemaakt?

Gelet op het Besluit elektronisch gemeenteblad is het AB-Besluit niet op de juiste wijze bekend gemaakt.

2. Zo ja, heeft het AB-Besluit formele rechtskracht gekregen?

Er heeft geen juiste bekendmaking plaatsgevonden; er heeft weliswaar bekendmaking plaatsgevonden in een huis-aan-huisblad, maar niet via de volgens het Besluit elektronisch gemeenteblad voorgeschreven weg. Daar komt bij dat de bekendmaking die heeft plaatsgevonden, voor zover wij kunnen vaststellen, geen vermelding van rechtsmiddelen bevat zoals voorgeschreven in artikel 3:45 Awb.⁷

⁴ Vergelijk: de memorie van toelichting bij Wet elektronische bekendmaking (Kamerstukken II, 2006-2007, 31 084, nr. 3, p.12) waarin is opgemerkt: *“De Staatscourant en verschillende andere publicatiebladen van de overheid bevatten ook besluiten waarop het bekendmakingsregime van artikel 3:42 Awb van toepassing is. Het betreft dan besluiten die geen algemeen verbindend voorschrift zijn, maar die evenmin tot een of meer belanghebbenden zijn gericht. Hieronder vallen bijvoorbeeld beleidsregels, maar ook concretiserende besluiten van algemene strekking («aanwijzingsbesluiten») (...).”*

⁵ Zie ook: J.P. Heinrich, Module Algemeen bestuursrecht, commentaar op art. 3:42 Awb, paragraaf 2.2.8.

⁶ De vraag is overigens wat de ‘status’ van het Besluit elektronisch gemeenteblad is. Zien wij het goed, dan gaat het hierbij niet om een door de raad vastgesteld wettelijk voorschrift (verg. bijv.: [Verordening elektronische bekendmaking en kennisgeving Best \(overheid.nl\)](http://www.verordeningelektronischebekendmaking.nl)).

⁷ Is de rechtsmiddelvoorlichting achterwege gelaten, dan komt dat in beginsel voor risico van het bestuursorgaan en heeft als uitgangspunt te gelden dat een termijnoverschrijding bij het maken van bezwaar of het instellen van beroep verschoonbaar is (Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 15^e druk, p. 600).



Een bekendmaking die in strijd met artikel 3:42 Awb plaatsvindt, hoeft niet perse aan de inwerkingtreding van het AB-Besluit in de weg te staan.⁸

Uit rechtspraak blijkt dat er door de bestuursrechter nogal eens wordt volstaan met de gevolgtrekking dat de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep niet de dag na de (onjuiste) bekendmaking een aanvang heeft genomen.⁹ Daarentegen bestaat ook de nodige rechtspraak waaruit blijkt dat de bestuursrechter van oordeel is dat het besluit niet in werking is getreden als gevolg van een onjuiste bekendmaking.

In een uitspraak van het CBb van 18 februari 2003 (ECLI:NL:CBB:2003:AF4792, r.o. 2) wordt de lijn gevolgd dat het betreffende besluit als gevolg van een onjuiste bekendmaking wel in werking is getreden, maar dat de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep niet de dag na de (onjuiste) bekendmaking een aanvang heeft genomen. Hoewel gelet op die uitspraak en uitspraken van andere bestuursrechters verdedigbaar is dat die lijn ook in onderhavige kwestie moet worden gevolgd, staat gelet op de wisselende rechtspraak allerminst vast dat die lijn ook daadwerkelijk zal worden toegepast. Er kan dan ook zeker niet worden uitgesloten dat het AB-Besluit niet in werking is getreden door de onjuiste bekendmaking. In dat geval heeft het AB-Besluit geen formele rechtskracht gekregen.

Indien door de bestuursrechter wordt geoordeeld dat het AB-Besluit wel in werking is getreden, maar dat de termijn voor het maken van bezwaar niet de dag na de onjuiste bekendmaking is aangevangen, kan niet worden uitgesloten dat het AB-Besluit nog geen formele rechtskracht heeft. In die situatie zal een rol spelen wanneer een (rechts)persoon bekend is geworden met het AB-Besluit. Ten aanzien van (rechts)personen die nog niet bekend zijn met het AB-Besluit, kan dan mogelijk (alsnog) langs bestuursrechtelijke weg tegen het AB-Besluit worden opgekomen. In zoverre heeft het AB-Besluit dan nog geen formele rechtskracht gekregen.

Wij merken hierbij op dat het voor de belanghebbende (rechts)persoon die wegens verwijtbaar handelen of nalaten van het bestuursorgaan te laat op de hoogte geraakt van de mogelijkheid om bezwaar te maken of beroep in te stellen, zaak is om niet te lang te wachten met het maken van bezwaar of het instellen van beroep nadat hij bekend is geworden met die mogelijkheid. Daarbij kan geen aanspraak worden gemaakt op een volledig nieuwe bezwaar- of beroepstermijn. Een termijn van twee weken nadat de belanghebbende van het bestaan van een besluit op de hoogte geraakt wordt in de jurisprudentie in beginsel voldoende geacht. Te lang wachten leidt alsnog tot niet-ontvankelijkheid.¹⁰

3. Indien het AB-Besluit geen formele rechtskracht heeft gekregen, kan er dan nog bezwaar worden gemaakt?

Zoals hiervoor is opgemerkt kan, indien het AB-Besluit nog geen formele rechtskracht heeft gekregen, daartegen mogelijk nog bezwaar worden gemaakt.

⁸ Soms zal zo'n gebrek geen enkel gevolg voor de werking van het besluit hoeven te hebben, namelijk wanneer alle belanghebbenden ondanks de gebrekkige bekendmaking voldoende van het besluit op de hoogte waren of ook wanneer om andere redenen niemand is geschaad door de onjuiste bekendmaking (Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 15^e druk, p. 363).

⁹ Wij wijzen ter illustratie op: ABRvS 7 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1657.

¹⁰ Zie bijv.: ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:476.



Of er tegen het AB-Besluit nog bezwaar kan worden gemaakt hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij een rol speelt:

- welke consequenties/gevolgen het besluit voor derdebelanghebbenden heeft;
- of derdebelanghebbenden door de onjuiste bekendmaking van het besluit zijn geschaad;
- of het besluit in werking is getreden;
- op welk moment derdebelanghebbenden op de hoogte zijn geraakt van dat besluit en vervolgens al dan niet bezwaar hebben gemaakt of beroep hebben ingesteld.

Uit ontvangen stukken maken wij op dat in de brief van 24 maart 2021 van Pot Jonker aan de raad is geschreven:

“Het is Van den Tweel bekend dat de gemeenteraad op 4 november 2019 een dergelijk algemeen belang besluit heeft genomen. Dit besluit is echter gepubliceerd in de “Stad Nijkerk”. Volgens de eigen regelgeving van de gemeente [Besluit elektronisch gemeenteblad, 13 december 2013 (Gemeenteblad 2013m nr. 4117 – zie bijlage VII)] dienen besluiten van algemene strekking — waaronder dus een algemeen belang besluit — gepubliceerd te worden op (kort gezegd) www.officielebekendmakingen.nl. De gemeente heeft dit nagelaten.

Aangezien het algemeen belang besluit niet op de juiste wijze is gepubliceerd heeft dat tot gevolg (op grond van artikel 3:40 Awb) dat het besluit nimmer in werking is getreden. Dit heeft weer tot gevolg dat de gemeente zich aan de Wet Markt en Overheid dient te conformeren en dat de voorgenomen verlieslatende exploitatie van de parkeergarage niet mogelijk is.”

Indien het standpunt wordt betrokken dat het AB-Besluit in werking is getreden, is goed verdedigbaar dat Van den Tweel – indien zij nog geen bezwaar heeft gemaakt – niet alsnog met succes bezwaar kan maken tegen dat besluit, omdat gelet op de datum van de brief van 24 maart 2021 (waarin staat dat Van den Tweel ermee bekend is dat het AB-Besluit is genomen) vaststaat dat de hierboven genoemde termijn van twee weken nadat een belanghebbende van het bestaan van een besluit op de hoogte is geraakt, inmiddels is verstreken.

4. Indien het algemeen belang besluit niet op de juiste manier bekend is gemaakt, is het opportuun te achten om het algemeen belang besluit alsnog op de juiste manier bekend te maken?

Op basis van een besluit van de ACM van 29 mei 2015 lijkt het niet zinvol om het AB-Besluit alsnog op de juiste wijze bekend te maken,¹¹ omdat de ACM heeft geoordeeld dat een dergelijk besluit geen terugwerkende kracht heeft.

5. Zo ja, kan aan AB-Besluit terugwerkende kracht worden toegekend?

Artikel 3:40 Awb vormt op zichzelf geen belemmering voor het toekennen van terugwerkende kracht aan een besluit. Op besluiten met terugwerkende kracht is artikel 3:40 Awb op dezelfde wijze als op alle andere besluiten van toepassing, namelijk in zoverre dat een besluit met terugwerkende kracht pas in werking kan treden vanaf het moment dat

¹¹ Zaaknummer 15.0303.29.



het is bekendgemaakt.^{12,13} Hierbij geldt dat de ACM van oordeel is dat aan een algemeen belang besluit geen terugwerkende kracht kan worden toegekend.

6. Zo ja, is het verlenen van terugwerkende kracht strijdig met het rechtzekerheidsbeginsel?

Het rechtzekerheidsbeginsel kan zich verzetten tegen het verlenen van terugwerkende kracht.¹⁴

1.2. Verplichtingen Wet M&O

1.2.1. Kader algemeen belang besluit

De Wet M&O kent een aantal regels die bestuursorganen in acht moeten nemen wanneer zij economische activiteiten uitoefenen. Onder het begrip economische activiteit valt iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en/of diensten op een bepaalde markt. Het aanbieden van parkeergelegenheid in parkeergarages (anders dan op de openbare weg) kwalificeert als economische activiteit.

Artikel 25i Wet M&O schrijft voor dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, aan afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening brengt. Artikel 25j van de Wet M&O bepaalt dat een bestuursorgaan geen overheidsbedrijf bevoordeelt waarin hij is betrokken (boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt) en evenmin een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen toekent die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. In de onderhavige situatie is alleen artikel 25i Wet M&O in het geding. Immers, de parkeervoorziening Kerkplein zal niet door een overheidsbedrijf maar door de Gemeente zelf geëxploiteerd worden.

Op de toepassing van de Wet M&O bestaan verschillende uitzonderingen. Relevant in de onderhavige zaak is dat artikel 25h, lid 5, Wet M&O bepaalt dat de wet niet van toepassing is op activiteiten die plaatsvindt in het algemeen belang. Artikel 25h, lid 6, Wet M&O bepaalt dat de vaststelling of economische activiteiten of een bevoordeling plaatsvindt in het algemene belang, voor gemeenten, door de raad (bij besluit) wordt gedaan.

Bestuursorganen hebben een grote mate van beleidsvrijheid bij de afbakening van diensten van algemeen (economisch) belang. Deze vrijheid is echter niet absoluut. De genoemde beleidsvrijheid wordt enerzijds beperkt door de Europeesrechtelijke normstelling in verband met de vaststelling van diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB's)¹⁵ en anderzijds door de waarborgen die gelden op grond van de Awb voor een zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten (algemene beginselen van behoorlijk bestuur).¹⁶ Het CBb heeft in zijn uitspraak van 18 december 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:660) een algemeen kader gegeven voor de beoordeling van een algemeen belang besluit (hierna: ab-besluit).

¹² Zie: CRvB 22 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1533, JB 2018/128.

¹³ Zie: Kamerstukken II, 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 82.

¹⁴ Zie: T&C Awb, commentaar op art. 3:40 Awb, aant. 2.

¹⁵ Zie MvT bij de aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Kamerstukken 2007-2008, 31354, nr. 3, p. 11.

¹⁶ Zie MvT bij de aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Kamerstukken 2007-2008, 31354, nr. 3, p. 9.



Volgens het CBb is voor een deugdelijke motivering vereist dat het bestuursorgaan, de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. Heeft het bestuursorgaan dat niet of niet voldoende gedaan, dan houdt het besluit (al) wegens strijd met artikel 3:2 Awb geen stand. Heeft het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaard, dan toetst de bestuursrechter eerst of het bestuursorgaan zich redelijkerwijs op het standpunt heeft kunnen stellen dat sprake is van een algemeen belang dat door de desbetreffende economische activiteit wordt gediend. Zo'n algemeen belang is er niet als het aanbieden van de economische activiteit beneden de kostprijs niet nodig is om het nagestreefde algemeen belang te dienen. Dat is in elk geval aan de orde als dat belang ook wordt gediend als de economische activiteit niet beneden de kostprijs wordt aangeboden of als niet aannemelijk is dat marktpartijen met hun aanbod en de door hen gehanteerde voorwaarden dat belang niet kunnen dienen. Indien hij daaraan toekomt, toetst de bestuursrechter vervolgens of het bestuursorgaan, gelet op de betrokken belangen, in redelijkheid heeft kunnen besluiten van zijn bevoegdheid tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 25h, lid 6, Mw gebruik te maken op de wijze waarop het dat heeft gedaan. Daarbij is onder meer van betekenis of het bestuursorgaan in het besluit een prijsstelling heeft opgenomen die ertoe leidt dat enerzijds het beoogde effect daadwerkelijk wordt bereikt en anderzijds het nadeel voor de betrokken onderneming(en) zoveel mogelijk wordt beperkt, of het een termijn aan het besluit heeft verbonden en of het compensatie heeft aangeboden voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van de betrokken onderneming(en) behoort te blijven.

Op grond hiervan zal in het ab-besluit van de Gemeente ten aanzien van de exploitatie van de parkeervoorziening Kerkplein, aandacht aan de volgende onderwerpen moeten worden gegeven.

Integrale kosten

- Er zal moeten worden berekend wat de kosten zijn van de exploitatie. Daarvoor moet een kostentoerekening worden gemaakt. Onder deze kosten vallen in beginsel ook afschrijvingskosten en kapitaallasten. Welke vaste kosten moeten worden toegerekend en in welke mate moet worden bepaald op basis van bedrijfseconomische principes.
- Ook de opbrengsten van de exploitatie moeten in kaart worden gebracht, zodat de Gemeente kan bepalen of de te hanteren tarieven voor de parkeervoorziening Kerkplein kostendekkend of in welke mate zijn niet-kostendekkend zijn.

Algemeen belang

- Er zal duidelijk moeten worden onderbouwd *wat* de Gemeente wil bereiken met het exploiteren van de parkeervoorziening Kerkplein.
- Er dient een onderbouwing te komen *waarom* de algemeen belang doelstellingen die de Gemeente nastreeft niet kunnen worden bereikt indien de totale kosten van de exploitatie in rekening worden gebracht aan de gebruikers van de parkeervoorziening.

Noodzakelijkheid

- Er moet een onderbouwing zijn van het 'marktfalen': onderbouwd zal moeten worden waarom de doelstellingen van algemeen belang niet worden bereikt wanneer de Gemeente de parkeervoorziening Kerkplein niet zou exploiteren.
- Wanneer naar het oordeel van de Gemeente de capaciteit van door particuliere partijen geëxploiteerde parkeervoorzieningen, niet voorziet in de vraag naar parkeren, dient dit gedegen onderbouwd te worden. Ook als de capaciteit voldoende is maar de door de particuliere partijen geëxploiteerde parkeervoorziening gehanteerde voorwaarden voor



parkeren (tarieven) ertoe leiden dat zij niet kunnen voorzien in de vraag naar parkeren, moet de Gemeente dat onderbouwen. Denk daarbij aan een vergelijking tussen de situatie dat de Gemeente de parkeervoorziening Kerkplein niet zou exploiteren en de situatie dat de Gemeente de parkeervoorziening Kerkplein wel zou exploiteren.

- Voorts zal moeten worden onderbouwd waarom het noodzakelijk is dat de Gemeente de exploitatie niet-kostendekkend aanbiedt.

Afweging van belangen

- In het besluit zal een onderbouwde afweging van enerzijds het te bereiken algemeen belang en anderzijds de belangen van particuliere exploitanten zoals Van den Tweel moeten plaatsvinden. Waarom weegt het algemeen belang zwaarder dan dat van de aanbieders?
- In dit kader dient ook te worden meegenomen of aan de particuliere exploitanten zoals Van Den Twee een compensatie geboden wordt en wanneer dat niet het geval is waarom dat niet gebeurt. Kan betoogd worden dat de particuliere aanbieders geen (wezenlijk) nadeel ondervinden van de AB-aanwijzing?

Looptijd besluit

Er dient te worden afgewogen voor welke termijn de aanwijzing plaatsvindt en er dient te worden onderbouwd waarom voor die termijn gekozen wordt. Uit de jurisprudentie van het CBb volgt dat een besluit niet voor onbepaalde tijd moet worden genomen. Overigens is het wenselijk op te nemen dat de effecten van het besluit tegen het einde van de looptijd ervan worden geëvalueerd en waar in het kader van die evaluatie naar wordt gekeken.

1.2.2. Toets AB-Besluit aan kader voor ab-besluiten

Als we kijken naar de inhoud van het AB-Besluit, moet worden vastgesteld dat dit niet voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld door het CBb. De onderbouwing is zeer summier en gaat bovendien niet in op de concrete situatie rondom de parkeervoorziening Kerkplein. De Gemeente geeft in het AB-Besluit slechts aan:

“Omdat de gemeente het parkeertarief laag wil houden, kunnen de kosten echter niet geheel worden doorgerekend. De oorzaak hiervan is dat we het parkeren willen reguleren, de binnenstad aantrekkelijk willen houden voor bezoekers en voor bezoekers goede voorzieningen willen bieden op korte loopafstand van het centrum. Daarnaast is het van economisch belang voor de binnenstad, dat deze toegankelijk blijft voor de bezoeker van het centrum van Nijkerk. Bij de realisatie van de parkeergarage Oosterpoort zijn afspraken gemaakt met de ontwikkelaar/eigenaar om het gemeentelijk parkeertarief te volgen. Hier gelden op dit moment andere tarieven die door de exploitant van de parkeergarage van de Oosterpoort zijn vastgesteld. Daarom wordt voorgesteld de parkeervoorzieningen (op maaiveld en bebouwd) aan te merken een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB).”

Er is ook geen verwijzing naar onderzoeken, rapporten e.d. om de standpunten in dit besluit te onderbouwen.

De conclusie is dan ook dat het AB-Besluit, ook als dat alsnog op de juiste wijze bekendgemaakt zou worden door de Gemeente, geen stand zal houden. Wij adviseren de Gemeente om die reden om een nieuw ab-besluit te nemen dat voldoet aan de eisen die het CBb daaraan stelt.



1.2.3. Nadere onderbouwing

In verschillende documenten van de Gemeente zijn aanknopingspunten te vinden die kunnen bijdragen aan een deel van de onderbouwing die nodig is voor een ab-besluit dat voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld. Er zijn diverse raadsbesluiten en andere documenten waarin het belang van het parkeren in bronpunten in de binnenstad wordt toegelicht. Er zal echter een nadere en actuele onderbouwing moeten plaatsvinden die specifiek gericht is op de parkeervoorziening Kerkplein en die voldoet aan de eisen die hierboven zijn weergegeven.

Hieronder wordt op een aantal documenten ingegaan.

In het Raadsvoorstel maart 2017 is vastgesteld is aangegeven dat er een aantal documenten is opgesteld dat ten grondslag ligt aan dat voorstel, onder meer:

1. Visie Aantrekkelijk Nijkerk
2. Verkeersplan

Verder is in dat raadsvoorstel vermeld dat het Verkeersplan dateert uit 2016 waarvan het doel is: bereikbaarheid binnenstad bevorderen, veiligheid en verblijfskwaliteit verbeteren, goed bereikbare parkeervoorzieningen, herinrichting wegen, beleving van ruimte en autoluwe binnenstad. Ook is aangegeven dat in dat plan wordt ingezet op het minimaliseren van het parkeren op maaiveld en dat om een kwaliteitsslag in de openbare ruimte te maken, voorgesteld wordt om op een aantal geconcentreerde plekken in de binnenstad parkeervoorzieningen (bronpunten) te realiseren. Onder punt 3 op p. 5 van dat raadsvoorstel wordt verder aangegeven dat 475 parkeerplaatsen op het maaiveld verdwijnen en dat in de plaats daarvan 365 gebouwde parkeerplaatsen worden gerealiseerd, waardoor de bezettingsgraad naar verwachting van 50% naar 70% gaat. Daarbij wordt verwezen naar de notitie “Parkeerbalans binnenstad Nijkerk 2016”. Die notitie betreft een rapport, dat is opgesteld door de Werkgroep Verkeersplan binnenstad Nijkerk, de Gemeente en Antea Group, naar het gebruik van de parkeervoorzieningen en de parkeerdruk in de binnenstad van Nijkerk. Het onderzoek bestond uit het in kaart brengen van de beschikbare parkeercapaciteit (per wegsectie en weghelft tussen wegaansluitingen) en het registreren van de parkeerdruk in het gehele onderzoeksgebied op alle openbare parkeergelegenheden (inclusief publieke parkeergarages) op verschillende momenten. Dit onderzoek kan niet aan een nieuw ab-besluit ten grondslag worden gelegd, omdat het inmiddels meer dan vier jaar oud is. Een soortgelijk onderzoek, dat nog verder verdiept dient te worden, zal uitgevoerd moeten worden in verband met een nieuw ab-besluit.

Verder wordt onder punt 5a) op p. 6 van het Raadsvoorstel maart 2017 ingegaan op de bronpunten: er is een aparte exploitatieberekening gemaakt van de gebouwde parkeervoorziening als bronpunt bij het Kerkplein. Vermeld is dat de uitgangspunten die hierbij zijn aangehouden zijn opgenomen in een vertrouwelijke financiële bijlage, waarvan wij de inhoud niet kennen. Ook is aangegeven dat uit de exploitatieberekening van het bronpunt aan het Kerkplein blijkt dat de stichtingskosten niet in 40 jaar via een exploitatie kunnen worden terugverdiend. Als de exploitatieberekening niet meer actueel is, zal een nieuwe berekening gemaakt moeten worden in het licht van de eisen die aan een ab-besluit gesteld worden.

Verder heeft de Gemeente in 2019 het “Parkeerbeleidsplan 2019-2024” vastgesteld waarin de kaders worden weergegeven hoe om te gaan met parkeren binnen Nijkerk. Dit gewijzigde parkeerbeleidsplan heeft met name te maken met de besluiten van de raad omtrent de binnenstad van Nijkerk – in het kader van de Visie Aantrekkelijk Nijkerk - en de parkeerwijzigingen die in dat licht plaatsvinden (zoals het opheffen van parkeerplaatsen). Op p. 10 is aangegeven:



“In april en september 2018 en in mei 2019 zijn parkeerdrukmetingen gehouden in het centrum van Nijkerk en de directe schil daaromheen. Uit de metingen blijkt dat (over het hele centrum gezien) van alle openbare parkeerplaatsen maximaal ongeveer 60% bezet is. Op specifieke momenten en specifieke locaties kan de bezetting niettemin hoog zijn, zoals bijvoorbeeld parkeergarage Bonte Koe op koopavond en weekenddagen. Maar op acceptabele loopafstand zijn dan altijd voldoende vrije parkeerplaatsen te vinden.”

Dit parkeerbeleidsplan kan gebruikt worden bij een nieuw ab-besluit, maar dit neemt niet weg dat zoals gezegd onderzoek gedaan moet worden naar de concrete situatie met betrekking tot de parkeergarage Kerkplein. Daarbij zullen de in dit plan genoemde parkeerdrukmetingen geactualiseerd moeten worden.

In het Raadvoorstel 2021 is op p. 2 vermeld dat op basis van eerdere besluitvorming over het autoluw maken van de binnenstad, een bronpunt voor parkeren aan het Kerkplein noodzakelijk is, en dat de realisatie van het bronpunt in het Bouwplan Kerkplein daarmee aansluit bij de beleidsuitgangspunten van de Visie Aantrekkelijk Nijkerk en het door de raad vastgestelde parkeerbeleid van Nijkerk. Verder is in het raadsvoorstel op p. 3 aangegeven dat uit onderzoek van de Gemeente naar haar rol ten aanzien van het bronpunt parkeren, onder meer naar voren is gekomen:

- Een gemeentelijke exploitatie passend is binnen beschikbare financiële middelen en voor de gemeente acceptabele risico's kent.
- Exploitatie door de gemeente ook voordelen heeft in het licht van het uitvoeren van het gemeentelijk parkeerbeleid.
- Een beduidend verkooprisico in de businesscase voor de initiatiefnemers geëlimineerd kon worden, hetgeen de haalbaarheid van de herontwikkeling ten goede zou komen.
- Het risico kon worden vermeden dat de initiatiefnemers geen exploitant zou vinden, hetgeen mogelijk kon leiden tot vertraging of een aanpassing van het bouwplan (geen bronpunt, enkel parkeren voor bewoners op maaiveld).
- Bij het niet kunnen realiseren van een bronpunt Kerkplein zijn er onvoldoende openbare parkeerplaatsen beschikbaar in de directe nabijheid van de binnenstad om de Visie Aantrekkelijk Nijkerk en het Parkeerbeleidsplan 2019-2024 inhoud te geven.

Verder is op p. 5 aangegeven dat over de gehele exploitatieperiode van 50 jaar van de parkeergarage Kerkplein, de exploitatie van de parkeergarage tot een negatief resultaat leidt, maar dat daar wel dekking voor is vanuit de gemeentelijke begroting waardoor een positief resultaat wordt voorzien over die periode. Ten aanzien van de exploitatieperiode is daarin opgenomen dat de economische levensduur van een parkeergarage samenhangt met de bovengrondse bebouwing. In combinatie met woningbouw kan doorgaans worden uitgegaan van een economische levensduur van 60 jaar, maar omdat in de financiële verordening van de Gemeente wordt uitgegaan van 40 jaar voor gebouwen wordt de afschrijvingstermijn van de parkeervoorziening Kerkplein gesteld op 50 jaar.

Voor de meerjarenbegroting is de Gemeente uitgegaan van constante prijzen. Dit betekent dat de kosten- en opbrengstenstijging op nul worden gehouden. Bij een vertaling van de parkeerexploitatie op de meerjarenbegroting, met afronding op een veelvoud van € 1.000, ontstaat het volgende beeld dat is opgenomen in het Raadvoorstel 2021:



Begrotingsjaar	2024	2025	2026	2027	2028
Kosten					
Kapitaallasten	146.000	145.000	144.000	142.000	141.000
Exploitatiekosten	86.000	86.000	86.000	86.000	86.000
Dekking besluit 2017	-50.000	-50.000	-50.000	-50.000	-50.000
Totale kosten	182.000	181.000	180.000	178.000	177.000
Opbrengsten					
Inkomsten parkeren	137.000	137.000	137.000	137.000	137.000
Dekking bovenwijken	40.000	40.000	40.000	40.000	40.000
Totale opbrengsten	177.000	177.000	177.000	177.000	177.000
Saldo	5.000-	4.000-	3.000-	1.000-	-

In de bijlage “Parkeerexploitatie Kerkplein, Nijkerk” van 9 februari 2021 bij het Raadsvoorstel 2021 wordt een toelichting gegeven op de parkeerexploitatie van de parkeervoorziening Kerkplein en de gevolgen hiervan op de meerjarenbegroting. Het wordt in deze bijlage niet duidelijk waar verschillende uitgangspunten op zijn gebaseerd. In ieder geval kan worden vastgesteld dat dit document niet volledig is als het wordt gebruikt voor een nieuw ab-besluit, in het licht van de eisen die daaraan worden gesteld.

In de brief van de raad d.d. 8 maart 2021 aan Van den Tweel Vastgoed is op p. 2 en 3 aangegeven:

“Het voorzien in een voor inwoners, bezoekers en ondernemers aantrekkelijke binnenstad inclusief bijbehorende parkeervoorzieningen is een belangrijke doelstelling van het Nijkerks parkeerbeleid. De realisatie van diverse zogeheten bronpunten voor parkeren voorziet hierin. Voor u, als eigenaar van parkeergarage (en bronpunt) Oosterpoort in Nijkerk, heeft de ontwikkeling van het bronpunt aan het Kerkplein ons inziens geen nadelige gevolgen.

Het realiseren van het bronpunt Kerkplein vindt plaats in samenhang met een vermindering van het aantal parkeerplaatsen in de binnenstad van Nijkerk. Zo komen als gevolg van het parkeerbeleid circa 115 straatparkeerplaatsen te verdwijnen en tevens zal het bestaande parkeerterrein binnen het plangebied (parkeerplaats achter de voormalige Jumbo-supermarkt) worden opgeheven. Het gaat hierbij nog eens om 80 op te heffen parkeerplaatsen. In totaal komen er daarmee 195 openbare parkeerplaatsen te vervallen waarvan er 80 (en 15 bezoekersparkeerplaatsen die zijn toegerekend aan de 99 woningen in het plangebied) worden gecompenseerd in de te realiseren parkeergarage. De parkeerplaatsen die in de omgeving van het plangebied op maaiveld aanwezig blijven, zijn enkel bestemd voor vergunninghouders en niet voor betaald parkeren.

Onder andere de autonome groei van de gemeente in de komende jaren, mede het gevolg van nieuwbouw in bijvoorbeeld Doornsteeg, het Spaanse Leger, aan de Oude Barneveldseweg en in Nijkerkerveen zal leiden tot een hogere bezetting van de verschillende bronpunten voor parkeren. Dit zal ook voor parkeergarage Oosterpoort het geval zijn. Deze parkeergarage wordt net als de andere bronpunten meegenomen in de bewegwijzering naar parkeergelegenheden en het systeem van vol-vrij meldingen, zodat de diverse bronpunten optimaal gebruikt kunnen worden.”

Ook deze uitgangspunten zullen in een nieuw ab-besluit nader onderbouwd moeten worden door de Gemeente.



Wij wijzen er nog op dat uit een ab-besluit ook een belangenafweging moet blijken. In dat kader is de termijn van het ab-besluit van belang. Het CBb heeft eerder bepaald dat een besluit voor vijf jaar mag worden vastgesteld. Daarna zal opnieuw een toets moeten plaatsvinden aan de eisen die aan een ab-besluit worden gesteld en kan, indien daaraan wordt voldaan, een nieuw ab-besluit worden genomen. De Gemeente kan daarom geen ab-besluit nemen dat een looptijd heeft die gelijk is aan de exploitatieperiode van 50 jaar. Verder heeft het CBb in zijn uitspraak van 6 april 2021 in eveneens een parkeerzaak, een schadevergoeding toegekend aan een particuliere exploitant van een parkeergarage in verband met de compensatie als gevolg van een ab-besluit. Dat is een aspect waarmee de Gemeente mogelijk ook rekening zal moeten houden.

1.2.4. Beantwoording van de vragen 7-13 met betrekking tot de Wet M&O

7. *Los van de bovenstaande vragen, houdt de besluitvorming omtrent het AB-Besluit stand gelet op de eisen die daaraan gesteld worden door het CBb?*

In verschillende documenten van de Gemeente zijn aanknopingspunten te vinden die kunnen bijdragen aan een deel van de onderbouwing die nodig is voor een ab-besluit dat voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld. Er zijn diverse raadsbesluiten en andere documenten waarin het belang van het parkeren in bronpunten in de binnenstad wordt toegelicht. Er zal echter een nadere en actuele onderbouwing moeten plaatsvinden die specifiek gericht is op de parkeergarage Kerkplein en die voldoet aan de eisen die hierboven zijn weergegeven, aangezien het AB-Besluit niet voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld.

8. Zo nee, wat is hiervoor nodig?

Er zal een nadere en actuele onderbouwing moeten plaatsvinden die specifiek gericht is op de parkeervoorziening Kerkplein en die voldoet aan de eisen zijn weergegeven in paragraaf 2.2.1 van dit advies. Documenten die dienen ter onderbouwing moeten ook als bijlage bij het ab-besluit worden opgenomen.

9. *Is de samenwerkings- en realisatieovereenkomst Oosterpoort nog van invloed op deze uitkomst?*

Nee, het AB-Besluit staat daar los van.

10. *Als de uitzonderingsbepaling van artikel 25h, lid 5, Mw niet van toepassing is, wat betekent dit dan voor de parkeervoorzieningen in de binnenstad van Nijkerk in het algemeen en het voorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk' in het bijzonder? Mede in aanmerking genomen dat er niet meer bij afzonderlijk raadsvoorstel zal worden besloten over de exploitatie, daarin voorziet het voorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein, Nijkerk'.*

Dat betekent dat de Gemeente de integrale kosten moet doorberekenen aan de gebruikers van de parkeervoorzieningen, tenzij zij een ab-besluit neemt dat aan de gestelde eisen voldoet.

11. *Is de Mededingingswet van toepassing op het beschikbaar stellen van een investeringskrediet voor de aankoop van 95 openbare parkeerplaatsen in de nog te realiseren parkeergarage binnen het bouwplan Kerkplein, nu er geen daadwerkelijk sprake is van het aanbieden van goederen en/of diensten?*



Nee, aangezien het gaat om het ter beschikking stellen aan de Gemeente zelf en niet aan een derde, voor de aankoop van parkeerplaatsen. De aankoop van de parkeerplaatsen is geen economische activiteit die valt onder de Wet MO. De exploitatie is dat wel.

12. Of treedt de Gemeente in kwestie, feitelijk of potentieel, al in concurrentie met Van den Tweel?

Nee, zie antwoord 11.

13. Wat zijn in het kader van de Wet M&O en AB-Besluit kansen en risico's in relatie tot het raadsvoorstel 'Financiële kaderstelling bouwplan Kerkplein'?

Als de Gemeente geen nieuw ab-besluit neemt dat voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld, zijn de risico's dat Van den Tweel een klacht indient bij de ACM en/of een procedure start bij de rechter. De ACM kan vaststellen dat de Gemeente in strijd handelt met de Wet MO en kan daaraan een last onder dwangsom verbinden. De rechter kan op vordering van Van den Tweel de Gemeente gebieden om geen uitvoering te geven aan de plannen omtrent de exploitatie van de parkeervoorziening Kerkplein, met alle gevolgen van dien, zolang de Gemeente in strijd blijft handelen met de Wet MO. In beide gevallen kan er negatieve publiciteit ontstaan en kunnen bijvoorbeeld politieke risico's ontstaan voor bijvoorbeeld wethouders.

Ook als de Gemeente wel een gedegen ab-besluit neemt, bestaan genoemde risico's, omdat Van den Tweel zich op het standpunt kan stellen dat het ab-besluit niet voldoet aan de eisen.