Hekkelman Advocaten N.V.
Prins Bernhardstraat 1
6521 AA Nijmegen
www.hekkelman.nl

Postbus 1094
6501 BB Nijmegen
T 024 - 382 83 84
advocatuur@hekkelman.nl

Hekkelman advocaten | notarissen

Gemeente Roermond
T.a.v. de heer C. Tielen
Postbus 900
6040 AX ROERMOND

Per e-mail :

Nijmegen, 12 januari 2024

Ons kenmerk	Telefoonnummer	Uw kenmerk
Gemeente Roermond / Advies bouwplan jachthaven 20231462 - 2747903/1 - TL/	024 - 382 83 38	-

E-mail	Faxnummer	Betreft
	024 - 382 83 88	Advies

Geachte ,

Op 19 januari 2022 is een aanvraag omgevingsvergunning bij de gemeente ingediend om een jachthaven met aanlegsteigers en aanhorigheden te realiseren op de locatie tegenover Eind 20 in Swalmen. De gemeente heeft de aanvraag geregistreerd onder nummer 10719-2022. Er is nog niet op de aanvraag beslist. Bij de voorbereiding van de beslissing op de aanvraag is een drietal vragen gerezen. De eerste vraag is of het bouwplan past in de ter plaatse geldende beheersverordening. De tweede vraag is in hoeverre de initiatiefnemer nog gebruik kan maken van de bouwvergunning voor 'het aanleggen van een steiger ten behoeve van een jachthaven op het adres Eind 6071 PC' die op 15 oktober 2007 is verleend. De derde vraag is of er voor het verlenen van de omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik een verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad nodig is. De gemeente heeft mij de gevraagd deze drie vragen te beantwoorden. De antwoorden treft u in het onderstaande advies aan.

In paragraaf 1 beantwoord ik de vraag of het nieuwe bouwplan past in het ter plaatse geldende planologische regime. Paragraaf 2 is gewijd aan de bouwvergunning die burgemeester en wethouders op 15 oktober 2007 hebben verleend. In paragraaf 3 komen drie aspecten aan bod: (-) is aannemelijk dat de initiatiefnemer nog van de bouwvergunning gebruik zal maken als planologische medewerking aan het nieuwe bouwplan geweigerd wordt en welke strategie zouden burgemeester en wethouders kunnen volgen als dat niet aannemelijk is, (-) kan/moet de omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik geweigerd/verleend worden. In paragraaf 4 beantwoord ik de vraag of er een verklaring van geen bedenking van de gemeenteraad nodig is.

Hekkelman advocaten en notarissen is de handelsnaam waaronder Hekkelman Advocaten N.V. (KvK nr. 09170462) en Hekkelman Notarissen N.V. (KvK nr. 09170507), beide statutair gevestigd te Nijmegen, ieder voor eigen rekening werken. Op onze dienstverlening zijn van toepassing de algemene voorwaarden (zie www.hekkelman.nl) waarin onder andere een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen.

De paragrafen 1 en 2 sluit ik af met een tussenconclusie. De tussenconclusies luiden als volgt:

- **Ter plaatse van de beoogde jachthaven geldt de bestemming 'Recreatieve doeleinden'. Binnen deze bestemming mag er alleen ter plaatse van het op de plankaart aangegeven bouwvlak gebouwd worden. Binnen het bouwvlak mag 350 m² aan bebouwing worden gebouwd. Het gaat daarbij om gebouwen en bouwwerken geen gebouwen zijnde.**

- **Er zijn onvoldoende aanknopingspunten in het dossier te vinden op grond waarvan aannemelijk is dat de bouwvergunning die burgemeester en wethouders op 15 oktober 2007 hebben verleend, is geëxpireerd doordat de bouwactiviteit waarvoor deze is verleend, is voltooid.**

- **Er is een verklaring van geen bedenkingen van de raad vereist.**

1. Planologisch kader

Ter plaatse van de beoogde jachthaven geldt de beheersverordening 'Maas en Maasplassen'. In deze beheersverordening wordt het bestemmingsplan 'Buitengebied Swalmen' van toepassing verklaard. Volgens dit bestemmingsplan rust op de beoogde jachthaven de bestemming 'recreatieve doeleinden' met de aanduiding 'jh'. Uit artikel 7.2.1 van de planregels volgt dat de aanduiding 'jh' staat voor jachthaven:

wv	Watersportvereniging	Eindweg 6	max. 275 m²	n.v.t. / max. 7,5 m
jh	Jachthaven	Eindweg ong.	0 m²	n.v.t. / n.v.t.
jh	Jachthaven	Eind ong.	350 m²	n.v.t. / n.v.t.

In artikel 7.2.3 van de planregels staat dat binnen de aanduiding jachthaven een jachthaven met 600 ligplaatsen is toegestaan. De functieaanduiding 'jh' geldt zowel voor de locatie Eind waar de nieuwe jachthaven is beoogd als voor een bestaande jachthaven aan de Eindweg. Het maximum van 600 ligplaatsen geldt voor beide jachthavens tezamen.

De bouwregels die voor de bestemming gelden, staan in artikel 7.3.1 e.v. van de planregels. Artikel 7.3.1 van de planregels luidt als volgt:

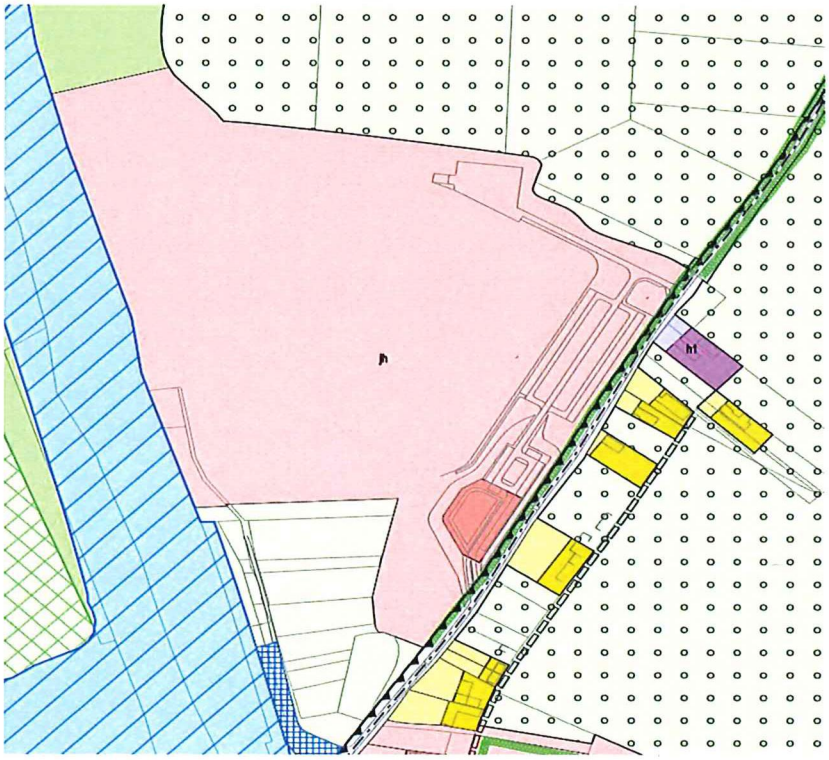
> **7.3.1.** Uitsluitend mogen worden opgericht bouwwerken ten behoeve van recreatieve voorzieningen passende bij de in de Staat van recreatiebedrijven opgenomen specifieke aanduidingen.
> Voorzover binnen een bestemmingsvlak een bouwvlak is aangegeven, mag de bebouwing uitsluitend binnen dit bouwvlak worden gebouwd, met dien met dien verstande dat erfafscheidingen buiten het bouwvlak zijn toegestaan.

Als er binnen het bestemmingsvlak een bouwvlak is aangegeven, mag er alleen binnen dat bouwvlak bebouwing worden gebouwd. Artikel 7.3.1 van de planregels geldt zowel voor gebouwen als voor bouwwerken geen gebouwen zijnde.

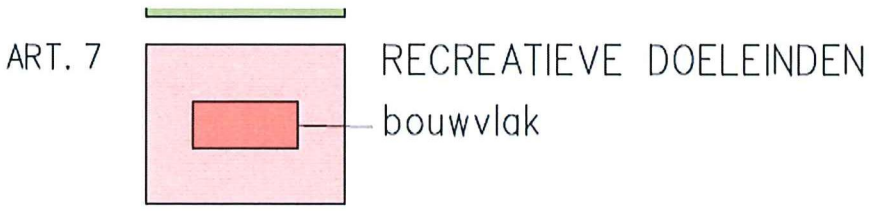
Zie voor de definitie van 'bebouwing, artikel 1.14 van de planregels:

14. bebouwing:
een of meer gebouwen en/of andere bouwwerken;

Hieronder wordt het relevante deel van de plankaart bij het bestemmingsplan 'Buitengebied Swalmen' weergegeven:



Hieronder wordt het relevante deel van de legenda weergegeven:



Bovenstaande afbeeldingen laten zien dat er binnen het bestemmingsvlak 'Recreatieve doeleinden' een bouwvlak ligt. Dat betekent dat er op grond van artikel 7.3.1 van de planregels alleen binnen dat bouwvlak gebouwd mag worden.

Verder is nog van belang dat artikel 7.3.2 van de planregels de oppervlakte van de bebouwing die mag worden opgericht maximeert op de oppervlakte die in artikel 7.2.1 van de planregels staat. Voor de beoogde jachthaven is dat 350 m^2 (zie bovenstaande afbeelding van de tabel die bij artikel 7.2.1 van de planregels hoort).

Op pagina 5 van de ruimtelijke onderbouwing die bij de vergunningaanvraag van 19 januari 2022 hoort, staat dat de beperkte bouwmogelijkheden op een evident onbedoelde vergissing berusten. Of dat het geval is, blijkt niet uit het bestemmingsplan. De vraag of sprake is van een vergissing of niet, is bovendien niet relevant. Zelfs als sprake zou zijn geweest van een vergissing, ontstaan er niet meer bouwmogelijkheden noch kan de initiatiefnemer op die grond aanspraak maken op extra bouwmogelijkheden. Hoewel tegen de beheersverordening geen rechtsmiddelen hebben gestaan en er om die reden nog ruimte zou kunnen zijn om de rechtmatigheid van de beheersverordening te toetsen, wordt, voor zover de beheersverordening onrechtmatig zou zijn, teruggevallen op het bestemmingsplan 'Buitengebied Swalmen'. Aangezien dat bestemmingsplan onherroepelijk is, kunnen de bebouwingsmogelijkheden of het ontbreken daarvan niet meer ter discussie gesteld worden. Voor exceptieve toetsing is geen ruimte, omdat van evidente onrechtmatigheid geen sprake is.[1]

Tussenconclusie:
Ter plaatse van de beoogde jachthaven geldt de bestemming 'Recreatieve doeleinden'. Binnen deze bestemming mag er alleen ter plaatse van het op de plankaart aangegeven bouwvlak gebouwd worden. Binnen het bouwvlak mag 350 m^2 aan bebouwing worden gebouwd. Het gaat daarbij om gebouwen en bouwwerken geen gebouwen zijnde.

2. Bouwvergunning 2007

Burgemeester en wethouders hebben op 15 oktober 2007 een bouwvergunning verleend voor 'het aanleggen van een steiger ten behoeve van een jachthaven op het adres Eind 6071 PC'. Destijds gold de Woningwet. De bouwvergunning is verleend op grond van artikel 40 van de Woningwet. In 2010 is de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht in werking getreden. In de Invoeringswet Wabo is bepaald dat een bouwvergunning die vóór inwerkingtreding van de Wabo onherroepelijk is geworden, wordt gelijkgesteld met een omgevingsvergunning voor de betrokken activiteit. Dat betekent dat aan de hand van de regels van de Wabo beoordeeld moet worden of nog rechten aan de bouwvergunning ontleend kunnen worden.

Een omgevingsvergunning voor bouwen is een aflopende vergunning, in die zin dat een verleende bouwvergunning expireert als het bouwwerk dat is vergund, is gebouwd. Zolang van de omgevingsvergunning voor bouwen geen gebruik is gemaakt, geldt de omgevingsvergunning voor onbepaalde tijd.

Een omgevingsvergunning voor bouwen kan wel ingetrokken worden als gedurende een periode van 26 weken geen gebruik is gemaakt van de omgevingsvergunning. Dat staat

[1] Zie bijvoorbeeld AbRS 22 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1141, r.o. 3 e.v.

in artikel 2.33 lid 2 onder a van de Wabo. Uit het dossier blijkt niet dat burgemeester en wethouders van de intrekkingsbevoegdheid gebruik gemaakt hebben.
Voor zover ik heb kunnen nagaan hebben burgemeester en wethouders geen beleidsregels vastgesteld over de wijze waarop zij van de intrekkingsbevoegdheid gebruik maken. Uit de rechtspraak volgt dat bij het besluit omtrent intrekking moet worden betrokken of de initiatiefnemer aannemelijk heeft kunnen maken of hij de verleende omgevingsvergunning voor bouwen alsnog binnen een redelijke termijn zal benutten. Om daar zicht op te krijgen zullen burgemeester en wethouders de vergunninghouder voorafgaand aan het intrekkingsbesluit een termijn moeten verlenen om alsnog van de omgevingsvergunning voor bouwen gebruik te maken.[2] Uit het dossier blijkt niet dat burgemeester en wethouders een intrekkingsvoornemen hebben (geuit).

Voor zover burgemeester en wethouder zouden overwegen om de omgevingsvergunning voor bouwen in trekken, is van belang dat de initiatiefnemer de gemeente heeft laten weten dat van de bouwvergunning alsnog gebruik gemaakt zal worden, als de omgevingsvergunning die op 19 januari 2022 is aangevraagd, wordt geweigerd. Omdat er (a) aan de initiatiefnemer geen termijn is geboden om alsnog van de verleende omgevingsvergunning voor bouwen gebruik te maken en (b) de initiatiefnemer expliciet heeft laten weten van de vergunning gebruik te maken als de omgevingsvergunning die op 19 januari 2022 is aangevraagd, wordt geweigerd, kunnen burgemeester en wethouders op dit moment geen rechtmatig intrekkingsbesluit nemen.

De bouwvergunning zou geëxpireerd zijn, als daarvan in het verleden gebruik is gemaakt, in die zin dat het vergunde bouwwerk is gerealiseerd. Een gemeentelijk bouwinspecteur heeft op 14 januari 2013 een controle uitgevoerd. Van die controle is een controleverslag opgemaakt. Aan dat verslag ontleen ik het volgende:

DOSSIER NO.:	**reguliere vergunning 07.000359**	Afgifte beschikking d.d.: 15-10-2007	
Bouwplanbegeleider:		Toezichthouder: J	
Start bouw d.d.: 14-01-2013		Gereed BMO d.d.:	Gereed BT d.d.:14-01-2013
Bouw niet doorgegaan d.d.:		Intrekkingbrief ontvangen d.d:	

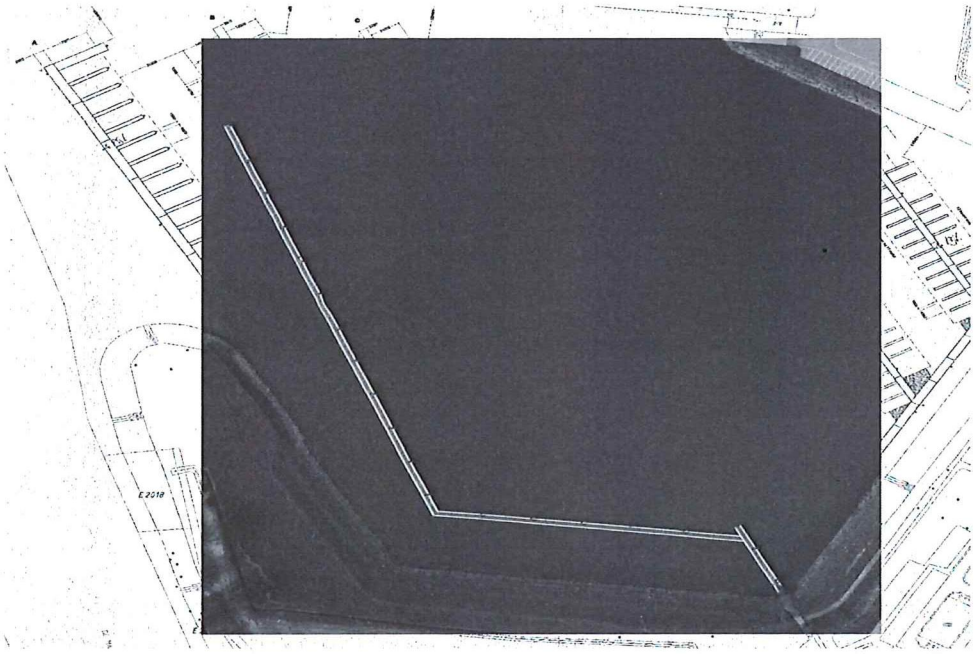
Inspectie:		
d.d.:	door:	aantekeningen:
14-01-2013	FT	Gereed

Volgens het controleverslag is op 14 januari 2013 zowel geconstateerd dat de bouw is gestart, als dat de bouw gereed was.

Het is vaste rechtspraak dat burgemeester en wethouders in beginsel mogen afgaan op de juistheid van de bevindingen in een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakte en ondertekende bestuurlijke rapportage. Maar zo'n bestuurlijke rapportage ontslaat burgemeester en wethouders niet van hun eigen verantwoordelijkheid om besluiten zorgvuldig voor te bereiden. Daarom is het van belang om na te gaan of het controleverslag dat de bouwinspecteur heeft opgesteld en ondertekend, juist is.

[2] Zie bijvoorbeeld AbRS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3583.

In het dossier trof ik onderstaande afbeelding aan. Als ik het goed zie, is op deze afbeelding een luchtfoto van de steigers die destijds aanwezig waren, geprojecteerd op de tekeningen die behoren bij de bouwvergunning uit 2007.



Ik stel vast dat de steiger op die op de luchtfoto te zien is, niet ligt op de plek waar bij besluit van 15 oktober 2007 een steiger is vergund. Bovendien is te zien dat een groot deel van de steigers nog niet was gebouwd.

Volgens artikel 1.25 lid 2 van het Bouwbesluit is de houder van een omgevingsvergunning voor bouwen verplicht om burgemeester en wethouders op de eerste werkdag na de dag van beëindiging van de bouwwerkzaamheden waarvoor een vergunning voor het bouwen is verleend, schriftelijk van de beëindiging van die werkzaamheden in kennis te stellen. Uit het dossier blijkt niet dat de vergunninghouder schriftelijk aan burgemeester en wethouders heeft laten weten dat de bouw beëindigd was.

Artikel 1.25 lid 3 van het Bouwbesluit bepaalt nog dat een bouwwerk niet in gebruik genomen mag worden zolang de schriftelijke mededeling van het tweede lid niet is gedaan. Ik heb in het dossier geen aanknopingspunten gevonden dat de steiger die op de luchtfoto te zien is, op enig moment in gebruik is genomen, of in gebruik is geweest.

Tegen deze achtergrond vind ik niet verdedigbaar dat de bouwvergunning is geëxpireerd, omdat het bouwwerk waarvoor de bouwvergunning is verleend, is voltooid.

Tussenconclusie:
Er zijn onvoldoende aanknopingspunten in het dossier te vinden op grond waarvan het aannemelijk is dat de bouwvergunning die burgemeester en

wethouders op 15 oktober 2007 hebben verleend, is geëxpireerd doordat de bouwactiviteit waarvoor deze is verleend, is voltooid.

3. Kan/moet de omgevingsvergunning geweigerd/verleend worden

In het algemeen geldt dat aan burgemeester en wethouders een grote mate van beleidsruimte toekomt bij een besluit over een vergunningaanvraag voor planologisch strijdig gebruik. De bestuursrechter toets besluiten over het verlenen van planologische medewerking behoorlijk terughoudend. Wel gaat de bestuursrechter na of het besluit in overeenstemming de regels van het recht zijn genomen. Het besluit om de aangevraagde omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik te weigeren of te verlenen moet voldoen aan het vereiste van een goede ruimtelijke ordening. Dat betekent dat aan het besluit alleen ruimtelijk relevante argumenten ten grondslag gelegd mogen worden.

Het argument dat de initiatiefnemer beschikt over een bouwvergunning voor de bouw van een steiger kan in positieve zin een rol spelen bij de afweging van de ruimtelijk relevante belangen. In de motivering van het besluit om de omgevingsvergunning te verlenen kan worden aangegeven dat de initiatiefnemer over een bouwvergunning beschikt die het al mogelijk maakt om bebouwing in het water te realiseren. Ten opzichte van de situatie die door middel van de bouwvergunning is vergund, is de ruimtelijke impact van het project dat de initiatiefnemer wil realiseren, kleiner dan ten opzichte van de gebruiksmogelijkheden die de beheersverordening biedt.

Voor zover burgemeester en wethouders de omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik zouden willen weigeren, zou relevant kunnen zijn in hoeverre daadwerkelijk aannemelijk is dat de initiatiefnemer nog van de verleende bouwvergunning gebruik zal maken. Daarover merk ik het volgende op. In paragraaf 2.4 en 2.5 van de ruimtelijke onderbouwing wordt zowel het bouwplan dat in 2007 is vergund als het nieuwe plan beschreven. Ik constateer dat er aanzienlijke verschillen bestaan tussen beide plannen. Het is daarom de vraag of het aannemelijk is dat de initiatiefnemer nog van de oude bouwvergunning gebruik zal willen maken. Ik wijs er in dit verband op dat, als het goed zie, in 2007 alleen een bouwvergunning is verleend voor de bouw van steigers. Het nieuwe bouwplan voor de jachthaven bevat ook bijbehorende voorzieningen. Ik citeer uit de ruimtelijke onderbouwing:

> *"De thans aangevraagde jachthaven bestaat uit aanlegsteigers, aanleg-/aanmeerpalen, een drijvende sanitair-unit en golfbrekers. Steigerbruggen zorgen voor de verbinding naar het land. Op land zullen alle service - en technisch gerelateerde faciliteiten worden ontwikkeld: (erf)afscheidingen in de vorm van leunhekken, vlaggenmasten, lichtmasten/ lantaarnpalen en een technische ruimte."*

Uit de tekeningen blijkt dat de door mij onderstreepte voorzieningen niet binnen het op de plankaart aangeduide bouwvlak gerealiseerd zullen worden. Dat betekent dat de initiatiefnemer deze voorzieningen – los van de bouwmogelijkheden binnen het beperkte bouwvlak - uitsluitend met gebruikmaking van de bouwvergunning uit 2007 zal kunnen realiseren als deze voorzieningen destijds zijn aangevraagd en vergund. Uit de tekeningen en overige informatie die bij de bouwaanvraag uit 2007 is gevoegd, volgt dat uitsluitend een steigerconstructie is aangevraagd. Het is de vraag of het mogelijk is een

jachthaven te exploiteren zonder de voorzieningen die in het bovenstaande citaat worden genoemd.

In het algemeen geldt dat zowel het besluit om een omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik te verlenen als om deze te weigeren gemotiveerd moet worden. Die motivering moet voldoen aan het vereiste van een goede ruimtelijke ordening. Volgens de ruimtelijke onderbouwing van de initiatiefnemer voldoet zijn bouwplan aan alle geldende wet- en regelgeving. Op basis van een eerste quick scan is dat voor de meeste aspecten die in het kader van een goede ruimtelijke ordening een rol spelen, het geval. Ik signaleer in dit advies één aspect dat in ieder geval aandacht verdient. Dat betreft het aspect stikstof.

Bij de aanvraag van 19 januari 2022 is een AERIUS-berekening gevoegd. Deze berekening zal hoe dan ook opnieuw gemaakt moeten worden, omdat recent een nieuwe release van AERIUS beschikbaar is gekomen.

In het dossier heb ik een Stikstofmemo van Aelmans van 8 mei 2023 aangetroffen. Daarin wordt voor de gebruiksfase opgemerkt:

> varen. Op basis van ervaringen van de initiatiefnemers wordt uitgegaan van gemiddeld 12 vaarbewegingen voor de grootste jachten en gemiddeld 18 vaarbewegingen voor de kleinere jachten per seizoen. In totaal vinden er dus maximaal 3630 vaarbewegingen per jaar plaats.

Omdat niet op voorhand reëel en aannemelijk is dat het gebruik hiertoe beperkt zal blijven, zal dit beperkte gebruik in de omgevingsvergunning en de ruimtelijke onderbouwing die daaraan ten grondslag ligt, geborgd moeten worden. Verder is er aanleiding om te onderzoeken of de aannames die zijn gedaan voor zowel de aanleg- als de gebruiksfase nader te toetsen. In dit verband wijs ik erop dat er op 18 juli 2022 een aanvraag voor een natuurvergunning is ingediend bij gedeputeerde staten. Volgens deze aanvraag zou er als gevolg van het beoogde project wel stikstofdepositie op Natura 2000 veroorzaakt worden. Mij is niet duidelijk waarom dat er destijds wel en volgens met stikstofmemo van Aelmans geen stikstofdepositie meer te verwachten is.

Indien stikstofdepositie op Natura 2000 niet uitgesloten is, zal aan gedeputeerde staten om een verklaring van geen bedenkingen verzocht moeten worden. Dat ligt anders als initiatiefnemer voornemens is de aanvraag natuurvergunning die eerder bij gedeputeerde staten is ingediend, door te zetten. In dat geval zal de ruimtelijke onderbouwing daarop aangepast moeten worden.

Voor zover burgemeester en wethouders de omgevingsvergunning zouden willen weigeren, is het niet zo dat daarvoor geen ruimte bestaat als de aanvraag aan alle geldende wet- en regelgeving voldoet. Ook in dat geval brengt de beleidsruimte waarover burgemeester en wethouders beschikken met zich mee dat het vrijwel altijd mogelijk is een houdbare motivering op te tuigen om een aangevraagde omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik te weigeren. Als het burgemeester en wethouders bijvoorbeeld meer gewicht zouden toekennen aan het

behoud van de openheid van het water en het omliggende landschap, dan aan de verwezenlijking van het nieuwe plan voor de jachthaven dat de initiatiefnemer heeft laten opstellen, zal de omgevingsvergunning om die reden in beginsel geweigerd mogen worden.

> Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld AbRS 13 januari 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:30):
>
> *"6.5. Gelet op het voorgaande heeft de raad zich naar het oordeel van de Afdeling in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de aanleg van de rondweg in een thans open gebied tot een te grote aantasting van de aanwezige natuur- en landschapswaarden zou leiden. De omstandigheid dat de weg niet of nauwelijks boven het maaiveld uit zou steken, betekent niet dat het landschap niet zou worden aangetast. Dat de desbetreffende gronden in het vigerende bestemmingsplan een agrarische bestemming hebben, maakt het voorgaande eveneens niet anders, nu dit niet betekent dat ter plaatse geen natuur- of landschapswaarden aanwezig zijn of tot ontwikkeling kunnen komen."*

4. Wel of geen verklaring van geen bedenkingen

De raad heeft bij besluit van 13 juli 2017 een lijst van gevallen vastgesteld waarvoor geen verklaring van geen bedenkingen is vereist voor het afwijken van een beheersverordening door middel van een omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik. U wilt weten of de vergunningaanvraag van de initiatiefnemer voor een verklaring van geen bedenkingen aan de raad moet worden voorgelegd.

Voor zover ik heb kunnen nagaan is de categorielijst niet gepubliceerd. De eerste vraag is of dat betekent dat de categorielijst niet geldt. Naar mijn oordeel moet die vraag bevestigend beantwoord worden. Ik licht dat doe.

In een uitspraak van 16 oktober 2013[3] heeft de Afdeling geoordeeld dat een categorielijst een algemeen verbindend voorschrift is. Voor algemeen verbindend voorschriften gold destijds dat ze pas verbindend waren nadat ze bekendgemaakt waren in het Gemeenteblad (zie artikel 139 van de Gemeentewet [oud]). Als bekendmaking niet heeft plaatsgevonden, verbindt de categorielijst niet en is dus een verklaring van geen bedenkingen van de raad nodig.

Overigens is het naar mijn inschatting mogelijk om de categorielijst alsnog met inachtneming van de huidige bekendmakingsvereisten te publiceren.

Dat aan de categorielijst bij gebreke van publicatie geen betekenis toekomt, volgt ook uit de noot van A.G.A. Nijmeijer onder bovenstaande uitspraak. Nijmeijer schrijft:

> *"De parallel die de Afdeling in dezen trekt met de rechtspraak over het toenmalige art. 19 lid 2 WRO, was te voorzien (vgl. punt 3 van mijn noot onder ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8983, AB 2013/74 en 'De gemeenteraad en de aanwijzing van gevallen waarin geen verklaring van geen bedenkingen is vereist. Een gecompliceerde*

[3] AbRS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1987 en AB 2014/93.

bevoegdheid of vooral een rommelige bestuurspraktijk?', Jurisprudentietijdschrift StAB, 3/2012, p. 7-14). In de lijn van de rechtspraak over art. 19 lid 2 WRO, rijst overigens de vraag wat rechtens is als een op art. 6.5 lid 3 van het Bor gebaseerd besluit niet de totstandkomingsprocedure heeft gevolgd die voor gemeentelijke algemeen verbindende voorschriften in de Gemeentewet is voorgeschreven. Ik doel dan met name op de eis dat algemeen verbindende voorschriften in het gemeenteblad moeten worden gepubliceerd (zie art. 139 Gemeentewet). Zonder die publicatie mist het desbetreffende voorschrift rechtskracht. Een blik op www.overheid.nl leert dat er nog steeds gemeenten zijn waar de lijst met categorieën van gevallen als bedoeld in art. 6.5 lid 3 van het Bor, is betiteld als beleidsregel (bijvoorbeeld de gemeente Heemskerk). Dat is op zijn minst verwarrend. Bovendien ontstaat het beeld dat niet alle besluiten die op basis van art. 6.5 lid 3 van het Bor zijn genomen, zijn gepubliceerd in het gemeenteblad. Zolang die publicatie niet heeft plaatsgevonden, vloeit uit art. 139 Gemeentewet voort dat de aanwijzing van gevallen waarin geen vvgb is vereist, rechtskracht mist. In die gevallen geldt het bepaalde in het eerste lid van art. 6.5 van het Bor onverkort: voor het verlenen van een omgevingsvergunning is een vvgb van de gemeenteraad vereist. Is die vvgb niet afgegeven — omdat het bevoegd gezag en de gemeenteraad menen dat door de toepassing van art. 6.5 lid 3 van het Bor geen vvgb is vereist — dan moet de omgevingsvergunning ingevolge art. 2.20a worden geweigerd. Dat onbedoelde gevolg kan eenvoudig worden voorkomen door alsnog voor publicatie conform art. 139 Gemeentewet zorg te dragen."

Voor zover de categorielijst wel op de voorgeschreven wijze bekendgemaakt zou zijn, geldt het volgende.

Het enige in de lijst genoemde geval waar een beroep op gedaan zou kunnen worden, is het geval onder f. Volgens onder f is geen verklaring van geen bedenkingen vereist voor de realisatie van een functiewijziging naar kantoren, horeca, maatschappelijke voorzieningen, detailhandel of recreatieve voorzieningen (inclusief hieraan gerelateerde voorzieningen) tot maximaal 1500 m2 bruto-vloeroppervlakte (onderstreping, TL). Naar mijn oordeel biedt de categorie onder f geen soelaas. In deze categorie gaat het onder meer om een functiewijziging van een andere functie naar een recreatieve functie. Daar is in dit geval geen sprake van. Zoals ik in paragraaf 1 heb uiteengezet, geldt ter plaatse al een recreatieve functie. Van een functiewijziging is daarom geen sprake. Bovendien lijkt de categorie uitsluitend te gelden voor reeds bestaande gebouwen. Een gebruikelijke definitie van bruto vloeroppervlakte is: "Het Bruto-vloeroppervlakte (BVO) is het vloeroppervlak van de ruimte, dan wel van meerdere ruimten van een vastgoedobject gemeten (volgens NEN 2580) op vloerniveau langs de buitenomtrek van de (buitenste) opgaande scheidingsconstructie, die de desbetreffende ruimte(n) omhullen." Bij bruto vloeroppervlakte gaat het dus om gebouwde ruimten. Ik betwijfel of er bij het initiatief sprake is van een gebouwde ruimte met daarbij behorende ruimten. Ik vind meer verdedigbaar dat het gaat om voorzieningen niet zijnde gebouwde ruimten, en dat de gebouwde ruimte daarbij behoren. In die benadering zou dit de tweede reden zijn waarom categorie f niet van toepassing is.

Tussenconclusie:
Er is een verklaring van geen bedenkingen van de raad vereist.

Uiteraard ben ik graag bereid het bovenstaande advies nader (mondeling) toe te lichten.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.

Advocaat