**Dossier:** 23079 Borne – vvgb Scholtenhof

**Aan:** College van B&W van de gemeente Borne

**Van:** BLenD Advocaten, Monique Blokvoort

**Betreft:** Notitie n.a.v. raadsbesluit 11 juli 2023

**Datum:** 6 augustus 2023

---

Op 17 november 2022 heeft Stichting Actolei een aanvraag ingediend voor een omgevingsvergunning voor het bouwen van drie nieuwe woonzorggebouwen op het perceel Hertmerweg 38 in Zenderen. De aanvraag is in strijd met het geldende bestemmingsplan. Om die reden is de aanvraag tevens aangemerkt als een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan. Deze vergunning kan alleen worden verleend indien de gemeenteraad verklaart daartegen geen bedenkingen te hebben (de zgn. verklaring van geen bedenkingen, hierna aangeduid als vvgb).

Op 11 juli 2023 is in de gemeenteraad de ontwerp-vvgb behandeld. In deze vergadering is door meerdere partijen een amendement ingediend en aangenomen. Dat heeft ertoe geleid dat de raad heeft besloten om geen ontwerp-vvgb af te geven. Daarvoor zijn 4 overwegingen gegeven, die samengevat als volgt luiden:

1. De onderbouwing dat sprake is van een duurzame verstedelijking is vooral gebaseerd op de bedrijfsvoering van aanvrager en niet op ruimtelijke argumenten;
2. Om redenen van bedrijfsvoering wordt een verhoging van het aantal cliënten van 38 naar 48 noodzakelijk geacht;
3. Bij de totstandkoming van het huidige bestemmingsplan is geen zorginstelling beoogd vanwege de aantasting van de open zone van het historisch coulisselandschap; en
4. Een uitbreiding van 38 naar 48 cliënten (waaronder maximaal 10 tbs-ers) wordt als onveilig ervaren en het ontbreekt aan draagvlak onder de samenleving in Zenderen.

Naar aanleiding van dit raadsbesluit is een ontwerp-besluit ter inzage gelegd waarbij de gevraagde omgevingsvergunning wordt geweigerd. De termijn van terinzagelegging loopt op dit moment nog. Gedurende deze termijn kunnen zienswijzen worden ingediend.

Na de termijn van terinzagelegging zal een definitief besluit op de aanvraag moeten worden genomen (rekening houdend met eventuele zienswijzen). Wanneer in dat besluit de vergunningen (voor bouwen an afwijken van het bestemmingsplan) worden geweigerd, staat tegen die weigering beroep open bij de bestuursrechter (eerst Rechtbank en daarna hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State).

De vraag die aan mij is voorgelegd is of er in die (hoger) beroepsprocedure risico's bestaan wanneer de vergunningen worden geweigerd vanwege de hiervoor samengevatte overwegingen van de gemeenteraad.

Die risico's bestaan er in mijn ogen zeker. Ik licht dat hieronder toe.

Uit het collegevoorstel maak ik op dat de afwijking van het bestemmingsplan betrekking heeft op de volgende drie aspecten:

- De parkeerplaats is voor een klein deel voorzien op gronden die op dit moment een agrarische bestemming kennen;
- De goot- en bouwhoogte (toegestaan is 3,5 respectievelijk 8,5 meter en aangevraagd is 5,5 respectievelijk 9,2 meter); en
- Aantal zorgeenheden (25 waar er 20 zijn toegestaan, waarmee het aantal wooneenheden kan toenemen van 38 naar 48).

Bij de beslissing over een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan kan en mag alleen rekening worden gehouden met redenen die te maken hebben met een goede ruimtelijke ordening. Dat is vaste rechtspraak. Ik citeer uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2023:1239):

> *'Op grond van het bepaalde in artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo kan de gevraagde omgevingsvergunning slechts worden geweigerd als sprake is van strijd met een goede ruimtelijke ordening.'*

De vraag is dus of de vier overwegingen van de raad betrekking hebben op een goede ruimtelijke ordening.

Bij de eerste twee overwegingen is dat in mijn optiek niet het geval. Die overwegingen hebben betrekking op de bedrijfsvoering. Dat is geen ruimtelijk relevant aspect. Weliswaar wordt de bedrijfsvoering hier in relatie gebracht met duurzame verstedelijking en toename van het aantal cliënten, welke aspecten in theorie ruimtelijk relevant kunnen zijn. Echter, ook hier wordt niet op basis van ruimtelijk relevante argumenten toegelicht waarom vanwege deze aspecten niet aan de ontwikkeling zou kunnen worden meegewerkt.
De ladder voor duurzame verstedelijking ziet op zorgvuldig ruimtegebruik en het voorkomen van leegstand. In het kader van de ladder moet onder andere worden onderzocht of sprake is van behoefte aan hetgeen wordt aangevraagd. Aan de ladder voor duurzame verstedelijking is in dit geval getoetst (zie par. 3.1.3 van de ruimtelijke onderbouwing). Daarbij wordt op juiste argumenten geconcludeerd dat de ontwikkeling in overeenstemming is met de ladder voor duurzame verstedelijking.
Wat betreft de toename van het aantal cliënten (met 10) geldt dat ruimtelijke relevante effecten van deze toename in alle redelijkheid niet te verwachten zijn, en overigens ook niet door de raad zijn benoemd. De raad besteedt wel aandacht (in overweging 4) aan veiligheid en draagvlak. Hierbij moet evenwel worden opgemerkt dat ik geen aanwijzingen heb kunnen vinden die de conclusie rechtvaardigen dat de veiligheid daadwerkelijk in het geding is. Ik heb gezien dat in dit kader aandacht wordt besteed aan het feit dat ook cliënten met een TBS-achtergrond aanwezig zijn. Dat is evenwel ook nu al het geval, terwijl bovendien geldt dat (ook) de doelgroep volgens vaste rechtspraak niet ruimtelijk relevant is. Ik citeer uit een uitspraak (ECLI:NL:RVS:2011:BQ5951):

> *'Voor zover [appellant sub 1] en anderen en [appellant sub 2] betogen dat in het plan dient te worden opgenomen welke specifieke doelgroep in de zorginstelling zal worden gehuisvest, overweegt de Afdeling dat de raad zich terecht op het standpunt heeft gesteld*

*dat in het kader van het bestemmingsplan niet van belang is welke van de door [appellant sub 1] en anderen en [appellant sub 2] bedoelde doelgroepen ter plaatse zal worden gehuisvest, nu dit niet leidt tot een ruimtelijk relevant onderscheid.*'

Wat betreft het draagvlak heb ik niet kunnen achterhalen dat er daadwerkelijk redenen zijn om aan te nemen dat het in brede zin ontbreekt aan draagvlak. Daar komt bij dat het ontbreken van draagvlak op grond van vaste rechtspraak geen dragend argument mag zijn om planologische medewerking te weigeren. Ik citeer uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2022:943):

*'Zoals is overwogen onder 21.1 van de uitspraak van de Afdeling van 30 juni 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:1424) mag het ontbreken van draagvlak een rol spelen bij het besluit om een bestemmingsplan niet vast te stellen. Het ontbreken van draagvlak kan echter geen dragend argument zijn om een plan niet vast te stellen. Een dergelijk besluit dient in de eerste plaats te zijn ingegeven door ruimtelijke motieven die deugdelijk zijn onderbouwd. De raad heeft het ontbreken van draagvlak dus mogen betrekken bij het afwijzen van de aanvraag om het bestemmingsplan vast te stellen. Daarbij dient de raad evenwel ook een deugdelijke ruimtelijke motivering te geven voor het niet vaststellen van het bestemmingsplan.'*

Dan blijft nog over de derde overweging die erop neerkomt dat bij de vaststelling van het nu geldende bestemmingsplan geen zorginstelling zou zijn beoogd, dit vanwege de aantasting van de open zone van het historisch coulisselandschap. In het huidige bestemmingsplan vind ik geen redenen om aan te nemen dat geen zorginstelling zou zijn beoogd. Integendeel, er is destijds een bestemmingsplan vastgesteld dat een planologische grondslag biedt voor een maatschappelijke invulling in de vorm van een zorgboerderij. De omvang van deze functie neemt met de aanvraag waarop nu moet worden beslist maar nauwelijks toe. De afwijking van de bebouwingsmogelijkheden die het huidige bestemmingsplan al biedt, is relatief gezien gering. In ieder geval kan in mijn ogen niet worden volgehouden dat deze afwijking ten opzichte van de nu al bestaande mogelijkheden negatieve effecten heeft op het landschap. Bovendien voorziet het plan in een ruimtelijke kwaliteisplan, dat ook is bedoeld voor een goede landschappelijke inpassing.

Al met al concludeer ik dat het maar zeer de vraag is of een afwijzing van de aanvraag op grond van de overwegingen die de raad heeft genoemd, bij de bestuursrechter stand zal houden.

Over de gevolgen die een vernietiging van het besluit door de besturusrechter kan hebben, merk ik het volgende op.

Allereerst zal naar aanleiding van de uitspraak een nieuw besluit moeten worden genomen. De kans is reëel dat dan alsnog de gevraagde vergunningen moeten worden verleend. Bovendien geldt dat wanneer de bestuursrechter het besluit vernietigt, op grond van vaste rechtspraak moet worden aangenomen dat het nemen van dat (vernietigde) besluit jegens de aanvrager onrechtmatig was. Dat kan ertoe leiden dat de aanvrager door die vernietiging geleden schade (zoals vertragingsschade) op de gemeente kan verhalen.