



Rapport

Een onderzoek naar de gemeente Gulpen-Wittem die verwachtingen gewekt zou hebben over het optreden tegen overlast veroorzaakt door een ijsboerderij

Oordeel

Op basis van het onderzoek vindt de Nationale ombudsman de klacht gegrond.

Datum: 8 februari 2017

Rapportnummer: 2017/018

WAT IS DE KLACHT?

In mei 2011 startten de achterburen van verzoekers een ijsboerderij. In eerste instantie ervoeren verzoekers hier weinig last van, maar in 2012 breidde de ijsboerderij uit en daarmee nam de geluids- en parkeeroverlast voor de omwonenden toe.

Verzoekers klagen erover dat het college van burgemeester en wethouders van Gulpen-Wittem bij hen de verwachting heeft gewekt dat het college de activiteiten van een bij hun woning gelegen ijsboerderij zou doen beëindigen.

WAT GING ER AAN DE KLACHT VOORAF?

Met behulp van een advocaat verdiepten verzoekers zich in de situatie en zij kwamen erachter dat de activiteiten van de ijsboerderij in strijd waren met het bestemmingsplan. In april 2013 trokken zij daarom bij de gemeente aan de bel.

In reactie hierop ging de gemeente op 13 mei 2013 met verzoekers in gesprek. Uit dit gesprek maakten verzoekers op dat de gemeente al vlak na de start van de ijsboerderij op de hoogte was van de illegale situatie. De gemeente vertelde verder dat eerst de mogelijkheden van legalisatie moesten worden gezien. Verzoekers zouden op de hoogte worden gehouden van alle relevante ontwikkelingen. In juni 2013 is de eigenaar aangeschreven door de gemeente met het verzoek om de overtredingen ongedaan te maken of een principeverzoek in te dienen om te bekijken of legalisatie aan de orde was. Ook vond een vervolgesprek plaats tussen verzoekers en de gemeente, waarbij ook de exploitant van de ijsboerderij aanwezig was. Op 5 juli 2013 diende de eigenaar een principeverzoek in.

Tussentijds duurde de overlast voort en breidde de ijsboerderij verder uit. In oktober 2013 informeerde de gemeente verzoekers over het principeverzoek. Via de op de gemeentelijke website gepubliceerde besluitenlijst van de collegevergadering van 12 november 2013 namen verzoekers kennis van besluit van het college om geen medewerking aan het verzoek van de exploitant te verlenen. Daarop volgde in januari 2014 de vooraankondiging van de last onder dwangsom en op 20 mei 2014 de last onder dwangsom, waarin de exploitant werd opgelegd binnen acht weken de dakconstructie en de voorgevel aan te passen (de zogenaamde begunstigingstermijn). Via hun advocaat ontvingen verzoekers een kopie van de brief die hierover aan de exploitant was verstuurd. In deze brief stond eveneens vermeld dat legalisering van het illegale gebruik niet aan de orde was, met verwijzing naar het eerdere negatieve besluit van november 2013. Tijdens de begunstigingstermijn is nog wel een omgevingsvergunning verleend voor constructieve wijzigingen aan de ijsboerderij. Na bezwaar van omwonenden is deze herroepen.

Gelet hierop verkeerden verzoekers in de veronderstelling dat de ijsboerderij weg zou moeten en dat daarmee een eind zou komen aan de overlast. In juli 2015 berichtte de eigenaar verzoekers en enkele andere omwonenden echter dat het college had ingestemd met een nieuw principeverzoek. Verzoekers waren noch op de hoogte gesteld van het nieuwe principeverzoek, noch van de instemming van het college daaraan mee te werken. Ook op de besluitenlijsten van het college op de gemeentelijke website stond deze beslissing niet vermeld. Later bleek dat de eigenaar op 1 februari 2014 een nieuw principeverzoek had ingediend en dat tijdens de collegevergadering van 6 mei 2014 het college had besloten zowel om in te stemmen met het nieuwe principeverzoek van de eigenaar, als voornoemde last onder dwangsom aan hem op te leggen. Het tweede besluit was aan verzoekers medegedeeld, het eerste besluit niet.

Op 1 juli 2014 diende de eigenaar een bezwaar in tegen de opgelegde last onder dwangsom. Het college besloot op 30 december 2014, conform een advies van de commissie bezwaarschriften van 9 september 2014, om het bezwaar van de eigenaar ongegrond te verklaren. Op 19 februari 2015 is het college gestart met de invordering van de dwangsom. Uiteindelijk heeft het college in april 2016 een omgevingsvergunning, een exploitatievergunning en een vergunning op basis van de Drank- en Horecawet verleend aan de eigenaar van de ijsboerderij. Dit geschiedde, nadat de gemeenteraad het bestemmingsplan had aangepast voor zover het ging om het perceel van de ijsboerderij. Daartegen hebben verzoekers beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Die vernietigde de aanpassing van het bestemmingsplan wegens motiveringsgebreken. Een nieuw ontwerpbestemmingsplan is op 13 december 2016 ter inzage gelegd.

PERSPECTIEF GEMEENTE

Het college geeft aan dat een handhavingstraject wordt gestart om een onrechtmatige situatie te beëindigen of te herstellen. Dit kan door het opleggen van een last onder dwangsom of door het alsnog verlenen van een vergunning of het wijzigen van een bestemmingsplan. Het bekijken van de mogelijkheden om de onrechtmatige situatie te legaliseren maakt volgens het college onlosmakelijk onderdeel uit van een handhavingstraject. Daarbij dient de gemeente rekening te houden met de belangen van alle inwoners. Meer specifiek: zowel de belangen van omwonenden als de belangen van een ondernemer die zijn onderneming wil opstarten en/of voortzetten.

Handhavend optreden kan tot gevolg hebben dat de overtreder overgaat tot het inzetten van een legalisatietraject (bijvoorbeeld door het alsnog aanvragen van de benodigde omgevingsvergunning of het in gang zetten van een bestemmingsplanwijzigingsprocedure) in plaats van de overtredingen daadwerkelijk ongedaan te maken. Dat is een keuze van de overtreder.

Lopende het handhavingstraject is een eerste principeverzoek ingediend door de exploitant. Deze is door de gemeente afgewezen. Grootste bezwaar was dat de gronden niet in eigendom waren van de exploitant en er onvoldoende rekening werd gehouden met parkeren. Vervolgens heeft de exploitant een tweede principeverzoek ingediend.

Inmiddels was de exploitant eigenaar van de gronden en had hij een oplossing bedacht voor het parkeren. Echter, het tweede principeverzoek voorzag ook in een uitbreiding van de bestaande activiteiten. Met dit laatste was het college niet akkoord. Het principeverzoek is daarom deels afgewezen.

Het is onjuist dat het college van begin af aan heeft beoogd de onrechtmatige situatie te legaliseren. Indien dat het geval was geweest, was geen handhavingstraject opgestart waarin dwangsommen worden opgelegd. Dat liet echter onverlet dat het college niet onwelwillend tegenover legalisatie van de bestaande activiteiten stond, indien de exploitant eigenaar zou zijn van de gronden en indien ook voldoende parkeergelegenheid zou worden gecreëerd. Het college heeft daarom (deels) ingestemd met het tweede principeverzoek.

Het college stelt dat het niet gebruikelijk is dat omwonenden in kennis worden gesteld van principeverzoeken en/of van de reactie daarop. Principeverzoeken worden ook niet gepubliceerd. Het zijn volgens het college informele verzoeken, waarbij iemand naar het standpunt van het college over een bepaalde kwestie kan vragen. De reactie daarop heeft ook geen status. Bij nader inzien meent het college dat het in deze situatie juist zou zijn geweest wel te communiceren over de principeverzoeken en de reacties daarop. Het handhavingstraject en het in behandeling nemen van een principeverzoek worden door twee verschillende afdelingen behandeld. Gebleken is dat er bij de gemeente intern nog meer bewustwording moet komen om integraal te handelen en de communicatie te verbeteren tussen verschillende teams en afdelingen. Het besef is er wel al bij de medewerkers, alleen in de uitvoering kan het soms beter.

In dit verband merkt het college op dat de (deels) positieve principe-uitspraak van het college op zich zelf niet leidt tot legalisatie van het strijdig gebruik. Om tot legalisatie te komen, diende namelijk eerst een bestemmingsplanwijziging plaats te vinden door de gemeenteraad. Namens de exploitant is daartoe een voorontwerpbestemmingsplan ingediend, waarop men een inspraakreactie kon indienen. Verzoekers hebben daarvan gebruik gemaakt. De gemeente had er bewust voor gekozen de omwonenden deze extra mogelijkheid te bieden hun standpunten inzake de beoogde bestemmingsplanwijziging kenbaar te maken. Verzoekers zijn dan ook niet in hun belangen geschaad, aldus het college.

De verwachtingen die verzoekers hadden aan het begin van het handhavingstraject, waren volgens het college anders dan wat zich uiteindelijk heeft voorgedaan. Het college kan zich de teleurstelling aan de zijde van verzoekers voorstellen, maar wellicht was de verwachting van de klagers niet reëel, meent het college. Wel ziet het college in dat het in het begin van het traject duidelijk(er) aan verzoekers had moeten laten weten dat het een overtreding altijd vrij staat om te proberen de onrechtmatige situatie ongedaan te maken door middel van het (alsnog) aanvragen van een omgevingsvergunning of het opstarten van een bestemmingsplanprocedure. Het college ziet in dat de activiteiten van de exploitant impact hebben gehad op het woongenot van verzoekers. Het college vindt het spijtig dat verzoekers zich in de steek gelaten voelden.

PERSPECTIEF VERZOEKERS

Doordat de gemeente het eerste principeverzoek van de eigenaar had afgewezen, er een last onder dwangsom was opgelegd en aan de eigenaar schriftelijk was meegedeeld dat legalisering niet aan de orde was, vertrouwden verzoekers erop dat de overlast ten einde zou komen. Zij gingen ervan uit dat de gemeente hen zou beschermen tegen de overlast van de ijsboerderij.

Verzoekers hebben ingezet op goed overleg in plaats van op procederen, omdat zij er vanuit gingen dat de gemeente begrip zou hebben voor de overlast die zij ervaarden. Achteraf constateren zij dat de gemeente hen niet goed op de hoogte heeft gehouden van de ontwikkelingen. Het college had wel over het eerste principeverzoek alsmede over de afwijzing gecommuniceerd. Daarom menen zij dat zij erop hadden mogen vertrouwen dat zij op de hoogte zouden worden gesteld van het tweede principeverzoek alsmede van de instemming. In hun beleving heeft de gemeente het informele traject gebruikt om tijd te rekken. Het vertrouwen van verzoekers in de gemeente is hierdoor geschaad.

Verzoekers stellen verder dat de inspraakronde in strijd was met de inspraakverordening, omdat besluiten betrekking hebbend op bestemmingsplannen met een geringe planologische betekenis (zoals hier) zijn uitgesloten van inspraak. Het houden van deze inspraakronde past volgens verzoekers in een beeld van het zoveel mogelijk rekken van de procedure, teneinde de illegale situatie zo lang mogelijk te laten voortduren en uiteindelijk de gemeenteraad zoveel mogelijk voor voldongen feiten te stellen. Bovendien kon op deze manier de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan worden uitgesteld tot na de inwerkingtreding van een provinciaal omgevingsplan, dat volgens verzoekers een versoepeling inhield van de planologische onderbouwing van het ontwerpbestemmingsplan.

TOESTSINGSKADER

De Nationale ombudsman vindt dat het perspectief van burgers geborgd moet worden in alles wat de overheid doet.

De Nationale ombudsman toetst het handelen van de overheid aan behoorlijkheidsnormen. Een van die normen is het vereiste van transparantie. Het vereiste van transparantie houdt in dat de overheid open en voorspelbaar is in haar handelen, zodat het voor de burger duidelijk is waarom de overheid bepaalde dingen doet. Dit brengt mee dat de overheid tijdig duidelijke informatie aan de burger verstrekt.

Dit impliceert dat een overheidsinstantie richting de burger helder is in haar handelen, waarbij de overheidsinstantie dient te beseffen dat de burger in de handelwijze van de overheidsinstantie iets anders kan waarnemen dan bedoeld door de instantie. Het is dan ook zaak dat de overheidsinstantie de burger informeert over de stappen die zij zet.

De Nationale ombudsman ontvangt regelmatig klachten, die samenhangen met een verzoek om handhaving. Burgers kloppen bijvoorbeeld bij hun gemeente aan, omdat iemand in hun leefomgeving tegen de regels bouwt of activiteiten ontplooit, maar raken gefrustreerd, omdat de gemeente niet of pas na lang procederen handhavend optreedt. In de praktijk blijkt het soms lastig voor de gemeente om aan de verwachtingen van burgers te voldoen. Burgers verwachten dat een illegale situatie zo snel mogelijk wordt beëindigd. Het valt burgers dan vaak koud op het dak dat een gemeente na een handhavingsverzoek eerst nagaat of de illegale situatie 'gelegaliseerd' kan worden. Dat roept het gevoel op dat de gemeente de kant kiest van degene die de regels overtreedt.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bepaald dat er voor gemeenten een 'beginselplicht tot handhaven' geldt. Dat betekent dat, als regels worden overtreden en de burger de gemeente vraagt om handhavend op te treden, de gemeente in principe gehouden is om dat te doen. De Raad van State heeft echter ook bepaald dat een gemeente, voordat zij handhavend optreedt, eerst moet kijken of een situatie gelegaliseerd kan worden.

De ombudsman vindt het belangrijk dat de burger weet wat hij in redelijkheid van de gemeente mag verwachten, als hij een verzoek indient tot handhaving. De ombudsman heeft daarom een handhavingswijzer opgesteld met een aantal spelregels, behorend bij het rapport 'Helder handhaven'¹. Deze spelregels zijn onder meer:

- De gemeente verstrekt actief informatie over het handhavingsbeleid en de manieren waarop zij kan optreden;
- De gemeente bespreekt met de burger het belang en het doel van zijn handhavingsverzoek, melding, signaal of klacht en wat hij verwacht van de gemeente;
- De gemeente legt de burger in een persoonlijk gesprek uit, wat de (on)mogelijkheden van de gemeente zijn.

Kernpunt is dat de gemeente transparant is, zodat de burger weet waar hij aan toe is. Dat betekent onder meer dat de gemeente zich bewust is van de belangen en perspectieven van alle partijen en dat zij hier in haar handelwijze blij van geeft. Dat betekent echter niet dat de gemeente illegale activiteiten in alle gevallen (gelijk) moet stopzetten, aangezien ook de mogelijkheid van legalisering moet worden bezien.

WAT IS HET OORDEEL VAN DE NATIONALE OMBUDSMAN?

De gemeente handelde in deze zaak vanuit het (juridische) perspectief dat een situatie die overlast veroorzaakt en strijdig is met de regels, dient te passen binnen die regels. Dit kan worden bereikt door via handhaving de situatie te doen beëindigen, de overtreder de situatie te laten aanpassen (legalisatie) en/of door de regels aan te passen. De gemeente koos ervoor om eerst via een handhavingstraject van het opleggen van een last onder dwangsom de onrechtmatige situatie te beëindigen. Het bestemmingsplan gaf namelijk geen ruimte om te legaliseren. Pas toen de exploitant een verzoek om wijziging van het

¹ <https://www.nationaleombudsman.nl/onderzoeken/2010/235>

bestemmingsplan indiende en de benodigde aanpassingen van de situatie deed, was er zicht op legalisatie. Deze handelwijze is op zich niet onjuist en past in de lijn van uitspraken van de Raad van State.

Later bleek verzoekers dat de eigenaar een nieuw principeverzoek had ingediend en dat tijdens de collegevergadering van 6 mei 2014 het college had besloten zowel om in te stemmen met het nieuwe principeverzoek van de eigenaar, als de last onder dwangsom aan hem op te leggen. Verzoekers waren echter noch op de hoogte gesteld van het nieuwe principeverzoek, noch van de instemming van het college daaraan mee te werken. Ook op de besluitenlijsten van het college op de gemeentelijke website stond deze beslissing niet vermeld. Zij kregen slechts het bericht dat de last onder dwangsom zou worden opgelegd.

Als gevolg daarvan was het perspectief van verzoekers een ander. Zij zagen slechts het besluit waarin de gemeente de exploitant de last onder dwangsom had opgelegd en de afwijzing van het eerste principeverzoek. De gemeente heeft verzoekers weliswaar verteld dat eerst de mogelijkheden van legalisatie moesten worden gezien, maar heeft toen niet duidelijk uitgesproken dat de gemeente op zich niet onwelwillend tegenover de ijsboerderij stond. Daarnaast heeft de gemeente hen geen inzicht verschaft in de aanpak om na aanvankelijke handhaving (mogelijk) te komen tot legalisatie. De gemeente heeft hen niet geïnformeerd over het tweede principeverzoek en de reactie daarop. Door dit alles bracht de gemeente verzoekers in de veronderstelling dat de overlast van de ijsboerderij ten einde zou komen. Dat is niet behoorlijk.

De Nationale ombudsman merkt dat voor burgers deze bestuursrechtelijke procedure met een samenstelling van handhaving en/of legalisatie ingewikkeld te begrijpen is. Dat gegeven maakt het extra belangrijk dat gemeenten mensen goed meenemen in hun handelen en aan verwachtingenmanagement doen.

Dit is reden voor het doen van aanbevelingen, die in lijn liggen met de hiervoor besproken Handhavingswijzer.

CONCLUSIE

De klacht over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Gulpen-Wittem is gegrond wegens strijd met het vereiste van transparantie.

AANBEVELINGEN

Structurele aanbevelingen

De Nationale ombudsman geeft het college van burgemeester en wethouders van Gulpen-Wittem het volgende in overweging:

1. Informeer een burger bij de ontvangst van een melding over een illegale situatie of een verzoek om handhaving actief over wat hij kan verwachten van het handhavingstraject;
2. Leg – mondeling, in een schriftelijke reactie of via de website – uit dat en onder welke voorwaarden een handhavingstraject kan leiden tot legalisatie;
3. Informeer een burger die om handhaving verzoekt over het verloop van het handhavingstraject en de duur daarvan.

Individuele aanbeveling in deze zaak

De Nationale ombudsman beveelt het college van burgemeester en wethouders aan in gesprek te gaan met verzoekers over de ontstane situatie en de gang van zaken om zo te pogen het vertrouwen te herstellen.

de Nationale ombudsman,

Reinier van Zutphen