GROEN | CAUBO | MONTESSORI
ADVOCATEN

Randstad 22-143 T 036 54 86 110
1316 BW Almere F 036 53 05 800
info@gcmadvocaten.nl
gcmadvocaten.nl

Gemeente Weesp
Afdeling Vergunningen, Toezicht en Handhaving
[redacted]
Postbus 5099
1380 GB Weesp

Uitsluitend per mail: [redacted]

Almere, 14 december 2021

Ons dossier : D20210063
Uw referentie : **Z2021-WP006994**
Inzake : KDV Liefjes / Gemeente Weesp
Betreft : Zienswijze voornemen last onder dwangsom
E-mail [redacted]
Telefoon

Geachte [redacted]

Graag maak ik namens cliënte, Kinderopvang Liefjes B.V., gebruik van de mogelijkheid de door mij op 3 november jl. ingediende zienswijze nader toe te lichten.

Op 7 oktober jl. heeft de burgemeester het voornemen geuit om een last onder dwangsom op te leggen vanwege gestelde overtredingen met betrekking tot het pand aan de Nijverheidslaan 5 (1382 LE) te Weesp.

In navolging van de inhoud van de zienswijze wil ik nog het volgende opmerken.

Het opleggen van een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom is een bevoegdheid en geen verplichting. Het bestuursorgaan beschikt over beleidsvrijheid en moet de relevante belangen afwegen bij het nemen van het besluit om al dan niet te handhaven. De beginselplicht tot handhaven speelt hoofdzakelijk wanneer een belanghebbende een verzoek tot handhaving indient. Het bestuursorgaan moet dan immers een besluit nemen op het verzoek. Een dergelijke situatie is in casu niet aan de orde; belangen van derden spelen niet. Uw gemeente is op eigen initiatief voornemens een dergelijke beslissing te nemen. Een zelfstandige afweging van (maatschappelijk) relevante belangen ontbreekt daarbij. Het algemeen belang is immers niet gediend met handhaving, integendeel is dit belang gediend met het achterwege van handhaving en het open laten van de Liefjes. Op voorhand is

Groen Caubo Montessori Advocaten (GCM) is een maatschap, ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 32142887. GCM werkt samen met mr. L.D.H. Lesmeister, mr. E.J.H. van Lith, Advocatenpraktijk R. Kuizenga B.V. en mr. J.A.C. van den Brink, ingeschreven in het Handelsregister onder nrs. 32164188, 64531511, 39630595 resp. 32164191. Zij oefenen de rechtspraktijk voor eigen rekening en risico uit. Op alle werkzaamheden zijn algemene voorwaarden van toepassing waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. De voorwaarden zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank Midden-Nederland, die van GCM onder nr. 74/2015, van mr. Lesmeister onder nr. 80/2015, van mr. van Lith onder nr. 187/2015, van Advocatenpraktijk R. Kuizenga B.V. onder nr. 165/2019 en van mr. J.A.C. van den Brink onder nr. 229/2019.

bovendien duidelijk dat het besluit om niet te legaliseren (besluit van 24 september jl.) onhoudbaar is zoals in het navolgende, en in aanvulling op de zienswijze, wordt gemotiveerd.

Binnenplanse afwijkingsmogelijkheid niet meegenomen in besluitvorming

Door uw gemeente is na het aanvragen van de vergunning het traject van artikel 2.12 lid 1 sub a onder 2 in gang gezet. Op grond van artikel 4 lid 9 van bijlage II van het Bor kan zij afwijken van het bestemmingsplan wanneer er geen strijd is met een goede ruimtelijke ordening.

Echter, heeft de gemeente geen rekening gehouden met de binnenplanse mogelijkheid tot afwijken die het bestemmingsplan zelf biedt. Verwezen wordt naar artikel 7 van het vigerende bestemmingsplan Bedrijventerreinen, waar het pand onder valt. Nijverheidslaan 5 heeft de huidige bestemming 'Bedrijventerrein 3'. In artikel 7.1 van dit bestemmingsplan staat de bestemmingsomschrijving weergegeven (www.ruimtelijkeplannen.nl). In artikel 7.5 is bepaald dat het bevoegd gezag met een omgevingsvergunning mag afwijken van het bepaalde in artikel 7.1a. Dit betekent concreet dat in het pand onder andere bedrijven in de categorieën gezondheid- en welzijnszorg (waar onder andere kinderopvang ingevolge bijlage 2 behorend bij het bestemmingsplan onder valt) *kunnen* worden toegestaan.

In artikel 7.5.2. van de planregels wordt vervolgens het afwegingskader genoemd.

Niet in geschil is dat de aangevraagde activiteit in strijd is met het ter plaatse geldende bestemmingsplan. De in het geding zijnde aanvraag voor een omgevingsvergunning vanwege een gebruik dat afwijkt van die bestemming voldoet echter aan artikel 7.5.1 van de planvoorschriften en valt mitsdien binnen de reikwijdte van de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid, neergelegd in die bepaling. Ingevolge artikel 7.5.1 kunnen B&W vrijstelling verlenen van het bepaalde in artikel 7.1 onder a.

De gemeente c.q. het college van B & W heeft verzuimd van deze binnenplanse mogelijkheid gebruik te maken en het in artikel 7.5.2 genoemde a tot en met h genoemde afwegingskader niet meegenomen in haar besluitvorming. Dit betekent dat het besluit van 24 september jl. zonder meer onzorgvuldig tot stand is gekomen en motiveringsgebreken bevat.

Immers, dient het bestuursorgaan na ontvangst van een aanvraag om omgevingsvergunning tijdig te bezien welke procedure daarop ingevolge de Wabo van toepassing is. De binnenplanse afwijkingsbevoegdheid had meegenomen moeten worden in de besluitvorming nu immers op grond van artikel 3.1 van de Wro een bestemmingplan alleen in het kader van een goede ruimtelijke ordening regels mag stellen en bestemmingen mag toekennen. Zo houdt 'een goede ruimtelijke ordening' uit artikel 3.1 van de Wro volgens de wetgever in dat alle belangen met een ruimtelijke dimensie worden afgewogen en dat de besluitvorming zo wordt ingericht dat dit leidt tot een goede ruimtelijke en *maatschappelijke* ordening.

Ten tijde van het vaststellen van het bestemmingsplan in 2016 is aldus door uw gemeente de ruimtelijke ordening betrokken bij de mogelijkheden tot afwijken; zij heeft de afwijking planologisch aanvaardbaar geacht. Dit volgt ook uit de Structuurvisie Weesp 2013-2030. De gemeente Weesp heeft destijds bepaald dat een afwijking van artikel 7.1 voor bedrijven in de gezondheid- en welzijnzorg in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening is.

Het bestemmingsplan is immers het centrale normstellende document voor deze ruimtelijke ordening. Een bestemmingsplan heeft een *sturingsfunctie* in die zin dat het plan gewenst gebruik van de grond bevordert en ongewenst gebruik tegengaat en een *waarborgfunctie* in die zin dat het de juridische basis verschaft voor de overheid, de burgers en het bedrijfsleven ten aanzien van wat wel of niet is toegestaan in een bepaald gebied. Zo overwoog de Afdeling bijvoorbeeld over het begrip 'een goede ruimtelijke ordening' uit artikel 3.1 lid 1 van de Wro dat dit inhoudt dat de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan een veelomvattende belangenafweging moet maken die moet resulteren in het leggen van bestemmingen en met het oog op die bestemmingen vaststellen van regels over het gebruik en de bouwmogelijkheden van de in het plan begrepen gronden (ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, TBR 2011/30, m.nt. A.G.A. Nijmeijer).

In casu is ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan op 24 februari 2016 bewust door de gemeente de mogelijkheid van een gebruikswijziging als afwijkingsbevoegdheid in de planregels opgenomen waarbij getoetst dient te worden aan het in artikel 7.5.2 onder a tot en met h genoemde afwegingskader. De benodigde onderzoeken t.a.v. de binnenplanse afwijkingsmogelijkheden moeten op dat moment (dat wil zeggen op het moment dat het bestemmingsplan wordt vastgesteld) reeds zijn verricht c.q. op dat moment moeten de mogelijkheden van een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid die dan dus planologisch aanvaardbaar worden geacht, reeds zijn afwogen.

Het feit dat deze binnenplanse afwijkingsmogelijkheid voor Nijverheidslaan 5 (bedrijven-3) specifiek in het bestemmingplan is opgenomen en aldus van toepassing is op cliënte valt dan ook niet te rijmen met het besluit van 24 september jl. waarin met deze binnenplanse afwijkingsbevoegdheid geen rekening is gehouden en de gemeente feitelijk alleen verwijst naar het als productie 5 overgelegde (negatieve) advies ruimtelijke ordening van 11 december 2020 in het kader van artikel 4 lid 9 van Bijlage II Bor.

Kortom: de handel- en werkwijze van de gemeente strookt niet met het rechtszekerheidsbeginsel: de overheid moet de geldende rechtsregels juist en consequent toepassen. Door aan dit gegeven ook in de onderhavige handhavingsprocedure geen enkele rol toe te kennen, handelt het college ook hier in strijd met de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting.

Structuurvisies en zicht op legalisatie

In het licht van de inhoud van het artikel 7 bestemmingsplan, de plantoelichting, de structuurvisie Weesp 2013-2030 van 6 maart 2014 en de structuurvisie bedrijventerreinen van 12 september 2010 (www.ruimtelijkeplannen.nl) wordt door cliënte nadrukkelijk verwezen naar hetgeen door haar op 13 augustus 2021 na de hoorzitting naar aanleiding van de bezwaren tegen de van rechtswege verleende vergunning is aangevoerd in het kader van toetsingscriterium 'een goede ruimtelijke ordening'. Zie het hoofdstuk '*Kinderdagverblijf in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening'* en de als producties 1 en 3 bij de reactie overgelegde ruimtelijke onderbouwing van cliënte waar feitelijk haar bezwaren tegen het besluit van 24 september 2021 reeds beschreven zijn (productie 6). De toelichting van cliënte maakt onderdeel uit van de hier aan de orde zijnde bezwaren tegen het voornemen om een last onder dwangsom aan cliënte op te leggen c.q. tot handhaving over te gaan.

Iedere gemeente is verplicht om voor haar gehele grondgebied 1 of meer structuurvisies op te stellen voor een goede ruimtelijke ordening. In de structuurvisie wordt door een gemeente een integrale visie op een gebied gegeven. De structuurvisie bevat de hoofdlijnen van nieuwe ontwikkelingen van dat gebied. Daarnaast bevat het de hoofdzaken van het door de gemeente te voeren ruimtelijk beleid. De structuurvisie moet een eerlijk beeld schetsen. Er moet in staan hoe en waar de ontwikkelingen plaatsvinden.

Hoewel de structuurvisie geen direct, juridisch bindende werking heeft naar burgers, is de structuurvisie wel bindend voor de opsteller, zijnde de gemeenteraad welke op haar beurt het college van B&W controleert.

Wanneer nu de beide structuurvisies met betrekking tot de Nijverheidslaan worden bekeken en daar het bestemmingsplan alsook de toelichting op dit bestemmingplan (deze laatste relevant om de bedoeling van de planwetgever te achterhalen) naast elkaar worden gelegd, blijkt dat (terecht) van dezelfde ontwikkelingen voor het gebied Nijverheidslaan wordt uitgegaan.

Cliënte stelt dat het college met het besluit van 24 september jl. en aldus het alsnog weigeren van de omgevingsvergunning niet in overeenstemming met haar eigen beleid handelt. Herhaaldelijk wordt in de structuurvisie 2013-2030 (www.ruimtelijkeplannen.nl) de transformatie naar nautisch kwartier met wonen, werken en recreëren voor bedrijventerrein Nijverheidslaan benoemd. Op pagina 9 van de structuurvisie wordt bovendien expliciet vermeld dat daarin de gewenste ruimtelijke structuur voor de komende 10-15 jaar wordt vastgelegd. De structuurvisie vormt de basis voor nieuwe ontwikkelingen en wordt concreet door vertaald in bestemmingsplannen (hetgeen ook het geval is, zie artikel 7.5 bestemmingsplan en de plantoelichting). Voor de Nijverheidlaan blijft daarnaast ook de structuurvisie bedrijventerreinen (met als titel: 'Vechtstadje Nijverheidslaan') van november 2010 (www.ruimtelijkeplannen.nl) van kracht. De daarin gekozen ontwikkelingsrichting voor

het bedrijventerrein Nijverheidslaan wordt in de structuurvisie 2013-2030 verder uitgewerkt.

Ook in de structuurvisie bedrijventerreinen uit 2010 wordt voor het gebied Nijverheidslaan expliciet de transformatie van extensieve bedrijvigheid naar een hoogwaardig nieuw woongebied genoemd. Cliënte stelt dat de gemeente met haar besluit van 24 september jl. en de verwijzing naar het advies ruimtelijke ordening van 11 december jl., welk advies als motivering voor haar beslissing geldt, tegenstrijdig handelt met haar eigen beleid. In dit advies ruimtelijke ordening wordt feitelijk al datgene waar eerder het bestemmingplan onherroepelijk op is vastgesteld, aan de kant gezet en worden, zonder nadere onderbouwing, standpunten geponeerd die niet op waarheid en/of hun juridische merites zijn beoordeeld. Met de realisatie van woonwijk Weesperwerf is momenteel aangevangen. Om het gehele gebied Nijverheidslaan liggen (nieuwbouw)wijken. De kinderopvang van cliënte ligt aan de rand van dit gebied.

Gezien de inhoud van *juist* het bestemmingsplan en de mogelijkheid om af te kunnen wijken van het bestemmingsplan (opnieuw: artikel 7.5.1) om met in acht name van het afwegingskader kinderopvang te mogen starten, had het op de weg van de gemeente gelegen voorafgaand aan het vaststellen van dit bestemmingsplan onderzoek naar de situatie te doen. In dat licht bezien kan het college thans niet volstaan met het summiere 'advies' dat zij nu ten grondslag legt aan haar afweging of een kinderdagopvang aan de Nijverheidslaan 5 in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Een correcte besluitvormingsprocedure in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is niet toegepast. Dit werkt door in de onderhavige handhavingsprocedure (primaire besluit is onhoudbaar) en is daarom relevant voor het te nemen dwangsombesluit.

Ruimtelijke ordening

Kennelijk zijn recent de plannen voor de Nijverheidslaan zoals neergelegd in alle formele stukken gewijzigd. Wanneer dit 'later' zoals in het advies zonder nadere motivering wordt vermeld, is geweest, is cliënte niet bekend maar staat haaks op de (in alle! stukken) neergelegde plannen van de gemeente. Het is inmiddels een feit dat het woongebied Weesperwerf *aan* de Nijverheidslaan wordt gerealiseerd (zie (ontwerp) omgevingsvisie van januari 2021, p. 65 en 67, www.ruimtelijkeplannen.nl) alwaar een kinderopvang volgens het advies wèl zou passen. Dit zou aldus betekenen dat rechts van de weg de situatie veilig en gezond zou zijn en links van de weg niet. Een onlogische redenering die wederom niet gestaafd wordt met enig onderzoek.

Wat een goede ruimtelijke ordening is, wordt niet expliciet in de wet gedefinieerd. In plaats daarvan vereist de wet dat een algehele complexe belangenafweging wordt gemaakt. Een goede ruimtelijke ordening dient bij te dragen aan de kwaliteit van de leefomgeving. Een goede ruimtelijke ordening wordt dus verkregen door het afwegen

van alle ruimtelijk relevante belangen die bij de in het plan of project begrepen gronden betrokken zijn.

Uit de voorliggende stukken blijkt niet dat de gemeente enig deugdelijk onderzoek naar de omliggende aspecten heeft verricht; een afweging van alle ruimtelijk relevante belangen heeft in casu niet plaatsgevonden. Het is cliënte bovendien opgevallen dat door de commissie het advies RO van 11 december 2020 (welk advies ten grondslag wordt gelegd aan het advies van de commissie aan het college) ten onrechte en kennelijk per abuis steeds stedenbouwkundig advies wordt genoemd. Een stedenbouwkundig advies staat echter niet gelijk aan een advies ruimtelijke ordening. Het voorgaande staaft de gedachte van cliënte dat de commissie niet geheel onafhankelijk te werk is gegaan.

Het 'advies' ruimtelijke ordening schiet immers (naast dat de inhoud suggestief en onjuist is) aantoonbaar tekort in het kader van de vereiste algehele complexe belangenafweging, óók in het kader van artikel 4 lid 9 van bijlage II van het Bor. Dit wordt nog eens bevestigd door het feit dat de mogelijkheid tot afwijken opgenomen is in het vigerende bestemmingsplan en dat kennelijk destijds is beoordeeld dat het ruimtelijk aanvaardbaar is om af te wijken van de oorspronkelijke bestemming (artikelen 7.1, 7.5.1 en 7.5.2). Cliënte heeft in haar eigen ruimtelijke motivering van 2 maart 2021 en haar zienswijze naar aanleiding van de hoorzitting (productie 6, producties 1 en 3) ten aanzien van de gestelde geluid- en fijnstof belasting en ten aanzien van de verkeersveiligheid onweersproken vastgesteld en onderzocht dat er in casu geen redenen zijn om te veronderstellen dat vereiste normen niet worden behaald (zie bijvoorbeeld en onder andere productie 3, productie 1, p. 6 hoofdstuk Uitstoot en fijnstof, productie 6 zienswijze). Ook volgt uit de door cliënte overgelegde overzichten dat de luchtkwaliteit van de Nijverheidslaan goed is. Met deze informatie is door de gemeente niets gedaan.

Behalve dat met de informatie van cliënte niets is gedaan, is het advies van de commissie, welk advies het college met haar besluit van 24 september jl. heeft opgevolgd, ook innerlijk tegenstrijdig en daarmee juridisch onjuist.

Op pagina 6 van het advies van de commissie wordt onder het hoofdstuk '*Een goede ruimtelijke ordening*' gesteld dat:

'Op grondslag van de ingediende bezwaren, het standpunt van het bestuur en van artikel 7:11 Awb, dient in bezwaar een volledige heroverweging plaats te vinden. Dit betekent dat de aanvraag op grond van artikel 4 lid 9 van bijlage 2 van het Bor jo artikel 2.12 lid 1 onder a sub 2 van de Wabo alsnog als een kruimelgeval moet worden getoetst aan het beleid en aan de criteria van een goede ruimtelijke ordening'.

Vervolgens stelt de commissie:

'Het bestuur heeft al aangegeven dat deze afweging op grond van het stedenbouwkundig advies al leidt tot een weigering van de gevraagde vergunning. Dit leidt tot de conclusie dat de vergunning in bezwaar alsnog wordt geweigerd. Daarmee wordt niet meer toegekomen aan het vragen om nadere rapportages, omdat de locatie zelf al niet geschikt kan worden geacht'.

Dit betekent dat een volledige heroverweging ingevolge artikel 7:11 Awb in casu niet heeft plaatsgevonden terwijl dit, ook volgens de commissie zelf, wel had gemoeten.

Ten onrechte legt het college alleen het (summiere en ondeugdelijke) advies RO van 11 december jl. aan haar besluit ten grondslag waar zij wel degelijk om nadere rapportages had moeten vragen, bezien ook in het licht van het vigerende bestemmingsplan, de plantoelichting en de structuurvisies, althans haar besluit veel breder had moeten trekken (en in die zin als een kruimelgeval had moeten worden getoetst aan het beleid en aan de criteria van een goede ruimtelijke ordening).

Door dit aantoonbaar na te laten en door geen algehele complexe belangenafweging te maken noch alle ruimtelijke relevante belangen af te wegen, handelt het college ten aanzien van haar besluitvorming opnieuw in strijd met de op haar rustende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het primaire besluit is ook op deze grond gebrekkig tot stand gekomen. In de onderhavige handhavingsprocedure kunnen hier niet de ogen voor gesloten worden nu het voornemen tot handhaving het directe gevolg is van het weigeringsbesluit.

Handhavend optreden onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen

In het licht van het voorgaande en gezien de grote belangen van cliënte maar ook van ouders en (nieuwe) bewoners van Weesp had uw gemeente ten aanzien van de alsnog geweigerde omgevingsvergunning richting cliënte en deze ouders moeten waarborgen dat de lasten en/of nadelige gevolgen van een dergelijk overheidsbesluit als het onderhavige voor een burger niet zwaarder zijn dan het algemeen belang van het besluit (artikel 3:4 lid 2 Awb).

Door deze waarborg niet te bieden, althans deze in haar besluitvormingsproces niet mee te nemen, handelt zij in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Ook dit werkt door in het onderhavige voornemen tot het opleggen van de last onder dwangsom met als enige doel het KDV te sluiten. Het maatschappelijk belang dient in deze te prevaleren boven het voortzetten van deze handhavingsprocedure met desastreuze gevolgen voor vele ouders. Met handhaving kan zonder meer gewacht worden tot aan het moment dat de bestuursrechter in de beroepsprocedure heeft besloten. Immers, is het algemeen belang juist niet gediend bij handhaving. En laat dit algemeen belang nu net een criterium zijn op grond waarvan het instrument handhaving wordt ingezet.

Met klem verzoek ik u namens cliënte dan ook nogmaals uw voornemen te herzien en van handhaving af te zien. De nadere reactie op de strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel in aanvulling op de zienswijze zal door de vennoten van cliënte worden ingezonden.

Vriendelijke groeten,

[redacted]