Advies DJZ en aanvullende vragen aan 5.1, 2, e

1. Inleiding

Het schip 5.1, 2, e mag volgens een uitspraak van de rechtbank Amsterdam niet langer aan de 5.1, 2, e liggen. De gemeente zoekt een oplossing. De voorkeurslocatie van het Stadsdeel Oost is de ligplaats aan de Borneokade 62C, maar daar zijn mogelijk risico's aan verbonden.

Op 7 januari 2021 hebben de betrokken stadsdeel bestuurder en de betrokken 5.1, 2, e met elkaar gesproken over dit dossier. Afgesproken is – kort gezegd – dat er een bestuurlijk besluit moet worden voorbereid waarbij twee alternatieven voor wat betreft mogelijkheden en risico's worden afgewogen:

- Vergunnen op Borneokade (al dan niet in afwijking van het bestemmingsplan[1])
- Vergunnen op een andere locatie in de stad, liefste zo dicht mogelijk bij Oost, die wel past in bestemmingsplan ter plekke

DJZ heeft geadviseerd over de mogelijkheden van vergunnen binnen het bestemmingsplan. Dit advies is hieronder opgenomen onder paragraaf 2. Op dit advies wordt door het stadsdeel een juridische toets gevraagd aan Pels Rijcken. Gelet op de voorgenoemde bestuurlijke vraag van de 5.1, 2, e en bestuurder hebben DJZ en R&D een aantal aanvullende vragen die aan 5.1, 2, e voorgelegd worden. De aanvullende vragen zijn opgenomen in paragraaf 3.

2. Advies DJZ naar aanleiding van vragen van Stadsdeel Oost

Hieronder wordt eerst de vraag van het stadsdeel weergegeven en daarna het advies van DJZ naar aanleiding van de vraag.

Juridische vraagstelling Stadsdeel Oost m.b.t. 5.1, 2, e

Inleiding

Het DB is op zoek naar een oplossing in de casus van het schip de Liège[2]; het schip mag volgens de uitspraak van de rechter niet langer aan de 5.1, 2, e liggen. Het DB denkt een oplossing te hebben gevonden in verplaatsing van het schip naar de Borneokade 62C.

Het DB neemt als vertrekpunt dat 5.1, 2, e volgens het aan de Borneokade 62C geldende bestemmingsplan kan worden aangemerkt als een woonschip.

Bestemmingsplan en beleid

[1] Het Bestemmingsplan Borneo Sporenburg en Rietlanden 2017

[2] Een nadere toelichting op de vraag *waarom* het DB hiervoor een oplossing zoekt, volgt later in een voordracht voor 5.1, 2, e op basis waarvan een bestuurlijke keuze kan worden gemaakt. Deze onderbouwing maakt geen deel uit van de juridische vraag die nu voorligt en is daarom hier niet verder uitgewerkt.

Het bestemmingsplan dat geldt ter plaatse van Borneokade 62C spreekt van een woonschip als ‘een woonboot die naar gelang het type schip, zowel boven als onder de waterlijn qua uiterlijke kenmerken herkenbaar is als schip en in elk geval is voorzien van kenmerken zoals een stuurhut, een roer, gangboorden, een mast en een roef’.

Aan de Borneokade geldt in het bestemmingsplan *niet* de eis dat het schip herkenbaar dient te zijn als van origine varend. Het bestemmingsplan aan de Levantkade schrijft dit wel voor.

Het stadsdeel hanteert wel beleid voor waar welk type vaartuig mag aanmeren. Het beleid maakt daartoe onderscheid in drie typologieën:

- Woonschip: een woonboot die herkenbaar is als een van origine varend schip en die naar gelang het type schip, in elk geval is voorzien van originele kenmerken zijnde een stuurhut, een roer, gangboorden, een mast en een roef.
- Woonvaartuig: een woonboot bestaande uit een casco van een van origine varend schip waarop een niet-authentieke opbouw is bevestigd.
- Woonark: een woonboot, niet zijnde een woonschip of een woonvaartuig.

Aan de Borneokade bestaat dus de situatie dat het bestemmingsplan niet vereist dat een woonschip van origine varend is, maar het beleid dit wel voorschrijft.

Om te bepalen welk van de twee leidend is, kijkt het DB naar de uitspraak van de Raad van State van 24 maart 2010[3] waarin werd bepaald dat een nieuw te bouwen woonboot kon worden aangemerkt als een woonschip in de zin van het bestemmingsplan "Borneo, Sporenburg en Rietlanden". De rechter bepaalde dat de voorschriften uit het bestemmingsplan leidend zijn en dat de gemeente zich niet mag beroepen op strengere omschrijvingen uit een beleidsdocument. In het in 2017 vastgestelde bestemmingsplan is in deze zin niets veranderd.

Het DB beschouwt 5.1, 2, e daarom als een woonschip zoals bedoeld in het bestemmingsplan.

De vragen waarop een juridische toets wordt gevraagd zijn:

1) Klopt de conclusie van het DB dat in deze situatie het bestemmingsplan leidend is, en niet het beleid?
2) Klopt de conclusie van het DB dat daarmee 5.1, 2, e qua typologie niet past binnen het bestemmingsplan aan de 5.1, 2, e en qua typologie wel past binnen het bestemmingsplan aan de Borneokade 62 C?

Aanvullend: het DB realiseert zich hierbij dat 5.1, 2, e nu wat betreft hoogte niet past binnen het bestemmingsplan Borneokade 62C, en dat hiervoor een afwijking nodig zal zijn.

Advies DJZ naar aanleiding van de vragen van Stadsdeel Oost

[3] ECLI:NL:RVS:2010:BL8738

[redacted] 1 Klopt de conclusie van het DB dat in deze situatie het bestemmingsplan leidend is, en niet het beleid?

Ja, dat klopt. Bij de beoordeling van de vraag of [redacted] vergund kan worden aan de Borneokade 62C is het bestemmingsplan leidend. Zie ook r.o. 2.6 van de in de vraagstelling genoemde de uitspraak van de Raad van State van 24 maart 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BL8738).

[redacted] 2 Klopt de conclusie van het DB dat daarmee [redacted] qua typologie niet past binnen het bestemmingsplan aan de [redacted] en qua typologie wel past binnen het bestemmingsplan aan de Borneokade 62 C?

Deze vraag bestaat uit twee deelvragen:

1. Klopt het dat [redacted] qua typologie niet past binnen het bestemmingsplan aan de [redacted]
2. Klopt het dat [redacted] qua typologie wel past binnen het bestemmingsplan aan de Borneokade 62C?

[redacted] *1 Klopt het dat [redacted] qua typologie niet past binnen het bestemmingsplan aan de [redacted]* ?

Ja, dat klopt.

Deze vraag heeft voorgelegen bij de rechtbank Amsterdam, naar aanleiding van bezwaar van omwonenden tegen de verleende omgevingsvergunning voor [redacted] aan de [redacted] In de uitspraak van 23 april 2020 zegt de rechtbank hierover:

> *"6.1 Volgens het ter plaatse geldende bestemmingsplan 'Oostelijk Havengebied Noord' heeft de voor [redacted] beoogde locatie de bestemming 'Water' met als aanduiding 'specifieke vorm van water – woonschepeligplaats-1'. Het begrip 'woonschip' is in artikel 1.60 van het bestemmingsplan omschreven als 'een woonboot die herkenbaar is als een van origine varend schip en die naar gelang dit type schip, in elk geval voorzien is van originele kenmerken zoals een stuurhut, een roer, gangboorden, een luikenkap, een mast. In geen geval mag het schip voorzien zijn van een niet-authentieke opbouw'.*
>
> […]
>
> *6.4 Met verweerder en bezwaarmakers is de rechtbank van oordeel dat [redacted] geen woonschip is in de betekenis die het bestemmingsplan daar aan geeft.*
>
> […]
>
> *6.5 Uit deze omschrijving […] blijkt dat [redacted] van origine een luxemotor is, met daarop aangebrachte verwijzingen naar historische passagiersschepen. Anders dan eisers, acht de rechtbank de originele typering van [redacted] van belang voor de toetsing aan het*

begrip 'woonschip'. Feitelijk is, zoals eisers zelf ook stellen, een nieuw schip ontstaan. Dit schip is er echter niet eerder geweest en is niet langer herkenbaar als de van origine luxe motor die 5.1, 2, e *bij aankoop was. Niet in geschil is verder dat de aanpassingen die aan* 5.1, 2, e *zijn gedaan niet kenmerkend zijn voor een luxe motor…"*

De eigenaren van 5.1, 2, e zijn in beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank d.d. 23 april 2020. Het is nog niet bekend wanneer de Afdeling uitspraak doet.

5.1, *2 Klopt het dat* 5.1, 2, e *qua typologie wel past binnen het bestemmingsplan aan de Borneokade 62C?*

Nee, dit klopt niet.

Het vigerend bestemmingsplan is Borneo Sporenburg en Rietlanden 2017. Ter plaatse van Borneokade 62 C is 1 woonschip en 1 woonvaartuig toegestaan. Het bestemmingsplan omschrijft deze als volgt:

"1.82 Woonschip

een woonboot die naar gelang het type schip, zowel boven als onder de waterlijn qua uiterlijke kenmerken herkenbaar is als schip en in elk geval is voorzien van kenmerken zoals een stuurhut, een roer, gangboorden, een mast en een roef;

1.83 Woonvaartuig

een woonboot bestaande uit een romp van een van origine varend schip waarop een niet-authentieke opbouw is bevestigd."

5.1, 2, e lijkt aan geen van bovenstaande definities van het bestemmingsplan aan de Borneokade 62C te voldoen.

a. Woonschip: volgens de eerdergenoemde uitspraak van de rechtbank voldoet 5.1, 2, e hier niet aan, zie ook rechtsoverweging 6.5. Het uitsluitend herkenbaar zijn als schip is niet voldoende. Het type is bepalend, aldus de definitie in het bestemmingsplan.

b. Woonvaartuig: in deze definitie moet het gaan om de romp van een van origine varend schip met een niet-authentieke opbouw. Van 5.1, 2, e is de romp ingrijpend aangepast. De contour van de romp (de voor- en achtersteven en het bovendeel) is behouden, maar voor de rest is de romp vergroot en vervangen door een niet bij dit scheepstype passende opvulling. De aanpassingen beslaan circa de helft van de romp, waardoor er niet gesproken kan worden van een ondergeschikt onderdeel. Als gevolg van de aanpassingen kan 5.1, 2, e bovendien niet zelfstandig varen. Daarmee is het niet langer de romp van een van origine varend schip.

In de vraagstelling van het Stadsdeel wordt verwezen naar een uitspraak van de Raad van State van 24 maart 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BL8738). De definities in het bestemmingsplan waar die uitspraak over gaat, zijn anders dan de definities opgenomen in het bestemmingsplan aan de Borneokade 62C. In de uitspraak van 24 maart 2010 wordt *'… in het bestemmingsplan onder woonschip verstaan een woonboot die aan de romp en de opbouw herkenbaar is als een schip.'*

Mogelijke oplossingen

DJZ heeft onderzocht of er een argumentatie denkbaar is waarmee 5.1, 2, e toch onder het bestemmingsplan te brengen is.

De mogelijkheid dat wijzigingen aan de romp toegestaan zijn binnen de definitie woonvaartuig.

Een mogelijkheid is de stelling in te nemen dat wijzigingen aan de romp zijn toegestaan, als de basis maar de romp van een van origine varend schip is. De definitie woonschip bepaalt dat de romp een romp van een origine varend schip moet zijn, met een niet-authentieke opbouw. Deze definitie brengt met zich dat de romp authentiek moet zijn. Vanwege de ingrijpende wijzigingen aan de romp van 5.1, 2, e zal de stelling helaas niet kansrijk zijn.

De mogelijkheid dat nieuwe schepen onder de definitie van woonschip of woonvaartuig vallen.

Een andere mogelijkheid is om aan te sluiten bij de opmerking van de rechtbank onder 6.5 van de uitspraak van 23 april 2020, waarin de rechtbank vaststelt dat er feitelijk sprake is van een nieuw schip. Uitgaande van een nieuw schip zou betoogd kunnen worden:

1. Voor wat betreft woonschip: als er sprake is van een geheel nieuw schip, dan is het herkenbaar als schip en voldoet het ook aan het vereiste van herkenbaarheid naar gelang het type schip. Er is immers sprake van een nieuw schip en dus ook een nieuw type schip. Hier valt tegen in te brengen dat in de verwijzing herkenbaar 'naar gelang het type' zit besloten dat het moet gaan om een bestaand type, in dit geval het type luxe motor. Het ligt hierdoor niet voor de hand dat geheel nieuwe, niet bestaande schepen c.q. typen onder deze definitie vallen.
2. Woonvaartuig: als er sprake is van een nieuw, varend schip, dan is er per definitie sprake van een van origine varend schip.
   Hoewel daarmee het probleem van de originaliteit van de romp wordt opgelost, blijft er een uitdaging met betrekking tot de niet-authentieke opbouw. Dat gaat namelijk niet samen met een volledig nieuw schip. De terminologie 'van origine varend' verwijst naar een bestaand schip dat verbouwd c.q. aangepast is tot woonboot. Het woonvaartuig moet bovendien *varend* zijn, volgens de beschikbare gegevens kan 5.1, 2, e niet zelfstandig varen en heeft dat ook nooit gekund.

De stelling dat een nieuw schip wel onder de definitie woonschip of woonvaartuig valt, lijkt dan ook geen houdbare oplossing te bieden.

De mogelijkheid een vergunning te verlenen in afwijking van het bestemmingsplan.

Juridisch gezien lijkt een vergunning in afwijking van het bestemmingsplan de beste mogelijkheid om 5.1, 2, e aan Borneokade 62C te vergunnen, mits er een goede en objectieve motivering is om af te wijken van het bestemmingsplan. In de motivering moet het beleid (met name welstand en

het beleid ten aanzien van woonboten) betrokken worden en bij de belangafweging moet ook de omgeving betrokken worden (NB de omwonenden zijn in deze omgeving zeer betrokken).

Op dit moment schatten wij in dat vergunning van 5.1, 2, e aan de Borneokade 62C niet in lijn is met het welstandsbeleid op water en niet in lijn met het beleid ten aanzien van woonboten (m.n. nulmeting en handhavingsbeleid).

Voorgaande maakt dat de twee grootste risico's van afwijken van het bestemmingsplan zijn:

1. Precedentwerking dat het (woonboten)beleid doorkruist;
2. Weerstand in de buurt, waardoor de eigenaren van 5.1, 2, e in een situatie komen vergelijkbaar met de situatie in de huidige omgeving

Bovenstaande risico's zijn (in ieder geval deels) te mitigeren met een goede en objectieve motivering voor het afwijken. Het SD heeft aangegeven de motivering mee te nemen in de map naar de wethouder.

Buiten de reikwijdte van het advies van DJZ

Zoals in de vraagstelling al is benoemd, is niet ingegaan op de hoogte van 5.1, 2, e t.o.v. de toegestane hoogte in het bestemmingsplan. Hiervoor zal een afwijking van het bestemmingsplan nodig zijn. Ook is bij dit advies puur gekeken naar de juridische haalbaarheid van de gestelde vragen. Sentimenten/bezwaren van omwonenden, risico's voor het beleid en precedentwerking zijn eveneens niet meegenomen.

3. Aanvullende vraag aan gemeenteadvocaat n.a.v. bestuurlijke opdracht

Tijdens het gesprek tussen 5.1, 2, e en stadsdeelbestuurder 5.1, 2, e op 7 januari jongstleden is de volgende opdracht geformuleerd:

"Er moet een oplossing (alternatieve ligplaats) gezocht moet worden voor 5.1, 2, e *waarbij de oplossing er een moet zijn die zo min mogelijk andere problemen oplevert. […] Daartoe worden twee richtingen uitgewerkt ten behoeve van de bestuurlijke afweging:*

1. Een vergunning te verlenen om af te wijken van het bestemmingsplan op Borneokade 62C

2. Verkennen van mogelijkheden van een andere locatie in stad, die wel past in het bestemmingsplan ter plekke. De voorkeur geniet een ligplaats in Oost of zo dicht mogelijk bij Oost, conform wensen eigenaren Liège.

Onderdeel van de uitwerking dient te zijn:

a. Het afwegen van mogelijkheden en risico's (inclusief mogelijke consequenties) tegen elkaar, voor beide alternatieven. Een toets of er vergelijkbare gevallen in omgeving zijn waar ook vergund is of afgeweken, wordt hierbij betrokken. Evenals de redeneerlijn van db-lid 5.1, 2, e *dat* 5.1, 2, e *valt binnen de definitie van woonschip en de juridisch ambtelijke toets daarop*

b. De vraag hoe we in optie 1 de risico's zoveel mogelijk beheersbaar maken en/of welke risico's het bestuur moet accepteren wanneer hiertoe besloten wordt?"

Gelet op deze opdracht worden de volgende aanvullende vragen aan 5.1, 2, e voorgelegd:

Zijn er in uw optiek juridisch planologische risico's (inclusief precedentwerking) aan het verlenen van een permanente ligplaatsvergunning voor verplaatsing van 5.1, 2, e naar de Borneokade 62C (het voorkeursscenario van het DB van stadsdeel Oost) m.b.t.

- de definitie van woonschip en woonvaartuig in het geldende bestemmingsplan;
- de benodigde afwijking voor de hoogte;

en zo ja, welke.

Daarnaast wordt u gevraagd een inschatting te maken van de juridisch planologische mogelijkheden en risico's (inclusief precedentwerking) voor de volgende alternatieve locaties

a. Borneokade 14-16
b. Durgerdammerdijk 1002A

Betrek in uw advies/beoordeling per locatie (inclusief Borneokade 62C) in ieder geval de volgende drie aspecten:

1. Eisen op grond van het bestemmingsplan
2. Eisen van welstand
3. Aanpak Nulmeting Woonboten en handhavingsbeleid woonboten

De achtergrond van het betrekken van het risico van precedentwerking, de eisen van welstand en het handhavingsbeleid is gelegen in de omstandigheid dat de betrokken 5.1, 2, e en het college zich aan dat beleid hebben gecommitteerd. Het uitgangspunt is dat de oplossing voor 5.1, 2, e niet strijdig mag zijn met het beleid en geen precedent mag scheppen dat de uitvoering van het beleid in de weg zit.

Voor een nadere toelichting op de vraagstelling wordt verwezen naar de relevante stukken.