

Openbare versie advies Hekkelman advocaten de "third opinion"

Inleiding

Medio 2022 heeft het ontwerpbestemmingsplan "Doorontwikkeling Vlietland Noord" ter inzage gelegen. Naar aanleiding hiervan heeft het Burgerinitiatief Vlietland het college en de raad gevraagd (1) dit nieuwe bestemmingsplan niet vast te stellen en (2) het oude bestemmingsplan "Vlietland noordoost 2005" met een voorbereidingsbesluit voor een jaar te bevroeren.

Het college heeft de raad een notitie over de mogelijkheden en risico's van dit verzoek gestuurd. Deze notitie is ambtelijk opgesteld ('first opinion') en door de huisadvocaat van de gemeente getoetst ('second opinion'). Op 1 februari 2023 heeft de raad besloten een extra juridische toets op de ambtelijke notitie en het commentaar daarop van de huisadvocaat uit te laten voeren. Dit is begeleid door een commissie vanuit de raad, die hiervoor opdracht heeft verstrekt aan mr. T.E.P.A. Lam (Hekkelman Advocaten) uit Nijmegen. Mr. Lam heeft op 14 juni 2023 zijn advies aangeboden en toegelicht aan de begeleidingscommissie.

Conclusies

Toets aan provinciaal en gemeentelijk beleid

Mr. Lam heeft het ontwerpbestemmingsplan "Doorontwikkeling Vlietland Noord" getoetst aan provinciaal en gemeentelijk beleid. Hij concludeert dat dit ontwerpbestemmingsplan, dat de bouw van recreatiewoningen met bijbehorende voorzieningen mogelijk maakt, niet in strijd is met de provinciale omgevingsvisie of omgevingsverordening en in overeenstemming is met het geldende gemeentelijke beleid in de vorm van de structuurvisie.

Toets aan goede ruimtelijke ordening

In de third opinion heeft mr. Lam het ontwerpbestemmingsplan getoetst aan de hand van het vereiste van een goede ruimtelijke ordening. Hij concludeert:

- 1) De berekening van de stikstofdepositie die is uitgevoerd met de AERIUS-berekening heeft niet de bouwfase meegenomen. Vanwege de Porthos-uitspraak van de Raad van State van 2 november 2022 is dat wel verplicht, zodat de uitgevoerde AERIUS-berekening niet voldoet.
- 2) Uit de onderzoeken voor het ontwerpbestemmingsplan blijkt dat vanwege aanwezige natuurwaarden een ontheffing op grond van de Wet natuurbescherming nodig is. Het ontwerpbestemmingsplan maakt niet duidelijk of die ontheffing ook kan worden verleend.

Het ontwerpbestemmingsplan voldoet daarom op dit moment op de aspecten gebiedsbescherming en soortenbescherming niet aan het vereiste van een goede ruimtelijke ordening. Dat betekent echter niet dat mr. Lam de raad adviseert het bestemmingsplan om deze reden niet vast te stellen. Ook gelet op de overeenkomsten met de ontwikkelaar ligt meer voor de hand deze gebreken te repareren en het plan dan aan de raad ter vaststelling aan te bieden. Mr. Lam constateert verder dat er geen aanleiding is om te denken dat andere uitgevoerde onderzoeken gebreken vertonen.

Weigering en exploitatieovereenkomsten

De gemeente heeft exploitatieovereenkomsten gesloten met de ontwikkelaars van de recreatiewoningen met bijbehorende voorzieningen. Ook de raad is aan deze overeenkomsten gebonden en daaruit volgt dat de raad alleen kan weigeren het bestemmingsplan vast te stellen wanneer daarvoor gegronde ruimtelijke en in rechte stand houdende redenen bestaan. Anders zal de gemeente aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van zo'n weigering.

Vorbereidingsbesluit

Mr. Lam onderschrijft niet de stelling in de collegenotitie dat er, omdat al een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, er geen juridische grondslag is om een voorbereidingsbesluit te nemen. Hij onderbouwt dat juridisch gezien die mogelijkheid in het algemeen wel bestaat. Vervolgens concludeert hij echter dat een voorbereidingsbesluit hier alleen aan de orde zou kunnen zijn, wanneer zowel het nu geldende als het in procedure zijnde ontwerpbestemmingsplan niet meer in overeenstemming is met het vereiste van een goede ruimtelijke ordening. Hij meent dat het ontwerpbestemmingsplan géén aanknopingspunten geeft die het nemen een voorbereidingsbesluit in dit geval zouden kunnen rechtvaardigen.

Mocht de raad toch een voorbereidingsbesluit overwegen, dan adviseert mr. Lam:

- 1) De planschaderisico's in beeld te brengen (zowel van de provincie als grondeigenaar als van de ontwikkelaars);
- 2) Het contractuele aansprakelijkheidsrisico verder te onderzoeken;
- 3) Af te wegen welke alternatieve bestemming volgens de raad wel in overeenstemming zou zijn met een goede ruimtelijke ordening.

Participatietraject

Mr. Lam onderschrijft de stelling uit de collegenotitie dat het nu nog, na ter inzagelegging van een ontwerpbestemmingsplan, starten van een participatietraject over de bestemmingsplanherziening op gespannen voet staat met de gesloten exploitatieovereenkomsten. De gemeente heeft zich verplicht ervoor te zorgen dat het bestemmingsplan zo snel mogelijk in werking treedt. Een participatietraject staat dat in de weg. De ontwikkelaars kunnen de gemeente aanspreken op niet-nakomen van de overeenkomst.

Vorbereidingsbesluit en planschaderisico

In de third opinion onderschrijft mr. Lam de conclusie uit de collegenotitie dat, in tegenstelling tot wat het Burgerinitiatief aanvoert, het nemen van een voorbereidingsbesluit voor het huidige bestemmingsplan "Vlietland noordoost 2005" wel degelijk leidt tot planschade voor de gemeente. Verder meent hij, eveneens in overeenstemming met de collegenotitie, dat het langdurig niet benutten van de bouwmogelijkheden uit het huidige bestemmingsplan de planschaderisico's niet beperkt. Die beperking is alleen aan de orde wanneer de ontwikkelaars eerst nog een termijn van negen maanden tot een jaar de gelegenheid krijgen alsnog die bouwmogelijkheden te benutten. Pas daarna kan een bevestiging van het huidige plan aan de orde komen zonder of met een beperkter planschaderisico.

Niet benoemde onderwerpen

In de third opinion geeft mr. Lam aan in te gaan op die onderdelen van de collegenotitie ("het ambtelijk advies") die om een reactie vragen. Voor zover onderwerpen niet in de third opinion worden besproken onderschrijft mr. Lam de juistheid van wat in de collegenotitie is gesteld, zo stelt hij. Dit geldt bijvoorbeeld voor onderwerpen als mogelijke provinciale interventie, het feit dat een voorbereidingsbesluit niet rechtstreeks maar wel indirect ter toetsing aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, etc.