

## MEMO

Voor: raad van de gemeente Bergen

Van: college

Datum: 16 april 2019

Onderwerp: Uitspraak ABRvS d.d. 10 april 2019 inzake bestemmingsplan “De Zeven Dorpelingen”

---

### Samenvatting memo

Op woensdag 10 april jl. heeft de ABRvS uitspraak gedaan in de beroepen tegen het bestemmingsplan de 7D. Uit die uitspraak volgt dat het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan is vernietigd. Aanleiding daartoe waren vijf vormfouten. Inhoudelijk heeft het bestemmingsplan de toetsing doorstaan. Vanuit het formatieakkoord volgt dat de eerder genomen besluiten en uitspraken van de Afdeling worden gerespecteerd en dat zij de kaders aangeven waarbinnen de verdere uitwerking ter hand wordt genomen. Meer specifiek geven de uitspraken van de Afdeling de kaders aan waarbinnen de verantwoordelijke wethouder kijkt naar mogelijke aanvullingen of aanpassingen in de projecten, waarbij hij/zij voorstellen doet op welke wijze inspraak van betrokkenen en belanghebbenden zoveel mogelijk wordt gerealiseerd. Het kader wordt hier dus duidelijk niet alleen gevormd door de recente uitspraak van de Afdeling maar ook door de in de factsheets benoemde eerdere besluiten waaronder, maar niet beperkt tot, het besluit van 15 december 2016 om te kiezen voor het plan de Zeven Dorpelingen en niet voor het plan van Mooier Bergen en het college de opdracht te geven de planologische procedure op te starten.

Na binnenkomst van de uitspraak van de Afdeling is door de verantwoordelijk wethouder direct gestart met een verkenning van de mogelijke vervolg stappen. Daartoe is in samenwerking met Houthoff deze memo aan ons college geschreven. Ook heeft een gesprek plaats gevonden met de ontwikkelaar waarin de verantwoordelijk wethouder heeft getracht ruimte te creëren voor eventuele co-creatie. Die ruimte bleek niet aanwezig. De ontwikkelaar wenst het project alsnog te realiseren en ziet zichzelf daarin gesteund door de anterieure overeenkomst. Op de conclusie van Houthoff over de overeenkomst, dat er geen andere keuze is dan medewerking verlenen aan reparatie van het bestemmingsplan, is in opdracht van de verantwoordelijk wethouder een second opinion uitgevoerd door het kantoor van de landsadvocaat, Pels Rijcken. De conclusie van de second opinion onderstreept de conclusie van Houthoff.

Bovenstaande, meer uitgebreid weergegeven in onderstaande tekst van deze memo, maakt dat vanuit het kader van het respecteren van eerdere besluiten, het respecteren van de uitspraak van de Afdeling en de anterieure overeenkomst volgt dat er geen andere optie is dan reparatie van het bestemmingsplan. Conform het formatieakkoord zal de verantwoordelijke wethouder na het collegebesluit de benodigde aanvullingen en aanpassingen voorbereiden en daarmee tevens een voorstel laten uitwerken voor de daarbij toe te passen wijze van inspraak van betrokkenen en belanghebbende.

## Tekst memo

### Aanleiding

Op 10 april 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) het vaststellingsbesluit van de raad dat ziet op het bestemmingsplan "De Zeven Dorpelingen" vernietigd. Een analyse van de uitspraak van de Afdeling leidt - na interne beoordeling en consultatie van Houthoff - tot de volgende conclusies.

Inhoudelijk leidt de uitspraak niet tot onoverkomelijke zaken. De (5) punten waarop de Afdeling het beroep van de Stichting/BBC/ Frits Zeiler doet slagen, betreffen stuk voor stuk technische punten die oplosbaar zijn, een aantal zelfs eenvoudig oplosbaar. De inhoudelijk meest belangrijke punten (behoefte supermarkt; onaanvaardbare leegstand; staatssteun; problematiek Plein 36, bouwvolume etc.) zijn door de Afdeling allemaal in voor de gemeente positieve zin beslecht. Uit de uitspraak van de Afdeling kan derhalve worden afgeleid dat het bestemmingsplan, mits de gesignaleerde punten zijn hersteld, de eindstreep kan halen.

Het is bovendien in procedurele zin niet zo dat 'het bestemmingsplan' als zodanig is vernietigd: wat is vernietigd is het vaststellingsbesluit van de gemeenteraad. De reguliere gang van zaken is dat de procedure weer wordt opgepakt daar waar deze vlak voor het vaststellingsbesluit van de gemeenteraad stond.

De vijf te repareren punten zijn:

- (1) Overweging 10.2 - 10.7: Wet natuurbescherming (Wnb) (1-op-1 inpassing; passende beoordeling): op te lossen met onderzoek dat op voorhand significante effecten uitsluit of een nieuwe passende beoordeling, al dan niet met PAS<sup>1</sup>-systematiek (afhankelijk van de in mei te verwachten uitspraak van de Afdeling);
- (2) Overweging 17 - 17.3: Parkeernorm (verwijzing naar beleidsregel): opnemen verwijzing naar juiste en duidelijke beleidsregel (wellicht zekerheidshalve nieuw vast te stellen);
- (3) Overweging 25.1 - 25.2: Functieaanduiding 'parkeergarage' op gronden met tuinbestemming: correct, was tijdens zitting al aangegeven; is uiterst eenvoudig op te lossen in bestemmingsplan;
- (4) Overweging 26.4: Planregel artikel 5, lid 5.2.2 sub b zinledig: correct, was tijdens zitting al aangegeven; is te verbeteren in nieuw bestemmingsplan;
- (5) Overweging 28 - 28.2: bouwhoogte 40 meter overbodig: correct, was tijdens zitting al aangegeven; is te verbeteren in nieuw bestemmingsplan.

Zeker de laatste drie, mogelijk vier punten zouden voor de Afdeling geen reden zijn geweest voor vernietiging, maar zouden hebben geleid tot een bestuurlijke lus, ware het niet dat de Afdeling in dit geval ten aanzien van het eerste punt (passende beoordeling Wnb) geen mogelijkheid voor een bestuurlijke lus zag. Daarom doen nu alle vijf de punten mee in de reden voor vernietiging, maar wel met een duidelijk verschil in gradatie.

Vanuit het beroep van de Stichting/BBC/ Frits Zeiler zijn de volgende beroepsgronden allemaal afgewezen: (i) behoefte, (ii) m.e.r. (gepasseerd artikel 6:22 Awb); (iii) Wnb - ontheffingen, (iv) provinciaal beleid, (v) groen (bomen), (vi) verharding/ grondwater, (vii) parkeergarage, (viii), fietsparkeren, (ix) parkeernorm inhoudelijk, (x) parkeren Karel de Grotelaan, (xi) luchtkwaliteit, (xii)

---

<sup>1</sup> Programmatische Aanpak Stikstof.

omvang bebouwing, (xiii) schaduwhinder, (xiv) staatssteun/ exploitatieplan: niet-ontvankelijk, (xv) luifels en overkappingen, (xvi) maximale hoogte luifels, (xvii) verschuiving parkeerbak 40 cm.

Vanuit het beroep van appellant 3 zijn alle beroepsgronden afgewezen: (i) bouwhoogten muziekgebouw, (ii) schaduwhinder, (iii) aantasting vrij uitzicht, (iv) waarde pand en derving inkomsten, (v) bereikbaarheid appartementencomplex i.v.m. Alexanderlaantje, (vi) begrip maatschappelijke voorzieningen, (vii) horeca muziekgebouw, (viii) verkeer, (ix) bouwhoogten algemeen, (x) peil, (xi) versmalling toegangswegen, (xii) algehele planherziening nodig (xiii) vorm parkeergarage, (xiv) supermarkt, (xv) verbeelding, (xvi) financiële uitvoerbaarheid.

Vanuit het beroep van Olie zijn alle beroepsgronden afgewezen: (i) Plein 36 buiten plangrenzen gelaten en (ii) Plein 36 onbereikbaar.

### **Anterieuere exploitatieovereenkomst Gemeente - Schrama**

Volgens de anterieuere overeenkomst kan de vernietiging door de Afdeling worden gezien als een belemmering van publiekrechtelijke aard. In artikel 6.3 anterieuere overeenkomst is als 'belemmering van publiekrechtelijke aard' expliciet benoemd: "de gevolgen van (...) beslissingen van de bestuursrechter". De overeenkomst geeft voor dat geval dwingend aan dat, wanneer deze situatie zich voordoet, vertraging in het proces kan ontstaan, dat partijen met elkaar in overleg treden over de ontstane situatie en dat partijen zich zullen inspannen de nadelige gevolgen zoveel mogelijk te beperken "bijvoorbeeld door planaanpassing". Schrama kan de gemeente niet aanspreken voor een kosten- of schadevergoeding. De gemeente en Schrama hebben inmiddels dan ook een eerste verkennend overleg met elkaar gevoerd. Schrama heeft daarbij uitgesproken te willen koersen op herstel en hernieuwde vaststelling van het gerepareerde bestemmingsplan. Voor de goede orde wordt nog opgemerkt dat de met de uitspraak van de Afdeling ontstane situatie geen aanknopingspunt biedt voor een partij bij de anterieuere overeenkomst om aan te koersen op beëindiging van de overeenkomst; artikel 21 van de overeenkomst voorziet daar niet in.

### **Mogelijkheden procedures 'reparatiebestemmingsplan'**

De door de Afdeling geconstateerde (vijf) gebreken kunnen worden hersteld door met inachtneming hiervan (opnieuw) een gewijzigd bestemmingsplan vast te stellen, een reparatiebestemmingsplan. Voor het vaststellen van een reparatiebestemmingsplan kunnen in beginsel twee procedures worden gevolgd: (1) een reguliere procedure (van acht weken) of (2) een uitgebreide procedure (van zes maanden) inclusief de terinzagelegging van een ontwerpbestemmingsplan waartegen door een ieder een zienswijze kan worden ingediend.

De toepassing van de reguliere procedure is slechts mogelijk indien:

- (a) geen sprake is van "een wezenlijk ander plan" (namelijk als het vastgestelde bestemmingsplan inhoudelijk slechts op ondergeschikte punten is aangepast ten opzichte van het ontwerp, zie bijvoorbeeld ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4 en ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:471, en
- (b) in het kader van de Wnb significante effecten op nabijgelegen Natura 2000-gebieden op voorhand zijn uitgesloten. Kunnen significante effecten niet op voorhand worden uitgesloten, dan is een plan-MER (Milieueffectrapportage) vereist, waarvoor de uitgebreide procedure moet worden doorlopen.

Naar verwachting kan hier worden voldaan aan het criterium dat geen sprake is van een wezenlijk ander plan. Of tevens op voorhand significante effecten op nabijgelegen Natura 2000-gebieden kunnen worden uitgesloten is niet ondenkbaar, maar behoeft nadere beoordeling door een ecoloog.

Dit betekent dat indien, na deskundige beoordeling door een ecooloog, komt vast te staan dat significante effecten op nabijgelegen Natura 2000-gebieden niet kunnen worden uitgesloten, de weg van de reguliere procedure uitgesloten lijkt en (hoe dan ook) de uitgebreide procedure moet worden gevolgd.

De voordelen en nadelen van het doorlopen van respectievelijk de reguliere en de uitgebreide procedure zijn als volgt.

#### *(1) Reguliere procedure*

Voordelen:

- Het betreft een korte procedure, waardoor weinig tijd beschikbaar is voor nieuwe ontwikkelingen en het reparatiebestemmingsplan relatief snel onherroepelijk kan worden.

Nadelen:

- Belanghebbenden kunnen het gevoel krijgen dat zij door de gemeente niet serieus worden genomen, omdat hen geen inspraak wordt geboden, en bij hen kan de indruk ontstaan dat de gemeente probeert het plan er snel "doorheen te drukken".

#### *(2) Uitgebreide procedure*

Voordelen:

- Potentiële appellanten wordt een juridisch argument in een nieuwe beroepsprocedure die hoe dan ook volgt op voorhand ontnomen, omdat niet ter discussie staat of sprake is van (g)een wezenlijk ander bouwplan noch of significante effecten op voorhand zijn uitgesloten.
- De gemeente geeft, in een politiek en maatschappelijk gevoelig dossier, blijk van een zorgvuldige voorbereiding en het belang van de betrokkenheid/ inspraak daarbij van haar inwoners en de betrokken belangenverenigingen, terwijl het tijdsverlies van circa vier maanden (gelet op het reeds zeer lange traject) relatief beperkt is.
- De mogelijkheid tot coördinatie met de (ontwerp)omgevingsvergunning voor het project Schrama. In een gecoördineerde situatie doorloopt de omgevingsvergunning samen met het bestemmingsplan de bestemmingsplanprocedure. Voordeel hiervan voor het project Schrama is dat tegen de omgevingsvergunning één rechtsinstantie (beroep in eerste en enige instantie bij de Afdeling ) in plaats van twee rechtsinstanties (beroep, hoger beroep) open staat. Voor de toepassing van de coördinatieregeling dient de gemeenteraad een coördinatiebesluit te nemen.

Nadelen:

- Het betreft een lange(re) procedure (te meer als een plan-MER is vereist), waardoor zich door het verloop van tijd nieuwe ontwikkelingen kunnen voordoen die dan eveneens in de beoordelingen en afwegingen dienen te worden meegenomen, en er meer tijd overheen gaat voordat het reparatiebestemmingsplan onherroepelijk wordt.
- Vanuit de eigen organisatie is aangegeven dat in deze procedure het gevaar schuilt dat betrokkenen zich 'in de maling genomen voelen' omdat inhoudelijke bezwaren van uit de nieuw te verwachte zienswijzen die al zijn behandeld door de Afdeling met een verwijzing daarnaar zullen worden afgedaan.

Zowel om de juridische discussie zoveel mogelijk te beperken en elk verder risico uit te sluiten, alsook uit het oogpunt van zorgvuldigheid en het creëren van politiek en maatschappelijk draagvlak,

lijkt het verstandig een reparatiebestemmingsplan met de toepassing van de uitgebreide procedure vast te stellen. Deze route kan ook voor Schrama aantrekkelijk zijn, omdat het de mogelijkheid tot coördinatie met de omgevingsvergunning biedt, waardoor deze vergunning eerder onherroepelijk kan worden.

Voor de volledigheid wordt in deze notitie nog een tweetal andere opties vermeld. De eerste optie (3. Opnieuw beginnen met proces van co-creatie) hebben wij zelf bijgebracht; de andere optie (4. Werken met projectafwijkingsbesluit 2.12 Wabo) is tijdens het eerste gesprek met Schrama van de zijde van Schrama geopperd.

### *(3) Opnieuw beginnen met een proces van co-creatie*

Deze optie behoeft geen verder onderzoek, nu de op 7 november 2017 door de gemeente met Schrama gesloten anterieure overeenkomst daarvoor geen ruimte biedt. Desgevraagd heeft Schrama in een overleg op 11 april 2019 verklaard dat hij verder wil op basis van het liggende plan en niet openstaat voor aanpassingen of co-creatie. In datzelfde kader heeft Schrama aangegeven dat indien de gemeente de anterieure overeenkomst zou wensen open te breken, de gemeente zal moeten rekenen op een schadeclaim. De privaatrechtelijke risico's voor de gemeente bij het openbreken van de anterieure overeenkomst zijn – destijds in het kader van de vraag of het bestemmingsplan al dan niet moest worden ingetrokken – in adviezen van 19 november 2018 en 12 december 2018 door mr. J.F. de Groot MRICS van Houthoff in kaart gebracht. Deze risico's zijn in de situatie waarin de gemeente thans verkeert identiek, en derhalve substantieel.

### *(4) Projectafwijkingsbesluit artikel 2.12 Wabo*

In het overleg van 11 april 2019 is namens Schrama gesuggereerd dat de Gemeente er ook voor zou kunnen kiezen om het bestemmingsplan vooralsnog 'ongerepareerd' te laten, en om de planologische basis voor het project De 7 Dorpelingen te creëren middels een zogenaamd 'projectafwijkingsbesluit' op basis van artikel 2.12 (lid 1 sub a) Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ("Wabo"). Reeds tijdens de bespreking is namens de gemeente door de verantwoordelijk wethouder opgemerkt dat een dergelijk traject niet als reëel wordt gezien. Nog los van de procedurele aspecten – het is immers noodzakelijk dat niet alleen de projectbebouwing planologisch mogelijk wordt gemaakt, maar ook de inpassing van het project in de omgeving – zou dit op de anders denkende overkomen als: nu het bestemmingsplan is mislukt proberen ze het via een 'truc' op een slinkse andere manier. Deze bezwaren werden namens Schrama tijdens de bespreking wel onderkend. Voorgesteld wordt om deze route niet verder te verkennen.

## **Conclusie**

Gelet op vorenstaande overwegingen, die mede zijn beoordeeld door onze advocaat Houthoff, beluit het college om te koersen op het zo spoedig mogelijk in procedure brengen van het gerepareerde bestemmingsplan "De 7 Dorpelingen" door middel van de uitgebreide procedure, en in overleg met Schrama de mogelijkheden te onderzoeken van het mee-coördineren van de reeds ingediende aanvraag om omgevingsvergunning voor het project.

## **Overige discussiepunten**

### *(1) procedure binnen de gemeenteraad*

Vorbereiding van het 'herstel' bestemmingsplan is aan het college, toch kan er voor worden gekozen om de raad specifiek een opdracht te laten geven aan het college om het bestemmingsplan

te herstellen. Gelijktijdig met voorgenoemd besluit zou dan ook het coördinatiebesluit genomen kunnen worden.

*(2) communicatie met de belanghebbende en de inwoners*

Vanuit de gemeenteraad is aan de verantwoordelijk wethouder gevraagd na te denken over een manier om de uitspraak uit te leggen aan de inwoners daarnaast moet worden besloten over het communiceren van dit college besluit.

\*\*\*