

Rapport Gemeentelijke Ombudsman

Ondernemer gedupeerd door verkeerde informatie over bestemmingsplan

**Gemeente Almere
Dienst Stadsbeheer**

25 september 2012
RA121686

Samenvatting

Een man informeert bij de gemeente naar de mogelijkheden volgens het bestemmingsplan van een bepaalde bedrijfsruimte. De gemeente meldt dat onder meer het gebruik van de ruimte als showroom en detailhandel zijn toegestaan. Wanneer de man de ruimte gehuurd heeft, blijkt de informatie niet te kloppen en gaat de gemeente over tot handhaving. De gemeente neemt vervolgens de beslissing om het gebruik te gedogen tot eind 2014. De man gaat op basis van de verwijzing bij deze beslissing in bezwaar en de bezwaarschriftencommissie adviseert de gemeente om de afwijking van het bestemmingsplan toe te staan tot eind 2019 en een proceskostenvergoeding toe te kennen. Vijf maanden nadat dit advies geformuleerd is, concludeert de gemeente dat de man niet in bezwaar had kunnen gaan en verklaart zijn bezwaar niet-ontvankelijk. De gemeente houdt verder vast aan haar eerder genomen beslissing. De ombudsman concludeert dat de gemeente de man niet correct en niet volledig heeft voorgelicht en dat de bezwaarprocedure niet goed is uitgevoerd.

Oordeel

De onderzochte gedragingen zijn in strijd met het vereiste van goede informatieverstrekking en het vereiste van fair play.

Aanbeveling

De ombudsman verzoekt het College van Burgemeester en Wethouders te bevorderen dat het advies van de bezwaarschriftencommissie alsnog wordt opgevolgd, en daarbij voor eind 2014 een toetsmoment aan te brengen om te beoordelen in hoeverre er sprake is van een levensvatbare bedrijfsvoering die aanleiding geeft om het gebruik van de ruimte een langere periode te gedogen.

De ombudsman verzoekt voorts te bevorderen dat, zodra verzoekers daartoe een onderbouwde berekening hebben overgelegd, de schade door de gemeente wordt vastgesteld en, voor zover aansprakelijk hiervoor, vergoed.

Amsterdam, 25 september 2012

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'A' followed by a checkmark-like flourish.

Arnold van Amsterdam
plaatsvervangend Gemeentelijke Ombudsman

Verzoek

Het verzoek tot onderzoek is op 11 april 2012 schriftelijk ingediend en betreft de gemeente *Almere, dienst Stadsbeheer*.

Bevindingen

aanleiding

Verzoekers hebben een meubelzaak op de Beverwijkse Bazaar. Omdat zij behoefte hebben aan meer ruimte voor opslag, reparaties en een showroom, willen verzoekers extra bedrijfsruimte huren. Omdat zij een pand in Almere op het oog hebben, informeren zij op advies van hun makelaar bij de gemeente naar de (gebruiks)mogelijkheden van de ruimte binnen het bestemmingsplan. De gemeente laat eind december 2009 weten dat de bestemming geen belemmering vormt voor het beoogde gebruik. De gemeente stuurt op 18 januari 2010 een brief waarin het volgende staat: "Wij zijn tot de conclusie gekomen dat de reparatie van meubelen c.q. het bekleden van meubelen inclusief showroom past binnen de in artikel 1 [van het bestemmingsplan] genoemde doelomschrijving." In een nieuwe alinea staat: "Detailhandelactiviteiten passen niet onder deze doeleindenomschrijving tenzij deze ondergeschikt zijn aan de hoofdfunctie (reparatie)." Verzoekers huren op basis van deze informatie de ruimte per 1 januari 2010. Het contract gaat uit van vijf jaar en biedt na afloop van deze termijn de mogelijkheid de huur met eenzelfde periode te verlengen. Verzoekers hebben het voornemen om de ruimte te gebruiken voor opslag en reparatie, alsmede als showroom waarna een eventuele verkoop kan plaatsvinden in Beverwijk.

In mei 2010 geeft de gemeente, mede naar aanleiding van een bezoek ter plaatse, te kennen dat het gebruik van de ruimte als showroom niet is toegestaan, omdat dit deel uitmaakt van detailhandel. Voorts wordt verzoekers meegedeeld dat een bouwvergunning vereist is voor het plaatsen van vlaggenmasten en reclameborden. Verzoekers verwijderen daarop de reclame-uitingen en sluiten de entree van de showroom. Vervolgens vragen verzoekers eind mei 2010 een bouwvergunning aan. Deze wordt op 7 december 2010 verstrekt.

In maart 2011 uit de gemeente - nadat een andere ondernemer een handhavingsverzoek heeft ingediend en na een bezoek van de gemeente - het voornemen om een last onder dwangsom op te leggen teneinde de detailhandel en het gebruik als showroom te staken.

Verzoekers advocaat dient hierop een zienswijze in. De gemeente erkent bij brief van 12 mei 2011 dat: 'de brief van 18 januari 2010 de indruk wekt dat het gebruik als showroom is toegestaan' en dat daarmee vertrouwen is gewekt, en besluit hierop de situatie te gedogen tot eind 2014 (aansluitend bij de eerste vijf jaar van het huurcontract), waarbij de mogelijkheid van verlenging expliciet wordt uitgesloten. De detailhandelactiviteiten mogen in deze periode niet worden uitgebreid, zonder dat laatstgenoemde beperking wordt gepreciseerd. De brief wordt afgesloten met een bezwaarclausule.

Verzoekers gaan niet akkoord met een beperking van het gebruik van de showroom tot eind 2014 en achten eveneens het verbod tot uitbreiding tot dat moment onredelijk, omdat zij de afgelopen periode door de onzekerheid weinig hebben kunnen verkopen. Mede daardoor hebben zij hun zaak in de Beverwijkse Bazaar inmiddels moeten sluiten. Verzoekers voeren aan dat de

mededelingen in december 2009 en de brief van 18 januari de indruk hebben gewekt dat gebruik als showroom is toegestaan.

Hun advocaat dient daarom een bezwaarschrift in. Het bezwaar wordt tijdens een hoorzitting in september 2011 behandeld. In oktober verschijnt het advies van de bezwaarschriftencommissie. Volgens de commissie konden verzoekers erop vertrouwen dat een showroom was toegestaan, en dat ook de verkoop van meubelen tot een zekere hoogte is toegestaan. De commissie stelt dat de gemeente het vertrouwensbeginsel honoreert, maar hierbij een termijn (tot eind 2014) hanteert die haarzelf het beste uitkomt. De commissie adviseert om het gebruik alsnog tot eind 2019 te gedogen en kent een proceskostenvergoeding toe van € 874,-.

Bijna een half jaar later, op 29 februari 2012, neemt de gemeente de beslissing op bezwaar. De gemeente komt daarin tot de conclusie dat een gedoogverklaring slechts met het oog op de rechtsbescherming van derden een besluit is op basis van de Algemene wet bestuursrecht. Het gaat dan om derden die handhaving van het bestemmingsplan willen. De weigering om te gedogen, of wanneer de gedoogde het niet eens is met de reikwijdte van een gedoogverklaring, is geen besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt. Verzoekers bezwaar wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard. Het advies van de bezwaarcommissie wordt terzijde gelegd.

Gelijktijdig neemt de gemeente een nieuw gedoogbesluit. Ondanks het tijdsverloop sedert het uitbrengen van het advies en de inhoudelijke argumenten van de commissie, wordt de situatie (slechts) tot uiterlijk eind 2014 gedoogd. Omdat het besluit niet ingaat op vragen van de advocaat over het - gedurende deze periode - al dan niet uitbreiden van de detailhandelactiviteiten, wendt de advocaat zich opnieuw tot de gemeente. Die neemt op 30 maart 2012 een nieuw gedoogbesluit waarin nader wordt ingegaan op wat al dan niet qua detailactiviteiten is toegestaan. De gemeente neemt daarbij het standpunt in dat volgens het bestemmingsplan met de verkoop niet meer dan 20% van de totale omzet mag worden gerealiseerd. Hoewel de gemeente eerder het standpunt innam dat een gedoogbesluit alleen een besluit is ten opzichte van derden, bevat de brief opnieuw een bezwaarclausule. Verzoekers wenden zich hierop tot de ombudsman.

klachtomschrijving

Het onderzoek van de ombudsman richt zich op:

- de behandeling van een gedoogverzoek.

onderzoek

De ombudsman besluit tot het organiseren van een schouw ter plaatse en aansluitend een hoorzitting en nodigt de betrokkenen hiervoor uit. Bij de schouw waren verzoekers en hun advocaat aanwezig; bij de hoorzitting verzoekers, hun advocaat en van de gemeente de coördinator Handhaving en een medewerker Handhaving. De ombudsman stelt vast dat duidelijk geworden is dat de gemeente onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt op basis waarvan verzoekers het huurcontract zijn aangegaan. Hij stelt vast dat de brief van 18 januari 2010 door de innerlijk tegenstrijdige informatie verzoekers op het verkeerde been heeft gezet. Tijdens de hoorzitting wordt dit ook door de gemeente erkend.

Verzoekers verklaren verder dat zij in grote financiële problemen zijn geraakt als gevolg van de doorlopende huurlasten in Almere zonder dat met de ruimte omzet van enige omvang kon worden gerealiseerd, de reparatie tot op heden niet van de grond is gekomen omdat de daartoe benodigde investeringen vanwege alle onzekerheid zijn uitgebleven. Verder hebben verzoekers de omzet in Beverwijk zien wegvallen omdat zij geen dubbele huurlasten konden opbrengen. Als

gevolg hiervan draait de onderneming met verlies en voor het faillissement wordt gevreesd. De gemeente houdt op geen enkele wijze rekening met deze schadepost. De ombudsman verzoekt de gemeente om daarom nog eens goed naar de afwegingen bij het gedoogbesluit te kijken.

reactie van gemeente Almere, Dienst Stadsbeheer

De gemeente heeft alle bekende omstandigheden, aangevuld met de bevindingen tijdens de hoorzitting, opnieuw afgewogen. Dit heeft niet tot een ander standpunt geleid. De gemeente is niet bereid de opgenomen gedoogtermijn te verlengen tot eind 2019, en evenmin een periode van vijf jaar te hanteren vanaf de datum van het gedoogbesluit.

Gedogen is in feite niet handhavend optreden tegen een situatie, die in strijd is met wet- en regelgeving. Buiten discussie is, dat het gebruik van 55% als detailhandel in strijd is met het vigerende bestemmingsplan. Bij strijd met het bestemmingsplan past handhavend optreden, gericht op het wegnemen van de strijdige situatie. De omstandigheid, dat eerdere communicatie naar verzoeker onvoldoende genuanceerd is geweest, heeft de gemeente doen besluiten om tegen die strijdigheid niet handhavend op te treden, maar die te gedogen.

Gedogen is erop gericht dat uiteindelijk een einde komt aan een strijdige situatie. De termijn van gedogen mag, mede om precedentwerking en rechtsongelijkheid te voorkomen, niet te lang zijn. Immers, dan had kunnen worden besloten tot het voeren van een planologische procedure 'tijdelijk afwijken van bestemmingsplan'. De in het gedoogbesluit opgenomen termijn -de duur van de lopende overeenkomst- geeft verzoeker de tijd om de werkzaamheden voort te zetten en intussen op zoek te gaan naar andere bedrijfsruimte waarin de activiteiten wel passen, dan wel om de bedrijfsvoering zodanig aan te passen dat geen sprake meer is van strijd met het bestemmingsplan.

Het argument dat de langere termijn nodig is om de gedane investeringen terug te verdienen dan wel af te schrijven, snijdt geen hout. Immers, uit informatie van verzoekers en hun advocaat is duidelijk geworden dat verzoeker juist heeft gewacht met investeringen in afwachting van de uitkomst van de handhavingsprocedure.

De gemeente staat een strikte handhaving voor van het gebruik van panden ten behoeve van detailhandel in gebieden, waarin dat niet past. Het algemeen belang dat is gediend met het handhaven van in bestemmingsplannen vastgelegde, toegestane gebruik moet zwaarder wegen dan het persoonlijke, deels financiële belang van verzoekers.

De gemeente is verbaasd dat verzoeker al zijn activiteiten heeft gestaakt en ook na het gedoogbesluit niet heeft opgestart. Het voeren van detailhandel in 55% van de totale vloeroppervlakte wordt immers gedoogd.

De gemeente biedt excuses aan voor het vooraf onvoldoende duidelijk communiceren over de gebruiksmogelijkheden, slordigheden in de handhavingsprocedure en de te lange behandeltijd.

reacties op bevindingen

Het resultaat van het onderzoek is als verslag van bevindingen naar verzoeker en naar de gemeente gestuurd om na te gaan of de feiten juist zijn weergegeven. De gemeente heeft laten weten dat zij instemt met het verslag. De reactie van verzoekers advocaat is in het bovenstaande verwerkt.

Beoordeling

De ombudsman beoordeelt of het bestuursorgaan zich in de door hem onderzochte aangelegenheid behoorlijk heeft gedragen¹.

Behoorlijkheidsvereisten

Indien naar het oordeel van de ombudsman de gedraging niet behoorlijk is, vermeldt hij in het rapport welk vereiste van behoorlijkheid is geschonden². In dit onderzoek toetst hij de gedragingen aan het vereiste van goede informatieverstrekking en het vereiste van fair play.

Overwegingen

De overheid zorgt ervoor dat de burger de juiste informatie krijgt en dat deze informatie klopt en volledig en duidelijk is. Zij verstrekt niet alleen informatie als de burger erom vraagt, maar ook uit zichzelf. De overheid is verplicht de burger gevraagd en ongevraagd alle informatie te geven over handelingen en besluiten die de belangen van de burger kunnen raken. Zij is daarbij servicegericht en stelt zich actief op om de informatie die van belang is tijdig op eigen initiatief te geven.

Dit betekent dat wanneer iemand informeert naar de mogelijkheden van het gebruik van een bestemming, de gemeente hierover correcte en ondubbelzinnige informatie geeft. In dit geval is echter gebleken dat de gemeente foutieve informatie heeft gegeven over het gebruik van de ruimte: aanvankelijk laat de gemeente weten dat het gebruik als showroom is toegestaan, maar later (wanneer verzoeker op basis van deze informatie het huurcontract is aangegaan) blijkt deze informatie niet correct. Verder is de verstrekte informatie over detailhandel niet eenduidig: aanvankelijk meldt de gemeente dat detailhandel toegestaan is wanneer deze ondergeschikt is aan de hoofdactiviteit, en (pas) later neemt de gemeente het standpunt is dat dit een bepaald percentage van de oppervlakte en een bepaald percentage van de omzet moet zijn. De gegeven informatie is dus niet correct en evenmin duidelijk, waarmee de gemeente niet voldaan heeft aan het vereiste.

Verzoekers hebben op basis van de verstrekte informatie een huurcontract is gesloten voor de bedrijfsruimte in Almere. Na het aangaan van de huurovereenkomst zijn beperkingen aangebracht in de gebruiksmogelijkheden, zowel in aard als in tijdsduur. Door deze beperkingen hebben verzoekers de ruimte niet kunnen gebruiken zoals hen voor ogen stond. Zo hebben zij reclame-uitingen verwijderd en de entree van de showroom gesloten, en zijn noodzakelijke investeringen uitgebleven. Dit alles heeft geleid tot verlies aan omzet omdat (potentiële) klanten niet benaderd en geholpen konden worden.

Met dit verlies aan omzet hebben verzoekers schade geleden die deels is veroorzaakt door het handelen van de gemeente. Daarnaast is het wegvallen van omzet toe te rekenen aan de huidige economische situatie. Meer in het bijzonder, de afname in huizenverkoop en de daarmee samenhangende terugval in consumentenbestedingen in de branche waarin verzoekers opereren. De totale schade is het verschil tussen de daadwerkelijk behaalde omzet in Almere en de omzet die verzoekers hadden *kunnen* genereren, indien geen beperkingen in de gebruiksmogelijkheden waren aangebracht. Laatstgenoemde omzet is onder meer vast te stellen aan de hand gegevens

¹ artikel 9:27 lid 1 Algemene wet bestuursrecht

² artikel 9:36 lid 2 Algemene wet bestuursrecht

van brancheorganisaties en/of de overzichten per branche zoals financiële instellingen die periodiek publiceren. Indien daarbij actuele gegevens worden gebruikt, is daarin gelijk verdisconteerd de invloed van de recente economische ontwikkelingen.

Nader onderzoek dient plaats te vinden naar de omvang van de door verzoekers geleden schade en de mate waarin deze schade aan de gemeente is toe te rekenen. Het ligt dan in eerste instantie op de weg van verzoekers om een (onderbouwde) berekening over te leggen van de door hen gestelde schade. Vervolgens is het aan de gemeente deze berekening te toetsen en mede op basis daarvan de schade vast te stellen en, voor zover zij hiervoor aansprakelijk is, te vergoeden.

De overheid geeft de burger de mogelijkheid om zijn procedurele kansen te benutten en zorgt daarbij voor een eerlijke gang van zaken. Zij heeft een open houding waarbij de burger de gelegenheid krijgt zijn standpunt en daarbij horende feiten naar voren te brengen en te verdedigen en het daaraan tegenovergestelde standpunt te bestrijden.

Onderdeel van fair play is de correcte behandeling van bezwaarschriften. Correct wil zeggen dat de burger goed geïnformeerd wordt over de procedure, dat ingeval van aanwezigheid van een bezwaarschriftencommissie haar advies goed gewogen wordt en dat de beslissing tijdig genomen wordt. Tijdig wil in dit geval zeggen: tien weken.

Hiervan is in dit dossier geen sprake geweest: de gemeente neemt tot tweemaal toe een incorrecte verwijzing naar de bezwaarprocedure op; verder doet de gemeente er na het uitbrengen van het advies maar liefst vijf maanden over om een beslissing te nemen. De gemeente verklaart verzoekers bezwaar niet-ontvankelijk en neemt een nieuwe beslissing, waarbij het gebruik in afwijking van het bestemmingsplan tot eind 2014 gedoogd wordt. Hiermee wordt het advies van de bezwaarschriftencommissie genegeerd, die zeer deugdelijk onderbouwt waarom zij van mening is dat de gemeente tot eind 2019 zou behoren te gedogen.

Gebleken is dus dat de gemeente verzoeker zowel procedureel als inhoudelijk op het verkeerde been zet. Gekoppeld aan de geconstateerde schending van goede informatieverstrekking ziet de ombudsman daarom aanleiding een aanbeveling te verbinden aan dit rapport.

Oordeel

De onderzochte gedragingen zijn in strijd met het vereiste van goede informatieverstrekking en in strijd met het vereiste van fair play.

Aanbeveling

De ombudsman verzoekt het College van Burgemeester en Wethouders te bevorderen dat het advies van de bezwaarschriftencommissie alsnog wordt opgevolgd, en daarbij voor eind 2014 een toetsmoment aan te brengen om te beoordelen in hoeverre er sprake is van een levensvatbare bedrijfsvoering die aanleiding geeft om het gebruik van de ruimte een langere periode te gedogen.

De ombudsman verzoekt voorts te bevorderen dat, zodra verzoekers daartoe een onderbouwde berekening hebben overgelegd, de schade door de gemeente wordt vastgesteld en, voor zover aansprakelijk hiervoor, vergoed.