



de Rechtspraak

Rechtbank
Noord-Nederland

AANTEKENEN PER POST PER FAX

Afdeling bestuursrecht

Van Wijnen Recreatiebouw

Postbus 200
7400 AE Deventer

bezoekadres
Guyotplein 1
9712 NX Groningen
Openingstijden van
08.30-17.00 uur

correspondentieadres
Postbus 150
9700 AD Groningen

t (088) 361 14 35 algemeen
t (088) 361 13 33 belasting
f (088) 361 02 26 algemeen
f (088) 361 02 37 belasting
www.rechtspraak.nl

datum 14 april 2017
onderdeel Team WABO (milieu), BK en overig
contactpersoon mevr M. Rozendal
doorkiesnummer (088) 361 13 33
ons kenmerk zaaknummers LEE 15 / 3636, LEE 15 / 3614 en LEE 15 / 3476
uw kenmerk
bijlage(n)
faxnummer afdeling (088) 361 02 37
onderwerp het beroep van ' , het
beroep van Stichting ons Schellingerland en het beroep van '

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden. Wilt u
slechts één zaak in uw brief
behandelen.

Geachte heer/mevrouw,

Over de beroepen met zaaknummers LEE 15 / 3636, LEE 15 / 3614 en LEE 15 / 3476 deel ik u het volgende mee.

De rechtbank heeft uitspraak gedaan. Ik stuur u een kopie van de uitspraak. Indien in deze uitspraak wordt verwezen naar een uitspraak met een ECLI-nummer, is de tekst van de betreffende uitspraak onder dat nummer gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

Tegen deze uitspraak staat voor een belanghebbende en het bestuursorgaan hoger beroep open. Dit dient te worden ingesteld **binnen zes weken** na de datum van verzending van deze uitspraak door een beroepschrift en een kopie van deze uitspraak te zenden aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA Den Haag. In uw beroepschrift moet u vermelden waarom u het niet eens bent met de uitspraak. U kunt ook digitaal hoger beroep instellen bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Kijk op www.raadvanstate.nl voor meer informatie over het indienen van digitaal beroep.

Als u naar aanleiding van deze brief vragen hebt, kunt u contact opnemen met de administratie van de rechtbank op het hierboven vermelde doorkiesnummer.

Als u de rechtbank belt of schrijft, verzoek ik u de zaaknummers te vermelden.

Hoogachtend,

de griffier

uitspraak

AFSCHRIFT

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Zittingsplaats Leeuwarden

Bestuursrecht

zaaknummers: LEE 15/3636, LEE 15/3614 en LEE 15/3476

uitspraak van de meervoudige kamer van 14 april 2017 in de zaak tussen

Stichting ons Schellingerland,
(gemachtigde: mr. J.W. Spanjer)

samen te noemen eisers;

en

het college van burgemeester en wethouders van Terschelling, verweerder,

Als **derde-partij** heeft aan het geding deelgenomen: **van Wijnen Recreatiebouw b.v.**

Procesverloop

Bij besluit van 30 juni 2014 (het primaire besluit) heeft verweerder meegedeeld dat van rechtswege een omgevingsvergunning is verleend aan van Wijnen Recreatiebouw b.v. (vergunninghouder) voor de nieuwbouw van een restaurant met logiesfunctie op het perceel kadastraal bekend gemeente Terschelling, sectie E, nummer 644, plaatselijk bekend Midsland aan Zee 459a te Midsland.

Bij besluit van 7 augustus 2015 (bestreden besluit I) heeft verweerder het bezwaar, onder aanvulling van de motivering, ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit hebben eisers beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Bij besluit van 13 juli 2016 (bestreden besluit II) heeft verweerder naar aanleiding van een gewijzigd bouwplan van vergunninghouder een omgevingsvergunning verleend voor een restaurant met logiesfunctie.

Ingevolge artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft het beroep van rechtswege mede betrekking op het besluit 13 juli 2016, nu dit besluit niet aan de bezwaren van eisers tegemoet komt.

De zaak is behandeld op de zitting van 17 januari 2016. Voor Stichting ons Schellingerland zijn _____ en mr. J.W. Spanjer verschenen.

_____ bijgestaan door hun
gemachtigde. Eiseres _____ is verschenen. Verweerder heeft zich laten
vertegenwoordigen door mr. S. van Velsen. Namens vergunninghouder is
verschenen.

Overwegingen

1. Bij haar oordeelsvorming betreft de rechtbank de navolgende feiten en omstandigheden.

1.1. Op 28 mei 2013 heeft vergunninghouder een aanvraag ingediend voor de nieuwbouw van een restaurant met hotelappartementen.

1.2. Bij brief van 26 juni 2013 heeft verweerder vergunninghouder verzocht de aanvraag aan te vullen. Verweerder heeft hierbij bepaald dat de beslistermijn weer gaat lopen op de dag waarop alle gevraagde gegevens zijn ontvangen. Een lijst met documenten die nog moeten worden aangeleverd, is bijgevoegd. Verweerder heeft vergunninghouder een termijn gegund van 16 weken, alvorens van de mogelijkheid tot het buiten behandeling stellen van de aanvraag gebruik zal worden gemaakt.

1.3. Bij brief van 9 oktober 2013 heeft vergunninghouder aangegeven dat de termijn voor het indienen van aanvullende informatie niet zal worden gehaald. Verzocht is om nader uitstel tot 8 weken nadat verweerder de plannen positief heeft beoordeeld. Dit uitstel is toegekend door verweerder bij mail van 16 oktober 2016.

1.4. Bij brief van 21 maart 2014 heeft verweerder de beslistermijn met zes weken verlengd. Hierbij is aangegeven dat verweerder uiterlijk 7 april 2014 een beslissing moet nemen.

1.5. Bij besluit van 30 juni 2014 heeft verweerder meegedeeld dat van rechtswege een omgevingsvergunning is verleend aan van Wijnen Recreatiebouw b.v. voor de nieuwbouw

van een restaurant met logiesfunctie op het perceel kadastraal bekend gemeente Terschelling, sectie E, nummer 644, plaatselijk bekend Midsland aan Zee 459a te Midsland.

1.6. Eisers hebben tegen dit besluit bezwaar gemaakt.

1.7. De raad van de gemeente Terschelling heeft bij besluit van 23 september 2014 de beheersverordening Natuurgebieden vastgesteld.

1.8. Eisers zijn naar aanleiding van hun bezwaren op 23 oktober 2014 gehoord door de commissie van advies voor de bezwaarschriften.

1.9. In haar advies van 27 januari 2015 komt de commissie tot de conclusie dat enkele bezwaarmakers niet ontvankelijk verklaard moeten worden aangezien deze bezwaarmakers niet als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. Voorts adviseert de commissie de omgevingsvergunning alsnog te weigeren.

1.10. Verweerder heeft bij bestreden besluit I enkele bezwaren niet-ontvankelijk geacht en in afwijking van het advies de overige bezwaren ongegrond verklaard.

1.11. Bij besluit van 13 juli 2016 (bestreden besluit II) heeft verweerder naar aanleiding van een gewijzigd bouwplan van vergunninghouder een omgevingsvergunning verleend voor een restaurant met logiesfunctie.

Ten aanzien van het besluit van 13 juli 2016.

2.1. Op 4 juli 2016 heeft vergunninghouder wijzigingstekeningen ingediend. Verweerder heeft hierin aanleiding gezien om dit gewijzigde bouwplan te vergunnen. Verweerder is van mening dat er sprake is van een ondergeschikte wijziging van het bouwplan, aangezien er niets aan het uiterlijk van het bouwplan verandert en er geen sprake is van constructieve wijzigingen. Aan vergunninghouder is bij besluit van 13 juli 2016 vergund dat op de begane grond twee extra (slaap)kamers worden gerealiseerd en een extra badkamer. Hiervoor worden binnenwanden verplaatst. Op de eerste en tweede verdieping worden in plaats van "zalen" en onbenoemde ruimtes 11 (slaap)kamers gerealiseerd. De indeling van de verdiepingen wijzigt door het plaatsen van wanden. Verder worden meerdere trappen gerealiseerd die een verbinding maken tussen de eerste en tweede verdieping.

2.2. Eisers zijn van mening dat de in het bestreden besluit opgenomen wijzigingen leiden tot een ander bouwplan, waarvoor een nieuwe aanvraag om een omgevingsvergunning is vereist. Er is geen sprake van ondergeschikte wijzigingen van het plan. De wijzigingen zijn, in verhouding tot de totale omvang van het bouwplan, grootschalig; meer dan 60% van de totale oppervlakte van het bouwplan wordt gewijzigd. Voorts zal door de toevoeging van 11 extra grote (slaap)kamers de planologische uitstraling van het gebouw ingrijpend wijzigen.

2.3. De rechtbank overweegt als volgt. Indien hangende een bezwaar- of beroepsprocedure over een omgevingsvergunning desgevraagd omgevingsvergunning wordt verleend voor een wijziging van het betrokken bouwplan, is op dat wijzigingsbesluit artikel 6:19 van de Awb van toepassing, mits de betreffende wijziging van ondergeschikte aard is. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat voor een dergelijke wijziging volgens vaste jurisprudentie geen nieuwe aanvraag zou behoeven te worden ingediend. Daarbij dient de vraag of de wijziging van ondergeschikte aard is, per concreet geval te worden beantwoord.

Vergelijk ook de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, (AbRS) van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2214. De rechtbank is in het onderhavige geval van oordeel dat er sprake is van een wijziging van ondergeschikte aard. Het uiterlijk van het bouwplan wijzigt niet. Ook al wordt intern een behoorlijk groot onderdeel van het bouwplan gewijzigd, naar het oordeel van de rechtbank betreffen dit kleinere aanpassingen aangezien er geen constructieve wijzigingen plaatsvinden en het grootste deel van de wijzigingen worden bereikt door het (ver)plaatsen van binnenwanden. Voorts is de rechtbank van oordeel dat er geen sprake is van een ingrijpende wijziging van de planologische uitstraling. Er worden weliswaar meer kamers gecreëerd maar daardoor komen de vergaderzalen te vervallen, zodat niet aannemelijk is dat er veel meer mensen in het hotel/restaurant zullen verblijven dan op grond van het eerdere bouwplan.

2.4 Uit het bovenstaande volgt dat het besluit van 13 juli 2016 het bestreden besluit heeft vervangen en daarmee onderwerp is van de onderhavige procedure.

Ten aanzien van de gevolgde procedure

3.1. Bij brief van 30 juni 2014 (verder aan te duiden als het primaire besluit) heeft verweerder meegedeeld dat van rechtswege een omgevingsvergunning is verleend voor de nieuwbouw van een restaurant met logiesfunctie. Bij bestreden besluit I heeft verweerder betoogd dat eerst op 30 juni 2014 de conclusie kon worden getrokken dat een omgevingsvergunning kon worden verleend. Er is dan ook geen sprake van een vergunning die van rechtswege is ontstaan, maar van een reëel primair besluit.

3.2. Ingevolge artikel 2.1, eerste lid, aanhef van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is het verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit :

- a: het bouwen van een bouwwerk;
- c: het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan;

Ingevolge artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo wordt de omgevingsvergunning geweigerd, voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a, indien de activiteit in strijd is met het bestemmingsplan.

Op grond van het tweede lid, wordt, in gevallen als bedoeld in het eerste lid, onder c, de aanvraag mede aangemerkt als een aanvraag om een vergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, en wordt de vergunning op de grond, bedoeld in het eerste lid, onder c, slechts geweigerd indien vergunningverlening met toepassing van artikel 2.12 niet mogelijk is.

Ingevolge artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a van de Wabo kan, indien de activiteit in strijd is met het bestemmingsplan of de beheersverordening, de omgevingsvergunning slechts worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en:

- 1°. met toepassing van de in het bestemmingsplan of de beheersverordening opgenomen regels inzake afwijking,
- 2°. in de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen, of
- 3°. in overige gevallen, indien de motivering van het besluit een goede ruimtelijke onderbouwing bevat;

Ten tijde van de primaire besluitvorming was het bestemmingsplan "Bestemmingsplan Midsland aan Zee 1986" van kracht. De gronden waarop het bouwplan zien hebben de bestemming "Restaurant-hotel".

Op grond van artikel 6, onder A zijn de gronden bestemd voor een restaurant met beperkte logiesaccommodatie, met de daarbij behorende andere bouwwerken en andere werken, met dien verstande dat

1. het gebouw uitsluitend binnen het als zodanig op de kaart aangegeven bebouwingsvlak mag worden gebouwd;
2. de bebouwde opp ten hoogste 70% van het bebouwingsvlak zal bedragen;
3. de goot- of boeiboordhoogte van het gebouw ten hoogste 3,50 m zal bedragen;
5. de nokhoogte van het gebouw ten hoogste 12,50 m zal bedragen;
- 6.(..)

Voorts gelden de volgende gebruiksbepalingen:

B. In het gebied waarop deze bestemming betrekking heeft, is het verboden de gronden en gebouwen te gebruiken, in gebruik te geven of te laten gebruiken op een wijze of tot een doel strijdig met de aan de grond gegeven bestemming, zoals omschreven in lid A.

D. Burgemeester en wethouders verlenen vrijstelling van de in lid B. gestelde verbodsbepaling indien strikte toepassing daarvan zou leiden tot een beperking van het meest doelmatige gebruik, behoudens wanneer dringende redenen aanwezig zijn die een zodanige beperking rechtvaardigen.

E. Als meest doelmatige gebruik als bedoeld in D. wordt in ieder geval niet aangemerkt:

2. het gebruik van de gebouwen voor recreatieve bewoning;
3. het gebruik van de gebouwen als logiesplaats voor meer dan 30 personen.

Ingevolge artikel 3.9, eerste lid, van de Wabo beslist het bevoegd gezag op de aanvraag om een omgevingsvergunning binnen acht weken na de datum van ontvangst van de aanvraag.

Op grond van artikel 3.10, eerste lid, aanhef en onder a, Wabo, is afdeling 3.4 van de Awb van toepassing op de voorbereiding van de beschikking op de aanvraag om een omgevingsvergunning, indien de aanvraag geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, voor zover er strijd is met het bestemmingsplan of een beheersverordening en slechts vergunning kan worden verleend met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 3°, of artikel 2.12, tweede lid.

Artikel 3.10, vierde lid, aanhef en onder b, van de Wabo, bepaalt dat paragraaf 4.1.3.3. van de Awb niet van toepassing is indien op de voorbereiding van de beschikking op de aanvraag om een omgevingsvergunning afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is.

3.3. Zoals de AbRS eerder heeft overwogen (uitspraak van 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3255), dient het bestuursorgaan na ontvangst van een aanvraag om omgevingsvergunning tijdig te bezien welke procedure daarop ingevolge de Wabo van toepassing is. De beantwoording van de vraag of op een aanvraag om omgevingsvergunning de reguliere dan wel de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing is, is, gelet op artikel 3.10, eerste lid, van de Wabo afhankelijk van de activiteit die is aangevraagd.

3.4. De rechtbank stelt vast dat de aanvraag van 28 mei 2013 van vergunninghouder als omschrijving van het projectplan "de nieuwbouw van een restaurant met

hotelappartementen" heeft. Bij brief van 26 juni 2013 heeft verweerder het volgende aan vergunninghouder bericht: *"Tevens hebben wij uw aanvraag globaal getoetst aan het ter plaatse geldende bestemmingsplan. (...) Uit bestudering van uw bouwplan is gebleken dat het bouwen in strijd is met het genoemde bestemmingsplan. Uw bouwplan is in strijd met artikel 6, lid A, sub 2 en 5 van het bestemmingsplan omdat de oppervlakte meer bedraagt dan 70% van het bebouwingsvlak en de nokhoogte hoger ligt dan 12,5 meter. Verder wijkt het plan af van lid B en E, sub 2 van het bestemmingsplan omdat door het ontbreken van een centrale toegang en een receptie, de aanwezigheid van eigen keuken, en separate bergingen, het bouwplan niet voorziet in een hotel/restaurant, maar in de bouw van gestapelde zelfstandige appartementen en een separaat restaurant in één bouwvolume."*

3.5. De rechtbank stelt vast, en tussen partijen is ook niet in geschil, dat de aanvraag van 28 mei 2013 in strijd is met het bestemmingsplan omdat het bouwplan niet voldeed aan artikel 6 onder B van de planvoorschriften. Nu de aangevraagde activiteit in strijd is met het bestemmingsplan had verweerder, ingevolge artikel 2.10, tweede lid, van de Wabo, de aanvraag mede moeten aanmerken als een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c.

3.6. Nu vaststaat en tussen partijen niet in geschil is dat in dit geval artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, onder 1° of onder 2° van de Wabo geen grondslag biedt om omgevingsvergunning te verlenen voor het afwijken van het bestemmingsplan, overweegt de rechtbank dat uitsluitend ingevolge het in dat artikelonderdeel, onder 3°, bepaalde bevoegdheid bestaat om de gevraagde omgevingsvergunning te verlenen. De aanvraag heeft derhalve betrekking op een activiteit als bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo, zodat de in afdeling 3.4 van de Awb neergelegde uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure toegepast had moeten worden. Dat is ten onrechte niet gebeurd. Uit het bovenstaande volgt dat verweerder bij de brief van 30 juni 2014 ten onrechte heeft medegedeeld dat een vergunning van rechtswege is verleend voor het bouwplan. Voorts is in het bestreden besluit op bezwaar deze omgevingsvergunning ten onrechte gehandhaafd omdat deze ten onrechte met de reguliere procedure is voorbereid en de omgevingsvergunning ten onrechte niet voor met het bestemmingsplan strijd gebruik (2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo) is verleend.

Ten aanzien van de toepassing van artikel 6:22 van de Awb

4.1. Verweerder heeft erkend dat er sprake is geweest van een rommelige procedure maar is van mening dat gelet op de zorgvuldigheid waarmee de procedure in de bezwaarfase is omgeven er voldoende redenen zijn om tot toepassing van artikel 6:22 van de Awb te komen. Zo stelt verweerder zich op het standpunt dat er ten tijde van de beslissing op bezwaar niet langer sprake was van een besluit van rechtswege maar van een reëel besluit en heeft verweerder ter zitting gesteld dat de belanghebbenden voldoende in de gelegenheid zijn gesteld hun bezwaren naar voren te brengen. De rechtbank ziet geen mogelijkheid om tot toepassing van artikel 6:22 te komen en overweegt daartoe het volgende.

4.2. De stelling dat, zoals verweerder heeft betoogd, het besluit van 30 juni 2014 moet worden gezien als een reëel primair besluit, wordt door de rechtbank niet gevolgd. Er is immers op geen enkele wijze gebleken van een onderliggend schriftelijk stuk van het college van burgemeester en wethouders waarbij is besloten tot de verlening van een omgevingsvergunning voor de bouw van het restaurant-hotel. Bovendien is de reguliere voorbereidingsprocedure in plaats van de uitgebreide voorbereidingsprocedure gevolgd,

hetgeen een gebrek is dat niet kan worden gepasseerd.

4.3. Bij de toepassing van afdeling 3.4 van de Awb stelt het bestuursorgaan een ieder in de gelegenheid om zienswijze in te dienen. Nu verweerder kennelijk bedoeld heeft om een aantal bezwaarden niet-ontvankelijk te verklaren, staat vast dat de besluitvorming niet opengestaan heeft voor een ieder.

4.4. Voorts wordt ingevolge artikel 2.27, eerste lid, voor zover hier van belang, een omgevingsvergunning niet verleend in bij wet of algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën gevallen, dan nadat een daarbij aangewezen bestuursorgaan heeft verklaard dat het daartegen geen bedenkingen heeft.

Ingevolge artikel 6.5, eerste lid, van het Besluit omgevingsrecht (hierna: Bor), voor zover hier van belang, wordt, voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, van de Wabo, de omgevingsvergunning, waarbij met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 3^o, van de Wabo wordt afgeweken van het bestemmingsplan, niet verleend dan nadat de gemeenteraad van de gemeente waar het project geheel of in hoofdzaak zal worden of wordt uitgevoerd, heeft verklaard dat hij daartegen geen bedenkingen heeft.

4.5. Op de thans voorliggende aanvraag is ten onrechte niet beslist met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder 3^o, van de Wabo. Derhalve staat niet vast dat, zoals daarvoor is vereist, de raad van de gemeente Terschelling een verklaring van geen bedenkingen zou verlenen. Het betoog van verweerder dat het vaststellen van de beheersverordening op 23 september 2014 door de raad feitelijk hetzelfde is als het verlenen van een verklaring van geen bedenkingen, volgt de rechtbank niet. Niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat de raad uitdrukkelijk akkoord is gegaan met het voorliggende bouwplan.

4.6. Nu de deelname aan de besluitvormingsprocedure niet heeft opengestaan voor een ieder en de gemeenteraad niet op de juiste manier bij de besluitvorming is betrokken, ten onrechte niet de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure is gevolgd, en bij het bestreden besluit niet tevens een afwijkingsomgevingsvergunning is verleend, is de rechtbank van oordeel dat er geen mogelijkheid is om tot toepassing van artikel 6:22 van de Awb te komen.

4.7. Uit het bovenstaande volgt dat verweerder in bezwaar zowel in het bestreden besluit als in het besluit van 16 juli 2016 ten onrechte niet heeft onderkend dat verweerder opnieuw, met toepassing van de uitgebreide voorbereidingsprocedure, op de aanvraag van de derde-partij had moeten beslissen.

Ten aanzien van de inhoud van de bestreden besluiten

5.1. Door partijen is ter zitting onderkend dat voor het verlenen van de omgevingsvergunning er op grond van artikel 17.3 van de beheersverordening, betreffende de vrijwaringszone-duin, ook een toestemming voor het afwijkende gebruik zal moeten worden verleend. Dat is door verweerder niet onderkend zodat ook daarom de bestreden besluiten voor vernietiging in aanmerking komen.

5.2. Eisers zijn voorts van mening dat de bestreden besluiten een rechtmatige wettelijke grondslag ontberen omdat de beheersverordening in ruimere (bouw)mogelijkheden voorziet

voor wat betreft toegelaten functies, maximaal aantal en op te richten gebouwen, goothoogte, percentage maximaal bebouwde oppervlak, maximale bouwhoogte en gebruiksvoorschriften ten opzichte van het bestemmingsplan. De beheersverordening is volgens eisers daarom in strijd met artikel 3.38 Wet ruimtelijke ordening (Wro) en zou onverbindend moeten worden verklaard.

5.3. Verweerder stelt zich op het standpunt dat de geringe verschillen tussen de planologische regeling in het bestemmingsplan en de beheersverordening vallen in de bandbreedte die de AbRS hanteert bij de uitleg van artikel 3:38, eerste lid Wro.

5.4. Ingevolge artikel 3.38, eerste lid Wro kan de gemeenteraad, onverminderd de gevallen waarin bij of krachtens wettelijk voorschrift een bestemmingsplan is vereist, in afwijking van artikel 3.1 voor die delen van het grondgebied van de gemeente waar geen ruimtelijke ontwikkeling wordt voorzien, in plaats van een bestemmingsplan een beheersverordening vaststellen waarin het beheer van dat gebied overeenkomstig het bestaande gebruik wordt geregeld. De kennisgeving van een besluit tot vaststelling van een beheersverordening geschiedt tevens langs elektronische weg.

5.5. Volgens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3.38 van de Wro (Kamerstukken II, 2005-2006, 28 916, nr. 26, blz. 4) is het instrument van de beheersverordening bedoeld om voor gebieden met een lage ruimtelijke dynamiek te kunnen voorzien in een passende planologische bescherming. Dit betekent niet dat er geen enkele ontwikkeling in een dergelijk gebied mag plaatsvinden, maar dat ten opzichte van het bestaande gebruik ten tijde van de vaststelling van de beheersverordening in beperkte mate ruimtelijke ontwikkelingen zijn toegestaan die ook reeds op grond van het voorheen geldende regime waren toegestaan.

5.6. In de beheersverordening "Natuurgebieden" zijn de gronden waarop het bouwplan zien bestemd voor "Horeca" met de nadere aanduiding "horeca van categorie 4"..

Op grond van artikel 7.1 zijn de voor horeca aangewezen gronden bestemd voor:

a. bedrijfsgebouwen, waaronder een bedrijfswoning en personeelsverblijven, en overkappingen ten behoeve van horecabedrijven in categorie 4, uitsluitend op de gronden ter plaatse van de aanduiding "horeca van categorie 4" zoals bedoeld in bijlage 4 behorende bij deze regels "Indeling horecabedrijven"

alsmede in beperkte mate voor:

b. bestaande wegen en paden;

c. water;

met de daarbij behorende:

d. tuinen, erven en terreinen;

e. bouwwerken, geen gebouwen zijnde.

5.7. De beheersverordening bevat algemeen verbindende voorschriften, waartegen ingevolge artikel 8.3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb geen beroep kan worden ingesteld. Die bepaling staat niet in de weg aan de door eisers voorgestane exceptieve toetsing van de beheersverordening in het kader van de beoordeling van de beroepen die hier voorliggen.

Deze toetsing houdt in dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift

buiten toepassing dient te laten, indien dit voorschrift in strijd is met een hogere regeling. Een zodanig voorschrift kan voorts wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing worden gelaten indien het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de feitelijke omstandigheden en de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voorschrift bekend waren of op grond van deugdelijk onderzoek behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot vaststelling van dat voorschrift heeft kunnen komen. De rechter heeft echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Het is aan het regelgevend bevoegd gezag de verschillende belangen en de feiten en omstandigheden die bij het nemen van een besluit inhoudende algemeen verbindende voorschriften betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen.

De rechtbank stelt onder verwijzing naar de uitspraken van de AbRS van 14 september 2016, nr. 201505795/1/A1 en 22 maart 2017, nr. 201600271/1/A1 voorop dat het in overeenstemming met artikel 3.38 van de Wro mogelijk moet worden geacht dat in een beheersverordening feitelijk bestaand gebruik, ook als dat in strijd is met het op dat moment geldende planologisch regime, wordt toegestaan. De tekst van artikel 3.38 van de Wro sluit niet uit dat onder bestaand gebruik, naast het gebruik dat op het moment van vaststelling van de beheersverordening al dan niet in strijd met het op dat moment geldende planologische regime feitelijk plaatsvindt, tevens dient te worden verstaan het planologisch toegestane gebruik dat op het moment van de vaststelling van de beheersverordening nog niet het feitelijk gerealiseerde gebruik is. Gelet hierop kan in de beheersverordening het ingevolge het bestemmingsplan toegestane gebruik worden vastgelegd.

De rechtbank stelt in dat verband vast dat het in het onderhavige geval gaat om een perceel dat ten tijde van de vaststelling van de beheersverordening niet reeds, al dan niet overeenkomstig hetgeen ingevolge het bestemmingsplan was toegestaan, werd gebruikt als hotel of anderszins voor horecadoeleinden. Voorts wijkt artikel 7 van regels van de beheersverordening op meerdere punten af van artikel 6 van de voorschriften van het bestemmingsplan. Zo is er allereerst sprake van een gewijzigde bestemming, immers voorheen gold de bestemming "Restaurant-hotel", op grond waarvan een restaurant met beperkte logiesaccomodatie was toegelaten. Ingevolge de beheersverordening geldt de ruimere bestemming "Horeca", op grond waarvan ter plaatse horeca van categorie 4 (hotels) is toegelaten. Voorts waren het aantal logies onder het bestemmingsplan beperkt, dit mochten er uitdrukkelijk niet meer dan 30 zijn. In de beheersverordening is geen maximum gesteld aan het aantal gasten dat in het hotel mag verblijven. De beheersverordening maakt het mogelijk om het gehele bouwvlak te bebouwen, terwijl onder het bestemmingsplan een maximale bebouwing van 70% van het bouwvlak was toegestaan. Ook lijkt het bouwvlak in de beheersverordening ten opzichte van het bouwvlak in het bestemmingsvlak in westelijke richting te zijn opgeschoven. Voorts staat de beheersverordening permanente bewoning van het bedrijfsgebouw toe. De rechtbank wijst hierbij nog op het feit dat enkele van deze bepalingen van het bestemmingsplan nadrukkelijk onderwerp van geschil zijn geweest en uiteindelijk door de Kroon, bij besluit van 9 januari 1985, zijn vastgelegd -zoals de maximale logiescapaciteit van 30 personen en de vastlegging van het bebouwingsvlak.

5.8. Al deze wijzigingen brengen de rechtbank tot de conclusie dat er geen sprake is van ruimtelijke ontwikkelingen "in beperkte mate". Het hotel met bedrijfsgebouwen dat op grond van de beheersverordening gerealiseerd zou kunnen worden, heeft planologisch gezien een geheel andere en veel verstrekkendere ruimtelijke uitstraling dan een restaurant met beperkte logiesfunctie. De rechtbank acht dit in strijd met artikel 3:38, eerste lid Wro. De rechtbank is

daarom van oordeel dat artikel 7 van de beheersverordening onrechtmatig is.

5.9 De rechtbank heeft zich gebogen over de vraag of deze bepaling onverbindend dient te worden verklaard of buiten toepassing moet worden gelaten. Nu de onrechtmatigheid van de betrokken bepaling is gelegen in zijn verhouding tot de eerdere bepaling die er ten aanzien van de functie horeca gold en de gemeentelijke wetgever zijn bevoegdheid op grond van artikel 3.38, eerste lid, Wro heeft overschreden ligt de onverbindend verklaring van deze bepaling vanwege strijd met een hoger voorschrift voor de hand. De rechtbank zal het bestemmingsvlak niet onverbindend verklaren omdat daarmee ook de gelding van de overige artikelen van de beheersverordening, zoals de vrijwaringszone-duin hun werking zouden verliezen en de rechtbank daarmee buiten de grenzen van het geding zou treden.

6. Nu de bestreden besluiten zijn getoetst aan artikel 7 van de beheersverordening en de rechtbank van oordeel is dat dit artikel onverbindend moet worden verklaard, behoeven de gronden die betrekking hebben op de vermeende strijdigheid van de omgevingsvergunning met dit artikel geen bespreking meer.

7. Gelet op bovenstaande overwegingen zijn de beroepen tegen het bestreden besluit en het besluit van 13 juli 2016 waarbij het bestreden besluit is gewijzigd, gegrond omdat de onjuiste procedure is gevolgd en omdat artikel 7 van de beheersverordening onverbindend zal worden verklaard. Nu de rechtbank de bestreden besluiten zal vernietigen en heeft geconstateerd dat er geen reëel primair besluit aan de brief van 30 juni 2014 ten grondslag ligt en dat er in deze brief ten onrechte is geconcludeerd dat er sprake zou zijn van een besluit van rechtswege, zal verweerder met toepassing van afdeling 3.4 van de Awb opnieuw op de gewijzigde aanvraag van de derde-partij moeten beslissen. Om te voorkomen dat eisers ten gevolge van deze procedure in een nadeligere positie komen te verkeren zal de rechtbank bij wijze van voorlopige voorziening uitspreken dat in plaats van het onderhavige artikel uit de beheersverordening toepassing moet worden gegeven aan artikel 6 van het bestemmingsplan Midsland aan zee en de overige bepalingen uit dit bestemmingsplan voor zover die noodzakelijk zijn voor de uitleg en interpretatie van het onderhavige artikel 6.

8.1. Nu de rechtbank de beroepen gegrond zal verklaren, dient het griffierecht aan eisers te worden vergoed.

8.2. De rechtbank zal verweerder veroordelen tot vergoeding van de door eisers I tot en met 17 gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.237,50 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting en 0,5 punt voor de gronden gericht tegen bestreden besluit II, met een waarde per punt van € 495,- en wegingsfactor 1).

8.2. De rechtbank zal verweerder veroordelen tot vergoeding van de door Stichting ons Schellingerland gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht vast op € 1.274,12. Dit bedrag bestaat uit € 1.237,50 voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting en 0,5 punt voor de gronden gericht tegen bestreden besluit II, met een waarde per punt van € 495,- en wegingsfactor 1) en € 36,62 reiskostenvergoeding voor

8.3. Van voor vergoeding in aanmerking komende proceskosten van eiseres) is

de rechtbank niet gebleken.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit I en het bestreden besluit II;
- stelt vast dat dat verweerder niet uitdrukkelijk op de aanvraag van vergunninghouder in primo heeft besloten;
- bepaalt dat verweerder artikel 7 van de beheersverordening onverbindend is;
- bepaalt dat verweerder een nieuw besluit moet nemen op de aanvraag van de derde-partij met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;
- treft de voorlopige voorziening dat ten aanzien van het bestemmingsvlak waarop de bestreden besluiten betrekking hebben artikel 6 van het bestemmingsplan Midsland aan Zee geldt en de overige bepalingen uit dit bestemmingsplan voor zover die noodzakelijk zijn voor de uitleg in interpretatie van artikel 6, totdat een nieuw daartoe strekkend planologisch regime is vastgesteld;
- veroordeelt verweerder tot vergoeding van de door eisers 1 tot en met 17 gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 1.237,50;
- veroordeelt verweerder tot vergoeding van de door Stichting ons Schellingerland gemaakte proceskosten tot een bedrag van €1.274,12.
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 167,- per beroep aan eisers te vergoeden.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.L. Vucsán, voorzitter, en mrs. H.J. Bastin en V. van Dorst, rechters in aanwezigheid van mr. A.M. Veenstra, griffier.
De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 14 april 2017 .

De griffier

De voorzitter

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Als hoger beroep is ingesteld, kan bij de voorzieningenrechter van de hogerberoepsrechter worden verzocht om het treffen van een voorlopige voorziening of om het opheffen of wijzigen van een bij deze uitspraak getroffen voorlopige voorziening.

Afschrift verzonden op:

14 APR 2017

Verskopie conform
Rechtbank Noord-Nederland
afdeling Bestuursrecht

