

JB 2007/86

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

14 maart 2007, 200604282/1; LJN BA0671.

(Mr. Polak

Mr. Roemers

Mr. Van der Beek-Gillessen)

[Appellante], h.o.d.n. Botel Maas Cruises Company, te Maastricht, appellante, tegen de uitspraak in zaak nos. AWB 06/958 en 06/959 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Maastricht van 28 april 2006 in het geding tussen appellante, en het college van burgemeester en wethouders van Maastricht.

Vrijstelling voor bouwvergunning, Toetsingskader, Toetsing ex nunc, Bekendmaking, gebrek, Provinciale lijst van categorieën van gevallen, Terugwerkende kracht

[Awb - 7:11 lid 1; 8:69 lid 2; WRO - 19 lid 2]

» Samenvatting

De voorzieningenrechter heeft, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 13 oktober 2004 in zaak nr. 200403126/1, terecht overwogen dat als uitgangspunt geldt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast zoals dat op dat moment geldt. Aangezien appellante in beroep heeft betoogd dat het college ten onrechte heeft getoetst aan de lijst met categorieën van gevallen, zoals door het college van gedeputeerde staten van Limburg (hierna: het college van gedeputeerde staten)

vastgesteld op 14 juni 2005, gepubliceerd in het Provinciaal Blad van Limburg 2005/41, in werking getreden op 24 juni 2005, diende de voorzieningenrechter, gelet op art. 8:69 lid 2 Awb, derhalve het recht vast te stellen zoals dat op het moment van het nemen van het besluit op bezwaar gold.

De voorzieningenrechter heeft terecht overwogen dat uitgegaan dient te worden van de provinciale lijst zoals vastgesteld op 25 oktober 2005. Weliswaar is de bekendmaking van deze lijst op 10 november 2005 niet geschied zoals voorgeschreven in art. 136 lid 2 Provinciewet, maar het college van gedeputeerde staten heeft in het Provinciaal Blad van Limburg van 14 september 2006, 2006/62, de lijst van 25 oktober 2005 alsnog in overeenstemming met voormeld art. 136 lid 2 bekendgemaakt. Bij laatstgenoemde bekendmaking is vermeld dat de lijst van categorieën terugwerkt tot en met 11 november 2005. Gelet op de terugwerkende kracht tot 11 november 2005 die aan de lijst van categorieën is verleend, waartegen in dit geval vanuit een oogpunt van rechtszekerheid geen bezwaren bestaan, is het besluit op bezwaar van 21 maart 2006 alsnog van een wettelijke grondslag voorzien.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 17 oktober 2005 heeft het college van burgemeester en wethouders van Maastricht (hierna: het college) aan de Stichting NJHC Beheer, thans de Stichting Stayokay (hierna: vergunninghoudster) vrijstelling en bouwvergunning verleend voor het verbouwen en uitbreiden van het pand op het perceel gelegen Maasboulevard 101 te Maastricht (hierna: het perceel) ten behoeve van de vestiging van een hostel.

Bij besluit van 21 maart 2006 heeft het college het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 28 april 2006, verzonden op dezelfde dag, heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Maastricht (hierna: de voorzieningenrechter), voor zover thans van belang, het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen;*red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief van 9 juni 2006, bij de Raad van State ingekomen op 12 juni 2006, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht (niet opgenomen;*red.*).

Vergunninghoudster is in de gelegenheid gesteld als partij deel te nemen.

Bij brief van 2 augustus 2006 heeft het college van antwoord gediend.

Na afloop van het vooronderzoek zijn nadere stukken ontvangen van appellante. Deze zijn aan de andere partijen toegezonden.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 5 februari 2007, waar appellante, vertegenwoordigd door [gemachtigden], bijgestaan door mr. drs. H.M.G. Duijsters, advocaat te Maastricht, en het college, vertegenwoordigd door mr. D.A. Nymeijer-Hildering, ambtenaar van de gemeente, zijn verschenen. Voorts is vergunninghoudster, vertegenwoordigd door [gemachtigde], werkzaam bij vergunninghoudster, als partij daar gehoord.

2. Overwegingen

2.1. Het bouwplan betreft het vestigen van een hostel op het perceel, waarin vier-, vijf- en zespersoonskamers zijn voorzien.

2.2. Appellante betoogt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat zij, voordat het college op haar bezwaar besliste, in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord als bedoeld in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Het college heeft daarmee in strijd met het fair play-beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel gehandeld, aldus appellante.

2.2.1. Ingevolge artikel 7:2, eerste lid, van de Awb stelt een bestuursorgaan, voordat het op het bezwaar beslist, belanghebbenden in de gelegenheid te worden gehoord.

2.2.2. Het betoog faalt. De voorzieningenrechter heeft terecht geoordeeld dat appellante in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord.

Anders dan in de uitspraak van de Afdeling van 9 december 1993 in zaak no. R01.89.4911 (AB 1994, 233), waarop appellante in dit verband een beroep doet, heeft het college niet nagelaten appellante voor een nieuwe hoorzitting uit te nodigen. Het college heeft telefonisch en per e-mail appellante op een aantal data de mogelijkheid geboden om gehoord te worden. Zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, heeft de gemachtigde van appellante ter zitting bij de voorzieningenrechter erkend dat deels niet is gereageerd op de door het college aangereikte data. Dat het college niet bereid is geweest appellante vervolgens nogmaals voor een nieuwe hoorzitting uit te nodigen, is niet in strijd met de artikelen 3:2, eerste lid, 7:2, eerste lid, van de Awb of het fair play-beginsel.

2.3. Voorts betoogt appellante dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat met toepassing van artikel 19, tweede lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) vrijstelling verleend kon worden. Daartoe

voert appellante aan dat in het bestemmingsplan “Maas en Jeker” (hierna: het bestemmingsplan) geen bevoegdheid is opgenomen vrijstelling te verlenen voor het toelaten van andere horecavestigingen dan een café of een restaurant.

2.3.1. De voorzieningenrechter heeft terecht en op goede gronden geoordeeld dat het bouwplan in strijd is met het bestemmingsplan. Dat in het bestemmingsplan niet de bevoegdheid is opgenomen om vrijstelling te verlenen teneinde het bouwplan mogelijk te maken, betekent niet dat niet met toepassing van artikel 19, tweede lid, van de WRO vrijstelling kan worden verleend. Immers, deze procedure is er juist op gericht om vrijstelling van het bestemmingsplan te verlenen.

2.4. Verder betoogt appellante, onder verwijzing naar de uitspraken van de Afdeling van 28 juni 2006 in zaak no. 200506294/1 (AB 2006, 236) en van 5 juli 2006 in zaak no. 200506721/1 (Gst. 2006, 7257, 117) dat het college niet bevoegd was met toepassing van artikel 19, tweede lid, van de WRO vrijstelling te verlenen.

2.4.1. De voorzieningenrechter heeft, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 13 oktober 2004 in zaak no. 200403126/1 (AB 2004, 401), terecht overwogen dat als uitgangspunt geldt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht moet worden toegepast, zoals dat op dat moment geldt. Aangezien appellante in beroep heeft betoogd dat het college ten onrechte heeft getoetst aan de lijst met categorieën van gevallen, zoals door het college van gedeputeerde staten van Limburg (hierna: het college van gedeputeerde staten) vastgesteld op 14 juni 2005, gepubliceerd in het Provinciaal Blad van Limburg 2005/41, in werking getreden op 24 juni 2005, diende de voorzieningenrechter, gelet op artikel 8:69, tweede lid, van de Awb, derhalve het recht

vast te stellen, zoals dat op het moment van het nemen van het besluit op bezwaar gold.

De voorzieningenrechter heeft terecht overwogen dat uitgegaan dient te worden van de provinciale lijst, zoals vastgesteld op 25 oktober 2005. Weliswaar is de bekendmaking van deze lijst op 10 november 2005 niet geschied zoals voorgeschreven in artikel 136, tweede lid, van de Provinciewet, maar het college van gedeputeerde staten heeft in het Provinciaal Blad van Limburg van 14 september 2006, 2006/62, de lijst van 25 oktober 2005 alsnog in overeenstemming met voormeld artikel 136, tweede lid, bekendgemaakt. Bij laatstgenoemde bekendmaking is vermeld dat de lijst van categorieën terugwerkt tot en met 11 november 2005. Gelet op de terugwerkende kracht tot 11 november 2005 die aan de lijst van categorieën is verleend, waartegen in dit geval vanuit een oogpunt van rechtszekerheid geen bezwaren bestaan, is het besluit op bezwaar van 21 maart 2006 alsnog van een wettelijke grondslag voorzien.

Dat het college bij het besluit op bezwaar is uitgegaan van de provinciale lijst van 14 juni 2005, maakt niet dat de voorzieningenrechter het besluit op bezwaar had moeten vernietigen. Deze lijsten zijn op het voor het onderhavige geval relevante gedeelte namelijk identiek en in zoverre is het college bevoegd gebleven om de vrijstelling op grond van artikel 19, tweede lid, van de WRO te verlenen. Om dezelfde reden kan appellante evenmin worden gevolgd in haar betoog dat zij niet in de gelegenheid is gesteld te reageren op de provinciale lijst, zoals vastgesteld op 25 oktober 2005.

2.4.2. Voorts betoogt appellante dat een hostel niet kan worden aangemerkt als een “horecabedrijf” als bedoeld in de provinciale lijst.

2.4.3. Ingevolge artikel A, eerste lid, onder b, van de lijst van 25 oktober 2005 kan,

voor zover thans van belang, vrijstelling worden verleend voor het bouwen van horecabedrijven.

2.4.4. Anders dan appellante aanvoert, is het niet in strijd met de rechtszekerheid dat het begrip horecabedrijf in de lijst van 14 juni 2005 niet nader is gedefinieerd. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat het college zich niet op het standpunt heeft kunnen stellen dat het in het bouwplan voorzien hostel als een horecabedrijf kan worden aangemerkt. Nu in de lijst niet nader is bepaald wat onder horecabedrijven moet worden verstaan, heeft het college voor de uitleg van dit begrip niet ten onrechte aangesloten bij het normale spraakgebruik. Anders dan appellante betoogt, is bij de uitleg van het begrip horecabedrijf als bedoeld in onderdeel A, eerste lid, onder b, van de lijst van 25 oktober 2005 niet beslissend wat in het bestemmingsplan of in de Maastrichtse Horecanota, die op 3 december 1996 is vastgesteld, onder horeca wordt verstaan.

2.5. Tot slot betoogt appellante dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat het college niet in redelijkheid vrijstelling voor het bouwplan heeft kunnen verlenen. Daartoe voert zij aan dat zij onevenredig grote concurrentie van vergunninghoudster zal ondervinden, die zodanig zal zijn dat de continuïteit van haar bedrijfsvoering in gevaar komt.

2.5.1. Niet aannemelijk is gemaakt dat als gevolg van de verwezenlijking van het bouwplan een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau ter plaatse zal plaatsvinden. De voorzieningenrechter heeft terecht overwogen dat de enkele omstandigheid dat appellante (mogelijkerwijs) financieel nadeel hiervan zal ondervinden geen grond kan zijn voor weigering van de vrijstelling.

De voorzieningenrechter is, gelet op het voorgaande, terecht tot de conclusie gekomen dat het college in redelijkheid

vrijstelling voor het bouwplan heeft kunnen verlenen.

2.6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

2.8. Gelet op het vorenstaande dient het verzoek om schadevergoeding op grond van artikel 8:73, eerste lid, van de Awb te worden afgewezen.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I bevestigt de aangevallen uitspraak;

II wijst het verzoek om schadevergoeding af.

» Noot

1. De Stichting Stayokay heeft op 17 oktober 2005 een bouwvergunning ex art. 40 lid 1 Woningwet aangevraagd, met vrijstelling ex art. 19 lid 2 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO). De bouwvergunning met vrijstelling wordt door het college van Maastricht verleend. Appellante betoogt in beroep dat het college niet bevoegd was om met toepassing van art. 19 lid 2 WRO vrijstelling te verlenen. Op grond van die bepaling is het college van burgemeester en wethouders bevoegd om vrijstelling te verlenen van het bestemmingsplan voor die categorieën van gevallen, zoals door gedeputeerde staten is aangegeven. In recente jurisprudentie heeft de ABRvS geoordeeld dat de hier bedoelde lijst van categorieën van gevallen een algemeen verbindend voorschrift is (zie ABRvS 28

juni 2006, «JB» 2006/243, AB 2006, 236, m.nt. TN, ABRvS 5 juli 2006, Gst. 2006, 117, m.nt. Sillen en Vz. ABRvS 6 december 2006, Gst. 2007, 42, m.nt. Schutgens). Gevolg van deze kwalificatie is dat de lijst op grond van art. 136 leden 1 en 2 Provinciewet dient te zijn bekendgemaakt door publicatie in het provinciale blad. Is hieraan niet voldaan, dan verbindt de provinciale lijst niet. Het college van burgemeester en wethouders is dan niet bevoegd om op grond van art. 19 lid 2 WRO vrijstelling te verlenen van het bestemmingsplan.

2. Tegen de achtergrond van de genoemde jurisprudentie is het in de onderhavige zaak niet vreemd dat appellante een beroep doet op de onbevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders van Maastricht. Wat was er namelijk aan de hand? Na de verlening van de bouwvergunning en de vrijstelling heeft appellante een bezwaarschrift ingediend welk op 21 maart 2006 ongegrond werd verklaard. Reden was dat, anders dan appellante in haar bezwaarschrift had betoogd, het college van mening was dat vrijstelling van het bestemmingsplan kon worden verleend met toepassing van art. 19 lid 2 WRO. Bij de verlening van de vrijstelling (het besluit in primo d.d. 17 oktober 2005), werd toepassing gegeven aan de lijst met categorieën van gevallen zoals vastgesteld bij besluit van Gedeputeerde Staten van Limburg op 14 juni 2005. Deze lijst is na publicatie in het Provinciaal Blad Limburg 2005/41 in werking getreden op 24 juni 2005. Tijdens de bezwaarschriftprocedure wordt echter bij besluit van Gedeputeerde Staten van 25 oktober 2005, de lijst van categorieën van gevallen gewijzigd. De lijst is bekend gemaakt op 10 november 2005. Maar dat is niet geschied op de voorgeschreven wijze van art. 136 lid 2 Provinciewet. Kennelijk wakker geschud door de hiervoor genoemde rechtspraak is men alsnog overgegaan tot publicatie van de genoemde lijst in het Provinciaal Blad van Limburg

van 14 september 2006, 2006/62. Deze datum ligt na de beslissing op bezwaar van 21 maart 2006. Bij de bekendmaking is echter vermeld dat de opnieuw vastgestelde lijst van categorieën van gevallen terugwerkt tot en met 11 november 2005. Dat is dus vóór de datum van de beslissing op bezwaar.

Appellante concludeert uit het voorgaande dat het college van burgemeester en wethouders ten tijde van de beslissing op bezwaar niet bevoegd was om op grond van art. 19 lid 2 WRO jo. de nieuwe lijst van categorieën van gevallen, vrijstelling te verlenen. Er ontbrak een wettelijke grondslag. De Afdeling denkt daar echter anders over. Door de terugwerkende kracht die door Gedeputeerde Staten was verleend aan de nieuwe lijst van categorieën van gevallen bij de bekendmaking van 14 september 2006, is de beslissing op bezwaar alsnog voorzien van een wettelijke grondslag. Dit is volgens de Afdeling niet in strijd met de rechtszekerheid.

3. Feitelijk betreft het hier de vraag op welke wijze getoetst dient te worden in bezwaar, of beter: aan welk recht. Het gaat hier om de heroverweging in bezwaar ex art. 7:11 lid 1 Awb. In ABRvS 17 september 2003, «JB» 2003/299, m.nt. C.L.G.F.H.A. is geoordeeld dat de vraag of al dan niet volledig is heroverwogen niet van openbare orde is. Dat betekent dat de bestuursrechter dit niet ambtshalve, buiten de omvang van het geding, mag toetsen. In casu wordt echter door appellant de bevoegdheidsvraag van het college bij de beslissing op bezwaar in twijfel getrokken. De stelling van appellante kwam erop neer dat het college van burgemeester en wethouders niet op grond van art. 19 lid 2 WRO jo. de lijst van categorieën van gevallen bevoegd was om vrijstelling te verlenen van het bestemmingsplan. Vrijstelling zou alleen kunnen worden verleend op grond van art. 19 lid 1 WRO. Dit betoog raakt ook de vraag of wel sprake is van een volledige heroverweging.

Immers, is het bestuursorgaan wel uitgegaan van het juiste recht ten tijde van de beslissing op bezwaar, waaraan zij haar bevoegdheid heeft ontleend? Tegen deze achtergrond merkt de Afdeling op dat, gelet op art 8:69 lid 2 Awb, de voorzieningenrechter terecht onderzoek heeft gedaan naar de bevoegdheidsvraag. Overigens, ook al was de bevoegdheidsvraag niet door appellante gesteld, dan nog had de voorzieningenrechter hiernaar onderzoek moeten doen. De vraag of een bestuursorgaan bevoegd is, is een kwestie van openbare orde. Ambtshalve toetsen buiten de omvang van het geding is dan ook geoorloofd en zelfs verplicht omdat het gaat om het legaliteitsbeginsel (Mon. Awb A3 (Schreuder-Vlasblom), Kluwer: Deventer 2006, p. 169, ABRvS 2 april 1998, «JB» 1998/143, ABRvS 2 oktober 2002, Gst. 2003, 9, m.nt. J.M.H.F. Teunissen). In dit verband is voorts van belang dat de Afdeling meermaals heeft geoordeeld dat de rechter ambtshalve heeft te oordelen over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften. Dit kan, zoals Stroink heeft aangegeven in zijn noot onder ABRvS 3 mei 2006, «JB» 2006/189, samenvallen met de bevoegdheidsvraag. Zie verder ABRvS 2 augustus 2006, «JB» 2006/275, AB 2007, 27, m.nt. F.R. Vermeer, ABRvS 9 augustus 2006, Gst. 2006, 116, m.nt. J.M.H.F. Teunissen en ABRvS 6 september 2006, «JB» 2006/293, AB 2006/358, m.nt. J.J.J. Sillen.

4. Zoals bekend is, beoordeelt het bestuursorgaan bij de op grond van art. 7:11 lid 1 Awb te verrichten heroverweging ex nunc het primaire besluit (Mon. Awb A11 (Koenraad/Sanders), Kluwer: Deventer 2006, p. 96). Dat betekent een beoordeling naar het op dat moment geldende recht (ABRvS 13 oktober 2004, AB 2004, 401, m.nt. TN), beleid (ABRvS 4 oktober 2006, Gst. 2007, 31, m.nt. dzz.) en de dan bekende feiten en omstandigheden. Overigens zijn er de nodige nuanceringen

op het uitgangspunt dat bij de beslissing op bezwaar moet worden getoetst naar het dan geldende recht. Veel hangt hier af van de aard van het primaire besluit. Geldt voor dit primaire besluit dat dient te worden uitgegaan van een peildatum (subsidie), een bepaalde periode (uitkering) of een op een bepaald moment verrichte handeling (bestuurlijke boete), dan geldt in beginsel de regel dat ook bij de beslissing op bezwaar moet worden uitgegaan van het op het moment van het primaire besluit geldende recht (N. Verheij, 'Tussen toen en nu', in: «JBplus» 2003, p. 42 en Mon. Awb A11 (Koenraad/Sanders), p. 106). Moet wel het nieuwe recht toegepast worden, dan mag dit er in ieder geval niet toe leiden dat betrokkene slechter af is dan wanneer hij geen bezwaar had ingediend. Zo dient bij een beoordeling van een bouwvergunningaanvraag na wijziging van het bestemmingsplan te worden uitgegaan van het oude bestemmingsplan indien de bouwaanvraag wel op basis van dit bestemmingsplan, maar niet op basis van het nieuwe bestemmingsplan vergunbaar is (zie ARRvS 29 september 1989, AB 1991, 169, ABRvS 6 februari 2002, Bouwrecht 2002, p. 420 en ABRvS 26 november 2003, «JB» 2004/46, ABRvS 3 mei 2006, «JB» 2006/188).

5. In casu lijkt hangende de bezwaarschriftprocedure de wetgeving te zijn gewijzigd. Bij wijziging van de wetgeving geldt als uitgangspunt onmiddellijke werking van de nieuwe wetgeving. Er dient, conform de hoofdregel, ex nunc aan getoetst te worden. Probleem is echter dat het besluit, de lijst van categorieën van gevallen, niet voldeed aan de eisen die Provinciewet hieraan stelde voor de inwerkingtreding, namelijk publicatie in het provinciaal blad. Zo gezien, is er geen sprake van een wijziging van de wetgeving. Dat betekent dat moet worden uitgegaan van de oude lijst van categorieën van gevallen, zoals die ook gold ten tijde van het primaire besluit. De juridische situatie wordt vervolgens,

achteraf bezien, weer anders doordat Gedeputeerde Staten alsnog de nieuwe lijst van categorieën van gevallen op de voorgeschreven wijze hebben gepubliceerd en daaraan terugwerkende kracht hebben toegekend. Dat maakt dat, wederom achteraf bezien, ten tijde van de beslissing op bezwaar het geldende recht toch was gewijzigd en het college van burgemeester en wethouders van Maastricht toch bevoegd was. Dit alles is voor de Afdeling geen probleem. Belangrijk bij dat oordeel is dat, voor zover relevant, de oude en nieuwe lijst van categorieën van gevallen niet van elkaar verschillen. Om die reden is er geen strijd met het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel vereist dat het geldende recht moet worden toegepast en dat besluiten niet met terugwerkende kracht mogen worden gewijzigd ten nadele van de betrokken burgers. Bovendien verzet de rechtszekerheid zich tegen terugwerkende kracht van algemeen verbindende voorschriften voor zover het om belastende maatregelen gaat (Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 13e druk, Elsevier juridisch: Den Haag 2005, p. 312–313). In casu is er de facto geen sprake van een belastende wijziging van het recht met terugwerkende kracht. Zowel onder het recht ten tijde van het besluit in primo als onder recht zoals dat achteraf ten tijde van de beslissing op bezwaar gold, kon het college van burgemeester en wethouders vrijstelling verlenen van het bestemmingsplan met toepassing van art. 19 lid 2 WRO. Misschien is vanuit een oogpunt van het legaliteitsbeginsel wel kritiek te leveren, maar vanuit een oogpunt van finaliteit is het oordeel van de Afdeling te billijken.

LJMT