

## **RAPPORT**

### **Verzoekers**

De heer en mevrouw B., B.weg 12, 7559 PC Hengelo.

### **Datum verzoek**

De per email ingediende klacht is gedateerd 4 april 2013 en bij het secretariaat ingeboekt op 4 april 2013 onder nummer 2013 024.

### **Betreft**

Het verzoek tot onderzoek betreft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hengelo, hierna (ook) te noemen: de gemeente.

### **Aard van de klacht**

Verzoekers zetten vraagtekens bij de wijze waarop er een bestemmingsplanwijziging plaatsvond. De gemeente speelt hierbij volgens hen een partijdige rol en dekt fouten uit het verleden toe. Ook geven zij aan dat de bezwaarprocedure die zij voerden in verband met de afwijzing van een handhavingsverzoek niet correct is verlopen.

### **Bevoegdheid**

De te onderzoeken gedragingen zijn kenbaar gemaakt aan de gemeente en de gemeente heeft de klachten in eerste instantie behandeld. Daarmee is de Overijsselse Ombudsman (verder: Oo) bevoegd onderzoek te doen.

### **Procedure**

Verzoekers richten zich op 11 januari 2013 tot de Oo. Bijgevoegd is een brief aan de gemeente, gedateerd 10 januari 2013.

Op 24 januari 2013 zendt de Oo de klacht door naar de gemeente ter behandeling in eerste termijn. Als de afhandeling van de klachten uitblijft, richten verzoekers zich op 4 april 2013 tot de Oo met het verzoek hun klachten in behandeling te nemen. Gedateerd 9 april 2013 volgt alsnog de afhandelingsbrief van de gemeente.

Op het verzoek van de Oo aan de gemeente om stukken toe te sturen, antwoordt de gemeente bij brief van 17 april 2013 dat verzoekers inmiddels alle relevante stukken aan de Oo hebben overgelegd.

De Oo nodigt in overleg met verzoekers betrokken partijen uit voor een gesprek op 3 mei 2013. Verzoekers blijken toch niet aanwezig te kunnen zijn, waarop een gesprek gepland wordt op 3 juni 2013. Hierbij zijn aanwezig: verzoekers, vergezeld door de heer H. N.; namens de gemeente: de heer M. E. en mevrouw J. O.; namens de Oo: de heer P. Jansen en mevrouw J. den Engelse.

## Kernwaarden

Het gevraagde onderzoek heeft betrekking op de volgende kernwaarde van het klachtrecht:

- Open en duidelijk, waarbij het gaat om de norm van **goede motivering**.

Het handelen en de besluiten van de overheid moeten duidelijk worden uitgelegd aan de burger. Daarbij wordt aangegeven op welke wettelijke bepalingen de handeling of het besluit is gebaseerd, van welke feiten de overheid is uitgegaan en hoe zij rekening heeft gehouden met de belangen van de burgers. De overheid handelt niet alleen op basis van wat haar goed uitkomt of op basis van willekeur.

- Eerlijk en betrouwbaar met onder andere als norm: **integriteit**.

De overheid handelt integer en gebruikt een bevoegdheid alleen voor het doel waarvoor deze is gegeven. Burgers mogen verwachten dat de overheid haar taken op een gewetensvolle wijze uitoefent.

## Feiten

1. Verzoekers wonen aan de B.weg 12 in Hengelo. Zij kochten het pand in 2002. In februari 2003 start het bedrijf van verzoekers vanuit dit pand. Het perceel naast verzoekers aan de K.straat, is dan bestemd als Wonen.
2. Op verzoek van KDC Stichting Dagcentra Twente vindt voor de K.straat 11 in 2002 een bestemmingsplanherziening plaats om de realisatie van een dagcentrum voor kinderen met een verstandelijke handicap (nu: De Toermalijn) mogelijk te maken.
3. Het voorontwerp bestemmingsplan Vossenbelt 'Kleine Wereld' ligt ter inzage van 3 juli tot en met 30 juli 2002. Het ontwerp heeft ter inzage gelegen van 30 oktober tot en met 26 november 2002. In het (voor)ontwerp is ook geregeld dat het perceel van verzoekers van de bestemming Wonen overgaat in de bestemming Bedrijf (met bedrijfswoning). Definitieve besluitvorming vindt plaats in de raad op 28 januari 2003.
4. Verzoekers hebben niet formeel gereageerd op de plannen van de gemeente om de bestemming van hun perceel en het ernaast liggende perceel te wijzigen. De gemeente heeft hen niet apart op de hoogte gesteld, maar wel op de gebruikelijke manier de plannen ter inzage gelegd. Verzoekers hebben naar aanleiding van de plannen informatie ingewonnen. Dat gaf op dat moment geen aanleiding bezwaar te maken.
5. Verzoekers ondervinden hinder van het dagcentrum in de vorm van geluidsoverlast. Zij vragen uiteindelijk in 2011 de gemeente handhavend op te treden. Hun verzoek wordt afgewezen en hun bezwaar wordt ongegrond verklaard. Er is geen beroep bij de Rechtbank ingesteld.
6. In de bezwaarprocedure zijn fouten gemaakt rondom het horen van betrokkenen. De gemeente heeft dit erkend. Het spijt de gemeente en er zijn excuses aangeboden.
7. Verzoekers zijn van mening dat de gemeente een partijdige rol speelt om het dagverblijf maar mogelijk te maken. Hun perceel zou een bedrijfsbestemming hebben gekregen omdat het qua regelgeving niet zou zijn toegestaan een dagcentrum zo dicht bij een woning te

plaatsen. De gemeente stelt dat het voor de afstand niet uitmaakt of het gaat om een bedrijf dan wel een woning. In 2007 heeft opnieuw een bestemmingsplanherziening plaatsgevonden en heeft het perceel van verzoekers weer de bestemming Wonen gekregen.

## **Visies van partijen**

Voor zover voor de beoordeling van de klachten van belang, is uit de overgelegde stukken en wat bij het gesprek met de Oo aan de orde is geweest, het volgende komen vast te staan.

### **Verzoekers**

Zij stellen dat de gemeente een wettelijke plicht heeft om woonoverlast te beperken. Ze laten de Oo een opname horen met geluiden die vrijwel dagelijks worden ondervonden tussen 9 en 15.30 uur, zes dagen per week, 52 weken per jaar.

Toen verzoekers de woning kochten vertelde de makelaar dat eraan 'iets met gehandicapten' zou komen en dat men zelf verder maar moest informeren. Informatie bij de architect levert op dat er geen last zou zijn, omdat de bewoners dermate gehandicapt zijn dat zij niet buiten komen. Geluidswerende maatregelen zijn dan ook niet nodig.

Als er bij de gemeente wordt geïnformeerd eind 2002, blijkt het al te laat om bezwaar te maken. Verder is hun woning van een andere bestemming voorzien, zonder dat daar om is gevraagd. Al in augustus 2001 zijn er bij de gemeente tekeningen waarbij er al over bedrijfsdoeleinden wordt gesproken. Degenen die er dan wonen hebben daar echter geen enkel belang bij. Normaliter moeten ondernemers zelf een wijziging aanvragen. De gemeente geeft in die periode steeds wisselende antwoorden op vragen over de aard van het bedrijf. Ook worden adressen door elkaar gehaald.

Het dagverblijf is aangemerkt als milieucategorie 1. Vergelijkbare instellingen vallen echter in categorie 2. Dat maakt nog al wat uit voor de afstanden die moeten worden aangehouden; 30 mtr. in plaats van 10 mtr.

Er is een rapport bij de gemeente van de heer Van Loon dat het geluid de 90 dB overstijgt. Verzoekers stellen dat de gemeente in 2002 al kon weten dat er geluidsoverlast zou komen en toch geen onderzoek heeft gedaan.

Er is van het begin af aan overlast geweest, maar in 2008/2009 is dit duidelijk toegenomen. Er vinden dan gesprekken plaats met de directie van de instelling. Die leveren niets op. Uiteindelijk wordt in 2011 de gemeente gevraagd handhavend op te treden. Dit wordt geweigerd, waarna verzoekers bezwaar indienen.

Bij het horen rond dit bezwaar zijn zaken niet goed gegaan. Verzoekers zijn in eerste instantie gehoord zonder dat daarbij iemand van de instelling aanwezig was. De directeur zat overigens wel buiten te wachten. Ook bleek de voorzitter van de bezwarencommissie niet aanwezig en was de vertegenwoordiger van het college er niet. In een later stadium is alsnog een vertegenwoordiger van het dagverblijf gehoord. De advocaat van verzoekers dacht dat het niet nodig was dat zij daar bij zouden zijn. Later blijkt dan dat de commissie geheel anders was samengesteld.

Daaraan voorafgaand is er nog een bemiddelingspoging ondernomen door de wethouder. Die zal dan ruggespraak houden en reageren. Dat blijft uit. Men gaat verder met de bezwaarprocedure en het bezwaar wordt ongegrond verklaard. Daarbij wordt gemeld dat alle belangen, met name die van De Toermalijn zijn afgewogen.

De advocaat van verzoekers adviseert een civielrechtelijke procedure te starten. Er wordt dan ook niet in beroep gegaan tegen de beslissing op bezwaar.

Verzoekers willen van de gemeente erkenning – het is niet leefbaar naast een dagcentrum voor ernstig gehandicapten. Desgevraagd geven verzoekers aan dat dit alleen maar kan worden opgelost als de één of de ander weggaat.

Verder is er een WOB-verzoek ingediend, waar de gemeente tot op heden onvoldoende/niet op heeft gereageerd. Er is een brief dat het verzoek zou zijn ingetrokken. Dat is zeker niet het geval.

### **Gemeente**

De gemeente heeft gereageerd op de brief van verzoeker van 10 januari 2013. Het ging daarbij voornamelijk om het verstrekken van informatie. In die zin is de brief dan ook niet als een klacht behandeld. In de brief van 9 april 2013 wordt uitgelegd hoe de bestemmingsplanprocedure in 2002 is verlopen. Verder valt het dagcentrum onder sbi-code 8512,8513 zijnde 'Artsenpraktijken, klinieken en dagverblijven'. Daarbij geldt een milieuzonering voor het aspect geluid van 10 meter. Zowel voor woningen als voor bedrijven. Volgens de gemeente heeft een wijziging van bestemming van het perceel van verzoekers dan ook niet plaatsgevonden om vestiging van De Toermalijn mogelijk te maken.

Inmiddels is in april 2007 in de VNG-brochure Bedrijven en milieuzonering de categorie Kinderopvang toegevoegd. Daar geldt een adviesafstand bij geluid van 30 meter. Ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan Hengelo Noord op 20 maart 2007 is echter terecht uitgegaan van de toen nog geldende afstand van 10 meter.

Er is in een aantal stukken in relatie tot De Toermalijn gesproken over het adres B.weg 12. Dat is niet juist en kan niet anders verklaard worden dan dat bij het starten van de procedure het perceel nog geen adres/huisnummer had en toen gebruik is gemaakt van het naastgelegen adres, zijnde dat van verzoeker. Dit heeft geen gevolgen gehad op de gevoerde planologische procedure. Op basis van de beschikbare gegevens kan niet worden gesteld dat de gemeente een partijdige rol heeft gespeeld.

Het spijt de gemeente dat bij de behandeling van het bezwaar nadat de gemeente weigerde handhavend op te treden, niet alles vlekkeloos is verlopen. Daarvoor worden excuses aangeboden. Dat de bezwaarprocedure lang heeft geduurd is correct, maar dat hangt ook samen met het zoeken naar een minnelijke oplossing. Uiteindelijk heeft de gemeente bij brief van 3 april 2012 haar definitieve standpunt kenbaar gemaakt en is het bezwaarschrift vervolgens op de eerstvolgende zitting van de bezwaarcommissie geagendeerd. Dat was op 2 mei 2012. Het besluit op bezwaar is vervolgens op 29 mei 2012 genomen. Kort daarna is dit aan verzoekers meegedeeld. Deze stukken zijn dan ook niet te laat toegezonden. De Stichting Aveleijn had daarvoor met een beroep op de Wet openbaarheid bestuur verzocht de stukken toe te zenden. Het verslag van de hoorzitting en het advies van de commissie bezwaarschriften waren op dat moment al beschikbaar en zijn toegezonden. Er waren geen wettelijke redenen om het verzoek van de Stichting te weigeren.

De klacht van verzoeker van 26 maart 2013 over het uitblijven van een reactie door de gemeente op zijn brief van 10 januari 2013, is verder afgedaan bij brief van 4 april 2013. Van de daarin geboden gelegenheid om in gesprek te gaan is geen gebruik gemaakt. Het WOB-verzoek is nog in behandeling.

### **Reactie op het verslag**

**Verzoeker** reageert per email van 25 juni 2013.

Hij gaat daarbij onder meer in op de bedrijfsmatige activiteiten in het door hem bewoonde pand en geeft aan dat er in 2002 geen enkele reden was om het woonhuis een bedrijfsmatige bestemming te geven. Verder meldt hij dat zijn bedrijfsmatige activiteiten in 1997 vanuit een andere locatie zijn gestart en niet pas in 2003.

Verzoeker geeft aan dat de gang van zaken bij de bezwarencommissie de indruk wekt dat er sprake is van een 'fixed match'. Ook gaat hij nogmaals in de op afstandseis van 10 mtr. tussen Dagverblijf en zijn woonhuis. Hij heeft geen documenten ontvangen van de gemeente waaruit blijkt dat de gemeente het aspect geluid heeft getoetst en waaruit blijkt dat een instelling als het dagverblijf direct naast een woonhuis geplaatst mag worden.

Ook gaat verzoeker in op de wijze waarop de gemeente is omgegaan met zijn WOB-verzoek bij besluit van 11 juni 2013.

Verzoeker voelt zich door de gemeente misleid, er wordt getraineerd en de gemeente komt met wisselende informatie.

**De gemeente** zendt op 21 juni 2013 een reactie op het verslag en geeft daarin onder meer het volgende aan:

Het is de gemeente niet duidelijk wat precies de klacht is. Er is van uitgegaan dat het ging om het uitblijven van een reactie op de brief van verzoeker van 9 januari 2013. Die klacht is behandeld en er zijn excuses gemaakt. Er is daarbij de mogelijkheid van een gesprek geboden, maar daar is geen gebruik van gemaakt.

Er wordt in het verslag niet gemeld wat de klacht precies behelst; ook in de hoorzitting van de Oo is dat er niet duidelijker op geworden.

Voor zover het gaat om partijdigheid en het toedekken van fouten is er door de gemeente gereageerd bij brief van 9 april 2013, die een antwoord is op de brief van verzoeker van 9 januari 2013.

De gemeente plaatst vraagtekens bij het onderzoek door de Oo nu aan de hand van een inhoudelijke behandeling van de zaak er duidelijkheid zou moeten komen over kernwaarden als open en duidelijk en eerlijk en betrouwbaar.

Bovendien gaat het dan om zaken die ouder zijn dan een jaar.

De gemeente heeft excuses aangeboden voor de te late beantwoording van de brief.

Het is niet correct dat er excuses zijn geweest voor de gang van zaken bij de bezwarenprocedure zoals door de Oo gemeld onder punt 6 van de Feiten.

Voor zover relevant zijn de opmerkingen meegenomen in de overwegingen.

### **Overwegingen van de Ombudscommissie**

Aan de orde is de vraag of de gemeente voldoende open en duidelijk is geweest en voldoende integer heeft gehandeld in de kwestie rond de overlast die verzoeker ondervindt van De Toermalijn.

Verzoeker onderbouwt zijn stellingen hieromtrent met dat wat er volgens hem mis is gegaan ten tijde van de totstandkoming van het bestemmingsplan. Vervolgens stelt hij aan de orde het handhavingsverzoek dat werd afgewezen, een besluit waartegen hij bezwaar maakte.

De gemeente merkt terecht op dat de Oo geen bevoegdheid heeft als het gaat om de inhoud. De Oo gaat niet over de inhoud van een bestemmingsplan. Verzoeker is echter van mening dat de

gemeente welbewust informatie achterhield en had moeten toetsen; nu dat niet is gedaan zit hij met de gevolgen.

Naar de mening van de Oo kan verzoeker niet met feiten onderbouwen dat de gemeente er ten tijde van de totstandkoming van het bestemmingsplan bewust op uit is geweest hem te benadelen ten gunste van het dagcentrum voor kinderen met een verstandelijke handicap, c.q. De Toermalijn. Hierbij betreft de Oo dat verzoeker zelf aangeeft dat er weliswaar steeds overlast was, maar dat die is toegenomen sinds 2008. De Oo kan zich niet aan de indruk onttrekken dat een probleem dat met De Toermalijn is ontstaan, c.q. verergerd, met terugwerkende kracht wordt gekoppeld aan de totstandkoming van het bestemmingsplan.

Het punt of de woning van verzoeker al dan niet een bedrijfsbestemming moest krijgen, is niet ter beoordeling van de Oo, maar eventueel van de rechter.

De aangewezen weg om actie te ondernemen om een eind aan overlast te maken is het indienen van een handhavingsverzoek bij de gemeente. Dan kan worden getoetst of (milieu) regels worden overschreden. Verzoeker heeft dit dan ook gedaan. De gemeente heeft het handhavingsverzoek afgewezen en verzoeker is daartegen in bezwaar gekomen. Zijn bezwaar is ongegrond verklaard. Vervolgens staat er dan beroep open bij de Rechtbank. Om hem moverende redenen heeft verzoeker daarvan afgezien. Het is niet aan de Oo alsnog een oordeel te geven over de vraag of de gemeente al dan niet moet handhaven.

Het is aan de Rechtbank om een oordeel te geven over de vraag of activiteiten in strijd zijn met het gebruik dat volgens het bestemmingsplan is toegestaan, dan wel er milieubepalingen worden overtreden.

De gang van zaken bij de behandeling van het bezwaar is naar de mening van de Oo niet geheel correct geweest op het punt van het horen van partijen in elkaars aanwezigheid. Dit is echter gecorrigeerd. Dat de procedure lang duurde komt mede door de wens van verzoeker om op een andere wijze tot een oplossing te komen. Dat dit niet is gelukt en derhalve de bezwarenprocedure ruim tijd nam, kan nu de gemeente niet worden tegengeworpen. Naar de mening van de Oo is de gemeente hier voldoende op ingegaan in haar brief van 9 april 2013.

Hetgeen de Oo onder punt 6 van Feiten heeft opgetekend dient dan ook als niet geschreven te worden beschouwd.

Verzoeker heeft er voor gekozen bij de tweede hoorzitting niet aanwezig te zijn. Achteraf betreurt hij dit. Er zijn de Oo echter geen feiten gebleken waaruit afgeleid zou kunnen worden dat het advies van de bezwarencommissie anders zou zijn geweest als verzoeker wel aanwezig was geweest. Voorts had hij een en ander kunnen toetsen door beroep in te stellen bij de Rechtbank.

De Oo stelt vast dat verzoeker zijn zaak bij de Oo onderbouwt met argumenten die zouden moeten aantonen dat de besluitvorming bij de gemeente niet correct is geweest. Over de inhoud van die besluitvorming en dus ook over argumenten mag de Oo gezien de Algemene wet bestuursrecht geen oordeel geven.

Wel kan een dergelijke argumentatie van belang zijn om eventueel te kunnen concluderen dat de gemeente niet integer handelde of betrokkene welbewust onjuist informeerde.

Dat is de reden geweest dat bij de hoorzitting van de Oo het vooral ook ging over de inhoud.

Tijdens de hoorzitting heeft de Oo verzoeker medegedeeld dat de Oo niet bevoegd is als het gaat om de inhoud; hij koos er echter voor zijn argumentatie voort te zetten. Dan dient de Oo na te gaan of hierin materiaal aanwezig is voor de stelling dat er welbewust onjuist is geïnformeerd, dan wel niet integer is gehandeld. Zoals aangegeven is dat niet feitelijk gebleken.

Voor wat betreft het te laat beantwoorden van de brief van verzoeker van januari 2013 constateert de Oo dat de gemeente dit erkent en excuses aanbiedt. De Oo acht hiermee de zaak voldoende afgedaan. Verder is de gemeente bij brief van 9 april 2013 ingegaan op hetgeen verzoeker aan de orde stelde. De Oo acht de beantwoording correct en is van mening dat verzoeker geen feitelijke onderbouwing biedt voor zijn stelling dat de gemeente bewust onjuist informeerde en niet integer handelde. Voor zover hij van mening is dat de gemeente niet correct handelde had verzoeker dit kunnen voorleggen in de daartoe geëigende procedures voor de rechter.

Verzoeker heeft bij de hoorzitting van de Oo aangegeven dat er door de gemeente nog niet was gereageerd op zijn WOB-verzoek. Inmiddels is dat wel gebeurd. Voor zover verzoeker van mening is dat het besluit op zijn verzoek niet correct is, staat hem bezwaar en beroep open. Ook tegen het niet tijdig beslissen op een WOB-verzoek staan rechtsmiddelen open.

### **Oordeel**

De gedragingen van de gemeente zijn ten aanzien van de kernwaarden:

- I. Open en duidelijk
  - Goede motivering: behoorlijk.
  
- II. Eerlijk en betrouwbaar:
  - O.a. integriteit: behoorlijk.

Voor wat betreft het welbewust onjuist informeren en het niet integer handelen acht de Oo de klachten van verzoeker dan ook ongegrond.

Raalte, 16 september 2013.

Het lid van de Ombudscommissie,

P. Jansen

Namens deze,

J. den Engelse, onderzoeker/rapporteur.

Aldus vastgesteld door de Overijsselse Ombudscommissie