



Dossiernummer 2017 071

RAPPORT

Verzoeker: de heer F. M., hierna genoemd: verzoeker.

Datum verzoek: de Overijsselse Ombudsman (verder: OO) ontvangt het verzoek op 29 mei 2017.

Klacht

De gemeente Hengelo houdt zich volgens verzoeker niet aan de Nota Snippergroen 2015 als het gaat om de plaats van zijn coniferen haag. Verzoeker beklagt zich ook over de wijze waarop de gemeente heeft gehandeld en over een en ander heeft gecommuniceerd.

Verloop procedure

De OO ontvangt een verzoekschrift op 4 mei 2017. Het wordt ingeboekt onder nummer 2017 056. Het verzoek wordt naar de gemeente Hengelo verzonden ter behandeling in eerste termijn. Op 24 mei 2017 stuurt de gemeente een afhandelingsbrief naar verzoeker. Deze richt zich vervolgens op 26 mei 2017 weer tot de OO, die het verzoek inboekt onder nummer 2017 071. Over het verzoek wordt een gesprek gehouden op 13 juli 2017. Hierbij zijn aanwezig: verzoeker; namens de gemeente: mevrouw K., mevrouw R. en de heer E.; namens de OO: de heer P. Jansen en mevrouw J. den Engelse.

Bevoegdheid

De gemeente Hengelo heeft de klachten in eerste termijn behandeld; hiermee is de OO bevoegd een onderzoek in te stellen.

Behoorlijkheidsnormen

In de Algemene wet bestuursrecht staat dat een ombudsman een oordeel geeft over gedragingen van bestuursorganen. Die gedragingen beoordeelt hij aan de hand van behoorlijkheidsnormen. Daarom betreft de OO bij het onderzoek vooral feiten en omstandigheden die mogelijk aanleiding zijn tot schending van behoorlijkheidsnormen.

Deze normen zijn opgesteld door de Nationale Ombudsman in overleg met gemeentelijke en regionale ombudsinstanties en weergegeven in de behoorlijkheidswijzer.

Het gevraagde onderzoek richt zich op de volgende normen:

Goede informatieverstrekking

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.

Fair play

De overheid geeft de burger de mogelijkheid om zijn procedurele kansen te benutten en zorgt daarbij voor een eerlijke gang van zaken.

De overheid 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 (hoor en wederhoor). De overheidsinstantie speelt daarbij open kaart en geeft actief informatie over de procedurele mogelijkheden die de burger kan benutten.

Feiten

1. Verzoeker is sinds 2013 eigenaar van een perceel grond aan de X-sstraat in Hengelo. Bij zijn woning staat een coniferen haag op grond die in eigendom is bij de gemeente. Feitelijk is er daarmee ruim 3 meter gemeentegrond in gebruik bij verzoeker.
2. In 2011 neemt het college van B en W het besluit verkoop Snippergroen Bartelinkshoek. Verzoeker is dan nog geen eigenaar van het perceel. De gemeente laat de vorige eigenaar weten dat er maximaal 1 ½ meter snippergroen verkocht kan worden om in de toekomst doorgang te kunnen garanderen voor groot materieel. Dit besluit wordt verder niet geëffectueerd. Wel is duidelijk dat maximaal 1 ½ meter gemeentegrond gebruikt kan worden en dat de haag om daaraan te voldoen verplaatst zal moeten worden.
3. Op 18 juli 2013, vlak na de sleuteloverdracht aan verzoeker wordt door medewerkers van de gemeente de groensituatie met hem besproken. Daaraan voorafgaand was er op 3 juli 2013 telefonisch overleg over het groen. Duidelijk is dat de coniferen haag volgens de gemeente niet op de goede plek staat.
4. De gemeente laat in het najaar van 2013 de haag verwijderen. Dat was nodig in verband met werkzaamheden achter de percelen X-sstraat. Dit weghalen gebeurt zonder kennisgeving aan verzoeker. Hij tekent protest aan.
5. Over de gang van zaken wordt met verzoeker gesproken in september 2013 en er worden excuses aangeboden. Er had overleg moeten zijn. De gemeente biedt in het najaar van 2013 aan nieuwe coniferen te plaatsen. Verzoeker vindt deze te klein en koopt zelf grotere coniferen. Deze worden door de gemeente zo geplaatst dat wordt voldaan aan de eis van maximaal 1 ½ meter snippergroen.
6. Verzoeker stelt dat hij deze coniferen kort daarna heeft neergezet op de plek van de oude haag. De gemeente geeft aan dat hij dat doet in de periode maart-augustus

2015. Uit luchtfoto's van 2014 en 2015 die de gemeente toont is op te maken dat ten tijde van de opnames de haag nog op 1 ½ meter van de erfgrans stond.
7. Op 30 september 2015 stelt de gemeenteraad de Nota Snippergroen vast. Van belang is dat legalisatie van het in gebruik hebben/nemen van gemeentegrond mogelijk is voor stukjes die vóór 11 maart 2013 in gebruik waren.
 8. De gemeente verzendt op 11 januari 2017 een brief aan verzoeker. Aangegeven wordt dat de groenadoptie van het talud inmiddels is geregeld en als vervolg hierop heeft verzoeker toestemming een stuk gemeentelijk groen in te richten als tuin. Het gaat om 1 ½ meter gemeentegrond waar verzoeker eigenaar van kan worden. Verzoeker krijgt opdracht voor 15 maart 2017 de situatie zo in te richten als de gemeente Hengelo deze in het najaar van 2013 had achtergelaten. De gemeente constateert dat verzoeker tussen 2014 en 2016 meer grond in gebruik heeft genomen dan is toegestaan.
 9. Verzoeker dient een bezwaar in, dat niet ontvankelijk wordt verklaard omdat er geen publiekrechtelijk besluit is. Verzoeker voert aan:
 - De situatie was al zo sinds 1993 en is destijds door de gemeente zelf bepaald. Er is dus legaal gebruik.
 - De gemeente heeft er geen belang bij dat er een wijziging komt.
 10. Op 22 maart 2017 constateert de gemeente dat er nog niets is gebeurd. Er wordt meegedeeld dat dit voor 1 mei 2017 wel het geval moet zijn, anders "maken wij gebruik van de ons ter beschikking staande rechtsmiddelen".
 11. Op 25 april 2017 is er een gesprek ter plaatse, waarbij ook de e-mail die verzoeker op 23 maart 2017 naar de wethouder stuurde is besproken. De gemeente reageert bij brief van 1 mei 2017 als volgt:
 - Tussen maart en augustus 2015 is er verplaatst. Daarmee valt verzoeker niet onder de nota Snippergroen. Ook is doorgang voor groot materieel van belang.
 - Een deel aan de achterzijde kan wel worden gelegaliseerd.
 - Het collegebesluit verkoop Snippergroen Bartelinkshoek 2011 geldt hier en dat wist de vorige eigenaar. Daarin staat dat maximaal 1 ½ meter gemeentegrond in gebruik mag zijn.
 - Er volgen nogmaals excuses voor de kwestie van miscommunicatie in september 2013.
 12. Na een e-mail van verzoeker aan de OO en doorsturen daarvan door de OO naar de gemeente, volgt op 24 mei 2017 opnieuw een brief van de gemeente aan verzoeker. Daarin worden de standpunten uit de brief van 1 mei 2017 gehandhaafd en wordt verzoeker meegedeeld dat hij voor 1 oktober 2017 de haag dient te verplaatsen. Hierbij houdt de gemeente rekening met het plantseizoen.

Visies van partijen

Uit de stukken die de OO ontving en uit dat wat bij het gesprek van 13 juli 2017 aan de orde is geweest, kan het volgende samengevat worden:

Verzoeker

Volgens verzoeker hoeft de gemeente helemaal niets te doen. Gewoon de situatie laten zoals hij is. De coniferen haag heeft sinds jaar en dag op de huidige plaats bestaan met medeweten van de gemeente. Alle coniferen moesten in 2013 weg om te werken aan de geluidswal. Met

het rooien van 2 exemplaren had men ook kunnen volstaan. Meer was echt niet nodig. Verzoeker is van mening dat de gemeente de hele haag rooide in verband met de peildatum uit de Nota Snippergoen.

Dat hij in 2013 plotsklaps bij thuiskomst 's avonds merkte dat de haag was gerooid, zit hem nog steeds dwars. De excuses van de gemeente vindt verzoeker vrijblijvend. Hij is met een voldoende feit geconfronteerd en kan vervolgens geen actie meer ondernemen.

Verzoeker is zich er van bewust dat de grond niet van hem is, maar blijft van mening dat er niets tegen is om de situatie zoals deze nu feitelijk is, te handhaven.

Hij realiseert zich dat de OO niet bevoegd is de gemeente opdrachten te verstrekken in de zin dat er een oordeel komt dat de haag weg moet of mag blijven, maar alleen oordeelt over het al dan niet schenden van behoorlijkheidsnormen bij de acties van de gemeente en de afhandeling van klachten daarover.

Gemeente

De gemeente blijft bij het standpunt dat het voor verzoeker steeds duidelijk is geweest dat de haag maximaal 1 ½ meter op gemeentegrond mag staan. Dat het rooien van de haag in najaar 2013 iets te maken zou hebben met de peildatum in de Nota Snippergroen is onmogelijk. In het najaar van 2013 is het niet helder hoe er in 2015 tegen snippergroen wordt aangekeken, laat staan dat er toen duidelijkheid is geweest over een peildatum.

Uit luchtfoto's blijkt dat verzoeker in 2015/2016 de haag moet hebben verplaatst.

De gemeente is van mening dat het in het gesprek met de OO niet zou moeten gaan over wat er in 2011 is gebeurd en over het al dan niet verplaatsen van de haag. Dat betreft de inhoud en "daar gaat de OO niet over".

Volgens de gemeente gaat de klacht in wezen over communicatie in 2013 en eigenlijk geldt dan dat het al te lang geleden is om nog te behandelen, namelijk meer dan een jaar.

Met het instellen van rechtsmiddelen, zoals aangegeven in de brief van 22 maart 2017, worden bestuursrechtelijke handhavingsacties bedoeld. De gemeente probeert eerst langs geleidelijke weg tot resultaat te komen. Lukt dat niet dan wordt uiteindelijk besloten een last onder dwangsom op te leggen. Dat wordt op deze wijze in deze brief aangekondigd.

Reactie op verslag

Op 24 juli 2017 ontvangt de OO van de gemeente een aanvulling bij punt 12 van de Feiten. "Hierbij houdt de gemeente rekening met het plantseizoen." De OO neemt dit over.

Van verzoeker is geen reactie ontvangen.

Overwegingen van de Ombudscommissie

Allereerst constateert de OO dat zij de gemeente geen opdracht kan geven de haag in de huidige staat te handhaven. Over de kwestie van de peildatum kan de OO ook geen oordeel geven. Wel onderzoekt de OO of de gemeente de behoorlijkheidsnormen in acht heeft

genomen.

Informatieverstrekking

De OO constateert dat er met verzoeker vanaf het moment dat hij zijn huidige woning betrok contact is geweest over het gebruik van gemeentelijke grond. Verzoeker erkent ook dat de grond eigendom is van de gemeente en dat van meet af aan duidelijk was dat de gemeente uitging van 1 ½ meter gemeentegrond die in gebruik genomen kon worden.

In 2013 is het niet goed verlopen als het gaat om het rooien van de toenmalige coniferenhaag door een aannemer in opdracht van de gemeente. Verzoeker is destijds niet geïnformeerd dat dit zou gaan gebeuren.

Dit acht de OO niet zorgvuldig, maar constateert ook dat de gemeente inmiddels diverse malen excuses heeft aangeboden voor deze handelwijze.

Daarmee is naar de mening van de OO de onzorgvuldigheid voldoende erkend door de gemeente en het gebrek aan informatie voldoende gecorrigeerd.

Dat dit voor verzoeker niet echt bevredigend is, is de OO duidelijk. Dat kan er echter niet toe leiden dat de gemeente de zaak om die reden dan nu maar moet laten zoals deze is.

Fair play

De OO stelt vast dat de gemeente vanaf begin 2017, als de groenadoptie van het talud is geregeld, de zaak van gebruik van gemeentegrond door verzoeker weer oppakt.

De OO is niet bevoegd als het gaat om het al dan niet handhaven door de gemeente, maar wat betreft de procedurele kant van de kwestie wordt het volgende geconstateerd:

Als verzoeker bezwaar maakt in verband met het schrijven van 11 januari 2017 van de gemeente om de haag te verplaatsen, wordt dit bezwaar niet ontvankelijk verklaard.

De gemeente wil via een privaatrechtelijke actie optreden tegen ongewenst gebruik van gemeentegrond. Verzoeker maakt op een wijze die de gemeente niet juist acht gebruik van de grond en de gemeente is van mening dat zij, net als iedere eigenaar die met dergelijke acties te maken krijgt, kan optreden.

Maar een gemeente is niet zo gelijk aan andere eigenaren als zij wellicht veronderstelt.

Hier geldt volgens de OO:

- als de overheid optreedt als behartiger van het algemeen belang (*hier: handhaven van doorgang voor groot materieel*) zullen primair regels van publiekrecht moeten worden toegepast, tenzij
- die er niet zijn (*die zijn er hier wel: in de handhavingsregels van de Algemene wet bestuursrecht*), of tenzij
- met regels van privaatrecht hetzelfde resultaat kan worden bereikt (*dat kan in principe inderdaad*) én
- er geen onaanvaardbare doorkruising van publiekrechtelijke rechtswaarborgen plaats vindt.

Hierover merkt de OO het volgende op:

De gemeente beroept zich op het eigendomsrecht en stelt dat er geen ruimte is voor bezwaar en beroep in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

De gemeente geeft hierover aan dat men eerst deze middelen inzet en dat, als dat niet tot resultaat leidt, overgegaan wordt tot bestuursrechtelijke handhaving, waarbij de burger wel bezwaar kan maken en in beroep kan gaan.

Er is hier sprake van een onduidelijke vermenging van privaatrecht en publiekrecht.

De OO is van mening dat hiermee procedurele onduidelijkheid wordt geschapen.

Als deze strategie al gevolgd wordt, is het naar de mening van de OO noodzakelijk dat in die fase, bij protest van de burger, een goede klachtbehandeling plaatsvindt.

Dus van tweeën één: ofwel een dergelijke brief als bezwaar behandelen, ofwel als formele klacht.

De OO constateert dat in het geval van verzoeker er alleen een herhaling van zetten plaatsvindt op het niveau van de desbetreffende afdeling en dat de klachtencoördinator van de gemeente en de formele klachtenprocedure buiten beeld blijven.

Als wel een formele klachtbehandeling had plaatsgevonden en deze was afgerond met een formele klachtafhandlingsbrief, had de OO vervolgens kunnen toetsen of een en ander, gezien de behoorlijkheidsnormen, zorgvuldig was gebeurd. Dan zou een procedure als de onderhavige wellicht niet aan de orde zijn geweest. Immers, dan had kunnen worden vastgesteld dat de OO niet bevoegd is als het gaat om het verplaatsen van de haag en had de OO verder nagegaan of de klacht door de gemeente op een goede wijze was behandeld. Als dat laatste was gebeurd zou de OO hebben geconcludeerd dat er sprake is van een kennelijk ongegrond verzoek.

Een formele klachtbehandeling heeft in het geval van verzoeker niet plaatsgevonden. Ook was nog geen bezwaar mogelijk omdat het niet ging om een formele aanzegging van bestuursdwang. De gemeente heeft verzoeker daarmee naar de mening van de OO onvoldoende duidelijkheid gegeven als het gaat om de mogelijkheid zijn procedurele kansen te benutten.

Tenslotte overweegt de OO met betrekking tot de opmerking van de gemeente dat de OO “niet over de inhoud gaat”, dat dit op zich juist is. Echter, om duidelijkheid te krijgen en een klacht ‘goed te doorgronden’ kan het nodig zijn om wel op de inhoud in te gaan. Die vrijheid heeft een ombudsinstantie. In dit geval vond de OO het nodig om er wat dieper op in te gaan om helder te krijgen waar het precies over ging.

Oordeel

Wat betreft de *informatievoorziening* acht de OO de klachten ongegrond. Voor zover er al een gebrek aan communicatie was is dat in het verdere verloop voldoende hersteld en heeft de gemeente excuses aangeboden.

Wat betreft *fair play* richting verzoeker oordeelt de OO dat hier onvoldoende zorgvuldig is gehandeld als het gaat om de procedurele kansen van verzoeker. Voor zover de klachten hierop betrekking hebben zijn zij gegrond.

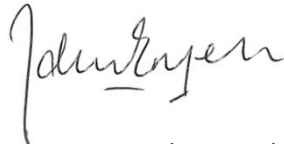
Zoals hiervoor aangegeven is de OO niet bevoegd om een uitspraak te doen over het al dan

niet laten staan van de conferentie op de huidige plaats.

Aldus vastgesteld door de Overijsselse Ombudscommissie op 14 augustus 2017.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'P' followed by a smaller 'J' and a long, sweeping horizontal stroke.

P. Jansen

A handwritten signature in black ink, written in a cursive style that clearly reads 'J den Engelse'.

mw. mr. J. den Engelse