

Elke eerste zondag van de maand gaat deze Nieuwsbrief naar een groot aantal griffiers, adjunct-griffiers en andere medewerkers in en om raadsgriffies. Doelstelling is om “iets juridisch” dat mij afgelopen maand het meest is opgevallen met de lezers te delen, en er waar mogelijk leermomenten uit te halen. Dit alles om zoveel mogelijk gemeenteraden support te bieden bij het juridisch optimaliseren van hun besluitvormingsprocessen en andere werkzaamheden.

Thema voor deze Nieuwsbrief is: het sprookje van het bindend advies.

Van oud naar nieuw

Toen op 1 januari 2024 de Omgevingswet (dan eindelijk) in werking trad, moesten we in en om de raadzaal afscheid nemen van vertrouwde termen en rechtsfiguren. Zoals daar waren: bestemmingsplan, een goede ruimtelijke ordening, verklaring van geen bedenkingen. Nieuwe dingen deden hun intrede. Zij moesten zich een plaats zien te verwerven in de vocabulaire van al diegenen die zich op enige wijze bezighouden met het omgevingsrecht. Dat ging en gaat niet zonder slag of stoot. Valt ook niet mee om zonder haperen de woorden ‘evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ uit te spreken, en het daarbij niet te hebben over elftal maar over eftar.

Opa en Bopa: wie draait aan welke knop?

Afkorting die zijn weerga niet kent is wel de bopa, tegenhanger van de opa. Laatstgenoemde is de afkorting van omgevingsplanactiviteit, die ander is de buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Inderdaad een activiteit die zich afspeelt buiten de regels van het omgevingsplan. En waarvoor een vergunning nodig is. Dat brengt ons bij de vraag: wie gaat over die vergunning, oftewel wie is het bevoegd gezag? Welnu dat is bijna altijd het college van B&W, zowel bij opa als bij bopa. En de raad dan? Dat ligt eraan: wordt de activiteit waarvoor vergunning is aangevraagd genoemd in het overzicht van gevallen die de raad heeft aangewezen en waarvoor de raad advies moet geven? Als dat het geval is, blijft het college bevoegd gezag maar moet wel advies aan de raad worden gevraagd.

Vraag is wat het gewicht en belang van dat advies is. Een blik in (artikel 16.15b van) de Omgevingswet leert dat het college zijn besluit op de bopa-aanvraag moet nemen “met inachtneming van het advies van de gemeenteraad”. Lekker vaag of lekker duidelijk dit?

Het gewicht van het advies

Het advies dat de gemeenteraad aan het college geeft is in de praktijk een geheel eigen leven gaan leiden. Het woord “bindend” staat niet in Hoofdstuk 16 Omgevingswet, het hoofdstuk dat “Procedures” als titel heeft.

Om mij onbekende reden wordt het in het bestuurlijk verkeer tussen college en raad te pas en te onpas gebezigd. Het is nog erger: vaste term op de Bingokaart is inmiddels “Positief bindend advies”. Wie o wie heeft deze onzalige term de lucht in geslingerd? Waarom wordt deze term zo gretig gekopieerd in een steeds groter wordend aantal gemeenten?

De raad wordt in al die gemeenten gevraagd een positief bindend advies aan het college te geven. Niet zelden met de toelichtende tekst dat weigering van een positief bindend advies tot gevolg heeft dat de betreffende omgevingsvergunning moet worden geweigerd. Anders gezegd: van de raad wordt verwacht dat hij bij het kruisje tekent.

De colleges van die gemeenten maken zich collectief schuldig aan het onjuist en onvolledig informeren van de raad. In Groep 1 van de Juridische Kleuterschool wordt al geleerd dat het een doodzonde is als het college de raad onvoldoende en/of onvolledig informeert. Dat levert strijd op met artikel 169 lid 1 en 2 Gemeentewet.

De raad moet blind kunnen koersen op informatie die hij van het college krijgt. Dat is één van de dragende pijlers onder het gemeenterecht.

Nuancering op zijn plaats: de vergewisplicht

De raad zou willen dat hij met een zogenaamd 'negatief bindend advies' bereikt dat het college een hem onwelgevallige vergunning voor een bopa (bindend) weigert. Dat is een te simpele voorstelling van zaken. Het advies dat de raad op grond van artikel 16.15b Omgevingswet aan het college geeft valt onder de werking van hoofdstuk 3.3 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Wat betekent dit? Allereerst dat het college de raad een termijn kan geven binnen welke het advies tot stand moet komen. Als die termijn ongebruikt voorbijgaat, mag een besluit op de vergunningaanvraag voor de bopa nemen zonder dat daar een advies van de raad aan ten grondslag ligt.

Belangrijker is de vergewisplicht die artikel 3:9 Awb noemt: het college moet zich ervan vergewissen dat het advies van de raad op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Als de raad adviseert om de vergunning voor de bopa te weigeren, zal de raad hier een zorgvuldig onderzoek aan vooraf moeten laten gaan. Ook zal de raad onder zijn advies een op dat onderzoek gebaseerde deugdelijke motivering moeten leggen.

Dit alles binnen de klijtlijnen van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (etfal).

Advies is geen instemming

Het advies van de gemeenteraad is niet bindend van rechtswege, laat staan dat het een soort van instemmingsrecht is. Het is een rechtsfiguur die tijd, zorgvuldigheid en deskundigheid vraagt. Van de kant van de vakafdeling, maar ook van de griffier en de gemeenteraad.

De vergewisplicht vraagt van de raad dat hij zijn huiswerk grondig doet. En dat is veel meer dan voor of tegen stemmen tijdens de raadsvergadering.