

Dongen

Bestemmingsplan Zuid en West Dongen- Herziening Windmolenweg 11

Nota van zienswijzen

1. Inleiding

In deze Nota van zienswijzen wordt een reactie gegeven op de zienswijze die in het kader van de ter inzage legging van het ontwerpbestemmingsplan Zuid en West Dongen - Herziening Windmolenweg 11 is ingediend.

De zienswijze is uit praktische overwegingen en vanwege de leesbaarheid samengevat weergegeven maar in de reactie komen alle relevante elementen aan de orde. De zienswijze is dus in zijn geheel beoordeeld. Iedere reactie wordt besloten met een conclusie betreffende de gegrondheid. Hierbij wordt aangegeven of en zo ja in hoeverre de zienswijze leidt tot aanpassing van het bestemmingsplan.

2. Procedure

Het ontwerpbesluit en het ontwerpbestemmingsplan met bijbehorende stukken hebben conform het bepaalde in artikel 3.8. en 6.12 van de Wet ruimtelijke ordening vanaf vrijdag 23 augustus 2018 tot en met donderdag 4 oktober 2018 ter inzage gelegen. In die periode kon een ieder zijn of haar zienswijze naar keuze schriftelijk of mondeling indienen.

Er zijn 2 zienswijzen ontvangen:

- Van Iersel Luchtman Advocaten, Postbus 4810, 4803 EV Breda, namens LEASIMMO B.V., gevestigd aan Windmolenweg 12, 5102 AJ Dongen.
- De heer M.J.A.H.M. van Wanrooij en mevrouw Y.A.A.C. van Wanrooij - Schaerlaeckens, Windmolenweg 11, 5102 AJ Dongen.

3. Zienswijzen

3.1. Van Iersel Luchtman Advocaten, Postbus 4810, 4803 EV Breda, namens LEASIMMO B.V., gevestigd aan Windmolenweg 12, 5102 AJ Dongen

Zienswijze

Reclamant is in beroep gegaan tegen het vaststellingsbesluit van de gemeenteraad van 30 september 2010 waarmee het bestemmingsplan "Zuid en West Dongen" werd vastgesteld. Het beroep richtte zich onder meer tegen het toekennen van de bestemming Wonen aan de strook van het perceel Windmolenweg 11. Een van de beroepsgronden van reclamant was dat deze strook grond gebruikt werd als ontsluiting van haar perceel.

In de uitspraak van 25 april 2012 (zaaknummer 201012352/1/R3) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ten aanzien van deze beroepsgrond van reclamant overwogen dat de gemeenteraad zich onvoldoende ervan had vergewist of het bewuste stukje grond als ontsluiting van het perceel fungeert.

Naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling van de Raad van State heeft de gemeenteraad bij besluit van 13 september 2012 vervolgens het bestemmingsplan "Zuid en West Dongen 1H" vastgesteld. Met dit bestemmingsplan heeft de gemeenteraad uitvoering gegeven aan de eerder aangehaalde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 25 april 2012.

Reclamant bevreemt het ten eerste dat uw raad nu met het ter inzage gelegde ontwerpbestemmingsplan deze aanpassing ongedaan wenst te maken, terwijl het thans geldende bestemmingsplan al enige jaren in

werking is. Reclamant is bekend met het feit dat deze aanpassing is geïnitieerd door de huidige eigenaren van het perceel aan de Windmolenweg 11, waardoor reclamant zich afvraagt of hier economische belangen lijken te prevaleren boven de goede ruimtelijke ordening.

Reactie

Er is geconstateerd dat de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State destijds onjuist is geïnterpreteerd en dat daarmee een besluit is genomen welke op onvolledige gronden is gebaseerd. Ten tijde van de herziening in 2012 is geen onderzoek gedaan naar de vraag of het bewuste stukje grond als ontsluiting van het achtergelegen perceel van reclamant diende.

In het belang van de goede ruimtelijke ordening is een heroverweging op zijn plaats. Hiervoor is er alsnog het onderzoek uitgevoerd ter zake de ontsluiting. Daarbij had het ook in de lijn van een goede ruimtelijke ordening gelegen om de eigenaren van het betreffende perceel destijds in kennis te stellen van het feit dat voor hun perceel een bestemmingsplanwijziging werd voorbereid danwel dit destijds in de publicatie duidelijk aan te geven. Gezien de eigendomsverhoudingen in het gehele gebied zoals weergegeven op onderstaande kaart, waarbij de eigendommen van Leasimmo geel zijn gemarkeerd, zijn wij van mening dat reclamant een groter economisch belang heeft dan de huidige eigenaren van het perceel Windmolenweg 11.



Conclusie

De zienswijze is op dit punt ongegrond. De heroverweging vindt plaats uit oogpunt van de goede ruimtelijke ordening.

Zienswijze

Allereerst moet worden vastgesteld of sprake is van een 'weg' als bedoeld in de Wegenverkeerswet 1994 (hierna: 'WVW') en de Wegenwet (hierna: 'Ww'). De Ww geeft geen definitie van het begrip 'weg'. De WVW definieert het begrip 'wegen' als volgt: "alle voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden met inbegrip van de daarin liggende bruggen en duikers en de tot die wegen behorende paden en bermen of zijkanten". In de zienswijze wordt betoogd dat er sprake is van een weg omdat de weg volledig

toegankelijk zou zijn geweest voor derden tot het moment dat er een hekwerk werd geplaatst in 2017. In de zienswijze wordt gesteld dat het plaatsen van het hekwerk onrechtmatig zou zijn maar ook dat het plaatsen van een hekwerk er niet aan in de weg staat dat er nog steeds sprake is van een weg in de zin van de WVV.

Reactie

Voor de toepasselijkheid van zowel de WVV als de Ww moet er sprake zijn van een 'weg'. In de APV van de gemeente Dongen is bovendien bepaald dat onder weg wordt bedoeld een weg als bedoeld in artikel 1 eerste lid onder b van de Wegenverkeerswet 1994.

In artikel 1 sub b WVV zijn wegen gedefinieerd als "alle voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden met inbegrip van de daarin liggende bruggen en duikers en de tot die wegen behorende paden en bermen of zijkanten".

Artikel 1 Ww bepaalt dat de Ww alleen van toepassing is op openbare wegen. De definitie daarvan bestaat uit twee elementen, te weten is er sprake van (1) een weg en (2) openbaarheid. Alleen het element openbaarheid is in de Ww geregeld.

Relevant is dus allereerst de beantwoording van de vraag wanneer een "verkeersbaan" een weg is. Vervolgens kan de vraag relevant worden of er sprake is van een openbare weg.

De Ww bepaalt niet wanneer een verkeersbaan een weg is in de zin van die wet. De opsomming in artikel 1 lid 2 Wegenwet geeft 'slechts' aan dat voetpaden, rijwielpaden, jaagpaden, dreven, molenwegen, kerkwegen en andere verkeersbanen voor beperkt gebruik en bruggen mede onder wegen moet worden verstaan.

Naar het oordeel van de Afdeling (ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6035) zijn wegen in de zin van de Ww: "verkeersbanen die een functie vervullen ten behoeve van het afwikkelen van het openbare verkeer en die derhalve naar hun aard of functie een grote, onbepaalde publieksgroep dienen".

De kwalificatie of iets een weg is, is afhankelijk van de feitelijke situatie. Als een stuk grond doodloopt lijkt dat wel een sterke aanwijzing dat er geen sprake is van een weg. In de regel geldt dan namelijk dat het stuk grond alleen door enkele woningen als uitweg wordt gebruikt (ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:386). Dit wordt ook niet anders als de weg behalve door de aanwonenden ook wordt gebruikt door hondenbezitters, een schapenhouder en kerende automobilisten. Dat gebruik kan volgens de Afdeling niet worden aangemerkt als afwikkeling van het openbare verkeer. Relevant is of er sprake is van een doorgaande route die (normaal gesproken) ook door andere weggebruikers dan de aanwonenden kan en zal worden gebruikt (ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:386). Er is dan namelijk al snel sprake van een weg die naar aard en functie een onbepaalde en grote publieksgroep dient.

Uit de verklaringen en de (lucht)foto's die gevoegd zijn bij de zienswijze, lijkt op te maken te zijn dat de strook grond langere tijd is gebruikt door een specifieke groep, namelijk de bewoners van de woning aan de Windmolenweg 11 en ten behoeve van de agrarische exploitatie van het perceel.

Gezien de foto's welke door reclamant zijn bijgevoegd, kan gesteld worden dat er geen sprake is van een verkeersbaan ten behoeve van het afwikkelen van het openbare verkeer waarbij er een grote, onbepaalde publieksgroep wordt gediend. Dit zou betekenen dat er geen sprake is van een weg in de zin van de Wegenwet. Daarmee is in feite niet meer relevant of er sprake is van openbaarheid (feitelijk dan wel juridisch).

Conclusie

Er is geen sprake van een weg als bedoeld in de WVV en de Ww. De toelichting in het bestemmingsplan zal hierop worden aangepast.

Zienswijze

Voor het beantwoorden van de vraag of de strook grond feitelijk kan worden aangemerkt als een openbare weg, dient de WVV en de Ww te worden geraadpleegd. De enkele stelling zoals opgenomen in de toelichting op het (ontwerp)bestemmingsplan dat de weg is afgesloten met een hekwerk en daarmee geen sprake meer kan zijn van feitelijke openbaarheid zou onjuist zijn.

Reclamant geeft aan dat uit de bijgevoegde foto's en verklaringen duidelijk blijkt dat de weg vóór de afsluiting van het hekwerk een openbaar karakter had en voor iedereen toegankelijk was.

In de toelichting op het (ontwerp)bestemmingsplan wordt in het kader van de 'juridische' openbaarheid van de weg verwezen naar artikel 4 van de Ww. Artikel 4, eerste lid, van de Ww geeft aan wanneer een 'weg' kan worden aangemerkt als openbaar. De wet noemt de volgende omstandigheden:

- I. wanneer hij, na het tijdstip van dertig jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest;
- II. wanneer hij, na het tijdstip van tien jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende tien achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en tevens gedurende dien tijd is onderhouden door het Rijk, eene provincie, eene gemeente of een waterschap;
- III. wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbaren weg heeft gegeven.

De voorwaarde genoemd onder I houdt kort gezegd in dat de weg na 1 oktober 1902 gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest. De Ww is immers in werking getreden op 1 oktober 1932. Uit de eerder aangehaalde verklaringen en (lucht)foto's blijkt dat de weg gedurende minimaal een periode van dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en er gedurende die periode géén sprake is geweest van enige belemmering van het openbare karakter. De strook grond is derhalve aan te merken als een 'openbare weg' als bedoeld in artikel 4 WVV.

Reclamant merkt op dat het feit dat na de periode van dertig jaar de weg alsnog wordt afgesloten met een hekwerk (zoals de huidige eigenaar medio 2017 heeft gedaan) niet maakt dat daarmee de juridische openbaarheid zoals bedoeld in artikel 4 Ww vervalst. In de zienwijze wordt verwezen naar de uitspraak van de Rb Den Haag 24 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8805 r.o.4,2 5. Vervolgens wordt in de zienswijze verwezen naar Artikel 7 Ww waarin de situaties worden benoemd waarin een weg heeft opgehouden openbaar te zijn. In casu is géén van de in artikel 7 Ww genoemde situaties aan de orde.

Overigens sluit reclamant niet uit dat daarnaast is voldaan aan de voorwaarde als genoemd onder III van artikel 4, eerste lid, Wegenwet. Er zijn immers meerdere besluiten genomen door uw raad, waaronder de vaststelling van bestemmingsplannen, waarin telkens een verkeersbestemming was opgenomen voor wat betreft de litigieuze strook grond.

Reactie

Allereerst wordt verwezen naar het feit dat hiervoor al is geconstateerd dat er geen sprake is van een weg in de zin van de WVV en de Ww.

Ten aanzien van het begrip openbaarheid kan er onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de 1) feitelijke openbaarheid en anderzijds de 2) juridische openbaarheid van een weg. Dit zijn twee verschillende begrippen.

Ter zake de feitelijke openbaarheid van wegen geldt het volgende.

Van vrije toegankelijkheid is sprake, indien de eigenaar van de grond waarop de weg is gelegen het gebruik van de weg door het publiek heeft toegelaten. Dit is bijvoorbeeld niet het geval wanneer de eigenaar de weg feitelijk afsluit met een hek. Uit het arrest van de Hoge Raad uit 2001 (Hoge Raad van 16 januari 2001, NJ 2001, 254) blijkt dat de feitelijke omstandigheden bepalend zijn voor de beantwoording van de vraag of een verkeersbaan een openbare weg is in de zin van de WVV. De weg moet feitelijk voor

een in beginsel onbeperkte groep personen toegankelijk zijn. En dat laatste moet voor eenieder kenbaar of waarneembaar zijn. Als bij de ingang van een parkeerterrein geen borden zijn geplaatst, die er op zou kunnen duiden, dat de toegang voor wie dan ook verboden zou zijn, duidt dit er op, dat het om een openbare weg in de zin van de WVV gaat. In het licht daarvan is het van belang dat er in de periode 2008 tot heden borden aan het begin van de Windmolenweg (ter hoogte van de Lage Ham vanaf 2008; ter hoogte van de Noorderlaan vanaf september 2016 of eerder) zijn geplaatst met de aanduiding 'privé terrein', 'eigen terrein' of 'geen toegang voor onbevoegden'.

Het voorgaande geldt voor deelgebied 1 en deelgebied 2. Daarmee is er voor beide deelgebieden geen sprake van feitelijke openbaarheid van de verkeersbaan. Ook het aspect dat deelgebied 2 in het bestemmingsplan Lage Ham (het bestemmingsplan dat gold voor inwerkingtreding van het bestemmingsplan 'Zuid en West Dongen') was bestemd als 'Verkeer' en de vernietiging van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State ten aanzien van het besluit dat betrekking heeft op deelgebied 1 maakt deze conclusie niet anders.

Ter zake de juridische openbaarheid van wegen geldt het volgende.

Van juridische openbaarheid van een weg is sprake, wanneer die weg openbaar is in de zin van artikel 4 lid 1 Wv. Dit artikellid bepaalt dat een weg openbaar is:

- a. wanneer deze gedurende dertig achtereenvolgende jaren (na 1902) voor een ieder toegankelijk is geweest;
- b. wanneer deze gedurende tien achtereenvolgende jaren (na 1902) voor een ieder toegankelijk is geweest en tevens is onderhouden door rijk/provincie/gemeente/waterschap; of
- c. wanneer de rechthebbende aan de weg de bestemming van openbare weg heeft gegeven.

De verkeersbaan wordt niet onderhouden door de gemeente Dongen (of door een ander overheidsorgaan) dus er kan geen sprake zijn van een openbare weg op grond van sub b.

Ter zake de toepassing van sub a geldt hetzelfde als voor de feitelijke toegankelijkheid van een weg: hier is sprake van indien de eigenaar van de grond het gebruik van de weg door het publiek heeft toegelaten. Zoals hiervoor opgenomen kan openbaarheid ook worden voorkomen door afsluiting en door borden met opschriften met als 'eigen weg' of 'verboden toegang'.

Tot slot kan er door middel van toepasselijkheid van sub c sprake zijn van een openbare weg. Indien de eigenaar dit heeft gedaan voor 1932 dan is de weg (daarmee) openbaar geworden. Na 1932 is de medewerking vereist van de raad van de gemeente(n) waarbinnen de weg is gelegen. Ten aanzien van dit aspect is het relevant dat er sprake is van twee deelgebieden.

Deelgebied 1 was voorheen bestemd als tuin. In de toelichting van het bestemmingsplan "Zuid en West Dongen 1H" is over deelgebied 1 het volgende opgemerkt:

"De gronden van de Windmolenweg die in het basisplan Zuid en West Dongen de bestemming Wonen hadden zijn gewijzigd in de bestemming Verkeer - Verblijfsgebied omdat dit stuk grond dient als ontsluiting ten behoeve van het achter gelegen agrarisch perceel."

Deelgebied 1 wordt alleen door de bewoners en bezoekers van Windmolenweg 11 als uitweg gebruikt. Het feit dat in het verleden mogelijk dit stuk grond ook gebruikt is door een boer die soms op dit stuk grond liep met zijn paarden of dat een tractor in het verleden over dit grondstuk heeft gereden, betekent niet dat er sprake is van een openbare weg op grond van de Wv. Dat gebruik kan immers niet worden aangemerkt als afwikkeling van het openbare verkeer.

Ook uit de overlegde verklaringen blijkt niet dat deelgebied 1 kan worden aangemerkt als een verkeersbaan ter afwikkeling van het openbare verkeer. Daarnaast is alleen op de foto in productie 4 en 7 deelgebied 2 duidelijk zichtbaar.

De afgelopen tien jaar (2008-2018) is er in ieder geval geen sprake geweest van een openbare weg omdat aan het begin van de Windmolenweg borden hebben gestaan met de aanduidingen 'privé terrein', 'eigen terrein' of 'geen toegang voor onbevoegden'. Daarnaast is het deelgebied 1 sinds de plaatsing van het hekwerk door Van Wanrooij ook niet openbaar toegankelijk.

Voor deelgebied 2 geldt dat dit deelgebied voorheen de bestemming verkeersdoeleinden had. Bij de bestemmingsplan herziening in 2010 is dit 'Verkeer-Verblijfsgebied' gebleven. In de toelichting bij dit bestemmingsplan staat:

“Ter hoogte van het perceel Windmolenweg 11 is de bestemming Verkeer – Verblijfsgebied verder doorgetrokken op basis van de kadastrale ondergrond.”

Voor dit deelgebied geldt echter hetzelfde als voor deelgebied 1. Het feit dat de weg in het verleden de bestemming 'verkeersdoeleinden' of zoals nu 'Verkeer-Verblijfsgebied' heeft maakt dit niet anders. Een niet-openbare weg kan immers ook een verkeersbestemming hebben (ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3221). Het stuk grond wordt alleen door de bewoners en bezoekers van Windmolenweg 11 als uitweg gebruikt. Het feit dat in het verleden mogelijk dit stuk grond ook gebruikt is door een boer die soms op dit stuk grond liep met zijn paarden of dat een tractor in het verleden over dit grondstuk heeft gereden betekent niet dat er sprake is van een openbare weg op grond van de Ww. Dat gebruik kan immers niet worden aangemerkt als afwikkeling van het openbare verkeer.

Uit de overlegde verklaringen blijkt niet dat deelgebied 2 kan worden aangemerkt als een verkeersbaan ter afwikkeling van het openbare verkeer. Daarnaast is alleen op de foto in productie 4 en 7 deelgebied 2 duidelijk zichtbaar.

Bovendien geldt ook voor deelgebied 2 dat er de afgelopen tien jaar (2008-2018) in ieder geval geen sprake is geweest van een openbare weg omdat aan het begin van de Windmolenweg borden hebben gestaan met de aanduidingen 'privé terrein', 'eigen terrein' of 'geen toegang voor onbevoegden'. Daarnaast is het deelgebied 2 sinds de plaatsing van het hekwerk door Van Wanrooij ook niet openbaar toegankelijk.

Conclusie

De zienswijze is ongegrond. Geconcludeerd kan worden dat er geen sprake is van een weg in de zin van de Ww en de WvW en dat er bovendien geen sprake is van een feitelijke of juridische openbaarheid. De toelichting van het bestemmingsplan zal waar nodig hierop verder worden aangescherpt.

3.2. De heer M.J.A.H.M. van Wanrooij en mevrouw Y.A.A.C. van Wanrooij - Schaerlaeckens, Windmolenweg 11, 5102 AJ DONGEN

Zienswijze

In de zienswijze verwoorden reclamanten hoe zij 6 jaar na het aanpassen van het bestemmingsplan voor een deel van hun perceel er via een civiele rechtszaak kwamen dat een deel van het perceel is gewijzigd in de bestemming Verkeer-Verblijfsdoeleinden.

Daarbij hebben reclamanten het gevoel onvoldoende serieus door de gemeente te worden genomen, onder meer doordat zij niet tussentijds bericht ontvangen over de voortgang van zaken.

De civiele rechtszaak die door de heer P. Kerkhof en zijn bedrijf Leasimmo is aangespannen, zorgt voor veel stress en zou niet hebben plaatsgevonden als het bestemmingsplan niet zou zijn aangepast. De civiele rechtszaak gaat er om dat de heer Kerkhof via het perceel van reclamanten naar zijn eigendom achter het perceel Windmolenweg 11 wil komen. Dit terwijl er geen erfdienstbaarheden op het perceel zijn

gevestigd.

Reactie

Wij kunnen het gevoel van onmacht over de onstane situatie voorstellen. Daarbij kunnen wij u verzekeren dat er na uw telefoontje over de civiele rechtszaak, welke namens de heer P. Kerkhof en Leasimmo b.v. is aangespannen, er ter degen stappen zijn gezet om a) enerzijds na te gaan wat er inmiddels 7 jaar geleden door de Raad van State is besloten en b) wat met deze uitspraak is gedaan.

Telefonisch is u meegedeeld dat de bestemmingsplanwijziging in de diverse kranten is gepubliceerd en daartegen een zienswijze ingediend had dienen te worden. Echter, aansluitend is daarbij telefonisch aangegeven dat u hieruit niet had kunnen opmaken dat het om uw perceel ging. Een en ander zou verder uitgezocht worden. Wij vinden het spijtig dat u de indruk heeft gekregen dat niet actief is gecommuniceerd. Uit de stukken in het zaakstelsel blijkt dat vanuit de gemeente actief naar uw rechtsbijstand is bericht dat de genoemde termijn niet gehaald wordt en de afdoeningstijd langer zal zijn. Helaas was het emailadres welke bij de contactgegevens stond vermeld, niet van uw advocaat maar van een collega. Dit bericht kan hem mogelijk niet hebben bereikt.

De advocaten die namens de heer P. Kerkhof en Leasimmo b.v. werken, zijn vasthoudend. Over de inhoud van uw brief is niet gecommuniceerd. Ambtelijk is enkel meegedeeld dat nagegaan wordt of destijds het juiste besluit is genomen naar aanleiding van de uitspraak van de Raad van State. Pas nadat het college van burgemeester en wethouders een besluit hadden genomen over uw brief, is het besluit van het college op verzoek toegezonden. Dit besluit is openbaar.

De gemeente Dongen is voornemens de bestemming Verkeers-Verblijfsgebied terug te draaien naar de Wonen. Uit het gedane onderzoek en in het kader van de goede ruimtelijke ordening betreft de voorgesteld wijziging ook het deel van het perceel dat ten tijde van de vaststelling van de bestemmingsplan Zuid en West Dongen de bestemming Verkeers-Verblijfsgebied had. Ook dit perceelsgedeelte wordt omgezet naar Wonen omdat dit gelet op de goede ruimtelijke ordening beter aansluit bij het feitelijke gebruik van het perceelsgedeelte. Het wordt dus ruimtelijk aanvaardbaar geacht om ook dit perceelsgedeelte te bestemmen voor Wonen.

Of er door verjaring / door gebruik een recht van overpad is ontstaan, wordt hiermee niet beantwoord. Dit is een civiele kwestie.

Conclusie

Uw zienswijze betreft een weergave van het proces en niet een inhoudelijke reactie op het ontwerpbestemmingsplan. Uw zienswijze leidt niet tot het gewijzigd vaststellen van het bestemmingsplan.