Gemeenteraad van Meppel
t.a.v. fracties CU en CDA
Dhr. G. Stam & E. Knorren
Postbus 501
7940 AM Meppel

Ermelo, 20 april 2024
Ons kenmerk: 24.00356-1
Uw kenmerk: -
Betreft: Advies bewoning en overgangsrecht 'De Boompjes', 'Noordeinde' & 'Molenhoek'

Geachte heer Stam,

Recent verzocht u mij om nadere advisering in het kader van een collegevoorstel 'Op weg naar een duurzame oplossing', wat betrekking heeft op een aantal woningen gelegen in de straten 'De Boompjes' en 'Noordeinde'. Middels deze brief breng ik graag mijn advies uit.

Inleiding

Kortgezegd heeft de situatie betrekking op enkele tientallen woningen welke omstreeks 1900, en voor een deel omstreeks 1949, zijn gebouwd. De betreffende woningen zijn gebouwd voordat er relevante wet- en regelgeving bestond, waar het gaat om het toegestane planologisch gebruik. Hoewel niet uitputtend onderzoek is gedaan naar de bestemmingshistorie zijn in 1971 de eerste bestemmingsplan(nen) voor deze woningen vastgesteld. Binnen deze en navolgende bestemmingsplannen is het gebruik als reguliere burgerwoning niet toegestaan. Kennelijk heeft dit nooit tot problemen geleid. Het college zou in de geschiedenis verklaringen van overgangsrecht hebben afgegeven en is daar thans mee gestopt. Hiermee staat de legaliteit van bewoning ter discussie en zijn de objecten de facto niet dan wel tegen hogere kosten financierbaar.

Het college doet nu een procesvoorstel om te komen tot een oplossing voor deze problemen. Uw vraag is gericht op een beknopte advisering of het door het college in dit procesvoorstel gestelde klopt en of er nog alternatieven denkbaar zijn. Centraal staat daarbij de vraag of het juridisch juist en de enige mogelijke wijze is om bewoners een bewijsopdracht te geven om onder het overgangsrecht te kunnen vallen. Daarnaast bent u daarbij onder meer benieuwd naar de juistheid van de volgende standpunten uwerzijds:

1. *Het feitelijk gebruik van deze woningen is over een periode van tientallen jaren 'wonen' en niets anders dan 'wonen' geweest.*
2. *Dat er geen woonbestemming op de panden zit, heeft niet te maken met de keuze van de bewoners, maar van een ongewenste en ingewikkelde planologisch juridische situatie.*
3. *Om die reden behoort de bewijslast niet bij de bewoners te liggen, maar bij de gemeente.*

4. *Er is gedurende de jaren een situatie ontstaan dat de bewoning van de panden feitelijk nooit als probleem is gezien en nog steeds niet. Daarom gaat de vergelijking met jurisprudentie (o.a. bij door het college aangehaalde dossiers, zoals permanente bewoning van recreatiewoningen) niet op.*
5. *Het college vindt evenals de gemeenteraad dat de inspanning vanuit de kant van de gemeente erop gericht moet zijn onder de Omgevingswet de woningen een woonbestemming te geven.*
6. *Daarom is het redelijk dat in deze situatie de verklaring van overgangsrecht op verzoek kan worden afgegeven zonder dat de bewoner de bewoning hoeft aan te tonen.*

Om voornoemde aspecten te beantwoorden zal ik eerst het collegevoorstel duiden, om vervolgens een korte beschouwing van het planologische kader te geven. Nadien behandel ik standaard-jurisprudentie over het overgangsrecht om vervolgens conclusies te vormen en uw vragen te beantwoorden.

1. Collegevoorstel

1.1. Korte termijn

Het college stelt de volgende processtappen op korte termijn voor:

- Gespecialiseerd juridisch bureau regelen om de verzoeken van de eigenaren te kunnen beoordelen;
- Daarna kan op verzoek van betrokkenen het college een oordeel geven of het aannemelijk is dat er onder het overgangsrecht gewoond mag worden. Dit is een appellabel besluit.

Dit motiveert zij als volgt:

> *"Daarom gaat de gemeente de beoordeling van het aannemelijk maken faciliteren. Dat doet zij door de beoordeling bij een gespecialiseerd juridisch bureau te beleggen die de nodige inhoudelijke kennis heeft over het overgangsrecht, omdat het college de eigenaren zo goed als mogelijk wil helpen. De kosten voor dit onderzoek draagt de gemeente. Alle relevante informatie voor het aannemelijk maken dat er gewoond mag worden onder het overgangsrecht, kan aangeleverd worden bij het gespecialiseerd juridisch bureau. Zij zullen beoordelen of het aannemelijk is dat er sprake is van overgangsrecht. Indien meer informatie nodig is zullen zij de bewoners daarover informeren.*
>
> *De uitkomst van het onderzoek wordt gedeeld met de eigenaren middels een brief. De betrokkenen hebben daarna de keuze of ze de aangeleverde stukken inclusief de hiervoor genoemde brief ter besluitvorming aan het college voor leggen. De brief, eventueel een besluit en de aangeleverde stukken die daaraan ten grondslag liggen kunnen gebruikt worden bij hypotheekverstrekking, verkoop of een eventuele handhavingszaak."*

Allereerst wordt opgemerkt dat het mijns inziens juridisch niet zuiver is om één adviesbureau te vragen alle individuele verzoeken te beoordelen. Bewoners hebben een (groot) belang bij het verkrijgen van een besluit zoals bedoeld in artikel 1:3 Awb. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en de 'equality of arms', kunnen in de weg staan aan een bureau dat alle verzoeken op kosten van de gemeente worden beoordeeld. Het is wel zorgvuldig om in deze situatie dergelijke bijstand te vergoeden maar het lijkt alsdan beter om daartoe een gemaximeerd bedrag per individu beschikbaar te stellen, waarmee bewoners alsdan advies in kunnen winnen. Om te voorkomen dat er onterecht geld wordt uitgekeerd wordt geadviseerd om pas tot vergoeding over te gaan in concrete gevallen en aan een concrete adviseur.

1.2. Tussentijds bij handhaving

Wanneer er wordt verzocht om handhaving, stelt het college voor om middels een tijdelijke omgevingsvergunning af te wijken van het omgevingsplan en te legaliseren. Daarvoor wordt de buitenplanse omgevingsplanactiviteitvergunning (BOPA) benoemd.

De juridische grondslag voor de BOPA is onder meer gelegen in artikel 7.3, 7.4, 7.207b Omgevingsregeling en artikelen 2.22, 2.24, 2.33, 2.34 en 5.1 Omgevingswet. Daarbij zal getoetst moeten worden aan de omgevingswaarden uit het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl). Denk daarbij aan bijvoorbeeld geluidsbelasting, trillingshinder, fijnstof, et cetera. Het is inderdaad mogelijk om een aflopende termijn aan deze vergunning te verbinden, maar anders dan de tijdelijke vergunning onder het oude wettelijke regime (artikel 2.12 lid 1 onder a sub 2 Wabo jo. artikel 4 Bijlage II Bor) is de toets aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (artikel 8.0a lid 2 Bkl) niet anders c.q. beknopter dan wanneer dit wordt verleend voor een permanente duur.

Een dergelijke vergunning moet binnen vijf jaar worden omgezet in het permanente deel van het omgevingsplan zoals bedoeld in artikel 4.17 Ow, tenzij sprake is van een niet voortdurende activiteit. Voorts stelt artikel 7.4 Or dat participatie dient plaats te vinden. Dat is natuurlijk mogelijk maar voorstelbaar is dat daar de relevante omliggende bedrijven bij betrokken moeten worden. Samen met de uitvoeringslast, het permanent maken van die activiteit in een omgevingsplan en de participatie is deze tussentijdse oplossing in geval van handhaving weliswaar een van de weinige mogelijke oplossingen, maar is het geen werkelijke, snelle oplossing.

Lange termijn

Het college stelt de volgende processtappen op lange termijn voor:

- Het college geeft de opdracht om een onderzoek te starten of de functie 'Wonen' gegeven kan worden aan de betreffende panden;
- Uitkomsten van het onderzoek bespreken met de eigenaren en delen met de gemeenteraad.

Met deze lange termijn oplossing zou bereikt kunnen worden dat het probleem definitief wordt opgelost. Opgemerkt zij wel dat de duur van het onderzoek en het bespreken daarvan met de omwonenden en uw raad uitgaat van een lange termijn. Een dergelijk onderzoek lijkt in een kwartaal zeker uitvoerbaar. Door het college wordt niet duidelijk gemaakt waarom negen maanden een noodzakelijke termijn is.

Vooruitlopend op dit onderzoek kan worden vastgesteld dat de beoordeling van omgevingsfactoren voor de functie 'wonen' onder de omgevingswet an sich vermoedelijk niet zal leiden tot een hele andere conclusie dan onder het oude recht, hetgeen kennelijk aan het positief bestemmen in de weg heeft gestaan. Wel bieden artikelen 5.62, 5.85 en 5.96 Bkl mogelijkheden voor het gedeeltelijk buiten toepassing laten van omgevingsfactoren op het gebied van geluid, trilling en geur, indien er sprake is van een voormalige binding van gevoelige functie met een te beoordelen bedrijf. Geadviseerd wordt dan ook om de toepassing van deze artikelen nadrukkelijk onderdeel uit te laten maken van het onderzoek zoals het college dat voorstaat.

2. Planologisch kader

Navolgende beschouwing vindt plaats - gelet op de omvang van de opdracht - op hoofdlijnen. De woningen zijn gelegen in het bestemmingsplan 'Meppel – transformatiegebied Noordpoort', hetgeen welke van rechtswege onderdeel is geworden van het tijdelijke deel van het omgevingsplan.

De woningen aan De Boompjes en Molenhoek zijn gelegen in de bestemming 'Bedrijventerrein – MG'. Binnen de bestemmingsomschrijving zijn uitsluitend bedrijfsgebouwen toegestaan. Gelet op de begripsomschrijvingen in artikel 1.14, 1.17 en 1.37, gelezen in samenhang met artikel 27.1 zijn binnen de bestemming geen woningen toegestaan, ook geen bedrijfswoningen.

De woningen aan Noordeinde zijn gelegen in de bestemming 'Maatschappelijk – SLS'. Binnen de bestemmingsomschrijving zijn uitsluitend bedrijfsgebouwen toegestaan. Gelet op de begripsomschrijvingen in artikel 1.14, 1.17 en 1.37, gelezen in samenhang met artikel 33.1 zijn binnen de bestemming geen woningen toegestaan, ook geen bedrijfswoningen.

Het voorgaande betekent dat bij de totstandkoming van bestemmingsplannen niet alleen sprake is van het niet bestemmen van een feitelijk gebruik als woning maar ook van het niet positief bestemmen van een gebruik als bedrijfswoning. Het gevolg hiervan is dat, los van het voorliggende vraagstuk over het al dan niet toepassen van overgangsrecht, ook het gebruik als bedrijfswoning is wegbestemd. Het is toegestaan om een functie weg te bestemmen als uit het bestemmingsplan blijkt dat gedurende een planperiode de nieuwe functie (bedrijf dan wel maatschappelijk zonder woningen) wordt gerealiseerd. Het is evident in strijd met het recht om gedurende vijftig jaar een functie weg te bestemmen die evident wel aanwezig was. Dit kan leiden tot schadeplichtigheid jegens de eigenaren, afgezien van de vraag of deze vorderingen inmiddels niet verjaard zijn.

Of wegbestemmen inderdaad als onrechtmatig moet worden beschouwd onder het huidige regime van de Omgevingswet volgt onder meer uit memorie van toelichting.[1] Ook dient aandacht besteedt te worden aan de vraag of de eventuele aanwezigheid van latere vergunningen (zoals vergunningen voor aanbouwsels, of inrichtingstekeningen van omliggende bedrijven, waar de woningen op zijn aangegeven) kan leiden tot een verdere kwalificatie als legale aanwezigheid van de woningen. Dit kan onder omstandigheden het geval zijn. Naar deze omstandigheden is geen onderzoek verricht.

Duidelijk is dat het bestemmingsplan in casu formele rechtskracht heeft. Dit betekent – kortgezegd – dat het vaststellingsbesluit voor 'juist' moet worden gehouden, ondanks eventuele onjuistheid of strijdigheid met het recht. Dit leerstuk is een 'hard' leerstuk, onaantastbaarheid leidt tot einde van een rechtmatigheidsdiscussie. Dit dient wel nader genuanceerd te worden. De Centrale Raad van Beroep heeft in haar uitspraak van 21 september 2016 beoordeeld dat de formele rechtskracht van een besluit uitsluitend ziet op de met dat besluit tot stand gebrachte rechtsgevolgen en niet op de daaraan ten grondslag gelegde oordelen van feitelijke en juridische aard.[3] De Afdeling overweegt verder dat formele rechtskracht niet per definitie moet worden aangenomen indien deze leidt tot evidente onrechtmatigheid. In de genoemde zaken gaat het over evidente onrechtmatigheid van handhavingsbesluiten, maar deze lijn zou mogelijk kunnen worden doorgetrokken naar bestemmingsplannen met evidente onrechtmatigheid als dit leidt tot onevenredige gevolgen voor de belanghebbenden in kwestie.[4,5,6]

In het oude maar bekende arrest "Heesch/Van den Akker" heeft de Hoge Raad de leer van de formele rechtskracht aanvaard.[7] Er zijn echter uitzonderingen op deze leer, welke kunnen worden samengevat als volgt: De aan de gevolgen van formele rechtskracht verbonden bezwaren kunnen evenwel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard. Of voor zulk een uitzondering plaats is, hangt bijgevolg af van de bijzonderheden van het gegeven geval. Na het arrest "Heesch/Van den Akker" heeft de Hoge Raad nog enkele uitzonderingen op het leerstuk van de formele rechtskracht aanvaard, zijnde:

- de burger of bedrijf is door het bestuursorgaan op onjuist ingelicht met betrekking tot de mogelijk aan te wenden rechtsmiddelen;
- de burger of bedrijf mag van het bestuursorgaan begrijpen dat het besluit onrechtmatig is/was;
- de bestuursrechter heeft het besluit in stand gelaten maar kennelijk gehandeld in strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel;
- de burger mocht ervan uitgaan dat hij geen belanghebbende was.

1) Kamerstukken II 2014-2015, 33 962, nr. 12, p. 166, waar in het kader van de Omgevingswet het intrekken van een bestaande legale functie aldus wordt aangeduid dat die functie is 'wegbestemd'
2) HR, 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2563, r.o. 3.3.3
3) CRvB, 21 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3501
4) ABRvS, 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466
5) ABRvS, 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:623
6) ABRvS, 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:624
7) HR, 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9347

Hoewel ondergetekende met voorgaande de discussie niet wenst te vergroten, is het voor de beantwoording van de vraag omtrent overgangsrecht wel wenselijk om te beoordelen of deze bewoners/eigenaren slechts zelf een verantwoordelijkheid dragen voor het aantonen van hun bewoning in het kader van het overgangsrecht of dat er ook een andere onjuistheid aan de problematiek ten grondslag is, hetgeen het geval is. Of de onrechtmatigheid van de bestemmingsplanprocessen uit het verleden zo groot is dat de formele rechtskracht moet worden genegeerd is niet met zekerheid te zeggen. Uit jurisprudentie blijkt dat er wel ruimte bestaat voor de formele rechtskracht in het unierecht.[8] De lat voor het terzijde schuiven hiervan wordt over het algemeen hoog gelegd, maar gedurende vijftig jaar geen passende bestemming opnemen welke redelijkerwijs ook gerealiseerd kan worden, is minst genomen een bijzondere situatie.

3. Overgangsrecht

Meppel is niet de eerste of enige gemeente waar dergelijke problematiek speelt. Er heeft zich derhalve een standaardlijn in de jurisprudentie ontwikkeld, welke navolgend wordt behandeld. Hierbij wordt uitgegaan van het oude recht, nu het in casu gaat om problematiek welke voor 1 januari 2024 is ontstaan en de overgangsrechtelijke discussie wordt gevoerd op basis van een bestemmingsplan. Onder de Omgevingswet is, bij mijn weten en op dit moment, nog geen specifieke jurisprudentie verschenen. De Omgevingswet stelt niet verplicht overgangsrecht op te nemen. Bij het opstellen van een nieuw omgevingsplan, zoals het college mogelijk voorstaat in het kader van de 'lange termijn optie', dient dus te worden opgelet of overgangsrecht wordt opgenomen (als de betreffende functies positief worden geregeld, is dat natuurlijk niet meer nodig).

Verschillende typen overgangsrecht

Bij het vaststellen van een nieuw bestemmingsplan (of straks Omgevingsplan) geldt er geen verplichting om bestaand gebruik van grond of een bouwwerk dat in strijd is met het bestemmingsplan, zoals illegale permanente bewoning, positief te bestemmen of onder het overgangsrecht te brengen. Wel zijn er situaties denkbaar waarin het wenselijk is tijdelijk te voorzien in de mogelijkheid dit illegale gebruik onder het nieuwe bestemmingsplan dan wel omgevingsplan voort te zetten. Dit kan op een aantal verschillende manieren:

- *Algemeen overgangsrecht:* Het gaat hier om een zaaksgebonden overgangsrecht, waarbij het gebruik door de opvolgende rechthebbende kan worden voortgezet. Na de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan kan de bewoning niet altijd opnieuw onder algemeen overgangsrecht worden gebracht. Dit is alleen het geval als voldoende duidelijk is dat de bewoning stopt voor het einde van de nieuwe planperiode.[9] Als dit niet voldoende duidelijk is, kan het algemene overgangsrecht dus niet nog een keer worden gebruikt. Daarnaast geldt dat voor de toepasbaarheid van algemeen overgangsrecht het van belang is of de permanente bewoning illegaal of legaal is gestart. Op grond van artikel 3.2.2 lid 4 Besluit ruimtelijke ordening was het niet toegestaan illegaal aangevangen bewoning onder algemeen overgangsrecht te brengen. Derhalve is voor illegaal aangevangen bewoning alleen de toepassing van het persoonsgebonden overgangsrecht of de uitsterfregeling mogelijk.

- *Uitsterfregeling:* Bij de uitsterfregeling is sprake van een bijzondere vorm van positief, zaaksgebonden bestemmen, waarbij het gebruik waarop de uitsterfregeling betrekking heeft niet is toegestaan als het betreffende gebruik is gestaakt en niet binnen een bepaalde periode wordt hervat. In principe kan bewoning dus wel tijdelijk worden gestaakt en een volgende bewoner kan de bewoning voortzetten. Een uitsterfregeling biedt meer rechtszekerheid dan een persoonsgebonden overgangsrecht.

8) HvJ-EU, 20 mei 2021, ECLI:EU:C:2021:398
9) ABRvS, 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2518

- Gemeenten dienen vanuit het oogpunt van rechtszekerheid verplicht te onderzoeken of een uitsterfregeling mogelijk is. Als een gemeente persoonsgebonden overgangsrecht opneemt zonder een uitsterfregeling te onderzoeken, is een dergelijk besluit onvoldoende gemotiveerd.[10]

- *Persoonsgebonden overgangsrecht:* Het persoonsgebonden overgangsrecht is gebonden aan een persoon (de bewoner) en aan een functie (het gebruik). Als de bewoner aan wie het persoonsgebonden overgangsrecht is gebonden het gebruik staakt, kan het gebruik (anders dan bij de uitsterfregeling) niet worden hervat, ook niet door een andere persoon. In het bestemmingsplan kan permanente bewoning onder persoonsgebonden overgangsrecht worden gebracht. In artikel 3.2.3 Besluit ruimtelijke ordening was opgenomen dat persoonsgebonden overgangsrecht in het plan kan worden opgenomen als het achterwege laten van deze regeling leidt tot een onredelijke situatie. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft vastgesteld dat, wanneer bewoners wisten dat permanente bewoning niet was toegestaan, de conclusie kan worden getrokken dat gemeenten niet verplicht zijn om door middel van persoonsgebonden overgangsrecht de bewoning onder het nieuwe plan toe te staan.

Zoals hiervoor behandeld kon/kan de gemeenteraad persoonsgebonden overgangsrecht opnemen voor gevallen waarin het bestaande gebruik niet onder de werking van het algemene overgangsrecht zou vallen (artikel 3.2.2 Bro) en waarbij handhavend optreden tot een zogenoemde onbillijkheid van overwegende aard leidt (artikel 3.2.3 Bro). Van een dergelijke situatie is gelet op jurisprudentie sprake wanneer:

- Gedurende tientallen jaren permanente bewoning plaatsvindt zonder dat handhavend wordt opgetreden[11];
- Wanneer bewoning niet in strijd is met milieuwetgeving, er sprake is van rechtsreeks toegang tot de openbare weg en de invloed op de omgeving en het landschap beperkt is. N.b.: dit is een indicatief voorbeeld, van geval tot geval zou beoordeeld moeten worden of sprake is van negatieve invloed[12];
- Hierbij kan ook een hogere leeftijd van de bewoner meewegen[12].

Overigens is het van belang om te melden dat een nieuw bestemmingsplan een eerder afgegeven gedoogbeschikking niet doorkruist. Wel is om die reden persoonsgebonden overgangsrecht in dat nieuwe plan nodig.[13]

Het is mogelijk om in een bestemmingsplan zowel een uitsterfregeling als een regeling voor persoonsgebonden overgangsrecht op te nemen. Voor bewoners die onder de uitsterfregeling zijn gebracht is het, zoals gezegd, mogelijk het gebruik tijdelijk te onderbreken en weer te hervatten. Voor bewoners aan wie een persoonsgebonden omgevingsvergunning niet. Dit is volgens de Afdeling niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het gaat volgens de Afdeling om verschillende gevallen die een afzonderlijke regeling rechtvaardigen.[14]

Verzocht is om een voorbeeld te verstrekken van een verklaring van overgangsrecht, zoals de gemeente deze ambtelijk kennelijk voorheen mogelijk verstrekte. Dit voorbeeld zou uit kunnen wijzen dat er sprake is van persoonsgebonden overgangsrecht. Een dergelijke verklaring is niet verkregen. Wel is gewezen op informatie, afkomstig uit een Woo-verzoek. Bij deze informatie zijn e-mails aangetroffen waarin in algemene termen het algemene (gebruiks)overgangsrecht is toegelicht.

10) ABRvS, 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3390
11) ABRvS, 25 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3271
12) ABRvS, 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2147
13) ABRvS, 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5397
14) ABRvS, 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2459

Op grond van het voorgaande wordt voor nu aangenomen dat er sprake is van algemeen overgangsrecht en niet van persoonsgebonden overgangsrecht. De informatie in de procesnota geeft evenmin volledig (juiste) duidelijkheid hieromtrent. Aannemende dat de bewoners 'te goeder trouw' en (vermeend) legaal zijn gaan wonen. Dit maakt het algemeen overgangsrecht op zichzelf toepasbaar. Gelet op het feit dat er in casu sprake is geweest van meerdere opvolgende bestemmingsplannen kan op grond van de aangehaalde jurisprudentie betwijfeld worden of de bewoning wel werkelijk hieronder kan worden gebracht.

Dit gezegd hebbende en volgende dat het college en raad gelet op de gegeven omstandigheden voorgaande toepassingsdiscussie niet wil voeren, wordt nader ingezoomd op de toepassing van dit overgangsrecht en de daarmee samenhangende bewijslast.

Wel of geen toepassing overgangsrecht en bewijslast

Het is correct dat het in beginsel aan degene is, die zich op het overgangsrecht van een bestemmingsplan beroept, om de feiten en omstandigheden waarop dat berust aannemelijk te maken.[15,16,17] De bewijslast ligt daarmee bij de bewoner. Een onderbreking van dat gebruik betekent nog niet dat dit gebruik na hervatting ervan, voor de toepassing van het overgangsrecht, niet aan te merken is als voortgezet gebruik.[18] Of daarvan sprake is hangt af van de duur en de oorzaak van de onderbreking en de door betrokkene getoonde intentie het gebruik voort te zetten.

De vraag is alsdan waar de zwaarte van het bewijs aan dient te voldoen om de bewijslast goed in te vullen. Hieromtrent is het volgende te stellen. Wanneer pas na de peildatum (datum inwerkingtreding bestemmingsplan) iemand op het adres is ingeschreven levert dat een vermoeden op dat deze persoon elders zijn of haar hoofdverblijf had. Verklaringen van andere bewoners worden op zichzelf door de Afdeling als onvoldoende objectief beoordeeld en kunnen niet op juistheid worden gecontroleerd. Dit wordt echter anders indien diegenen die verklaringen afgeven een wisselende groep zonder belangen vertegenwoordigen, bijvoorbeeld oude bewoners, oude eigenaren, et cetera en deze verklaringen naar chronologie en strekking allemaal op elkaar aansluiten.

Wanneer verwezen wordt naar schriftelijke stukken, zoals een brief van het college, waaruit kan worden afgeleid dat gebruik voor de peildatum is aangevangen zonder dat dit expliciet verboden was, leidt tot een, voor degene die zich erop beroept, positief bewijs.

De conclusie die het college trekt in hoofdstuk 3 van de procesnota is, aangaande de daar behandelde jurisprudentie en bewijslast, op zichzelf beschouwd juist. Dit betekent dat bewoners in beginsel zelf de bewijslast dragen. Het is ook juist dat de aanwezigheid van gegevens, zoals het BRP, deze bewijslast niet omkeren. Sec ten aanzien van deze bewijslast kan nog wel het volgende worden gesteld: niet voor niets kiest de Afdeling de woorden 'in beginsel'. Dit betekent dat er ook situaties denkbaar zijn, waar de bewijslast genuanceerder ligt. Invullen wanneer dit het geval is, is sterk casuïstisch en een juridische beoordeling van de houdbaarheid van een dergelijke invulling voor het geval het komt tot een beroepsprocedure bij de Afdeling is niet goed te geven. Op basis van de jurisprudentie kan wel een aantal situaties worden bedacht, zoals die op de vorige pagina zijn behandeld, gecombineerd met evidente onrechtmatigheid. Een dergelijke omstandigheid zou bijvoorbeeld gelegen kunnen zijn in de onrechtmatigheid van de vastgestelde bestemmingsplannen tussen 1971 en heden.

15) ABRvS, 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2319
16) ABRvS, 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2579
17) ABRvS, 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2607
18) ABRvS, 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0092

4. Conclusie en beantwoording vragen raadsfracties

Vooreerst zal er een conclusie worden gevormd, waarna vervolgens de vragen van de raadsfracties worden beantwoord.

Geconcludeerd kan worden dat het gebruik van de woningen aan De Boompjes, Molenhoek en Noordeinde als burgerwoning in strijd met het tijdelijke deel van het omgevingsplan (het bestemmingsplan) is. Een nadere beschouwing leert dat echter ook gebruik als bedrijfswoning niet past binnen de bestemmingsregeling. Een gebruik dat wel past binnen de regeling, feitelijk zijnde bedrijfsgebouwen, is om veel andere redenen niet passend en evenmin voorstelbaar. Het gebruik van de woningen aan het Noordeinde, gelegen binnen een maatschappelijke bestemming, zou in theorie nog mogelijk kunnen zijn, maar is evenmin voorstelbaar. Deze nuancering moet wel worden aangebracht in de discussie omtrent het al dan niet toepassen van overgangsrecht, omdat eerst de vraag aan de orde is of het betreffende bestemmingsplan in casu wel formele rechtskracht moet worden toegedicht. Die vraag kan wegens de zeer casuïstische jurisprudentie niet eenduidig worden beantwoord maar wel kan worden gesteld dat 'de gemeente' goed weg komt indien deze discussie niet gevoerd wordt, planschadevorderingen niet succesvol zijn omdat voorgaande plannen dezelfde omissie bevatten en verdere vorderingen in het civielrecht verjaard zouden zijn.

Het college stelt een aantal oplossingen voor, betreffende de korte en lange termijn, alsmede voor het geval er wordt verzocht om handhaving. Ten aanzien van het consulteren van één bureau dat de gemeente betaald, maar het overgangsrecht voor bewoners uitzoekt, wordt opgemerkt dat dit niet erg onafhankelijk is en in strijd zou kunnen komen te verkeren met enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Indien het college – en in navolging de raad – dat wil, lijkt het beter om een gekwalificeerd bureau dat een bewoner zelf aandraagt, te bekostigen.

De BOPA-procedure lijkt in handhavingskwesties onvoldoende oplossing te bieden. Hoewel in deze memo niet behandeld, lijkt een route om handhavend optreden te weigeren te kunnen slagen wegens onevenredigheid, waardoor aan de noodzaak tot legalisering niet persé hoeft te worden toegekomen.

Ten aanzien van een herbestemmingsproces onder de Omgevingswet, is niet duidelijk waarom het door het college voorgestane onderzoek tot eind van dit jaar moet duren. Feitelijk op basis van sec deze casussen, is daar geen aanleiding voor. Geadviseerd wordt, bij de politieke wens de functie 'wonen' positief planologisch vast te leggen, de mogelijkheden van artikelen 5.62, 5.85 en 5.96 Bkl te verkennen.

Omdat de herbestemming complex kan zijn, is tussenliggend een nadere beschouwing van het overgangsrecht wel aangewezen. Het algemene overgangsrecht lijkt feitelijk niet meer van toepassing, omdat dit uitgaat van het oplossen van een overgangsrechtelijke situatie in de opvolgende planperiode. Deze periode is inmiddels voorbij. Indien dit genegeerd wordt en overgangsrecht wordt toegepast wordt, komt de bewijslast in beginsel aan diegene toe die zich daarop beroept. Ook hier zijn uitzonderingen op denkbaar. In relatie tot de geschetste bestemmingsproblematiek kan op zichzelf beschouwd worden dat het niet zo is dat bewijslast berustende bij bewoners het enige juiste is. Het is inderdaad zo dat de jurisprudentie de bewijslast in beginsel neerlegt bij diegene die zich erop beroept, maar dat impliceert ook dat er andere situaties denkbaar zijn.

Dit gezegd hebben kom ik toe aan het beantwoorden van uw vragen/standpunten. Dit doe ik per onderdeel.

1. *Het feitelijk gebruik van deze woningen is over een periode van tientallen jaren 'wonen' en niets anders dan 'wonen' geweest.*
   Antwoord: zie de verhandeling over de (on)rechtmatigheid van het bestemmingsplan in casu.

2. *Dat er geen woonbestemming op de panden zit, heeft niet te maken met de keuze van de bewoners, maar van een ongewenste en ingewikkelde planologisch juridische situatie.*
   Antwoord: daar heeft het wel alle schijn van. Wel moet altijd genuanceerd worden beschouwd dat het op zichzelf ook wel bijzonder is dat allerlei partijen deze woningen hebben aangekocht dan wel hierin hebben bemiddeld en niemand gedurende die periode de werkelijke consequenties van het planologische regime heeft aanschouwd.

3. *Om die reden behoort de bewijslast niet bij de bewoners te liggen, maar bij de gemeente.*
   Antwoord: Zie voorgaande conclusie. Formeel juridisch is dat, sec het overgangsrecht op zichzelf beschouwende, niet zo. Er zijn echter omstandigheden om hier wel voor te opteren.

4. *Er is gedurende de jaren een situatie ontstaan dat de bewoning van de panden feitelijk nooit als probleem is gezien en nog steeds niet. Daarom gaat de vergelijking met jurisprudentie (o.a. bij door het college aangehaalde dossiers, zoals permanente bewoning van recreatiewoningen) niet op.*
   Antwoord: De vergelijking met de jurisprudentie gaat mogelijk wel op, maar dient genuanceerd te worden (zie: 'in beginsel' ten aanzien van de bewijslast, de twijfel over de formele rechtskracht, de omvang van het probleem). De redenatie dat het probleem feitelijk niet als zodanig wordt gezien is juridisch niet zuiver. Beter is om te stellen dat de jurisprudentie genuanceerd moet worden, het probleem breder is dan sec een overgangsrechtelijke discussie (want: een onjuiste bestemmingsplanhistorie) en om die reden een ander beleid moet worden gevoerd.

5. *Het college vindt evenals de gemeenteraad dat de inspanning vanuit de kant van de gemeente erop gericht moet zijn onder de Omgevingswet de woningen een woonbestemming te geven.*
   Antwoord: Zie de suggestie over het onderzoek en de eventuele mogelijkheden uit het Besluit kwaliteit leefomgeving.

6. *Daarom is het redelijk dat in deze situatie de verklaring van overgangsrecht op verzoek kan worden afgegeven zonder dat de bewoner de bewoning hoeft aan te tonen.*
   Antwoord: Dat is vooral een politieke weging van een complexe juridische situatie.

Erop vertrouwende u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd, teken ik.

Met vriendelijke groet,

J.C. Vijfhuizen LL.B.
Juridisch adviseur