

Gemeenteraad van de gemeente Arnhem
t.a.v. mevrouw M. Hulshof
Postbus 5465
6802 EL ARNHEM

Per e-mail : Marieke.Hulshof@arnhem.nl

Nijmegen, 19 januari 2022

Ons kenmerk
Arnhem/Paasbergflat
20200954 - 2283300/3 - TL/nw

Telefoonnummer
024 - 382 83 38

E-mail
t.lam@hekkelman.nl

Faxnummer
024 - 382 83 88

Geachte mevrouw Hulshof,

Onlangs heeft u geconstateerd dat de omgevingsvergunning die de erfpachter van de Paasbergflat op 9 november 2020 heeft aangevraagd om af te wijken van het bestemmingsplan om wonen in de Paasbergflat mogelijk te maken, van rechtswege is verleend. U bent van plan om de vergunning van rechtswege binnenkort bekend te maken. U wilt weten of de erfpachter gelet op de voorbereidingsbesluiten die zijn genomen, van de vergunning van rechtswege gebruik kan maken. In dit advies beantwoord ik uw vraag.

Vorbereidingsbesluiten

Op 13 januari 2021 heeft de raad het voorbereidingsbesluit 'Bronbeeklaan 66' genomen. Het voorbereidingsbesluit is op 15 januari 2021 in werking getreden. Op grond van het voorbereidingsbesluit is het verboden het ten tijde van de inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit feitelijk bestaande en legaal aanwezige gebruik van de Paasbergflat te wijzigen. Doel van het voorbereidingsbesluit is de bestaande situatie te bevriezen, zodat nieuwe ontwikkelingen die in de weg staan aan de verwezenlijking van de beoogde nieuwe (woon)bestemming niet mogelijk zijn en aan te kondigen dat een nieuw bestemmingsplan daarvoor wordt voorbereid.

Een voorbereidingsbesluit vervalt, indien niet binnen een jaar na de datum van inwerkingtreding daarvan een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd.¹ Het voorbereidingsbesluit is op 15 januari 2022, omdat in de tussentijd geen ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, vervallen.

¹ Artikel 3.7 lid 5 Wro.

Eind december 2021 heeft de raad een nieuw voorbereidingsbesluit genomen. Het nieuwe voorbereidingsbesluit is op 3 januari 2022 in werking getreden. Dit voorbereidingsbesluit bevat hetzelfde gebruiksverbod als het vorige voorbereidingsbesluit. Het gebruik voor woondoeleinden is op grond van dit voorbereidingsbesluit (dus ook) niet toegestaan.

Verhouding voorbereidingsbesluit en omgevingsvergunning van rechtswege

Ik ben van mening dat het oude voorbereidingsbesluit eraan in de weg stond en het nieuwe voorbereidingsbesluit eraan in de weg staat dat van de omgevingsvergunning van rechtswege gebruik gemaakt worden. Ik licht dat toe.

Een in een voorbereidingsbesluit vastgelegd gebruiksverbod staat eraan in de weg dat ongewenst gebruik wordt gestart. Ook gebruik dat vergund is, maar nog niet feitelijk plaatsvindt op de datum van inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit, wordt geraakt door het gebruiksverbod.

Een gebruiksverbod heeft geen betrekking op gebruik dat feitelijk al was aangevangen op het moment van inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit.

Een en ander blijkt uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3469):

"5.2. Naar het oordeel van de Afdeling is voor het antwoord op de vraag of het in onderdeel 3 van het voorbereidingsbesluit van 3 maart 2016 neergelegde gebruiksverbod van toepassing is op deze aanvraag, doorslaggevend of het uitvaarthuis voor de inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit feitelijk in gebruik was genomen voor de in de aanvraag vermelde activiteiten, waarvoor - naar tussen partijen niet in geschil is - niet in voldoende parkeergelegenheid op eigen perceel is voorzien. Blijkens de gedingstukken was dat niet het geval. Dit betekent dat het gebruik van het perceel nog niet was gewijzigd ten behoeve van de vestiging van een uitvaarthuis als bedoeld in onderdeel 3. Hieruit vloeit voort dat het in dat onderdeel neergelegde gebruiksverbod om bouwwerken te wijzigen ten behoeve van de vestiging van uitvaarthuizen van toepassing is op deze aanvraag, nu niet in geschil is dat het gebruik als uitvaarthuis zoals dat is aangevraagd hetzelfde is als het gebruik als uitvaarthuis als bedoeld in het voorbereidingsbesluit.

De rechtbank is daarom terecht tot de conclusie gekomen dat het voorbereidingsbesluit in de weg staat aan het verlenen van de gevraagde omgevingsvergunning."

Voor een heel recent voorbeeld verwijst ik naar de Afdelingsuitspraak van 22 december 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:2926):

"5.2. Over het gebruik van de woning voor het wonen door meer dan één huishouden overweegt de Afdeling als volgt. Zoals blijkt uit eerdere uitspraken van de Afdeling (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3196 en de door [appellant] genoemde uitspraak van 19 december 2018), is in een geval als hier aan de orde beslissend of voor de inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit het gebruik van het pand, in dit geval voor het wonen door meer dan één huishouden, feitelijk heeft plaatsgevonden. Voorbereidende handelingen met het oog op een voorgenomen vorm van

gebruik, zoals de verbouwing van een pand om dit geschikt te maken voor kamerbewoning, kunnen niet worden aangemerkt als een dergelijk gebruik. Van een wijziging van het gebruik is ook nog geen sprake op het moment dat de voorbereidende handelingen zijn afgerond. Doorslaggevend is of de betreffende activiteit feitelijk heeft plaatsgevonden.

Tussen partijen is niet in geschil dat de woning in 2018 enkele maanden is gebruikt voor het wonen door meer dan één huishouden. Ook is niet in geschil dat dit feitelijke gebruik in mei 2018 is beëindigd en rond maart 2019 weer is aangevangen. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het feit dat de woning wel verhuurd was aan Interwel met kamerbewoning als doel, niet afdoet aan het feit dat ongeveer zes maanden voor de peildatum en op de peildatum 30 november 2018 geen sprake was van feitelijk gebruik van de woning voor kamerbewoning. Dat Interwel mogelijk wachtte op een positief besluit op bezwaar, en dat dit de reden was dat er geen feitelijke bewoning plaatsvond van 15 november 2018 tot de peildatum van 30 november 2018, doet er niet aan af dat het gebruik van de woning daarna is gewijzigd in strijd met het gebruiksverbod onder 2 in het voorbereidingsbesluit.

De omstandigheden van de zaak waar [appellant] naar heeft verwezen, verschillen van de omstandigheden in de voorliggende zaak. In de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2019 is het gebruik van een pand als bakkerij na een faillissement alleen een korte periode - anderhalve maand - onderbroken, waarbij al na drie dagen duidelijk was dat het gebruik kon en zou worden voortgezet. Op de peildatum in die zaak was het pand wel in gebruik als bakkerij en die zaak draaide om gebruiksovergangsrecht van een bestemmingsplan en ononderbroken gebruik na de peildatum.

Het betoog slaagt niet.”.

Dat betekent dat zowel het oude als het nieuwe voorbereidingsbesluit eraan in de weg staat dat van de omgevingsvergunning van rechtswege gebruik wordt gemaakt.

Gebruik voor wonen dat illegaal plaatsvindt

Er wordt op dit moment in de Paasbergflat gewoond. Deze woonactiviteiten zijn gestart na de inwerkingtreding van het vorige voorbereidingsbesluit en zijn dus in strijd met het in dat voorbereidingsbesluit vastgelegde gebruiksverbod. Inmiddels is een nieuw voorbereidingsbesluit genomen. Ook met dat voorbereidingsbesluit is het gebruik in strijd.

Op 28 december 2021 is een voornemen tot opleggen van een last onder dwangsom verzonden ter zake het illegale gebruik van de Paasbergflat voor woondoeleinden. De vraag rijst of de vergunning van rechtswege dit gebruik legaliseert. In deze paragraaf beantwoord ik deze vraag.

Een omgevingsvergunning van rechtswege treedt niet, zoals de meeste andere omgevingsvergunningen, in werking de dag nadat het besluit is bekendgemaakt. Artikel 6.1 lid 4 van de Wabo bepaalt namelijk dat de inwerkingtreding van een omgevingsvergunning van rechtswege wordt opgeschort totdat de bezwaartermijn is verstreken. Derde belanghebbenden kunnen gedurende deze termijn bezwaar maken en door middel van een verzoek om voorlopige voorziening voorkomen dat de

omgevingsvergunning van rechtswege na afloop van de bezwaartermijn in werking treedt.

Aangezien de vergunning van rechtswege is verleend, er geen inhoudelijke belangenafweging aan de vergunning ten grondslag ligt en uit het weigeringsbesluit blijkt dat er volgens burgemeester en wethouders sprake is van strijd met een goede ruimtelijke ordening en een evidente privaatrechtelijke belemmering, is de kans groot dat de omgevingsvergunning van rechtswege op een daartoe strekkend verzoek van een derde belanghebbende door de voorzieningenrechter geschorst wordt. In dat geval kan het handhavingstraject voortgezet worden. Vervolgens kan de omgevingsvergunning van rechtswege in bezwaar alsnog geweigerd worden. Bewoning blijft dan in strijd met het voorbereidingsbesluit en het bestemmingsplan, zodat daartegen handhavend kan worden opgetreden.

Dat ligt wellicht anders als de omgevingsvergunning van rechtswege in werking zou treden. In dat geval geldt dat het gebruik voor woondoeleinden is aangevangen vóór de inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit. Als voor dat gebruik een vergunning van rechtswege gold ten tijde van het van kracht worden van het nieuwe voorbereidingsbesluit, geldt dit gebruik als feitelijk bestaand legaal gebruik waaraan het gebruiksverbod gelet op de rechtspraak die ik in de vorige paragraaf besproken heb, niet in de weg staat. Tegen deze redenering zouden burgemeester en wethouders kunnen inbrengen dat er dan in feite terugwerkende kracht zou toekomen aan de inwerkingtreding van de omgevingsvergunning van rechtswege. De wet bevat geen grondslag voor deze terugwerkende kracht. Ik kan echter niet uitsluiten dat de bestuursrechter oordeelt dat burgemeester en wethouders zich niet op het ontbreken van de bekendmaking van de omgevingsvergunning kunnen beroepen, omdat burgemeester en wethouders in strijd met de wet hebben gehandeld door de omgevingsvergunning niet eerder, vóór de inwerkingtreding van het nieuwe voorbereidingsbesluit, bekend te maken.

Voor de goede orde: het gaat daarbij uitsluitend om gebruik dat past in de omgevingsvergunning van rechtswege en plaatsvond ten tijde van het kracht worden van het nieuwe voorbereidingsbesluit.

Conclusie

Uit het bovenstaande advies volgt dat vanwege het in het voorbereidingsbesluit vastgelegde gebruiksverbod van de omgevingsvergunning van rechtswege geen gebruik gemaakt kan worden.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.



T.E.P.A. Lam
advocaat