

# MEMO

---

AAN : College van burgemeester en wethouders  
CC :  
VAN : Tycho Lam  
DATUM : 28 augustus 2022  
BETREFT : Advies voorbereidingsbesluit

---

De minister gaat een omgevingsvergunning (voor het afwijken van het bestemmingsplan) verlenen om de opvang van asielzoekers mogelijk te maken in hotel 't Elshuys in Albergen. De minister heeft laten weten dat het COA daarvoor op korte termijn bij de minister een vergunningaanvraag zal indienen. De minister heeft verder laten weten dat het de bedoeling is om op de bij het hotel behorende gronden units te plaatsen voor de opvang van asielzoekers. Daarvoor zal een rijksinpassingsplan voorbereid worden.

De gemeente gaat er op basis van de mededelingen van de minister vanuit dat het niet de bedoeling is om in het bestaande hotel ten behoeve van de huisvesting van de asielzoekers bouwvergunningplichtige bouwwerkzaamheden te verrichten.

Burgemeester en wethouders willen weten in hoeverre de gemeenteraad door een voorbereidingsbesluit te nemen een stok in de wielen van de plannen van de minister en het COA kan steken. Verder willen zij weten in hoeverre er gehandhaafd kan worden als het COA zonder of in afwijking van de benodigde omgevingsvergunning het hotel in gebruik neemt of daar vergunningplichtige bouwactiviteiten verricht. In dit memo beantwoord ik beide vragen.

De conclusies van het memo luiden als volgt:

- **Door een voorbereidingsbesluit ontstaat een aanhoudingsplicht voor de omgevingsvergunning voor bouwvergunningplichtige bouwwerkzaamheden. De minister heeft geen bevoegdheid om deze aanhoudingsplicht te doorbreken.**
- **In een voorbereidingsbesluit kan een gebruiksverbod opgenomen worden. De minister heeft geen bevoegdheid om het gebruiksverbod opzij te zetten.**
- **In een voorbereidingsbesluit kan aan het gebruiksverbod een vergunningplicht gekoppeld worden om van het gebruiksverbod af te wijken. De bevoegdheid om over deze vergunning te besluiten, ligt bij burgemeester en wethouders. De minister heeft mogelijkheden om deze vergunningplicht naar zich toe te trekken.**

- **Het voorbereidingsbesluit biedt op papier mogelijkheden om de besluitvorming door de minister te frustreren en/of te vertragen. Op papier, omdat de inzet van het instrument van het voorbereidingsbesluit gegeven het nationaal belang dat met de opvang van asielzoekers wordt gediend, misbruik van bevoegdheid oplevert. De minister zal daarom in weerwil van het voorbereidingsbesluit omgevingsvergunning verlenen. Ik ben van mening dat dat besluit in rechte stand houdt, omdat de rechter het voorbereidingsbesluit vanwege de doorkruising van de doorzettingsmacht van het Rijk onverbindend zal verklaren of buiten toepassing zal laten.**
- **Bovendien wordt het voorbereidingsbesluit door het aangekondigde rijksinpassingsplan opzij gezet. Het voorbereidingsbesluit zou de plannen van het COA dus hooguit een aantal maanden kunnen vertragen.**
- **Door een voorbereidingsbesluit te nemen, geeft de raad het signaal af dat hij achter de inwoners van Albergen staat in hun verzet tegen de komst van de asielzoekers. Omdat de rechter naar mijn stellige overtuiging aan het voorbereidingsbesluit voorbij zal gaan, is sprake van symboolpolitiek.**
- **Het voorbereidingsbesluit zou kunnen leiden tot verdere verharding van het verzet tegen de vestiging van asielzoekers in het hotel en (daarmee) tot verdergaande polarisatie.**
- **Bovendien moet de gemeente er rekening mee houden dat de gemeente door een voorbereidingsbesluit te nemen haar plaats aan de onderhandelingstafel bij de minister verspeelt. De wellicht zeer beperkte mogelijkheden die er voor de gemeente nog zijn om invloed uit te oefenen op de plannen van het COA, zou de gemeente kunnen verspelen.**
- **Burgemeester en wethouders zijn alleen belast met de handhaving voor zover zij bevoegd gezag zijn. Dat is niet het geval voor zover de minister bevoegd gezag voor de omgevingsvergunning is. Dat is het geval zodra een vergunningaanvraag bij de minister wordt ingediend. Voor zover burgemeester en wethouders bevoegd gezag zijn, geldt dat zij in de regel tegen een geconstateerde overtreding moeten optreden. Dat is alleen anders als er sprake is van bijzondere omstandigheden. Concreet zicht op legalisatie is zo'n bijzondere omstandigheid. Er is in dit geval sprake van concreet zicht op legalisatie als een aanvraag omgevingsvergunning is ingediend en burgemeester en wethouders oordelen dat de verwachting gerechtvaardigd is dat de omgevingsvergunning verleend zal kunnen worden.**

- **Gelet op de maatschappelijke commotie lijkt het me ongewenst dat het COA aan de slag gaat voordat de benodigde omgevingsvergunningen verleend zijn en de rechter een oordeel heeft kunnen vellen over de voorlopige rechtmatigheid daarvan. Ik zou me heel goed kunnen voorstellen dat burgemeester en wethouders het signaal afgeven dat zij niet kunnen en zullen accepteren als het COA daarop vooruitloopt.**

Hierna treft u de toelichting aan die bij bovenstaande conclusies hoort aan. Deze toelichting is als volgt opgebouwd. Deel A van dit advies is gewijd aan het voorbereidingsbesluit. In paragraaf 1 wordt ingegaan op de gevolgen van een voorbereidingsbesluit voor gebruiksactiviteiten (paragraaf 1.1) en bouwactiviteiten (paragraaf 1.2). In paragraaf 2 zet ik de voor- en nadelen op een rij. Deel B van dit advies gaat over de handhavingsbevoegdheid en handhavingsmogelijkheden van burgemeester en wethouders.

## **A. Het voorbereidingsbesluit**

### **1. Algemeen**

Een voorbereidingsbesluit is een verklaring van de gemeenteraad dat een bestemmingsplan wordt voorbereid (artikel 3.7 lid 1 van de Wro). In deze paragraaf belicht ik de gevolgen van een voorbereidingsbesluit voor gebruik (hieronder versta ik: al het gebruik waarvoor geen omgevingsvergunning voor bouwen vereist is) en de omgevingsvergunning om te bouwen.

#### *1.1 Gevolgen voor gebruiksactiviteiten*

Deze paragraaf gaat over de gevolgen van het voorbereidingsbesluit voor gebruiksactiviteiten waarvoor geen omgevingsvergunningplicht voor de activiteit bouw geldt. De minister heeft aangekondigd dat de omgevingsvergunning die het COA gaat aanvragen betrekking zal hebben op gebruiksactiviteiten waarvoor geen omgevingsvergunning voor bouwen vereist is.

Om te voorkomen dat het hotel minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van de bestemming die op grond van het nieuwe bestemmingsplan - waarvan de gemeenteraad in het voorbereidingsbesluit moet verklaren dat het wordt voorbereid - aan het hotel en de omliggende gronden zal worden toegekend, kan in het voorbereidingsbesluit worden bepaald dat het verboden is het gebruik van daarbij aangewezen gronden of bouwwerken te wijzigen. Dat staat in artikel 3.7 lid 4 van de Wro.

In het voorbereidingsbesluit kan in aanvulling daarop worden bepaald dat met een omgevingsvergunning van het verbod kan worden afgeweken.

Artikel 3.7 lid 4 van de Wro luidt:

*"4 Om te voorkomen dat een bij een voorbereidingsbesluit aangewezen gebied minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van een daaraan bij het plan te geven bestemming, kan bij het besluit tevens worden bepaald dat het verboden is het gebruik van daarbij aangewezen gronden of bouwwerken te wijzigen. Hierbij kan*

*mede worden bepaald dat binnen de bij het voorbereidingsbesluit te geven regels bij een omgevingsvergunning van het verbod kan worden afgeweken.”.*

Als de gemeente het COA de voet dwars wil zetten om het hotel voor de opvang van asielzoekers te gaan gebruiken, zou in het voorbereidingsbesluit het verbod vastgelegd kunnen worden dat het verboden is het bestaande gebruik te wijzigen.

Het voorbereidingsbesluit dat het bewonersoverleg heeft opgesteld, bevat zo’n verbod. Het verbod is vastgelegd onder 2 van het voorbereidingsbesluit: “te bepalen dat het verboden is het gebruik van de gronden en bouwwerken in het gebied waarop het voorbereidingsbesluit van toepassing is te wijzigen.” Tevens bevat het voor betreffende voorbereidingsbesluit een bevoegdheid voor burgemeester en wethouders om met een omgevingsvergunning van het verbod af te wijken: “te bepalen dat burgemeester en wethouders bij omgevingsvergunning van het onder 2. en 3. genoemde verbod kunnen afwijken voor het gebruik overeenkomstig de bestemming ‘Horeca’ en ‘Agrarisch’.”

Wat is het gevolg van zo’n gebruiksverbod?

Op grond van de wet (artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo) is het verboden om zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan of een voorbereidingsbesluit voor zover toepassing is gegeven aan artikel 3.7, vierde lid, tweede volzin, van de Wro.

Vervolgens staat in de wet (artikel 2.12 lid 1 onder d van de Wabo) dat een omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik (artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo) alleen kan worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en, indien de activiteit in strijd is met een voorbereidingsbesluit, met toepassing van de in het voorbereidingsbesluit opgenomen regels inzake afwijking.

Artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo luidt:

*“1 Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:*

*(...)*

*c. het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, een beheersverordening, een exploitatieplan, de regels gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of 4.3, derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening of een voorbereidingsbesluit voor zover toepassing is gegeven aan artikel 3.7, vierde lid, tweede volzin, van die wet,”.*

Artikel 2.12 lid 1 onder d van de Wabo luidt:

*“1 Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, kan de omgevingsvergunning slechts worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en:*

(...)

*d indien de activiteit in strijd is met een voorbereidingsbesluit: met toepassing van de in het voorbereidingsbesluit opgenomen regels inzake afwijking.”.*

Bevat een voorbereidingsbesluit een gebruiksverbod met een daaraan gekoppeld omgevingsvergunningstelsel, dan is voor de huisvesting van asielzoekers in het hotel dus (ook) een omgevingsvergunning vereist voor het afwijken van het voorbereidingsbesluit.

Voor deze omgevingsvergunning is de minister geen bevoegd gezag (artikel 3.2 van het Bor). De minister is namelijk alleen bevoegd voor de omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan, maar niet voor die om af te wijken van een voorbereidingsbesluit. De minister heeft dan dus de medewerking van burgemeester en wethouders nodig om de huisvesting van asielzoekers in het hotel mogelijk te maken. En als burgemeester en wethouders deze medewerking weigeren, ontbreekt één van de vereiste toestemmingen.

Artikel 3.2 van het Besluit Omgevingsrecht bepaalt:

*"Onze Minister of Onze Minister wie het aangaat in overeenstemming met Onze Minister, is bevoegd te beslissen op een aanvraag indien het project bestaat uit activiteiten als bedoeld in:*

- a. artikel 2.1, eerste lid, onder a, b, c of g, van de wet in gevallen waarin toepassing is gegeven aan artikel 3.28, vierde lid, van de Wet ruimtelijke ordening;*
- b. artikel 2.1, eerste lid, onder c, en waarbij ten behoeve van de verwezenlijking van een project van nationaal belang, met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 2°, voor zover het betreft de opvang van asielzoekers of andere categorieën vreemdelingen, en onder 3°, van de wet, van het bestemmingsplan of de beheersverordening wordt afgeweken.”.*

Sub a van artikel 3.2 ziet op de situatie dat er een inpassingsplan wordt vastgesteld waarin de minister als bevoegd gezag wordt aangewezen. Deze situatie is hier niet aan de orde.

Sub b geeft de minister uitsluitend de bevoegdheid om af te wijken van het bestemmingsplan of de beheersverordening en dus níét van een voorbereidingsbesluit. De minister kan dus geen vergunning verlenen om af te wijken van het (het gebruiksverbod in het) voorbereidingsbesluit ex. artikel 2.1 lid 1 onder c en 2.12 lid 1 onder d van de Wabo. Die bevoegdheid blijft bij het college van burgemeester en wethouders.

Verder is nog relevant dat de raad gelet op de tweede volzin van artikel 3.7 lid 4 van de Wro niet verplicht is om een afwijkmogelijkheid van het gebruiksverbod op te nemen in het voorbereidingsbesluit. De gemeenteraad zou er (anders dan het bewonersoverleg heeft voorgesteld) voor kiezen om geen afwijkmogelijkheid in het voorbereidingsbesluit op te nemen. In dat geval bestaat er geen bevoegdheid voor burgemeester en wethouders om af te wijken van het gebruiksverbod en kan dus geen vergunning worden verleend voor de huisvesting van asielzoekers in het hotel.

## 1.2 Gevolgen voor bouwactiviteiten

Zodra een voorbereidingsbesluit in werking treedt, ontstaat er een aanhoudingsplicht voor aanvragen om een omgevingsvergunning bouwen die na het van kracht worden van het voorbereidingsbesluit worden ingediend (artikel 3.3 van de Wabo).

Artikel 3.3 van de Wabo luidt:

*"Om te voorkomen dat in een bestemmingsplan begrepen grond minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van de daaraan bij het plan te geven bestemming dan wel om een overeenkomstig het plan verwezenlijkte bestemming te handhaven en te beschermen, kan bij het bestemmingsplan worden bepaald, dat het verboden is om binnen een bij dat plan aangegeven gebied zonder omgevingsvergunning:*  
*a. bepaalde werken, geen bouwwerken zijnde, of werkzaamheden uit te voeren;*  
*b. bouwwerken te slopen."*

In de vorige paragraaf heb ik aandacht besteed aan de beslissingsbevoegdheid van de minister. Die heeft betrekking op de omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan (artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo). De minister is op grond van artikel 3.2 van het Bor niet bevoegd voor de activiteit bouwen (artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wabo).

Vergelijk artikel 3.2 onder a en onder b van het Bor. Onder a wordt voor wat betreft het rijksinpassingsplan naast de omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik (artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo) ook de omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit (artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wabo) genoemd. Onder b wordt alleen de omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik genoemd. Dat op grond van de kruimelregeling door middel van een kruimelvergunning ook bouwactiviteiten mogelijk gemaakt kunnen worden, maak dat niet anders. Ook voor die bouwactiviteiten is een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen vereist. En voor de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen zijn burgemeester en wethouders bevoegd.

Dat betekent niet dat de minister geen mogelijkheden heeft om ook de beslissingsbevoegdheid voor de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen naar zich toe te trekken. Deze kan de minister ontleen aan artikel 2.4 lid 4 en lid 5 van de Wabo. Lid 4 geeft de minister de bevoegdheid om te bepalen dat hij bevoegd is te besluiten over een omgevingsvergunning voor een bij zijn besluit aangewezen project indien dat geboden is in het algemeen belang. Bovendien volgt uit lid 5 dat de minister bevoegd gezag is voor andere omgevingsvergunningen zodra hij de omgevingsvergunning gebruik verleend heeft (het adagium dat aan lid 5 ten grondslag ligt is: eenmaal bevoegd gezag, altijd bevoegd gezag).

## **2. Voor- en nadelen**

Het voordeel van een voorbereidingsbesluit voor gebruik met omgevingsvergunningenstelsel (het voorstel van het bewonersoverleg) is dat voor het gebruik van het hotel als asielzoekerscentrum ook een omgevingsvergunning van burgemeester en wethouders vereist is. Zolang burgemeester en wethouders deze omgevingsvergunning niet verleend hebben en natuurlijk ook als de omgevingsvergunning wordt geweigerd, mag het COA het hotel niet voor de

opvang van asielzoekers gebruiken. Het voordeel van het gebruiksverbod met een vergunningplicht is dus dat een extra juridische hobbel wordt opgeworpen.

Het nadeel is dat de kans dat het plan van het COA om in het hotel asielzoekers op te vangen daadwerkelijk wordt vertraagd of kan worden tegengehouden uitermate klein is. Het is immers volstrekt duidelijk dat het oogmerk van het gebruiksverbod is om de huisvesting van asielzoekers in het hotel te voorkomen. Om die huisvesting mogelijk te maken heeft de regering de minister in het Bor de bevoegdheid gegeven om zelf een omgevingsvergunning te verlenen als sprake is van aan nationaal belang. Door het gebruiksverbod in het voorbereidingsbesluit op te nemen, wordt die bevoegdheid doorkruist. Ervan uitgaande dat er voor wat betreft de opvang van asielzoekers op dit moment sprake is van een nationaal belang (ik zie geen ruimte om dat te bestrijden) zal de rechter (moeten) oordelen dat het gebruiksverbod onverbindend is/buiten toepassing moet worden gelaten. Het voorbereidingsbesluit is ervoor bedoeld om te voorkomen dat gebruiks- en bouwactiviteiten die passen in het bestemmingsplan maar die de raad niet meer wenselijk vindt en die hij in een nieuw bestemmingsplan niet langer mogelijk wil maken, vooruitlopend op het nieuwe bestemmingsplan worden benut. In dit geval is het gebruik als asielzoekerscentrum in strijd met het bestemmingsplan. Het voorbereidingsbesluit wordt daarmee niet ingezet om nieuw ruimtelijk beleid te verwezenlijken, maar om te voorkomen dat de minister de gemeente overruilt. Daar is het voorbereidingsbesluit niet voor bedoeld. Het gebruiksverbod zal er dus niet aan in de weg staan dat het COA zijn plannen verwezenlijkt.

Voor zover de rechter zou toekomen aan de inhoudelijke boordeling van het weigeringsbesluit van burgemeester en wethouders is de vraag of burgemeester en wethouders een weigeringsgrond aan hun besluit ten grondslag kunnen leggen die hout snijdt. Als het besluit van de minister om de omgevingsvergunning te verlenen, in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening wordt geoordeeld, kunnen burgemeester en wethouders de omgevingsvergunning alleen weigeren omdat zij niet willen dat asielzoekers in het hotel worden gehuisvest. Aangezien die afweging bij de minister ligt, zal de op dit punt gegeven motivering door burgemeester en wethouders niet rechtmatig (kunnen) zijn.

Samengevat. Door een voorbereidingsbesluit met een gebruiksverbod en een daarvan gekoppeld vergunningstelsel te nemen, geeft de gemeenteraad het signaal af aan de minister en het COA dat hij het niet eens is met de gang van zaken. De bewoners van Albergen zullen zich in hun strijd tegen de plannen van het COA gesteund voelen door de gemeenteraad.

Het voorbereidingsbesluit zal er echter niet toe leiden dat de vestiging van het asielzoekerscentrum wordt vertraagd of niet doorgaat. Het is daarmee in belangrijke mate symboolpolitiek.

Het is de vraag of het de positie van de gemeente kan schaden. Die vraag laat zich lastig beantwoorden. De gemeente moet er rekening mee houden dat zij zich door

een voorbereidingsbesluit te nemen, buiten de wedstrijd plaatst. Het zou ertoe kunnen leiden dat de beperkte ruimte die er wellicht nog is om de plannen van het COA te beïnvloeden, tot nul reduceert. Bovendien geeft het de bewoners van Albergen valse hoop en zouden zij zich gesterkt kunnen voelen in het verzet tegen de beoogde opvang. Het voorbereidingsbesluit zou daardoor kunnen bijdragen aan een verdere verharding en polarisatie.

Voor een voorbereidingsbesluit met een gebruiksverbod zonder vergunningenstelsel geldt in feite hetzelfde. Belangrijk verschil is dat burgemeester en wethouders niet in positie worden gebracht. Ook dit voorbereidingsbesluit zal naar mijn stellige overtuiging door de rechter onverbindend verklaard worden of buiten toepassing worden gelaten.

Dan het voorbereidingsbesluit zonder gebruiksverbod. Zo'n voorbereidingsbesluit heeft alleen gevolgen voor de activiteit bouwen. Zolang het alleen gaat over gebruik, wordt het COA door het voorbereidingsbesluit niet gehinderd. Hiervoor hebben we gezien dat burgemeester en wethouders in beginsel bevoegd gezag zijn voor het bouwen. Als de minister een kruimelvergunning zou aanvragen die ook bouwen omvat, dan zijn burgemeester en wethouders in beginsel het bevoegde gezag voor de activiteit bouwen. Door een voorbereidingsbesluit (zonder gebruiksverbod) te nemen, wordt een drempel opgeworpen voor het verlenen van de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen ongeacht wel bestuursorgaan bevoegd is op die aanvraag te besluiten. Aanvragen om omgevingsvergunning moeten worden aangehouden.

Ik ben mening dat ook dit voorbereidingsbesluit door de rechter opzij gezet zal worden, omdat het de doorzettingsmacht die aan de minister is toegekend doorkruist. Maar zelfs als het voorbereidingsbesluit tot gevolg zou hebben dat er geen omgevingsvergunning voor bouwen verleend kan worden, omdat deze moet worden aangehouden, zal het slechts tot vertraging leiden. Door middel van een rijksinpassingsplan kan de minister het voorbereidingsbesluit hoe dan ook opzij zetten.

## **B. Handhaving**

In de wet staat dat 'het bevoegd gezag' tot taak heeft zorg te dragen voor de bestuursrechtelijke handhaving. Dat betekent dat niet burgemeester en wethouders, maar de minister bevoegd gezag is om de omgevingsvergunning die de minister verleent, te handhaven.

Zolang er nog geen omgevingsvergunning bij de minister is aangevraagd, zijn burgemeester en wethouders mijns inziens bevoegd gezag. Een beslissing omtrent handhaving, al of niet na een daartoe strekkend verzoek, moet tegen de volgende achtergrond beoordeeld worden.

Het is vaste rechtspraak dat bestuursorganen in geval van een overtreding in de regel handhavend moeten optreden. Onder bijzondere omstandigheden kan van hen worden gevergd om dat niet te doen. Eén van die bijzondere omstandigheden

is dat er sprake is van concreet zicht op legalisatie. Daarvoor is in dit geval vereist dat er een aanvraag omgevingsvergunning ligt die naar verwachting verleend zal kunnen worden.

Dat betekent dat handhavend optreden in beginsel rechtmatig als er in het hotel asielzoekers gehuisvest zouden worden voordat er een vergunningaanvraag bij de minister is ingediend. Datzelfde geldt voor bouwwerkzaamheden die worden uitgevoerd voordat er een bouwaanvraag is ingediend. Is er eenmaal een vergunningaanvraag ingediend dan zal beoordeeld moeten worden of naar verwachting vergunning verleend kan worden.

Gelet op de maatschappelijke commotie lijkt het me ongewenst dat het COA aan de slag gaat voordat de benodigde omgevingsvergunningen verleend zijn en de rechter een oordeel heeft kunnen vellen over de voorlopige rechtmatigheid daarvan. Ik zou me heel goed kunnen voorstellen dat burgemeester en wethouders het signaal afgeven dat zij niet kunnen en zullen accepteren als het COA daarop vooruitloopt.