gemeente Tubbergen

B&W Advies | Tubbergen

zaaknummer 5.1.2i

Onderwerp: Juridische mogelijk- en onmogelijkheden voorbereidingsbesluit en handhaving 't Elshuys Albergen

Auteur: [redacted]
Portefeuillehouder: Wethouder Bekhuis-Groothuis
Embargo: Niet openbaar

Advies
Om de raad niet voor te stellen om een voorbereidingsbesluit te nemen.

Samenvatting
Er is afgewogen wat de onmogelijk en mogelijkheden zijn van een voorbereidingsbereidingsbesluit en in hoeverre er kan worden gehandhaafd als het COA zonder of in afwijking van de benodigde omgevingsvergunning het hotel in gebruik neemt of vergunningplichtige bouwwerkzaamheden verricht.

Beoogd effect/doel en Rolbeschrijving participatie
Een antwoord formuleren op de uitdrukkelijke wens van de omwonenden dat de gemeenteraad een voorbereidingsbesluit neemt.

Aanleiding
Naar aanleiding van een overleg met een deel van het college op 26 augustus 2022 met een aantal omwonenden van hotel 't Elshuys is in dat overleg expliciet aan het college de vraag gesteld of er een voorbereidingsbesluit kan worden worden vastgesteld. Tijdens dat overleg hebben omwonenden een conceptvoorbereidingsbesluit overhandigd, welke is bijgevoegd als bijlage 1.
Het is dan ook voor het college de vraag of ze de gemeenteraad wel of niet gaat voorstellen om een voorbereidingsbesluit vast te stellen.
Het is in dat kader van belang dat eerst vanuit juridisch oogpunt wordt beoordeeld in hoeverre een voorbereidingsbesluit een spreekwoordelijke stok in de wielen van de plannen van minister en het COA kan stelen.
Verder is de vraag in hoeverre er kan worden gehandhaafd als het COA zonder of in afwijking van de benodigde omgevingsvergunning het hotel in gebruik neem of dat vergunningplichtige bouwactiviteiten verricht.
In een memo van [redacted] advocaten worden deze twee vragen beantwoord. Zijn memo is bijgevoegd als bijlage 2.

Argumenten en afwegingen
De conclusies van deze memo zijn 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. [redacted] is 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 de stellige overtuiging van [redacted] 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.

In de memo is een toelichting gegeven op bovenstaande conclusies. Deze toelichting is als volgt opgebouwd. Deel A van het 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 [redacted] de voor- en nadelen op een rij. Deel B van dit advies gaat over de handhavingsbevoegdheid en handhavingsmogelijkheden van burgemeester en wethouders. De memo is opgenomen als bijlage 2.

Financiële paragraaf
n.v.t.

Communicatie paragraaf
De omwonenden worden maandagochtend 29 augustus 2022 in een gesprek over dit besluit geïnformeerd.

Vervolgprocedure
n.v.t.