

Gemeente Winterswijk
T.a.v. de heer C. Ortelee en de heer P-J. van Dijk
Postbus 101
7100 AC WINTERSWIJK

Per e-mail : corteleee@winterswijk.nl; pdijk@winterswijk.nl

Nijmegen, 17 april 2023

Ons kenmerk	Telefoonnummer
Gemeente Winterswijk / Advies Kottenseweg 128-132 20221593 - 2561437/1 - TL/	024 - 382 83 38

E-mail	Faxnummer	Betreft
t.lam@hekkelman.nl	024 - 382 83 88	Advies

Geachte heren,

De gemeente heeft ons gevraagd te adviseren over de locatie Kottenseweg 128-132. In deze brief treft u ons advies aan. Het advies is als volgt opgebouwd. In paragraaf 1 schetsen wij de relevante achtergrond en geven wij de adviesvragen weer. Paragraaf 2 zoomen wij in op het geldende bestemmingsplan. We beantwoorden de vraag welke rechten en verplichtingen uit het bestemmingsplan voortvloeien. In paragraaf 3 staan de (on)mogelijkheden van een bestemmingsplanherziening centraal. In deze paragraaf komen onder meer de conceptplanregels van het (voor)ontwerpbestemmingsplan 'Kottenseweg 128 – 132' aan bod. Paragraaf 4 bevat de conclusie van dit advies.

1. Achtergrond en adviesvragen

Aan de Kottenseweg 132 in Winterswijk ligt een oude maalderij. Op het naastgelegen perceel, aan de Kottenseweg 128, staat de (voormalige) bijbehorende bedrijfswoning.

Ter plaatse van de Kottenseweg 128 en 132 geldt het bestemmingsplan 'Kottenseweg 132'. Het bestemmingsplan maakt de bouw van vijf grondgebonden woningen en de verbouw van de maalderij tot vijf appartementen mogelijk. De overige bebouwing rond de voormalige maalderij dient op grond van het bestemmingsplan te worden gesloopt. Tot de te slopen bebouwing behoort onder meer de bedrijfswoning aan de Kottenseweg 128.

De vijf grondgebonden woningen zijn inmiddels gerealiseerd. Tot op heden is nog niet gestart met de verbouw van de maalderij. De bedrijfswoning aan de Kottenseweg 128-130 is nog niet gesloopt en wordt momenteel gebruikt als (gesplitste) reguliere woning.

De gemeente overweegt verschillende scenario's ten aanzien van de bedrijfswoning aan de Kottenseweg 128-130. Eén van de mogelijke scenario's is dat de bedrijfswoning positief wordt bestemd. Een ander mogelijk scenario is dat een nieuw bestemmingsplan met een voorwaardelijke (sloop)verplichting wordt vastgesteld.

In verband met afweging die moet worden gemaakt, wilt u weten of in de planregels de verbouw van de maalderij en de inrichting van het openbaar gebied (waaronder waterberging en parkeren) kan worden afgedwongen, door aan het toestaan van de woning aan de Kottenseweg 128 een voorwaardelijke (sloop)verplichting te koppelen. In dat licht heeft u ons ook gevraagd om te beoordelen of de (bedrijfs)woning aan de Kottenseweg 128 onder het (gebruiks)overgangsrecht valt.

Naar aanleiding van telefonisch overleg heeft u ons gevraagd om ook te beoordelen wat de juridische houdbaarheid van de planregels uit het vigerende bestemmingsplan is. Meer concreet gaat het om de in artikel 5.2.6 opgenomen sloopverplichting en de in artikel 5.4.2 opgenomen verplichting tot inrichting van het terrein. U wilt onder meer weten wat de gevolgen zijn als de conclusie is dat de bepalingen juridisch niet houdbaar zijn.

2. Vigerend bestemmingsplan

2.1. Huidig planologisch regime

Ter plaatse van de maalderij aan de Kottenseweg 132 en de woning aan de Kottenseweg 128 geldt het (onherroepelijke) bestemmingsplan 'Kottenseweg 132'. Op de maalderij rust de bestemming 'Wonen'.

Ter plaatse van de woning aan de Kottenseweg 128 geldt de bestemming 'Verkeer – Verblijfsgebied'. Een woning past niet binnen die bestemming.

Met het bestemmingsplan is onder meer beoogd de beeldkwaliteit en de landschappelijke inpassing ter plaatse te verbeteren. Daarom is in het bestemmingsplan onder meer een sloopverplichting opgenomen voor ontsierende bebouwing. Die sloopverplichting heeft onder meer betrekking op de woning aan de Kottenseweg 128. De sloopverplichting staat in artikel 5.2.6 onder b van de planregels. Daarnaast bevatten de planregels een bepaling die beoogt een goede landschappelijke inrichting van het terrein te borgen. Het betreft artikel 5.4.2 van de planregels.

2.2. Overgangsrechtelijke bescherming (bedrijfs)woning?

De eerste vraag die relevant is voor dit advies, is of het gebruik van de woning aan de Kottenseweg 128 als reguliere burgerwoning onder het (gebruiks)overgangsrecht van artikel 16 van de planregels valt.

Op grond van artikel 16.2.1 van de planregels mag het gebruik van grond en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan, en hiermee in strijd is, worden voortgezet. Artikel 16.2.4 van de planregels bepaalt dat artikel 16.2.1 niet van toepassing is op het gebruik dat reeds in strijd was met het

voorheen geldende bestemmingsplan, daaronder begrepen de overgangsbepalingen van dat plan.

Ten eerste is relevant wat het planologische regime was op grond van het voorgaande bestemmingsplan. Het voorgaande bestemmingsplan betreft het bestemmingsplan 'Integrale herziening buitengebied Winterswijk' (vastgesteld op 28 februari 2011). Ter plaatse van de Kottenseweg 128 gold de bestemming 'Bedrijf'. Op grond van de planregels (artikel 4.1.1 onder f) was het bestaande aantal bedrijfswoningen toegestaan.

Onder 'bedrijfswoning' werd volgens de planregels verstaan: *"een woning in of bij een gebouw of op een terrein, kennelijk slechts bedoeld voor (het huishouden van) een persoon, wiens huisvesting daar gelet op de bestemming van het gebouw of het terrein noodzakelijk is;"*.

Wij hebben van u begrepen dat destijds sprake was van één bestaande bedrijfswoning (met inwoning) en dat die bedrijfswoning destijds als zodanig is vergund.

U heeft ons laten weten dat de woning aan de Kottenseweg 128 al lange tijd gebruikt wordt als reguliere woning. De bedrijfsvoering op het bijbehorende perceel is al lange tijd beëindigd (sinds de jaren 90). Wij hebben van u begrepen dat sindsdien veel verloop is geweest in inschrijvingen in de BRP en dat de bewoners die ingeschreven stonden geen binding hadden met het bedrijf op het perceel. Inmiddels is de woning zonder de daarvoor benodigde omgevingsvergunning bouwkundig gesplitst. Dat betekent dat er sprake is van twee woningen. Beide woningen worden voor reguliere woondoeleinden gebruikt. Van bedrijvigheid op het perceel is geen sprake.

Het gebruik van de woning(en) als zelfstandige reguliere burgerwoning(en) was in strijd met het voorgaande bestemmingsplan. Het splitsen van de woningen ook.

Vervolgens is ook nog relevant of het gebruik van de woning(en) onder het overgangsrecht van het voorgaande bestemmingsplan viel. In dat geval is het gebruik immers alsnog legaal. Het voorgaande bestemmingsplan bevatte hetzelfde (gebruiks)overgangsrecht als het huidige bestemmingsplan. Evenals op grond van het huidige bestemmingsplan ('Kottenseweg 132'), mocht op grond van het voorgaande bestemmingsplan ('Integrale herziening buitengebied Winterswijk') strijdig gebruik worden voortgezet (artikel 38.2.1), tenzij het gebruik ook in strijd was met het daarvoor geldende bestemmingsplan, daaronder begrepen de overgangsbepalingen van dat plan (artikel 38.2.3). Op ruimtelijkeplannen.nl is géén bestemmingsplan beschikbaar dat gold vóór vaststelling van het bestemmingsplan 'Integrale herziening buitengebied Winterswijk' (dus vóór 2011). Uit de plantoelichting bij dat plan leiden wij af dat dat plan twee plannen heeft vervangen: het bestemmingsplan 'Winterswijk West' uit 1987 en het bestemmingsplan 'Winterswijk Oost' uit 1989. U heeft ons laten weten dat op grond van die plannen ter plaatse van de Kottenseweg 128 uitsluitend een bedrijfswoning was toegestaan en dat de woning ook als zodanig werd gebruikt toen die plannen werden vastgesteld. Gelet op dat uitgangspunt had het bestemmingsplan 'Integrale herziening buitengebied Winterswijk' geen legaliserende werking.

Samenvatting

Ervan uitgaande dat het gebruik van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 als reguliere burgerwoning(en) nooit als zodanig is bestemd en/of is vergund en dat het gebruik ook niet onder het overgangsrecht uit de voorgaande bestemmingsplannen viel, wordt het gebruik van de woning(en) niet beschermd door het overgangsrecht van het vigerende bestemmingsplan.

Zoals in paragraaf 2.1 van dit advies uiteen is gezet, is het perceel aan de Kottenseweg 128 in het huidige bestemmingsplan bestemd als 'bestemming 'Verkeer – Verblijfsgebied'. Een woning past niet binnen die bestemming. Het gebruik van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 in strijd met het bestemmingsplan. Tegen dat gebruik kan handhavend opgetreden worden.

2.3. Juridische houdbaarheid sloopverplichting van artikel 5.2.6 van de planregels
U heeft mij gevraagd de juridische houdbaarheid van artikel 5.2.6 van de planregels te beoordelen. Ook wilt u weten wat de gevolgen zijn wanneer de conclusie is dat deze bepalingen niet juridisch houdbaar zijn.

Artikel 5.2.6 onder b van de planregels (bestemming 'Wonen') bepaalt:

"5.2.6 Specifieke bouwregels

a. (...)

b. *Onverminderd het bepaalde in 5.1 onder a moet de bestaande bedrijfswoning met het huisnummer 128 gesloopt zijn uiterlijk één jaar na het verlenen van de omgevingsvergunning voor de bouw van de vijfde nieuwe grondgebonden woning."*

Wij veronderstellen dat is beoogd in artikel 5.2.6 een voorwaardelijke verplichting vast te leggen. Gelet op de redactie houdt deze bepaling echter geen voorwaardelijke verplichting in. Er wordt een directe verplichting opgelegd tot sloop van de woning aan de Kottenseweg 128. Dat in de planregel is bepaald dat de sloop moet plaatsvinden één jaar na het verlenen van de omgevingsvergunning bouwen, leidt niet tot een andere conclusie. De omgevingsvergunning bouwen is immers sowieso nodig en de bepaling is geen weigeringsgrond voor de bouwvergunning. De verplichting had gekoppeld moeten worden aan ingebruikname/ gebruiken van gronden en/of bouwwerken.

Een dergelijke gebodsbepaling is in strijd met artikel 3.1 van de Wro. Dit volgt ook uit vaste Afdelingsrechtspraak. Zie ter vergelijking bijvoorbeeld ABRS 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2820, r.o. 30.2:

"Artikel 46, lid 46.2 van de planregels komt naar het oordeel van de Afdeling in feite neer op een directe verplichting tot verwezenlijking van de aan de gronden gegeven bestemming. Daarmee strekt deze planregel verder dan het opnemen van een voorwaardelijke verplichting, zoals die in de jurisprudentie van de Afdeling is aanvaard. Het gaat hier namelijk om een bestaand bedrijf dat wat het gebruik betreft als zodanig is bestemd. De opgenomen regeling komt er voor de gronden aan [locatie 14] op neer dat het gebruik van dit bedrijf moet worden gestaakt en pas weer mag aanvangen als de groenbestemming is verwezenlijkt. Een dergelijke gebodsbepaling is in strijd met artikel

3.1, eerste lid, van de Wro (vergelijk de uitspraak van 26 april 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1125))."

Of ABRS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1125, r.o. 9.4:

"De aanleg van de benodigde waterberging is in het plan niet opgenomen in een voorwaardelijke verplichting. Voor zover de raad in het verweerschrift stelt dat in artikel 8, lid 8.2, van de planregels is gewaarborgd dat de benodigde waterberging wordt gerealiseerd, overweegt de Afdeling als volgt. Anders dan de raad ter zitting heeft gesteld, houdt deze bepaling gelet op de redactie ervan geen voorwaardelijke verplichting in, maar wordt hiermee een directe verplichting opgelegd tot verwezenlijking van de aan de gronden gegeven bestemming. Een dergelijke gebodsbepaling is naar het oordeel van de Afdeling in strijd met artikel 3.1, eerste lid, van de Wro. Deze bepaling komt dan ook voor vernietiging in aanmerking. Nu uit het besluit en de plantoelichting blijkt dat de raad de aanleg van de benodigde waterberging noodzakelijk acht met het oog op de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan, heeft hij deze ten onrechte niet voorwaardelijk verplicht gesteld in het plan. De Afdeling volgt de raad niet in zijn stelling ter zitting dat de aanleg van de watervoorzieningen voldoende is gewaarborgd via de realisatieovereenkomst en via het waterschap. Daarbij is van belang dat de realisatieovereenkomst voor derden niet afdwingbaar is en niet is gesteld of gebleken dat voor de uitvoering van het plan een vergunning van het waterschap is vereist."

Het bestemmingsplan is onherroepelijk. Om die reden kan niet meer tegen het bestemmingsplan zelf worden opgekomen. Wanneer echter een besluit dat is gebaseerd op deze bepalingen bij de bestuursrechter komt (het meest voor de hand liggende besluit is een handhavingsbesluit), kan de bestuursrechter deze bepaling vanwege evidente strijdigheid met artikel 3.1 van de Wro door middel van exceptieve toetsing onverbindend verklaren. Handhaving van de planregel zal daarom lastig zijn.

In een procedure tegen een besluit op grond van een bestemmingsplanregeling kan worden aangevoerd dat de bestemmingsplanregeling in strijd is met een hogere regeling. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling kan een bestemmingsregeling onverbindend worden verklaard indien de bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regeling. Voor evidentie is onder meer vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor toetsing daaraan bij wijze van exceptie leent. Een gebodsbepaling is evident in strijd met artikel 3.1 van de Wro.

Overigens is er in onze optiek ook nog een andere reden waarom de sloopverplichting van artikel 5.2.6 onder b van de planregels niet gehandhaafd kan worden. Artikel 5 van de planregels heeft uitsluitend betrekking op de gronden met de bestemming 'Wonen'. De woning(en) aan de Kottenseweg 128 lig(t)(gen) echter binnen de bestemming 'Verkeer -Verblijfsgebied'. Daargelaten dat een directe sloopverplichting sowieso niet mogelijk is, kan een regel die betrekking heeft op de bestemming 'Wonen' geen betrekking hebben op gronden met een andere bestemming. Een voorwaardelijke verplichting voor een bepaalde bestemming moet ofwel opgenomen worden in de planregels die betrekking hebben op de betreffende bestemming, ofwel in de algemene regels (zodat de voorwaardelijke verplichting voor alle bestemmingen geldt).

De conclusie dat de sloopverplichting van artikel 5.2.6 onder b van de planregels niet juridisch houdbaar is (en dus niet handhaafbaar), laat echter onverlet dat het gebruik van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 sowieso in strijd is met het vigerende bestemmingsplan is en dat het gebruik niet wordt beschermd door het overgangsrecht. Zie hierover paragraaf 2.2 van dit advies. Er kan dus sowieso handhavend opgetreden worden. In dat kader kan vervolgens ook worden bezien of met de eigenaar en bewoner(s) van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 afspraken gemaakt kunnen worden dat het gebruik van de woning(en) alleen wordt gelegaliseerd, mits de oude maalderij omgebouwd wordt tot vier of vijf woningen. De vraag of een dergelijke koppeling in de planregels van het nieuwe bestemmingsplan kan worden vastgelegd, komt in paragraaf 3.2 van dit advies aan bod.

2.4. Juridische houdbaarheid inrichtingsverplichting van artikel 5.4.2 van de planregels
Artikel 5.4.2 van de planregels bepaalt:

*"5.4.2 Voorwaardelijke verplichting
Uiterlijk binnen één jaar na de bouw van de vijfde grondgebonden woning dienen de gezamenlijke buitenterreinen en groenelementen uit het inrichtingsplan te zijn uitgevoerd conform Bijlage 2 bij deze planregels."*

Met deze bepaling is beoogd om te borgen dat de gezamenlijke buitenterreinen en groenelementen conform het inrichtingsplan gerealiseerd worden. Alhoewel uit de titel van het artikel volgt dat deze bepaling is bedoeld als voorwaardelijke verplichting, moet ook deze bepaling gelet de redactie ervan worden geduid als een gebodsbepaling. Er wordt immers een directe verplichting opgelegd om gezamenlijke buitenterreinen en groenelementen te realiseren. Ook deze bepaling zou daarom waarschijnlijk bij de rechter onverbindend verklaard worden wegens evidente strijdigheid met artikel 3.1 van de Wro. Hetzelfde geldt overigens voor de verplichting in artikel 5.4.3 met betrekking tot de waterhuishouding.

3. Herziening bestemmingsplan

3.1. Mogelijkheid planologisch borgen realiseren verbouw maalderij

Eén van de scenario's die de gemeente overweegt, is om in een nieuw bestemmingsplan 'Kottenseweg 128-132' alsnog de woning aan de Kottenseweg 128 toe te staan. Aan de woning wordt dan de bestemming 'Wonen' toegekend. De vraag is aan de orde of de verbouw van de maalderij planologisch kan worden geborgd door aan het toestaan van de woning aan de Kottenseweg 128 een voorwaardelijke (sloop)verplichting te koppelen.

De redenering is dan dat het illegale gebruik van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 alleen gelegaliseerd kan worden als de maalderij wordt verbouwd. Die redenering houdt in de bestuursrechtelijke procedure alleen stand als de koppeling ruimtelijk noodzakelijk is. Aan het noodzakelijkheidsvereiste zou bijvoorbeeld voldaan worden als op de maalderij een bedrijfsbestemming zou rusten die tot gevolg heeft dat ter plaatse van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 geen sprake is van een goede ruimtelijke ordening zolang ter plaatse van de maalderij bedrijfsactiviteiten worden uitgeoefend. Daarvan is

geen sprake. De bedrijfsactiviteiten zijn jaren geleden al gestaakt en ter plaatse van de maalderij geldt een woonbestemming die eraan in de weg staat dat de voormalige bedrijfsmatige activiteiten worden hervat. Gelet op de feitelijke bestaande situatie ter plaatse betwijfelen wij ten zeerste of uit oogpunt van het vereiste van een goede ruimtelijke ordening onderbouwd kan worden dat de woning(en) aan de Kottenseweg 128 alleen positief bestemd kunnen worden als de maalderij (kort gezegd) wordt herontwikkeld.

3.2. Overige voorwaardelijke verplichtingen

U heeft ons verder de concept planregels toegestuurd van het (voor)ontwerpbestemmingsplan 'Kottenseweg 128 – 132'. In de concept planregels zijn de regels met betrekking tot landschappelijke inrichting en waterhuishouding uit het vigerende bestemmingsplan één op één overgenomen.

Zoals wij hiervoor hebben uitgewerkt, zijn die planregels juridisch niet houdbaar, omdat deze een directe verplichting bevatten. Deze planregels zouden daarom bij de bestuursrechter voor vernietiging in aanmerking komen. Om de regels als voorwaardelijke verplichting te formuleren (die wel door de bestuursrechter wordt geaccepteerd) zal de redactie moeten worden aangepast. De verplichting zal gekoppeld moeten worden aan het gebruik van de gronden en/of bouwwerken. Hieronder doen wij een suggestie voor artikel 5.4.2. Dit voorbeeld kan ook worden toegepast op de overige als voorwaardelijke verplichting bedoelde bepalingen.

"5.4.2 Voorwaardelijke verplichting inrichting

Het gebruiken of laten gebruiken van gronden en/of bouwwerken aan de Kottenseweg 128 overeenkomstig deze bestemming is alleen toegestaan indien uiterlijk één jaar na ingebruikname van de woning aan de Kottenseweg 128 de gezamenlijke buitenterreinen en groenelementen overeenkomstig het inrichtingsplan zoals opgenomen in Bijlage 2 van deze planregels, zijn gerealiseerd en in stand worden gehouden."

4. Conclusie

De huidige sloop- en inrichtingsverplichting uit het geldende bestemmingsplan zijn juridisch niet houdbaar. Hoewel deze zijn bedoeld als voorwaardelijke verplichtingen, moeten deze gelet op de redactie ervan worden aangemerkt als gebodsbepalingen. Gebodsbepalingen zijn niet verenigbaar met artikel 3.1 van de Wro. Wanneer een besluit op grond van deze bepalingen bij de bestuursrechter komt, zal de bestuursrechter deze bepalingen waarschijnlijk door middel van exceptieve toetsing onverbindend verklaren. Ook in het nieuwe bestemmingsplan zijn dergelijke bepalingen daarom niet mogelijk. In paragraaf 3.2 van dit advies hebben wij een suggestie gedaan voor een juridisch houdbare voorwaardelijke verplichting.

De (on)verbindendheid van de voorwaardelijke verplichting doet niet af aan de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen het gebruik van de woning(en) aan de Kottenseweg 128. Het gebruik van de woning(en) aan de Kottenseweg 128 is in strijd met het vigerende bestemmingsplan en valt niet onder het overgangsrecht.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.



T.E.P.A. Lam
Advocaat



A. Tuqan
Advocaat