



Nijmegen

AANTEKENEN

Allen & Overy LLP

T.a.v. dr. mr. R. van der Hulle en dr. mr. L.A.J. Spaans

Apollolaan 15

1077 AB Amsterdam

Datum 22 november 2022

Betreft 2^e Dwangsombesluit strijdig gebruik
bestemmingsplan, flitsbezorging,
Hessenberg 10, Nijmegen

Geachte heren Van der Hulle en Spaans,

Hierbij vragen wij uw bijzondere aandacht voor het volgende.

Dwangsombesluit d.d. 26 januari 2022

Op 26 januari 2022 hebben wij uw cliënt, Flink B.V. gevestigd te Amsterdam, met toepassing van artikel 5:32 Algemene wet bestuursrecht (Awb) juncto artikel 125 van de Gemeentewet, een last onder dwangsom¹ opgelegd wegens het handelen in strijd met het bestemmingsplan 'Nijmegen Centrum Binnenstad' en de overtreding van artikel 2.1 lid 1 c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo).

Verbeuring volledige dwangsom

Na de inwerkingtreding van het dwangsombesluit is op verschillende momenten door een toezichthouder, belast met de handhaving van de ruimtelijke regelgeving, geconstateerd dat de flitsbezorgingsactiviteiten vanuit het pand aan de Hessenberg 10 voortduren. Inmiddels is de volledige dwangsom ter grootte van € 10.000,- van rechtswege verbeurd. Het dwangsombesluit van 26 januari 2022 is hiermee gevolgen en uitgewerkt. Met betrekking tot de invordering van de dwangsommen wordt binnenkort een afzonderlijke procedure gestart.

Vooraanschrijving

In onze brief van 2 september 2022² hebben wij uw cliënt gelast om de genoemde overtreding binnen één week te (laten) beëindigen en beëindigd te (laten) houden. Voorts hebben wij aangekondigd dat wij voornemens zijn, bij voortdurend van de overtreding, een nieuwe hogere last onder dwangsom op te leggen. Gelijktijdig hebben wij uw cliënt in de gelegenheid gesteld om uw zienswijze over dit voornemen kenbaar te maken.

Postadres

Gemeente Nijmegen
SR30
Postbus 9105
6500 HG Nijmegen

Bezoekadres

Korte Nieuwstraat 6
6511 PP Nijmegen

T 14 024

nijmegen.nl

Contactpersoon

E. Tielkes
e.tielkes@nijmegen.nl
T 024 – 329 90 55

Uw kenmerk

0139195-0000001
EUO1:2006916138.6

Ons kenmerk

D220882604

¹ Met kenmerk D220061925

² Met kenmerk D220834527

Uw zienswijze

In de brief van d.d. 9 september 2022 heeft u namens uw cliënt een zienswijze ingediend. Deze zienswijze beschouwen wij als herhaald en ingelast. Samengevat luidt de zienswijze als volgt:

1. Flink is van mening dat er sprake is van detailhandel en er daarom geen grondslag is voor een handhavend optreden.
2. Flink zal op zeer korte termijn tegen de uitspraak van de Rechtbank beroep instellen bij de Afdeling.
3. Flink verwijst naar een vergelijkbare handhavingsprocedure tegen een vestiging van Flink in de gemeente Utrecht. Na een uitspraak van de Rechtbank Midden Nederland van 26 juli 2022 heeft Flink hoger beroep ingesteld en in aanvulling op dat hoger beroep heeft Flink de voorzieningenrechter van de Afdeling verzocht om het treffen van een voorlopige voorziening. Dit verzoek zal op 15 september 2022 worden behandeld.
4. De kwalificatie van de bedrijfsvoering van Flink staat niet in rechte vast.
5. Handhaving is op dit moment onevenredig.
6. Flink verzoekt om afzien of aanhouden van de 2^e last onder dwangsom, dan wel om een langere begunstigingstermijn.
7. Flink stelt vast dat de motivering van de voorzieningenrechters in parallelle uitspraken over het begrip 'detailhandel' op wezenlijke punten van elkaar verschilt.

Onze reactie op de zienswijze is als volgt:

Ad 1 en 7

Voor de interpretatie van het begrip 'detailhandel' verwijzen wij u naar de begripsbepalingen uit het geldende bestemmingsplan en de uitspraak van de Rechtbank d.d. 3 augustus 2022³. Dit betekent dat de activiteit 'flitsbezorging' niet voldoet aan de definitie van detailhandel.

Ad 2, 3, 4

De gemeente heeft een beginselplicht tot handhaven. Daarbij behoort het tot de mogelijkheden om met toepassing van artikel 5:32 Awb een last onder dwangsom op te leggen. Na het vollopen van een last onder dwangsom en de uitwerking van een dergelijk besluit, kan een nieuwe last onder dwangsom worden opgelegd. Ook wanneer een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom nog niet in rechte onaanastbaar is, kan het college, zonder dat de wet daaraan in de weg staat, besluiten om een nieuwe last onder dwangsom op te leggen.

U geeft aan dat binnenkort beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank. Het staat u vrij om van dit rechtsmiddel gebruik te maken. Voor de voortzetting van het handhavingstraject is het niet noodzakelijk dat het eerder genomen handhavingsbesluit een onherroepelijke status heeft.

Ad 5

U stelt dat de handhaving op dit moment onevenredig is en wijst op onder andere personele consequenties na sluiting van het filiaal. Flink BV heeft zich op 1 november 2021

³ ECLI:NL:RBGEL:2022:4194

in het pand gevestigd, zonder zich vooraf voldoende te laten informeren over de gebruiksmogelijkheden van het pand. Vanaf 17 november 2021 is Flink BV bekend met het feit dat het gebruik van het pand, in strijd is met de gegeven bestemming. Ondanks de lopende handhavingsprocedure en de uitspraak van de Rechtbank, heeft Flink BV de flitsbezorgingsactiviteiten aan de Hessenberg 10 voortgezet en zelfs uitgebreid. Uw cliënt heeft hiermee bewust een bepaald risico genomen.

Vrijwel direct na de vestiging van Flink BV aan de Hessenberg in november 2021, zijn meerdere klachten vanuit de woonbuurt ingediend bij de gemeente. Met de vestiging van het bedrijf en de daaruit ontstane overlast, worden de belangen van de omwonenden geschaad. Zij moeten erop kunnen vertrouwen dat wettelijke voorschriften worden gehandhaafd en dat bij gesignaleerde overtredingen adequaat wordt opgetreden. Wij zijn van mening dat er daarom geen sprake is van onevenredigheid als het gaat om voortzetting van de handhavingsprocedure.

Ad 6

De eerder opgelegde last onder dwangsom heeft niet geleid tot beëindiging van de overtreding. Het pand aan de Hessenberg 10 wordt nog steeds in strijd met het geldende bestemmingsplan gebruikt. Wij zien op dit moment geen redenen om af te zien van voortzetting van handhaving, dan wel uw cliënt een langere begunstigingstermijn te geven. Uw cliënt heeft voldoende mogelijkheden om de overtreding te (laten) beëindigen en uw cliënt kan gebruik maken van de diverse rechtsmiddelen.

Uw zienswijze is voor ons geen aanleiding om af te zien van het opleggen van een bestuurlijke maatregel.

Bestemmingsplan

Het perceel aan de Hessenberg 10, kadastraal bekend als gemeente Nijmegen, sectie C nummer 8857, is opgenomen in het bestemmingsplan 'Nijmegen Centrum-Binnenstad' en is hierin bestemd als 'Gemengd-4'. De voor 'Gemengd - 4' aangewezen gronden zijn onder meer bestemd voor:

- cultuur en ontspanning, detailhandel, dienstverlening, kantoren, maatschappelijke voorzieningen en wonen, met dien verstande dat nieuwe geluidsgevoelige functies alleen zijn toegestaan voor zover voldaan wordt aan de Wet geluidhinder;
- bedrijven voor zover deze voorkomen in categorie 1 en 2 van de Staat van bedrijfsactiviteiten.

De flitsbezorgingsactiviteiten worden niet aangemerkt als detailhandelsactiviteiten⁴ en worden ook niet als bedrijfsmatige activiteit genoemd op de Staat van bedrijfsactiviteiten, behorende bij het geldende bestemmingsplan. De flitsbezorgingsactiviteiten zijn daarmee niet toegestaan.

Voortdurende overtreding

Bij een controlebezoek op woensdag 14 september 2022, heeft een toezichthouder, belast met de handhaving van de ruimtelijke regelgeving, vastgesteld dat het pand aan de Hessenberg 10 in strijd met het geldende bestemmingsplan wordt gebruikt en de overtreding van artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo voortduurt.

⁴ Zie de eerdergenoemde uitspraak van de Rechtbank d.d.3 augustus 2022 (ECLI:NL:RBGEL:2022:4194)

Overtreding Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)

Met het gebruik van het pand ten behoeve van flitsbezorgingsactiviteiten handelt uw cliënt in strijd met de gebruiksbepalingen uit het bestemmingsplan en artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)⁵.

In de memorie van toelichting bij artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo staat dat onder de term “gebruiken” eveneens het “laten gebruiken” moet worden verstaan.

Overtreding van de gebruiksvoorschriften en artikel 2.1 lid 1 sub c van de Wabo is strafbaar gesteld in artikel 1a onder 2° van de Wet op de economische delicten.

Toetsing overgangsrecht

Alvorens een handhavingprocedure te starten, wordt beoordeeld of - op grond van het overgangsrecht - het genoemde strijdige gebruik mag worden voortgezet.

In de overgangsbepalingen van het geldende bestemmingsplan ‘Nijmegen Centrum-Binnenstad’ is bepaald dat het gebruik, dat al bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van dit bestemmingsplan en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet. Voorwaarde is dan wel dat dit gebruik ook niet in strijd is met het vorige (oude) bestemmingsplan.

De peildatum voor de toetsing van het overgangsrecht is de datum van inwerkingtreding van het geldende bestemmingsplan. Het huidige bestemmingsplan ‘Nijmegen Centrum-Binnenstad’ is op 28 februari 2013 in werking getreden.

Volgens de gegevens uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel is Flink B.V. sinds 1 november 2021 gevestigd aan de Hessenberg 10 te Nijmegen. Dit is ruim ná de inwerkingtreding van het geldende bestemmingsplan.

Wij zijn van mening dat er daarom geen sprake kan zijn van overgangsrecht als het gaat om het gebruik van het pand.

Beginselflicht tot handhaving

Als er sprake is van overtreding van een wettelijk voorschrift, is het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel verplicht om van die bevoegdheid gebruik te maken.

Op de beginselflicht tot handhaving bestaan slechts onder bijzondere omstandigheden uitzonderingen. De belangrijkste uitzondering doet zich voor indien er sprake is van een concreet zicht op legalisatie.

Is er zicht op legalisatie?

Volgens jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is er sprake van een concreet zicht op legalisatie wanneer er:

⁵ Het is verboden zonder vergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit: “het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, een beheersverordening, 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”.

- minimaal een ontwerpbesluit bestemmingsplan of ontwerpbesluit tot verlening van een omgevingsvergunning (uitgebreide procedure) ter inzage ligt, waarin het beoogde gebruik wordt toegestaan, dan wel
- een reguliere vergunningprocedure (activiteit handelen in strijd met de regels ruimtelijke ordening) gevolgd moet worden, er een aanvraag is ingediend en het college bereid is om de omgevingsvergunning te verlenen.

Van beide opties is op dit moment geen sprake en daarom zijn wij genoodzaakt de handhaving voort te zetten.

Last onder dwangsom

Gelet op het bovenstaande hebben wij besloten uw cliënt met toepassing van artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht juncto artikel 125 van de Gemeentewet, voor de geconstateerde overtreding een nieuwe dwangsom op te leggen.

Last

Wij gelasten uw cliënt, de flitsbezorgingsactiviteiten aan de Hessenberg 10 te Nijmegen te (laten) beëindigen en beëindigd te (laten) houden.

Dwangsom

Indien uw cliënt geen gehoor geeft aan de last in deze aanschrijving, verbeurt deze een dwangsom van € 15.000,- per week dat de overtreding voortduurt, dan wel opnieuw plaatsvindt, tot een maximum van € 75.000,-.

De hoogte van het hierboven genoemde bedrag staat naar onze mening in redelijke verhouding tot de aard en ernst van de overtreding, het financiële voordeel van uw cliënt, de overlast die in de woonomgeving wordt ervaren en de beoogde preventieve werking die van de dwangsom dient uit te gaan.

Zoals de Afdeling bestuursrechtspraak eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 17 juli 2013⁶, heeft het opleggen van een last onder dwangsom ten doel de overtreder te bewegen tot naleving van de voor hem geldende regels. Om dit doel te bereiken kan de hoogte van het bedrag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet naleven van deze regels. Van de dwangsom moet een zodanige prikkel uitgaan, dat de opgelegde last wordt uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.

Indien geen overtreding wordt geconstateerd zal ook geen dwangsom verbeurd worden.

Belangenafweging en motivering

Voordat tot het opleggen van een bestuursrechtelijke maatregel wordt overgegaan, is het noodzakelijk dat alle betrokken belangen worden afgewogen. Hierbij komen de belangen van uw cliënt als huurder van het pand naar voren, maar tevens het algemeen belang en de belangen van derde-belanghebbenden, zoals de omwonenden.

De belangen en/of omstandigheden van uw cliënt zijn gelegen in het ongestoord kunnen (laten) gebruiken van het bedrijfspand, ten behoeve van de flitsbezorgingsactiviteiten, in strijd is met wettelijke voorschriften, zoals in casu de hiervoor genoemde

⁶ ECLI:NL: RVS:2013:343

gebruiksvoorschriften uit het bestemmingsplan 'Nijmegen Centrum Binnenstad' en artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo.

Het algemeen belang dat door de gemeente wordt behartigd, is gelegen in de naleving van de gestelde voorschriften en indien wordt gehandeld in strijd met wettelijke voorschriften, dat de gemeente, ter voorkoming van ongewenste precedentwerking, bij constatering kan optreden en situaties niet (verder) gedooft.

Het belang van derde belanghebbenden is erin gelegen dat deze erop kunnen vertrouwen dat wettelijke voorschriften worden gehandhaafd en dat bij gesignaleerde overtredingen adequaat wordt opgetreden.

Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden behoort te worden afgezien. Hiervoor verwijzen wij u naar onze eerdere uiteenzetting onder Ad 5, als reactie op uw zienswijze.

Wij zijn van mening dat het algemeen belang dat de gemeente behartigt en het belang van derde-belanghebbenden in dit geval zwaarder wegen dan de belangen van uw cliënt.

Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking op de dag volgend op de boven aan deze brief aangegeven (verzend)datum.

Inschrijving openbare registers (Wkpb)

Het besluit wordt, op grond van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen, ingeschreven in de openbare registers van het Kadaster.

Derden werking van dit besluit

Het besluit geldt ook jegens eventuele (verdere) rechtsopvolgers, in de zin van artikel 5.18 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

Begunstigingstermijn

Uw cliënt wordt een begunstigingstermijn gegeven van drie (3) weken tot na de verzenddatum van dit besluit.

Verzending/bekendmaking

Om er zeker van te zijn dat u deze brief ontvangt, wordt deze brief zowel aangetekend, met de reguliere post en per email aan u verzonden.

Gelijktijdig wordt een afschrift van deze brief verstuurd aan:

- Flink B.V., T.a.v. dhr. B. Hannemann-Zagel en dhr. R.M. Kiesler, Apollolaan 151, 1077 AR Amsterdam

Wat zijn de gevolgen van verbeurde dwangsommen?

Als uw cliënt niet aan de lastgeving voldoet, worden dwangsommen verbeurd. Op basis van artikel 5:33 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dient uw cliënt de dwangsommen te betalen binnen 6 weken nadat de dwangsommen zijn verbeurd (door overtreding van de last). Uw cliënt ontvangt dan een factuur van ons. Als er niet betaald wordt dan kunnen wij besluiten de verbeurde dwangsommen bij dwangbevel in te vorderen, inclusief de kosten van invordering (conform afdeling 4.4.4 Awb).

Overigens merken wij op dat betaling van een verbeurde dwangsommen niet betekent dat door die betaling de overtreding wordt gelegaliseerd en daarmee wordt beëindigd. Een dwangsom is geen afkoopsom.

Als uw cliënt na verbeuring van de dwangsom(men) de overtreding niet heeft beëindigd, dan wel deze opnieuw laat plaatsvinden, kan dus met een nieuw besluit een hogere dwangsom opgelegd worden of bestuursdwang worden toegepast. Bij de toepassing van bestuursdwang, worden de gemaakte kosten, op grond van artikel 5:25 lid 1 Awb, ook op uw cliënt verhaald.

Verzoek tot intrekking

Indien sinds de datum waarop dit besluit van kracht is geworden ten minste één jaar is verlopen zonder dat een dwangsom verbeurd is, kan uw cliënt ons college schriftelijk verzoeken het besluit in te trekken.

Bezwaarschrift

Tegen dit besluit staat bezwaar open. Vindt u dat dit besluit onjuist is, dien dan binnen zes weken een bezwaarschrift in en stuur dit naar het college van burgemeester en wethouders van Nijmegen, Postbus 9105, 6500 HG Nijmegen. Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient ten minste te bevatten:

- a. de naam en het adres van de indiener;
- b. de dagtekening;
- c. een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht;
- d. de gronden van het bezwaar.

Het is mogelijk om uw bezwaarschrift digitaal in te dienen via een webformulier in de digitale balie van de gemeente Nijmegen (www.nijmegen.nl). Voor het indienen van een digitaal bezwaarschrift dient u in het bezit te zijn van een DigiD.

Voorlopige voorziening

Het indienen van een bezwaarschrift schorst de werking van het besluit niet. Als u bezwaar heeft gemaakt, kunt u tevens een verzoek om een voorlopige voorziening indienen bij de Rechtbank Gelderland, Team bestuursrecht, Postbus 9030, 6800 EM Arnhem. Voor meer inlichtingen verwijzen wij u naar de Rechtbank op telefoonnummer: (026)3592000. Bij het verzoek om voorlopige voorziening dient een afschrift van het bezwaarschrift te worden overgelegd. Voor het in behandeling nemen van een verzoek om voorlopige voorziening zijn griffierechten verschuldigd.

Hoogachtend,
het college van burgemeester en wethouders van Nijmegen,

mr. drs. A.H. van Hout
gemeentesecretaris

H.M.F. Bruls
burgemeester