

door het gewijzigde maaibeeld zoals neergelegd in het Strategisch Onderhoudsplan (hierna: het SOP) en het daarop gebaseerde Operationeel Onderhoudsplan (hierna: het OOP) vernatting zou optreden. Vast staat dat het beleid was gericht op vernatting dan wel het tegengaan van verdroging en op het verhogen van de grondwaterstand, terwijl de betrokken bospercelen laag gelegen zijn. Dan was de vernatting ten tijde van aankoop voorzienbaar, zodat de schade voor rekening van de stichting komt.

Dat uit het beleid niet kon worden afgeleid dat de vernatting ernstiger zou zijn dan het enkel tegengaan van verdroging, maakt dit niet anders, omdat voor het aannemen van risicoaanvaarding niet vereist is dat ten tijde van de aankoopdatum van de bospercelen de verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststond of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kon worden bepaald.

NOOT

Volgens vaste jurisprudentie, zie ook de Afdelingsuitspraak inzake Wormerland van 30 juni 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BM9640), is voor het aannemen van risicoaanvaarding niet vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststaat, of dat deze maatregel in detail is uitgewerkt of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald.

Beslissend is of op het moment van investering – in casu de aankoopdatum – de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was, dat hiermee bij de investeringsbeslissing rekening kon worden gehouden. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft. Er moet rekening worden gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt.

De voorliggende kwestie van vernatting van bospercelen bevestigt dat ook een Strategisch Onderhoudsplan kan worden aangemerkt als

een concreet beleidsvoornemen waaruit risicoaanvaarding wegens voorzienbaarheid kan volgen.

T. ten Have RT,
Ten Have Advies

J.J. Thoonen,
Thoonen Juridisch Advies

Bouw, Ruimtelijke ordening en Monumentenwet, Ruimtelijke ordening

23

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
8 februari 2017, nr. 201601099/1/A1,
ECLI:NL:RVS:2017:306
(mr. Wortmann)
Noot prof. mr. T. Barkhuysen en mr. drs. A. Span

Actualiseringsplicht bestemmingsplan. Last onder bestuursdwang. Last onder dwangsom. Feitelijk handelen.

[Wro art. 3.1, 7.1 lid 1; Gemw art. 125;
Awb art. 5:21, 5:32 lid 1]

Aangezien het actualiseren van een bestemmingsplan geen feitelijk handelen betreft, maar het nemen van een besluit, kan het college geen last onder dwangsom opleggen waarbij het de raad gelast een herziening van het bestemmingsplan vast te stellen. De bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang heeft op grond van artikel 5:21 Awb enkel betrekking op feitelijk handelen. Gelet op artikel 5:32 lid 1 Awb kan het college evenmin een last onder dwangsom opleggen.

[appellant],
tegen
het college van burgemeester en wethouders van
Voorschoten (hierna: het college)

Op het perceel Voorstraat 19-21 is, in overeenstemming met het voor dat perceel geldende bestemmingsplan 'Voorstraat na eerste herziening', een kinderdagverblijf gevestigd. [appellant] ondervindt hinder van het kinderdagverblijf en wil met een handhavingsverzoek afdwingen dat een nieuw bestemmingsplan wordt vastgesteld voor het perceel, waarbij onderzoek zal moeten worden gedaan naar de planologische aanvaardbaarheid van de huidige bestemming.

Het college heeft het verzoek afgewezen en daaraan onder meer ten grondslag gelegd dat de raad exclusief bevoegd is om een bestemmingsplan vast te stellen. Het college stelt zich op het standpunt dat het daarom de raad niet door middel van handhavend optreden kan verplichten het bestemmingsplan te actualiseren. De rechtbank heeft dit betoog van het college gevolgd en het beroep van [appellant] ongegrond verklaard.

In hoger beroep betoogt [appellant] dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college niet bevoegd is handhavend op te treden jegens de raad wegens de overschrijding van de actualiseringstermijn van het bestemmingsplan. Daartoe voert hij onder meer aan dat het college weliswaar niet bevoegd is om een bestemmingsplan vast te stellen, maar wel een belangrijke rol speelt in het totstandkomingstraject en bij de publicatie van een bestemmingsplan. Volgens hem is het college, gelet op artikel 7.1 lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro), bevoegd het bepaalde in die wet te handhaven, waaronder de termijn waarbinnen een bestemmingsplan moet worden geactualiseerd.

Gelet op artikel 5:21 Awb, houdt het opleggen van een last onder bestuursdwang in dat het college de raad gelast om het bestemmingsplan te actualiseren en dat, indien de raad daaraan niet voldoet, het college door feitelijk handelen de last, te weten het actualiseren van het bestemmingsplan, ten uitvoer legt. Het actualiseren van het bestemmingsplan, wat neerkomt op het vaststellen van een herziening van het bestemmingsplan, is echter geen feitelijk handelen maar het nemen van een besluit. Daartoe is de raad, gelet op artikel 3.1 lid 1 Wro exclusief bevoegd. De door [appellant] aangevoerde omstandigheid dat het college een

rol speelt bij de totstandkoming en de publicatie van een bestemmingsplan, doet er niet aan af dat het college niet bevoegd is een bestemmingsplan vast te stellen. Dit betekent dat het college de door [appellant] gewenste last niet ten uitvoer kan leggen. Gelet op artikel 5:21 Awb kan het college dan ook geen last onder bestuursdwang opleggen waarbij het de raad gelast een herziening van het bestemmingsplan vast te stellen. Gelet op artikel 5:32 lid 1 Awb kan het college evenmin een last onder dwangsom opleggen.

Het betoog faalt en de aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

NOOT

1. De hier gepubliceerde uitspraak is een mooi voorbeeld van een creatief staaltje procederen. Helaas voor de bezwaarmaker was het echter niet creatief genoeg om de Afdeling te overtuigen. Wat was er in deze uitspraak aan de hand? Appellant ondervindt hinder van een nabijgelegen kinderdagverblijf. Dit kinderdagverblijf past binnen het bestemmingsplan en het lijkt erop dat het verblijf is gerealiseerd met een geldige omgevingsvergunning, waardoor artikel 2.3a van de Wabo ("het is verboden een bouwwerk of deel daarvan dat is gebouwd zonder omgevingsvergunning in stand te laten") niet in het geding is. Aanknopingspunten voor handhaving via het ruimtelijke spoor zijn kortom niet in overvloed aanwezig. Het bestemmingsplan waarbinnen het kinderdagverblijf gelegen is, dateert echter uit de jaren tachtig van de vorige eeuw. Het plan is namelijk op 19 december 1980 door de raad van Voorschoten vastgesteld en op 26 november 1982 door Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland goedgekeurd. Aan de actualiseringsplicht die op grond van artikel 3.1 lid 2 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) geldt voor bestemmingsplannen, heeft de raad kortom niet voldaan. Appellant heeft deze plicht aangegrepen om het college van Voorschoten te verzoeken handhavend op te treden jegens de gemeenteraad.

2. Het verzoek van appellant hield in dat het college de gemeenteraad een last onder bestuursdwang dan wel last onder dwangsom zou opleggen wegens het niet binnen tien jaar actualiseren van het voor het kinderdagverblijf geldende bestemmingsplan. Dit verzoek is zoals

gezegd gebaseerd op artikel 3.1 lid 2 Wro, uit welk artikel volgt dat de raad elke tien jaar een nieuw bestemmingsplan dient vast stellen. Deze actualiseringsplicht is ingevoerd op 1 juli 2008 met de inwerkingtreding van de Wro (*Kamerstukken II 2002-2003, 28 916, nr. 3*). Uit de Invoeringswet Wro volgt dat indien niet vóór 1 juli 2013 dan wel 1 juli 2018 aan deze plicht is voldaan, het gemeentebestuur geen leges meer mag heffen voor verstrekte diensten die verband houden met het bestemmingsplan (zie ook art. 3.1 lid 4 Wro). In dit verval van leges als inkomstenbron heeft de raad van Voorschoten echter geen aanleiding gezien om het bestemmingsplan ter plaatse van het kinderdagverblijf te vernieuwen.

3. Appellant heeft dit stilzitten van de gemeenteraad aangegrepen voor zijn verzoek tot handhaving. Met zijn verzoek wilde hij afdwingen dat een nieuw bestemmingsplan zou worden vastgesteld, in het kader waarvan onderzoek zou moeten worden gedaan naar de planologische aanvaardbaarheid van de huidige bestemming. Appellant heeft dus over de band van de handhavingsbevoegdheid van het college willen bewerkstelligen dat een nieuw bestemmingsplan zou worden vastgesteld. Hoewel er simpelere manieren zijn om dit te bewerkstelligen – appellant had eenvoudigweg de gemeenteraad kunnen verzoeken een nieuw bestemmingsplan vast te stellen; tegen de afwijzing hiervan staat immers ook rechtsbescherming open (ECLI:NL:RVS:2012:BX3276) – is het juist dit handhavingsaspect dat het betoog van appellant interessant maakt. Op deze manier komt namelijk ook de meer principiële vraag aan de orde of twee organen van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon handhavend jegens elkaar kunnen en mogen optreden. In het kader van de actualiseringsplicht van bestemmingsplannen stelt appellant zich in ieder geval op het standpunt dat dit het geval is.

4. De bevoegdheid van het college tot handhaving baseert appellant op artikel 7.1 lid 1 Wro. In dit artikel is bepaald dat het college zorg draagt voor de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Wro. Op grond van de artikelen 125 Gemeentewet en 5:21 Awb zou deze handhaving kunnen bestaan uit het opleggen van een last onder bestuursdwang of – gelet op artikel 5:32 Awb daaraan gekoppeld – een last onder dwangsom. Volgens

de Afdeling kan het college deze handhavingsbevoegdheden echter niet jegens de gemeenteraad aanwenden in het kader van de actualiseringsplicht. Appellant heeft volgens de Afdeling namelijk over het hoofd gezien dat voornoemde handhavingsmogelijkheden enkel aan het college ter beschikking staan indien de last door feitelijk handelen ten uitvoer kan worden gelegd. Immers een last onder bestuursdwang kan alleen daarop zien omdat het college bij gebreke van het voldoen zelf de overtreding moet kunnen beëindigen. Nu dat niet kan, staat er gelet op artikel 5:32 Awb ook geen bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen. Het actualiseren van een bestemmingsplan ziet immers op het nemen van een besluit waartoe de raad exclusief bevoegd is. Het betreft geen feitelijk handelen. Het college is hierdoor niet bevoegd om een last onder bestuursdwang dan wel last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat de raad een nieuw bestemmingsplan vaststelt. De ontbrekende feitelijkheid van deze handeling maakt dat het handhavingsverzoek strandt.

5. De principiële vraag of het college handhavend richting de gemeenteraad kan en mag optreden beantwoordt de Afdeling kortom niet. Doordat de Afdeling enkel aandacht besteedt aan de kwalificatie van het handelen waarop de last onder bestuursdwang/dwangsom ziet, lijkt de uitspraak niettemin ruimte te bieden voor een positief antwoord. Ons inziens ligt dit echter niet in de rede. Artikel 5:1 lid 3 Awb spreekt namelijk enkel over natuurlijke personen en rechtspersonen als partijen die overtredingen kunnen begaan. Rechtspersoonlijkheid bezitten op grond van artikel 1 lid 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) alleen de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en lichamen die op grond van de Grondwet verordenende bevoegdheid hebben. Organen van de Staat, gemeentes en provincies, zoals de raad en het college, worden niet genoemd. Deze organen kunnen dus niet als rechtspersoon in de zin van artikel 2:1 lid 1 BW – en daarmee ook niet in de zin van artikel 5:1 lid 3 Awb – worden aangemerkt. Aangezien organen van een rechtspersoon ook niet op een andere grondslag als overtreder worden aangemerkt, lijkt ons dan ook uitgesloten dat het college direct handhavend kan optreden jegens de gemeenteraad. Niet uitgesloten lijkt echter dat het college aan

de gemeente als rechtspersoon een last onder bestuursdwang of last onder dwangsom oplegt wegens een overtreding van de gemeenteraad. In lijn met jurisprudentie van de Hoge Raad wordt onrechtmatig handelen of nalaten van organen van een rechtspersoon immers aan de rechtspersoon toegerekend indien het handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf (zie het welbekende *Kleuterschool Babel*-arrest, ECLI:NL:HR:1979:AH8595). De gemeente als rechtspersoon zou ons inziens dus wel met bestuursrechtelijke handhaving kunnen worden geconfronteerd als gevolg van handelen of nalaten van een van haar organen. De praktijk zal moeten uitwijzen of de gemeentelijke organen van deze mogelijkheid gebruik zullen maken.

6. De actualiseringsplicht voor bestemmingsplannen zal in de toekomst overigens naar alle waarschijnlijkheid nog maar voor weinig hoofdbreken zorgen. Op 26 januari 2017 heeft minister Schultz van Haegen namelijk een wetsvoorstel ingediend dat voorziet in de afschaffing van de actualiseringsplicht voor bestemmingsplannen die elektronisch raadpleegbaar zijn (*Kamerstukken II 2016-2017, 34 666, nr. 2*). Met het vervallen van deze plicht wordt geanticipeerd op de Omgevingswet, waarin geen actualiseringsplicht meer zal worden opgenomen. Het verval van de actualiseringsplicht zal bovendien zorgen voor capaciteit die gemeenten kunnen inzetten bij het opstellen van omgevingsplannen. Afgewacht zal moeten worden of het wetsvoorstel gemeenten voldoende stimuleert nu al met die monsterklus te beginnen.

T. Barkhuysen,
advocaat bij Stibbe en hoogleraar Staats- en Bestuursrecht Universiteit Leiden

A. Span,
advocaat bij Stibbe

Bouw, Ruimtelijke ordening en Monumentenwet, Woningwet

24

Rechtbank Amsterdam
4 november 2016, nr. AMS 14/1800,
ECLI:NL:RBAMS:2016:7179
(mr. Fernig-Rocour, mr. Oldekamp-Bakker, mr. Sloot)
Noot prof. mr. dr. M. Vols

Woningwet. Bouwbesluit. Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Logiesgebouw. Airbnb.

[Wonw art. 1b; Wabo art. 5.17]

Illegaal hotel/logiesbedrijf en verhuur aan toeristen. Onvoldoende grondslag voor de toepassing van spoedeisende bestuursdwang vanwege overtreding Woningwet en Wabo.

Eisers tegen Algemeen bestuur van de bestuurscommissie Oost van de gemeente Amsterdam

Het algemeen bestuur van de bestuurscommissie Oost van de gemeente Amsterdam (hierna gemeentebestuur) heeft op 18 juli 2013 spoedeisende bestuursdwang toegepast om het brandonveilige gebruik als illegaal hotel/logiesbedrijf van het pand te staken. Alle aangetroffen logiesverblijven in het pand zijn daartoe afgesloten. Volgens het gemeentebestuur wordt het Bouwbesluit 2012 overtreden, omdat er sprake is van een logiesgebouw met een vlucht- en brandonveilige situatie. Eisers hebben niet betwist dat het pand niet voldeed aan de vereisten voor brandveiligheid zoals die gelden voor een logiesgebouw/hotel. Eisers hebben echter betoogd dat zij niet aan deze vereisten hoefden te voldoen, omdat het pand niet als logiesgebouw/hotel in gebruik was, maar gebruikt werd voor *shortstay*-verblijf. Voor *shortstay* zouden soepelere eisen gelden.