

35. Van periodieke planherziening en manieren om dat af te dwingen...

MR. J.P. HOEGEE

In deze bijdrage wordt de plicht om iedere tien jaar het bestemmingsplan te herzien besproken. Vaak wordt niet (tijdig) aan deze verplichting voldaan. Het is vervolgens de vraag welke middelen een belanghebbende ten dienste staat om naleving van deze verplichting af te dwingen. De Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State heeft op 8 februari 2017¹ uitspraak gedaan in een kwestie waarin de betrokkene het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Voorschoten verzocht om handhavend op te treden tegen de gemeenteraad van diezelfde gemeente wegens het niet tijdig actualiseren van het bestemmingsplan.

Actualiseringsplicht

Uit artikel 3.1 lid 2 Wet ruimtelijke ordening (Wro) volgt de verplichting van de gemeenteraad om de bestemming van gronden binnen een periode van tien jaar na de vaststelling van het bestemmingsplan opnieuw vast te stellen. Met deze dwingendrechtelijke bepaling is uiteraard beoogd om de actualiteit van bestemmingsplannen te waarborgen. Daarnaast heeft deze bepaling tot gevolg dat het in beginsel niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening wordt geacht om in een bestemmingsplan bestemmingen op te nemen die niet binnen de planperiode van tien jaar verwezenlijkt zullen worden.

De raad heeft overigens de mogelijkheid om – mits de raad van oordeel is dat de in het bestemmingsplan aangegeven bestemmingen en de met het oog daarop gegeven regels nog steeds in overeenstemming zijn met een goede ruimtelijke ordening – de termijn van tien jaar te verlengen met nog eens tien jaar. Dat besluit moet uiteraard genomen worden binnen de eerste periode van tien jaar na vaststelling van het bestemmingsplan. Een dergelijk besluit dient wel bekend gemaakt te worden in de *Staatscourant* en op ruimtelijkeplannen.nl.

Ook kan de raad er voor kiezen om in plaats van een bestemmingsplan een beheersverordening vast te stellen om aan de actualiseringsplicht te voldoen.² Dit is mogelijk indien voor het plangebied geen ruimtelijke ontwikkelingen worden voorzien. In een beheersverordening wordt het beheer van het plangebied geregeld overeenkomstig het

bestaande gebruik.³ Overigens dient ook een beheersverordening eens in de tien jaar herzien te worden, waarbij het bepaalde in artikel 3.1 leden 4 en 5 Wro van overeenkomstige toepassing is verklaard. Het voordeel van het vaststellen van een beheersverordening is vooral procedureel van aard. De Wro bevat geen procedureregels voor de vaststelling van een beheersverordening en tegen een beheersverordening staat geen beroep open.⁴

Alhoewel de tienjaarstermijn dwingendrechtelijk is geformuleerd, staat daarop bijvoorbeeld niet de sanctie dat het bestemmingsplan na ommekomst van die termijn zijn rechtskracht verliest. Het enige gevolg van het verzaken van de actualiseringsplicht is dat voor het gemeentebestuur het recht vervalt om leges in te vorderen ter zake van diensten die verband houden met het bestemmingsplan. Zo zal het college bij verlening van een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen op basis van een niet tijdig geactualiseerd bestemmingsplan, geen leges mogen invorderen.

Het gegeven dat de actualiseringsplicht tamelijk ‘zacht’ is, roept de vraag op hoe de raad – indien de actualiseringsplicht wordt verzaakt – ertoe kan worden bewogen om alsnog een actualiserend bestemmingsplan vast te stellen. In de praktijk blijkt dat niet altijd eenvoudig en dat leidt er soms toe dat gezocht wordt naar nogal creatieve manieren om het gemeentebestuur zover te krijgen dat aan de actualiseringsplicht wordt voldaan. Een voorbeeld daarvan is de zaak die resulteerde in de uitspraak van de Afdeling van 8 februari 2017.

1 ECLI:NL:RVS:2017:306.

2 Zie artikel 3.38 Wro.

3 Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt onder ‘bestaand gebruik’ verstaan het volgens het geldende bestemmingsplan toegestane gebruik, of bij gebreke van een bestemmingsplan, het op het moment van vaststelling van de beheersverordening feitelijk bestaande gebruik.

4 Zie artikel 8:3 lid 1 onder a Awb.

Uitspraak van de Afdeling van 8 februari 2017

Wat was er in die zaak aan de hand? Betrokkene woonde in de nabijheid van een kinderdagverblijf en ondervond daarvan hinder. Het kinderdagverblijf was in overeenstemming met het ter plaatse geldende bestemmingsplan gevestigd. Daarom had de betrokkene dus niet de mogelijkheid om met succes een handhavingsverzoek in te dienen tegen dit gebruik. Het bestemmingsplan was echter ouder dan tien jaar. Door de betrokkene werd er vervolgens bij de gemeente aangedrongen op het voldoen aan de actualiseringsplicht van artikel 3.1 Wro, zodat in het kader van de vaststelling van het nieuwe bestemmingsplan onderzoek gedaan zou moeten worden naar de planologische aanvaardbaarheid van de geldende bestemming. Kennelijk was het gemeentebestuur niet bereid om vrijwillig aan dit verzoek – en dus aan de bestaande actualiseringsplicht – te voldoen. Dat bewoog betrokkene er uiteindelijk toe om aan het college van burgemeester en wethouders te verzoeken om handhavend op te treden tegen de gemeenteraad van diezelfde gemeente wegens het niet binnen tien jaar actualiseren van het bestemmingsplan.

Alhoewel de tienjaarstermijn dwingendrechtelijk is geformuleerd, staat daarop niet de sanctie dat het bestemmingsplan na ommekomst van die termijn zijn kracht zou verliezen.

Het college wees dat verzoek om handhaving af met de motivering dat de raad exclusief bevoegd was om bestemmingsplannen vast te stellen. Het college was daarom van mening niet bevoegd te zijn om de raad door middel van handhavend optreden te verplichten het bestemmingsplan te actualiseren. Ook de rechtbank oordeelde in beroep dat het college niet bevoegd is om handhavend op te treden tegen de raad wegens het overschrijden van de actualiseringstermijn van het bestemmingsplan.

In hoger beroep voert betrokkene aan dat het college van burgemeester en wethouders op grond van de Wro gehouden is handhavend op te treden. Daarbij wijst betrokkene op het bepaalde in artikel 7.1 Wro waarin is verwoord dat het college van burgemeester en wethouders zorg draagt voor de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Wro. Volgens betrokkene geldt dit ook voor de termijn waarbinnen een bestemmingsplan moet worden geactualiseerd.

Nu had betrokkene wellicht eenvoudiger hetzelfde resultaat kunnen bereiken door bij de gemeenteraad een verzoek

in te dienen om een nieuw bestemmingsplan vast te stellen. Tegen het besluit op een dergelijke aanvraag (ook als dat een weigering is om een nieuw bestemmingsplan vast te stellen) staat namelijk ook nog eens beroep open.⁵ Uit de uitspraak kan niet worden afgeleid of een dergelijk verzoek is gedaan. Mogelijk is daarvan afgezien omdat betrokkene vreesde leges verschuldigd te zijn voor het in behandeling nemen van een dergelijke aanvraag. Het valt te betwijfelen of de gemeente in een geval als dit – waarin sprake is van een niet-tijdig geactualiseerd bestemmingsplan – nog wel gerechtigd is om leges in te vorderen. Uit bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 26 juli 2016⁶ kan worden afgeleid dat de sanctie van artikel 3.1 Wro ook geldt bij een besluit op een aanvraag tot het wijzigen van een bestemmingsplan. Dat betekent dat de betrokkene er in dit geval (beter) voor had kunnen kiezen een aanvraag tot vaststelling van een nieuw bestemmingsplan in te dienen⁷ in plaats van het doen van een verzoek om handhaving van de actualiseringsplicht.

De betrokkene koos daar evenwel niet voor. In plaats daarvan zocht betrokkene zijn heil in een misschien wel erg creatieve ‘vondst’. Betrokkene verzocht dus het college handhavend op te treden tegen de eigen gemeenteraad.

Nu voel je eigenlijk op je klompen wel al aan dat het met een dergelijk handhavingsverzoek niet goed kan komen. En het kwam ook niet goed. Ook op andere bestuurlijke niveaus is het toch totaal onvoorstelbaar dat de uitvoerende macht (in dit geval het college) de wetgevende macht (in dit geval de raad) door middel van bestuursrechtelijke handhaving zou kunnen dwingen om bepaalde regelgeving op te stellen. Is het bijvoorbeeld denkbaar dat het kabinet de Tweede Kamer door middel van handhavend optreden zou dwingen om bepaalde regelgeving af te kondigen? Dat geldt temeer als bedacht wordt wat de politieke consequenties van een dergelijk intern handhavingstraject zouden zijn. Maar ook feitelijk zou de effectuering van een dergelijke last onder bestuursdwang nogal wat voeten in aarde hebben. Wat immers als het aangeschreven bestuursorgaan de opgelegde last niet naleeft?

Maar toch levert dit ludieke ‘experiment’ wel een aantal aardige gezichtspunten op die het waard zijn om wat langer bij stil te staan.

Betrokkene verzocht dus het college handhavend op te treden tegen de eigen gemeenteraad.

5 ECLI:NL:RVS:2012:BX3276.

6 ECLI:NL:RBGEL:2016:4089. Hogere rechtspraak op dit punt is mij overigens niet bekend.

7 De vraag is daarbij wel hoe kansrijk een dergelijk verzoek zou zijn geweest, nu het hier immers gaat om bestaand legaal gebruik dat in de regel positief bestemd dient te worden. Procedureel was dit echter wel een eenvoudiger spoor geweest.

Het verrast niet dat de Afdeling tot het oordeel komt dat het verzoek om handhaving terecht is afgewezen. Daartoe overweegt de Afdeling dat het door betrokkene gedane verzoek om handhaving inhoudt dat het college aan de raad een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom oplegt. Het opleggen van een last onder bestuursdwang brengt met zich dat, indien de raad daaraan niet voldoet, het college door feitelijk handelen de last (in dit geval dus het actualiseren van het bestemmingsplan) zelf ten uitvoer dient te leggen. Dat kan uiteraard niet. Het nemen van een besluit kwalificeert namelijk als een rechtshandeling. In de rechtspraak staat wel vast dat met het opleggen van een last onder bestuursdwang (of een last onder dwangsom) niet een verplichting tot het verrichten van een rechtshandeling kan worden afgedwongen. De reden daarvoor is dat het nalaten een besluit te nemen zich niet leent voor feitelijke uitvoering door de overheid. Een last kan enkel betrekking hebben op het verrichten van een feitelijke handeling.⁸ Hierbij komt nog eens dat, wanneer het aankomt op de vaststelling van een bestemmingsplan, de raad exclusief bevoegd is om hierover te beslissen.

In artikel 5:32 Awb is bepaald dat een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen bevoegd is om in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom op te leggen. De bevoegdheid om een last onder dwangsom is dus afgeleid van de bevoegdheid om een last onder bestuursdwang op te leggen.⁹ Als oplegging van een last onder bestuursdwang niet mogelijk is, kan dus ook geen last onder dwangsom worden opgelegd. Sanders wijst er in zijn noot¹⁰ onder deze uitspraak op dat de redactie van artikel 5:32 Awb voornamelijk een wetgevingstechnische achtergrond heeft. Bij de invoering van de dwangsombevoegdheid waren er in bijzondere wetten al zelfstandige bestuursdwangsbevoegdheden opgenomen. Om te voorkomen dat al die bepalingen herschreven zouden moeten worden, is de dwangsombevoegdheid gekoppeld aan de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen. Sanders plaatst om die reden begrijpelijkerwijs een vraagteken bij de letterlijke uitleg die de Afdeling in de onderhavige zaak geeft aan artikel 5:32 Awb. Nu het niet mogelijk is een last onder bestuursdwang op te leggen, is het college ingevolge artikel 5:32 Awb evenmin bevoegd om een last onder dwangsom op te leggen. Het actualiseren van een bestemmingsplan betreft geen feitelijk handelen, maar het nemen van een bestuursbesluit waartoe de raad exclusief bevoegd is. Het college is daarom ook niet bevoegd om een

last onder bestuursdwang dan wel last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat de raad een rechtshandeling verricht (in casu: een nieuw bestemmingsplan vaststelt). Betrokkene vangt om die reden bot bij de Afdeling.

Is handhavend optreden tegen een bestuursorgaan wel mogelijk?

De vraag die na lezing van de uitspraak van de Afdeling blijft hangen, is of het überhaupt mogelijk is dat het ene bestuursorgaan (al dan niet binnen dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon) handhavend optreedt tegen het andere bestuursorgaan. Die vraag wordt door de Afdeling helaas niet als zodanig beantwoord.

Het is toch de moeite waard daar eens naar te kijken. Handhavend optreden richt zich in beginsel altijd tot de overtreder van een wettelijk voorschrift. In deze casus zou dat dus de gemeenteraad zijn die immers in strijd handelt met een wettelijk voorschrift door niet binnen tien jaar het bestemmingsplan te herzien. De eerste vraag is dan of een bestuursorgaan (i.c. de gemeenteraad) wel kan worden aangemerkt als overtreder en aldus met handhaving geconfronteerd kan worden.

Het opleggen van een last onder bestuursdwang brengt met zich dat het college door feitelijk handelen de last zelf ten uitvoer dient te leggen.

In artikel 5:1 lid 1 Awb is bepaald dat onder overtreder wordt verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. In lid 3 van die bepaling is bepaald dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Evident is dat de gemeenteraad geen natuurlijke persoon is. De vraag is dus in hoeverre de gemeenteraad als rechtspersoon is aan te merken.

Uit artikel 2:1 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) volgt dat alleen de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en lichamen die op grond van de Grondwet verordenende bevoegdheid hebben, over rechtspersoonlijkheid beschikken. Dat impliceert dat de rechtspersoon 'de gemeente' wél overtredingen kan begaan en dat dus tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon de gemeente handhavend kan worden opgetreden. In lijn met jurisprudentie van de Hoge Raad wordt onrechtmatig handelen of nalaten van organen van een rechtspersoon aan de rechtspersoon toegerekend indien het handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf (bijvoorbeeld: *Kleuterschool Babel*-arrest).¹¹

8 Zo kan ook niet handhavend tegen een zonder vergunning gebouwd bouwwerk worden opgetreden door de overtreder te dwingen om alsnog een vergunningaanvraag in te dienen. Wel kan de last in zo een geval zien op het verwijderen van het zonder vergunning gebouwde bouwwerk.

9 Dat behoeft enige nuancering: in sommige gevallen beschikt een bestuursorgaan namelijk ook wel eens over een zelfstandige dwangsombevoegdheid. Voorbeelden daarvan zijn artikel 56 Mededingingswet en artikel 48b Wet toezicht effectenverkeer 1995. Voor die gevallen heeft artikel 5:32 Awb uiteraard geen betekenis.

10 AB 2017, 93.

11 ECLI:NL:HR:1979:AH8595.

Organen van de Staat, gemeentes en provincies, zoals in dit geval de gemeenteraad, worden niet genoemd in artikel 2:1 lid 1 BW. Dat brengt met zich dat deze organen dus niet over rechtspersoonlijkheid beschikken en dus ook niet ingevolge artikel 5:1 lid 3 Awb in staat zijn overtredingen te begaan waartegen vervolgens met het bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium kan worden opgetreden. In principe zou de conclusie dan moeten zijn dat het niet mogelijk is om tegen bestuursorganen van een publiekrechtelijke rechtspersoon op te treden. De vraag is dan alleen waarom de Afdeling dát niet aan zijn uitspraak ten grondslag heeft gelegd.

In artikel 5:1 lid 3 Awb is het bepaalde in artikel 51 lid 2 Wetboek van Stafrecht van overeenkomstige toepassing verklaard. Uit die bepaling vloeit voort dat indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolging kan worden ingesteld tegen die rechtspersoon, dan wel tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel hen tezamen. Dat geldt dus ook in het bestuursrechtelijk handhavingsrecht, zodat dus ook handhavend kan worden opgetreden tegen de diegenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven, dan wel daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Vervolging – en dus ook bestuursrechtelijke handhaving – zou zich in een dergelijk geval natuurlijk nog steeds maar alleen kunnen richten tegen natuurlijke- of rechtspersonen. Bestuursorganen vallen daar zoals gezegd niet onder. Naar mijn mening kan niet worden uitgesloten dat handhavend optreden zich zal kunnen richten tegen de natuurlijke personen die tezamen het bestuursorgaan vormen (dus bijvoorbeeld

de burgemeester en wethouders in persoon). Zowel de ambtsdrager als de uitvoerende/leidinggevende ambtenaar kunnen immers strafrechtelijk worden vervolgd. Uit artikel 5:1 lid 3 Awb volgt dan dat ook handhavend optreden zich zou kunnen richten tot ambtsdragers en ambtenaren.

Gelet echter op de politieke implicaties die een en ander zou hebben, lijkt mij dat vooral een hypothetische mogelijkheid. Het ligt natuurlijk totaal niet in de rede dat het college van burgemeester en wethouders een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom oplegt aan de burgemeester of een van zijn eigen ambtenaren.

Afronding

De normschending die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 8 februari 2017 bestond uit het door de gemeente verzaken van de actualiseringsplicht. Deze actualiseringsplicht zal naar verwachting verdwijnen en niet meer tot dit soort discussies kunnen leiden. Door de minister is op 26 januari 2017 een wetsvoorstel¹² ingediend dat voorziet in de afschaffing van de actualiseringsplicht voor bestemmingsplannen die elektronisch raadpleegbaar zijn. Hiermee wordt vooruit gelopen op de Omgevingswet, waarin geen actualiseringsplicht meer zal worden opgenomen.

Over de auteur



Mr. J.P. Hoegge

Jeroen Hoegge is advocaat bij Brunet advocaten te Nijmegen en redacteur van dit blad.

¹² Kamerstukken II 2016/17, 34666, nr. 2.