

Deelonderzoek II: Gebodsbepalingen in het omgevingsplan

Eindversie 16 juli 2015

1. Inleiding

In dit stuk wordt de vraag beantwoord of het feit dat het omgevingsplan een ‘gewone’ verordening is – en waaraan het beginsel van toelatingsplanologie dus niet ten grondslag ligt – betekent dat er een generieke bevoegdheid ontstaat om gebodsbepalingen in zo’n plan op te nemen en zo ja, of het noodzakelijk is om die bevoegdheid in een amvb te beperken. Daartoe wordt eerst uiteengezet wat onder een gebodsbepaling moet worden verstaan (paragraaf 2). Vervolgens worden de grenzen beschreven van de bevoegdheid om in een omgevingsplan geboden op te nemen (paragraaf 3). Geconcludeerd wordt dat het niet nodig, niet mogelijk en ook niet wenselijk is om de ‘generieke gebodsbevoegdheid’ bij amvb te beperken (paragraaf 4). Naar aanleiding van de bespreking van dit concept rapport op 29 juni 2015, wordt in een afsluitende paragraaf een aantal voorbeelden uitgewerkt.

2. Karakterisering gebodsbepaling

Onder een gebodsbepaling verstaan wij een voorschrift in een omgevingsplan dat de burger een onvoorwaardelijke en rechtstreeks te handhaven verplichting oplegt om een bepaalde handeling te verrichten met het oog op de zorg voor de fysieke leefomgeving. Deze definitie leiden wij af uit de betekenis van het beginsel van toelatingsplanologie uit de Wro (paragraaf 2.1), in combinatie met een vergelijking met zorgplichtbepalingen (paragraaf 2.2) en duldplichtbepalingen (paragraaf 2.3). In de praktijk van het omgevingsrecht komen gebodsbepalingen in beperkte mate voor. Voorbeelden daarvan zijn onderhoudsverplichtingen op grond van de Waterwet en saneringsbevelen op grond van de Wet bodembescherming (paragraaf 2.4). In literatuur over bestemmingsplannen worden gebodsbepalingen als hier bedoeld ook wel aangeduid als *positieve verplichtingen*.¹

2.1. Gebodsbepalingen en toelatingsplanologie

Aan de onderzoeksopdracht ligt de veronderstelling ten grondslag dat de bevoegdheid om in het omgevingsplan of de omgevingsverordening regels te stellen over activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving niet wordt beperkt door het beginsel van toelatingsplanologie, in tegenstelling tot de huidige gemeentelijke bevoegdheid om een bestemmingsplan vast te stellen. Zonder deze beperking zou een ‘generieke gebodsbevoegdheid’ ontstaan, hetgeen wat betreft de planologische aspecten van het omgevingsplan zou leiden tot een koerswijziging t.o.v. de Wro. In de kern is het de onderzoeksopdracht dus te doen om bepalingen die momenteel vanwege het beginsel van toelatingsplanologie niet in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen, maar - mogelijk - wel in een omgevingsplan. Het begrip ‘toelatingsplanologie’ dient dan ook het vertrekpunt te zijn voor een definitie van het begrip ‘gebodsbepaling’.

¹ A.G.A. Nijmeijer, ‘Voorwaardelijke verplichtingen in het bestemmingsplan. Einde van de toelatingsplanologie of niets nieuws onder de zon?’, *M&R* 2006, p. 363-367.

Van Buuren e.a. definiëren het beginsel van toelatingsplanologie als volgt:

‘de eigenaar (of grondgebruiker) kan niet verplicht worden de aangegeven bestemming ook daadwerkelijk te verwezenlijken. Bestemmingsplannen bevatten verboden, geen geboden. Alle gebruiksdoeleinden kunnen verboden zijn, op één (of enkele) na, maar er kan geen gebod worden opgenomen tot gebruik overeenkomstig de toegelaten bestemming.’²

Het systeem van toelatingsplanologie wordt onderstreept door art. 3.2.1 en art. 3.2.2 van het Bro, waarin wordt voorgeschreven dat ieder bestemmingsplan overgangsrecht moet bevatten en hoe dat overgangsrecht moet luiden. Op basis van dit standaardovergangsrecht mag bestaand, legaal gebruik ondanks een bestemmingswijziging worden voortgezet en is het dus onmogelijk om gebodsbepalingen in een bestemmingsplan op te nemen. Hieruit blijkt dat de mogelijkheid om in een omgevingsplan gebodsbepalingen op te nemen, zal bestaan bij de gratie van het overgangsrecht uit datzelfde plan. Dat moet bij de keuze om bij amvb al dan niet te verplichten om standaardovergangsrecht in een omgevingsplan op te nemen in aanmerking worden genomen.

Een belangrijke nuancering van het systeem van toelatingsplanologie is dat het mogelijk is om in een bestemmingsplan zogenoemde voorwaardelijke verplichtingen op te nemen. Een voorwaardelijke verplichting is ‘een voorschrift in een bestemmingsplan dat de grondgebruiker pas verplicht tot het uitvoeren van hetgeen in het bestemmingsplan is bepaald, op het moment dat de grondgebruiker *op eigen initiatief* een door het bestemmingsplan toegestane wijziging in de bestaande gebruiksvorm aanbrengt.’³ Blijkbaar is het vanuit de optiek van het beginsel van toelatingsplanologie cruciaal of een gebod onvoorwaardelijk is geformuleerd of niet.

Gezien deze definitie van ‘toelatingsplanologie’ en de bijbehorende nuancering van de voorwaardelijke verplichting, is een ‘gebodsbepaling’ in een bestemmingsplan een door de overheid te handhaven, onvoorwaardelijke verplichting voor een eigenaar of grondgebruiker om de toegekende bestemming te verwezenlijken.

2.2. Een vergelijking met zorgplichtbepalingen

Een specifieke categorie geboden zijn de zorgplichtbepalingen, die bijvoorbeeld in art. 1a Woningwet, art. 7.22 Bouwbesluit 2012 of art. 1.1a en 10.1 van de Wet milieubeheer zijn opgenomen.

Artikel 1.1a wm

1. Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht.
2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.

² P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 5.

³ A.G.A. Nijmeijer, ‘Voorwaardelijke verplichtingen in het bestemmingsplan. Einde van de toelatingsplanologie of niets nieuws onder de zon?’, *M&R* 2006, p. 363-367, par. 3. Zie ook P.J.J. van Buuren en A.G.A. Nijmeijer, ‘Bestemmingsplan en privaatrecht. Over voorwaardelijke verplichtingen en complementaire overeenkomsten’, in: M.N. Boeve en R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht* (Koeman-bundel), Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 422.

Zorgplichtbepalingen als de bovenstaande kunnen worden gedefinieerd als ‘een vrij algemeen geformuleerde, tot de burger gerichte (zorg)verplichting[en] die een bepaalde verantwoordelijkheid markeert en waarvan het de bedoeling is deze juridisch te handhaven. Een zorgplicht bevat een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van de normadressaat. De wetstechnische vormgeving van een zorgplichtbepaling kan verschillen: het kan gaan om een gebod of om een verbod. De handhaving van de norm kan langs bestuurlijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke weg geschieden, of via een combinatie van methoden.’⁴

Er is in zoverre een vergelijking te maken tussen zorgplichtbepalingen en gebodsbepalingen dat een zorgplicht - althans in theorie - een actieve verplichting voor de burger in het leven kan roepen om iets te doen (en dus niet uitsluitend een verplichting om iets na te laten). Zorgplichtbepalingen leggen de burger immers de verplichting op om een bepaalde mate van zorg te betrachten ten aanzien van een in de wet omschreven belang, die bovendien onvoorwaardelijk is geformuleerd.

Toch is er ook een belangrijk verschil. Kenmerkend voor zorgplichtbepalingen is dat de opgelegde verplichting niet nauwkeurig is omschreven. Deze is door de wetgever bewust zodanig algemeen geformuleerd dat voor de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan.⁵ Vanuit de optiek van het legaliteitsbeginsel maakt dit de handhaving van zorgplichtbepalingen problematisch. Het is immers niet eenvoudig om een burger tegen te werpen dat hij zich niet aan een zorgplicht gehouden heeft, als die zorgplicht niet precies duidelijk maakt wat van die burger wordt verwacht. Kortom, weliswaar kan een zorgplicht impliceren dat een burger verplicht is actief een bepaalde handeling te verrichten, maar de naleving daarvan kan niet eenvoudig worden afgedwongen.

Het verschil tussen zorgplichtbepalingen en gebodsbepalingen schuilt dus in de nauwkeurigheid waarmee de verplichting voor de burger is geformuleerd.

Van een *onvoorwaardelijke* verplichting om handelingen te verrichten is in ieder geval geen sprake als de zorgplicht uitgaat van een situatie waarin er geen nadelige gevolgen zijn voor het belang dat de zorgplicht tracht te beschermen. In zo'n geval wordt het gebod om te handelen pas geactiveerd als dergelijke nadelige gevolgen (dreigen te) ontstaan, en moet daarom worden gesproken van een voorwaardelijke verplichting. Dit komt regelmatig voor. Art. 1.1a Wm is er een voorbeeld van: er moet pas worden opgetreden als nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt. Een ander voorbeeld is art. 13 Wbb, waarin kort gezegd wordt voorgeschreven dat een ieder die op of in de bodem *de in de Wet bodembescherming bedoelde handelingen verricht* maatregelen moet treffen om dreigende verontreiniging of aantasting van de bodem te voorkomen, dan wel om de verontreiniging of aantasting ongedaan te maken. Deze zorgplicht wordt geactiveerd door specifieke handelingen die de normadressaat verricht, en behelst dus een voorwaardelijke verplichting. De Afdeling heeft uitdrukkelijk overwogen dat de in

⁴ Advies van de Commissie voor de Toetsing van wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen (CTW 90/6 – 20 augustus, 1990), p. 3.

⁵ *Kamerstukken II 2003/04, Bijlage bij Kamerstuk 29279 nr. 1 (Ruimte voor zorgplichten, p. 6)*. De algemene formulering van de zorgplicht maakt bovendien dat zorgplichtbepalingen vrij lastig handhaafbaar. Zie R. Uylenburg e.a., *Algemeen geregeld is goed geregeld? Een onderzoek naar de effecten van algemene regels ten opzichte van een vergunningstelsel in de watersector*, p. 51-52, geraadpleegd op 7 mei 2015: <<http://ucwosl.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/11/Onderzoek-Algemeen-geregeld-is-goed-geregeld.pdf>>

art. 13 Wbb neergelegde verplichting om maatregelen te treffen alleen geldt als iemand zelf de handelingen heeft verricht die de verontreiniging of de aantasting hebben veroorzaakt, dan wel dat die handelingen aan hem kunnen worden toegerekend. Een perceelseigenaar kan dus niet als overtreders worden aangemerkt als die eigenaar de op het perceel aangetroffen vaten met drugsafval daar niet zelf heeft gestort, en daar evenmin anderszins bij betrokken is geweest.⁶

2.3. Duldplichtbepalingen

Duldplichten leggen de burger de verplichting om handelingen die de overheid ten behoeve van een in de wet omschreven algemeen belang wil treffen ten aanzien van zijn eigendom, te dulden.⁷ In omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving komen we op diverse plekken duldplichten tegen, zoals de Belemmeringenwet privaatrecht, de Waterwet,⁸ de Mijnbouwwet,⁹ de Wet milieubeheer,¹⁰ Monumentenwet 1988 en de Wet luchtvaart¹¹. Sommige duldplichten vloeien rechtstreeks voort uit de wet, andere duldplichten moeten door een bestuursorgaan bij beschikking aan de burger worden opgelegd. Een voorbeeld van een rechtstreeks uit de wet voortvloeiende duldplichtbepaling is art. 5.23 lid 1 Waterwet:

“Rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken zijn gehouden onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan waterstaatswerken te gedogen, voor zover die werkzaamheden geschieden door of onder toezicht van de beheerder.”

Een voorbeeld van een bij beschikking op te leggen duldplicht is art. 5.21 Waterwet:

“De beheerder of, in voorkomende gevallen, gedeputeerde staten kunnen, voor zover dat voor de vervulling van hun taken redelijkerwijs nodig is, rechthebbenden ten aanzien van gronden de verplichting opleggen om op of in die gronden onderzoeken en daarmee verband houdende werkzaamheden te gedogen.”

Deze duldplichten verplichten weliswaar de burger om iets te doen, namelijk het dulden van handelingen van overheden ten behoeve van het in de duldplichtbepaling omschreven algemeen belang. Dat is echter geen verplichting om *actief* te handelen, maar om bepaalde handelingen van de overheid ten aanzien van hun eigendommen te ondergaan. Een *passieve* verplichting dus.¹² Om die reden verschillen duldplichten van gebodsbepalingen.

2.4. Gebodsbepalingen: onderhoudsplichtbepalingen, saneringsbevelen

Naast zorgplichtbepalingen en duldplichten zijn in omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving ook bepalingen opgenomen die de burger verplichten om zelf actief handelingen te verrichten ten

⁶ ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2978, *NJB*2014/1532.

⁷ Veelal wordt ook wel gesproken van gedoogplichten. Om verwarring met het begrip ‘gedogen’ in de zin van bewust niet handhavend optreden tegen overtredingen te voorkomen, zal het begrip ‘duldplicht’ worden gehanteerd.

⁸ Art. 5.20, art. 5.23 lid 2 en art. 5.26 en art. 5.27 Waterwet.

⁹ Art. 4 Mijnbouwwet.

¹⁰ Art. 8.51 en art. 17.11 Wm.

¹¹ Art. 8a.6 Luchtvaartwet.

¹² Ten Berge maakt in zijn afscheidsrede een onderscheid tussen actieve en passieve verplichtingen. Gedoogplichten schaaft hij onder de passieve verplichtingen van de burger. Zie J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid*. Tussen normaal en abnormaal, Kluwer: 2007, Alphen aan den Rijn, p. 35-37.

behoefte van het algemeen belang. Voorbeelden daarvan zijn de verplichtingen tot regulier onderhoud van waterstaatswerken en de afraastervplichtingen die op grond van de keur in combinatie met de legger¹³ aan burgers kunnen worden opgelegd.¹⁴ Een voorbeeld van een dergelijke onderhoudsplichtbepaling is art. 2.2 Modelkeur van de Unie van Waterschappen 2013:

“De onderhoudsplichtigen van waterkeringen dragen te allen tijde zorg voor een goede toestand van de waterkeringen door onder andere het bestrijden van schadelijk wild, met uitzondering van muskus- en beverratten, en van schadelijke begroeiingen, het herstellen van beschadigingen en het in stand houden van begroeiingen en materialen, dienstig aan de waterkering.

Deze onderhoudsverplichtingen zijn aan te merken als gebodsbepalingen. De onderhoudsverplichting roept voor de onderhoudsplichtige burger namelijk een rechtstreeks handhaafbare¹⁵, onvoorwaardelijke en specifieke verplichting in het leven om actief een handeling in het algemeen belang (i.c. het waterstaatsbelang) ter verrichten. Deze onderhoudsverplichting is dan ook een voorbeeld van een ‘zuivere gebodsbepaling’. Opmerkelijk is overigens nog dat de onderhoudsplicht geen betrekking hoeft te hebben op de eigendom van degene die als onderhoudsplichtige is aangewezen. Als onderhoudsplichtige van een waterstaatswerk worden namelijk veelal grondeigenaren aangewezen wiens gronden grenzen aan het desbetreffende waterstaatswerk (zgn. aangelanden). Zij hoeven dan ook geen eigenaar te zijn van het waterstaatswerk ten aanzien waarvan zij een onderhoudsplicht opgelegd hebben gekregen.

Een ander voorbeeld van een gebod is het saneringsbevel uit de Wet bodembescherming. Indien gedeputeerde staten vaststellen dat er sprake is van een ernstig geval van bodemverontreiniging, dan kunnen zij bij beschikking een rechtspersoon of natuurlijke persoon de verplichting opleggen om voorafgaand aan de bodemsanering tijdelijke veiligheidsmaatregelen te treffen en daarover aan gedeputeerde staten te rapporteren.¹⁶ Aan degene die een aandeel heeft gehad in het ontstaan van de bodemverontreiniging kan een saneringsbevel worden gegeven (art. 43 lid 3 Wbb jo. 46 Wbb). Ten aanzien van bedrijfsterreinen waar bodemverontreiniging wordt vermoed, kunnen gedeputeerde staten de eigenaar verplichten om onderzoek te verrichten naar die verontreiniging. Indien bij beschikking is bepaald dat spoedige sanering van de bodem noodzakelijk is, is de grondeigenaar of erfpachter verplicht om de bodem te saneren (art. 37 lid 1 jo. art. 55b Wbb). Het saneringsbevel kan ook worden aangemerkt als gebodsbepaling, aangezien degene die de bodemverontreiniging heeft veroorzaakt of de eigenaar van een bedrijfsterrein daardoor de onvoorwaardelijke, handhaafbare en nauwkeurig omschreven verplichting bestaat om de bodem te saneren.

Er bestaan ook gebodsbepalingen zonder uitdrukkelijke (specifieke) wettelijke grondslag. Dergelijke geboden zijn echter beperkt van aard. Een voorbeeld daarvan is de verplichting voor de eigenaar van een beschermd monument om te voorkomen dat een beschermd monument volledig tenietgaat. Deze plicht wordt afgeleid uit het verbod (behoudens vergunning) om het

¹³ Zie art. 78 lid 2 Waterschapswet.

¹⁴ Zie hoofdstuk 2 van de Modelkeur 2013 van de Unie van Waterschappen, laatstelijk geraadpleegd op 7 mei 2015: <<http://www.uvw.nl/wp-content/uploads/2013/03/Modelkeur-2013.pdf>>

¹⁵ Indien de onderhoudsplichtige deze onderhoudsplicht verzaakt, kan de waterbeheerder daartegen handhavend optreden. Zie o.m. ABRvS 2 oktober 2000, AB 2000/449, m.nt. A. van Hall, ABRvS 12 mei 2010, AB 2010/203, m.nt. Alfred van Hall, ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/123 en ABRvS 27 december 1995, AB 1996/118, m.nt. A. van Hall.

¹⁶ Art. 37 Wbb.

monument te ontsieren of aan te tasten. Een plicht om maatregelen te treffen die ertoe strekken dat de monumentale waarden worden behouden, kan daaruit echter niet worden afgeleid.¹⁷ Een ander voorbeeld is de aanschrijvingsbevoegdheid van art. 9 Bomenverordening Amsterdam 2014 op grond waarvan het gemeentebestuur een zakelijk gerechtigde tot een beschermde houtopstand die ernstig in zijn voortbestaan wordt bedreigd kan aanschrijven tot het treffen van voorzieningen waarmee die bedreiging wordt weggenomen. Deze bevoegdheid is gebaseerd op de autonome verordende bevoegdheid van de gemeente.¹⁸

2.5. *Maatwerkvoorschriften*

In het milieurecht bestaat al vele jaren de bevoegdheid om normen uit algemene regels door middel van nadere eisen (oud recht¹⁹) of maatwerkvoorschriften (huidig recht) te beperken. Gesteld zou kunnen worden dat de normen uit de algemene regels ‘bestaande rechten’ zijn en dat door middel van nadere eisen of maatwerkvoorschriften inbreuk op deze bestaande rechten gemaakt kan worden. Uit de nota van toelichting bij het Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer blijkt bij voorbeeld dat de mogelijkheden om door middel van nadere eisen inbreuk te maken op bestaande rechten beperkt zijn. In de Nota van toelichting wordt benadrukt dat de nadere eis een ambtshalve beschikking is, die niet kan worden genomen dan nadat het bevoegd gezag zich zorgvuldig een beeld heeft gevormd van de relevante feiten en de betrokken belangen. Daarbij zijn volgens de Nota van toelichting niet alleen de milieubelangen en de belangen van derde-belanghebbenden aan de orde maar ook de bedrijfseconomische belangen. Er moet een duidelijke en redelijke verhouding zijn tussen het met de nadere eis beoogde doel en de kosten of inspanningen die het bedrijf of de instelling moet maken om aan de eis te kunnen voldoen. Nadere eisen kunnen in het algemeen niet zo ver gaan dat daardoor een bedrijf of een instelling - in vergelijking met soortgelijke bedrijven of instellingen uit dezelfde bedrijfstak - overmatig hoge kosten zou moeten maken om aan deze eisen te kunnen voldoen, aldus de toelichting.

Onder de werking van het Activiteitenbesluit wordt niet op grote schaal gebruik gemaakt van de bevoegdheid om maatwerkvoorschriften op te leggen. Een voorbeeld van een geval waarin men door maatwerkvoorschriften voor een inrichting vast te leggen, de belemmeringen vanwege deze inrichting voor de ontwikkeling van woningbouw op een aangrenzend perceel weg probeerde te nemen, is te vinden in een uitspraak van de Afdeling van 16 december 2009²⁰:

2.5. Het college stelt zich onder verwijzing naar de door LBP in het rapport van 19 maart 2008 uitgevoerde berekeningen op het standpunt dat zonder het in maatwerkvoorschrift 1 opgenomen verbod op nachtelijke laad- en losactiviteiten in de bestaande situatie, zonder het geplande woonzorgcomplex, niet kan worden voldaan aan de ingevolge artikel 2.17 van het Besluit ter plaatse van de gevels van nabijgelegen woningen geldende geluidgrenswaarden. Metingen waarbij ter plaatse van de betrokken woningen daadwerkelijk een

¹⁷ ABRvS 20 augustus 2014, AB 2014/369 en TBR 2015/9.

¹⁸ Art. 149 Gemeentewet.

¹⁹ Zie ABRvS 27 april 2005, zaaknummer 200407084/1.

²⁰ ABRvS 16 december 2009, zaaknummer 200805334/1.

overschrijding van de geluidgrenswaarden is geconstateerd, ontbreken echter, terwijl [appellante] gemotiveerd heeft betoogd dat wel aan deze grenswaarden kan worden voldaan. Hier komt bij dat, gelet op hetgeen hierover in het deskundigenbericht is opgemerkt, getwijfeld moet worden aan de juistheid van de door LBP bij haar berekeningen gehanteerde uitgangspunten met betrekking tot de ondergrond tussen de inrichting en de woningen en de mogelijkheid van zogenoemd stil gedrag tijdens het laden en lossen. Gelet op het vorenstaande heeft het college niet aannemelijk gemaakt dat een verbod op nachtelijke laad- en losactiviteiten in de bestaande situatie noodzakelijk is. Het college heeft maatwerkvoorschrift 1 mede vastgesteld met het oog op de realisatie van het geplande woonzorgcomplex. Het vaststellen van maatwerkvoorschriften met het oog op een nog te realiseren situatie moet op zich mogelijk worden geacht. De Afdeling stelt echter vast dat het in maatwerkvoorschrift 1 opgenomen laad- en losverbod onmiddellijk geldt en niet pas vanaf het moment van realisatie van het woonzorgcomplex. Het geplande woonzorgcomplex kan in zoverre geen rechtvaardiging vormen voor het opleggen van maatwerkvoorschrift 1. Gelet op het vorenstaande berust het besluit van 10 juni 2008 voor zover het maatwerkvoorschrift 1 betreft, in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht, niet op een deugdelijke motivering.

Het lijkt samengevat niet onmogelijk door middel van maatwerkvoorschriften bestaande rechten te beperken. Worden maatwerkvoorschriften verbonden aan een omgevingsvergunning dan zal in het oog gehouden moeten worden dat de grondslag van de aanvraag niet verlaten wordt. De mogelijkheden om door middel van maatwerkvoorschriften het treffen van voorzieningen te eisen die ingrijpende investeringen vergen, lijken ons beperkt. Voor zover de maatwerkvoorschriften worden ingegeven door de wens in de directe nabijheid van de inrichting een nieuwe overlastgevoelige bestemming te realiseren en de eigenaar van de inrichting investeringen zal moeten doen om aan de maatwerkvoorschriften te voldoen, zal de rechtmatigheid van het besluit waarbij de maatwerkvoorschriften worden opgelegd mede afhangen van de bereidheid van de overheid om deze investeringen voor haar rekening te nemen.

2.6. Conclusie: gebodsbepalingen gedefinieerd

Gezien het beginsel van toelatingsplanologie dat momenteel ten grondslag ligt aan de Wro, in combinatie met de vergelijking die in de vorige paragrafen is gemaakt met zorgplichtbepalingen en duldplichtbepalingen, wordt in dit onderzoek de volgende definitie van ‘gebodsbepalingen’ gehanteerd.

Een gebodsbepaling is een voorschrift in een omgevingsplan dat de burger een onvoorwaardelijke en rechtstreeks te handhaven verplichting oplegt om een bepaalde handeling te verrichten met het oog op de fysieke leefomgeving.

- *Onvoorwaardelijk*: de verplichting wordt niet geactiveerd door een (voornemen tot) actief handelen van de burger zelf. Voorwaardelijke verplichtingen, dat wil zeggen, een verplichting voor een burger om een bepaalde handeling te verrichten als hij op eigen initiatief een activiteit in de fysieke leefomgeving wil verrichten die in het omgevingsplan onder bepaalde voorwaarde(n) wordt toegestaan, vallen niet onder de definitie.
- *Rechtstreeks te handhaven*: als wordt nagelaten de desbetreffende handeling te verrichten, dan kan daartegen handhavend worden opgetreden. Dit impliceert dat een gebodsbepaling voldoende duidelijk en nauwkeurig is geformuleerd, zodat daaruit kan worden afgeleid welke handeling van de burger precies wordt verwacht.
- *Verplichting*: bepalingen waarin de burger verplicht wordt om een handeling van een

- overheid of een derde te dulden (passieve verplichtingen), vallen niet onder de definitie.
- *Handeling verrichten*: de verplichting kan voortvloeien uit een gebod om te handelen (het aanbrengen van een beplantingshaag rondom een agrarisch bouwwerk), maar ook om een verbod om na te laten (een verbod om een agrarisch bouwwerk in stand te laten, als daaromheen geen beplantingshaag is aangebracht).

3. Gebodsbepalingen en het eigendomsrecht

De vraag is nu of er een ‘generieke gebodsbevoegdheid’ ontstaat als het beginsel van toelatingsplanologie in de Omgevingswet wordt losgelaten. Dat is naar onze mening niet het geval. De gebodsbevoegdheid wordt in materiële zin beperkt door het eigendomsrecht (paragraaf 3.1). Een praktische beperking kan bovendien worden gevonden in de gebrekkige handhaafbaarheid van gebodsbepalingen (paragraaf 3.2).

3.1. Gebodsbepalingen en eigendomsrecht

Een eerste vraag is hoe gebodsbepalingen zich verhouden tot het eigendomsrecht. Een gebodsbepaling vormt een beperking van het recht op het ongestoord genot van eigendom, zeker waar het de verplichte verwezenlijking van een functie betreft die in een omgevingsplan aan een locatie is toegekend. Dat recht wordt in het Nederlandse recht beschermd in art. 5:1 BW. De bescherming die aan dit artikel kan worden ontleend, is echter beperkt. Het gaat uitsluitend om de eigendom van zaken (en bijvoorbeeld dus niet om vermogensrechten). Bovendien kan het recht om van de zaak gebruik te maken op grond van het tweede lid worden beperkt in wettelijke voorschriften, zonder dat aan die voorschriften uitdrukkelijke (materiële) eisen worden gesteld.

In art. 1 Eerste Protocol EVRM (EP) is een meeromvattende bescherming van het eigendomsrecht neergelegd. In tegenstelling tot art. 5:1 BW legt art. 1 EP wél inhoudelijke beperkingen op aan de mogelijkheid voor de overheid om eigendom te reguleren. Bovendien gaat het EHRM uit van een ruim eigendomsbegrip. Daaronder vallen alle rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen. Als het recht op een ongestoord genot van de eigendom wordt beperkt zonder dat het beschikkingsrecht daarover (geheel) verloren gaat, moet worden nagegaan of deze inmenging gerechtvaardigd is. Het EHRM toetst hierbij of de inmenging een voldoende precieze en toegankelijke nationale wettelijke basis heeft en of de inmenging proportioneel is. Beide aspecten zijn van belang voor de vraag of het mogelijk is een gebod in het leven te roepen op basis van een algemene regelgevende bevoegdheid, zoals de mogelijkheid om regels te stellen in een omgevingsplan.

3.1.1. Gebodsbepalingen en het legaliteitsbeginsel

In de eis van het EHRM dat voor een gerechtvaardigde inmenging in het eigendomsrecht een voldoende precieze en toegankelijke nationale wettelijke basis moet bestaan, kan het legaliteitsbeginsel worden herkend. Voortbouwend op deze eis kan worden gesteld dat voor het stellen van gebodsbepalingen een *specifieke* wettelijke grondslag moet bestaan, juist omdat dergelijke bepalingen een ingrijpende beperking van het eigendomsrecht kunnen vormen. Van Ommeren schrijft in dit verband:

‘Een eenzijdig door de overheid opgelegde verplichting dient mijns inziens (...) op een specifieke wettelijke grondslag te berusten. De wettelijke grondslag dient de bevoegdheid zo duidelijk mogelijk te omschrijven. (...)

Het moet mogelijk zijn de grenzen van de bevoegdheid uit de wettelijke grondslag af te leiden.²¹

Met het oog hierop kan de vraag worden gesteld of art. 4.1 lid 1 Ow, waarin in zeer algemene bewoordingen is gesteld dat in het omgevingsplan regels kunnen worden gesteld over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving, voldoende specifiek is om een ingrijpende gebodsbepaling op te kunnen baseren. In ieder geval kan in de praktijk een zekere terughoudendheid worden verwacht bij het stellen van gebodsbepalingen. In paragraaf 2.4 is al gebleken dat voor thans geldende geboden veelal een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat en voor zover dat niet het geval is, die geboden beperkt van aard zijn en slechts gelden in uitzonderlijke gevallen.

3.1.2. Gebodsbepalingen en proportionaliteit

Ingevolge art. 1 EP mag het recht op eigendom uitsluitend worden gereguleerd als sprake is van een rechtvaardig evenwicht ('fair balance') tussen het algemene belang en het fundamentele recht van de individu. De beperking van het eigendomsrecht mag geen onevenredige last (excessive burden) op de betrokkene leggen. Kortom, een inmenging in het eigendomsrecht is uitsluitend gerechtvaardigd als deze proportioneel is. Het proportionaliteitsbeginsel verlangt dat:

- a. het middel geschikt is om het beoogde doel te bereiken,
- b. dat er geen minder ingrijpend middel kan worden gebruikt om het doel te bereiken (subsidiariteit), en
- c. dat er een redelijk evenwicht wordt bereikt tussen de beoogde voordelen en de nadelige gevolgen (evenredigheid in strikte zin).

Het doel van een gebod in een omgevingsplan is het realiseren van een bepaalde handeling die met het oog op de zorg voor de fysieke leefomgeving nodig is. Bij ieder gebod rijst de vraag of die handelingen niet met een minder ingrijpend middel kan worden gewaarborgd, en of het evenredig is om het verrichten van die handeling voor een burger verplicht te stellen.

Andere middelen die de overheid ter beschikking staan om te waarborgen dat een specifieke handeling wordt verricht, zijn:

- a. het opnemen van een voorwaardelijke verplichting in het omgevingsplan,
- b. het opleggen van een duldplicht,
- c. onteigening.

De vraag kan worden gesteld of het opleggen van duldplichten en onteigening minder ingrijpende middelen zijn dan het vaststellen van een gebodsbepaling. Toch kan onder omstandigheden betoogd worden dat een eigenaar meer gebaat is bij deze alternatieven. De voordelen schuilen in de (procedurele) waarborgen waarmee die instrumenten zijn omkleed, en bovendien in het feit dat de eigenaar de desbetreffende handeling niet zelf hoeft te verrichten. Om dezelfde redenen wordt momenteel in de wetgeving erkend dat een eigenaar meer baat kan hebben bij onteigening dan bij het opleggen van een gedoogplicht. Art. 1 Belemmeringenwet privaatrecht bepaalt immers

²¹ F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. VU), Utrecht: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 115.

uitdrukkelijk dat uitsluitend een gedoogplicht kan worden opgelegd als de belangen van de eigenaar redelijkerwijs geen onteigening vorderen (zie paragraaf 3.1.3).

Dat een gebod evenredig moet zijn, vloeit niet alleen voort uit art. 1 EP, maar ook uit art. 3:4 lid 2 Awb. Het is natuurlijk zo dat artikel 3:4 Awb alleen van toepassing is op besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften ‘voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet’, en dat de bepalingen uit de Awb over de motivering in het geheel niet van toepassing zijn op algemeen verbindende voorschriften.²² In theorie kunnen daarom algemeen verbindende voorschriften bestaan waaraan de eis van een evenredige belangenafweging niet wordt gesteld en waaraan ook geen zorgvuldig onderzoek vooraf hoeft te gaan. Maar deze clause moet niet zo worden gelezen dat het de overheid in beginsel is toegestaan algemeen verbindende voorschriften vast te stellen die disproportionele gevolgen hebben of waaraan geen zorgvuldig onderzoek ten grondslag ligt. Het is realistischer de clause ‘voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet’ zo te lezen dat daarmee voorkomen wordt dat bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften alle mogelijke beoogde en niet beoogde gevolgen moeten worden onderzocht en afgewogen. De aard van algemene regels brengt mee dat het onderzoek en de belangenafweging globaler mogen zijn, omdat niet op voorhand in detail vaststaat hoe de toepassing in concrete gevallen uitpakt. De clause kan ook worden gebruikt om te voorkomen dat de rechter bij zijn toetsing te ver treedt in de politieke verantwoordelijkheden van wetgevende bestuursorganen. Maar zij bedoelt niet het evenredigheidsbeginsel of de onderzoekplicht voor algemeen verbindende voorschriften buiten werking te stellen.

Om evenredigheid van een verplichting te bereiken die in het omgevingsplan wordt opgelegd, kan het nodig zijn om aan die verplichting overgangsrecht te verbinden of om nadeelcompensatie toe te kennen. Waar het om gebodsbepalingen gaat is overgangsrecht echter geen goede optie, omdat daardoor het effect van zo’n bepaling voor een belangrijk deel teniet zou worden gedaan. In het geval van een verplichting om een beplantingshaag aan te brengen rondom een bestaand bouwwerk in het buitengebied bijvoorbeeld, zou het overgangsrecht betekenen dat de eigenaar (vooralsnog) niet aan die verplichting hoeft te voldoen. Hier blijkt wederom dat de mogelijkheid om gebodsbepalingen in een omgevingsplan op te nemen, bestaat bij de gratie van de inhoud van het overgangsrecht dat onderdeel moet uitmaken van datzelfde plan.

3.1.3. Recht op onteigening?

In 2013 heeft prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans onder de titel ‘Recht op onteigening’ zijn inaugurale rede gehouden. In deze rede staat de vraag centraal of en zo ja onder welke voorwaarden er een recht op onteigening zou moeten bestaan. De rede van prof. Sluysmans bevat enkele gezichtspunten die voor het onderhavige onderzoek van belang zijn.

Artikel 38 van de Onteigeningswet bepaalt dat gebouwen die voor een gedeelte onteigend worden, op vordering van de eigenaar, geheel moeten worden overgenomen. Datzelfde geldt voor erven wanneer deze als gevolg van onteigening 25% of minder, dan wel 100 m² of minder aan oppervlakte resteert. Doet één van deze situaties zich voor dan moet er onteigend worden; er is geen ruimte voor een belangenafweging. Daarnaast bepaalt artikel 41 van de Onteigeningswet dat bij het bepalen van de schadeloosstelling rekening wordt gehouden met de waardevermindering

²² Art. 3:1 Awb.

van het overblijvende. Resteert er voor de eigenaar die wordt onteigend geen reële waarde meer, dan biedt artikel 38 van de Ontheingingswet hem de mogelijkheid van de onteigenaar te verlangen dat deze ook het resterende eigendom overneemt.²³ Volgens Sluysmans biedt artikel 38 aldus aan de onteigende een waarborg dat hij niet blijft zitten met iets wat – in objectieve zin – geen reële (gebruiks)waarde meer heeft.²⁴

Volgens Sluysmans zijn sporen van een vergelijkbaar recht op onteigening te vinden in de diverse ‘gedoogwetten’ (bij voorbeeld Belemmeringenwet privaatrecht en Waterwet). Kenmerk van dit type regeling is dat zij het mogelijk maakt om inbreuk te maken op het eigendomsrecht van derden. Die derde is verplicht deze inbreuk te dulden. Daar staat tegenover dat de derde recht heeft op vergoeding van alle schade die hij ondervindt als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg van de aan hem opgelegde gedoogplicht. Volgens Sluysmans is er sprake van een systeem van volledige schadeloosstelling.²⁵

Voor het onderhavige onderzoek is van belang dat een verzoek tot oplegging van een gedoogplicht moet worden afgewezen in het geval de beoogde inbreuk op de eigendom van dien aard is dat het belang van de eigenaar redelijkerwijs onteigening vordert. Sluysmans signaleert dat in geen van de gedoogwetten wordt bepaald wanneer zo’n situatie zich voordoet. Uit de relevante jurisprudentie volgt dat belang moet worden gehecht aan de omstandigheden van het geval. Daarbij is de verhouding tussen het belemmerde perceelgedeelte en het overblijvende van belang en ook de aard van de belemmering. Sluysmans schrijft over de aard van de belemmering het volgende: ‘Ook het gebruik van de belemmerde grond speelt een rol. Wordt een leiding gelegd onder grond die wordt gebruikt voor het telen van maïs, dan zal het effect van die leiding niet heel groot zijn, maar dat is anders in het geval de grond in gebruik is als boomgaard of zelfs een (toekomstig) bouwblok vormt.’²⁶ In het eerste geval is volgens Sluysmans onteigening niet nodig, in het tweede geval waarschijnlijk wel. Sluysmans signaleert dat in de jurisprudentie te veel nadruk wordt gelegd op het recht op schadeloosstelling. Omdat er een aanspraak op schadeloosstelling bestaat, ontbreekt het belang bij onteigening, zo wordt geredeneerd. Volgens Sluysmans is dat niet juist. Als er geen reële gebruikswaarde meer resteert, zou er een recht op onteigening moeten bestaan.

Bovenstaande uiteenzetting is niet een op een toepasbaar op het omgevingsplan, omdat een wijziging van een toegedeelde functie niet tot gevolg heeft dat de eigenaar de beschikkingsmacht over (een deel van) zijn eigendom verliest. Vergelijkbaar is wel dat een wijziging van een toegedeelde functie gevolgen kan hebben voor de gebruiksmogelijkheden van de grond. Doordat een nieuwe functie wordt toegekend, kunnen die gebruiksmogelijkheden beperkt worden. Naar huidig recht zijn de gevolgen van een gebruiksbepanking of -wijziging als gevolg van een bestemmingsplanherziening beperkt, omdat het bestaande legale gebruik op grond van het

²³ HR 4 mei 1994, NJ 1996, 4.

²⁴ Inaugurale rede, p. 15.

²⁵ Inaugurale rede, p. 20-21.

²⁶ Inaugurale rede, p. 24.

overgangsrecht mag worden voortgezet. Zou de Omgevingswet voorzien in een beperking van het overgangsrecht of in mogelijkheden om daarin in het omgevingsplan te voorzien, dan zullen zich met gedoogplichten vergelijkbare situaties voor kunnen doen.

3.2. Gebodsbepalingen en handhaafbaarheid

Een tweede belangrijke vraag die zich opdringt ten aanzien van gebodsbepalingen die in een omgevingsplan worden opgenomen, is of die bepalingen wel handhaafbaar zijn. Het is bijvoorbeeld niet goed denkbaar dat handhavend wordt opgetreden tegen een perceelseigenaar die op grond van het omgevingsplan verplicht is om een woning te realiseren, zeker niet als duidelijk wordt dat die eigenaar geen financiële middelen heeft om te bouwen of de bouw anderszins onmogelijk is. Nu ligt dat voor ingrijpende ontwikkelingen als de bouw van een woning wellicht voor de hand, maar hetzelfde geldt onzes inziens voor minder ingrijpende handelingen, zoals het aanleggen en in stand houden van een beplantingshaag rondom een bestaand bouwwerk in het buitengebied. Een eigenaar kan nu eenmaal niet verplicht worden om een handeling te verrichten waartoe hij niet in staat is: *ultra posse nemo obligatur*.

Wil de gemeente een ontwikkeling tot stand brengen die de grondeigenaar niet zelf kan of wil realiseren, dan zal zij de benodigde gronden dienen te onteigenen om zelf tot verwezenlijking te kunnen overgaan. Kortom, om de naleving van gebodsbepalingen te kunnen afdwingen, zal vaak moeten worden teruggevallen op de Onteigeningswet. In wezen komt dat op hetzelfde neer als het huidige systeem van toelatingsplanologie. De mogelijkheid om gebodsbepalingen in het omgevingsplan op te nemen – voor zover aanwezig – zal dus naar verwachting weinig verandering kunnen brengen in de huidige werkwijze om bestemmingen van overheidswege te realiseren. Omgekeerd roept dat twijfel op over het nut van gebodsbepalingen, en dus over de toepassing daarvan in de praktijk.

4. Conclusie

Moet worden gevreesd voor grote aantallen gebodsbepalingen in omgevingsplannen, omdat zo'n plan een 'gewone' verordening is waarmee afstand wordt genomen van het beginsel van toelatingsplanologie? Naar onze mening is dat niet het geval. De gebrekkige handhaafbaarheid van gebodsbepalingen en het eigendomsrecht staan daaraan in de weg.

De handhaving van een gebodsbepaling uit een omgevingsplan houdt in dat een burger gedwongen wordt een handeling te verrichten die met het oog op de fysieke leefomgeving nodig wordt geacht. In veel gevallen is dat moeilijk voorstelbaar, zeker als blijkt dat de burger helemaal niet in staat is om die handeling te verrichten. In zo'n geval zal de overheid de overheid een gedoogplicht moeten opleggen of tot onteigening moeten overgaan. Gezien deze praktische belemmering is het effect van de mogelijkheid om gebodsbepalingen op te nemen in een omgevingsplan naar verwachting gering.

Daar komt nog bij dat het eigendomsrecht uit art. 1 EP de mogelijkheid om geboden op te leggen beperkt. Sterker nog, met het oog op art. 1 EP kan de vraag worden gesteld in hoeverre art. 4.1 en 4.2 Ow een legitieme grondslag bieden om een gebodsbepalingen op te nemen in een omgevingsplan. Voor iedere beperking of aantasting van het eigendomsrecht geldt namelijk dat deze een wettelijke grondslag moet hebben. Hoe ingrijpender de aantasting van de eigendom, hoe uitdrukkelijker die grondslag ons inziens zal moeten zijn. En gebodsbepalingen zijn aan te merken

als relatief ingrijpende aantasting van het eigendomsrecht, aangezien de justitiabele wordt verplicht om ten behoeve van het algemene belang ‘de bescherming van de fysieke leefomgeving’ actief te handelen. Een korte (niet uitputtende) inventarisatie van gebodsbepalingen in omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving lijkt de eis van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag ook te ondersteunen, omdat de daarin aangetroffen gebodsbepalingen vrijwel allemaal een uitdrukkelijke wettelijke grondslag hebben.

Hoe dan ook, alle bepalingen in het omgevingsplan die het eigendomsrecht aantasten moeten voldoen aan het proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP en art. 3:4 lid 2 Awb. Het stellen van geboden moet te allen tijde proportioneel zijn, hetgeen betekent dat er een rechtvaardig evenwicht moet bestaan tussen het belang van de zorg voor de fysieke leefomgeving en de beperking van het recht op een ongestoord genot van de eigendom door de individu. De gebodsbepaling mag geen onevenredige last op de betrokkene leggen. Daarom moet een gebodsbepaling in de regel gepaard gaan met overgangsrecht en/of een vorm van nadeelcompensatie. Wordt in het geval van een gebodsbepaling gekozen voor overgangsrecht, dan wordt het effect van die bepaling voor een groot deel teniet gedaan. De verplichting om nadeelcompensatie toe te kennen zal manen tot terughoudendheid bij het stellen van gebodsbepalingen.

Kortom, de ‘generieke gebodsbevoegdheid’ is in algemene zin begrensd. Het te verwachten effect van die bevoegdheid moet daarom niet worden overschat.

Aangenomen dat de artikelen 4.1 en 4.2 Ow een bevoegdheid bieden om gebodsbepalingen vast te stellen, moeten de algemene begrenzings van deze bevoegdheid dan worden aangescherpt in een amvb? Wij denken van niet. De vraag is namelijk direct hoe die beperking dan moet komen te luiden. In algemene zin is namelijk niet te zeggen wanneer een gebodsbepaling wel en niet toelaatbaar is. Dat is afhankelijk van de strekking van de desbetreffende bepaling zelf, in combinatie met de omstandigheden van het geval. Het is daarom lastig om de gebodsbevoegdheid concreter te begrenzen dan de beperkingen die voortvloeien uit art. 1 EP en art. 3:4 lid 2 Awb. Het (concreet) wettelijk begrenzen zal ons inziens bovendien slechts leiden tot juridisering. Omdat het formuleren van een dergelijke wettelijke begrenzing lastig zal zijn, bestaat de kans dat de wettekst voor meerderlei uitleg vatbaar is. Het wordt dan een verantwoordelijkheid van de rechter om te verduidelijken welke gebodsbepalingen wel, en welke geboden niet zijn toegelaten.

Als het opnemen van gebodsbepalingen niet wordt begrensd en deze bepalingen worden in een omgevingsplan opgenomen, dan zal de rechter toetsen of de daardoor veroorzaakte aantasting van de eigendom proportioneel is. Daarbij zal hij onder meer bezien of er in het concrete geval minder ingrijpende middelen voor handen zijn. De betrokkene kan zich erop beroepen dat een gebodsbepaling onevenredig is als de beoogde handeling ook kan worden gewaarborgd met een middel dat hem meer inhoudelijke of procedurele waarborgen biedt, zoals een voorwaardelijke verplichting, een gedoogplicht of onteigening. Het beginsel van toelatingsplanologie is op deze toetsingsmaatstaven gebaseerd. Dat laat zien dat de praktijk uitstekend met die maatstaven uit de voeten kan.

5. Voorbeelden

In deze paragraaf wordt een aantal voorbeelden belicht. Deze voorbeelden dienen als illustratie van bovenstaande uiteenzetting.

Voorbeeld 1 gebod gebruikswijziging agrarisch in wonen

In het vigerende bestemmingsplan is een perceel bestemd voor agrarische bedrijfsactiviteiten. In een nieuw omgevingsplan wordt de functie 'woondoeleinden' toegedeeld. Is denkbaar dat de eigenaar door middel van een gebodsbepaling wordt verplicht de woonfunctie te verwezenlijken?

Wij vinden het niet voorstelbaar dat een gebod in het omgevingsplan wordt vastgelegd om de woonfunctie te realiseren. Een dergelijk gebod zou resulteren in een verplichting van de eigenaar om een ander dan het bestaande gebruik te realiseren. Een zover strekkende verplichting laat zich moeilijk verenigen met het eigendomsrecht en artikel 1 EP. Het gebod noopt tot ingrijpende investeringen, die de eigenaar wellicht helemaal niet kan of wil doen. De gevolgen van de functiewijziging zijn zo ingrijpend dat deze niet door middel van volledige schadeloosstelling of nadeelcompensatie kunnen worden weggenomen. Immers, feit blijft dat de eigenaar het bestaande gebruik moet wijzigen, terwijl hij dat helemaal niet kan of wil. Een agrariër beschikt over het algemeen niet over de kennis en kunde om een woonbestemming te realiseren. Het lijkt bovendien ook moeilijk voorstelbaar dat de overheid door middel van een handhavingsactie afdwingt dat in overeenstemming met het gebod wordt gehandeld. Een last onder dwangsom zal veelal niet mogelijk zijn, omdat voor het opleggen van een last vereist is dat de overtreder het in zijn macht heeft om de overtreding ongedaan te maken. Wij kunnen ons voorstellen dat aan het machtsvereiste in veel gevallen niet wordt voldaan. Een last onder bestuursdwang leidt ook tot complicaties. Die hangen onder meer samen met het feit dat de overheid op gronden die in eigendom zijn van een derde een woningbouwplan gaat ontwikkelen. Om één complicatie concreet te benoemen: de eigenaar van de gronden wordt door natrekking eigenaar van de opstallen die door de overheid gerealiseerd worden, met alle risico's van dien.

Naar ons oordeel bestaat er in dit geval een recht op onteigening, omdat er bezien vanuit de positie van een redelijk handelend eigenaar en uitgaande van het bestaande legale gebruik geen reële gebruiksmogelijkheden meer zijn.

Voorbeeld 2 gebod gebruikswijziging agrarisch in natuur

En wat als het niet gaat om een woonfunctie, maar om een natuurfunctie? Wij menen dat het antwoord hetzelfde zou moeten luiden als bij voorbeeld 1. Ook in dit voorbeeld wordt van de eigenaar verlangd dat het bestaande gebruik wordt gewijzigd, terwijl de eigenaar dat niet kan of wil. Ook in dit geval bestaan er bezien vanuit de positie van een redelijk handelend eigenaar en uitgaande van het bestaande legale gebruik geen reële gebruiksmogelijkheden meer.

Voorbeeld 3 verbod verkoop LPG

Op grond van het vigerende bestemmingsplan is een perceel bestemd voor als motorbrandstofverkooppunt. Het is toegestaan ter plaatse LPG te verkopen. Het gemeentebestuur wil in de directe omgeving van het motorbrandstofverkooppunt een woonwijk ontwikkelen. Het LPG verkooppunt staat daaraan in de weg. Er wordt een nieuw omgevingsplan vastgesteld op grond waarvan ter plaatse geen LPG meer verkocht mag worden. Naar huidig recht heeft de eigenaar van het motorbrandstofverkooppunt op grond van het overgangsrecht het recht het LPG

verkooppunt te blijven exploiteren. In het onderzoeksrapport over het overgangsrecht zijn wij al ingegaan op de mogelijkheden om het werkingsbereik van het overgangsrecht te beperken. Op deze plaats staan wij stil bij de vraag of het mogelijk is het planologische recht om een LPG verkooppunt te exploiteren te onteigenen. Naar huidig recht is dat niet mogelijk, omdat het uitsluitend mogelijk is eigendom te onteigenen. Denkbaar is dat het ook mogelijk wordt gemaakt door een bestemmingsplan of omgevingsplan toegekende gebruiksrechten te onteigenen. Of in plaats van onteigening voorzien kan worden in een recht op volledige schadevergoeding of nadeelcompensatie zal er in het licht van bovenstaande uiteenzetting van afhangen of er nog een reële gebruikswaarde van het overblijvende (motorbrandstofverkooppunt zonder LPG verkooppunt) resteert.

Voorbeeld 4 gebod treffen geluid reducerende voorzieningen

Een gemeente wil een bedrijventerrein transformeren naar een gebied voor wonen en werken. Op het bedrijventerrein is een bakkerij aanwezig. Vanwege de geluidemissie van de bakkerij kunnen op de plek die daarvoor op zich in aanmerking komt, geen woningen gebouwd worden. Woningbouw is wel mogelijk als er op het perceel van de bakkerij een geluidwerende voorziening wordt opgericht, als één van de buitenwanden wordt voorzien van extra isolatie en als de bevoorrading wordt verplaatst van de voorkant naar de achterkant. Kan de eigenaar van de bakkerij door middel van het omgevingsplan worden verplicht de betreffende voorzieningen te realiseren? Deze casus vertoont enige gelijkenis met de bevoegdheid om maatwerkvoorschriften op te leggen. Als we ervan uitgaan dat er bezien vanuit de positie van een redelijk handelend eigenaar en uitgaande van het bestaande legale gebruik nog reële gebruiksmogelijkheden overblijven (mede gelet op de voorzieningen die vergelijkbare bakkerijen moeten treffen), bestaan er geen bezwaren tegen het in het omgevingsplan opleggen van een gebod tot het treffen van deze voorzieningen. Onder omstandigheden zal in een schadevergoedingsregeling voorzien moeten worden. Bij de omvang van die verplichting speelt het normaal maatschappelijk risico mogelijk een rol. Het is niet zonder meer noodzakelijk te voorzien in een regeling van volledige schadeloosstelling. Een daartoe strekkende verplichting kan men in ieder geval niet aan het Europese recht ontleen.

Het verschil met de voorbeelden 1 en 2 is met name gelegen in het feit dat het bestaande gebruik in beginsel door de eigenaar kan worden voortgezet. In die zin zijn de gevolgen minder ingrijpend dan in de voorbeelden 1 en 2. Voor zover de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, kan door middel van schadevergoeding in een adequate compensatie worden voorzien.

Voorbeeld 5 verwijdering van asbestdaken

Een voorbeeld van een gebodsbepaling is te vinden

in de ontwerpwijziging van het Asbestverwijderingsbesluit 2005 dat momenteel is voorgehangen bij de Tweede Kamer.²⁷ Met de wijziging wordt een nieuw artikel 10 in het besluit opgenomen, inhoudende dat het met ingang van 1 januari 2024 verboden is om asbesthoudend materiaal voorhanden te hebben toegepast als dakbedekking. Dit verbod is rechtstreeks handhaafbaar, waardoor sprake is van een gebod om asbestdaken te verwijderen. In een nieuw artikel 11 wordt burgemeester en wethouders en gedeputeerde staten opgedragen om artikel 10 te handhaven. In het tweede lid wordt zelfs de mogelijkheid geopend om een eigenaar al voor 1 januari 2024 te gelasten om asbesthoudende dakbedekking te verwijderen, als deze een gevaar oplevert voor de gezondheid of de veiligheid. De kosten voor de verwijdering liggen bij de eigenaar. Deze kosten bestaan uit een asbestinventarisatie en het laten verwijderen van het asbestdak door een gecertificeerd bedrijf.²⁸

Het gebod wordt op twee manieren verzacht. In de eerste plaats is het voorhanden hebben van asbestdaken pas vanaf 1 januari 2024 van toepassing, en is dus sprake van een eerbiedigingstermijn. Eigenaren hebben immers de tijd om maatregelen te treffen. Bovendien wordt met die datum aangesloten bij de economische levensduur van asbestdaken.²⁹ Aan het gebod ligt dus de gedachte ten grondslag dat eigenaren op het gekozen tijdstip sowieso zullen moeten investeren in nieuwe dakbedekking. Hier komt nog bij dat op de website van het Ministerie van I&M wordt aangekondigd dat subsidiegelden beschikbaar komen om asbestdaken te verwijderen en kunnen bedrijven momenteel al gebruikmaken van fiscale regelingen.³⁰

Ook nu al bestaat de mogelijkheid om eigenaren te gebieden om asbestdaken te verwijderen. Dat kan echter alleen als die daken de gezondheid in gevaar brengen, bijvoorbeeld omdat zij verouderd of beschadigd zijn. In zo'n geval kan handhavend worden opgetreden op grond van de Woningwet, het Bouwbesluit 2012 en de gemeentelijke bouwverordening.³¹ In deze gevallen kan

²⁷ De ontwerpwijziging, alsmede de bijbehorende aanbiedingsbrief, zijn terug te vinden op <http://www.infomil.nl/onderwerpen/hinder-gezondheid/asbest-0/asbestdakenverbod> (laatst geraadpleegd 8 juli 2015).

²⁸ Zie de nota van toelichting bij de ontwerp-wijziging, p. 11.

²⁹ Nota van toelichting bij de ontwerp-wijziging, p. 5.

³⁰ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/asbest/verbod-op-asbestdaken> (laatst geraadpleegd op 8 juli 2015)

³¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 september 2003, nr. 200301349/1, waarin gelast wordt asbesthoudend afval op het perceel te verwijderen dat is ontstaan door brand; ABRvS 8 augustus 2007, nr. 200700007/1, waarin de last is gebaseerd op een onderzoeksrapport waarin is geconcludeerd dat niet hechtgebonden asbesthoudend materiaal in dakbeplating en los liggend plaatmateriaal een direct gevaar voor de gezondheid met zich brengen en ABRvS 21 september 2011, nr. 201102170/1/H1, waarin uit onderzoek is gebleken dat asbestvezelbundels zijn vrijgekomen nadat dakbeplating is bewerkt met een hogedrukspuit en sanering is aangewezen om blootstellingsrisico's te voorkomen. Zie ook ABRvS 31 oktober 2012, nr. 201111981/1/A4 waarin de last onder bestuursdwang is gebaseerd op 10.1 lid 2 Wm. Het gaat daar om een geval waarin het dak van een schuur, bestaande uit asbesthoudende golfplaten, is ingestort.

het belang van de volksgezondheid blijkbaar zwaarder wegen dan de inmenging in het eigendomsrecht.