

ABRvS, 17-03-2004, nr. 200303876/1

ABRvS 17-03-2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO5723, m.nt. P.C.M. Heinen

Instantie	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Datum	17 maart 2004
Magistraten	mrs. W. van den Brink, P.A. Offers en C.H.M. van Altena
Zaaknummer	200303876/1
Noot	P.C.M. Heinen
LJN	AO5723
Vakgebied(en)	Staatsrecht (V) Bestuursrecht algemeen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:RVS:2004:AO5723, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 17-03-2004;
Wetgeving	Gem.w art. 108; Gem.w art. 125; Gem.w art. 147; Gem.w art. 149; Gem.w art. 174; BW Boek 5 art. 1; BW Boek 5 art. 48; EVRM 1e Protocol art. 1

Essentie

Bestuursdwangaanzegging tot verwijdering van zwerfkeien op zandweg en van zandophoging op open plek (eigendom van aangeschrevene), nu deze daardoor niet meer gebruikt kunnen worden als weg resp. als parkeerterrein. 'Weg' in de zin van de APV. APV-bepalingen geen overschrijding benedengrens autonome verordende bevoegdheid. Geen onaanvaardbare beperking eigendom. Geen onsplitsbare wilsverklaring. Beginselplicht tot handhaving. (Venlo)

Samenvatting

1

De op art. 2:6 lid 1 en 2:8 lid 1 APV gebaseerde bestuursdwangaanzegging strekt tot verwijdering van de op een zandweg geplaatste zwerfkeien resp. tot verwijdering van een op daarbij gelegen open plek aangebrachte zandophoging, waardoor die plek onbruikbaar is gemaakt als parkeerterreintje.

Art. 2:6 lid 1 APV (cf. art. 2.1.5.1 model-APV VNG; red.) verbiedt zonder vergunning van B&W de weg anders te gebruiken dan overeenkomstig de bestemming daarvan.

Art. 2:8 lid 1 APV (cf. art. 2.1.5.2 model-APV; red.) verbiedt zonder vergunning van B&W verandering te brengen in de wijze van aanleg van een weg.

Art. 1.1 onder a APV definieert 'weg' als: (1) de weg ex art. 1 lid 1 sub b WVV alsmede de daaraan liggende en als zodanig aangeduide parkeerterreinen; 2 de — al dan niet met enige beperking — voor het publiek toegankelijke open plaatsen etc.

De zandweg is een weg ex art. 1.1 onder a sub (1) APV. De open plek is een weg ex art. 1.1 onder a sub 2 APV, te weten een voor publiek toegankelijke plaats.

De Wegenwet is niet van betekenis voor beantwoording van de vraag of sprake is van een weg ex art. 1.1 onder a APV.

De rechtbank heeft geen onjuiste voorstelling van zaken gegeven door de open plek aan te duiden als parkeerterreintje. Door dit zonder vergunning daartoe onbruikbaar te maken heeft appellante gehandeld in strijd met art. 2:6 lid 1 jo. art. 1.1 APV.

2

Nu art. 2:6 jo. art. 1.1 APV een publiek belang betreft en niet een volstrekt verbod bevat, kan niet gesteld worden dat de gemeentelijke wetgever de door art. 108 jo. art. 147 en 149 Gemeentewet, gestelde grenzen heeft overschreden. Nu de (eigendoms)rechten van appellante op het perceel hierdoor niet illusoir zijn geworden, is van strijd met art. 5:1 BW en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM geen sprake.

3

Het beroep van appellante op art. 174 Gemeentewet treft geen doel, omdat het daarin niet gaat om een bevoegdheid van het B&W maar van de burgemeester en voorts omdat die bepaling niet ziet op een weg of (parkeer)terrein maar op een voor het publiek openstaand gebouw met daarbij behorend erf.

4

Voor de toepassing van de APV is de bestemming in het kader van het bestemmingsplan niet relevant.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van:

C.L.H. Voogt-Smeets, wonend te Belfeld,
appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Roermond van 12 juni 2003 in het geding tussen:
appellante

tegen

het college van burgemeester en wethouders van Venlo.

Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 3 september 2002 heeft het college van burgemeester en wethouders van Venlo (hierna: het college) appellante gelast — onder aanzegging van bestuursdwang — om alle in strijd met artikel

2:6 van de Algemene plaatselijke verordening Venlo (hierna: de APV) geplaatste zwerfkeien op de zandweg gelegen ter hoogte van de Maalbekerweg 24 en het in strijd met artikel 2:6 van de APV opgeslagen zand (zandhopen) op de open plek nabij de Maalbekerweg, binnen een week te verwijderen en verwijderd te houden.

Bij besluit van 19 november 2002 heeft het college het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 12 juni 2003 (...) heeft de rechtbank Roermond (hierna: de rechtbank) het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 17 juni 2003, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht. (...)

2. Overwegingen

2.1

Ingevolge artikel 2:6, eerste lid, van de APV is het verboden zonder vergunning van het college de weg of een weggedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de bestemming daarvan.

Ingevolge artikel 2:8, eerste lid, van de APV is het verboden zonder vergunning van het college een weg aan te leggen, de verharding daarvan op te breken, in een weg te graven of te spitten, aard of breedte van de wegverharding te veranderen of anderszins verandering te brengen in de wijze van aanleg van een weg.

Ingevolge artikel 1.1, aanhef en onder a, van de APV wordt in deze verordening verstaan dan wel mede verstaan onder weg:

1. de weg, als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wegenverkeerswet 1994 (hierna: WVV), alsmede de daaraan liggende en als zodanig aangeduide parkeerterreinen;
2. de — al dan niet met enige beperking — voor het publiek toegankelijke pleinen en open plaatsen, parken, plantsoenen, speelweiden, zandbakken, kinderspeelplaatsen, bossen en andere natuurterreinen, ijsvlakten en aanlegplaatsen voor vaartuigen.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, onder b, van de WVV wordt onder wegen verstaan: alle voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden met inbegrip van de daarin liggende bruggen en duikers en de tot die wegen behorende paden en berm en zijkanten.

2.2

Het in hoger beroep door appellante gedane beroep op artikel 174 van de Gemeentewet treft — daargelaten de vraag of dit tijdig is gedaan — geen doel, omdat het in die bepaling niet gaat om een bevoegdheid van het college maar van de burgemeester en voorts omdat die bepaling niet ziet op een weg of (parkeer)terrein maar op een voor het publiek openstaand gebouw met daarbij behorend erf.

2.3

Het betoog van appellante dat de rechtbank heeft miskend dat artikel 2:6 van de APV in strijd is met het eigendomsrecht zoals neergelegd in artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), en voorts dat het in strijd is met artikel 108 gelezen in samenhang met de artikelen 147 en 149 van de Gemeentewet faalt. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat artikel

2:6 gelezen in samenhang met artikel 1.1 van de APV een publiek belang betreft en niet een volstrekt verbod bevat, zodat niet gesteld kan worden dat de gemeentelijke wetgever de door artikel 108, gelezen in samenhang met de artikelen 147 en 149 van de Gemeentewet, gestelde grenzen heeft overschreden. Nu de (eigendoms)rechten van appellante op het perceel hierdoor niet illusoir zijn geworden, is van strijd met artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM geen sprake.

2.4

Het betoog van appellante dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de Poolweg een openbare weg is, treft evenmin doel. Het college heeft zijn bevoegdheid tot het aanzeggen van bestuursdwang gebaseerd op overtreding van artikel 2:6, eerste lid, van de APV. In het onderhavige geval dient dan ook te worden vastgesteld of sprake is van een weg in de zin van de APV. Daarvoor is artikel 1.1, aanhef en onder a, van de APV van belang. Anders dan de rechtbank heeft aangenomen, is de Wegenwet voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een weg in de zin van die bepaling niet van betekenis. Gelet op de zich in het dossier bevindende stukken, waaronder de foto's, is naar het oordeel van de Afdeling voldoende komen vast te staan dat de Poolweg een openbare weg is als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder a, sub 1 van de APV.

2.5

Anders dan appellante heeft betoogd, heeft de rechtbank een juiste voorstelling van zaken gegeven door de open plek aan te duiden als het parkeerterreintje. Voorts heeft zij terecht geoordeeld dat dit terrein in elk geval valt aan te merken als een weg als gedefinieerd in artikel 1.1, aanhef en onder a, sub 2 van de APV, te weten als een voor publiek toegankelijke plaats.

2.6

De rechtbank heeft dan ook met juistheid geoordeeld dat het college terecht heeft geconstateerd dat appellante in strijd met artikel 2:6, eerste lid, van de APV, gelezen in samenhang met artikel 1.1 van de APV, heeft gehandeld door zonder vergunning de weg onbruikbaar te maken. Voorts heeft zij met juistheid overwogen dat in dit geval voor de toepassing van de APV de bestemming in het kader van het bestemmingsplan niet relevant is. Het college heeft terecht bij de beslissing op bezwaar mede artikel 2:8, eerste lid, van de APV aan het besluit tot toepassing van bestuursdwang ten grondslag gelegd. Nu appellante niet beschikte over een vergunning als bedoeld in de artikelen 2:6, eerste lid, en 2:8, eerste lid, van de APV was het college bevoegd om appellante bestuursdwang aan te zeggen.

2.7

Alleen in bijzondere gevallen kan van het bestuursorgaan worden verlangd dat het afziet van handhavend optreden tegen de illegale situatie. Daarvan kan in een geval als het onderhavige sprake zijn indien concreet zicht bestaat op legalisering. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat een dergelijke situatie zich niet voordoet.

2.8

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, zij het met verbetering van de gronden waarop die rust, te worden bevestigd.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

Auteur: P.C.M. Heinen

Naschrift:

1

Art. 2.6 en 2.8 APV Venlo zijn (vrijwel) gelijk aan art. 2.1.5.1 en 2.1.5.2 van de model-APV van de VNG. Deze artikelen zijn opgenomen in Hoofdstuk 2 ('Openbare orde'), Afdeling 1 ('Orde en veiligheid op de weg'), Paragraaf 5 ('Bruikbaarheid van de weg').

Art. 2.1.5.1 draagt als opschrift 'Voorwerpen of stoffen op, aan of boven de weg' en bevat in zijn lid 1 een verbod om zonder vergunning van B&W 'de weg of een weggedeelte te gebruiken anders dan overeenkomstig de bestemming daarvan'. Het begrip 'bestemming' moet men hier uiteraard niet planologisch opvatten. De bepaling beoogt te waarborgen dat geen afbreuk worden gedaan aan de bestemming van een weg als onderdeel van het publiek domein. Hierbij moet men echter in het oog houden dat het in de model-APV — en dus ook in de APV's van de meeste gemeenten — gehanteerde begrip 'weg' uitermate ruim is. In de toelichting op art. 1.1 van de model-APV wordt een onderscheid gemaakt tussen drie begrippen 'weg':

In de eerste plaats is er het begrip 'openbare weg' in de zin van de Wegenwet. Een openbare weg in de zin van de Wegenwet is een weg waarvan de openbaarheid juridisch is gewaarborgd. Zo bepaalt art. 14 Wegenwet o.a., dat de rechthebbende en de onderhoudsplichtige op een openbare weg verplicht zijn alle verkeer over die weg te dulden (althans voorzover geen beperking van de openbaarheid voortvloeit uit de aard van die weg, de wegenverkeersregelgeving, etc. Zie art. 6 Wegenwet). Zoals al blijkt uit art. 14 kan de eigendom van een openbare weg ook berusten bij een particulier. Volgens art. 16 Wegenwet rust op de gemeente een beheertaak (voorzover het geen openbare wegen betreft die worden onderhouden door Rijk, provincie of waterschap), hetgeen betekent dat de gemeente (d.w.z. B&W) ervoor moet zorgen dat de weg zijn publieke functie behoudt. Dit houdt o.a. in dat handhavend moet worden opgetreden indien de weg geheel of gedeeltelijk zou worden afgesloten of indien niet het nodige onderhoud wordt verricht. Aan de status van 'openbare weg' worden door de Wegenwet dus belangrijke rechtsgevolgen verbonden.

In art. 4 Wegenwet is aangegeven, in welke gevallen een weg een openbare weg in de zin van deze wet

is. Dat is, kort gezegd, het geval, 1 wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbare weg heeft gegeven, 2 wanneer een weg gedurende 30 jaar voor een ieder toegankelijk is geweest, of wanneer een weg gedurende tien jaar voor een ieder toegankelijk is geweest en gedurende die periode is onderhouden door Rijk, provincie, gemeente of waterschap. Die termijn (van 30 of 10 jaar) wordt gestuit wanneer gedurende een tijdvak van ten minste een jaar duidelijk ter plaatse is kenbaar gemaakt (bijv. door een bordje 'eigen weg') dat de weg slechts ter bede voor een ieder toegankelijk is. In de tweede plaats kennen we de 'weg' in de zin van de Wegenverkeerswet (WVW). Dit is, kort gezegd, een weg die feitelijk voor het openbaar verkeer openstaat en waar bijgevolg de voorschriften van de wegenverkeersregelgeving gelden. Dit is derhalve een ruimer begrip dan '(openbare) weg' in de zin van de Wegenwet. Een juridisch openbare weg moet voor het verkeer openstaan en dus ook een weg in de zin van de WVW zijn. Omgekeerd is een weg in de zin van de WVW niet per definitie een openbare weg in de zin van de Wegenwet. Als dit niet het geval is, staan aan de overheid op grond van art. 14 en 16 Wegenwet géén juridische middelen ter beschikking om te verhinderen dat de rechthebbende 'zijn' weg weer afsluit voor het verkeer.

In de derde plaats is er het begrip 'weg' in de zin van de (model-)APV. Volgens art. 1.1 model-APV vallen daaronder niet alleen de wegen in de zin van de WVW maar daarnaast, kort gezegd, ook andere — al dan niet met enige beperking — voor het publiek toegankelijke plaatsen. Het begrip 'weg' wordt hier dus wel erg ruim opgevat. Op zichzelf is dat niet ongeoorloofd (vgl. ook HR 25 februari 1958, NJ 298, inzake APV Gaasterland). Dat neemt echter — zoals ook tot uitdrukking is gebracht in de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzingen 121 en 61) — niet weg dat het ongewenst is aan een term (in casu de term 'weg') een sterk van het spraakgebruik afwijkende betekenis te geven. Gelet op de in art. 1.1 model-APV gegeven definitie, beperkt het verbod ex art. 2.1.5.1 om 'de weg' anders dan overeenkomstig de 'bestemming' daarvan te gebruiken zich niet tot openbare wegen in de zin van de Wegenwet of — ruimer — tot wegen in de zin van de WVW maar strekt het zich — nog ruimer — óók uit tot andere feitelijk voor publiek toegankelijke plaatsen. Daartoe behoort naar de letter óók uw achtertuin, wanneer deze feitelijk voor 'publiek' toegankelijk zou zijn. Een beperking is wél opgenomen in art. 2.1.5.2 model-APV (= art. 2.8 APV Venlo), dat een verbod bevat om zonder vergunning van B&W een weg aan te leggen of te veranderen. Volgens lid 2 van dit artikel moet 'weg' hier worden verstaan als weg in de zin van de WVW.

2

De zandweg en de 'open plek', waarop de bestuursdwangaanzegging betrekking had, maken — zo begrijp ik uit de stukken — deel uit van de bij appellante in eigendom zijnde gronden nabij haar woning. De zandweg kan volgens de ABRvS worden aangemerkt als weg in de zin van de WVW en mitsdien tevens als weg in de zin van de APV. De 'open plek' maakt kennelijk geen deel uit van een weg in de zin van de WVW, maar kan volgens de ABRvS wél worden beschouwd als een (andere) 'voor publiek toegankelijke plaats' en daarom eveneens als weg in de zin van de APV. Volgens het appèlschrift gaat het hier om een open plek in een bosrand, waar auto's werden geparkeerd door bezoekers van de horecagelegenheid die was gevestigd in het pand van appellante. Nadat het gebruik als horecagelegenheid is beëindigd, heeft zij uit privacyoverwegingen deze plek onbruikbaar gemaakt voor parkeerdoeleinden (en wel door het terreintje met zand op te hogen). Met het plaatsen van zwerfkeien op de zandweg werd beoogd autoverkeer te weren.

Volgens B&W levert het één en ander een overtreding op van het verbod ex art. 2:6 lid 1 APV (= art. 2.1.5.1 model-APV) om de 'weg' anders dan conform de bestemming ervan te gebruiken. In bovenstaande uitspraak overweegt de ABRvS dat B&W bij de beslissing op bezwaar aan de

bestuursdwangaanzegging terecht mede art. 2:8 lid 1 APV (= art. 2.1.5.2 model-APV) ten grondslag hebben gelegd. Wat de 'open plek' betreft, kan dit n.m.m. niet juist zijn, aangezien — zoals we zagen — dit artikel 'slechts' betrekking heeft op wegen in de zin van de WVV en deze 'open plek' volgens de ABRvS niet als zodanig kan worden aangemerkt (maar als een andere voor publiek toegankelijke plaats).

Volgens appellante zou de gemeentelijke wetgever met het verbod van art. 2:6 jo. art. 1.1 APV de (onder)grenzen van zijn autonome verordenende bevoegdheid ex art. 108 jo. art. 147 en 149 Gemeentewet hebben overschreden en, meer in het bijzonder, in strijd hebben gehandeld met art. 5:1 BW en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, nu dit verbod zich ook uitstrekt tot particuliere eigendom die slechts feitelijk voor publiek toegankelijk is en géén weg is in de zin van de Wegenwet of de WVV. Naar haar oordeel wordt haar eigendomsrecht illusoir gemaakt, nu B&W haar in feite willen verplichten het gebruik van een gedeelte van haar grond (de 'open plek') voor parkeerdoeleinden te gedogen. Daarbij wijst appellante o.a. op het bekende Loosduinse Lantaarnpalenarrest (HR 14 maart 1904, W. 8050, Gst. 2748). In dat arrest werd overwogen dat naar luid van art. 625 BW (zie thans art. 5:1 BW) het eigendomsrecht weliswaar bij een gemeentelijke verordening aan beperkingen kan worden onderworpen, maar deze beperkingen nimmer zo ver kunnen gaan dat daardoor het gebruik van de zaak voor de eigenaar geheel of gedeeltelijk ophoudt te bestaan. Vgl. ook KB 1 september 1932, Stb. 452 (Rhenen), waarbij een dergelijke verordening die rechthebbenden op wegen verplichtte te gedogen dat daarin rioolbuizen e.d. werden gehouden, werd vernietigd, omdat daardoor de eigendom illusoir werd gemaakt.

Toegegeven moet m.i. worden dat ook art. 2.1.5.1 model-APV (art. 2.6 APV Venlo) vér gaat. In wezen komt deze bepaling erop neer dat, zodra een particulier op zijn terrein 'publiek' toelaat althans niet verhindert dat zijn terrein voor 'publiek' toegankelijk is (bijv. om een auto te parkeren), dit terrein een 'weg' in de zin van de APV wordt en daarop dus het verbod van art. 2.1.5.1 toepasselijk wordt. Anders gezegd: zodra 'publiek' op eigen grond wordt toegelaten (bijv. om auto's te parkeren), mag die grond niet meer (althans niet zonder vergunning van B&W) door de eigenaar voor een gebruik door publiek onbruikbaar worden gemaakt, omdat die grond dan 'anders dan overeenkomstig de bestemming daarvan' (in de zin van art. 2.1.5.1) zou worden gebruikt.

Volgens de ABRvS is evenwel van overschrijding van de ondergrenzen van de autonome verordenende bevoegdheid en onaanvaardbare aantasting van de private eigendom geen sprake, nu dit artikel een 'publiek belang' betreft en niet een volstrekt verbod bevat. Het behelst nl. een verbod-behoudens vergunning: het eigendomsrecht op het perceel zou daarom niet illusoir zijn geworden.

Op welk 'publiek belang' doelt de ABRvS hier eigenlijk? Het belang dat een perceel kan worden gebruikt door publiek, in casu als parkeerplaats? Om juridisch te waarborgen dat gronden (kunnen blijven) worden gebruikt door het verkeer, is toch juist de Wegenwet in het leven geroepen? Deze wet geeft precies aan wanneer van een openbare weg kan worden gesproken, waarop de juridische waarborgen van die wet van toepassing zijn. Ik moge erop wijzen dat de wetgever in formele zin verschillende gedoogwetten in het leven heeft geroepen (o.a. Belemmeringenwet Privaatrecht), juist omdat blijkens jurisprudentie als het Lantaarnpalenarrest ingrijpende gedoogplichten niet kunnen worden gecreëerd op basis van een autonome verordening.

Dat art. 2.1.5.1 niet een absoluut verbod behelst maar een verbod-behoudens vergunning, maakt n.m.m. de eigendomsbeperking niet aanvaardbaar. Bij de beslissing op een vergunningaanvraag zouden B&W een afweging moeten maken tussen enerzijds het belang van de eigenaar en anderzijds het belang dat de desbetreffende gronden toegankelijk blijven voor 'publiek'. Is dit — waar het niet gaat om een openbare weg in de zin van de Wegenwet — niet een zaak van de eigenaar zelf, die op zijn

eigendom 'publiek' heeft toegelaten en daar nu weer een eind aan wil maken?

En welke gebruiksmogelijkheden zou een eigenaar nog hebben, als B&W een vergunning zouden weigeren? Men kan naar mijn idee moeilijk volhouden dat het eigendomsrecht dan niet illusoir is geworden. Toegespitst op de casus die speelt in bovenstaande uitspraak: waarvoor zou de eigenaar de 'open plek' nog kunnen gebruiken, indien daar door 'publiek' auto's moeten kunnen worden geparkeerd? Met het vorenstaande is uiteraard niet gezegd dat de gemeentelijke wetgever geen voorschriften zou mogen stellen over gedragingen op particulier terrein voorzover deze hun weerslag hebben op openbare belangen. Hij gaat echter te v er wanneer hij de burger wiens eigendom feitelijk toegankelijk is (geweest) voor 'publiek' (bijv. als parkeerplaats), te verbieden om die eigendom — al dan niet behoudens vergunning — te (doen) gebruiken voor andere doeleinden. Dit komt immers in wezen neer op een gebod het gebruik van die eigendom door 'publiek' te gedogen (in de casus die speelt in bovenstaande uitspraak: als parkeerplaats). De beschikkings- en gebruiksmogelijkheden die verbonden zijn aan de private eigendom worden daarmee illusoir. Kortom: met art. 2.1.5.1 is m.i. de ondergrens van de autonome verordenende bevoegdheid wel degelijk overschreden en wordt een te ver gaande inbreuk gemaakt op het private eigendomsrecht.

3

Neemt men kennis van het app elschrift, dan trekt het de aandacht dat de ABRvS in bovenstaande uitspraak niet ingaat op het betoog van appellante dat genoemde bepaling in het bijzonder afbreuk doet aan de door het art. 5:48 BW, als onderdeel van het eigendomsrecht, erkende bevoegdheid van de eigenaar om zijn erf af te sluiten. Volgens jurisprudentie van de ABRvS inzake art. 679 van het oude BW — de voorloper van art. 5:48 BW — mag een gemeentelijke verordening (of bestemmingsplanregeling) niet ertoe leiden dat het recht van de eigenaar tot afsluiting van zijn erf hem geheel of gedeeltelijk wordt ontnomen. Vgl. o.a. ARRvS 28 februari 1984, AB 1985, 19. Op grond van art. 2.1.5.1 model-APV zou echter voor het afsluiten van een erf dat voor 'publiek' toegankelijk is (bijv. als parkeerplaats) een verbod-behoudens vergunning gelden, welke vergunning dus ook geweigerd zou kunnen worden. De eigenaar mag zijn erf dan niet afsluiten, ofschoon art. 5:48 BW hem dit uitdrukkelijk toestaat (uit het app elschrift begrijp ik dat appellante de 'open plek' met zwerfkeien had afgesloten en die plek vervolgens had opgehoogd met zand). Waarom gaat de ABRvS in bovenstaande uitspraak niet in op dit betoog van appellante?

4

De zandweg is volgens de ABRvS een weg in de zin van de WW, en daarmee ook een weg in de zin van de APV. De Wegenwet is — aldus de ABRvS — niet van betekenis voor beantwoording van de vraag of sprake is van een weg in de zin van de APV. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat de Wegenwet uitdrukkelijk erkent dat de rechthebbende bevoegd is om, zolang een weg (nog) g een openbare weg in de Wegenwet is, te bepalen dat die weg 'slechts ter bede voor een ieder toegankelijk is' (art. 4 lid 2 Wegenwet). Dit kan hij bijv. kenbaar maken door het stellen van opschriften als: eigen weg, particuliere weg, private weg e.d. (art. 4 lid 3 Wegenwet). Staan de verboden van art. 2.1.5.1 en 2.1.5.2 model-APV hiermee niet op gespannen voet?

Bovendien brengt het standpunt van de Afdeling mee dat ook bij een onttrekking van een openbare weg in de zin van de Wegenwet aan de openbaarheid, de verboden van art. 2.1.5.1 en 2.1.5.2 hun gelding voor die weg hebben behouden. In voorkomende gevallen betekent dit dat, naast een onttrekking op grond van de Wegenwet, voor het feitelijk onbruikbaar maken van die weg voor 'publiek'  ok steeds

vergunningen op grond van deze APV-bepalingen nodig zijn. Verwezen zij naar mijn naschrift bij de hierna onder nr. 74 afgedrukte uitspraak van eveneens 17 maart 2004 (Wijk bij Duurstede).

5

In bovenstaande uitspraak overweegt de ABRvS verder nog dat de bestemming in het kader van het bestemmingsplan niet relevant is voor de toepassing van de APV. Uit het appèlschrift leid ik af dat de onderhavige gronden volgens het vigerende bestemmingsplan de bestemming 'Agrarisch Gebied met Hoge Landschappelijke Waarden' en 'Bosgebied' hebben. De planvoorschriften bevatten o.a. een algemeen verbod gronden te gebruiken in strijd met de bestemming, waarbij onder 'strijdig gebruik' ten minste wordt verstaan een gebruik van gronden als parkeerterrein! In haar appèlschrift voert appellante o.a. aan dat zij, door de 'open plek' onbruikbaar te maken voor een gebruik als parkeerterrein, aan dit gebruiksverbod heeft voldaan.

Volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS bestaat er een beginselplicht — behoudens bijzondere omstandigheden — tot handhaving van o.a. bestemmingsplanvoorschriften. In bovenstaande uitspraak neemt de ABRvS óók een beginselplicht — behoudens bijzondere omstandigheden — aan tot handhaving van APV-bepalingen.

Hoe verhoudt het één en ander zich tot elkaar: is het bestaan van een APV-verbod een bijzondere omstandigheid op grond waarvan mag worden afgezien van handhaving van het gebruiksverbod uit het bestemmingsplan of is, omgekeerd, het bestaan van dit laatste gebruiksverbod een bijzondere omstandigheid op grond waarvan mag worden afgezien van handhaving van het APV-verbod? Is het rechtens aanvaardbaar dat B&W dit APV-verbod slechts kunnen handhaven door schending van het gebruiksverbod uit het bestemmingsplan. Wanneer B&W d.m.v. bestuursdwang de 'open plek' weer geschikt zouden maken voor een gebruik ervan als parkeerterrein, zou dat immers een overtreding van dat gebruiksverbod opleveren.

Moet, indien van dat gebruiksverbod géén vrijstelling zou kunnen worden verleend (op grond van de bekende 'toverformule' kan, als bekend, geen vrijstelling worden verleend indien, objectief gezien, een gebruik conform de bestemming mogelijk is), dit verbod prevaleren bóven de APV-verbodsbepaling, nu deze wél een vergunningsmogelijkheid biedt?

Er is dus sprake van een conflict van publiekrechtelijke plichten! Mag de overheid de gevolgen van die tegenstrijdige plichten leggen bij de burger? De ABRvS maakt zich er n.m.m. te gemakkelijk van af met de stelling dat het bestemmingsplan niet relevant is voor de toepassing van de APV.

6

Ten slotte verwerpt de ABRvS ook het beroep van appellante op art. 174 Gemeentewet, 'omdat het in deze bepaling niet gaat om een bevoegdheid van het college maar van de burgemeester en voorts omdat die bepaling niet ziet op een weg of (parkeer)terrein maar op een voor het publiek openstaand gebouw met daarbij behorend erf'. Uit het appèlschrift maak ik op dat zulks door appellante ook niet is bestreden. Haar betoog houdt in dat onder 'gebruik van de weg anders dan overeenkomstig de bestemming daarvan' in art. 2:6 APV Venlo (= art. 2.1.5.1 model-APV) mede valt het gebruik van erven bij voor publiek openstaande gebouwen in de zin van art. 174 Gemeentewet (bijv. als terras of parkeerterrein bij een horeca-inrichting. Overigens wás in het pand van appellante tot voor kort een horeca-inrichting gevestigd en werd de 'open plek' gebruikt als parkeergelegenheid t.b.v. dat bedrijf!). Ook in de afdelingsjurisprudentie is dit aangenomen. Zie o.a. ABRvS 13 november 2002, nr. 200203190/1; ABRvS 13 november 2002, nr. 200202419/1 (beide inzake Maastricht) en ABRvS 5 juni

2002, Gst. 2002, 7172, 10 (Nijmegen).

Ingevolge art. 174 lid 1 en 3 Gemeentewet mag de uitvoering van verordeningen betreffende dit toezicht slechts worden toebedeeld aan de burgemeester.

Nu in art. 2:6 APV Venlo de vergunningsbevoegdheid uitsluitend is toebedeeld aan B&W moet — aldus appellante in haar appèlschrift — dit artikel als onsplitsbare wilsverklaring onverbindend worden geacht wegens strijd met art. 174 Gemeentewet, nu er geen ‘aanknopingspunten’ zijn voor een splitsing van de in deze APV-bepaling neergelegde wilsverklaring in een verbindend en een onverbindend gedeelte.

Instructief in dezen is een arrest van de Hoge Raad van 15 december 1987, Gst. 1988, 6863, 3, (m.nt. HH) onder 6863, 6 (Putte). De Raad oordeelde daarbij art. 51 APV Putte — inhoudende een verbod om zonder vergunning van B&W een ‘inrichting’ te gebruiken — in zijn geheel onverbindend omdat dit artikel mede betrekking had op inrichtingen als bedoeld in art. 221 gemeentewet (thans art. 174 Gemeentewet; PH), met betrekking waartoe de uitvoering slechts aan de burgemeester kan worden opgedragen, en het daarin gestelde verbod ‘in zodanig algemeen luidende bewoordingen is gegeven’ dat daarin ‘geen voldoende aanknopingspunt’ is te vinden voor een splitsing in een verbindend en een onverbindend deel.

Het criterium van de Hoge Raad hanterende, zie ik ook bij art. 2:6 APV Venlo geen aanknopingspunten voor splitsbaarheid. En indien een bepaling niet splitsbaar en in haar geheel onverbindend is, moet zij uiteraard óók buiten toepassing worden gelaten in concrete situaties die niet vallen onder art. 174 buiten toepassing worden gelaten. Dit is nu juist de crux van de leer van de onsplitsbare wilsverklaring, waaraan de ABRvS wel erg gemakkelijk voorbijgaat. In de woorden van Hennekens in zijn naschrift bij het arrest-Putte: ‘De Afdeling (toen nog de Afdeling rechtspraak; PH) acht zich kennelijk vrij om zelfs naar voren gebrachte argumenten onbesproken te laten’.

In dit verband wijs ik er nog op dat in (de laatste versie van) art. 2.1.5.1 model-APV kennelijk rekening is gehouden met deze problematiek: volgens lid 6 van dat artikel geldt het bepaalde in lid 1 o.a. niet ‘voorzover er sprake is van een (...) terras als bedoeld in art. 2.3.1.2 lid 5, waarvoor vergunning is verleend’. Art. 2.3.1.2 betreft de exploitatie van een horecabedrijf en daarbij behorende terrassen, waarvoor een vergunning van de burgemeester is vereist.

Esen dergelijke afbakeningsregeling ontbreekt echter in art. 2:6 APV Venlo (althans zoals dit gold t.t.v. het bestreden besluit).

P.C.M. Heinen