

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BW1570
Datum uitspraak	11 april 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 3 april 2009 heeft het dagelijks bestuur aan Flowerkids Amsterdam B.V. vrijstelling verleend voor het veranderen van de bestemming tuin en erven in tuin en erven ten behoeve van kinderopvang achter onder meer de percelen Rozengracht 13, 15, 19 en 21 te Amsterdam (hierna: het perceel).

Volledige tekst

201107284/1/T1/A1.

Datum uitspraak: 11 april 2012

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State op het hoger beroep van:

[appellant] en anderen, allen wonend te Amsterdam, (hierna tezamen en in enkelvoud:[appellant])

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 25 mei 2011 in zaak nr. 09/1967 in het geding tussen:

[appellant]

en

het dagelijks bestuur van het stadsdeel Centrum.

1. Procesverloop

Bij besluit van 3 april 2009 heeft het dagelijks bestuur aan Flowerkids Amsterdam B.V. vrijstelling verleend voor het veranderen van de bestemming tuin en erven in tuin en erven ten behoeve van kinderopvang achter onder meer de percelen Rozengracht 13, 15, 19 en 21 te Amsterdam (hierna: het perceel).

Bij uitspraak van 25 mei 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. De rechtbank heeft het door Flowerkids ingestelde beroep gegrond verklaard en het besluit vernietigd voor zover daarbij aan de verleende vrijstelling voorwaarde is verbonden dat per dag maximaal 18 kinderen in de leeftijd van 2 tot 4 jaar maximaal 2 uur, tussen 10.30 uur en 11.30 uur en tussen 15.00 uur en 16.00 uur, buiten mogen spelen op het binnenterrein. Zij heeft bepaald dat het dagelijks

bestuur, met betrekking tot die voorwaarde, een nieuw besluit dient te nemen met inachtneming van hetgeen in haar uitspraak is overwogen. De rechtbank heeft voorts bepaald dat het besluit voor het overige in stand blijft en zij heeft de voorlopige voorziening getroffen dat maximaal 18 kinderen in de leeftijd van 2 tot 4 jaar, maximaal 2 uur op door Flowerkids te bepalen tijdstippen, buiten mogen spelen op het perceel, totdat het dagelijks bestuur een nieuw besluit heeft genomen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 5 juli 2011, hoger beroep ingesteld.

Het dagelijks bestuur heeft een verweerschrift ingediend.

Daartoe in de gelegenheid gesteld heeft Flowerkids een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Op 22 september 2011 heeft het dagelijks bestuur besloten om aan de vrijstelling van 3 april 2009 niet meer de voorwaarde te verbinden dat per dag maximaal 18 kinderen in de leeftijd van 2 tot 4 jaar elk maximaal 2 uur buiten mogen spelen op het perceel.

[appellant] heeft bij brief van 26 oktober 2011 hierop een reactie gegeven. Verder hebben het dagelijks bestuur bij brief van 10 november 2011 en Flowerkids bij brief van 13 november 2011 een nadere reactie ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 januari 2012, waar [appellant] en [een der appellanten], en het dagelijks bestuur, vertegenwoordigd door mr. C.L. Brinks, werkzaam bij het stadsdeel, zijn verschenen. Flowerkids was ter zitting vertegenwoordigd door [eigenaar], K.L.M. Simons en J.C.F. Boermans.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State, voor zover hier van belang, kan de Afdeling het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

2.2. Op het perceel rust ingevolge het ter plaatse geldende bestemmingsplan "Jordaan 1999, eerste herziening" de bestemming "tuinen en erven". Het door Flowerkids gewenste gebruik van het perceel ten behoeve van de kinderopvang is in strijd met die bestemming. Om dat gebruik toch mogelijk te maken, heeft het dagelijks bestuur met toepassing van artikel 19, tweede lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) vrijstelling van het bestemmingsplan verleend onder de volgende voorwaarden:

- per dag mogen maximaal 18 kinderen in de leeftijd van 2 tot 4 jaar elk maximaal 2 uur buiten spelen op het binnenterrein;

- de gehele oppervlakte van het binnenterrein waarvoor de vrijstelling wordt verleend dient te worden voorzien van kunstgras.

2.3. [appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan de vrijstelling een goede ruimtelijke onderbouwing ten grondslag ligt. Daarnaast is volgens [appellant] het door DGMR Industrie, Verkeer en Milieu B.V. opgestelde akoestisch rapport van 28 oktober 2008 ondeugdelijk nu het niet is opgesteld door middel van het uitvoeren van geluidsmetingen. Volgens hem is slechts gebruik gemaakt van aannames bij de bepaling van de geluidseffecten van het toegestane gebruik ten gevolge van de vrijstelling.

2.3.1. Hetgeen [appellant] in dit verband in hoger beroep aanvoert, is een herhaling van hetgeen hij in beroep bij de rechtbank heeft aangevoerd. De rechtbank is hierop in de

overwegingen van de aangevallen uitspraak ingegaan. In hoger beroep heeft [appellant] niet gemotiveerd waarom de weerlegging van het desbetreffende betoog in de aangevallen uitspraak onjuist, dan wel onvolledig zou zijn. Er bestaat derhalve in zoverre geen aanleiding voor vernietiging van de aangevallen uitspraak.

2.4. Na behandeling van de zaak ter zitting heeft de rechtbank het onderzoek heropend en het dagelijks bestuur in de gelegenheid gesteld om schriftelijk te reageren op de door de rechtbank gestelde vragen over de werking van de voorwaarden verbonden aan de vrijstelling. In zijn reactie bij brief van 28 december 2010 stelt het dagelijks bestuur dat de venstertijden van 10.30 uur tot 11.30 uur en 15.00 uur tot 16.00 uur ten onrechte niet in het dictum van het besluit zijn vermeld en dat uit de vrijstelling volgt dat bedoeld is dat elk kind van de genoemde leeftijd tot een maximum van 18 kinderen gelijktijdig, gedurende venstertijden mag buiten spelen en op andere tijden niet. Daartoe door de rechtbank in de gelegenheid gesteld, heeft Flowerkids bij brief van 31 januari 2011 gereageerd op deze uitleg van het dagelijks bestuur.

2.5. [appellant] betoogt dat de rechtbank ten onrechte de schriftelijke reactie van 31 januari 2011 van Flowerkids heeft aangemerkt als een beroepschrift en buiten de omvang van het geding is getreden door de aan het besluit van 3 april 2009 verbonden voorwaarde inzake het maximaal aantal kinderen dat buiten mag spelen te vernietigen.

2.5.1. In de reactie van 31 januari 2011 geeft Flowerkids aan dat de nadere uitleg van het dagelijks bestuur bij brief van 28 december 2010 met zich brengt dat zij gebonden is aan venstertijden voor kinderen van 2 tot 4 jaar terwijl deze venstertijden niet uit het dictum van het besluit van 3 april 2009 volgen en het aanhouden van die tijden ook niet haalbaar is. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, valt uit de bewoordingen en strekking van deze brief niet op te maken dat Flowerkids beoogd heeft - alsnog - in beroep te gaan tegen het besluit van 3 april 2009. De brief bevat slechts een reactie op de door het dagelijks bestuur gegeven uitleg. Dat de Geneeskundige en Gezondheidsdienst het dagelijks bestuur mogelijk zal verzoeken handhavend op te treden tegen de beperkte toegang tot de binnentuin, maakt niet dat de brief van Flowerkids van 31 januari 2011 kan worden aangemerkt als een beroepschrift. De rechtbank is gelet op het bovenstaande in strijd met artikel 8:69, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) buiten de omvang van het geding getreden.

Het betoog slaagt. In de einduitspraak zal het hoger beroep van [appellant] gegrond worden verklaard.

2.6. Bij besluit van 22 september 2011 heeft het dagelijks bestuur, gevolg gevend aan de aangevallen uitspraak, een nieuw besluit genomen. Gelet op artikel 6:24, gelezen in samenhang met de artikelen 6:18, eerste lid, en 6:19, eerste lid, van de Awb, wordt dit besluit geacht eveneens onderwerp te zijn van dit geding.

2.6.1. Het dagelijks bestuur heeft zich in het besluit van 22 september 2011 op het standpunt gesteld dat een buitenspeelruimte onbeperkt toegankelijk moet zijn in tijd en voor alle kinderen die gebruik maken van het kindercentrum. Indien beperkingen aan deze toegankelijkheid worden gesteld, wordt volgens het dagelijks bestuur niet voldaan aan artikel 7, eerste lid, van de Beleidsregels kwaliteit kinderopvang zoals dat luidde ten tijde van belang. Ingevolge dat artikel, beschikt een kindercentrum voor dagopvang over aangrenzende, voor kinderen veilige en toegankelijke, alsmede op de leeftijd van de kinderen passend ingerichte buitenspeelruimte, waarvan de oppervlakte minimaal 3 m² bruto-oppervlakte speelruimte per aanwezig kind bedraagt. Voorts blijft volgens het dagelijks

bestuur door een wijziging van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (hierna: het Barim) per 1 januari 2010 stemgeluid van kinderen op een buitenspeelplaats van een instelling voor kinderopvang bij het bepalen van het geluidsniveau buiten beschouwing. Gelet hierop ziet het dagelijks bestuur geen mogelijkheid meer om een beperkende voorwaarde in tijd aan de vrijstelling te verbinden.

2.6.2. Nu het besluit van 22 september 2011 is genomen ter uitvoering van de aangevallen uitspraak en de Afdeling gelet op hetgeen overwogen onder 2.5.1 aanleiding ziet het hoger beroep in de einduitspraak gegrond te verklaren en de aangevallen uitspraak van de rechtbank te vernietigen, zal de grondslag aan het besluit van 22 september 2011 komen te ontvallen. Om deze reden zal de Afdeling in de einduitspraak het van rechtswege ontstane beroep van [appellant] tegen het besluit van 22 september 2011 gegrond verklaren en zal de Afdeling dat besluit vernietigen in de einduitspraak.

2.7. Nu de rechtbank niet is toegekomen aan het betoog van [appellant] dat de aan het besluit van 3 april 2009 verbonden voorwaarde ten aanzien buiten spelende kinderen in de leeftijd van 2 tot 4 jaar niet handhaafbaar is en aan het betoog dat uit het besluit volgt dat kinderen van 0 tot 2 jaar niet buiten mogen spelen op het binnenterrein, zal de Afdeling deze gronden van het beroep van [appellant] gericht tegen het besluit van 3 april 2009 behandelen.

2.7.1. In het besluit van 3 april 2009 is geen voorwaarde opgenomen ten aanzien van kinderen van 0 tot 2 jaar. Hieruit volgt, anders dan [appellant] betoogt, dat deze kinderen onbeperkt mogen buitenspelen.

Nu [appellant] voorts de handhaafbaarheid van de voorwaarde inzake het buiten spelen van kinderen in de leeftijd van 2 tot 4 jaar aan de orde stelt is daarmee ook de vraag of de voorwaarde aan het besluit van 3 april 2009 is verbonden aan de orde. Zoals onder 2.4 is overwogen heeft het dagelijks bestuur bedoeld venstertijden te stellen in het besluit van 3 april 2009, maar heeft het dat niet gedaan. Weliswaar vermeldt de motivering van het besluit om vrijstelling te verlenen, venstertijden waarmee beoogd wordt een goed woon- en leefklimaat te waarborgen, maar aan de vrijstelling zelf zijn deze voorwaarden niet verbonden. Zij zijn dan ook niet handhaafbaar. Het besluit berust derhalve in strijd met artikel 3:46 van de Awb niet op een deugdelijke motivering en is niet met de vereiste zorgvuldigheid genomen. De grond is derhalve terecht voorgedragen.

2.8. De Afdeling ziet in verband met spoedige beëindiging van het geding aanleiding het dagelijks bestuur op de voet van artikel 49, zesde lid, van de Wet op de Raad van State op te dragen het in 2.7.1 vermelde gebrek in het besluit te herstellen. Naar aanleiding van het betoog van het dagelijks bestuur in het te vernietigen besluit van 22 september 2011, weergegeven onder 2.6.1, wijst de Afdeling op het volgende. Bij het opnieuw beslissen dient het dagelijks bestuur in zijn besluitvorming te betrekken dat de wijziging van het Barim, voor zover dat van toepassing is, er niet aan in de weg staat, bij de vraag of uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening vrijstelling verleend kan worden, te beoordelen of de situering van de aangevraagde buitenspeelruimte inbreuk maakt op het woon- en leefklimaat in de omgeving. Het dagelijks bestuur dient die beoordeling derhalve te verrichten en - afhankelijk van de uitkomst daarvan en zo nodig - beperkende voorwaarden aan de vrijstelling te verbinden.

Voor zover het dagelijks bestuur zich op het standpunt stelt dat uit artikel 7 van de Beleidsregels kwaliteit kinderopvang voortvloeit dat een buitenspeelterrein onbeperkt in tijd toegankelijk dient te zijn overweegt de Afdeling dat dit standpunt geen steun vindt in dat artikel.

2.9. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- draagt het dagelijks bestuur van het stadsdeel Centrum op om binnen 8 weken na de verzending van deze tussenuitspraak, met inachtneming van overweging 2.7 tot en met 2.8, het besluit van 3 april 2009, kenmerk BWT 80-07-0021, alsnog toereikend te motiveren en dat besluit te herstellen, al dan niet onder het stellen van voorwaarden, dan wel in plaats daarvan een ander besluit te nemen;
- het herstellde dan wel vervangende besluit aan de Afdeling en andere partijen toe te zenden.

Aldus vastgesteld door mr. M. Vlasblom, voorzitter, en mr. S.F.M. Wortmann en mr. C.J.M. Schuyt, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.M. van Driel, ambtenaar van staat.

w.g. Vlasblom w.g. Van Driel
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 11 april 2012

414-700.