

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN BONAIRE, SINT EUSTATIUS EN SABA
zittingsplaats Bonaire

Uitspraak

in de zaak tussen:

1. de besloten vennootschap SUNNYSIDE EXPLOITATIE B.V.

2. de besloten vennootschap CHOGOGO BONAIRE OG B.V.

gevestigd in Bonaire,

eisers,

gemachtigde: mr. ir. T.L.H. Peeters Msc,

en

het Bestuurscollege van het Openbaar Lichaam Bonaire

verweerder,

gemachtigden: mrs. L.M. Virginia en H.M. Weijand.

Inleiding

1. In deze uitspraak beoordeelt het Gerecht het beroep van eisers tegen de beslissing van verweerder om aan "Chogogo Beach & Dive Resort Bonaire / Sunnyside Exploitatie B.V." een preventieve last onder dwangsom op te leggen. Daarbij zijn de geadresseerden gelast om kort gezegd geen strand aan te leggen met het op het perceel gestorte zand onder verbeurte van een dwangsom van USD 1.200.000,-.

1.1 Verweerder heeft bij beschikking van 15 oktober 2021 deze preventieve last opgelegd. Het daartegen door eisers gemaakte bezwaar heeft verweerder ongegrond verklaard bij beschikking van 7 juli 2022. In die beschikking heeft verweerder ook het door eisers gemaakte bezwaar tegen de brief van verweerder van 26 oktober 2021 niet-ontvankelijk verklaard. In die brief heeft verweerder aan de geadresseerden van de last bericht dat de dwangsom van USD 1.200.000,- van rechtswege is verbeurd.

1.2 Verweerder heeft een verweerschrift ingediend. Bij brief van 17 mei 2023 heeft verweerder aanvullende producties ingediend.

1.3 Het Gerecht heeft het beroep op 26 mei 2023 op zitting behandeld. Eisers hebben zich laten vertegenwoordigen door hun bestuurder en directeur J. Schellevis en hun gemachtigde. Verweerder heeft zich tijdens de zitting laten vertegenwoordigen door mr. M. Valdink en zijn gemachtigden.

Beoordeling door het Gerecht

Welke procedures lopen er nog meer en wat is daarover afgesproken?

2. Voorafgaand aan en tijdens de zitting is met partijen besproken hoe om te gaan met de andere lopende bezwaar- en beroepszaken over Chogogo Dive & Beach Resort (Chogogo).

2.1 Eiseres sub 2 heeft beroep ingesteld tegen de beschikking van verweerder van 27 december 2022. Bij die beschikking heeft verweerder eiseres sub 2 gelast om kort gezegd zich te houden aan het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire en de voorschriften van de aan haar op 19 januari 2022 verleende vergunning. Dit beroep is geregistreerd onder nummer BON202300047.

2.2 Eiseres sub 2 heeft bezwaar gemaakt tegen de aan haar op 19 januari 2022 verleende vergunning met voorschriften. Op dat bezwaar was ten tijde van de zitting nog niet beslist, ondanks een opdracht van het Gerecht daartoe. Eiseres sub 2 heeft een verzoek op grond van artikel 98 van de War BES bij het Gerecht ingediend. Dat verzoek is geregistreerd onder nummer BON20300159.

2.3 Ter zitting is met partijen afgesproken dat het Gerecht op 1 september 2023 het beroep met nummer BON202300047 behandelt alsmede het eventuele beroep van eiseres sub 2 tegen de beslissing op haar bezwaar tegen de vergunning met voorschriften. Dat is mogelijk, ervan uitgaande dat de beschikking op het bezwaar uiterlijk 19 juni 2023 bij de gemachtigde van eisers wordt bezorgd. Ter zitting heeft verweerder aangegeven dat dit haalbaar moet zijn. Ter zitting is verder afgesproken dat gemachtigde van eisers na 19 juni 2023 aangeeft wat hij wenst met het verzoek op grond van artikel 98 van de War BES.

3. In deze uitspraak beoordeelt het Gerecht dus enkel de door verweerder opgelegde preventieve last onder dwangsom. Het Gerecht doet dat aan de hand van de beroepsgronden van eisers.

4. Het Gerecht komt tot het oordeel dat het beroep gegrond is. Verweerder heeft terecht vastgesteld dat sprake is van een klaarblijkelijk dreigende overtreding. Er was echter concreet zicht op legalisatie vanaf 19 november 2021. In de beslissing op bezwaar had verweerder daarom de preventieve last moeten herroepen vanaf die datum. Verder acht het Gerecht de opgelegde dwangsom onevenredig hoog. Het Gerecht zal de dwangsom vaststellen op USD 180.000,-. Hierna legt het Gerecht dit oordeel uit en welke gevolgen dit oordeel heeft.

Wat is relevant om te weten in deze zaak?

5. Het Gerecht gaat bij de beoordeling uit van de volgende feiten en omstandigheden.

5.1 Eiseres sub 2 heeft sinds 2019 de ontwikkeling van het voormalige Sunset Beach op zich genomen. In het kader van de ontwikkeling van Chogogo is een overeenkomst gesloten tussen eiseres sub 2 en de overheidsvennootschap Bonaire Overheidsgebouwen N.V. waarin de randvoorwaarden voor ontwikkeling zijn bepaald. Daarna heeft de overdracht van gronden plaatsgevonden.

5.2 Eiseres sub 2 heeft op 12 augustus 2021 een vergunning aangevraagd voor het aanleggen van een kunstmatig strand en het ten behoeve daarvan aanpassen van een bestaande keermuur.

5.3 In de beschikking van 15 oktober 2021 heeft verweerder aan de bestuurders / directeuren van eisers, mevrouw Hanselaar en de heer Schellevis, geschreven dat tijdens een controle op 12 oktober 2021 door een toezichthouder van STINAPA is geconstateerd dat zonder vergunning uit Frans Guyana geïmporteerd rivierzand werd gestort op het terrein van Chogogo. Ook schrijft verweerder in die beschikking dat het geïmporteerde rivierzand niet van dezelfde kwaliteit is als het ter plaatse aanwezige zand, dat de opvulling van de zandlaag uit diabaas in plaats van koraalstenen of koraalvingers bestaat en dat de keermuur te laag is.

5.4 Bij brief van 26 oktober 2021 schrijft verweerder aan Hanselaar en Schellevis dat op 20 oktober 2021 door een toezichthouder van STINAPA is geconstateerd dat er zand was verspreid over het terrein van Chogogo. Verweerder schrijft in die brief dat daardoor de opgelegde dwangsom van USD 1.200.000,- van rechtswege is verbeurd, dat daartegen geen bezwaar of beroep mogelijk is en dat bezwaar kan worden gemaakt als verweerder een invorderingsbeschikking neemt.

5.5 Het resort Chogogo is op 1 december 2021 open gaan. Eiseres sub 1 exploiteert het resort.

5.6 Bij brief van 11 januari 2022 heeft verweerder eisers een voornemen tot invordering van de dwangsom van USD 1.200.000,- gestuurd. Bij brief van 25 januari 2022 hebben eisers daartegen een zienswijze ingediend.

5.7 Bij beschikking van 19 januari 2022 is aan eiseres sub 2 vergunning verleend voor het aanleggen van een kunstmatig strand grenzend aan het onderwaterpark en het ten behoeve daarvan aanpassen van een keermuur ter hoogte van Chogogo Dive & Beach Resort. Aan die vergunning zijn voorwaarden gekoppeld.

5.8 Op 10 oktober 2022 heeft verweerder per brief aan Hanselaar en Schellevis laten weten dat conform hun verzoek verweerder geen nadere (dwang)invorderingsmaatregelen zal treffen totdat het Gerecht in deze zaak uitspraak heeft gedaan.

Wat heeft verweerder ten grondslag gelegd aan de preventieve last onder dwangsom?

6.1 Verweerder heeft aan de preventieve last onder dwangsom ten grondslag gelegd dat sprake is van drie klaarblijkelijk dreigende overtredingen. Tijdens de controle op 12 oktober 2021 is geconstateerd dat op het terrein van Chogogo geïmporteerd rivierzand gestort werd in de directe omgeving van het Bonaire Nationaal Marine Park, terwijl daarvoor geen vergunning is gegeven. Dat is een dreigende overtreding van artikel 34 van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire. In de tweede plaats is geconstateerd dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het aanleggen van een kunstmatig strand. Het gestorte, geïmporteerde zand is niet van dezelfde kwaliteit als het ter plaatse aanwezig zand of de aanwezige koraalsteentjes, de opvulling van de zandlaag bestaat uit diabaas in plaats van koraalstenen of koraalvingers en verder is de keermuur niet hoog genoeg om te voorkomen dat het rivierzand in het Bonaire Nationaal Marina Park zal geraken. Dat is een dreigende overtreding van artikel 35 in combinatie met annex II van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire. Ook was het zand niet afgedekt. Dat is een dreigende overtreding van artikel 10, eerste lid, van de Eilandsverordening Natuurbeheer Bonaire.

6.2 Verweerder heeft de preventieve last onder dwangsom bij de bestreden beslissing op bezwaar gehandhaafd onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie van 22 juni 2022. Voor zover het bezwaar is gericht tegen de brief van 26 oktober 2021, is het bezwaar in de bestreden beslissing niet-ontvankelijk

verklaard. Daaraan heeft verweerder onder verwijzing naar het advies van de Adviescommissie ten grondslag gelegd dat die brief slechts een mededeling bevat en niet is gericht op rechtsgevolg.

Wat voeren eisers in beroep aan?

6.1 Eisers voeren aan dat verweerder in de bestreden beschikking op bezwaar ten onrechte niet is ingegaan op het argument van eisers dat niet is gehandeld in strijd met de preventieve last onder dwangsom en dat er geen dwangsom is verbeurd. Verder voeren zij aan dat er geen sprake is van een overtreding. Ook voeren zij aan dat de preventieve last onder dwangsom is gericht aan Sunnyside Exploitatie B.V. Die B.V. is de exploitant van het resort Chogogo en heeft niets van doen met de bouw van het resort. Er is volgens eisers bovendien sprake van concreet zicht op legalisatie. Verweerder had om die reden moeten afzien van handhavend optreden. Tot slot voeren eisers aan dat de dwangsom te hoog is en dat de procedurele gang van zaken in de bezwaarfase onjuist is.

6.2 Het Gerecht zal de beroepsgronden hierna achtereenvolgens bespreken.

Is het bezwaar tegen de brief van 26 oktober 2021 terecht niet-ontvankelijk verklaard?

7. Eisers voeren aan dat zij direct na kennisname van de preventieve last onder dwangsom de bouwactiviteiten op hun terrein hebben gestaakt. Er is niet gehandeld in strijd met de preventieve last onder dwangsom en er is dus ook geen dwangsom verbeurd. Eisers hebben dit punt ook in de bezwaarfase aangevoerd en het is onzorgvuldig dat de Adviescommissie niet is ingegaan op deze grond.

8. Deze grond slaagt niet. Het Gerecht motiveert dat als volgt.

8.1 Dit punt van eisers ziet op de vraag of zij na oplegging van de preventieve last onder dwangsom in strijd met de last hebben gehandeld. Dit punt van eisers raakt dus niet de rechtmatigheid van de opgelegde preventieve last. Dit punt raakt wel de brief van 26 oktober 2021 waarin verweerder aan Hanselaar en Schellevis schrijft dat de dwangsom van USD 1.200.000,- van rechtswege is verbeurd. De Adviescommissie heeft echter terecht geconstateerd dat deze brief niet gericht is op rechtsgevolg. Daartoe is het volgende van belang.

8.2 Artikel 29, eerste lid, van de Wet grondslagen en natuurbescherming BES (Wgnb BES) geeft de bevoegdheid aan het bestuurscollege om een last onder dwangsom op te leggen als er sprake is van overtreding van voorschriften van de

openbare lichamen. Artikel 30, eerste lid, van de Wgnb BES bepaalt dat verbeurde dwangsommen toekomen aan de Staat der Nederlanden of het desbetreffende openbare lichaam. Het tweede lid van artikel 30 van de Wgnb BES bepaalt kort gezegd dat het desbetreffende bestuurscollege bij dwangbevel het verschuldigde bedrag kan invorderen.

8.3 Uit artikel 30 van de Wgnb BES volgt dat dwangsommen van rechtswege worden verbeurd. Bij verbeurte van een dwangsom ontstaat een geldschuld. Maar dat ontstaan volgt dus rechtstreeks uit de wet. De vaststelling door verweerder dat een dwangsom van rechtswege is verbeurd en tot welk bedrag is verbeurd, leidt niet tot meer verplichtingen voor degene die de dwangsom heeft verbeurd dan al uit de wet volgt. De brief van 26 oktober 2021 is daarom niet op rechtsgevolg gericht en is niet aan te merken als een beschikking. Een invorderingsbeschikking is wel een beschikking waartegen bezwaar kan worden gemaakt of beroep kan worden ingesteld, maar een dergelijke beschikking ligt nu niet voor. Verweerder heeft ook toegezegd geen invorderingsbeschikking te nemen totdat het Gerecht uitspraak heeft gedaan in deze zaak.

8.4 Omdat de brief van 26 oktober 2021 geen beschikking is, heeft verweerder het bezwaar van eisers voor zover dat is gericht tegen de brief van 26 oktober 2021 dus terecht niet-ontvankelijk verklaard. Om die reden is het ook niet onzorgvuldig van de Adviescommissie dat zij niet is ingegaan op het punt van eisers dat zij niet in strijd met de preventieve last onder dwangsom hebben gehandeld en er volgens hen geen dwangsom is verbeurd.

Is sprake van een klaarblijkelijk dreigende overtreding?

9. Eisers voeren aan dat geen sprake is van een overtreding. Zij betogen daartoe dat zij geen vergunning nodig hebben voor het aanleggen van het kunstmatige strand. Die vergunning is alleen nodig voor het aanleggen van een strand in of grenzend aan het onderwaterpark. In dit geval liggen de gronden van Chogogo op 2 tot 4 meter afstand vanaf de hoogwaterlijn. De gronden grenzen dus niet aan het onderwaterpark en dan is er geen vergunningplicht op grond van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire. Zij betogen verder dat het geïmporteerde zand van dezelfde hoogwaardige kwaliteit is als het zand dat op verschillende plaatsen op Bonaire bij de aanleg van kunstmatige stranden is gebruikt. Eisers betogen ook dat zij het terrein met de bestaande fundering van diabaas van de overheidsvennootschap Bonaire Overheidsgebouwen N.V. in eigendom hebben verkregen. Daarbij is de afspraak gemaakt dat vanaf de zee gezien eerst een promenade zou worden aangelegd voordat

de inrichting van het achterterrein zou plaatsvinden. Aan die afspraak heeft eiseres sub 2 zich gehouden.

10. Ook deze beroepsgrond slaagt niet. Het Gerecht motiveert dat als volgt.

10.1.1 Verweerder heeft aan de preventieve last onder dwangsom het op ambtseed opgemaakte inspectierapport van toezichthouder J. Raming van 14 oktober 2021 ten grondslag gelegd. Daarin schrijft Raming dat zij op 12 oktober 2021 op de bouwplaats van Chogogo aanwezig was. Zij schrijft verder het volgende:

Ik was daar om een bouwinspectie en controle uit te voeren in het kader van een bouwproject waarbij het redelijke vermoeden bestond dat er zonder (natuur)vergunning een artificieel strand zou worden aangelegd. Wij hadden immers gezien dat er een boot met zand was aangemeerd in Kralendijk en dat vrachtwagens met dit zand de bouwplaats op- en af reden om dit zand aldaar te storten. (...) Tijdens de bouwinspectie heb ik de volgende overtredingen geconstateerd: Het storten van geïmporteerd rivierzand (...). Het valt met name op dat het soort zand, de manier van aanleg van de keermuur en de ondergrond waarop het zand wordt gestort niet voldoet. (...)

10.1.2 In het rapport staat ook opgenomen dat de heer Schellevis bij de inspectie aanwezig was en dat hij tegenover de toezichthouder onder andere heeft verklaard dat hij verantwoordelijk is voor het bouwproject. Hij heeft de beslissing genomen om zonder de benodigde vergunning over te gaan tot aanleg van het artificieel strand. Schellevis heeft ook verklaard dat hij een deadline heeft en dat zijn resort op 1 november a.s. open zal gaan met een strand. Hij geeft aan geen miljoenen te zullen gaan verliezen omdat OLB geen beslissingen neemt. Schellevis weigert ook het zand uit te rijden naar aan aangewezen plek verder weg gelegen van het Bonaire Nationaal Marine Park. Wanneer de toezichthouder aangeeft dat de keermuur het zand niet zal belemmeren in het Bonaire Nationaal Marine Park te geraken, haalt Schellevis zijn schouders op en zegt hij dat hij dit later wel zal oplossen, aldus het inspectierapport.

10.1.3 Als bijlage bij het rapport zit onder andere een aantal foto's. Daarop is onder andere een aantal hopen zand zichtbaar die niet zijn afgedekt. Ook zijn er foto's bijgevoegd door de toezichthouder ter onderbouwing van haar waarneming dat de ondergrond bestaat uit diabaas en dat de keermuur qua hoogte niet voldoet om te voorkomen dat het zand in het Bonaire Nationaal Marine Park zal geraken.

10.2 Naar het oordeel van het Gerecht was verweerder op grond van dit rapport bevoegd om een preventieve last onder dwangsom op te leggen. Er was immers sprake van een klaarblijkelijk dreigende overtreding van de artikelen 10, eerste lid,

van de Eilandsverordening natuurbeheer Bonaire en 34 en 35, tweede lid, van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire. Dat heeft verweerder onder het kopje "Overtreding" van de brief van 15 oktober 2021 terecht geconcludeerd. Het Gerecht betreft bij het oordeel dat sprake is van een klaarblijkelijk dreigende overtreding ook de verklaring van de Schellevis zoals weergegeven in het inspectierapport van 14 oktober 2021.

10.2.1 Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder a, van de Eilandsverordening natuurbeheer Bonaire bepaalt - voor zover hier relevant - dat het verboden is zonder vergunning van het bestuurscollege handelingen te verrichten die schadelijk kunnen zijn voor de natuur of de natuurwaarden van een natuurpark of die een natuurpark ontsieren.

Het storten van grote hopen geïmporteerd zand zonder vergunning en zonder dat daarvan de kwaliteit is getoetst op een afstand van 2 tot 4 meter van het onderwaterpark Bonaire kan schadelijk zijn voor de natuurwaarden van het natuurpark. Door de wind kan het zand immers van de grote hoop in de zee terecht komen.

10.2.2 Artikel 34 van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire bepaalt dat het verboden is zonder vergunning van het bestuurscollege in of grenzend aan het onderwaterpark een strand aan te leggen of aan te vullen of te doen ontstaan. Artikel 1, tweede lid, van de Eilandsverordening instelling onderwaterpark Bonaire bepaalt dat het onderwaterpark de wateren omvat rondom het eilandgebied Bonaire vanaf de hoogwaterlijn tot aan de zestig meter dieptelijn, inclusief Klein Bonaire.

Het Gerecht stelt vast dat het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire niet nader duidt wat onder "grenzend aan het onderwaterpark" moet worden verstaan. Naar het oordeel van het Gerecht grenzen ook de gronden van Chogogo, die op twee tot vier meter van de hoogwaterlijn liggen, aan het onderwaterpark. Het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire is gegrond op verschillende bepalingen uit de Eilandsverordening natuurbeheer Bonaire. Uit de titels van de paragrafen van die eilandsverordening blijkt dat de bepalingen strekken ter bescherming van de natuur(waarden) van het onderwaterpark. Gelet daarop past bij het begrip "grenzend aan het onderwaterpark" niet de enge uitleg die eisers voorstaan. Per geval zal moeten worden bekeken of de gronden grenzen aan het onderwaterpark en of de natuurwaarden van het onderwaterpark in het geding kunnen zijn. In dit geval is dat zo. Eisers hebben dus een vergunning nodig voor het aanleggen van het kunstmatige strand op het achterterrein van Chogogo. Op 12 en 15 oktober 2021 was die vergunning wel aangevraagd, maar niet verleend. De hopen zand waren bedoeld voor het aanleggen van een kunstmatig strand, dat blijkt ook uit de verklaring van Schellevis ten overstaan van de toezichthouder. En dus is sprake van een

klaarblijkelijke dreiging van een overtreding, namelijk het zonder benodigde vergunning aanleggen van een kunstmatig strand. Ter zitting hebben eisers zich nog op het standpunt gesteld dat artikel 34 van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire onvoldoende duidelijk is geformuleerd en daarom niet als grond kan gelden voor het maken van inbreuk op het eigendom van eisers. Dat standpunt volgt het Gerecht niet. Nog daargelaten dat dit argument pas op zitting is aangevoerd, is het Gerecht van oordeel artikel 34 van het Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire wel voldoende duidelijk is geformuleerd. Het enkele feit dat het begrip "grenzend aan het onderwaterpark" beoordelingsruimte geeft, maakt nog niet dat dat artikel onvoldoende duidelijk is geformuleerd.

10.2.3 Artikel 35, tweede lid, van het Eilandsbesluit onderwaterpark Bonaire bepaalt dat bij het aanleggen of aanvullen van stranden de richtlijnen in Annex II van dit besluit in acht dienen te worden genomen. Daarin staan onder B de eisen waaraan de keermuur moet voldoen en onder C3 dat de opvulling onder de zandlaag moet bestaan uit koraalstenen of koraalvingers. Op grond van de constatering van de toezichthouder is het Gerecht van oordeel dat sprake is van een klaarblijkelijke dreiging van een overtreding, namelijk het aanleggen van een stand dat niet voldoet aan de voorwaarden uit de Annex II onder B en C3. Dat eisers het terrein met de bestaande fundering van diabaas van de overheidsvennootschap Bonaire Overheidsgebouwen N.V. in eigendom hebben verkregen en dat eiser zich aan de met deze N.V. gemaakte afspraken heeft gehouden, ontslaat eisers niet van de verplichting zich te houden aan de voorwaarden uit de Annex II.

Is er een wettelijke grondslag voor het opleggen van een preventieve last onder dwangsom?

11. Eisers betogen dat de Wgnb BES in dit geval geen basis biedt voor het opleggen van een last onder dwangsom. Die wet is immers pas op 10 oktober 2010 in werking getreden. De Eilandsverordening natuurbeheer Bonaire en het Eilandsbesluit onderwaterpark Bonaire dateren van voor inwerkingtreding van de Wgnb BES. Dat zijn zogenoemde verweesde besluiten. Het is in strijd met het legaliteitsbeginsel om achteraf een kader te creëren voor het sanctioneren van gedragingen in strijd met voorschriften van deze verweesde besluiten.

12. Dit betoog slaagt niet. De Eilandsverordening natuurbeheer Bonaire en het Eilandsbesluit onderwaterpark Bonaire vinden hun grondslag in de Wet grondslagen natuurbeheer en -bescherming BES (Wgnb BES) en diens voorloper, de Landsverordening Grondslagen natuurbeheer en -bescherming van de Nederlandse Antillen (LvGnb, Pb. 1998 no. 49). Deze landsverordening heeft op grond van artikel 2, eerste lid, van de Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba

in samenhang met de bijlage bij de Invoeringswet de status van wet gekregen en wordt sinds 10 oktober 2010 geciteerd als de Wgnb BES. Artikel 29 van de Wgnb BES geeft het bestuurscollege de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtredingen van voorschriften van de openbare lichamen. In de LvGnb was ook al een bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom toegekend aan (destijds) de minister en het bestuurscollege, namelijk in artikel 34. Van verweerde besluiten en strijd met het legaliteitsbeginsel is dus geen sprake.

Wie is overtreder?

13. Eisers betogen dat verweerder de preventieve last ten onrechte aan eiseres sub 1 heeft geadresseerd. Eiseres sub 1 is enkel exploitant van Chogogo. Zij heeft niets van doen met de bouw van het resort of de inrichting van het terrein. Zij heeft niet het strand aangelegd en heeft het niet in haar macht om de overtreding te beëindigen.

14. Deze grond slaagt niet. Het Gerecht motiveert dat als volgt.

14.1 Uit artikel 29 van de Wgnb BES volgt dat alleen aan de overtreder een (preventieve) last onder dwangsom kan worden opgelegd. Uit de brief van 15 oktober 2021 volgt dat de last ertoe strekt overtreding van het bepaalde in artikel 34 Eilandsbesluit Onderwaterpark Bonaire te voorkomen: het aanleggen van een strand in of grenzend aan het onderwaterpark zonder vergunning. De overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift schendt. Dit is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en dus als overtreder worden aangemerkt.

14.2 Het Gerecht stelt vast dat de preventieve last onder dwangsom als volgt is geadresseerd:

“Chogogo Beach & Dive Resort Bonaire/Sunnyside Exploitatie B.V.
t.a.v. mevrouw G.M.N. Hanselaar en de heer J. Schellevis”

De aanhef van de brief van 15 oktober 2021 is: “Geachte mevrouw Hanselaar, Geachte heer Schellevis”.

14.3 Eiseres sub 2 stelt dat zij verantwoordelijk is voor de bouw van het resort. Hoewel het Gerecht geen inzicht heeft in wie opdracht heeft gegeven voor het storten van de hopen zand op het terrein, kan in de lezing van eiseres sub 2 zij dus als overtreder worden aangemerkt. Zij dreigt immers artikel 34 van het Eilandsbesluit

Onderwaterpark Bonaire te schenden. Eiseres sub 2 is echter niet aangeschreven. Naar het oordeel van het Gerecht kunnen ook Sunnyside Exploitatie B.V. en mevrouw Hanselaar en de heer Schellevis als overtreder worden aangemerkt. "Chogogo Dive & Beach Resort Bonaire" is volgens het uittreksel uit het Handelsregister de handelsnaam van Sunnyside Exploitatie B.V. Deze B.V. is gevestigd aan de Bulevar Gobernador Nicolaas Debrot 75 B. Als bedrijfsomschrijving staat in het handelsregister "exploitatie van een hotel" vermeld. Zij kent twee bestuurders / directeuren: Hanselaar en Schellevis. "Chogogo Bonaire OG" is volgens het uittreksel uit het Handelsregister de handelsnaam van Chogogo Bonaire OG B.V. Deze B.V. is ook gevestigd aan de Bulevar Gobernador Nicolaas Debrot 75 B. Als bedrijfsomschrijving staat in het handelsregister "het voor eigen rekening exploiteren van een resort, hotel met boutiques, spa- en wellness-centrum" vermeld. Zij kent dezelfde twee bestuurders / directeuren: Hanselaar en Schellevis. Hanselaar en Schellevis zijn in beide vennootschappen de enige directeuren en bestuurlijk verantwoordelijken. Hierdoor is er wat betreft het dreigende ontstaan en voortbestaan van de overtreding op het perceel van het Chogogo resort tussen Sunnyside Exploitatie B.V. en Chogogo Bonaire OG B.V. een zodanig nauwe verwevenheid dat ook Sunnyside Exploitatie B.V. in haar hoedanigheid van exploitant van het resort kan worden aangemerkt als overtreder. Hanselaar en Schellevis hebben ieder voor zich als enig directeuren en bestuurders ook een doorslaggevende stem bij het voorkomen dan wel plegen van de overtreding. Om die reden zijn zij ook als overtreders aan te merken.

Vanaf wanneer is er concreet zicht op legalisatie?

15. Eisers voeren aan dat er concreet zicht was op legalisatie en dat verweerder daarom van handhavend optreden had moeten afzien. Eiseres sub 2 had immers op 12 augustus 2021 al een ontvankelijke aanvraag ingediend en daarmee is concreet zicht op legalisatie ontstaan. Verder is volgens eisers op 19 november 2021 expliciet namens verweerder bevestigd dat er concreet zicht op legalisatie is en dat de voortzetting van de activiteiten gedoogd zullen worden.

16.1 Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Verder kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

16.2 Het Gerecht overweegt dat voor concreet zicht op legalisatie in een geval als dit vereist is dat een vergunningaanvraag strekkende tot legalisatie van de illegale situatie is ingediend die volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens bevat voor een goede beoordeling van de aanvraag en dat het bevoegd gezag geen beletselen ziet voor verlening van de gevraagde vergunning.

17. Het Gerecht stelt vast dat eiseres sub 2 op 12 augustus 2021 een vergunning voor het aanleggen van een kunstmatig strand en het ten behoeve daarvan aanpassen van een bestaande keermuur heeft aangevraagd. Onder verwijzing naar rechtsoverweging 7.2 van de uitspraak van 15 december 2021 (BON202100530 en BON202100537) stelt het Gerecht vast dat er in ieder geval vanaf 30 augustus 2021 een aanvraag bij verweerder lag die voldoende gegevens bevatte voor een goede beoordeling van de aanvraag. Gelet op het onder 16 vermelde kader is de stelling van eisers dat met het indienen van een ontvankelijke aanvraag al concreet zicht op legalisatie is ontstaan onjuist. Vereist is ook dat het bevoegd gezag geen beletselen ziet voor verlening van de gevraagde vergunning.

18. Naar het oordeel van het Gerecht is aannemelijk dat verweerder per 19 november 2021 geen beletselen meer zag voor verlening van de gevraagde vergunning. Het Gerecht knoopt aan bij de door eisers in hun beroepschrift gestelde datum. Daarbij betreft het Gerecht in de eerste plaats een van de overwegingen uit de op 19 januari 2022 aan eiseres sub 2 verleende vergunning. Daarin staat vermeld dat “het bestuurscollege in november 2021 naar aanleiding van overleg met vertegenwoordigers van Chogogo (...) heeft overwogen dat er op dat moment geen kenbare feiten waren die in de weg zouden staan aan uiteindelijke vergunningverlening, op grond waarvan het bestuurscollege toen oordeelde dat er sprake was van concreet zicht op legalisatie van de situatie (de aanleg van het strand en de keermuur), tenzij uit onderzoek blijkt dat het zand schadelijk is voor het koraal en onderwaterleven”. In de tweede plaats betreft het Gerecht daarbij de ter zitting door de heer Schellevis gegeven toelichting. Schellevis heeft ter zitting verklaard dat hij kort na 15 november 2021 is gebeld door de gezaghebber die hem heeft medegedeeld dat het aangelegde strand zou worden gedoogd. Schellevis heeft vervolgens met mevrouw Boelmans, werkzaam bij de afdeling R&O van verweerder, gebeld en zij heeft bevestigd dat het strand wordt gedoogd en dat alleen nog de kwaliteit van het zand moet worden onderzocht. Verweerder heeft deze gang van zaken ter zitting niet weersproken. In de derde plaats betreft het Gerecht daarbij de in het advies van de Adviescommissie weergegeven passage uit het advies van de afdeling R&O van 19 november 2021. Daarin staat dat “het bestuurscollege wordt geadviseerd het advies van afdeling JAZ te volgen en een mondelinge

gedoogbeschikking af te geven zodat de opening van het resort per 1 december 2021 niet in gevaar komt". De door verweerder ter zitting genoemde brief van 17 november 2021 over de aanpassing van de keermuur brengt het Gerecht niet tot een ander oordeel, omdat die brief dateert van voor 19 november 2021.

19. Nu er vanaf 19 november 2021 gelet op de hiervoor beschreven omstandigheden in samenhang bezien concreet zicht was op legalisatie, had verweerder in de beschikking op bezwaar de preventieve last onder dwangsom moeten herroepen per die datum. In zoverre slaagt deze beroepsgrond van eisers. Het Gerecht zal de bestreden beschikking op bezwaar vernietigen voor zover verweerder daarbij de preventieve last onder dwangsom niet heeft herroepen per 19 november 2021. Het Gerecht zal vervolgens zelf in de zaak voorzien door dat alsnog te doen.

Is de dwangsom te hoog?

20. Eisers voeren aan dat de dwangsom onevenredig hoog is. Volgens eisers is geen goede motivering te geven voor het vertienvoudigen van de door verweerder aanvankelijk berekende dwangsom van USD 120.000,-. Ook is ten onrechte niet rekening gehouden met het feit dat het gaat om een opstartend resort waarbij door eisers enorme investeringen zijn gedaan in de bouw en ontwikkeling.

21. Artikel 29, tweede lid, van de Wgnb BES bepaalt voor zover hier van belang dat de vastgestelde dwangsom in redelijke verhouding dient te staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging.

22. Deze beroepsgrond slaagt. Het Gerecht motiveert dat als volgt.

22.1 In de preventieve last onder dwangsom is de hoogte van de dwangsom niet gemotiveerd, anders dan dat de dwangsom in verhouding staat tot de zwaarte van de overtreding en dat deze dwangsom wellicht voldoende prikkel geeft om de overtreding te voorkomen. Uit het aan de bestreden beschikking op bezwaar ten grondslag liggende advies staat dat verweerder als uitgangspunt heeft gehanteerd de kosten per m² om het strand aan te leggen en uit te rijden. Die kosten bedragen volgens verweerder USD 30 per m². Gelet op de oppervlakte van het aan te leggen strand van ongeveer 4.000 m², geldt een totaalbedrag van USD 120.000,-. Uit vrees dat dit bedrag onvoldoende prikkel zou vormen om de overtreding te voorkomen en dit bedrag slechts zou worden gezien als deel van de kostprijs voor het aanleggen van haar resort, is besloten een 0 toe te voegen.

22.2 Het Gerecht stelt vast dat verweerder geen beleid heeft als het gaat om het vaststellen van de hoogte van dwangsommen. Naar het oordeel van het Gerecht heeft verweerder de geschatte kosten van het aanleggen van het strand als vertrekpunt kunnen hanteren voor het bepalen van de dwangsom. Verweerder heeft echter onvoldoende gemotiveerd waarom vertienvoudiging van dit bedrag noodzakelijk was. Het belang dat geschonden dreigde te worden is groot, dat belang is namelijk bescherming van de natuurwaarden van het Onderwaterpark Bonaire. Een dwangsom van USD 1.200.000,- staat echter niet meer in een redelijke verhouding tot de zwaarte van dat belang. Verweerder heeft ook onvoldoende gemotiveerd waarom alleen vertienvoudiging voldoende prikkel oplevert, mede gelet op het feit dat Chogogo in de (financiële) fase vlak voor opening van het resort zat. Het had op de weg van verweerder gelegen om naar deze omstandigheden nader onderzoek te doen en om met concretere handvatten een verhoging van het bedrag van USD 120.000,- te onderbouwen.

22.3 Het Gerecht kan dat onderzoek niet verrichten en dat is ook niet aan het Gerecht maar aan verweerder. Het Gerecht ziet echter met het oog op finale geschilbeslechting geen aanleiding om verweerder nu nog in de gelegenheid te stellen dat onderzoek te verrichten en de hoogte van de dwangsom nader te motiveren. In dit geval is een verhoging van het bedrag van USD 120.000,- met factor 1,5 naar het oordeel van het Gerecht passend. Het Gerecht zal de bestreden beschikking op bezwaar op dit punt vernietigen, de preventieve last onder dwangsom te herroepen voor zover het gaat om de hoogte van de dwangsom en die dwangsom vaststellen op USD 180.000,-. Het Gerecht zal verder bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking op het bezwaar.

Wat vindt het Gerecht van de procedurele gang van zaken in de bezwaarfase?

23. Eisers voeren aan dat hun bezwaar onzorgvuldig en niet onafhankelijk is behandeld. De bezwaarschriftencommissie bestaat in dit geval uit vier benoemde leden in plaats van drie benoemde leden en een secretaris. Verder zijn twee van de leden als advocaat bij hetzelfde kantoor werkzaam. Ook heeft de directie Ruimtelijke Ordening van verweerder geen commentaar geleverd als bedoeld in artikel 62 van de War BES. Volgens eisers hadden hun stellingen daarom als niet betwist moeten worden beschouwd.

24. Deze grond slaagt niet. Het Gerecht motiveert dat als volgt.

24.1 Artikel 70, eerste lid, van de War BES bepaalt voor zover hier relevant dat het bestuursorgaan bevoegd is de behandeling van bezwaarschriften op te dragen aan een

Adviescommissie. Artikel 71 van de War BES geeft een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan als het gaat om de Adviescommissie. Zo moet het bestuursorgaan een oneven aantal en ten minste drie leden aanwijzen. Die leden mogen niet inhoudelijk betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de bestreden beschikking. De Adviescommissie wordt terzijde gestaan door een door het bestuursorgaan aan te wijzen secretaris die afkomstig is uit de afdeling of dienst van het betrokken overheidslichaam.

24.2 Naar het oordeel van het Gerecht heeft verweerder voldaan aan de strekking van deze wettelijke vereisten. De Adviescommissie bestond uit drie leden en zij waren niet inhoudelijk betrokken bij de totstandkoming van de bestreden beschikking. De omstandigheid dat twee leden bij hetzelfde advocatenkantoor werken, leidt naar het oordeel van het Gerecht niet tot de conclusie dat het bezwaar van eisers onzorgvuldig en niet onafhankelijk is behandeld. Gelet op de omvang en inhoud van het advies van de commissie bestaat voor die conclusie ook geen enkele aanwijzing. Feit is ook dat de Adviescommissie terzijde is gestaan door een secretaris. Weliswaar was die secretaris niet afkomstig uit een afdeling of dienst van verweerder, maar in die omstandigheid ziet het Gerecht geen grond voor het oordeel dat eisers bezwaar onzorgvuldig en niet onafhankelijk is behandeld.

24.3 Artikel 62 van de War BES bepaalt voor zover hier relevant dat het bestuursorgaan het bezwaarschrift voor commentaar in handen van de afdeling of dienst van het betrokken overheidslichaam die de bestreden beschikking voorbereid heeft. De wet biedt geen consequentie aan het niet leveren van commentaar door de dienst. Er is ook geen andere rechtsgrond aan te wijzen voor eisers conclusie dat hun stelling als niet betwist hadden moeten worden beschouwd. Het is aan het bestuursorgaan, in dit geval verweerder, om de bezwaargronden van eisers te betrekken in de heroverweging. Daarbij kan het bestuursorgaan door de dienst niet betwiste stellingen van eisers overnemen, maar dat hoeft niet.

Conclusie en gevolgen

25. Het beroep is gegrond. Verweerder had in de bestreden beschikking op bezwaar de preventieve last onder dwangsom moeten herroepen vanaf 19 november 2021. Vanaf die datum was er immers concreet zicht op legalisatie. En verweerder had in de bestreden beschikking op bezwaar de dwangsom moeten verlagen. Het Gerecht doet dat in deze uitspraak en zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde beschikking op bezwaar.

26. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat de preventieve last onder dwangsom in stand blijft tot 19 november 2021, maar met een lagere dwangsom.

27. Omdat het beroep gegrond is, moet verweerder het griffierecht van USD 84,- aan eisers vergoeden en krijgen eisers ook een vergoeding voor hun proceskosten. Deze vergoeding bedraagt USD 782,- omdat de gemachtigde van eisers een beroepschrift heeft ingediend en aan de zitting heeft deelgenomen (1 punt voor het beroepschrift, 1 punt voor de zitting, waarde per punt USD 391,-).

Beslissing

Het Gerecht:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt de bestreden beschikking op bezwaar van 7 juli 2022;
- herroept de preventieve last onder dwangsom van 15 oktober 2021 voor zover die beschikking betrekking heeft op de dwangsom die wordt verbeurd bij het niet voldoen aan de last;
- herroept de preventieve last onder dwangsom van 15 oktober 2021 per 19 november 2021;
- bepaalt dat bij het niet voldoen aan de preventieve last onder dwangsom van 15 oktober 2021 een dwangsom wordt verbeurd van USD 180.000,-;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde beschikking op bezwaar van 7 juli 2022;
- veroordeelt verweerder tot betaling aan eisers van hun proceskosten tot een bedrag van USD 782,-;
- bepaalt dat verweerder het door eisers betaalde griffierecht van USD 84,- aan hen vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. drs. S. Lanshage, rechter, en in het openbaar uitgesproken op 7 juli 2023 te Curaçao, in tegenwoordigheid van de griffier.

Tegen deze beslissing staat hoger beroep open binnen zes weken na de dag van bekendmaking van de uitspraak. Zie hoofdstuk 5 War BES.