



Monumentale bomen illegaal en zonder omgevingsvergunning geveld. ... Tja, altijd weer een zure toestand, illegaal handelen in strijd met wet- en regelgeving. Op mijn bomenbureau komt dan de vraag binnen: kunnen wij daar als gemeente iets mee? Dat is wel een begrijpelijke vraag. Of toch niet? Want de eerste vraag hoort niet te zijn: kunnen wij de overtreder aanpakken (handhaving inzetten), maar: kunnen wij de illegale toestand legaliseren? Handhaving kan zijn: het opleggen van een herstelsanctie.

Auteur: mr. A.V.K. Goudzwaard

Overtreden, nalaten, prioriteiten, gedogen, handhaven

Handhaving

Handhaving is niet populair. Het bevoegd gezag heeft weliswaar de keuze om wel of niet tot handhaving over te gaan, maar in de rechtspraak is een beginselplicht tot handhaving geformuleerd. Handhaving is dus het uitgangspunt; daar kan een bestuursorgaan slechts in bijzondere gevallen van afzien. Een vastgestelde regel moet namelijk nageleefd worden. Er zijn twee uitzonderingen voor het afzien van handhaving: er is concreet zicht op legalisatie, of het handhavend optreden is onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. Dat concrete zicht op legalisatie is er niet, als het bevoegd gezag niet bereid is een omgevingsver-

gunning te verlenen. Dat er een aanvraag voor een omgevingsvergunning moet zijn ingediend, is geen voorwaarde om te kunnen oordelen over dat zicht op legalisatie. Ook voordat er een aanvraag ligt, kan het bevoegd gezag al oordelen dat er concreet zicht op legalisatie is.

Onevenredigheid van maatregelen kan zelfs aan de orde zijn als sprake is van een niet geringe overtreding. Ter illustratie: moet een groot deel van een woning worden afgebroken omdat er sprake is van overtreding van een bestemmingsplan, dan is dat mogelijk een onevenredige maatregel en kan van handhaving worden afgezien. Zo zal een

herstelsanctie van illegaal geveld bomen in evenredigheid moeten zijn met de te dienen belangen. Dat betekent dat de opgelegde sanctie gemotiveerd moet worden met – onder andere – het belang dat de bomen dienden.

Beleid

In mijn praktijk gaat het bij handhaving natuurlijk het meeste om illegale velling van beschermde bomen. Vanaf de gemeentelijke werkvloer komt dan de verzuchting: 'Ja, maar de afdeling handhaving wil er niets mee doen.' Het is bijzonder zuur als dan monumentale bomen verdwijnen zonder dat daar een sanctie op volgt. Het is natuurlijk



niet aan een afdeling van een gemeente om te bepalen of er gehandhaafd wordt; het vaststellen van de handhavingsbeleidsregel is toch echt een taak van het bevoegde bestuursorgaan. Dat is het orgaan dat ook bevoegd is om te beslissen over een aanvraag voor een omgevingsvergunning. Bij velling is dat in de meeste gevallen het college van B & W. Het is dus zaak dat het college ook voor de handhaving beleidsregels ontwikkelt. Hoe moeten die er dan uitzien? Want luisteren wij naar 'de werkvloer', dan zou het zijn: niets doen. In dat geval hoort echter de pendang in werking te treden, namelijk legalisatie door afgifte van een omgevingsvergunning, met daaraan gekoppeld een herplantplicht en de mogelijkheid tot bezwaar voor belanghebbenden.

Het bevoegd gezag mag trouwens prioriteiten stellen in zijn handhavingsbeleidsregels. Die mogen er echter niet zo uitzien dat in het geheel van handhaving van overtredingen wordt afgezien. Wel mag het toezicht op bepaalde overtredingen een lage prioriteit krijgen. De reden hiertoe kan zijn, dat er maar een beperkte handhavingscapaciteit is. Het bevoegd gezag mag dus wel kaders in zijn beleid stellen, bijvoorbeeld dat er bij lichte overtredingen slechts een beoordeling van de noodzaak tot handhaving wordt gedaan naar aanleiding van een klacht of een verzoek van een belanghebbende. Ligt er een dergelijk verzoek, dan kan het bevoegd gezag het verzoek niet zomaar afwijzen onder verwijzing naar dit prioriteitenbeleid. De ontbrekende prioriteit is namelijk niet een 'bijzondere omstandigheid' zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) dat bedoelt. In zijn beleid mag het bevoegd gezag wel stellen dat eerst tot waarschuwing wordt overgegaan alvorens een herstelsanctie wordt opgelegd. Een stappenplan in het kader van handhaving is geoorloofd. In afwijking van zijn prioriteringsbeleid mag het bevoegd gezag trouwens toch nog overgaan tot handhaving. Dit is dan niet strijdig met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij een handhavingsverzoek horen ook de belangen van de aanvrager van het verzoek te worden betrokken. Die belangen moet het bestuursorgaan meenemen in zijn beoordeling. Ook het individuele belang van de overtreder hoort echter bij de beoordeling.

Gedogen

Handhaving kan omzeild worden door te gedogen. Ik bespreek dit 'gedogen' niet zozeer met betrekking tot bomen, maar in zijn algemeenheid. Gedogen dat een boom zonder omgevingsvergunning is geveld, is namelijk niet een aannemelijke

situatie. Gedogen kan door middel van een schriftelijk gedoogbesluit. De afgifte van een gedoogbesluit geeft voor belanghebbenden recht op bezwaar en beroep bij de rechter. Tegen weigering tot gedogen is geen bezwaar en beroep mogelijk. Is de verkrijger het met de voorwaarden of reikwijdte van een afgegeven gedoogbesluit niet eens, dan heeft hij geen recht op bezwaar en beroep. De bestuursrechter ziet de voorwaarden of reikwijdte namelijk als een (beperkte) vorm van weigering tot afgifte van een gedoogbesluit, en daar is geen beroep tegen mogelijk. Ondanks de afgifte van een gedoogbesluit mag het bevoegd gezag overigens optreden tegen de illegale situatie. Een gedoogbesluit is dus zeker niet iets om op te vertrouwen. Tegen intrekking staat geen bezwaar en beroep open, behalve in bijzondere omstandigheden. Die kunnen er zijn indien de belanghebbende slechts bij de rechter terecht kan indien hij een overtreding begaat. Tegen het op de overtreding volgende handhavingsbesluit heeft hij namelijk wel recht op bezwaar en beroep. Overtreding uitlokken kan echter een te bezwarende route zijn.

Nog een bijzonderheid over handhaving: niet handhaven kan tot schadeplichtigheid van de betrokken overheidsinstantie leiden. Achteroverleunen kan dus not done zijn. In een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 22 maart 2011 (ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578, brand bij een milieu-inrichting) wordt zelfs de instantie (betrokken omgevingsdienst) die niet het bevoegd gezag was tot het opleggen van een herstelsanctie, aansprakelijk gehouden voor de schade. Kortom, ook de toezichthoudende diensten horen hun adviseringsplichten serieus te nemen.

Wie o wie?

Soms wordt niet zomaar een overtreding gepleegd, maar een voorschrift aan een omgevingsvergunning niet nageleefd¹. Dan is het vervolgens de vraag wie nalatig is. In een uitspraak van de ABRvS gaat het om een voorschrift aan een omgevingsvergunning tot aanleg van een houtwal. Een belanghebbende verzoekt tot handhavend optreden nu deze aanleg uitblijft. Kwestie: bij besluit van 3 september 2009 heeft het college aan de vergunninghouder ontheffing van het bestemmingsplan en een lichte bouwvergunning verleend, voor het plaatsen van een hekwerk op zijn perceel. Na bezwaar laat het college de bouwvergunning in stand, maar geeft daarbij het voorschrift dat aan drie zijden om het terrein een houtwal moet worden aangelegd en in stand moet blijven. Met dat voorschrift zal zijn kwekerij grotendeels aan het zicht zijn onttrokken. Op

Zo zal een herstelsanctie van illegaal geveldde bomen in evenredigheid moeten zijn met de te dienen belangen

nalaten staat een fikse dwangsom van € 30.000. Maar wie is degene die nalaat en dus overtreedt? In deze kwestie was een natuurlijk persoon (vergunninghouder A) en de eigenaar van het bedrijf (B) betrokken. Het bevoegd gezag legt de last onder dwangsom tot aanleg op aan beiden. Maar is dat terecht? In artikel 5:1 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder overtreder verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Op grond van artikel 2.25 lid 1 van de Wet algemene bepalingen (Wabo) geldt een omgevingsvergunning voor een ieder die hem uitvoert. Volgens de memorie van toelichting is de omgevingsvergunning een zaaksgebonden vergunning. De vergunninghouder is dus niet degene aan wie de vergunning ooit is verleend, maar degene die het project uitvoert waarop de vergunning betrekking heeft. En dat is weer degene die voor de uitvoering verantwoordelijk is: de eigenaar of opdrachtgever. De vergunninghouder kan uit meerdere rechtspersonen bestaan. Het bevoegd gezag had hier dus terecht vergunninghouder A én eigenaar B aangeschreven. Maar... in deze kwestie is noch A noch B vergunninghouder. De natuurlijke persoon A was namelijk geen eigenaar ten tijde van de aanschrijving van de last onder dwangsom. De eigenaar was de rechtspersoon: het bedrijf van A. Weliswaar had de natuurlijke persoon A 50% van de aandelen van de vennootschap die de gronden exploiteerde, maar dat maakte hem niet tot eigenaar of opdrachtgever voor de uitvoer van het project. Eigenaar B had niets van doen met de exploitatie van de kwekerij. Kortom, jammer van de dwangsom. Kijk trouwens eens in de gemid-

¹ Bron: ABRvS 27 mei 2016 ECLI:NL:RVS:2015:1667

delde APV. Daar staat in veel gevallen dat de vergunning of ontheffing juist persoonsgebonden is. In dat geval rust de uitvoer van de omgevingsvergunning dus niet op anderen dan de houder van de vergunning. Op zich is er dan weer de vraag of dit niet in strijd is met de bepalingen in de Wabo, waar in beginsel uit volgt dat een omgevingsvergunning niet aan een eigenaar verbonden is, maar aan de 'zaak'.

Niet handhaven kan tot schadeplichtigheid van de betrokken overheidsinstantie leiden

Gronden laten gebruiken door een derde kan grote gevolgen hebben.² Is een eigenaar die zijn gronden laat gebruiken door een derde aan te merken als overtreder, indien de gebruiker zonder de benodigde omgevingsvergunning bomen velt? Dit is niet helemaal met zekerheid te stellen. Ter illustratie bij welke regelgeving dit wel het geval is: de ABRvS oordeelt dat bij verontreiniging in het kader van de Wet bodembescherming de verzuiling de eigenaar van de gronden is aan te rekenen – wat in Noord-Brabant inmiddels een bekend en berucht gegeven is.

Hoe handhaven?

Bij illegale velling kan het zijn dat het bevoegd gezag een herplantplicht als herstelsanctie wil opleggen. Is daar echter geen ruimte voor, dan kan deze niet ter plekke worden uitgevoerd. Het loont dus de moeite om een financiële compensatieplicht in een verordening in te bouwen. Zonder die plicht kan namelijk niet zomaar een financiële verplichting worden opgelegd. Dan is het wel zaak om die compensatieplicht goed vorm te geven. Hoe wordt deze berekend? In veel verordeningen

rond velverboden staat een simpele verwijzing naar de richtlijn van de Nederlandse Vereniging van Taxateurs van Bomen (NVTB). Die richtlijn kent echter drie taxatiemethodes. In de praktijk vergeet de ambtenaar nog weleens (onterecht) de voortoetsing van die drie methodes uit te voeren, of, beter gezegd: de taxateur vergeet dit. Die voortoets hoort echter wel te worden uitgevoerd. Kijk dan ook nog even in het beleid. Staan daarin regels omtrent herplant, dan heeft dat ook gevolgen voor de opgelegde (compensatie)last. Zo kan de richtlijn van de NVTB soms leiden tot een hoog compensatiebedrag. Dat hoge bedrag moet dan wel een juiste bestemming krijgen. Een herstelsanctie die gebruikt wordt voor bestrating in plaats van voor aanplant van bomen, lijkt niet door de beugel te kunnen.

Invoering last onder dwangsom

Dan nog de invoering van verbeurd verklaarde dwangsommen. De ABRvS is daar helder over: slechts in bijzondere omstandigheden kan daarvan worden afgezien. Iedere belanghebbende mag bovendien om invoering verzoeken. Tegen de weigering om in te vorderen staat dan voor de belanghebbende verzoeker bezwaar en beroep open. De rechter toetst echter inhoudelijk alleen

Gronden laten gebruiken door een derde kan grote gevolgen hebben

indien de verzoeker een actueel en reëel recht heeft op invoering. Zelfs als aan de opgelegde last is voldaan nadat de begunstigingstermijn is verlopen, kan de rechter oordelen dat er geen actueel en reëel recht meer is op rechterlijke toetsing van het verzoek tot invoering. Het recht op invoering van de dwangsom kan ook door verjaring verloren gaan. Normaliter gaat een vorderingsrecht verloren na vijf jaar. Artikel 5:35 van het Burgerlijk Wetboek stelt die termijn echter op één jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd. Stuiting van deze verjaring is mogelijk door een daad van rechtsvervolgving. De ABRvS ziet echter lang niet alle mededelingen van het bevoegd

gezag als een dergelijke daad. Een exploit waarin het bevoegd gezag aangeeft nog steeds een recht op nakoming van de vordering te hebben, valt daar niet onder. Slechts een schuldeiser van het bestuursorgaan komt een dergelijke wijze van stuiting toe.

Tips: pak de juiste wetgeving erbij. Vermeld in de last dus altijd de overtreden wettelijke bepaling. Zo voorkomt het bevoegd gezag dat bij heroverweging van een handhavingsbesluit gehandhaafd wordt op een overtreding die niet meer een overtreding onder een nieuwe wet/regel is. Houd verder in het besluit het verschil tussen last en herstelmaatregel goed uit elkaar en stel een vaste begunstigingsdatum vast in plaats van een termijn van verloop. Dat voorkomt een hoop gepraat achteraf.



Mr. A.V.K. Goudzwaard is als boomjurist/juridisch adviseur groen, natuur en landschap werkzaam bij Cobra groenJuristen, onderdeel van Cobra adviseurs. Cobra adviseurs adviseert over alle aspecten met betrekking tot stedelijke natuur.



Be social

Scan of ga naar:

www.Stad+Groen.nl/artikel.asp?id=41-6638

² Bron: ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1458.