

titel: 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?' (NTB 2015/37), waarin hij ingaat op een responsieve rechtsstaat. Hiermee doelt hij op een rechtsstaat waarin de burger ervaart dat het bij de rechtsstaat om hem te doen is. De procedurele rechtvaardigheid biedt daarvoor een sterke onderbouwing (zie verder R. Ortlep, 'Responsieve opstelling binnen de Trias', <http://blog.montaignecentre.com/index.php/590/responsieve-opstelling-binnen-de-trias>).

De afwachterende – en wellicht bureaucratische – houding om geen navraag te doen, komt soms niet alleen bij het bestuursorgaan (vergelijk bijvoorbeeld CRvB 15 oktober 2015, AB 2016/181) maar ook bij de rechter tot uitdrukking. De belanghebbende wil in het onderhavige geval de intrekking van het beroep ongedaan maken en voert aan dat zij heeft gedwaald bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst. Om dat beroep op dwaling te doen slagen, heeft de belanghebbende verklaringen van drie belastingambtenaren naar voren gebracht. Aan het gerechtshof heeft belanghebbende gevraagd de drie belastingambtenaren te horen en zij zijn ook naar de zitting gekomen, met dien verstande dat ze buiten de zittingzaal zijn blijven wachten. Het gerechtshof heeft desalniettemin de drie belastingambtenaren niet gehoord en het getuigenaanbod gepasseerd, omdat dat aanbod niet was gespecificeerd en ook ter zitting niet was herhaald. Terecht gaat de Hoge Raad daar niet in mee (vergelijk daarbij ook de conclusie van advocaat-generaal IJzerman, ECLI:NL:PHR:2016:954). De Raad oordeelt met verwijzing naar eerdere rechtspraak dat een partij die een getuigenaanbod doet (a) voldoende concreet dient te maken op welke stelling het aanbod betrekking heeft en (b) voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring kan afleggen. Nu aan beide voorwaarden is voldaan, hadden de kennelijk nog bij het gerechtshof levende vragen aanleiding moeten zijn om opheldering te vragen. R. Ortlep

AB 2017/92

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

8 februari 2017, nr. 201601099/1/A1
(Mr. S.F.M. Wortmann)
m.nt. T.N. Sanders*

Art. 5:1, 5:21, 5:32 Awb; art. 3.1, 7.1 Wro

NJB 2017/578
ABkort 2017/50

* Advocaat bij AKD en promovendus aan de Universiteit Leiden.

BA 2017/77

Module Ruimtelijke ordening 2017/7704

ECLI:NL:RVS:2017:306

Afdeling oordeelt dat college van B&W niet bevoegd is om handhavend op te treden tegen de gemeenteraad wegens het niet tijdig actualiseren van het bestemmingsplan.

Appellant wenst dat het college handhavend optreedt jegens de raad, wat, gelet op de hiervoor vermelde artikelen, betekent dat het college aan de raad een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom oplegt.

Gelet op artikel 5:21 van de Awb, houdt het opleggen van een last onder bestuursdwang in dat het college de raad gelast om het bestemmingsplan te actualiseren en dat, indien de raad daaraan niet voldoet, het college door feitelijk handelen de last, te weten het actualiseren van het bestemmingsplan, ten uitvoer legt. Het actualiseren van het bestemmingsplan, wat neerkomt op het vaststellen van een herziening van het bestemmingsplan, is echter geen feitelijk handelen maar het nemen van een besluit. Daartoe is de raad, gelet op artikel 3.1, eerste lid, van de Wro exclusief bevoegd. De door appellant aangevoerde omstandigheid dat het college een rol speelt bij de totstandkoming en de publicatie van een bestemmingsplan, doet er niet aan af dat het college niet bevoegd is een bestemmingsplan vast te stellen. Dit betekent dat het college de door appellant aangevoerde last niet ten uitvoer kan leggen. Gelet op artikel 5:21 van de Awb kan het college dan ook geen last onder bestuursdwang opleggen waarbij het de raad gelast een herziening van het bestemmingsplan vast te stellen. Gelet op artikel 5:32, eerste lid, van de Awb kan het college evenmin een last onder dwangsom opleggen.

Reeds hierom heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het college niet bevoegd was handhavend op te treden jegens de raad wegens het niet tijdig actualiseren van het bestemmingsplan.

Uitspraak op het hoger beroep van appellant, wovonend te Voorschoten, tegen de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 5 januari 2016 in zaak nr. 15/5340 in het geding tussen:

appellant

en

het college van burgemeester en wethouders van Voorschoten.

Procesverloop

Bij besluit van 29 december 2014 heeft het college het verzoek van appellant om handhavend op te treden jegens de raad van de gemeente Voorschoten (hierna: de raad) wegens het niet binnen

tien jaar actualiseren van het bestemmingsplan geldend voor het perceel Voorstraat 19-21 te Voorschoten afgewezen.

Bij besluit van 24 juni 2015 heeft het college het door appelland daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 5 januari 2016 heeft de rechtbank het door appelland daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appelland hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 9 december 2016, waar appelland, bijgestaan door mr. R. Brouwer, advocaat te Zoetermeer, en het college, vertegenwoordigd door mr. M.S. Hopener en ir. S.J.W.P. Teerink, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Op het perceel Voorstraat 19-21 is, in overeenstemming met het voor dat perceel geldende bestemmingsplan "Voorstraat na eerste herziening", een kinderdagverblijf gevestigd. Appelland ondervindt hinder van het kinderdagverblijf en wil met zijn handhavingsverzoek afdwingen dat een nieuw bestemmingsplan wordt vastgesteld voor het perceel, waarbij onderzoek zal moeten worden gedaan naar de planologische aanvaardbaarheid van de huidige bestemming.

Het college heeft het verzoek afgewezen en daaraan onder meer ten grondslag gelegd dat de raad exclusief bevoegd is om een bestemmingsplan vast te stellen. Het college stelt zich op het standpunt dat het daarom de raad niet door middel van handhavend optreden kan verplichten het bestemmingsplan te actualiseren.

De rechtbank heeft vastgesteld dat de raad uiterlijk op 1 juli 2013 een nieuw bestemmingsplan voor het perceel had moeten vaststellen en dat hij dat niet heeft gedaan, zodat hij de actualiseringstermijn van het bestemmingsplan heeft overschreden. Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat het college niet bevoegd is om handhavend op te treden tegen die overtreding en dat het terecht het handhavingsverzoek van appelland heeft afgewezen.

2. De Afdeling stelt voorop dat naar haar oordeel het handhavingsverzoek, anders dan appelland in zijn hogerberoepschrift heeft voorgesteld, door het college niet mede aangemerkt behoefde te worden als een verzoek aan de raad om het bestemmingsplan te actualiseren. Daarbij is van belang dat in het verzoek zelf uitdrukkelijk wordt verzocht om handhaving wegens de overtreding van de actualiseringstermijn van het

bestemmingsplan, dat appelland ter zitting heeft verklaard dat het verzoek primair was gericht op handhaving en dat appelland op een later tijdstip een afzonderlijk verzoek aan de raad heeft gedaan om actualisering van het bestemmingsplan.

3. Appelland betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college niet bevoegd is handhavend op te treden jegens de raad wegens de overschrijding van de actualiseringstermijn van het bestemmingsplan. Daartoe voert hij onder meer aan dat het college weliswaar niet bevoegd is om een bestemmingsplan vast te stellen, maar wel een belangrijke rol speelt in het totstandkomingstraject en bij de publicatie van een bestemmingsplan. Volgens hem is het college, gelet op artikel 7.1, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro), bevoegd het bepaalde in die wet te handhaven, waaronder de termijn waarbinnen een bestemmingsplan moet worden geactualiseerd.

3.1. Artikel 7.1, eerste lid, van de Wro luidt: "Burgemeester en wethouders dragen zorg voor de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens deze wet."

Artikel 125, eerste lid van de Gemeentewet luidt: "Het gemeentebestuur is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang."

Het tweede lid luidt: "De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door het college, indien de last dient tot handhaving van regels welke het gemeentebestuur uitvoert."

Artikel 5:21 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt: "Onder last onder bestuursdwang wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:

- a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en
- b. de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Artikel 5:32, eerste lid, luidt: "Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen."

3.2. Appelland wenst dat het college handhavend optreedt jegens de raad, wat, gelet op de hiervoor vermelde artikelen, betekent dat het college aan de raad een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom oplegt.

Gelet op artikel 5:21 van de Awb, houdt het opleggen van een last onder bestuursdwang in dat het college de raad gelast om het bestemmingsplan te actualiseren en dat, indien de raad daaraan niet voldoet, het college door feitelijk handelen de last, te weten het actualiseren van het bestemmingsplan, ten uitvoer legt. Het actu-

aliseren van het bestemmingsplan, wat neerkomt op het vaststellen van een herziening van het bestemmingsplan, is echter geen feitelijk handelen maar het nemen van een besluit. Daartoe is de raad, gelet op artikel 3.1, eerste lid, van de Wro exclusief bevoegd. De door appellant aangevoerde omstandigheid dat het college een rol speelt bij de totstandkoming en de publicatie van een bestemmingsplan, doet er niet aan af dat het college niet bevoegd is een bestemmingsplan vast te stellen. Dit betekent dat het college de door appellant gewenste last niet ten uitvoer kan leggen. Gelet op artikel 5:21 van de Awb kan het college dan ook geen last onder bestuursdwang opleggen waarbij het de raad gelast een herziening van het bestemmingsplan vast te stellen. Gelet op artikel 5:32, eerste lid, van de Awb kan het college evenmin een last onder dwangsom opleggen.

Reeds hierom heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het college niet bevoegd was handhavend op te treden jegens de raad wegens het niet tijdig actualiseren van het bestemmingsplan.

Dat in artikel 7.1, eerste lid, van de Wro aan het college de bestuurlijke handhaving is opgedragen van het bepaalde bij of krachtens die wet, doet er niet aan af dat het college de raad niet kan gelasten het bestemmingsplan te actualiseren.

Het betoog faalt.

4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.
5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Bestlissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

1. De Ig Nobelprijs is een prijs voor wetenschappelijk onderzoek die mensen eerst aan het lachen maakt en daarna aan het denken zet. Mooie voorbeelden zijn de 2016 Ig Nobel Perceptieprijs voor de heer Adachi *'for investigating whether things look different when you bend over and view them between your legs'*, de 2013 Ig Nobel Psychologieprijs voor de heer Bègue *'for confirming, by experiment, that people who think they are drunk also think they are attractive'* en de 2006 Ig Nobel Vogelkundeprijs voor de heer Schwab *'for exploring and explaining why woodpeckers don't get headaches'*.

2. Deze uitspraak nomineer ik graag voor de 2017 Ig Nobelprijs Bestuursrecht. Bij eerste lezing moest ik namelijk lachen om het feit dat iemand dit heeft uitgeprocedeerd. Appellant pro-

beert namelijk het college van burgemeester en wethouders te bewegen om de gemeenteraad via handhavend optreden te dwingen om een besluit te nemen om een bestemmingsplan vast te stellen. Dat getuigt van creativiteit! De gedachte dat het college daadwerkelijk handhavend optreedt tegen de raad is echter absurd. Het is ongeveer net zo ondenkbaar als een Minister die handhavend optreedt tegen de Tweede Kamer. Politiek gezien kan handhavend optreden tegen de raad dan ook nooit goed eindigen voor het college, nog los van de vraag of handhavend optreden tegen de (gemeentelijke) wetgevende macht door de uitvoerende macht wenselijk is.. Het meest geestige aan deze uitspraak vind ik echter de gedachte dat het college desnoods een last onder bestuursdwang aan de raad moet gaan opleggen en die dan ook op de een of andere manier moet gaan effectueren. Alsof het college dan maar zelf het bestemmingsplan gaat vaststellen als de raad onwillig is. Zouden toezichhouders de raadszaal dan op last van het college moeten ontruimen zodat het college namens de raad een besluit kan nemen? Ik kan mij niet goed voorstellen hoe het allemaal praktisch zou moeten. Hoe dan ook, het is een grappig juridisch experiment om deze zaak aan de Afdeling voor te leggen.

3. Het antwoord van de Afdeling op de vraag of het college handhavend kan optreden tegen de raad vanwege het niet tijdig actualiseren van een bestemmingsplan is, kort samengevat: 'wat denkt u zelf?'. Een vrij voorspelbare uitkomst en na een korte lach kan iedereen deze uitspraak weer wegleggen. Toch?

4. Nadere bestudering van deze uitspraak roept echter twee principiële vragen bij mij op. De redenering van de Afdeling is namelijk: (i) dat wat appellant wenst geen feitelijke handeling is, maar het nemen van een besluit, (ii) dat de raad exclusief bevoegd is om dat besluit te nemen, (iii) dat het college dus niet bevoegd is om dat besluit te nemen en daarom de last onder bestuursdwang nooit ten uitvoer kan leggen en (iv) dat daarom ook geen last onder dwangsom kan worden opgelegd.

5. De eerste vraag die ik heb is: zegt de Afdeling hier nu dat de mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen per definitie afhankelijk is van het bestaan van de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om door feitelijk handelen de overtreding te beëindigen? Het staartstuk van de redenering van de Afdeling is namelijk dat omdat bestuursdwang niet kan worden toegepast om de overtreding te beëindigen ook geen last onder dwangsom kan worden opgelegd. Dat oordeel komt niet uit de lucht vallen. Art. 5:32 Awb bepaalt namelijk dat *'een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op*

te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen'. Een letterlijke interpretatie van dit artikel houdt in dat er zonder bestuursdwangbevoegdheid, geen dwangsombevoegdheid is. Het is volgens mij echter de eerste keer dat de Afdeling oordeelt dat dit artikel letterlijk moet worden geïnterpreteerd. Het oordeel is interessant omdat het volgens mij verstrekkende gevolgen kan hebben waarvan ik mij afvraag of de Afdeling die voor ogen heeft gehad. Als ik dit oordeel doortrek dan kom ik namelijk tot een voor toezichthouders vervelende conclusie. Dit oordeel heeft namelijk de strekking dat handhaving op grond van titel 5.3 Awb per definitie niet mogelijk is. Ik kan gelijk één situatie bedenken waarbij dit oordeel vervelende consequenties zou kunnen hebben. Dat is bij het in het kader van toezicht afdwingen van de afgifte van wilsafhankelijk materiaal. Als een toezichthouder in de toezichtsfase op grond van art. 5:20 Awb inlichtingen vordert en die worden geweigerd door de belanghebbende, dan kan het bestuursorgaan handhavend optreden tegen die weigering door inzet van zijn bestuursdwang en dwangsombevoegdheden. Zit de gewenste informatie echter alleen in de hersenen van de belanghebbende (denk bijvoorbeeld aan de code van een kluis) dan is handhavend optreden via bestuursdwang niet mogelijk. Het bestuursorgaan kan immers niet fysiek de informatie uit de hersenen van de overtreder halen (dat hoop ik ten minste). Dat betekent dat – als dit oordeel van de Afdeling wordt gevolgd – het ook niet mogelijk is om die informatie af te dwingen door middel van een dwangsombevoegdheid. Was dat wel de bedoeling van de Afdeling? Ik denk het niet. Dit oordeel lijkt namelijk iets onmogelijk te maken wat in de praktijk regelmatig voorkomt, buitengewoon belangrijk is voor toezichthouders en op grond van het EVRM perspectief gewoon mag (wilsafhankelijk bewijs mag immers worden afgedwongen, zo lang het maar niet wordt gebruikt om een punitieve sanctie op te leggen – zie het EHRM *Saunders* arrest). Naast het feit dat dit oordeel vervelende consequenties kan hebben, meen ik dat op de onderbouwing van het oordeel ook wat af te dingen valt. Naar mijn mening moet er namelijk weinig waarde worden gehecht aan de afhankelijke formulering van de dwangsombevoegdheid in art. 5:32 Awb. Het artikel lijkt namelijk zo te zijn geformuleerd enkel vanuit wetgevingstechnische overwegingen (zie *Kamerstukken II 1994–1995*, 23 700, nr. 4, p. 35, waarin de D66-fractie deze opvatting ook huldigt). Bij de invoering van de dwangsombevoegdheid waren er namelijk in allerlei bijzondere wetten zelfstandige bestuursdwangbevoegdheden opgenomen. Om te voorkomen dat al die bepalingen moesten worden

herschreven heeft de wetgever de dwangsombevoegdheid gekoppeld aan de bestuursdwangbevoegdheid. Op die manier was ieder bestuursorgaan dat bevoegd was tot bestuursdwang met één pennenstreek ook bevoegd tot oplegging van een last onder dwangsom. Dat de dwangsombevoegdheid niet om principiële redenen tekstueel afhankelijk is gemaakt van de bestuursdwangbevoegdheid blijkt volgens mij ook uit het bestaan van zelfstandige dwangsombevoegdheden in bijzondere wetten (zie bijvoorbeeld art. 56 Mw). Kortom: de letterlijke interpretatie van art. 5:32 Awb leek misschien de makkelijkste weg om in dit geval de zaak snel en efficiënt af te kunnen doen, maar heeft implicaties die volgens mij onwenselijk zijn. Was dit wel een verstandige zet van de Afdeling?

6. Mijn tweede vraag is: kan een bestuursorgaan eigenlijk wel overtreder zijn? Art. 5:1 lid 3 Awb bepaalt namelijk: '[o]vertredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.' In het Wetboek van Strafrecht staat in het genoemde artikel en dat bij een overtreding door de rechtspersoon ook de feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt als overtreder (lid 2) en dat met een rechtspersoon gelijk worden gesteld 'de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.' Ik lees daar nergens dat een bestuursorgaan overtreder kan zijn. Overtreder kan volgens mij zijn: natuurlijke en rechtspersonen (al dan niet als feitelijk leidinggevende) en bepaalde rechtsvormen niet zijnde rechtspersonen die in de wet met naam genoemd zijn. Daaronder zie ik nergens 'bestuursorgaan' staan. Mijn conclusie is dan ook dat de raad geen overtreder in de zin van de Awb kan zijn en dat handhavend optreden op grond van hoofdstuk 5 van de Awb zich daarom per definitie niet kan richten tot de raad. Was dit niet een betere grondslag geweest voor de Afdeling om deze zaak af te doen?

7. Kortom, dit is een echte Ig Nobel uitspraak. Eerst moet je er om lachen vanwege het absurde karakter van de zaak, maar als je klaar bent met lachen zet deze uitspraak aan tot denken.

T.N. Sanders

AB 2017/93

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

8 februari 2017, nr. 201602108/1/A1
(Mr. A.W.M. Bijloos)