

e Wabo bepalend acht voor de omvang van de inrichting. Volgens de Afdeling bepaalt de vergunning-aanvrager waarvoor een vergunning wordt aangevraagd. Als de feitelijke situatie nadien blijkt af te wijken van de aanvraag, dan is dat volgens de Afdeling een handhavingskwestie (o.a. ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2390 en ABRvS 10 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1817).

3. In de tweede plaats blijkt uit vaste jurisprudentie dat activiteiten uitsluitend één inrichting kunnen vormen als er sprake is van zeggenschap van één (rechts)persoon over de activiteiten die één inrichting vormen. Ten aanzien van de onderhavige zaak, oordeelt de Afdeling dat geen sprake is van 'gezamenlijke exploitatie' en zodoende is geen sprake van 'tot eenzelfde onderneming of instelling' geëxploiteerde bedrijvigheid die als één inrichting moet worden aangemerkt. Om twee redenen valt deze overweging op. Ten eerste vormt 'eenzelfde onderneming of instelling' als bedoeld in art. 1.1 lid 4 Wm zelden een criterium waaraan wordt getoetst. Als er (in uitzonderingsgevallen) al aan wordt getoetst, dan hoeft er anders dan de letterlijke uitleg van 'eenzelfde onderneming of instelling' wellicht doet vermoeden, geen sprake te zijn van één rechtspersoon. Ook meerdere rechtspersonen kunnen namelijk één inrichting vormen, mits er maar zeggenschap bestaat van één (rechts)persoon over alle activiteiten die tot de inrichting behoren. Doorgaans wordt zeggenschap relevant geacht voor de organisatorische binding als bedoeld in art. 1.1 lid 4 Wm. Die zeggenschap is nodig om te kunnen waarborgen dat binnen de inrichting conform de vergunning wordt gehandeld (V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 128). Ten tweede wijkt de overweging in de hiervoor afgedrukte uitspraak af van vaste jurisprudentie omdat wordt gesproken over 'gezamenlijke exploitatie' hetgeen naar mijn mening niet hetzelfde is als 'zeggenschap'. Twee rechtspersonen kunnen bijvoorbeeld één bedrijf 'gezamenlijk exploiteren', zonder dat een van die (rechts)personen zeggenschap heeft over het geheel, bijvoorbeeld als elk van de rechtspersonen 'slechts' zeggenschap heeft over een gedeelte van de inrichting. In zoverre was het zuiverder geweest als de Afdeling op basis van zeggenschap had vastgesteld of er sprake is van organisatorische binding als bedoeld in art. 1.1 lid 4 Wm.

4. In de derde plaats overweegt de Afdeling in lijn met eerdere jurisprudentie dat — anders dan het bevoegd gezag stelt — de vrees van het bevoegd gezag dat vuilnis wordt begraven in tuinen van woningen als het park niet als één inrichting wordt aangemerkt, niet relevant is voor de kwalificatie van

inrichting. Milieuhygiënische argumenten zijn niet relevant voor het antwoord op de vraag of sprake is van één inrichting (V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 74–75).

5. Onder de Omgevingswet zal het park in de toekomst vermoedelijk niet meer via het Activiteitenbesluit worden gereguleerd, of via een vergunningplicht. Onder de Omgevingswet is het begrip inrichting en zodoende het begrip één inrichting niet meer het aangrijpingspunt, maar de 'milieubelastende activiteit'. Ingevolge art. 5.1 lid 2 onder Omgevingswet is het verboden om zonder omgevingsvergunning 'een milieubelastende activiteit' te verrichten 'voor zover het betreft een bij AMvB aangewezen geval'. Het begrip 'milieubelastende activiteit' is in de bijlage van de Omgevingswet als volgt gedefinieerd: 'activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, niet zijnde een lozingsactiviteit op een oppervlaktewaterlichaam of een zuiveringstechnisch werk of een wateronttrekkingsactiviteit'. De aanwijzing van de milieubelastende activiteiten vindt plaats in hoofdstuk 3 van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal). Een (recreatie)park is daarin niet aangewezen als milieubelastende activiteit. Dat betekent dat deze niet via rijksregels wordt gereguleerd, maar uitsluitend decentraal kan worden gereguleerd, bijvoorbeeld via een omgevingsplan. Als het park overigens wel in hoofdstuk 3 van het Bal zou zijn aangewezen als milieubelastende activiteit, dan kunnen de aspecten die niet via het Bal worden gereguleerd of aspecten waar het Bal ruimte laat voor afwijking via het omgevingsplan nog worden gereguleerd. V.M.Y. van 't Lam

AB 2018/132

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

27 december 2017, nr. 201701376/1/A1

(Mrs. H. Troostwijk, W. Sorgdrager, F.D. van Heijningen)

m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:32 Awb

Omgevingsvergunning in de praktijk 2018/7772
ECLI:NL:RVS:2017:3561

Afvalfonds heeft macht niet over overtreding, toch kan staatssecretaris een last opleggen strekkende tot het treffen of onderzoeken van maatregelen strekkende tot de beperking van de overtreding.

De staatssecretaris heeft naar het oordeel van de Afdeling echter niet deugdelijk gemotiveerd waarom bij het besluit van 27 oktober 2016 is afgezien van een last onder dwangsom, strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee in 2016 en/of 2017 de recyclingnorm van 90% dichter benaderd kon worden dan in de voorafgaande jaren. De staatssecretaris heeft volstaan met een waarschuwing, terwijl hij deze al in 2013 had gegeven. Dat Afvalfonds sinds 2013 stappen heeft gezet om het recyclingpercentage te verbeteren, vormde op zichzelf beschouwd geen bijzondere omstandigheid om af te zien van handhavend optreden in de vorm van een last onder dwangsom. Ditzelfde geldt voor het feit dat Afvalfonds naar aanleiding van de bij brief van 28 april 2016 gegeven waarschuwing een plan van aanpak heeft overgelegd met als doel uiterlijk in 2018 te voldoen aan de recyclingnorm. Anders dan waarvan de staatssecretaris in zoverre uitgaat, volgt uit de door hem genoemde uitspraak van de Afdeling van 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3064, niet dat hij met toepassing van de Interventieladder vrijelijk kan kiezen tussen een waarschuwing of een last onder dwangsom. De uitspraak van 16 november 2016 ziet op een situatie waarin het bestuursorgaan juist had gekozen voor een last onder dwangsom, terwijl volgens de Interventieladder ook voor een waarschuwing gekozen had kunnen worden. Die keuze was niet in strijd met de Interventieladder en behoefde geen motivering in het licht van de beginselplicht tot handhaving. In dit geval, waarin Afvalfonds al sinds 2013 niet voldoet aan de recyclingnorm, kon de staatssecretaris niet met een algemene verwijzing naar de Interventieladder kiezen voor een waarschuwing in plaats van een last onder dwangsom. De staatssecretaris heeft ook overigens geen bijzondere omstandigheden naar voren gebracht die het oordeel rechtvaardigen dat het opleggen van een last onder dwangsom, strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee in 2016 en/of 2017 de recyclingnorm dichter benaderd kon worden, onevenredig was. Het betoog slaagt.

Uitspraak in het geding tussen: de stichting 'Recycling Netwerk van Eco-Eco, European Coalition of Environmental and Consumer Organisations, Stichting voor milieuverantwoorde producten en verpakkingen (kortweg Recycling Netwerk)', te Emst, gemeente Epe,
Appellante,
en

De Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu,
thans: Infrastructuur en Waterstaat, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 27 oktober 2016 heeft de staatssecretaris een verzoek van Recycling Netwerk om handhavend optreden jegens Stichting Afvalfonds Verpakkingen (hierna: Afvalfonds), wegens het niet voldoen aan de in artikel 6, tweede lid, van het Besluit beheer verpakkingen 2014 (hierna: het Bbv) opgenomen recyclingnorm voor glazen verpakkingen, afgewezen.

Recycling Netwerk heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt en de staatssecretaris verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter als bedoeld in artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). De staatssecretaris heeft met dat verzoek ingestemd en het bezwaarschrift met toepassing van artikel 7:1a, vijfde lid, van de Awb doorgezonden naar de Afdeling.

Afvalfonds heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Recycling Netwerk heeft een nader stuk ingediend.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 10 november 2017, waar Recycling Netwerk, vertegenwoordigd door mr. R. Hörchner, advocaat te Breda, vergezeld door gemachtigde, de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.J. Kerssemakers, vergezeld door drs. H.M.L. de Louw, en Afvalfonds, vertegenwoordigd door mr. A.A. Kleinhout, advocaat te Amsterdam, vergezeld door mr. G.H.M. Ehrismann en S. Noordhoek, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Recycling Netwerk heeft bij brief van 9 augustus 2016 verzocht om oplegging van een last onder dwangsom aan Afvalfonds om te bewerkstelligen dat in de jaren 2016 en 2017 wordt voldaan aan de in artikel 6, tweede lid, van het Bbv opgenomen recyclingnorm voor glazen verpakkingen (hierna: de recyclingnorm). De staatssecretaris heeft dit verzoek bij het besluit van 27 oktober 2016 afgewezen.

2. Het handhavingsverzoek van 9 augustus 2016 is uitdrukkelijk beperkt tot de jaren 2016 en 2017 en ziet niet mede op de jaren daarna. Het feit dat Recycling Netwerk inmiddels een handhavingsverzoek heeft gedaan voor de jaren 2018 en 2019 bevestigt dit. Niet in geschil is dat bij een vernietiging door de Afdeling van het besluit van 27 oktober 2016 niet alsnog een last onder dwangsom voor de jaren 2016 en 2017 zal kunnen worden opgelegd. Anders dan Afvalfonds ter zitting bij de Afdeling heeft aangevoerd, betekent

dit echter niet dat Recycling Netwerk geen belang meer heeft bij een inhoudelijke beoordeling van haar beroep. De rechtsvragen die in deze beroepsprocedure door Recycling Netwerk aan de orde zijn gesteld, kunnen ook aan de orde zijn in de handhavingsprocedure met betrekking tot de jaren 2018 en 2019, zodat Recycling Netwerk om die reden nog steeds belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het beroep. Dat, zoals Afvalfonds heeft gesteld, de recyclingactiviteiten en -resultaten in het ene jaar niet dezelfde zijn als in het andere jaar, doet er niet aan af dat dezelfde rechtsvragen aan de orde kunnen zijn.

3. Artikel 6, tweede lid, van het Bbv luidt:

“De producent of importeur draagt er zorg voor dat per kalenderjaar, van het totaal van de door hem in Nederland in dat kalenderjaar in de handel gebrachte verpakkingen en van de door hem ingevoerde verpakkingen waarvan hij zich in dat kalenderjaar heeft ontdaan: [...]

c. van de overige materiaalsoorten ten minste de volgende gewichtspercentages worden gerecycled:

1°. 90 gewichtsprocent van glazen verpakkingen, [...].”

Artikel 9 luidt:

“1. De producenten en importeurs kunnen gezamenlijk uitvoering geven aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 5, 6, eerste, tweede en vierde lid, 7 en 8, eerste lid.

2. Indien aan het eerste lid is voldaan, zijn in de eerste lid bedoelde verplichtingen niet van toepassing op:

a. een producent of importeur die de afvalbeheersbijdrage overeenkomstig de op grond van artikel 15.36, eerste lid, van de wet, algemeen verbindend verklaarde overeenkomst inzake verpakkingen afdraagt aan een daarbij genoemde rechtspersoon; [...]

3. In gevallen waarin het tweede lid van toepassing is, berusten de verplichtingen, bedoeld in het eerste lid, op de rechtspersoon aan wie de afvalbeheersbijdrage, bedoeld in het tweede lid, wordt afgedragen.”

4. Vaststaat dat Afvalfonds een rechtspersoon is als bedoeld in artikel 9, derde lid, van het Bbv, zodat de verplichting om te voldoen aan de recyclingnorm op haar rust. Vaststaat verder dat Afvalfonds in de jaren 2013 tot en met 2015 niet aan de recyclingnorm heeft voldaan. Dit betekent dat de staatssecretaris ten tijde van het nemen van het besluit van 27 oktober 2016 bevoegd was handhavend jegens Afvalfonds op te treden.

5. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtre-

ding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of 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 zicht op legalisering bestaat. Voorts 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.

6. In het besluit van 27 oktober 2016 heeft de staatssecretaris zich op het standpunt gesteld dat zich bijzondere omstandigheden voordoen, die maken dat van handhavend optreden hoort te worden afgezien. In dat verband heeft de staatssecretaris in de eerste plaats overwogen dat Afvalfonds voor het voldoen aan de recyclingnorm zeer afhankelijk is van derden, van gemeenten wat betreft het opzetten van een systeem van gescheiden inzameling van glas, van burgers wat betreft het daadwerkelijk gescheiden aanbieden van glas en van afvalbedrijven wat betreft nascheiding van niet gescheiden ingezameld glas. Omdat Afvalfonds voorts naar aanleiding van een waarschuwing in 2013, toen de verplichting om aan de recyclingnorm te voldoen op haar kwam te rusten, stappen heeft gezet om het recyclingpercentage te verbeteren, de recyclingresultaten sindsdien ook zijn verbeterd en Afvalfonds ten tijde van het nemen van het besluit van 27 oktober 2016 bovendien voldeed aan een bij brief van 28 april 2016 gegeven ‘manende’ waarschuwing om binnen twee maanden te komen met een plan van aanpak, gericht op het uiterlijk in 2018 voldoen aan de recyclingnorm, heeft de staatssecretaris het opleggen van een last onder dwangsom onevenredig geacht.

7. Recycling Netwerk betwist dat het opleggen van een last onder dwangsom onevenredig is. Volgens Recycling Netwerk is de afhankelijkheid van Afvalfonds van derden inherent aan de in het Bbv opgenomen regeling en kan die afhankelijkheid daarom geen bijzondere omstandigheid vormen om van handhaving jegens Afvalfonds af te zien. De staatssecretaris gaat er volgens Recycling Netwerk bovendien ten onrechte van uit dat Afvalfonds alles doet wat redelijkerwijs van haar gevergd kan worden. In dat verband stelt Recycling Netwerk dat Afvalfonds op grond van de algemeen verbindend verklaarde ‘Afvalbeheersbijdrageovereenkomst Verpakkingen’ (hierna: de ABBO) vrijwel alle denkbare maatregelen kan treffen en de kosten daarvan via de door haar vast te stellen afvalbeheersbijdrage kan doorberekenen aan de deelnemende producenten en importeurs. Recycling Netwerk voert verder aan dat het volstaan met een

'manende' waarschuwing niet in overeenstemming is met wet- en regelgeving, de beginselplicht tot handhaving en het in de Interventieladder van de ILT neergelegde handhavingsbeleid (hierna: de Interventieladder).

7.1. De Afdeling stelt vast dat blijkens de door partijen genoemde cijfers de behaalde recyclingpercentages voor glazen verpakkingen in de jaren 2013 tot en met 2015 ten minste 7% onder de recyclingnorm van 90% hebben gelegen. De stelling van Recycling Netwerk dat Afvalfonds op grond van de ABBO de kosten van elke denkbare maatregel via de afvalbeheersbijdrage kan doorberekenen aan de producenten en importeurs van glazen verpakkingen, daargelaten of deze stelling juist is, laat onverlet dat Afvalfonds voor het treffen van een maatregel afhankelijk blijft van de medewerking van derden. De staatssecretaris is er bij het nemen van het besluit van 27 oktober 2016 terecht van uitgegaan dat het, gezien die percentages en de afhankelijkheid van Afvalfonds van derden, niet aannemelijk was dat Afvalfonds in 2016 en/of 2017 wel zou kunnen voldoen aan de recyclingnorm van 90%. De staatssecretaris heeft gelet daarop terecht afgezien van het opleggen van een last onder dwangsom, inhoudende de verplichting om in 2016 en/of 2017 aan die norm te voldoen. Dat, zoals Recycling Netwerk op zichzelf terecht opmerkt, de afhankelijkheid van Afvalfonds van derden inherent is aan de in het Bbv opgenomen regeling, kan niet tot een ander oordeel leiden. Een last onder dwangsom mag niet worden opgelegd wanneer aannemelijk is dat de overtreder het niet in zijn macht heeft om aan die last te voldoen.

7.2. De staatssecretaris heeft naar het oordeel van de Afdeling echter niet deugdelijk gemotiveerd waarom bij het besluit van 27 oktober 2016 is afgezien van een last onder dwangsom, strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee in 2016 en/of 2017 de recyclingnorm van 90% dichter benaderd kon worden dan in de voorafgaande jaren. De staatssecretaris heeft volstaan met een waarschuwing, terwijl hij deze al in 2013 had gegeven. Dat Afvalfonds sinds 2013 stappen heeft gezet om het recyclingpercentage te verbeteren, vormde op zichzelf beschouwd geen bijzondere omstandigheid om af te zien van handhavend optreden in de vorm van een last onder dwangsom. Ditzelfde geldt voor het feit dat Afvalfonds naar aanleiding van de bij brief van 28 april 2016 gegeven waarschuwing een plan van aanpak heeft overgelegd met als doel uiterlijk in 2018 te voldoen aan de recyclingnorm. Anders dan waarvan de staatssecretaris in zoverre uitgaat, volgt uit de door hem genoemde uitspraak van de Afdeling van 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3064,

niet dat hij met toepassing van de Interventieladder vrijelijk kan kiezen tussen een waarschuwing of een last onder dwangsom. De uitspraak van 16 november 2016 ziet op een situatie waarin het bestuursorgaan juist had gekozen voor een last onder dwangsom, terwijl volgens de Interventieladder ook voor een waarschuwing gekozen had kunnen worden. Die keuze was niet in strijd met de Interventieladder en behoefde geen motivering in het licht van de beginselplicht tot handhaving. In dit geval, waarin Afvalfonds al sinds 2013 niet voldoet aan de recyclingnorm, kon de staatssecretaris niet met een algemene verwijzing naar de Interventieladder kiezen voor een waarschuwing in plaats van een last onder dwangsom. De staatssecretaris heeft ook overigens geen bijzondere omstandigheden naar voren gebracht die het oordeel rechtvaardigen dat het opleggen van een last onder dwangsom, strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee in 2016 en/of 2017 de recyclingnorm dichter benaderd kon worden, onevenredig was.

Het betoog slaagt.

8. Het beroep is gegrond. Het besluit van 27 oktober 2016 dient wegens strijd met artikel 3:46 van de Awb te worden vernietigd. De Afdeling zal evenwel, nu vaststaat dat niet alsnog handhavend kan worden opgetreden met betrekking tot de jaren 2016 en 2017, bepalen dat de rechtsgevolgen van het besluit van 27 oktober 2016 geheel in stand blijven. Dit betekent dat de staatssecretaris niet opnieuw hoeft te beslissen op het handhavingsverzoek van Recycling Netwerk van 9 augustus 2016.

9. De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het beroep gegrond;
- II. vernietigt het besluit van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 27 oktober 2016, kenmerk 52658;
- III. bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit geheel in stand blijven;
- IV. veroordeelt de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat tot vergoeding van bij Recycling Netwerk in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 990 (zegge: negenhonderdnegentig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- V. gelast dat de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat aan Recycling Netwerk het

door haar voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 333 (zegge: driehonderddrieëndertig euro) vergoedt.

Noot

1. Een bijzondere casus verschaft meestal boeiende inzichten in het recht. Deze uitspraak over een niet-alledaagse casus (het bestuursrechtelijk handhaven van de norm voor het recyclen van glasverpakkingen) doet dat zeker. De uitspraak verschaft inzicht in de vraag wanneer er procesbelang is bij de handhaving van (vermoedelijk) jaarlijks terugkerende overtredingen en wat de Afdeling doet als er sprake is van een norm die de wetgever wel bestuursrechtelijk handhaafbaar heeft gemaakt, maar die in de praktijk niet (goed) bestuursrechtelijk handhaafbaar blijft.

2. Bedrijven die (glazen) verpakkingen in de handel brengen zijn verplicht om zorg te dragen voor recycling van ten minste 90% van die verpakkingen (qua gewicht). Een groot aantal bedrijven heeft de Stichting Afvalfonds Verpakkingen opgericht, die namens hen deze verplichting uitvoert. Het lukt alleen niet om daadwerkelijk 90% te recyclen. Dat ligt niet per se aan het Afvalfonds. Het Afvalfonds is namelijk afhankelijk van consumenten voor het daadwerkelijk terugbrengen van de verpakkingen. Feitelijk lukt het Afvalfonds het om hooguit 83% te recyclen. Daarmee overtreedt het Afvalfonds art. 9.5.2 Wm jo. art. 6 Besluit beheer verpakkingen 2014 ('het Besluit verpakkingen'). Het Recycling Netwerk (een milieuorganisatie, geen concurrent) verzoekt de staatssecretaris daarom handhavend op te treden.

3. Het eerste interessante punt is het procesbelang. Het verzoek van Recycling Netwerk ziet op de jaren 2016 en 2017. Een uitspraak op 27 december 2017 heeft voor Recycling Netwerk natuurlijk weinig zin voor wat betreft de wens dat Afvalfonds in 2016 en 2017 alsnog voldoet aan de norm. Meestal is de Afdeling onverbiddelijk: als er geen overtreding meer is, is er geen procesbelang (ABRvS 18 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4397).

"3. Overtredingen door Club Cèrcle Hippique zullen niet meer plaatsvinden. Het staat thans vast dat zij de exploitatie van de inrichting niet meer zal hervatten. In zoverre heeft appellant geen procesbelang meer bij een inhoudelijke beoordeling van zijn beroep. Dat in de toekomst de inrichting mogelijk door een ander in gebruik wordt genomen en dat deze de voor hem geldende vergunning dan mogelijk zal overtreden, levert evenmin een procesbelang op bij een inhoudelijke beoordeling van zijn beroep."

Zie ook: ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1080:

"2.6.4. Het door appellante aangevoerde argument dat is gelegen in het verkrijgen van een oordeel over een eventuele toekomstig besluit, levert niet voldoende belang op om tot een inhoudelijke beoordeling van het besluit in zoverre over te gaan. De bestuursrechter is alleen in het kader van een geschil met betrekking tot een besluit tot het beantwoorden van rechtsvragen geroepen. Waar een dergelijk geschil niet langer bestaat, kan van de rechter geen uitspraak worden gevraagd, ook niet als het gaat om de beantwoording van een belangrijke rechtsvraag."

Deze casus is echter vrij bijzonder. Hier staat op voorhand vast dat de overtreding zich ieder jaar zal voordoen (dat is ook niet in geschil). Bovendien staat vast dat Recycling Netwerk ook ieder jaar om handhaving gaat verzoeken (dat heeft zij ook reeds gedaan voor 2018). Zodoende mag het oordeel van de Afdeling dat zij een procesbelang aanwezig acht niet verbazen.

4. Het tweede interessante punt is dat het Afvalfonds de macht niet heeft over de overtreding. De staatssecretaris en het Afvalfonds betogen volgens de Afdeling terecht dat het Afvalfonds er weinig aan kan doen als u en ik onze verpakkingen niet terugbrengen, terwijl dat wel bepalend is voor het kunnen halen van de norm die zich tot het Afvalfonds richt. De staatssecretaris verbindt daaraan de conclusie dat als het Afvalfonds er weinig aan kan doen, het ook niet heel redelijk is om daadwerkelijk te sanctioneren. Daarom volstaat de staatssecretaris met een waarschuwing. De Afdeling gooit het echter over een andere boeg. Het argument dat het Afvalfonds er weinig aan kan doen vertaalt de Afdeling in de opmerking dat het een reden is om geen last onder dwangsom op te leggen ertoe strekkende daadwerkelijk aan de 90% norm te voldoen. Echter, de Afdeling oordeelt dat een last onder dwangsom strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee de 90% norm dichter wordt benaderd, wel zou kunnen worden opgelegd en de minister niet heeft gemotiveerd waarom hij dat niet heeft gedaan.

5. Ik heb hier een paar vragen over die ik graag aan de AB-lezer voorleg als stof tot nadenken.

6. Waarom wordt hier met geen woord gerept over bestuursdwang? Op grond van art. 18.2b Wm is de staatssecretaris belast met de bestuursrechtelijke handhaving van onder meer titel 9.5 Wm (waaronder art. 9.5.2 Wm jo. het Besluit verpakkingen). Ingevolge art. 18.1a lid 1 Wm is op de handhaving van titel 9.5 Wm onder meer

art. 5.14 Wabo van toepassing. In art. 5.14 Wabo is geregeld dat het bestuursorgaan dat bevoegd is tot bestuursrechtelijke handhaving bevoegd is om een last onder bestuursdwang op te leggen. Op grond van art. 5:32 lid 1 Awb is de staatssecretaris dus ook bevoegd om een last onder dwangsom op te leggen. Het betreft hier dus volgens mij niet een zelfstandige dwangsombevoegdheid (waarbij het bestuursorgaan niet bevoegd is om bestuursdwang toe te passen). De staatssecretaris kan dus bestuursdwang toepassen in dit geval. Als de Afdeling redeneert dat een last onder dwangsom niet kan worden opgelegd, omdat de overtreder de overtreding niet in zijn macht heeft, dan zou ik verwachten dat de volgende zin zou zijn 'maar handhavend optreden in de vorm van bestuursdwang kan dan op zich wel'. Immers, voor de toepassing van bestuursdwang is niet vereist dat de overtreder het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen. Nu snap ik heel goed dat bestuursdwang in dit geval een beetje lastig voor te stellen is (ik zie toezichthouders al van deur tot deur gaan om glas in te zamenen...), maar ik mis toch een uitleg in de uitspraak hierover. Wellicht had de Afdeling nog aansluiting kunnen zoeken bij de uitspraak van 8 februari 2017 (AB 2017/92, m.nt. T.N. Sanders) waarin de Afdeling constateert dat een last onder bestuursdwang die niet door feitelijk handelen ten uitvoer kan worden gelegd, niet opgelegd mag worden ("[d]it 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"). De vraag stellen is hem (proberen) te beantwoorden. Mijn (voorzichtige) antwoord is dat het antwoord wellicht ook gelegen is in de voornoemde uitspraak van 8 februari 2017: "[g]elet op artikel 5:32, eerste lid, van de Awb kan het college [als het geen last onder bestuursdwang kan opleggen] evenmin een last onder dwangsom opleggen". Is men niet in staat om door feitelijk handelen bestuursdwang uit te voeren, dan kan een last onder dwangsom ook niet worden opgelegd. Als de Afdeling hier dus zou oordelen dat bestuursdwang onmogelijk is, dan is het opleggen van een last onder dwangsom dat ook. Het kan natuurlijk ook heel goed zijn dat het verzoek om handhaving expliciet vroeg om een last onder dwangsom (in welk geval de grondslag van de aanvraag dicteert dat bestuursdwang niet hoeft te worden betrokken), of dat er een ander bijzonder beletsel is voor bestuursdwang die zich aan mijn zicht onttrekt. Echt zeker weet ik het dus niet.

7. Had de Afdeling dit niet misschien terug moeten schuiven naar de wetgever? Zie ik het goed dan is de conclusie dat de norm feitelijk niet (op deze manier) bestuursrechtelijk handhaafbaar

is. De norm richt zich immers tot iemand (het Afvalfonds) die niet kan waarborgen dat er aan wordt voldaan. Dat betekent dat de last onder dwangsom strekkende tot het opheffen van de overtreding afstuit op het feit dat het Afvalfonds de overtreding niet in zijn macht heeft. De last onder bestuursdwang stuit (vermoedelijk) af op het feit dat de staatssecretaris de overtreding niet door middel van bestuursdwang kan beëindigen. Mijn conclusie is dan dat er sprake is van een norm die niet (goed) gehandhaafd kan worden met het reparatoire sanctierecht. Dat roept de vraag op: is hier niet de wetgever aan zet om hier een andere oplossing voor te bedenken? De makkelijke oplossing voor de Afdeling was volgens mij dan ook om de leemte te constateren en daarmee de zaak af te doen (zie bijvoorbeeld ABRvS 11 februari 2017, AB 2017/401, m.nt. V.M.Y. van 't Lam: "Ook indien zou moeten worden aangenomen dat de bepaling de door [verzoeker] gestelde omissie kent, is het niet aan de bestuursrechter, maar aan de wetgever om aan de limitatief bedoelde opsomming een intrekingsgrond toe te voegen"). Dat is natuurlijk vervelend voor de derdebelanghebbende die om handhaving verzoekt. Des te blijer werd ik dus van de (tussen)oplossing die de Afdeling hier heeft gekozen. De Afdeling eist namelijk dat de staatssecretaris motiveert waarom is afgezien van een last onder dwangsom "strekken tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee in 2016 en/of 2017 de recyclingnorm van 90% dichter benaderd kon worden dan in de voorafgaande jaren". Met andere woorden: Afvalfonds moet in ieder geval gaan onderzoeken welke maatregelen er mogelijk zijn om de overtreding te beëindigen of te beperken.

8. Is deze oplossing breder toepasbaar? In dit geval is de Afdeling kennelijk van oordeel dat als je niet de hele overtreding kan opheffen (of het is niet duidelijk hoe dat zou moeten), dat je dan wel in ieder geval kan worden gedwongen om onderzoek te doen naar hoe dat wel zou kunnen. Dat is een interessante gedachte. Stel dat het bestuursorgaan weet dat er een overtreding is, maar onvoldoende informatie heeft om een concrete herstelmaatregel te gelasten, kan hij dan de overtreder door middel van een last onder dwangsom dwingen om eerst te onderzoeken hoe de overtreding kan worden beëindigd? Uit deze uitspraak lijkt te volgen dat de Afdeling daar wel voor open staat. Maar dwingt het bestuursorgaan de overtreder zo niet in feite tot het uitvoeren van het (toezicht)onderzoek? En is dat wel aanvaardbaar? Ik weet het niet. Voldoende stof tot nadenken in ieder geval.

T.N. Sanders