

stelling van de uitslag. Dit is sinds jaar en dag vaste jurisprudentie. Zie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (zesde druk), par. 2.2.3.3, p. 310.

5.1. De commissie moet aannemelijk maken dat de toets op een zorgvuldige wijze is afgenomen. De Afdeling bestuursrechtspraak neemt voorshands aan dat de commissie in die bewijslast is geslaagd. Daarom ligt het op de weg van appelland om tegenbewijs te leveren, dit wil zeggen: zoveel twijfel te zaaien over de handelwijze van de personen die de toets hebben afgenomen dat het door de Afdeling bestuursrechtspraak gehanteerde bewijsvermoeden niet overeind kan blijven. Nader bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom 2017, par. 4.2.3.2.

5.2. Appelland probeert het vereiste tegenbewijs te leveren met behulp van het rapport dat psychiater Kattemölle over hem heeft gemaakt. Uit dit rapport kan echter slechts worden afgeleid dat appelland – volgens Kattemölle – de gelegenheid moet krijgen om een toets mondeling af te leggen, en niet tevens dat appelland tijdens de toets teveel onder druk is gezet. Appelland is aldus niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs dat afbreuk doet aan het vermoeden dat de toets op een zorgvuldige wijze is afgenomen.

6.1. De Voda en het Examenreglement – met algemeen verbindende voorschriften! – kennen geen (anti)hardheidsclausules. Daarom is het zinloos om te betogen dat het niet bieden van een vierde kans in strijd met het evenredigheidsbeginsel komt, tenzij a. art. 3.19 lid 6 Voda onverbindend is en buiten toepassing moet blijven; of b. de consequenties voor appelland zo evident onredelijk zijn dat strikte toepassing van art. 3.19 lid 6 Voda geen rechtsplicht is.

6.2. Het bieden van maximaal drie kansen om de toets met succes af te leggen, komt niet in strijd met een rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel. Art. 3.19 lid 6 Voda is dus verbindend en moet om die reden onverkort worden toegepast.

6.3. De commissie mag slechts onder uitzonderlijke omstandigheden in strijd met art. 3.19 lid 6 Voda handelen; men leze in dit verband bijvoorbeeld J. van Kreveld, *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (zevende druk), nr. 5 (n.a.v. de zogeheten ‘Doorbraak-arresten’ van de Hoge Raad). Daarom ligt het op de weg van appelland om a. die omstandigheden te stellen; en b. het bestaan van de gestelde omstandigheden aannemelijk te maken. Vervolgens is het aan de commissie om de aannemelijk geworden omstandigheden te waarderen. Nader bijv. Schreuder-Vlasblom 2017, par. 4.2.3.3.

6.4. Het mislukken van de derde poging voor het halen van de toets heeft tot gevolg dat appelland geen certificaat beroepsopleiding advocaten (art. 3.21 lid 1 Voda jo. art. 11 Examenreglement) kan verkrijgen en om die reden te zijner tijd van het tableau zal worden geschrapt (art. 8c lid 3 onder b Advocatenwet) – en dus dat hij na verloop van tijd niet langer als advocaat mag optreden. De Afdeling bestuursrechtspraak acht dit gevolg onvoldoende zwaar om appelland – in weerwil van art. 3.19 lid 6 Voda – een vierde kans te gunnen. Misschien is appelland hiermee beter af dan hij wellicht denkt. Uit de verklaring van Kattemölle kan namelijk worden afgeleid dat appelland nogal slecht is bestand tegen stress in het algemeen en tijdsdruk in het bijzonder. Dit maakt de advocatuur niet tot de meest geschikte werkomgeving voor appelland.

L.M. Koenraad

AB 2018/276

AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

24 januari 2018, nr. 201607044/1/A1

(Mrs. R. van der Spoel, G.M.H. Hoogvliet, F.D. van Heijningen)

m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:17 Wabo; art. 5:31 Awb

Gst. 2018/53

Module Ruimtelijke ordening 2018/7915

ECLI:NL:RVS:2018:209

Last hoeft geen eindtermijn te bevatten omdat art. 5:34 Awb de mogelijkheid geeft om het bestuursorgaan om opheffing te verzoeken. Art. 5:17 Wabo is limitatief geformuleerd zodat het niet mogelijk is om op die grondslag iets anders dan bouwen, gebruiken of slopen van een bouwwerk stil te leggen.

Art. 5:17 Wabo ziet, indien het gaat om het staken van activiteiten, alleen op het bouwen, gebruiken of slopen van een bouwwerk. Daarvan is in dit geval geen sprake, zodat dit artikel niet aan de stillegging ten grondslag kon worden gelegd.

De Awb bevat geen bepaling op grond waarvan is vereist dat een last alleen kan worden opgelegd indien de last in tijd is beperkt. Voor een dergelijke eis bestaan ook overigens geen aanknopingspunten. De Afdeling vindt daarvoor steun in art. 5:34 Awb waarin juist is geregeld onder welke omstandigheden de overtreder het bestuursorgaan kan verzoeken de last op te heffen.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Appellante 1, te Borgercompagnie, gemeente Midden-Groningen,
 2. Het college van burgemeester en wethouders van Hoogezand-Sappemeer, thans gemeente Midden-Groningen,
- tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 9 augustus 2016 in 15/5114 in het geding tussen:
- Appellante 1
en
Het college van burgemeester en wethouders van Hoogezand-Sappemeer, thans: gemeente Midden-Groningen.

Procesverloop

Bij besluit van 26 maart 2015 heeft het college het bevel tot stillegging van het graven van een sloot en het uitvlakken van een zandkop op de twee percelen, plaatselijk bekend locatie 1 te Hoogezand, schriftelijk aan appellante 1 bevestigd en gelast onder oplegging van een dwangsom om die werkzaamheden met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden.

Bij besluit van 24 november 2015 heeft het college het door appellante 1 daartegen gemaakt bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluit van 8 maart 2016 (verzonden op 14 maart 2016) heeft het college het besluit van 24 november 2015 ingetrokken, het door appellante 1 ingediende bezwaar ongegrond verklaard, het besluit van 26 maart 2015 onder aanpassing van de motivering in stand gelaten en het verzoek om proceskostenvergoeding afgewezen.

Bij uitspraak van 9 augustus 2016 heeft de rechtbank onder meer het door appellante 1 daartegen ingestelde beroep voor zover dat is gericht tegen het besluit van 24 november 2015 niet-ontvankelijk verklaard, gegrond verklaard voor zover dat is gericht tegen het in het bestreden besluit van 14 maart 2016 (lees: 8 maart 2016) ongegrond verklaren van het bezwaarschrift van 8 mei 2015 tegen het handhavend optreden tegen het graven van de sloot en het afwijzen van het verzoek om proceskostenvergoeding, dit besluit in zoverre vernietigd, het bezwaarschrift in zoverre gegrond verklaard en het beroep voor het overige ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben appellante 1 en het college hoger beroep ingesteld.

Appellante 1 heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven en incidenteel hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Appellante 1 heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 augustus 2017, waar appellante 1, vertegenwoordigd door gemachtigde en mr. M.B.W. Litjens, advocaat te Zuidwolde (Dr), en het college, vertegenwoordigd door R. Top-Van Houdt, J. Drijfhout en J. Terpstra, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Op 24 februari 2015 is door een toezichthouder van de Omgevingsdienst Groningen geconstateerd dat op het perceel nabij locatie 1 te Hoogezand, grondverzet is uitgevoerd. Op de grens van het perceel, kadastraal bekend gemeente Hoogezand-Sappemeer, sectie P, nummer 928, en perceel sectie P, nummer 929, was over een lengte van ongeveer 300 m een sloot gegraven. Verder was op het perceel 928 een zogenoemde zandkop deels afgegraven. Het afgegraven zand was gebruikt om een deel van het naastgelegen perceel op te hogen. De afgraving van de zandkop en de ophoging waren nog niet afgerond. Op 10 maart 2015 heeft de toezichthouder appellante 1 mondeling meegedeeld dat hij de werkzaamheden per direct moest staken en gestaakt houden. Deze stillegging is bevestigd bij besluit van 26 maart 2015, daarbij is ook een last onder dwangsom opgelegd om het uitvoeren van grondverzet, bestaande uit het graven van een sloot en het uitvlakken van een zandkop met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden.

Het college heeft zich in het besluit van 8 maart 2016 op het standpunt gesteld dat in een archeologisch onderzoeksgebied in strijd met artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening zonder vergunning de bodem dieper dan 40 cm onder de oppervlakte is verstoord, zodat het bevoegd was handhavend op te treden.

2. De regelgeving die ten grondslag ligt aan de hierna volgende rechtsoverwegingen, is opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.

Hoger beroep appellante 1

Overtreding

3. Appellante 1 betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het afgraven van de zandkop en het graven van de sloot geen overtredingen zijn, zodat het college niet bevoegd was om handhavend op te treden.

Daartoe voert appellante 1 aan dat de aanvullende werking van de Erfgoedverordening op het bestemmingsplan in strijd is met artikel 38, tweede lid, van de Monumentenwet. Verder zijn de aanvullende regels in de Erfgoedverordening in strijd met artikel 5.2 van het Besluit omge-

vingsrecht (hierna: het Bor). Ook is volgens appellante 1 artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening niet van toepassing, omdat sprake is van een situatie als bedoeld in het tweede lid, onder c, van dit artikel. Bovendien is artikel 16, eerste lid, in strijd met het legaliteitsbeginsel omdat het onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is, aldus appellante 1.

Appellante 1 voert verder aan dat het in artikel 16, eerste lid, neergelegde verbod niet van toepassing is, omdat zijn percelen ten onrechte als archeologische onderzoeksgebied worden aangemerkt. De Beleidskaart archeologie is onzorgvuldig tot stand gekomen en niet geactualiseerd.

Ook voert appellante 1 aan dat hij niet dieper dan 40 cm heeft gegraven en dat evenmin sprake was van verstoring, waardoor geen vergunning op grond van artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening was vereist.

3.1. Het bestemmingsplan "Buitengebied" is op 23 augustus 2010 vastgesteld en de Erfgoedverordening op 13 december 2010. In het bestemmingsplan zijn de archeologische monumenten overgenomen die ook reeds in het oude bestemmingsplan van 1993 waren beschermd. Aan de desbetreffende gronden is de bestemming "Waarde-Archeologie" toegekend. Deze gronden zijn mede bestemd voor het behoud van archeologische waarden. Gebleken is echter dat uitsluitend de zogenoemde AMK-terreinen, terreinen die op de provinciale Archeologische Monumentkaart vanwege de bekende archeologische waarden zijn vermeld, als zodanig zijn beschermd. Gronden met archeologische verwachtingswaarden zijn in het bestemmingsplan niet beschermd.

Hoewel de gemeenteraad op grond van artikel 38a van de Monumentenwet, zoals dit destijds luidde, bij de vaststelling van een bestemmingsplan rekening moet houden met de in de grond aanwezige dan wel te verwachten monumenten, betekent dit niet dat uitsluitend in een bestemmingsplan daarover regels kunnen worden gesteld. Uit artikel 38, eerste lid, van deze wet, volgt immers dat de gemeenteraad in het belang van de archeologische monumentenzorg bij een verordening regels kan vaststellen. Juist omdat zowel in een verordening als in een bestemmingsplan regels in het belang van de archeologische monumentenzorg kunnen zijn opgenomen, is met het oog op eventuele conflicten tussen die regels in artikel 38, tweede lid, van deze wet, zoals dit destijds luidde, een regeling getroffen. Gelet op het voorgaande kan de Erfgoedverordening een aanvullende werking hebben op het bestemmingsplan. Uit artikel 38, tweede lid, van de Monumentenwet, volgt dat de Erfgoedverordening niet meer van kracht is voor zover deze verorde-

ning in strijd is met het bestemmingsplan. Artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening, voor zover dit een regeling bevat voor archeologische onderzoeksgebieden, is niet in strijd met het bestemmingsplan "Buitengebied", aangezien dit bestemmingsplan geen regeling heeft getroffen ten aanzien van gronden met archeologische verwachtingswaarden. De regeling in artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening blijft in zoverre van kracht.

Wat betreft artikel 5.2, van het Bor overweegt de Afdeling dat in dat artikel alleen is geregeld welke voorschriften in ieder geval aan een omgevingsvergunning voor activiteiten als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, b, c en h, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) in het belang van de archeologische monumentenzorg kunnen worden verboden. Hieruit kan niet worden afgeleid dat in een verordening geen verbod kan worden opgelegd om zonder omgevingsvergunning in een archeologisch onderzoeksgebied bepaalde activiteiten te verrichten.

Verder kan op grond van artikel 2.2, tweede lid, van de Wabo bij gemeentelijke verordening worden bepaald dat het verboden is projecten die bestaan uit andere activiteiten die behoren tot een daarbij aangewezen categorie activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving, zonder omgevingsvergunning uit te voeren. Gelet hierop betekent de omstandigheid dat gronden gelegen in een archeologisch onderzoeksgebied geen monument zijn als bedoeld in artikel 1, van de Monumentenwet, zoals dit destijds luidde, wat daar ook van zij, niet dat geen verbod als neergelegd in artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening ten aanzien van gronden in een archeologische onderzoeksgebied mag worden opgenomen.

Van een situatie als bedoeld in artikel 16, tweede lid, aanhef en onder c, van de Erfgoedverordening op grond waarvan het verbod in het eerste lid niet van toepassing is, is geen sprake. In het bestemmingsplan zijn uitsluitend regels opgenomen ter bescherming van de als archeologische monumenten aangewezen gronden. Het geldende bestemmingsplan bevat daarom geen regels omtrent zowel de archeologische monumentenzorg als de archeologische waarden.

Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat het voorschrift dat door een bestuurlijke sanctie wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn. Niet in geschil is dat de Erfgoedverordening in overeenstemming met de wettelijke vereisten bekend is gemaakt. Het verbod neergelegd in artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening bevat een omschrijving van welke werkzaamheden in welk gebied niet zon-

der omgevingsvergunning mogen worden uitgevoerd. Verder zijn de daarbij gebruikte begrippen als “archeologisch onderzoeksgebied” en “verstoren” nader omschreven in artikel 1. Gelet hierop doet strijd met het legaliteitsbeginsel zich niet voor.

3.2. Het betoog van appellante 1 dat zijn percelen ten onrechte als archeologische onderzoeksgebied zijn aangewezen, komt erop neer dat de verbindendheid van deze in de Erfgoedverordening neergelegde regeling wordt betwist. De vraag naar de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften wordt door de rechter exceptief getoetst. Deze toetsing houdt in dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift buiten toepassing dient te laten, indien dit voorschrift in strijd is met een hogere regeling. Een zodanig voorschrift kan voorts wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing worden gelaten indien het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de feitelijke omstandigheden en de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voorschrift bekend waren of op grond van deugdelijk onderzoek behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot vaststelling van dat voorschrift heeft kunnen komen. De rechter heeft echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Het is aan het regelgevend bevoegd gezag de verschillende belangen en de feiten en omstandigheden die bij het nemen van een besluit inhoudende algemeen verbindende voorschriften betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen.

3.3. Ingevolge artikel 1, onder h, van de Erfgoedverordening is een archeologisch onderzoeksgebied een gebied dat zich op de Beleidskaart Archeologie bevindt in een zone met de aanduiding “Hoge archeologische verwachting”. Op de Beleidskaart bevinden de percelen zich in zo'n zone. Deze beleidskaart is onderdeel van de Nota Archeologiebeleid van de gemeente Hoogezand-Sappemeer opgesteld in 2010 door stichting Libau, een adviesorganisatie voor ruimtelijke kwaliteit en cultureel erfgoed in Groningen en Drenthe. In deze Nota staat dat de Beleidskaart Archeologie is samengesteld op basis van de volgende gegevens:

- AMK-terreinen;
- de in ARCHIS geregistreerde vindplaatsen;
- bodemkundige, geomorfologische en fysisch geografische kaarten van het gebied;
- kadastrale minuutplans uit het begin van de 19de eeuw (historische bebouwing; waterlopen; veenborgen, etc.);
- historische kaarten (historische bebouwing);

- Bonnekaarten uit circa 1900 (militaire topografische kaarten);
- een inventarisatie van gebieden waar in het verleden ontgroningen of andere bodemverstoringen hebben plaatsgevonden;
- de verwachte kwaliteit van het archeologisch bodemarchief;
- luchtfoto's;
- Actueel Hoogtebestand Nederland (AHN);
- bebouwd gebied op basis van de moderne topografische kaart;
- VROM-dataset Begrenzing Bebouwd Gebied 2003 (deze dataset is aangevuld met recente gegevens).

Verder staat in de Nota vermeld dat de gebieden met een hoge archeologische verwachtingswaarde zijn aangewezen op basis van de daar aanwezige bodemkundige eenheden. Hetgeen appellante 1 heeft aangevoerd bevat geen aanknopingspunten voor de conclusie dat de Beleidskaart ondanks de hiervoor beschreven werkwijze onzorgvuldig tot stand is gekomen. Ook is door appellante 1 niet aannemelijk gemaakt dat op grond van nieuwe archeologische informatie de Beleidskaart geactualiseerd had moeten worden. Daarbij betreft de Afdeling dat de toenmalige eigenaren in 2010 om informatie omtrent het gebruik van de percelen is verzocht en dat daarop niet is gereageerd. Verder heeft appellante 1 zijn stelling dat geen hoge verwachtingswaarden meer aanwezig zijn omdat als gevolg van agrarisch gebruik de gronden al jarenlang zijn diepgevoeld, niet onderbouwd.

Er bestaat daarom geen grond voor het oordeel dat de percelen niet in redelijkheid als archeologische onderzoeksgebied konden worden aangemerkt.

Gelet op het voorgaande bestaat geen grond voor het oordeel dat de Erfgoedverordening in zoverre onverbindend is.

3.4. Op 24 juni 2015 heeft een toezichthouder een terreinmeting op de percelen gedaan. Hiervan heeft hij op 25 juni 2015 een verslag opgesteld. In het verslag staat het volgende. De bouwvoor is de laag teelaarde die door een akkerbouwer bewerkt wordt om gewassen te telen. De overgang van de bouwvoor naar het onderliggende zandpakket is duidelijk waarneembaar, omdat de bouwvoor donker van kleur is en het onderliggende zandpakket geelachtig van kleur. De gemiddelde dikte van de bouwvoor is 38 cm. De toezichthouder heeft aan de hand van de dikte van de bouwvoor en de hoeveelheid afgegraven zand met een gele kleur berekend dat dieper dan 40 cm is afgegraven.

De Afdeling acht op grond van dit verslag aannemelijk dat dieper dan 40 cm is afgegraven. Appellante 1 heeft geen concrete gegevens naar vo-

ren gebracht waaruit blijkt dat het zand met een gele kleur deels van elders is aangevoerd.

De Afdeling ziet verder geen grond voor het oordeel dat het verslag buiten beschouwing moet worden gelaten. Uit artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) volgt dat een toezichthouder is belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Het vergaren van bewijsmateriaal kan worden geacht onderdeel te zijn van de toezichthoudende taak; dit is namelijk nodig om te kunnen vaststellen of voorschriften worden nageleefd. Dat de terreinmeting in de lopende procedure heeft plaatsgevonden en niet voorafgaand aan het handhavend optreden, maakt niet dat de meting niet meer onderdeel van de toezichthoudende taak is. Voorts is niet in geschil dat tussentijds geen werkzaamheden op de percelen hebben plaatsgevonden. Het enkele feit dat het verslag niet op ambtseer of -belofte is opgemaakt en niet door de toezichthouder is ondertekend, leidt niet tot de conclusie dat aan het verslag geen betekenis kan worden toegekend.

3.5. Anders dan appellante 1 betoogt, is niet slechts sprake van verstoren als bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening indien daadwerkelijk archeologische waarden zijn aangetroffen. Onder archeologische waarden als bedoeld in artikel 1, onder p, moet mede worden begrepen archeologische verwachtingswaarden. Een andere uitleg is niet te verenigen met artikel 16, eerste lid, omdat deze bepaling juist uitdrukkelijk gebieden beoogt te beschermen met een verwachtingswaarde.

3.6. Gelet op het voorgaande is de rechtbank terecht tot de conclusie gekomen dat het verbod om zonder vergunning in een archeologische onderzoeksgebied de bodem dieper dan 40 cm onder de oppervlakte te verstoren, is overtreden. Het college was daarom bevoegd om handhavend op te treden.

Het betoog faalt.

Stillegging

4. Appellante 1 betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat aan de stillegging van de werkzaamheden niet artikel 5:17 van de Wabo ten grondslag kon worden gelegd.

4.1. Dit betoog slaagt. Artikel 5:17 van de Wabo ziet, indien het gaat om het staken van activiteiten, alleen op het bouwen, gebruiken of slopen van een bouwwerk. Daarvan is in dit geval geen sprake, zodat dit artikel niet aan de stillegging ten grondslag kon worden gelegd. De Afdeling zal evenwel bezien of op grond van artikel 5:31, tweede lid, van de Awb een bevoegdheid bestond tot de stillegging van de werkzaamheden.

De toezichthouder heeft op 24 februari 2015 geconstateerd dat op de percelen graafwerkzaamheden plaatsvonden. Op 10 maart 2015 heeft deze toezichthouder appellante 1 ter plaatse van de inrichting van appellante 1 aan de locatie 2, te Bogercompagnie, gelast tot stillegging van de werkzaamheden op de percelen. Niet is gebleken dat de toezichthouder op 10 maart 2015 heeft geconstateerd dat ter plaatse van de percelen nog werkzaamheden werden verricht. Een rapportage daarover ontbreekt. Ter zitting heeft het college toegelicht dat met het oog op het komende voorjaar verwacht werd dat de werkzaamheden zouden worden voortgezet. Onder deze omstandigheden is geen sprake van een zo spoedeisende situatie dat een besluit niet kon worden afge wacht. Dit betekent dat artikel 5:31, tweede lid, van de Awb evenmin grondslag biedt voor de stillegging. Er bestond daarom geen bevoegdheid tot het stilleggen van de werkzaamheden. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Aan de overige door appellante 1 aangevoerde gronden met betrekking tot de stillegging wordt niet toegekomen.

Last onder dwangsom

5. Appellante 1 betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college niet bevoegd was om preventief een last onder dwangsom op te leggen, omdat geen sprake was van klaarblijkelijk gevaar. Verder ontbreekt ten onrechte een begunstigingstermijn. Voorts is de last ten onrechte gebruikt om een aanvraag om een vergunning af te dwingen. Dit is in strijd met artikel 5:32a van de Awb, omdat het niet is gericht op beëindiging van de overtreding.

5.1. De eis dat pas een last onder dwangsom mag worden opgelegd als er een klaarblijkelijk dreigend gevaar voor overtreding bestaat, geldt ingevolge artikel 5:7 van de Awb uitsluitend voor het opleggen van een herstelsanctie ter zake van een overtreding die nog niet heeft plaatsgevonden maar wel dreigt plaats te vinden. In dit geval ziet de last echter op het voorkomen van herhaling van de overtreding. De vraag of sprake is van klaarblijkelijk gevaar behoeft hierom geen bespreking.

In het geval een last onder dwangsom strekt tot voorkoming van herhaling van een overtreding hoeft aan de last geen begunstigingstermijn te worden verbonden. In bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn. Vergelijk de uitspraak van 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3776. Dergelijke omstandigheden zijn niet door appellante 1 naar voren gebracht.

In het besluit van 26 maart 2015 staat onder het kopje "Last onder dwangsom" het volgende:

“U dient deze brief te beschouwen als preventieve dwangsom. Dit betekent dat, indien u het uitvoeren van grondverzet, bestaande uit het graven van een sloot en het uitvlakken van een zandkop, nabij het perceel locatie 1, kadastraal bekend gemeente Hoogezand-Sappemeer, sectie P, nummer 928, niet met onmiddellijke ingang staakt en gestaakt houdt, u, als geconstateerd wordt dat door of namens u in strijd met deze lastgeving wordt gehandeld, een dwangsom verschuldigd bent ten bedrage van € 10.000. [...] Er zal op worden toegezien dat aan de lastgeving gehoor zal worden gegeven.”

Deze last is gelet op de inhoud daarvan zowel gericht op het beëindigen van de overtreding als op het voorkomen van herhaling daarvan. Dat in het besluit van 26 maart 2015 onder het kopje “Vervolg” wordt opgemerkt dat er een legalisatieonderzoek zal plaatsvinden en dat indien legalisatie mogelijk blijkt en daartoe een omgevingsvergunning is aangevraagd, de werkzaamheden weer kunnen worden hervat nadat de vergunning daarvoor is verleend, rechtvaardigt niet de conclusie dat de last is gebruikt om appellante 1 te dwingen een vergunning aan te vragen.

De last onder dwangsom is niet in strijd met artikel 5:32a van de Awb.

Het betoog faalt.

6. Appellante 1 betoogt dat de rechtbank ten onrechte niet is ingegaan op zijn beroepsgrond over de door het college opgelegde maatregel van afvoer van grond/terugplaatsen van grond onder archeologische begeleiding.

6.1. De rechtbank is in haar uitspraak niet op dit betoog ingegaan. De Afdeling ziet hierin echter geen grond voor vernietiging van de uitspraak. Gelet op de hiervoor in 5.1 weergegeven omschrijving van de last, is bij deze last appellante 1 niet als maatregel opgelegd dat de afvoer van grond/terugplaatsen van grond onder archeologische begeleiding moet plaatsvinden.

7. Appellante 1 betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de duur van de last ten onrechte niet in tijd is beperkt dan wel dat de last had moeten worden opgeheven.

7.1. De Awb bevat geen bepaling op grond waarvan is vereist dat een last alleen kan worden opgelegd indien de last in tijd is beperkt. Voor een dergelijk eis bestaan ook overigens geen aanknopingspunten. De Afdeling vindt daarvoor steun in artikel 5:34 van de Awb waarin juist is geregeld onder welke omstandigheden de overtreder het bestuursorgaan kan verzoeken de last op te heffen.

8. Appellante 1 betoogt dat de rechtbank ten onrechte geen bijzondere omstandigheden aanwezig heeft geacht op grond waarvan het college

had moeten afzien van handhaving. Hij voert aan dat het belang bij behoud van de archeologische waarden beperkt is, aangezien geen archeologische resten zijn aangetroffen en de archeologische verwachtingswaarden in twijfel zijn getrokken. Verder voert appellante 1 aan dat de werkzaamheden noodzakelijk zijn om het perceel met landbouwmachines te kunnen bewerken. Het perceel is anders te nat. Het niet kunnen gebruiken van het perceel leidt tot schade, aldus appellante 1.

8.1. 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 het bestuursorgaan weigeren, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie 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.

8.2. Van bijzondere omstandigheden is niet gebleken. Appellante 1 heeft niet aannemelijk gemaakt dat normaal agrarisch gebruik niet mogelijk is. Dat het perceel niet optimaal gebruikt zou kunnen worden door landbouwmachines, betekent niet dat het perceel niet geschikt is voor agrarisch gebruik. Daarbij betreft de Afdeling dat het perceel al jaren daarvoor is gebruikt.

9. Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank terecht geen aanleiding gezien voor de conclusie dat het college niet in redelijkheid de last onder dwangsom heeft kunnen opleggen.

Niet-ontvankelijk verklaring

10. Appellante 1 betoogt dat de rechtbank zijn beroep gericht tegen het besluit van 24 november 2015 ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard.

10.1. Bij besluit van 8 maart 2016 heeft het college het besluit van 24 november 2015 ingetrokken en een nieuw besluit op bezwaar genomen. Het college heeft het besluit van 24 november 2015 ingetrokken, omdat het ten onrechte aan de last onder dwangsom tevens overtreding van het bestemmingsplan ten grondslag had gelegd. Daarmee heeft het college erkend dat de grondslag deels niet juist was. Het heeft de in het besluit van 26 maart 2015 opgelegde last onder dwangsom in stand gelaten. Appellante 1 heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij enige schade heeft geleden door het ten onrechte vermelden van een alternatieve grondslag voor het handhavend optreden. De rechtbank heeft terecht geconcludeerd dat appellante 1 geen belang heeft

bij de beoordeling van het ingetrokken besluit van 24 november 2015.

Het betoeg faalt.

Hoger beroep college

11. Het college betoegt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat met de van rechtswege gegeven omgevingsvergunning voor het graven van de sloot het handhavend optreden tegen het graven van de sloot is geëindigd en op grond daarvan het besluit van 8 maart 2016 in zoverre heeft vernietigd en het bezwaar in zoverre gegrond heeft verklaard. Daartoe voert het college aan dat de rechtbank ten onrechte heeft getoetst naar de omstandigheden ten tijde van het besluit van 8 maart 2016. Bij handhavingszaken moet immers slechts beoordeeld worden of het primaire besluit, gelet op de op dat moment geldende feiten, omstandigheden en wettelijk regelingen terecht is genomen. Verder voert het college aan dat de van rechtswege gegeven omgevingsvergunning niet de vereiste omgevingsvergunning op grond van artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening betreft.

11.1. Hoofdregeel in het bestuursrecht is dat de heroverweging in de bezwaarprocedure plaatsvindt met inachtneming van de feiten en omstandigheden die zich dan voordoen en de op dat moment geldende rechts- en beleidsregels. Bij het heroverwegen van een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom kan dit in specifieke situaties anders zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval in de situatie waarin het gaat om de omstandigheid dat voorafgaand aan het besluit op bezwaar de overtreding is beëindigd. Dit laat echter onverlet, dat indien ten tijde van het nemen van het besluit op bezwaar sprake is van concreet zicht op legalisering hierin aanleiding bestaat om van voortzetting van handhaving af te zien. Indien legalisering heeft plaatsgevonden bestaat er geen grond meer voor langer handhavend optreden. De rechtbank heeft wat betreft de vraag of inmiddels sprake was van legalisering derhalve terecht getoetst aan de omstandigheden ten tijde van het besluit van 8 maart 2016.

11.2. Voor de vraag waarvoor omgevingsvergunning van rechtswege is gegeven, is de aanvraag bepalend. Appellante 1 heeft via het omgevingsloket op 27 mei 2015 een aanvraag ingediend. De aanvraag is ingediend met gebruikmaking van het formulier "werken of werkzaamheden uitvoeren", waarbij als omschrijving van de werkzaamheid "afgraven sloot" is gegeven en bij de toelichting "nieuw te graven sloot die dient als afwatering en erfscheiding". Ook is het formulier "bouwen, erf- of perceelsafscheiding plaatsen" gebruikt, waarbij de omschrijving "een nieuw gegraven sloot ter afwatering en erfscheiding" is gegeven. Volgens

het formulier zijn als bijlagen een plattegrond en een doorsnede van de sloot bijgevoegd. Gelet op het voorgaande bevat de aanvraag geen aanknopingspunten dat ook omgevingsvergunning is gevraagd voor de activiteit als bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de Erfgoedverordening. De rechtbank heeft daarom ten onrechte geconcludeerd dat het graven van de sloot was gelegaliseerd.

Het betoeg slaagt.

Incidenteel hoger beroep appellante 1

12. Appellante 1 heeft in zijn brief van 30 november 2016 vermeld dat hij incidenteel hoger beroep instelt. Hij betoegt dat de rechtbank ten onrechte heeft volstaan met de vaststelling dat met de verlening van de omgevingsvergunning het handhavend optreden tegen het graven van de sloot is geëindigd en niet het primaire besluit van 26 maart 2016 in zoverre heeft herroepen.

12.1. Het college stelt zich op het standpunt dat de brief van 30 november 2016 geen incidenteel hoger beroep betreft, maar aanvullende gronden van het hoger beroepschrift van 11 oktober 2016.

12.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:681, is voor het antwoord op de vraag of een stuk als incidenteel hoger beroepschrift in de zin van artikel 8:110, eerste lid, van de Awb kan worden aangemerkt, niet beslissend dat uitdrukkelijk gesteld is dat incidenteel hoger beroep wordt ingesteld. Volgens de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling (*Kamerstukken II 2009/10, 32450, 3, p. 23 en 24*) is met het bieden van de mogelijkheid van het instellen van incidenteel hoger beroep beoogd een partij de bevoegdheid te geven om naar aanleiding van het principaal hoger beroep van een wederpartij alsnog ook zelf in hoger beroep te komen. Aldus wordt de processuele positie van de verwerende partij in hoger beroep versterkt, in die zin dat deze een tegenaanvalswapen in handen krijgt, en is het instellen van principaal hoger beroep niet meer zonder risico, nu de appellerende partij er door de tegenaanval van de wederpartij ook op achteruit kan gaan.

Dit bevordert een zorgvuldige afweging van de kansen en risico's van een hoger beroep en daarmee een weloverwogen gebruik van dit rechtsmiddel, aldus de toelichting.

Dat de aanleiding voor het instellen van incidenteel hoger beroep moet zijn gelegen in het ingestelde principaal hoger beroep, volgt ook uit artikel 8:110, tweede lid, van de Awb. In die bepaling is het aanvangen van de termijn voor het instellen van incidenteel hoger beroep afhankelijk gesteld van het moment van verzending van de gronden van het principaal hoger beroep

door de hogerberoepsrechter. De aanleiding kan zijn gelegen in de enkele omstandigheid dat de principaal appelland in hoger beroep is gekomen en de incidenteel appelland om die reden evenmin wenst te berusten in voor hem onwettelijke oordelen van de rechtbank. Met het instellen van incidenteel hoger beroep beoogt de incidenteel appelland dan te bewerkstelligen dat hij in een rechtens gunstiger positie komt te verkeren ten opzichte van de positie waarin hij na de uitspraak van de rechtbank verkeerde. Het slagen van het incidenteel hoger beroep kan er toe leiden dat de principaal appelland, indien diens eigen hoger beroep faalt, in een rechtens slechtere positie komt te verkeren. Een incidenteel appelland kan met het instellen van incidenteel hoger beroep ook beogen te voorkomen dat hij zelf in een ten opzichte van de positie waarin hij na de uitspraak van de rechtbank verkeerde, rechtens slechtere positie komt te verkeren indien het principaal hoger beroep slaagt.

12.3. Appellante 1 is in zijn principaal hoger beroep uitdrukkelijk niet opgekomen tegen de overwegingen en beslissingen waarmee het beroep gedeeltelijk gegrond is verklaard, het bij de rechtbank bestreden besluit van 8 maart 2016 is vernietigd en het college in de proceskosten en het griffierecht is veroordeeld. Dit betreft de overwegingen en beslissingen die voortvloeien uit de conclusie van de rechtbank dat het graven van de sloot was gelegaliseerd. Met het instellen van het incidenteel hoger beroep beoogt appellante 1 te bereiken dat het besluit van 26 maart 2015 wat betreft het graven van de sloot wordt herroepen. Daartoe zou appellante 1 geen aanleiding hebben gezien indien het college geen hoger beroep had ingesteld. Het instellen van incidenteel hoger beroep beïnvloedt in zoverre wel de processuele positie van appellante 1 in hoger beroep. De brief van 30 november 2016 betreft daarom een incidenteel hoger beroep.

12.4. Zoals in 11.2 is overwogen was ten aanzien van het graven van de sloot geen sprake van legalisering. Gelet hierop bestond in de omgevingsvergunning van rechtswege geen reden om het primaire besluit in zoverre te herroepen.

Het betoog faalt.

Conclusie

13. Gelet op hetgeen is overwogen in 4.1, 11.2 en 12.4 zijn de hoger beroepen van zowel appellante 1 als het college gegrond en is het incidenteel hoger beroep van appellante 1 ongegrond. De Afdeling ziet aanleiding om gelet op de samenhang tussen de verschillende onderdelen de aangevallen uitspraak geheel te vernietigen. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van appellante 1 tegen het

besluit van 24 november 2015 niet-ontvankelijk verklaren, het beroep van appellante 1 tegen het besluit van 8 maart 2016 gegrond verklaren, het besluit van 8 maart 2016 vernietigen wegens strijd met artikel 5:31 van de Awb voor zover het betreft de stillegging van de werkzaamheden, en het besluit van 26 maart 2015 herroepen voor zover het de stillegging van de werkzaamheden betreft.

Het voorgaande betekent dat de last onder dwangsom zowel wat betreft het graven van de sloot als het uitvlakken van de zandkop in stand blijft.

Proceskosten

14. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld. De kosten voor het door A=M Adviespraktijk opgestelde rapport van 22 januari 2017 komen niet voor vergoeding in aanmerking. Dit rapport betreft blijkens het opschrift en de inhoud een analyse van de juridische grondslag van het handhavend optreden door het college. Deze kosten moeten worden geacht te zijn begrepen in de kosten voor het door een derde verlenen van beroepsmatig rechtsbijstand.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart de hoger beroepen gegrond;
- II. verklaart het incidenteel hoger beroep van appellante 1 ongegrond;
- III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 9 augustus 2016 in 15/5114;
- IV. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep tegen het besluit van 24 november 2015 niet-ontvankelijk;
- V. verklaart het beroep tegen het besluit van 8 maart 2016, kenmerk 15.03494 gegrond;
- VI. vernietigt het besluit van 8 maart 2016, voor zover het betreft de stillegging van de werkzaamheden op de percelen;
- VII. herroept het besluit van 26 maart 2015, voor zover het betreft de stillegging van de werkzaamheden op de percelen;
- VIII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 8 maart 2016, voor zover vernietigd;
- IX. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Midden-Groningen tot vergoeding van bij appellante 1 in verband met de behandeling van het bezwaar, beroep en hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 3.006 (zegge: drieduizend en zes euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

X. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Midden-Groningen aan appellante 1 het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 834 (zegge: achthonderdvierendertig euro) voor de behandeling van het beroep en hoger beroep vergoedt.

Bijlage

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 5:4

1. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zoverre zij bij of krachtens de wet is verleend.
2. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.

Artikel 5:7

Een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt.

Artikel 5:11

Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

Artikel 5:31

1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is om een last onder dwangsom op te leggen, kan in spoedeisende gevallen besluiten dat dwangsom zal worden toegepast zonder voorafgaande last. Artikel 5:24, eerste en derde lid, is op dit besluit van overeenkomstige toepassing.
2. Indien de situatie zo spoedeisend is, dat een besluit niet kan worden afgewacht, kan terstond dwangsom worden toegepast, maar wordt zo spoedig mogelijk nadien alsnog een besluit als bedoeld in het eerste lid bekendgemaakt.

Artikel 5:32a

1. De last onder dwangsom omschrijft de te nemen herstelmaatregelen.
2. Bij een last onder dwangsom die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.

Artikel 5:34

1. Het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, kan op verzoek van de over-

treder de last opheffen, de looptijd ervan opschorten voor een bepaalde termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijk onmogelijkheid voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen.

2. Het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, kan op het verzoek van de overtreder de last opheffen indien de beschikking een jaar van kracht is geweest zonder dat de dwangsom is verbeurd.

Artikel 8:110

1. Indien hoger beroep is ingesteld, kan degene die ook hoger beroep had kunnen instellen, incidenteel hoger beroep instellen. De voorschriften omtrent het hoger beroep zijn van toepassing, tenzij in deze titel anders is bepaald.
2. Het incidenteel hoger beroep wordt ingesteld binnen zes weken nadat de hogerberechtsrechter de gronden van het hoger beroep aan de desbetreffende partij heeft verzonden.
[...]

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht

Artikel 2.1, eerste lid

Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:

- a. het bouwen van een bouwwerk,
- b. het uitvoeren van een werk, geen bouwwerk zijnde, of van werkzaamheden, in gevallen waarin dat bij een bestemmingsplan, beheersverordening, exploitatieplan of voorbereidingsbesluit is bepaald,
- c. het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, een beheersverordening, een exploitatieplan, de regels gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of 4.3, derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening of een voorbereidingsbesluit voor zover toepassing is gegeven aan artikel 3.7, vierde lid, tweede volzin, van die wet,
[...]
- h. het slopen van een bouwwerk in een beschermd stads- of dorpsgezicht of
[...]

Artikel 2.2, tweede lid

Bij provinciale, gemeentelijke of waterschapsverordening kan worden bepaald dat het in daarbij aangewezen categorieën gevallen verboden is projecten die geheel of gedeeltelijk bestaan uit andere activiteiten die behoren tot een daarbij aangewezen categorie activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving uit te voeren zonder omgevingsvergunning

Artikel 2.22

[...]

2 Aan een omgevingsvergunning worden de voorschriften verbonden, die nodig zijn met het oog op het belang dat voor de betrokken activiteit is aangegeven in het bepaalde bij of krachtens de artikelen 2.10 tot en met 2.20. Indien toepassing is gegeven aan artikel 2.27, vierde lid, worden aan een omgevingsvergunning tevens de bij de verklaring aangegeven voorschriften verbonden. De aan de omgevingsvergunning verbonden voorschriften zijn op elkaar afgestemd.

[...]

4 Bij een verordening als bedoeld in artikel 2.2 kunnen voor de betrokken categorieën activiteiten eveneens regels worden gesteld met betrekking tot het verbinden van voorschriften aan de omgevingsvergunning.

Artikel 5:17

Een besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang of oplegging van een last onder dwangsom gericht op naleving van het bepaalde bij of krachtens de betrokken wet kan inhouden dat het bouwen, gebruiken of slopen van een bouwwerk wordt gestaakt of dat voorzieningen, met inbegrip van het slopen van een bouwwerk, gericht op het tegengaan of beëindigen van gevaar voor de gezondheid of de veiligheid worden getroffen.

Besluit omgevingsrecht*Artikel 5.2*

1 Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a, van de wet, kunnen, indien dit bij het bestemmingsplan is bepaald, in het belang van de archeologische monumentenzorg in ieder geval voorschriften aan de omgevingsvergunning worden verbonden, inhoudende een verplichting:

- a. tot het treffen van technische maatregelen waardoor monumenten in de bodem kunnen worden behouden,
- b. tot het verrichten van een opgraving als bedoeld in artikel 1.1 van de Erfgoedwet, of
- c. de activiteit die tot bodemverstoring leidt, te laten begeleiden door een deskundige op het terrein van de archeologische monumentenzorg die voldoet aan bij die voorschriften te stellen kwalificaties.

2 Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder b of c, van de wet, kunnen in het belang van de archeologische monumentenzorg in ieder geval voorschriften aan de omgevingsvergunning worden verbonden, inhoudende een verplichting:

a. tot het treffen van technische maatregelen waardoor monumenten in de bodem kunnen worden behouden,

b. tot het verrichten van een opgraving als bedoeld in artikel 1.1 van de Erfgoedwet, of

c. de activiteit die tot bodemverstoring leidt, te laten begeleiden door een deskundige op het terrein van de archeologische monumentenzorg die voldoet aan bij die voorschriften te stellen kwalificaties.

3 Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder h, van de wet, kunnen in het belang van de archeologische monumentenzorg voorschriften worden verbonden met betrekking tot de wijze van slopen.

Monumentenwet 1988 (op 1 juli 2016 ingetrokken)

Artikel 1 luidde:

[...]

b. monumenten:

1. vervaardigde zaken welke van algemeen belang zijn wegens hun schoonheid, hun betekenis voor de wetenschap of hun cultuurhistorische waarde;

2. terreinen welke van algemeen belang zijn wegens daar aanwezige zaken als bedoeld onder 1;

c. archeologische monumenten: de monumenten, bedoeld in onderdeel b, onder 2;

[...]

Artikel 38 luidde:

1. De gemeenteraad kan in het belang van de archeologische monumentenzorg bij verordening onder meer:

a. regels vaststellen met betrekking tot de eisen die burgemeester en wethouders kunnen stellen aan onderzoek in het kader van het doen van opgravingen; of

b. gevallen vaststellen waarin burgemeester en wethouders kunnen afzien van nader archeologisch onderzoek of het opleggen daartoe strekkende verplichtingen.

2. Indien een verordening als bedoeld in het eerste lid betrekking heeft op een gebied waarvoor een bestemmingsplan als bedoeld in artikel 38a is vastgesteld, blijft die verordening van kracht voor zover zij niet met dat bestemmingsplan in strijd is.

[...]

Artikel 38a luidde:

De gemeenteraad houdt bij de vaststelling van een bestemmingsplan of een beheersverordening [...] en bij de bestemming van de in het plan begrepen grond, rekening met de in de grond aanwezige dan wel te verwachten monumenten.

Artikel 39 luidde:

1. Bij een bestemmingsplan kan in het belang van de archeologische monumentenzorg een omgevingsvergunning voor een aanlegactiviteit [...] verplicht worden gesteld.
2. Bij een bestemmingsplan kan in het belang van de archeologische monumentenzorg worden bepaald dat de aanvrager van een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in het eerste lid een rapport dient over te leggen waarin de archeologische waarde van het terrein dat blijkens de aanvraag zal worden verstoord naar het oordeel van het bestuursorgaan dat bevoegd is die vergunning te verlenen in voldoende mate is vastgesteld.

Erfgoedverordening

Artikel 1 Begripsbepalingen

De verordening verstaat onder:

a. gemeentelijk monument; een overeenkomstig deze verordening als beschermd gemeentelijk monument aangewezen:

1. Zaak, die van algemeen belang is wegens zijn schoonheid, betekenis voor de wetenschap of cultuurhistorische waarde;

2. Terrein dat van algemeen belang is wegens een daar aanwezige zaak bedoeld onder 1;

[...]

h. Archeologisch onderzoeksgebied: gebied of terrein dat zich bevindt in de zone op de Beleidskaart Archeologie met de aanduiding Hoge archeologische verwachting, waarop op basis van historische bronnen, archeologisch onderzoek en geologische en bodemkundige opbouw een hoge dichtheid aan archeologische sporen of vondsten wordt verwacht;

[...]

n. Vergunning: een omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, of 2.2 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht;

[...]

p. Verstoren: het beroeren, aantasten of vernielen van de bodem, waarbij afbreuk wordt gedaan aan archeologische waarden.

Artikel 16 Instandhoudingsbepaling

1. Het is verboden om zonder vergunning of in strijd met bij zodanige vergunning gestelde voorschriften in [...] of een archeologisch onderzoeksgebied, bedoeld in artikel 1, onder h, de bodem dieper dan 40 cm onder de oppervlakte te verstoren.

2. Het verbod is in lid 1 is niet van toepassing indien:

[...]

c. in het geldend bestemmingsplan regels zijn opgenomen omtrent archeologische monumentenzorg en archeologische waarden;

[...]

f. een rapport is overgelegd waarin de archeologische waarde van het te verstoren terrein naar het oordeel van het bevoegd gezag in voldoende mate is vastgesteld en waaruit blijkt dat:

– het behoud van de archeologische waarden in voldoende mate kan worden geborgd of

– de archeologische waarden door de verstoring niet onevenredig worden geschaad of

– in het geheel geen archeologische waarden aanwezig zijn.

[...]

Noot

1. Ter signalering. In deze uitspraak oordeelt de Afdeling impliciet dat art. 5.17 Wabo limitatief is geformuleerd. Het artikel staat stillegging alleen toe indien er sprake is van het bouwen, slopen of gebruiken van een bouwwerk. In dit geval betrof het graafwerkzaamheden. Voor het stilleggen van deze werkzaamheden kon dus niet art. 5.17 Wabo worden ingezet. Art. 5:31 lid 2 Awb (zeer spoedeisende bestuursdwang) is dan het alternatief om direct stil te leggen, maar in dit geval heeft de toezichhouder ruim twee weken gewacht tussen het constateren van de overtreding en het stilleggen. Dat getuigt bepaald niet van een spoedeisende situatie zodat art. 5:31 lid 2 Awb ook geen grondslag biedt voor de stillegging. Kortom: de werkzaamheden zijn ten onrechte direct stilgelegd. Een handige uitspraak voor beoefenaars van het handhavingsrecht en het omgevingsrecht om op het netvlies te hebben.

2. Daarnaast signaleer ik dat de Afdeling hier oordeelt dat een last onder dwangsom op zichzelf niet hoeft te bepalen tot wanneer deze zal blijven gelden. De reden daarvoor is dat in art. 5:34 lid 2 Awb de mogelijkheid is opgenomen om het bestuursorgaan te verzoeken de last op te heffen indien de last een jaar van kracht is geweest zonder dat er een dwangsom is verbeurd.

3. Terzijde is deze uitspraak ook nog de moeite waard voor de liefhebbers van het erfgoedrecht. De Afdeling oordeelt namelijk dat een verbod op graafwerkzaamheden niet per se hoeft te worden opgenomen in een bestemmingsplan (via een aanlegvergunningenstelsel), maar ook in de gemeentelijke Erfgoedverordening kan worden opgenomen. Ik verwijs graag naar de uitvoerige beschouwingen daarover door Van Zundert in zijn annotatie bij deze uitspraak in *Gst.* 2018/53.

T.N. Sanders