

Herplanten is geen aanplanten

Het grensgebied tussen een ruime uitleg van een bestuursbevoegdheid en het verbod van détournement de pouvoir

Prof.mr. A.G.A. Nijmeijer

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3175, zaaknr. 201507681/1/A1 (mrs. R. van der Spoel, J. Kramer en G.M.H. Hoogvliet)

Wabo art. 2.2 lid 2 onder g; Awb art. 5:4, art. 5:6 en art. 5:32; Gemeentewet art. 125

De casus

In deze zaak zijn in de gemeente Tubbergen door X (appellant 2 in de uitspraak) bomen gekapt zonder de daarvoor vereiste omgevingsvergunning. Op grond van artikel 7 van de kapverordening van Tubbergen kan in zo'n geval aan de overtreder een verplichting worden opgelegd om hetgeen illegaal is gekapt opnieuw te planten of beter gezegd te 'herplanten'. In deze zaak is aan X bij besluit van 12 mei 2014 een herplantplicht opgelegd met daaraan gekoppeld een last onder dwangsom van € 10.000,00.

De procedure

Bij besluit van 29 januari 2015 heeft het college van burgemeester en wethouders (B&W) van Tubbergen het daartegen door X gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Bij besluit van 25 februari 2015 heeft het college besloten tot invordering van volgens hem door X verbeurde dwangsommen ten bedrage van € 10.000,00.

Bij uitspraak van 31 augustus 2015 heeft de Rechtbank Overijssel het door X daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, de besluiten van 29 januari 2015 en 25 februari 2015 vernietigd en het college opgedragen om opnieuw te beslissen op het bezwaar van X. Tegen deze uitspraak is zowel door B&W als door X hoger beroep ingesteld.

X begint zijn beroepschrift met een algemeen bestuursrechtelijk aspect betreffende de samenloop van sancties. Hij betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat artikel

5:32 van de Awb in de weg staat aan het opleggen van een dubbele sanctie in de vorm van een herplantplicht en een daaraan verbonden dwangsom. Voorts voert X aan dat hij voor het vellen van de bomen tevens een strafbeschikking van het Openbaar Ministerie heeft gekregen. De Afdeling overweegt (r.o. 4.1):

'Door de stobben van afgezette bomen te verwijderen zonder te beschikken over een vergunning op grond waarvan dat was toegestaan, heeft X artikel 2.2, eerste lid, aanhef, onder g, en slot, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, in samenhang met artikel 2, eerste lid, van de Kapverordening overtreden. Het college mocht X derhalve een als last tot herstel van die overtreding aan te merken herplantplicht als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Kapverordening opleggen met een dwangsom ter naleving daarvan. Van het opleggen van een dubbele sanctie is hier geen sprake. De rechtbank heeft dus terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat het opleggen van een dwangsom ingevolge artikel 5:32 van de Awb eerst was toegestaan nadat was gebleken dat geen uitvoering was gegeven aan de opgelegde herplantplicht.

Voorts heeft de rechtbank terecht overwogen dat de omstandigheid dat aan X door het Openbaar Ministerie een bestraffende sanctie is opgelegd voor het vellen van de bomen, niet met zich brengt dat het college geen op herstel gerichte sanctie in de vorm van een herplantplicht mocht opleggen.

Het betoog faalt.'

Het betoog van X dat hij ten onrechte vanuit verschillende invalshoeken op zijn overtreding wordt aangesproken, baat hem dus niet.

Door de Rechtbank Overijssel was in eerste aanleg geoordeeld dat de opgelegde herplantplicht – waarin X kort gezegd wordt verplicht om niet alleen te herplanten maar ook bomen te planten die op zijn perceel nooit hebben gestaan – de toegestane omvang te buiten ging. Anders gezegd: het door B&W genomen besluit ging

volgens de rechtbank de reikwijdte van de bevoegdheid om een herplantplicht op te leggen te buiten. Tegen dat oordeel hebben B&W van Tubbergen in hoger beroep een beroepsgrond gericht. Dit betreft inhoudelijk de kern van de onderhavige zaak.

Het college betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de opgelegde herplantplicht, inhoudende de herbeplanting van 2.160 m² bos in een plantverband van één meter bij één meter, op een ondeugdelijke motivering berust. Volgens het college heeft de rechtbank miskend dat het niet mogelijk is om vast te stellen hoeveel bomen X heeft geveld, terwijl wel vaststaat dat het gehele perceel uit bos bestond, dat als landschapselement deel uitmaakte van het zogenoemde casco, neergelegd in de beleidsnota 'Casco-benadering in Noordoost-Twente' (hierna: het cascobeleid). Dit beleid verzet zich tegen verwijdering van landschapselementen die tot het casco behoren. Daarbij voert het college aan dat X niet alleen bomen heeft gerooid, maar de gehele houtopstand en de onderbeplanting, heeft verwijderd.

De Afdeling gaat in dat betoog niet mee. Zij overweegt als volgt (r.o. 6.1):

'Bij het opleggen van een herplantplicht mocht het college het herstel van landschappelijke waarden, voor zover die door het zonder vereiste vergunning vellen van houtopstand zijn aangetast, als uitgangspunt nemen. Daarbij mocht het college betekenis toekennen aan de omstandigheid dat de gevelde bomen eiken van ongeveer 20 jaar oud waren en dat herplant van een jonge eik voor elke gevelde eik pas na een periode van ongeveer 20 jaar tot een vergelijkbare dichtheid van het bos zou leiden. Nu het college bovendien de precieze omvang van de zonder vereiste vergunning gevelde houtopstand niet kon vaststellen, was het college niet gehouden om bij het opleggen van een herplantplicht in zoverre volledig aan te sluiten bij de feitelijke situatie zoals die voor het vellen bestond. Dat neemt niet weg dat de herplant in beginsel een equivalent dient te vormen van hetgeen verloren is gegaan door het zonder vereiste vergunning vellen van houtopstanden als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Kapverordening. Het college mocht daarbij niet betrekken dat tevens begroeiing is verwijderd waarop het aan de herplantplicht ten grondslag gelegde verbod van artikel 2, eerste lid, van de Kapverordening niet van toepassing is, zoals onderbeplanting. Evenmin stond het college vrij om een herplantplicht op te leggen die is gericht op versterking van het karakter van het perceel als bosperceel ten opzichte van de oude situatie, nu dat het herstelkarakter van de herplantplicht te boven gaat. De omstandigheid dat het gehele perceel volgens het cascobeleid tot het casco behoort waarvan landschapselementen niet mogen worden verwijderd, kan geen grondslag bieden voor een herplantplicht die het herstelkarakter te boven gaat.

Het voorgaande leidt ertoe dat het college bij het opleggen van de herplantplicht diende te streven naar herstel van de landschappelijke waarden zoals die bestonden in de situatie voorafgaand aan de illegale velling, en voor zover die zijn aangetast door de illegale velling. Daartoe diende het – bijvoorbeeld aan de hand van de hem ter beschikking staande en in hoger beroep overgelegde foto's – een inschatting te maken van die oude situatie.'

Een complicerende factor in het geheel is dat aan X op een eerder moment een omgevingsvergunning is verleend voor het kappen van bomen op het perceel. Die vergunning moet door B&W bij de belangenafweging worden betrokken. In de woorden van de Afdeling:

'Daarbij diende het college bovendien te betrekken dat het aan X vergunning heeft verleend voor het afzetten van hakhout op het perceel, waarbij van de aanwezige bomen niet meer dan ongeveer tien eiken gehandhaafd dienden te worden. Met verlening van deze vergunning heeft het college toegestaan dat van de overige bomen na het afzetten slechts stobben resteerden, hetgeen van invloed is op de uitstraling van het perceel als bosperceel en aldus op de landschappelijke waarden. Voor zover deze stobben volgens het college weer zouden uitgroeien – hetgeen X betwist – doet dat in elk geval gedurende een periode van jaren aan die invloed niet af.

Door de omvang van de herplantplicht, zoals in stand gelaten bij het besluit op bezwaar van 29 januari 2015, slechts te baseren op het cascobeleid, heeft het college het voorgaande onvoldoende in aanmerking genomen. Het college heeft niet aannemelijk gemaakt dat de opgelegde herplantplicht niet ruimer is dan nodig ter herstel van de landschappelijke waarden die het perceel zonder de illegale velling van houtopstand en na gebruikmaking van de verleende vergunning voor het afzetten van hakhout zou hebben gehad.'

Het voorgaande leidt tot een vernietiging van het bestreden besluit. Opmerking verdient dat wordt vernietigd wegens een motiveringsgebrek, hetgeen de mogelijkheid openlaat dat met een nieuwe motivering tot een zelfde beslissing op bezwaar wordt gekomen.

Noot

1 Een bestuursbevoegdheid mag niet worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid door de wetgever is verleend. Dat bepaalt artikel 3:3 van de Awb met zoveel woorden (bekend als het 'verbod van détournement de pouvoir'). Duidelijke voorbeelden van gevallen waarin een bestuursorgaan in strijd met artikel 3:3 Awb handelt, zijn dun gezaaid. In veel gevallen handelen bestuursorganen keurig conform de wettelijke regels. Maar de spaarzame jurisprudentie is denk ik mede het gevolg van het feit dat er vaak een zodanige 'draai' te geven valt aan de motivering van een besluit, dat mogelijk anderszins aan dat besluit ten grondslag liggende oneigenlijke bedoelingen van het bestuursorgaan worden gecamoufleerd. Niet voor niets houden wij eerstejaars studenten in de bestuursrechtelijke vakken toch vooral voor dat een vraag met A, B of C kan worden beantwoord en dat het daarom aankomt op het beargumenteren van het gegeven antwoord. Dat is bij het onderbouwen van het doel van een genomen besluit niet anders. Toegegeven, het specialiteitsbeginsel (art. 3:4 lid 1 Awb) beperkt bestuursorganen in het kiezen van de af te wegen belangen – en dus ook in de daaruit voortvloeiende motivering – maar naarmate een wettelijke bepaling meer open normen bevat en/of het bestuursorgaan meer discretionaire ruimte laat, neemt de speelruimte in het kader van belangenafweging en motivering voor het bestuursorgaan toe. In de onderhavige zaak hebben B&W het te gortig gemaakt. Het woord 'herplantplicht' zegt eigenlijk al genoeg. Een verplichting tot herplanten is in veel gemeenten opgenomen in een lokale verordening; dat kan de APV zijn¹ maar ook een kapverordening zoals in de gemeente Tubbergen. In plaats van louter herplanten van

1 Onder andere ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2210.

hetgeen illegaal is verwijderd, hebben B&W van Tubbergen blijkbaar gemeend dat van de nood een deugd kon worden gemaakt en het herplanten uitgebreid tot ‘aanplanten’ van bomen die er nooit hebben gestaan of die door X op basis van een aan hem verleende omgevingsvergunning mochten worden gekapt. De Afdeling legt fijntjes uit dat daardoor de in casu aan X opgelegde last een (veel) ruimere omvang heeft dan enkel het herplanten van hetgeen illegaal is verwijderd. Met andere woorden een geval waarin het doel van de gebruikte bestuursbevoegdheid is miskend. Wat mij betreft daardoor een geval van détournement de pouvoir, hoewel woorden van die strekking in de rechtsoverwegingen van de Afdeling niet opduiken.

2 Er speelt nog een ander algemeen bestuursrechtelijk element in deze zaak. Het betreft de samenloop van verschillende sancties. Dat strafrechtelijke handhaving niet in de weg staat aan een bestuursrechtelijk handhavingstraject, is bekend.² Bekend is ook dat het tegelijkertijd opleggen van twee herstelsancties (ook wel reparatoire sancties genoemd) niet is toegestaan. In artikel 5:6 Awb is een dergelijke ‘cumulatie’ van herstelsancties uitdrukkelijk verboden.³ Tegen die achtergrond stelt X zich op het standpunt dat het tegelijkertijd opleggen van een herplantplicht en een last onder dwangsom niet is toegestaan. Het betreft in zijn optiek twee herstelsancties. Geen rare gedachte. De Afdeling is met dit punt in rechtsoverweging 4.1 opvallend snel klaar: het tegelijkertijd opleggen van deze twee sancties is toegestaan. Zo evident is dat naar mijn idee niet; de uitspraak had op dit punt wel wat meer onderbouwing mogen bevatten, zoals bijvoorbeeld in *Bouwstop Boxtel*⁴ is gedaan. In die zaak is een zogenoemde ‘bouwstop’ opgelegd wegens het bouwen zonder bouwvergunning (thans omgevingsvergunning voor bouwen, art. 2.1 lid 1 onder a Wabo) met daaraan gekoppeld een last onder dwangsom. De bouwstop houdt in dat de bouwwerkzaamheden onmiddellijk worden stilgelegd en dit is volgens artikel 5.17 Wabo een vorm van bestuursdwang. Een bouwstop gekoppeld aan een last onder dwangsom levert dus een cumulatie van herstelsancties op, zou men kunnen denken. De Afdeling ziet dat anders, omdat volgens haar de sancties zien op twee verschillende overtredingen: de bouwstop op het feitelijk bouwen zonder vergunning en de dwangsom op het mogelijkerwijs

overtreden van de bouwstop (lees: het ondanks de bouwstop doorgaan met bouwen). Ik plaatste bij die redenering destijds vraagtekens⁵ – die er kort gezegd op neerkomen dat de redenering ietwat gekunsteld is in het licht van de ‘klaarblijkelijk dreigende overtreding’ als bedoeld in artikel 5:7 Awb – maar evident is dat de handhavende slagkracht van het bestuur door die benadering wordt geoptimaliseerd. Alternatief zou immers zijn dat eerst een bouwstop wordt opgelegd en daarna nog eens bij afzonderlijk besluit een last onder dwangsom. Met de uitkomst in de onderhavige zaak heb ik vanuit het perspectief van handhaving dan ook geen problemen, maar naar mijn idee had op het punt van de cumulatie aansluiting kunnen worden gezocht bij de ‘bouwstopredenering’.

3 In dit tijdschrift schreef ik eerder over de Omgevingswet.⁶ Inmiddels is het wetgevingstraject weer een belangrijke stap verder met de publicatie van de consultatieversie Invoeringswet Omgevingswet (www.overheid.nl; zoeken onder internetconsultaties). De inwerkingtreding van de Omgevingswet betekent voor een zaak als de onderhavige ook het nodige. Regels omtrent het kappen van bomen die nu nog in lokale verordeningen staan, inclusief de herplantplicht, moeten straks in het omgevingsplan worden opgenomen.⁷ Naast het omgevingsplan mogen geen regels voor de fysieke leefomgeving bestaan. Maar het overhevelen van (tallose) lokale verordeningen naar het omgevingsplan wordt nog een hele kluit. In hoofdstuk 5 van de Invoeringswet Omgevingswet (overgangsrecht) wordt daarvoor een ingenieus systeem gepresenteerd. Dat komt er kort gezegd op neer dat de huidige bestemmingsplannen en lokale verordeningen van rechtswege onderdeel zijn van het omgevingsplan en stapsgewijs worden omgebouwd naar een ‘echt’ omgevingsplan. Voor dat ombouwen wordt gemeenten een overgangstermijn van tien jaren gegund. Na inwerkingtreding van de Omgevingswet (voorzien in 2019, maar naar mijn inschatting later) blijft kennis over bestemmingsplannen en lokale verordeningen, zoals de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde kapverordening, dus nog een hele tijd relevant naast een gedegen kennis van het nieuwe stelsel dat de Omgevingswet brengt. Ik zeg het vaker: de Omgevingswet c.a. vormt de komende jaren een prachtige bron voor menig afstudeerscriptie. Leve het omgevingsrecht! ■

2 Uitgebreide beschouwingen over het specialiteitsbeginsel zijn te vinden in R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998.

3 Zie voor een geval van ongeoorloofde cumulatie

ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2523.

4 ABRvS 26 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS3911 (*Bouwstop Boxtel*).

5 Zie mijn annotatie in AB 2005/60, en P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 290.

6 A.G.A. Nijmeijer, ‘Naar een stelselherziening in het omgevingsrecht: het wetsvoorstel Omgevingswet’, AA 2014, afl. 12, p. 902-911 (AA20140902).

7 Art. 4.1 en art. 4.2 van de Omgevingswet; *Stb.* 2016, 156.