

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77915>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-16 and may be subject to change.

JB 2009/56

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

14 januari 2009, 200802650/1; LJN BG9795.

(Mr. Slump

Mr. Konijnenbelt

Mr. Van den Brink)

[Appellante] te [plaats],
tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 18 februari 2008 in zaak nr. 06/10090 in het geding tussen appellante,
en
de burgemeester van Westland.

Noodbevel, Proportionaliteit en subsidiariteit, Belangenafweging

[Gemw - 175; Awb - 3:4]

» **Samenvatting**

Het besluit (...) is gebaseerd op een risico-evaluatie (...) waarin staat dat in de strook van de voormalige tankgracht waarop de bouwplannen van [appelante] zijn geprojecteerd vermoedelijk mijnen en munitie zijn gedumpt en dat er zich mogelijk een concentratie van munitie bevindt. (...) Op grond van deze analyse heeft de burgemeester zich op het standpunt kunnen stellen dat ernstige vrees bestond voor een zwaar ongeval (...). Niet in geschil is dat de burgemeester geen andere middelen ter beschikking stonden om het staken van de bouwwerkzaamheden rechtens af te dwingen. (...) Voorts [kan] niet worden staande gehouden dat de burgemeester het noodbevel voor een tevoren bepaalde termijn had moeten opleggen.

» **Uitspraak**

1. Procesverloop

Bij besluit van 7 april 2005 heeft de burgemeester van Westland (hierna: de burgemeester) [appellante] bevolen alle bouwwerkzaamheden op de percelen, plaatselijk bekend als [locaties] te [plaats] (hierna: de percelen), te staken en gestaakt te houden.

Bij besluit van 24 oktober 2006 heeft de burgemeester het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 18 februari 2008, verzonden op 29 februari 2008, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het door [appellante] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 10 april 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 15 april 2008.

De burgemeester heeft een verweerschrift ingediend.

De burgemeester heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 1 december 2008, waar [appellante], bijgestaan door mr. A.P. van Delden, advocaat te Leiden, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. B. Magnin en mr. C.E.D. van Schayk, ambtenaren van de gemeente, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 175 van de Gemeentewet is, in geval van oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen of zware ongevallen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, de burgemeester

bevoegd alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken.

Ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.

Ingevolge het tweede lid mogen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

2.2. Aan het in bezwaar gehandhaafde besluit heeft de burgemeester ten grondslag gelegd dat bij hem de ernstige vrees bestond dat door het uitvoeren van de [appellante] vergunde bouwwerkzaamheden op de percelen een zwaar ongeval kon ontstaan. Dat standpunt heeft hij gebaseerd op de omstandigheid dat de bouwplannen geprojecteerd waren boven een tankgracht uit de Tweede Wereldoorlog waar een mijnenveld omheen was gesitueerd en het gegeven dat er een reële kans bestond dat niet alle mijnen ter plaatse waren geruimd. Ter zitting in hoger beroep heeft de burgemeester toegelicht dat al bekend was dat ter plaatse een oude tankgracht aanwezig was, maar dat hem eerst daags voor het uitvaardigen van het noodbevel bekend werd dat een reële kans bestond dat de explosieven ter plaatse niet waren geruimd.

2.3. De rechtbank heeft overwogen dat ten tijde van het primaire besluit een reële kans bestond dat door de bouwwerkzaamheden een oude mijn tot ontploffing zou kunnen worden gebracht en dat de burgemeester daarom kon overgaan tot het uitvaardigen van het bevel om de bouwwerkzaamheden

met onmiddellijke ingang te staken. Hierbij heeft zij mede in aanmerking genomen dat de burgemeester geen andere bevoegdheden ter beschikking stonden om het staken en gestaakt houden van de bouwwerkzaamheden af te dwingen. Voorts heeft zij overwogen dat de burgemeester niet gehouden was bij het uitvaardigen van het noodbevel aan te geven voor welke periode het bevel zou gelden, omdat de kans op een ontploffing zou blijven bestaan totdat het terrein van explosieven zou zijn ontdaan en het [appellante] duidelijk moet zijn geweest dat zij de werkzaamheden pas zou kunnen hervatten nadat het terrein veilig zou zijn verklaard. De lange duur van het bevel kan voorts noodzakelijk worden geacht gezien de tijd die nodig is geweest voor het zoeken naar en ruimen van de explosieven. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat in een geval als het onderhavige, gezien de ernstige vrees voor een zwaar ongeval, geen ruimte bestaat voor een belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4 van de Awb.

2.4. [Appellante] voert aan dat de rechtbank heeft miskend dat het uitvaardigen van het noodbevel disproportioneel was omdat hij de bouwwerkzaamheden reeds de dag tevoren op verzoek van de gemeente had stilgelegd. Door die stillegging was voorts het acute risico dat zich een ramp of zwaar ongeval zou voordoen verdwenen, zodat het besluit ook is genomen in strijd met de ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Awb vereiste belangenafweging. Voorts is het noodbevel ten onrechte voor onbepaalde tijd opgelegd en is het te lang gehandhaafd.

2.5. Bij het besluit van 7 april 2005 heeft de burgemeester [appellante] bevolen de bouwwerkzaamheden te staken en gestaakt te houden. Voorts is in het besluit vermeld dat [appellante] nader bericht zal ontvangen indien meer duidelijkheid ontstaat over de feitelijke aanwezigheid van mijnen op de percelen en dat de

burgemeester hiertoe nader onderzoek zal verrichten. Dit brengt mee dat, zoals ter zitting door [appellante] is bevestigd, de duur van het noodbevel geen onderdeel uitmaakt van het geding. De vraag is slechts of de burgemeester het bevel op grond van de hem ten tijde van het besluit bekende omstandigheden mocht opleggen.

Het besluit van 7 april 2005 is gebaseerd op een risico-evaluatie door Saricon B.V., waarin staat dat in de strook van de voormalige tankgracht waarop de bouwplannen van [appellante] zijn geprojecteerd vermoedelijk mijnen en munitie zijn gedumpt en dat er zich mogelijk een concentratie van munitie bevindt. De conclusie van de analyse is dat de bouwwerkzaamheden in deze strook zonder verder onderzoek geen voortgang kunnen hebben. Op grond van deze analyse heeft de burgemeester zich op het standpunt kunnen stellen dat ernstige vrees bestond voor een zwaar ongeval en heeft hij het ter beperking van gevaar nodig kunnen achten het staken en gestaakt houden van de bouwwerkzaamheden af te dwingen. Niet in geschil is dat de burgemeester geen andere middelen ter beschikking stonden om het staken van de bouwwerkzaamheden rechtens af te dwingen. Daarom is er geen grond voor het oordeel dat het uitvaardigen van het noodbevel disproportioneel was of op andere gronden had behoren te zijn nagelaten. Dit laat onverlet dat [appellante] om vergoeding van de door hem door het uitstel van deze werkzaamheden geleden schade kan verzoeken, hetgeen hij ook heeft gedaan.

De omstandigheid dat [appellante] de bouwwerkzaamheden desgevraagd zelf al had gestaakt leidt niet tot een ander oordeel, nu de burgemeester het, op grond van vorengenoemde omstandigheden, nodig heeft kunnen achten het staken en gestaakt houden van de bouwwerkzaamheden zo nodig te kunnen

afdwingen wanneer en zolang hij dat nodig zou achten.

Omdat uit de risico-evaluatie blijkt dat nader onderzoek nodig was kan voorts niet worden staande gehouden dat de burgemeester het noodbevel voor een tevoren bepaalde termijn had moeten opleggen. Toen het noodbevel werd uitgevaardigd was nog niet duidelijk en kon ook nog niet duidelijk zijn hoeveel tijd nodig zou zijn voor het ruimen van de explosieven. Derhalve was ten tijde van het opleggen van het noodbevel niet bekend wanneer de ernstige vrees voor een ramp of een zwaar ongeval zou zijn geweken. Voorts heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat het [appellante] duidelijk moet zijn geweest dat zij de bouwwerkzaamheden eerst zou kunnen hervatten nadat de percelen veilig zouden zijn verklaard. Het betoog faalt.

2.6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

» Noot

1. Rechterlijke uitspraken over de noodbevelsbevoegdheid van de burgemeester (art. 175 Gemeentewet) zijn tegenwoordig dun gezaaid. De burgemeester heeft immers sinds 1994 de beschikking over de bevelsbevoegdheid van art. 172 lid 3 Gemeentewet (de zogenaamde lichte bevelsbevoegdheid).

Met die lichte bevelsbevoegdheid pakt hij veelal concrete problemen op het gebied van openbare orde aan als de geldende regelgeving niet voorziet in een meer specifieke bevoegdheid (zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 19 januari 1996, «JB» 1996/49 (Amsterdam) en ABRvS 17 november 2004, «JB» 2005/18 (General Maczek)). Vóór 1994 greep de burgemeester in vergelijkbare situaties nog wel eens naar de noodbevelsbevoegdheid (art. 175 Gemeentewet), aangezien een met art. 172 lid 3 vergelijkbare bevoegdheid ontbrak.

Onder de huidige Gemeentewet heeft de burgemeester die noodbevelsbevoegdheid alleen nog nodig als hij een bevel geeft dat ingrijpende gevolgen heeft voor geadresseerde(n) en/of als het bevel inbreuk maakt op geldende regelgeving. In die situatie(s) heeft de burgemeester niets aan de lichte bevelsbevoegdheid omdat hij bij het uitvoeren van een art. 172-bevel de geldende regelgeving, inclusief de gemeentelijke verordeningen in acht moet nemen. Voorts mag hij geen grondwettelijk beschermde grondrechten beperken en ook in andere opzichten biedt art. 172 lid 3 geen basis voor vergaande maatregelen. Met andere woorden: de lichte bevelsbevoegdheid is bedoeld voor tijdelijke maatregelen die niet al te ingrijpend van aard zijn, zoals vorig jaar maar weer eens werd bevestigd door de Hoge Raad. Zie HR 11 maart 2008, Gst. 2008, nrs. 102 en 103 (Rotterdam).

Een noodbevel is een ander verhaal: daarmee kan de burgemeester hogere regelgeving, zelfs een formele wet, tijdelijk opzij zetten. Daarnaast kan hij met een noodbevel de uitoefening van bepaalde grondwettelijk beschermde grondrechten (art. 6 lid 2, art. 7 lid 3 en art. 9 lid 2 Gw) beperken (Kamerstukken I 1990/91, 19 403, nr. 64b, p. 16-17). Het gebruik van een dergelijke zware bevoegdheid is dan ook aan strenge voorwaarden gebonden. Kortweg gaat het om voorwaarden

betreffende (1) de concrete omstandigheden (situatiecriterium), (2) subsidiariteit, (3) doel en (4) proportionaliteit. In de hierboven weergegeven uitspraak inzake Westland komen deze voorwaarden, al dan niet uitgebreid, aan bod. De Afdeling is, evenals de Rechtbank 's-Gravenhage, van oordeel dat aan de voorwaarden is voldaan en dat lijkt me een juiste conclusie.

2. In deze zaak gelastte de burgemeester van Westland op 7 april 2005 appellante met onmiddellijke ingang de bouw van een kassencomplex en de vernieuwing van een bedrijfspand te staken en gestaakt te houden tot het terrein verder onderzocht zou zijn op de aanwezigheid van explosieven. Het bevel werd uiteindelijk op 21 februari 2006 ingetrokken.

Zoals de wettekst van art. 175 aangeeft, mag de burgemeester alleen een noodbevel geven in geval van “oproerige beweging, andere ernstige wanordelijkheden of rampen, dan wel bij ernstige vrees voor het ontstaan ervan” (situatiecriterium). Allerlei min of meer uitzonderlijke situaties die gevaar opleveren voor mens, dier en/of zaken kunnen onder deze formulering vallen. De Afdeling toetst in deze zaak, zoals gebruikelijk, marginaal of ten tijde van het afkondigen van het noodbevel aan deze voorwaarde was voldaan. De marginale toetsing wordt enerzijds ingegeven door het feit dat de burgemeester in het algemeen zeer snel, in vrij uitzonderlijke omstandigheden, een beslissing moet nemen. De rechter dient met deze bijzondere omstandigheden rekening te houden en de inschatting van de burgemeester terughoudend te toetsen. Ook de tekst van art. 175 wijst in die richting: de burgemeester heeft een algemeen geformuleerde discretionaire bevoegdheid die hij in uitzonderlijke omstandigheden kan gebruiken.

In dit geval betrof het de ernstige vrees voor een zwaar ongeval, omdat een dag

voordat bouwwerkzaamheden begonnen, aan het licht kwam dat op het bouwperceel mogelijk mijnen en een hoeveelheid gedumpte munitie uit de Tweede Wereldoorlog lagen. Dit was geconstateerd door een bedrijf dat conventionele explosieven opspoorde. Nader onderzoek was nodig om zekerheid te krijgen. Onder deze omstandigheden kon de burgemeester aannemen dat een noodsituatie in de zin van art. 175 Gemeentewet bestond, concludeert de Afdeling (r.o. 2.5).

3. De vraag naar subsidiariteit en naar het doel van het noodbevel komen minder uitgebreid aan de orde. Een noodbevel mag slechts worden gegeven “ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar” (art. 175 lid 1). Niet verassend oordeelt de Afdeling dat de bouwstop nodig was ter beperking van gevaar (r.o. 2.5).

Had de burgemeester wellicht met een andere, minder ingrijpende bevoegdheid de situatie kunnen aanpakken (subsidiariteit)? Zoals de Rechtbank 's-Gravenhage al constateerde was dat in casu niet het geval: betrokkene had op basis van de Woningwet het recht om van zijn bouwvergunning gebruik te maken. Noch de Woningwet, noch de algemene bepalingen omtrent bestuursdwang boden derhalve een titel om op te treden. In dit opzicht illustreert deze zaak fraai de bijzondere waarde van een ingrijpend instrument als de noodbevelsbevoegdheid. Het is duidelijk dat er iets moet gebeuren, maar met de geldende regelgeving komt de burgemeester niet verder. Met een noodmaatregel (bevel of noodverordening ex art. 176 Gemeentewet) kan de burgemeester in bepaalde omstandigheden in het belang van de openbare orde en/of veiligheid gelasten een vergunning niet te gebruiken. De Westlandse zaak is in dit opzicht niet uniek. Zo verbood de burgemeester van Delft in een noodverordening (art. 176 Gemeentewet) houders van terras-, parkeer- en

ligplaatsvergunningen in de binnenstad van Delft in het belang van de openbare orde en veiligheid deze vergunningen ten tijde van de staatsbegrafenis van Claus, Juliana en Bernhard te gebruiken.

4. De proportionaliteitsvraag (art. 175 Gemeentewet jo. art. 3:4 Awb) vergt de meeste aandacht van de Afdeling. De burgemeester had in het bevel geen termijn opgenomen. Voorts had de vergunninghouder op verzoek van de gemeente de bouwwerkzaamheden al gestaakt voordat het noodbevel was uitgevaardigd. Daarnaast was in het bevel niet expliciet aandacht besteed aan de belangen van appellant. Op dit punt wordt wederom de eigen aard van de noodbevelsbevoegdheid zichtbaar. Het is een bevoegdheid om in uitzonderlijke omstandigheden met spoed zonnodig uitzonderlijke maatregelen te nemen. In het bevel dient de burgemeester te motiveren waarom de maatregelen, *gelet op dat gevaar*, noodzakelijk zijn. Art. 3:4 lid 1 Awb geeft – grofweg weergegeven – aan dat een bestuursorgaan belangen moet afwegen voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Bij de noodbevelsbevoegdheid zal het openbare orde- en/of veiligheidsaspect altijd het leidende aspect zijn en dat beïnvloedt de belangenafweging in sterke mate.

Toegesneden op de Westlandse zaak betekent dit dat de belangen van appellant dan ook niet van doorslaggevend belang zijn voor de burgemeester bij zijn afweging of, en zo ja, wat voor een bevel noodzakelijk is: hij dient *gelet op het concrete (ontploffings)gevaar* een maatregel te nemen die proportioneel is. In dit geval kon het gevaar alleen gekeerd worden door een bouwstop. Dat deze maatregel financiële schade veroorzaakt maakt het noodbevel niet minder proportioneel.

Ook de vraag naar de termijn van de maatregel wordt hierdoor beïnvloed. Zolang het onderzoek van het terrein niet was afgerond bestond het ontploffingsgevaar en derhalve was het niet mogelijk om een termijn in het bevel op te nemen. De (Gemeente)wet eist overigens ook niet dat een termijn wordt opgenomen: het bevel dient ingetrokken te worden als het gevaar voor de veiligheid is geweken. Soms is dat op voorhand duidelijk (bijvoorbeeld bij een risicowedstrijd op een bepaalde dag) en soms ook niet, zoals in bovenstaande zaak.

M.A.D.W. de Jong, universitair
hoofddocent staatsrecht Radboud
Universiteit Nijmegen