

Handhaving door en voor gemeenten

Een juridische handleiding voor de gemeentelijke praktijk



Inhoudsopgave

Voorwoord	7
Lijst van afkortingen	8
Leeswijzer	10
1 Handhaving	11
1.1 Inleiding	11
1.1.1 Wat is handhaving?	11
1.1.2 Toezicht en opsporing	11
1.1.3 Handhavingsbeleid	12
1.1.4 Handhavingsorganisatie	12
1.1.5 Belang van handhaving	12
1.1.6 De rol van samenwerkingspartners	13
1.1.7 De rol van de burger	14
1.1.8 Handhaafbaarheid	15
1.2 Sancties	16
1.2.1 Bestuursrechtelijk	16
1.2.1.1 Bestraffend of gericht op herstel?	16
1.2.1.2 Naming and shaming	18
1.2.2 Gevolgen kwalificatie bestraffend?	19
1.2.3 Van strafrechtelijke naar bestuurlijke afdoening	19
1.2.4 Strafrechtelijk	19
1.2.4.1 Keuze: strafrecht of bestuursrecht?	20
1.2.4.2 Afstemming OM en gemeenten	20
1.2.4.3 Gemeentelijke strafbepalingen	21
1.2.4.4 Bestuurlijke boete/bestuurlijke strafbeschikking	21
1.2.5 Privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke sancties	22
1.2.5.1 Conformiteitsbeoordelingen	24
1.2.5.2 Convenanten en handhavingscontracten	25
1.2.6 Ondernijning	25
2 Toezicht	28
2.1 Inleiding	28
2.2 Plicht tot het houden van toezicht?	28
2.2.1 Adequaat toezicht	29
2.2.2 De toezichthouder van nu	29
2.2.3 Inadequaat toezicht	30
2.3 Vormen van toezicht	31
2.3.1 Zelfcontrole	31
2.3.2 Risicogestuurd toezicht	31
2.3.3 Hercontrolekaarten	32
2.4 Aanwijzing toezichthouders	32
2.5 Toedeling toezichtbevoegdheden	33
2.6 Toezichtbevoegdheden	34
2.6.1 Het betreden van plaatsen; artikel 5:15 Awb	34
2.6.2 Het vorderen van inlichtingen; artikel 5:16 Awb	34
2.6.3 Identificatieplicht; artikel 5:16a Awb	35
2.6.4 Het vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden; artikel 5:17 Awb	35
2.6.5 Onderzoek, opneming en monsterneming; artikel 5:18 Awb	35
2.6.6 Onderzoek vervoermiddelen; artikel 5:19 Awb	36

2.7	Verplichtingen toezichthouder	36
2.7.1	Legitimatie; artikel 5:12 Awb	36
2.7.2	Evenredigheidsbeginsel; artikel 5:13 Awb	36
2.7.3	Binnentreden zonder toestemming	38
2.8	Medewerkingsplicht	41
2.8.1	Zwijgrecht versus medewerkingsplicht	43
2.9	Toezicht en privacy	45
2.10	(On)rechtmatig verkregen bewijs	45
2.11	Buitengewoon opsporingsambtenaar	46
2.12	Checklist en modellen binnentreden	48
2.12.1	Vooraf	48
2.12.2	Binnentreden	48
2.12.3	Na afloop	48
2.13	Checklist verslag binnentreden	49
2.14	Verslag binnentreden	49
2.15	Model machtiging tot binnentreden	50
2.16	Model aanwijzing toezichthouder	51
3	Handhavingsplicht en gedogen	52
3.1	Bevoegdheid tot handhaving	52
3.1.1	Beginselflicht tot handhaving	52
3.1.2	Afzien van handhaving	53
3.1.2.1	Overtredingen van geringe aard en omvang	53
3.1.2.2	Overtredingen met een incidenteel karakter	54
3.1.2.3	Concreet zicht op legalisatie	54
3.1.2.3.1	Legalisatieonderzoek	54
3.1.2.3.2	Concreet	54
3.2	Handhavingsbeleid	56
3.2.1	Nut en noodzaak	56
3.2.2	Handhaving; een kwestie van prioriteiten	57
3.2.3	Draagvlak	58
3.2.4	Handhavingsbeleid: dubbele redelijkheidstoetsing	60
3.3	Handhaven: belangen afwegen en motiveren	60
3.3.1	De af te wegen belangen	60
3.3.2	Motivering	61
3.4	Vertrouwensbeginsel	62
3.4.1	Wanneer is een beroep op het vertrouwensbeginsel geslaagd?	62
3.4.2	(Dispositie) schadevergoeding?	64
3.5	Niet handhaven = gedogen	64
3.5.1	Bevoegdheid tot gedogen	64
3.5.2	Wanneer is sprake van gedogen?	65
3.5.3	Wanneer is gedogen toegestaan en wanneer niet?	65
3.5.4	Vormen van gedogen	66
3.5.4.1	Impliciet gedogen	66
3.5.4.2	Expliciet gedogen	67
3.5.4.3	Persoonsgebonden gedogen (uitsterfconstructie)	67
3.5.5	Gedoogbeslissingen	67
3.5.5.1	Hoofregel: gedoogbeslissingen zijn geen besluit	67
3.5.5.2	Karakter gedoogbeslissing	68
3.5.5.3	Uitzondering: gedoogbeslissing wel met een besluit gelijkgesteld	68
3.5.5.4	Rechtsbescherming?	69
3.5.5.5	Gedoogbeslissing van algemene strekking	69
3.5.6	Gedogen onder voorwaarden	70
3.5.7	Gedogen en strafrechtelijke handhaving	71
3.5.7.1	Gedogen van coffeeshops	71
3.6	Aansprakelijkheid wegens falend toezicht en handhaving	71

4	Algemene bepalingen	73
4.1	Toepassingsbereik	73
4.2	Begripsbepalingen	73
4.2.1	Overtreding	73
4.2.1.1	Legaliteitsbeginsel/lex certa	74
4.2.1.2	Handhaafbaarheid	75
4.2.1.3	Belang wettelijk voorschrift	76
4.2.2	Overtreder	76
4.2.2.1	Pleger	77
4.2.2.2	Medepleger	78
4.2.2.3	Medeplachtige	80
4.2.2.4	Rechtspersonen en feitelijk leidinggevers	80
4.2.3	Rechtsopvolgers	82
4.2.4	Meerdere overtreders	84
4.2.5	Overtreders uitbreiden in heroverweging	84
4.2.6	Overtreder onbekend	85
4.2.7	Bestuurlijke sancties	85
4.3	Overige algemene bepalingen	85
4.3.1	Rechtvaardigingsgrond	85
4.3.2	Cumulatie herstelsancties	87
4.3.3	Preventieve handhaving	88
4.3.4	Vrees voor herhaling	88
4.3.5	Samenloop	90
4.3.6	Eisen sanctiebeschikking	91
4.3.7	Betaling geldsom aan bestuursorgaan	91
4.3.8	Zwijgrecht en cautie	91
4.4	Heroverweging sanctie besluiten in bezwaar; ex nunc of ex tunc?	92
5	Bestuursdwang en dwangsom	94
5.1	Herstelsancties	94
5.2	Last onder bestuursdwang	94
5.2.1	Bevoegdheid	94
5.2.2	Inhoud bestuursdwangbeschikking	94
5.2.2.1	Omschrijven te nemen herstelmaatregelen; artikel 5:24 Awb	94
5.2.2.2	Algemene vereisten sanctiebesluit; artikel 5:9 Awb	95
5.2.2.3	Begunstigingstermijn; artikel 5:24 lid 2 Awb	95
5.2.2.4	Aanzegging kostenverhaal; artikel 5:25 lid 2 Awb	96
5.2.3	Bekendmaking; artikel 5:24 lid 3 Awb	96
5.2.4	Spoed en superspoedeisende toepassing bestuursdwang; artikel 5:31 Awb	96
5.2.5	Kostenverhaal bij (super)spoedeisende bestuursdwang	98
5.3	Toepassen bestuursdwang	98
5.3.1	Accessoire bevoegdheden	98
5.3.1.1	Betreden plaatsen; artikel 5:27 Awb	99
5.3.1.2	Verzegeling; artikel 5:28 Awb	100
5.3.1.3	Meevoeren, opslaan en verkoop; artikel 5:29 Awb	100
5.3.2	Feitelijk handelen	101
5.4	Toepassingsbeschikking	102
5.4.1	Op verzoek of ambtshalve?	102
5.4.2	Verval toepassingsbeschikking	102
5.4.3	Geconcentreerde rechtsbescherming last en toepassingsbeschikking	102
5.5	Last onder Dwangsom	102
5.5.1	Bevoegdheid	103
5.5.1.1	Afgeleide bevoegdheid	103
5.5.1.2	Voorwaardelijke betalingsverplichting	103

5.5.2	Inhoud dwangsombeschikking	103
5.5.2.1	Omschrijven te nemen herstelmaatregelen; artikel 5:32a Awb	103
5.5.2.2	Algemene vereisten sanctiebesluit; artikel 5:9 Awb	104
5.5.2.3	Begunstigingstermijn; artikel 5:32a lid 2 Awb	104
5.5.2.4	Modaliteit dwangsom artikel 5:32b lid 1 en 2 Awb	104
5.5.2.5	Hoogte dwangsom; artikel 5:32b lid 3 Awb	105
5.5.3	Bekendmaking	106
5.5.4	Opheffen en opschorten last; artikel 5:34 Awb	106
5.6	Last onder dwangsom impliceert toestemming om te voldoen	107
5.7	Grenzen last	107
5.8	Last onder dwangsom en last onder bestuursdwang?	108
5.9	Bijzonderheden Wabo	109
5.9.1	Zakelijke werking herstelsancties; artikel 5.18 Wabo	109
5.9.2	Verruimde reikwijdte; artikel 5.17 Wabo	109
5.10	Stappenplan opleggen herstelsancties	110
5.10.1	Constatering overtreding	110
5.10.2	Onderzoeken overtreding en vastleggen constateringen	110
5.10.3	Informeren overtreder	110
5.10.4	Onderzoek legalisatie	110
5.10.5	Bekendmaken voornemen opleggen herstelsanctie(s); artikel 4:8 Awb	111
5.10.5.1	Uitzondering: geen voornemen vooraf	112
5.10.5.2	Verzuim toepassen 4:8 Awb	112
5.11	Schematisch stappenplan last onder dwangsom en bestuursdwang	112
5.12	Draaiboek toepassen bestuursdwang	113
5.13	Model herstelsanctie last onder dwangsom	114
5.14	Model herstelsanctie last onder bestuursdwang	117
5.15	Model vooraankondiging/voornemen 4:8 Awb	119
5.16	Model toepassingsbeschikking	120
6	De bestuurlijke boete	122
6.1	Inleiding	122
6.1.1	Boete in de gemeentelijke praktijk	122
6.1.2	Beginselflicht tot het opleggen van bestuurlijke boeten	122
6.2	Bevoegdheid	123
6.2.1	Bijzondere wet kent bevoegdheid toe	123
6.2.2	Mandaatverbod	123
6.3	Toepasselijke (procedurele) bepalingen	123
6.3.1	Lichte en zware procedure	123
6.4	Stappenplan opleggen bestuurlijke boete	124
6.4.1	Constatering van een overtreding	124
6.4.2	Bewijsvoering: verzamelen en vastleggen feiten en omstandigheden	124
6.4.2.1	Boeterapport of proces-verbaal	124
6.4.2.2	Inhoud boeterapport (art. 5:48 lid 2 Awb)	125
6.4.2.3	Bewijslevering ('vrije bewijsleer')	126
6.4.3	Bepalen of een boete kan worden opgelegd	128
6.4.3.1	Ontbreken verwijtbaarheid?	128
6.4.3.2	Overtreder overleden?	128
6.4.3.3	Overtreder al voor dezelfde overtreding bestraft?	129
6.4.3.4	Una Via	130
6.4.3.5	Overtreder ook strafrechtelijk vervolgd?	131
6.4.3.6	Vervaltermijn verstreken?	131
6.4.4	Bepalen hoogte van de boete	131
6.4.4.1	Wet bepaalt boetemaximum	131
6.4.4.2	Bepalen boetehoogte bij wettelijk boetemaximum en rol beleidsregels	131
6.4.4.3	Maatstaf bepalen boetehoogte bij wettelijk gefixeerde boete; hardheidsclausule	133

6.4.4.4	Wet of beleidsregels verlagen boete ten voordele van overtreder?	134
6.4.5	Procedurele waarborgen voor de overtreder	134
6.4.5.1	Inzage in boetedossier en taalhulp	134
6.4.5.2	Zienswijzen	135
6.4.6	Beslistermijn	135
6.5	Boetebesluit	136
6.6	Rechtsbescherming	136
6.6.1	Cautie	136
6.6.2	Rechterlijke toetsing	136
6.6.3	Verplicht zelf in de zaak voorzien	136
6.6.4	Bestuurlijke lus?	137
6.6.5	Procesrechtelijke waarborgen	137
6.7	'Naming and shaming'	137
6.8	Schematisch stappenplan bestuurlijke boete	138
6.9	Model boetebesluit	139
7	Invoering en executie	142
7.1	Inleiding	142
7.2	Kostenverhaal	142
7.2.1	Kostenverhaal is hoofdregel	142
7.2.2	De uitzonderingen: kostenverhaal is onredelijk	142
7.2.2.1	Kostenverhaal en het algemeen belang	143
7.2.2.2	Kostenverhaal en onnodige kosten	144
7.2.2.3	Kostenverhaal en het (ontbreken van) verwijtbaarheid	144
7.2.2.4	Kostenverhaal en schending fundamentele rechten	145
7.2.2.5	Kostenverhaal is onmogelijk	145
7.2.2.6	Kostenverhaal is in strijd met de a.b.b.b.	145
7.2.2.7	Kostenverhaal en invoering bij (tijdelijke) geringe financiële draagkracht	146
7.2.2.7.1	Betalingsregeling	146
7.2.2.7.2	Betalingsonmacht en (dreigend) faillissement	147
7.2.3	Kostenverhaal ingeval van toepassing spoedeisende bestuursdwang	148
7.3	Voorwaarden voor kostenverhaal	148
7.4	Motivering kostenverhaal	149
7.5	Verhaalbare kosten	149
7.6	Kostenverhaal bij (gedeeltelijk) uitblijven toepassen bestuursdwang	149
7.7	Kostenverhaalbeschikking	150
7.7.1	Inhoud kostenverhaalbeschikking	150
7.8	Rechtsbescherming	151
7.9	Invoering verbeurde dwangsommen	152
7.9.1	Verbeurte doet betalingsplicht ontstaan	152
7.9.2	Invoering is regel	153
7.9.3	Invoering en geringe financiële draagkracht	153
7.9.4	Afzien van invoering	154
7.9.4.1	Alsnog (zicht op) een rechtmatige situatie	154
7.9.4.2	Onduidelijke last	154
7.9.4.3	Vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur	154
7.9.4.4	Overmacht	154
7.9.4.5	Persoonlijke omstandigheden	155
7.9.4.6	Onnodig formalistisch	155
7.9.5	Nota en/of invorderingsbeschikking?	155
7.10	Invorderingsbeschikking	156
7.10.1	Rol en betekenis van de invorderingsbeschikking	156
7.10.2	Hoorplicht vóór invoering	156
7.10.3	Inhoud invorderingsbeschikking	156
7.10.4	Bewijs verbeurte van dwangsommen	157

7.11 (Geconcentreerde) rechtsbescherming	159
7.11.1 Rechterlijke toetsing	160
7.12 Invordering verschuldigde bestuurlijke boete	160
7.13 Procedure invorderen	161
7.13.1 Verzuim	161
7.13.2 Aanmaning	161
7.13.3 Dwangbevel	162
7.14 Executie	163
7.14.1 Verzet	163
7.14.2 Verjaring	164
7.14.3 Rechterlijke toetsing executiegeschil	167
7.15 Invordering vóór vierde tranche; overgangsrecht	168
7.16 Modelbeschikkingen	168
7.16.1 Kostenverhaalbeschikking	168
7.16.2 Invorderingsbeschikking	170
7.16.3 Dwangbevel	171

Voorwoord

Handhaving van het recht is belangrijk voor de geloofwaardigheid van de gemeente en de regels die zij stelt. Het gemeentelijk handhavingslandschap is en blijft dynamisch. Handhaving vraagt om middelen, inzet en expertise, die niet altijd voorhanden zijn.



Een aantal ontwikkelingen binnen de gemeentelijke handhaving vraagt specifieke aandacht. Zo wint de invloed van het 'bestraffende bestuursrecht' steeds meer terrein. Dit is een logisch gevolg van maatschappelijke thema's en ontwikkelingen, denk bijvoorbeeld aan het begrip "ondermijning". Ook worden de beleidsthema's steeds gecompliceerder. De complexiteit van juridische vraagstukken en de invloed van internationaal recht, zoals grondrechten in handhavingss dossiers, dragen hiertoe bij. Diverse conclusies van de staatsraden Advocaat-Generaal van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over gedogen, de invordering van geldbedragen na handhavingsbesluiten en het vertrouwensbeginsel, bevorderen de ontwikkeling van het handhavingsrecht. Kortom: diverse ontwikkelingen vragen om een actualisatie van de publicatie *Handhaven door en voor gemeenten* uit 2013.

Sinds het verschijnen van deze publicatie in 2013 hebben we veel feedback ontvangen vanuit de gemeentelijke praktijk. Er is waardering uitgesproken voor de veelheid aan informatie en verwijzingen naar handige websites. Ook voorzag de handreiking in de behoefte aan praktische adviezen met actuele wetgeving, jurisprudentie en stappenplannen. Aan de opzet van de handleiding is daarom weinig veranderd.

Net als de publicatie uit 2013 leent de nieuwe versie van de handreiking zich minder goed voor een uitgebreide, gedetailleerde behandeling van specifieke onderwerpen. Denk aan onderwerpen als toezicht op inrichtingen die vallen onder de reikwijdte van het besluit risico's zware ongevallen 2015, handhaving in de kinderopvang of de bestuurlijke boete in de drank- en horecawet. Deze onderwerpen worden wel in voorbeelden genoemd, maar meer in algemene zin. Op de website van de VNG wordt aan deze onderwerpen gerichte aandacht besteed. Voor informatie over handhaving van de openbare orde verwijzen we naar het zakboek openbare orde en veiligheid, uitgegeven in 2017 door het Nederlands Genootschap van Burgemeesters (NGB). Momenteel wordt gewerkt aan een update van deze publicatie. De verwachting is dat deze in december 2019 zal verschijnen. Het zakboek is te downloaden via de website van het NGB, www.burgemeesters.nl.

De VNG is de auteurs en meelezers dankbaar voor het actualiseren van deze VNG publicatie. Ik vertrouw erop dat deze handleiding veel steun biedt aan de kwaliteit van de beslissingen in de gemeentelijke handhavingpraktijk.

Jantine Kriens

*Algemeen directeur
Vereniging van Nederlandse Gemeenten*

Lijst van afkortingen

Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AG	Staatsraad Advocaat-Generaal
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Art.	Artikel
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
BBO	Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar
Bboor	Besluit bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte
BOA	Buitengewoon opsporingsambtenaar
Bor	Besluit omgevingsrecht
BR	Bouwrecht
Brbb	Besluit rijksbijdragen bijstands- en bestrijdingskosten
Brzo	Besluit risico's zware ongevallen 2015
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	(Ministerie/Minister van) Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CJIB	Centraal Justitieel Incassobureau
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DHw	Drank- en Horecawet
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FIOD	Fiscale Inlichtingen en Opsporings Dienst
Fw	Faillissementswet
GGD	Gemeentelijke Gezondheidsdienst
HR	Hoge Raad
IenW	(Ministerie/Minister van) Infrastructuur en Waterstaat
IPO	Interprovinciaal Overleg
JnB	Jurisprudentienieuwsbrief Bestuursrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristen Blad
NVWA	Nederlandse Voedsel en Waren Autoriteit
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
PUMa	Programma Uitvoering met Ambitie
Pw	Participatiewet
Rb	Rechtbank
RUD	Regionale Uitvoeringsdienst
RVS	Raad van State
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW	(Ministerie/Minister van) Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UvW	Unie van Waterschappen
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten

VOG	Verklaring omtrent het Gedrag
VTH	Vergunningverlening, Toezicht en Handhaving
Vzr	Voorzieningenrechter
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wbb	Wet bodembescherming
WID	Wet op de identificatieplicht
Wko	Wet kinderopvang
Wm	Wet milieubeheer
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WRZO	Wet Rampen en Zware Ongevallen
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen
WvSr	Wetboek van Strafrecht

Leeswijzer

De handleiding *handhaving door en voor gemeenten* bestaat uit zeven hoofdstukken. In alle hoofdstukken zijn onderdelen in kleurvakken aangegeven om de aandacht te vestigen op het soort informatie.

Bronvermeldingen zijn weergegeven in een paars vlak. Voorbeelden in een geel vlak. Modellen in een blauw vlak. Keuzemogelijkheden in de modellen zijn cursief gedrukt. Onderwerpsaanduidingen staan in de kantlijn.

Hulpmiddelen zoals een stappenplan, een draaiboek of een checklist zijn herkenbaar aan de lichtblauwe tekst.

1 Handhaving

1.1 Inleiding

1.1.1 Wat is handhaving?

handhaving is
meer dan het
opleggen van
sancties

Handhaving is elke (re)actie die erop gericht is de naleving van het bij of krachtens wet- en regelgeving geldende recht te bevorderen en te bewerkstelligen, zo nodig door het opleggen van sancties. Het gaat mede om het beïnvloeden van het gedrag van burgers en bedrijven tot wie deze regels zich richten en heeft als doel normconform gedrag te bewerkstelligen. Dat begint in feite al met goede wetgeving en goede wetgeving begint met goed inzicht in gedrag. Om normconform gedrag te bevorderen, is duidelijke informatievoorziening en communicatie van groot belang. Handhaving betekent immers ook het hebben en onderhouden van contacten met de burger, het vormen van handhavingsbeleid, het verschaffen van informatie en voorlichting over het naleven van wet- en regelgeving, het houden van toezicht, en het bespreken van normconform én normafwijkend gedrag met de burger. In ruime zin heeft handhaving ook betrekking op de interne organisatie binnen gemeenten, de samenwerking tussen de handhavingspartners, certificeringsmogelijkheden en andere 'slimme' instrumenten. Gemeenten krijgen steeds meer taken en bevoegdheden. Efficiency is te halen uit samenwerking tussen gemeenten, ook op het werkterrein toezicht en handhaving. Aan de samenwerking kleven zowel voor- als nadelen, die eerst in beeld gebracht moeten worden. Een zorgvuldige voorbereiding voorkomt latere tegenvallers en daarmee gepaard gaande (imago)schade.

Zie voor meer informatie: Kennisdocument 10 tips voor gemeentelijke samenwerking bij toezicht en handhaving, 2 maart 2016 (<https://www.vindhandhaving.nl/samenwerking/auteur>: Hans Slot)

Handhaving is tevens onderdeel van het bredere veiligheidsbeleid in een gemeente. Het gaat daarbij om fysieke veiligheid en sociale veiligheid. In deze zin gaat handhaving niet alleen om de 'harde' kant, het opleggen van sancties, maar ook om (het creëren van) de randvoorwaarden. De VNG heeft de methode kernbeleid veiligheid ontwikkeld. Handhaving is een van de middelen die gebruikt wordt bij het integrale veiligheidsbeleid.

Zie voor meer informatie de handreiking: (<https://vng.nl/onderwerpenindex/veiligheid/kernbeleid-veiligheid>). Kernbeleid Veiligheid, VNG, 2017: een handreiking voor gemeenten: <https://vng.nl/files/vng/kernbeleid-veiligheid-2017.pdf>

Voor effectieve en integrale handhaving is het gezamenlijk ontwikkelen van beleid met interne en externe partners van groot belang.

Een voorbeeld. De gemeente heeft vastgesteld dat het zwerfval bij evenementen aangepakt moet worden. De gemeente wil een 'groene gemeente' zijn met zorg en aandacht voor natuur- en recreatiegebieden en wil bewustwording realiseren bij de organisatoren en bezoekers. De gemeente hanteert verschillende methoden om haar doel te bereiken. Er wordt gezorgd voor voldoende afvalbakken bij evenementen om mensen te 'verleiden' tot naleving. Er worden afspraken gemaakt met de organisatoren van evenementen over het schoonhouden van het terrein en na afloop van het evenement worden de looproutes schoongeveegd. Bij constatering van overtredingen, zoals het weggooien van afval in de bermen, parken e.d., wordt direct proces-verbaal opgemaakt. Zo'n proces-verbaal is in feite een bekeuring en wordt ook wel een 'mini-pv' genoemd. Zie voor meer informatie ook de site van de politie: <https://www.politie.nl/themas/proces-verbaal.html>.

1.1.2 Toezicht en opsporing

Handhaving is, zoals gezegd, elke (re)actie die erop gericht is de naleving van het bij of krachtens wet- en regelgeving geldende recht te bevorderen en te bewerkstelligen, zo nodig door het

opleggen van sancties. Handhaving vindt plaats door het houden van toezicht en door opsporing. Toezichthouden betekent: verifiëren of aan de geldende wet- en regelgeving wordt voldaan. Daar waar overtredingen worden geconstateerd kunnen diverse instrumenten worden ingezet. Dit kan op verschillende manieren. Als sprake is van een strafbaar feit – in de zin van het Wetboek van strafrecht of in de zin van de Wet op de Economische Delicten – en er wordt onderzoek gedaan met het oog op het vervolgen van de overtreder(s), dan wordt gesproken van opsporing. Als sprake is van een overtreding die (mogelijk) vanuit het bestuursrecht zal worden gesanctioneerd, dan is (nog steeds) sprake van toezicht. Opsporing vindt uiteindelijk plaats onder leiding van de OvJ. Toezicht vindt plaats onder verantwoordelijkheid van de toezichthouder. Toezicht en opsporing kunnen gelijktijdig plaatsvinden. Echter, indien het gaat om bestraffende sancties (lees: bestuurlijke boeten alsmede alle sancties van het strafrecht) is voorzichtigheid geboden. Uit het ‘ne bis in idem’-beginsel volgt dat moet worden voorkomen dat iemand tweemaal wordt bestraft voor één feit. Zie in dit verband artikel 5:44 Awb, waarin wordt bepaald dat geen bestuurlijke boeten worden opgelegd indien wegens dezelfde gedraging een strafvervolgning is ingesteld, alsmede artikel 68 WvSr. Paragrafen 1.2.1.1 en 1.2.2 gaan verder in op het onderscheid tussen bestraffende sancties en niet-bestruffende sancties. Paragraaf 1.2.4.1 gaat in op de keuze tussen het bestuurs- en het strafrecht.

1.1.3 Handhavingsbeleid

Omdat het een gegeven is dat gemeenten niet beschikken over oneindige handhavings- en toezichtcapaciteit, zullen verantwoorde keuzes moeten worden gemaakt. Die keuzes zullen vertaald moeten worden naar handhavingsbeleid. Aan de hand van geformuleerde prioriteiten wordt bepaald wanneer, op welke wijze en aan de hand van welke instrumenten zal worden gehandhaafd. Dergelijk beleid komt vaker voor en de ABRvS acht dit beleid in beginsel redelijk. Echter, wanneer beleid erop neerkomt dat tegen bepaalde overtredingen (waaraan een lage prioriteit is toegekend) helemaal niet wordt opgetreden, dan is dat beleid onrechtmatig (ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:849). Daarbij is vaak sprake van een voelbaar spanningsveld tussen de beginselplicht tot handhaving enerzijds en de onmogelijkheid om alle overtredingen op te merken en daar vervolgens tegen op te treden. In hoofdstuk 3 wordt hier verder op ingegaan.

handhaven is
prioriteren

1.1.4 Handhavingsorganisatie

Een goede handhavingsorganisatie is cruciaal. Het opzetten van een goede organisatie is één, maar een organisatie moet ook nog worden ‘bemenst’. De ambtelijke capaciteit moet zowel kwantitatief als kwalitatief op voldoende niveau zijn om het handhavingsbeleid goed te kunnen uitvoeren. Voor veel gemeenten is het lastig in te schatten hoeveel capaciteit nodig is, nog afgezien van de financiële (on)mogelijkheden. Een algemeen antwoord op de vraag welke capaciteit noodzakelijk is, is helaas niet te geven. De voor de handhaving benodigde capaciteit is afhankelijk van het te handhaven beleid, de relevante wet- en regelgeving waarop moet worden toegezien, de werkwijze en cultuur binnen een organisatie, het aantal bezwaar- en beroepszaken en de prioriteitstelling. Bij het bepalen van de ambtelijke capaciteit wordt veelal gebruikgemaakt van ervaringscijfers uit de eigen gemeente of van vergelijkbare gemeenten. Daarbij moet inzichtelijk worden gemaakt welke handelingen verricht moeten worden, zoals het formuleren en actueel houden van handhavingsbeleid, het uitoefenen van toezicht, het onderhouden van contacten in het veld en het waar nodig opleggen van sancties, de invordering en executie, en het voeren van bezwaar- en beroepsprocedures.

handhavings-
opgave bepaalt
handhavings-
capaciteit

De ABRvS heeft geoordeeld dat gemeentelijke bestuursorganen – ondanks de soms (heel) zware belasting van het ambtelijk apparaat – in de regel op een handhavingsverzoek dienen te beslissen (ECLI:NL:RVS:2016:444, AB 2016/119). Overbelasting van het ambtelijk apparaat kan hooguit betekenen dat tegen overtredingen niet direct wordt opgetreden, maar pas op een later moment wanneer er weer handhavingscapaciteit beschikbaar is, op basis van prioritering.

1.1.5 Belang van handhaving

Waarom is handhaving noodzakelijk? Handhaving gebaseerd op doordacht handhavingsbeleid is noodzakelijk om:

- 1 de naleving van democratisch vastgestelde regels te bewerkstelligen en te bevorderen;
- 2 beoogde beleidsdoelstellingen te behalen;

- 3 rechtszekerheid en gelijke behandeling van burgers te waarborgen;
- 4 geloofwaardigheid, betrouwbaarheid en integriteit van bestuurders te bevorderen;
- 5 normvervaging tegen te gaan;
- 6 civiele claims van burgers wegens inadequate handhaving en onverzekerbare risico's tegen te gaan.

1.1.6 De rol van samenwerkingspartners

belang van
samenwerking

Handhaving is steeds complexer en vraagt steeds meer van de gemeentelijke organisatie. Daarnaast geldt in het bijzonder in het omgevingsrecht dat handhaving vaak een gemeente-overschrijdend karakter heeft. Dit heeft onder andere geleid tot een interne en externe integrale aanpak. Dit houdt bijvoorbeeld in dat niet voor ieder afzonderlijk beleidsterrein handhavingsbeleid wordt opgesteld en uitgevoerd, maar dat de handhaving van de beleidsterreinen op elkaar wordt afgestemd en dat gezamenlijke acties worden uitgevoerd. Samenwerking leidt ook vaak tot beter handhavingsbeleid, tot betere handhavingsresultaten, tot efficiënter werken en tot kostenbesparing.

De daadwerkelijke mogelijkheden om in te grijpen zijn voor een gemeente die alleen werkt soms ook eenvoudigweg te beperkt. Partners zijn daarbij van groot belang. Denk aan andere overheden, UWV, woningcorporaties, politie, OM, brandweer, GGD, Veiligheidsregio's, Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit, Inspectie SZW, Inspectie Leefomgeving en Transport, Inspectie voor de Gezondheidszorg, Immigratie- en Naturalisatiedienst, Omgevingsdiensten, Belastingdienst/FIOD, Douane, waterschappen en de burger zelf. Iedere partner heeft zijn eigen mogelijkheden om bij te dragen aan de naleving van wet- en regelgeving. De samenwerking met partners is niet alleen interessant vanuit een oogpunt van slagvaardige handhaving. Ook vanuit een meer 'klantgerichte' houding biedt samenwerking perspectieven. Op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, zou zelfs beargumenteerd kunnen worden dat een betere afstemming noodzakelijk is tussen de toezichthouders bij de controlebezoeken aan bedrijven. Hierdoor wordt toezicht uitgeoefend op een minder belastende wijze dan wanneer alle instanties los van elkaar op verschillende tijdstippen komen controleren.

handhaven in
het omgevings-
recht

In het omgevingsrecht is door de Commissie Mans geconstateerd dat fragmentatie van de handhavingsorganisaties en de vrijblijvendheid in de samenwerking tussen verschillende organisaties het centrale probleem voor de handhaving van het omgevingsrecht vormen. Dit leidt tot grote en onrechtvaardige verschillen in de aanpak van handhaving en in de behandeling van burgers en bedrijven. Ook is de aanpak van mobiele en ketenactiviteiten vrijwel onmogelijk. In de afgelopen jaren hebben de VNG, het IPO, de UvW en het Rijk (Ministeries van IenW, Justitie, BZK) naar aanleiding van de bevindingen van de Commissie Mans toegewerkt naar de instelling van Regionale Uitvoeringsdiensten (RUD/omgevingsdienst). Deze samenwerking is gericht op de modernisering van het stelsel van vergunningverlening, toezicht en handhaving (VTH).

De wet VTH is op 14 april 2016 in werking getreden. De wet is een invulling van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en regelt de randvoorwaarden voor gemeenten en provincies om tot een hogere kwaliteit van handhaving te komen. Zo wordt het basistakenpakket van de omgevingsdiensten wettelijk vastgelegd en worden gemeenten verplicht een verordening kwaliteit VTH te hebben.

De VNG en het IPO hebben daarom een modelverordening kwaliteit VTH opgesteld.

Zie: <https://vng.nl/onderwerpenindex/milieu-en-mobiliteit/vergunningverlening-toezicht-en-handhaving>

De gemeenteraad heeft met dit model een handvat bij het opstellen van een gemeentelijke verordening over de kwaliteit van de uitvoering van de VTH-taken.

Verder is op 1 juli 2017 het Besluit omgevingsrecht (Bor) gewijzigd (Staatsblad 2017, 193) ter uitvoering van de Wabo (Wet VTH). Het Rijk, het IPO en de VNG hebben in juni 2009 de zogenaamde «package deal» gesloten waarin afspraken zijn gemaakt over modernisering van het VTH-stelsel.

Deze afspraken betreffen onder andere de vorming van een landdekkend netwerk van regionale uitvoeringsdiensten (omgevingsdiensten), de verbetering van de kwaliteit van de uitvoering van de VTH-taken en van de samenwerking en informatie-uitwisseling bij de handhaving door organen belast met de bestuursrechtelijke handhaving enerzijds en tussen de organen belast met de bestuursrechtelijke handhaving en organen belast met de strafrechtelijke handhaving anderzijds. Op grond van de wijziging van het Bor zijn alle gemeenten en provincies verplicht de uitvoering van taken die in de package deal als basistaken zijn aangemerkt onder te brengen bij de omgevingsdiensten (een samenwerkingsverband tussen gemeenten en provincies). Dat is inmiddels in belangrijke mate in de praktijk ook gebeurd. Gemeenten en provincies kunnen hiertoe mandaat verlenen aan de omgevingsdiensten. Het is niet de bedoeling dat de bevoegdheden aan de omgevingsdiensten worden gedelegeerd.

Daarnaast is het belangrijk dat de kwaliteit van de uitvoering van de VTH-taken goed is geregeld. De kwaliteit wordt op twee manieren gewaarborgd. In gemeentelijke en provinciale verordeningen wordt de kwaliteit geregeld voor zover het betreft het organiseren van voldoende menskracht. In dit wijzigingsbesluit is voorzien in de procescriteria voor het vergroten van de kwaliteit van het uitvoerings- en handhavingsbeleid. Het is de bedoeling dat gedeputeerde staten en het college van burgemeester en wethouders, die deelnemen in de gemeenschappelijke regeling van de omgevingsdienst, in gezamenlijkheid een uniform beleid voor de uitvoering en handhaving van in ieder geval de basistaken door de omgevingsdienst overeenkomen. Het uitvoerings- en handhavingsbeleid richt zich bijvoorbeeld op risico gestuurd en omgevingsbewust toezicht en handhaving door onder andere het actualiseren van vergunningen en het prioriteren van toezicht en handhaving.

Verder is het voor een goede uitvoering van het toezicht en de handhaving belangrijk dat het delen van informatie op efficiënte wijze plaatsvindt. Hiertoe regelt dit wijzigingsbesluit de aansluiting op Inspectieweb Milieu (een beveiligd digitaal systeem voor informatie-uitwisseling) waarbij een aantal instanties die vallen onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (zoals de Inspectie Leefomgeving en Transport), de Minister van Veiligheid en Justitie en de omgevingsdiensten onderling gegevens met elkaar uitwisselen.

Door het wettelijk vastleggen van het basistakenpakket, de procescriteria en het verplicht aansluiten op Inspectieweb Milieu ontstaat er een uniform en beter functionerend VTH-stelsel waarvoor gemeenten, provincies en het Rijk gezamenlijk verantwoordelijk zijn.

Zie: www.omgevingsdienst.nl

1.1.7 De rol van de burger

Normconform gedrag is groter naarmate de burger beter begrijpt waarom de gemeente een bepaald besluit neemt. Daarom is het zo belangrijk niet enkel schriftelijk te communiceren met de burger, maar met de burger in gesprek te gaan. Uit te leggen welke afwegingen aan de zijde van de gemeente worden gemaakt en waarom. De burger wil een eerlijke afweging ervaren en wil – zoals iedereen – serieus worden genomen. Burgers hebben rechtvaardigheid én goede informatie nodig om ambtenaren, politici en de overheid te kunnen vertrouwen en overheidsbesluiten te kunnen aanvaarden. Het project Prettig Contact met de Overheid (PCMO) bevordert een goed en slagvaardig openbaar bestuur en versterkt het vertrouwen van burgers in de overheid.

In dit project worden de mogelijkheden en effecten van informele interventies naar aanleiding van aanvragen, zienswijzen, klachten en bezwaren (ook bekend als 'de informele aanpak') verkend. Deze aanpak leidt tot kwalitatief betere besluiten, minder procedures, kortere doorlooptijden, lagere kosten, een vergroot vertrouwen in de overheid, een hogere tevredenheid van burgers en een hogere arbeidstevredenheid bij ambtenaren. Vanuit het Kenniscentrum PCMO worden bestuursorganen en ambtenaren ondersteund bij het opstarten en vormgeven van projecten, het verwerven van de benodigde kennis en vaardigheden en worden informatie, praktijkvoorbeelden, procesoptimalisaties en onderzoek ter beschikking gesteld.

Zo wordt het door burgers in de praktijk als frustrerend ervaren wanneer bij ingediende klachten, handhavingsverzoeken, bezwaren etcetera door gemeenten direct een formeel-juridische houding wordt ingenomen, zoals: 'u bent niet ontvankelijk, dus we kunnen verder niets voor u doen'. Het lijkt op het eerste oog (te) tijdrovend om met iedere brieven schrijvende burger contact op te nemen en in gesprek te gaan, maar een gefrustreerde burger kost gemeenten nog veel meer tijd.

misbruik van
(proces)recht

Uiteraard zijn er burgers die, wat een gemeente ook doet, veel tijd zullen blijven kosten, maar dat zijn de uitzonderingen. In die gevallen waarin burgers hun ongenoegens spuien en gemeenten overspoelen met handhavingsverzoeken (of andere verzoeken, zoals een Wob-verzoek) met als ogenschijnlijk doel de gemeente met werk op te zadelen, komt de vraag op of deze burgers geen misbruik van (proces)recht maken. Dat is echter zelden het geval. Een bijzonder geval is de notoire klager uit Dordrecht. Er werden zoveel Wob (en andere) verzoeken ingediend dat de gemeente weigerde nog op deze verzoeken in te gaan en vorderde bij de voorzieningenrechter dat de verzoeker in kwestie gedurende een bepaalde periode maar een beperkt aantal verzoeken tot de gemeente mocht richten. Deze kwestie is uiteindelijk beslecht door de ABRvS (ECLI:NL:RVS:2015:3830). De ABRvS oordeelde dat geen gebruik kan worden gemaakt van de bevoegdheid om beroep bij de bestuursrechter in te stellen, als hierdoor sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 jo. 3:15 BW). Omdat vast is komen te staan dat de verzoeker in kwestie zijn verzoeken indiende alleen maar om de gemeente dwars te zitten, heeft hij misbruik gemaakt van zijn bevoegdheid om Wob-verzoeken in te dienen, met als gevolg dat deze verzoeker ook niet bevoegd was om bezwaar te maken en beroep in te stellen tegen de buitenbehandelingstelling van zijn brieven. In latere jurisprudentie wordt deze lijn bevestigd en wordt verzoeker niet ontvankelijk verklaard; zie bijvoorbeeld de uitspraak van de ABRvS van 13 juli 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1947) en die van 11 juli 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2290).

1.1.8 Handhaafbaarheid

(beleids)-doelen
halen

Gehandhaafd wordt het 'bij of krachtens een wettelijk voorschrift bepaalde'. Daarmee wordt bijvoorbeeld bedoeld een wet, verordening of een daarop gebaseerd uitvoeringsbesluit met daaraan verbonden voorschriften, zoals vergunningvoorschriften (maar niet gedoogvoorwaarden zoals in hoofdstuk 3 zal worden toegelicht). Dit kan gaan om verbods- en gebodsbepalingen. Regelgeving wordt niet willekeurig, maar met een bepaald (beleids)doel opgesteld. Handhavend optreden betekent optreden om de gestelde doelen te behalen.

handhaafbaar-
heidstoets

Bij het opstellen van regels (normen), is het voor de handhaving bevorderlijk om vooraf een handhaafbaarheidstoets uit te voeren. Een handhaafbaarheidstoets is een middel om bedoelde en onbedoelde gevolgen van het beleid en/of de regelgeving in kaart te brengen. Specifiek voor de handhaving gaat het dan om het in kaart brengen van de aard en de aanwezige kennis van de doelgroep, de kans op 'spontane' naleving en de gevolgen van de ontwerpregelgeving voor de handhavingssinzet en de handhavingsbehoefte. Ook het oordeel van de uitvoerende diensten over uitvoerbaarheid en handhavingsmogelijkheden is van belang. Dit oordeel wordt mede bepaald door de inzichtelijkheid en eenduidigheid van de gestelde regels en technische uitvoerbaarheid van controles, zowel praktisch als financieel. Andere gevolgen, zoals het aantal te verwachten bezwaarschriften, moeten in kaart worden gebracht met daarbij een inschatting van de benodigde capaciteit. Op die manier kunnen al in een vroeg stadium organisatorische en personele maatregelen worden getroffen.

Voor meer informatie, zie de uitgave *Tafel van Elf*. Het instrument de 'Tafel van Elf' is ontwikkeld om de sterke en zwakke kanten van naleving en handhaving in kaart te brengen. Het model is gebaseerd op gedragswetenschappelijk onderzoek en ondersteunt de handhaver om er achter te komen waarom de doelgroep een regel wel of niet naleeft. Zie: <https://www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegings-kader-beleid-en-regelgeving/6-wat-het-beste-instrument/61/tafel-van>

Uit een uitspraak van de ABRvS van 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1290 blijkt dat oog voor handhaafbaarheid van burgers bindende regels, zoals bestemmingsplanregels, van belang is.

‘De Afdeling gaat bij het bestemmen van een camping en een bedrijfswoning uitdrukkelijk in op de handhaafbaarheid van een bestemmingsplan. Omdat duidelijk was dat de camping geen volwaardig inkomen zal genereren en dat de camping vooralsnog dient te worden beschouwd als een nevenactiviteit, acht de Afdeling het aannemelijk dat het belang van de initiatiefnemer bij de realisatie van het kampeerterrein beperkt is. Onder deze omstandigheden acht de Afdeling de vrees van appellanten terecht, dat na de realisatie van de bedrijfswoning verdere investeringen in het kampeerterrein zullen uitblijven. Hoewel de raad het gebruik van de bedrijfswoning als burgerwoning niet wil toestaan, is het gelet op het voorgaande niet uitgesloten dat de bedrijfswoning als burgerwoning in gebruik zal worden genomen. Gelet daarop heeft de raad naar het oordeel van de Afdeling een situatie met evidente handhavingsrisico’s gecreëerd, nu zij niet heeft zeker gesteld dat met de realisatie van het kampeerterrein is aangevangen alvorens tot de bouw van de bedrijfswoning kan worden overgegaan. Gelet op het voorgaande ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.’

1.2 Sancties

1.2.1 Bestuursrechtelijk

Het is onvermijdelijk dat op enig moment zal moeten worden opgetreden door het opleggen van sancties.

De Awb voorziet in een regeling voor het opleggen van bestuursrechtelijke sancties in hoofdstuk 5. De Awb kent niet zelf de bevoegdheid toe om sancties op te leggen. Dat gebeurt in bijzondere wetgeving, zoals in artikel 125 Gemeentewet. In hoofdstuk 5 van de Awb zijn alleen geregeld de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. De eerste twee sancties zijn gericht op herstel van de rechtsorde en de laatste ziet op het ‘bestrafen’ van de overtreder. Naast deze sancties bestaan er nog diverse andere sancties, zoals de intrekking van een begunstige beschikking bij wijze van sanctie, de bestuurlijke waarborgsom, de uitsluiting, de zelfstandige last, de maatregel in het sociale zekerheidsrecht en de disciplinaire straf in het ambtenarenrecht. Maar ook het zogenaamde ‘naming & shaming’ door het openbaar maken van sanctiebesluiten op grond van onder andere artikel 8 Wob. Deze sancties hebben nog geen algemene regeling gekregen in de Awb.

1.2.1.1 Bestraffend of gericht op herstel?

Het onderscheid tussen bestraffende sancties en herstelsancties is gelegen in het doel waarmee een sanctie wordt opgelegd. Is dat om de overtreder ‘leed toe te voegen’ (te straffen), dan is sprake van een bestraffende sanctie (artikel 5:2 lid 1 sub c Awb). De herstelsancties, benoemd in artikel 5:2 lid 1, sub b, Awb, zijn gericht op het herstel in rechtmatige toestand, het beëindigen van een overtreding en/of het voorkomen van herhaling daarvan. In de Awb is (vooralsnog) naast de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom (zie hoofdstuk 5) één bestraffende sanctie geregeld: de bestuurlijke boete (zie hoofdstuk 6). De bepalingen uit de Awb gelden alleen voor deze sancties, tenzij bij wettelijk voorschrift deze bepalingen ook van toepassing zijn verklaard op andere sancties (artikel 5:3 en 5:54 Awb).

Een dergelijke andere sanctie is het intrekken of schorsen (zie bijvoorbeeld artikel 32 DHw) van een begunstige beschikking. Daarbij kan nog onderscheid worden gemaakt tussen het intrekken van een begunstige beschikking bij wijze van sanctie of op andere (beleidsmatige) gronden. In artikel 5.19 Wabo is een aparte intrekkingsmogelijkheid opgenomen als reactie op het niet naleven van de omgevingsvergunning.

Voor de gemeentelijke praktijk geldt dat er, anders dan de bestuurlijke boete, vrijwel geen bestraffende sancties worden aangenomen door de ABRvS. Sinds de uitspraak van de ABRvS op 2 november 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AU5402) lijkt de vaste lijn in de jurisprudentie dat het tijdelijk intrekken of schorsen van vergunningen in beginsel niet als bestraffend wordt aangemerkt. Op 19 juni 2019 bevestigde de ABRvS nogmaals dat het intrekken van een exploitatievergunning voor een

herstelsanctie
mag geen leed
toevoegen

coffeeshop een herstelsanctie is en geen bestraffende sanctie (zie ECLI:NL:RVS:2019:1931). Een op artikel 13b Opiumwet gebaseerd sluitingsbevel strekt tot uitoefening van bestuursdwang in de zin van artikel 5:21 Awb. Toepassen van bestuursdwang is een herstelsanctie en is gericht op het beëindigen van overtredingen van de Opiumwet, maar wanneer toepassing van deze bevoegdheid in een concreet geval verder zou strekken, zou de sanctie niet meer uitsluitend het karakter van een herstelsanctie maar ook een leedtoevoegend karakter hebben en dat is niet toegestaan (ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:248, r.o. 3.2.). Deze lijn werd bevestigd in de uitspraak van de ABRvS van 6 december 2017, (ECLI:NL:RVS:2017:3360).

Uit onderzoek blijkt dat de sluiting (bedoeld om als herstelsanctie te worden ingezet) in de praktijk vaker wordt ingezet als een punitieve sanctie. Prof. mr. A.E. Schilder beschrijft dat er kennelijk een behoefte is om tekortkomingen in het strafrecht te compenseren met relatief gemakkelijk inzetbare bestuurlijke maatregelen en dat die behoefte begrijpelijk is, maar dat artikel 13b Opiumwet daarvoor niet in het leven is geroepen.

Zie: Prof. mr. A.E. Schilder, Goochelen met Damocles, Gst. 2019/143.

Er moet dus voor worden gewaakt dat de wijze van uitoefening van een herstelsanctiebevoegdheid niet het herstelkarakter aantast, waardoor die herstelsanctie een bestraffend karakter krijgt. Om die reden wordt bij een last onder dwangsom geëist dat de overtreder het in zijn macht moet hebben om aan de last te voldoen. Anders zou de dwangsom een 'verkapte' boete worden.

Een voorbeeld waarbij een sluitingsbevel niet langer reparatoir werd geacht, is te vinden in de uitspraak van de ABRvS van 8 september 2010 (AB 2010, 307). De ABRvS overweegt dat de burgemeester een stringent beleid kan voeren ten aanzien van de bestrijding van de drugsproblematiek in zijn gemeente. Een dergelijk stringent beleid dient echter wel binnen de grenzen te blijven die de wet stelt. In de betreffende beleidsnota is de keuze gemaakt de tot dan toe gehanteerde handhavingmatrix te verlaten en over te gaan op het 'one strike you are out'-principe. Volgens de ABRvS blijft deze regel binnen de grenzen van artikel 13b lid 1 Opiumwet. Dit geldt tevens voor het hanteren van in beleidsregels neergelegde vaste sluitingstermijnen. Een beleidsregel die inhoudt dat een inrichting zonder uitzondering wordt gesloten voor de duur van vijf jaar wanneer bij herhaling vanuit die inrichting softdrugs worden verkocht, is naar het oordeel van de ABRvS echter in strijd met het reparatoire karakter van een sluitingsbevel krachtens artikel 13b lid 1 Opiumwet. Dit karakter brengt immers met zich, dat zodra de overtreding is beëindigd - waarbij betrokken mag worden de bekendheid van de inrichting als drugsadres, het wederkeren van de rust in de directe omgeving, de verstorning van de openbare orde en de aantasting van het woon- en leefklimaat - de sanctie dient te worden opgeheven. Nu de door de burgemeester gehanteerde beleidsregels voorzien in een sluiting zonder meer voor de duur van vijf jaar, houden deze beleidsregels onvoldoende rekening met het hierboven genoemde reparatoire karakter van een sluitingsbevel. Temeer nu in de betreffende beleidsnota geen mogelijkheid is opgenomen om te kunnen verzoeken om opheffing van het besluit tot sluiting indien de overtreding is beëindigd. Dat voor de duur van de sluiting voor vijf jaar aansluiting is gezocht bij de DhW, biedt naar het oordeel van de ABRvS geen rechtvaardiging om bij sluitingsbevelen krachtens artikel 13b lid 1 Opiumwet zonder uitzonderingsmogelijkheid een zelfde termijn te hanteren. Bovendien kan met toepassing van de DHw ook worden volstaan met een kortere termijn dan vijf jaar. Een dergelijke mogelijkheid biedt de door de burgemeester gehanteerde beleidsnota niet.

ceci n'est pas
een sancties

Daarnaast moet worden onderscheiden de situatie die weliswaar lijkt op een sanctie, maar dat niet is, althans daarover kan discussie ontstaan. Wanneer een exploitatievergunning wegens het vertonen van slecht levensgedrag wordt ingetrokken, dan kan dit 'voelen' als een sanctie. Echter, ervan uitgaande dat intrekking nodig is omdat niet langer is voldaan aan een voorwaarde om de exploitatievergunning te behouden, is geen sprake van het opleggen van een sanctie.

actieve open-
baarmaking
sancties

Een door een bestuursorgaan opgelegde maatregel die werd aangemerkt als een bestraffende sanctie ("criminal charge") is het zogenaamde alcoholslotprogramma dat door het Centraal Bureau Rijvaardigheid werd gebruikt bij personen die hebben gereden onder invloed. De Hoge Raad oordeelde op 3 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:434) dat deze maatregel gelijk dient te worden gesteld aan de in de strafrechtspleging opgelegde sancties. Indien een betrokkene dan daarna ook door

het OM wordt vervolgd, is er sprake van een situatie waarin iemand tweemaal voor hetzelfde feit wordt vervolgd. De Hoge Raad verwijst in zijn arrest van 3 maart 2015 naar de uitspraak van de ABRvS van 23 oktober 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1643) voor wat betreft de wijze waarop de toetsingscriteria van het EHRM in het bestuursrecht op het alcoholslotprogramma worden toegepast.

1.2.1.2 *Naming and shaming*

Het bekendmaken van het opleggen van sanctiebesluiten via de website van het bestuursorgaan kan ook worden ervaren als 'bestraffend'. Dit staat ook wel bekend als 'naming and shaming' en gebeurt met name bij boeteoplegging door de financiële toezichthouders, zoals de Autoriteit Consument & Markt (ACM), maar ook door Brzo RUD's ingeval overtredingen worden geconstateerd tijdens Brzo-inspecties en door ISZW bij overtredingen op het gebied van bijvoorbeeld de Wet Arbeid Vreemdelingen. Soms worden ook lasten onder dwangsom of bestuursdwang op de gemeentelijke website geplaatst. De algemene bevoegdheidsgrondslag kan worden gevonden in artikel 8 Wob. Ook op het gebied van Asbest is er een speciale "beleidsregel openbaarmaking inspectiegegevens bij zware of ernstige asbestovertredingen". Deze is ook gebaseerd op artikel 8 Wob. Openbaarmaking kan verschillende doelen dienen. Om te beginnen wordt met de publicatie van sanctiebesluiten inzichtelijk welke besluiten genomen worden en kan de burger zelf toetsen of het beleid wordt nageleefd. Daarnaast gaat van publicatie een afschrikwekkende en daarmee preventieve werking uit. Terughoudendheid is zeker geboden. Met name bij publicatie van nog niet onherroepelijke besluiten. Publicaties op internet blijven overtreders 'achtervolgen', omdat dergelijke berichten nooit helemaal verwijderd kunnen worden en dat is met name beschadigend wanneer later blijkt dat ten onrechte een sanctie is opgelegd.

Als voorbeeld wordt verwezen naar een sluitingsbevel gegeven aan een tandartspraktijk. De ABRvS overwoog dat het in het kader van deze toezichthoudende taak past dat sluitingsbevelen worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Ook in het geval van actieve openbaarmaking (artikel 8 Wob) is echter een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere afweging houdt in dit geval in dat het algemene belang dat door openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van appellant geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van de openbaarmaking. Daarbij moet aan het algemeen belang om bovengemelde reden een groot gewicht worden toegekend. Van een onevenredige benadeling zal in een geval als het onderhavige naar het oordeel van de ABRvS sprake kunnen zijn, als het sluitingsbevel in rechte geen stand houdt en daarom ten onrechte publiekelijk kenbaar is gemaakt dat tekortkomingen in de infectiepreventie met ernstig gevaar voor de patiëntveiligheid zijn geconstateerd. Of sprake is van onevenredige benadeling hangt af van een oordeel over de rechtmatigheid van het sluitingsbevel. Het sluitingsbevel is rechtmatig gegeven wegens ernstige tekortkomingen die kunnen leiden tot besmettingsgevaar bij patiënten. Reeds daarom is van onevenredige benadeling in dit geval geen sprake. Openbaarmaking van het sluitingsbevel is nodig om patiënten en collega-tandartsen over de sluiting te informeren. Daarmee heeft de openbaarmaking een informatief karakter voor patiënten en collega-tandartsen en is het geen sanctie met een punitief karakter. Artikel 6 lid 2 EVRM mist hier toepassing, aldus de ABRvS bij uitspraak van 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6576.

Op 2 augustus 2017 oordeelde de ABRvS dat het in het kader van de toezichthoudende taak passend is dat boetebesluiten worden gepubliceerd en dat artikel 8 Wob daarvoor een basis biedt. Op deze wijze wordt bekendheid gegeven aan de uitvoering van het toezicht en wordt de consument gewaarschuwd. De betrokkene kan in bezwaar, indien hij zich verzet tegen openbaarmaking, en voorts kan hij een voorlopige voorziening vragen om de openbaarmaking te schorsen. Openbaarmaking is geen bestraffende sanctie (ECLI:NL:RVS:2017:2086).

Of andere dan de momenteel in de Awb voorziene sancties in de toekomst voor regeling in de Awb in aanmerking komen, hangt ervan af of hun betekenis een specifiek deelterrein van het bestuursrecht ontstijgt. Dat geldt op dit moment eigenlijk uitsluitend voor de intrekking van de begunstigde beschikking. Het voornemen bestaat om op termijn daarvoor in de Awb een regeling te treffen, zij het dan in het bredere kader van de intrekking van beschikkingen in het algemeen. Zover is het echter nog niet.

1.2.2 *Gevolgen kwalificatie bestraffend?*

6 EVRM

Het is van belang te weten of een sanctie bestraffend of op herstel is gericht. Bij het opleggen van bestraffende sancties is er sprake van een “criminal charge” en dan gelden de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, hetgeen betekent dat aan een betrokkene allerlei fundamentele rechten toekomen zoals bijvoorbeeld het zwijgrecht en het recht op rechtsbijstand. Zo is voor een bestraffende sanctie slechts ruimte wanneer sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de overtreder en op grond van het *una via*- en het *ne bis in idem*-beginsel kunnen niet twee bestraffende sancties naast elkaar worden opgelegd. Zie voor de overige eisen die worden gesteld aan bestraffende sancties hoofdstuk 2.8 en hoofdstuk 6.

1.2.3 *Van strafrechtelijke naar bestuurlijke afdoening*

Bestuurlijke handhaving is populair. Het is flexibel, laagdrempelig en relatief snel. Het is daarom niet verwonderlijk dat meer en meer overtredingen die voorheen onder het strafrecht werden afgedaan nu bestuursrechtelijk worden gehandhaafd – mede omdat het strafrechtelijk systeem al jaren zwaar belast is. Dit gebeurt onder andere via de bestuurlijke boete. De oplegging van straffen in de zin van leedtoevoeging als reactie op een door de overheid vastgestelde normovertreding is van oudsher een overheidstaak. Aanvankelijk vond dergelijk bestraffend optreden slechts binnen het strafrecht plaats, met gebruikmaking van het strafrechtelijk instrumentarium. In de loop van de jaren is echter ook het bestuursrechtelijk instrumentarium steeds meer tot ontwikkeling gekomen. In aanvulling op de last onder dwangsom en bestuursdwang heeft de bestuurlijke boete meer terrein gewonnen. Deze ontwikkeling is als volgt te verklaren. In een aantal gevallen bestond de wens om te komen tot een eenvoudige afdoening van strafbare feiten die gemakkelijk vast te stellen zijn. En aan de andere kant kwamen juist gecompliceerde beleidsterreinen tot ontwikkeling waarop voor de handhaving specifieke kennis benodigd was die niet bij politie en justitie voorhanden was maar wél bij een gespecialiseerd bestuursorgaan. In beide gevallen was de voor de hand liggende oplossing dat gezocht werd naar handhaving met bestuursrechtelijke instrumenten. Deze ontwikkeling wordt niet door iedereen toegejuicht. Ook vanuit de rechtspraak zijn zo nu en dan bezorgde geluiden te horen.

Zo bracht de ABRvS op 13 juli 2015 een ongevraagd advies uit waarin onder andere werd geconcludeerd dat de rechtsbescherming in het bestuurs- en in het strafrecht veel van elkaar verschillen, terwijl het ook in het bestuursrecht om punitieve sancties kan gaan. De ABRvS suggereerde dat er grenzen zouden kunnen worden gesteld aan de gevallen waarin bestuurlijke boeten worden opgelegd. Daarnaast stelde de ABRvS dat het goed zou zijn om, indien behoefte bestaat aan hoge boeten, de zaak strafrechtelijk af te doen. Het advies komt in Hoofdstuk 6 van dit boek uitgebreider aan bod. Naar aanleiding van dit advies verscheen in mei 2018 een nader rapport van het kabinet.

Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2018/05/14/tk-bijlage-na-der-rapport-bestuurlijke-boetestelsels/tk-bijlage-nader-rapport-bestuurlijke-boetestelsels.pdf>.

Het kabinet constateert in dit nader rapport dat zowel het strafrecht als het punitieve bestuursrecht (bestuurlijke boete) onmisbaar zijn voor de effectieve handhaving van grote delen van het recht. Behalve voor zeer ernstige overtredingen – waarvoor het strafrecht evident en bij uitstek aangewezen is – is het precies afbakenen van beide punitieve stelsels niet mogelijk.

Zie: TK 2005-2006, 29 849, nr. 30, p. 2: ‘De keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening’.

1.2.4 *Strafrechtelijk*

verschillen
strafrecht en
bestuursrecht

Het strafrecht behoort, evenals het bestuursrecht, tot het publiekrecht. Het bestuursrecht betreft de verhouding tussen de burger en de overheid. Het strafrecht richt zich op het beschermen van de openbare orde en het garanderen van de veiligheid in de samenleving door de opsporing, vervolging en berechting van strafbaar gestelde feiten. Vóór de introductie van de strafbeschikking was het belangrijkste verschil tussen strafrecht en bestuursrecht dat de sancties in het strafrecht exclusief door een onafhankelijke en onpartijdige rechter werden opgelegd. In het bestuursrecht worden de

sancties door het bestuur opgelegd. Beoordeling vindt pas achteraf plaats door een rechter, indien de beboete persoon de boete niet accepteert. Strafrecht is sanctierecht: het treedt in werking als een reactie op een eerdere normovertreding. Door het toevoegen van leed beoogt het de inbreuk op de rechtsorde die door de normovertreding is ontstaan te compenseren. Als zodanig staat het strafrecht ten dienste van het bestuursrecht. De rechtsgebieden hebben weliswaar overeenkomsten, maar zij worden ieder op eigen wijze genormeerd. De Awb is uitdrukkelijk niet van toepassing op de opsporing van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen (artikel 1:6, aanhef, en sub a, Awb). Hiermee is een, theoretisch strikte, scheiding aangebracht.

1.2.4.1 *Keuze: strafrecht of bestuursrecht?*

ultimum remedium

Strafrecht is altijd beschouwd als ultimum remedium. In het algemeen kan worden gesteld dat bij de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht, het handhaven door middel van bestuursrechtelijke sancties de voorkeur moet hebben. Samenloop is echter mogelijk. Onder bepaalde omstandigheden kan het zelfs wenselijk zijn om, in aanvulling op het toepassen van bestuursdwang of het innen van een dwangsom, strafrechtelijk op te treden. In artikel 5:44 Awb is een afstemmingsregeling opgenomen voor het OM en bestuursorganen.

una via

Artikel 5:44 Awb ziet op de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties. Wanneer voor een overtreding aan iemand reeds een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, kan hem voor dezelfde overtreding niet ook nog eens een bestuurlijke boete worden opgelegd. En omgekeerd geldt hetzelfde. Nadat aan iemand een bestuurlijke boete is opgelegd, kan in beginsel geen strafrechtelijke sanctie meer worden opgelegd. Het OM zal in die gevallen niet-ontvankelijk worden verklaard. Deze regelingen zijn van belang omdat het nogal eens voorkomt dat de wet op overtreding van een voorschrift zowel een strafsancie als een bestuurlijke boete stelt. Het gaat er niet slechts om dat geen twee straffen worden opgelegd. Voorkomen moet worden dat iemand nodeloos tweemaal in een sanctieprocedure ('criminal charge') wordt betrokken voor dezelfde overtreding. De keuze voor een van beide wegen dient op enig moment definitief te zijn. Het kan niet zo zijn dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt, de overheid het dan zonder meer nog eens langs de andere weg kan proberen. Artikel 5:44 Awb regelt dit 'una-via'-beginsel. Toch zijn de mogelijkheden voor de cumulatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties de afgelopen jaren eerder toegenomen dan afgenomen. In het arrest "A en B tegen Noorwegen" van het EHRM van 15 november 2016 (AB 2017/188) (ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011) en in de zaak Menci (ECLI:EU:C:2018:197) worden criteria beschreven waaronder het toch toelaatbaar is dat eerst bestuursrechtelijk en vervolgens ook strafrechtelijk 'bestraffend' wordt gehandhaafd. De cumulatie moet voorzienbaar zijn en de procedures moeten complementaire doelen hebben. Daarnaast moeten de verschillende autoriteiten samenwerken. En uiteindelijk moet het totale sanctiepakket altijd evenredig zijn.

1.2.4.2 *Afstemming OM en gemeenten*

handhavingsarrangement

Een en ander impliceert uiteraard dat het OM en de gemeente met elkaar in overleg zullen moeten treden over de vraag of de overtreding strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk zal worden afgedaan. Daarom bepaalt artikel 5:44 lid 2 Awb dat het bestuursorgaan – dat bij overtredingen waarvoor bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd in de praktijk veelal als eerste op de hoogte is van de overtreding – in beginsel gehouden is de overtreding aan de OvJ voor te leggen. De OvJ beslist, zo is het uitgangspunt. Bij grotere aantallen overtredingen is het echter niet doelmatig en uit een oogpunt van een consistent beleid ook minder gewenst, dat dit overleg over iedere individuele overtreding plaatsvindt. De praktijk is dan ook dat OM en gemeente in dergelijke gevallen in onderling overleg criteria formuleren voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening. Deze criteria plegen te worden neergelegd in een convenant en/of in vervolgingsrichtlijnen van het OM. Daarom bepaalt artikel 5:44 lid 2 Awb dat een overtreding niet hoeft te worden voorgelegd aan de OvJ wanneer daarover afspraken zijn gemaakt tussen gemeente en OM. Het eerder genoemde driehoeksoverleg is de meest voor de hand liggende plek om die afspraken te maken. Een van de mogelijkheden is om een handhavingsarrangement af te sluiten. Handhavingsarrangementen zijn beleidsdocumenten waarin afspraken over het gecombineerd optreden van gemeentebestuur, OM en politie zijn neergelegd. Hierdoor kunnen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke

instrumenten op elkaar worden afgestemd. De noodzaak van samenwerking tussen gemeentebeestuur, OM en politie voor een goede handhaving behoeft nauwelijks betoog. In een handhavingsarrangement wordt concreet aangegeven wat de sancties zijn bij overtreding van voorschriften. Gemeente, politie en OM hebben ieder eigen bevoegdheden op het terrein van handhaving. Het arrangement maakt inzichtelijk wanneer, door wie, met welk juridisch instrumentarium en met welke consequenties wordt opgetreden.

Zie bijvoorbeeld het Handhavingsarrangement Prostitutiebeleid Gemeente Rotterdam (<https://www.rotterdam.nl/werken-leren/prostitutie/prostitutienota.pdf>)

1.2.4.3 *Gemeentelijke strafbepalingen*

Vele gemeentelijke verordeningen kennen strafbepalingen. Op grond van artikel 154 Gemeentewet kan de gemeenteraad overtreding van de bepalingen in een verordening strafbaar stellen. Voor de gemeente kan dit betekenen dat aangifte kan worden gedaan op het moment dat een overtreding van wettelijke bepalingen plaatsvindt. Het is vervolgens aan het OM om tot strafvervolgning over te gaan. Hierover kunnen in de lokale driehoek afspraken worden gemaakt.

1.2.4.4 *Bestuurlijke boete/bestuurlijke strafbeschikking*

Gemeenten kunnen op grond van artikel 154b Gemeentewet ervoor kiezen op overtreding van bepalingen uit verordeningen (met name de APV) de sanctie van het opleggen van een bestuurlijke boete op te nemen. Het betreft zogenoemde 'kleine ergernissen', zoals wildplassen en verkeerd aanbieden van huisvuil.

Gemeenten kunnen er ook voor kiezen om tegen dergelijke overtredingen strafrechtelijk op te treden door middel van een (bestuurlijke) strafbeschikking als bedoeld in artikel 257b Sv, zoals nader uitgewerkt in het Besluit OM-afdoening. Als de gemeente kiest voor de bestuurlijke boete, dan geldt die keuze voor alle feiten, bedoeld in artikel 154b, eerste lid, Gemeentewet. Die feiten vallen dan buiten de reikwijdte van de bestuurlijke strafbeschikking. Als derde optie kan de gemeente ervoor kiezen om het optreden tegen deze overtredingen geheel over te laten aan de politie en het OM.

Op 12 december 2016 zijn de boetebedragen in de bijlage bij het Besluit bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte (Bboor) aangepast om de verschillen weg te nemen tussen de bedragen in die bijlage en de hoogte van de boeten die voor deze overlast gevende gedragingen worden opgelegd in strafbeschikkingen.

Veel gemeenten maken voor overlast in de openbare ruimte gebruik van de strafbeschikking. De boetebedragen die worden opgelegd in strafbeschikkingen staan in de «Tekstenbundel voor misdrijven, overtredingen en Mulder gedragingen», die jaarlijks landelijk wordt vastgesteld door het OM (hierna: OM-Tekstenbundel). De bedragen van de strafbeschikking zijn sinds de introductie van dat instrument jaarlijks geïndexeerd.

Er was tot 2016 geen noodzaak om de bijlage bij het Bboor te actualiseren, omdat gemeenten geen gebruik maakten van de bestuurlijke boete. Inmiddels is hier verandering in gekomen: de Gemeente Den Haag gebruikt deze wel (zie <https://www.denhaag.nl/nl/meldingen/meldingen-openbare-ruimte/boete-overlast-bestuurlijke-boete-overlast-openbare-ruimte.htm>). Met de wijziging van het Bboor worden de boetebedragen in beide 'kolommen', bestuursrecht en strafrecht, gelijkgetrokken. Dat voorkomt rechtsongelijkheid, binnen de gemeenten die de bestuurlijke boete hanteren (waar de politiebevoegd blijft om voor deze overtredingen een strafbeschikking uit te vaardigen) en tussen de gemeenten die de bestuurlijke boete hanteren en de gemeenten die de strafbeschikking hanteren. Dit betekent dat de hoogte van de bestuurlijke boete moet zijn afgestemd op de hoogte van de boeten zoals die door het OM wordt gehanteerd. De tarieven worden jaarlijks gecorrigeerd met de consumentenprijsindex.

Een gedraging die kan leiden tot overlast in de openbare ruimte, is bestuurlijk beboetbaar indien: de gedraging krachtens artikel 154 Gemeentewet strafbaar is gesteld in een verordening van de

gemeenteraad en niet valt onder artikel 2 Bboor (negatieve lijst), dan wel de gedraging in de gemeentelijke afvalstoffenverordening is aangeduid als strafbaar feit en valt onder de limitatieve opsomming van artikel 3 Bboor (positieve lijst).

De onder a bedoelde gedragingen zien uitsluitend op voorschriften die strafbaar zijn op grond van de autonome verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad (artikel 149, in samenhang met artikel 154 Gemeentewet). Volgt de strafbaarheid reeds uit een andere wet, bijvoorbeeld uit de Wet op de economische delicten, dan is het voorschrift niet bestuurlijk beboetbaar op basis van het Bboor. Omwille van de overzichtelijkheid ligt het in de rede dat iedere gemeente die heeft gekozen voor de invoering van de bestuurlijke boete zelf een volledig overzicht publiceert van de boetebedragen die binnen de gemeente gelden.

Naast de bestuurlijke boete kunnen gemeenten in bepaalde, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gevallen kiezen voor de bestuurlijke strafbeschikking (zie art 257ba Sv). De wet OM-afdoening die hierin voorziet, is in werking getreden op 1 februari 2008. Gemeenten maken hiervan vanaf 2009 gebruik. Waar de bestuurlijke boete een bestuurlijk sanctie-instrument is, is de bestuurlijke strafbeschikking een strafrechtelijk sanctie-instrument dat valt onder het regime van het Sv. Zowel ingeval van de bestuurlijke boete als ingeval van de bestuurlijke strafbeschikking wordt de sanctie in beginsel opgelegd zonder tussenkomst van de rechter.

verzet tegen
strafbeschikking

Wanneer een bestuurlijke strafbeschikking wordt opgelegd kan de overtreder verzet doen bij het parket van de OvJ binnen veertien dagen nadat de strafbeschikking aan hem in persoon is uitgereikt (artikel 257e lid 1 Sv). Doet hij dit niet, dan is de strafbeschikking onherroepelijk en kan deze ten uitvoer worden gelegd. De bestuurlijke strafbeschikking wordt aangekondigd door een BOA van de gemeente. Het CJIB zorgt voor het verzenden van de strafbeschikking en het innen van de geldboete.

Als gemeenschappelijk voordeel van de beide instrumenten geldt dat de gemeentelijke handhaving flexibeler wordt, doordat gemeenten meer sancties ter beschikking staan. Zoals het geval is met de boete wegens fout parkeren, is het lik-op-stuk-karakter van deze instrumenten groot. De burger heeft het gevoel dat de 'pakkans' groot is, waardoor deze instrumenten tevens preventief werken.

verschillen
boete/straf-
beschikking

Er zijn ook wezenlijke verschillen. Tegen een boetebesluit staan de reguliere bestuursrechtelijke mogelijkheden van bezwaar en beroep open en zullen de procedurele waarborgen uit de Awb in acht moeten worden genomen. Bij invoering van de bestuurlijke boete is de gemeente geheel verantwoordelijk voor de handhaving en kan niet worden teruggevallen op de politie. Deze nadelen brengen kosten met zich mee die zich niet laten dekken door de opbrengsten van de bestuurlijke boete. Deze opbrengsten vloeien weliswaar geheel in de gemeentekas, maar de boetebedragen zijn niet van die omvang dat zij kostendekkend zijn. Echter, de voordelen van dit instrument maken tegelijkertijd dat de kosten voor gemeenten beperkter zijn. Een bestuurlijke strafbeschikking kan niet alleen door een gemeentelijke BOA, maar ook door de politie worden opgelegd. De strafbeschikking legt dus een minder zware last op de beschikbare toezichtcapaciteit.

Zie ook meer in het algemeen <https://vng.nl/onderwerpenindex/recht/apv/bestuurlijke-boete-bestuurlijke-strafbeschikking>

1.2.5 *Privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke sancties*

In de Grondwet noch in de Gemeentewet is bepaald dat een privaatrechtelijke weg niet gevolgd mag worden om een publiekrechtelijk doel te behalen. In de Awb is wel in artikel 3:1 lid 2 bepaald dat de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten. Andere handelingen betreffen privaatrechtelijk handelen en feitelijk handelen. Zo zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op privaatrechtelijk en feitelijk handelen van bestuursorganen, tenzij de aard van de handelingen zich daartegen verzet. In artikel 3:14 BW is de spiegelbepaling opgenomen. Deze bepaling houdt in dat

Privaatrechtelijk
handelen en de
Awb

iemand een bevoegdheid krachtens het privaatrecht niet mag uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit artikel maakt volgens de toelichting duidelijk dat in het geval de overheid zich van privaatrechtelijke bevoegdheden bedient, dit niet in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mag gebeuren.

In bijzondere wetten kan het verboden zijn om de privaatrechtelijke weg te volgen. Een voorbeeld is te vinden in artikel 122 Woningwet:

'De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2, is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.'

In bijzondere wetten kan het ook juist uitdrukkelijk zijn toegestaan om langs privaatrechtelijke weg te handhaven. Een voorbeeld betreft artikel 5.26 Wabo. Op grond van dat artikel kan de overheid de kosten van het verwijderen van afvalstoffen ten aanzien waarvan in strijd is gehandeld met de Wm verhalen op degene door wiens onrechtmatige daad die kosten zijn veroorzaakt.

doorkruisings-
leer

Privaatrechtelijk handelen door de gemeente kan echter afstuiten op de zogeheten doorkruisingsleer.

Algemene regel en uitgangspunt zijn dat uitgaven van overheden uit de algemene middelen ter ongedaanmaking van onrechtmatig veroorzaakte schade via een actie uit onrechtmatige daad op de veroorzaker verhaald kunnen worden. Dat die uitgaven gemaakt zijn ter uitvoering van een publieke taak en dus zijn te relateren aan het dienen van publieke of algemene belangen, doet daaraan in beginsel niet af (HR 14 oktober 1994 NJ 1995/720 (ECLI:NL:HR:1994:ZC1482) en HR 8 maart 2002 NJ 2003/372 (ECLI:NL:HR:2002:AD8170) (Wrakkenwet-arresten) en HR 25 maart 2011, 139 (ECLI:NL:HR:2011:BP2310) (Verkiezingsfraudeur)).

uitputtende
publiekrechtelij-
ke regeling

Uitzondering op die algemene regel doet zich voor wanneer aan dat kostenverhaal een wettelijke regeling, impliciet of expliciet, in de weg staat. Dat is het geval wanneer er sprake is van een uitputtende publiekrechtelijke regeling waarin de mogelijkheid tot vergoeding van kosten is geopend, of wanneer vergoeding van kosten in zo'n regeling, impliciet of expliciet, juist wordt uitgesloten. Kostenverhaal langs privaatrechtelijke weg zou dan op onaanvaardbare wijze de publiekrechtelijke regeling doorkruisen.

Indien de publiekrechtelijke regeling geen mogelijkheid tot kostenvergoeding biedt, maar evenmin een expliciet verbod op verhaal van kosten kent, dient aan de hand van de inhoud en de strekking van de regeling – zulks mede in verband met de aard van de taak van het overheidsorgaan en de aard van de kosten – beoordeeld te worden of er met een privaatrechtelijke actie sprake is van onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling (HR 26 januari 1990 NJ 1991/393 (ECLI:NL:HR:1990:AC0965) (Windmill), HR 21 december 1992 NJ 1994, 639 (ECLI:NL:HR:1992:ZC0788) (Brandweerkostenarrest), HR 21 maart 2003 AB 2005, 59 (ECLI:NL:HR:2003:AF2835) (Premiefraude)).

Bij de keuze tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden kan het volgende stappenplan worden aangehouden:

1. zoek in de (toelichting op de) publiekrechtelijke regeling zelf of de regeling antwoord geeft op de vraag of naast de publiekrechtelijke weg ruimte bestaat voor privaatrechtelijk handelen;
2. wanneer de publiekrechtelijke regeling of de toelichting daarop zwijgen, zal gekeken moeten worden of het gebruik van het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist;
3. om die vraag te kunnen beantwoorden zal beoordeeld moeten worden:
 - a. wat de inhoud en strekking van de regeling is;
 - b. in hoeverre in rechtsbescherming is voorzien voor (derde)belanghebbende; en
 - c. of via het publiekrecht een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als via de privaatrechtelijke weg.

Een goed voorbeeld vormt de zaak waarbij gemeenten kosten wilden verhalen op de Staat als gevolg van een ongeval, met een Apache-helikopter, waardoor er een stroomstoring ontstond. Vier gemeenten hebben kosten moeten maken ter bestrijding van de gevolgen van die stroomstoring en zij hebben de piloten en de Staat gedagvaard op grond van onrechtmatige daad en werkgeversaansprakelijkheid. Op 24 juni 2016 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in deze zaak (ECLI:NL:HR:2016:1278 (Staat c.s. Gemeenten)). Uit dit arrest blijkt dat de doorkruisingsleer ook van toepassing is wanneer lagere overheden kosten wensen te verhalen op de Staat.

De kosten konden in dit geval toch op de Staat verhaald worden. Deze mogelijkheid leidt ook niet tot een dubbele vergoeding van de door een gemeente gemaakte kosten. De bijdrage die een gemeente op de voet van art. 25 Wvro heeft ontvangen, strekt immers in mindering op de in het kader van het kostenverhaal aan haar te betalen schadevergoeding.

Een ander voorbeeld betreft de zogeheten 'Ruimte-voor-ruimte' regeling (ECLI:NL:HR:2017:483). De gemeente mag in een bevoegdheidsovereenkomst planologische medewerking afspreken in ruil voor het 'inleveren' van de milieurechten van de agrarische activiteit ter plaatse, mits er voldoende verband bestaat tussen de door de gemeente gestelde voorwaarden, in het bijzonder het slopen van stallen en het uit de markt halen van fosfaten, en de planologische medewerking door de gemeente. De initiatiefnemer stelt zich op het standpunt dat hij de betreffende agrariër heeft moeten uitkopen en dat daarom sprake is van kostenverhaal door de gemeente, buiten de mogelijkheden zoals neergelegd in de Wro en de Gemeentewet. Volgens de HR gaat dit verweer niet op, omdat initiatiefnemer voor de planologische medewerking door de gemeente niet hoeft te betalen. Het gaat hier namelijk niet om kosten die de gemeente zelf zou hebben moeten maken als initiatiefnemer niet zou zorgdragen voor die sloop van stalruimte en intrekking van milieurechten, en die de gemeente door het stellen van die voorwaarden dus in feite zou afwentelen op initiatiefnemer. De RvR-regeling strekt slechts tot stimulering van die sloop en intrekking, door van degene die met gebruikmaking van die regeling planologische medewerking aan woningbouw wenst te vergen dat hij zorgt voor een ruimtelijke kwaliteitsverbetering die deze medewerking in het kader van die regeling kan rechtvaardigen. Daarmee blijft de RvR-regeling met de met deze voorwaarden bedongen (planologische) uitruil binnen de mogelijkheden die de wet een gemeente laat. Van kostenverhaal of een onaanvaardbare doorkruising van de Wro en de Gemeentewet is dus geen sprake.

Er zijn gedachten geweest om in de Awb een regeling op te nemen voor de samenloop tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sancties. Het is uiteindelijk niet zo ver gekomen omdat onder andere niet helemaal duidelijk is wat onder privaatrechtelijke sancties moet worden verstaan (TK II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 42). Bovendien is geoordeeld dat de rol van privaatrechtelijke sancties bij de handhaving van het bestuursrecht zodanig beperkt is, dat er geen reden is daarvoor een regeling te treffen in de Awb.

Hierna volgen enkele voorbeelden van de inzet van het privaatrecht bij de bestuursrechtelijke handhaving.

1.2.5.1 *Conformiteitsbeoordelingen*

Als vorm van privaatrechtelijke inzet bij handhaving wordt gewezen op het gebruik van zogenaamde 'conformiteitsbeoordelingen' door een onafhankelijke private instelling. Dr. A.R. Neerhof wijst erop dat een verantwoord gebruik van conformiteitsbeoordeling betekent dat is gewaarborgd dat de vervulling van handhavingstaken voldoet aan eisen die daaraan door het recht worden gesteld: voortvarendheid, niet-vooringenomenheid, zorgvuldigheid en een evenwichtige afweging van de betrokken belangen.

Voor een gedetailleerde beschrijving van deze materie wordt verwezen naar de bijdrage van Dr. A.R. Neerhof: 'Gebruik van private beoordelingen bij bestuursrechtelijke handhaving: kansen en bedreigingen', in: NTB 2011, 44.

Conformiteitsbeoordeling houdt in dat een onafhankelijke instelling beoordeelt of een product, dienst, persoon of systeem aan bepaalde gespecificeerde eisen voldoet (ook wel certificatie genoemd). De conformiteitsverklaring kan worden gezien als een deskundigenadvies. Daarom zal getoetst moeten worden of de beoordeling consistent is en de inhoud van het oordeel de conclusie kan dragen en tevens of het oordeel op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen (de zogenaamde

vergewisplicht, die ook besloten ligt in artikel 3:2 en 3:9 Awb). Dergelijke beoordelingen passen in een samenleving van deregulering en zelfregulering. Bovendien is dit een passend antwoord op het gegeven dat gemeenten niet zelf de specialistische kennis in huis hebben om ingewikkelde processen, producten of systemen goed te beoordelen.

Een ander voorbeeld is de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (verwacht wordt dat deze wet pas in werking treedt in 2021, als ook de Omgevingswet in werking treedt). Aanvankelijk was het de bedoeling om de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen vanaf 2018 stapsgewijs in te voeren. Voor gemeenten heeft het wetsvoorstel gevolgen voor de technisch-inhoudelijke toetsing aan het Bouwbesluit 2012, die grotendeels komt te vervallen en zij houden geen toezicht meer tijdens de bouw wat betreft de naleving van die voorschriften. In plaats daarvan toetsen zij of toegelaten instrumenten voor kwaliteitsborging worden toegepast die geschikt zijn voor de risicoklasse van het bouwwerk en of de gekozen kwaliteitsborger gerechtigd is om het instrument toe te passen.

1.2.5.2 Convenanten en handhavingscontracten

Met name op het terrein van de lokale veiligheid worden steeds meer convenanten afgesloten. De horeca-convenanten veilig uitgaan, handhavingscontracten die worden gesloten met probleemjongeren of alcoholgebruik in sportkantine zijn hier goede voorbeelden van.

Zie: <https://asc62.nl/dalfser-voetbalverenigingen-ondertekenen-convenant-met-gemeente/> 'FF Kappe contract', www.vng.nl/Praktijkvoorbeelden/DI/2008/Rotterdam_ff-kappe.pdf en www.rotterdam.nl/ff_kappe en de evaluatie van dit project: <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epm-j1ey0/vi3udoxeb5wt>

Ook in het kader van voetbalvandalisme, wijkaanpak en drugsoverlast worden convenanten afgesloten. Het bedrijfsleven kan zichzelf zowel op landelijk als lokaal niveau regels opleggen. Voorbeelden van een dergelijke zelfregulering zijn de codes voor verantwoorde verstrekking van alcoholhoudende dranken van Koninklijke Horeca Nederland, het Platform Verkoop Alcoholhoudende Dranken voor Thuisgebruik en de Reclamecode voor Alcoholhoudende Dranken, die is opgesteld door de Stichting Verantwoord Alcoholgebruik.

Zie: Loketgezondleven.nl Bilkthoven: RIVM, www.loketgezondleven.nl versie 2.28, 15 mei 2012.

Tegen het niet naleven van een convenant kan niet direct handhavend worden opgetreden. Handhaving zal gericht moeten zijn op overtredingen waarover in het convenant nu juist afspraken waren gemaakt.

1.2.6 Ondernijning

Er is bij de overheid grote zorg over de ontwikkeling van de aard en omvang van georganiseerde criminaliteit en de ondermijnende werking daarvan voor de samenleving en de rechtstaat.

Wanneer het begrip "ondernijning" wordt gehanteerd, wordt meestal "ondernijnende criminaliteit" bedoeld. Door het OM wordt dergelijke criminaliteit gedefinieerd als "criminaliteit die maatschappelijke structuren of het vertrouwen daarin schaadt".

Ondernijnende criminaliteit is in eerste instantie slecht zichtbaar – in tegenstelling tot zogenaamde "high impact crime", waaronder overvallen en ramkraken bijvoorbeeld vallen. Maar indien bijvoorbeeld geld wordt witgewassen in zonnestudio's of in de horeca, valt dat niet meteen op. Dat geldt ook voor corruptie en omkoping: het is slecht zichtbaar vanaf de buitenkant. En indien zich ergens een drugsband bevindt, is ook dat niet per se waarneembaar, of de directe omgeving weet niet goed wat er tegen te doen is.

De overheid realiseert zich dat er meer voor nodig is dan de inzet van het strafrecht om dergelijke ondernijnende criminaliteit te bestrijden (zie ook NJB 2019/1372). Dit heeft tot heel veel samenwerkingsverbanden en barrièremodellen geleid. Ook heeft de Minister al in 2017 een Ondernijningwet aangekondigd.

In het kader van dit boek beperken wij ons tot de bevoegdheden die aan gemeenten zijn toegekend om ondermijnende criminaliteit te helpen bestrijden. Deze mogelijkheden worden ruimer, en vanuit de politiek wordt dan ook steeds vaker gerekend op daadkrachtig optreden door strijdlustige burgemeesters.

Een voorbeeld van een bevoegdheid die in dit kader aan de burgemeester is toegekend, is de op artikel 13b van de Opiumwet gebaseerde bevoegdheid om een woning te sluiten wanneer daar een handelshoeveelheid drugs wordt aangetroffen. Deze bevoegdheid, ook wel bekend als “Wet Damocles”, wordt op steeds ruimere schaal toegepast. Dit leidde ertoe dat de ABRvS op 28 augustus 2019 een zogenoemde overzichtsuitspraak deed (ECLI:NL:RVS:2019:2912). Op deze uitspraak wordt hieronder uitgebreider in gegaan.

Een ander voorbeeld is de mogelijkheid tot sluiting van een woning indien door gedragingen in de woning de openbare orde rond de woning wordt verstoord; deze mogelijkheid staat genoemd in artikel 174a Gemeentewet en wordt de “Wet Victoria” genoemd.

Verder moet in dit kader de wet Bibob worden genoemd. Die wet beoogt te voorkomen dat criminele activiteiten worden gefaciliteerd door het verlenen van vergunningen of bijvoorbeeld door het aangaan van vastgoedtransacties. In maart 2019 is een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer dat ziet op verdere uitbreiding van de Wet Bibob.

Naast de specifieke bevoegdheden die voortvloeien uit specifieke wetten, zoals bijvoorbeeld het sluiten van drugspanden op basis van artikel 13b Opiumwet, worden tevens algemene bevoegdheden en noodbevoegdheden uit de Gemeentewet toegepast door de burgemeester om ondermijnende criminaliteit (overlast, ordeverstoringen en het voorkomen van gevaar) tegen te gaan. De vraag is hoe het hanteren van deze algemene bevoegdheden zich verhoudt tot een aantal belangrijke grondrechten. Wij wijzen in dit verband op de actuele ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot de beschieting van woningen.

Nadat in jurisprudentie van de ABRvS duidelijk was geworden dat artikel 174a van de Gemeentewet de burgemeester enkel de bevoegdheid geeft een woning te sluiten wanneer vanuit die woning de openbare orde rond de woning wordt verstoord, is door veel burgemeesters bij beschietingen op woningen teruggegrepen op de zogenoemde lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172, derde lid, van de Gemeentewet. Zie voor deze jurisprudentielijn van de ABRvS onder andere ABRvS 16 februari 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BP4697). Op basis van dit artikel is de burgemeester bevoegd bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan de bevelen te geven die hij noodzakelijk acht voor de handhaving van de openbare orde.

De rechtbank Rotterdam komt eind juli 2018 echter tot de conclusie dat de lichte bevelsbevoegdheid niet als grondslag kan worden gebruikt voor het sluiten van een woning en het opleggen van een gebiedsontzegging. Daarbij werd overwogen dat het sluiten van een woning een zeer verstrekkende maatregel is met ingrijpende gevolgen. Hiermee wordt inbreuk gemaakt op een grondwettelijk beschermd grondrecht (het huisrecht in artikel 10), terwijl de wettekst van artikel 172, derde lid, dit niet expliciet mogelijk maakt.

Uiteindelijk heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland eind september 2018 geoordeeld dat de beschieting van een woning eveneens aangemerkt kan worden als een ernstige wanordelijkheid en de kans op herhaling als ernstige vrees voor het ontstaan daarvan (Rb. Gelderland (vz.) 28 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4125). Dit zette de deur open om als noodbevel in de zin van artikel 175 van de Gemeentewet de sluiting van een woning te gelasten en een gebiedsverbod op te leggen naar aanleiding van schietincidenten. Op basis van artikel 175 van de Gemeentewet mag de burgemeester immers in noodsituaties alle bevelen geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. Bij de beoordeling van het noodbevel komt het dan aan op een belangenafweging tussen enerzijds de bescherming van het algemeen belang en anderzijds het belang van het respecteren van grondrechten van bewoners. Inmiddels heeft ook de Rechtbank Rotterdam in twee uitspraken van 13 maart 2019 deze

jurisprudentieel overgenomen en is de sluiting van een woning naar aanleiding van een schietincident op grond van artikel 175 van de Gemeentewet geaccepteerd (Rb. Rotterdam (vz.) 13 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2053 en Rb. Rotterdam (vz.) 13 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2054).

Het is overigens nog maar de vraag voor hoelang de burgemeester de sluiting van een woning of een gebiedsverbod moet baseren op artikel 175 van de Gemeentewet. Nieuwe en ruimere sluitingsbevoegdheden voor de burgemeester worden namelijk momenteel door de politiek gezien als een belangrijk onderdeel van de aanpak van ondermijnende criminaliteit. Zo zijn per 1 januari 2019 de bevoegdheden van de burgemeester om een drugspand te sluiten al verruimd door een aanpassing van artikel 13b van de Opiumwet. Niet alleen de aanwezigheid van soft- of harddrugs, maar ook de aanwezigheid van voorwerpen of stoffen die bestemd zijn voor de productie van drugs (zoals chemicaliën of versnijdingsmiddelen) geven de burgemeester nu de bevoegdheid om het pand te sluiten. Daarnaast werd onlangs duidelijk dat er een eerste concept is opgesteld van een wetsvoorstel om in de Gemeentewet een specifieke sluitingsbevoegdheid op te nemen in het geval van beschieting van een woning of bij het aantreffen van wapens in de woning. Dit in aanvulling op de in de praktijk lastig te hanteren sluitingsbevoegdheid van artikel 174a van de Gemeentewet. Naar verwachting wordt dit wetsvoorstel zeer spoedig in consultatie gebracht.

Op 28 augustus 2019 deed de ABRvS een overzichtsuitspraak met betrekking tot de bevoegdheid van burgemeesters om tot sluiting van woningen over te gaan ECLI:NL:RVS:2019:2912. In deze uitspraak wordt het toetsingskader uiteengezet. In de uitspraak wordt onder meer duidelijk dat de burgemeester de bescherming van het woon- en leefklimaat en het herstel van de openbare orde mag meewegen in de beoordeling of sluiting van de woning noodzakelijk is. Voor de ernst en omvang van de overtreding is dan mede van belang of er feitelijk in of vanuit de woning drugs worden verhandeld. Daarnaast moet de burgemeester ook in ieder concreet geval beoordelen of het sluiten van de woning evenredig is. Daarbij is onder andere van belang of de bewoners wisten of konden weten dat er drugs in de woning aanwezig waren en zo ja, of hen dat kon worden verweten. Ook de persoonlijke gevolgen voor de bewoners of de aanwezigheid van medische omstandigheden of minderjarige kinderen zijn daarbij van belang.

Na dit algemeen inleidende hoofdstuk, waarin diverse onderwerpen zijn aangestipt, zal in de volgende hoofdstukken dieper worden ingegaan op de volgende aspecten van handhaving:

- toezicht;
- algemene bepalingen die van toepassing zijn op bestuurlijke handhaving;
- beginselplicht tot handhaven en gedogen;
- bestuurlijke herstelsancties;
- bestuurlijke boete;
- invordering en kostenverhaal.

2 Toezicht

2.1 Inleiding

een definitie

Het toezicht op de naleving is vaak de eerste schakel in het handhavingproces. In de Awb is geen definitie opgenomen van toezicht. Toezicht op de naleving is in de "100 Ideeën voor de gemeentelijke regelgever" als volgt omschreven, waarbij toezicht direct wordt onderscheiden van opsporing:

'1. De werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd, worden aangeduid als 'toezicht op de naleving' van die voorschriften.

2. De werkzaamheden ter vaststelling in concrete gevallen of een strafbaar feit is gepleegd op basis van een redelijk vermoeden dat dit het geval is, worden aangeduid als 'opsporing' van die feiten.

Toelichting:

Het is van belang toezicht te onderscheiden van opsporing. Weliswaar hebben toezichthouders soms ook opsporingsbevoegdheid, maar met het oog zowel op de rechten van de belanghebbende, respectievelijk verdachte, als op de verhouding tot het openbaar ministerie moet zoveel mogelijk duidelijk zijn wanneer sprake is van toezicht en wanneer van opsporing. Zie over de verhouding tussen toezicht en opsporing de parlementaire stukken betreffende de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (vooral Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, blz. 47-50 en Kamerstukken I 1995/96, 23 700, nr. 185b).

In de gevallen waarin hetzij toezicht, hetzij opsporing wordt bedoeld, worden voor deze activiteiten termen als 'controle', 'inspectie' of 'handhaving' vermeden. Deze termen geven onvoldoende weer of het gaat om toezicht of om opsporing. Wel kan in toelichtende stukken de term 'handhaving' worden gehanteerd voor het geheel van handhavingsmechanismen.'

preventieve
werking
toezicht

Toezicht heeft in het kader van handhaving naast het constateren van overtredingen ook preventieve werking. Toezicht houden betekent ook dat informatie wordt gegeven en uitgewisseld over bijvoorbeeld de interpretatie van regels of het voorkomen van overtredingen. Daarmee worden de naleving van wettelijke voorschriften gestimuleerd zonder het opleggen van sancties. Overtredingen kunnen zo al in een vroegtijdig stadium worden voorkomen.

Hiervan moet worden onderscheiden de controlebevoegdheid, waarbij wordt gecontroleerd of aan bepaalde wettelijke voorwaarden wordt voldaan. Dit lijkt evenzeer op toezicht, maar er is een genuanceerd verschil. Denk bijvoorbeeld aan de controle of nog aan de voorwaarden voor het verstrekken van bijstand wordt voldaan op grond van de Participatiewet. Onderzoek of nog altijd recht bestaat op (het voortbestaan van) bijstand is een controlebevoegdheid en geen toezicht. Titel 5.2 Awb ziet dan ook niet op die bevoegdheid (CRvB 12 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2211). Om die controlebevoegdheid uit te oefenen is het toegestaan om personen te observeren (CRvB 30 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1963, AB 2018/102) of om een buurtonderzoek uit te voeren naar het gebruik van een woning (CRVB 8 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1376).

2.2 Plicht tot het houden van toezicht?

Zoals in hoofdstuk 3 zal worden besproken, bestaat er onder omstandigheden een zogenaamde 'beginselplicht tot handhaving'. Die 'plicht' ziet op het al dan niet handhavend optreden tegen

geconstateerde overtredingen. Bij het houden van toezicht gaat het in beginsel om nog niet geconstateerde overtredingen. Die vorm van toezicht staat in dit hoofdstuk centraal. Het is de vraag of er in die situatie ook een beginselplicht tot het houden van toezicht bestaat. Het zal duidelijk zijn dat het absoluut onmogelijk is om alle overtredingen te constateren. Daarom wordt aangenomen dat er geen plicht tot het houden van toezicht bestaat, maar wel een plicht tot het houden van adequaat toezicht.

Zie: F.R. Vermeer, 'De 'beginselplicht' gedetermineerd', in JBPlus 2011, 1

2.2.1 Adequaat toezicht

Sleutel-principes
toezicht

Wat houdt het houden van adequaat toezicht in? In hoofdstuk 3 wordt het zogeheten CMI-arrest besproken. In dat arrest klinkt duidelijk door wat de rechtspraak verwacht van adequaat toezicht. Op deze plaats wordt daar kortheidshalve naar verwezen. Dit komt in grote lijnen overeen met de kabinetsvisie: "Kaderstellende visie op toezicht 2005" (TK 2004-2005, 27 831, 15). Deze visie vertegenwoordigt nog steeds de kabinetsvisie van dit moment. In die visie worden enkele sleutelprincipes genoemd, die hier kort worden samengevat:

Selectiviteit

Toezichthouders moeten zich concentreren op grote maatschappelijke risico's en op notoire wets-overtreders.

Slagvaardigheid

De slagzin bij slagvaardigheid luidt: 'Zacht als het kan, hard als het moet.'

Samenwerking

Samenwerking kent twee aspecten:

1. verschillende toezichthouders moeten zoveel mogelijk één gezicht hebben voor het individuele bedrijf of de instelling of anderen tot wie regels zich richten;
2. professionals zoals toezichthouders kunnen en moeten leren van elkaar. Samenwerking is buitengewoon wenselijk om verder te komen met het realiseren van selectief, slagvaardig, onafhankelijk, transparant en professioneel toezicht.

Onafhankelijkheid

Iedere toezichthouder dient voldoende onafhankelijk te zijn. Er moet voldoende afstand worden bewaard tot de organisatie die onder toezicht staat. In de praktijk wordt er soms voor gekozen een toezichthouder (ook wel 'handhaver' genoemd) niet te lang aan bepaalde bedrijven te koppelen, omdat daardoor het risico bestaat dat de toezichthouder te veel 'betrokken' raakt bij die bedrijven en daarmee (vaak onbedoeld) rekening gaat houden bij het uitoefenen van toezicht. Dan is de onafhankelijkheid niet meer geborgd.

Transparantie

Transparantie is wezenlijk voor geloofwaardig toezicht met gezag. Het betreft dan transparantie van de toezichthouder zelf en transparantie van het veld waarop toezicht wordt gehouden. Transparantie speelt zich vanzelfsprekend af in de openbaarheid, zodat iedere burger zelf kan nagaan hoe het staat met de transparantie van het toezicht.

Professionaliteit

Professionaliteit staat in feite aan de basis van alle andere principes. Een professionele toezichthouder is als vanzelf selectief, slagvaardig, onafhankelijk, transparant en bereid tot samenwerking, als dat het effect van zijn toezicht verhoogt.

2.2.2 De toezichthouder van nu

vakkennis toe-
zichthouder

De toezichthouder is bij het vervullen van zijn taak onder meer afhankelijk van de formulering van de na te leven normen. De wetgever kiest er regelmatig voor om doelnormen in plaats van middelnormen op te nemen in wetgeving. Dat geldt overigens ook voor vergunningvoorschriften. Dit maakt

verhaal toezicht-
kosten?

dat er meer ruimte is aan degenen die onder toezicht staan om naar eigen inzicht maatregelen te treffen en de naleving in te vullen. Dit maakt het tegelijkertijd lastiger voor een toezichthouder om te bepalen in hoeverre sprake is van naleving. Hij moet kunnen beoordelen of de getroffen maatregelen daadwerkelijk leiden tot naleving. Dat vergt ook een grote(re) mate van specifieke kennis bij de toezichthouder. Wanneer die kennis niet aanwezig is dan zal die expertise moeten worden ingekocht. De zaak van het tankopslagbedrijf Odfjell heeft de discussie doen opblazen in de Tweede Kamer of de kosten die daarmee gemoeid zijn op degene die onder toezicht staat moeten kunnen worden verhaald. Dat is op basis van de huidige wetgeving niet mogelijk, zo antwoordde de staatssecretaris van het Ministerie van IenW de Tweede Kamer op 5 maart 2012. Zie: https://www.kcwj.nl/sites/default/files/rapport_maat_houden_2014_doorberekening_van_handhavingskosten.pdf. Zie ook: aanwijzing 5.56 uit de Aanwijzingen voor de regelgeving, dat bij het opnemen van bepalingen over de doorberekening van kosten voor toelating, voor toezicht op de naleving of voor repressieve handhaving van wet- en regelgeving het toetsingskader voor doorberekening van toelatings- en handhavingskosten "Maat houden 2014" (Kamerstukken II 2013/14, 24036, nr. 407) geldt, zoals ook is bevestigd bij brief van 29 maart 2017 door de Minister van Justitie en Veiligheid (kenmerk: 2056920).

onder-hande-
lingstoezicht

De toezichthouder van nu beoogt maatschappelijke risico's te beperken. Door slagvaardig te reageren op wat hij aantreft ('zacht waar het kan, hard waar het moet'), kan de toezichthouder de naleving van regels bevorderen. Tegelijkertijd zijn er verschillende situaties geweest waaruit is gebleken dat het op zijn plaats was geweest 'ouderwets' te controleren of de regels daadwerkelijk werden nageleefd. Voorbeelden waar dit ten onrechte achterwege is gebleven zijn CMI, Chemiepack en Odfjell. In die situaties lijkt te zeer te zijn vertrouwd op systemen en rapportages en met name op overleg en 'onderhandeling' over het houden van toezicht en naleving. Door de Onderzoeksraad voor Veiligheid is dit toezicht wel aangeduid als 'onderhandelingstoezicht'. De toezichthouder zal een evenwicht moeten zoeken tussen constatering ter plaatse enerzijds en het beoordelen van de situatie op basis van rapportages en het gedrag van de ondertoezichtstaanden anderzijds. Daarom doet een toezichthouder er goed aan om, naarmate de risico's groter zijn, meer controles ter plaatse uit te voeren. Praktische uitvoering en het houden van toezicht op basis van geïdentificeerde risico's zou idealiter onderdeel moeten uitmaken van het handhavingsbeleid, zoals in hoofdstuk 3 wordt besproken.

2.2.3 Inadequaat toezicht

Vermeer noemt in zijn artikel (zie paragraaf 2.2) enkele voorbeelden van inadequaat toezicht:

1. het opzettelijk niet constateren van een overtreding in een incidenteel geval (men sluit de ogen, wetende dat er mogelijk iets aan de hand is);
2. wanneer als gevolg van het onopzettelijk uitoefenen van onvoldoende toezicht een overtreding niet wordt geconstateerd (en sanctieoplegging dus achterwege blijft); het bestuursorgaan is niet op de hoogte van overtredingen, terwijl het redelijkerwijs wel op de hoogte had moeten zijn;
3. het niet binnen passende termijn reageren op klachten. Indien een burger een mogelijke overtreding meldt, dan zal het bestuursorgaan in ieder geval niet passief mogen blijven vanwege het feit dat de overtreding niet geprioriteerd is.

klachten van
burgers

Adequaat toezicht houdt immers in dat op klachten van burgers serieus wordt gereageerd en dat regelmatig wordt gecontroleerd op momenten dat ook verwacht kan worden dat de situatie zich voordoet waarover wordt geklaagd en dat ook wordt gecontroleerd als de klacht binnenkomt (zie: ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF1006, AB 2008, 320).

Lezenswaardig zijn de onderzoeksrapporten die zijn verschenen over de wijze waarop toezicht is gehouden op de inrichtingen van Chemie-Pack, Thermphos en Odfjell. Zie: www.onderzoeksraad.nl.

2.3 Vormen van toezicht

verticaal
toezicht

Toezicht kan op vele manieren plaatsvinden. In de 'klassieke' vorm zijn inspecties meestal eenrichtingverkeer. Een toezichthouder komt bij een bedrijf op bezoek, controleert de naleving van regelgeving, constateert of er tekortkomingen zijn en zo ja, maant een ondernemer aan om deze tekortkomingen op te lossen. Het initiatief ligt hierbij uitsluitend bij de toezichthouder. Deze vorm van toezicht wordt aangeduid als het verticale toezicht.

horizontaal
toezicht

Daarnaast zijn er verschillende vormen van horizontaal toezicht. Bij horizontaal toezicht is er bij het vervullen van de toezichttaak een rol voor degenen die onder toezicht staan. Daarbij wordt degene die onder toezicht staat bijvoorbeeld gestimuleerd om in de eigen organisatie de naleving via een (gecertificeerd) managementsysteem te borgen (systeemtoezicht). De in hoofdstuk 1 benoemde privaatrechtelijke handhavingsmiddelen van bijvoorbeeld het keurmerk en certificering zijn in dit verband relevante toezichtinstrumenten. De gedachte is dat toezichthouders er (in de regel) van uit moeten kunnen gaan dat wanneer een ondernemer een certificaat ontvangt de certificerende instantie heeft vastgesteld dat aan de relevante eisen is voldaan. In de controle op de naleving van die eisen kan de toezichtlast teruggebracht worden. Dat hier niet zonder meer op kan worden vertrouwd is, onder meer naar aanleiding van de situatie bij Odfjell, duidelijk geworden. De certificerende instelling beoordeelt in feite enkel een systeem en of dit systeem door de betreffende onderneming wordt gevolgd. Een feitelijke vaststelling of wet- en regelgeving wordt nageleefd vindt niet plaats. Dat heeft kritiek doen oplaaien omdat er ondernemingen zijn die wel een certificaat ontvangen, maar niet de wet- en regelgeving voldoende naleven. Een toezichthouder zal daarom altijd met regelmaat, al dan niet steekproefsgewijs, zelf moeten vaststellen of sprake is van naleving van wet- en regelgeving. Met als onvermijdelijk gevolg dat de toezichtlast weer toeneemt.

certificering

programmatisch
toezicht

Welke (meng)vorm van toezicht ook wordt gekozen, in de praktijk vindt toezicht vaak plaats volgens een vooraf bepaald plan, al dan niet neergelegd in een handhavings- of toezichtprogramma of -beleid. Dit kan bijvoorbeeld geschieden aan de hand van een thema of in samenwerking met andere partijen (programmatisch of thematisch c.q. projecttoezicht).

Dat een bepaald toezichtprogramma wordt geformuleerd en (als het goed is) gevolgd, laat onverlet dat daarnaast altijd ook ad hoc toezicht moet worden uitgeoefend. Dat kan zijn naar aanleiding van een incident, klacht of melding. Op deze klachten en meldingen moet in beginsel adequaat worden gereageerd, zoals ook blijkt uit de uitspraak van de ABRvS uit 2008, waaruit in § 2.2 is geciteerd.

2.3.1 Zelfcontrole

Een manier om de toezichtcapaciteit efficiënt in te zetten, tevens op basis van risico's (zie hierna paragraaf 2.3.2), is het instrument van zelfcontrole. Met de inzet van dit instrument worden (standaard)toezichtbezoeken vervangen door een online zelfcontrole en door signalen van andere inspecteurs. Bijvoorbeeld op het terrein van brandveiligheid wordt dit instrument ingezet. De gebouweigenaar/gebruiker voert aan de hand van een (digitale) vragenlijst zijn eigen brandveiligheidscontrole uit. De ingevulde lijst wordt door de brandweer gecontroleerd. Als de lijst niet is ingevuld binnen de daarvoor bepaalde termijn of deze is gebrekkig ingevuld, dan kan de brandweer besluiten toch een toezichtbezoek te brengen aan dit bedrijf. Daartoe kan ook worden besloten wanneer andere inspecties van de gemeente en/of omgevingsdienst tijdens een door hen uitgevoerde inspectie op zaken stuiten die aanleiding geven tot een toezichtbezoek. Het is daarbij aan te raden om ook altijd steekproefsgewijs toezicht uit te oefenen. Deze zelfcontrole kan goed gecombineerd worden met 'risicogestuurd toezicht', zie hiervoor paragraaf 2.3.2.

2.3.2 Risicogestuurd toezicht

Bij risicogestuurd toezicht wordt inspectiecapaciteit vooral ingezet bij bedrijven die relatief grote risico's vormen en ondernemers die er eerder blij van hebben gegeven regelgeving slecht na te leven. De omvang en risico's van de activiteiten die bedrijven uitvoeren verschillen per bedrijf. Zo zijn de activiteiten die in een kantoorpand worden uitgevoerd doorgaans minder milieubelastend dan bijvoorbeeld werkzaamheden in een garagebedrijf. Om die reden kunnen bedrijven worden ingedeeld in categorieën.

Bij risicogestuurd toezicht is de categorie waarin een bedrijf wordt geplaatst afhankelijk van:

1. de mate waarin risicovolle activiteiten worden verricht;
2. het naleefgedrag; en
3. de effecten (voor de samenleving) indien er iets mis gaat.

Door risicogestuurd toezicht kan de toezichtcapaciteit effectief worden ingezet bij bedrijven die relatief grote risico's (bijvoorbeeld voor het milieu) vormen. Bedrijven met weinig risico's kunnen bij controles (gedeeltelijk) worden ontzien of minder worden geïnspecteerd.

2.3.3 Hercontrolekaarten

Als tijdens een inspectie een tekortkoming wordt geconstateerd, volgt vaak standaard een hercontrole. Dit betekent dat zowel de toezichthouder als de ondernemer twee keer tijd moeten besteden aan een controle ter plaatse. Het aantal hercontroles kan worden verminderd door bedrijven aan te spreken op hun eigen verantwoordelijkheid. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van een hercontrolekaart. Op deze kaarten kunnen ondernemers aangeven of zij alle geconstateerde tekortkomingen hebben opgelost. Na ondertekening wordt de hercontrolekaart naar de gemeente gestuurd. Als een ondernemer de kaart niet terugstuurt, wordt standaard een hercontrole uitgevoerd. Bij de antwoordkaarten worden steekproefsgewijs hercontroles uitgevoerd.

2.4 Aanwijzing toezichthouders

Onder toezichthouder wordt in artikel 5:11 Awb 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.'*

Zie bijvoorbeeld artikel 5.10 lid 3 Wabo: '3. Met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de betrokken wet bepaalde binnen hun ambtsgebied zijn eveneens belast de bij besluit van gedeputeerde staten, burgemeester en wethouders of andere met de uitvoering van de betrokken wet belaste bestuursorganen aangewezen ambtenaren.'

individuele
of categorale
aanwijzing

De bevoegdheid om een toezichthouder aan te wijzen moet gebaseerd zijn op een wettelijk voorschrift. Deze aanwijzing kan zowel individueel als categoriaal gebeuren. Bij een individuele aanwijzing worden personen met toezicht belast door hen met name te noemen of door middel van de aanduiding van hun functie.

Een categorale aanwijzing vindt plaats door bijvoorbeeld de dienst, waartoe de met toezicht belaste personen behoren, te noemen in het aanwijzingsbesluit. Een categorale aanwijzing heeft het karakter van een besluit van algemene strekking en kan (facultatief) overeenkomstig artikel 3:42 Awb worden bekendgemaakt in een (elektronisch) gemeenteblad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad dan wel op een andere geschikte wijze.

Een aanwijzing van een of meer personen is een beschikking en moet op een daartoe geschikte wijze conform artikel 3:41 Awb worden bekendgemaakt.

Voor de regeling van de aanwijzing van toezichthouders door een bestuursorgaan kunnen de volgende modellen worden gebruikt:

Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze regeling zijn belast de bij besluit van het college aan te wijzen personen.

of:

Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze verordening zijn belast: ...

De term 'personen' is te verkiezen boven het woord 'ambtenaren', zodat indien het nodig is ook niet-ambtenaren als toezichthouder kunnen worden aangewezen. Met deze bevoegdheid dient wel terughoudend te worden omgegaan. In bijzondere wetten wordt deze mogelijkheid soms ook beperkt, zie artikel 7 lid 4 Participatiewet. Overigens wordt wel gesuggereerd om de particuliere toezichthouder aan te stellen als onbezoldigd ambtenaar (P.H.J. de Jonge en F.T.J. Kruijsbergen, Toezicht op de naleving, Uitgeverij Lineke Eerdmans, 2014).

Zie: Y.E. Schuurmans & S.H. Randcordás, 'The mystery guests in het bestuursrecht: fraudeonderzoek door particuliere recherchebureau's', NTB 2016/51.

art. 2 Politiewet

Zelfs politieambtenaren moeten worden aangewezen als toezichthouder. Artikel 3 Politiewet, dat een algemene omschrijving van de politietak bevat, kan namelijk niet worden beschouwd als een wettelijk voorschrift in de zin van artikel 5:11 Awb (HR 29 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4108, Gst. 2008, 84 (ECLI:NL:PHR:2012:BW5164 en ECLI:NL:PHR:2012:BU6936)).

2.5 Toedeling toezichtbevoegdheden

In afdeling 5.2 Awb zijn de meest gebruikelijke bevoegdheden opgenomen die een toezichthouder nodig heeft voor zijn taak. Deze bevoegdheden worden niet op grond van de Awb toegekend (geattribueerd). De toedelingssystematiek is als volgt.

Wanneer een persoon bij wet formeel is aangewezen als toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb, dan beschikt deze toezichthouder vervolgens (automatisch) over de bevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb. Als het niet gewenst is dat de toezichthouder over al die bevoegdheden beschikt, dan kunnen deze worden ingeperkt bij gemeentelijke regeling op grond van artikel 5:14 Awb. Andersom kan het voorkomen dat het wenselijk is de bevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb juist uit te breiden. Dat is alleen mogelijk bij wet in formele zin.

Bijvoorbeeld. Zie artikel 5.13 Wabo:

'De ambtenaren die zijn belast met het toezicht op de naleving of de opsporing van strafbaar gestelde feiten ter zake van het bepaalde bij of krachtens:

- a. deze wet met betrekking tot activiteiten als bedoeld in:
 - 1° artikel 2.1, eerste lid, onder a, b, c, d, e, voor zover deze betrekking hebben op gevaarlijke afvalstoffen, f, g en h,
 - 2° artikel 2.1, eerste lid, onder i, voor zover dat bij de betrokken algemene maatregel van bestuur is bepaald, en
 - 3° artikel 2.2, voor zover dat bij de betrokken verordening is bepaald,
 - b. de Monumentenwet 1988,
 - c. de Wet milieubeheer, ten aanzien van gevaarlijke afvalstoffen,
 - d. de Wet ruimtelijke ordening en
 - e. de hoofdstukken I tot en met IV van de Woningwet,
- zijn bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning te betreden zonder toestemming van de bewoner.'

misbruik
toezicht

Een toezichthouder mag zijn bevoegdheden alleen uitoefenen wanneer hij dit doet uit hoofde van zijn taak om toezicht te houden op de naleving van wet- en regelgeving. Hij mag deze bevoegdheden niet inzetten om een andere wettelijke taak te kunnen vervullen.

Een voorbeeld. In het kader van de uitvoering van het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi) diende de gemeente inzage te hebben in LPG-doorzetgegevens. Deze zijn gevraagd van de driver van het betreffende tankstation. Echter, deze informatie is niet gevraagd in verband met het toezicht op de naleving van de voor het tankstation verleende milieuvergunning of van enig andere norm. Inzage is gevraagd in verband met de uitvoering van een ingevolge het Bevi op de gemeente rustende verplichting. Gelet hierop is er geen sprake van het in afdeling 5.2 Awb geregelde toezicht op de naleving. Bij gebreke van een wettelijke grondslag daarvoor kon de toezichthouder niet de medewerking van de tankstationhouder vorderen bij de inzage van de LPG-doorzetgegevens. De gemeente heeft daarom ten onrechte geconcludeerd dat artikel 5:20 Awb is overtreden (ABRvS 31 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7426, MenR 2007, 34 en AB 2007, 53).

inkijkoperatie
niet toegestaan

Ook wanneer toezichthouders bijvoorbeeld hun bevoegdheid gebruiken om plaatsen te betreden met hulp van de politie voor het verrichten van een 'inkijkoperatie', dan wordt in strijd met artikel 5:13 Awb gehandeld (Parlementaire Geschiedenis Awb III p. 314).

Hierna worden de toezichtbevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb kort besproken.

2.6 Toezichtbevoegdheden

2.6.1 *Het betreden van plaatsen; artikel 5:15 Awb*

machtiging tot
binnentreden

Toezichthouders mogen met medeneming van de benodigde apparatuur plaatsen betreden. Plaatsen zijn niet alleen erven en andere terreinen, maar bijvoorbeeld ook bedrijfspanden, gebouwen en woningen. Voor woningen (en onder omstandigheden ook voor rechtspersonen (EHRM 16 april 2002, DEQ AB 2002, 277)), geldt het recht op respect voor domicile/home op grond van artikel 8 EVRM. Zie ook Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:470. Het kan bijvoorbeeld het bureau of de werkkamer van een beoefenaar van het vrije beroep behelzen. Artikel 5:15 Awb biedt niet de bevoegdheid om een woning zonder toestemming van de bewoner binnen te treden. Dat betekent dat voor binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner een formeel wettelijke basis vereist is, zoals het hiervoor geciteerde artikel 5:13 Wabo. Wanneer geen toestemming wordt gegeven door de bewoner, is een machtiging tot binnentreden vereist op grond van de Algemene wet op het binnentreden. Die machtiging kan alleen worden gegeven voor zover een wettelijke bevoegdheid tot binnentreden bestaat zonder toestemming van de bewoner, zoals artikel 5:13 Wabo.

Zowel de politie alsook deskundigen of EU-ambtenaren mogen de toezichthouder vergezellen. Let wel: wanneer deze deskundigen/ambtenaren zelf niet ook zijn aangewezen als toezichthouder, dan beschikken zij niet zelf over toezichtbevoegdheden en kunnen zij ook geen medewerking verlangen/afdwingen.

Eenmaal binnengetreden, biedt deze bevoegdheid niet de mogelijkheid om de betreden ruimte te doorzoeken (door het openen van kasten, lades enzovoort), maar wel het 'zoekend rondkijken'. In het strafrecht noemt men dit "zoeken met de handen op de rug".

2.6.2 *Het vorderen van inlichtingen; artikel 5:16 Awb*

passieve infor-
matieplicht

Het vorderen van inlichtingen betreft een passieve informatieplicht. Enkel op vordering van de toezichthouder dient informatie te worden verstrekt. Deze bevoegdheid impliceert ook dat iemand 'staande mag worden gehouden' om inlichtingen te verstrekken (Hof Leeuwarden 24 september 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AL7459, AB 2004, 374).

Over het vorderen van inlichtingen op grond van artikel 5:16 Awb en het vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden op grond van 5:17 Awb is de afgelopen jaren meer jurisprudentie ontstaan, met name op het gebied van de bestraffende sancties.

Zie bijvoorbeeld CRvB 5 februari 2018 (ECLI:NL:CRVB:2018:269), CRvB 11 oktober 2018 (ECLI:NL:CRVB:2018:3205) en CBb 7 mei 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:177). Het 'nemo tenetur'-beginsel brengt namelijk met zich dat iemand niet gedwongen kan worden om een verklaring tegen zichzelf af te

leggen. Dat recht mag niet illusoir worden omdat iemand vervolgens wél kan worden gedwongen om inlichtingen of bescheiden te verschaffen. In de rechtspraak wordt onderscheid gemaakt tussen het aanleveren van stukken die al bestonden “onafhankelijk van de wil van de betrokkene” en stukken die afhankelijk van de wil bestaan. Die laatste stukken hoeven niet te worden uitgeleverd in zaken waar het gaat om bestraffende sancties. Zo zullen bankafschriften onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan. Maar dat hoeft niet te gelden voor een overzicht dat nog moet worden opgesteld. De inzet van deze bevoegdheden wordt overigens altijd afgezet tegen de reikwijdte van het evenredigheidsbeginsel en ook tegen artikel 8 van het EVRM, zo blijkt ook uit de genoemde rechtspraak.

2.6.3 *Identificatieplicht; artikel 5:16a Awb*

Bij de Wet op de identificatieplicht (WID) is artikel 5:16a opgenomen in de Awb. Vanaf deze datum moet iedereen in Nederland van 14 jaar en ouder een geldig identiteitsbewijs kunnen tonen als politie of andere toezichthouders daar om vragen. Het verzoek om identificatie door politie of andere toezichthouder mag niet willekeurig gebeuren. Het moet nodig zijn voor de uitvoering van hun taken, bijvoorbeeld voor verkeerstoezicht, hulpverlening, opsporing van strafbare feiten of handhaven van de openbare orde. Wanneer iemand geen geldig identiteitsbewijs kan of wil tonen wanneer de politie of de toezichthouder daar om vragen kan hij meegenomen worden naar het politiebureau. Daar wordt vervolgens onderzoek gedaan naar zijn identiteit. Ook kan hij bestraft worden met een boete. In artikel 2 WID is een specifieke medewerkingsverplichting opgenomen, die een concretisering vormt van de algemene medewerkingsplicht van artikel 5:20 lid 1 Awb.

bijzondere
medewer-
kingsplicht

2.6.4 *Het vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden; artikel 5:17 Awb*

Een toezichthouder is bevoegd om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden. Hij mag daar ter plekke kopieën (tevens printen, op dvd branden, op een usb opslaan, enzovoort) van maken of, na het afgeven van een schriftelijk bewijs, de gegevens en bescheiden meenemen om ergens anders te kopiëren. Onder gegevens kunnen ook gegevens worden verstaan die langs elektronische weg zijn vastgelegd. In feite betreft dat alle informatiedragers. Bescheiden meenemen betekent niet in beslag nemen. Het begrip ‘inlichtingen’ als bedoeld in artikel 5:16 Awb veronderstelt een gerichte vraag; het begrip ‘gegevens’ als bedoeld in artikel 5:17 Awb is ruimer. De bevoegdheid betreft bovendien alleen zakelijke gegevens (gegevens die gebruikt worden ten dienste van het maatschappelijk verkeer), en geen persoonlijke gegevens. Gegevens uit een persoonsadministratie kunnen echter wel zakelijk zijn, bijvoorbeeld de leerlingenadministratie in verband met het toezicht op de naleving van de Leerplichtwet.

geen
beslagname

Een schriftelijke vordering tot het aanleveren van bepaalde gegevens wordt niet als een beschikking aangemerkt (Zie CBb 11 februari 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BL3730, AB 2010, 243, CBb 2 maart 1999, ECLI:NL:CBb:1999:AA3409, AB 1999, 168, Rb. Rotterdam 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR4191 en Vzr. Rb. Rotterdam 10 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC2987, AB 2008, 122).

vordering geen
beschikking

2.6.5 *Onderzoek, opneming en monsterneming; artikel 5:18 Awb*

Dit artikel geeft de toezichthouder de bevoegdheid tot het onderzoek, de opneming en monsterneming van zaken. Dit zijn zaken als bedoeld in artikel 3:2 BW (voor *menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten*). De toezichthouder mag ook verpakkingen openen. Er is geen beperking aangebracht van de zaken die kunnen worden onderzocht. De bevoegdheid om zaken te onderzoeken kan niet worden opgevat als een bevoegdheid om zaken ook te doorzoeken. Onderzoeken betreft de controle op zaken waarvan bekend is waar ze zich bevinden (zoekend rondkijken), maar is niet hetzelfde als doorzoeken (de controle op zaken waarvan niet bekend is waar ze zich bevinden). Onderzoeken is ook ontgraven. Opneming betekent ook het nemen van foto's (ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI9699) meten, wegen, enzovoort ter onderbouwing van de constatering dat een overtreding heeft plaatsgevonden. Ter uitoefening van de bevoegdheid kan gebruik worden gemaakt van artikel 5:15 Awb, waarin de bevoegdheid tot het meenemen van apparatuur is gegeven.

onderzoeken
niet doorzoeken

(tweede)
monster

Een tweede monster moet op verzoek en wanneer dat mogelijk is worden genomen. Ook wanneer daar niet (meteen) om wordt gevraagd, is het raadzaam toch een tweede monster te nemen. Beide monsters moeten worden bewaard (artikel 1a Warenwetregeling Monsterneming). Deze worden zo mogelijk teruggegeven. De onderzoeksresultaten worden bekendgemaakt aan de belanghebbende (degene op wie toezicht is uitgeoefend) die daar om verzoekt.

2.6.6 *Onderzoek vervoermiddelen; artikel 5:19 Awb*

onbeheerde ver-
voermiddelen

Dit artikel is een speciale bevoegdheid ten opzichte van de meer algemene bevoegdheden als bedoeld in de artikelen 5:17 en 5:18 Awb. Het artikel verschaft de toezichthouder de bevoegdheid om vervoermiddelen en lading te onderzoeken en inzage te vorderen van vervoerbescheiden. Onder vervoermiddelen worden niet alleen voertuigen, maar ook vaar- en luchtvaartuigen verstaan. De toezichthouder mag met het oog op het onderzoek vorderen dat het vervoermiddel wordt stilgehouden. In de Regeling stilhoudingsvordering toezichthouders is de wijze waarop de vordering moet plaatsvinden te vinden. Ook 'onbeheerde' vervoermiddelen mogen worden onderzocht. Het evenredigheidsbeginsel verlangt daarbij dat tenminste een poging wordt gedaan de rechthebbende of beheerder op te sporen. De toezichthouder dient zich te realiseren dat onderzoeken niet hetzelfde is als doorzoeken. In een uitspraak van 22 januari 2019 oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat een vervoermiddel was doorzocht in het kader van de uitoefening van toezicht. Daar geeft de Awb geen bevoegdheid voor, aldus de rechtbank. Het gevolg was dat de aangetroffen spullen onrechtmatig waren verkregen en voor het bewijs werden uitgesloten (zie ECLI:NL:RB-MNE:2019:225).

2.7 *Verplichtingen toezichthouder*

Een toezichthouder heeft uiteraard ook verplichtingen. Die worden hierna besproken. Vervolgens wordt separaat ingegaan op de plicht om mee te werken door de 'ondertoezichtstaande'.

2.7.1 *Legitimatie; artikel 5:12 Awb*

De toezichthouder dient zijn legitimatiebewijs bij zich te dragen. Hij dient zich te legitimeren op verzoek en altijd bij het betreden van een woning (ook zonder dat daarom wordt gevraagd). Dit laatste is een verplichting die geldt op grond van artikel 1 lid 1 Algemene wet op het binnentreden.

2.7.2 *Evenredigheidsbeginsel; artikel 5:13 Awb*

Artikel 5:13 Awb schrijft voor dat iedere toezichtbevoegdheid slechts gebruikt mag worden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de toezichtstaak nodig is. Het artikel legt hiermee het evenredigheidsbeginsel voor de uitoefening van toezichtsbevoegdheden vast. Dit artikel dwingt de toezichthouder zijn bevoegdheid op de voor de burger minst belastende wijze uit te oefenen. Dit artikel geldt voor de uitoefening van alle toezichtbevoegdheden, dus ook voor die bevoegdheden die zijn toegekend bij bijzondere wet.

De wetgever heeft ervoor gekozen niet te vertrouwen op de werking van het algemene evenredigheidsbeginsel dat ligt besloten in artikel 3:4 Awb. Gelet op artikel 3:1 lid 2 Awb kan er discussie ontstaan of dit artikel wel van toepassing is op toezichthandelingen. Het uitoefenen van toezichtbevoegdheden betreft immers het verrichten van feitelijke handelingen. Op feitelijke handelingen is artikel 3:4 Awb slechts van toepassing voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Om juridische discussie te vermijden over de vraag of de aard van de betreffende toezichtshandeling zich niet tegen toepasselijkheid van artikel 3:4 Awb verzet, is een specifiek op het uitoefenen van toezicht gericht evenredigheidsbeginsel geïntroduceerd.

Het evenredigheidsbeginsel houdt niet zonder meer een verplichting in om mee te delen waarom de toezichthouder van zijn bevoegdheden gebruik maakt (zie ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI9699). Dat laat onverlet dat de 'ondertoezichtstaande' op verzoek moet worden geïnformeerd op grond van welke wettelijke bevoegdheid toezicht wordt gehouden.

In beginsel mogen de toezichtbevoegdheden worden uitgeoefend tegenover eenieder en ter zake

van elk object of iedere zaak. Het evenredigheidsbeginsel maant de toezichthouder wel alleen die personen en objecten te betrekken die betrokken zijn bij de activiteit waarop toezicht wordt gehouden (zie Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6361, AB 2007, 35 en ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2914). Te denken valt aan de controle van een café. De toezichthouder zal over het algemeen tijdens openingstijden willen controleren, dus ook 's nachts. Dat ligt in de lijn van de bedrijfsvoering en is mitsdien niet onredelijk. Echter, bij het controleren of gebouwd wordt conform een omgevingsvergunning is het 's nachts laten opdraven van de bouwer onevenredig belastend. Een controle overdag, maar dan vergezeld door de ME, is in de regel ook niet meer proportioneel en bovendien intimiderend.

Toezichtbevoegdheden mogen ook jegens derden (anderen dan de onder toezicht staande) worden uitgeoefend. Zo is artikel 5:17 Awb in beginsel een voldoende grondslag voor het UWV om bij een bank bankafschriften te vorderen van een uitkeringsgerechtigde, mits deze bankafschriften eerst van de uitkeringsgerechtigde worden gevorderd en daarom is niet voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel (CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3205, AB 2019, 127).

Als voorbeeld enkele gevallen uit de rechtspraak:

'Ingevolge de artikelen 5:17 en 5:20 Awb, is een ieder verplicht medewerking te verlenen aan de vordering van een toezichthouder tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden. Uit deze artikelen blijkt niet van een beperking van de kring van personen tot wie een vordering tot medewerking als hier aan de orde kan worden gericht. Voor zover [appellante] heeft beoogd te betogen dat ingeval van een vennootschap onder firma inzage van zakelijke gegevens en bescheiden slechts kan worden gevorderd van de vennoten, biedt de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 5:17 en 5:20 Awb voor dat standpunt geen aanknopingspunten. De reikwijdte van deze bepalingen wordt evenwel begrensd door het in artikel 5:13 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Blijkens de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 141) bij dat artikel brengt het evenredigheidsbeginsel in ieder geval met zich dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend jegens de personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast. Nu uit het boeterapport blijkt dat de inspecteurs ten tijde van de controle de vreemdelingen hebben aangetroffen in de kantoorruimte van het bedrijf van [appellante], terwijl één van hen achter het bureau zat en geld telde en de ander koffie inschonk, beide vreemdelingen tegenover de inspecteurs hadden verklaard dat zij [appellante] wel eens hielpen en uit de verklaring van [vreemdeling A] blijkt dat hij over een sleutel van het pand beschikte, mochten de inspecteurs ervan uitgaan dat de vreemdelingen betrokken waren bij activiteiten waarop ingevolge de Wet arbeid vreemdelingen moet worden toegezien, zodat in dit geval de in artikel 5:17 Awb neergelegde toezichtsbevoegdheid ook jegens de vreemdelingen kon worden uitgeoefend. Voorts heeft [appellante] haar stelling dat aannemelijk is dat de inspecteurs de desbetreffende stukken zonder toestemming hebben meegenomen en gekopieerd, wat daarvan ook zij, niet gestaafd (ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2914).'

'Vaststaat dat de controle is uitgevoerd door vijf toezichthouders en een aantal medewerkers van de regiopolitie Haaglanden. Niet valt in te zien dat het verrichten van de controle door een groter aantal personen dan volgens Paradise en Elwion te doen gebruikelijk was, in strijd is met art. 5:13 Awb. Hierbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de burgemeester bij het vaststellen van de wijze waarop de door toezichthouders uit te voeren controles worden ingericht, een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt. De rechtbank heeft in dit verband het standpunt van de burgemeester dat het inzetten van vijf toezichthouders noodzakelijk was, onder meer gelet op de grootte van de seksinrichting en met het oog op de doelmatigheid van het onderzoek, terecht niet onjuist geacht. Ter zitting heeft de burgemeester onweersproken verduidelijkt dat bij eerdere controles in de seksinrichting is gebleken dat het bij de inzet van een kleiner aantal toezichthouders niet goed mogelijk is te controleren wat zich in de verschillende ruimten van de inrichting afspeelt. Dat bij de controle naast de toezichthouders ook een aantal niet als toezichthouder aangewezen medewerkers van de regiopolitie Haaglanden aanwezig was, heeft de rechtbank terecht niet onrechtmatig geacht, nu toezichthouders zich ingevolge art. 5:15 lid 3 Awb kunnen doen vergezellen van personen die zij daartoe hebben aangewezen. Uit de processen-verbaal kan niet worden afgeleid dat de personen die de toezichthouders hebben vergezeld bevoegdheden hebben gebruikt die slechts aan de toezichthouders toekomen of dat zij anderszins onrechtmatig hebben gehandeld (ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7784).'

Checklist constateringsrapport toezichthouder

1. leg nauwkeurig vast wie de overtreding begaat en of dit een rechtspersoon of een natuurlijk persoon is. Indien de overtreder onbekend is, dit vermelden in het rapport;
2. leg vast of er gesproken is met de overtreder en wat er is besproken;
3. leg vast wie de overtreding heeft geconstateerd, naam van de toezichthouder, functie en bevoegdheden;
4. leg de datum en het tijdstip van constatering vast;
5. leg vast wat de aanleiding van de constatering van de overtreding was (zoals een melding van een buurtbewoner) en wie de overtreding heeft gemeld;
6. leg vast wat er ter plekke is geconstateerd en onderbouw dit met foto's, meetrapporten of andere bewijsstukken;
7. leg vast welke bevoegdheden zijn gebruikt bij de constatering, zoals op welke wijze monsters zijn genomen of geluidmetingen zijn gedaan en de resultaten ervan;
8. leg vast welke norm is overtreden;
9. leg vast of er een voorgeschiedenis bekend is;
10. leg de aard en de omvang van de overtreding vast, zoals de effecten op de omgeving of op het milieu;
11. leg vast of er meerdere belangen in het spel zijn, zoals van buurtbewoners;
12. leg vast wat er moet gebeuren om verdere schade (indien van toepassing) te voorkomen en op welke wijze de overtreding ongedaan kan worden gemaakt;
13. leg vast of er andere handhavingspartners betrokken zijn geweest bij de constatering, dan wel betrokken moeten worden bij de overtreding, zoals de politie en het OM.

In de praktijk wordt in dit soort rapportages aangegeven wat voor een overtreder het betreft. Bijvoorbeeld een calculerende, proactieve, veelpleger enzovoort.

2.7.3 *Binnentreden zonder toestemming*

8 EVRM; be-
scherming
huisrecht

De bevoegdheid binnen te treden in woningen is omgeven met verplichtingen voor de toezichthouder. De reden daarvoor is dat in artikel 8 lid 1 EVRM het grondrecht op respect voor privéleven, familie- en gezinsleven, de woning en correspondentie ligt besloten en met een binnentreden in de woning dit grondrecht in het geding is.

definitie woning

Het huisrecht strekt tot bescherming van het ongestoorde gebruik van de woning. Of een ruimte een woning is, wordt niet zonder meer bepaald door uiterlijke kenmerken, zoals de bouw en de aanwezigheid van een bed en ander huisraad. Ook de daaraan werkelijk gegeven bestemming is bepalend. Zo kunnen woonboten, stacaravans, tenten en een keet als woning worden aangemerkt (zie de noot onder ABRvS 31 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1691, JB 2012, 279 en de parlementaire geschiedenis bij de Algemene wet op het binnentreden (Kamerstukken II 1984/85, 19073, 3, p. 20-21).

kamer-
verhuurpand

Binnen een kamerverhuurpand kunnen de afzonderlijke kamers dus ook beschouwd worden als aparte woningen. In dat geval is toestemming nodig van degene die deze kamer bewoont tot binnentreden van die aparte kamer om die afzonderlijke kamer te betreden. In het geval dat die bewoner ook gebruik moet maken van andere ruimten in de woning dan zijn kamer en van de toegang tot de woning, strekt zijn huisrecht zich uit tot die gehele woning. Indien echter een van de bewoners toestemming tot binnentreden geeft, wordt geen inbreuk gemaakt op het huisrecht van de overige bewoners bij het binnentreden van die gemeenschappelijke kamers/ruimten, met uitzondering van de kamer die alleen door een bepaalde bewoner mag worden gebruikt.

Een voorbeeld. Een hoofdbewoner geeft toestemming tot binnentreden, maar hij was niet bevoegd tot het geven van toestemming tot binnentreden van een als aparte woning te beschouwen woning. De informatie die is aangetroffen door de ambtenaren in de specifieke kamer, mocht niet voor het bewijs worden gebruikt, omdat daarvoor geen specifieke toestemming is gegeven. Dat geldt niet voor de informatie die is gevonden in de overige ruimtes waar niet alleen deze specifieke bewoner gebruik van maakt, nu daarvoor toestemming tot binnentreden van een van de andere bewoners is gegeven (CRvB 3 december 2012, JnB2012, 1433, ECLI:NL:CRVB:2012:BY4503).

geen inbreuk
huisrecht:
toestemming
bewoner

Er is geen sprake van inbreuk op het huisrecht wanneer de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor het binnentreden in de woning. Die toestemming moet vrijwillig zijn verleend en op basis van 'informed consent'. Dit houdt in dat de betrokkene toestemming moet hebben gegeven nadat deze volledig en juist is geïnformeerd over de reden en het doel van het huisbezoek. Hij moet begrijpen waarvoor hij toestemming verleent. Het gemeentebestuur moet bewijzen dat die informatie volledig en juist is verstrekt (Rb. Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8594).

Een voorbeeld. In een geval waarin voorafgaand aan het huisbezoek geen toestemming is gevraagd om de woning te betreden en de bewoner niet voldoende is geïnformeerd over de reden en het doel van het huisbezoek, mag de informatie die is verkregen niet worden gebruikt om een boete op te leggen. De toezichthouder heeft in het bezoekrapport aangekruist dat bewoonster is geïnformeerd over de reden van het bezoek, maar deze stelling heeft de bewoonster vervolgens in een schriftelijke verklaring ontkracht. Het rapport was bovendien niet ambtsedig opgemaakt en de toezichthouder had de bewoonster geen verklaring laten ondertekenen dat zij voldoende is geïnformeerd. Dat zoals de gemeente aanvoerde, geen inbreuk is gemaakt op het huisrecht omdat op grond van de bevindingen van het huisbezoek vast is komen te staan dat de betrokkene destijds niet zijn feitelijke woonadres ter plaatse had, is niet relevant (CRvB 8 mei 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA4786). Er was dus sprake van een inbreuk op het huisrecht.

inbreuk huis-
recht, mits bij
wet voorzien

Een inbreuk op het huisrecht is uitsluitend toegestaan voor zover dit bij wet is voorzien. In artikel 77 Huisvestingswet is de bevoegdheid voor de toezichthouder neergelegd om een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner. Naast artikel 5:13 Awb kent artikel 149a Gemeentewet de gemeenteraad de bevoegdheid toe om bij verordening personen aan te wijzen die woningen mogen binnentreden zonder toestemming van de bewoner. Het moet dan gaan om personen die belast zijn met het toezicht op de naleving of de opsporing van de overtreding van bij verordening gegeven voorschriften die strekken tot de handhaving van de openbare orde of veiligheid of bescherming van het leven of de gezondheid van de personen.

Bijvoorbeeld. Zie artikel 6.3 VNG model APV:

'Zij die belast zijn met het toezicht op de naleving of de opsporing van een overtreding van de bij of krachtens deze verordening gegeven voorschriften welke strekken tot handhaving van de openbare orde of veiligheid of bescherming van het leven of de gezondheid van personen, zijn bevoegd tot het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner.'

binnentreden
zonder toestem-
ming bewoner

In bijzondere wetten kan de bevoegdheid tot binnentreden ook zijn neergelegd, zoals in artikel 5:27 lid 2 Awb. Dit artikel geeft aan dat personen die daartoe zijn aangewezen door het bestuursorgaan toegang hebben tot elke plaats om bestuursdwang toe te passen.

In de Algemene wet op het binnentreden zijn de vormvoorschriften opgenomen die een persoon die een woning wil betreden in acht moet nemen. Hij of zij dient:

1. zich te legitimeren;
2. mededeling te doen van het doel van het binnentreden;
3. te beschikken over een schriftelijke machtiging; en
4. een verslag te maken van het binnentreden.

binnentreden
met toestem-
ming bewoner

Wanneer de bewoner toestemming geeft om binnen te treden, geldt nog steeds dat de binnentredende toezichthouder zich moet kunnen legitimeren en dat hij dient aan te geven met welk doel

wordt binnentreden. Het spreekt voor zich dat goed moet worden gedocumenteerd dat een bewoner toestemming heeft gegeven. Dat dient bij voorkeur altijd te worden bevestigd met een handtekening van de bewoner onder een 'verklaring' dat hij toestemming heeft verleend. Wanneer toestemming is gegeven hoeft niet meer te worden voldaan aan de overige vormvereisten onder 3 en 4. Dit laat onverlet dat het aanbeveling verdient om altijd een machtiging te regelen (voor zover onder omstandigheden praktisch haalbaar) en ook altijd een verslag te maken van het binnentreden.

machtiging tot binnentreden burgemeester

De burgemeester is in ieder geval bevoegd tot afgifte van een machtiging binnen de gemeente. Het dient dan te gaan om afgifte van een machtiging tot binnentreden in een woning gelegen binnen zijn gemeente voor andere doeleinden dan voor strafvordering. Hij gaat daartoe slechts over indien het doel waartoe wordt binnentreden het binnentreden zonder toestemming van de bewoner redelijkerwijs vereist. De machtiging kan uitsluitend worden gegeven aan degene die bij of krachtens de wet bevoegd is verklaard zonder toestemming van de bewoners in een woning binnen te treden.

machtiging tot binnentreden

college

Op grond van bovengenoemd artikel 5:27 Awb is het bestuursorgaan dat bevoegd is tot toepassing van bestuursdwang tevens het orgaan dat bevoegd is tot afgifte van de machtiging. Het college is bevoegd in het geval van toepassing van bestuursdwang als reactie op bijvoorbeeld een overtreding van de Woningwet. Gaat het om een vermoeden van overtreding van de Woningwet, dus voor het houden van toezicht, dan is de burgemeester bevoegd.

Inbreuk huisrecht moet noodzakelijk zijn

Een inbreuk op het huisrecht moet tot slot noodzakelijk zijn.

Een voorbeeld. Toezichthouders van de gemeente hebben een huisbezoek afgelegd naar aanleiding van enkele anonieme tips die via 'Bureau Zoeklicht' zijn binnengekomen. De rechtbank oordeelt ten eerste dat anonieme tips op zichzelf onvoldoende zijn om als redelijke grond voor een huisbezoek te dienen. Dat de gemeente wel wist van wie de tip(s) afkomstig is/zijn, maakt dat niet anders. Het is immers door de anonimiteit van de melder(s) voor de rechtbank niet inzichtelijk hoeveel meldingen het betreft omdat niet is uitgesloten dat meerdere meldingen van één persoon afkomstig zijn. De gemeente heeft ook niet aannemelijk kunnen maken dat voorafgaand aan het huisbezoek nader onderzoek is gedaan dat de twijfel ondersteunt die naar aanleiding van de anonieme tip(s) is ontstaan. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat geen sprake was van een redelijke grond voor een huisbezoek. Nu het binnentreden in de woning ook niet is geschied op basis van 'informed consent', bestaat naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende rechtvaardiging voor de inbreuk op het huisrecht. (Rb. Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8598)

bevindingen huisbezoek onbruikbaar

Het gevolg hiervan is dat de bij het huisbezoek opgedane bevindingen in het kader van de besluitvorming buiten beschouwing dienen te worden gelaten. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat de gemeente op grond van de Algemene wet op het binnentreden de burgemeester had kunnen verzoeken een machtiging te verlenen om de woning zonder toestemming van de bewoner te kunnen betreden, maar dat van die mogelijkheid geen gebruik is gemaakt. Zie verder Hoofdstuk 2.10 over de uitsluiting van het bewijs van onrechtmatig verkregen gegevens.

Een ander voorbeeld betreft de aanpak van onrechtmatig gebruik van woningen (Rb. Amsterdam, 31 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX8690). De gemeente Amsterdam heeft een convenant gesloten met de Regiopolitie Amsterdam-Amstelland, de Amsterdamse Federatie van woningcorporaties en de verschillende woningcorporaties. Het Convenant beoogt een samenwerkingsverband tot stand te brengen om in gezamenlijkheid onrechtmatige bewoning of onrechtmatig gebruik van woningen tegen te gaan. Hiertoe is noodzakelijk dat hierop betrekking hebbende politiegegevens aan de bevoegde medewerkers van de gemeente en de corporaties worden verstrekt, met inachtneming van de Wet bescherming persoonsgegevens. In het Convenant is als uitgangspunt opgenomen dat politiegegevens slechts voor de aanpak van onrechtmatige bewoning mogen worden verstrekt, en bovendien slechts met instemming van de officier van justitie. Omdat de gemeente in een geval de politiegegevens heeft gebruikt om bijstandfraude tegen te gaan, is gehandeld in strijd met het Convenant. Het gevolg hiervan is dat de politiegegevens (het PV) buiten beschouwing moet worden gelaten. Omdat de gemeente naar aanleiding van die politiegegevens verder geen zelfstandig onderzoek verricht en betrokkene alleen over haar woonsituatie heeft verklaard na confrontatie met die politiegegevens, wordt die verklaring door de bestuursrechter ook niet toegelaten als bewijsmiddel. Die verklaring wordt dan gezien als 'verboden vrucht'.

Tot slot nog een voorbeeld in het kader van het terugvorderen van ten onrechte genoten bijstand (CRvB 31 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX3201). Betrokkenen hebben verklaringen afgelegd in het kader van een strafrechtelijk onderzoek ten overstaan van de sociaal rechercheurs. Zij menen dat de gemeente deze niet kunnen gebruiken als bewijs omdat zij op dat moment niet in de gelegenheid zijn gesteld zich te laten bijstaan door een raadsman. Betrokkenen hebben gesteld, maar niet aanneemelijk gemaakt, dat zij hun verklaringen niet in vrijheid dan wel onder onaanvaardbare druk hebben afgelegd. De bestuursrechter vindt het relevant dat de verklaringen zijn voorgelezen en door betrokkenen per pagina zijn ondertekend. En zij hebben zich uitdrukkelijk akkoord verklaard met de volgende tekst: 'Ik vind dat de gehele gang van zaken met mijn aanhouding en mijn verhoor goed zijn verlopen. Ik heb daar geen klachten over. Ik vind dat ik correct behandeld ben.' Betrokkenen hebben verder niet kunnen bewijzen dat zij onder druk zijn gezet om de verklaringen te ondertekenen. Tot slot worden zij ook niet gevolgd in de stelling dat zij niet mogen worden gehouden aan hun in het kader van het onderzoek afgelegde verklaringen omdat deze verklaringen door dat onderzoek waren ingekleurd. Volgens vaste jurisprudentie mag in het algemeen van de juistheid van een tegenover een opsporingsambtenaar afgelegde verklaring worden uitgegaan en komt aan het intrekken daarvan, of het achteraf ontkennen van het verklaarde, weinig of geen betekenis toe. (CRvB 26 januari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV2512). De bevoegdheid tot binnentreden bestaat wanneer aan de volgende elementen is voldaan.

2.8 Medewerkingsplicht

Op grond van artikel 5:20 Awb is eenieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Dat geldt conform het evenredigheidsbeginsel alleen voor diegenen op wie toezicht mag worden gehouden. Deze medewerkingsplicht geldt alleen tegenover een toezichthouder, dus alleen tegenover diegenen die zijn aangewezen conform artikel 5:11 Awb (CBb 21 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9669, AB 2008, 288).

Een voorbeeld. Indien een werknemer die niet betrokken is bij de activiteit waarop toezicht wordt gehouden bij een inspectie wordt ondervraagd, dan geldt op grond van het evenredigheidsbeginsel (5:13 Awb) dat jegens hem van de toezichtbevoegdheden geen gebruik mag worden gemaakt.

Logischerwijs rust op diegene dan ook geen medewerkingsplicht. Dat is in de praktijk soms lastig in te schatten. Om enige inschatting te kunnen maken strekt het tot aanbeveling om aan de betrokkenen te vragen wat zijn functie is. Wanneer toezicht wordt gehouden op het naleven van een omgevingsvergunning ligt het voor de hand de milieufunctionaris te ondervragen en niet iemand van de persoonsadministratie.

De medewerking kan zien op het openen van verpakkingen, het geven van toegangscode, wachtwoorden, kluiscode, vrije doorgang verschaffen, niet vertragen of anderszins belemmeren, enzovoort. Ook kan de medewerkingsplicht zien op het verschaffen van informatie op grond van artikel 5:16 Awb en artikel 5:17 Awb.

inspannings-
verplichting

De medewerkingsplicht is geen resultaatsverplichting maar een inspanningsverplichting. Niemand is tot meer gehouden dan waartoe hij of zij in staat is (zie bijvoorbeeld ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:230 en ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2010:BO6638, AB 2011, 289).

effectueren
medewer-
kingsplicht

De medewerkingsplicht is noodzakelijk om de toezichtbevoegdheden ook binnen een redelijke termijn te kunnen effectueren. Aan het effectueren van de medewerking kan een last onder dwangsom, een last onder bestuursdwang of een boete verbonden worden, mits daar een wettelijke grondslag voor is (ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7784, AB 2010, 7, zie bijvoorbeeld artikel 44 Drank en Horecawet en artikel 5:14 Wabo). Overigens geldt daarvoor dat daartoe pas moet worden overgegaan wanneer dit proportioneel is en niet dan nadat een minder ingrijpende dwangmaatregel, indien voorhanden, is toegepast (CBb 11 februari 2010, ECLI:NL:CB-B:2010:BL3730, ABkort 2010, 84).

Medewerking kan niet worden geweigerd omdat de onderneming al een vergelijkbare controle door een andere toezichthouder heeft ondergaan.

Een voorbeeld. Een onderneming weigerde medewerking te verlenen aan het uitoefenen van toezicht door de Stichting Controlebureau voor Pluimvee, Eieren en Eiprodukten, omdat de voormalige Voedsel- en Warenautoriteit een vergelijkbare controle had uitgevoerd. Het CBb oordeelt dat het feit dat deze toezichthouders dezelfde feiten controleren en daarover geen werkafspraken maken, op zichzelf niet maakt dat de toezichthouder niet redelijkerwijs heeft kunnen oordelen dat gebruikmaking van zijn bevoegdheden voor de vervulling van zijn taak nodig is (CBb 23 februari 2012, JB 2012, 98).

Voldoet men niet aan zijn medewerkingsplicht dan is dit strafbaar volgens artikel 184 Sr.

Verschonings-
recht

Uitgezonderd van de medewerkingsplicht zijn de zogenaamde 'geheimhouders', waaronder advocaten, artsen en dergelijke, die een beroep kunnen doen op het in artikel 5:20 lid 2 Awb besloten liggende verschoningsrecht. De vordering tot medewerking moet worden onderscheiden van de vraag en de mededeling. Voor strafbaarheid op grond van artikel 184 Sr is in ieder geval vereist dat in feitelijke zin een vordering is gedaan. Het enkel stellen van een vraag is niet voldoende (HR 27 juni 1927, NJ 1927 p. 926). De vordering moet de betrokkene een redelijke termijn geven waarbinnen hij aan de vraag kan voldoen. Na het verstrijken van die termijn, zonder dat is voldaan aan de vordering, staat vast dat er sprake is van een strafbaar feit.

Wetsvoorstel
wijziging 5:20
Awb

Op dit moment biedt de Awb geen algemene bevoegdheid voor bestuursorganen om bestuurlijke herstelsancties (last onder bestuursdwang, last onder dwangsom) op te leggen indien niet of onvoldoende wordt meegewerkt bij de uitoefening van de bevoegdheden van een toezichthouder. Op 22 juli 2019 is het voorstel om de Awb aan te passen in verband met de Omgevingswet en de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten aangeboden aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II, 2018/19 352562, nr. 2). Dit wetsvoorstel voorziet erin dat in de Awb alsnog een algemene bevoegdheid wordt opgenomen op grond waarvan bestuursorganen bij niet-naleving van de medewerkingsplicht een last onder bestuursdwang kunnen opleggen.

Aan artikel 5:20 worden twee leden toegevoegd, luidende:

'3. Het bestuursorgaan onder verantwoordelijkheid waarvan de toezichthouder werkzaam is, is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van het eerste lid.

4. Indien de gevorderde medewerking strekt ter handhaving van het bepaalde bij of krachtens een regeling die is genoemd in hoofdstuk 2, 3 of 4 van de bij deze wet behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak of in de bij deze wet behorende Regeling verlaagd griffierecht, wordt de last onder bestuursdwang voor de toepassing van de twee laatstgenoemde regelingen aangemerkt als een besluit, genomen op grond van de eerstbedoelde regeling.'

De ABRvS heeft hierover een advies uitgebracht (Kamerstukken II, 2018/19 352562, nr. 4), waarin wordt opgemerkt dat de medewerkingsplicht in de Awb onder omstandigheden kan leiden tot een inbreuk op het verbod op strafrechtelijke zelfbeschuldiging. Dat levert de vraag op of en in hoeverre de belanghebbende zich kan beroepen op het recht zichzelf niet te beschuldigen en dus geen gevolg hoeft te geven aan de eis tot medewerking die door een toezichthouder wordt opgelegd. Het wetsvoorstel vergroot dit spanningsveld doordat het de bevoegdheid invoert om een herstelsanctie (bestuursdwang) op te leggen als de belanghebbende zijn medewerking weigert.

De regering licht op dat punt toe dat het verbod op zelfbeschuldiging niet strekt tot materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van een belanghebbende, zoals bijvoorbeeld informatie die ten tijde van de vordering in fysieke zin al bestaat (zie paragraaf 2.6.2). Over materiaal dat afhankelijk van de wil van belanghebbende bestaat, zet de toelichting uiteen dat de toezichthouder in dat geval een clausulering dient te verbinden aan de vordering tot medewerking. De ABRvS begrijpt dat daarmee bedoeld wordt op de in de rechtspraak vastgestelde verplichting om de inlichtingen te verstrekken met de restrictie dat het materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de uitoefening van het toezicht op de naleving van de wet en niet (mede) voor doeleinden van bestuurlijke beboeting of strafvervolgning van de belanghebbenden (zie: CBB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, r.o. 6.5.). De Hoge Raad heeft in dit verband geoordeeld dat de rechter in de vereiste waarborgen moet voorzien, omdat hierop gerichte regelgeving in Nederland ontbreekt (HR van 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.7.).

Voor toezichthouders is van belang te onderkennen dat de grens tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal niet altijd eenduidig te trekken is. Uitgaande van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad is het van belang dat er voldoende waarborgen worden gecreëerd om te voorkomen dat er wilsafhankelijk materiaal tegen de wil van de betrokkene gebruikt wordt voor bestraffing of beboeting.

Het vierde lid is nodig omdat het besluit tot oplegging van de last onder bestuursdwang ingevolge het nieuw voorgestelde derde lid wordt genomen op grond van de Awb en niet op grond van de bijzondere wet (zoals nu nog het geval is bij besluiten tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van artikel 5:20, eerste lid). Daarmee voorkomt het vierde lid ook dat de huidige rechtsgang wijzigt in die gevallen waarin de bestuursdwangbevoegdheid ter handhaving van artikel 5:20, eerste lid, Awb nu nog is opgenomen in de bijzondere wet en waarin voor besluiten op grond van die wet een afwijkende rechtsgang geldt.

In hoofdstuk 5 van het wetsvoorstel is nog een overgangsbepaling toegevoegd in verband met het nieuw voorgestelde artikel 5:20, derde lid. Deze bepaling strekt ertoe buiten twijfel te stellen dat onder het oude recht op basis van de bijzondere wet genomen besluiten tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom wegens overtreding van de medewerkingsplicht onder het nieuwe recht hun geldigheid behouden en dus niet opnieuw genomen behoeven te worden.

Zie ook de brief van de Ministers voor Rechtsbescherming en van Justitie en Veiligheid over enkele bestuursrechtelijke onderwerpen (Kamerstukken II 2018/19, 29279, nr. 503). In deze brief wordt meegedeeld dat de eerder aangekondigde regeling voor bewijsrecht in de Awb er toch niet komt, omdat daaraan bij nader inzien gelet op het huidige systeem (vrije bewijsleer en artikelen 3:2 en 3:46 Awb) geen behoefte aan bestaat.

2.8.1 *Zwijgrecht versus medewerkingsplicht*

In artikel 29 Sv is het recht van een verdachte om te zwijgen opgenomen. Een verdachte is degene ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit of een overtreding voortvloeit of tegen wie de vervolging is gericht. Voor het bestuursrecht is in artikel 5:10a Awb geregeld dat het zwijgrecht toekomt aan degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie.

Het is voor te stellen dat bij het houden van toezicht een vermoeden ontstaat dat er een strafbaar of

dubbele petten
en sfeerover-
gang

beboetbaar feit is gepleegd. Bestuursrechtelijke overtredingen zijn vaak ook aangemerkt als economische delicten. Toezichthouders kunnen tegelijkertijd opsporingsambtenaar zijn of zij werken met opsporingsambtenaren samen. Omdat in het kader van bestuursrechtelijk toezicht een medewerkingsplicht bestaat, zou een toezichthouder daarvan gebruik kunnen maken door – ook wanneer al een verdenking zou zijn ontstaan – zijn toezichtbevoegdheden te ‘misbruiken’ en zoveel mogelijk informatie te vergaren onder verwijzing naar die medewerkingsplicht. De verkregen informatie kan dan in een strafzaak of ten behoeve van het opleggen van een boete worden gebruikt. Dit wordt ook wel aangeduid als de ‘dubbele petten’ problematiek, waar bijzonder opsporingsambtenaren mee geconfronteerd kunnen worden. Komt de zaak in een later stadium voor de strafrechter of wordt een bestuurlijke boete opgelegd, dan kan het voorkomen dat de overtreder zich op het standpunt stelt dat het tijdens de toezichtfase verzamelde materiaal niet mag worden gebruikt wegens strijd met artikel 29 Sv of artikel 5:10a Awb, nu niet is gewezen op het zwijgrecht of, meer in het algemeen, vanwege strijd met het ‘nemo tenetur’-beginsel (het recht om niet mee te hoeven werken aan een veroordeling van jezelf).

criminal charge

Het zwijgrecht ligt besloten in artikel 6 EVRM. Dat recht bestaat wanneer sprake is van een bestraffende sanctie, ofwel een ‘criminal charge’ (dit kwam hierboven al even aan de orde). Om vast te stellen of daarvan sprake is dient een aantal vragen te worden beantwoord:

1. welke kwalificatie heeft de sanctie naar nationaal recht; is deze onder het strafrecht gebracht of niet;
2. wat is de aard van de overtreding; geldt de norm voor eenieder of voor een specifieke afgebakende groep burgers;
3. wat is de aard en zwaarte van de op te leggen sanctie; is deze bestraffend en afschrikwekkend van aard (EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (Engel), EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Ozturk)). In dit verband wordt wel gesproken over de “Engel”-criteria, naar het arrest van het Europees Hof van 1976. De criteria die in dit arrest werden geformuleerd zijn ruim 40 jaar later nog steeds geldig.

geen plicht
bewijs tegen
zichzelf te
leveren

Het zwijgrecht komt er op neer dat men gestelde vragen niet hoeft te beantwoorden. Onder meer in de zaak Saunders (EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699) heeft het Europese Hof uitgemaakt dat het gebruik van inlichtingen die in het kader van de inlichtingenplicht onder dwang zijn verstrekt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in strijd kan zijn met het zwijgrecht. Het zwijgrecht en het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren vormen essentialia van een eerlijk proces en dus van art. 6 EVRM. Het gaat daarbij onder meer om de bescherming van de verdachte tegen ongeoorloofde dwangtoepassing door de autoriteiten, om zo rechterlijke dwalingen te vermijden en de doelstellingen van art. 6 EVRM te bereiken. In het bijzonder het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren, veronderstelt dat de vervolging niet gebaseerd wordt op bewijsmateriaal dat tegen de wil van de verdachte is verkregen door dwang of drukuitoefening. Dit recht legt zo de verbinding met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Het heeft vooral betrekking op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen. Het strekt zich echter niet uit tot materiaal dat onder dwang van de verdachte wordt verkregen, maar onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, zoals geschriften, ademlucht, bloed- en urinemonsters en lichaamsmateriaal voor een DNA-test. Dit kwam hierboven (in 2.6.2) al aan de orde.

materiaal dat
onafhankelijk
van de wil van
de overtreder
bestaat

Hoe moeilijk het soms ook is te bepalen, een toezichthouder zal alert moeten zijn op ‘sfeerovergang’ (wanneer toezicht overgaat op opsporing omdat inmiddels een verdenking is ontstaan), zodat tijdig de cautie wordt gegeven. Zo heeft de Centrale Raad van Beroep in verschillende uitspraken op basis van de criteria uit het Saunders-arrest geoordeeld, dat tijdens een controle-onderzoek onder dwang verkregen informatie (namelijk door mee te delen dat de informatie moest worden verstrekt op grond van artikel 25 WW, zonder te wijzen op het zwijgrecht op grond van artikel 27b WW) niet mag worden gebruikt voor het opleggen van een bestuurlijke boete (zie CRvB 16 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU6392, JB 2012, 18 en CRvB 3 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6621, JB 2013, 118).

In het bestuursrecht geldt dat de cautie dient te worden gegeven op het moment dat bij de verhoerende ambtenaar het voornemen ontstaat om aan de overtreder een boete/bestruffende sanctie op

te leggen. Dit betekent dus dat het in wezen aan de verhorende ambtenaar is om het moment te kiezen waarop de cautie wordt gegeven. De ABRvS verwoordde het op 27 juni 2018 als volgt: *“De cautieplicht bestaat wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie”* (zie ECLI:NL:RVS:2018:2115). Dit is onlangs nog in een uitspraak van 28 augustus 2019 herhaald (ECLI:NL:RVS:2019:2952).

2.9 Toezicht en privacy

AVG

Toezichthandelingen moeten in beginsel ook worden gezien als het verwerken van persoonsgegevens. De bescherming van persoonsgegevens wordt gereguleerd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (EU 2016/679), van kracht sinds 25 mei 2018. De AVG is verder uitgewerkt in de Uitvoeringswet AVG. Artikel 4 onder 1 AVG definieert persoonsgegevens als: *‘alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon’*. Daarbij moet gedacht worden aan informatie die tot een persoon herleidbaar zijn, zoals NAW gegevens, BSN-nummer, financiële gegevens, locatie, enzovoort.

Zie: H.H. de Vries en S.A.M. Meijer, ‘Privacy en gemeenten: de Algemene Verordening Gegevensbescherming’, Gst. 2017/132
<https://www.vngrealisatie.nl/producten/privacy-ondersteuningsaanbod-voor-gemeenten>

De verwerking van persoonsgegevens is alleen rechtmatig op grond van artikel 6, lid 1 AVG, indien en voor zover aan ten minste een van de voorwaarden uit dat artikellid is voldaan. Voor toezichthandelingen zijn de daarin genoemde elementen a, c en e relevant:

‘a) de betrokkene heeft toestemming gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens voor een of meer specifieke doeleinden;

c) de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust;

e) de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen.’

Wat betreft element a) is van belang dat deze ‘toestemming’ schriftelijk vastligt. De elementen c) en e) veronderstellen in de eerste plaats dat er een taak of verplichting is.

Zie: Mr. M.W. Venderbos, Normering van bestuurlijk toezichts- en controleonderzoek, *JBp/lus* 2019/1, paragraaf 2.2.4.

2.10 (On)rechtmatig verkregen bewijs

Wanneer informatie zou zijn verkregen terwijl de overtreder (verdachte) niet is gewezen op zijn zwijgrecht, leidt dat in het bestuursrecht niet zonder meer tot het buiten beschouwing laten van dat bewijs. De vraag wanneer bewijsuitsluiting dient te volgen, wordt in de jurisprudentie als volgt beantwoord: *“het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs is slechts dan niet toegestaan indien de daartoe verkregen bewijsmiddelen zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle mogelijke omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht”*. Deze jurisprudentie geldt al langer, maar zie voor een recente uitspraak de uitspraak van de Afdeling van 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:486).

‘zozeer indruist-criterium’

Van een “wijze die zozeer indruist” is – kortweg – sprake wanneer bij het verkrijgen van bewijs grondrechten zijn geschonden of wanneer informatie is verkregen door een ‘liegende en bedriegende’ overheid, die onder valse voorwendsels zich bijvoorbeeld toegang verschaft of inlichtingen vordert (CRvB 24 juni 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD5289, AB 2008, 286 en CRvB 17 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:425).

Bij het beoordelen van het bewijs ten behoeve van het opleggen van een bestuurlijke boete wordt in de jurisprudentie steeds meer aangesloten bij de wijze waarop in het strafrecht bewijs wordt beoordeeld. In die gevallen wordt nauwgezet beoordeeld op welke wijze het bewijs is verkregen en of daarin aanleiding moet worden gevonden dit bewijs niet aan het boetebesluit ten grondslag te leggen. In de regel is daarvan sprake wanneer iemand in zijn verdediging is geschaad.

bewijsuitsluiting

In het strafrecht zijn er kort samengevat drie redenen voor bewijsuitsluiting:

1. bewijsuitsluiting kan noodzakelijk zijn om het recht van de verdachte op een eerlijk proces veilig te stellen;
2. een aanzienlijke schending van een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel kan maken dat bewijsuitsluiting noodzakelijk moet worden geacht;
3. de zeer uitzonderlijke situatie waarin het desbetreffende vormverzuim, naar uit objectieve gegevens blijkt, zozeer bij herhaling voorkomt dat zijn structureel karakter vaststaat en de verantwoordelijke overheid kennelijk te weinig onderneemt om schending van dit voorschrift te voorkomen (HR 9 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 en nadien herhaald in onder meer HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2247 en HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2768).

Samengevat: onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten als dat noodzakelijk is om het recht van de verdachte op een eerlijk proces veilig te stellen. Dit komt in grote lijnen overeen met de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in het bestuursrecht, zoals hiervoor beschreven (bij het verkrijgen van bewijs zijn grondrechten geschonden of het bewijs is verkregen door een 'liegende en bedriegende' overheid). Overigens is het goed om te beseffen dat het strafrecht nog andere manieren kent om om te gaan met 'vormverzuimen'. Strafkorting of, in het uiterste geval, niet-ontvankelijkheid van het OM behoren hier ook toe. Tevens kan de rechter besluiten om geen gevolgen aan het verzuim te verbinden.

Zo is al snel sprake van onrechtmatig verkregen bewijs wanneer zonder toestemming van de bewoner en zonder machtiging een woning is binnengetrepen, omdat daarmee het grondrecht dat bescherming vindt in artikel 8 EVRM is geschonden.

Dat is, zo blijkt uit het volgende voorbeeld, niet altijd het geval. Een bewoner vooraf bij brief aangekondigd dat er nog nader onderzoek naar zijn aanvraag moest worden gedaan en dat een huisbezoek onderdeel kan uitmaken van dat onderzoek. Toen het huisbezoek ook daadwerkelijk werd afgelegd is geen toestemming gevraagd. De Afdeling oordeelde dat de bewoner, gelet op de inhoud van die brief, op het moment van binnentreden redelijkerwijs kon vermoeden wat het doel was van het bezoek. Daarom druist de wijze waarop is binnengetrepen niet zozeer in tegen hetgeen van een behoorlijke handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik van het bewijs niet zou zijn toegelaten (ABRvS 18 december 2012, JnB 2013, 37).

Zie: Y.E. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht', AA 2017, p. 399.

2.11 Buitengewoon opsporingsambtenaar

lokale veiligheidsbeleid

De regierol van de gemeente ten aanzien van het lokale veiligheidsbeleid is steeds prominenter geworden. Was de politie in het verleden de belangrijkste verantwoordelijke voor de lokale veiligheid, tegenwoordig zijn de rollen anders verdeeld en voert de gemeente deze regie. De gemeenteraad heeft daarbij een prominentere rol door (minimaal) eens in de vier jaar een integraal veiligheidsplan vast te stellen. Daar staat in wat de gemeente zelf doet en wat zij van andere organisaties en instellingen verwacht. Veiligheid is hiermee een kerntaak voor gemeenten. Zij zijn regisseur van het lokale veiligheidsbeleid en vanuit die rol verantwoordelijk voor de beleidsvoering. Uit de praktijk blijkt ook dat gemeenten dit integrale veiligheidsbeleid steeds meer gaan invullen. Dit is ook wenselijk. De afgelopen jaren is de tendens waarneembaar dat de politie – mede ook onder invloed van landelijke hoofdlijnen van beleid (de prestatieafspraken) – zich meer gaat richten op de kerntaken en de gemeenten steeds meer mogelijkheden krijgen om de taken, die de politie niet langer als kerntaak ziet, op te pakken. Een van die taken is het aanpakken van overlastfeiten. Hiervoor is de bestuurlijke strafbeschikking geïntroduceerd. Dat geldt ook op het terrein van de milieuhandhaving.

Bevoegdheden
BOA

De rol van de buitengewoon opsporingsambtenaren bij de strafrechtelijke handhaving is steeds groter geworden en zij hebben steeds meer taken van de politie overgenomen in zowel het stedelijke als het landelijke gebied. Veel BOA's zijn zeer gemotiveerd voor hun opsporingstaak en vervullen in de praktijk een waardevolle informatiefunctie voor de politie in hun werkgebied. Zij vergroten het handhabingsbewustzijn binnen de eigen organisatie en slaan een brug tussen de eigen organisatie, het OM en de politie. Om optimaal gebruik te kunnen maken van het grote (opsporings) potentieel van de BOA's is een transparant, efficiënt en gebruiksvriendelijk BOA-bestel nodig, zoals is gereguleerd in het Besluit Buitengewoon Opsporingsambtenaar (BBO) in werking getreden (laatste wijziging gepubliceerd in Staatsblad 2018, 157).

specialistische
BOA

BOA's vervullen een belangrijke rol bij het houden van toezicht en het opsporen van bepaalde strafbare feiten. Daarbij helpen zij bij het handhaven van de openbare orde en veiligheid. BOA's beschikken over opsporingsbevoegdheden en mogen verdachten aanhouden, boeten uitschrijven en verhoren afnemen. In de zogeheten akte van opsporingsbevoegdheid is omschreven wat een BOA mag doen. Dit verschilt per BOA en is beperkt tot een bepaald werkterrein, zoals parkeerwacht, milieu-inspecteur, sociaal rechercheur enzovoort.

Vaak is een BOA gespecialiseerd in een onderdeel van de wet of in een verordening. Daardoor heeft hij of zij specifieke kennis en kan hij of zij gericht en met meer kennis optreden dan bijvoorbeeld een politieagent. Een BOA mag alleen op dat gebied werken waarvoor hij of zij is opgeleid. Verschillende BOA-functies zijn: boswachters, brandweercommandanten, brugwachters, conducteurs, controleurs vaarwegen, douanebeambten, gemeentelijke handhavers, inspecteurs dierenbescherming, jachtopzieners, leerplichtambtenaren, marktmeesters, medewerker bouw- en woningtoezicht, medewerkers van de Inspectie SZW, milieuopsporingsambtenaren, parkeercontroleurs, scheepvaartmeesters, sociale rechercheurs en tunnelwachters.

Zie: www.politie.nl/onderwerpen/buitengewoon-opsporingsambtenaar
<https://hetccv.nl/onderwerpen/buitengewoon-opsporingsambtenaar-boa/>

toekennen
opsporings-
bevoegdheid

Gemeenten hebben vaak BOA's in dienst. Om hen bevoegd te maken tot de opsporing van strafbare feiten, moet door de gemeente toestemming worden gevraagd aan de Minister van Veiligheid en Justitie. Artikel 142 Sv geeft aan wie er als BOA kan worden aangewezen en bevat bepalingen over de reikwijdte van deze opsporingsbevoegdheid. De Minister van Veiligheid en Justitie verleent de titel van opsporingsbevoegdheid. Voordat hij hiertoe overgaat, moet de noodzaak van de opsporingsbevoegdheid worden aangetoond. De betreffende persoon moet tevens voldoen aan de eisen van betrouwbaarheid en bekwaamheid.

noodzaak-
criterium

Er is voldaan aan het noodzaakcriterium wanneer de Minister van Veiligheid en Justitie van mening is dat de opsporingsbevoegdheid noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie van de persoon of de dienst waarbij deze werkzaam is. Bovendien moet een beroep op de politie voor het uitoefenen van de opsporingsbevoegdheden bezwaarlijk, niet mogelijk of niet wenselijk zijn. Het noodzaakcriterium wordt ook gehanteerd waar het gaat om de toekenning van politiebevoegdheden en geweldsmiddelen.

VOG

getuigschrift

Artikel 17 BBO bepaalt dat de eis van betrouwbaarheid eruit moet bestaan dat iemand van onbesproken gedrag is. Zo dient een VOG te worden verstrekt. De betrouwbaarheid wordt iedere vijf jaar opnieuw getoetst bij de aanvraag voor verlenging van de titel van opsporingsbevoegdheid. Artikel 16 BBO laat zien dat het vereiste van bekwaamheid ziet op het beschikken over de daarvoor vastgestelde basiskennis en vaardigheden. De BOA moet beschikken over een 'getuigschrift BOA'. Dit examen dient elke vijf jaar met goed gevolg te worden afgelegd. Hiernaast kunnen aanvullende bekwaamheidseisen aan de BOA worden gesteld, zo blijkt ook uit artikel 16 lid 2 BBO. Dit zal veelal te maken hebben met de complexiteit van het gebied waarbinnen een BOA zijn opsporingsbevoegdheid uitoefent.

Om het werk van de BOA verder te professionaliseren en meer transparant te maken is de domeinlijst opgesteld. Dit is een lijst waarin vijf inhoudelijke domeinen voor de BOA's worden bepaald en een restdomein. Per domein is er een pakket aan opsporingsbevoegdheden, politiebevoegdheden en geweldsmiddelen vastgesteld. Per domein is aangegeven of er eventuele aanvullende opleidingseisen gesteld zijn, dit is een zogeheten BOA-plus opleiding.

Op deze wijze wordt het beleid ten aanzien van en de eisen aan de BOA geüniformeerd. Tevens worden alle BOA's nu landelijk opsporingsbevoegd gemaakt. Dit zal naar verwachting resulteren in een betere samenwerking tussen gemeenten.

2.12 Checklist en modellen binnentreden

2.12.1 Vooraf

1. vaststellen noodzaak tot binnentreden:
 - wegens toezicht op naleving regelgeving;
 - wegens bestuursdwang uitoefenen ter beëindiging overtreding.
2. vaststellen noodzaak voor binnentreden zonder toestemming van bewoner:
 - is er een aanmerkelijk belang dat binnentreden vereist?
 - is te verwachten dat geen toestemming wordt verkregen?
3. vaststellen van bevoegdheid tot binnentreden in een wet of verordening;
4. bepalen wie mag binnentreden:
 - de bevoegde toezichthouder in geval van toezicht op de naleving;
 - degene die met uitoefening van bestuursdwang belast is.
5. ga na wie nog meer nodig is om te kunnen binnentreden, of om het doel van binnentreden te kunnen bewerkstelligen (politie, slotenmaker, reiniging, energiebedrijf);
6. bepaal wie machtiging mag verstrekken:
 - bij toezicht op de naleving: de burgemeester;
 - bij bestuursdwang in verband met burgemeestersbevoegdheid: de burgemeester;
 - bij bestuursdwang in andere gevallen: het college.
7. ondertekening door het bevoegd gezag;
8. indien een plaats wordt betreden die niet bij de overtreding is betrokken, dan dient dit achtenveertig uur voor binnentreden schriftelijke te zijn aangezegd aan de rechthebbende (artikel 5:27 lid 3 Awb).

2.12.2 Binnentreden

1. toon het legitimatiebewijs en geef aan met welk doel wordt binnengetreden;
2. vraag bewoner(s) om binnen te mogen treden met diens toestemming;
3. wordt deze toestemming gegeven, leg dit schriftelijk vast en vraag bewoner zijn handtekening voor akkoord te plaatsen;
4. wordt deze toestemming niet gegeven, toon de machtiging en verstrek een afschrift aan de bewoner en treedt vervolgens binnen;
5. als na het tonen van de machtiging nog niet binnengetreden kan worden, kan toegang verschaft worden door het openbreken van het slot of de deur, zo nodig met behulp van de politie;
6. als bewoners niet aanwezig zijn, kan alleen worden binnengetreden voor zover de machtiging dat toelaat.

2.12.3 Na afloop

1. maak een verslag (zie 8.2.12 en 8.2.13);
2. bij niet binnentreden in memo intern melden dat niet is binnengetreden, de machtiging niet is gebruikt, wat daar de reden van is geweest en of doel van geplande binnentreden wel/niet is bereikt;
3. bij betreding met toestemming (dus als machtiging niet is gebruikt) melden dat is binnengetreden zonder gebruik van de verleende machtiging. Hierbij aangeven of doel van binnentreden is

- bereikt (overtredingen zijn geconstateerd, of bestuursdwang is toegepast, of was niet nodig);
4. bij gebruik machtiging een verslag conform checklist en binnen enkele dagen verzenden intern en aan de bewoner(s).

2.13 Checklist verslag binnentreden

Een verslag van binnentreden moet in ieder geval de volgende informatie bevatten:

1. de naam, hoedanigheid en bevoegdheid van degene die is binnentreden;
2. datum van afgifte machtiging;
3. naam en hoedanigheid van degene die machtiging heeft afgegeven;
4. de wettelijke bepalingen waarop het binnentreden berust;
5. het doel waartoe is binnentreden;
6. plaats van de woning;
7. naam van de bewoner(s);
8. wijze van binnentreden, tijdstip waarop is binnentreden en waarop de woning is verlaten;
9. rapport wat er in de woning is verricht, of overigens is voorgevallen, of geconstateerd en wie is aangetroffen in de woning;
10. opgave van aantal personen en hoedanigheid van degenen die de binnentredende persoon hebben vergezeld;
11. omschrijving van de voorwerpen die eventueel in beslag zijn genomen, indien de bevoegdheid daartoe bestaat.

Verslag binnen dagen zenden aan:

- Burgemeester c.q. college;
- Bewoner(s);
- Kopie in dossier.

2.14 Verslag binnentreden

Op ... (datum) om ... tijd) uur ben ik, ondergetekende, bevoegd conform ... vergezeld van ... (aantal en functie) personen

Krachtens een machtiging van de burgemeester van ... (gemeente) welke machtiging op ... (datum) is gegeven op grond van artikel ... (wettelijke grondslag)

Binnentreden in de woning aan (adres) te (plaats)

Zonder de toestemming van een persoon die opgaf de bewoner te zijn, genaamd ... (naam)

(of)

Bij afwezigheid van een bewoner en derhalve zonder toestemming

Zulks ter

Uitvoering van de toezichtbevoegdheid als bedoeld in artikel 5:18 van de Algemene wet bestuursrecht, om zaken te onderzoeken, aan opnemingsonderwerpen en daarvan monsters te nemen

(of)

Tenuitvoerlegging van de aanschrijving tot bestuursdwang van ... (datum) van het college.

Voorafgaande aan het binnentreden heb ik mij door het tonen van mijn legitimatie gelegitimeerd, de hierboven vermelde machtiging getoond en het doel van het binnentreden medegedeeld.

Wijze van binnentreden (beschrijf)

Verrichtingen, voorvallen en bijzonderheden

In de woning zijn meegenomen ... (beschrijf)

De woning is verlaten op ... (datum) om ... (tijdstip) uur.

Op ambtseed (of) ambtsbelofte opgemaakt te ... (plaats) op ... (datum)

... (functienaam)

...(naam persoon)

Afschrift verslag aan bewoner(s) verstrekt (of) verzonden op ... (datum), ondertekend door bewoner(s)

2.15 Model machtiging tot binnentreden

De burgemeester van de gemeente ... (naam gemeente);

Gelet op artikel 100 lid 5 Woningwet

Geeft machtiging aan: ... (naam, voorletters, functie)

Om voor de uitvoering van de toezichtbevoegdheid, als bedoeld in artikel 5:18 van de Algemene wet bestuursrecht, zaken te onderzoeken, aan opname te onderwerpen en daarvan monsters te nemen

zonder toestemming van de bewoner binnen te treden

in de woning ... (straat, huisnummer) te ... (naam gemeente);

bepaalt voorts dat

bij afwezigheid van de bewoner(s) in genoemde woning kan worden binnengetreden en degene die bevoegd is zonder toestemming binnen te treden zich door anderen kan vergezellen, voor zover dit voor het doel van binnentreden redelijkerwijs noodzakelijk is.

Deze machtiging is van kracht op de dag waarop zij is gegeven tot en met de derde dag na afgifte.

Afgegeven te ... (naam gemeente) op ... (datum)

Burgemeester van ... (naam gemeente)

2.16 Model aanwijzing toezichthouder

Het college van ... (naam gemeente);

Overwegende dat het wenselijk is te voorzien in de aanwijzing van toezichthouders in de zin van artikel 5.11 van de Algemene wet bestuursrecht in samenhang met de onderscheidenlijke wettelijke voorschriften;

gelet op de Algemene wet bestuursrecht;

BESLUITEN

... aan te wijzen

1. als toezichthouder als bedoeld in artikel 5.10 van de Wabo:
voorletter(s), achternaam, werkende als ... (functie)
 2. als toezichthouder als bedoeld in artikel 75 lid 1 van de Huisvestingwet:
voorletter(s), achternaam, werkende als ... (functie)
 3. als toezichthouder als bedoeld in artikel 6.2 lid 2 van de Algemene plaatselijke verordening:
voorletter(s), achternaam, werkende als ... (functie)
 4. als toezichthouder als bedoeld in artikel 41 Drank- en Horecawet:
voorletter(s), achternaam, werkende als ... (functie)
- II Eerdere besluiten van het college tot aanwijzing van toezichthouders onder welke benaming dan ook voor de ... (afdelingsnaam) worden hierbij ingetrokken.
- III Dit besluit wordt bekendgemaakt door toezending van een afschrift aan de directeur van de ... (dienst), de manager van de ... (afdeling).

(Plaats), (datum)

Het college voornoemd,
Burgemeester

secretaris

3 Handhavingsplicht en gedogen

3.1 Bevoegdheid tot handhaving

In hoofdstuk 2 is besproken dat het uitoefenen van toezicht ertoe kan leiden dat een overtreding wordt geconstateerd. Tevens is daarbij besproken in hoeverre er een verplichting bestaat om toezicht te houden en (alle) overtredingen daadwerkelijk te constateren. Een dergelijke (vergaande) plicht bestaat niet, maar er is wel sprake van een plicht om 'adequaat' toezicht te houden. In dit hoofdstuk gaat het om de vraag in hoeverre er een plicht bestaat om handhavend op te treden indien een overtreding is geconstateerd en in hoeverre van handhaving kan worden afgezien. Wanneer niet handhavend wordt opgetreden is sprake van (tijdelijk) gedogen. In dit hoofdstuk wordt daarom ook stilgestaan bij de gedoogbeslissing en onder welke voorwaarden wel of niet gedoogd kan worden.

bevoegdheid en beleidsruimte

Bestuursorganen zijn in beginsel enkel bevoegd, maar niet verplicht tot handhavend optreden bij een geconstateerde overtredingen. Handhavingsbevoegdheden zijn immers in de regel geformuleerd als een bevoegdheid ('kan'-bepaling). Zo bepaalt artikel 125 lid 1 Gemeentewet dat het gemeentebestuur bevoegd is tot toepassing van bestuursdwang. Daarmee heeft het bestuursorgaan beleidsvrijheid: de vrijheid een bevoegdheid niet te gebruiken wanneer dat wel mogelijk is.

In het jaarverslag 2017 merkt de ABRvS hierover het volgende op:

"In het jaarverslag 2016 is al melding gemaakt van de indringender toetsing door de bestuursrechter. Zoals in de literatuur niet onopgemerkt is gebleven, heeft dat er mede toe geleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak is afgestapt van het gebruik van de term 'marginale toetsing', die een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert. De termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid' zijn vervangen door 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte', met als overkoepelende term 'beslissingsruimte'. De sinds jaar en dag gebruikte term 'vrijheid' wordt niet meer gebruikt, omdat deze verwarrend kan zijn. Geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid is geheel vrij, maar steeds gebonden aan de regels van het recht. Met de termen 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte' bedoelt de Afdeling bestuursrechtspraak hetzelfde als voorheen met de termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid'. Waar er 'gebonden beoordelingsruimte' is, gebruikt de Afdeling bestuursrechtspraak niet de term 'beoordelingsruimte', maar brengt zij in de motivering de (volle) toetsing van de bevoegdheidstoepassing tot uitdrukking."

Beleidsruimte betekent ook dat beleidsregels kunnen worden opgesteld die zien op de uitoefening van de bevoegdheid om handhavend op te treden. Soms moeten beleidsregels worden opgesteld, zoals artikel 7.2 Besluit omgevingsrecht voorschrijft, zie verderop paragraaf 3.2.

3.1.1 Beginselplicht tot handhaving

Beginselplicht geldt onverkort

In de jurisprudentie van de ABRvS is de beleidsruimte waarover bestuursorganen bij handhaving beschikken genuanceerd door een 'beginselplicht' tot handhaving aan te nemen. Deze plicht geldt onverkort, of er nu sprake is van ambtshalve geconstateerde overtredingen of van overtredingen waarop wordt gewezen via een verzoek tot handhaving van een (belanghebbende) burger. De beginselplicht is ontwikkeld in het kader van handhaving van het omgevingsrecht.

De ABRvS hanteert in haar jurisprudentie de volgende standaard overweging, waaruit de 'beginselplicht tot handhaving' volgt (ABRvS 2 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3307):

“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 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 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.”

Nadat een overtreding is geconstateerd, dient een belangenafweging te worden gemaakt, waarbij de volgende belangen worden gewogen:

- het algemeen belang dat is gediend met handhaving (dit belang weegt heel zwaar);
- de belangen van derden (waaronder de belangen van een eventuele verzoeker om handhaving);
- de belangen die tegen handhaving pleiten (waaronder de (persoonlijke) omstandigheden van de overtreder, is de overtreding welbewust begaan, aard en omvang van de overtreding, eventuele schade, praktische en/of financiële bezwaren voor overtreder maar ook voor het betreffende bestuursorgaan (deze laatste bezwaren kunnen slechts zwaarder wegen wanneer de gevolgen voor het algemeen belang en derden heel gering zijn) en overige bijzondere omstandigheden).

3.1.2 Afzien van handhaving

Van handhaving kan worden afgezien wanneer sprake is van bijzondere omstandigheden. Daarvan is, zo leert de jurisprudentie, niet snel sprake.

3.1.2.1 Overtredingen van geringe aard en omvang

In beginsel moet ook tegen heel geringe overtredingen worden opgetreden, om normvervaging te voorkomen. Als stelselmatig niet wordt opgetreden tegen kleine overtredingen, worden de geschonden rechtsregels zinloos. Stelselmatig niet optreden tegen overtredingen is niet toegestaan.

Er zijn wel verschillende voorbeelden waarbij met recht kon worden afgezien van handhaving vanwege de geringe omvang en ernst van een overtreding, maar dan wordt tegelijkertijd vastgesteld dat het algemeen belang en belangen van derden zich daartegen niet verzetten. Hier volgen enkele voorbeelden.

In de gemeente Nederweert was een rij leiplatanen geplant in afwijking van de daarvoor verleende ontheffing. In de ontheffing was bepaald dat deze op een afstand van 1 meter van de erfgrens moesten worden geplant, maar in werkelijkheid waren de leiplatanen op een afstand van 0,6 meter geplant. Als de overtreder de leiplatanen 0,4 meter zou verplaatsen zou dit nauwelijks zichtbaar zijn, maar het zou wel zeer kostbaar zijn. Daarom was handhavend optreden in dit geval onevenredig (ECLI:NL:RVS:2004:AQ3659).

In dezelfde lijn de situatie waarin een hekwerk in strijd met het bestemmingsplan 2 meter breed was in plaats van de toegestane 1.80 meter. Dit hekwerk was voor de om handhaving verzoekende buurman niet zichtbaar en om die reden mocht de gemeente afzien van handhavend optreden (ECLI:NL:RVS:2005:AS3204).

In een gemeente gold een Distelverordening, op grond waarvan landbouwgronden gezuiverd moeten zijn van bepaalde distelsoorten voordat zij in bloei staan. Er werd een handhavingsverzoek ingediend omdat enkele bloeiende distels waren aangetroffen. De ABRvS oordeelde dat het college niet tegen de aanwezigheid van iedere distel handhavend moet optreden. In dit geval kon het college daarvan afzien, omdat sprake is van een overtreding van zeer geringe aard en ernst en niet aannemelijk is geworden dat de belangen van de verzoeker om handhaving door de aanwezigheid van hoogstens enkele distels zijn geschaad (ECLI:NL:RVS:2006:AV8642).

In een geval waarin een woning 0,5 meter te dicht op de weg stond en een bedrijfsgebouw iets(je)

langgerechter was dan toegestaan in de (destijds) verleende bouwvergunning toestond, mocht ook van handhaving worden afgezien. Ook hier oordeelde de ABRvS dat bij eventuele verplaatsing (wat hier overigens op sloop zou neerkomen) het verschil met het blote oog nauwelijks zichtbaar zou zijn en de belangen van derden niet geschaad werden. Bovendien was de overtreding deels te wijten aan het feit dat de ambtenaar van bouw- en woningtoezicht de locatie bij de bouw verkeerd had uitgezet (ECLI:NL:RVS:2013:455). In vergelijkbare zin zie ECLI:NL:RVS:2014:3885 en ECLI:NL:RVS:2017:1288.

Deze uitspraken laten zien dat ingeval van heel geringe overtredingen, die nauwelijks zichtbaar zijn, maar waarvoor geldt dat de gevolgen van herstel zeer kostbaar zijn, van handhaving kan worden afgezien.

Dat geldt niet bij heel geringe overtredingen, wanneer daarbij een inbreuk wordt gemaakt op een eigendomsrecht van een ander. Het eigendomsrecht is een grondrecht en dat dient zoveel mogelijk beschermd te worden, ook al zijn de gevolgen voor de overtreder groot (ECLI:NL:RVS:2016:665 en ECLI:NL:RVS:2013:819).

3.1.2.2 *Overtredingen met een incidenteel karakter*

Wanneer de overtreding een incidenteel karakter heeft, dan kan dat een omstandigheid vormen op grond waarvan van handhaving mag worden afgezien (ABRvS 4 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6030; ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9229; CBb 15 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ8708; Rb. Rotterdam 16 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV6080).

3.1.2.3 *Concreet zicht op legalisatie*

3.1.2.3.1 *Legalisatieonderzoek*

Wanneer een overtreding wordt geconstateerd moet het tot handhaving bevoegde bestuursorgaan nagaan of de overtreding niet alsnog kan worden gelegaliseerd (het legalisatieonderzoek). Wanneer sprake is van 'concreet zicht op legalisatie' kan van handhavend optreden worden afgezien. Dat geldt ook wanneer dit geconstateerd wordt uiterlijk bij het nemen van de beslissing op bezwaar tegen het betreffende handhavingsbesluit (ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2523).

Wel of geen
legalisatie-on-
derzoek?

Bij het legalisatieonderzoek moet ook betrokken worden of de overtreden regel(s) wellicht binnenkort zullen wijzigen (is de herziening van een bestemmingsplan in procedure, wordt de APV aangepast, is er een wetswijziging op handen?). Dat betekent ook dat het college ingeval van strijd met een bestemmingsplan eventueel te rade moet gaan bij de gemeenteraad, omdat de gemeenteraad de bevoegdheid heeft om het bestemmingsplan aan te passen (of om een verklaring van geen bedenkingen te verlenen). Wanneer echter een 'bouwstop' (art. 5.17 Wabo) wordt opgelegd, versterkt met een last onder dwangsom ter voorkoming van voortzetting van de bouwactiviteiten, dan hoeft niet eerst onderzocht te worden of concreet zicht op legalisatie bestaat. Dat is weer wel zo wanneer het gaat om een herstelsanctie, die erop is gericht een illegaal opgericht bouwwerk te (doen) slopen (ABRvS 24 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0988, AB 2012, 391). Daarnaast is een legalisatieonderzoek niet aan de orde wanneer sprake is van het voornemen om een preventieve herstelsanctie op te leggen. Wanneer een voor legalisatie noodzakelijke vergunning of bestemmingsplanwijziging is geweigerd, geldt er eveneens geen verplichting om legalisatieonderzoek te verrichten, tenzij er nadien weer een wijziging van de overtreden voorschriften op handen is.

Gelet hierop kan als vuistregel worden gehanteerd dat altijd onderzocht wordt of legalisatie mogelijk is en wanneer dit niet mogelijk is en een handhavingsbesluit wordt opgesteld, dat in dit besluit uitdrukkelijk wordt overwogen waarom concreet zicht op legalisatie niet aan de orde is.

3.1.2.3.2 *Concreet*

Zicht op legalisatie is niet voldoende concreet wanneer het bestuursorgaan alleen nog maar heeft meegedeeld, dat op een in te dienen aanvraag positief zou kunnen worden beschikt of wanneer alleen nog maar een voorontwerp bestemmingsplan ter inzage ligt (ECLI:NL:RVS:2014:1642). Indien een bestemmingsplanwijziging noodzakelijk is, dan is volgens vaste jurisprudentie pas sprake van concreet zicht op legalisatie wanneer tenminste een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd,

waarbinnen het strijdig gebruik past (ECLI:NL:RVS:2016:1267 en ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:289). Dat het vaststellingsbesluit van een bestemmingsplan mogelijk kan worden vernietigd, is onvoldoende om geen concreet zicht op legalisatie aan te nemen (ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4374). Als op voorhand blijkt dat het bestemmingsplan geen stand kan houden, dan is er ook geen sprake van concreet zicht op legalisatie (ECLI:NL:RVS:2014:2751 en ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:289). Daarvan is overigens niet automatisch sprake als het vaststellingsbesluit is geschorst door de voorzitter van de ABRvS (ECLI:NL:RVS:2012:BY4374).

Ook wanneer zou zijn toegezegd dat het bestemmingsplan wordt aangepast, is niet al sprake van concreet zicht op legalisatie. Zoals de ABRvS heeft overwogen in de uitspraak van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, dient, om aan te nemen dat een toezegging is gedaan, degene die zich beroept op het vertrouwensbeginsel aannemelijk te maken dat sprake is van uitlatingen en/of gedragingen van ambtenaren die bij de betrokkene redelijkerwijs de indruk wekken van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur over de manier waarop in zijn geval een bevoegdheid al dan niet zal worden uitgeoefend. Als er al vertrouwen is gewekt dat het bestemmingsplan zal worden herzien, dan levert dat niet reeds daarom concreet zicht op legalisering op. Daarvoor is volgens vaste rechtspraak vereist dat ten tijde van belang een legaliserend ontwerp van het bestemmingsplan ter inzage is gelegd (ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2429).

Wanneer wordt gehandeld zonder (omgevings)vergunning, zal er op basis van de huidige jurisprudentie sprake zijn van concreet zicht op legalisatie wanneer er:

1. een aanvraag is ingediend;
2. die ontvankelijk is;
3. die de situatie ook daadwerkelijk en in zijn geheel legaliseert. De vergunning moet dus alle niet vergunde activiteiten dekken;
4. de aanvraag 'vergunbaar' is (voor inwilliging in aanmerking komt).

Als het gaat om een omgevingsvergunning voor de activiteit bouw, dan is een aanvraag niet altijd nodig om te kunnen spreken van concreet zicht op legalisatie van een illegaal gebouwd bouwwerk. In die gevallen kan vaak eenvoudig worden vastgesteld of een vergunning (gelet op het imperatief-limitatief stelsel) verleend kan worden. In die gevallen moet het bestuursorgaan ook zelf onderzoeken en opnemen of het bouwwerk gelegaliseerd kan worden (ECLI:NL:RVS:2018:1314), mits de bereidheid bestaat bij de overtreder om een aanvraag omgevingsvergunning in te dienen (ECLI:NL:RVS:2010:BM6444 en meer recentelijk ECLI:NL:RVS:2019:169).

Bij het verlenen van een omgevingsvergunning kan de uitgebreide voorbereidingsprocedure of de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing zijn. Wanneer de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing is, dan is sprake van concreet zicht op legalisatie als er een ontwerp omgevingsvergunning ter inzage is gelegd, waarbij het illegale gebruik gelegaliseerd kan worden (ECLI:NL:RVS:2016:594). Wanneer de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is, dan kan voldoende zijn, om concreet zicht op legalisatie aan te nemen, dat het bestuursorgaan aangeeft de omgevingsvergunning te willen verlenen. Dit gaat niet op wanneer op voorhand duidelijk is dat die te verlenen vergunning geen stand zal kunnen houden (ECLI:NL:RVS:2016:594).

Wanneer een bestuursorgaan aangeeft niet te willen meewerken aan legalisatie, dan wordt dit in de regel voldoende geacht om geen concreet zicht op legalisatie aan te nemen, tenzij duidelijk is dat dit besluit geen stand zal houden (ECLI:NL:RVS:2015:1795).

Concreet zicht op beëindiging van een overtreding door het treffen van maatregelen levert volgens de ABRvS geen concreet zicht op legalisatie op (ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, AB 2013, 95). Weliswaar kan in het kader van een belangenafweging het feit dat binnenkort de overtreding zal worden beëindigd van belang zijn, maar dan stelt de ABRvS de voorwaarde dat de overtreding niet in redelijkheid binnen de gegeven termijn kon worden beëindigd. De ABRvS neemt daarbij in aanmerking of ingrijpende maatregelen worden gegeven om de overtreding ongedaan te maken.

beëindiging
overtreding
geen concreet
zicht op
legalisatie

3.2 Handhavingsbeleid

3.2.1 Nut en noodzaak

rechtszekerheid
en gelijkheid

Gelet op de vele afwegingen die gemaakt moeten worden bij het nemen van de beslissing om al dan niet handhavend op te treden, is het verstandig om handhavingsbeleid op te stellen. Het gelijkheidsbeginsel eist een consistent en doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en dus een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in vergelijkbare gevallen (ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2701, ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:227, ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, AB 2008, 228).

Handhavingsbeleid is voor gemeenten een belangrijk houvast op basis waarvan prioriteiten kunnen worden aangebracht in de aanpak van overtredingen. Burgers kunnen daaruit opmaken wanneer op welke wijze bij overtredingen wordt opgetreden. Daarmee is het voor de burger duidelijk wat hij kan verwachten (rechtszekerheid). Dergelijk beleid kan ook preventief werken. Beleid bevordert tevens rechtsgelijkheid.

In 2011 heeft de ABRvS duidelijk(er) gemaakt hoe moet worden omgegaan met handhavingsbeleid in relatie tot de beginselplicht (ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:663, Gst 2012, 7). In die uitspraak oordeelde de ABRvS als volgt:

“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 een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat, of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien”.

beginselplicht
en handhavings-
beleid

Handhavingsbeleid houdt in de praktijk vaak in dat na een geconstateerde overtreding niet meteen handhavend wordt opgetreden. Er wordt een ‘stappenplan’ gevolgd, op grond waarvan eerst een waarschuwing wordt gegeven aan de overtreder. Dan wordt dus niet meteen handhavend opgetreden, terwijl een plicht daartoe uit de ‘beginselplicht’ jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid. Op grond van deze uitspraak is het toegestaan om niet direct op te treden tegen overtredingen door het opleggen van een sanctie, maar mag het handhavingsbeleid worden gevolgd. Dit laat echter onverlet dat tegen spoedeisende gevallen wel – indien de situatie daarom vraagt – (al dan niet preventief) dient te worden opgetreden. Dat geldt ook wanneer na een waarschuwing de overtreding zich herhaalt (ABRvS 12 december 2012, JnB, 1450). Het is raadzaam om die uitzonderingen uitdrukkelijk te benoemen in het handhavingsbeleid. Benoem dat het voorgeschreven stappenplan voor de meer reguliere situaties, niet wordt gevolgd in bepaalde uitzonderlijke situaties.

grenzen
gedoogbeleid

Er zijn ook veel gedoognota's, gedoogkaders, strategieën etcetera die via internet (www.overheid.nl) zijn te raadplegen. Gedoogbeleid is echter vaak geïntegreerd in handhavingsbeleid of een sanctiestrategie. Het is niet toegestaan als beleid te hanteren dat tegen bepaalde overtredingen stelselmatig niet wordt opgetreden (ABRvS 17 november 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR5829, JB 2005, 35 en Rb Zutphen 20 juni 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT8397).

Een voorbeeld. Het voeren van een gedoogbeleid ten aanzien van met het bestemmingsplan strijdig gebruik, zonder dat concreet uitzicht op legalisatie bestaat, is niet toegestaan. Beleid waarin als regel is geformuleerd dat in geen enkel geval wordt opgetreden tegen een eenmalige overschrijding van de geluidnormen van minder dan 5 dB(A), is evenmin geoorloofd.

Vaak wordt echter gedoogbeleid geformuleerd dat in feite een kopie vormt van de gedoogkaders die de Rijksoverheid heeft geformuleerd. Daarin wordt bijvoorbeeld aangegeven dat na een waarschuwing handhavend zal worden opgetreden als de gedoogvoorwaarden niet worden nageleefd. Dan zal de gedoogbeschikking moeten worden ingetrokken. Vaak is daarin opgenomen dat een afgegeven gedoogbeschikking zal worden heroverwogen als een handhavingsverzoek wordt ingediend, omdat bij de beslissing op dat verzoek de belangen van derden-belanghebbenden gewogen moeten worden.

3.2.2 Handhaving; een kwestie van prioriteiten

criteria
prioritering

Vaak wordt de handavingsopgave gefaseerd door het stellen van prioriteiten. Criteria die daarvoor kunnen worden gebruikt zijn bijvoorbeeld: naleving van regelgeving op gebieden waarbij burgers grote risico's lopen: brand, ontploffing (veiligheid), overlast (geluidhinder); gedetailleerde regelgeving versus meer globale regelgeving; situaties waarbij derden in grote(re) mate afhankelijk zijn van handhaving; kosten gemoeid met toezicht in relatie tot het effect van toezicht.

Zie: mr. A. Klap, *Prioriteringsbeleid in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving: tussen praktische noodzaak en juridische bezwaren*, JBplus, 2012, 4, p. 326 e.v.

Omdat handhaving echter niet altijd (tijdelijk) mogelijk is, kan aan de hand van het vastleggen van prioriteiten worden bepaald dat eerst de zaken worden aangepakt die de hoogste prioriteit hebben. Dit laat onverlet dat andere handavingszaken bestuurlijk nog altijd opgepakt moeten kunnen worden en dat bij een minder zware werklast – niet prioritaire – zaken ook aan bod komen.

uitgangspunten
handhavings-
beleid

Enkele uitgangspunten:

1. prioriteiten stellen houdt in dat – simpel gezegd – prioriteit wordt toegekend aan bijvoorbeeld handhaving bij overtreding van regels die de veiligheid en/of volksgezondheid beschermen, of juist cultuurhistorie. Dit kan worden bepaald aan de hand van de volgende indeling:
 - a. aard van de overtreding;
 - b. precedentwerking;
 - c. de te beschermen waarden;
 - d. de mate van gevaar, schade of hinder;
 - e. het gedrag van de overtreder (bewust handelen, recidivist);
 - f. bestuurlijke keuzes en bestaand beleid.

Een voorbeeld. In de handhavingstrategie van de gemeente Utrecht stond onder meer vermeld dat de gebieden met de hoogste natuurwetenschappelijke, landschappelijke en cultuurhistorische waarden frequenter zullen worden gecontroleerd en dat voorts de controle wordt afgestemd op de seizoenen. Vanwege het beperkte aantal toezichthouders en de arbeidsintensiteit van de controles, heeft het college gekozen voor een gefaseerde handhaving.

2. Het stellen van prioriteiten mag er niet toe leiden dat bepaalde gevallen nooit worden gehandhaafd of dat alleen wordt gehandhaafd als een verzoeker om handhaving daarom vraagt (ABRvS 11 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5552, JB 2009/112);
3. En in het verlengde daarvan, duidelijk moet zijn wat de toekomstige aanpak zal zijn van de verschillende categorieën waar verschillende prioriteit aan is toegekend;

Enkele voorbeelden. Het college heeft het voornemen geuit om ook te gaan optreden tegen de andere in strijd met de Verordening bescherming natuur en landschap provincie Utrecht 1996 afgemeerde vaartuigen in de Kromme Mijdrecht. Dit voornemen spoort met de omstandigheid dat provinciale staten bewust hebben afgezien van het opnemen van overgangsrecht, bijvoorbeeld een uitsterfregeling, en met het feit dat het college geen gedoogbeschikkingen heeft afgegeven voor die andere in overtreding zijnde gevallen. Daarmee heeft het college naar het oordeel van de ABRvS voldoende aangetoond dat het tot handhaving van die andere gevallen over zal gaan. (ABRvS 15 september 2010, Gst 2011, 12).

De rechtbank heeft ten onrechte het opleggen van de last ten aanzien van het schapenhok en de stelconplaten onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen geacht, door te overwegen dat het college niet heeft kunnen verduidelijken waarom het alleen in het geval van A is overgegaan tot handhavend optreden en in een groot aantal vergelijkbare gevallen daarvan heeft afgezien. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het college over de door A aangedragen gevallen volgens de rechtbankuitspraak ter zitting heeft verklaard die te zullen onderzoeken en, indien nodig, daartegen handhavend op te treden. Het had daarmee ten tijde van de rechtbankzitting reeds een begin gemaakt door op 14 maart 2012 in één van de gevallen een voorwaarschuwing te geven. Voorts wordt in aanmerking genomen dat het college heeft verklaard tegen geconstateerde illegale stelconplaten altijd handhavend op te treden en heeft het daarvan ook voorbeelden getoond, waarvan twee daterend van voor het besluit van 30 november 2011 en dat het aan de handhaving jegens A prioriteit heeft kunnen geven, nu een derde om handhaving jegens hem had verzocht (ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1276).

4. het stellen van prioriteiten mag er niet toe leiden dat in reactie op een handhavingverzoek, een feitelijk onderzoek naar de vraag of sprake is van een overtreding achterwege blijft (Rb. Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN4417 en Rb Arnhem 12 juni 2012, ECLI:RBARN:2012:BW9366);

Een voorbeeld. In een geval waarin al jarenlang geluidklachten werden geuit had het naar het oordeel van de ABRvS op de weg van het college gelegen om gedegen te onderzoeken of sprake is van een overtreding. Daartoe is het noodzakelijk dat bij serieuze klachten in beginsel onverwijld toezicht-houders naar de inrichting worden gezonden en dat metingen worden verricht op het moment dat een voertuig de brug oprijdt, aangezien moet worden aangenomen dat deze manoeuvre niet met gesloten deuren kan worden uitgevoerd en het denkbaar is dat hierdoor overschrijding van de geluidsgrenswaarden plaatsvindt (ABRS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF1006, AB 2008, 320).

5. Aparte aandacht verdient de rol van belanghebbenden die een handhavingverzoek indienen. Bepaal wat het te volgen traject is na een dergelijk verzoek. Als uitgangspunt geldt dat op klachten serieus wordt gereageerd en dat een onderzoek wordt ingesteld. Dat zou moeten beginnen met het aangaan van het gesprek met de verzoeker om handhaving en de (vermeende) overtreder (Rb. Dordrecht 8 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ5010);
6. Prioriteiten zijn niet statisch. Met het verloop van de tijd kunnen prioriteiten achterhaald blijken. Er moet dus continue aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre tijdsverloop invloed heeft gehad op eenmaal vastgelegde prioriteiten. Dat betekent dat met enige regelmaat de prioriteiten opnieuw moeten worden bekeken. Een prioriteitstelling dient altijd actueel te zijn en de flexibiliteit te hebben om te kunnen inspelen op nieuwe beleidsontwikkelingen, op nieuwe gebeurtenissen of concrete initiatieven. Het is gewenst de prioriteitstelling periodiek door het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad te laten vaststellen aan de hand van tussentijdse bevindingen en evaluaties.

3.2.3 *Draagvlak*

draagvlak voor
beleid

Bij het formuleren van handhavingsbeleid is het belangrijk dat er op alle fronten draagvlak is. Het gaat hierbij om zowel bestuurlijk, ambtelijk als maatschappelijk draagvlak. Steun of in ieder geval begrip van alle bij de handhaving betrokken partijen is leidend.

draagvlak door
samenwerking

Het bestuurlijk en ambtelijk draagvlak kan worden verkregen door tijdens het opstellen van het handhavingsbeleid regelmatig met elkaar om de tafel te zitten, de ins en outs van de handhaving met elkaar te bespreken, de behaalde resultaten door te spreken en toetsbare afspraken met elkaar te maken. Het opstellen van handhavingsbeleid is een proces waarin alle betrokken bestuurders en ambtenaren moeten worden meegenomen en waarvoor de nodige tijd moet worden uitgetrokken. Daarbij geldt als voorwaarde dat de in het handhavingsbeleid geformuleerde doelstellingen reëel en haalbaar zijn. Een goed samenspel tussen ambtenaren en bestuurders is in deze onontbeerlijk. Zij moeten samen de overtuiging hebben dat zij er met elkaar voor gaan, waarbij een ieder natuurlijk zijn eigen verantwoordelijkheid heeft.

draagvlak door
communicatie
en informatie

Maatschappelijk draagvlak kan worden verkregen door op een goede wijze met burgers en derden te communiceren over het handhavingsbeleid. Het handhavingsbeleid dient zich niet alleen binnen de muren van het gemeentehuis af te spelen. Het is een open en transparant proces, waarbij afstemming op de in de maatschappij aanwezige gedachten belangrijk is. Maar deze verantwoordelijkheid kan zich prima verhouden tot die van in de gemeente of regio aanwezige burgers, bedrijven en/of derden. Duidelijkheid en communicatie, bijvoorbeeld via informatiebijeenkomsten en uiteraard door bekendmaking van het beleid, zorgt ervoor dat veel ruis wordt weggenomen en er begrip is voor elkaars standpunten. Daarmee wordt ook normconform gedrag gestimuleerd.

Wanneer een handhavingsbeleid geen maatschappelijk draagvlak heeft, zullen handhavingsacties snel als negatief of pesterij worden beschouwd en worden bemoeilijkt. Maatschappelijk draagvlak kan ook worden verkregen door een goede communicatie en uitleg over concrete handhavingsacties, zoals een bestuursdwangaanschrijving of het opleggen van een dwangsom. De pers hierbij betrekken kan positief zijn. Dit vergroot juist de bekendheid met het handhavingsbeleid en dat komt de handhaving weer ten goede.

ontbreken
handhavings-
beleid

Bij gebrek aan handhavingsbeleid komen gemeenten nog wel eens in de problemen omdat dan onvoldoende inzichtelijk kan worden gemaakt waarom in het ene geval wel en in het andere geval niet handhavend wordt opgetreden (ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, JB 2008, 165, ABRvS 11 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5552, JB 2009, 112, ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2786, JB 2011, 67). Onder verwijzing naar 'beleid in ontwikkeling' kan ook niet aan handhaving worden ontkomen (ABRS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2786, JB 2011, 67). Dat het college wat betreft handhaving andere prioriteiten stelt is een keuze van het college en geen bijzondere omstandigheid om van handhaving af te zien. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat het college al geruime tijd kennelijk geen aanleiding heeft gezien definitief beleid te ontwikkelen.

checklist hand-
havingsbeleid
opstellen

Checklist handhavingsbeleid

1. schrijf een plan van aanpak voor het maken van handhavingsbeleid en indien wenselijk verzamel voorbeelden van andere gemeenten om vanuit verschillende mogelijkheden en modaliteiten een gedegen keuze te kunnen maken voor de eigen gemeente;
2. onderzoek of er wettelijke eisen zijn gesteld aan het beleid. Zo is in het Bor bepaald, dat er een handhavingsbeleid is voor alle beleidsvelden die in de Wabo worden geïntegreerd of erbij aanhaken;
3. formuleer een visie, waarin de kaders en uitgangspunten voor de handhaving naar voren komen;
4. doe een kwantitatief en kwalitatief onderzoek naar de huidige situatie;
5. maak een inschatting van de risico's met behulp van een risicoanalyse;
6. stel de prioriteiten op basis van de resultaten van de risicoanalyse vast;
7. maak een vertaalslag van prioriteiten naar de aanpak in de praktijk door een toezichts-, sanctiestrategie te formuleren, een stappenplan. Daarin staat een beschrijving van de prioriteiten, de doelen, de strategieën en de activiteiten, gebaseerd op een probleemanalyse. Het beleid is afgestemd met andere betrokken bestuursorganen en strafrechtelijke partners;
8. benoem onder welke omstandigheden en in welke gevallen van dit stappenplan wordt afgeweken (in spoedeisende situaties, bij herhaaldelijke veelplegers die onder verscherpt toezicht staan et cetera);
9. leg het ter goedkeuring voor aan de gemeenteraad; de raad stelt de kaders en prioriteiten vast, het college de daadwerkelijke uitwerkingen in stappenplannen;
10. implementeer het handhavingsbeleidsplan door het uit te werken in vervolgstappen op het gebied van bijvoorbeeld personeel, ICT of communicatie;
11. maak het beleid bekend en informeer de burger hierover, bijvoorbeeld door het organiseren van informatiebijeenkomsten en/of gerichte publicaties hierover in huis-aan-huis-bladen en/of de gemeentelijke website;
12. herijk regelmatig (bijvoorbeeld jaarlijks) het beleid en stel bij waar nodig. Dat kan bijvoorbeeld nodig zijn als gevolg van:
 - rechterlijke uitspraken;
 - wijziging van het recht;

- **regelmatige afwijkingen van het beleid (het strekt tot aanbeveling afwijkingen van beleid wegens bijzondere omstandigheden apart op te nemen in een overzicht dat is opgenomen in het beleid of hierin toegevoegd. Op die manier is inzichtelijk wanneer daarvan is afgeweken. Wanneer op een bepaald onderdeel met regelmaat wordt afgeweken dan verdient het handhavingsbeleid kennelijk aanpassing).**

3.2.4 Handhavingsbeleid: dubbele redelijkheidstoetsing

redelijk
handhavings-
beleid

Uit de jurisprudentie van de ABRvS kan worden afgeleid dat het handhavingsbeleid alleen mag worden gevolgd wanneer dit handhavingsbeleid redelijk is te achten. Dat is op zichzelf logisch. Ieder beleid dat wordt toegepast moet de zogenaamde dubbele redelijkheidstoets doorstaan:

- 1 is het beleid op zichzelf redelijk? (is er een bevoegdheid om beleid vast te stellen; is het beleid in overeenstemming met de wettelijke bevoegdheid waarop het is gestoeld en is het voor het overige redelijk te achten);
- 2 is de concrete toepassing redelijk? (Is het juist toegepast of had juist moeten worden afgeweken van het beleid).

3.3 Handhaven: belangen afwegen en motiveren

Binnen de grenzen van de beginselplicht is handhaving een kwestie van belangenafweging en deugdelijk motiveren.

3.3.1 De af te wegen belangen

In de belangenafweging dient op de eerste plaats (veel) gewicht te worden toegekend aan het algemene belang dat is gediend met handhaving. Dat belang staat voorop. Het gebeurt in de praktijk geregeld dat in de belangenafweging, waar een verzoek om handhaving is gedaan, de belangen van de overtreder (bij het kunnen laten voortduren van de overtreding) en het belang van de verzoeker (bij het doen beëindigen van de overtreding) worden gewogen, terwijl het algemene belang dat is gediend met handhaving wordt 'vergeten'.

handhavings-
verzoek is
aanvraag

In de belangenafweging spelen die belangen uiteraard wel een rol, maar naast het algemene belang dat handhavend wordt opgetreden tegen normschending. Ingeval van een verzoek om handhavend op te treden, zal het belang van de verzoeker betrokken moeten worden. Overigens dient deze verzoeker belanghebbend te zijn. Immers, een verzoek tot handhaving is een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3 lid 3 Awb: 'een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen'. Wanneer een verzoeker geen belanghebbende is, is zijn verzoek geen handhavingsverzoek en hoeft daarop niet te worden beschikt. Dit laat onverlet dat van een dienstige overheid wel verwacht wordt dat hij de 'klacht' van de burger adresseert en deze waar mogelijk en opportuun onderzoekt en dat de burger in ieder geval wordt geïnformeerd.

Samengevat moet het algemene belang dat is gediend met handhaving, (eventueel) het belang van een belanghebbende verzoeker tot handhaving, de belangen van de overtreder en eventueel andere belangen gewogen worden.

Een voorbeeld. Het college van Ermelo weigerde op te treden tegen een illegaal terras omdat het een ontmoetingsplaats was voor visueel gehandicapten. In de belangenafweging is betrokken dat het gebruik van het terras bijdraagt aan het voorkomen van vereenzaming. Alternatieve locaties waren niet reëel en er waren geen andere klachten ontvangen dan van de verzoeker om handhaving. De rechtbank oordeelt dat het college het belang van de verzoeker om handhaving teneinde gevrijwaard te blijven van overlast had moeten wegen tegen de belangen van de gebruikers van het terras. Het college had moeten motiveren waarom het algemene belang dat is gemoeid met handhaving van het bestemmingsplan niet prevaleerde boven de belangen van de gebruikers van het terras (Rb. Zutphen 6 juni 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW7676).

Bij uitspraak van 4 september 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2877) heeft de ABRvS geoordeeld over handhavingsnota waarin criteria zijn opgenomen om te bepalen wanneer het belang van de eigenaar/

gebruiker zwaarder weegt dan het algemeen belang bij handhaving van de wet. Vermeld is dat lange tijd van niet optreden onder omstandigheden kan leiden tot gedogen. Volgens de handhavingsnota kan een vertrouwen dat de gemeente ten aanzien van illegale bouw niet meer handhavend zal optreden gehonoreerd worden als zich de volgende situatie voordoet:

1. het gaat om een illegale situatie die al meer dan 10 jaar bestaat (de bewijslast ligt bij de overtreder/eigenaar, hij moet immers aantonen dat bij hem verwachtingen zijn gewekt) en
2. de gemeente heeft al 10 jaar geen correspondentie gevoerd over de illegale situatie en
3. de bouw is constructief aanvaardbaar (wordt bepaald door de afdeling Handhaving) en
4. de bouw is niet in ernstige mate in strijd met redelijke eisen van welstand (de afdeling Handhaving bepaalt welke bouw eventueel in aanmerking komt voor die kwalificatie en legt de zaak dan voor aan de Welstandscommissie; de Welstandscommissie bepaalt of inderdaad sprake is van ernstige strijd met redelijke eisen van welstand; dit oordeel wordt dan overgenomen) en
5. de eigenaar/gebruiker heeft een duidelijk belang: het bouwwerk is permanent in gebruik en
6. de gemeente had redelijkerwijs al minstens 5 jaar van de situatie op de hoogte kunnen zijn door dat minstens 3 van de volgende 6 kenmerken aanwezig zijn:
 - a. zichtbaarheid vanaf de openbare weg;
 - b. aanduiding als 'bestaande situatie' op bouwtekening (eventueel op situatieschets op bouwtekening) waarvoor bouwvergunning is verleend;
 - c. aanduiding op plankaart als 'bestaande situatie' van bestemmingsplan (zonder dat het gebouwde een positieve bestemming heeft gekregen);
 - d. betaling van gemeentelijke Onroerend Zaak Belasting voor het illegaal gebouwde;
 - e. toekenning van een huisnummer aan het illegaal gebouwde;
 - f. in de milieubundel is de illegale bouwkundige situatie opgenomen.

Geen van deze 6 kenmerken zijn doorslaggevend voor een conclusie dat sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen dat gehonoreerd moet worden. De kenmerken duiden immers niet op een toezegging dat de gemeente nimmer zal optreden tegen de illegale situatie. In de handhavingsnota is verder vermeld dat gesteld kan worden dat bij de belangenafweging het belang van de eigenaar/gebruiker zwaarder weegt dan het belang van de handhaving van wetgeving wanneer aan deze criteria voldaan wordt. Dan kan het college besluiten om de illegale situatie verder te gedogen. Met de criteria in de handhavingsnota is beoogd om op objectief meetbare wijze te kunnen vaststellen wanneer een uitzondering op de algemene beginselplicht tot handhaving kan worden gemaakt. Uit de handhavingsnota volgt niet dat het college de illegale situatie zonder meer dient te gedogen indien aan de zes gestelde criteria wordt voldaan. Gedogen kan volgens de Handhavingsnota aan de orde zijn als door de lange duur van niet optreden bij de burger de verwachting is gewekt dat de gemeente niet zou optreden tegen de illegale situatie.

3.3.2 *Motivering*

De vaststelling dat sprake is van een overtreding en dat zich geen bijzondere omstandigheden voordoen op grond waarvan van handhavend optreden moet worden afgezien, kan in beginsel als een toereikende grondslag voor een herstelsanctie worden aangemerkt. Eigenlijk is vrijwel ieder tijdstip om handhavend op te treden willekeurig, maar op enig moment dient dit wel te gebeuren. Daarvoor is geen nader te specificeren rechtvaardigingsgrond vereist en er geldt in het algemeen geen verzwaarde motiveringsplicht. Dat is bijvoorbeeld anders wanneer handhavend wordt opgetreden in strijd met het vertrouwensbeginsel. Dan is een nadere motivering vereist waarom desondanks tot handhaving wordt overgegaan, zie verderop § 3.4.

Er wordt gedoogd wanneer wordt geoordeeld dat sprake is van bijzondere omstandigheden waaronder van het opleggen van (herstel)sancties moet worden afgezien. Overigens is in die gevallen in de regel legalisatie op termijn mogelijk. Maar wanneer bijvoorbeeld handhaven zeer onevenredig is omdat sprake is van een minieme overtreding, is in feite sprake van gedogen voor onbepaalde tijd. Bijvoorbeeld in het geval dat er sprake is van overschrijding bebouwingsvlak. De afbraak van het bouwwerk is onevenredig. Er blijft dus een bouwwerk staan dat in strijd met de bouwvoorschriften is gebouwd. Het kan dan de aangewezen weg zijn om deze afmetingen bij een planherziening als bouwvlak positief te bestemmen.

3.4 Vertrouwensbeginsel

3.4.1 Wanneer is een beroep op het vertrouwensbeginsel geslaagd?

Het feit dat al (zeer) lang niet handhavend is opgetreden geldt in het algemeen niet als bijzondere omstandigheid op grond waarvan moet worden afgezien van handhaving. Dit is anders indien handhaving in strijd komt met het vertrouwensbeginsel.

Op 29 mei 2019 heeft de ABRvS (ECLI:NL:RVS:2019:1694), naar aanleiding van de conclusie van AG Wattel, de jurisprudentie over de toepassing van het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht verduidelijkt.

De zaak gaat over een dakterras in Amsterdam. Een inwoner van Amsterdam moest van de gemeente Amsterdam een dakterras van haar huis verwijderen, omdat zij daar geen vergunning voor had. Zou zij dat niet doen, dan moest zij een dwangsom betalen. Maar volgens de vrouw hebben de bouwinspecteur en andere ambtenaren destijds toegezegd dat er geen vergunning voor het dakterras nodig was en dat zij ongemoeid zou worden gelaten. Daarom kon zij erop vertrouwen dat de gemeente haar geen dwangsom zou opleggen, meent zij. De voorzitter van de ABRvS vroeg in deze zaak eerder een conclusie aan AG Wattel om in te gaan op de vraag wanneer uitlatingen namens een overheidsorgaan het gerechtvaardigde vertrouwen kunnen wekken dat het overheidsorgaan geen herstelsanctie (zoals een dwangsom of bestuursdwang) zal opleggen. Wattel bracht zijn conclusie in maart 2019 uit. Daarin zette hij drie stappen uiteen die de bestuursrechter moet doorlopen als hij moet beoordelen of door of namens een overheidsorgaan vertrouwen is gewekt en, zo ja, of dan toch een herstelsanctie mag worden opgelegd. AG Wattel concludeerde dat een 'drie-stappenplan' moet worden gevolgd bij de beoordeling of een beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt. De ABRvS past die drie stappen toe en komt tot de conclusie dat het beroep van de vrouw uit Amsterdam op het vertrouwensbeginsel slaagt. Bij toepassing van de derde stap oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak dat, hoewel het vertrouwensbeginsel niet zover strekt dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd, het gemeentebestuur 'in redelijkheid van handhaving af had moeten zien'. Het dakterras is er namelijk al 25 jaar, het gemeentebestuur ging niet eerder tot handhaving over terwijl het wel van het dakterras wist, er is niet gebleken van klachten van omwonenden en bovendien zijn er ook op de naastgelegen panden dakterrassen aanwezig. Op 29 mei 2019 heeft de ABRvS ook uitspraak gedaan in een zaak waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel niet slaagt. In die uitspraak past zij het stappenplan ook toe, maar komt zij tot de conclusie dat de derde stap niet positief uitvalt voor het in die zaak betrokken bedrijf (ECLI:NL:RVS:2019:1778).

Stap 1: de toezegging

De eerste stap is de juridische kwalificatie van de uitlating en/of gedraging waarop de betrokkene zich beroept. Doorgaans zal de uitlating en/of gedraging door een ambtenaar worden gedaan of worden verricht, maar dit kan ook gebeuren door anderen, bijvoorbeeld een wethouder of derden die door het bestuursorgaan worden ingeschakeld. Kan die uitlating en/of gedraging worden gekwalificeerd als een toezegging?

De ABRvS oordeelt dat bij een toezegging (die zowel een uitlating als een gedraging kan omvatten) meer de nadruk moet worden gelegd op hoe een uitlating bij een redelijk denkende burger overkomt en minder op wat het bestuursorgaan daarmee bedoelde.

Om aan te nemen dat een toezegging is gedaan, dient degene die zich beroept op het vertrouwensbeginsel aannemelijk te maken dat sprake is van uitlatingen en/of gedragingen van ambtenaren die bij de betrokkene redelijkerwijs de indruk wekken van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur over de manier waarop in zijn geval een bevoegdheid al dan niet zal worden uitgeoefend. De welbewuste standpuntbepaling zal doorgaans in een schriftelijk stuk zijn vastgelegd. Ook zonder schriftelijk stuk kan de uitlating en/of gedraging aannemelijk zijn, waarbij van belang kan zijn of het bestuursorgaan de gestelde uitlating en/of gedraging niet of onvoldoende betwist. Daarbij is het van belang dat de **betrokkene te goeder trouw** is, wat betekent dat de betrokkene alleen een beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel indien hij de in het kader van een

toezegging relevante feiten en omstandigheden correct heeft weergegeven. De betrokkene komt geen geslaagd beroep toe op het vertrouwensbeginsel indien hij beseft of had moeten beseffen dat de uitlating van de ambtenaar ging over een beslissing die buiten de bevoegdheid van het bestuursorgaan lag, of anderszins in strijd was met de toepasselijke rechtsregels. Hierbij is van belang dat op degene die een beroep op het vertrouwensbeginsel doet een **onderzoeksplicht** rust.

Bij de vraag of een toezegging is gedaan, speelt ook de **deskundigheid van de betrokkene** een rol.

De ABRvS overweegt in dit verband verder dat, om een toezegging aan te nemen, de uitlating en/of gedraging in ieder geval **toegesneden** dient te zijn op **de concrete situatie**. Algemene voorlichting of uitlatingen over een ander geval of jegens derden zijn niet aan te merken als een toezegging.

Ook is er geen sprake van een toezegging als er uitdrukkelijk over het concrete geval aan de betrokkene een **voorbehoud** is gemaakt. Van belang voor de gemeentepraktijk is op te merken dat de ABRvS hiermee niet doelt op algemene en (dus) ongerichte 'disclaimers' bij een uitlating, die bijvoorbeeld standaard onder een mail staat. In het algemeen kan aan dergelijke 'disclaimers' bij een uitlating die zonder die disclaimer een toezegging zou zijn, voorbij worden gegaan.

Stap 2: toerekening aan het bevoegde bestuursorgaan

Bij de tweede stap moet de vraag worden beantwoord of die toezegging aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend. Op dit punt wordt de jurisprudentie aangescherpt en heeft een verschuiving plaatsgevonden van het bestuurlijke naar het burgerperspectief. De ABRvS wijst in dit verband op de uitspraak van 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1946, in welke zaak sprake was van uitdrukkelijk namens het bevoegde orgaan gedane toezeggingen van niet daartoe bevoegde ambtenaren. In die uitspraak kwam de ABRvS tot het oordeel dat de betrokkene op goede gronden mocht veronderstellen dat deze personen de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkten.

De ABRvS zal voortaan ook in andere gevallen, derhalve in gevallen waarin niet uitdrukkelijk is aangegeven dat de toezegging namens het bevoegde orgaan wordt gedaan, minder de nadruk leggen op de precieze bevoegdheidsverdeling. Ook in die gevallen kan een toezegging worden toegerekend aan het bevoegde orgaan, indien de betrokkene op goede gronden mocht veronderstellen dat, degene die de toezegging heeft gedaan, de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte.

In de uitspraak wordt een voor de gemeentepraktijk belangrijk voorbeeld aangehaald.

Indien een wethouder met een bepaalde portefeuille de indruk wekt dat hij de opvatting van het college vertolkt en op het terrein van zijn portefeuille toezeggingen doet, terwijl het voor de betrokkene niet eenvoudig kenbaar is dat deze wethouder daartoe niet bevoegd is en niemand hem daar op wijst, kan het college zich niet met succes beroepen op de onbevoegdheid van de wethouder om een dergelijke toezegging te doen. Ook een inspecteur bouw- en woningtoezicht, en daarnaast ook een medewerker van de afdeling vergunningverlening of de afdeling handhaving, kan een toezegging kan doen over een onderwerp dat zijn werkgebied betreft, die aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend.

Toezeggingen van medewerkers die in zijn algemeenheid slechts algemene informatie behoren te verstrekken, zoals een baliemedewerker, kunnen naar het oordeel van de ABRvS evenwel niet aan het bevoegde orgaan worden toegerekend.

Stap 3: betekenis gewekte vertrouwen

In het kader van die derde stap zal de vraag moeten worden beantwoord wat de betekenis van het gewekte vertrouwen is bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid.

Uit de uitspraak van de ABRvS van 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6882 volgt dat het vertrouwensbeginsel niet met zich brengt dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd. Daartoe is vereist dat bij afweging van de betrokken belangen, waarbij het belang van degene bij wie de gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt zwaar weegt, geen zwaarder wegende belangen aan het honoreren van de verwachtingen in de weg staan. Die zwaarder wegende belangen kunnen zijn gelegen in strijd met de wet, het algemeen belang en meer specifiek, veel voorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden. De ABRvS overweegt in dit verband dat het algemeen belang dat gediend is bij handhaving in zijn algemeenheid weliswaar zwaar weegt, maar, indien een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel wordt gedaan, niet doorslaggevend hoeft te zijn, als er geen concrete bedreigde belangen van enige betekenis aangewezen kunnen worden. Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuursorgaan de verplichting ontstaan om de schade, die er zonder het vertrouwen niet geweest zou zijn, te vergoeden als onderdeel van diezelfde besluitvorming.

3.4.2 (Dispositie) schadevergoeding?

De ABRvS gaat in voornoemde uitspraak niet expliciet in het toekennen van een schadevergoeding wanneer gewekte verwachtingen toch niet gehonoreerd kunnen worden, omdat zwaarder belangen daaraan in de weg staan. AG Wattel bespreekt schadevergoeding wegens schending van het vertrouwensbeginsel in paragraaf 3.21 en 3.25 e.v. van zijn conclusie van 20 maart 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:896). Hierover bestaat reeds jurisprudentie. Gewezen wordt op: ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4425, AB 2013, 46).

Een voorbeeld. Er is een beschikking tot afwijzing van een handhavingsverzoek genomen. Daarin is tevens een toezegging opgenomen die zodanig ondubbelzinnig was dat aan dat besluit de gerechtvaardigde verwachting mocht worden ontleend dat het college – ook na een nieuw handhavingsverzoek – niet tot handhaving zou overgaan. Het besluit heeft formele rechtskracht gekregen, en de overtreder heeft naar de strekking van de toezegging gehandeld, onder meer door investeringen in de woning te doen. In dit geval is alsnog handhavend optreden in beginsel onrechtmatig. De ABRvS oordeelde dat het college de belangen van overtreder onvoldoende heeft betrokken door geen rekening te houden met die gerechtvaardigde verwachtingen. In die situatie brengt het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 lid 2 Awb) met zich dat – ook al heeft het college in de omstandigheden die zich na het besluit hebben voorgedaan op zichzelf aanleiding mogen zien tot handhavend optreden over te gaan – het college daartoe niet mocht overgaan zonder daarbij te bezien of, en zo ja in hoeverre, enige vorm van compensatie geboden had moeten worden.

Een ander voorbeeld. Een waterschap eiste na meer dan 100 jaar gedogen door middel van een last onder dwangsom dat een brug werd afgebroken, omdat deze brug zonder vergunning was opgericht. De brug vormde de enige ontsluiting van het woonperceel van de overtreder. Hij had geen concrete aanwijzing hoeven hebben dat er geen vergunning was verleend destijds, terwijl verweerder bekend was met de situatie en kennelijk nooit eerder het ontbreken van de vergunning had opgeworpen. Ook hier werd geoordeeld dat handhaving onevenredig was, zonder tegemoetkoming in de schade (Rb. Rotterdam 9 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4551).

Voor een uitgebreide bespreking van het dispositievereiste wordt verwezen naar:

T.A. Cromwinckel en W. van Triet, Het dispositievereiste en het vertrouwensbeginsel bij toezeggingen en inlichtingen, NTB 2016, afl. 5.

3.5 Niet handhaven = gedogen

3.5.1 Bevoegdheid tot gedogen

De (niet bij wet toegekende) bevoegdheid om te gedogen is afgeleid uit de wél bij wet toegekende bevoegdheid om handhavend op te treden. Daarom is het bestuursorgaan dat bevoegd is handhavend op te treden ook het bestuursorgaan dat bevoegd is om een overtreding te gedogen.

3.5.2 Wanneer is sprake van gedogen?

expliciet of
impliciet

Er is sprake van gedogen wanneer een bestuursorgaan, hoewel bevoegd om tegen een hem bekende overtreding handhavend op te treden, daarvan afziet. Dat kan op verschillende manieren: door expliciet te verklaren dat een overtreding wordt gedoogd of door (impliciet) feitelijk niet op te treden zonder dit uitdrukkelijk te benoemen.

bewust
of
onbewust

Gelet op deze definitie is ook sprake van gedogen wanneer het de gemeente onbekend is dat sprake is van een overtreding. Het is nu eenmaal een gegeven dat het de meeste gemeenten aan voldoende toezicht- en handhavingscapaciteit ontbreekt om alle bestaande overtredingen te kennen. Als gevolg daarvan zullen niet alle overtredingen bekend zijn. Wanneer tegen niet bekende overtredingen niet wordt opgetreden, dan is er weliswaar sprake van gedogen, maar dat gebeurt dan onbewust. Wel moet worden bedacht dat wanneer de toezichtcapaciteit inefficiënt of op basis van verkeerde prioriteiten wordt ingezet – waardoor potentiële overtredingen onopgemerkt zullen blijven – willens en wetens een risico wordt geaccepteerd dat er overtredingen zijn waartegen niet wordt opgetreden. Dan is geen sprake van adequaat toezicht, zoals in hoofdstuk 2 is besproken. Daarmee zal ook rekening moeten worden gehouden wanneer handhavings/gedoogbeleid wordt opgesteld.

partieel hand-
haven is partieel
gedogen

Van gedogen is ook sprake wanneer een overtreding niet geheel ongedaan hoeft te worden gemaakt op grond van een bestuurlijke sanctie. Zie de definitie van 'herstelsanctie' (artikel 5:2 lid 1 sub b Awb): 'een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding'. Een overtreding die slechts gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt door het opleggen van een herstelsanctie, wordt 'automatisch' voor het overige (tijdelijk) gedoogd. Het spreekt voor zich dat – zoals verderop zal worden toegelicht – gedogen (ook gedeeltelijk) slechts een tijdelijke situatie kan betreffen. Die gedeeltelijk gedoogde overtreding zal op enig moment moeten worden gelegaliseerd of beëindigd.

begunstigings-
termijn is
gedogen

Gelet op bovenstaande definitie is van gedogen strikt genomen sprake wanneer een herstelsanctie een begunstigingstermijn bevat. Gedurende de begunstigingstermijn wordt immers niet handhavend opgetreden, terwijl er wel een overtreding is geconstateerd en voortduurt. Dat is uiteraard gerechtvaardigd zolang een begunstigingstermijn moet worden gegund als bedoeld in artikel 5:32a Awb. Echter, soms voldoet een begunstigingstermijn niet aan deze wettelijke vereisten en komt het gunnen van een begunstigingstermijn expliciet neer op gedogen (Vz. ABRvS 8 december 1994, ECLI:NL:RVS:1994:ZF1794, AB 1995, 256, Vz. ABRvS 3 februari 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH5220, AB 1995, 446 en ABRvS 4 augustus 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AN4368, AB 1995, 447). Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de begunstigingstermijn (veel) langer is dan noodzakelijk om de overtreding te beëindigen. Of wanneer een begunstigingstermijn zodanig is geformuleerd dat de overtreder in de gelegenheid is een verboden activiteit nog eenmaal uit te voeren, voordat hij deze definitief moet staken.

Vergelijkbaar is de situatie waarin een rechtvaardigingsgrond kan worden aangenomen als bedoeld in artikel 5:5 Awb (zie hoofdstuk 4). Dan kan zelfs worden gezegd dat er een wettelijke plicht geldt om te gedogen. Op grond van dit artikel legt(!) het bestuursorgaan immers geen bestuurlijke sanctie op voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond.

3.5.3 Wanneer is gedogen toegestaan en wanneer niet?

Gedogen is slechts beperkt en onder omstandigheden toegestaan.

Zie de kabinetsnota 'Grenzen aan gedogen' (het landelijk beleidskader, TK 1996 – 1997, 25 085, nrs. 1-2) en de notitie 'Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van gedogen van milieuovertredingen' (het milieu beleidskader, TK 1991-1992, 22 343, nr. 2).

In deze kaders heeft het kabinet uitdrukkelijk grenzen gesteld aan gedogen en deze gelden nog onverkort.

Gedogen is – samengevat – aanvaardbaar:

1. mits beperkt in omvang en/of in tijd;

Een voorbeeld. Het college weigerde handhavend op te treden tegen illegale bebouwing bij een tennisbaan. De weigering om handhavend op te treden was gemotiveerd met een verwijzing naar een ophanden zijnde verplaatsing van de tennisbaan, zonder dat concreet kon worden aangegeven wanneer deze verplaatsing een feit zou zijn. De voorzitter van de ABRvS oordeelde in zijn uitspraak van 16 augustus 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BB2145), dat nu aan de weigering om handhavend op te treden een concrete datum ontbrak, er sprake was van gedogen voor onbepaalde tijd. Dat is niet toegestaan.

2. wanneer dit expliciet gebeurt bij beschikking. Gelet op de rechtsbeschermingsmogelijkheden van derden-belanghebbenden dient die beschikking – zoals alle beschikkingen – aan de eisen van de Awb te voldoen;
3. op basis van een zorgvuldige en kenbare belangenafweging;
4. onder voorwaarden (bijvoorbeeld de voorschriften verbonden aan een geëxpireerde vergunning, in afwachting van een nieuw te verlenen vergunning), en
5. wanneer regelmatig wordt gezien of de situatie nog zodanig is dat gedogen gerechtvaardigd is, en of aan de voorwaarden die aan het gedogen zijn gesteld wordt voldaan.

Gedogen moet beperkt blijven tot uitzonderingssituaties:

1. overgangs- en overmachtsituaties (waaronder concreet zicht op legalisatie, bedrijfsverplaatsing, experimenteersituaties, wetwijziging, et cetera);
2. wanneer het door de wettelijke regeling beschermde belang uiteindelijk beter gediend is door gedogen, bijvoorbeeld een milieubelang dat is gediend met een overtreding;
3. zwaarwegende andere belangen een zodanige rol spelen dat gedoogd moet worden;
4. handhaving in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel).

Zo kan het milieubelang beter gediend zijn door niet handhavend op te treden.

Een voorbeeld. Tegen een waterzuiveringsinstallatie die vergunningvoorschriften overtrad, werd terecht niet handhavend opgetreden omdat het voldoen aan de vergunning op dat moment tot gevolg zou hebben dat ongezuiverd afvalwater op zee zou moeten worden geloosd. Dit nadeel woog niet op tegen het belang dat de omwonenden zouden hebben bij het beëindigen van de overtreding. (ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9036).

3.5.4 Vormen van gedogen

Grofweg kan onderscheid worden gemaakt tussen het impliciet of expliciet, persoonsgebonden of met algemene strekking gedogen.

3.5.4.1 Impliciet gedogen

Impliciet of stilzwijgend gedogen vindt plaats wanneer de gemeente weet dat een overtreding zich voordoet, maar niet tot actie overgaat. Hieronder valt het door de vingers zien van de overtreding. Indien een met de wet strijdige situatie meerdere jaren heeft bestaan zonder dat daartegen is opgetreden, kan niet direct de conclusie worden getrokken dat er sprake is van impliciet gedogen. De gemeente moet namelijk wel op de hoogte zijn geweest van de overtreding. Het komt vaak voor dat een illegale situatie tijdelijk wordt toegestaan in afwachting van het verlenen van een vergunning. Veelal gebeurt dit stilzwijgend, zonder dat een verklaring daaraan ten grondslag ligt. Het spreekt voor zich dat het - in het kader van rechtsbescherming van derden-belanghebbenden - de voorkeur verdient om expliciet te gedogen.

3.5.4.2 *Expliciet gedogen*

beschikking

Expliciet of uitdrukkelijk gedogen vindt plaats door het doen van een mededeling dat gedoogd wordt of door het afgeven van een schriftelijke verklaring dat de gemeente van handhaving afziet. Een dergelijke verklaring geldt als een beschikking, zoals hierna zal worden toegelicht. Deze kan worden verleend nog voordat de overtreding heeft plaatsgevonden of wanneer de overtreding al plaatsvindt.

3.5.4.3 *Persoonsgebonden gedogen (uitsterfconstructie)*

uitsterfbeleid

Een zogenaamde persoonsgebonden gedoogbeschikking houdt in dat een bepaalde overtreding alleen wordt gedoogd wanneer deze wordt begaan door een specifieke – in de gedoogbeschikking genoemde – persoon. Vaak vindt dergelijk persoonsgebonden gedogen plaats bij wijze van ‘uitsterf’ beleid.

Bijvoorbeeld ingeval van een illegaal bouwwerk. In een persoonsgebonden gedoogbeslissing is vermeld dat het bouwwerk mag blijven staan onder de volgende voorwaarden:

1. de beslissing is persoonsgebonden en niet overdraagbaar;
2. de beslissing vervalt in ieder geval op het moment waarop de eigenaar het perceel verkoopt of overlijdt;
3. na afloop van de gedoogbeslissing, bijvoorbeeld bij verkoop of overlijden, dient het bouwwerk binnen zes maanden te worden verwijderd;
4. het bouwwerk mag niet worden vergroot of geheel vernieuwd; slechts gedeeltelijke vernieuwing is toegestaan. (zie ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356).

Wanneer deze persoon overlijdt of verkoopt, kan een opvolgende bewoner geen aanspraak meer maken op het gedogen door het gemeentebestuur.

Het is verstandig in een dergelijke gedoogbeschikking expliciet te bepalen dat deze vervalt of zal worden ingetrokken bij overlijden dan wel verhuizen. Daarin dient vermeld te worden dat deze beschikking uitsluitend geldt voor de geadresseerde en dat een eventuele rechtsopvolger daaraan geen rechten kan ontleen. Dit kan ook worden bewerkstelligd door in die gevallen de gedoogbeschikking in te trekken. Dan moet wel in de gaten worden gehouden op welk moment een rechtsopvolger zich aandient. Als voorwaarde kan dan ook aan de gedoogbeslissing worden verbonden dat melding moet worden gedaan wanneer dit het geval is.

3.5.5 *Gedoogbeslissingen*

Er is geen wettelijke bepaling aan te wijzen waarin de bevoegdheid om te gedogen is opgenomen. De bevoegdheid om te gedogen volgt (impliciet) uit de (expliciete) bevoegdheid om handhavend op te treden tegen een overtreding. De bevoegdheid om handhavend op te treden is immers in de regel geformuleerd als een ‘kan-bepaling’.

gedogen is een afgeleide bevoegdheid

Het bestuursorgaan dat bevoegd is om handhavend op te treden tegen een geconstateerde overtreding, is bevoegd om te gedogen (Voorzieningenrechter, Rb. 's-Hertogenbosch 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR6123). Er zijn verschillende gedoogbeslissingen: de beslissing om te gedogen, de weigering een gedoogbeslissing te nemen en de intrekking van een gedoogbeslissing.

3.5.5.1 *Hoofregel: gedoogbeslissingen zijn geen besluit*

Op 24 april 2019 heeft de ABRvS (ECLI:NL:RVS:2019:1356) een nieuwe lijn in de rechtspraak bepaald. Deze nieuwe lijn houdt in dat gedoogbeslissingen (op een enkele uitzondering na) geen besluiten (meer) zijn in de zin van de Awb en daarmee ook niet worden gelijkgesteld.

Gedoogbeslissingen zijn geen besluiten, omdat deze beslissingen niet op rechtsgevolg zijn gericht. Een beslissing om (al dan niet onder voorwaarden) niet tot handhaving over te gaan, berust immers niet op een zelfstandige bevoegdheid, maar vloeit voort uit de wettelijk toegekende bevoegdheid tot het nemen van een handhavingsbesluit. Met andere woorden: de wetgever heeft alleen de bevoegdheid gegeven om een handhavingsbesluit te nemen en niet om een gedoogbeslissing te

nemen. Gedoogbeslissingen kunnen worden genomen omdat de wetgever niet een verplichting in de wet heeft opgenomen om een handhavingsbesluit te nemen. Dat is alleen aan de orde na afweging van belangen, maar die afweging kan er toe leiden dat niet handhavend wordt opgetreden en dat is de gedoogbeslissing. Zoals hiervoor is toegelicht, is handhaven de hoofdregel (beginsel-plicht) en gedogen de uitzondering. De bewoordingen van een schriftelijke gedoogbeslissing zijn niet doorslaggevend. Bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb is of de gedoogbeslissing een rechtshandeling is, dat wil zeggen een handeling gericht op enig rechtsgevolg, is. Daarvan is geen sprake (ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3045).

3.5.5.2 *Karakter gedoogbeslissing*

De ABRvS wijst erop dat een gedoogbeslissing geen vergunning is. Een gedoogbeslissing is een brief van een bestuursorgaan waarin is vermeld dat volgens het bestuursorgaan sprake is van een overtreding, waartegen het bestuursorgaan vooralsnog niet tot handhaving overgaat, zonder meer of alleen als aan de in de brief vermelde voorwaarden wordt voldaan. De gedoogbeslissing heeft dus het karakter van een - al dan niet voorwaardelijke - toezegging van het bestuursorgaan dat het vooralsnog niet tot handhavend optreden overgaat. Een dergelijke toezegging is geen rechtshandeling. Overigens werkt de constatering van het bestuursorgaan dat er een overtreding is, niet door in een eventueel daarop volgende procedure. In een procedure over een besluit omtrent handhaving of op een aanvraag om een vergunning kan de aanwezigheid van een overtreding of de noodzaak van een vergunning nog volledig aan de orde worden gesteld en worden betwist door de vermeende overtreder.

In een gedoogbeslissing ligt op zichzelf een oordeel besloten over het algemeen belang dat is gediend met handhaving in relatie tot de betrokken overtreding. Maar een gedoogbeslissing is daarmee nog geen afwijzing van een verzoek om handhavend optreden. Een gedoogbeslissing bevat geen (definitief) standpunt van het bestuursorgaan over de verhouding tussen de (vermeende) overtreding en de belangen van derde(n). Bovendien moet een afwijzing van een verzoek om handhaving bij besluit worden genomen, gericht aan de verzoeker om handhaving.

Wanneer een bestuursorgaan alsnog tot handhaving overgaat of een verzoek tot handhaving ontvangt, is de gedoogbeslissing één van de factoren die het bestuursorgaan bij zijn besluit omtrent handhaving moet betrekken. Andere factoren zijn daarbij onder meer de aard, ernst, duur en aanvang van de overtreding, de belangen van derden en eventueel gewijzigde omstandigheden. Het vertrouwensbeginsel strekt ook niet zo ver dat van een gedoogbeslissing niet kan worden teruggekomen. De betekenis van een gedoogbeslissing is in zoverre dus betrekkelijk.

3.5.5.3 *Uitzondering: gedoogbeslissing wel met een besluit gelijkgesteld*

De ABRvS is van oordeel dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen moet worden afgeweken van de hoofdregel dat gedoogbeslissingen geen besluiten zijn en ook niet kunnen worden gelijkgesteld met een besluit. Daarvan is sprake wanneer van de gedoogde niet kan worden gevraagd om door voortzetting van de overtreding een voor bezwaar vatbaar handhavingsbesluit uit te lokken. Dan wordt de intrekking als besluit aangemerkt. Voor het maken van een uitzondering is en blijft in elk geval ruimte in de situatie beschreven in de uitspraak van 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7160. Omdat met de intrekking van de gedoogbeslissing voor een coffeeshop, de exploitant een grotere kans heeft dat hij een gevangenisstraf krijgt opgelegd en zijn vrijheid kan worden ontnomen, is in die situatie de gedoogbeslissing wel vatbaar voor bezwaar. Dit is een strenge uitzondering op de hoofdregel en dit is tot op heden het enige geval dat in de jurisprudentie als zeer uitzonderlijk is aangemerkt.

3.5.5.4. *Rechtsbescherming?*

Tegen een gedoogbeslissing kunnen dus geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen (meer) worden aangewend. Dit betekent echter niet dat een derde machteloos staat ten opzichte van een gedoogd bestuursorgaan. Een derde kan immers bij dit bestuursorgaan een verzoek om handhaving indienen. De schriftelijke reactie op een verzoek van een belanghebbende om een besluit tot handhaving te nemen is een besluit in de zin van de Awb. Die beslissing kan zijn dat alsnog een handhavingsbesluit wordt genomen of dat handhaving wordt geweigerd. In het laatste geval is sprake van een weigering om een beschikking te nemen en die wordt daarmee gelijkgesteld op grond van artikel 6:2, onder a Awb. Dat is zo omdat een handhavingsbesluit zonder twijfel een beschikking is, maar dat geldt dus niet voor de gedoogbeslissing. Indien het bestuursorgaan nalaat om een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit omtrent handhaving te nemen, biedt artikel 6:2 onder b Awb de verzoeker om handhaving ook een rechtsingang bij de bestuursrechter.

Bovendien krijgt de derde met de reactie van het bestuursorgaan op het verzoek om handhaving via een niet-bezwarende weg de door hem gewenste duidelijkheid. Een gedoogbeslissing die ambtshalve of op verzoek van een overtreder is genomen, geeft die duidelijkheid niet. Met een gedoogbeslissing neemt het bestuursorgaan immers nog geen (definitief) standpunt in over de vraag of, hoe en wanneer handhavend zal worden opgetreden. In het bijzonder neemt het bestuursorgaan geen (definitief) standpunt in over de verhouding tussen de belangen van derden ten aanzien van de (vermeende) overtreding en de belangen van de (vermeende) overtreder.

Ook tegen de weigering om te gedogen kunnen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. Degene die informatie wenst over de vraag of een (voorgenomen) handeling in strijd is met de wet of met andere regelgeving, kan om informatie vragen bij het bestuursorgaan. De informatie die het bestuursorgaan geeft, kan inhouden dat de (voorgenomen) handeling in strijd is met de wet of met andere regelgeving. Een dergelijk bestuurlijk rechtsoordeel over de uitleg of de gevolgen van rechtsregels is ook geen besluit. Slechts in uitzonderlijke situaties wordt een bestuurlijk rechtsoordeel omwille van de rechtsbescherming met een besluit gelijkgesteld. De algemene lijn in de jurisprudentie is dat het indienen van een verzoek om een vergunning of het afwachten van een besluit omtrent handhaving niet als een onevenredig bezwarende weg kan worden aangemerkt om een voor beroep bij de bestuursrechter vatbaar besluit te krijgen.

De informatie die het bestuursorgaan geeft, kan ook inhouden dat volgens het bestuursorgaan sprake is van een overtreding, maar dat het bestuursorgaan (vooralsnog) niet tot handhaving zal overgaan zolang de betrokkene zich aan bepaalde voorwaarden houdt of anderszins bepaalde voorwaarden niet zijn vervuld. Indien die betrokkene vindt dat een dergelijke mededeling te weinig zekerheid biedt, of indien hij het niet eens is met het standpunt van het bestuursorgaan dat in strijd met de wet of met andere regelgeving wordt gehandeld, dan is het aan hem om een aanvraag om een vergunning in te dienen of om anderszins de noodzakelijke toestemming te verkrijgen, dan wel een besluit omtrent handhaving uit te lokken of af te wachten. Tegen de weigering van een vergunning of het besluit om tot handhaving over te gaan kan de (vermeende) overtreder bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden. Andersom kan ook een derde tegen de verlening van een vergunning of de afwijzing van een aanvraag om tot handhaving over te gaan of een genomen sanctiebesluit dat volgens die derde niet ver genoeg gaat, bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden.

Tegen de intrekking van een gedoogbeslissing kunnen eveneens geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. De intrekking van een gedoogbeslissing is immers nog geen besluit tot handhaving en met de intrekking staat niet zonder meer vast dat, hoe en wanneer handhavend zal worden opgetreden. Tegen een mogelijk handhavingsbesluit staat voor de tot dan toe gedoogde wel een rechtsmiddel open.

3.5.5.5 *Gedoogbeslissing van algemene strekking*

Een gedoogbeslissing van algemene strekking richt zich niet tot een persoon of onderneming/inrichting, maar tot een grotere groep personen of ondernemingen.

Een voorbeeld van een gedoogbesluit van algemene strekking vormt het besluit van het college van Capelle aan den IJssel om een gedoogbesluit af te geven voor een algehele zondagsopenstelling van Woonboulevard CapelleXL. Tot dan toe mochten de winkeliers maar twaalf zondagen per jaar open zijn. Met het verlenen van het gedoogbesluit konden deze winkels elke zondag open zijn.

Deze gedoogbeslissing is overigens niet rechtmatig gebleken. Er was geen concreet zicht op legalisatie. De grote financiële belangen die waren betrokken bij gelijkstelling van de winkeltijden van Woonboulevard CapelleXL met de algehele zondagsopenstelling van het naastgelegen winkelcentrum Alexandrium, zijn onvoldoende geacht om overtreding van de Winkeltijdenwet voor een onbeperkte periode toe te laten (CBB: 26 mei 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM5572, AB 2010, 284).

3.5.6 *Gedogen onder voorwaarden*

Een gedoogvoorwaarde moet worden gezien als een voorwaarde/omstandigheid waaronder het bestuursorgaan toezegt zijn handhavingsbevoegdheid vooralsnog niet te zullen gebruiken. De naleving van de in een gedoogbeslissing vermelde voorwaarden is op zichzelf ook niet afdwingbaar. Die voorwaarden scheppen ook geen nieuwe verplichtingen. De bevoegdheid tot handhavend optreden volgt uit de wet (in formele zin) en andere regelgeving en niet uit het niet voldoen aan de voorwaarden die zijn verbonden aan een gedoogbeslissing.

Een overtreder is op zichzelf niet verplicht tot naleving van de gedoogvoorwaarden. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat alsnog handhavend wordt opgetreden. Het niet naleven van gedoogvoorwaarden kan niet worden beschouwd als de overtreding van een wettelijk voorschrift. Het is dus niet mogelijk om tegen de niet-naleving van de gedoogvoorwaarden op te treden met een herstelsanctie (Vz. AGRvS 19 november 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN3014, AB 1993, 240 en Vz. AGRvS 23 april 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3307, AB 1993, 562, Vz. ABRvS 10 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6199, AB 2005, 152). Het bestuursorgaan is slechts bevoegd tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie als reactie op de overtreding van wettelijke voorschriften. In dat geval zal de gedoogbeschikking moeten worden ingetrokken en zal handhavend moeten worden opgetreden tegen de onderliggende overtreding.

gedoogvoorwaarden niet handhaven

Het is ook niet toegestaan een civielrechtelijke overeenkomst met de overtreder te sluiten waarin is bepaald dat deze een contractuele boete verbeurt wanneer hij de gedoogvoorwaarden niet naleeft. Dat past niet in het kader van een publiekrechtelijke taak tot handhaving (ABRvS 16 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN5085, AB 1996, 288).

Veel gebruikte gedoogvoorwaarden zijn de vergunningvoorschriften van een vervallen vergunning, of andere voorwaarden die de betrokken belangen in afwachting van een volwaardige belangenafweging dienen te beschermen.

gedoogvoorwaarde of vergunningvoorschrift?

Gedoogvoorwaarden worden soms ook 'geïntegreerd' in een vergunning die wordt verstrekt aan een coffeeshop, maar dat laat onverlet dat het gedoogvoorwaarden zijn en geen vergunningvoorschriften.

Een voorbeeld. De burgemeester van Roosendaal had een exploitatievergunning verleend voor het exploiteren van een horecabedrijf en heeft daaraan de volgende voorschriften en beperkingen verbonden:

Het is niet toegestaan in het horecabedrijf middelen zoals omschreven in de artikelen 2 en 3 van de Opiumwet te gebruiken, toe te dienen of voorbereidingen daartoe te verrichten c.q. toe te laten dat bedoelde middelen worden gebruikt, worden toegediend dan wel daartoe voorbereidingen worden verricht. [...].'

Hoewel deze op de verkoop van softdrugs betrekking hebbende voorschriften en beperkingen in een exploitatievergunning zijn opgenomen, zijn dit wel gedoogvoorwaarden. De ABRvS oordeelt dat geen exploitatievergunning verleend kan zijn voor het verkopen van softdrugs. Nog afgezien van het gegeven dat het rehtens niet mogelijk is een dergelijke vergunning te verlenen, nu het verkopen van softdrugs een met de Opiumwet strijdige activiteit betreft, kan ook uit de bewoordingen van de exploitatievergunning niet worden afgeleid dat de burgemeester heeft beoogd een zodanige vergunning te verlenen. Dat niet het woord 'gedoogvoorwaarde' wordt gebruikt, laat onverlet dat uitsluitend als gevolg van de aan de exploitatievergunning verbonden 'voorschriften en beperkingen' verkoop van softdrugs in de coffeeshop werd gedoogd door de burgemeester. (ABRvS 3 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3994, AB 2012, 61).

3.5.7 *Gedogen en strafrechtelijke handhaving*

Een overtreder met een gedoogbeschikking op zak mag er niet op vertrouwen dat ook strafrechtelijke vervolging achterwege zal blijven. De Hoge Raad hanteert de lijn dat het feit dat van de zijde van het bestuursorgaan is verklaard dat geen gebruik zal worden gemaakt van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen, niet het vertrouwen rechtvaardigt dat ook het OM zonder meer zal afzien van de hem toekomende zelfstandige beslissingsbevoegdheid om tot vervolging over te gaan (Hof 's-Gravenhage 2 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV2572 in het kader van het gedoogbeleid inzake softdrugs).

Ook uit andere zaken blijkt dat het OM niet gehouden kan worden aan toezeggingen die door ambtenaren van andere organisaties zijn gedaan (bijv. HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5002), indien die ambtenaren geen bevoegdheden hebben omtrent de vervolgingsbeslissing. Bekijk ook meer recentelijk HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:25 en HR 31 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:792.

3.5.7.1 *Gedogen van coffeeshops*

Als het gaat om coffeeshops, is onder meer de uitspraak in de zaak 'Checkpoint' van belang. In deze zaak werd een beroep gedaan op de niet-ontvankelijkheid van het OM, omdat het bestaan van de coffeeshop al jarenlang werd gedoogd, en de coffeeshop zich ook aan alle voorwaarden zou houden. Aanvankelijk was het OM door het Hof in hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van een coffeeshophouder, vanwege de omstandigheid dat de coffeeshop al jarenlang werd gedoogd, terwijl voor eenieder duidelijk moest zijn dat de (voor coffeeshops geldende) AHOJG-criteria die waren opgesteld ten behoeve van het gedogen van de verkoop van softdrugs, werden overschreden.

Deze zaak kwam in 2016 voor de tweede maal bij de Hoge Raad terecht. De Hoge Raad oordeelde dat van niet-ontvankelijkheid geen sprake kan zijn indien niet is vastgesteld dat het OM zelf het vertrouwen heeft gewekt dat niet strafrechtelijk zou worden gehandhaafd. Het uitblijven van bestuursrechtelijk of strafrechtelijk handhavend optreden kan niet op één lijn worden gesteld met een aan het OM toe te rekenen uitlating die gerechtvaardigd vertrouwen heeft mogen weken (Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:742).

Eén en ander is geen vrijbrief voor de driehoek om ongecoördineerd te kunnen optreden als het gaat om handhaving rondom – in het bijzonder – coffeeshops die de gedoogvoorwaarden overtreden. Uit verschillende strafrechtelijke uitspraken en het commentaar dat daarbij verscheen, blijkt dat in Nederland verschillend wordt gedacht over het bestaan c.q. het gedogen van coffeeshops. In essentie gaat het er om dat richting de burger een duidelijk en eensluidend beleid wordt gevoerd vanuit de verschillende overheidsinstanties, ook in gevallen waarin kan worden gezegd dat die burger zelf zou moeten beseffen dat hij de wet overtreedt.

3.6 *Aansprakelijkheid wegens falend toezicht en handhaving*

We zien steeds vaker dat een overheid (zoals de gemeente of de staat) aansprakelijk wordt gesteld wanneer een overtreding onopgemerkt is gebleven of wanneer tegen een geconstateerde overtreding niet adequaat (genoeg) is opgetreden en dit tot schade heeft geleid. Over aansprakelijkheid van de overheid bij al dan niet (correct) handhavend optreden is steeds meer jurisprudentie

voorhanden. Zo heeft de Hoge Raad (2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, Gst. 2017/187) een oordeel gegeven over aansprakelijkheid van de ‘arbeidsinspectie’ wegens falend toezicht op een bedrijf, waar een werknemer ziek is geworden na blootstelling aan asbest.

De Hoge Raad oordeelde dat van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door de arbeidsinspectie met name sprake kan zijn wanneer de schade van de werknemer in een concreet geval voor de arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten aanzetten tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er **voldoende ernstige en concrete aanwijzingen** voor de arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en **dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig** waren. Het niet plaatsvinden van toezicht of controle in gevallen waarin geen concrete aanwijzingen bestaan voor mogelijke overtredingen, kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden.

De **stelplicht en bewijslast** met betrekking tot het tekortschieten van het toezicht rusten in beginsel bij de benadeelde; deze zal feiten en omstandigheden moeten aanvoeren waaruit het tekortschieten van het toezicht volgt. De enkele stelling dat sprake is geweest van een overtreding en dat toezicht of controle die overtreding had kunnen verhinderen, volstaat niet.

In de annotatie in de Gemeentestem onder dit arrest wordt ook verwezen naar het arrest van het Hof ‘s-Gravenhage, waarin een ‘hard’ oordeel werd gegeven over het handelen van o.a. de gemeente Rotterdam in een geval waarin de overtreding (en de ernst daarvan) juist wel bekend waren, maar niet adequaat is opgetreden daartegen. Daarvoor is o.a. de gemeente Rotterdam terecht aansprakelijk gehouden volgens het Hof (22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578, AB 2011, 245, O&A 2011, 98, JOR 2011, 316).

4 Algemene bepalingen

4.1 Toepassingsbereik

Awb geldt
alleen voor in
Awb geregelde
sancties, tenzij

Titel 5.1 Awb bevat algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving. Het betreft onder meer definitiebepalingen, bepalingen over de eisen waaraan sanctiebeschikkingen moeten voldoen, de invordering en executie van verbeurde dwangsommen, verschuldigde boeten en kosten bij toepassen van bestuursdwang, het legaliteitsbeginsel en de samenloop van sancties. Deze bepalingen over bestuurlijke sancties gelden voor de drie bestuurlijke sancties die in de Awb zijn geregeld: de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Zij gelden niet rechtstreeks voor andere bestuurlijke sancties die (nog) niet in de Awb zijn geregeld. De bijzondere wetgever kan bepalingen uit deze titel wel van toepassing verklaren op andere bestuurlijke sancties die niet in de Awb zijn geregeld (artikel 5:3 Awb).

Naast de drie in de Awb geregelde sancties, zijn er ook andere diverse sancties te noemen die niet expliciet worden geregeld in de Awb. In de eerste plaats kan de publicatie van boetebesluiten als voorbeeld worden genoemd. Dit staat ook wel bekend als **'naming and shaming'** en wordt verder besproken in paragraaf 6.7. Een andere sanctie die genoemd kan worden is de **intrekking** van een vergunning of ontheffing indien bijvoorbeeld de vergunning op basis van onjuiste of onvolledige gegevens blijkt te zijn verleend of – bij wijze van 'straf', omdat niet overeenkomstig de wettelijke bepalingen of vergunningvoorschriften wordt gehandeld. Zo is deze bevoegdheid bijvoorbeeld opgenomen in artikel 5.19 Wabo, artikel 31 DHw en artikel 1.46, vierde lid, Wko. Andere sancties die in dit kader genoemd kunnen worden zijn het **exploitatieverbod** of de **uitschrijving uit het landelijk register** kinderopvang zoals deze bijvoorbeeld zijn opgenomen in artikel 1.46, zesde lid, Wko. Daarnaast valt ook te noemen de (tijdelijke) schorsing van de vergunning (zie bijvoorbeeld artikel 32 DHw), het **ontzeggen van de toegang** tot een ruimte (als daar bijvoorbeeld in strijd met de DHw alcoholhoudende drank wordt verstrekt, zie artikel 36 DHw) of de (tijdelijke) **stillegging** van alcoholverkoop (zie artikel 19a DHw). Deze andere sancties (en de bevoegdheid om deze op te leggen) zijn steeds in de bijzondere wet opgenomen en komen in deze handleiding verder niet meer aan bod. Sluiting op grond van artikel 13 van de Opiumwet strekt tot uitoefening van bestuursdwang in de zin van artikel 5:21 van de Awb.

Zoals in hoofdstuk 5 wordt besproken, zijn de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom herstelsancties. Alleen de bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie. Gelet daarop zijn beginselen die uitsluitend gelden voor bestraffende sancties, zoals het beginsel 'geen straf zonder schuld' en het beginsel van de evenredigheid tussen de ernst van de gedraging en de zwaarte van de sanctie, niet in titel 5.1 Awb maar in titel 5.4 over de bestuurlijke boete ondergebracht (afdeling 5.4.1 Awb). Zie hiervoor hoofdstuk 6 van deze uitgave.

4.2 Begripsbepalingen

De Awb geeft in artikel 5:1 definities van de begrippen overtreding en overtreder. Dat laat onverlet dat de vele jurisprudentie, die zich voor de inwerkingtreding van de vierde tranche over de invulling van deze begrippen heeft gevormd, nog steeds goed bruikbaar is.

4.2.1 Overtreding

Op grond van artikel 5:1 lid 1 Awb wordt onder overtreding verstaan:

gedraging

'een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'.

De kernelementen van deze begripsbepaling zijn: 1) 'gedraging' en 2) 'bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'.

Het element gedraging moet zo ruim mogelijk worden uitgelegd en kan zijn een fysieke handeling, het nalaten of niks doen, het in stand laten, et cetera.

Het begrip 'gedraging' wordt in deze zelfde ruime betekenis gebruikt in Hoofdstuk 9 Awb en in de Wet Nationale ombudsman (zij het dat het in deze twee wetten gaat om gedragingen van bestuursorganen) en in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.

Eén gedraging kan ook meerdere overtredingen tot gevolg hebben.

Een voorbeeld. Indien met veel lawaai materialen worden gestort op een terrein waar opslag van die materialen volgens de omgevingsvergunning niet is toegestaan en als gevolg van die opslag verontreinigende stoffen de bodem in lopen, kunnen zowel geluid- en opslagvoorschriften verbonden aan de omgevingsvergunning, als artikel 13 Wet bodembescherming worden overtreden. Of de situatie dat een berging is gebouwd in strijd met het bestemmingsplan, maar ook op een locatie waar dat verboden is wegens een provinciale verordening watergebieden en pleziervaart (ABRvS 6 september 1999, AB 2000, 149).

Dit wordt wel aangeduid als de 'meerdadse samenloop' die is geregeld in artikel 5:8 Awb, zoals verder wordt besproken in paragraaf 4.3.6.

Er is pas sprake van een overtreding wanneer de overtreden norm een wettelijke grondslag heeft (bij of krachtens de wet). 'Bij wet' houdt in dat de norm in de wet zelf is opgenomen. 'Krachtens' wettelijk voorschrift houdt in dat de norm in een op grond van de wet vastgestelde regeling of besluit is opgenomen, zoals vergunningvoorschriften of uitvoeringsregelingen. Beleidsregels of gedoogvoorwaarden zijn dit bijvoorbeeld niet en handelen in strijd met normen opgenomen in dergelijke besluiten zijn geen overtreding.

Dit volgt ook uit het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

4.2.1.1 *Legaliteitsbeginsel/lex certa*

Artikel 5:4 Awb codificeert het legaliteitsbeginsel dat inhoudt dat geen bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd zonder een daaraan voorafgaande wettelijke bepaling. Dit legaliteitsbeginsel ligt ook besloten in artikel 7 EVRM.

Dit beginsel wordt door de bestuursrechters met enige regelmaat toegepast in gevallen waarin een geadresseerde van een bestuurlijke sanctie aanvoert dat de (wettelijke) bepaling onvoldoende duidelijk maakt wat van hem werd verwacht (ABRvS 17 april 2002, JB 2002, 164 en CBb 9 juli 2009, AB 2009, 295, ABRvS 17 maart 2010, AB 2010, 182). Dit legaliteitsbeginsel speelt dus voor de gemeentelijke wetgever al een rol bij het redigeren van bijvoorbeeld verordeningen en vergunningvoorschriften. Daarbij is het een gegeven dat bepaalde wettelijke normen een zekere 'vaagheid' dienen te kennen om zoveel mogelijke feitelijke situaties te kunnen omvatten.

Het legaliteitsbeginsel houdt ook in dat een wettelijke bepaling niet met terugwerkende kracht mag worden ingevoerd. Een burger moet immers op het moment van zijn handelen kunnen weten of dat handelen al dan niet in strijd met de wet is.

Een voorbeeld waarbij het verbod van terugwerkende kracht aan de orde was. Aan een pand hing al tientallen jaren een uithangbord en zijn later een rolluik en rolluikkast aangebracht, die ook alweer enige jaren aanwezig zijn. Het pand is vervolgens aangewezen als rijksmonument. De eigenaar van het pand werd aangeschreven wegens het ontbreken van een omgevingsvergunning voor het uithangbord en het rolluik. Door eisers werd aangevoerd dat ondanks het ontbreken van de omgevingsvergunningen niet handhavend mocht worden opgetreden omdat dat in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel. De rechtbank oordeelt dat een redelijke, mede door de rechtszekerheid ingegeven uitleg van artikel 2.3a van de Wabo meebrengt dat bouwwerken die onder de werking van de Woningwet vergunningvrij zijn gebouwd, onder de Wabo vergunningvrij in stand mogen worden

gelaten. De vraag is daarom wanneer – en dus onder welk rechtsregime – het uithangbord en het rolluik zijn aangebracht. Aangezien eisers een beroep doen op een uitzondering op de regel dat handelen in strijd met de Wabo een overtreding oplevert, is het aan hen om op dit punt het bewijs aan te leveren. De rechtbank oordeelt dat niet aannemelijk is gemaakt dat het uithangbord op enig moment vóór de inwerkingtreding van de Wabo (bouw)vergunningvrij kon worden aangebracht. Ook is niet aannemelijk gemaakt dat het uithangbord in de huidige vorm al aanwezig was voor de aanwijzing van het pand als rijksmonument op 18 februari 1997. Er is dus met betrekking tot het uithangbord geen strijd met het legaliteitsbeginsel. Met betrekking tot het rolluik is niet in geschil dat dit al aanwezig was in 1986, vóór de aanwijzing van het pand als rijksmonument. Dat betekent volgens de rechtbank dat het in strijd is met het legaliteitsbeginsel van artikel 5:4, tweede lid, van de Awb om handhavend op te treden op grond van artikel 2.1, eerste lid onder f, van de Wabo. Het rolluik is echter wel steeds bouwvergunningplichtig geweest, zodat wel is gehandeld in strijd met artikel 2.1, eerste lid onder a, van de Wabo. In zoverre is er dus geen strijd met het legaliteitsbeginsel (Rechtbank Amsterdam 25 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9866).

Er moet een uitdrukkelijke wettelijke grondslag zijn voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Een richtlijnconforme uitleg van een niet uitdrukkelijke wettelijke grondslag om een bestuurlijke sanctie op te leggen is in strijd met het legaliteitsbeginsel (ABRvS 4 maart 2009, AB 2009, 156).

4.2.1.2 Handhaafbaarheid

Bij het formuleren van burgers bindende normen is het van belang de handhaafbaarheid in ogenschouw te nemen. De aanwijzingen voor de regelgeving geven hiervoor een specifieke aanwijzing (2.7). In de toelichting op deze aanwijzing wordt over handhaafbaarheid het volgende opgemerkt:

“Toelichting

Zie met betrekking tot de toelichting bij de regeling ook aanwijzing 4.43, onderdeel c.

Eerste lid: handhavingsmogelijkheden. Voor het realiseren van een met een regeling beoogd doel moet indien nodig handhavend kunnen worden opgetreden. Of handhaving in voldoende mate mogelijk is, dient in dat geval te worden onderzocht voordat tot het tot stand brengen van de regeling wordt besloten. In het bijzonder geldt dit indien de regeling geboden of verboden bevat, maar ook in andere gevallen – bijvoorbeeld met betrekking tot voorschriften die aan een vergunning worden verbonden – is het handhavingsaspect van betekenis.

De volgende uitgangspunten zijn bij de beoordeling van de handhaafbaarheid in ieder geval van belang:

- *een regel dient zo weinig mogelijk ruimte te laten voor interpretatiegeschillen;*
- *uitzonderingsbepalingen moeten tot een minimum worden beperkt;*
- *regels behoren zoveel mogelijk te zijn gericht op zichtbare dan wel objectief constateerbare feiten;*
- *regels dienen werkbaar te zijn voor degenen tot wie de regels zijn gericht en voor de personen die met handhaving zijn belast.*

Bij het in deze aanwijzing bedoelde onderzoek dient niet alleen de theoretische handhaafbaarheid beoordeeld te worden, maar ook de feitelijke beschikbaarheid van de voor handhaving noodzakelijke middelen. Gelijktijdig met het besluit om tot regeling over te gaan moet besloten worden die middelen beschikbaar te stellen.”

In '100 ideeën voor de gemeentelijke regelgever (https://vng.nl/files/vng/publicaties/2018/100-ideeën_2018_20181010.pdf) wordt onder meer het volgende aandachtspunt opgeworpen in het kader van de handhaafbaarheid:

"d. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Het derde lid van Igr 4 noemt deze op de overheid gerichte vereisten ook, maar stelt daarbij nog een ander element voorop: de naleefbaarheid voor de 'burgers' (de WRR spreekt in zijn Trendrapport 2017 iedereen aan zet van 'doenbaarheid'). Het is bijvoorbeeld mooi om allerlei eisen te stellen aan het uiterlijk van marktkramen en ervoor te zorgen dat de toezichthouders daar streng op zullen letten; maar als de kramen daardoor zo duur worden dat het niet meer rendabel is om als koopman of -vrouw op de markt te gaan staan, dan zijn de regels feitelijk niet naleefbaar en wordt per saldo de markt om zeep geholpen. De naleefbaarheid vormt hier dus een onoverkomelijk obstakel: de maatregel heeft daardoor een desastreus neveneffect."

4.2.1.3 Belang wettelijk voorschrift

Het (wettelijk) voorschrift dat is overtreden is ook bepalend voor de vraag:

1. welk bestuursorgaan bevoegd is een bestuurlijke sanctie op te leggen;
2. wie normadressaat is en aan wie eventueel een bestuurlijke sanctie moet worden geadresseerd;
3. of sprake is van meerdaadse samenloop als bedoeld in 5:8 Awb; en
4. welk voorschrift op grond van artikel 5:9 Awb in het sanctiebesluit dient te worden vermeld.

4.2.2 Overtreder

Op grond van artikel 5:1 lid 2 Awb wordt onder overtreder verstaan: 'degene die de overtreding pleegt of medepleegt.'

Het is van belang vast te stellen wie de overtreder is omdat:

1. een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete uitsluitend aan een overtreder kunnen worden opgelegd;
2. de kosten van het toepassen van bestuursdwang alleen kunnen worden verhaald op een overtreder.

Voor het antwoord op de vraag wie als overtreder kan worden aangemerkt, is in de eerste plaats van belang tot wie het overtreden voorschrift (de norm) zich richt.

Slechts degene tot wie een voorschrift zich richt, kan dit voorschrift overtreden. Dit is van belang omdat veel, zo niet de meeste bestuursrechtelijke voorschriften zich niet richten tot een ieder, maar slechts tot degene die een bepaalde kwaliteit bezit. Bijvoorbeeld die van vergunninghouder, van werkgever, van ondernemer of van ontvanger van een uitkering.

normadressaat

Een voorbeeld is artikel 2.2 lid 1 sub i Wabo: 'het is verboden als eigenaar, beperkt zakelijk gerechtigde of gebruiker van een onroerende zaak toe te staan of te gedogen dat op of aan die onroerende zaak handelsreclame wordt gemaakt of gevoerd met behulp van een opschrift, aankondiging of afbeelding in welke vorm dan ook, die zichtbaar is vanaf een voor het publiek toegankelijke plaats'. Normadressaat is in dit geval: eigenaar, beperkt zakelijk gerechtigde of gebruiker.

Het kan voorkomen dat in een concreet geval niet helemaal duidelijk is tot wie de overtreden norm zich richt. In die gevallen zal de jurisprudentie moeten uitwijzen hoe het betreffende wettelijk voorschrift moet worden uitgelegd.

Dat geldt op grond van artikel 2.1 Wabo bijvoorbeeld voor milieuvoorschriften voor inrichtingen, die zich primair tot 'degene die een project uitvoert' (voorheen onder de Wet milieubeheer 'degene die de inrichting drijft') richten.

zeggenschap-criterium

In de jurisprudentie is daarom het 'zeggenschapscriterium' ontwikkeld om te bepalen wie nu als uit-

voerder (drijver) moet worden gezien (ABRvS 13-12-2017, ECLI:NL:RVS:2017:3444).

Een ander voorbeeld is te vinden in artikel 30 lid 1 aanhef en sub c Huisvestingswet. Overtreder is slechts degene die de woonruimte heeft omgezet en niet degene die de overtreding enkel voortzet (ABRvS 12 december 2012, JnB2012, 1459).

4.2.2.1 Pleger

Overtreder is volgens artikel 5:1 lid 2 Awb in ieder geval de pleger. De pleger is degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het overtreden voorschrift vervult; zoals een particulier die zelf een boom in zijn tuin kapt zonder daarvoor in het bezit te zijn van een omgevingsvergunning.

Volgens de ABRvS is de overtreder, gelet op artikel 5:1, tweede lid, van de Awb, degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift schendt. Dit is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt (ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2005).

Hierna volgen verschillende voorbeelden van normadressaten.

voorbeelden normadressaten

Voorbeeld. Artikel 2.1 lid 1 sub a Wabo bepaalt als volgt: 'het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit: a. het bouwen van een bouwwerk'. Normadressaat in dit geval is degene die heeft gebouwd zonder vergunning. Dat kan zijn degene die: fysiek heeft gebouwd (pleger) of de opdrachtgever tot de bouw binnen wiens invloedssfeer de overtreding plaatsvond.

Ingeval opdracht wordt gegeven aan een aannemer, is het in de regel niet de aannemer die de overtreding begaat, maar de opdrachtgever binnen wiens verantwoordelijkheid het bouwwerk wordt opgericht. Dat kan anders zijn wanneer de aannemer, ondanks de opdracht 'legaal' te bouwen, zelf besluit zonder of in afwijking van de omgevingsvergunning te bouwen. In dat geval kan ook aan de aannemer, naast de opdrachtgever, een bestuurlijke sanctie opgelegd worden (ABRvS 2 juli 2002, AB 2002, 311).

Daarnaast moet ook goed worden beoordeeld welke opdracht de opdrachtgever heeft gegeven. Bijvoorbeeld als een opdrachtgever opdracht geeft land te maaien, maar in de opdracht niet is begrepen wat de uitvoerder met het maaisel moet doen. Indien de uitvoerder zelf besluit zich van het maaisel te ontdoen, dan is uitsluitend de uitvoerder verantwoordelijk voor het naleven van de regels bij het zich ontdoen daarvan (ABRvS 20 augustus 2008, AB 2008, 290).

Ingeval een pand wordt gebruikt als hennepkwekerij worden door de ABRvS de (professionele) verhuurders, ook al is de huurder feitelijk degene die de hennepkwekerij exploiteert, als overtreder gezien wanneer deze verhuurders *'weten of redelijkerwijs kunnen weten dat het pand als hennepkwekerij wordt gebruikt'* (ABRvS 9 juni 2010 ECLI:NL:RVS:2010:BM7105, ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9683). Van de eigenaar van een pand dat wordt verhuurd, mag worden gevergd dat hij zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik dat van het door hem verhuurde pand wordt gemaakt en dat geldt temeer voor professionele verhuurders (ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:288). Dit is niet anders in het geval het gaat om een huurder van een pand die stelt dat de overtreding is veroorzaakt door handelingen van derden, omdat ook van een huurder gevergd mag worden dat hij zicht heeft op de wijze van gebruik van de door hem gehuurde woning (ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2348).

Dat geldt ook voor campingeigenaren waar caravans of andere kampeermiddelen worden gebruikt voor de teelt van hennep of beheerders van panden waar dat gebeurt. Ook beheerders die een pand feitelijk verhuren en daar volledig verantwoordelijk voor zijn en zeggenschap over dragen, kunnen als overtreder hebben te gelden (ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8274 en ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3247).

Een verhuurder van promotieverhuurvoertuigen is geen overtreder van het parkeerverbod uit de APV, wanneer deze bepaling enkel het 'parkeren' verbiedt en niet het 'doen of laten staan'. Parkeren kan alleen plaatsvinden door degene die feitelijk beschikt over een voertuig (ABRvS 18 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3043).

In de situatie dat de brandweer een brand blust met als gevolg dat verontreinigd bluswater in oppervlaktewateren stroomt, dan wordt de brandweer 'geacht' te blussen in opdracht van de drijver van een inrichting. De drijver wordt als overtreder van de Waterwet aangemerkt en niet de brandweer die door een fysieke handeling het verontreinigde water in het oppervlaktewater brengt (ABRvS 15 oktober 2008, AB 2008, 364, M en R 2009, 33 en ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, JM 2014, 34).

Bij het op het verkeerde tijdstip of op onjuiste wijze plaatsen van vuilnis geldt volgens vaste rechtspraak van de ABRvS dat ervan mag worden uitgegaan dat de persoon tot wie de aangetroffen afvalstoffen kunnen worden herleid ook de overtreder is, tenzij de betrokkene het tegendeel aannemelijk maakt. Zie voor een uiteenzetting van deze rechtspraak de uitspraak van 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2432.

Wanneer een deurwaarder in opdracht van een woningbouwvereniging bij een ontruiming van een sociale huurwoning huisraad in strijd met de APV op de openbare weg plaatst, is in de regel de woningbouwvereniging als opdrachtgever en niet de deurwaarder als feitelijk uitvoerder als overtreder van de APV aan te merken (ABRvS 17 juli 2002, AB 2003, 78).

De eigenaar van een perceel waarop door derden achtergelaten asbest wordt aangetroffen, is overtreder van het verbod tot laten gebruiken als bedoeld in artikel 7b lid 2 aanhef en sub b Woningwet (oud) (ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8279).

De Waterwet is overtreden omdat er zonder Waterwetvergunning afvalstoffen in het oppervlaktewater zijn gebracht vanwege een doorgesneden leiding van een boot. De eigenaar van de boot betoogt dat hij niet als overtreder van de Waterwet kan worden aangemerkt, nu hij niet degene is die feitelijk de afvalstoffen in het oppervlaktewater heeft gebracht en de verontreiniging hem evenmin kan worden toegerekend. Hij wijst erop dat derden zich onbevoegd toegang tot zijn vaartuig hebben verschaft en een slang hebben doorgesneden, waardoor het vaartuig is gezonken. De ABRvS overweegt onder verwijzing naar de uitspraak van 15 oktober 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BF8999) dat wat betreft de overtreding van art. 6.2 lid 1 aanhef en onder a Waterwet overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt. In de eerste plaats is dat degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en daarom overtreder zijn. Vaststaat dat het vaartuig door handelingen van derden is gezonken en dat de eigenaar van de boot daarom niet fysiek de handelingen heeft verricht waardoor verontreinigende stoffen in het oppervlaktewater terecht zijn gekomen. Niet gebleken is dat hij opdracht heeft gegeven tot het verrichten van deze handelingen dan wel dat deze hem anderszins kunnen worden toegerekend. De enkele omstandigheid dat het zijn vaartuig betreft is daartoe onvoldoende (ABRvS 27 maart 2013, JB 2013, 96 en JM 2013, 63).

4.2.2.2 Medepleger

Overtreder is (naast de pleger) ook degene die de overtreding medepleegt. Medeplegen als bedoeld in artikel 5:1, tweede lid, van de Awb doet zich voor bij een nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen. De kwalificatie 'medepleger' is slechts gerechtvaardigd als de intellectuele en/of materiële bijdrage van de betrokkene aan het feit van voldoende gewicht is. In het bijzonder wanneer het medeplegen in de kern niet bestaat uit een gezamenlijke uitvoering, kunnen voor het oordeel dat zich niettemin een nauwe en bewuste samenwerking voordoet onder meer van belang zijn de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het feit en het belang van de rol van de betrokkene (zie de

uitspraak van de ABRvS van 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2394).

Daarbij is niet vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het overtreden voorschrift (ook wel delictsomschrijving genoemd in het strafrecht, waar het begrip medeplegen al gangbaar is) vervullen. Wel dient sprake te zijn van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering (zie reeds HR 17 november 1981, NJ 1983, 84).

nauwe en
bewuste
samenwerking

De medepleger hoeft ook geen normadressaat te zijn, bijvoorbeeld omdat hij daarvoor niet over de noodzakelijke kwaliteit beschikt (bijvoorbeeld die van vergunninghouder). Hij is al als medepleger en dus als overtreder aan te merken wanneer hij een handeling verricht waarmee een deel van de delictsomschrijving wordt vervuld, mits de normadressaat ook deelneemt aan de overtreding. Dit betekent dat onder omstandigheden een werknemer die een vergunningvoorschrift overtreedt of een belastingadviseur die tot de belastingplichtige gerichte normen overtreedt als medeplegers en daarmee als overtreders zouden kunnen worden beschouwd, ondanks het feit dat de overtreden norm niet tot hen is gericht. Het is wel van belang dat de fysieke dader en de normadressaat bewust samenwerken en de normschending gezamenlijk uitvoeren (HR 10 januari 2006, NJ 2006, 67).

Evenmin is vereist dat een medepleger het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen (ABRvS 18 juli 2018, AB 2018, 405).

dubbel opzet
vereist

Alle medeplegers moeten het plaatsvinden van de verboden gedraging willen. Voor medeplegen is dubbel opzet vereist: opzet gericht op de samenwerking en opzet gericht op het doel van de samenwerking, dat wil zeggen op het bewerkstelligen van de gedraging die een overtreding oplevert.

Bij het onttrekken van een woning aan de woningvoorraad om de woning via Airbnb te verhuren was sprake van een eigenaar van een woning en een contactpersoon voor de toeristen, die hen de sleutel gaf en ook weer innam. Op de informatie die zich in de woning bevond stonden zijn naam en contactgegevens vermeld en op de informatie op de voordeur stond daarnaast tevens zijn foto. De intellectuele en materiële bijdrage van de contactpersoon was volgens de ABRvS van voldoende gewicht en daarom is hij (naast de eigenaar) aangemerkt als overtreder (medepleger) (ABRvS 29 augustus 2018, AB 2019, 28).

Een ander tot de verbeelding sprekend voorbeeld. Op grond van artikel 2:28 van de Algemene plaatselijke verordening (APV) is het verboden een openbare inrichting te exploiteren zonder vergunning van de burgemeester. Op grond van artikel 3, eerste lid, van de DHw is het verboden zonder daartoe strekkende vergunning van de burgemeester het horecabedrijf of slijtersbedrijf uit te oefenen. Exploitant 1 exploiteert een sport- en wellnessclub en is met exploitant 2 overeengekomen dat hij een horecagelegenheid zal exploiteren in de sport- en wellnessclub. De rechtbank heeft geoordeeld dat exploitant 2 medepleger is omdat het exploiteren van een sport- en wellnesscentrum zonder de mogelijkheid te hebben dranken en spijzen te verstrekken ondenkbaar is. In 2010 zijn door de sport- en wellnessclub vergunningen aangevraagd ten behoeve van de exploitatie van een horecagelegenheid in het pand. Deze vergunningen zijn, onder verwijzing naar een Bibob-advies, geweigerd. Vervolgens is eiseres 2 met eiseres 1 in contact getreden en zijn deze partijen overeengekomen dat eiseres 1 de horecagelegenheid zal exploiteren. Daartoe is een overeenkomst tussen die partijen gesloten, waarbij eiseres 2 de horecagelegenheid aan eiseres 1 verhuurt. Volgens de pacht-/huurovereenkomst behoeft eiseres 1 toestemming van eiseres 2 voor besluiten over de openings- en sluitingstijden, de menukaart, de drankenkaart, reclame-uitingen en speciale door pachter te organiseren acties. Voorts geldt volgens een afname-overeenkomst dat eiseres 1 in de beginfase voor de duur van een jaar haar voorraden zal afnemen van eiseres 2 met de mogelijkheid van uitgestelde betaling. Klanten van eiseres 2 dienen hun horecabestedingen af te rekenen via een polsbandje bij een centrale kassa. Eiseres 1 heeft voor de exploitatie geen personeel in dienst en de persoon die zich als leidinggevende van de horecagelegenheid presenteert is volgens informatie van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen in loondienst bij eiseres 2. Hieruit kan niet alleen worden afgeleid dat eiseres 2 in het kader van de pacht-/huurovereenkomst geen stappen heeft gezet om te waarborgen dat eiseres 1 de horecagelegenheid niet exploiteert alvorens de

benodigde vergunningen waren verkregen, maar ook dat zij de samenwerking, gericht op de exploitatie van de horecagelegenheid, is blijven bevorderen. Eiseres 2 heeft derhalve bewust en nauw met eiseres 1 samengewerkt en zij kan daarom worden aangemerkt als medepleger van overtreding van de verbodsbepalingen in artikel 2:28 van de APV en artikel 3, eerste lid, van de DHw (Rechtbank Rotterdam, 17 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5174).

In de uitspraak van de ABRvS van 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3205, is onder meer overwogen dat een eigenaar en een huurder als overtreder kunnen worden aangemerkt, indien zij wisten of redelijkerwijs hadden kunnen weten dat het pand in strijd met de planvoorschriften werd gebruikt. Van de eigenaren van een pand dat wordt verhuurd mag worden gevraagd dat zij zich tot op zekere hoogte informeren over het gebruik dat van het door hun verhuurde pand wordt gemaakt.

medeplichtige
ondergeschikt
aandeel

4.2.2.3 Medeplichtige

Medeplegen onderscheidt zich van medeplichtigheid doordat bij medeplegen sprake moet zijn van een min of meer gelijkwaardige samenwerking, terwijl de medeplichtige slechts een ondergeschikt aandeel in de normovertreding heeft: hij helpt slechts de eigenlijke dader. Dit onderscheid is van belang omdat in de Awb medeplichtigen niet als overtreder kunnen gelden en aan hen dus ook geen bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd.

4.2.2.4 Rechtspersonen en feitelijk leidinggevers

Artikel 5:1 lid 3 Awb bepaalt dat overtredingen kunnen worden begaan door: natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51 lid 2 en 3 Sr is van overeenkomstige toepassing verklaard in de Awb:

'Artikel 51 Sr

1. *Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.*
2. *Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:*
 - 1° *tegen die rechtspersoon, dan wel*
 - 2° *tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel*
 - 3° *tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.*
3. *Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.'*

Of een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan een rechtspersoon, wordt wederom in de eerste plaats bepaald door de inhoud van het overtreden voorschrift. Sommige voorschriften richten zich zowel tot natuurlijke personen als tot rechtspersonen. Andere richten zich uitsluitend tot rechtspersonen, terwijl weer andere zich naar hun aard slechts tot natuurlijke personen richten – bijvoorbeeld sommige voorschriften in de sociale zekerheid.

In artikel 5:1 lid 3 Awb wordt artikel 51 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard. Er is door de wetgever niet voor gekozen om dit artikel over te nemen in de Awb en dat duidt erop dat het de bedoeling is om de strafrechtelijke jurisprudentie te volgen bij het aanmerken van rechtspersonen en feitelijk leidinggevers als overtreder.

Bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd aan de in artikel 51 lid 3 Sr genoemde entiteiten die geen rechtspersoon in civielrechtelijke zin zijn, zoals onder meer de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap (Rb. Amsterdam 3 augustus 2012, JnB 2012, 1247).

Zie: Mw. Mr. P.P.D. Mathey-Bal 'De vennootschap onder firma in het bestuursrecht', in: JBplus 2011, 4.

Een en ander is voor het bestuursrecht vanzelfsprekend van groot belang. Veel bestuursrechtelijke voorschriften richten zich tot ondernemingen of instellingen en dan behoort de rechtsvorm van de

onderneming of instelling niet van invloed te zijn op de mogelijkheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen.

Om vast te stellen of een rechtspersoon als overtreder kan worden aangemerkt, wordt in het strafrecht het klassieke Slavenburg-arrest van de Hoge Raad gevolgd (Slavenburg/IJzerdraad HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, Drijfmest HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328):

'Blijkens de wetsgeschiedenis kan een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr) worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend.

Het antwoord op de vraag wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich dus bezwaarlijk formuleren. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- *het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,*
- *de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,*
- *de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,*
- *de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard (IJzerdraad criteria).*

Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.'

Op grond van de bestuursrechtelijke jurisprudentie worden deze afzonderlijke stappen in de regel niet altijd genomen om te komen tot de conclusie dat een bestuurlijke sanctie aan de rechtspersoon kan worden opgelegd. Het is vaak wel duidelijk wanneer een rechtspersoon normadressaat en overtreder is. Wanneer er echter twijfel bestaat, dan kan dit arrest als uitgangspunt te worden gehanteerd om tot een juiste conclusie te komen.

naast rechtspersoon ook feitelijk leidinggever

Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, dan kan de bestuurlijke sanctie daarnaast of in plaats daarvan ook worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Voorbeelden hiervan zijn bestuurders, het hoofd van de afdeling milieu of een andere betrokkene onder wiens leiding een overtreding heeft plaatsgevonden.

rechtspersoon geen overtreder dan feitelijk leidinggever ook geen overtreder

Om vast te stellen of een feitelijk leidinggever een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd, moet eerst vaststaan dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan. Indien de rechtspersoon geen overtreding kan worden verweten, dan kan er ook geen feitelijk leidinggever als overtreder worden aangemerkt. De feitelijk leidinggever hoeft overigens geen formele relatie te hebben met de rechtspersoon. Het is dus niet nodig dat deze in dienst is van de rechtspersoon.

Zie voor een voorbeeld waarin de ABRvS tot de conclusie komt dat feitelijk leidinggevers terecht zijn aangeschreven:

Niet in geschil is dat City Centrum Groenlo B.V. als exploitant van City Lido als overtreder is aan te merken. Nu A en B blijken het handelsregister van de Kamer van Koophandel bestuurders zijn van City Centrum Groenlo B.V. en elk als directeur over een onbeperkte volmacht beschikt, bestaat geen grond voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college deze vennootschappen, die als directeurs feitelijke zeggenschap hebben over de exploitatie van City Lido, terecht eveneens als overtreders heeft aangemerkt. In het door City Lido en anderen aangevoerde is evenmin grond te vinden voor het oordeel dat C en D, die volgens het handelsregister als bestuurders van, onderscheidenlijk, A en B fungeren, ten onrechte als overtreders zijn aangemerkt. Door City Lido en anderen is niet bestreden dat deze natuurlijke personen feitelijk zeggenschap hebben over City Lido en in contacten met de gemeente zijn opgetreden als vertegenwoordigers daarvan. Uit het vorenstaande blijkt dat C en D degenen zijn die feitelijk leiding geven aan City Lido. Gelet hierop moeten zij in staat worden geacht om de geconstateerde overtredingen te beëindigen. (ABRvS 4 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3192).

De bestuurder van Chemie-Pack II kon als feitelijk leidinggevende zeggenschap uitoefenen over dat bedrijf. Hij had de feitelijke leiding in het bedrijf en gelet daarop kon (ook) hij verantwoordelijk worden gehouden voor de overtreding van Chemie-Pack (ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515 (Chemie-Pack II)).

In Edelchemie Panheel verwijst de ABRvS met betrekking tot het mogelijk leidinggeven van een van de directeurs naar het bovengenoemde arrest Slavenburg II. De ABRvS komt tot de conclusie dat sprake is van een feitelijk leidinggever (ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065).

overtreder in
staat van
faillissement

Een bijzondere situatie is de rechtspersoon die failliet gaat. In dat geval is het de curator die als overtreder moet worden aangemerkt en aan wie een eventuele bestuurlijke sanctie zal moeten worden opgelegd (ABRvS 11 juli 1997, AB 1998, 268; Vz. ABRvS 24 november 2009, 200908275, Rechtspraak Insolventierecht, 2010, 19; ABRvS 13 februari 2013, AB 2013, 95).

4.2.3 Rechtsopvolgers

rechtsopvolging
voor sanctie-
oplegging

De overtreder is degene die zelf daadwerkelijk de norm heeft overtreden en niet de eventuele rechtsopvolger die mogelijk van de illegale situatie profiteert. De wetgever heeft inmiddels diverse wettelijke voorzieningen getroffen om tegenover de rechtsopvolger van de 'originele' overtreder een bestuurlijke sanctie op te kunnen leggen.

Zie bijvoorbeeld artikel 2.3a lid 1 Wabo (artikel 40 Woningwet oud): *'het is verboden een bouwwerk of deel daarvan dat is gebouwd zonder omgevingsvergunning in stand te laten'*.

Normadressaat: degene die het illegale bouwwerk in stand laat (door niet alsnog een omgevingsvergunning aan te vragen of deze te slopen) ook al heeft deze het bouwwerk niet zelf zonder bouwvergunning gebouwd.

Deze normadressaat is in 2007 zonder overgangsregime in de wet geïntroduceerd. Dat betekent dat bijvoorbeeld huiseigenaren enkel door het per 1 april 2007 in werking getreden verbod van (destijds) artikel 40 lid 1 aanhef sub b Woningwet overtreder zijn geworden. Van deze eigenaren die een bouwwerk voor die wetwijziging hebben gekocht, kon ten tijde van de verkrijging van hun woning niet worden verlangd dat zij onderzoek verrichtten naar de vraag of de bouwwerken op het perceel zonder of in afwijking van een bouwvergunning waren gebouwd. Dat zou anders zijn geweest indien zij ten tijde van de verkrijging concrete aanwijzingen hadden dat zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd (Kamerstukken II 2003/04, 29 392, nr. 3, blz. 34-35).

Daarom oordeelt de ABRvS in deze gevallen dat de jurisprudentie over de toepassing van artikel 40 lid 1 aanhef en sub b Woningwet ook geldt voor de toepassing van artikel 2.3a lid 1 Wabo:

'Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2010 in zaak nr. 200901588/1/H1 wordt overwogen dat van [appellant sub 1] en [appellant sub 2] ten tijde van de verkrijging van de woning slechts behoefde te worden verlangd dat zij onderzoek verrichtten naar de vraag of het bouwwerk op het perceel zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd, indien zij op dat moment concrete aanwijzingen hadden dat zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd. Van dergelijke aanwijzingen is in dit geval sprake. In de verkoopbrochure van het huis was vermeld dat de vergroting van de dakkapel was uitgevoerd zonder toestemming van de gemeente. Dat een ambtenaar van de gemeente desgevraagd aan de vader van [appellant sub 1] mededeelde dat tegen de dakkapel niet zou worden opgetreden, leidt niet tot een ander oordeel. De gemeenteambtenaar baseerde zich, zoals ter zitting van de rechtbank is komen vast te staan, op een foto van de dakkapel die zich in het gemeentearchief bevond, hetgeen een foto betrof van de dakkapel voordat deze werd gewijzigd in een dakopbouw. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] hadden, gelet op de verkoopbrochure, kunnen weten dat de dakkapel was vergroot. Nu niet is gebleken dat aan de gemeenteambtenaar is gevraagd of hij zijn uitlatingen baseerde op de dakkapel of op de dakopbouw en of tegen deze dakopbouw zou worden opgetreden, bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat het gesprek met de gemeenteambtenaar de concrete aanwijzingen die [appellant sub 1] en [appellant sub 2] hadden, heeft weggenomen. Het betoog faalt dan ook (ABRvS op 27 december 2012 (201204259), JnB 2013, 13).'

Overigens geldt de norm niet voor huurders. Zij zijn daarom geen normadressaat en zij kunnen artikel 2.3a lid 1 Wabo niet overtreden (ABRvS 10 februari 2010, AB 2010, 92).

rechtsopvolging
gedurende
of na sanctie-
oplegging

Daarvan moet worden onderscheiden de situatie waarin tijdens een lopende procedure tot het opleggen van een last onder dwangsom een BV wordt opgevolgd door een andere BV. In een voorlopigevoorzieningprocedure werd aangevoerd dat de last aan de verkeerde BV was opgelegd. De Voorzitter stelde vast dat ten tijde van de inwerkingtreding van het bestreden besluit Autobedrijf De Rooy BV het niet meer in haar macht had de beweerde overtreding te beëindigen omdat De Rooy Exploitatie BV al ten tijde van de inwerkingtreding van het bestreden besluit de inrichting dreef. Dit brengt met zich dat Autobedrijf De Rooy BV niet als overtreder in de zin van art. 5:32 Awb is aan te merken en het bestreden besluit daarmee is gericht aan de verkeerde rechtspersoon.

rechtsopvolging
en bestuurs-
dwang

Bij bestuursdwang kan de volgende lijn worden aangehouden volgens Michiels c.s. Als de rechtsopvolging plaatsvindt tussen het bekendmaken van het besluit en de effectuering daarvan, is het bestaan van nieuwe feiten of omstandigheden beslissend. Wanneer die er niet zijn, zou geen nieuw besluit hoeven te worden genomen en zou met een afschrift aan de nieuwe eigenaar kunnen worden volstaan. Het kostenverhaal kan toch alleen de overtreder/rechtsvoorganger betreffen. Indien ook de nieuwe eigenaar zich schuldig maakt aan een overtreding, is een nieuw besluit wel noodzakelijk. Het lastige is dat in de regel een begunstigingstermijn moet worden gegeven. Bij overdracht is meestal de termijn al (gedeeltelijk) verstreken. Een nieuw besluit vanwege de nieuwe belanghebbende(n) ligt dan toch voor de hand.

Bij de last onder dwangsom gaat het niet zozeer om de overtreding maar om de persoon zelf. Hierbij zal altijd een nieuw besluit moeten worden genomen bij overdracht tussen inwerkingtreding en effectuering en ook bij overdracht voor de inwerkingtreding. Volgens Michiels c.s. gaat het er in algemene zin niet zozeer om of er nieuwe feiten of omstandigheden zijn. Het gaat erom of de gemeente verplicht is na te gaan en vast te stellen of er nieuwe feiten of omstandigheden zijn die zouden moeten leiden tot een ander besluit. Alleen al het feit dat een nieuwe eigenaar of exploitant in beeld is, maakt in de regel dat er voldoende reden is om na te gaan of een besluit met een andere inhoud op zijn plaats is. Bijvoorbeeld ten aanzien van de hoogte van de dwangsom en de lengte van de begunstigingstermijn.

Een bijzondere vorm van rechtsopvolging is die bij overlijden. Wanneer sprake is van een overtreding en er zijn erfgenamen in het geding die eigenaar zijn geworden door een nalatenschap te

aanvaarden, dient een herstelsanctie aan de erven te worden opgelegd. Bijvoorbeeld een last onder dwangsom die ertoe strekt een perceel te saneren waarop zich een ernstig geval van bodemverontreiniging voordeed. In deze zaak hadden de erfgenamen de nalatenschap beneficiair aanvaard. Een van de erven voerde aan dat hij na beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap de erfenis later weer heeft verworpen. De last onder dwangsom kon daarom niet aan deze erfgenaam worden gericht. De ABRvS maakt onder verwijzing naar artikel 4:190 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) korte metten met dit verweer. Een eenmaal aanvaarde nalatenschap, of deze nu zuiver of beneficiair is, kan niet meer worden verworpen.

Verder wordt door een van de erven aangevoerd dat zij op grond van artikel 55b van de Wet bodembescherming (Wbb) niet verplicht zijn om het perceel te saneren. Op grond van dit artikel zijn eigenaren van een bedrijfsterrein verplicht om tot bodemsanering over te gaan indien een beschikking is vastgesteld dat spoedige sanering noodzakelijk is. Erven zouden geen eigenaar van dit perceel zijn, nu het perceel behoort tot een onverdeelde, beneficiair aanvaarde nalatenschap. De ABRvS geeft echter aan dat de erven in dit geval op grond van artikel 4:182 BW de erflaatster in haar eigendomsrecht van het perceel zijn opgevolgd. Beneficiaire aanvaarding kan niet verhinderen dat een erfgenaam tezamen met zijn mede-erfgenaam eigenaar wordt en op grond van artikel 55b Wbb aangesproken wordt om tot bodemsanering over te gaan (ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2871 en ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:880).

Wabo en rechtsopvolging

Er kan ook een bijzonder wettelijk voorschrift gelden voor het geval sprake is van rechtsopvolging. Zo maakt artikel 5.18 Wabo het mogelijk in een sanctiebesluit te bepalen dat dit besluit ook geldt voor eventuele rechtsopvolgers. Wanneer is verzuimd dit in een sanctiebesluit op te nemen, dan kan dit bij afzonderlijk besluit achteraf alsnog worden opgenomen.

4.2.4 Meerdere overtreders

willekeur

Indien sprake is van meerdere overtreders, dan is er in beginsel geen verplichting om jegens alle overtreders handhavend op te treden (CBB 17 april 2009, AB 2009, 227 en ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4519). In geval van een medepleger en een pleger kan gekozen worden voor alleen de medepleger dan wel alleen de pleger. Datzelfde geldt voor de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever. Uiteraard zal van geval tot geval moeten worden gezien of geen sprake is van willekeur en of het gelijkheidsbeginsel er toch niet toe moet leiden dat tegen alle overtreders wordt opgetreden.

Aan de andere kan staat een nauw organisatorisch en economisch verband tussen overtreders er niet aan in de weg dat aan ieder van hen een afzonderlijke last onder dwangsom wordt opgelegd (ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7257).

Wanneer er meer dan één overtreder is aangeschreven, zoals wel voorkomt bij aanschrijvingen woningonderhoud op grond van de Woningwet of het gebruiken en laten gebruiken van een perceel in strijd met het bestemmingsplan, zijn de aangeschreven mede-eigenaren ieder voor zich overtreder ten aanzien van de gehele met betrekking tot de woning opgelegde verplichting. Zij worden ieder voor het geheel aansprakelijk voor de kosten van bestuursdwang. Dat geldt ook voor een last onder dwangsom (Rechtbank Overijssel 20 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1662).

In geval van twijfel over wie het feitelijk in zijn macht heeft om een overtreding ongedaan te maken, is het verstandig om alle betrokkenen aan te schrijven. In eventuele zienswijzen kunnen deze betrokkenen aanvoeren waarom zij menen ten onrechte aangeschreven te zijn.

4.2.5 Overtreders uitbreiden in heroverweging

Indien het bezwaar op grond van artikel 7:11 Awb ontvankelijk is, vindt heroverweging van een sanctiebesluit plaats. Eventuele aan dit besluit klevende gebreken kunnen bij het besluit op bezwaar worden hersteld. In bezwaar kan een last onder bestuursdwang wordt gericht aan overtreders die niet zijn genoemd in het primaire besluit zolang deze overtreders in de gelegenheid zijn gesteld om te worden gehoord, de last inhoudelijk niet wordt gewijzigd en nog niet ten uitvoer is gelegd

(rechtbank Oost-Brabant 10 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3913 en CBb 5 april 2005, ECLI:NL:CB-B:2005:AT4977)). Zie ook verderop paragraaf 4.4 over heroverweging van sanctiebesluiten.

4.2.6 Overtreder onbekend

bekendmaking Het is soms onbekend wie de overtreder is, zoals bij gedumpt bouwafval, voertuigwrakken, illegale innamen van ligplaatsen en het illegaal plakken van aanplakbiljetten. Bij een onbekende overtreder is de gemeente niet geheel onthand, maar zij zal creatief met de bekendmaking van de besluiten moeten omgaan. Eventueel kostenverhaal kan lastig zijn. Gekozen kan dan worden voor een publicatie in het plaatselijk dagblad of het aanplakken op het gemeentehuis. Daarnaast kan een dergelijk besluit worden toegezonden aan bij de gemeente bekende familieleden, zoals blijkt uit het GBA. Deze wijzen van bekendmaking geven inhoud aan een 'andere geschikte wijze' van bekendmaken als bedoeld in artikel 3:41 lid 1 Awb.

4.2.7 Bestuurlijke sancties

Naast het begrip overtreder zijn ook de bestuurlijke sancties gedefinieerd in de Awb. Dat is gebeurd in artikel 5:2 Awb:

- 'a bestuurlijke sanctie: een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak;
- b. herstelsanctie: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding;
- c. bestraffende sanctie: een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen'.

herstel of bestraffing? In dit artikel is tevens een onderscheid gemaakt tussen herstelsancties en bestraffende sancties. Uitgangspunt is dat herstelsancties zijn gericht op het herstel van de rechtsorde, terwijl bestraffende sancties erop zijn gericht de overtreder 'leed toe te voegen' ofwel te straffen. Wanneer sprake is van een zogeheten 'criminal charge, dienen de waarborgen van artikel 6 EVRM in acht genomen te worden (zie hoofdstuk 2).

partiële handhaving In de definitie van de herstelsanctie ligt besloten dat handhaving niet hoeft te leiden tot het geheel ongedaan maken van een overtreding. Deze sanctie strekt tot het 'geheel of gedeeltelijk' ongedaan maken en biedt daarmee de grondslag voor partiële handhaving. De andere kant van die medaille is dat voor zover de overtreding niet geheel wordt opgegeven, er sprake is van gedogen (totdat de overtreding is gelegaliseerd).

enkele last is géén bestuurlijke sanctie Op grond van artikel 5:2 lid 2 Awb is de enkele last geen bestuurlijke sanctie, zoals de aanwijzing uit de Wet Kinderopvang. Indien niet aan een dergelijke last wordt voldaan, kan met een reguliere bestuurlijke sanctie de naleving van die last worden afgedwongen.

4.3 Overige algemene bepalingen

4.3.1 Rechtvaardigingsgrond

Artikel 5:5 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke sanctie mag opleggen voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat. Omdat het voor het opleggen van een herstelsanctie niet relevant is of de overtreder iets te verwijten valt (ABRvS 4 juli 2001, AB 2002, 6), zijn de zogenaamde schulduitsluitingsgronden niet in titel 5.1 Awb geregeld maar enkel de rechtvaardigingsgrond. Het artikel verduidelijkt slechts dat – evenals in het strafrecht – voor handhaving geen plaats is indien een rechtvaardigingsgrond bestaat.

geen ambtshalve onderzoek bestaan rechtvaardigingsgrond Het bestuursorgaan hoeft zelf niet ambtshalve de eventuele aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond te onderzoeken. Alleen wanneer de overtreder hier een beroep op doet (bijvoorbeeld in de zienswijzen als bedoeld in artikel 4:8 Awb) of wanneer er anderszins in het oog springende aanwijzingen zijn, dient dit bij de belangenafweging te worden betrokken. Indien een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, zal van het opleggen van een bestuurlijke sanctie moeten worden afgezien. Ook

bij het onderzoek voorafgaand aan het nemen van het sanctiebesluit kan het bestuursorgaan daarop stuiten. Als bijvoorbeeld blijkt dat zich kort voor de overtreding een calamiteit binnen het bedrijf heeft voorgedaan, dan kan dit afhankelijk van het soort overtreding aanleiding zijn om te onderzoeken of wellicht sprake was van noodtoestand of anderszins van overmacht (TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 86-88).

De bedoeling van de wetgever met de introductie van de rechtvaardigingsgrond in de Awb luidt als volgt:

'Daarbij ligt het natuurlijk wel voor de hand, dat het bestuur en de rechter de strafrechtelijke jurisprudentie (...) tot uitgangspunt zullen nemen. In het algemeen zal zulks in een bestuursrechtelijke context niet snel tot het aannemen van een rechtvaardigingsgrond leiden. Als gezegd kunnen de rechtvaardigingsgronden overmacht en handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of een bevoegd gegeven ambtelijk bevel ook in het bestuursrecht een rol spelen, maar die rol zal bescheiden zijn. Situaties van fysieke overmacht zijn natuurlijk nooit uit te sluiten, maar zijn schaars. Gegeven de regeldichtheid in het bestuursrecht kan evenmin geheel worden uitgesloten dat naleving van het ene wettelijk voorschrift onder bijzondere omstandigheden in strijd komt met een ander wettelijk voorschrift of, in het verlengde daarvan, met een ambtelijk bevel, maar dit komt minder vaak voor dan wel eens wordt gesuggereerd. Niettemin kan men zich in een bedrijf bijvoorbeeld situaties voorstellen waarin de naleving van voorschriften gericht op de bescherming van de veiligheid van omwonenden of van het milieu het noodzakelijk maakt om te handelen in strijd met voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden of arbeidstijden. Daarvoor behoort dan geen bestuurlijke sanctie te kunnen worden opgelegd, mits is voldaan aan de – ook in het strafrecht gestelde – eis van proportionaliteit: men moet uit twee kwaden wel het minste kiezen. Vaak zullen dergelijke conflicten overigens in een eerder stadium kunnen worden opgelost door een redelijke interpretatie van de overtreden voorschriften of doordat deze zelf uitzonderingsclausules kennen voor bijzondere situaties. Het onderhavige artikel impliceert niet dat het bestuursorgaan bij iedere bestuurlijke sanctie moet onderzoeken of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is en moet motiveren waarom dat niet het geval is. Daartoe is slechts aanleiding indien de overtreder een onderbouwd beroep doet op een rechtvaardigingsgrond of anderszins aanwijzingen bestaan dat mogelijk een rechtvaardigingsgrond aanwezig is.

Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat het enkele feit dat een illegale situatie kan worden gelegaliseerd, op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond in de zin van dit artikel oplevert. Dit is vooral voor herstelsancties van belang. Op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht komt het nogal eens voor dat een bouwwerk bijvoorbeeld in strijd met het bestemmingsplan is gebouwd of wordt gebruikt, maar dat daarvoor alsnog vrijstelling kan worden verleend. In dat geval kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de in artikel 3:4 lid 2 Awb, neergelegde eis van een evenwichtige belangenafweging, zich tegen het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom verzetten. Dit betekent echter niet dat de overtreding gerechtvaardigd was, maar vloeit veeleer voort uit het gegeven dat, ook al staat vast dat een overtreding heeft plaatsgevonden en daarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestond, de daadwerkelijke toepassing van sancties vervolgens nog een belangenafweging vergt. Wel kan het natuurlijk voorkomen, dat de rechter in het midden kan laten of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, omdat de sanctie reeds wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moet worden vernietigd. Zie voor enkele voorbeelden van dit laatste ABR 18 december 2002, AB 2003, 85; ABR 6 november 2002, Gst. 7182/56.'

Een beroep op artikel 5:5 Awb werd door de Rechtbank 's-Hertogenbosch afgewezen in een geval waarin handhavend werd opgetreden tegen het ontbreken van een omgevingsvergunning. De overtreder betoogde dat er inderdaad geen omgevingsvergunning was, maar dat hij zijn best had gedaan een omgevingsvergunning te verkrijgen. Terecht is geoordeeld dat overmacht niet wordt

aangenomen wanneer de overtreder er weliswaar iets, maar niet alles aan heeft gedaan heeft dat in zijn macht lag om de vereiste omgevingsvergunning te verkrijgen, terwijl hij daartoe redelijkerwijs wel in staat kon worden geacht (Rb. 's-Hertogenbosch 11 juni 2012, JnB2012, 852, zie ook ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7697 en CBB 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574).

4.3.2 Cumulatie herstelsancties

Artikel 5:6 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan geen herstelsanctie oplegt zolang een andere wegens dezelfde overtreding opgelegde herstelsanctie van kracht is.

verbod cumulatieve herstelsancties

Dat betekent dat allereerst moet worden vastgesteld of sprake is van één overtreding. Als dat het geval is, mogen ter zake van die ene overtreding niet tegelijkertijd meerdere herstelsancties van kracht zijn. Hierbij moet dus gedacht worden aan samenloop tussen de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom bij dezelfde overtreding.

Een voorbeeld. Het college legt aan een overtreder een last onder bestuursdwang op, die ertoe strekt dat het breken van puin in de open lucht zonder omgevingsvergunning wordt beëindigd en beëindigd blijft. Om te voorkomen dat de uitoefening van bestuursdwang wordt gefrustreerd, heeft het college overtreder tevens onder oplegging van een dwangsom gelast de verankering van de puinbreker niet te verbreken noch op andere wijze het breken van puin in de open lucht voort te zetten. De ABRvS oordeelde dat artikel 5:6 van de Awb er aan in de weg staat dat ter zake van het puin breken in de open lucht zonder vergunning gelijktijdig zowel een last onder bestuursdwang als een last onder dwangsom is opgelegd. Weliswaar treedt de oplegde last onder dwangsom pas in werking als in strijd met de uitgeoefende bestuursdwang handelingen worden verricht, maar dat neemt niet weg dat beide lasten wegens dezelfde overtreding, namelijk het buiten gebruiken van de puinbreker zonder vergunning, gelijktijdig zijn opgelegd. Artikel 5:6 staat deze cumulatie van herstelsancties niet toe (ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2523).

geen sprake van cumulatie

Artikel 5:6 Awb geldt voor combinaties tussen alle herstelsancties, zoals het intrekken van een begunstigende beschikking, het schorsen van een beschikking et cetera.

Een nieuwe of andere last onder dwangsom is wel toegestaan, mits:

- de dwangsombeschikking is ingetrokken;
- de dwangsombeschikking is uitgewerkt, doordat alle dwangsommen zijn verbeurd (ABRvS 19 februari 2003, AB 2003, 140);
- deze hoeft dan ook niet te worden ingetrokken;
- sprake is van verschillende overtredingen (ABRvS 5 november 2008, AB 2008, 369);
- sprake is van een gedraging die meerdere overtredingen oplevert die kunnen worden gehandhaafd door verschillende bestuursorganen (ABRvS 6 september 1999, AB 2000, 149);
- de last onder bestuursdwang (bouwstop) is gericht op onmiddellijke beëindiging van de overtreding; en
- de last onder dwangsom is gericht op het verhinderen van hervatten van de overtreding in de toekomst.

verschil ne-bis-in-idem en anti-cumulatie

ne-bis-in-idem geldt niet voor herstelsancties

De anti-cumulatieregel moet worden onderscheiden van de 'ne-bis-in-idem'-regel. Anti-cumulatie ziet op het gelijktijdig opleggen van bestuurlijke sancties, terwijl ne-bis-in-idem ziet op het achtereenvolgens opleggen van bestuurlijke sancties voor dezelfde overtreding. Dit beginsel geldt uitdrukkelijk niet voor herstelsancties. Herstelsancties kunnen immers wel na elkaar worden opgelegd voor dezelfde overtreding.

cumulatie herstelsanctie en bestraffende sanctie toegestaan

Artikel 5:6 Awb laat onverlet de mogelijkheid om voor een overtreding zowel een herstelsanctie als een bestraffende sanctie op te leggen. Deze beide sancties verschillen naar doel en strekking. Overigens kan het evenredigheidsbeginsel ertoe nopen dat bij het opleggen van een combinatie van deze sancties rekening met die omstandigheid wordt gehouden.

4.3.3 Preventieve handhaving

klaarblijkelijk dreiging

Artikel 5:7 Awb codificeert de jurisprudentie dat een bestuurlijke sanctie al kan worden opgelegd nog vóórdat er een overtreding heeft plaatsgevonden. We hebben het dan over preventieve handhaving. Dit artikel spreekt van optreden zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt (Rechtbank Gelderland 24 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:440). Daarmee is niets anders bedoeld dan de formulering die voorheen in de jurisprudentie werd gehanteerd, namelijk dat de verboden gedraging met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden (ABRvS 25 februari 2009, 200804002).

Wanneer een verzoeker om handhaving verzoekt om preventief handhavend op te treden, dan rust op de verzoeker de bewijslast dat er met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid een overtreding zal plaatsvinden (Rechtbank Midden-Nederland, 8 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:748).

Bij toepassing van dit artikel moet de overtreder in de regel het voordeel van de twijfel worden gegund door pas op het allerlaatste moment op te treden en hem waar mogelijk eerst te waarschuwen.

Een klassiek voorbeeld is de illegale schuurverkoop die al enige tijd van tevoren via aanplakbiljetten wordt aangekondigd.

Het is ook toegestaan om preventief te handhaven wanneer niet vaststaat dat ernstige schade zal ontstaan (dat criterium gold in het verleden, maar dat heeft de ABRvS al lang geleden losgelaten, ABRvS 7 november 2001, AB 2002, 177).

4.3.4 Vrees voor herhaling

Preventieve handhaving moet worden onderscheiden van de last onder dwangsom die is gericht op het voorkomen van herhaling van de overtreding. Beide artikelen zijn algemene handhabingsbepalingen. In art. 5:2, eerste lid, onderdeel b, Awb staat herstelsanctie gedefinieerd: een last onder bestuursdwang of dwangsom kan onder meer strekken tot het voorkomen van herhaling van een overtreding. Art. 5:7 Awb bevat een bevoegdheid een herstelsanctie preventief op te leggen zonder dat sprake is van een eerdere overtreding, indien het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Blijkens de jurisprudentie betreft het twee naast elkaar bestaande bevoegdheden (zie bijv. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:150).

Om een herstelsanctie te kunnen opleggen wegens vrees voor herhaling, is van belang vast te stellen wanneer sprake is van een eerdere overtreding. Kan na het verstrijken van een bepaalde periode na een eerste overtreding nog wel van herhaling worden gesproken?

Zie: A.P. Altena, 'Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling', De Gemeentestem 2018, afl. 7477, p. 627 e.v. (Gst. 2018/121).

Hierover zijn kamervragen gesteld, die op 21 juni 2019 zijn beantwoord. Aangegeven is dat bij het beantwoorden van de vraag welke termijn redelijk is om te kunnen spreken van herhaling, het bestuursorgaan het tijdsverloop moet beoordelen alsook in samenhang met andere omstandigheden. De rechter kan dit toetsen. Voor het CBb 13 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:602 was verloop van een jaar te lang, waar ter zitting bleek dat een toen spelend incident geen overtreding was, maar wel had meegespeeld bij het opleggen van een last ter voorkoming van herhaling. Voor ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1322 was relevant dat een bedrijf de aard van de inrichting wijzigde na een uitspraak van drie maanden eerder, waardoor nadien terecht een preventieve last werd opgelegd. De vraag na hoeveel tijd nog van herhaling kan worden gesproken valt dus niet in haar algemeenheid te beantwoorden. Dit geldt ook voor de vraag of na verloop van tijd, en zo ja na welk tijdsverloop, een incident dat zich voordoet ondanks een last geldt als 'nieuw feit'.

Op grond van art. 5:34, tweede lid, Awb kan het bestuursorgaan op verzoek van de overtreder een

last onder dwangsom opheffen, indien hij een jaar gold zonder dat de dwangsom is verbeurd. Met een verzoek kan duidelijkheid worden verkregen of een last nog boven iemands hoofd hangt. Tegen een afwijzing van een verzoek staan rechtsmiddelen open. Dan toetst de rechter of het bestuur in redelijkheid kon besluiten tot afwijzing van het verzoek. ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4054 biedt een voorbeeld waarbij zo'n beslissing onvoldoende was gemotiveerd, toen een veelomvattende, niet in tijd beperkte en kennelijk niet overtreden last die raakte aan vaak door een bedrijf verrichte werkzaamheden, al meer dan vijf jaar gold.

Ook is de vraag opgeworpen of een last onder dwangsom wegens vrees voor herhaling niet een punitieve sanctie is.

Geantwoord is dat de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling een reparatoire bestuurlijke sanctie is, zoals geregeld in hoofdstuk 5 Awb, en geen bestraffende sanctie is. Dat is een relevant onderscheid, omdat art. 6 EVRM ziet op (onder meer) vervolging en in beginsel niet van toepassing is op dergelijke herstelsancties. In de wetsgeschiedenis is in vervolg op de ook toen al geldende rechtspraak overwogen, dat voor de bestuursdwang en de oplegging van de dwangsom onomstreden is dat zij geen punitief karakter hebben en dat art. 6 EVRM daarom niet noopt tot het opnemen van bijzondere wettelijke waarborgen (Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 130-131). Recent oordeelde ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4039 nog dat ook een last onder dwangsom die herhaling beoogt te voorkomen – in dat geval: dat iemand opnieuw in strijd met de APV inbrekerswerktuigen vervoert – geen bestraffende sanctie is. Wel kan de rechter bij concrete omstandigheden van het geval tot het oordeel komen dat toch sprake is van bestraffing en daarmee vervolging in de zin van art. 6 EVRM. De rechter kijkt daarbij naar drie criteria: de classificatie in de wetgeving, de aard van de overtreding (mede gezien in relatie tot het doel van de sanctie) en de zwaarte van de maatregel. Ik wijs voor toepassing van de EHRM-criteria bij zulke herstelsancties verder op vaste rechtspraak, zoals ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:2019:RVS:627 over een last tot sluiting van een pand om herhaling van drugshandel tegen te gaan, die niet als vervolging werd aangemerkt.

Uit de jurisprudentie volgt dat het enkele feit dat een eerste overtreding is geconstateerd, al voldoende is om een last onder dwangsom wegens vrees voor herhaling op te leggen en dat die 'vrees voor herhaling' als zodanig niet hoeft te worden aangetoond door het betreffende bestuursorgaan (ABRvS 21 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU8881, AB 2012, 210, JB 2012, 33, ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1022, AB 2012, 255).

Wanneer een dwangsom gericht is op voorkoming van herhaling van de overtreding, moet goed worden gezien of de betreffende norm nog steeds geldt.

Een voorbeeld. Tot 1 januari 2011 gold een milieuvergunning waaraan voorschriften waren verbonden ter voorkoming van onaanvaardbare geluidhinder. Vanaf 1 januari 2011 valt het bedrijf onder het toepassingsbereik van het Activiteitenbesluit en gelden geluidvoorwaarden op grond van dat besluit. Voordien, op 6 oktober 2010, is een geluidmeting uitgevoerd en er is geconstateerd dat niet werd voldaan aan het vergunningvoorschrift. Ten tijde van het nemen van het bestreden besluit in 2011 gold dit voorschrift niet meer en is artikel 2.17 Activiteitenbesluit gaan gelden. Op 11 januari 2011 wordt een last onder dwangsom opgelegd, waarin het volgende wordt overwogen: omdat het vergunningvoorschrift van de vergunning dezelfde normstelling kent als artikel 2.17 Activiteitenbesluit wordt het handhavingstraject voortgezet. De dwangsom is er op gericht herhaling te voorkomen.

Deze last sneuvelt bij de bestuursrechter op grond van de volgende overweging:

'De Afdeling stelt voorop dat, tenzij vanwege een klaarblijkelijk dreigend gevaar van een overtreding preventief een last wordt opgelegd - welke situatie zich hier niet voordoet -, slechts de bevoegdheid bestaat om onder dwangsom te gelasten een bepaling na te leven, nadat een overtreding van die bepaling heeft plaatsgevonden.

Op 1 januari 2008 zijn het Activiteitenbesluit en de Regeling in werking getreden. Dit betekent dat de bepalingen van het Activiteitenbesluit en de Regeling waarop de bij besluit van 7 juli 2008 opgelegde last betrekking heeft, pas sinds 1 januari 2008 kunnen worden overtreden.

Vast staat voorts dat vanaf 1 januari 2008 geen bezoeken meer in opdracht van het college hebben plaatsgevonden aan het pand [locatie]. Weliswaar heeft het college ter zitting te kennen gegeven dat gemeentelijke toezichthouders geen toestemming hebben gekregen om het pand te betreden, maar gelet op de artikelen 5:15 en 5:20 Algemene wet bestuursrecht had daarmee geen genoegen behoeven te worden genomen. In verband met het voorgaande is niet komen vast te staan of de bepalingen waarop de opgelegde lasten betrekking hebben, zijn overtreden. Het college heeft dan ook in strijd met het systeem van de Algemene wet bestuursrecht geoordeeld dat het bevoegd was om onder dwangsom de naleving van de relevante bepalingen van het Activiteitenbesluit en de Regeling te gelasten.' (ABRvS 18 november 2009, JB 2010,7).

4.3.5 Samenloop

Indien twee of meer voorschriften zijn overtreden, kan voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een bestuurlijke sanctie worden opgelegd. Samenloop van gedragsvoorschriften doet zich voor indien door één bepaald feitelijk handelen of nalaten twee of meer voorschriften worden overtreden.

Het klassieke voorbeeld is de machine die zowel onveilig is voor werknemers, als geluidhinder veroorzaakt voor omwonenden. De vraag rijst dan of de op overtreding van beide voorschriften voorziene sancties gewoon bij elkaar kunnen worden opgeteld of dat een keuze moet worden gemaakt. Deze situatie levert meerdere overtredingen op waartegen kan worden opgetreden (optellen).

meerdaadse samenloop

Meerdaadse samenloop is veruit de meest voorkomende vorm van samenloop. Artikel 5:8 Awb bepaalt dat dan voor iedere overtreding afzonderlijk een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. Indien voor twee of meer samenhangende overtredingen verschillende bestuursorganen bevoegd zijn, kan ingeval van meerdaadse samenloop ieder bestuursorgaan dus in beginsel zelfstandig een bestuurlijke sanctie opleggen.

Dit laat echter onverlet dat ook bij meerdaadse samenloop het totaal van de opgelegde bestuurlijke sancties in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel. Een bestuursorgaan dat voor te onderscheiden, maar wel samenhangende overtredingen twee of meer bestuurlijke sancties oplegt, zal zich dan ook moeten afvragen of het totaal van de sancties nog wel aansluit bij de ernst van de overtreding en evenredig is.

zorgplicht bepa- ling en specifie- ke bepaling

Het is denkbaar dat op één gedraging zowel een meer specifiek, als een meer algemeen voorschrift van dezelfde strekking van toepassing is. Niet uitgesloten is bijvoorbeeld dat overtreding van een specifiek gedragsvoorschrift tevens een schending van een meer algemene zorgplicht oplevert. In dat geval ligt het in de rede dat het bestuursorgaan een eventuele sanctie primair baseert op het meer specifieke voorschrift (TK 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 90-92).

4.3.6 *Eisen sanctiebeschikking*

Artikel 5:9 Awb schrijft voor dat de beschikking tot oplegging van een bestuurlijke sanctie vermeldt:

- a. de overtreding alsmede het overtreden voorschrijft;
- b. zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd.

aanvullende
eisen boete-
besluit

Dit artikel bevat enkele – voor de hand liggende – eisen waaraan elke beschikking, waarbij een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd, moet voldoen. In alle gevallen dient de beschikking een omschrijving van de gedraging alsmede de overtreden norm te vermelden. Voor zover dit nodig is om de gedraging te identificeren, dient de beschikking tevens een aanduiding te bevatten van de plaats waar en het tijdstip waarop de gedraging plaatsvond.

Voor beschikkingen waarbij een bestuurlijke boete wordt opgelegd gelden enkele in titel 5:4 Awb genoemde aanvullende eisen.

4.3.7 *Betaling geldsom aan bestuursorgaan*

Met artikel 5:10 is in de Awb bepaald dat inkomsten uit opgelegde bestuurlijke sancties toekomen aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

misbruik tegen
eigen financieel
belang

Bij de totstandkoming van deze bepaling is de vrees geuit dat deze regeling mogelijk leidt tot misbruik door het bestuursorgaan omdat het bestuur een financieel belang heeft bij de oplegging van een bestuurlijke sanctie. De regering is niet overtuigd van dit mogelijke misbruik en ziet juist voordelen in de voorgestelde regeling omdat daarmee de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving wordt benadrukt. Met de opbrengsten kunnen bovendien de kosten van handhaving deels worden gecompenseerd. Doorgaans zal deze compensatie overigens slechts gedeeltelijk zijn: op de meeste beleidsterreinen overtreffen de kosten van handhaving de opbrengsten daarvan. Reeds daarom behoeft niet te worden gevreesd dat bestuursorganen handhavingsbevoegdheden louter uit financieel gewin zouden gaan inzetten. Bovendien staat tegen financiële sanctiebesluiten altijd beroep open bij de bestuursrechter, die niet alleen kan en moet toetsen of de overtreding bewezen is, maar ook of de daarvoor opgelegde sanctie niet onevenredig (bij herstelsancties) respectievelijk evenredig (bij boeten) is. Ook kan hij toetsen of de sanctie past binnen het door het bestuursorgaan gevoerde handhavingsbeleid. Voor dit handhavingsbeleid gelden ten slotte de normale vormen van politieke controle. De jaarlijkse raming en verantwoording van de opbrengsten in het kader van de begrotingscyclus levert ook een bijdrage aan deze controle. Gelet hierop bestaan er naar het oordeel van de regering voldoende waarborgen tegen misbruik.

In sommige gevallen kan er echter aanleiding zijn de bestemming van de opbrengst anders te regelen. Zo komen bijvoorbeeld boeten krachtens de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften niet toe aan de politieregio's, maar aan de Staat. Voor boeten die door middel van een bestuurlijke strafbeschikking worden opgelegd door BOA's geldt dat dit onder toezicht van het OM gebeurt. De opbrengst van dergelijke boeten komt in beginsel aan de Staat toe en niet aan het bestuursorgaan waar de BOA onder valt. Daarom is de mogelijkheid geopend bij wettelijk voorschrift van de hoofdregel af te wijken. Hierdoor kan via een AMvB worden geregeld dat de opbrengst van boeten in bepaalde gevallen toch aan het bestuursorgaan toekomt.

Artikel 5:10 lid 2 Awb bepaalt dat uit de oplegging van bestuurlijke sancties voortvloeiende geldschulden kunnen worden ingevorderd bij dwangbevel. Dit is in overeenstemming met het geldende recht. De invordering geschiedt dan overeenkomstig de regels van afdeling 4.4.4 Awb. Een en ander geldt niet slechts voor sancties die zelf een financieel karakter hebben, zoals de bestuurlijke boete en de dwangsom, maar ook voor de kosten van bestuursdwang (TK 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 93-94).

4.3.8 *Zwijgrecht en cautie*

geen plicht mee
te werken aan
eigen veroor-
deling

In artikel 5:10a Awb ligt het recht besloten dat iemand niet gedwongen kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Daarom bepaalt dit artikel dat degene die wordt verhoord met het

oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Dit is het zwijgrecht. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden. Dat is de cautie die gegeven moet worden. De cautie moet ook gegeven worden door een bezwaarschriftencommissie en de bestuursrechter tijdens de mondelinge behandeling van een bezwaar respectievelijk een beroep gericht tegen een opgelegde bestuurlijke boete (artikel 8:28a Awb).

verhoor? Er is sprake van een verhoor wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Of wanneer de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kon afleiden dat hem een bestraffende sanctie zal worden opgelegd (zie EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke), welk arrest later veelvuldig is aangehaald in de strafrechtelijke jurisprudentie, maar ook in bestuursrechtelijke. Zie bijvoorbeeld CBb 03-04-2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6621, geannoteerd in JB 2013/118).

mondeling of ook schriftelijk? De wetgever ging ervan uit dat een verhoor mondeling wordt afgenomen. Het CBb heeft echter aangenomen dat de cautie onder omstandigheden ook moet worden gegeven voorafgaand aan een schriftelijk verhoor (CBb 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463). Naar het oordeel van het CBb was van die omstandigheden sprake omdat er enerzijds een medewerkingsplicht geldt uit hoofde van artikel 5:20 Awb en anderzijds van de schriftelijke vordering op de 'verhoorde' een dermate grote druk uitging om schriftelijk een verklaring af te leggen, dat deze zich bevond in een situatie die materieel kon worden gelijkgesteld aan een verhoor gericht op het mondeling verkrijgen van informatie.

plicht meewerken aan eigen veroordeling Het zwijgrecht houdt niet in dat iemand helemaal niet gedwongen kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Het betreft dan het 'verstrekken' van materiaal dat onafhankelijk van zijn wil aanwezig is, dus documenten (uitgezonderd schriftelijke verklaring), lichaamsmateriaal, computergegevens et cetera. (EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders)).

De vraag die zich dan al snel opdringt is of informatie die moet worden verstrekt op grond van artikel 5:20 Awb (medewerkingsplicht) of bijvoorbeeld op grond van een vergunningvoorschrift later mag worden gebruikt om een bestuurlijke sanctie op te leggen. Het antwoord op die vraag is: ja, behalve als het én om een bestraffende sanctie gaat én het materiaal betreft dat afhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat. Het zwijgrecht zou immers anders illusoir worden en daarmee het recht om niet te hoeven meewerken aan je eigen veroordeling. Het in artikel 6 EVRM besloten liggende recht 'to remain silent' en 'not to incriminate oneself', - ook wel aangeduid als het 'nemo tenetur beginsel' - geldt alleen niet op het moment dat er geen verdenking van enig strafbaar feit (criminal charge) aan de orde is. Wanneer een vergunninghouder op grond van een vergunningvoorschrift verplicht is gegevens te verstrekken, dan moet hij die gegevens verstrekken. Dat op grond van die gegevens mogelijk een verdenking ter zake van enig strafbaar feit kan rijzen, doet daaraan niet af. Dat geldt ook voor de medewerking die moet worden verleend in de toezichtfase. Dat is slechts anders wanneer al een verdenking is gerezen.

In hoofdstuk 2 is besproken in hoeverre informatie die onrechtmatig is verkregen mag worden gebruikt als bewijs (bijvoorbeeld informatie verkregen uit een verhoor van een verdachte overtreder zonder dat de cautie is verleend). Hoofdstuk 6 (§ 6.4.2.3) behandelt de vraag wat het gevolg is indien de cautie ten onrechte niet wordt gegeven.

4.4 Heroverweging sanctie besluiten in bezwaar; ex nunc of ex tunc?

De hoofdregel in bezwaar is dat op grond van artikel 7:11, lid 1 Awb (mits het bezwaar ontvankelijk is) een heroverweging plaatsvindt van het bestreden besluit met inachtneming van alle feiten en omstandigheden die op het moment van het nemen van de beslissing op bezwaar aan de orde zijn (nieuwe wetgeving, beleid, gewijzigde feiten en/of omstandigheden); de toetsing ex nunc. Ex tunc toetsing houdt in dat de heroverweging plaatsvindt op grond van ten tijde van het nemen van het

primaire besluit geldende omstandigheden. Bij sanctiebesluiten wordt eerder ex tunc getoetst (ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3388, Gst. 2017/102).

AG P.J. Wattel is in zijn conclusie met betrekking tot invordering van dwangsommen en kostenverhaal van bestuursdwang van 4 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1152, r.o. 4.6) ook ingegaan op deze materie. Hij geeft aan dat de ex tunc toetsing van herstelsancties begrijpelijk is, omdat anders – als beëindiging van de overtreding vlak vóór de beslissing op bezwaar op grond van ex nunc toetsing zou moeten leiden tot herroeping van de last – de overtreder de overtreding zou kunnen voortzetten tot vlak voor het nemen van de beslissing op bezwaar.

Op grond van de recente jurisprudentie van de ABRvS lijkt van belang of de overtreding is beëindigd omdat de overtreder de overtreding heeft opgeheven (dan is ex tunc toetsing aan de orde: ABRvS 21 februari 2018 ECLI:NL:RVS:2018:610) of dat de overtreding is opgeheven omdat de overtreding is gelegaliseerd, omdat bijvoorbeeld alsnog een vergunning is verleend, of de wetgeving is veranderd in het voordeel van overtreder of er concreet zicht op legalisatie bestaat (dan is ex nunc toetsing aan de orde: ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:960).

Recent heeft de voorzitter van de ABRvS een conclusie gevraagd aan AG Widdershoven in de zaak (met zaaknummer: 201903064/1) over de import van hout uit de Braziliaanse Amazone. Natuurorganisatie Greenpeace had de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit gevraagd om op te treden tegen Nederlandse houtbedrijven die illegaal gekapt hout uit de Amazone importeren. De minister waarschuwde verschillende bedrijven, maar legde geen herstelsancties op. Greenpeace maakte daar bezwaar tegen. Ook in de beslissing op bezwaar weigerde de minister herstelsancties op te leggen. Volgens de minister hebben de bedrijven naderhand geen hout meer geïmporteerd of was de overtreding maar eenmalig, en was er geen reden om een sanctie op te leggen. Greenpeace is het daar niet mee eens.

Als iemand een bestuursorgaan vraagt om op te treden tegen een overtreding, dan moet het bestuursorgaan een beslissing nemen op dat verzoek. Het bestuursorgaan kan bij een overtreding besluiten op te treden door een herstelsanctie op te leggen, maar kan daar ook van afzien, bijvoorbeeld als er geen overtreding wordt geconstateerd. Tegen een weigering om handhavend op te treden kan de persoon die om handhaving heeft gevraagd, bezwaar maken. Het bestuursorgaan moet dan zijn eerdere weigering heroverwegen en de uitkomst neerleggen in een besluit op bezwaar. AG Widdershoven is gevraagd in zijn conclusie in te gaan op de heroverweging in bezwaar van een besluit waarbij is geweigerd een herstelsanctie op te leggen. Hoe moet die heroverweging plaatsvinden? Welke feiten en omstandigheden zijn daarbij wel en niet relevant? Maakt het uit dat het bestuursorgaan zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat er geen overtreding was? Maakt het uit dat de overtreding ondertussen is beëindigd? Maakt het nog uit of het om een éénmalige overtreding gaat, of om een overtreding die voortduurt of die kan worden herhaald?

5 Bestuursdwang en dwangsom

5.1 Herstelsancties

In de Awb zijn de herstelsancties last onder bestuursdwang en last onder dwangsom geregeld. Beide bestuurlijke sancties strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het weg nemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. De last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom zijn voor bezwaar en (hoger) beroep vatbare beschikkingen. In dit hoofdstuk worden deze herstelsancties uitgebreid toegelicht.

5.2 Last onder bestuursdwang

De last onder bestuursdwang is als volgt gedefinieerd in artikel 5:21 Awb:

‘de herstelsanctie, inhoudende

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

5.2.1 Bevoegdheid

duidelijkheid
over de te
treffen maatregelen

Op grond van het legaliteitsbeginsel (art. 5:4 Awb) moet de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen en daartoe te besluiten zijn toegekend bij of krachtens de wet, zoals in artikel 125 Gemeentewet. Pas wanneer die bevoegdheid is toegekend in een bijzondere wet, gelden de toepassingsvoorwaarden uit de Awb zoals die in dit hoofdstuk worden behandeld, te beginnen met de last onder bestuursdwang.

5.2.2 Inhoud bestuursdwangbeschikking

5.2.2.1 Omschrijven te nemen herstelmaatregelen; artikel 5:24 Awb

duidelijkheid
over de te
treffen maatregelen

De last moet op grond van het rechtszekerheidsbeginsel voldoende duidelijk maken wat voor maatregelen getroffen moeten worden, wat van de aangeschrevene wordt verwacht (ABRvS 5 juni 2009, AB 2009, 299).

Een voorbeeld. Een last waarin de termen ‘weg’, ‘perceel’ en ‘onze gronden’ door elkaar zijn gebruikt om het gebied te omschrijven waarvan zaken dienden te worden verwijderd, is niet voldoende duidelijk. Daarmee is onduidelijk waar precies welke maatregelen moesten worden getroffen. Dit gold temeer omdat de feitelijke situatie, de kadastrale informatie en de informatie uit de wegenlegger niet op elkaar aansloten (Rb. Almelo, 24 oktober 2012, JnB2012, 1345, ECLI:NL:RBAM:2012:BY3328).

Het is van belang om over de te treffen maatregelen geen misverstand te laten bestaan. Omdat de last ook kan strekken tot het gedeeltelijk ongedaan maken van de overtreding, hoeven de maatregelen niet altijd te leiden tot volledige beëindiging van de overtreding (ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:281).

Een alternatieve of subsidiaire last is echter niet toegestaan (ABRvS 7 juni 2001, AB 2001, 248).

geen alternatieve of subsidiaire last

maatregelen hoeven niet feitelijk uitgevoerd te kunnen worden

Bij een last onder bestuursdwang geldt niet het vereiste, dat de te treffen maatregelen ook uitgevoerd kunnen worden (in tegenstelling tot de last onder dwangsom), bijvoorbeeld omdat de overtreder het niet in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen (ABRvS 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3345). Ook wanneer de overtreder het niet in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen kan een last onder bestuursdwang worden opgelegd.

5.2.2.2 *Algemene vereisten sanctiebesluit; artikel 5:9 Awb*

Alle sanctiebesluiten, waaronder de last onder bestuursdwang, moeten aan de eisen van artikel 5:9 Awb voldoen. Zie daarvoor hoofdstuk 4.

5.2.2.3 *Begunstigingstermijn; artikel 5:24 lid 2 Awb*

In beginsel dient iedere last een begunstigingstermijn te bevatten, tenzij er geen tijd nodig is om een einde te maken aan de overtreding of om herhaling van een overtreding te voorkomen.

Volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS geldt bij het bepalen van de lengte van de begunstigingstermijn als uitgangspunt dat deze termijn niet wezenlijk langer mag zijn dan noodzakelijk is om de overtreding te kunnen opheffen (onder meer de uitspraak van 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3891). Een begunstigingstermijn mag ook niet korter worden gesteld dan noodzakelijk is om de overtreding te kunnen opheffen (ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2196). Is een begunstigingstermijn te kort en wordt bestuursdwang al toegepast zonder dat voldoende tijd is gegund om de overtreding op te heffen, dan kunnen de kosten gemoeid met het toepassen van bestuursdwang niet worden verhaald op de overtreder, spoedeisende gevallen uitgezonderd uiteraard (ABRvS 17 oktober 2018: ECLI:NL:RVS:2018:3345).

Bij het bepalen of verlengen van een geschikte begunstigingstermijn zijn verder de volgende aspecten relevant:

1. de begunstigingstermijn moet op het moment dat deze termijn wordt gesteld lang genoeg zijn om aan de overtreding een einde te kunnen maken. Deze mag niet afhangen van de lengte van een eventueel voortraject (ABRvS 17 september 2008, AB 2008, 319, ABRvS 6 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN9521). Dat een overtreder bijvoorbeeld op grond van eerder gegeven waarschuwingen of opgelegde lasten al geruime tijd weet dat hij de overtreding moet beëindigen (en op welke wijze), betekent niet dat hem daarom een korte(re) begunstigingstermijn mag worden opgelegd;
2. er moet rekening worden gehouden met de tijd die is gemoeid met bijvoorbeeld het bestellen van onderdelen of materialen om de overtreding ongedaan te kunnen maken;
3. een te lange begunstigingstermijn of een begunstigingstermijn voor onbepaalde tijd komt neer op gedogen;
4. het verlengen van een begunstigingstermijn is een voor bezwaar en (hoger) beroep vatbare beschikking;
5. bij uitzondering wordt in de jurisprudentie aangenomen dat het verlengen van een begunstigingstermijn voor onbepaalde tijd kan worden gelijkgesteld aan het intrekken van de last (ABRvS 5 februari 1996, AB 1996, 311);
6. een eenmaal verstreken begunstigingstermijn kan niet worden verlengd (ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1340);
7. wel kan de voorzieningenrechter door het treffen van een voorlopige voorziening met terugwerkende kracht ervoor zorgdragen dat de last niet hoeft te worden nagekomen in de periode tussen het verstrijken van de begunstigingstermijn en de uitspraak (ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3803);
8. de begunstigingstermijn hoeft niet zodanig lang te zijn dat het mogelijk is om binnen die termijn te komen tot legalisatie (ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7746);
9. de bestuursrechter mag ook zelfvoorzienend een begunstigingstermijn aanpassen (ABRvS 14 april 2010 ECLI:NL:RVS:2010:BM1763);
10. de lengte van het handhavingstraject zelf (hoe lang heeft het betreffende bestuursorgaan erover gedaan om tot handhaving over te gaan) kan ook een rol spelen bij de lengte van de begunstigingstermijn (ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1938).

Een begunstigingstermijn hoeft niet te worden gegeven wanneer de vereiste spoed zich daartegen verzet (zie § 5.2.4).

5.2.2.4 *Aanzegging kostenverhaal; artikel 5:25 lid 2 Awb*

geen kosten-
verhaal zonder
aanzegging

Om de mogelijkheid van kostenverhaal veilig te stellen, dient een bestuursdwangbeschikking de aanzegging te bevatten dat de kosten voor rekening van de overtreder zijn. Kostenverhaal is uitgesloten wanneer de bestuursdwangbeschikking die aanzegging niet bevat. Kostenverhaal kan niet bij een nadere beschikking alsnog worden aangezegd.

De kosten van de toepassing van bestuursdwang kunnen alleen op de overtreder worden verhaald. In de last onder bestuursdwang dienen daarom alle (mogelijke) overtreders zekerheidshalve als zodanig te worden aangemerkt en benoemd. Wanneer in de last onder bestuursdwang alleen A wordt genoemd als overtreder tezamen met de aanzegging dat de kosten op de overtreder worden verhaald, dan kunnen de kosten met een kostenverhaalsbeschikking niet worden verhaald op B, ook niet wanneer B wel was genoemd in de last onder bestuursdwang maar niet als overtreder is aangemerkt (ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907). Dat is niet anders ingeval van spoedeisende bestuursdwang en de (niet als zodanig benoemde) overtreders toch niet de mogelijkheid hadden om de uitvoering van bestuursdwang te voorkomen.

De kosten die voor verhaal in aanmerking komen worden besproken in hoofdstuk 7, alsook de bijzondere omstandigheden waaronder van kostenverhaal kan worden afgezien, zoals besproken in de conclusie van staatsraad Advocaat-Generaal Wattel (ECLI:NL:RVS:2018:1152).

5.2.3 *Bekendmaking; artikel 5:24 lid 3 Awb*

aanvullende
bekendmakings-
eisen

Een besluit treedt niet in werking voordat het is bekendgemaakt (artikel 3:40 Awb). In aanvulling op de bekendmakingsregels als bedoeld in artikel 3:41 Awb dient de bestuursdwangbeschikking bekend te worden gemaakt aan de overtreder, de rechthebbende op het gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang wordt toegepast (huurders, verhuurders, (erf)pachters, vruchtgebruikers et cetera, maar bijvoorbeeld niet aandeelhouders (ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1184) en aan de aanvrager. Dit heeft praktisch gezien voordelen. Indien bijvoorbeeld de rechthebbende mee zal moeten werken met de overtreder om de overtreding ongedaan te maken, zoals het geven van toestemming als eigenaar, dan is hij in ieder geval op hetzelfde moment als de overtreder op de hoogte van de last onder bestuursdwang. Het verdient aanbeveling om in een last onder bestuursdwang direct de rechthebbende aan te schrijven en te verzoeken medewerking aan de uitvoering te verlenen.

onvolledige
bekendmaking

Bekendmaking aan slechts één van de drie partijen genoemd in artikel 5:25 lid 3 Awb doet het besluit wel in werking treden (ABRvS 13 augustus 2008, AB 2008, 370).

bekendmaking
aan gemachtigde

Het verzenden van de definitieve bestuursdwangbeschikking kan het beste aangetekend worden gedaan, hoewel dat geen wettelijke verplichting is. Het afhalen van het besluit valt onder de verantwoordelijkheid van de ontvanger. Daarmee wordt een discussie voorkomen over de ontvangst van de bestuursdwangbeschikking en of de begunstigingstermijn is gaan lopen. Daarbij dient de gemeente bedacht te zijn op de aanwezigheid van een gemachtigde als bedoeld in artikel 2:1 Awb. Wanneer de gemachtigde zich bekend heeft gemaakt aan de gemeente, doordat hij bijvoorbeeld zienswijzen als bedoeld in artikel 4:8 Awb heeft ingediend namens de overtreder, dan dient de bekendmaking in ieder geval aan die gemachtigde plaats te vinden. Gebeurt dit niet, dan kan discussie ontstaan over het in werking treden van de bestuursdwangbeschikking en dus ook over de vraag of de begunstigingstermijn is gaan lopen (ABRvS 23 mei 2001, JB 2001, 197).

Een bestuursrechter kan ook zelfvoorzienend een last onder bestuursdwang opleggen (ABRvS 26 november 2008, AB 2009, 10). Dit zal niet snel gebeuren gelet op de discretionaire bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen.

5.2.4 *Spoed en superspoedeisende toepassing bestuursdwang; artikel 5:31 Awb*

spoed: wel
een beschik-
king, geen
begunstigings-
termijn

Een begunstigingstermijn hoeft niet te worden gegeven wanneer de vereiste spoed zich daartegen verzet. Dan wordt wel voorafgaand aan de feitelijke toepassing van bestuursdwang een beschikking genomen, maar zonder daarin een begunstigingstermijn op te nemen. Vanzelfsprekend is dit alleen

gerechtvaardigd indien de noodzaak direct op te treden wordt veroorzaakt door de illegale situatie zelf en niet door de omstandigheid dat het gemeentebestuur lange tijd heeft gewacht met het nemen van noodzakelijke besluiten.

(heel) korte
begunstigings-
termijn

Per geval moet worden beoordeeld of in dat specifieke geval optreden zo spoedeisend was dat geen reguliere last onder bestuursdwang kan worden opgelegd. Overwogen moet worden of niet toch een besluit tot toepassing van bestuursdwang kan worden genomen. Bijvoorbeeld een besluit met een heel korte begunstigingstermijn, waarbij tevens een last onder dwangsom kan worden opgelegd die een effectieve financiële prikkel is om – na beëindiging van de overtreding – de overtreding beëindigd te houden.

Wanneer er sprake is van enig voortraject en overleg met de overtreder, zal minder snel sprake zijn van die mate van spoedeisendheid dat zonder meer bestuursdwang kan worden toegepast. Het ligt dan voor de hand een reguliere last onder bestuursdwang op te leggen en/of nader contact met de overtreder te zoeken om hem in de gelegenheid te stellen zelf onmiddellijk maatregelen te nemen en de overtreding te staken.

Volgens de ABRvS is er geen sprake van spoedeisendheid enkel en alleen vanwege de ervaring dat de betreffende overtreder burgerlijk ongehoorzaam is en het gemeentebestuur er daarom niet op vertrouwt dat hij aan een last zal voldoen (ABRvS 11 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5497). Indien de situatie zodanig spoedeisend is dat geen besluit kan worden genomen, dan kan onmiddellijk bestuursdwang worden toegepast.

superspoed:
geen beschik-
king, geen
begunstigings-
termijn

Als voorbeeld kan worden genoemd het nemen van beredderingsmaatregelen door een waterschap wanneer bij het blussen van een brand verontreinigd bluswater (afvalstoffen) in watergangen is gestroomd of dreigt te stromen, zonder een vergunning en dus in strijd met de Waterwet.

In die gevallen dient achteraf de bestuursdwangbeschikking zo spoedig mogelijk op schrift te worden gesteld. Zoals de ABRvS eerder heeft overwogen in de uitspraak van 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2538, vormt de enkele omstandigheid dat het op schrift stellen en bekendmaken van de beslissing tot toepassing van bestuursdwang niet zo spoedig mogelijk heeft plaatsgevonden wel een schending van genoemde bepaling, maar betekent dit op zichzelf nog niet dat daardoor de beslissing tot toepassing van bestuursdwang alsnog onrechtmatig wordt. Zo is een periode van vijf weken tussen het toepassen van bestuursdwang en het op schrift stellen van de last onder bestuursdwang niet zonder meer te lang (ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2562). Of die termijn te lang is wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de geadresseerde van de last daardoor in een nadeliger positie is gekomen dan wanneer het besluit wel tijdig op schrift zou zijn gesteld en aan haar bekendgemaakt. In de uitspraak van de ABRvS van 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3034, heeft de ABRvS een periode van zo'n drie maanden te lang geacht. Een periode is te lang wanneer aan de geadresseerde van de last de reële mogelijkheid is ontnomen om aannemelijk te maken dat het bestuursorgaan hem ten onrechte als overtreder heeft aangemerkt.

bekendmaking
beschikking
achteraf

In spoedeisende gevallen moet er geen tijd meer zijn om de overtreder de gelegenheid te bieden de overtreding te beëindigen en kan dus geen begunstigingstermijn worden gegeven (ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3299).

Zo oordeelde de ABRvS bijvoorbeeld in een situatie na een asbestbrand, dat ten onrechte spoedeisende bestuursdwang is toegepast omdat de eigenaren nog de gelegenheid hadden gekregen zelf maatregelen te treffen. Tevens liet de uiteindelijke feitelijke toepassing bestuursdwang ook nog enkele dagen op zich wachten (ABRvS 31 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1700).

Andere voorbeelden betreffen het op het verkeerde moment aanbieden van huisvuil, acuut gevaar voor het milieu, brandgevaar wegens het illegaal aftappen van elektriciteit, bouwvallige staat van een bouwwerk (ABRvS 6 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1855), het in beslag nemen van een gevaarlijke hond, brandgevaar wegens een vervuilde en overvolle woning (ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1488).

Bij het plaatsen van vuilniszakken buiten de daarvoor aangegeven tijdstippen wordt aangenomen dat – in verband met de daardoor mogelijke overlast door ongedierte of stank in de omgeving – toepassing van spoedeisende bestuursdwang gerechtvaardigd is.

Ook het stallen van fietsen buiten de daartoe bestemde plaatsen, vooral bij NS-stations, wordt vaak met spoedeisende toepassing bestuursdwang bestreden, mits deze fietsen gevaarlijk of hinderlijk zijn geparkeerd (zie de noot onder ABRvS 12 mei 2010, AB 2010, 270). Veel gemeenten hanteren een label of ander formulier, dat door daartoe gemandateerde toezichthouders of anderszins bevoegde ambtenaren aan de fiets wordt bevestigd (het bestuursdwangbesluit) en op die wijze bekend wordt gemaakt. Op dit label of formulier wordt een korte begunstigingstermijn genoemd (vaak een uur) om de fiets te verwijderen. Wordt deze niet tijdig verwijderd dan kan de fiets naar een gemeente-depot worden overgebracht, waar de fiets tegen betaling van de kosten van bestuursdwang kan worden opgehaald. Bij het ophalen van de fiets wordt dan alsnog een schriftelijk bestuursdwangbesluit uitgereikt, waartegen eventueel bezwaar kan worden gemaakt en waarin de kostenaanzegging wordt vermeld.

5.2.5. *Kostenverhaal bij (super)spoedeisende bestuursdwang*

Kostenverhaal na toepassen bestuursdwang wordt nog uitgebreid behandeld in hoofdstuk 7, maar in deze paragraaf wordt alvast meegegeven dat er bij de uitvoering van spoedeisende bestuursdwang minder strenge eisen gelden voor de door het betreffende bestuursorgaan te maken kosten. Omdat in deze situaties de tijd ontbreekt, is het niet mogelijk om bijvoorbeeld diverse offertes op te vragen of op andere wijze te onderzoeken of tegen de laagst mogelijke kosten bestuursdwang kan worden toegepast (ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:905). Onvoorziene meerkosten bij het toepassen van bestuursdwang kunnen ook worden verhaald op de overtreder (ABRvS 11 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1198).

5.3 Toepassen bestuursdwang

Binnen de door het bestuursorgaan vastgelegde begunstigingstermijn moet de last geheel zijn uitgevoerd. Is de overtreder passief gebleven, dan zal in beginsel moeten worden overgegaan tot toepassing van bestuursdwang. In de praktijk ziet men vaak dat het gemeentebestuur de overtreder na het verstrijken van een begunstigingstermijn informeel nog wat meer tijd gunt. Dat is in de regel het gevolg van het feit dat het toepassen van bestuursdwang enige voorbereiding vergt, waarbij tevens overleg wordt gevoerd met de overtreder. In de praktijk leidt dat overleg er soms toe dat uiteindelijk de overtreder de overtreding beëindigt en toepassen van bestuursdwang niet meer nodig is. Een andere reden om niet meteen feitelijk bestuursdwang toe te passen is een ingediend bezwaarschrift. Uit vrees bestuursdwang toe te passen op grond van een eventueel onrechtmatige last, wacht het gemeentebestuur liever tot het moment waarop de bestuursdwangbeschikking onherroepelijk is geworden. Dat is begrijpelijk, maar dit is wel een vorm van gedogen. Wanneer een verzoek wordt ingediend door een belanghebbende om bestuursdwang toe te passen, zal het gemeentebestuur er niet aan ontkomen daartoe over te gaan, tenzij er reden is dat verzoek af te wijzen. Het gemeentebestuur zou ook moeten overgaan tot toepassen van bestuursdwang wanneer de overtreding ongedaan moet worden gemaakt en langer uitstel de situatie verergert.

Bij de toetsing van een besluit om tot bestuursdwang over te gaan, is de vraag of de bestuursdwang feitelijk correct is uitgevoerd niet aan de orde. Ter beoordeling staat alleen of het college rechtmatig tot dat besluit is overgegaan. De tenuitvoerlegging is feitelijk handelen en kan niet worden aange-merkt als besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb (ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1488).

5.3.1 *Accessoire bevoegdheden*

Om bestuursdwang toe te passen beschikt het bestuursorgaan over verschillende 'accessoire bevoegdheden'. Deze worden hierna uitgewerkt.

Zie Mr. L.A. Hoegee-Kjellebold: 'Juridische kwalificatie van de last onder bestuursdwang en de uitoefening van accessoire bevoegdheden', in PB 2012, 7, p. 9 e.v.

5.3.1.1 *Betreden plaatsen; artikel 5:27 Awb*

plaaastrook

Om bestuursdwang te kunnen toepassen moet het mogelijk zijn om plaatsen te betreden. Die bevoegdheid geeft artikel 5:27 Awb. De daartoe aangewezen personen hebben toegang tot plaatsen die bij de overtreding betrokken zijn. Voor zover een plaats een woning is, dient toestemming te worden verkregen van de bewoner of dient een machtiging aanwezig te zijn. Plaatsen die niet bij de overtreding betrokken zijn, maar wel betreden moeten worden (zogenaamde 'plaaastrook'), mogen worden betreden mits dit tenminste 48 uur van tevoren is aangezegd.

Omdat het bij de toepassing van bestuursdwang gaat om het uitvoeren van een bestuursrechtelijke sanctie zonder de bedoeling om strafbare feiten op te sporen, wordt een machtiging in de regel afgegeven door de burgemeester, zie artikel 2 en 3 Algemene wet op het binnentreden. Daarnaast bepaalt artikel 5:27 Awb dat de machtiging ook mag worden afgegeven door het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het toepassen van bestuursdwang.

Een machtiging is niet nodig indien ter voorkoming of bestrijding van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van personen of goederen terstond in de woning moet worden binnengetreden op grond van artikel 2 lid 3 van de Algemene wet op het binnentreden. Let op: vóóordat worden binnengetreden zonder machtiging moet al duidelijk zijn dat sprake is van ernstig en onmiddellijk gevaar.

Model machtiging tot binnentreden bij toepassing bestuursdwang:

Het college van de gemeente/de Burgemeester van de gemeente ... (naam gemeente);

Gelet op artikel 125 van de Gemeentewet, artikel 5:27 van de Algemene wet bestuursrecht en de artikelen 2 en 3 van de Algemene wet op het binnentreden

Geeft machtiging aan: ... (naam, voorletters, functie)

Om ter uitvoering van het besluit tot toepassing van bestuursdwang van ... (datum besluit) ter beëindiging van de overtreding van ... (aanduiding regelgeving)

zonder toestemming van de bewoner binnen te treden

in de woning ... (straat, huisnummer) te ... (naam gemeente);

bepaalt voorts dat bij afwezigheid van de bewoner(s) in genoemde woning kan worden binnengetreden en degene die bevoegd is zonder toestemming binnen te treden zich door anderen kan laten vergezellen, voor zover dit voor het doel van binnentreden redelijkerwijs noodzakelijk is.

Deze machtiging is van kracht op de dag waarop zij is gegeven tot en met de derde dag na afgifte.

Afgegeven te ... (naam gemeente) op ... (datum)

Het college voornoemd,

Wanneer zonder toereikende machtiging wordt binnengetreden en er was geen sprake van ernstig en onmiddellijk gevaar als bedoeld in artikel 2 lid 3 van de Algemene wet op het binnentreden, dan mag bestuursdwang wel worden toegepast en mag de informatie verkregen door het binnentreden gebruikt worden, maar in de regel mogen de kosten gemoeid met die toepassing niet worden verhaald (ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:992). Enkel het ontbreken van een verslag van het binnentreden is onvoldoende om niet tot kostenverhaal te mogen overgaan (ABRvS 28 januari 2015, AB 2015,112).

Een machtiging tot binnentreden voor het toepassen van bestuursdwang moet worden onderscheiden van een machtiging die vereist is aan (in de regel daaraan voorafgaande) binnentreden als

toezichthandeling. Voor zowel het binnentreden om toezicht uit te oefenen als het binnentreden om bestuursdwang toe te passen zijn twee afzonderlijke machtigingen vereist. Wanneer tijdens het toezichthouden een situatie van ernstig en onmiddellijk gevaar wordt aangetroffen, dan is een aparte machtiging mogelijk niet noodzakelijk op grond van artikel 2 lid 3 van de Algemene wet op het binnentreden.

Het gevolg van het ontbreken van een (deugdelijke) machtiging voor het binnentreden in het kader van het uitoefenen van toezicht wordt besproken in hoofdstuk 2. In dat kader speelt het leerstuk van (mogelijke) 'bewijsuitsluiting'.

5.3.1.2 Verzegeling; artikel 5:28 Awb

Tevens kunnen gebouwen, terreinen en wat zich daarin of daarop bevindt op grond van artikel 5:28 Awb worden verzegeld. Dit dient om eventuele herhaling van de overtreding te voorkomen.

verbreken zegel
is strafbaar

Bij verzegeling moet een duidelijk zegel met een aankondiging worden aangebracht. De aankondiging moet voor iedereen leesbaar kunnen zijn. Het opzettelijk verbreken van een zegel wordt aangemerkt als een strafbaar feit (artikel 199 Sr). Het is dan ook aan te bevelen op de aankondiging (in de praktijk vaak een aanplakbiljet op de deur van het gesloten pand) te vermelden dat verbreking van het zegel strafbaar is. Door middel van verzegeling worden bijvoorbeeld supermarkten 'gesloten' die in strijd met de Winkeltijdenwet geopend zijn.

Het doel van verzegelen mag enkel zijn dat verder 'illegaal' gebruik wordt tegengegaan. Verzegeling met als doel dat een installatie elders wordt gebruikt is in strijd geacht met artikel 5:28 Awb (Vzr. Rechtbank Oost-Brabant, 30 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:472).

5.3.1.3 Meevoeren, opslaan en verkoop; artikel 5:29 Awb

Daarnaast kunnen daarvoor vatbare zaken door het bestuursorgaan worden meegevoerd en opgeslagen op grond van artikel 5:29 Awb. Dit mag alleen voor zover de toepassing van bestuursdwang dit vereist. Als een overtreding bestaat uit het illegale gebruik van een pand ten behoeve van stalling of opslag van goederen, dan zal de beëindiging van de overtreding alleen worden bereikt door het daadwerkelijk afvoeren van die goederen. Ook als het gaat om de afbraak van een bouwwerk dat illegaal is gebouwd, kan het nodig zijn de materialen die vrijkomen bij sloop af te voeren.

proces verbaal
van meevoeren

Van het meevoeren van de goederen moet proces-verbaal worden opgemaakt. Het is toegestaan een dergelijk proces-verbaal door een ander dan door een gemeenteambtenaar te laten opmaken, bijvoorbeeld de beheerder van een gemeentelijk fietsendepot (ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:395). De Awb eist namelijk niet een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal. In het kader van eventuele bewijsvoering kan het nuttig zijn om wel een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal voorhanden te hebben. Eventueel kan het proces-verbaal door een opsporingsambtenaar worden opgemaakt om de bewijskracht in een eventuele gerechtelijke procedure te versterken.

beheerder

Een afschrift wordt verstrekt aan degene die de zaken onder zijn beheer had. Degene die de zaken in zijn macht had op het moment van uitoefening van bestuursdwang kan worden beschouwd als degene die de zaken onder zijn beheer had. In de meeste gevallen zal deze beheerder ook de rechthebbende op de zaken zijn, maar het is goed mogelijk dat dit niet het geval is. Artikel 5:29 lid 2 Awb noemt daarom met opzet de 'beheerder', zodat de gemeente geen onderzoek hoeft te doen naar de eigendomsverhoudingen.

omvang
bewaring

De gemeente draagt zorg voor de bewaring van de opgeslagen zaken. Dit impliceert ook redelijke maatregelen tot instandhouding ervan. In het algemeen zal de zorg (moeten) bestaan uit het beschermen van de meegevoerde zaken tegen weersinvloeden, ongedierte en andere oorzaken van beschadiging en eventueel het afsluiten van een adequate verzekering tegen verlies en diefstal. Het spreekt voor zich dat hiermee vaak aanzienlijke kosten zijn gemoeid. Hiervan is het maar de vraag of deze kunnen worden verhaald op de overtreder. Deze aspecten dienen te worden betrokken bij de voorbereiding van de toepassing van bestuursdwang. Aangezien enkel op de overtreder

kostenverhaal kan plaatsvinden, is het verstandig om op voorhand bij het formuleren van de last vast te stellen wie de overtreder is.

Indien de opgeslagen zaken geen eigendom zijn van de overtreder, dan kunnen de zaken na betaling van de kosten van bewaring aan de eigenaar worden afgegeven. Artikel 5:29 lid 4 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan bevoegd is de afgifte op te schorten totdat de kosten op grond van artikel 5:25 Awb (de kosten van bestuursdwang) zijn voldaan.

retentierecht

Indien de zaken niet binnen dertien weken na de meevoering kunnen worden teruggegeven, is het bestuursorgaan bevoegd deze te verkopen, of indien verkoop niet mogelijk is te vernietigen (een vorm van parate executie). Het maakt daarbij geen verschil of de rechthebbende wel of niet bekend is (ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3110).

parate executie

Indien de kosten van de toepassing van bestuursdwang (waaronder opslag) onevenredig hoog zijn in verhouding tot de waarde van de meegevoerde of opgeslagen zaken, dan kan dit recht van parate executie op grond van artikel 5:30 lid 2 Awb in een eerder stadium ontstaan. De opslagtermijn van dertien weken wordt dan niet redelijk geacht. Er geldt in dit geval wel een wachttijd van twee weken. Deze wachttijd vangt aan op het moment dat het proces-verbaal van meevoeren is uitgereikt aan degene die de zaken onder zijn beheer had. Wanneer de zaken worden verkocht, dan dient de gemeente zich te realiseren dat de eigenaar gedurende drie jaar een recht heeft op het eventuele positieve saldo van de opbrengst, na aftrek van de kosten van bestuursdwang dan wel de opslagkosten. De kosten van vernietiging en bewaring zijn kosten die verhaald kunnen worden als kosten gemoeid met toepassen van bestuursdwang (ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:202).

wachttijd

eigenaar behoudt recht op opbrengst

De rechthebbende kan ook afstand doen van de zaak, waarna het bestuursorgaan over kan gaan tot verkoop. Van belang is dat de rechthebbende dit uit vrije wil en ondubbelzinnig verklaart, wat inhoudt dat het de rechthebbende voldoende duidelijk moet zijn wat het betekent om afstand van zijn recht op zijn eigendom te doen (CBB 16 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:458).

5.3.2 Feitelijk handelen

Het toepassen van bestuursdwang is feitelijk handelen. Dat betekent dat eventuele schade ontstaan als gevolg van het toepassen van bestuursdwang op grond van een onrechtmatigedadeactie via de burgerlijke rechter op de gemeente kan worden verhaald (ABRvS 20 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE8875). Zoals uit het volgende voorbeeld blijkt, is dat niet altijd het geval.

schade als gevolg van toepassen bestuursdwang

Wat betreft de wijze waarop bestuursdwang is toegepast, merkt de rechtbank Utrecht in zijn uitspraak van 24 oktober 2012 (ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2210) op dat dit feitelijk handelen betreft dat in beginsel is onderworpen aan het oordeel van de burgerlijke rechter. Soms kan de beslissing tot toepassing van spoedeisende bestuursdwang echter samenvallen met de beslissing over de in concreto te nemen maatregelen. De maatregelen maken deel uit van die beslissing zodat de bestuursrechter daarover kan oordelen. Uit het schriftelijk verslag omtrent het binnentreden blijkt dat twee toezichthoudende ambtenaren van verweerder contact hebben gezocht met een aannemersbedrijf om te assisteren bij het dichtzetten en verzegelen van de panden. Daarna zijn zij naar de panden gegaan. Nadat zij kort twee in de panden aanwezige personen hebben ingelicht over het doel van hun komst, zijn de ter plaatse aangekomen toezichthouders onmiddellijk begonnen met het verzegelen van twee deuren aan de achterzijde van het pand. Het ingeschakelde aannemersbedrijf is begonnen met het met plaatmateriaal dichtzetten van twee andere deuren aan de voorzijde van het pand. Tijdens deze activiteiten waren er in de panden twee van niets wetende personen aanwezig. Zij hebben dit optreden begrijpelijk als behoorlijk intimiderend ervaren. De nadelige gevolgen van deze wijze van uitoefening van bestuursdwang voor de aanwezige 'bewoners' acht de rechtbank onevenredig tot het te dienen doel van handhaving van de voorschriften van het bestemmingsplan en strijdig met artikel 3:4 van de Awb. Daarbij is van belang dat het gaat om bewoning van de panden door Stumass-studenten en niet door krakers. Het betreft verder een pand met een woonbestemming, waarvan verweerder op de hoogte was. Tevens heeft verweerder zelf aangegeven dat debat mogelijk is over de vraag of deze woonvorm in overeenstemming is met de vigerende voorschriften. Voorts is de impact van de overtreding voor de omgeving niet van dien aard dat niet kon worden volstaan met handhaving conform de reguliere procedure. Om die reden is de wijze waarop feitelijk bestuursdwang is toegepast onrechtmatig.

5.4 Toepassingsbeschikking

5.4.1 Op verzoek of ambtshalve?

Op grond van artikel 5:31a Awb kan de aanvrager van de last onder bestuursdwang of een andere belanghebbende die door de overtreding wordt benadeeld het gemeentebestuur na afloop van de begunstigingstermijn verzoeken bestuursdwang toe te passen (artikel 5:31a lid 2 Awb). Dit kan ook wanneer de last onder bestuursdwang (nog) niet onherroepelijk is. Deze mogelijkheid is met de vierde tranche geïntroduceerd om de positie van de verzoeker om handhaving te versterken. Dat was nodig omdat het in de praktijk vaak voorkwam (en voorkomt) dat een bestuursorgaan weliswaar in reactie op een handavingsverzoek een last onder bestuursdwang oplegt, maar uiteindelijk weigert daadwerkelijk bestuursdwang toe te passen.

beslistermijn

Op een verzoek tot toepassen bestuursdwang moet binnen vier weken worden beslist (artikel 5:31a lid 3 Awb). Die beslissing is een beschikking.

toepassen bestuursdwang is uitgangspunt

Vooropgesteld moet worden dat wanneer een bestuursdwangbeschikking is genomen, er na het verstrijken van de begunstigingstermijn bestuursdwang wordt toegepast. Er zal in de regel dus weinig speelruimte zijn om een verzoek om bestuursdwang toe te passen niet in te willigen.

weigeringsgronden toepassingsbeschikking

Dat kan anders zijn in de volgende gevallen:

1. wanneer de begunstigingstermijn nog niet is verstreken;
2. wanneer de last inmiddels is ingetrokken;
3. wanneer de overtreding inmiddels is opgeheven;
4. omdat het verzoek wordt gedaan door de geadresseerde(n) of een belanghebbende die een parallel belang heeft aan de geadresseerde(n) van de last;
5. omdat de last bij wijze van voorlopige voorziening is geschorst;
6. wanneer de last is vernietigd door de bestuursrechter;
7. als er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat bestuursdwang niet hoeft te worden toegepast (daarvan is geen sprake enkel omdat de last onder bestuursdwang nog niet onherroepelijk is);
8. omdat er meer tijd gegund wordt, maar dan moet tegelijkertijd een beschikking worden genomen waarbij de begunstigingstermijn wordt verlengd;
9. 'voorlopig weigeren' omdat een (proef)procedure wordt afgewacht (NnavV, TK 2005-2006, 29 702, nr. 7, p. 43-44).

5.4.2 Verval toepassingsbeschikking

Wanneer er van toepassen van bestuursdwang geen sprake kan zijn, omdat de last onder bestuursdwang niet langer geldt omdat deze is ingetrokken of vernietigd, bepaalt artikel 5:31b Awb dat de (positieve en negatieve) toepassingsbeschikking van rechtswege vervalt.

5.4.3 Geconcentreerde rechtsbescherming last en toepassingsbeschikking

Dat geldt ook voor de rechtsbescherming tegen de last onder bestuursdwang en de toepassingsbeschikking. Bezwaar en (hoger) beroep gericht tegen de last onder bestuursdwang omvat daarom van rechtswege de toepassingsbeschikking (artikel 5:31c Awb). Dat betekent dat de overtreder de voorzieningenrechter kan verzoeken de toepassingsbeschikking te schorsen indien bezwaar is gemaakt tegen de last onder bestuursdwang.

5.5 Last onder Dwangsom

De last onder dwangsom is als volgt gedefinieerd in artikel 5:31d Awb:

'de herstelsanctie, inhoudende

- a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en
- b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd'.

5.5.1 Bevoegdheid

5.5.1.1 Afgeleide bevoegdheid

In artikel 5:32 Awb is aangegeven dat een bestuursorgaan dat bij bijzondere wet de bevoegdheid heeft gekregen om bestuursdwang toe te passen in plaats daarvan ook een last onder dwangsom kan opleggen. Daarmee is de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen afgeleid van de bevoegdheid om een last onder bestuursdwang op te leggen.

De vraag welke herstelsanctie het meest geschikt is om aan de geconstateerde overtreding een einde te maken, zal steeds beantwoord moeten worden aan de hand van de feiten, de omstandigheden en de belangen die aan de orde zijn. De wet laat zich hier niet over uit. Artikel 5:32 lid 2 Awb bepaalt slechts dat voor een last onder dwangsom niet wordt gekozen indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen zich daartegen verzet.

geen last onder dwangsom in acute bedreigende situaties

last onder dwangsom indien bestuursdwang niet uitvoerbaar is

Een dwangsom zal niet het juiste middel zijn als sprake is van een levensbedreigende of risicovolle situatie. In een café waarvan de brandveiligheid niet in orde is, is het onmiddellijk (of binnen zeer korte termijn) treffen van maatregelen vereist. Bestuursdwang (al dan niet spoedeisend) is dan een veel effectiever instrument, mits bestuursdwang een uitvoerbaar alternatief is. Denk aan kennis over technische processen die aanwezig is bij de overtreder en niet bij de gemeente. De last onder dwangsom is juist een goed middel als er gevaar bestaat voor herhaling van een overtreding of wanneer bestuursdwang niet uitvoerbaar is, bijvoorbeeld wegens gebrek aan kennis en kunde (ABRvS 5 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4622).

Het gemeentebestuur hoeft in beginsel niet apart te motiveren waarom het in een bepaald geval voor een last onder dwangsom kiest en niet voor een last onder bestuursdwang (ABRvS 11 augustus 2004, AB 2004, 444). Uiteraard kan niet voor een last onder dwangsom worden gekozen wanneer sprake is van een situatie waarbij direct optreden mogelijk en geboden is, zoals bij ernstige milieuschade of andere overlast.

5.5.1.2 Voorwaardelijke betalingsverplichting

Het opleggen van een dwangsom is een middel om de overtreder te bewegen de overtreding te beëindigen, bij gebreke waarvan hij een dwangsom verbeurt. Daarom heeft de last onder dwangsom een voorwaardelijk karakter. Verbeurte kan worden voorkomen door de overtreding op te heffen of herhaling te voorkomen. De last onder dwangsom is daarmee een pressiemiddel, maar net als bestuursdwang gericht op herstel.

5.5.2 Inhoud dwangsombeschikking

5.5.2.1 Omschrijven te nemen herstelmaatregelen; artikel 5:32a Awb

De last onder dwangsom dient, net als de last onder bestuursdwang, voldoende duidelijk te maken wat voor maatregelen getroffen moeten worden. Wanneer niet duidelijk is wanneer aan de last onder dwangsom is voldaan, is evenmin duidelijk vast te stellen wanneer daaraan niet is voldaan. Dit kan weer gevolgen hebben voor de mogelijkheid om vast te stellen of dwangsommen zijn verbeurd en ingevorderd kunnen worden.

last moet uitvoerbaar zijn

De last onder dwangsom kan niet mondeling worden aangezegd (anders dan de last onder bestuursdwang). Een mondelinge last onder dwangsom is dan ook geen beschikking in de zin van artikel 1:3 Awb (ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3698).

De last onder dwangsom moet in tegenstelling tot de last onder bestuursdwang wel kunnen worden nagekomen. Hier geldt met name dat de overtreder het in zijn macht moet hebben om de overtreding te beëindigen (ABRvS 22 mei 2002, Gst. 7184, 72 en ABRvS 13 augustus 2008, AB 2008, 370). Het is aan het gemeentebestuur om aannemelijk te maken dat dit het geval is (ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4520).

Let op: om vast te stellen wie overtreder is geldt niet het criterium of deze (rechts)persoon het in zijn of haar macht heeft om de overtreding te beëindigen. Om de overtreder te identificeren dient allereerst bepaald te worden wie de overtreding heeft begaan. Pas wanneer de overtreder bekend is, is de vervolgvraag of deze het in zijn of haar macht heeft om de overtreding ongedaan te maken en of het derhalve mogelijk is om een last onder dwangsom op te leggen (ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2804). Op een perceel zijn een uitlopbak en langeercirkel met bijbehorende omheiningen en lichtmasten aanwezig. Volgens het college is deze situatie onder andere in strijd met het bestemmingsplan. Het college legt een last onder dwangsom op aan de vennootschap die eigenaar van de percelen is omdat deze vennootschap het in haar macht heeft om de overtreding ongedaan te maken. De vennootschap betoogt met succes dat zij niet de overtreder is, omdat zij de paardenbakken en bijbehorende voorzieningen niet heeft gebouwd. De ABRvS oordeelt dat op grond van artikel 5:1 lid 2 Awb de vennootschap alleen als overtreder kan worden aangemerkt als zij een overtreding heeft gepleegd of medegepleegd. Voor de vraag of de vennootschap overtreder is van de verboden handeling is niet van belang of zij het 'in haar macht heeft' de overtreding te beëindigen. Ook als zij dat in haar macht heeft, betekent dat immers nog niet dat zij de overtreding heeft gepleegd of medegepleegd en pas dan is sprake van een overtreder.

last onder
dwangsom
moet overtreder
noemen

Onder verbeurte van een dwangsom kan de overtreder niet zonder meer ontkomen door een illegaal opgericht bouwwerk te verkopen. De omstandigheid dat de overtreder geen eigenaar meer is, is een omstandigheid die door de overtreder zelf in het leven is geroepen (ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2080).

De last onder dwangsom moet vermelden wie de overtreder is, in tegenstelling tot de last onder bestuursdwang waarin het niet vereist is om direct al de overtreder te noemen. Anders dan bij de last onder bestuursdwang is wel alleen de overtreder belanghebbende bij de last onder dwangsom (eventuele verzoekers om handhaving uiteraard ook).

5.5.2.2 *Algemene vereisten sanctiebesluit; artikel 5:9 Awb*

Alle sanctiebesluiten, waaronder de last onder bestuursdwang, moeten aan de eisen van artikel 5:9 Awb voldoen. Zie hiervoor hoofdstuk 4.

5.5.2.3 *Begunstigingstermijn; artikel 5:32a lid 2 Awb*

geen
begunstigings-
termijn vereist?

Bij de last onder dwangsom die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding en het voorkomen van verdere overtreding moet een begunstigingstermijn worden gesteld, zo bepaalt artikel 5:32a lid 2 Awb (ABRvS 17 september 2008, JB 2008, 236). Hieruit volgt dat strikt genomen geen begunstigingstermijn hoeft te worden gesteld bij het voorkomen van herhaling van een overtreding (ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4404), tenzij er maatregelen getroffen moeten worden om herhaling te voorkomen of sprake is van bijzondere omstandigheden (ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:904). Dan zal daarvoor een passende begunstigingstermijn moeten worden gesteld (ABRvS 24 oktober 2001, AB 2002, 147). Dat geldt in beginsel ook als het gaat om het enkele nalaten van een activiteit, tenzij daarvoor geen nadere actie is vereist.

Wanneer een bestuursorgaan er zelf lang over heeft gedaan om tot handhaving te komen, dan kan dat van belang zijn voor het bepalen van de lengte van de begunstigingstermijn (ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1938).

Wanneer de overtreder wordt gewaarschuwd dat sprake is van een overtreding en dat deze ongedaan moet worden gemaakt, bij gebreke waarvan het handhavingstraject zal worden ingezet, kan dit van invloed zijn op de lengte van de begunstigingstermijn (ABRvS 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7166).

Aan een begunstigingstermijn bij een last onder dwangsom worden geen andere eisen gesteld dan bij een last onder bestuursdwang (ABRvS 14 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1763); zie § 5.2.2.3.

5.5.2.4 *Modaliteit dwangsom artikel 5:32b lid 1 en 2 Awb*

Het bestuursorgaan dat besluit tot het opleggen van een dwangsom, stelt de dwangsom vast hetzij

voortdurende
overtreding

op een bedrag ineens hetzij op een bedrag per tijdseenheid (dag, week, maand) waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel een bedrag per overtreding van de last.

Wanneer sprake is van een voortdurende overtreding wordt in de praktijk gekozen voor de formulering dat een constatering bijvoorbeeld eens per etmaal kan plaatsvinden. Anders zouden bijvoorbeeld (gechargeerd) binnen een minuut tientallen 'constateringen' kunnen plaatsvinden en alle dwangsommen tot het maximum in die ene minuut verbeuren.

Een dwangsom per tijdseenheid komt met name aan de orde als er sprake is van een continue overtreding. Deze vorm is aan te bevelen als het gaat om overtredingen die niet afzonderlijk zijn te constateren omdat de overtreder constant in overtreding is.

Indien u niet binnen [termijn] na dagtekening van deze brief de overtreding ongedaan hebt gemaakt, verbeurt u, na het verstrijken van de begunstigingstermijn, van rechtswege een dwangsom voor elke [tijdseenheid, per week bijvoorbeeld] dat de strijdigheid voortduurt.

eenmalige
overtreding

De keuze voor een bedrag ineens kan worden gemaakt als het de bedoeling is een eenmalige overtreding tegen te gaan.

Indien u de overtreding, inhoudende [omschrijving overtreding], niet vóór [datum] ongedaan hebt gemaakt, wordt een dwangsom verbeurd van EUR [bedrag].

Indien regelmatig voorschriften van een vergunning of ontheffing worden overtreden, ligt het meer voor de hand om de dwangsom te bepalen per overtreding. Worden meerdere voorschriften van een vergunning overtreden, dan kan per overtreden voorschrift een dwangsom worden opgelegd.

maximum
bedrag

In alle gevallen wordt een maximum bepaald waarboven geen dwangsommen meer kunnen worden verbeurd. De dwangsombeschikking is bij het bereiken van dat maximum 'volgelopen' en is daarmee uitgewerkt.

..., tot een maximum van EUR ...

of

Geen dwangsom zal meer worden verbeurd boven het bedrag van EUR ...

tussenmaxima

Soms wordt gewerkt met 'tussenmaxima'. Deze handelswijze is in de jurisprudentie geoorloofd geacht. Per week wordt bijvoorbeeld geen hoger bedrag verbeurd dan bij twee afzonderlijke overtredingen (van hetzelfde voorschrift) het geval zou zijn (ook al worden er dus in die week meer overtredingen van hetzelfde voorschrift gepleegd). Daarmee wordt voorkomen dat de (hoge) bedragen al te snel oplopen. Een dwangsom moet wel dwingen, maar het tempo van verbeurde per overtreding kan, zeker in combinatie met de hoogte van de dwangsommen per overtreding, wel enigszins worden gematigd. De wet kent het 'tussenmaximum' niet, maar staat er ook niet aan in de weg.

5.5.2.5 Hoogte dwangsom; artikel 5:32b lid 3 Awb

dwangsom als
prikkel overtreding
ongedaan te maken

Er is geen algemene richtlijn te geven voor het bepalen van de hoogte van de dwangsom en het maximaal te verbeuren bedrag. De hoogte van de dwangsom moet worden gemotiveerd. Artikel 5:32b lid 3 Awb bepaalt enkel dat de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde effectieve werking. Het moet een prikkel zijn om de overtreding te beëindigen of om herhaling te voorkomen. Dat van een lager bedrag ook een voldoende prikkel uitgaat betekent niet dat de hoogte van de dwangsom niet juist is bepaald, tenzij het bedrag echt onevenredig hoog is. Het is aan de overtreder om aan te tonen dat daarvan sprake is (ABRVS 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2609).

Het moet niet goedkoper zijn om stil te zitten en dwangsommen te verbeuren. Daarom is het toegestaan het te behalen voordeel bij niet naleven mee te wegen, maar dat geldt niet zonder meer voor

al behaald voordeel of de financiële omstandigheden van de overtreder. Het is niet toegestaan om de hoogte van de dwangsom te baseren op de kosten die het betreffende bestuursorgaan zelf zou moeten maken om de overtreding ongedaan te maken (ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2036).

Als voorbeeld kan worden genoemd de situatie waarin iemand in strijd met bestemmingsplanvoorschriften een winkel heeft geopend. De hoogte van de dwangsom kan gerelateerd worden aan de gemiddelde huurprijs per jaar voor een dergelijk pand in een winkelcentrum. Daarbovenop kan nog een extra bedrag worden gezet waarbij een inschatting wordt gemaakt van de behaalde omzetten. Een ander voorbeeld is het berekenen van de kosten gemoeid met afvoer en verwerking van afvalstoffen. Het basisbedrag is dan gelijk aan de berekende kosten, met een zekere opslag om uit te nodigen de overtreding ook echt ongedaan te maken. Een ander voorbeeld betreft het stallen van een aanhanger in strijd met het bestemmingsplan. De hoogte van de dwangsom kan door het college worden afgeleid van de kosten voor de stalling in een alternatieve stallingsruimte.

omzet niet alles
bepalend

De hoogte van de dwangsom kan niet uitsluitend worden gekoppeld aan de omzet van een bedrijf. Artikel 5:32 lid 4 Awb geeft namelijk aan dat de hoogte van de dwangsom moet worden bepaald in verband met de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging.

geen financieel
draagkracht
onderzoek

Het evenredigheids- noch het zorgvuldigheidsbeginsel vergen dat een financieel (draagkracht)-onderzoek moet worden uitgevoerd om de hoogte van een dwangsom te bepalen. Ook een faillissement staat het opleggen van een dwangsom niet in de weg. Als een failliet bedrijf de voorschriften van een vergunning niet naleeft, kan de curator met een dwangsom worden gedwongen tot naleving.

verkapte kostenverhaal niet
toegestaan

Het is niet toegestaan om de kosten van het handhavingstraject (bijvoorbeeld personeelskosten) in de dwangsom op te nemen. Met andere woorden: verkapte kostenverhaal mag niet plaatsvinden.

De rechter toetst de hoogte van de dwangsom marginaal en terughoudend.

matiging

In het geval de rechter de hoogte van de dwangsom niet evenredig acht, dan kan hij overgaan tot matiging van het bedrag.

5.5.3 Bekendmaking

Voor de last onder dwangsom is geen specifieke bekendmakingsregel opgenomen, zoals in artikel 5:24 lid 3 Awb wel is gebeurd voor de last onder bestuursdwang. De last onder dwangsom dient conform artikel 3:41 Awb te worden toegezonden of uitgereikt aan de overtreder en aan een eventuele aanvrager van een handhavingsbesluit (een derde). Net als bij de last onder bestuursdwang verdient het aanbeveling de last aangetekend te verzenden. In de praktijk worden de rechthebbenden op het gebruik van de zaak geïnformeerd door hen een afschrift toe te sturen.

De verbeurte, betalingstermijn, verjaring, en invordering en executie van dwangsommen worden besproken in hoofdstuk 7.

5.5.4 Opheffen en opschorten last; artikel 5:34 Awb

Wanneer de overtreder niet (meer) in staat is om aan de last te voldoen, bijvoorbeeld als gevolg van overmacht, kan op grond van artikel 5:34 Awb een last onder dwangsom worden opgeheven of opgeschort. Overmacht wordt echter zelden aangenomen (ABRvS 31 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8641).

Denk bijvoorbeeld aan een vorstperiode waardoor bepaalde werkzaamheden niet meer kunnen worden uitgevoerd (Vz. ABRvS 23 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2616).

Dit verzoek kan geheel of gedeeltelijk worden toegewezen. Het is toegestaan om de last onder dwangsom ambtshalve op te heffen of te schorsen. Dat geldt ook wanneer de last onder dwangsom een jaar van kracht is geweest zonder dat dwangsommen zijn verbeurd. Artikel 5:34 lid 2 Awb maakt echter duidelijk dat pas na een jaar de verplichting bestaat om opheffing van de last onder dwangsom (op verzoek) serieus te heroverwegen.

Artikel 5:34 Awb is ook van toepassing wanneer de overtreder niet aan de last heeft voldaan en de dwangsom nog niet volledig is verbeurd. Een dwangsombeschikking kan ook met terugwerkende kracht worden opgeheven zodat de intrekking tot gevolg heeft dat reeds verbeurde dwangsommen vervallen (Rb. Groningen 21 januari 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BL6535).

Artikel 5:34 van de Awb is niet bedoeld voor een situatie waarin het maximum aan te verbeuren dwangsommen reeds is bereikt (ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1963). In die uitspraak wordt door de ABRvS nog gewezen op het feit dat artikel 5:34 Awb niet 'gebruikt' mag worden om na afloop van de bezwaar- en beroepstermijn gericht tegen de last onder dwangsom en na het verstrijken van de begunstigingstermijn, door middel van een procedure tegen de weigering de last in te trekken, nogmaals aan de orde te stellen of de opgelegde last onder dwangsom, gelet op de daarin opgenomen begunstigingstermijn en een nadien gestelde onmogelijkheid, rechtmatig is.

5.6 Last onder dwangsom impliceert toestemming om te voldoen

Een last onder dwangsom impliceert toestemming om de last uit te voeren. Moet bijvoorbeeld een zonder omgevingsvergunning opgericht bouwwerk op grond van een last worden gesloopt, dan is daartoe geen aparte sloopvergunning vereist. Dit geldt alleen voor vergunningen, toestemmingen of ontheffingen die verleend moeten worden door hetzelfde bestuursorgaan dat ook bevoegd is de last onder dwangsom op te leggen. Wanneer een vergunning, toestemming of ontheffing van een ander bestuursorgaan vereist is, dan dient in het kader van de beoordeling of een last uitvoerbaar is nagegaan te worden of het voldoende aannemelijk is dat deze verkregen kunnen worden. Blijkt achteraf dat toch niet de nodige vergunning, toestemming of ontheffing verkregen kan worden, dan kan de overtreder op grond van artikel 5:34 lid 1 Awb een verzoek indienen tot intrekking of opschorting van de last onder dwangsom.

5.7 Grenzen last

De last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom kunnen niet ongelimiteerd worden opgelegd. De volgende beperkingen moeten in acht worden genomen bij het opleggen van deze lasten:

1. een last mag niet zelf een na te leven regel in het leven roepen (ABRvS 3 maart 2010, AB 2010, 110);

Een voorbeeld. In een vergunningvoorschrift is voorgeschreven dat een vloeistofdichte voorziening moet zijn aangebracht en dat een geldige PBV-verklaring vloeistofdichte voorziening aanwezig is. Dit voorschrift wordt overtreden omdat er geen vloeistofdichte voorziening aanwezig is en (als gevolg daarvan) ook een PBV-verklaring ontbreekt. De last die daarop wordt gegeven houdt in dat de overtreder binnen zes maanden de overtreding van dat vergunningvoorschrift dient te beëindigen en beëindigd te houden door de vloeren en riolering van de terreinen vloeistofdicht te maken en te voorzien van een geldige PBV-verklaring. Daarnaast geldt nog de last dat de overtreder binnen één maand bij het bevoegd gezag een plan van aanpak moet indienen dat moet waarborgen dat binnen de gestelde begunstigingstermijn van zes maanden zal worden voldaan aan het vergunningvoorschrift.

De eerste last ziet op het herstel van de overtreding van het betreffende vergunningvoorschrift. De last dat een plan van aanpak binnen een maand moet worden ingediend is niet te herleiden tot een voor de overtreder geldende norm. En omdat door het niet indienen van dit plan van aanpak geen bij of krachtens de wet gesteld voorschrift wordt overtreden, kan deze last geen standhouden. Dat dit praktisch is en dat de voortgang daarmee wordt bewaakt is begrijpelijk vanuit het bestuur, maar deze last kan niet worden opgelegd.

niet verder
strekken dan
noodzakelijk

2. een last mag niet verder strekken dan nodig is om de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen (ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3059 en ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:92);

Een voorbeeld. De overtredingen bestaan uit het zonder vergunningen innemen van een ligplaats in het openbaar water met vaartuigen die hoofdzakelijk als woonverblijf worden gebruikt. Op grond van de last dienen appellanten hun boten uit het openbaar vaarwater van het beheersgebied van de gemeente Amsterdam te verwijderen en daarna verwijderd te houden. Appellanten hebben aangevoerd dat deze last verder strekt dan noodzakelijk is nu de overtredingen al kunnen worden beëindigd door de vaartuigen niet als woonverblijf te gebruiken. De Voorzitter oordeelt dat in verband met de voortdurende controles die nodig zouden zijn om vast te stellen of de vaartuigen niet langer hoofdzakelijk als woonverblijf worden gebruikt, het college lasten die slechts strekken tot het staken van dat gebruik onvoldoende handhaafbaar en daarom ongeschikt heeft mogen achten om de overtredingen doelmatig te doen beëindigen.

Wanneer een pand in strijd met het bestemmingsplan wordt bewoond, kan een last inhouden dat dit gebruik moet worden gestaakt. Omdat het voor het gebruik conform de bestemming niet nodig is het pand in de originele staat terug te brengen, is de last die dat eist te verstrekken.

geen vergun-
ning
aanvraag
afdwingen

3. een last kan niet worden opgelegd om een vergunningaanvraag af te dwingen. Het wettelijke verbod dat is overtreden ziet immers niet op het bezit van een vergunning, maar verbiedt het uitvoeren van een activiteit/project zonder vergunning;
4. een last mag niet in strijd komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Rb. Arnhem 23 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY2330).

misbruik van
bevoegdheid

Een voorbeeld. Een last die niet zozeer zag op de stillegging van de werkzaamheden, maar die mede gelet op de hoogte van de dwangsom meer een signaal aan de buitenwereld is dat dit soort situaties niet wordt geduld, is in strijd met het verbod van détournement de pouvoir (artikel 3:3 Awb). De handhavingsbevoegdheid wordt dan gebruikt voor een ander doel (signaalfunctie) dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven (beëindigen van een overtreding) en dat is niet toegestaan.

5.8 Last onder dwangsom en last onder bestuursdwang?

Na elkaar en/of tegelijkertijd

anti-cumulatie

De last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang kunnen niet tegelijk worden ingezet ter beëindiging van dezelfde overtreding. Het is wel mogelijk een 'bouwstop' af te kondigen en tegelijkertijd een last onder dwangsom op te leggen ter voorkoming van het hervatten van de stilgelegde bouwwerkzaamheden.

Zou op enig moment de behoefte zich voordoen om toch bestuursdwang toe te passen (omdat de overtreding op kortere termijn moet worden beëindigd), dan zal eerst de last onder dwangsom moeten worden ingetrokken. Indien eerst een last onder dwangsom is opgelegd en het maximaal te verbeuren bedrag is verbeurd, dan is de last onder dwangsom 'uitgewerkt'. In dat geval kan – wanneer de overtreding niet is beëindigd – bestuursdwang worden aangezegd. De last onder dwangsom hoeft niet meer te worden ingetrokken omdat de last onder dwangsom is uitgewerkt.

Een last onder bestuursdwang is pas uitgewerkt op het moment dat tot toepassing van bestuursdwang is overgegaan. Intrekking van het bestuursdwangbesluit alvorens een last onder dwangsom op te leggen is noodzakelijk wanneer bestuursdwang nog niet of niet geheel is toegepast.

Wanneer een last onder dwangsom is 'volgelopen' en alle dwangsommen zijn verbeurd, kan een volgende last onder dwangsom worden opgelegd om de overtreder nogmaals aan te sporen de illegale situatie te beëindigen. Omdat in die gevallen in het algemeen geconcludeerd kan worden

dat de eerdere dwangsommen kennelijk geen effect sorteerden, mag gekozen worden voor een hogere dwangsom. Dit is echter niet altijd het geval. Het kan ook zo zijn dat er een onmogelijkheid is om aan de last te voldoen. In die situatie moet het hele besluitvormingstraject opnieuw worden doorlopen. In de uitnodiging aan de overtreder om zienswijzen in te dienen kan specifiek gevraagd worden waarom de overtreding, ondanks verbeurte van alle dwangsommen, niet is opgeheven. Overigens geldt in het algemeen dat het aanbeveling verdient de overtreder te bellen om navraag te doen. Direct contact bevordert in het algemeen de communicatie en wederzijds begrip.

5.9 Bijzonderheden Wabo

5.9.1 Zakelijke werking herstelsancties; artikel 5.18 Wabo

rechtsopvolging

Zoals in hoofdstuk 4 is besproken, is in artikel 5:18 Wabo bepaald dat in de besluiten tot het opleggen van een last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang kan worden bepaald dat die besluiten ook gelden voor eventuele rechtsopvolgers en alle rechtsopvolgers die daarna volgen. Hierdoor is het niet langer nodig om bij een eventuele bedrijfsovername weer opnieuw te bezien of een nieuwe last moet worden opgelegd. Dat is ter bevordering van de efficiëntie een welkome optie. In eerste instantie wordt dit soms vergeten. Er wordt later alsnog een beschikking genomen, waarbij enkel wordt bepaald dat het betreffende sanctiebesluit ook geldt voor eventuele rechtsopvolgers. Hoewel in de jurisprudentie nog geen bevestiging van deze handelwijze is te vinden, lijkt daartegen geen bezwaar te bestaan.

inschrijving
kenbaar pu-
bliekrechtelijke
beperkingen
onroerende
zaken

Dergelijke besluiten dienen te worden ingeschreven op grond van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken.

Artikel 5.18 Wabo laat onverlet dat het gemeentebestuur ervoor kan kiezen een nieuwe last onder dwangsom op te leggen (zie ABRvS 19 oktober 2011, Gst 2012, 16). Dat zal overigens de enige mogelijkheid zijn wanneer artikel 5.18 Wabo niet kan worden toegepast.

5.9.2 Verruimde reikwijdte; artikel 5.17 Wabo

(tijdelijke)
beheersmaat-
regelen

In artikel 5.17 Wabo is bepaald dat de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang kunnen 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. Daarmee wordt de reikwijdte van deze herstelsancties verruimd. Dat betekent dat dergelijke lasten niet alleen hoeven te zijn gericht op het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de overtreding, maar dat ook (tijdelijke) beheersmaatregelen kunnen worden afgedwongen. Dat is slechts mogelijk wanneer sprake is van gevaar voor gezondheid en veiligheid.

Een voorbeeld. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld gebruikt van het plaatsen van een hekwerk rondom een gebouw uit vrees voor instortingsgevaar (TK 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 140).

Een ander voorbeeld betreft het verzegelen van slaapkamers in een pand dat wordt gebruikt voor de huisvesting van arbeidsmigranten, maar welk gebouw niet voldoet aan de brandveiligheidseisen uit het Bouwbesluit 2012. Dat op het moment van verzegelen het gebouw niet meer gebruikt werd om in te overnachten, waardoor had kunnen worden volstaan met bijvoorbeeld het opleggen van een last onder dwangsom, doet niet af aan de rechtmatigheid van deze last onder bestuursdwang. Hoewel de verzegeling op zichzelf niet tot herstel van de geconstateerde overtreding van artikel 1b van de Woningwet leidt, is het een bestuursorgaan op grond van artikel 5.17 van de Wabo toegestaan om een ordemaatregel zoals verzegeling toe te passen, indien dat nodig is met het oog op de veiligheid. Het college stelt zich op het standpunt dat verzegeling de beste manier is om zeker te weten dat het gebouw niet voor overnachting gebruikt wordt, omdat op die manier niet elke avond hoeft te worden gecontroleerd of er inderdaad niet in het gebouw wordt overnacht. Dit is een afweging die het college in redelijkheid mocht maken (ABRVS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1224).

5.10 Stappenplan opleggen herstelsancties

5.10.1 *Constatering overtreding*

Pas bij constatering van een (dreigende) overtreding kan een herstelsanctie worden opgelegd. De feitelijke constatering kan gebeuren naar aanleiding van een klacht/handhavingsverzoek van een burger of als gevolg van het uitoefenen van toezicht, zoals besproken in hoofdstuk 2.

5.10.2 *Onderzoeken overtreding en vastleggen constateringen*

Het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb brengt mee dat een bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart.

Uit het zorgvuldigheidsbeginsel vloeit ook voort dat onderzocht moet worden of sprake is van een overtreding. Dat geldt tevens wanneer het lastig is om een overtreding vast te stellen. Bijvoorbeeld de situatie waarin moet worden onderzocht, ook al is dat heel tijdrovend, of een pad voor een periode van dertig jaar aaneengesloten voor eenieder toegankelijk is geweest en dat daarmee sprake is (geworden) van een openbare weg (Rb. Assen 28 augustus 2012, JnB2012, 1344 ECLI:NL:RBASS:2012:BY2948).

De geconstateerde overtreding moet daarom zo duidelijk mogelijk in kaart worden gebracht en schriftelijk worden vastgelegd. Zo moet worden onderzocht welke wettelijke bepaling wordt overtreden en op welke wijze dat gebeurt. De constatering is de basis voor de in de toekomst te nemen besluiten. Het is nuttig een verslag te maken van het geconstateerde, eventueel aangevuld met technische rapporten en foto's. In § 2.12 is een checklist opgenomen ten behoeve van die verslaglegging.

Dit geldt ook als reeds eerder een last onder dwangsom is opgelegd die formele rechtskracht heeft gekregen, maar bijvoorbeeld is uitgewerkt. Bij het opleggen van een nieuwe last onder dwangsom zal opnieuw moeten worden onderzocht of sprake is van een overtreding. De formele rechtskracht van een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom gaat immers niet zo ver dat er in een latere handavingsprocedure zonder meer vanuit moet worden gegaan dat een overtreding heeft plaatsgevonden. Bij het opleggen van een nieuwe last onder dwangsom geldt als uitgangspunt dat het college opnieuw - aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die op dat moment gelden - moet beoordelen of sprake is van een overtreding. Voor zo'n inhoudelijke beoordeling bestaat des te meer aanleiding als de bevoegdheid tot het nemen van een handavingsbesluit door een van de partijen wordt bestreden (zie ook overweging 2.2 van de uitspraak van 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2499 en ABRvS 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2648).

5.10.3 *Informereren overtreder*

Mede afhankelijk van het eventuele handavingsbeleid is het verstandig om na het opmaken van het controlerapport of verslag de overtreder schriftelijk te informeren dat een overtreding is geconstateerd en dat onderzocht zal worden of legalisatie van de illegale situatie mogelijk is. In dezelfde brief kan dan vervolgens worden meegedeeld dat – indien legalisering niet mogelijk blijkt te zijn – een last onder bestuursdwang of dwangsom kan worden opgelegd om de overtreding ongedaan te maken.

In juridische zin is deze brief niet verplicht, maar uit zorgvuldigheidsoverwegingen kan het raadzaam zijn. Deze brief moet worden onderscheiden van een voornemen als bedoeld in artikel 4:8 Awb, zoals in § 5.10.5 wordt besproken. Daarnaast kan in het handavingsbeleid zijn opgenomen dat eerst een 'waarschuwing' wordt gegeven voordat een voornemen wordt verstuurd of een last onder dwangsom of bestuursdwang wordt opgelegd.

5.10.4 *Onderzoek legalisatie*

Er dient onderzocht te worden of legalisatie mogelijk is. De resultaten van dit onderzoek zullen in het eventuele voornemen om een herstelsanctie op te leggen moeten worden vermeld.

5.10.5 *Bekendmaken voornemen opleggen herstelsanctie(s); artikel 4:8 Awb*

Indien legalisatie niet mogelijk is, kan vervolgens een voornemen tot het opleggen van een herstelsanctie worden verstuurd om de overtreder de gelegenheid te geven zijn zienswijze op dit voornemen kenbaar te maken. Een dergelijk voornemen is gebaseerd op artikel 4:8 Awb. De overtreder zal immers naar verwachting bedenkingen hebben tegen het toepassen van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom. Bovendien zal de beschikking ook steunen op gegevens over feiten of omstandigheden die niet door de overtreder zijn verstrekt, maar wel zijn belangen betreffen.

vooraankondiging
geen
beschikking

Een dergelijk voornemen c.q. vooraankondiging is geen appellabele beschikking (ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 392).

Dit voornemen moet niet worden verward met de 'bestuurlijke waarschuwing' dat een appellabel besluit is in de zin van de Awb, wanneer deze waarschuwing is gebaseerd op een wettelijk voorschrift en een voorwaarde is voor een daarop volgende sanctie (ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449).

zienswijzen
mondeling of
schriftelijk

De zienswijzen zijn van belang voor een zorgvuldige vaststelling van de feiten en een juiste weging van de bij het besluit te betrekken belangen. Zienswijzen mogen naar keuze mondeling of schriftelijk worden ingediend. De wijze waarop het horen plaatsvindt is vormvrij. Het is aan de ontvanger van het voornemen welke manier hij kiest, niet aan de gemeente.

In het geval de zienswijzen mondeling worden gegeven, is het belangrijk de zienswijze in een kort verslag vast te leggen om aan te tonen dat aan de hoorplicht is voldaan en op welke wijze. Bij het verzenden van de voorlopige aanschrijving wordt in de praktijk meestal een termijn van een tot twee weken gegeven voor het indienen van de zienswijze. Dit is echter niet aan termijnen gebonden. Slechts vereist is dat een termijn wordt gegeven en binnen die termijn moet het mogelijk zijn zienswijzen te formuleren. Denk aan vakantie- en feestdagen. De zienswijzen moeten worden meegenomen in de definitieve besluitvorming. Er dient gemotiveerd een oordeel over gegeven te worden. Daarnaast wordt aangegeven waar dit oordeel toe leidt.

inhoud vooraankondiging

Er gelden voor deze vooraankondiging geen wettelijke vormvereisten. Het verdient echter aanbeveling een aantal zaken op te nemen zodat voldoende kenbaar wordt wat de overtreder te doen staat en waarop hij zienswijzen moet formuleren:

1. welk wettelijk voorschrift overtreden wordt (kopie wettelijk (vergunning)voorschrift bijvoegen);
2. dat het bestuursorgaan de overtreding niet wenst te tolereren en conform (eventueel) handhavingsbeleid het handhavingstraject start;
3. dat deze overtreding niet legaliseerbaar is en waarom niet;
4. en daarom het voornemen bestaat op te treden met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom;
5. dat tegen het voornemen geen bezwaar kan worden gemaakt, maar dat het zeer wordt aanbevolen om zienswijzen kenbaar te maken. Ingeval een overtreding voortduurt, kan worden gevraagd in de zienswijzen specifiek aan te geven waarom deze overtreding niet is beëindigd.

In de praktijk is dit voornemen bij een groot aantal gemeenten een conceptversie van de definitieve last (met uitzondering van de weerlegging van eventuele ingekomen zienswijzen) met daarbij een begeleidende brief. In deze begeleidende brief wordt het voornemen kenbaar gemaakt om tot handhaving over te gaan en wordt de overtreder in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze bekend te maken. Een voorbeeld van een begeleidende brief is opgenomen in § 5.15.

Let goed op de formulering van het voornemen. Wanneer in de vooraankondiging is meegedeeld dat de geadresseerde handhavend optreden kan voorkomen door maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de overtreding wordt beëindigd, is met die mededeling het gebruik van de bevoegdheid om tegen deze overtreding handhavend op te treden ingeperkt. Overtredingen van vóór deze datum konden na deze vooraankondiging in beginsel geen grondslag meer vormen om de aange-

kondigde last onder dwangsom op te leggen (ABRvS 29 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2543).

bekendmaking
vooraan-
kondiging

Ingeval er sprake is van een voornemen om een last onder bestuursdwang op te leggen, dan zal naast de overtreder tevens de rechthebbende op het gebruik van de zaak waarop de last betrekking heeft op de hoogte moeten worden gebracht van het voorgenomen besluit, zodat hij ook zijn zienswijzen bekend kan maken.

5.10.5.1 *Uitzondering: geen voornemen vooraf*

geen vooraan-
kondiging in
spoedeisende
situatie

Indien er sprake is van een spoedeisende situatie, zoals bij gevaar of ernstige hinder, dan kan het horen gelet op artikel 4:11 Awb achterwege blijven. In een dergelijk geval zal ook vaak geen tijd zijn om een voornemen te sturen. Een voorbeeld hiervan is het direct ter plaatse uitreiken van een bestuursdwangbeschikking, zonder last en zonder begunstigingstermijn, of zelfs zonder een besluit te nemen. Dit geschiedt pas achteraf (zie artikel 5:31 Awb), zodat direct kan worden ingegrepen.

In enkele gevallen kan het zelfs zo dringend zijn dat helemaal geen schriftelijk besluit vooraf wordt gestuurd. In dat geval wordt direct bestuursdwang uitgeoefend. Daarna dient een schriftelijke bevestiging te volgen. Het besluit wordt dus achteraf verzonden. In zeer spoedeisende gevallen – als er sprake is van een dermate gevaarlijke situatie door de aard en ernst ervan – kan het onmiddellijk optreden betekenen het sluiten van een pand, waarbij de beschikking achteraf wordt gegeven, zoals in § 5.2.4 is besproken.

5.10.5.2 *Verzuim toepassen 4:8 Awb*

verzuim te
horen gedekt?

Indien verzuimd is te horen als bedoeld in artikel 4:8 Awb, maar er is daarna wel gehoord in bezwaar, dan verklaart de bestuursrechter dit verzuim in de regel voor gedekt. Dat is slechts anders wanneer vaststaat dat het een vaste gewoonte (beleid) is om deze procedure over te slaan. De omstandigheid dat al een strafrechtelijk verhoor heeft plaatsgevonden doet niet af aan de verplichting om op grond van artikel 4:8 Awb te horen (Rb. Zwolle Lelystad 7 april 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM0138).

5.11 **Schematisch stappenplan last onder dwangsom en bestuursdwang**

1. constatering overtreding door toezichthouder. Dit kan zijn naar aanleiding van een klacht of een reguliere controle;
2. vastleggen geconstateerde overtreding in een rapportage, indien mogelijk voorzien van foto's;
3. is er handhavingsbeleid, loop dan de navolgende stappen af conform dat beleid;
4. brief aan overtreder en belanghebbenden over geconstateerde overtreding;
5. onderzoek of de geconstateerde overtreding kan worden gelegaliseerd;
6. indien legalisatie niet mogelijk is, verzenden brief met verzoek tot opheffen overtreding/waarschuwing (optioneel);
7. opnieuw controle van de situatie;
8. indien overtreding niet is opgeheven, overweging maken aan de hand van eventueel handhavingsbeleid, welke bestuurlijke sanctie een passende sanctie is om de geconstateerde overtreding te beëindigen, en
9. vervolgens verzending voornemen artikel 4:8 Awb (conceptbesluit), waarbij kenbaar wordt gemaakt met welke bestuurlijke sanctie zal worden opgetreden, waarbij keuze wordt gegeven mondeling of schriftelijk zienswijzen in te dienen;
10. na verstrijken termijn voor zienswijzen definitief besluit nemen. Indien procedure wordt voortgezet dient inhoudelijk op de zienswijzen te worden gereageerd in of bij het definitieve besluit;
11. het kan raadzaam zijn nogmaals te controleren (vlak) voordat het definitieve besluit wordt verzonden, om te beoordelen of de overtreding niet toch al geheel of gedeeltelijk is beëindigd;
12. na verstrijken eventuele begunstigingstermijn of wanneer geen begunstigingstermijn is gesteld op korte termijn opnieuw controle;
13. indien niet aan de aanschrijving is voldaan; ingeval van een last onder dwangsom:
 - a. ter plaatse constateren dat overtreding niet is beëindigd;
 - b. brief aan overtreder dat dwangsommen zijn verbeurd;
 - c. voorbereiden invorderingsbeschikking, zie verder hoofdstuk 7;
 - d. invorderen, zie hoofdstuk 7;

14. indien niet aan de aanschrijving is voldaan; ingeval van een last onder bestuursdwang:
 - a. ter plaatse constateren dat overtreding niet is beëindigd;
 - b. brief aan overtreder dat overtreding niet is beëindigd geen;
 - c. dat tot uitvoering van gemeentewege wordt overgegaan. Let op: noem daarbij niet opnieuw een termijn waarbinnen de overtreding ongedaan moet worden gemaakt. Wanneer opnieuw een begunstigingstermijn wordt gegeven, is sprake van een beschikking waartegen opnieuw bezwaar en (hoger) beroep tegen openstaat;
 - d. toepassen bestuursdwang. Daarbij strekt het tot de aanbeveling om een draaiboek toepassen bestuursdwang op te stellen, zie § 5.12;
 - e. kostenverhaalbeschikking voorbereiden, zie hoofdstuk 7;
 - f. invorderen, zie hoofdstuk 7.

Uiteraard kan deze procedure ingekort worden door in plaats van stap 5 direct een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom aan te zeggen.

5.12 Draaiboek toepassen bestuursdwang

Bij het feitelijk toepassen van bestuursdwang komt veel kijken en het is daarom raadzaam (ruim) van te voren een draaiboek op te stellen. Daarbij dienen de volgende elementen te worden betrokken:

1. wie moeten er worden ingeschakeld bij toepassing van bestuursdwang (aannemers, slopers, andere derden, computerdeskundigen etcetera);
2. op welke termijn zijn deze personen beschikbaar en tegen welke prijs (bedenk dat kosten die gemaakt en verhaald worden redelijk moeten zijn. Volg daarom de reguliere interne procedures en vraag tijdig – indien de tijd het toelaat – offertes aan);
3. hoeveel tijd denken zij nodig te hebben om de toepassing bestuursdwang uit te voeren;
4. bespreek met hen eventuele risico's of mogelijke complicaties en voorzie in alternatieve scenario's, een vangnet;
5. is een machtiging nodig en zo ja, regel deze dan tijdig;
6. dienen materialen of andere zaken te worden meegevoerd en opgeslagen na toepassen bestuursdwang? Regel dan een opslagvoorziening en transport, eventueel verzekering;
7. zorg dat dit plaatsvindt in overeenstemming met relevante wet- en regelgeving. Indien afvalstoffen moeten worden vervoerd en afgegeven, dan dient bijvoorbeeld te worden gehandeld in overeenstemming met hoofdstuk 10 Wm;
8. maak een proces-verbaal op van het meevoeren en opslaan; en
9. verstrek een afschrift aan degene die de zaken onder zijn beheer had;
10. indien zaken moeten worden bewaard, regel een opslaglocatie en sluit indien nodig een verzekering af;
11. is de veiligheid in het geding? Dient beveiliging te worden ingeschakeld, al dan niet met behulp van politie inzet?;
12. zet het draaiboek op schrift en bespreek het draaiboek tijdig met alle betrokkenen.

5.13 Model herstelsanctie last onder dwangsom

Geachte heer/mevrouw,

Inleiding

Met deze brief maken wij bekend dat *[invullen toezichthouder aangewezen o.v.v. wettelijke grondslag aanwijzing]*, op *[invullen datum constatering, eventueel vermelden naar aanleiding van een handhavingsverzoek]* ter plaatse *[invullen locatie, adres en perceelsaanduiding]* de volgende feiten heeft/hebben geconstateerd:

[omschrijving feiten en op welke wijze deze zijn geconstateerd/vastgelegd, eventuele foto's et cetera toevoegen]

Overtreding

Deze feiten en omstandigheden leveren een overtreding op van *[invullen wettelijke bepalingen en/of (vergunning)voorschriften waarmee in overtreding is gehandeld]*.

De letterlijke tekst van deze bepalingen en/of voorschriften treft u als bijlage bij deze beschikking aan *[bijlage]*.

Voorgeschiedenis

Optioneel: Bij brief van *[invullen datum]* hebben wij u geïnformeerd over de geconstateerde overtreding en hebben wij u verzocht aan deze overtreding een einde te maken.

Uit bovengenoemde constatering is gebleken dat de overtreding niet is beëindigd.

Derhalve hebben wij u op *[invullen datum]* een aankondiging gedaan als bedoeld in artikel 4:8 Awb, waarbij u in de gelegenheid bent gesteld zienswijzen kenbaar te maken op ons voornemen naar aanleiding van bovengenoemde overtreding een herstelsanctie op te leggen.

Zienswijzen

Alternatief 1:

U hebt van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt.

Alternatief 2:

U hebt van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Bij brief van *[invullen datum]* heeft u, kort samengevat, de volgende zienswijzen ingediend:

[samenvatten zienswijzen]

Alternatief 3:

U hebt van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Op *[invullen datum]* heeft u mondeling uw zienswijzen kenbaar gemaakt. Een verslag van deze bespreking treft u als bijlage bij deze beschikking aan *[bijlage]*. Uw zienswijzen laten zich als volgt samenvatten:

[samenvatten zienswijzen]

1.

2. enzovoort

Afdoening zienswijzen

Wij reageren als volgt op uw zienswijzen:

[invullen reactie per zienswijze]

1.

2. enzovoort

Uw zienswijzen geven ons geen aanleiding om ons voornemen niet uit te voeren.

Geen (concreet zicht op) legalisatie

Voorts hebben wij de mogelijkheden onderzocht tot legalisatie van de feitelijke situatie.

In dit geval is legalisatie niet mogelijk, omdat [omschrijf redenen waarom legalisering niet mogelijk is].

Toepassing handhavingsbeleid

Tevens hebben wij ons handhavingsbeleid [invullen titel en vindplaats, bijvoorbeeld website] toegepast [beschrijven dat het handhavingsbeleid in dit geval correct is toegepast].

Belangenafweging en motivering

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, in de regel van de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen gebruik moeten worden gemaakt.

Zoals hiervoor uitgebreid is gemotiveerd, handelen wij conform het gemeentelijke beleid en voorts is ons niet gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan wij in uw geval van handhaving moeten afzien.

Wij komen dan ook na een zorgvuldig onderzoek en belangenafweging tot de conclusie dat het algemeen belang dat gediend is met handhaving in dit geval zwaarder weegt dan uw belang, [zoals omschreven in de zienswijzen], dat de geconstateerde overtreding [voortduurt] of [kan worden herhaald].

Besluit

Gelet op het bepaalde in de artikelen 125 van de Gemeentewet en artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht [eventuele andere wettelijke grondslag noemen die bevoegdheid verleent herstel sanctie op te leggen] gelasten wij u de volgende maatregelen te treffen, bij gebreke waarvan u de hierna vastgestelde dwangsommen verbeurt:

[omschrijven te treffen maatregelen]

U dient deze maatregelen te treffen binnen de hierna gestelde begunstigingstermijn.

(Geen) Begunstigingstermijn om maatregelen te treffen

Alternatief 1:

Omdat u per direct de overtreding kunt beëindigen dan wel onmiddellijk herhaling van de geconstateerde overtreding kunt voorkomen wordt geen begunstigingstermijn gegund.

Alternatief 2:

Om de overtreding te beëindigen dan wel herhaling te voorkomen, dient u de volgende maatregelen te treffen: [omschrijven maatregelen]. Wij schatten in dat hiermee de volgende tijd is gemoeid [motiveren waarom die termijn voldoende is]. Derhalve besluiten wij dat u de geconstateerde overtreding binnen [invullen termijn] dient te beëindigen dan wel herhaling dient te voorkomen, opdat niet (langer) wordt gehandeld in strijd met [invullen wettelijke voorschriften].

Dwangsommen

Alleen indien u binnen deze termijn de geconstateerde overtreding geheel heeft beëindigd, kunt u verbeurte van dwangsommen voorkomen. Dit houdt in dat indien u niet binnen de genoemde termijn de overtreding heeft beëindigd, u van rechtswege dwangsommen verbeurt, die u aan ons verschuldigd bent. Dit geldbedrag kunnen wij, verhoogd met de op de invordering van het geldbedrag vallende kosten, invorderen. Daartoe zal een invorderingsbeschikking worden genomen.

Wij besluiten de dwangsom(men) vast te stellen op:

Alternatief 1:

EUR ... [bedrag] per ... [tijdseenheid] dat de overtreding voortduurt, met een maximum van EUR ... [bedrag]. [Optioneel andere modaliteiten als beschreven in § 5.5.2.4.]

Wij zijn als volgt tot de vaststelling van deze hoogte van de dwangsom(men) gekomen: [motiveren hoogte, eventueel verwijzen naar beleid omtrent hoogte dwangsommen] en menen derhalve dat de dwangsom in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.

Wij wijzen u er met nadruk op dat indien het maximum bedrag van EUR ...[bedrag] is verbeurd en de geconstateerde overtreding niet is opgeheven, wij u een nieuwe last onder dwangsom kunnen opleggen of in plaats daarvan een last onder bestuursdwang kunnen aanzeggen.

Zakelijke werking

Op grond van artikel 5.18 Wabo besluiten wij dat dit besluit mede geldt jegens uw rechtsopvolger(s), alsmede jegens iedere verdere rechtsopvolger. Mitsdien kan dit besluit, tenzij bijzondere omstandigheden zich daartegen naar ons oordeel verzetten, jegens die rechtsopvolger(s) of iedere verdere rechtsopvolger ten uitvoer worden gelegd en kunnen de kosten van die tenuitvoerlegging en een te innen dwangsom bij die rechtsopvolger(s) of verdere rechtsopvolger worden ingevorderd.

Het college/de gemeenteraad van [invullen]

Namens deze,

Belanghebbenden kunnen tegen dit besluit binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift indienen bij het college van [invullen].

Het bezwaarschrift moet ondertekend zijn en ten minste bevatten:

- a naam en adres van de belanghebbende;
- b de dagtekening;
- c een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht;
- d de gronden van het bezwaar;
- e een volmacht, indien het bezwaarschrift niet door de belanghebbende, maar door een ander, namens hem, wordt ingediend.

U wordt verzocht een kopie van het besluit waartegen het bezwaar is gericht mee te zenden. De indiener van het bezwaarschrift kan, als onverwijld de spoed dat gelet op de betrokken belangen vereist, eveneens een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank, [adres en bevoegde rechtbank toevoegen].

5.14 Model herstelsanctie last onder bestuursdwang

Geachte heer/mevrouw,

Inleiding

Met deze brief maken wij bekend dat *[invullen toezichthouder aangewezen o.v.v. wettelijke grondslag aanwijzing]*, op *[invullen datum constatering, eventueel vermelden naar aanleiding van een handhavingsverzoek]* ter plaatse *[invullen locatie, adres en perceelsaanduiding]* de volgende feiten heeft/hebben geconstateerd:

[omschrijving feiten en op welke wijze deze zijn geconstateerd/vastgelegd, eventuele foto's etcetera toevoegen]

Overtreding

Deze feiten en omstandigheden leveren een overtreding op van *[invullen wettelijke bepalingen en/of (vergunning)voorschriften waarmee in overtreding is gehandeld]*.

De letterlijke tekst van deze bepalingen en/of voorschriften treft u als bijlage bij deze beschikking aan *[bijlage]*.

Voorgeschiedenis

Optioneel: Bij brief van *[invullen datum]* hebben wij u geïnformeerd over de geconstateerde overtreding en hebben wij u verzocht aan deze overtreding een einde te maken.

Uit bovengenoemde constatering is gebleken dat de overtreding niet is beëindigd.

Derhalve hebben wij u op *[invullen datum]* een aankondiging gedaan als bedoeld in artikel 4:8 Awb, waarbij u in de gelegenheid bent gesteld zienswijzen kenbaar te maken op ons voornemen naar aanleiding van bovengenoemde overtreding een herstelsanctie op te leggen.

Zienswijzen

Alternatief 1:

U hebt van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt.

Alternatief 2:

U hebt van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Bij brief van *[invullen datum]* heeft u, kort samengevat, de volgende zienswijzen ingediend:

[samenvatten zienswijzen]

Alternatief 3:

U hebt van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Op *[invullen datum]* heeft u mondeling uw zienswijzen kenbaar gemaakt. Een verslag van deze bespreking treft u als bijlage bij deze beschikking aan *[bijlage]*. Uw zienswijzen laten zich als volgt samenvatten:

[samenvatten zienswijzen]

1.

2. enzovoort

Afdoening zienswijzen

Wij reageren als volgt op uw zienswijzen:

[invullen reactie per zienswijze]

1.

2. enzovoort

Uw zienswijzen geven ons geen aanleiding om ons voornemen niet uit te voeren.

Geen (concreet zicht op) legalisatie

Voorts hebben wij de mogelijkheden onderzocht tot legalisatie van de feitelijke situatie.

In dit geval is legalisatie niet mogelijk, omdat [omschrijf redenen waarom legalisering niet mogelijk is].

Toepassing handhavingsbeleid

Tevens hebben wij ons handhavingsbeleid [invullen titel en vindplaats, bijvoorbeeld website] toegepast [beschrijven dat het handhavingsbeleid in dit geval correct is toegepast].

Belangenafweging en motivering

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, in de regel van de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen gebruik moeten worden gemaakt.

Zoals hiervoor uitgebreid is gemotiveerd, handelen wij conform het gemeentelijke beleid en voorts is ons niet gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan wij in uw geval van handhaving moeten afzien.

Wij komen dan ook na een zorgvuldig onderzoek en belangenafweging tot de conclusie dat het algemeen belang dat gediend is met handhaving in dit geval zwaarder weegt dan uw belang, [zoals omschreven in de zienswijzen], dat de geconstateerde overtreding [voortduurt] of [kan worden hersteld].

Besluit

Gelet op het bepaalde in artikel 125 van de Gemeentewet [eventuele andere wettelijke grondslag noemen die bevoegdheid verleent herstelsanctie op te leggen] gelasten wij u de volgende maatregelen te treffen, bij gebreke waarvan de maatregelen van gemeentewege zullen worden getroffen op uw kosten:

[omschrijven te treffen maatregelen]

U dient deze maatregelen treffen binnen de hierna gestelde begunstigingstermijn.

(Geen) Begunstigingstermijn om maatregelen te treffen

Alternatief 1:

Omdat u per direct de overtreding kunt beëindigen wordt u geen begunstigingstermijn te gegund.

Alternatief 2:

Om de overtreding te beëindigen dient u de volgende maatregelen te treffen: [omschrijven maatregelen]. Wij schatten in dat hiermee de volgende tijd is gemoeid [motiveren waarom die termijn voldoende is]. Derhalve besluiten wij dat u de geconstateerde overtreding binnen [invullen begunstigingstermijn] dient te beëindigen, opdat niet (langer) wordt gehandeld in strijd met [invullen wettelijke voorschriften].

Toepassen bestuursdwang

Alleen indien u binnen deze termijn de strijdigheid geheel heeft beëindigd kunt u toepassen van bestuursdwang van gemeentewege, inclusief kostenverhaal op u, voorkomen. Dit houdt in dat, indien u niet binnen de genoemde termijn de overtreding heeft beëindigd, door en/of vanwege de gemeente een einde aan de overtreding zal worden gemaakt.

Dit betekent dat u de volgende maatregelen dient te treffen:

[omschrijf maatregelen].

Het verzegelen van gebouwen en hetgeen zich in die gebouwen bevindt, alsmede het meevoeren en opslaan van zaken behoort tot onze bevoegdheid tot toepassen van bestuursdwang.

Aanzegging kostenverhaal

De kosten die verbonden zijn aan de toepassing van bestuursdwang, alsmede de voorbereiding daarvan voor zover deze op de gemeente drukken na ommekomst van de begunstigingstermijn, zullen op u worden verhaald *[of op de overtreder als de geadresseerde een ander is dan de overtreder]*. Omtrent de eventuele inning en zo nodig invordering van de kosten zullen wij u afzonderlijk bij beschikking in kennis stellen.

Zakelijke werking

Op grond van artikel 5.18 Wabo besluiten wij dat dit besluit mede geldt jegens uw rechtsopvolger(s), alsmede jegens iedere verdere rechtsopvolger. Mitsdien kan dit besluit, tenzij bijzondere omstandigheden zich daartegen naar ons oordeel verzetten, jegens die rechtsopvolger(s) of iedere verdere rechtsopvolger ten uitvoer worden gelegd en kunnen de kosten van die tenuitvoerlegging bij die rechtsopvolger(s) of verdere rechtsopvolger worden ingevorderd.

Het college/de gemeenteraad van [invullen]

Namens deze,

Belanghebbenden kunnen tegen dit besluit binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift indienen bij het college van [invullen].

Het bezwaarschrift moet ondertekend zijn en ten minste bevatten:

- a naam en adres van de belanghebbende;
- b de dagtekening;
- c een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht;
- d de gronden van het bezwaar;
- e een volmacht, indien het bezwaarschrift niet door de belanghebbende, maar door een ander, namens hem, wordt ingediend.

U wordt verzocht een kopie van het besluit waartegen het bezwaar is gericht mee te zenden. De indiener van het bezwaarschrift kan, als onverwijlde spoed dat gelet op de betrokken belangen vereist, eveneens een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank, *[adres en bevoegde rechtbank toevoegen]*.

5.15 Model vooraankondiging/voornemen 4:8 Awb

Geachte heer/mevrouw,

Met deze brief maken wij bekend dat *[invullen toezichthouder aangewezen o.v.v. wettelijke grondslag aanwijzing]*, op *[invullen datum constatering, eventueel vermelden naar aanleiding van een handhavingsverzoek]* ter plaatse *[invullen locatie, adres en perceelsaanduiding]* de volgende feiten heeft/hebben geconstateerd:

[omschrijving feiten en op welke wijze deze zijn geconstateerd/vastgelegd, eventuele foto's et cetera toevoegen]

Deze feiten en omstandigheden leveren een overtreding op van [invullen wettelijke bepalingen en/of (vergunning)voorschriften waarmee in overtreding is gehandeld].

De letterlijke tekst van deze bepalingen en/of voorschriften treft u als bijlage bij deze beschikking aan [bijlage].

Optioneel: Bij brief van [invullen datum] hebben wij u geïnformeerd over de geconstateerde overtreding en hebben wij u verzocht aan deze overtreding een einde te maken.

Uit bovengenoemde constatering is gebleken dat de overtreding niet is beëindigd.

Derhalve maken wij hierbij bekend dat wij het voornemen hebben aan u een herstelsanctie op te leggen naar aanleiding van bovengenoemde overtreding.

Ons conceptbesluit daartoe treft u bijgaand aan [bijlage toevoegen].

Alvorens wij ons voornemen definitief maken, stellen wij u in de gelegenheid om binnen [redelijke termijn invullen, tenminste twee weken en houd rekening met een eventuele vakantieperiode] na dattekening van deze brief uw zienswijzen over dit voornemen bekend te maken.

U kunt ervoor kiezen van deze gelegenheid gebruik te maken, door een schriftelijk reactie te zenden aan [invullen ter attentie van wie en adres] of door uw zienswijzen mondeling over te brengen. Daartoe kunt u voor het maken van een afspraak terecht bij [invullen met wie contact op kan worden genomen en op welk telefoonnummer].

Optioneel: wij vernemen graag in uw zienswijzen waarom de overtreding (nog) niet is opgeheven en indien deze al wel is opgeheven op welke grond u meent dat herhaling van deze overtreding niet is te verwachten. Voorts verzoeken wij u kenbaar te maken of er naar uw mening bijzondere omstandigheden/rechtvaardigheidsgronden aanwezig zijn op grond waarvan wij van handhaving zouden moeten afzien.

De tijdig ingediende zienswijzen zullen worden betrokken bij de uiteindelijke besluitvorming inzake de op te leggen herstelsanctie.

Hoogachtend,

Het college/de gemeenteraad van [invullen gemeente]
Namens deze,

Deze brief is géén besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Het indienen van een bezwaarschrift is dan ook niet mogelijk.

5:16 Model toepassingsbeschikking

Geachte heer/mevrouw,

Bij brief van [invullen datum] heeft u ons verzocht om een beschikking te nemen als bedoeld in artikel 5:31a Awb, ter uitvoering van de last onder bestuursdwang die op [invullen datum en omschrijving last] is opgelegd. De daarin gestelde begunstigingstermijn is verstreken en derhalve is voldaan aan artikel 5:31a lid 2 Awb.

Voorts hebben wij vastgesteld dat u [wel] [niet] kunt worden ontvangen in uw verzoek, omdat u [wel] [geen] belanghebbende bent, aangezien u [motivering wel/geen belanghebbende].

Alternatief 1:

Omdat u geen belanghebbende bent bij uw verzoek, bent u niet ontvankelijk in uw verzoek.

Alternatief 2:

Aangezien u kunt worden ontvangen in uw verzoek, hebben wij uw verzoek in behandeling genomen en komen wij tot het volgende besluit.

Alternatief toewijzen:

Wij besluiten dat uw verzoek moet worden gehonoreerd, aangezien ons geen omstandigheden bekend zijn op grond waarvan wij van het toepassen van bestuursdwang zouden moeten afzien. Wij zullen u binnenkort informeren over de toepassing bestuursdwang.

Alternatief afwijzen:

Uw verzoek kunnen wij niet honoreren omdat:

- 1 de begunstigingstermijn nog niet is verstreken;
- 2 de last onder bestuursdwang inmiddels is ingetrokken;
- 3 de overtreding inmiddels is opgeheven;
- 4 de last onder bestuursdwang bij wijze van voorlopige voorziening is geschorst;
- 5 de last onder bestuursdwang is vernietigd door de bestuursrechter;
- 6 er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat bestuursdwang niet hoeft te worden toegepast;
- 7 er meer tijd gegund wordt om de overtreding te beëindigen, zoals bij bijgaande beschikking is besloten;
- 8 een (proef)procedure wordt afgewacht. Afhankelijk van de uitkomst van deze procedure, waarover wij u zullen informeren, kunt u opnieuw een verzoek indienen om een toepassingsbeschikking te nemen.

[alle redenen dienen nader te worden gemotiveerd]

Hoogachtend,

Het college/de gemeenteraad van [invullen gemeente]

Namens deze,

Belanghebbenden kunnen tegen dit besluit binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift indienen bij het college van [invullen].

Het bezwaarschrift moet ondertekend zijn en ten minste bevatten:

- a naam en adres van de belanghebbende;
- b de dagtekening;
- c een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht;
- d de gronden van het bezwaar;
- e een volmacht, indien het bezwaarschrift niet door de belanghebbende, maar door een ander, namens hem, wordt ingediend.

U wordt verzocht een kopie van het besluit waartegen het bezwaar is gericht mee te zenden. De indiener van het bezwaarschrift kan, als onverwijlde spoed dat gelet op de betrokken belangen vereist, eveneens een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank [adres en bevoegde rechtbank toevoegen].

6 De bestuurlijke boete

6.1 Inleiding

6.1.1 Boete in de gemeentelijke praktijk

In hoofdstuk 5 zijn de herstelsancties besproken. In dit hoofdstuk draait het om de bestraffende sanctie: de bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete houdt in een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom (art. 5:40 Awb). Deze sanctie is er op gericht om een overtreder te bestraffen (leed toe te voegen), anders dan de herstelsanctie die er op is gericht om de overtreding ongedaan te maken of om herhaling daarvan te voorkomen. Omdat de beide sancties een ander doel dienen, kunnen deze sancties naast elkaar worden opgelegd.

De bestuurlijke boete als sanctie is in de gemeentelijke praktijk nog niet zo vanzelfsprekend als de herstelsancties dat zijn. De bestuurlijke boete heeft de laatste jaren echter wel meer terrein gewonnen. Vooral op het gebied van de Participatiewet (Pw) bij het schenden van de inlichtingenplicht en de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) worden door gemeenten bestuurlijke boeten opgelegd. Ook in het kader van de handhaving van de Huisvestingswet en de Wet Kinderopvang ("Wko") worden door gemeenten bestuurlijke boeten opgelegd. Op 1 januari 2013 is aan de burgemeester, op grond van de gewijzigde Drank- en Horecawet (DHW), tevens de bevoegdheid toegekend om boeten op te leggen wegens het overtreden van bepalingen van de DHW.

Voor de (inhoudelijke) achtergronden van deze mogelijkheden wordt, ten aanzien van de DHW, verwezen naar de website van de VNG, het CCV en de website van het Expertisecentrum DHW, www.handhavingdhw.nl en www.handhavingdhw.nl/nieuws/handreiking-drank-en-horecawet-voor-gemeenten_Handreiking_DHW_voor_gemeenten_01.pdf.

Voor een voorbeeld in de jurisprudentie van een boete die werd opgelegd vanwege overtreding van de Drank- en horecawet, zie ABRvS 12 december 2018, JB 2019/15

Van de bevoegdheid om bij APV te bepalen dat een boete wordt opgelegd wanneer bepaalde overtredingen worden geconstateerd, zoals kleine ergernissen die overlast veroorzaken in de openbare ruimte (artikelen 154b e.v. Gemeentewet jo. Besluit bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte), wordt nauwelijks tot geen gebruik gemaakt, net als van de bevoegdheid om een boete op te leggen vanwege overtreding van de bepalingen in de Basisregistratie Personen.

Zie voor meer achtergronden het Evaluatierapport 'Bestuurlijke strafbeschikking en bestuurlijke boete overlast' drs. S. Flight, prof. Mr. dr. A. Hartmann en dr. O. Nauta, 16 mei 2012, https://www.dsp-groep.nl/wp-content/uploads/18sfbestuurlijk_strafbeschikking_boete_overlast-DSP_2012.pdf

6.1.2 Beginselplicht tot het opleggen van bestuurlijke boeten

Boeten kunnen worden opgelegd. Hetzelfde geldt voor herstelsancties. In sommige gevallen is in de wet echter een verplichting voor gemeenten opgenomen om voor bepaalde overtredingen een boete op te leggen. Zie bijvoorbeeld de Wet inburgering (artikel 28 e.v. Wet inburgering, Kamerstukken II 2005/06, 30 308, nrs. 4, 7 en 73, blz. 11, 107 en 11). Dat is iets anders dan de in hoofdstuk 3 besproken 'beginselplicht tot handhaven'.

plicht tot opleggen boete

Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, kan worden aangenomen dat de 'beginselplicht' ook geldt voor het opleggen van een bestuurlijke boete (CBb 15 juni 2011, JB 2011, 182, Rb. Rotterdam 6 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BY5391).

lik-op-stuk-beleid

De keuze voor de bestuurlijke boete is vaak ingegeven door de wens om een lik-op-stuk beleid te voeren. Direct na constatering van de overtreding kan de gemeente (BOA) een bestuurlijke boete opleggen of kan zij het voornemen een boete op te leggen aan de overtreder meedelen.

6.2 Bevoegdheid

6.2.1 Bijzondere wet kent bevoegdheid toe

bevoegdheid
op grond van
bijzondere
wetgeving

De Awb kent niet zelf de bevoegdheid toe om een bestuurlijke boete op te leggen. Dat gebeurt in de bijzondere wetgeving. In die bijzondere wetgeving kan de boetebevoegdheid *direct* zijn gegeven, zoals in de Pw, de Wko en de DHw. Daarnaast kent bijvoorbeeld de Huisvestingswet (artikel 35) de gemeenteraad de bevoegdheid toe om *bij verordening* te bepalen dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd bij overtreding van enkele in de Huisvestingswet genoemde artikelen.

6.2.2 Mandaatverbod

functiescheiding
kan nuttig zijn

Er is geen wettelijke verplichting om een functiescheiding te hanteren tussen degene die de overtreding constateert, degene die het boeterapport opstelt en degene die de boete oplegt (de beschikking daartoe neemt). Artikel 10:3 lid 4 Awb vormt daarop een uitzondering. Wanneer een bestuurlijke boete van meer dan EUR 340,- kan worden opgelegd, dan wordt het mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt. Bij geringere boeten wordt dit wel aanvaardbaar geacht vanwege het belang dat een dergelijke boete zo snel mogelijk na de overtreding wordt opgelegd.

De wetgever heeft het verder niet nodig geacht in de wet vast te leggen dat er een functiescheiding wordt gerealiseerd. De gedachte is dat het vaak niet efficiënt en ook niet nodig zal zijn om twee afzonderlijke instanties met de constatering van het feit en de boeteoplegging te belasten. Het is wel aan te bevelen om een scheiding tussen deze activiteiten binnen de organisatie te realiseren, of andere waarborgen te bieden voor een onafhankelijke positie bij de boeteoplegging (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 153-154).

6.3 Toepasselijke (procedurele) bepalingen

Wanneer een boetebevoegdheid is toegekend, gelden vervolgens de algemene sanctiebepalingen uit titel 5.1 Awb (zie hoofdstuk 4) en de bijzondere boetebepalingen uit titel 5.4 Awb. Bij bijzondere wet kan daarop een uitzondering worden gemaakt, zoals de Wko. Deze wet zal dan ook altijd naast de Awb moeten worden geraadpleegd om precies te weten welke (procedure)eisen gelden.

Zo bepaalt artikel 1.80 Wko dat wanneer het college van burgemeester en wethouders voornemens is een bestuurlijke boete op te leggen, hij de overtreder altijd een boeterapport toestuurdt als bedoeld in artikel 5:53 Awb, terwijl op grond van dat artikel deze verplichting normaliter alleen geldt bij het voornemen om een bestuurlijke boete op te leggen van meer dan EUR 340,-.

6.3.1 Lichte en zware procedure

extra procedure-
le waarborgen
zware proce-
dure

In artikel 5:53 Awb is onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde lichte en de zware procedure. De zware procedure moet worden toegepast wanneer een boete van meer dan EUR 340,- kan worden opgelegd. In de zware procedure gelden de volgende extra procedurele waarborgen:

- 1 er moet altijd een boeterapport of proces-verbaal worden opgemaakt;
- 2 de overtreder moet altijd in de gelegenheid worden gesteld zienswijzen te geven op het voornemen om een boete op te leggen; naar zijn keuze mondeling of schriftelijk. Als hij dit mondeling wil doen dan zal, voor zover nodig, een tolk moeten worden geregeld;
- 3 al bij de uitnodiging daartoe moet het boeterapport (of proces-verbaal) worden meegestuurd;
- 4 zoals hiervoor beschreven geldt in dit geval de regel dat degene die het boeterapport opmaakt, niet tevens in mandaat kan worden belast met de boeteoplegging;
- 5 de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt pas na vijf jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden.

6.4 Stappenplan opleggen bestuurlijke boete

zware procedure mag onverplicht worden gevolgd

Hierna zal worden beschreven welke stappen moeten worden genomen om tot het opleggen van een bestuurlijke boete te komen. Daarbij wordt uitgegaan van de zware procedure. Waar deze afwijkt van de lichte procedure zal dit worden vermeld. Overigens mag uiteraard in alle gevallen (onverplicht) de zware procedure worden gevolgd. Onderaan dit hoofdstuk treft u overigens een schematisch stappenplan aan.

6.4.1 Constatering van een overtreding

geen apart 'boetetoezicht'

Net als bij het opleggen van een herstelsanctie begint dit proces met het vaststellen dat een overtreding heeft plaatsgevonden. Vaststelling geschiedt door het uitoefenen van toezicht (zie hoofdstuk 2) of naar aanleiding van een klacht of een handavingsverzoek. In de meeste gevallen zullen de reguliere toezichtbevoegdheden, zoals besproken in hoofdstuk 2, voldoende zijn om adequaat te kunnen handhaven. Soms zullen aanvullende bevoegdheden nodig zijn, zoals de bevoegdheid tot het in beslag nemen van voorwerpen of het nemen van andere conservatoire maatregelen. Deze bevoegdheden zullen dan in de bijzondere wet moeten worden opgenomen. De Awb laat daarvoor ruimte. Er is dus uitdrukkelijk niet voor gekozen om in deze algemene regeling regels te stellen omtrent een onderzoek naar door bestuurlijke boeten te handhaven overtredingen, als een soort aparte 'opsporingsfase' na het toezicht.

wie constateert?

Overigens kunnen ook andere ambtenaren dan toezichthouders in de zin van titel 5.2 Awb taken verrichten ten behoeve van de vaststelling van overtredingen. Dat geldt ook bij herstelsancties. Bijvoorbeeld door eenvoudig administratief na te gaan of een burger tijdig aangifte heeft gedaan of andere verplichte bescheiden heeft ingediend. In sommige gevallen zijn met het oog daarop aan het bestuursorgaan zelf al rechtstreeks bevoegdheden toegekend, bijvoorbeeld tot het vorderen van inlichtingen. Vooral in de sociale zekerheids- en fiscale regelgeving doet zich dit voor. Zowel deze ambtenaren als toezichthouders kunnen van een geconstateerde overtreding een rapport opmaken (zie § 6.4.2.1 en 6.4.2.2).

Indien voorschriften tevens strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, zullen naast toezichthoudende ambtenaren ook opsporingsambtenaren/BOA's de overtreding kunnen vaststellen. Deze ambtenaren moeten van hun bevindingen zo spoedig mogelijk proces-verbaal opmaken (artikel 152 Sv).

6.4.2 Bewijsvoering: verzamelen en vastleggen feiten en omstandigheden

6.4.2.1 Boeterapport of proces-verbaal

De geconstateerde en/of waargenomen feiten moeten goed worden vastgelegd. Dat vloeit ook voort uit artikel 3:2 Awb. Op basis daarvan moet kunnen worden vastgesteld dat sprake is van een overtreding. Dit vormt uiteindelijk de motivering van het uiteindelijke boetebesluit. Wanneer de zware procedure van toepassing is, moet en in andere gevallen mag een boeterapport worden opgemaakt. Is er geen boeterapport, dan zal in het boetebesluit deugdelijk moeten zijn gemotiveerd welke overtreding de overtreder wordt verweten en hoe deze overtreding is 'bewezen' en onderbouwd. Dit volgt ook uit artikel 3:46 Awb.

gebreken in boeterapport niet (altijd) fataal

In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat het niet zou stroken met artikel 3:2 Awb om het bestuursorgaan bij het nemen van het boetebesluit te beperken in zijn informatiebronnen. Het beginsel van vrije bewijsvoering in het bestuursrecht verzet zich ertegen het rapport teveel status te geven. Het rapport moet echter wel duidelijk zijn (CBB, 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463, AB 2010, 317). Uit vaste jurisprudentie volgt dat een bestuursorgaan, onverminderd de eigen verantwoordelijkheid voor het bewijs, in beginsel mag afgaan op de juistheid van de bevindingen in een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend boeterapport, voor zover deze eigen waarnemingen van de opsteller van het boeterapport weergeven. Indien die bevindingen worden betwist, bijvoorbeeld in bezwaar, moet worden onderzocht of er, gelet op de aard en inhoud van die betwisting, grond bestaat voor zodanige twijfel aan die bevindingen dat deze niet of niet volledig aan de vaststelling van de overtreding ten grondslag kunnen worden gelegd, zie ook ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2347.

Wanneer het boeterapport fouten bevat, mag het niet worden gebruikt (zie rechtbank Gelderland, 13-12-2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6437). De vraag is, of elke fout, hoe klein ook, deze consequentie zou moeten hebben.

Daarbij geldt dat een boetebesluit geen betrekking mag hebben op overtredingen die niet ondubbelzinnig en eenduidig zijn genoemd in het boeterapport. De gemeente mag er wel voor kiezen om uiteindelijk niet voor alle overtredingen waarvan rapport of proces-verbaal is opgemaakt een bestuurlijke boete op te leggen. De gemeente kan er immers voor kiezen om tegen bepaalde overtredingen niet op te treden. Dat kan zijn omdat uiteindelijk wordt geoordeeld, anders dan de opsteller van het rapport of proces-verbaal, dat de gedraging geen overtreding oplevert, niet verwijtbaar is of niet bewezen kan worden. Wanneer een proces-verbaal is opgemaakt, dan treedt dat proces-verbaal voor het boeterapport in de plaats (art. 5:48 lid 4 Awb).

Het spreekt voor zich dat de vergaring van informatie die ten grondslag ligt aan het boeterapport, of aan het proces-verbaal, op zorgvuldige wijze moet plaatsvinden. Dat geldt evenzo voor de wijze waarop deze informatie wordt vastgelegd. Zeer relevant in dit verband is de uitspraak van de Afdeling van 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, te vinden in AB 2017/386 m.nt. R. Stijnen. Aan deze uitspraak ging een conclusie van staatsraad advocaat-generaal mr L.A.D. Keus vooraf (Conclusie d.d. 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034). Deze conclusie werd op verzoek van de Afdeling genomen nadat in hoger beroep door de appellante een aantal bewijs- en zorgvuldigheidsaspecten aan de orde werden gesteld welke ook in andere zaken vaker aan de orde werden gesteld. De uitspraak van de Afdeling neemt de conclusies van de advocaat-generaal over, en bevat onder andere de volgende punten:

- Degene aan wie een punitieve sanctie wordt opgelegd kan niet onbepaald aanspraak maken op een schriftelijke vertaling van alle op de zaak betrekking hebbende stukken; het gaat er om dat degene aan wie de sanctie wordt opgelegd begrijpt wat er in de procedure gebeurt, en in staat moet zijn om een effectieve verdediging te voeren;
- Slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen kan het zo zijn dat het bestuursorgaan niet mag uitgaan van wat in het boeterapport/proces-verbaal staat;
- Het boeterapport moet worden ondertekend, maar het ontbreken van een handtekening hoeft geen bestuursrechtelijke consequenties te hebben;
- Het ligt ook in de rede dat degene die wordt gehoord met betrekking tot een hem op te leggen punitieve sanctie dat verhoor ondertekent indien hij met de weergave kan instemmen. Het ontbreken van zo'n handtekening heeft echter geen dwingende bewijsrechtelijke consequenties;
- Hetzelfde geldt voor de door getuigen afgelegde verklaringen;
- Indien in een later stadium afwijkende verklaringen worden afgelegd, is het aan de rechter om die verklaringen te waarderen; daarbij mag worden betrokken dat die verklaringen niet ten overstaan van een toezichthouder zijn afgelegd;
- Hierbij geldt ook dat er van mag worden uitgegaan dat de betrokkene in een eerder stadium eerder geneigd zal zijn om naar waarheid en onbevangen te verklaren (en wellicht ook nog scherpere herinneringen heeft aan de gebeurtenissen);
- Een verklaring van de betrokken beboete partij dient daar waar dat kan in vraag en antwoordvorm te worden weergegeven. Voor een getuigenverklaring geldt dat daarin opgenomen gissingen en conclusies niet voor het bewijs kunnen worden gebezigd; de scheidslijn tussen waarnemen en conclusies valt evenwel niet altijd eenvoudig te trekken.

6.4.2.2 Inhoud boeterapport (art. 5:48 lid 2 Awb)

Een boeterapport vermeldt:

- 1 de dagtekening;
- 2 een (gedetailleerde) omschrijving van de feiten en omstandigheden zodat kan worden geconcludeerd dat een overtreding heeft plaatsgevonden;
- 3 het overtreden voorschrift;
- 4 zo nodig de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding plaatsvond;
- 5 de naam van de overtreder, waarbij zo nodig kan worden volstaan met een functionele aanduiding van de overtreder. In dit stadium zal namelijk nog niet altijd over de volledige gegevens kunnen worden beschikt. Dit speelt vooral als de overtreder een rechtspersoon is. Gegevens als

rechtsvorm, statutaire zetel en precieze verantwoordelijke voor de overtreding zullen dan niet altijd direct voorhanden zijn.

boetematrix

Het opstellen van een boeterapport vergt goede kennis van de regelgeving die is overtreden. Dit is nodig om de feitelijke waarnemingen zo te beschrijven, dat een overtreding kan worden bewezen. Zo heeft de NVWA voor het opstellen van een boeterapport een boetematrix ontwikkeld. Dit is een door de NVWA ontwikkeld hulpmiddel om systematisch tot een sluitend boeterapport te komen. Deze is op een afgeschermd deel van de website van het Expertisecentrum gepubliceerd en is alleen toegankelijk voor (medewerkers van) overheidsinstanties.

boeterapport is
bewijsmiddel

Het rapport of proces-verbaal speelt in het vervolg van de procedure een belangrijke rol. Het zal één van de belangrijkste bewijsmiddelen zijn. Het verschaft de overtreder voorts belangrijke informatie over hetgeen waartegen hij zich moet verweren.

6.4.2.3 Bewijslevering ('vrije bewijsleer')

In het bestuursrecht kennen we de vrije bewijsleer. Dat houdt in dat er geen directe bewijsregels in de wet zijn opgenomen (zoals wel het geval is in het strafrecht en het civiele recht).

De basis ligt in artikel 3:2 Awb als startpunt van de bewijsvoering. Het gemeentebestuur dient de feiten te onderzoeken en vast te stellen zodat hij op basis daarvan tot een besluit kan komen. Die feitenvaststelling en onderbouwing komen als het goed is terug in de motivering van, in dit geval, een boetebesluit en een (eventueel) boeterapport, als bedoeld in artikel 3:46 Awb.

Vrije bewijsleer wil zeggen dat het bestuursorgaan in beginsel vrij is in de keuze van bewijsmiddelen (stukken, verklaringen, monsternamen, opnames et cetera) en dat er geen bewijsminimum is, zoals in het strafrecht.

onrechtmatig
verkregen
bewijs

De grens wordt in beginsel volgens jurisprudentie gevormd door bewijsmiddelen die zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht (deze overweging is in meerdere uitspraken te vinden; zie o.a. Rb. Amsterdam 31 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX8690 en Centrale Raad van Beroep (CRvB) 19 juni 2012, ECLI:NL:CRvB:2012:BW8756 en, recenter, CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3205). Kort samengevat is dat bijvoorbeeld het geval wanneer een bestuursorgaan grondrechten schendt bij het verkrijgen van bewijs of wanneer hij bewust de burger misleidt om belastende informatie te achterhalen ('de liegende en bedriegende overheid'). Deze 'formule' geldt ook voor bewijs dat in het strafrecht niet bruikbaar is omdat het onrechtmatig is verkregen. Zie in dit verband ook ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3383, waarin de Afdeling overweegt dat er geen rechtsregel bestaat die het gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs verbiedt: het gebruik van dergelijk bewijs is slechts dan niet toegestaan indien het is verkregen op een wijze, die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.

Bij het beoordelen van het bewijs bij een bestraffende sanctie als de bestuurlijke boete ligt het voor de hand dat meer aansluiting wordt gezocht bij de wijze waarop het strafrecht verkregen bewijs beoordeelt. Zo wordt dan nauwgezet beoordeeld op welke wijze het bewijs is verkregen, en of daarin aanleiding moet worden gevonden om het bewijs niet aan het boetebesluit ten grondslag te leggen. In de regel is daarvan sprake wanneer iemand in zijn verdediging is geschaad, zoals besproken in § 2.9.

bewijsuitsluiting
van onrechtmatig
verkregen
bewijs

Wanneer sprake is van 'onrechtmatig verkregen bewijs', dan moet dit bewijs in het kader van de besluitvorming buiten beschouwing worden gelaten. Met andere woorden: die gegevens en informatie kunnen niet worden gebruikt. Dat kan tot de conclusie leiden dat er verder onvoldoende motivering kan worden gegeven om tot het opleggen van een bestuurlijke boete te komen. In de gemeentelijke praktijk worden nogal eens huisbezoeken afgelegd, zoals uitvoerig besproken in

§ 2.7.3. Wanneer die bezoeken worden afgelegd in strijd met artikel 8 lid 1 EVRM (het grondrecht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie) kan de tijdens dat bezoek vergaarde informatie mogelijk worden uitgesloten van bewijslevering en kan die informatie dus niet worden gebruikt om een bestuurlijke boete op te leggen. Zo leidde de inzet van een peilbaken voor het vergaren van bewijs volgens de CRvB tot een schending van artikel 8 EVRM. De inbreuk die met de inzet van een peilbaken werd gemaakt op het recht op respect voor het privéleven berustte niet op een voldoende duidelijke en voorzienbare en met waarborgen omklede wettelijke grondslag en dus er was sprake van onrechtmatig verkregen bewijs (CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947).

In recente jurisprudentie (bijvoorbeeld CRVB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3205) wordt gekeken naar de vraag of de gebruikmaking van een bevoegdheid een inbreuk oplevert op artikel 8 EVRM. Wanneer dat het geval is, wordt beoordeeld of het maken van die inbreuk redelijkerwijs nodig is. Als dat niet het geval is, luidt het oordeel dat het bewijs niet op rechtmatige wijze is verkregen.

In dit licht is mede van belang hoe de medewerkingsplicht in de toezichtfase (artikel 5:20 Awb) zich verhoudt tot het recht om niet zelf te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling (beboeting in dit geval). Daarvoor wordt verwezen naar § 2.8.1.

medewer-
kingsplicht
versus recht niet
mee te werken
aan eigen ver-
oordeling

In artikel 5:10a Awb is dit recht geborgd door te bepalen dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een *bestraffende* sanctie (waaronder in ieder geval de bestuurlijke boete) niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen (zie hoofdstuk 4). Wanneer het om een rechtspersoon gaat, komt het zwijgrecht alleen aan de bestuurders van de rechtspersoon toe, en niet aan alle werknemers (zie ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3494).

Veel toezichthouders zijn tevens BOA en dragen daarom twee petten. Dan kan gedurende het uitoefenen van toezicht een vermoeden ontstaan dat er een beboetbaar feit is gepleegd. De toezichthouder zou dan ten behoeve van het opleggen van een boete, inlichtingen kunnen vragen aan 'de onder toezicht staande'. Op dat moment zou hij de cautie moeten geven. Het is immers vaste jurisprudentie dat dit moet gebeuren wanneer een betrokkene wordt verhoord met het oog op een hem op te leggen sanctie (voor een recent voorbeeld: zie ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115). Dit gebeurt in de praktijk niet altijd. De toezichtfase wordt dan (ten onrechte) 'opgerekt'. In dat geval kan het voorkomen dat het tijdens de toezichtfase verzamelde materiaal niet mag worden gebruikt in een procedure waar een bestraffende sanctie wordt opgelegd wegens strijd met artikel 5:10a Awb.

In de uitspraak van de grote kamer van de ABRvS van 27 juni 2018 wordt ingegaan op de verhouding tussen artikel 5:10a (cautie) en de medewerkingsplicht in artikel 5:20 Awb (toezichtsfase). De ABRvS sluit aan bij de conclusie van Staatsraad A-G Keus van 12 april 2017 en oordeelt dat de cautieplicht bestaat 'wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie'. Blijft in dat geval de cautie ten onrechte achterwege, dan kan de verklaring van de betrokkene in de regel niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd. Dat geldt ook voor andere verklaringen die de betrokkene onder dwang heeft afgelegd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de betrokkene op grond van art. 5:20 lid 1 Awb gehouden was een verklaring af te leggen. Een verklaring die zonder de vereiste cautie is verkregen kan niettemin aan het bewijs bijdragen, indien de overtreder door het ontbreken van de cautie niet is benadeeld. Dat wil zeggen niet in zijn verdediging is geschaad.

Zo geldt bijvoorbeeld een inlichtingenplicht op grond van artikel 25 Werkloosheidswet, op grond waarvan de werknemer onverwijld en uit eigen beweging informatie moet verstrekken die van invloed kan zijn op het recht op een uitkering. De inlichtingenverplichting is voor het Uvw een noodzakelijk instrument om de rechtmatigheid van de uitkering vast te stellen. Voor zover de werknemer is verzocht om inlichtingen te verstrekken ter vaststelling van de rechtmatigheid van de uitkering, kan deze zich niet op het zwijgrecht beroepen. Dat is anders wanneer inlichtingen worden gevraagd in het kader van een op grond van artikel 27a Werkloosheidswet op te leggen boete. Omdat de fraude-inspecteur in dat kader de werknemer heeft meegedeeld dat hij verplicht was antwoord te geven op zijn vragen, is de afgelegde verklaring onder druk en niet onafhankelijk van de wil van de werknemer verkregen. In dat geval moest de verklaring buiten beschouwing worden gelaten. Dat betekent dat die verklaring als 'bewijsmateriaal' wegvalt en een boetebesluit moet worden gebaseerd op andere informatie. Is die informatie te mager, dan kan geen boete worden opgelegd (CRvB 21 november 2012, JnB, 1375, ECLI:NL:CRvB:2012:BY3772). Voor een recenter voorbeeld zie ook CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRvB:2018:3124, alhoewel daar geen punitieve sanctie werd opgelegd.

Nadat is onderzocht of de overtreding kan worden bewezen, moet vervolgens nog worden beoordeeld of een boete kan worden opgelegd aan deze overtreder.

6.4.3 *Bepalen of een boete kan worden opgelegd*

6.4.3.1 *Ontbreken verwijtbaarheid?*

Omdat de bestuurlijke boete een bestraffend karakter heeft, kan deze niet worden opgelegd wanneer de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt van de overtreding (artikel 5:41 Awb). Dit betekent niet dat de verwijtbaarheid 'bewezen' moet worden voordat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Is een beboetbare overtreding begaan, dan kan in beginsel een bestuurlijke boete worden opgelegd. Wanneer de overtreder aanvoert (en bewijst) dat van verwijtbaarheid (geheel of gedeeltelijk) geen sprake is, dan zal geen (of een verminderde) boete kunnen worden opgelegd. Wanneer de gemeente omstandigheden bekend zijn die maken dat van verwijtbaarheid geen (of in verminderde mate) sprake is, dan zal dat direct moeten leiden tot het afzien van een bestuurlijke boete of tot het opleggen van een verminderde boete (Vgl. CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRvB:2016:1844). Vaak blijkt dit uit de zienswijzen die worden ingediend op het voornemen om een bestuurlijke boete op te leggen.

6.4.3.2 *Overtreder overleden?*

overleden
rechtspersoon

Er kan geen bestuurlijke boete worden opgelegd wanneer de overtreder is overleden (artikel 5:42 Awb). De tekst van dit artikel suggereert dat het alleen zou gaan om een overtreder die een natuurlijk persoon is. Rechtspersonen kunnen overtreder zijn en ook zij kunnen 'overlijden'. In de praktijk houdt dat in dat een rechtspersoon 'ophoudt te bestaan'. Dat kan het gevolg zijn van een ontbinding, een (juridische) fusie et cetera.

tijdstip van
overlijden van
belang voor
boeteoplegging

De Afdeling oordeelt in die gevallen dat geen bestuurlijke boete meer kan worden opgelegd wanneer *ten tijde van het begaan van de overtreding* voor derden kenbaar was (bijvoorbeeld volgens de gegevens uit het handelsregister), dat de rechtspersoon niet meer bestond tijdens de overtreding en niet op het moment van de boeteoplegging zie ABRvS 7 april 2010, ECLI:NL:2010:BM0220, AB 2011,6; ABRvS 4 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3261, AB 2011,14 en ABRvS 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7778, AB 2011,15, AB 2012, 134). In lagere rechtspraak is deze lijn meer recent nog als vaste rechtspraak aangehaald: Rb. Rotterdam 15 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:338. De bestuursrechtelijke jurisprudentie wijkt daarmee af van vaste strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad (zie onder meer de arresten van 20 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2655, 24 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0553 en 15 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6870). Volgens de Hoge Raad wordt het recht tot strafvordering tegen een rechtspersoon of een voor de toepassing van artikel 51 Sr daarmee gelijkgestelde entiteit als vervallen beschouwd, wanneer op *het tijdstip dat een vervolging wordt aangevangen voor derden kenbaar is* (bijvoorbeeld door publicatie in het handelsregister) dat een rechtspersoon of een daarmee gelijkgestelde entiteit is ontbonden dan wel is opgehouden te bestaan.

Een bestuurlijke boete vervalt wanneer het boetebesluit op het tijdstip van het overlijden van de

verval boete bij overlijden

overtreder niet onherroepelijk is. Dit laatste geldt ook wanneer al een begin is gemaakt met de executie door betekening van een dwangbevel; de executie zal dan moeten worden gestaakt. Een onherroepelijke bestuurlijke boete vervalt automatisch voor zover deze op het moment van overlijden nog niet is betaald.

6.4.3.3 *Overtreder al voor dezelfde overtreding bestraft?*

ne-bis-in-idem

Geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd wanneer aan de overtreder wegens dezelfde overtreding al eerder een bestuurlijke boete is opgelegd of wanneer is aangegeven dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete wordt opgelegd (5:43 Awb). Dit is het ne-bis-in-idem beginsel: een overtreder mag niet tweemaal worden gestraft voor dezelfde overtreding. Wanneer een overtreder al strafrechtelijk is bestraft, kan dus ook geen bestuurlijke boete meer worden opgelegd. De kans dat dat gebeurt is echter minder groot vanwege het nog te noemen “una via”-beginsel. De wetgever heeft meegegeven dat het in de rede ligt dat bestuursorganen en bestuursrechters bij de uitleg van deze strafrechtelijke beginselen de strafrechtelijke jurisprudentie zullen volgen (zie Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 136). Het is op grond van die strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad van belang om te bepalen of sprake is van dezelfde overtreding of van meerdere overtredingen (zie: HR 21 november 1961, NJ 1962, 89; HR 5 februari 1963, NJ 1963, 320, en verduidelijkt (zonder daarmee inhoudelijk een verandering is beoogd in HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, AB 2011, 225). Deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie waarin iemand gelijktijdig twee of meer overtredingen pleegt. Dan kan de overtreder voor het begaan van die verschillende overtredingen afzonderlijk worden beboet.

verschillende overtredingen afzonderlijk beboeten

Overtreding van twee voorschriften kan ook één feit opleveren waarvoor maar één bestuurlijke boete mag worden opgelegd. Daarvan is sprake wanneer de overtreden voorschriften soortgelijke belangen beschermen.

Een voorbeeld waar daaraan niet was voldaan is het bekende strafrechtelijke arrest waar een persoon dronken achter het stuur werd aangetroffen op een autoloze zondag tijdens de eerste oliecrisis (HR 8 april 1975, NJ 1975, 296). De strekking van beide voorschriften (het toenmalige artikel 26 Wegenverkeerswet en artikel 1 van de toenmalige Beschikking verbruiksbeperking motorbrandstoffen tijdens het weekeinde) was zodanig verschillend, dat de verdachte twee verschillende feiten had gepleegd en daarom voor elk van beide afzonderlijk kon worden vervolgd.

een gedraging, meerdere wettelijke voorschriften overtreden

Het komt voor dat een overtreder met een gedraging/handeling twee voorschriften overtreedt en dat dan de situatie ontstaat dat twee verschillende bestuursorganen bevoegd zijn. Het feit dat de wetgever verschillende bestuursorganen met de handhaving heeft belast, is een duidelijke indicatie dat de overtreden voorschriften verschillende belangen beogen te beschermen.

Een voorbeeld. Zo oordeelde de Afdeling dat het was toegestaan een bestuurlijke boete op te leggen voor een gedraging die een overtreding opleverde van de Algemene bijstandswet en tegelijkertijd van de Wet op de individuele huursubsidie (ABRS 10 februari 1997, AB 1997, 427). Dit laat natuurlijk onverlet dat het gewenst kan zijn dat bestuursorganen hun sanctiebeleid op verwante terreinen onderling afstemmen. Daarnaast kan de boete ook altijd gematigd worden wanneer het opleggen van sancties door verschillende bestuursorganen in een concreet geval onredelijk zou zijn.

bestuursrechter verplicht om zelf te voorzien

Omdat het gelet op het ne-bis-in-idembeginsel ook niet mogelijk moet worden geacht, dat na vernietiging door de bestuursrechter van een bestuurlijke boete opnieuw een bestuurlijke boete wordt opgelegd door het bestuursorgaan, bepaalt artikel 8:72a Awb dat de bestuursrechter in dat geval verplicht is zelf in de zaak te voorzien. Het gaat bij het ne-bis-in-idembeginsel niet alleen om het voorkomen van dubbele bestraffing, maar ook om het voorkomen van dubbele vervolging. Het begrip “criminal charge” is in dit verband leidend.

In de strafrechtelijke Europese jurisprudentie is wel langzaam een verschuiving zichtbaar, waarbij het EHRM het toelaat dat er ná een bestuurlijke boete toch nog een strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd. Dit mag (kortgezegd) alleen indien de sancties voorzienbaar zijn, op elkaar zijn afgestemd, en

min of meer tegelijkertijd worden opgelegd, en indien het totale sanctiepakket evenredig is. Zie in dit verband het arrest A en B tegen Noorwegen, EHRM 15 november 2016, AB 2017/188 en de zaak Menci, EHRM 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197.

bestuurlijke
boete aan
rechtspersoon
en bestuurder
van die rechts-
persoon?

bevoegdheid
opleggen be-
stuurlijke boete
opgeschort

Tot slot nog een korte opmerking over overtredingen begaan door rechtspersonen. De vraag kan zich voordoen of het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon wel mogelijk is, wanneer aan de directeur(en) van de rechtspersoon al als natuurlijke persoon een boete is opgelegd. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft in een dergelijk geval overwogen dat het bestuursorgaan bij de belangenafweging of aan de rechtspersoon een boete moet worden opgelegd, zal moeten bezien of, en in hoeverre aan de boeteoplegging dezelfde feiten ten grondslag liggen als waarvoor de directeur-grotaandeelhouder strafrechtelijk is veroordeeld en of deze door het opleggen van de boete, tweemaal in zijn vermogen wordt geschaad.

6.4.3.4 *Una Via*

samenloop be-
stuurlijke boete
en strafrechtelij-
ke vervolging

Artikel 5:44 Awb regelt de samenloop tussen de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke vervolging, waaronder de strafbeschikking. Indien de betreffende gedraging tevens een strafbaar feit is, wordt zij aan de officier van justitie voorgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald dan wel met het OM is overeengekomen, dat daarvan kan worden afgezien.

De bestuursrechtelijke weg is definitief afgesloten zodra het onderzoek ter terechtzitting is begonnen. Een eventuele vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging of niet ontvankelijkheid van het OM doet de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete dus niet herleven – het subject is immers al aan een vervolging blootgesteld. De bestuursrechtelijke weg is eveneens definitief afgesloten indien het OM een transactie aanbiedt en de overtreder deze aanvaardt. Dan is immers een sanctie opgelegd, en is een tweede sanctie voor hetzelfde feit niet meer mogelijk. Ziet het OM echter, anders dan wegens aanvaarding van een transactievoorstel, nog voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting af van strafvervolging, dan krijgt de gemeente alsnog de gelegenheid te beslissen of wel een boete wordt opgelegd.

Het gaat er dus niet alleen om dat geen twee straffen worden opgelegd. De keuze voor een van beide wegen dient op enig moment definitief te zijn. Het kan niet zo zijn, dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt, de overheid het dan zonder meer nog eens langs de andere weg kan proberen. Dat is in strijd met het ne-bis-in-idembeginsel.

afstemming OM
en gemeente

Een en ander impliceert uiteraard dat het OM en de gemeente met elkaar in overleg zullen moeten treden over de vraag of de overtreding strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk zal worden afgedaan. Daarom bepaalt artikel 5:44 lid 2 Awb dat het bestuursorgaan – dat bij overtredingen waarvoor bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd in de praktijk veelal als eerste op de hoogte is van de overtreding – in beginsel gehouden is de overtreding aan de officier van justitie voor te leggen. Bij grotere aantallen overtredingen is het echter niet doelmatig en uit oogpunt van een consistent beleid ook minder gewenst dat dit overleg over iedere individuele overtreding plaatsvindt. De praktijk is dan ook dat OM en gemeente in die gevallen in onderling overleg criteria formuleren voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening. Deze criteria plegen te worden neergelegd in een convenant en/of in vervolgingsrichtlijnen van het OM. Daarom bepaalt het tweede lid van artikel 5:44 dat van het aan de officier van justitie voorleggen van de overtreding kan worden afgezien in de gevallen waarvoor dat tussen bestuur en OM is overeengekomen.

Wanneer een gedraging aan de officier van justitie is voorgelegd, legt de gemeente slechts een bestuurlijke boete op indien:

1. de officier van justitie heeft medegedeeld ten aanzien van de overtreder van strafvervolging af te zien, of
2. de gemeente niet binnen dertien weken een reactie van de officier van justitie heeft ontvangen.

Dit betekent in de praktijk dat wanneer de overtreding aan de officier van justitie is voorgelegd, de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete is opgeschort. Indien de officier van

justitie niet binnen dertien weken reageert, herleeft de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Deze bevoegdheid herleeft eveneens indien de officier van justitie heeft meegedeeld van strafvervolgning af te zien. De praktische betekenis daarvan zal uiteraard afhangen van de reden waarom de officier van justitie van strafvervolgning afziet. Indien de officier van justitie om redenen van prioriteitstelling van vervolging afziet, staat niets er aan in de weg dat de gemeente wel handhavend optreedt. Indien echter de officier van justitie niet vervolgt omdat de overtreding naar zijn oordeel niet kan worden bewezen of gerechtvaardigd is, zal de gemeente in de praktijk niet snel tot het opleggen van een bestuurlijke boete overgaan. Uitgesloten is dit niet: het feit dat de wetgever aan de gemeente de bevoegdheid heeft toegekend om een bestuurlijke boete op te leggen, brengt met zich dat het bestuursorgaan zelf verantwoordelijk is voor de uitoefening van deze bevoegdheid. Daarom is het bestuursorgaan ook bij de beoordeling van aspecten als bewijsbaarheid en wederrechtelijkheid niet gebonden aan het oordeel van de officier van justitie.

6.4.3.5 *Overtreder ook strafrechtelijk vervolgd?*

Een bestuurlijke boete kan niet worden opgelegd wanneer de overtreder ook strafrechtelijk wordt vervolgd. Het kan voorkomen dat de officier van justitie van vervolging afziet, maar dat daarover met succes geklaagd wordt en de officier van justitie alsnog zal moeten vervolgen. Zou in de tussentijd een bestuurlijke boete zijn opgelegd, dan vervalt deze op grond van artikel 5:47 Awb wanneer het Gerechtshof de vervolging van de overtreder beveelt. Dit geldt ook als deze bestuurlijke boete al onherroepelijk is geworden. Dit betekent dat de gemeente de betaalde bedragen aan de overtreder moet terugbetalen. Behoorlijk bestuur vereist dat dit met bekwame spoed gebeurt. Een en ander veronderstelt uiteraard, dat de gemeente van het bevel van het Gerechtshof op de hoogte is. Het is echter niet nodig daarvoor een regeling te treffen. De overtreder heeft er immers zelf alle belang bij om de gemeente zo spoedig mogelijk van het bevel op de hoogte te stellen (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 145).

Wanneer de gemeente in strijd met deze regels toch overgaat tot de oplegging van een bestuurlijke boete, dan verliest het OM zijn vervolgingsrecht.

6.4.3.6 *Vervaltermijn verstreken?*

opschorting
vervaltermijn

verval
ambtshalve
onderzoeken

Wanneer de verzwaarde procedure van toepassing is (boete > EUR 340,-), vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vijf jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. In de overige gevallen vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete drie jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. Het derde lid van artikel 5:45 Awb bepaalt dat indien tegen de bestuurlijke boete bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld, de vervaltermijn wordt opgeschort tot onherroepelijk op het bezwaar of beroep is beslist. Verval betekent, anders dan verjaring, dat ambtshalve moet worden nagaan of de termijn is verstreken. Bij verjaring geldt dat de overtreder daar zelf een beroep op moet doen.

De vervaltermijn ziet uitsluitend op het opleggen en niet op het invorderen van de boete. De verjaringstermijn voor invordering is geregeld in titel 4.4 Awb (zie hoofdstuk 7).

6.4.4 *Bepalen hoogte van de boete*

6.4.4.1 *Wet bepaalt boetemaximum*

Artikel 5:46 lid 1 Awb schrijft voor dat de wet de maximale hoogte van de bestuurlijke boete moet noemen die wegens een bepaalde overtreding kan worden opgelegd. Zie bijvoorbeeld artikel 18a en 47g van de Pw, of artikel 1.72 Wko.

6.4.4.2 *Bepalen boetehoogte bij wettelijk boetemaximum en rol beleidsregels*

Wanneer de wet enkel het boetemaximum noemt, dan zal de gemeente moeten vaststellen of dat maximum wordt opgelegd, of dat een ander boetebedrag passender is. Artikel 5:46 lid 2 Awb bepaalt dat het boetebedrag altijd moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin zij aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Dit vloeit ook voort uit artikel 6 EVRM en artikel 3:4 Awb. De punitieve sanctie moet te allen tijde evenredig zijn.

Deze concrete afstemming van het boetebedrag op de overtreding en de overtreder zal de gemeente in iedere situatie moeten verrichten, ook wanneer dit in beleidsregels al is ingekaderd. Beleidsregels hebben in dit verband het karakter van wetsinterpreterende beleidsregels, waaraan de bestuursrechter in beginsel niet is gebonden. Dit laat onverlet dat het uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (en om een uitgangspunt te hebben) zeer gewenst kan zijn beleidsregels over de hoogte van de op te leggen boeten vast te stellen en bekend te maken. Het vaststellen van beleidsregels is echter niet verplicht (Rb 's-Gravenhage, 15 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5658 en ABRs 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5583).

Dit is in dit kader een standaard overweging die de Afdeling hanteert:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 21 juli 2010 in zaak nr. 201001016/1/H3), gaat het bij het opleggen van een bestuurlijke boete in dit geval om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid. Het bestuursorgaan moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46 lid 2 Awb, het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Het bestuursorgaan kan omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, dient het bestuursorgaan bij de toepassing daarvan in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de bestuurlijke boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de bestuurlijke boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.”

Ook zeer recent is bij deze standaardoverweging aangesloten in ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1759 en ABRvS 3 april 2019: ECLI:NL:RVS:2019:1038.

“Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie onder meer de uitspraak van 21 maart 2012 in zaak nr. 200804672/1/V6) bestaat reden tot matiging van de opgelegde boete indien op basis van de door de overtreder overgelegde financiële gegevens moet worden geoordeeld dat hij door de opgelegde boete onevenredig wordt getroffen.”
ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3230 en meer recent ABRvS 22 mei 2019.

De overweging dat de hoogte van de bestuurlijke boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, zien we ook terug in de jurisprudentie van de CRvB en het CBb. Zie bijvoorbeeld CRvB 23 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

Beleidsregels dienen in de regel om de boetebedragen in te kaderen en de omstandigheden te bepalen die boeteverhogend of boeteverlagend werken. Zo kan bijvoorbeeld worden uitgegaan van een ‘basis- of vast boetebedrag’, dat vervolgens in concrete gevallen kan worden verhoogd of verlaagd, aan de hand van onder meer de volgende omstandigheden. Dit is een systematiek die wordt gehanteerd door de Autoriteit Financiële Markten, maar deze is in de gemeentepraktijk goed bruikbaar om het beleid op te baseren:

- 1 ernst overtreding;
- 2 is sprake van benadeling van derden;
- 3 duur van de overtreding;
- 4 verwijtbaarheid;
 - a intentie van de overtreder, is bewust risico genomen;
 - b was overtreding makkelijk te voorkomen;
 - c zijn er maatregelen getroffen om de overtreding te voorkomen;

- d is overtreder al eerder gewezen op de norm?;
- 5 recidive (is de overtreding vaker begaan);
- 6 behaald voordeel (is er 'winst' gemaakt);
- 7 draagkracht overtreder;
- 8 ...

In beleidsregels kunnen prioriteiten worden gesteld en kan zijn voorzien in afstemming met andere sancties, zoals herstelsancties of privaatrechtelijke instrumenten.

Zie bijvoorbeeld 'Beleidsregels bestuurlijke boete Huisvestingswet Rotterdam 2018' van de gemeente Rotterdam, die op grond van de Woningwet die op grond van de Huisvestingswet en de Verordening toegang woningmarkt en samenstelling woningvoorraad, beleidsregels over de wijze waarop de gemeente gebruikt maakt van deze bevoegdheid heeft vastgesteld https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/historie/Rotterdam/486838/486838_1.html

Zie voor de systematiek die de AFM hanteert haar boetetoemeteringsbeleid: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/werkzaamheden/maatregelen/boetehoogte>

onbekendheid
bekendgemaakte
beleidsregels
geen reden tot
matiging

Wanneer beleidsregels zijn bekendgemaakt, dan wordt een overtreder verondersteld daarvan kennis te hebben. Wanneer een overtreder zich erop beroept deugdelijk kenbaar gemaakte beleidsregels niet te kennen, dan is dat in de regel geen reden om de boete te matigen (Rb. Utrecht, 3 augustus 2012 ECLI:NL:RBUTR:2012:BX5628).

Let wel: in beleidsregels kunnen niet nieuwe normen in het leven worden geroepen, die bij overtreding leiden tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Artikel 5:4 Awb vereist namelijk een wettelijke grondslag voor een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie en een beleidsregel is geen wettelijk voorschrift (ABRvS 21 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU881 en Rb. Utrecht 24 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX7335).

In de recente jurisprudentie is terug te zien dat de rechter toetst of de betreffende beleidsregel in abstracto evenredig is, maar ook of de uitwerking ervan in het concrete geval evenredig is. Zo werd in ABRvS 9 maart 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:617) geoordeeld dat het boetebeleid rondom de Wet Arbeid Vreemdelingen niet deugdelijk was, onder meer omdat een "automatische verdubbeling" op grond van recidive – ook al stond de wet dit toe – niet automatisch evenredig is. Indien wordt aangevoerd dat de boete in een concreet geval niet evenredig is, moet daarop worden ingegaan.

6.4.4.3 *Maatstaf bepalen boetehoogte bij wettelijk gefixeerde boete; hardheidsclausule*

Zelfs wanneer de wet wel het exacte boetebedrag noemt dat voor een bepaalde overtreding kan worden opgelegd, dan nog zal dus een lagere boete moeten worden opgelegd wanneer de overtreder aannemelijk maakt (niet onomstotelijk bewijst!) dat de opgelegde bestuurlijke boete te hoog is wegens bijzondere omstandigheden. Dit volgt uit artikel 5:46 lid 3 Awb. De overtreder zal deze omstandigheden moeten aanvoeren in de zienswijzen en/of bezwaar (zie bijvoorbeeld ABRS 15 april 1999, JB 1999/151) en meer recent CRvB 25 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3134 en Rb. Den Haag 25 mei 2018, ECLI:NL:RBDH:2018:6122. Dit veronderstelt overigens dat wanneer geen bijzondere omstandigheden aanwezig zijn of niet aannemelijk worden geacht, niet van de in de wet genoemde hoogte kan worden afgeweken.

onderzoek naar
bijzondere om-
standigheden

Indien er volgens het dossier duidelijke aanwijzingen bestaan dat voor verlaging van de boete aanleiding zou kunnen zijn, dan moet de gemeente deze nader onderzoeken. Geeft het dossier geen enkel aanknopingspunt, dan hoeft de gemeente niet ambtshalve onderzoek te doen naar het bestaan van bijzondere omstandigheden die wellicht nopen tot verlaging van de boete. In dat geval mag de gemeente in beginsel uitgaan van de door de wetgever gemaakte afweging (zie CBB 5 april 2005, AB 2006, 81 en 82, Rb. Rotterdam 25 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5147 en TK 2005-2006, 29 702, nr. 7, p. 52-53).

6.4.4.4 *Wet of beleidsregels verlagen boete ten voordele van overtreder?*

wijziging boete-
hoogte

Artikel 5:46 lid 4 Awb verklaart artikel 1 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing. Dit artikel bepaalt dat bij 'verandering van wetgeving' de voor de overtreder meest gunstige bepalingen worden toegepast. Daarbij gaat het in de eerste plaats om wetswijzigingen die zien op de aard of hoogte van de bestuurlijke boete.

Dit geldt niet alleen voor wetswijzigingen, maar ook wanneer de gemeenteraad een verordening wijzigt, of nieuwe beleidsregels bekendmaakt (Rb. Utrecht 24 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX7335 en Rb. Rotterdam (Rb. Rotterdam 26 november 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219, AB 2003, 385).

Wanneer de (maximale) boete voor een bepaalde overtreding verlaagd wordt, dan moet de overtreder van die verlaging profiteren. En dan geldt die verlaging dus ook voor overtredingen die voor de inwerkingtreding van de verlaging hebben plaatsgevonden. Wanneer dit gebeurt nadat al een bestuurlijke boete is opgelegd, dan zal het boetebesluit moeten worden herroepen, tenzij dit al voordien onherroepelijk is geworden. Maar ook dan bestaat de bevoegdheid dit boetebesluit in te trekken. Gebeurt dit tijdens een lopende bezwaar- of beroepsprocedure, dan zal het boetebesluit moeten worden herroepen respectievelijk worden vernietigd door de bestuursrechter.

wijziging over-
trede(n) voor-
schrift(en)

Het kan ook gaan om wijzigingen in het overtreden voorschrift. In dat geval geldt op grond van (strafrechtelijke) jurisprudentie dat de meest gunstige bepaling dan alleen wordt toegepast wanneer de wijziging berust op gewijzigd inzicht van de 'wetgever' over de strafwaardigheid van het feit.

De wetgever – dit kan ook de gemeenteraad als lagere wetgever zijn – kan overigens bij de wijziging van de boeteregeling in kwestie zelf een overgangsregeling treffen. Dan moet uitdrukkelijk worden bepaald dat de wijziging niet geldt voor sancties die al zijn opgelegd voor de inwerkingtreding van de wijziging (TK 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 140-145).

6.4.5 *Procedurele waarborgen voor de overtreder*

6.4.5.1 *Inzage in boetedossier en taalhulp*

inhoud boete-
dossier

De gemeente moet de overtreder op zijn verzoek in de gelegenheid stellen het dossier in te zien waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe berust, en om daarvan kopieën te maken. Het 'dossier' bestaat uit alle stukken die relevant zijn geweest voor de besluitvorming over de bestuurlijke boete. Daaronder vallen in ieder geval alle stukken die hebben geleid tot het opleggen van de bestuurlijke boete, maar ook stukken die niet zijn gebruikt omdat deze juist in het voordeel van de overtreder zijn (EHRM 16 december 1992, Publ. ECHR Ser. A. Vol 247 (Edwards)). Wanneer de gemeente stukken niet zou willen verstrekken omdat deze vertrouwelijk zijn en niet openbaar kunnen worden gemaakt, dan heeft dit tot gevolg dat dit document niet meer ter motivering van de boete kan worden gebruikt. Een bestraffende sanctie kan namelijk niet worden gebaseerd op stukken waartegen de overtreder zich niet kan verweren. Dit recht op inzage geldt ook in de bezwaarfase, en derogeeft in zoverre aan artikel 7:4 lid 6 Awb (Rb. Rotterdam 26 november 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AR4219, AB 2003, 385).

inspanningsver-
plichting ge-
meentebestuur
boetedossier
begrijpelijk te
maken

Wanneer de overtreder de Nederlandse taal niet goed beheerst, dan moet de gemeente er zoveel mogelijk voor zorgen dat deze gegevens aan de overtreder worden medegedeeld in een begrijpelijke taal. Dit volgt uit artikel 5:49 lid 2 Awb. Op de gemeente rust een inspanningsverplichting om alles te doen wat redelijkerwijs gevraagd kan worden om de overtreder in staat te stellen om zich adequaat te verdedigen. Dit betekent dus niet, dat een overtreder die het Nederlands niet beheerst, zonder meer recht heeft op vertaling van het gehele dossier. Dit kwam hierboven al ter sprake. Waar het om gaat is of de overtreder een adequate verdediging kan voeren. Onder omstandigheden kan een mondelinge toelichting op een schriftelijk stuk door de gemeente voldoende zijn. Ook kan het voldoende zijn als de advocaat of adviseur van de overtreder de Nederlandse taal begrijpt. Uitgangspunt blijft echter dat de overtreder in staat wordt gesteld om een adequate verdediging te voeren, zie bijvoorbeeld ook ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3494. Bij schending van dit artikel is toepassing van artikel 6:22 Awb minder waarschijnlijk, nu de overtreder door schending van deze voorschriften doorgaans in zijn verdediging zal zijn geschaad.

6.4.5.2 Zienswijzen

Hoewel het alleen bij de zware procedure verplicht is om een overtreder om zienswijzen te vragen op het voornemen hem een boete op te leggen, strekt het tot de aanbeveling dit altijd te doen. Zo is de overtreder in een vroegtijdig stadium in de gelegenheid om feiten en omstandigheden aan te dragen die mogelijk kunnen voorkomen dat een boete wordt opgelegd en in bezwaar moet worden bestreden. Daarnaast is dit nuttig wanneer de feiten nog niet helemaal duidelijk zijn, zodat deze procedure kan worden benut om nader onderzoek te doen zoals artikel 3:2 Awb voorschrijft. In het voornemen kan dan worden aangegeven dat de feiten en omstandigheden voor zover bekend aanleiding geven tot het opleggen van een bestuurlijke boete en dat de overtreder wordt uitgenodigd feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan dat voornemen niet zou moeten worden uitgevoerd.

toezenden
boeterapport
bij uitnodiging
indienen ziens-
wijzen

Indien de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete zijn zienswijze naar voren te brengen, dan moet het boeterapport bij de uitnodiging om zienswijzen te geven aan de overtreder worden toegezonden of uitgereikt (art. 5:50 Awb). Indien onverplicht (in de lichte procedure) om zienswijzen wordt gevraagd, hoeft een boeterapport alleen verstrekt te worden als het is opgesteld. Er is dan geen verplichting een boeterapport op te maken, maar als dat rapport (of proces-verbaal) er is, moet het worden meegezonden.

tolk

Ook moet de gemeente eventueel zorgen voor bijstand door een tolk indien blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt. Waar het om gaat is dat de gemeente en de overtreder met elkaar kunnen communiceren. Als de overtreder niet het Nederlands, maar bijvoorbeeld wel het Engels machtig is, zal daarvoor in veel gevallen geen tolk nodig zijn. Dit geldt ook wanneer de overtreder onverplicht om zienswijzen wordt gevraagd.

kennisgeving
wel of geen
boete op te
leggen

Wanneer de gemeente vervolgens besluit om geen bestuurlijke boete op te leggen, of (na overleg in de driehoek) de overtreding alsnog aan het OM voor te leggen, dan wordt dit schriftelijk aan de overtreder medegedeeld. Het is denkbaar dat een rapport is opgesteld van twee of meer overtredingen, maar dat de gemeente slechts voor één daarvan het opleggen van een boete overweegt. In dat geval ligt het natuurlijk in de rede dat ook dit aan de overtreder wordt medegedeeld.

kennisgeving is
beschikbaar

De kennisgeving dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dit is overigens slechts van praktisch belang indien een derde-belanghebbende aanwezig is, die dit besluit eventueel zou willen aanvechten (TK, vergaderjaar 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 149–150).

6.4.6 Beslistermijn

beslistermijn is
termijn van orde

Indien van de overtreding een rapport is opgesteld, beslist de gemeente binnen dertien weken na dagtekening van het rapport tot het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 5:51 Awb). Overschrijding van de beslistermijn heeft niet tot gevolg dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalst; er is sprake van een zogenaamde 'termijn van orde'.

geen boete-
rapport geen
wettelijke
beslistermijn

beslissen binnen
een redelijke
termijn

Binnen deze dertien weken moet de hele procedure, inclusief het eventuele horen van de overtreder, worden afgehandeld. Wanneer er geen boeterapport is, geldt er geen beslistermijn. Het is dan namelijk niet mogelijk om eenvoudig een beginpunt aan te wijzen waarop die termijn zou gaan lopen. Overigens geldt in alle gevallen dat uit artikel 6 lid 1 EVRM voortvloeit dat een procedure binnen een redelijke termijn wordt afgedaan. Wanneer dit niet lukt, dat heeft de overtreder recht heeft op compensatie; ingeval van boetezaken door matiging van de boete.

opschorten
beslistermijn

De beslistermijn wordt opgeschort met ingang van de dag waarop de gedraging aan het OM is voorgelegd, tot de dag waarop de gemeente weer bevoegd wordt een bestuurlijke boete op te leggen.

6.5 Boetebesluit

Het boetebesluit dient in ieder geval de volgende elementen te bevatten:

- 1 de naam van de overtreder (art. 5:52 Awb);
- 2 de gedraging (of nalaten) die tot een overtreding heeft geleid;
- 3 zo nodig aanduiding plaats waar en tijdstip waarop overtreding is geconstateerd (art. 5:9 Awb);
- 4 het overtreden voorschrift (art. 5:9 Awb);
- 5 de motivering/bewijsvoering (art. 3:46 Awb);
- 6 eventueel verwijzing naar beleidsregels en hoe dit beleid is toegepast en of eventueel gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om onder bijzondere omstandigheden van dit beleid af te wijken (art. 4:84 Awb);
- 7 resultaten van het 'horen'; bijvoorbeeld is er beroep gedaan op rechtvaardigingsgronden, schulditsluitingsgronden of andere strafrechtelijke uitgangspunten afd. 5.4.1 Awb, vertrouwensbeginsel, enzovoort?
- 8 de hoogte van de boete (art. 5:52 en 4:86 lid 2 Awb);
- 9 de betalingstermijn (art. 4:86 lid 2 Awb);
- 10 de overige vereisten hoofdstuk 3 en 4 Awb;
- 11 de rechtsmiddelenclausule;
- 12 de bijlagen, waaronder boeterapport of PV, tenzij dit al in de zienswijzenprocedure is meegezonden.

Uiteraard dient het boetebesluit vervolgens te worden bekendgemaakt. Daarvoor gelden de reguliere bekendmakingsvereisten.

6.6 Rechtsbescherming

Een boetebesluit doorloopt de gebruikelijke rechtsgang van bezwaar, beroep en hoger beroep. Omdat sprake is van een bestraffende sanctie zijn er wel een aantal 'afwijkingen' van de gebruikelijke procedure.

6.6.1 Cautie

Voorafgaand aan een hoorzitting in bezwaar en een zitting bij de bestuursrechter moet de cautie worden gegeven (art. 8:28a Awb). Zie over de cautie paragraaf 6.4.2.3.

6.6.2 Rechterlijke toetsing

In het algemeen wordt het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb) door de bestuursrechter terughoudend getoetst: de rechter mag niet geheel zelfstandig beoordelen of de gevolgen van een besluit wel evenredig zijn aan de daarmee te dienen doelen, maar slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid kon komen tot het oordeel dat deze gevolgen niet onevenredig waren. De bestuursrechter toetst het besluit om een bestuurlijke boete op te leggen terughoudender waar het betreft de vraag of een bestuurlijke boete wordt opgelegd. De hoogte van de bestuurlijke boete wordt door de bestuursrechter echter vol getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Dit wil zeggen dat de bestuursrechter zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag (en zelfs moet) stellen van het oordeel van het bestuursorgaan. De bestuursrechter kan alleen geen hogere boete opleggen dan het bestuursorgaan heeft gedaan.

alle toetsing
hoogte boete

6.6.3 Verplicht zelf in de zaak voorzien

Wanneer de bestuursrechter een boetebesluit vernietigt, dan moet hij zelf in de zaak voorzien door te bepalen of een boete kan worden opgelegd en zo ja, hoe hoog deze boete moet zijn (art. 8:72a Awb).

Zo kan de bestuursrechter het boetebesluit vernietigen en de boete op nul stellen omdat hij de feiten onvoldoende bewezen acht. Daarvan kan ook sprake zijn wanneer bewijs uitgesloten wordt, omdat het 'onrechtmatig' is verkregen (Rb. Amsterdam, 24 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8594).

6.6.4 Bestuurlijke lus?

De wetgever gaf bij de invoering van de bestuurlijke lus in de Awb duidelijk aan dat toepassing daarvan in bestuurlijke boetezaken niet mogelijk (gewenst) was. Dit zou in strijd komen met het verdedigingsbeginsel (art. 6 EVRM). Dit artikel verzet zich ertegen dat de bestuurlijke lus wordt toegepast om het bestuur in de gelegenheid te stellen om alsnog aanvullend bewijs te leveren (EK 2008/09, 32 352, C, p. 6). Dit is in het strafrecht – gelet op het ‘onmiddellijkheidsbeginsel’ – ook niet toegestaan. Dit beginsel houdt in dat de rechter recht doet op basis van materiaal dat ter zitting door hem zelf of ten overstaan van hem naar voren is gebracht. Als het bewijs daarvan niet wordt geleverd volgt vrijspraak. Daarbij past het niet dat het bestuursorgaan bij wijze van spreken nog een herkansing krijgt. De praktijk is echter toch iets anders. In het strafrecht kan de rechter aan het OM opdracht geven om aanvullend onderzoek te doen. De behandeling ter zitting wordt in een dergelijk geval aangehouden.

CBb en CRvB
achten bestuur-
lijke lus wel
mogelijk

Ongeacht de wetsgeschiedenis wordt de bestuurlijke lus al geruime tijd toegepast in bestuurlijke boeteprocedures (zie bijvoorbeeld CBb 14 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV9430 en CRvB augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2011:BR4120, AB 2012,224). Na de eerder genoemde conclusie van A-G Keus heeft de grote kamer van de Afdeling expliciet geoordeeld dat de bestuurlijke lus onder omstandigheden toegepast kan worden in boetezaken (ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818). De Afdeling onderschrijft de conclusie van de A-G dat het gebruik van de bestuurlijke lus niet is uitgesloten in boetezaken, zij het dat de bestuursrechter wel terughoudend dient te zijn in het bieden van nadere gelegenheid aan het bestuursorgaan om de bewijsvoering ten aanzien van de overtreding te vervolmaken.

De in artikel 8:72a genoemde finaliseringsplicht leidt er echter toe dat niet helemaal kan worden uitgesloten dat de rechter om aanvullende documenten vraagt.

De ABRvS heeft de bestuurlijke lus ook recent toegepast. In ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:870 wordt de bestuurlijke lus door de Afdeling toegepast bij de vaststelling van de hoogte van de Arboboete. Zie ook ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:103 en voor een geval in de lagere rechtspraak RB Noord-Nederland, 21 april 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1465.

6.6.5 Procesrechtelijke waarborgen

De werking van artikel 6 EVRM maakt dat de bestuursprocesrechtelijke regels die we kennen, een andere invulling krijgen wanneer een bestraffende sanctie wordt opgelegd.

Zo geldt dat een overtreder in hoger beroep nog nieuwe gronden mag aanvoeren (CBb 1 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV9535, AB 2012, 121). In het bestuursrecht geldt daarnaast het verbod van ‘reformatio in peius’, hetgeen als gevolg heeft dat iemand in bezwaar, beroep of hoger beroep in beginsel niet zwaarder mag worden bestraft dan in het oorspronkelijke besluit. Het bestuursrecht verschilt hierin van het strafrecht: daar kan de rechter in hoger beroep wel een hogere straf opleggen dan de rechter in eerste aanleg.

6.7 ‘Naming and shaming’

Tegenwoordig maakt met regelmaat de publicatie van boetebesluiten onderdeel uit van de sanctiestrategie. De wettelijke basis daarvoor is de actieve openbaarmaking in artikel 8 Wob. De publicatie wordt dan (vanwege de besluitvorming met het oog op de in artikel 10 Wob vermelde belangen) beschouwd als een apart Awb-besluit. Dat betekent dat de betrokkenen in de gelegenheid moeten worden gesteld om zienswijzen in te dienen tegen het voornemen om het boetebesluit te publiceren. Vooral in het economisch bestuursrecht worden besluiten om actief boetebesluiten openbaar te maken voor de bestuursrechter bestreden (ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468, AB 2010, 319, Rb. Amsterdam 19 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL3030, AB 2010, 81). Schorsing vindt plaats wanneer naar voorlopig oordeel de overtuiging is ontstaan dat het boetebesluit niet in stand zal blijven.

Overigens worden ook met steeds grotere regelmaat herstelsanctiebesluiten via de website van overheidsorganisaties bekendgemaakt.

Zie: E.J. Daalder, 'Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb', in NTB 2012, 24.

Dergelijke bekendmakingen kunnen verschillende doelen dienen, maar daarbij past tegelijkertijd enige terughoudendheid. Om te beginnen wordt met de publicatie van sanctiebesluiten inzichtelijk welke besluiten genomen worden en kan de burger zelf toetsen of het beleid wordt nageleefd. Daarnaast gaat van publicatie een afschrikwekkende en daarmee preventieve werking uit. Enige terughoudendheid is gewenst, vooral bij publicatie van nog niet onherroepelijke besluiten. Publicaties op internet blijven overtreders 'achtervolgen', omdat dergelijke berichten nooit helemaal verwijderd kunnen worden. Dat is vooral beschadigend wanneer later blijkt dat ten onrechte een sanctie is opgelegd.

In ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:484 overweegt de Afdeling met betrekking tot de openbaarmaking van boetebesluiten het volgende:

"Het boetebesluit is een bevoegd genomen besluit in het kader van een [...] door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die regelgeving. Ook in het geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge artikel 8 lid 1 Wob is een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere afweging houdt in dit geval in dat het algemene belang dat door de openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van appellante geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van de publicatie, waarbij aan het algemeen belang een groot gewicht moet worden toegekend."

6.8 Schematisch stappenplan bestuurlijke boete

- 1 constatering overtreding door toezichthouder. Dit kan zijn naar aanleiding van een klacht, handhavingsverzoek of reguliere controle. Zie verder paragraaf 6.4.1.
- 2 zorgvuldige vastlegging geconstateerde en/of waargenomen feiten (op basis waarvan vastgesteld kan worden dat sprake is van een overtreding) in bijvoorbeeld boeterapport of proces-verbaal. Check hierbij of de lichte of zware procedure van toepassing is (artikel 5:53 Awb).
 - a. mogelijke boete hoger dan EUR 340,-? Dan zware procedure (verplicht) van toepassing. Ga naar stap 3.
 - b. mogelijke boete lager dan EUR 340,-? Dan lichte procedure van toepassing. Ga naar stap 5.
- 3 stel boeterapport op conform de vereisten van artikel 5:48 Awb. Zie paragraaf 6.4.2.2. Bedenk goed dat:
 - a. het boeterapport alle overtredingen ondubbelzinnig en eenduidig moet benoemen;
 - b. het boeterapport één van de belangrijkste bewijsmiddelen is.
- 4 is er een boeterapport opgemaakt? Dan moet conform artikel 5:51 Awb binnen 13 weken na dagtekening van het boeterapport besloten worden of een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Dit is een termijn van orde. Zie paragraaf 6.4.6.
- 5 bepaal of een boete in de gegeven omstandigheden kan worden opgelegd. Betrek in de overwegingen of:
 - a. de overtreder enig verwijt valt te maken van de overtreding. Zie paragraaf 6.4.3.1.
 - b. de overtreder (inmiddels) is overleden of (in geval van rechtspersonen) opgehouden is te bestaan. Zie paragraaf 6.4.3.2.
 - c. de overtreder al voor dezelfde overtreding is bestraft. Zie paragraaf 6.4.3.3.
 - d. de betreffende gedraging tevens een strafbaar feit is. Is dat het geval? Dan wordt het feit in beginsel conform artikel 5:44 Awb aan de OvJ voorgelegd. Zie paragraaf 6.4.3.4.
- 6 houd rekening met de vervaltermijn van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete. De vervaltermijn bedraagt conform artikel 5:45 Awb:
 - a. vijf jaar vanaf het moment dat de overtreding heeft plaatsgevonden indien de zware proce-

dure verplicht van toepassing is.

- b. drie jaar vanaf het moment dat de overtreding heeft plaatsgevonden in alle overige gevallen.
- 5 bepaal de hoogte van de boete. Zie paragraaf 6.4.4. Let daarbij op dat conform artikel 5:46 Awb:
 - a. in ieder geval de maximale hoogte van de boete wordt bepaald door de wet.
 - b. het boetebedrag wordt afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. Pas op dit punt de eventueel hiervoor opgemaakte beleidsregels toe.
 - c. ook in het geval van wettelijk gefixeerde boetes de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden (aangetoond door de overtreder) kunnen maken dat de hoogte van de boete moet worden gematigd.
 - d. in het geval van verandering van wetgeving of beleidsregels de meest gunstige bepalingen moeten worden toegepast.
- 6 verzending voornemen artikel 4:8 Awb (conceptbesluit), waarbij kenbaar wordt gemaakt dat het voornemen bestaat een bestuurlijke boete op te leggen. Geef daarbij de keuze aan mondeling of schriftelijk zienswijzen in te dienen. Zie paragraaf 6.4.5.2. Deze stap is enkel verplicht in de zware procedure, maar geadviseerd wordt om dit altijd te doen.
- 7 na verstrijken termijn voor zienswijze definitief boetebesluit nemen dat in ieder geval de elementen bevat genoemd in paragraaf 6.5. Indien zienswijze is gegeven, dient in of bij het definitieve boetebesluit inhoudelijk op de zienswijze te worden gereageerd.
- 8 bekendmaking boetebesluit op de voorgeschreven wijze. Hiervoor gelden de reguliere bekendmakingsvereisten.

Uiteraard mag in alle gevallen (onverplicht) ervoor gekozen worden de zware procedure te volgen.

6.9 Model boetebesluit

Aangetekend

[aanhef]

Geachte heer, mevrouw,

Betreft: bestuurlijke boete [invullen wet op grond waarvan bestuurlijke boete wordt opgelegd, bijvoorbeeld DHw, Wet Kinderopvang]

[college/burgemeester] heeft besloten aan [invullen overtreder] een bestuurlijke boete van EUR [invullen] op te leggen wegens overtreding van [invullen overtreden (wettelijk) voorschrift]. Deze beslissing wordt hierna gemotiveerd.

Feiten die aanleiding geven voor het besluit en de beoordeling daarvan

Op [invullen datum] zijn door toezichthouder [invullen naam] de volgende feiten en omstandigheden geconstateerd [invullen feiten en omstandigheden]

Bewijsvoering

Op [invullen datum] is hiervan een boeterapport opgemaakt, dat u op [invullen datum] is toegezonden.

[Indien geen boeterapport is opgemaakt worden de andere bewijsmiddelen genoemd]

Gelet op het boeterapport acht ik voldoende bewezen dat u de genoemde overtreding hebt begaan en dat u bent aan te merken als overtreder [eventueel toelichten waarom sprake is van een pleger, medepleger en/of feitelijk leidinggever].

Of

Op grond van het volgende *[invullen verdere 'bewijsmiddelen']* acht ik voldoende bewezen dat u de genoemde overtreding hebt begaan en dat u bent aan te merken als overtreder *[eventueel toelichten waarom sprake is van een pleger, medepleger en/of feitelijk leidinggever]*.

Zienschijzen

Bij brief van *[invullen datum]* bent u in de gelegenheid gesteld zienschijzen in te dienen tegen mijn voornemen aan u een bestuurlijke boete op te leggen.

Alternatief 1:

U hebt van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt.

Alternatief 2:

U hebt van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Bij brief van *[invullen datum]* heeft u, kort samengevat, de volgende zienschijzen ingediend:

[samenvatten zienschijzen]

Alternatief 3:

U hebt van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Op *[invullen datum]* heeft u mondeling uw zienschijzen kenbaar gemaakt. Een verslag van deze bespreking treft u als bijlage bij deze beschikking aan *[bijlage]*.

Bij alternatief 2 en 3:

Uw zienschijzen laten zich als volgt samenvatten:

[samenvatten zienschijzen]

1.

2. enzovoort

Afdoening zienschijzen

Wij reageren als volgt op uw zienschijzen:

[invullen reactie per zienschijze]

1.

2. enzovoort

Uw zienschijzen geven ons geen aanleiding om ons voornemen niet (geheel) uit te voeren.

Besluit

Gelet op de ernst van deze overtreding en de mate waarin deze aan u kan worden toegerekend, zoals hiervoor is toegelicht, ben ik van oordeel dat het opleggen van deze bestuurlijk boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

Op grond van *[toevoegen wettelijk voorschrift waarin bevoegdheid boeteoplegging is opgenomen]* ben ik bevoegd deze boete op te leggen.

Mij is verder niet gebleken van formele beletselen op grond waarvan ik van het opleggen van een bestuurlijke boete zou moeten afzien.

De hoogte van de boete is als volgt bepaald en is derhalve in overeenstemming met *[invullen eventueel wettelijk bepaald boetebedrag of beleidsregels omtrent hoogte boetebedrag]*. Er zijn mij geen bijzondere omstandigheden bekend op grond waarvan de boete zou moeten worden gematigd.

Alternatief:

De boete is gematigd gelet op de navolgende omstandigheden *[toelichten welke omstandigheden]*

Betaling

Het bedrag van EUR *[invullen]* dient te worden overgemaakt op bankrekening *[invullen]* ten name van *[invullen]*, onder vermelding van *[invullen]*.

Dit bedrag moet worden voldaan binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit.

Het college/de burgemeester van *[invullen]*

Namens deze,

Belanghebbenden kunnen tegen dit besluit binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift indienen bij het college van *[invullen]*.

Het bezwaarschrift moet ondertekend zijn en ten minste bevatten:

- a naam en adres van de belanghebbende;
- b de dagtekening;
- c een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht;
- d de gronden van het bezwaar;
- e een volmacht, indien het bezwaarschrift niet door de belanghebbende, maar door een ander, namens hem, wordt ingediend.

U wordt verzocht een kopie van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, mee te zenden. De indiener van het bezwaarschrift kan, als onverwijlde spoed dat gelet op de betrokken belangen vereist, eveneens een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank *[adres en bevoegde rechtbank toevoegen]*.

Zie voor meer modellen specifiek in het kader van handhaving van de DHw: www.handhavingdhw.nl/handhaving/bestuurlijke-boete. Via een separate login voor gemeenten kunnen diverse modelbrieven, boeterapporten en de boetematrix worden bekeken.

7 Invordering en executie

7.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over kostenverhaal na het toepassen van bestuursdwang, de invordering van verbeurde dwangsommen, verschuldigde bestuurlijke boeten en, tot slot, executie wanneer betaling uitblijft. De daadwerkelijke effectuering van handhavingbeschikkingen is van belang voor de geloofwaardigheid van handhaving. Wanneer gemeenten wel handhavingbeschikkingen nemen, maar deze vervolgens niet effectueren, dan 'voelt' de burger de gevolgen van handhaving niet, waardoor de effectiviteit van handhaving onder druk komt te staan.

Zie voor een uitgebreide juridische verhandeling: T.N. Sanders, *Invordering door de overheid, de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb*, Boom juridisch, Den Haag, 2018

7.2 Kostenverhaal

7.2.1 Kostenverhaal is hoofdregel

haalbaarheid
kostenverhaal

Artikel 5:25 Awb bepaalt dat de overtreder de kosten verbonden aan het toepassen van bestuursdwang verschuldigd is, tenzij het niet redelijk is om die kosten geheel of gedeeltelijk te verhalen. Of het redelijk is de kosten te verhalen is van belang voor de haalbaarheid van het toepassen van bestuursdwang en heeft financiële gevolgen voor de gemeente. Indien geen sprake is van een spoedeisende situatie, is het raadzaam om, vóórdat wordt besloten om bestuursdwang toe te passen, de financiële gevolgen in kaart te brengen. Naast de redelijkheid van kostenverhaal (waarvan in het merendeel van de gevallen sprake is) speelt de financiële positie van de overtreder een rol bij het bepalen van de financiële gevolgen voor de gemeente. Biedt de overtreder wel verhaal en zijn er wellicht 'verhaalsobjecten' waar de gemeente beslag op zou kunnen laten leggen om kostenverhaal zeker te stellen. Daarnaast spelen ook praktische aspecten een rol die in de praktijk tot hoge kosten kunnen leiden. Dat geldt bijvoorbeeld voor het moeten afvoeren van zaken die zijn verwijderd of gesloopt (zoals voedersilo's, vaar- en voertuigen, een woonwagen et cetera). Deze zaken zullen moeten worden opgeslagen en eventueel vernietigd of verwerkt (afvalstoffen). Dit moet van tevoren worden uitgedacht omdat met opslag vaak hoge kosten zijn gemoeid.

uitstel kosten-
verhaal

kostenverhaal
niet verplicht

Hoewel kostenverhaal een logisch gevolg is en zou moeten zijn van het toepassen van bestuursdwang, bestaat er geen plicht om tot kostenverhaal over te gaan. Kostenverhaal zal echter de regel moeten zijn zodat van het toepassen van bestuursdwang een serieuze 'dreiging' uitgaat en het gemeentebestuur geen ongewenste precedents schept. Maar zoals iedere hoofdregel kent ook deze zijn uitzonderingen.

7.2.2 De uitzonderingen: kostenverhaal is onredelijk

Zoals de ABRvS eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 10 mei 2017; ECLI:NL:RVS:2017:1245) gaan bestuursdwang en kostenverhaal als regel samen. Voor het maken van een uitzondering kan aanleiding bestaan indien de aangeschrevene van de ontstane situatie geen verwijt valt te maken en bij het ongedaan maken van de met het recht strijdige situatie het algemeen belang in die mate is betrokken, dat de kosten in redelijkheid niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene behoren te komen. Verder kunnen andere bijzondere omstandigheden het bestuursorgaan nopen tot het geheel of gedeeltelijk afzien van kostenverhaal (ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1679).

AG Wattel concludeerde op 4 april 2018 (zaaknummer: 201605406/2) dat – samengevat – wat hem betreft de volgende omstandigheden kunnen leiden tot het afzien van kostenverhaal:

- (i) bij ontbreken van of geringe verwijtbaarheid van de overtreding c.q. van het niet kunnen voldoen aan de last indien tegelijk het algemene belang sterk betrokken is bij overheidsingrijpen;

- (ii) voor zover onredelijk hoge of duidelijk onnodige kosten zijn gemaakt voor de bestuursdwang;
- (iii) in gevallen waarin de overtreder ten onrechte geen of onvoldoende kans heeft gehad - met name als gevolg van onnodige spoedhandhaving - om zelf de overtreding te beëindigen;
- (iv) als bij de bestuursdwang fundamentele rechten van de overtreder zijn geschonden;
- (v) als het niet voldaan (kunnen) zijn aan de last (mede) aan de overheid ligt;
- (vi) als het bestuursorgaan heeft toegezegd dat (deels) niet zal worden verhaald of een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt;
- (vii) als het verdedigingsbeginsel is geschonden en daardoor de verhaalbeschikking mogelijk ongunstiger is uitpakkt dan zonder die schending;
- (viii) als te voorzien valt dat de overtreder beneden de beslagvrije voet wordt geduwd als gevolg van het niet goed functioneren daarvan, met name door ongecoördineerd overheidscrediteuren optreden, en/of te voorzien valt dat de overtreder geen toegang heeft tot de WSNP en onredelijk lang (i.e. in elk geval meer dan drie jaar) op het bestaansminimum moet leven indien volledig verhaald wordt;
- (ix) meer herstelsancties, met name lasten onder dwangsom, strekkende tot wezenlijk dezelfde last, temporeel cumuleren.

De ABRvS heeft nog geen uitspraken gewezen waarin deze situaties zich voordoen (bij het afsluiten van de drukproef van deze uitgave) na het nemen van de conclusie, maar AG Wattel verwijst in zijn uitgebreide conclusie naar al bestaande jurisprudentie van de ABRvS, die vooralsnog relevant blijft. Hierna volgt op onderdelen nog een korte beschrijving van (bijzondere) omstandigheden die bij kostenverhaal een rol kunnen spelen.

7.2.2.1 *Kostenverhaal en het algemeen belang*

Wanneer het algemeen belang een grote rol speelt bij de toepassing van bestuursdwang, kan het niet meer redelijk of proportioneel zijn om alle kosten op één individu te verhalen. Kostenverhaal is niet redelijk, wanneer de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt en het algemeen belang sterk gediend is met het overheidsingrijpen. Het gaat dus om de combinatie van niet-verwijtbaarheid en sterke betrokkenheid van het algemeen belang. Als verwijtbaarheid niet ontbreekt, is sterke betrokkenheid van het algemene belang eerder een reden om de kosten wél te verhalen.

Naast de aloude kakkerlakkenjurisprudentie (ABRvS 23 augustus 1983, AB 1984, 17 en ABRvS 7 juni 1985, AB 1986, 48), kan het volgende (al wat oudere) voorbeeld uit de jurisprudentie worden genoemd.

Zo werd het niet redelijk geacht kosten op de gemeente Woudrichem te verhalen wegens lozen van bluswater via het riool op het oppervlaktewater. Immers, de gemeente heeft in het kader van haar wettelijke taak op grond van de (toenmalige) Brandweerwet 1985 brand bestreden die zij zelf niet heeft veroorzaakt. Bovendien moet een gemeente niet in de verleiding komen haar wettelijke taak met reserve uit te oefenen uit vrees voor kostenverhaal. Het algemeen belang is betrokken bij het toepassen van bestuursdwang omdat verdere verontreiniging van oppervlaktewater en watergangen onwenselijk is (ABRvS 31 juli 1995, AB 1997, 16).

In deze uitspraak wordt de vaste jurisprudentie bevestigd, zoals besproken bij het overtrederbegrip in hoofdstuk 4. Wanneer bij een brand bluswerkzaamheden worden uitgevoerd en verontreinigd bluswater stroomt in het oppervlaktewater, is overtreder van het lozingsverbod de (rechts)persoon waar de brand is bestreden. De gedachte is dat de bluswerkzaamheden van de brandweer feitelijk moeten worden geacht in opdracht van die (rechts)persoon te zijn verricht. Dat het bedrijf de brandweer niet zelf heeft gewaarschuwd en naderhand heeft betoogd dat de brandweer het pand ook had mogen laten uitbranden in plaats van te blussen, maakt dit niet anders. Zoals volgt uit onder meer de uitspraken van de ABRvS van 15 oktober 2008 in zaak nr. 200707345/1 en 22 januari 2014 in zaak nr. 201207582/1/A4, moet de brandbestrijding in een bedrijf door de brandweer in het algemeen worden geacht de gevolgen van die brand te beperken. De gevolgen van die brandbestrijding kunnen, ook als zich een overtreding voordoet van artikel 6.2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Waterwet, door het in het oppervlaktewater geraken van verontreinigd bluswater, aan het bedrijf worden toegerekend.

7.2.2.2 *Kostenverhaal en onnodige kosten*

Beoordeeld moet worden of niet met een goedkoper dwangmiddel kon worden volstaan en/of de gemaakte kosten wel in verhouding staan tot de ernst van de overtreding (zie: ABRvS 10 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3049, AB 2008/125, m.nt. F.C.M.A. Michiels, ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5997 en CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413).

Ook mogen alleen dié kosten worden verhaald die verband houden met de rechtmatige toepassing van bestuursdwang. In de zaak Chemie-Pack was de minister slechts bevoegd tot het toepassen van bestuursdwang, voor zover die toepassing bestond uit het plaatsen van twee afschermingen in het water, het plaatsen van waterzuiveringsinstallaties en het nemen van monsters van het oppervlaktewater. Voor zover het kostenbesluit ziet op kosten die geen betrekking hebben op deze maatregelen, is het onrechtmatig. Die kosten mogen niet verhaald worden (ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515).

Wanneer ten onrechte spoedtoepassing van bestuursdwang heeft plaatsgevonden, kan het eveneens onredelijk zijn de kosten daarvan te verhalen. De overtreder heeft dan geen reële mogelijkheid gehad om feitelijke uitoefening van bestuursdwang te voorkomen door zelf de overtreding te beëindigen (zie: ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9649).

7.2.2.3 *Kostenverhaal en het (ontbreken van) verwijtbaarheid*

De verwijtbaarheid en vooral het gebrek daaraan bij het ontstaan van de brand, kan een reden zijn de kosten niet geheel te verhalen. De (mate van) verwijtbaarheid moet beoordeeld en gemotiveerd worden. Bij de brand bij Chemie-Pack is bijvoorbeeld de verwijtbaarheid van Chemie-Pack aan het ontstaan van de brand aangenomen, onder verwijzing naar het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid.

Van verwijtbaarheid is geen sprake wanneer is gebleken dat een bedrijf de noodzakelijke maatregelen heeft getroffen die bij of krachtens de wet en vergunningen vereist zijn. In dat geval kan in beginsel geen verwijt worden gemaakt met betrekking tot het ontstaan van de brand. Maar wanneer het bedrijf na het uitbreken van de brand en in de dagen daarna maatregelen had kunnen treffen ter voorkoming van verdere verspreiding van de verontreiniging in het oppervlaktewater, kan worden geoordeeld dat sprake is van verwijtbaarheid die maakt dat vervolgens weer wel kostenverhaal kan plaatsvinden (ABRvS 15 oktober 2008, JB 2008, 256).

ontbreken verwijtbaarheid

Enkele voorbeelden. De Waterwet is overtreden omdat er afvalstoffen in een waterlichaam zijn gebracht doordat een leiding van een boot is doorgesneden. De ABRvS stelt vast dat voor het in het oppervlaktewaterlichaam brengen van een olieachtige substantie een vergunning op grond van art. 6.2 lid 1, aanhef en sub a Waterwet is vereist en dat deze niet is verleend. De eigenaar van de boot betoogt dat hij niet als overtreder van art. 6.2 lid 1, aanhef en sub a Waterwet kan worden aangemerkt omdat hij niet degene is die feitelijk verontreinigende stoffen in het oppervlaktewater heeft gebracht en de verontreiniging hem evenmin kan worden toegerekend. Hij wijst erop dat derden zich onbevoegd toegang tot zijn vaartuig hebben verschaft en een slang hebben doorgesneden waardoor het vaartuig is gezonken. De ABRvS overweegt onder verwijzing naar de uitspraak van 15 oktober 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BF8999) dat wat betreft de overtreding van art. 6.2 lid 1, aanhef en sub a Waterwet als overtreder geldt degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt. In de eerste plaats is dat degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, maar aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en daardoor overtreder zijn. Vaststaat dat het vaartuig van appellant door handelingen van derden is gezonken en dat de eigenaar van de boot daarom niet fysiek de handelingen heeft verricht waardoor verontreinigende stoffen in het oppervlaktewater terecht zijn gekomen. Niet gebleken is dat hij opdracht heeft gegeven tot het verrichten van deze handelingen dan wel dat deze hem anderszins kunnen worden toegerekend. De enkele omstandigheid dat het zijn vaartuig betreft, is daartoe onvoldoende (ABRvS 27 maart 2013, JB 2013, 96 en JM 2013, 63).

In het kader van de ‘wegsleepegeling’ is geoordeeld dat kostenverhaal niet redelijk was omdat gelet op de situering van de borden ter plaatse, de overtreder redelijkerwijs niet kon weten dat hij op die dag op de bewuste plaats niet mocht parkeren (ABRvS 21 september 2005, AB 2005, 393).

Wanneer toezichthouders een woning zijn binnengetrepen zonder toestemming van de bewoner en met een machtiging die niet aan de wettelijke eisen voldoet, is daarmee het grondrecht als bedoeld in artikel 8 EVRM geschonden. In die situatie kan kostenverhaal onredelijk zijn (ABRvS 31 oktober 2012, JB 2012, 279).

7.2.2.4 *Kostenverhaal en schending fundamentele rechten*

Binnentreding van een woning zonder machtiging is een schending van een fundamenteel recht en kan meebrengen dat de kosten van bestuursdwang niet verhaald behoren te worden, ook niet als de betrokkene niet thuis is (zie: ABRvS 31 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1691, AB 2013/72, m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mil, Gst. 2013/34, m.nt. F.R. Vermeer). Dit is anders als er wél een rechtvaardiging is voor het zonder machtiging binnentreden, bijvoorbeeld wegens ernstig en onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van personen of goederen (zie: ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:992).

Wanneer een besluit tot toepassing van bestuursdwang onherroepelijk is, kan in bezwaar en beroep tegen de kostenverhaalsbeschikking nog wel aangevoerd worden dat bij de toepassing van bestuursdwang de woning onrechtmatig is binnengetrepen. Zoals de ABRvS eerder heeft overwogen (uitspraak van 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:992), kan de vraag of feitelijk tot bestuursdwang in een woning mocht worden overgegaan zonder een machtiging tot binnentreden, aan de orde worden gesteld in beroep tegen een beschikking tot vaststelling van de kosten van bestuursdwang. In zoverre is sprake van een uitzondering op het in artikel 5:25 van de Awb neergelegde uitgangspunt dat bestuursdwang en kostenverhaal als regel samengaan. Zoals de ABRvS eerder heeft overwogen, kan onder omstandigheden aanleiding zijn voor het maken van een uitzondering (bijvoorbeeld in de uitspraak van 31 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1691).

Artikel 5:27, tweede lid, van de Awb bepaalt dat voor het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner het bestuursorgaan dat bestuursdwang toepast bevoegd is tot het geven van een machtiging als bedoeld in artikel 2 van de Awbi. Wanneer een ander dan het bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen een machtiging verstrekt en op grond van die machtiging wordt binnengetrepen zonder toestemming, dan is dat binnentreden onrechtmatig.

kostenverhaal
onmogelijk

In dat geval is sprake van bijzondere omstandigheden die er toe leiden dat de kosten voor het toepassen van bestuursdwang redelijkerwijze niet ten laste van de overtreder kunnen komen (ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2233, Gst. 2018/26, m.nt. M.H.W. Bodelier).

7.2.2.5 *Kostenverhaal is onmogelijk*

Kostenverhaal is feitelijk niet mogelijk wanneer geen overtreder bekend is.

7.2.2.6 *Kostenverhaal is in strijd met de a.b.b.b.*

Daarnaast spelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol. Wanneer bijvoorbeeld door het bevoegde bestuursorgaan gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat niet tot kostenverhaal zal worden overgegaan, dan staat het vertrouwensbeginsel eraan in de weg dat daartoe wordt overgegaan.

kostenverhaal
na gedogen

In de literatuur wordt ook genoemd de situatie dat indien na lange tijd niet handhaven (gedogen) toch met bestuursdwang wordt opgetreden, kostenverhaal onredelijk kan zijn wegens het langdurig opgewekt vertrouwen.

7.2.2.7 *Kostenverhaal en invordering bij (tijdelijke) geringe financiële draagkracht*

AG Wattel geeft in zijn conclusie aan dat een beroep op geringe draagkracht tot nu toe zowel bij kostenverhaal en bij dwangsominvordering steeds is afgewezen (ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:3145, en ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3110). Uit deze jurisprudentie volgt niet dat financiële onmacht geen grond voor matiging of afzien kan zijn. In die casus was alleen niet bewezen geacht, dat de financiële draagkracht inderdaad te beperkt was. Financieel onvermogen kan een matigingsgrond zijn, maar moet uiteraard wel bewezen worden. Er moet sprake zijn van een financiële noodtoestand en daarvan zal niet snel sprake zijn omdat voor elke debiteur een bestaansminimum beschermd wordt door de beslagvrije voet ex art. 475d Rv en dat als de debiteur te goeder trouw is en zijn best doet, hij toegang heeft tot de Wet schuldsanering natuurlijke personen (WSNP) en in beginsel na drie jaar maximaal afbetalen met een schone lei verder kan (art. 284, 288 en 349a Faillissementswet (Fw)). AG Wattel meent dat als een overtreder aannemelijk maakt dat hij geen liquidabel vermogen (meer) heeft en zijn beslagvrije voet aangetast wordt, kostenverhaal in zoverre achterwege moet blijven. Dat zou dan ook moeten gelden voor de minvermogende overtreder die aannemelijk maakt dat hij geen toegang heeft tot de WSNP omdat jegens hem bestuursdwang is toegepast. Deze overtreder zal beschermd moeten worden tegen levenslang afbetalen. Ook andere toegangsbelemmeringen tot de WSNP kunnen grond zijn voor matiging of afzien als kostenverhaal leidt tot onredelijk lang afbetalen en leven op of onder het bestaansminimum.

AG Wattel komt dan tot de slotsom dat al bij het nemen van de kostenverhaalbeschikking of de invorderingsbeschikking - en niet pas in de executiefase - moet worden beoordeeld of de financiële draagkracht tot matiging noopt. Dat is immers een relevante omstandigheid en belang dat ex art. 3:4 Awb moet worden meegewogen. Daartoe noopt ook art. 1 Eerste Protocol EVRM (eigendomsgrondrecht) en, bij uitvoering van EU-recht, zoals in ons geval, ook art. 17 van het EU Handvest van de Grondrechten (EU-eigendomsgrondrecht).

In de uitspraak van 6 februari 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:333) oordeelt de ABRvS dat de financiële draagkracht van de overtreder in beginsel geen aspect is dat wordt gewogen bij het besluit om tot invordering over te gaan, omdat dit aspect bij uitstak in de executiefase wordt beoordeeld, tenzij evident is dat de overtreder gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de verbeurde dwangsommen (volledig) te betalen. De overtreder zal aannemelijk moeten maken dat dit het geval is en hij dient daartoe zodanige informatie te verstrekken dat een betrouwbaar en volledig inzicht wordt verkregen in zijn financiële situatie en de gevolgen die het betalen van de verbeurde dwangsommen zou hebben (ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:333).

7.2.2.7.1 *Betalingsregeling*

Wanneer de financiële positie van een overtreder niet sterk is, kan (en zal) overwogen (moeten) worden of uitstel van betaling (bijvoorbeeld in de vorm van een betalingsregeling) verleend kan worden op grond van artikel 4:94 Awb. Veel gemeenten hebben inmiddels beleid gemaakt over het al dan niet verlenen van uitstel van betaling en het treffen van een betalingsregeling. Op internet zijn diverse voorbeelden te vinden. Uit de verschillende voorbeelden volgen enkele vragen die gesteld kunnen worden bij het opstellen van beleid of het volgen van een bepaalde vaste gedragslijn:

1. wordt een betalingsregeling alleen getroffen op verzoek of ook ambtshalve?;
2. wanneer wordt een betalingsregeling getroffen? Bijvoorbeeld wanneer het bijdraagt aan een schuldenproblematiek, het overbruggen van de periode van bezwaar of beroep, of indien er sprake is van zeer dringende redenen die het uitstel noodzakelijk maken?;
3. welke voorwaarden worden verbonden aan de beschikking waarbij uitstel van betaling wordt verleend, zoals het stellen van zekerheid?;
4. wanneer wordt geen uitstel van betaling verleend? Bijvoorbeeld wanneer de gevraagde zekerheid niet wordt gesteld, de betalingscapaciteit zodanig is dat de schuld direct voldaan kan worden, de betalingsproblemen structureel zijn en een betalingsregeling geen uitkomst zal bieden, en de schuldenaar al eerder een regeling heeft genoten, maar deze niet is nagekomen;
5. wordt de schuldenaar in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen voordat een verzoek wordt afgewezen, ook al is dat niet verplicht op grond van artikel 4:7 Awb?

Er bestaat geen verplichting om een betalingsregeling te treffen, gedurende de periode dat een last in bezwaar of beroep bestreden wordt (ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:918). Een beslissing om wel of geen betalingsregeling te treffen wordt 'meegetoetst' in een procedure tegen de last onder dwangsom of bestuursdwang.

Een betalingsregeling ex art. 4:94 Awb kan faillissement voorkomen en een serieuze poging tot het treffen van een regeling is ook een vereiste voor toegang tot de WSNP (art. 285 en 288, tweede lid onder b, Fw; zie ook 287a). Die betalingsregeling moet wel redelijk zijn. Een betalingsregeling kan niet redelijk worden geacht als het inkomen daardoor beneden de beslagvrije voet komt (zie: ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538).

AG Wattel stelt dat uit het gegeven dat de wetgever maximaal drie jaar acceptabel acht voor de schuldsaneringsregeling - gedurende welke de schuldenaar maximaal zijn best moet doen om af te lossen (zie: Kamerstukken II, 1992/93, 22 969, nr. 3, blz. 5 en Kamerstukken II, 2004/05, 29 942, nr. 3, blz. 33.) - volgt dat ook het langer op een bestaansminimum drukken (en het daarmee bij voorbaat financieel zinloos maken van elk initiatief in het leven) onevenredig kan zijn. Als voorzienbaar is dat een overtreder door de invordering of het kostenverhaal onder de beslagvrije voet wordt gedrukt of geen toegang zal hebben tot de WSNP en onredelijk lang moet afbetalen en leven op het bestaansminimum, moet het bestuursorgaan zijns inziens pogen een redelijke betalingsregeling te treffen. Het ligt, zoals gezegd, op de weg van de overtreder om een en ander aannemelijk te maken omdat er anders bij de invorderingsbeschikking of kostenverhaalbeschikking geen rekening mee kan worden gehouden (zie: Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 42).

Een betalingsregeling ex art. 4:125 Awb kan betrokken worden in het bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de invorderingsbeschikking en de kostenverhaalbeschikking (zie: Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1062).

Er is geen sprake van uitstel van betaling als bedoeld in artikel 4:94, eerste lid van de Awb als door het bestuursorgaan is meegedeeld bereid te zijn een invorderingstraject op te schorten tot na de uitspraak in het beroep tegen de last onder dwangsom en daarom is dit geen stuitingshandeling (Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:7975).

7.2.2.7.2 *Betalingsonmacht en (dreigend) faillissement*

Kostenverhaal wordt gecompliceerd wanneer de overtreder in betalingsonmacht verkeert vanwege een (dreigend) faillissement. Zoals in § 7.2.1 is aangegeven, moet niet te snel van kostenverhaal en invordering worden afgezien, ook niet in de situatie van (tijdelijke) betalingsonmacht.

faillissement Is ten tijde van de invordering sprake van een faillissement, dan kunnen de kosten worden verhaald door het indienen van een vordering bij de desbetreffende curator.

boedelschuld Uit de uitspraak van de ABRvS van 23 juli 2014 blijkt dat de kosten als bedoeld in artikel 5:25 Awb zijn te kwalificeren als 'boedelschulden'. Dat wil zeggen: schulden die bij voorrang op schulden die geen voorkeurspositie hebben kunnen worden verhaald. De ABRvS verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 19 april 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY6108), waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat een boedelschuld kan ontstaan hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. In dit geval doet zich de laatstgenoemde situatie voor. De toepassing van bestuursdwang en een eventueel verhaal van de kosten daarvan zijn immers het gevolg van het handelen of nalaten van de curator in strijd met de uit hoofde van zijn hoedanigheid als curator in een faillissement. Uit onder meer de uitspraken van de ABRvS van 9 mei 2007 in zaak nr. 200604496/1 en 13 februari 2013 in zaak nr. 201104925/1/A4, volgt dat een curator als beheerder van de boedel vanaf het moment van faillietverklaring van een bedrijf verantwoordelijk is voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van het bedrijf.

vordering indienen bij de curator

In de praktijk wordt er soms voor gekozen geen vordering in te dienen bij de betreffende curator, omdat wordt aangenomen dat het waarschijnlijk toch niet tot een uitkering zal komen. Vanuit de gedachte echter dat met handhaving het algemeen belang is gemoeid en dat algemene middelen daarbij betrokken zijn, zou overwogen moeten worden om hier wel toe over te gaan. Het indienen van een vordering bij de curator is immers niet heel ingewikkeld en daarmee zijn nauwelijks kosten gemoeid. Wanneer de boedel uiteindelijk geen verhaal biedt, dan is er in ieder geval alles aan gedaan om de kosten verhaald te krijgen en dat is het signaal dat een gemeentebestuur zou moeten willen afgeven aan (potentiële) overtreders.

curator

Zoals in hoofdstuk 4 besproken, is de curator wanneer een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer onderdeel is van de boedel, uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk voor naleving van de voor die inrichting geldende milieuwetgeving. Dat brengt mee dat aan de curator een last onder dwangsom kan worden opgelegd vanaf het moment van faillietverklaring.

verbeurte voor en na datum faillissement

Indien een last onder dwangsom is opgelegd vóór datum faillissement, dan hoeft de curator geen zorg te dragen voor uitvoering van een niet aan hem, maar aan de gefailleerde, opgelegde last. Indien voor de datum van het faillissement door de gefailleerde dwangsommen zijn verbeurd, leidt dit tot vorderingen op die gefailleerde die in de failliete boedel vallen. Indien na die datum door de gefailleerde dwangsommen worden verbeurd, dan zijn deze verbeurde dwangsommen – evenals na faillissement ontstane vorderingen inzake bestuursdwangkosten – als niet-verifieerbare schulden in de zin van de Faillissementswet aan te merken (ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261).

7.2.3 Kostenverhaal ingeval van toepassing spoedeisende bestuursdwang

geen kostenverhaal bij superspoedeisende bestuursdwang

Wanneer in spoedeisende gevallen direct moet worden opgetreden en geen begunstigingstermijn kan worden gegund, kunnen kosten van voorbereiding van bestuursdwang niet worden verhaald, zo volgt uit artikel 5:25 lid 3 Awb (Cbb 26 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6727).

7.3 Voorwaarden voor kostenverhaal

Kostenverhaal is slechts mogelijk indien:

1. geen van de uitzonderingen als hiervoor beschreven zich voordoen, en
2. in de last onder bestuursdwang conform artikel 5:25 lid 2 Awb uitdrukkelijk is vermeld dat tot kostenverhaal zal worden overgegaan. Volgens vaste jurisprudentie hoeft de aanzegging kostenverhaal – ook in een achteraf op schrift gestelde kennisgeving van toepassing van bestuursdwang – niet de hoogte van de te verhalen kosten te vermelden (ABRvS van 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7084). Volstaan mag worden met de mededeling dat de kosten van bestuursdwang op de overtreder worden verhaald. Indien dit is verzuimd, dan kan worden aangenomen dat dit niet kan worden hersteld in een eventuele beslissing op bezwaar. (zie onder 2 in de noot onder het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011, AB 2012, 2), en
3. een overtreder bekend is. De kosten kunnen immers uitsluitend verhaald worden op de overtreder. Het is niet verplicht om in de last onder bestuursdwang te vermelden wie om welke redenen wordt beschouwd als overtreder (zie: ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1719, AB 2018/88). De last moet alleen aan de overtreder bekend worden gemaakt, conform artikel 5:24 lid 3 Awb. Echter, wanneer pas in de kostenverhaalbeschikking conform artikel 5:25 lid 6 Awb wordt vermeld wie op welke gronden wordt gezien als overtreder, dan zal de discussie over het overtrederschap in ieder geval nog kunnen plaatsvinden in de bezwarenprocedure tegen de kostenverhaalbeschikking. Het verdient om die reden de voorkeur die discussie te voeren in het bezwaar tegen de last onder bestuursdwang. Uit ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907, volgt, dat als het bestuursorgaan bij de last onder bestuursdwang bepaalde personen uitdrukkelijk als overtreder aanmerkt, hij in de kostenverhaalbeschikking geen anderen meer kan aanschrijven.

aanzegging kostenverhaal voorwaarde voor kostenverhaal

overtreder onbekend

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat wanneer een vereniging van eigenaars wordt aangeschreven met een last onder bestuursdwang om voorzieningen te treffen aan gemeenschappelijke gedeelten, de kosten verhaald kunnen worden op iedere individuele appartementseigenaar (HR 4 mei 2012, NJ 2012, 296).

7.4 Motivering kostenverhaal

motivering
kostenverhaal

Er hoeft niet uitgebreid te worden gemotiveerd dat tot kostenverhaal wordt overgegaan. Dat er geen feiten of omstandigheden bekend zijn op grond waarvan van kostenverhaal zou moeten worden afgezien, is in de regel voldoende. Toepassen van bestuursdwang en kostenverhaal behoren immers zoveel mogelijk samen te gaan.

Is het gemeentebestuur echter vanwege ingekomen zienswijzen bekend met bijzondere redenen op grond waarvan van kostenverhaal zou kunnen worden afgezien, dan dient gemotiveerd te worden waarom toch tot (gedeeltelijke) kostenverhaal wordt overgegaan.

7.5 Verhaalbare kosten

werkelijke
kosten

De kosten die kunnen worden verhaald zijn om te beginnen alleen de werkelijke kosten die na het verstrijken van de begunstigingstermijn zijn gemaakt.

Daarbij kan gedacht worden aan de volgende kosten:

1. kosten van daadwerkelijke uitvoering, zoals kosten van sloop, verplaatsen, opslag en bewaring van in beslag genomen materialen, transportkosten, kosten van afbraak door een aannemer, maar ook kosten van beveiliging van bijvoorbeeld het gemeentehuis wanneer de overtreder serieuze dreigementen heeft geuit, waarbij de proportionaliteit van de maatregel en daarmee gepaard gaande (vaak hoge) kosten een rol dienen te spelen (Rb. Arnhem 26 maart 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AF7518 en Hof Arnhem 7 maart 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AW2033), kosten voor pauzes en lunch van het personeel en veiligheidshesjes (ABRvS 12 februari 2014, JB 2014, 64);
2. kosten van juridische bijstand (ABRvS 11 januari 2012, AB 2012, 86);
3. kosten van betreding bij derden/niet-overtreders en de eventueel daaruit voortvloeiende schadevergoeding als bedoeld in artikel 5:27 lid 6 Awb;
4. kosten gemaakt bij de voorbereiding van de uitvoering van bestuursdwang, maar uitsluitend voor zover deze kosten zijn gemaakt na het tijdstip waarop de begunstigingstermijn is verstreken, zoals de kosten van het maken van een draaiboek (ABRvS 22 juli 2015, CLI:NL:RVS:2015:2280).

De kosten die gemaakt worden voordat de begunstigingstermijn is verstreken, zoals de ambtelijke werkzaamheden, aanschrijving en onderzoek, blijven dus voor rekening van het bestuursorgaan. De kosten van voorbereiding van toepassing van spoedshalve bestuursdwang (artikel 5:31 lid 2 Awb) waarin dus geen begunstigingstermijn wordt gegund, blijven voor rekening van het gemeentebestuur (TK 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 101 en ABRvS 11 januari 2012, AB 2012,86);

5. de rente voor een lening om de kosten voor de toepassing van bestuursdwang te bekostigen (ABRvS 22 januari 2014, JM 2014, 35);
6. invorderingskosten, dus de kosten gemoeid met aanmaning, betekening dwangbevel;
7. wettelijke rente.

7.6 Kostenverhaal bij (gedeeltelijk) uitblijven toepassen bestuursdwang

vrijwillig
voldoen aan
last, toch
kostenverhaal

Indien de uitvoering van bestuursdwang niet meer of niet geheel nodig blijkt omdat de betrokkene de overtreding geheel of ten dele heeft beëindigd, dan kunnen de kosten toch verhaald worden op grond van artikel 5:25 lid 4 Awb. De overtreder die na het verstrijken van de begunstigingstermijn alsnog overgaat tot uitvoering, kan dus gewoon een rekening worden gepresenteerd.

Het is voor alle duidelijkheid nuttig om de overtreder hier al in de last onder bestuursdwang uitdrukkelijk op te wijzen. In de praktijk blijken overtreders vaak te denken dat wanneer zij alsnog een einde hebben gemaakt aan de overtreding, geen kostenverhaal meer zal plaatsvinden. Dan kan de 'teleurstelling' groot zijn, en juridische procedures in de hand werken.

7.7 Kostenverhaalbeschikking

verschuldigde
kosten moeten
worden
vastgesteld

Artikel 5:25 lid 6 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de hoogte van de verschuldigde kosten vaststelt. Dat betekent dat het gemeentebestuur altijd verplicht is om de hoogte van de kosten bij kostenverhaalbeschikking vast te stellen.

Pas daarna kan het gemeentebestuur kiezen tussen:

1. kostenverhaal via titel 4.4 (bestuursrechtelijke geldschulden) Awb;
2. toepassing van de gewone privaatrechtelijke bevoegdheden (aansprakelijk stellen en dagvaarden).

privaatrechtelijk
kostenverhaal

Artikel 4:124 Awb bepaalt immers uitdrukkelijk dat de bestuursrechtelijke weg de 'gewone' privaatrechtelijke bevoegdheden in tact laat. Dit is overigens vooral een theoretische optie, die in de praktijk nauwelijks wordt benut omdat het eenvoudiger en goedkoper is om te verhalen via de weg die de Awb biedt.

betalingsplicht

De kostenverhaalbeschikking is een beschikking waarbij de betalingsplicht wordt vastgesteld bij beschikking als bedoeld in artikel 4:86 Awb. De betalingstermijn van zes weken (conform artikel 4:87 Awb) begint te lopen op de dag nadat de kostenverhaalbeschikking bekend is gemaakt. In de kostenverhaalbeschikking mag ook een langere betalingstermijn dan zes weken worden opgenomen.

aanvang beta-
lingstermijn

In de kostenverhaalbeschikking worden de kosten die worden verhaald gespecificeerd. Wanneer in de last onder bestuursdwang is aangekondigd dat alle verhaalbare kosten zullen worden verhaald, is het uiteraard nog steeds mogelijk om uiteindelijk te beslissen niet alle kosten daadwerkelijk te verhalen. Het is daarbij wel van belang dat niet willekeurig te doen, maar daar wel een bepaalde gedragslijn of beleid te volgen op basis van een belangenafweging.

7.7.1 Inhoud kostenverhaalbeschikking

Een kostenverhaalbeschikking dient in ieder geval de volgende elementen te bevatten:

1. de last onder bestuursdwang waarop zij is gebaseerd;
2. de constatering dat bestuursdwang is toegepast of dat daartoe niet hoefde te worden overgegaan omdat aan de overtreding een einde is gemaakt, maar pas ná het verstrijken van de begunstigingstermijn;
3. de hoogte van de kosten, zoveel mogelijk gespecificeerd en onderbouwd;
4. de betalingstermijn;

betalingstermijn

Artikel 4:87 Awb bepaalt dat de betaling geschiedt binnen zes weken nadat de beschikking (in dit geval de kostenverhaalbeschikking) bekend is gemaakt, tenzij de beschikking een later tijdstip noemt. Strikt genomen hoeft de kostenverhaalbeschikking dus alleen een betalingstermijn te noemen wanneer deze later wordt gesteld dan zes weken. Het verdient toch de voorkeur om onder alle omstandigheden duidelijk te vermelden wanneer de geadresseerde geacht wordt te betalen, op welk rekeningnummer en onder vermelding van welk kenmerk.

betalings-
regeling

5. de betalingsregeling indien deze is getroffen.
Veel gemeenten hebben inmiddels beleid gemaakt over het al dan niet treffen van een betalingsregeling. Daar kan ook naar verwezen worden in de nota of de kostenverhaalbeschikking;
6. de overtreder indien dit in de last niet al is gebeurd, waarbij het als gezegd de voorkeur verdient dit al in de last onder bestuursdwang kenbaar te maken;
7. eventuele resultaten van het 'horen' op grond van 4:8 Awb.

hoorplicht

Hoewel in de uitspraak van de ABRvS van 12 september 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2956) alleen is geoordeeld over een hoorplicht voor het nemen van een invorderingsbeschikking, is de verwachting dat dit ook zal gelden voorafgaand aan het nemen van een definitieve kostenverhaalbeschikking, zoals ook AG Wattel op 4 april 2018 concludeerde. Met die eventueel ingekomen

zienswijzen moet rekening worden gehouden bij het vaststellen van de kostenverhaalbeschikking. Op die manier kan een bezwarenprocedure achteraf wellicht worden voorkomen;

8. De rechtsmiddelenclausule, waarbij de geadresseerde goed wordt geïnformeerd over de werking van artikel 5:31c lid 1 Awb.

De kostenverhaalbeschikking dient daarnaast uiteraard aan de vereisten van de Awb te voldoen, in het bijzonder de eisen gesteld in hoofdstuk 3 en 4 Awb, waaronder het motiverings- en zorgvuldigheidbeginsel en de bekendmakingeisen.

7.8 Rechtsbescherming

geconcentreerde rechtsbescherming

Artikel 5:31c lid 1 Awb bepaalt dat wanneer tegen de last onder bestuursdwang bezwaar is ingediend of (hoger) beroep is ingesteld, dit bezwaar of (hoger) beroep automatisch is gericht tegen de kostenverhaalbeschikking. Dat geldt ook voor een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen. Is er nog geen of niet meer sprake van een lopend bezwaar of (hoger) beroep tegen de last onder bestuursdwang, dan moet wel afzonderlijk bezwaar worden gemaakt of (hoger) beroep worden ingesteld. Wanneer nadien alsnog bezwaar wordt gemaakt tegen de last, dan dient het bezwaar tegen de kostenverhaalbeschikking te worden doorgezonden. Dat geldt uiteraard ook voor eventueel ingesteld (hoger) beroep.

doorzendplicht

Indien de rechtbank al heeft beslist op het beroep gericht tegen de bestuursdwangbeschikking op het moment dat een bezwaarschrift wordt ingediend tegen de kostenverhaalbeschikking, dan dient het bezwaarschrift aan de hogerberoepsrechter te worden doorgezonden op het moment dat duidelijk is dat hoger beroep is ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. Het college is dan niet meer bevoegd om te beslissen op het bezwaarschrift (ABRvS 24 oktober 2012, JB 2012, 277).

Tegen een weigering om bestuursdwang toe te passen, zal alleen de verzoeker om bestuursdwang toe te passen bezwaar maken. Tegen een besluit om wel bestuursdwang toe te passen zal in de regel juist de overtreder bezwaar maken. Het ligt niet voor de hand dat een derde die de weigering bestuursdwang wil aanvechten, mee kan liften op een door de overtreder ingesteld beroep, waar deze overtreder een tegengesteld belang heeft. Dat is wellicht anders wanneer de verzoeker om bestuursdwang toe te passen zelf ook beroep heeft ingesteld tegen de last onder bestuursdwang, omdat bijvoorbeeld de maatregelen volgens hem onvoldoende zijn, of de begunstigingstermijn te lang is naar zijn oordeel. Dat werd echter door de wetgever zo zeldzaam geacht dat dit niet is geregeld in de Awb (MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 110).

In de praktijk wacht het gemeentebestuur vaak met kostenverhaal totdat de last onder bestuursdwang onherroepelijk is geworden. Gelet op de verjaringstermijn van 5 jaar is die ruimte er in de regel wel. Voor de inning van verbeurde dwangsommen geldt een verjaringstermijn van een jaar en komt het vaker voor dat zowel de procedure tegen de last onder dwangsom als tegen de invorderingsbeschikking(en) wordt gevoerd.

In bezwaar en beroep kunnen in ieder geval de volgende zaken nog ter discussie staan:

discussiepunten in bezwaar (en (hoger) beroep)

1. is kostenverhaal in de last onder bestuursdwang aangezegd;
2. mede gelet op de conclusie van AG Wattel van 4 april 2018 overweegt de ABRvS dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is;
3. is een betalingsregeling getroffen of uitstel van betaling verleend en is daarmee geen rekening gehouden;
4. strijd met artikel 5:25 lid 3, 4 en 5 Awb (kostenverhaal is niet aangezegd of niet verhaalbare kosten worden toch verhaald);
5. is de begunstigingstermijn wel of niet verstreken toen de kosten werden gemaakt;

6. is voldaan aan de eisen van (hoofdstuk 3 en 4) de Awb: onbevoegd genomen, onjuiste bekendmaking, ondeugdelijke motivering, strijd vertrouwensbeginsel, enzovoort.

Daarna loopt de invordering via titel 4.4 Awb. Voordat deze titel wordt besproken, zal eerst worden ingegaan op de verbeurte van dwangsommen en boeten.

procesbelang

In de uitspraak van de ABRvS van 9 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3415) is de vraag beantwoord of een overtreder nog procesbelang heeft bij zijn bezwaar tegen een kostenverhaalbeschikking wanneer zijn verzekeraar die kosten voor hem vergoed.

Overtreder is eigenaar van een melkveehouderij, waar een brand heeft gewoed en daarbij is asbest vrijgekomen. Het asbest heeft zich verspreid over de aan het perceel grenzende woonwijk. Het college heeft spoedeisende bestuursdwang toegepast inhoudende dat het asbest dat is vrijgekomen door de brand en zich heeft verspreid over de (woon)omgeving, wordt geïnventariseerd en verwijderd. De beslissing om bestuursdwang toe te passen is op schrift gesteld en later is ook een kostenverhaalsbeschikking genomen. Het college heeft het bezwaar van overtreder tegen het bestuursdwangbesluit en de kostenverhaalsbeschikking niet-ontvankelijk verklaard, omdat hij geen procesbelang zou hebben. Het college heeft daaraan ten grondslag gelegd dat de schade-expert van de verzekeraar van overtreder tijdens de hoorzitting heeft verklaard dat alle kosten van de toegepaste bestuursdwang onder de verzekering vallen. Volgens het college bestaat er daarom geen risico dat overtreder de kosten zelf moet dragen, zodat hij geen belang heeft bij een beoordeling van zijn bezwaar.

Procesbelang is het belang dat een belanghebbende heeft bij de uitkomst van een procedure. Daarbij gaat het erom of het doel dat de belanghebbende voor ogen staat, met het rechtsmiddel kan worden bereikt en voor de belanghebbende van feitelijke betekenis is. In beginsel heeft een belanghebbende die opkomt tegen een besluit, belang bij een beoordeling van zijn bezwaar of beroep, tenzij vast komt te staan dat ieder belang bij de procedure ontbreekt of is komen te vervallen (vergelijk de uitspraak van 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:219).

Anders dan het college, is de ABRvS van oordeel dat in dit geval nog steeds sprake is van procesbelang. Overtreder kan zich niet verenigen met het bestuursdwangbesluit en de kostenverhaalbeschikking. Met deze besluiten is voor hem een betalingsverplichting ontstaan. Het belang van overtreder bij zijn bezwaar is erin gelegen dat deze besluiten worden herroepen, of in die zin gewijzigd dat niet alle voor de bestuursdwang gemaakte kosten op hem worden verhaald. Dit doel kan met de bezwaarprocedure worden bereikt en zou voor overtreder van feitelijke betekenis zijn, omdat daarmee zijn betalingsverplichting zou komen te vervallen of zou worden beperkt.

Of de kosten van de bestuursdwang al dan niet worden vergoed door de verzekeraar is niet relevant. De contractuele relatie tussen overtreder en zijn verzekeraar staat los van het geschil tussen overtreder en het college. Daarbij komt dat de door het college gestelde mededeling van de schade-expert dat de verzekeraar alle op overtreder verhaalde kosten voor zijn rekening neemt, niet ertoe leidt dat de met de kostenverhaalsbeschikking ontstane betalingsverplichting van overtreder aan het college is komen te vervallen of is overgedragen aan de verzekeraar.

7.9 Invordering verbeurde dwangsommen

7.9.1 Verbeurte doet betalingsplicht ontstaan

verbeurte van rechtswege

Dwangsommen verbeuren van rechtswege. En wel op het moment dat de overtreding na verstrijken van de begunstigingstermijn niet is opgeheven of zich heeft herhaald. De betalingsverplichting ontstaat dan ook – anders dan bij kostenverhaal – zonder dat daarvoor eerst een beschikking moet worden genomen.

betalingsverplichting

Artikel 5:33 Awb bepaalt dat de betalingstermijn zes weken bedraagt. Dit moest afzonderlijk in artikel 5:33 Awb worden geregeld, omdat het algemene artikel 4:87 Awb alleen geldt voor situaties

waarin de betalingsplicht uit een beschikking voortvloeit, zoals bij de kostenverhaalbeschikking.

bewijs verbeurte De verbeurte is dus het startpunt voor de betalingstermijn. Dat betekent dat goed moet worden gedocumenteerd (bijvoorbeeld met foto's en constateringsrapportages) wanneer precies sprake is geweest van een verbeurte en hoe deze is geconstateerd. Dit is namelijk tevens bepalend voor het startpunt van de verjaringstermijn.

7.9.2 *Invordering is regel*

Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien (ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2956).

AG Wattel heeft geconcludeerd dat er minder aanleiding is om van kostenverhaal af te zien dan van dwangsominvordering. Beide verschillen namelijk in karakter en effect. Invordering van verbeurde dwangsommen dient feitelijk geen herstel meer, maar dient plaats te vinden in belang van algemene preventie en de geloofwaardigheid van handhaving. Kostenverhaal is wel onderdeel van herstel, omdat het in feite gaat om het vergoeden van schade die de overheid heeft geleden door de overtreding zelf ongedaan te maken, in de plaats van de overtreder.

In navolging van AG Wattel van 4 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1152) heeft de ABRvS geoordeeld dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom naar voren heeft gebracht of heeft kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is (ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466). Hierna worden omstandigheden besproken op grond waarvan afgezien kan worden van invordering.

7.9.3 *Invordering en geringe financiële draagkracht*

Daarom is de financiële draagkracht van de overtreder in beginsel geen aspect dat wordt gewogen bij het besluit om tot invordering over te gaan, omdat dit aspect bij uitstek in de executiefase wordt beoordeeld, tenzij evident is dat de overtreder gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de verbeurde dwangsommen (volledig) te betalen. De overtreder zal aannemelijk moeten maken dat dit het geval is en hij dient daartoe zodanige informatie te verstrekken dat een betrouwbaar en volledig inzicht wordt verkregen in zijn financiële situatie en de gevolgen die het betalen van de verbeurde dwangsommen zou hebben (ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:333), zie paragraaf 7.2.2.7.

In de zaak die tot deze overweging heeft geleid kon de overtreder dit niet aannemelijk maken, omdat het college kon 'bewijzen' dat de overtreder nog beschikte over vermogen. Zo maakte de overtreder gebruik van een Audi Q7 met een aanzienlijke nieuwwaarde, een Opel Corsa en een Opel Combo en huurt hij een vrijstaande vrije sector woning met tuin en garage. De enkele stelling van de overtreder dat die Audi en de woning ter beschikking zijn gesteld door een peetoom van de overtreder, leidt volgens de ABRvS niet tot het oordeel dat de overtreder niet de beschikking heeft over vermogen in de hiervoor bedoelde zin.

7.9.4 Afzien van invordering

AG Wattel concludeerde dat – samengevat – wat hem betreft de volgende omstandigheden kunnen leiden tot het afzien van invordering:

- (I) sprake is van overmacht;
- (II) het niet (geheel) aan de last voldaan zijn mede aan de overheid ligt;
- (III) het bestuursorgaan heeft toegezegd dat (deels) niet zal worden ingevorderd of een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt;
- (IV) invordering misbruik van bevoegdheid zou zijn of
- (V) materieel wel aan de last voldaan is en het bestuursorgaan zich op een procedureel punt excessief formalistisch opstelt;
- (VI) sprake is van duurzaam financieel onvermogen op of onder het bestaansminimum, of
- (VII) twee herstelsancties temporeel cumuleren.

7.9.4.1 Alsnog (zicht op) een rechtmatige situatie

Dat een overtreder na verloop van de begunstigingstermijn alsnog aan de last onder dwangsom heeft voldaan, is op zichzelf geen reden om van invordering af te zien (ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7685), ook niet een zeer geringe overschrijding van de begunstigingstermijn gaat. (ABRvS 22 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2013:CA0697). Dat de overtreding inmiddels is gelegaliseerd is ook geen reden om alsnog af te zien van invordering (ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1945).

7.9.4.2 Onduidelijke last

Wanneer een last niet duidelijk is kan invordering ook onredelijk zijn. In beginsel moet de overtreder bij onduidelijkheid de last bestrijden in bezwaar en (hoger) beroep. Maar in een enkel geval wijzigen de omstandigheden nadat de last onherroepelijk is geworden (Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBLJN BV7750). De overtreder viel niet te verwijten dat zij een deel van de last niet tijdig was nagekomen omdat daarvoor onderzoek nodig was waarvoor ook informatie die het bestuursorgaan nog in bezit had relevant was. Daarnaast waren na onherroepelijk worden van de last onder dwangsom de richtlijnen voor bodemonderzoek gewijzigd, waardoor de door de overtreder toegepaste methode om gevolg te geven aan de last achteraf gezien wellicht geschikt was.

7.9.4.3 Vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur

Een toezegging gedaan door een daartoe bevoegde vertegenwoordiger van het bestuursorgaan dat niet (geheel) zal worden ingevorderd, is een valide reden om af te zien van invordering (ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2698). Dat geldt ook voor een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel (Cbb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6629).

In een situatie waarbij een last onder dwangsom was opgelegd strekkende tot het beëindigen van met het bestemmingsplan strijdig gebruik van een recreatiewoning en waartegen niet is opgekomen, voerde de overtreder tegen de invorderingsbeschikking aan dat de last onduidelijk was. In een andere uitspraak van de ABRvS (ECLI:NL:RVS:2017:2494), is geoordeeld dat de aan deze overtreder en andere eigenaren van recreatiewoningen opgelegde lasten onder dwangsom om het gebruik van recreatiewoningen op het recreatiepark in strijd met het bestemmingsplan te beëindigen en beëindigd te houden, onrechtmatig zijn. De onderhavige invordering betreft dezelfde feitelijke situatie en omstandigheden. De recreatiewoning bevindt zich in hetzelfde recreatiepark en valt onder hetzelfde bestemmingsplan. In dit licht is de ABRvS van oordeel dat in dit bijzondere geval niet in redelijkheid van de bevoegdheid tot invordering gebruik gemaakt kon worden (ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2547). Dit komt in strijd met het verbod van willekeur en kan ook worden aangemerkt als misbruik van de invorderingsbevoegdheid.

7.9.4.4 Overmacht

Overmacht kan een bijzondere omstandigheid zijn op grond waarvan niet kan worden ingevorderd, waarbij wel de eis geldt dat de overtreder moet aantonen dat hij er alles aan heeft gedaan om de overtreding ongedaan te maken, maar dat het 'buiten zijn macht is' dat dit niet gelukt is (Vz ABRvS 22 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2616 en ook ABRvS 9 april 2015,

ECLI:NL:RVS:2015:1215). Wanneer de overtreder door eigen toedoen in de positie is gebracht dat hij feitelijk niet meer aan de last kan voldoen, kan niet gerechtvaardigd een beroep op overmacht worden gedaan (ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2080).

Van belang is ook te wijzen op de mogelijkheid voor overtreder om te verzoeken om opschorting van de last op grond van artikel 5:34, eerste lid, van de Awb.

7.9.4.5 *Persoonlijke omstandigheden*

Persoonlijke omstandigheden lijken geen reden te kunnen zijn om af te zien van invordering, afgezien van overmacht, zoals hiervoor aangehaald, of gebrekkige financiële draagkracht, zie paragraaf 7.9.3. Ingrijpende gebeurtenissen in de privésfeer (echtscheiding), het faillissement van de onderneming van overtreder en het bij hem komen wonen van zijn dochtertje, zijn geen bijzondere omstandigheden om van invordering af te zien (ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2383).

7.9.4.6. *Onnodig formalistisch*

Wanneer aan de last uiteindelijk is voldaan, maar toch een dwangsom is verbeurd op een 'formaliteit' kan invordering onredelijk worden geacht. Op grond van een last onder dwangsom moest een overtreder asbest in zijn woning door een gecertificeerd bedrijf laten saneren en daarvan moest hij de gemeente één week voor aanvang schriftelijk op de hoogte stellen. De overtreder meldde dit echter twee dagen voor aanvang. Het bestuursorgaan vorderde desalniettemin de volledige dwangsom in. De ABRvS heeft de dwangsom gematigd, omdat aan het doel van de last volledig was voldaan en de last kon worden verdeeld in vier delen en ook aan het laatste deel (melding vooraf) was voldaan, zij het niet een week, maar twee dagen tevoren (ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:32).

7.9.5 *Nota en/of invorderingsbeschikking?*

Acceptgiro /
nota?

In de praktijk wordt na verbeurte soms eerst een nota of acceptgiro gestuurd, met het verzoek te betalen binnen een bepaalde termijn. Wanneer dan wordt betaald, is het niet nodig om nog verder in te vorderen. Een nota kan ook verwarring wekken omdat de geadresseerde denkt dat dit een invorderingsbeschikking is. De ABRvS heeft inmiddels bevestigd dat een acceptgiro geen invorderingsbeschikking is. Van een invorderingsbeschikking is pas sprake wanneer deze een expliciete (gemotiveerde) beslissing bevat dat wordt overgegaan tot invordering. Die motivering kan zeer beperkt zijn. Meestal kan worden volstaan met de melding dat er geen redenen zijn om af te zien van de invordering. Zonder deze motivering is er volgens de ABRvS geen sprake van een invorderingsbeschikking (ABRvS 19 september 2012, AB 2012, 399).

Daarom is het verstandig in een nota te vermelden dat dit geen (invorderings)beschikking is, maar dat deze zal volgen indien betaling uitblijft en dat tegen die invorderingsbeschikking pas bezwaar kan worden gemaakt.

Wanneer de nota binnen de wettelijke betalingstermijn van 6 weken wordt verstuurd, dan kan in die nota niet worden bepaald dat eerder moet worden betaald dan binnen die zes weken. De nota kan wel een latere termijn noemen. De nota kan ook vermelden dat contact kan worden opgenomen met het gemeentebestuur voor het treffen van een betalingsregeling. Die kan dan vervolgens in de invorderingsbeschikking worden opgenomen.

Voor alle duidelijkheid:

1. het is niet verplicht of noodzakelijk om een nota te sturen;
2. maar het kan toch nuttig zijn, omdat na betaling van de nota, verdere invordering (o.a. via de invorderingsbeschikking) niet langer nodig is;
3. dit laat onverlet dat meteen een invorderingsbeschikking sturen mag (of moet, zie paragraaf 7.10);
4. en dat mag ook al binnen de betalingstermijn van zes weken, mits daarin niet wordt bepaald dat eerder moet worden betaald dan de wettelijke betalingstermijn van zes weken; later mag wel.

7.10 Invorderingsbeschikking

7.10.1 Rol en betekenis van de invorderingsbeschikking

wel of geen
invorderings-
beschikking?

De invorderingsbeschikking is ingevoerd om belanghebbenden de mogelijkheid te bieden om daadwerkelijke effectuering van handhavingsbesluiten af te kunnen dwingen. Een andere belangrijke reden is geweest dat de bestuursrechter het beste in staat wordt geacht te oordelen over bestuursrechtelijke vragen, zoals de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd. De invorderingsbeschikking is een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

verplichting
invorderings-
beschikking te
nemen

Een invorderingsbeschikking moet worden genomen (noodzakelijke voorwaarde) voordat verder kan worden ingevorderd op grond van titel 4.4 van de Awb.

verzoek
invorderings-
beschikking

Een invorderingsbeschikking moet ook worden genomen wanneer een belanghebbende daarom verzoekt (artikel 5:37 lid 2 Awb). Na de aanvraag dient een invorderingsbeschikking binnen 4 weken te worden genomen. Ook de overtreder zelf kan om een invorderingsbeschikking vragen. Dat zal nodig zijn als hij (snel) een rechterlijk oordeel wil over de vraag of dwangsommen zijn verbeurd en of hij daardoor wellicht wettelijke rente is verschuldigd.

Er dient ook op verzoek van een belanghebbende een invorderingsbeschikking te worden genomen als de dwangsom (bijvoorbeeld na het versturen van een nota) is betaald. Artikel 5:37, tweede lid, van de Awb stelt niet als voorwaarde dat de dwangsom nog niet is betaald. Dat de invorderingsbeschikking in zo'n geval niet als rechtsgevolg heeft dat tot aanmaning en vervolgens tot invordering van de dwangsom bij dwangbevel kan worden overgaan, betekent niet dat de invorderingsbeschikking niet is aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb (ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2674). De ABRvS overweegt in deze uitspraak dat artikel 5:37, tweede lid, van de Awb het bestuursorgaan verplicht om op verzoek van een belanghebbende een invorderingsbeschikking te nemen en dat in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115) is vermeld dat het de bedoeling van artikel 5:37 van de Awb is, dat de bestuursrechter voortaan zal oordelen over geschillen over bestaan en omvang van de geldschuld. In de oude situatie, van voor de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009, kon slechts de civiele (executie-)rechter over dergelijke geschillen oordelen, hetgeen uit systematisch oogpunt, maar ook uit een oogpunt van rechtsbescherming van de (vermeende) overtreder ongewenst is, aldus de memorie van toelichting. Hieruit blijkt dat de verplichting tot het nemen van een invorderingsbeschikking juist is bedoeld om geschillen over het al dan niet verschuldigd zijn van een dwangsom aan de bestuursrechter te kunnen voorleggen. Daarom kan overtreder niet worden tegengeworpen dat hij de dwangsom al heeft betaald.

7.10.2 Hooplicht vóór invordering

Naar aanleiding van de conclusie van AG Wattel van 4 april 2018 heeft de ABRvS (anders dan voorheen) geoordeeld dat een bestuursorgaan, alvorens tot invordering over te gaan, belanghebbende op grond van artikel 4:8, eerste lid, van de Awb in de gelegenheid moet stellen te worden gehoord. Daarbij acht de ABRvS van belang dat het aan de overtreder is om bijzondere omstandigheden waarvan het bestuursorgaan niet al op de hoogte is of had moeten zijn, naar voren te brengen. Hij moet daartoe door het bestuursorgaan wel in staat worden gesteld. Het horen van de overtreder is daar bij uitstek de manier voor (ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2956).

7.10.3 Inhoud invorderingsbeschikking

Een invorderingsbeschikking dient in ieder geval de volgende elementen te bevatten:

1. een verwijzing naar de last onder dwangsom;
2. de onderbouwde constatering dat dwangsommen zijn verbeurd. Een afzonderlijke invorderingsbeschikking kan worden gestuurd voor iedere geconstateerde verbeurte. Een invorderingsbeschikking kan ook verschillende invorderingen inhouden, mits binnen de verjaringstermijn van een jaar wordt ingevorderd. Dus wacht niet te lang met invordering, niet alleen vanwege de verjaringstermijn, maar ook omdat het wenselijk is de burger snel zekerheid te geven over zijn betalingsverplichtingen;

3. welke overtreding is geconstateerd. Wanneer een last bijvoorbeeld twee overtredingen noemt (bijvoorbeeld 1: de bedrijfsmatige verhuur en 2: het terugbrengen in de staat van zelfstandige woonruimte), moet duidelijk zijn verwoord in de invorderingsbeschikking aan welk van deze twee onderdelen van de last ten tijde van de controle niet werd voldaan (Rb. Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV0318);
4. de hoogte van de verbeurde en in te vorderen dwangsommen. De bedragen moeten overeenstemmen met de last onder dwangsom, tenzij wordt gemotiveerd waarom daarvan is afgeweken (Rb Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV0318). Dit kan vanzelfsprekend alleen een lager bedrag zijn dan de verbeurde dwangsom;
5. expliciete vermelding dat wordt overgegaan tot invordering, waarbij in de regel kan worden volstaan met een summiere motivering dat er geen redenen zijn om van invordering af te zien, of
6. vermelding van eventuele zienswijzen die zijn ingekomen (zie hierboven 7.10.2);
7. eventueel de betalingstermijn wanneer deze nog niet is verstreken. Wanneer de wettelijke betalingstermijn al wel was verstreken en in de invorderingsbeschikking is een langere betalingstermijn gegund, dan is feitelijk uitstel van betaling verleend;
8. vanaf het moment dat de betalingstermijn is verstreken, kan de wettelijk verschuldigde rente worden ingevorderd. Deze rente dient te worden benoemd in de invorderingsbeschikking. Het invorderen van wettelijke rente kan ook achterwege blijven totdat de invorderingsbeschikking onherroepelijk is geworden. Dit kan in de invorderingsbeschikking worden opgenomen in de vorm van een uitstel van betaling totdat de invorderingsbeschikking onherroepelijk is. Dit kan ook worden beperkt in de tijd, bijvoorbeeld totdat een beslissing op bezwaar is genomen. Gaat de overtreder in beroep dan kan opnieuw uitstel van betaling worden verleend gedurende die procedure;
9. is een betalingsregeling getroffen, dan dient deze ook vermeld te worden;
10. een rechtsmiddelenclausule, waarbij de geadresseerde goed wordt geïnformeerd over de werking van artikel 5:39 lid 1 Awb (zie 7.11).

De invorderingsbeschikking dient daarnaast uiteraard aan de vereisten van de Awb te voldoen, in het bijzonder de eisen gesteld in hoofdstuk 3 en 4 Awb, waaronder het motiverings- en zorgvuldigheidbeginsel en de bekendmakingeisen.

7.10.4 Bewijs verbeurde van dwangsommen

In haar uitspraak van 13 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW8183, heeft de ABRvS overwogen dat aan een invorderingsbesluit een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag dient te liggen. Zij heeft in die uitspraak een aantal eisen geformuleerd. In latere uitspraken, onder meer haar uitspraken van 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2610, 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1911 en 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2899, heeft de ABRvS die eisen genuanceerd. Omwille van de duidelijkheid heeft de ABRvS op 3 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1179) de eisen opnieuw gedefinieerd:

“Aan een invorderingsbesluit dient een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de vaststelling of waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurde van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag, door een ter zake deskundige persoon in opdracht van het bevoegd gezag of door een ter zake deskundige persoon wiens bevindingen het bevoegd gezag voor zijn rekening heeft genomen. De vastgestelde of waargenomen feiten en omstandigheden dienen op een duidelijke wijze te worden vastgelegd. Dat kan geschieden in een schriftelijke rapportage, maar in bepaalde gevallen ook met foto's of ander bewijsmateriaal. Duidelijk moet zijn waar, wanneer en door wie de feiten en omstandigheden zijn vastgesteld of waargenomen en welke werkwijze daarbij is gehanteerd. Voor zover de vastgestelde feiten en omstandigheden in een geschrift zijn vastgelegd, dient een inzichtelijke beschrijving te worden gegeven van hetgeen is vastgesteld of waargenomen. Een schriftelijke rapportage dient voorts in beginsel te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een

dagtekening. Aan het ontbreken van een ondertekening en een dagtekening kan worden voorbijgegaan, indien op andere wijze kan worden vastgesteld dat de opsteller van de rapportage degene is die de daarin vermelde feiten en omstandigheden heeft vastgesteld of waargenomen en wanneer die vaststelling of waarneming heeft plaatsgevonden.”

Het is overigens niet zo dat alle relevante feiten en omstandigheden die aan een invorderingsbesluit ten grondslag worden gelegd, daadwerkelijk door toezichthouders zelf dienen te zijn waargenomen. Relevante feiten en omstandigheden kunnen door toezichthouders ook worden vastgesteld. Feiten en omstandigheden kunnen zij bijvoorbeeld afleiden uit door hen aangetroffen stukken (ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1997).

Enkele voorbeelden.

Een casus waarbij gesteld werd door het college dat een dwangsom was verbeurd wegens overtreding van artikel 2:34b van de APV. Dit artikel bepaalt dat een paracommercieel rechtspersoon (onverminderd het bepaalde in artikel 2:29) alcoholhoudende drank uitsluitend mag verstrekken vanaf één uur voor de aanvang en tot uiterlijk één uur na afloop van een activiteit die wordt uitgeoefend in verband met de statutaire doelen van de rechtspersoon en deze rechtspersoon mag geen alcoholhoudende drank verstrekken tijdens bijeenkomsten van persoonlijke aard en bijeenkomsten die gericht zijn op personen welke niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de desbetreffende rechtspersoon betrokken zijn.

Volgens een proces-verbaal van bevindingen heeft een in burgerkleding geklede toezichthouder van de gemeente in een snackbar toegangskaartjes kunnen aanschaffen voor de Hollandse avond bij een voetbalvereniging zonder dat werd gecontroleerd of hij lid was van deze voetbalvereniging. Deze twee in burgerkleding geklede toezichthouders hebben de Hollandse avond op vertoon van de toegangskaartjes bezocht en geconstateerd dat tegen betaling alcoholhoudende dranken werden geschonken. Volgens dit proces-verbaal ontvingen zij bij binnenkomst een donateurskaartje en werd tegen hen gezegd dat zij zich daarmee donateurs van de voetbalvereniging konden noemen en alle Hollandse avonden van dat jaar konden bezoeken. Volgens de voetbalvereniging was deze avond slechts bedoeld voor leden, oud-leden, donateurs en sponsors. Tijdens de Hollandse avonden werd niet op lidmaatschap gecontroleerd, omdat ervan uit werd gegaan dat de bezoekers lid of donateur waren. Gezien de mogelijkheid om zonder effectieve en adequate controle toegangs- en donateurskaartjes voor de Hollandse avonden van 22 april en 24 juni 2016 te verkrijgen en daarmee die avonden te bezoeken, waren die avonden mede gericht op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van IJsselstreek betrokken waren.

Uit het proces-verbaal blijkt niet dat is gecontroleerd voor wie het feest toegankelijk was. Daardoor kan niet worden vastgesteld of de bijeenkomst mede gericht was op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de voetbalvereniging waren betrokken. Dat is de essentie van de overtreding. Ter zitting heeft de voetbalvereniging onweersproken gesteld dat de personen die bij het kick-off feest aanwezig waren leden, oud-leden, introducés, donateurs of sponsors waren. Ook volgens de aankondiging was het kick-off feest toegankelijk voor deze groep personen. De ABRvS is daarom van oordeel dat het feest geen overtreding oplevert van artikel 2:34b, tweede lid, van de APV (ABRvS 29 augustus 2018, AB 2018/441).

Uit een ander voorbeeld blijkt dat ook van belang is rekening te houden met de locatie waar wettelijke normen gelden.

Zo moet een exploitant van een horecagelegenheid voldoen aan de geluidvoorschriften uit het Besluit Algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (het Activiteitenbesluit). Door het college is een last onder dwangsom opgelegd, waarbij de last luidt dat het geluidniveau in de horecagelegenheid zodanig is aangepast, dat wordt voldaan aan artikel 2.17 van het Activiteitenbesluit. De geluidnormen van gevel 2.17a van het Activiteitenbesluit gelden 'op de gevel' van gevoelige gebouwen. De Omgevingsdienst heeft metingen verricht om te beoordelen of sprake was van verbeurte van dwangsommen. Deze geluidmetingen zijn echter niet 'op de gevel' verricht, maar ter hoogte van een buitenberging die heeft te gelden als 'dove gevel'. Derhalve concludeert de ABRvS dat deze geluidmetingen niet konden worden gebruikt om te 'bewijzen' dat sprake was van verbeurte van dwangsommen en dus ook niet om invorderingsbesluiten op te baseren (ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1544).

Dat processen-verbaal die zijn opgemaakt niet op ambtseed of ambtsbelofte zijn opgemaakt, brengt met zich dat daaraan minder bewijskracht toekomt, maar niet dat ze zonder betekenis zijn, zoals ook volgt uit de uitspraken van de ABRvS van 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:554, en 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1480 (ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:390). Wanneer dergelijke processen-verbaal gedetailleerde verslagen van toezichthouders van de gemeente bevatten, van wie niet is gebleken dat zij een belang hebben bij het onjuist vermelden van hetgeen zij hebben waargenomen, is betwisting op zichzelf onvoldoende om aan de juistheid van de processen-verbaal te twijfelen.

fair play
beginsel

Er is geen sprake van strijd met het fair play beginsel wanneer het bestuursorgaan dat de last onder dwangsom heeft opgelegd de overtreder niet tussentijds van een geconstateerde overtreding en dus verbeurte van dwangsommen op de hoogte stelt (ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:894). In deze casus was een last onder dwangsom opgelegd naar aanleiding van twee overtredingen van artikel 2.17, eerste lid, aanhef en onder a, van het Activiteitenbesluit. Bij brieven van 4 maart 2013 en 29 oktober 2013 heeft het college de overtreder ervan in kennis gesteld dat een dwangsom is verbeurd. Vervolgens is op 12 oktober 2014, 9 november 2014 en 4 januari 2015 opnieuw geconstateerd dat de geluidsnorm is overtreden. Het college heeft toegelicht dat het geen bewuste handeling is geweest dat de overtreder pas na de overtreding van 4 januari 2015 in kennis is gesteld van zijn constatering en niet direct na de overtredingen van 12 oktober 2014 en 9 november 2014. De ABRvS constateert dat het weliswaar aanbeveling verdient om een overtreder direct te informeren over een verbeurte, maar door dat niet te doen is geen sprake van strijd met het beginsel van fair play. Dat kan anders zijn wanneer de overtreder in zijn of haar verdediging is geschaad doordat het college haar niet tussentijds van de gedane constatering in kennis heeft gesteld.

7.11 (Geconcentreerde) rechtsbescherming

geconcentreerde
rechtsbescherming

Artikel 5:39 lid 1 Awb bepaalt dat wanneer tegen de last onder dwangsom bezwaar is ingediend of (hoger) beroep is ingesteld, dit bezwaar of (hoger) beroep automatisch ook gericht is tegen de invorderingsbeschikking. Dat geldt ook voor een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen. Dat impliceert dat tegelijkertijd moet worden beslist op het bezwaar tegen de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking (ABRvS 12 december 2012, LJN BY5865).

doorzendplicht

Is er (nog) geen of niet meer sprake van een lopend bezwaar of (hoger) beroep tegen de last, dan moet en kan wel afzonderlijk bezwaar worden gemaakt of (hoger) beroep worden ingesteld (ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5916, JB 2012, 165). Wanneer nadien alsnog bezwaar wordt gemaakt tegen de last, dan dient het bezwaar tegen de invorderingsbeschikking te worden doorgezonden (art. 6:15 Awb). Dat geldt uiteraard ook voor eventueel ingesteld (hoger) beroep.

weigering in te
vorderen

Is een beroep tegen een last onder dwangsom niet ontvankelijk omdat het griffierecht niet tijdig is betaald, dan eindigt daarmee tegelijkertijd de procedure die van rechtswege loopt tegen de invorderingsbeschikking (Rechtbank Amsterdam 14 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6296).

De ABRvS heeft geoordeeld dat artikel 5:39 lid 1 Awb ook geldt wanneer het college weigert om tot invordering over te gaan (ABRvS 19 december 2012, JnB 2013, 1).

Wanneer hangende de bezwarenprocedure invorderingsbeschikkingen worden genomen (of

doorzendplicht

geweigerd), dan moeten deze worden betrokken in de beslissing op bezwaar. Bezwaarmaker kan in die gevallen gevraagd worden gronden specifiek gericht tegen de invordering in te brengen. Is (hoger) beroep aanhangig dan zullen gedurende die procedure genomen invorderingsbeschikkingen aan de rechtbank of de hogerberoepsrechter toegezonden moeten worden (CBB 9 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU4787, AB 2012, 46).

discussiepunten
bezwaar en
(hoger) beroep

Wanneer een invorderingsbeschikking is genomen op verzoek, dan kan deze een weigering om in te vorderen inhouden. Daartegen kan verzoeker dan bezwaar en beroep instellen.

In bezwaar en beroep kunnen in ieder geval de volgende zaken nog ter discussie staan:

1. is sprake van verbeurte;
2. mede gelet op de conclusie van AG Wattel van 4 april 2018 overweegt de ABRvS dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is;
3. is een betalingsregeling getroffen of uitstel van betaling verleend en is daarmee geen rekening gehouden;
4. is voldaan aan de eisen van (hoofdstuk 3 en 4 van) de Awb: onbevoegd genomen, onjuiste bekendmaking, ondeugdelijke motivering, strijd vertrouwensbeginsel, enzovoort.

verval invorderingsbeschikking

Bij intrekking van de last onder dwangsom vervalt een invorderingsbeschikking van rechtswege voor zover dat uit de intrekking of wijziging blijkt (5:38 lid 1 Awb). Dat is nogal cryptisch geformuleerd en kan tot onduidelijkheid leiden over het voortbestaan van de invorderingsbeschikking. Die gevolgen moeten wel onder ogen worden gezien bij het intrekken of wijzigen van de last. Is het de bedoeling dat de gehele invorderingsbeschikking sneuvelt, of niet helemaal, omdat de last onder dwangsom maar gedeeltelijk wordt ingetrokken? Bij een wijziging van de last die ziet op de hoogte van de dwangsommen zal de invorderingsbeschikking in zijn geheel vervallen. Daarna kan een nieuwe invorderingsbeschikking worden genomen na eventuele verbeurte.

7.11.1 Rechterlijke toetsing

Mede gelet op de conclusie van AG Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152, genomen in zaak nr. 201605406/2/A1, heeft de ABRvS de lijn in de jurisprudentie aangepast, op grond waarvan nu geldt dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is.

7.12 Invordering verschuldigde bestuurlijke boete

betalingsplicht

De betalingsplicht van een bestuurlijke boete ontstaat met het bekendmaken van de beschikking tot het opleggen van de boete. De betalingstermijn is ook hier zes weken, tenzij in de boetebeschikking een latere termijn is opgenomen.

geen
bijkomende
beschikkingen

Voor de bestuurlijke boete geldt niet de mogelijkheid tot het nemen van bijkomende beschikkingen. Dat betekent dat na ommekomst van de betalingstermijn, ingevorderd kan worden zoals hierna beschreven. Die wijze van invordering is voor kostenverhaal, verbeurde dwangsommen en verschuldigde boeten identiek.

7.13 Procedure invorderen

7.13.1 Verzuim

wettelijke rente
na verzuim

Op het moment dat een betalingsplicht is ontstaan, gaat de betalingstermijn lopen. Wanneer de betalingstermijn is verstreken en er is niet betaald, dan is de overtreder in verzuim (artikel 4:97 Awb). Het intreden van het verzuim heeft tot gevolg dat de wettelijke rente conform artikel 4:98 Awb wordt verschuldigd.

verzuim nood-
zakelijke voor-
waarde invor-
dering

Verzuim is een noodzakelijke voorwaarde voor het gemeentebestuur om gebruik te kunnen maken van het invorderingsinstrumentarium, zoals hierna (op volgorde van toepassing) is beschreven.

7.13.2 Aanmaning

betalings-
herinnering

Voor de inwerkingtreding van de vierde tranche werd een overtreder vaak nog eenmaal – telefonisch of bij brief – herinnerd aan zijn betalingsverplichting. Deze ‘herinnering’ is nu in de Awb vastgelegd in artikel 4:112. Dit artikel schrijft voor dat de overtreder eerst schriftelijk gemaand moet worden. In die aanmaning moet zijn opgenomen dat:

1. moet worden betaald binnen twee weken, en
2. dat bij niet tijdige betaling, de betaling zal worden afgedwongen op kosten van de overtreder.

eerst een
invorderings-
beschikking, dan
pas aanmanen

Bij de invordering van verbeurde dwangsommen geldt dat voordat een aanmaning kan worden gestuurd om te betalen, eerst een invorderingsbeschikking moet worden genomen (artikel 5:37 lid 1 Awb). De memorie van toelichting bij artikel 5:37 van de Awb vermeldt dat het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, in de eerste plaats een invorderingsbeschikking moet nemen, als het van oordeel is dat dwangsommen zijn verbeurd en het daarom tot invordering wil overgaan (eerste lid). Nauwkeuriger: de invorderingsbeschikking dient te worden gegeven voordat het bestuursorgaan een aanmaning tot betaling van de dwangsommen kan doen uitgaan. Aangezien invordering bij dwangbevel pas mogelijk is nadat is aangemaand, wordt aldus bereikt dat dwanginvordering pas kan plaatsvinden nadat de geldschuld bij beschikking is vastgesteld (Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3).

Wanneer een aanmaning ten onrechte wordt uitgebracht voordat een invorderingsbesluit is genomen dan geldt dat ten tijde van die aanmaning de geldschuld bestaande uit de tot dan toe verbeurde dwangsommen nog niet bij besluit is vastgesteld. Die aanmaning kan dan om die reden ook niet worden aangemerkt als een invorderingshandeling die is gericht op betaling van de verbeurde dwangsommen. Een dwangbevel moet ook voorafgegaan worden door een aanmaning, want anders is het dwangbevel in strijd met artikel 4:117 van de Awb.

Een aanmaning die wordt genomen voordat er een invorderingsbeschikking is genomen en een dwangbevel dat niet door een rechtsgeldige aanmaning is voorafgegaan zijn dan geen invorderingshandeling die de verjaring van de invorderingsbevoegdheid heeft gestuit. Zou dat anders zijn, dan zou een overtreder rauwelijks worden geconfronteerd met een dwangbevel inclusief de daarbij behorende kosten, wat zich niet verdraagt met het in de Awb beoogde systeem. In het uiterste geval kan dit dus betekenen dat de bevoegdheid tot invordering is verjaard (zie ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2016).

Een brief is ook een aanmaning als in die brief het woord aanmaning niet is genoemd. Getoetst wordt aan de criteria die artikel 4:112 Awb daaraan stelt. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak van de ABRvS (onder meer de uitspraken van 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2301 en 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1142), geldt dat een brief, die onmiskenbaar een herinnering is om te betalen, waarin de aangeschrevene in gebreke wordt gesteld en hem een korte termijn wordt geboden om alsnog te betalen en waarin wordt gewaarschuwd voor rechtsmaatregelen, die zullen volgen als niet tijdig wordt betaald of anderszins wordt gereageerd, een aanmaning is als bedoeld in artikel 4:112 Awb (ABRvS 11 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1210). Er is ook sprake van een rechtsgeldige aanmaning wanneer daarin een andere dan de wettelijke twee weken termijn wordt genoemd (ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3603).

Volgens deze uitspraak staat het een bestuursorgaan ook vrij om na het nemen van een

invorderingsbesluit de daadwerkelijke incasso van de verschuldigde bedragen uit te besteden aan een deurwaarderskantoor.

In de memorie van toelichting bij de Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), Kamerstukken II, 29 702, nr. 3, blz. 58-60) is met betrekking tot de aanmaning weergegeven dat die een herinnering is te betalen en dat, indien niet tijdig is betaald en de schuldenaar dus in verzuim is, het bestuursorgaan alvorens over te gaan tot het uitvaardigen van een dwangbevel een schriftelijke aanmaning laat volgen waarin wordt verzocht om op korte termijn alsnog te betalen. Voorts is in de memorie van toelichting weergegeven dat de schuldenaar in de aanmaning tevens wordt gewaarschuwd voor mogelijke invorderingsmaatregelen. Hij krijgt nog twee weken om zijn schuld te voldoen en na het verstrijken van de aanmaningstermijn heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om tot dwanginvordering over te gaan, aldus de memorie van toelichting. Zoals daarin verder is weergegeven, kan het bestuursorgaan zich er bij de aanmaning van vergewissen dat betrokkene niet om onbekende, maar wellicht goed verklaarbare, redenen weigert te betalen.

Zoals de ABRvS eerder heeft overwogen in de uitspraak van 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2301, dient, gelet op hetgeen in de memorie van toelichting is weergegeven, uit het oogpunt van rechtszekerheid voor de aangeschrevene uit een aanmaning onmiskenbaar te blijken dat ingeval niet wordt betaald na afloop van de daarin vermelde betalingstermijn dwanginvordering zal volgen.

Wanneer in een aanmaning wel wordt aangegeven dat bij het uitblijven van betaling, het verschuldigde bedrag zal worden geïnd door toepassing van invorderingsmaatregelen, maar niet wordt medegedeeld dat de invorderingsmaatregelen op kosten van de aangeschrevene kunnen worden uitgevoerd, is nog steeds sprake van een rechtsgeldige aanmaning (ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2405).

Bij kostenverhaal na toepassing van bestuursdwang of bij verschuldigde bestuurlijke boeten geldt dat, wanneer de in de kostenverhaal- of boetebeschikking genoemde betalingstermijn is verstreken, de overtreder in verzuim is en kan er worden aangemaand.

aanmaning is
een beschikking

De aanmaning is een besluit in de zin van de Awb, maar dit besluit is in artikel 8:4 Awb van de mogelijkheid van bezwaar en beroep uitgezonderd. Voordat de aanmaning wordt verstuurd hoeft niet om zienswijzen te worden gevraagd op grond van artikel 4:8 Awb (artikel 4:118 Awb).

7.13.3 Dwangbevel

eerst aanmanen,
dán dwangbevel

De aanmaning is een verplichte stap die genomen moet worden voordat een dwangbevel kan worden betekend. Wanneer ook na een aanmaning niet tijdig is betaald, dan zal een dwangbevel moeten worden betekend door een deurwaarder (art. 5:10 lid 2 Awb en art. 4:117 Awb).

Een dwangbevel is een besluit in de zin van de Awb, maar ook dit besluit is in artikel 8:4 lid 1 onder b Awb van de mogelijkheid van bezwaar en beroep uitgezonderd. Voordat het dwangbevel wordt betekend, hoeft evenmin om zienswijzen te worden gevraagd op grond van artikel 4:8 Awb (art. 4:118 Awb).

In artikel 4:122 Awb is bepaald welke inhoud een dwangbevel ten minste moet hebben:

1. aan het hoofd het woord 'dwangbevel';
2. het bedrag van de invorderbare hoofdsom;
3. de beschikking of het wettelijk voorschrift waaruit de geldschuld voortvloeit;
4. de kosten van het dwangbevel, en
5. dat het op kosten van de schuldenaar ten uitvoer kan worden gelegd en – indien van toepassing – ook:
6. het bedrag van de aanmaningsvergoeding; en
7. de ingangsdatum van de wettelijke rente.

Naast de eisen uit de Awb moet het dwangbevel voldoen aan de eisen van het Wetboek van

Burgerlijke Rechtsvordering. Zo moet het hoofd van een dwangbevel de volgende aanhef hebben: 'In naam des Konings', zo bepaalt artikel 430 Rv.

executoriale titel Deze eisen zijn essentieel. Wanneer het dwangbevel niet aan deze eisen voldoet, dan kan het dwangbevel niet als executoriale titel gelden. Dat betekent dat dan opnieuw een dwangbevel moet worden betekend. Op zichzelf is dat niet heel bezwaarlijk, maar het wordt wel problematisch wanneer inmiddels de vordering op de overtreder zou zijn verjaard.

Zoals hiervoor is benoemd, kunnen een dwangbevel en/of een aanmaning die niet aan de daartoe gestelde wettelijke eisen voldoen, een lopende verjaring niet stuiten.

bijkomende kosten De onder 4, 6 en 7 genoemde bijkomende kosten kunnen op grond van artikel 4:119 lid 1 Awb worden verhaald. Uit lid 2 van dit artikel volgt dat bij een dwangbevel meerdere betalingsverplichtingen kunnen worden ingevorderd. Dus bijvoorbeeld één of meerdere verbeurde dwangsom(men) en tegelijkertijd kostenverhaal wegens toepassing bestuursdwang die is gevolgd op een last onder dwangsom.

bekendmaking bij exploit De bekendmaking van het dwangbevel vindt plaats door middel van betekening van een exploit. Dit exploit moet een rechtsmiddelenclausule bevatten, waarin in ieder geval wordt vermeld bij welke civiele rechtbank kan worden opgekomen tegen het dwangbevel via een executiegeding. Aangenomen kan worden dat het ontbreken van deze rechtsmiddelenclausule niet tot gevolg heeft dat het dwangbevel geen executoriale titel oplevert. Wel kan dit tot gevolg hebben dat de kosten van de procedure die is gevoerd omdat de betrokkenen niet bij de juiste rechter de zaak aanhangig heeft gemaakt, voor het bestuursorgaan komen (Sector Kanton Rechtbank Groningen 17 december 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU7130).

De gemaakte kosten zijn nog steeds verschuldigd indien het dwangbevel niet verder hoeft te worden geëxecuteerd omdat alsnog wordt betaald. Deze regeling is vergelijkbaar met de situatie dat kosten verhaald kunnen worden, ook al is het tot daadwerkelijke toepassing bestuursdwang niet of gedeeltelijk niet gekomen.

Schematisch:

Verschuldigde kosten bestuursdwang, bestuurlijke boete	Verschuldigde dwangsommen
Verzuim	Verzuim
Aanmaning	Invorderingsbeschikking
Dwangbevel	Aanmaning
	Dwangbevel

7.14 Executie

7.14.1 Verzet

Verzet is met de inwerkingtreding van de vierde tranche opgegaan in het executiegeschil van artikel 438 Rv. Kort gezegd houdt de regeling het volgende in.

executie kort geding Zowel in de bodemzaak als in kort geding is de gewone dagvaardingsprocedure van toepassing. Het aanhangig maken van een executiegeschil bij de rechtbank schorst de executie niet. Schorsing van de executie kan worden gevraagd in het in artikel 438 lid 2 geregelde 'executie-kort geding'. Dit is een variant van het reguliere civielrechtelijke kort geding, geregeld in artikel 289 Rv.

De voorzieningenrechter kan ingevolge artikel 438 lid 2 Rv:

- bevoegdheden voorzieningenrechter**
1. de executie schorsen voor een bepaalde tijd of totdat het geschil zal zijn beslist;
 2. bepalen dat executie slechts tegen zekerheidstelling mag plaatsvinden of worden voortgezet;

3. beslagen, al dan niet tegen zekerheidstelling, opheffen;
4. gedurende de executie bevelen dat verzuimde formaliteiten moeten worden hersteld en voor wiens rekening de daarmee gemoeide kosten zullen komen;
5. bepalen dat een in het geding geroepen derde de voortzetting van de executie moet gedogen of daaraan moet meewerken, al dan niet tegen zekerheidstelling door de executant.

Van belang is dat in een executieprocedure bestuursrechtelijke vragen die verband houden met de rechtmatigheid van de onderliggende beschikking in beginsel geen rol meer spelen. Die vragen horen thuis in de bezwaar- en beroepsprocedures die aan de tenuitvoerlegging van het dwangbevel zijn voorafgegaan. Vragen die de civiele rechter nog kan beoordelen zijn onder andere of in de juiste volgorde de juiste stappen zijn gezet om te komen tot invordering (verzuim, aanmaning etc.) of het dwangbevel evenals de betekening aan de wettelijke eisen voldoet; of niet al is betaald of een betalingsregeling is getroffen of is 'toegezegd', of sprake is van betalingsonmacht of de vordering is verjaard enzovoort?

7.14.2 Verjaring

In afdeling 4.4.3 Awb vinden we de regels over verjaring. Als hoofdregel geldt op grond van artikel 4:104 Awb, dat vorderingen verjaren vijf jaar nadat de betalingstermijn is verstreken. Dat is het geval bij verschuldigde bestuurlijke boeten en na toepassen (of voorbereiden) van bestuursdwang verschuldigde kosten.

verjarings-
termijn

Deze afdeling geldt op grond van artikel 4:103 Awb, voor zover er niet bij wet een andere regeling is getroffen. Die uitzondering geldt voor verbeurde dwangsommen, die verjaren al na een jaar na de dag waarop zij zijn verbeurd (art.5:35 Awb). Een uitzondering geldt ook voor onverschuldigd betaalde subsidies op grond van 4:57, lid 4 Awb.

De in artikel 5:35 van de Awb opgenomen verjaringstermijn van één jaar ziet zowel op het nemen van een invorderingsbesluit als op het feitelijk invorderen van de verbeurde dwangsom. Onder 'bevoegdheid tot invordering' als bedoeld in artikel 5:35 Awb moet immers niet alleen de bevoegdheid tot het nemen van het invorderingsbesluit, als bedoeld in artikel 5:37, worden verstaan, maar ook de bevoegdheden tot aanmaning en verrekening en het uitvaardigen en ten uitvoer leggen van een dwangbevel, als bedoeld in artikel 4:104, tweede lid, Awb (zie de uitspraak van de ABRvS van 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2523, herhaald in ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:653).

Hier geldt dat opgelet moet worden dat een eventueel mandaatgebrek moet zijn hersteld binnen de termijn van artikel 5:35 Awb. Een mandaatgebrek kan worden geacht te zijn hersteld indien de beslissing op bezwaar door het wel bevoegde orgaan is genomen, maar in het geval het een invorderingsbeschikking betreft moet die beslissing op bezwaar wel genomen worden binnen de termijn van artikel 5:35 Awb, omdat dit gebrek niet met terugwerkende kracht kan worden hersteld (Rb. Limburg 29 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2705).

De gemeente mag, gedurende de schorsing van de executie uitgesproken door de civiele rechter en neergelegd in een civiel vonnis, niet overgaan tot executie. Dit is een 'beletsel' dat rechtstreeks voortvloeit uit de aan de executierechter in artikel 438 Rv expliciet gegeven bevoegdheid tot schorsing van de executie en past daarmee binnen het wettelijk systeem. In die gevallen is sprake van een 'wettelijk beletsel' voor tenuitvoerlegging als bedoeld in artikel 5:35 Awb. Na opheffing van die schorsing kan de invordering worden hervat en is geen sprake van verjaring, omdat die verjaring gedurende de schorsing van executie eveneens geschorst is (Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, (ECLI:NL:GHSHE:2014:1419).

Wanneer een vordering is verjaard, kan niet meer worden ingevorderd en kan er dus geen aanmaning worden verstuurd of een dwangbevel worden uitgevaardigd, op grond van artikel 4:104 Awb. Op grond van dit artikel, tweede lid, kan dan ook niet meer worden verrekend met deze vordering.

Voordat artikel 4:104, lid 2, Awb van kracht werd, golden voor bestuursrechtelijke geldschulden de

regels van het BW. Op grond van artikel 6:131, eerste lid, BW is verrekening wel toegestaan met een verjaarde vordering. Hoewel steeds minder vaak een beroep op het overgangsrecht wordt gedaan naarmate de jaren verstrijken sinds inwerkingtreding van de vierde tranche Awb, komt het nog steeds voor en het is derhalve altijd goed om daarbij stil te staan.

Zo bleek recent dat een bestuursorgaan op grond van het overgangsrecht toch mocht verrekenen met een verjaarde vordering, omdat de geldschuld was ontstaan voor inwerkingtreding van de vierde tranche. Het voor deze zaak relevante overgangsrecht is vastgelegd in artikel III, eerste lid, van de Wet van 25 juni 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), waarin het volgende is vermeld:

“Op een verplichting tot betaling van een geldsom aan of door een bestuursorgaan die is vastgesteld of ontstaan voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing.”

Uit deze bepaling volgt dat, nu de verplichting tot betaling van een geldsom vóór de inwerkingtreding van de vierde tranche (per 1 juli 2009) is ontstaan, de vierde tranche – en dus artikel 4:104 van de Awb – in dit geval niet van toepassing is en artikel 6:131, eerste lid, van het BW wel. In artikel 6:131, eerste lid, van het BW is bepaald dat de bevoegdheid tot verrekening niet eindigt door verjaring van de rechtsvordering. Derhalve was de bevoegdheid van het college om te verrekenen niet vervallen (Rb. Rotterdam, 31 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6140).

stuitings- handelingen

Een lopende verjaringstermijn kan op de volgende manieren worden gestuit volgens de artikelen 4:105 en 4:106 Awb:

1. een daad van rechtsvervolgning overeenkomstig artikel 3:316 BW;

‘Artikel 3:316 BW

- 1 De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolgning van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt.
- 2 Leidt een ingestelde eis niet tot toewijzing, dan is de verjaring slechts gestuit, indien binnen zes maanden, nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze als nog tot toewijzing leidt. Wordt een daad van rechtsvervolgning ingetrokken, dan stuit zij de verjaring niet.
- 3 De verjaring van een rechtsvordering wordt ook gestuit door een handeling, strekkende tot verkrijging van een bindend advies, mits van die handeling met bekwame spoed mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en zij tot verkrijging van een bindend advies leidt. Is dit laatste niet het geval, dan is het vorige lid van overeenkomstige toepassing.’

Een daad van rechtsvervolgning in de zin van artikel 3:316 BW is volgens de parlementaire geschiedenis het indienen van een verzoekschrift of het nemen van een conclusie in reconventie, de vermeerdering van eis, en de indiening van een vordering ter verificatie in het faillissement. Eveneens een daad van rechtsvervolgning is bijvoorbeeld het leggen van executoriaal beslag;

2. een aanmaning; let wel: dat is alleen het geval als de aanmaning aan de wettelijke vereisten voldoet (ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:327);
3. een beschikking tot verrekening;
4. betekenen van een dwangbevel;
5. een daad van tenuitvoerlegging van een dwangbevel
6. door elke betaling o.g.v. een betalingsregeling (Hof Arnhem 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO1436).

Op de verjaring van de bevoegdheid tot invordering van dwangsommen ingevolge artikel 5:35 van de Awb zijn de bepalingen van afdeling 4.4.3 van de Awb (artikelen 4:104-4:111) van toepassing. De bevoegdheid tot invordering omvat gelet op het bepaalde in artikel 4:104, tweede lid, Awb mede de tenuitvoerlegging van een dwangbevel. Hieronder moet niet slechts worden begrepen de bete-

kening van het dwangbevel, maar ook de executoriale beslaglegging en verkoop. In de uitspraak van de ABRvS van 27 juli 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2087) stond de vraag ter discussie of een aanzegging bij exploit als een daad van rechtsvervolgning kan worden aangemerkt. In artikel 4:105, eerste lid, van de Awb wordt als stuitingshandeling genoemd een daad van rechtsvervolgning overeenkomstig artikel 316 van Boek 3 van het BW. De aanzegging was een mededeling waarbij de gemeente zich ondubbelzinnig haar recht op nakoming voorbehoudt. Een dergelijke mededeling kan naar het oordeel van de ABRvS niet als een daad van rechtsvervolgning worden beschouwd. Steun voor dit oordeel kan worden gevonden in artikel 4:107 van de Awb waarin alleen de schuldeiser van een bestuursorgaan de mogelijkheid wordt gegeven om de verjaring ook te stuiten door een dergelijke mededeling. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling (memorie van toelichting, Kamerstukken II, 29702, nr. 3, blz. 57) blijkt dat het in de rede ligt dat een bestuursorgaan als schuldeiser de verjaring niet kan stuiten door een schriftelijke mededeling waarin het zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Artikel 4:107 is dan ook niet van toepassing als de schuldeiser een bestuursorgaan is. Voorts kan daarvoor steun worden gevonden in de omstandigheid dat een dergelijke mededeling een stuitingshandeling betreft die is vermeld in artikel 317 van Boek 3 van het BW, terwijl in artikel 4:105, eerste lid, van de Awb uitsluitend artikel 316 van Boek 3 van het BW van overeenkomstige toepassing is verklaard.

De ABRvS ziet echter aanleiding om de aanzegging in dit geval gelijk te stellen met een stuitingshandeling als bedoeld in de artikelen 4:105, eerste lid, en 4:106 van de Awb. Aan de overtreder in kwestie waren al eerder verschillende aanmaningen verzonden, waarin zij is gewaarschuwd dat de dwangsommen bij dwangbevel worden ingevorderd en dat de kosten daarvan op haar worden verhaald indien zij niet alsnog binnen twee weken de dwangsommen betaalt. Voorts zijn eerder dwangbevelen betekend waarbij tevens is gewezen op de tenuitvoerlegging van die dwangbevelen. Verder is eerder beslag gelegd op een pand in eigendom bij overtreder. Verder acht de ABRvS van belang dat uit de aanzegging onmiskenbaar blijkt dat het college niet berust in het niet betalen van de schuld. Het ontbreken van een termijn om te betalen en een waarschuwing over het treffen van invorderingsmaatregelen in de aanzegging leidt in dit geval niet tot strijd met de rechtszekerheid. De overtreder heeft immers eerder de gelegenheid gekregen om de dwangsommen alsnog te betalen en heeft hiervan geen gebruik gemaakt. Ook was zij al eerder gewaarschuwd dat invorderingsmaatregelen getroffen zouden worden en de kosten daarvan zouden worden verhaald. Van het college mocht onder de hiervoor vermelde omstandigheden niet worden gevergd opnieuw een aanmaning overeenkomstig artikel 4:112 van de Awb te versturen.

invorderings-
beschikking is
geen stuitings-
handeling

De invorderingsbeschikking geldt niet als een stuitingshandeling. Wil het gemeentebestuur voorkomen dat moet worden aangemaand om de verjaring te stuiten, terwijl tegen de invorderingsbeschikking nog een bezwaar- of beroepsprocedure loopt, dan zal uitstel van betaling moeten worden verleend. In dat geval wordt de verjaringstermijn verlengd met de termijn waarvoor uitstel van betaling is verleend (art. 4:111 Awb).

betaling
ondanks
verjaring

Als een vordering is verjaard, bestaat nog wel een zogeheten 'natuurlijke verbintenis'. Wanneer zo'n verbintenis (een verjaarde vordering) toch wordt betaald, dan is deze niet onverschuldigd betaald en hoeft de gemeente de betaalde bedragen niet terug te storten.

nieuwe
verjarings-
termijn na
stuiting

Wanneer een dwangsom wordt opgelegd per tijdseenheid, bijvoorbeeld dat gedurende een week of een maand de last niet is uitgevoerd, dan kan pas sprake zijn van verbeurte en daarmee van de aanvang van de verjaringstermijn na afloop van die periode (HR 8 juli 2011, AB 2012, 3).

Bij dwangsommen die worden verbeurd per herhaalde overtreding begint steeds na elke verbeurte een verjaringstermijn te lopen. Het is daarom riskant om met invordering te wachten totdat bijvoorbeeld een gesteld maximumbedrag aan te verbeuren dwangsommen is bereikt, omdat mogelijkerwijs dan de verjaringstermijn van de eerste verbeurde bedragen verlopen zou kunnen zijn.

Een aanmaning is een rechtsgeldige stuitingshandeling, óók als daarin ten onrechte nog is uitgegaan van een in te vorderen bedrag aan verbeurde dwangsommen, zonder dat rekening is gehouden met het feit dat de bevoegdheid tot invordering gedeeltelijk reeds was verjaard. De hoogte van

de in te vorderen dwangsom wordt vastgesteld bij het invorderingsbesluit. De omstandigheid dat in het invorderingsbesluit van een onjuist bedrag is uitgegaan, laat onverlet dat het bedrag voor het overige nog wel kan worden ingevorderd. De Awb verplicht een bestuursorgaan er niet toe om bij een aanmaning bij het invorderingsbesluit vastgestelde bedrag met inachtneming van de bepalingen omtrent verjaring zo nodig te herzien en opnieuw vast te stellen (ABRvS 5 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2920).

7.14.3 *Rechterlijke toetsing executiegeschil*

schorsing
executie

Er zijn al verschillende vonnissen gewezen over het executiegeschil. Uit deze jurisprudentie blijkt dat de taak van de executierechter in een executiegeschil beperkt is. De executierechter kan slechts schorsing van de tenuitvoerlegging van een executoriale titel bevelen als hij van oordeel is dat de executant – mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad – geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot tenuitvoerlegging. Dat zal onder meer het geval kunnen zijn als de executoriale titel klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust. Of als de executie op grond van naderhand gebleken feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor onverwijlde executie niet kan worden aanvaard (onder meer HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 en HR 22 december 2006, NJ 2007, 173). Voor inhoudelijke bezwaren tegen het besluit is in deze procedure in beginsel geen plaats zodat die ook niet zullen worden besproken.

De bevoegdheid om te executeren kan onderwerp van geschil zijn. Daarvan is sprake wanneer ten onrechte geen aanmaning is verzonden. De executierechter interpreteert het verweer dat geen aanmaning is ontvangen als een beroep op de onbevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen. Artikel 4:117 lid 1 Awb bepaalt namelijk dat de bevoegdheid tot uitvaardigen van een dwangbevel ontstaat op het tijdstip dat de in de aanmaning genoemde betalingstermijn is verstreken. Aanmaning overeenkomstig artikel 4:112 Awb is dus een ontstaansvoorwaarde voor de dwangbevelbevoegdheid. In een civiele procedure kan het gemeentebestuur dan worden uitgenodigd om bij akte stukken in het geding te brengen waaruit blijkt dat de aanmaningsbrief wel is ontvangen.

De executierechter gaat uit van de rechtmatigheid van een nog niet onherroepelijk handhavingsbesluit, zolang dat besluit niet is vernietigd. Of er gebreken kleven aan dat besluit speelt geen rol in het executiegeschil (Rb. Dordrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6955). Soms onderzoekt de executierechter summier of de procedure bij de bestuursrechter een redelijke kans van slagen had (Rb. 's-Gravenhage, 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6860).

Invordering
onredelijk

In sommige gevallen oordeelt de executierechter dat invordering – vooral gelet op de onderliggende sanctiebesluiten – de grenzen van redelijkheid overschrijdt.

Zo oordeelde de Kantonrechter van de Rechtbank Utrecht dat invordering van een boete onredelijk was, omdat het boetebesluit was opgelegd terwijl van verwijtbaarheid geen sprake was. De Kantonrechter vond dat in dit geval zo onredelijk dat hij in de formele rechtskracht van dat boetebesluit geen belemmering zag om invordering onrechtmatig te achten (Kantonrechter, Rechtbank Utrecht, 16 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5916).

Dit blijven overigens uitzonderingen (alleen wanneer sprake is van apert onredelijke sanctiebesluiten).

De draagkracht van de overtreder is bij uitstek een aspect dat in de executiefase een rol gaat spelen. Het bestuursorgaan hoeft bij een besluit omtrent invordering van de verbeurde dwangsom in beginsel geen rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder. De draagkracht van de overtreder kan immers in de regel pas in de executiefase ten volle worden gewogen en, indien hierover een geschil ontstaat, is de rechter die belast is met de beslechting daarvan bij uitstek in de positie hierover een oordeel te geven. Voor een uitzondering op dit beginsel bestaat slechts aanleiding, indien evident is dat de overtreder gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de verbeurde dwangsommen (volledig) te betalen. Op de overtreder rust de last aannemelijk

te maken dat dit het geval is. Hij dient daartoe zodanige informatie te verstrekken dat een betrouwbaar en volledig inzicht wordt verkregen in zijn financiële situatie en de gevolgen die het betalen van de verbeurde dwangsommen zou hebben (ABRVs 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:333).

7.15 Invordering vóór vierde tranche; overgangsrecht

Zowel voor wat betreft de inning van verbeurde dwangsommen, als voor kostenverhaal bestond voor inwerkingtreding van de vierde tranche niet de mogelijkheid om een invorderingsbeschikking of een kostenverhaalbeschikking te nemen. Op grond van het overgangsrecht, is het relevant om nog kort te schetsen hoe kostenverhaal en inning van dwangsommen verlopen naar 'oud' recht. Schematisch verloopt dit als volgt:

1. optioneel: verzenden van een nota of factuur. Wordt die betaald dan is geen verdere actie nodig;
2. bij uitblijven betaling:
 - a. betekenen dwangbevel (5:26 oud Awb). De schuldenaar kan binnen zes weken verzet aantekenen bij de burgerlijke verzetrechter. Verzet schorst de tenuitvoerlegging niet, maar de verzetrechter kan worden gevraagd op verzoek van het gemeentebestuur de schorsing op te heffen;
 - b. betekenen dagvaarding aan de schuldenaar en kosten verhalen via een reguliere civielrechtelijke eis. De procedure van betekening van het dwangbevel is eenvoudiger omdat het dwangbevel al een executoriale titel oplevert, dus de dagvaardingsprocedure wordt zelden gevolgd.

De rol van de verzetrechter is beperkt tot de volgende vragen:

1. voldoet het dwangbevel en de betekening aan de formele vereisten (ingeval de dagvaardingsprocedure wordt gekozen zal de burgerlijke rechter nagaan of de dagvaarding aan de formele vereisten voldoet);
2. zijn de kosten redelijk ingeval van kostenverhaal;
3. zijn dwangsommen verbeurd ingeval van inning van dwangsommen;
4. is kostenverhaal/inning van verbeurde dwangsommen redelijk, of is sprake van bijzondere omstandigheden op grond waarvan van kostenverhaal moet worden afgezien:
 - a. zijn toezeggingen gedaan;
 - b. is een betalingsregeling getroffen;
 - c. enzovoort.

7.16 Modelbeschikkingen

7.16.1 Kostenverhaalbeschikking

Geachte heer/mevrouw,

Inleiding

Bij beschikking van [invullen datum] hebben wij u een last onder bestuursdwang aangezegd. Aangezien u de daarin genoemde overtreding(en) niet voor [invullen eventueel einde begunstigingstermijn] ongedaan heeft gemaakt, is op [invullen datum/data] feitelijk bestuursdwang toegepast.

Besluit verhaal verschuldigde kosten

Zoals in de last onder bestuursdwang is aangezegd, hebben wij besloten de kosten die wij hebben moeten maken bij het toepassen [optioneel: of voorbereiden] van bestuursdwang op u te verhalen. Ons zijn geen bijzondere omstandigheden bekend op grond waarvan wij hiervan zouden moeten afzien.

[Als er zienswijzen zijn ingediend dan moeten deze worden betrokken bij de beslissing om de

kosten te verhalen. Gemotiveerd zal dan moeten worden waarom die omstandigheden wel of niet tot afzien van kostenverhaal moeten leiden. Wordt van kostenverhaal afgezien dan is het voor de overtreder wel zo prettig om dit dan te horen in een korte brief.]

Wij hebben met het (voorbereiden van het) toepassen van bestuursdwang de volgende kosten gemaakt:

[omschrijving en specificatie van de gemaakte kosten, zoals bijvoorbeeld:

- *kosten van daadwerkelijke uitvoering, zoals kosten van sloop, verplaatsen, opslag en bewaring van inbeslag genomen materialen, transportkosten, kosten van afbraak door een aannemer, maar ook kosten van beveiliging;*
- *kosten van juridische bijstand;*
- *kosten van betreding bij derden/niet-overtreders en de eventueel daaruit voortvloeiende schadevergoeding;*
- *kosten gemaakt bij de voorbereiding van de uitvoering van bestuursdwang, nu deze zijn gemaakt na het tijdstip waarop de begunstigingstermijn is verstreken;*
- *invorderingskosten, dus de kosten gemoeid met aanmaning, betekening dwangbevel;*
- *wettelijke rente].*

Betaling

Wij verzoeken u om het hiervoor gespecificeerde totaalbedrag van EUR *[invullen bedrag]* voor *[datum uiterste betaling]* over te maken op rekeningnummer *[rekeningnummer]* van onze gemeente onder vermelding van *[betalingskenmerk]*.

[Optioneel: wanneer zaken zijn meegevoerd]:

Bij het toepassen van bestuursdwang zijn verschillende zaken meegevoerd omdat dit nodig was bij de toepassing van bestuursdwang *[toelichten waarom dit het geval was]*.

Daarvan is bijgaand proces-verbaal opgemaakt *[optioneel: wanneer beheerder van de zaken niet de overtreder was: dat is toegezonden aan de beheerder van deze zaken]*.

Deze zaken zijn opgeslagen en de gemeente draagt zorg voor de bewaring van de opgeslagen zaken. Deze zaken kunnen aan u *[optioneel: de rechthebbende]* worden teruggegeven wanneer u de hiervoor gespecificeerde kosten heeft betaald. De kosten wij hebben moeten maken om deze zaken mee te voeren, maar ook de kosten voor opslag en de bewaring van deze zaken zullen bij u in rekening worden gebracht.

Indien de zaken niet binnen dertien weken aan u *[optioneel: de rechthebbende]* kunnen worden teruggegeven, omdat u de hiervoor genoemde kosten niet voldoet, dan kan de gemeente de zaken verkopen, of wanneer verkoop niet mogelijk is, kan de gemeente deze vernietigen. Wanneer de zaken worden verkocht, dan heeft u (of als u niet de eigenaar bent, de eigenaar van deze zaken), gedurende drie jaar recht op de opbrengst, na aftrek van de kosten die wij hebben moeten maken met het toepassen van bestuursdwang dan wel de kosten van meevoeren, opslag en bewaring.

Indien u niet tijdig betaalt, zal de invordering door de deurwaarder worden overgenomen en dan zullen ook eventuele gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten die moeten worden gemaakt als gevolg van deze invordering en de wettelijke rente bij u in rekening worden gebracht.

Wij raden u daarom aan om zo snel mogelijk voor betaling zorg te dragen.

Mocht deze brief niet duidelijk zijn of u wenst nog meer informatie over de inhoud van deze brief, dan kunt u contact opnemen met *[naam medewerker]* van onze gemeente, te bereiken onder telefoonnummer *[telefoonnummer]* of per email via het mailadres: *[mailadres]*.

Tegen deze beschikking hoeft u alleen bezwaar te maken, wanneer er geen procedure (bezwaar, beroep of hoger beroep) loopt tegen de last onder bestuursdwang. Wanneer dat wel het geval is dan geldt op grond van artikel 5:31c, eerste lid Awb, dat deze beschikking automatisch is betrokken

in die procedure. Wanneer die procedure wordt gevoerd voor de Rechtbank of de ABRvS dan dient u deze beschikking aan die instantie toe te sturen.

Hebt u nog geen bezwaar [optioneel: beroep] ingediend, dan dient u binnen zes weken na bekendmaking van deze beschikking een ondertekend bezwaarschrift in te dienen met ten minste de volgende inhoud:

- a naam en adres van de belanghebbende;
- b de dagtekening;
- c een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht;
- d de gronden van het bezwaar (deze kunnen ook later worden ingediend);
- e een volmacht, indien het bezwaarschrift niet door de belanghebbende, maar door een ander, namens hem, wordt ingediend.

U wordt verzocht een kopie van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, mee te zenden. De indiener van het bezwaarschrift kan, als onverwijld de spoed dat gelet op de betrokken belangen vereist, eveneens een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank [adres en bevoegde rechtbank toevoegen].

7.16.2 Invorderingsbeschikking

Geachte heer/mevrouw,

Inleiding

Bij beschikking van [datum beschikking] hebben wij een last onder dwangsom opgelegd met betrekking tot de volgende overtredingen:

[overtredingen waarvoor dwangsom is opgelegd].

De last onder dwangsom is op grond van artikel 5:32b van de Algemene wet bestuursrecht vastgesteld op [dwangsombedrag] [per overtreding] [tijdseenheid], met een maximum van [maximumbedrag dwangsom].

Verbeuren dwangsom

Op [datum controle] om [tijdstip controle] is door onze toezichthouder [naam toezichthouder] geconstateerd dat de overtreding(en) nog niet (geheel) door u of in opdracht van u zijn opgeheven. [Toevoegen bewijzen, controleverslag, foto's, enz.]. Om die reden is in totaal een bedrag van [bedrag verbeurde dwangsommen] aan dwangsommen verbeurd.

Op grond van artikel 5:33 van de Algemene wet bestuursrecht dienen deze dwangsommen binnen zes weken nadat deze van rechtswege zijn verbeurd, te worden betaald.

Alternatief indien eerst een nota is gestuurd:

In onze brief van [datum invorderingsbrief] hebben wij u al verzocht de verbeurde dwangsommen vóór [datum verstrijken betalingstermijn van zes weken] over te maken op rekeningnummer [rekeningnummer] van onze gemeente onder vermelding van [omschrijving betalingskenmerk]. Aan dit verzoek heeft u niet voldaan. In die brief is meegedeeld dat u in een dergelijk geval vanaf het moment dat de betaaltermijn is overschreden, wettelijke rente verschuldigd bent over het verbeurde dwangsombedrag en dat bij uitblijven van betaling een invorderingbeschikking zal worden genomen.

Besluit invordering verbeurde dwangsom(men)

Wij hebben u bij brief van [invullen datum waarop zienswijzen zijn gevraagd] verzocht zienswijzen in te dienen tegen ons voornemen om de verbeurde dwangsommen in te vorderen. Deze zienswijzen geven geen aanleiding om van invordering af te zien [motivering waarom de zienswijzen daartoe niet hebben geleid. Indien de zienswijzen er wel toe hebben geleid dat van invordering wordt afgezien, wordt aanbevolen dit dan ook schriftelijk aan de overtreder kenbaar te maken].

Daarom hebben wij besloten tot invordering van de verschuldigde dwangsommen over te gaan. Wij verzoeken u daarom het bedrag van [totaalbedrag], zijnde het hiervoor vermelde bedrag aan verschuldigde dwangsommen [bedrag dwangsommen] verhoogd met [bedrag wettelijke rente] aan wettelijke rente, over te maken op rekeningnummer [rekeningnummer] van onze gemeente onder vermelding van [omschrijving betalingskenmerk].

Betaalt u niet (tijdig), dan volgt een laatste aanmaning en tenslotte invordering door middel van betekening van een dwangbevel. Voor de invordering wordt in dat geval een gerechtsdeurwaarder ingeschakeld. De kosten die wij daarvoor moeten maken, zullen naast het dwangsombedrag, de kosten van aanmaning en de opgelopen wettelijke rente, op u worden verhaald. Wij vertrouwen op dit moment echter op uw vrijwillige betaling binnen de gestelde termijn.

Voor nadere informatie over de inhoud van deze brief kunt u contact opnemen met [naam medewerker] van onze gemeente, te bereiken onder telefoonnummer [telefoonnummer] of per email via het mailadres: [mailadres].

Tegen deze invorderingsbeschikking hoeft u alleen bezwaar te maken, wanneer er geen procedure (bezwaar, beroep of hoger beroep of een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening) loopt tegen de last onder dwangsom. Wanneer dat wel het geval is dan geldt op grond van artikel 5:39, eerste lid Awb, dat deze beschikking automatisch is betrokken in die procedure. Wanneer die procedure wordt gevoerd voor de Rechtbank of de ABRvS bestuursrechtspraak van de Raad van State dan dient u deze beschikking aan die instantie toe te sturen.

Wanneer er geen procedure (bezwaar, beroep of hoger beroep) loopt tegen de last onder dwangsom, kan tegen dit besluit binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift worden ingediend bij het college/raad van [invullen].

Het bezwaarschrift moet ondertekend zijn en ten minste bevatten:

- a naam en adres van de belanghebbende;
- b de dagtekening;
- c een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift is gericht;
- d de gronden van het bezwaar;
- e een volmacht, indien het bezwaarschrift niet door de belanghebbende, maar door een ander, namens hem, wordt ingediend.

U wordt verzocht een kopie van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, mee te zenden. De indiener van het bezwaarschrift kan, als onverwijld de spoed dat gelet op de betrokken belangen vereist, eveneens een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank, [adres en bevoegde rechtbank toevoegen].

7.16.3 Dwangbevel

DWANGBEVEL IN NAAM DES KONINGS

Burgemeester en wethouders van [naam gemeente] vaardigen tegen:

Naam: [Naam overtreder]

Adres: [adres]

dit dwangbevel uit, aangezien het hierna gespecificeerde bedrag aan: [verschuldigde dwangsommen of kosten verband houdend met het toepassen van bestuursdwang], niet tijdig is voldaan en daardoor een betalingsachterstand is ontstaan.

Op [invullen datum] is een invorderingsbeschikking bekendgemaakt [datum en kenmerk invorderingsbeschikking]. Op [invullen datum] is een aanmaning verstuurd.

Totaal bedrag verschuldigd: [totaalbedrag] Optioneel: Bedrag reeds voldaan [invullen bedrag]

Bedrag thans invorderbaar [nog verschuldigd bedrag]

Gelet op paragraaf 4.4.4.2. van de Algemene wet bestuursrecht wordt dit dwangbevel uitgevaardigd tegen de hierboven vermelde schuldenaar. Dit dwangbevel wordt officieel bekendgemaakt overeenkomstig artikel 4:123 Awb, door een gerechtsdeurwaarder, met bevel tot betaling.

Wanneer betaling uitblijft wordt tot invordering overgegaan op kosten van schuldenaar, in overeenstemming met de bepalingen van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Ook de invorderingskosten komen ten laste van de schuldenaar. Deze bedragen maximaal [percentage, zie hieronder in de toelichting] van de hoofdsom te vermeerderen met de BTW.

De schuldenaar kan tegen dit dwangbevel opkomen door een executiegeschil aanhangig te maken als bedoeld in artikel 438 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door de publiekrechtelijke rechtspersoon de gemeente te dagvaarden voor de rechtbank [invullen relatief bevoegde rechtbank], sector civiel. Tot het verkrijgen van een voorziening bij voorraad kan het geschil ook worden gebracht in kort geding voor de voorzieningenrechter van de hiervoor genoemde bevoegde rechtbank. Deze procedures kunnen slechts door tussenkomst van een advocaat worden gevoerd.

Uitgevaardigd op [datum] te [plaats]

Burgemeester en wethouders van [gemeente]

Voor dwangbevelen is een staffel ingevoerd voor de buitengerechtelijke kosten, zie het Besluit van 25 oktober 2017, houdende wijziging van het Besluit buitengerechtelijke kosten in verband met de nadere normering van de regels inzake buitengerechtelijke kosten bij tenuitvoerlegging van dwangbevelen: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2017-419.html>:

De buitengerechtelijke kosten, bedoeld in artikel 4:120 van de Algemene wet bestuursrecht, kunnen in rekening worden gebracht voor zover zij redelijk zijn en bedragen ten hoogste:

15% van de geldsom, bedoeld in artikel 4:86 van de Algemene wet bestuursrecht, over de eerste € 2.500 van de vordering;

10% van de geldsom, bedoeld in artikel 4:86 van de Algemene wet bestuursrecht, over de volgende € 2.500 van de vordering;

5% van de geldsom, bedoeld in artikel 4:86 van de Algemene wet bestuursrecht, over de volgende € 5.000 van de vordering;

1% van de geldsom, bedoeld in artikel 4:86 van de Algemene wet bestuursrecht, over de volgende € 190.000 van de vordering;

0,5% van de geldsom, bedoeld in artikel 4:86 van de Algemene wet bestuursrecht, over het meerdere met een maximum van € 6.775.

In de toelichting op dit besluit is het volgende opgemerkt:

Uit de toelichting is wellicht nog interessant:

In het eerste lid van artikel 1 is geregeld dat alleen die buitengerechtelijke kosten kunnen worden gevorderd die daadwerkelijk zijn gemaakt, voor zover deze redelijk zijn, én voor zover de hoogte daarvan in redelijke verhouding staat tot de oorspronkelijke geldschuld.

In paragraaf 2 is uiteengezet waarom wordt aangesloten bij de privaatrechtelijke regeling voor buitengerechtelijke incassokosten. Op grond van die staffels kan het bestuursorgaan bij een bestuursrechtelijke geldschuld van bijvoorbeeld € 3.500 hooguit een vergoeding van € 475 verlangen (15% over de eerste € 2.500 is € 375 en 10% over de volgende € 1.000 is € 100) en bij een geldschuld van bijvoorbeeld € 90.000 nog hooguit € 1.675, mits het kan aantonen dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt en deze kosten de redelijkheidstoets kunnen doorstaan. Door de staffels wordt voorkomen dat bij omvangrijke geldschulden standaard 15% buitengerechtelijke incassokosten wordt berekend, waardoor dat bedrag niet in verhouding staat tot de kosten die in het kader van de betekening en tenuitvoerlegging van een dwangbevel daadwerkelijk zijn gemaakt.

De KBvG beval aan om duidelijk te maken dat de buitengerechtelijke kosten over de kale hoofdsom dienen te worden berekend. Het bedrag aan buitengerechtelijke kosten is een percentage van het oorspronkelijk in rekening gebrachte bedrag. Dit wordt in artikel 1 tot uitdrukking gebracht door de percentages te koppelen aan de geldsom, bedoeld in artikel 4:86 van de Algemene wet bestuursrecht. Het bedrag dat in de beschikking tot vaststelling van de betalingsverplichting is opgenomen is derhalve de kale hoofdsom. Voor de berekening van de vergoeding voor de incassokosten wordt de hoofdsom dus niet vermeerderd met de mogelijk over de hoofdsom verschuldigde wettelijke rente. Dit bevordert de eenvoud en de hanteerbaarheid van de regeling en sluit aan bij de privaatrechtelijke regeling uit het Besluit vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten.

Voorts is de aanbeveling van de KBvG gevolgd om duidelijkheid te verschaffen over de mogelijkheid om BTW die door een derde aan het bestuursorgaan in rekening is gebracht voor de invordering van de geldschuld, op te nemen in de buitengerechtelijke kosten. De BTW vormt voor het bestuursorgaan geen extra kostenpost, indien hij de BTW kan verrekenen op grond van de Wet omzetbelasting 1968 of op grond van de Wet op het BTW-compensatiefonds een recht op bijdrage uit het fonds heeft. Is verrekening of een bijdrage uit het fonds niet mogelijk, dan worden de buitengerechtelijke kosten om de geldschuld te incasseren voor het bestuursorgaan met het BTW-percentage verhoogd. In het tweede lid is bepaald dat de buitengerechtelijke kosten worden verhoogd met een percentage dat gelijk is aan het BTW-percentage dat aan het bestuursorgaan in rekening is gebracht. Het bestuursorgaan dient dan wel aan de schuldenaar te kennen te geven dat hij de BTW niet kan verrekenen of recht heeft op een bijdrage uit het btw-compensatiefonds en dat de kosten met het BTW-percentage zijn verhoogd. Het bestuursorgaan kan deze verklaring opnemen in de aanmaning. Op deze wijze kan het bestuursorgaan de kostenpost in de vorm van BTW op de schuldenaar verhalen. Dit sluit aan bij de privaatrechtelijke regeling uit het Besluit vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten.

Voor wat betreft de verhoging met BTW geldt het volgende:

De kosten worden verhoogd met een percentage dat overeenkomt met het percentage, bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de Wet op de Omzetbelasting 1968, indien het bestuursorgaan voor de verkrijging van voldoening buiten rechte gebruik maakt van een dienst als bedoeld in de Wet op de omzetbelasting 1968 ter zake waarvan op grond van die omzetbelasting is verschuldigd en het bestuursorgaan de hem in rekening gebrachte omzetbelasting niet op grond van genoemde wet kan verrekenen of daarvoor op grond

van de Wet op het BTW-compensatiefonds een recht op een bijdrage uit het fonds heeft en zulks nadrukkelijk verklaart en verklaart dat de kosten in verband daarmee zijn verhoogd.

Voor de deurwaarderskosten geldt ex artikel 4:120 lid 1 Awb jo art. 434a Rv het Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders.

**Vereniging van
Nederlandse Gemeenten**

Nassaulaan 12
2514 JS Den Haag
+31 70 373 83 93
info@vng.nl

oktober 2019

vng.nl