



Vereniging van
Nederlandse Gemeenten

Factsheet Handhavingskwesties

Vragen over handhaving zijn net zo divers als de zaken zelf. Denk daarbij aan illegale schuurtjes, geluidsoverlast of permanente bewoning van vakantiehuisjes. In deze factsheet komen vaak voorkomende handhavingskwesties aan de orde. Daarnaast een beknopt overzicht van relevante rechtspraak.

Welke zaken zijn voor de praktijk van belang?

Bestuursdwang of dwangsom

Het bestuur is vrij in haar keuze voor bestuursdwang of dwangsom. De rechter toetst die keuze marginaal. Alleen als er sprake is van ernstige, spoedeisende zaken waarbij direct ingrijpen nodig is, ligt een last onder dwangsom niet voor de hand.

Het begrip overtreder

Bij bestuursdwang is de overtreder een van degenen aan wie het besluit moet worden bekendgemaakt. Bestuursdwang kan men opleggen aan anderen dan de overtreder, maar alleen op de overtreder kunnen de kosten worden verhaald.

Een bekend voorbeeld is het volgende. In sommige oude bestemmingsplannen is wel het illegaal bouwen verboden, maar niet het hebben van een illegaal bouwsel. De bouwer is de overtreder, maar hij is niet langer de eigenaar van het bouwsel. De kosten van bestuursdwang kunnen alleen op de overtreder worden verhaald.

Als een overtreder evident onbekend is (bijvoorbeeld bij verwijdering van verwaarloosde fietsen), kan de aankondiging van bestuursdwang op een andere geschikte manier gebeuren. Dat kan bijvoorbeeld door een mededeling aan te plakken, door een advertentie in lokale bladen of door briefjes aan de te verwijderen fietsen te hangen.

Een last onder dwangsom kan alleen worden opgelegd aan de overtreder die het in zijn of haar macht heeft om de overtreding ongedaan te maken. En uiteraard kan ook alleen de overtreder dwangsommen verbeuren.

Waarschuwing vooraf

Een waarschuwing geven voordat formeel tot bestuursdwang wordt overgegaan is zeer gebruikelijk, maar niet verplicht. Voor de discussie over de vraag of zo'n waarschuwing een besluit is: zie het overzicht met jurisprudentie. Volgens de laatste stand van de rechtspraak is er geen sprake van een besluit.

Uitvoering van bestuursdwang en dwangsombesluiten

Een bestuursdwangbesluit hoort te impliceren dat het bestuur vastbesloten is om, als het puntje bij het paaltje komt, tot daadwerkelijke handhaving over te gaan. In de praktijk schrikt men daar nog wel eens voor terug. De rechter erkent dat er omstandigheden zijn dat er van het daadwerkelijk uitvoeren van bestuursdwang kan worden afgezien.

Die beleidsvrijheid wordt overigens wel aanzienlijk beperkt op het moment dat er belangen van derden in het geding zijn (ABRvS 22 mei 1984, AB 1985,

153, Gst. 6801, 4). Bij de uitvoering van bestuursdwang geldt vanouds dat het materiële zorgvuldigheidsvereiste vraagt dat er voor de minst belastende aanpak wordt gekozen (HR 3 april 1947, NJ 1947, 381).

Praktisch naslagwerk

Tip: een praktisch en beknopt naslagwerk is "Bestuursdwang en dwangsom" (Van Buuren e.a., derde druk 2005). Er is geen laatste druk die is aangepast aan de vierde tranche Algemene wet bestuursrecht.

Hoe zit het met publicatie benoemingsbesluiten van toezichthouders en BOA's?

Sommige gemeenten publiceren de benoeming met foto en al in het plaatselijke huis-aan-huisblad. Vooral bij grote gemeenten ziet men dat om privacyredenen liever niet. Wij adviseren dat men dit niet hoeft te publiceren, het is een intern organisatiebesluit. Het besluit kan geanonimiseerd worden verstrekt bij een beroep op de Wob.

Wanneer verspeelt een gemeente zijn recht om te handhaven?

Vroeger was de rechter streng voor gemeenten. Hij nam vrij snel aan dat het bestuur door een aantal jaren stil te zitten zijn recht om nog handhavend op te treden had verspeeld. De rechtszekerheid van de burger kreeg voorrang. Begin deze eeuw kwam daarin een omslag. De rechter kreeg meer oog voor de derde belanghebbende die tegen een illegale situatie opkwam en het belang van handhaving op zichzelf werd hoger aangeslagen.

Dat leidde uiteindelijk tot rechtspraak die uitgaat van een 'beginselplicht tot handhaven'. Het bestuur moet optreden tegen een illegale situatie, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn, waardoor kan/moet worden afgezien van handhaving.

Bijzondere omstandigheden kunnen bestaan bij:

- Concreet zicht op legalisatie (bijv. ABRvS 27 juli 2005, AB 2005/430; Jb 2007, nr. 135)
- Er in gelijke gevallen niet wordt opgetreden (bijv. ABRvS 14 september 2005, AB 2005/409).
- Handhavend optreden gezien de feitelijke omstandigheden onevenredig zou zijn (bijv. ABRvS 5 april 2006, AB 2006/207)
- Optreden in strijd zou zijn met gerechtvaardigd gewekt vertrouwen (bijv. ABRvS 22 maart 2001, AB 2001/195, ABRvS 31 juli 2002, AB 2003/188). Een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen (en overigens ook op het gelijkheidsbeginsel) wordt vaak gedaan maar zelden gehonoreerd.

Onderaan deze factsheet vindt u een overzicht van relevante jurisprudentie.

Extreem lang tijdsverloop

Wordt het bij een extreem lang tijdsverloop op een gegeven moment niet toch onevenredig om alsnog te handhaven? Over die vraag heeft de rechter zich nog niet uitgelaten. De Europese rechter zag in de hierna genoemde zaak in een tijdsverloop van een kwart eeuw nog steeds geen reden om niet meer te handhaven. Het hangt deels van bijkomende zaken af. In een bekende milieuzak (zie het overzicht met jurisprudentie) had het bestuur niet alleen stilgezeten, maar ook actief bijgedragen aan het voortduren van de illegale situatie door vergunningen te verlenen. Vooral daarom achtte de rechter alsnog optreden onevenredig.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (27 november 2007, Jb 2008, nr. 38) oordeelde in een Belgische zaak dat de autoriteiten, hoewel ze allang van de illegale situatie op de hoogte waren of moesten zijn, na meer dan 25 jaar alsnog tot optreden konden overgaan. Daarbij nam het Hof wel in aanmerking dat er geen enkel zicht op legalisatie was (er was gebouwd in bosgebied). Uiteindelijk duurde de handhavingprocedure in deze zaak zo lang (zes jaar, dat het Hof oordeelde dat men alsnog in strijd was gekomen met artikel 6 EVRM (redelijke termijn).

Is een waarschuwing een besluit?

Daar dacht de Afdeling vroeger anders over (bijv. ABRvS 7 april 2004, AB 2004, 360). Een waarschuwing was een besluit, als de waarschuwing deel uitmaakte van schriftelijk vastgelegd handhavingbeleid en daarmee dus een voorwaarde was voor handhaving.

Uiteindelijk besliste de Afdeling dat zo'n waarschuwing, vastgelegd in beleid of niet, geen rechtsgevolg heeft, voor de overtreder geen verplichtingen met zich mee brengt, en hem dus ook geen rechten worden onthouden als hij er niet in rechte tegen op kan komen, kortom geen besluit is. Die omslag kwam met ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 122.

Onmiddellijke handhaving openbare orde door burgemeester?

Op grond van artikel 5:23 Awb is afdeling 5.3 Awb (bestuursdwang) niet van toepassing op onmiddellijke handhaving van de openbare orde (art. 172-176a Gemeentewet).

JURISPRUDENTIE

A: Beginselplicht tot handhaving

ABRvS 30 mei 2007, AB 2007 nr. 218; beginselplicht tot echte en volledige handhaving

Partiële handhaving is feitelijk gedogen. Voortdurende verlenging van begunstigingstermijnen tot in totaal 4 ½ jaar levert ook een gedoogsituatie op. Nergens blijkt dat de provincie milieubelangen en belangen van derden ook maar in de afweging heeft betrokken. De annotator in de AB stelt dat in dit soort gevallen van te kort schietend bestuur de minister gebruik moet maken van haar bevoegdheid om in te grijpen: "Zo ongeveer alles is fout gegaan en gedaan".

ABRvS 9 november 2005, Gst. 2005/135; Beginselplicht tot handhaving; evenredigheid.

De Afdeling somt een aantal bepalende uitspraken op:

- Milieuzaak Soest: Eén relatief onbetekenende overtreding was in dit geval onvoldoende grond om tot handhaving over te gaan.
- Milieuzaak Maasdriel: Nu B&W langdurig niet optraden en zonder protest vergunning verleenden voor een ontvangsthuis was alsnog optreden onevenredig.
- Bouwstop Tiel: Legalisatie was niet aan de orde. Dat was wel het geval geweest bij een last tot afbraak. Niet onevenredig om alsnog op te treden.

ABRvS 23 mei 2007, Jb 2007, nr. 135; Beginselplicht: wel motivatie nodig waarom men niet van handhaving kon afzien

Op het moment dat de bouwstop en dwangsbemiddeling uitgingen waren al, in overleg, nieuwe bouwtekeningen gemaakt en ingeleverd om de bouwvergunning in overeenstemming te brengen met de afwijkingen die tijdens de bouw waren ontstaan. Toen was al bekend dat dit tot een aangepaste vergunning kon leiden (en dat heeft het inderdaad gedaan). In dat licht had het college zeker niet mogen nalaten om te overwegen en te motiveren of handhaving niet onevenredig was, gezien het te dienen belang. De stelling van het college dat de belangenafweging helemaal achterwege kon blijven nu het om een bouwstop ging, berust op een verkeerde lezing van de uitspraak van de afdeling van 9 november 2005.

ABRvS 13 april 2006, AB 2006, 220; Weigering handhaving optreden

B&W hadden verzuimd om naast het belang van de overtreder en zijn om handhaving verzoekende buurman, ook

het algemeen belang van handhaving mee te wegen. Het herstel van de legale situatie is dus een (mee te wegen) belang op zichzelf.

ABRvS 17 mei 2006, AB 2006, 328; art. 4:84 Awb. Inherent afwijkingsbevoegdheid schept geen plicht tot afwijking

De afdeling zag ook geen grond om van bijzondere omstandigheden te spreken, B&W zo op het oog wel.

ABRvS 7 februari 2007, Jb 2007 nr. 66, Beginselplicht tot handhaving: piepsysteem en volgordebeleid niet onaanvaardbaar

Gezien de beperkte capaciteit en de grote aantallen overtredingen in het buitengebied volgde het college een beleidsstuk, waarin was vastgelegd dat bij klachten direct wordt opgetreden en verder dat eerst wordt opgetreden tegen recente overtredingen en illegaal gebruik. Dit is voor de Afdeling niet onaanvaardbaar.

B. Preventieve bestuursdwang

ABRvS 11 april 2007, AB 2007 nr. 222. Preventieve feitelijke bestuursdwang

Deze uitspraak is voor gemeenten van belang bij woningontuimingen. Preventieve feitelijke bestuursdwang is daarbij volgens de Afdeling op zich mogelijk. Het feit dat er werd ingegrepen voordat er daadwerkelijk van een overtreding sprake was, doet daar niet aan af. De inboedel ging recht de container in en stond dus de facto geen moment illegaal op straat. Dat maakt niet uit. Bestuursdwang kan, als met de overtreding een allereerste begin is gemaakt, of als redelijkerwijs vaststaat dat zonder ingrijpen de overtreding zal plaatsvinden. De Afdeling vernietigt het besluit omdat tijdgebrek bij de gemeente niet de voor preventieve bestuursdwang noodzakelijke urgentie oplevert. De urgentie moet voortvloeien uit de dreigende overtreding. Hoewel er maar een paar dagen tijd was, acht de Afdeling dat niet zo kort dat de gemeente om die reden geen besluit op schrift hoefde te stellen.

C. Een waarschuwing is geen besluit

ABRvS 21 maart 2007, AB 2007 nr. 223. Ook waarschuwing met bestraffend karakter is geen besluit

De Afdeling blijft erbij dat een waarschuwing geen besluit is en vernietigt een uitspraak van de rechtbank Amsterdam. Ook het feit dat een waarschuwing ertoe kan leiden dat een later (boete)besluit voor de betrokkene zwaarder uitvalt, maakt niet dat er aan de waarschuwing een rechtsgevolg kleeft. De Afdeling merkt op dat het boetebesluit

dan wel ten volle moet worden getoetst, dus ook op de rechtmatigheid van de eerdere waarschuwing. De schrijver van de noot heeft daarover zijn twijfels. Voor zijn gevoel wringt het dat een burger een (nieuwe) overtreding moet maken om een rechterlijk oordeel over een mogelijk onterechte waarschuwing af te dwingen.

D. Het begrip overtreder

ABRvS 17 maart 2010, Gst. 2010, 71. Optreden tegen eigenaar die ongeweten overtreder werd

Appellant werd in 2000 eigenaar van een woning, niet wetend dat een rechtsvoorganger in 1981 illegaal een dakterras en een loopbrug had opgetrokken. Per 1 april 2007 werd appellant overtreder, want toen wijzigde de Woningwet. Niet alleen het illegaal bouwen werd verboden, maar nu ook het illegaal in stand houden. Dat maakt verschil, want aan de overtreder kan een last onder dwangsom worden opgelegd. De Afdeling haalt daar een streep door. Dat iemand die niet weet of redelijkerwijs niet hoeft te weten op zo'n manier tot overtreder wordt, is in strijd met de rechtszekerheid. Daarmee is een last onder dwangsom van de baan, net als vóór de wijziging van de Woningwet. De overtreder (de oorspronkelijke bouwer) heeft het niet in zijn macht om iets aan de overtreding te doen. Degene die dat wel in de macht heeft is geen overtreder. Maar net als in de oude situatie blijft (een last onder) bestuursdwang wel mogelijk. Alleen kan het bestuur de kosten van bestuursdwang niet op appellant verhalen: dat kan weer alleen op de overtreder.

ABRvS 6 juni 2007, AB 2007, 226. Optreden tegen eigenaren van drugspanden; 'laten gebruiken'

In de nieuwe Wro wordt een bepaling opgenomen dat het is verboden te gebruiken of te laten gebruiken in strijd met de bestemming. Dat 'laten gebruiken' staat ook in vele moderne bestemmingsplannen, maar niet in veel oudere. Dat maakt het lastig om de eigenaar van een drugspand aan te pakken, die wel de opbrengsten van de drugshandel toucheert, maar de gemeenten alleen de armlastige huurders als overtreder laat om aan te pakken. Gemeente Rotterdam paste dit enige tijd geleden in alle bestemmingsplannen aan. De Afdeling zet in deze uitspraak neer wat er onder 'laten gebruiken' moet worden verstaan. 'Laten gebruiken' kan worden afgeleid uit de

aard of positie van de verhuurder. Van een professionele, min of meer grootschalige verhuurder mag kennis worden verwacht van de namen van de huurders en wat zij zoal doen. Deze verhuurder laat dus gebruiken. Dat de verhuurder haar bedrijf zo had ingericht dat ze van niets wist blijft voor haar rekening. In ABRvS 11-11-2004, AB 2004, 457 (Utrechtse stadsnomaden) had de Afdeling al overwogen dat ook het niet (verder) verhinderen van bekend illegaal gebruik 'laten gebruiken' betekent.

E. Onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Noodbevoegdheden van de burgemeester in Gemeentewet

ABRvS 9 juni 2004, AB 2005, 331

De Afdeling meende dat hier geen sprake was van een acute noodsituatie die onmiddellijk ingrijpen nodig maakte. Er is ten onrechte toepassing gegeven aan art. 174 lid 2 Gemeentewet. Er moet sprake zijn van een concrete, zich direct aandienende bedreiging van veiligheid of gezondheid.

ABRvS 17 november 2004, AB 2005, 410

De burgemeester ontruimde een schip in de haven dat werd bewoond door Poolse werknemers. Er bestond brandgevaar en bij brand was de ramp niet te overzien geweest. Er was sprake van dreiging van groot verlies aan levens en evident gevaar. De rechter en de afdeling toetsten dan ook begrijpelijkerwijs zeer terughoudend en lieten de beslissing in stand. Toch is het de vraag of de burgemeester in dit geval formeel eigenlijk niet beter had kunnen kiezen voor het zwaardere en specifiekere artikel 174 in plaats van 172 Gemeentewet.

Hof 's Gravenhage 21 maart 2006, AB 2006, 396

Verblijfsontzegging. Hardnekkige overlastgever wordt strafrechtelijk vervolgd voor het overtreden van een verblijfsontzegging op grond van artikel 172 lid 3 Gemeentewet. De rechter sauveert dit. De schrijvers van de noot in AB hebben hun twijfels: de overlast van de psychisch gestoorde man is al langdurig en structureel, nauwelijks een plotselinge en acute bedreiging van de openbare orde. Een verblijfsverbod op grond van de APV lag meer voor de hand.