

# Handhaving van bestuursrecht

NTB 2018/56

## Indeling

1. Algemeen
2. Toezicht en opsporing
3. Sanctionering
  - 3.1 Algemene bepalingen handhaving
  - 3.2 Preventieve handhaving
  - 3.3 Bestuursdwang
  - 3.4 Dwangsom
  - 3.5 Bestuurlijke boete
  - 3.6 Overige sancties, waaronder intrekking begunstigende beschikking\*
4. Beginselplicht tot handhaven en gedogen
5. Invordering/executie
6. Bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving

*In de met een (\*) gemerkte paragrafen hebben zich onvoldoende ontwikkelingen voorgedaan en deze komen derhalve in onderstaande kroniek niet aan de orde. Deze kroniek beslaat de periode van 7 december 2017-31 juli 2018.*

## 1. Algemeen

Wij brengen een aantal handavingsgerelateerde publicaties onder de aandacht die in de kroniekperiode het licht zagen, onder meer over de transparantie over toezicht,<sup>2</sup> bestuursrechtelijke ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel,<sup>3</sup> bewijsrecht in boetezaken,<sup>4</sup> draagkracht en evenredigheid in boetezaken,<sup>5</sup> de actieve openbaarmaking van sancties door toezichthouders<sup>6</sup> en de samenloop tussen punitief bestuursrecht en strafrecht.<sup>7</sup>

## 2. Toezicht en opsporing

### *Toepassing van toezichtsbevoegdheden in het buitenland*

Bij uitspraak van 10 januari 2018<sup>8</sup> heeft het CBB zich voor het eerst uitgelaten over de vraag of een toezichthouder zijn toezichtsbevoegdheden ook kan aanwenden jegens een in het buitenland gevestigde onderneming, dan wel dat de soevereiniteit van andere staten daaraan in de weg staat. In de uitspraak stond de vraag centraal of DNB een informatievordering en, nadat daaraan niet was voldaan, een last onder dwangsom heeft kunnen opleggen aan een in Suriname gevestigd wisselkantoor. Bij DNB bestond het vermoeden dat dit wisselkantoor zonder vergunning het bedrijf van betaaldienstverlener in Nederland uitoefende en daarmee artikel 2:3f, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wft overtrad. Het college overweegt dat het land van vestiging van marktpartijen voor de reikwijdte van de toezichtsbevoegdheden van DNB niet doorslaggevend is. Bepalend is of DNB haar toezichtsbevoegdheden heeft aangewend ter invulling van haar wettelijk verankerde plicht om toe te zien op de naleving van de Wft door marktpartijen die actief zijn op de Nederlandse financiële markten. Nu DNB zich daartoe heeft beperkt, is geen sprake van het uitoefenen van toezichtsbevoegdheden buiten het eigen grondgebied. Ook het feit dat sprake is van een inlichtingenvordering en last onder dwangsom gericht tot een in het buitenland gevestigde partij, maakt niet dat daarmee sprake is van het uitoefenen van onderzoeksbevoegdheden buiten Nederland. Deze inzet van bevoegdheden houdt verband met een onderzoek naar een mogelijke overtreding van de Wft in Nederland en sorteert in beginsel geen effect buiten de Nederlandse rechtsorde, zodat ook geen inbreuk wordt gemaakt op de soevereiniteit van een andere staat. Om die reden vindt het territorialiteitsbeginsel, waarop door de wederpartij een beroep was gedaan, geen toepassing. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, waarin de rechtbank oordeelde dat wel sprake was van de inzet van toezichtbevoegdheden bij een onderzoek in Suriname en daarom in strijd met het territorialiteitsbeginsel was gehandeld, wordt op deze gronden vernietigd. De uitspraak van het CBB is in lijn met latere uitspraken van de Rechtbank Rotterdam, waaronder de uitspraak van 1 juni 2017 die wij bespraken in onze vorige kroniek. Ook daarin kwam de rechtbank tot het oordeel dat de toezichthouder bevoegd was toezichtsbevoegdheden aan te wenden jegens een in het buitenland gevestigde partij, nu deze bevoegdheden werden aangewend ten behoeve van een onderzoek naar de naleving van Nederlandse wetgeving op Nederlands grondgebied. Waar het CBB van oordeel is dat reeds daarom niet aan het territorialiteitsbeginsel kan worden toegekomen, wijdt de rechtbank daar meer overwegingen aan. Hoewel de rechtbank overweegt dat de wederpartij niet inzichtelijk heeft gemaakt

1 Mr. J.P. Heinrich, mr. M.L. Batting en mr. drs. R.W. Veldhuis zijn advocaat te Den Haag en zijn werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn Advocaten en Notarissen. Bij een aantal van de in deze kroniek besproken uitspraken zijn zij betrokken geweest als advocaat van het bestuursorgaan.

2 F. de Vries, 'De roep om transparantie over toezicht brengt ook het recht in beweging', *JBplus* 2017/3.

3 H. Al-Shusha, 'Bestuursrechtelijke ontneming van wederrechtelijk voordeel in strafrechtelijk perspectief', *JBplus* 2017/3.

4 Y.E. Schuurmans, 'Rechtsvorming bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken', *JBplus* 2017/4.

5 S.A. de Graaff, 'Evenredigheid: een vergelijking van boetehoogtes', *JBplus* 2018/1; F.M.E. Schulmer & W.C.A. Bruggeman, 'De sterkste schouders moeten de zwaarste boetes dragen. Enkele gedachten over draagkracht en boeteoplegging', *Gst* 2018/66.

6 M.E.M. Dujardin, 'De actieve openbaarmaking van sancties door toezichthouders en de Wet open overheid', *NTB* 2017/33.

7 J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestrafing', *NJB* 2018/749, afl. 16.

8 CBB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:2, *JOR* 2018/97, m.nt. S.M.C. Nuyten.

welke inbreuk de toezichthouder heeft gemaakt op de soevereiniteit van de andere staten, overweegt zij ook dat het relativiteitsbeginsel aan toetsing aan het territorialiteitsbeginsel in de weg staat. Dit beginsel houdt verband met de soevereiniteit van staten op het eigen grondgebied en strekt niet tot bescherming van de belangen van (rechts)personen die zich op dat grondgebied bevinden. De wederpartij kon naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen beroep op het territorialiteitsbeginsel doen. Uit de uitspraak van het CbB van 10 januari 2018 volgt dat de rechtbank deze extra stappen niet had hoeven zetten. Nu geen sprake is van een extraterritoriale uitoefening van toezichtsbevoegdheden, wordt aan het territorialiteitsbeginsel – en ook aan het relativiteitsbeginsel – niet toegekomen. Uiteraard kunnen deze beide beginselen nog wel betekenis hebben bij de inzet van andere bevoegdheden door toezichthouders ten aanzien van (rechts)personen in het buitenland. Met de uitspraak zijn dan ook nog niet alle vragen beantwoord over de inzet van (onderzoeks)bevoegdheden door toezichthouders gericht tot (rechts)personen in het buitenland.

#### *Zwijgrecht, cautie, nemo tenetur*

De grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 27 juni 2018<sup>9</sup> een uitspraak gedaan over het zwijgrecht, cautie en het nemo tenetur-beginsel. Met de uitspraak sluit de Afdeling aan bij de bestaande lijn in de rechtspraak en de eerdere conclusie van advocaat-generaal mr. L.A.D. Keus van 12 april 2017.<sup>10</sup> De Afdeling overweegt dat uit artikel 5:10a van de Awb volgt dat de cautieverplichting ontstaat 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. De Afdeling sluit met dit oordeel aan bij de tekst van de wet en de wetgeschiedenis.<sup>11</sup> De omstandigheid dat het niet altijd eenvoudig zal zijn onderscheid te maken tussen het op toezicht en het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek acht de Afdeling onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal niet problematisch omdat, kort gezegd, het nemo tenetur-beginsel er aan in de weg staat dat in de toezichtsfase onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal als bewijs aan een boete ten grondslag kan worden gelegd. Daarvan zal, aldus de Afdeling, bijvoorbeeld sprake zijn als de betrokkene op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb gehouden was een verklaring af te leggen. De Afdeling sluit hiermee aan bij het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013.<sup>12</sup> De Afdeling overweegt verder nog dat indien ten onrechte geen cautie is verleend, de verklaring van de betrokkene in de regel niet kan worden gebruikt als bewijs. Ook dit is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>13</sup> De uitspraak van de grote kamer zal betekenis kunnen hebben voor de (afwijkende) lijn die de Centrale Raad van Beroep hanteert voor het ontstaan van de cautieverplichting. De

CRvB hanteert vooralsnog de strengere lijn dat de cautie gegeven moet worden in alle gevallen waarin een betrokkene niet kan uitsluiten dat een door hem gevraagde verklaring aan een bestuurlijke boete ten grondslag zal worden gelegd. Aangenomen mag worden dat de CRvB zich aan de lijn van de grote kamer zal conformeren.

Het zwijgrecht en het verlenen van de cautie staat er echter niet aan in de weg dat moet worden voldaan aan een wettelijke verplichting om (wilsonafhankelijk) materiaal aan te leveren. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Afdeling van 18 april 2018 over de vraag in hoeverre een werkgever – nadat de cautie is gegeven – kan weigeren om mee te werken aan een vordering van een toezichthouder op grond van artikel 15a WAV tot het vaststellen van de identiteit van een werknemer aan de hand van een identiteitsdocument en vervolgens het verstrekken van een afschrift daarvan aan de betreffende toezichthouder. De Afdeling overweegt – in lijn met de rechtbank – dat de werkgever op grond van artikel 15a Wav verplicht was om, na de daartoe strekkende vordering, de identiteit van de twee mannen vast te stellen. Aan die verplichting doet niet af dat de werkgever vanwege het geven van de cautie op dat moment niet verplicht was om vragen van de arbeidsinspecteurs te beantwoorden. De werkgever was daarbij, gelet op de Wet op de identificatieplicht, reeds gehouden om de identiteit van de twee mannen te controleren en een afschrift van de identiteitsdocumenten in zijn administratie op te nemen, zodat hij geacht wordt over deze gegevens te hebben beschikt. Gelet hierop komt de Afdeling tot de conclusie dat de vordering tot medewerking om de identiteit van de mannen te noemen niet in strijd is met het verbod op zelfincriminatie.<sup>14</sup> Hoewel wij de uitkomst van deze uitspraak onderschrijven, was naar ons oordeel een meer precieze en betere conclusie geweest dat het verstrekken van een kopie van het identiteitsdocument niet in strijd is met het verbod op zelfincriminatie. De formulering ‘noemen van de identiteit van de mannen’ sluit niet uit dat de werkgever is gevorderd mondelinge inlichtingen betreffende de identiteit te verstrekken. Het gebruik van dergelijke onder dwang verkregen informatie als bewijs voor een bestuurlijke boete zal ons inziens wel moeten afstuiten op het nemo tenetur-beginsel.

Een hiermee verband houdende rechtsvraag was aan de orde in de uitspraak van het CbB van 10 januari 2018.<sup>15</sup> Hoewel het verbod op zelfincriminatie volgens vaste rechtspraak er niet aan in de weg staat dat wilsafhankelijk materiaal wordt gevorderd voor (niet punitieve) toezichtsdoel-einden, gelden aanvullende eisen indien de betrokkene niet kan uitsluiten dat het gevorderde wilsafhankelijk materiaal (ook) zal worden gebruikt voor beboeting en andere vormen van bestraffing. In dat geval zal door de toezichthouder aan de vordering en/of aan de last onder dwangsom de restrictie moeten worden verbonden dat het gevorderde wilsafhankelijk materiaal uitsluitend voor toezichtsdoel-einden zal

9 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1301.

10 Conclusie staatsraad advocaat-generaal 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034.

11 *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, 7, p. 41.

12 ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.7 en 3.8.

13 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3198.

14 ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1301.

15 CbB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, *JOR* 2018/98, m.nt. S.M.C. Nuijten.

worden gebruikt. Het CBB sluit hiermee aan bij de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad.<sup>16</sup>

### 3. Sanctionering

#### 3.1 Algemene bepalingen handhaving

Uit vaste (handhavings)rechtspraak<sup>17</sup> blijkt dat het rechtzekerheidsbeginsel vereist dat een last zodanig duidelijk en concreet geformuleerd is dat degene tot wie de last is gericht niet in het duister hoeft te tasten over hetgeen gedaan of nagelaten moet worden om de overtreding te beëindigen. Dat beginsel past de Afdeling toe in haar uitspraak van ABRvS 7 maart 2018,<sup>18</sup> waarin een last was opgelegd die maakte dat de overtreder ervoor moest zorgen dat het afleveren van brandstof uitsluitend plaatsvindt door of onder direct toezicht van deskundig personeel conform de artikel 4.79 van het Activiteitenbesluit en artikel 4.86, tweede lid, van de Activiteitenregeling. Vermeld is dat onder direct toezicht in het onderhavige geval dient te worden verstaan dat een deskundig medewerker zich in de nabijheid van de pomp bevindt. De tank mag alleen worden vrijgegeven op het moment dat deze medewerker lijfelijk in de nabijheid van de tank is en zicht heeft op het tanken. Dit om onmiddellijk ingrijpen te garanderen. De Afdeling volgde de overtreder niet in het standpunt dat de last onvoldoende duidelijk en concreet was over hetgeen de overtreder moet doen om verdere overtredingen te voorkomen. Het rechtzekerheidsbeginsel gaat niet zo ver, dat het college nader had moeten specificeren binnen welke afstand van de pomp een medewerker moet zijn om zich in de nabijheid van de pomp te bevinden of om zicht op het tanken te hebben, met het doel om onmiddellijk ingrijpen te garanderen.

#### *Rechtsbescherming; toenemende aandacht voor de evenredigheid van de sanctie*

In haar uitspraak van 2 mei 2018<sup>19</sup> oordeelde de Afdeling over het rechtskarakter van de bestuurlijke waarschuwing. In de praktijk plegen handhavingsbesluiten voorafgegaan te worden door waarschuwingen dat tot handhaving zal worden overgegaan. De Afdeling overweegt – uitsluitend voor waarschuwingen die zijn gebaseerd op een wettelijk voorschrift – dat een dergelijke bestuurlijke waarschuwing in ieder geval een besluit is als de waarschuwing een voorwaarde is voor het toepassen van een sanctiebevoegdheid in bepaalde situaties en dus een essentieel onderdeel is van een sanctieregime. In dat geval heeft de waarschuwing binnen het sanctieregime rechtsgevolg omdat daarmee een

bevoegdheid wordt ontsloten die er anders niet zou zijn, te weten de bevoegdheid om bij een volgende overtreding een bestuurlijke sanctie op te leggen die zonder de waarschuwing niet tot de mogelijkheden zou behoren. In die zin zorgt een waarschuwing voor een wijziging van de rechtspositie van de belanghebbende, inhoudende dat bij toekomstige vergelijkbare overtredingen een andere sanctie kan worden opgelegd. De looptijd van de waarschuwing is niet van belang. Dat roept de vraag op wat dat betekent als tegen een waarschuwing niet wordt opgekomen. Daarover overweegt de Afdeling dat in bezwaar en beroep tegen het vervolgbesluit het bestaan van de – in rechte onaantastbaar geworden – waarschuwing niet meer aan de orde kan worden gesteld. De systematiek van de regelgeving kan echter zodanig zijn dat de aan de waarschuwing ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden (ook) van belang zijn bij de beoordeling van een vervolgbesluit (bijvoorbeeld een boetebesluit). In zo'n situatie brengt de formele rechtskracht van de waarschuwing niet met zich dat de feiten en omstandigheden die aan de waarschuwing ten grondslag zijn gelegd als vaststaand moeten worden aangenomen.

Het CBB paste de nieuwe lijn toe in zijn uitspraak van 10 juli 2018.<sup>20</sup> In reactie op een handhavingsverzoek van de Stichting Dier&Recht had de Minister van LNV fokkers van zogenaamde 'Boerboel'-honden een waarschuwing verzonden, conform het gehanteerde interventiebeleid. Het college zag zich ambtshalve voor de vraag gesteld of voornoemde schriftelijke waarschuwing kan worden aangemerkt als gericht op rechtsgevolg. Naar het oordeel van het college is dit niet het geval. Het geven van deze schriftelijke waarschuwing vindt zijn grondslag niet in een wettelijke bepaling, maar volgt uit de door verweerder vastgestelde beleidsregels. De gegeven waarschuwing omvat niet meer dan de constatering dat de fokker het op de Wet dieren gebaseerde Besluit houders van dieren heeft overtreden en vermeldt geen gevolgen voor eventuele toekomstige vergelijkbare gedragingen. De waarschuwing legt geen rechtens bindende verplichting op, onthoudt haar niet enig recht en raakt haar evenmin anderszins in haar rechtspositie. Dit betekent dat het geven van een schriftelijke waarschuwing in dit geval niet kan worden aangemerkt als een op rechtsgevolg gerichte beslissing. Het primaire besluit is dan ook – anders dan door verweerder is gesteld – geen toewijzing van het verzoek om handhaving, maar moet worden gekwalificeerd als een weigering om handhavend op te treden. Het college gaat vervolgens over tot beantwoording van de vraag of de minister had mogen volstaan met een schriftelijke waarschuwing en dus af te zien van handhavend optreden.

Wie onder druk van een in een vooruitzicht gestelde sanctie een opgelegde last opvolgt, behoudt zijn procesbelang. Dat de overtreding is beëindigd, neemt niet weg dat bij de rechter discussie kan worden gevoerd over de rechtmatigheid van de (opgevolgde) last.<sup>21</sup>

In de serie uitspraken die is gevolgd op de 'sanity check'-uitspraak van de Afdeling van 26 oktober 2016 over artikel 8:84

16 EHRM 3 mei 2011, ECLI:NL:XX:2001:AN6999 (*JB/Zwitserland*), en zie EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997 (*Chambaz/Zwitserland*). Zie verder HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1141.

17 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 13 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0309.

18 ECLI:NL:RVS:2018:744.

19 ECLI:NL:RVS:2018:1449 in vervolg op conclusie Staatsraad A-G Withershoven (ECLI:NL:RVS:2018:249). Over deze uitspraak verscheen in *Gst.* 2018/87 de bijdrage 'Bestuurlijke waarschuwing: besluit of niet?', van P.H.J. de Jonge & mr. A.M. Plooi.

Een artikelnoot bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2 mei 2018, 201607055/1/A3, ECLI:NL:RVS:2018:1449.

20 ECLI:NL:CBB:2018:374.

21 ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2049.

van de Awb, valt de Afdelingsuitspraak van 20 december 2017<sup>22</sup> op. Dat komt door de uitvoerig gemotiveerde toetsing van de gemaakte belangenafweging. Ook hier was sprake van de sluiting van een woning (voor de duur van één jaar). Het ging om een woning waarin kinderen verbleven. De Afdeling beoordeelde of het sluitingsbesluit in het concrete geval zou leiden tot onevenredige gevolgen. Daarbij ging zij uitvoerig in op de belangen die met het Damoclesbeleid worden gediend en de belangen waarop met dat beleid inbreuk wordt gemaakt. Volgens de Beleidsregel wordt alleen tot sluiting van een woning overgegaan als zich een ernstige situatie voordoet. Een ernstige situatie doet zich volgens de Beleidsregel voor als het aannemelijk is dat drugshandel in georganiseerd verband in of vanuit een woning plaatsvindt of als de aanwezigheid van drugs hierop duidt. In dit geval stond vast dat de woning is gebruikt voor georganiseerde drugshandel en bekendstaat in het drugscircuit. Het besluit van de burgemeester om de woning voor de duur van één jaar te sluiten is volgens de Afdeling niet onevenredig in verhouding tot de daarmee gediende belangen en de daartoe gemaakte belangenafweging is niet ondeugdelijk. Volgens de Beleidsregel is sluiting van een woning voor de bewoners een aantasting van een fundamenteel grondrecht. Anderzijds is de impact van drugshandel vanuit een woning op de omgeving en omwonenden groot. Toepassing van die maatregel moet zorgvuldig gebeuren, zeker als ook minderjarigen in de woning verblijven. Uit de besluitvorming blijkt dat de burgemeester de aanwezigheid van de minderjarige kinderen in de woning in aanmerking heeft genomen. Hij heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de ouders van de minderjarigen verantwoordelijk zijn voor het bewerkstelligen van een veilige leefomgeving en dat zij door het toestaan dat de woning is gebruikt voor de georganiseerde drugshandel zelf in grote mate verantwoordelijk zijn voor de onveilige situatie waarin de minderjarige kinderen zich bevonden. De burgemeester heeft hierbij verder mogen betrekken dat de appellanten zelf verantwoordelijk zijn voor het vinden van vervangende woonruimte, waarbij in aanmerking wordt genomen dat de burgemeester zorginstanties, waaronder Jeugdzorg, heeft ingeschakeld die de situatie van de minderjarige kinderen monitoren en zo nodig voor hun huisvesting zorgen. Gelet op de ernst van de situatie hoefde de burgemeester niet te volstaan met een minder vergaande maatregel. De woon- en leefomgeving van de woning werd al gedurende lange tijd geconfronteerd met criminele activiteiten en overlast. Dat de zoons gedurende de maatregel geen drugs meer konden verhandelen vanuit de woning omdat zij op dat moment alle vier gedetineerd waren is in dit verband niet van belang. Uit de Opiumwet en de voor de invulling van deze bevoegdheid geformuleerde Beleidsregel volgt dat de maatregel een herstelsanctie is die ziet op de woning en de bekendheid van deze woning als drugspand van waaruit georganiseerde drugshandel plaatsvond en in het drugscircuit en in mindere mate op de betrokken handelaren. De burgemeester heeft niet ten onrechte een groter gewicht toegekend aan het met de sluiting

22 ECLI:NL:RVS:2017:3502.

van de woning gediende algemeen belang dan aan het belang van appellanten en hun minderjarige kinderen om in de woning te blijven wonen.

Het evenredigheidsbeginsel lijkt hoe dan ook het algemene instrument te worden dat de bestuursrechter in toenemende mate gebruikt om in individuele geschillen tot rechtvaardige uitkomsten te geraken.<sup>23</sup> Bekend is het al wat oudere voorbeeld van de intrekking van de marktvergunning, waar de Afdeling in haar uitspraak van 29 november 2017 een streep door zette, na een uitvoerige beoordeling van de (feitelijke) gevolgen van die intrekking.<sup>24</sup> Ook bij procedures naar aanleiding van woningsluitingen op grond van artikel 13b van de Opiumwet staan de Afdeling en de voorzieningenrechter in eerste aanleg uitvoerig stil bij de evenredigheidsklachten die daarin aan de orde worden gesteld. Een voorbeeld daarvan biedt de Afdelingsuitspraak van 6 december 2017.<sup>25</sup> De Afdeling start daarin met de vaststelling dat 13b-sluitingsbevoegdheid geen bestraffend oogmerk heeft, maar licht ook toe waarom de zwaarte van de maatregel niet zodanig is dat deze daardoor als punitief moet worden beschouwd.

#### *Overtreder*

In deze kroniekperiode is een aantal vermeldenswaardige uitspraken over het overtrederbegrip gedaan. De overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden. Dat is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek heeft verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, maar aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt. De 'toerekeningsformule' biedt de mogelijkheid om de kring van overtreders uit te breiden. In de uitspraak van 20 december 2017<sup>26</sup> lag van een overtreding van de Huisvestingsverordening (door hotelmatige onderverhuur van woningen) voor. Van de eigenaar van een pand mag worden gevergd dat hij zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik dat van het door hem verhuurde pand wordt gemaakt. Om niet verantwoordelijk te kunnen worden gehouden voor onrechtmatig gebruik van het door hem verhuurde pand, moet de eigenaar aannemelijk maken dat hij niet wist en niet kon weten dat het pand aldus werd gebruikt. In de Afdelingsuitspraak van 7 maart 2018,<sup>27</sup> stond het leerstuk van het medeplegen centraal, naar aanleiding van een kostenverhaalsdiscussie die volgde op het met spoedeisende bestuursdwang verwijderen van teksten van het

23 Aldus ook T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2018/740, afl. 15.

24 ECLI:NL:RVS:2017:3245 (*AB* 2018/206).

25 ECLI:NL:RVS:2017:3360 (*JB* 2018/13) en de in de vorige kroniek besproken uitspraak van 9 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3057. Andere voorbeelden uit eerste aanleg zijn: Rb. Oost-Brabant (vzr.) 19 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2987 (over gezondheidsproblemen in relatie tot woningsluiting), Rb. Rotterdam (vzr.) 8 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3718 (over een feitelijke scheiding van kinderen en ouders als gevolg van woningsluiting).

26 ECLI:NL:RVS:2017:3475.

27 ECLI:NL:RVS:2018:785 (*AB* 2018/204).

wegdek. Voor dat kostenverhaal was nodig dat sprake was van medeplegen. 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 alleen dan 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.<sup>28</sup> Dat een bepaling actief handelen vereist, staat er niet aan in de weg dat iemand als medepleger van overtreding van deze bepaling wordt aangemerkt. In de primaire bestuursdwangbeschikking was appelland wel als overtreder aangemerkt, maar liet het college in het midden of hij als pleger of medepleger werd gezien. Wel is daarin overwogen dat uit onderzoek en verhoor door de politie is gebleken dat appelland de teksten op het wegdek samen met iemand anders had aangebracht. Dat suggereert dat sprake was van een gezamenlijke actie, maar uit het vervolg van de uitspraak blijkt dat het aandeel van die ander niet kon worden gereconstrueerd. Deze persoon had zich immers aan de politie kunnen onttrekken. Het college moest het daarom doen met de verklaring van appelland over zijn eigen aandeel bij de voorbereiding en uitvoering van het verfwerk. En dat is ook precies wat hij het college vervolgens tegenwerpt. De Afdeling redt het college echter uit deze bewijsnood. In rechtsoverweging 5.2 bespreekt de Afdeling eerst in algemene zin dat als overtreder wordt aangemerkt, degene die de verboden handeling fysiek heeft verricht of degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, maar aan wie de handeling wel is toe te rekenen. Dat kan het geval zijn bij een nauwe en bewuste samenwerking met een of meer anderen. De kwalificatie medepleger is slechts gerechtvaardigd als de intellectuele en/of materiële bijdrage van voldoende gewicht is. Dat wordt in principe aangenomen wanneer medeplegen bestaat uit een gezamenlijke uitvoering, maar ook in andere gevallen kan zich een nauwe en bewuste samenwerking voordoen. De Afdeling geeft vervolgens aan naar welke factoren dan wordt gekeken: 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 betrokkene. Duidelijk wordt dat appelland zelf in ieder geval een deel van de teksten heeft aangebracht en voor dat deel als pleger doorgaat, maar vermoedelijk kon evenmin worden vastgesteld welke teksten van zijn hand waren. Dat zou betekenen dat beiden de dans zouden ontspringen. De kwalificatie medeplegen was dan ook noodzakelijk om appelland als overtreder voor het geheel aan te kunnen merken én vervolgens alle kosten op hem te kunnen verhalen. Die uitkomst lijkt ons redelijk, maar levert een uitspraak op die de rechtspraak helaas

maar weinig houvast biedt over de invulling van het begrip medeplegen.

### 3.2 Preventieve handhaving

Artikel 5:7 van de Awb bepaalt dat een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. In eerdere Afdelingsrechtspraak<sup>29</sup> is dat criterium aldus ingevuld dat een besluit tot het opleggen van een preventieve last onder dwangsom slechts kan worden genomen als zich een gevaar voordoet van een overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift die met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden. Dat is een streng criterium, zo illustreert de Afdelingsuitspraak van 10 januari 2018.<sup>30</sup> Aan de orde was een verzoek om (preventief) handhavend optreden tegen de (toekomstige) kap van bomen in de buurt van een de aanlegroute voor luchtbasis Geilenkirchen, door de minister. Dat de minister in uitlatingen er blijk van heeft gegeven het belang van een obstakelvrije vliegtunnel voor vliegbasis Geilenkirchen groot te achten, en de juridische mogelijkheden beziet om zo nodig op termijn bomen die te hoog worden te laten kappen, mag niet zo worden uitgelegd dat de minister, als voor dergelijke kapwerkzaamheden een aanlegvergunning nodig is, die werkzaamheden zonder die vergunning zal laten verrichten. De minister heeft het college juist met zoveel woorden toegezegd geen kapwerkzaamheden zonder voorafgaand overleg te zullen verrichten en, als een aanlegvergunning nodig blijkt te zijn, eerst de besluitvorming daarover af te wachten. Dat eerder, in 2006, een overtreding op dit punt heeft plaatsgevonden, betekent niet dat nu sprake is van een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat de minister zonder daarvoor vereiste aanlegvergunning bomen zou laten kappen. Nog daargelaten dat die overtreding negen jaar eerder had plaatsgevonden, is het niet zo dat de minister in 2006 tot bomenkap is overgegaan zonder dat hij heeft getracht daarvoor een geldige vergunning te verkrijgen.

### 3.3 Bestuursdwang

Het voeren van een handhavingsbeleid door bestuursorganen vergemakkelijkt de motivering van uiteindelijke besluiten over (het afzien van) handhaving en de wijze waarop wordt gehandhaafd. De Afdelingsuitspraak van 10 januari 2018<sup>31</sup> over een aan een massagesalon opgelegde last onder bestuursdwang, laat zien dat bestuursorganen niet onder alle omstandigheden vastzitten aan een door henzelf vastgesteld beleid, maar daarvan, mits deugdelijk gemotiveerd, ook van kunnen afwijken. Eén van de geschilpunten in hoger beroep was dat onvoldoende gemotiveerd was waarom een last onder bestuursdwang was opgelegd, waar het handhavingsbeleid in geval van de exploitatie van een prostitutiebedrijf zonder exploitatievergunning voorschrijft dat ofwel een last onder dwangsom ofwel een last onder bestuursdwang wordt opgelegd. De Afdeling wees dat betoog van de

28 ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2394.

29 ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:935.

30 ECLI:NL:RVS:2018:11, AB 2018/120 en 121, JB 2018/30.

31 ECLI:NL:RVS:2018:51.

hand: de motivering voor de keuze van bestuursdwang was afdoende, gelet op het belang de bezoekersstroom van klanten die voor meer dan een massage naar de salon komen te laten stoppen. Ook is van belang dat de prostitutieactiviteiten in de massagesalon, gezien de bedrijfsvoering, met de overige bedrijfsactiviteiten samenhangen en daarvan niet los kunnen worden gezien. Daarom is het noodzakelijk om alle bedrijfsactiviteiten te staken en daartoe een last onder bestuursdwang op te leggen.

#### *Handhaving op grond van de Opiumwet*

Ook in deze kroniekperiode is weer veel rechtspraak rondom 13b van de Opiumwet verschenen. In de Afdelingsuitspraak van 4 juli 2018,<sup>32</sup> waarin sluiting van een woning voor de duur van zes maanden aan de orde was, was een beroep gedaan op Richtlijn 2016/343/EU betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn. De Afdeling constateerde dat deze Richtlijn ten tijde van het nemen van het besluit van 17 juli 2017 nog niet was geïmplementeerd en – belangrijker – dat woningsluitingen geen punitieve sancties inhouden, zodat de Richtlijn ook om die reden niet van toepassing is in sluitingszaken.

Een fraai voorbeeld van de exceptieve toetsing van een gevoerd handhavingsbeleid biedt de Afdelingsuitspraak van 10 januari 2018.<sup>33</sup> Aanleiding was de sluiting van een woning voor de duur van 9 maanden in verband met een daarin aangetroffen hennepkwekerij. De burgemeester van Venlo heeft ter uitvoering van de in artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet neergelegde bevoegdheid de Beleidsregels ter voorkoming en bestrijding van drugsoverlast, -handel en -productie vastgesteld. In de Beleidsregels staat dat de Gemeente Venlo als gevolg van haar grensligging en het verschil in wet- en regelgeving tussen Nederland en Duitsland kampt met omvangrijk toerisme dat verband houdt met de handel in, de verkoop van en het gebruik van verdovende middelen. Om deze drugscriminaliteit en de daarmee samenhangende overlast in de stad te voorkomen en te bestrijden, voert het gemeentebestuur van Venlo een stringent beleid. Om de vestiging van illegale verkooppunten een halt toe te roepen is het “one strike you’re out” principe ingevoerd, gekoppeld aan een langere sluitingsduur. Illegale verkooppunten krijgen onder dit systeem bij constatering van een overtreding slechts in beperkte gevallen eerst een waarschuwing. In de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet (*Kamerstukken II 2005/06, 30515, 3, p. 8, en Kamerstukken II 2006/07, 30515, 6, p. 1 en 2*) is in algemene zin vermeld dat bij een eerste overtreding nog niet tot sluiting van de woning dient te worden overgegaan, maar moet worden volstaan met een waarschuwing of soortgelijke maatregel, doch dat dit moet worden beschouwd als een uitgangspunt waarvan in ernstige gevallen mag worden afgeweken. Er bestaat, gelet op de bijzondere positie die de Gemeente Venlo inneemt bij

het uitvoering geven aan de Opiumwet, geen aanleiding het door de burgemeester gevoerde beleid op dit punt onredelijk te achten. Overigens bood ook het – voor de hand liggende – beroep op artikel 4:84 van de Awb de overtreder in dit geval geen soelaas. De Afdeling achtte de last tot sluiting niet onevenredig. Daarbij is enerzijds gelet op de professionele inrichting van de kwekerij en anderzijds op de mogelijkheden voor de overtreder om vervangende woonruimte te betrekken.

De Afdeling heeft met haar uitspraak van 14 maart 2018<sup>34</sup> ‘in het belang van de rechtspraak’ een heldere lijn getrokken over de toepassing van artikel 13b Opiumwet. Bij de enkele aanwezigheid van 0,5 gram harddrugs in een pand kan een burgemeester dat pand met toepassing van artikel 13b Opiumwet sluiten. Het is dan aan de bewoner om aannemelijk te maken dat de aangetroffen hoeveelheid bestemd is voor eigen gebruik. Lukt dit de bewoner niet, dan mag de burgemeester de woning sluiten; lukt dit de bewoner wel, dan is het aan de burgemeester om het tegendeel te bewijzen. Daarmee heeft de Afdeling een einde gemaakt aan onzekerheid die – door een eerdere uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant – in de praktijk van gemeenten over toepassing van artikel 13b Opiumwet was ontstaan. In de beroepsprocedure had de Rechtbank Zeeland-West-Brabant bij uitspraak van 23 januari 2017<sup>35</sup> een nieuwe jurisprudentie lijn geformuleerd, die sterk afweek van de Afdelingslijn. Die Afdelingslijn hield in dat een pand met toepassing van artikel 13b Opiumwet mocht worden gesloten als daar meer dan 0,5 gram harddrugs werd aangetroffen. Het was dan aan de bewoner om aan te tonen dat de aangetroffen hoeveelheid drugs voor eigen gebruik bestemd was, en niet voor handel. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant verdeelde de bewijslast anders: als de aangetroffen hoeveelheid 0,5 gram of meer, maar niet meer dan een beperkt aantal voor de gebruiker gebruikelijke doses was, moest de burgemeester feiten en omstandigheden aannemelijk maken die de conclusie ondersteunen dat de aangetroffen drugs in een pand voor handel bestemd zijn. Met andere woorden: is de aangetroffen hoeveelheid harddrugs groter dan 0,5 gram, maar ook weer niet al te veel, dan moet de burgemeester voor toepassing van artikel 13b Opiumwet aannemelijk maken dat de drugs voor handel bestemd zijn. Het was een uitspraak vanuit het perspectief van de burger: de rechtbank gaat ervan uit dat er genoeg personen zijn die op een dag (bij wijze van voorraad) meer dan 0,5 gram harddrugs in huis hebben. Het zou dan volgens de rechtbank onredelijk zijn als – bij gebrek aan bewijsmogelijkheden – de bewijslastverdeling bij artikel 13b Opiumwet sluiting van hun woning tot gevolg zou hebben, terwijl hun voorraad kennelijk niet voor handel is bedoeld. De Afdeling gaat daar niet in mee.<sup>36</sup> Zij vernietigt de uitspraak van de rechtbank en bevestigt haar vaste lijn. De hoeveelheid van 0,5 g harddrugs voor eigen gebruik kan weliswaar arbitrair zijn, maar aansluiting bij dit criterium is in het belang van de rechtszekerheid en

32 ECLI:NL:RVS:2018:2229.

33 ECLI:NL:RVS:2018:55.

34 ECLI:NL:RVS:2018:738 (AB 2018/213) en ECLI:NL:RVS:2018:835.

35 ECLI:NL:RBZWB:2017:418.

36 ECLI:NL:RVS:2018:738.

niet onredelijk. Treft de burgemeester in de woning meer dan 0,5 gram harddrugs aan, dan moet de rechthabende op de woning aannemelijk maken dat de aangetroffen hoeveelheid harddrugs niet voor verkoop, verstrekking of aflevering aanwezig was. Die bewijslast geldt ongeacht de hoogte van de overschrijding, ook als (bijvoorbeeld) 0,6 gram harddrugs in een pand wordt aangetroffen. Noemt de betrokkene vervolgens feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat het slechts om een dosis harddrugs voor eigen gebruik gaat, dan (pas) moet toepassing van 13b Opiumwet achterwege blijven. Het is dan weer aan de burgemeester om het tegendeel te bewijzen. De uitspraak van 14 maart 2018 betekent overigens niet dat burgemeesters na deze uitspraak lichtvaardiger met toepassing van artikel 13b Opiumwet kunnen omgaan. De burgemeester zal alle omstandigheden van het geval bij zijn beoordeling moeten betrekken.<sup>37</sup> Dat bevestigt de Afdeling ook in haar uitspraak van 4 juli 2018<sup>38</sup> waaruit blijkt dat burgemeesters bij toepassing van de sluitingsbevoegdheid op grond van de Opiumwet niet uitsluitend mogen afgaan op de hoeveelheid drugs die in een pand wordt aangetroffen, óók niet als het om een groot aantal kilogram harddrugs gaat. Het is zaak alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen en in het besluit goed te motiveren waarom sluiting – ook gelet op door de eigenaar aangevoerde omstandigheden – in het specifieke geval niet onevenredig is.

Daar staat dan weer tegenover dat voor de burgemeester een vrije bewijsleer geldt, zoals de Afdeling in haar uitspraak van 18 juli 2018<sup>39</sup> bevestigt: het is niet zo dat de burgemeester slechts bevoegd is om een woning met toepassing van artikel 13b van de Opiumwet te sluiten indien daadwerkelijk drugs zijn aangetroffen in die woning. De burgemeester is bevoegd om artikel 13b van de Opiumwet toe te passen indien *aannemelijk* is dat in een woning drugs worden verkocht, afgeleverd of verstrekt of daartoe aanwezig zijn. Deze bepaling vereist volgens de Afdeling niet dat de woning is binnengetreden en dat daarbij een bepaalde hoeveelheid drugs is aangetroffen. Op grond van artikel 13b van de Opiumwet is de burgemeester ook bevoegd is om deze bepaling toe te passen indien geen drugs zijn aangetroffen in de woning, maar op grond van andere feiten en omstandigheden aannemelijk is dat drugs worden verkocht, afgeleverd of verstrekt in de woning. Dat volgens de door de burgemeester toegepaste beleidsregel bij het bepalen van de ernst van de situatie onder meer de hoeveelheid van de aangetroffen drugs in aanmerking wordt genomen, moet niet zo worden gelezen dat de burgemeester slechts van zijn bevoegdheid gebruik mag maken als daadwerkelijk drugs zijn aangetroffen in de woning. De burgemeester heeft zich mogen baseren op een niet-cumulatieve lijst van indicatoren, waarvan het aantreffen van middelen er slechts één is.

### *Spoeisende bestuursdwang*

Bij de uitvoering van spoedisende bestuursdwang ontbreekt het nogal eens aan tijd om precies uit te zoeken wat de economisch meest voordelige manier is om de overtreding te beëindigen. Dat leidt regelmatig tot geschillen waarin de overtreder de overheid het verwijt maakt dat de bestuursdwangkosten nodeloos hoog zijn. In de Afdelingsuitspraak van 21 maart 2018<sup>40</sup> ging de Afdeling niet mee in het betoog van die strekking. Daarbij achtte de Afdeling van belang dat het karakter van spoedisende bestuursdwang meebrengt dat de tijd ontbreekt om offertes aan te vragen en te zoeken naar de meest voordelige afvalverwerker. Uit de Afdelingsuitspraak van 11 april 2018<sup>41</sup> volgt dat ook onvoorzien (prijsverhogende) omstandigheden die bij de uitvoering van de bestuursdwang leiden tot meerkosten, gewoon in rekening gebracht kunnen worden, mits voldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake was van prijsverhogende omstandigheden.

### 3.4 *Last onder dwangsom*

De bij een last onder dwangsom gelaste maatregelen mogen niet verder strekken dan noodzakelijk is om de geconstateerde overtreding te beëindigen. Ook moet de last voldoende duidelijkheid bieden over hetgeen de overtreder moet doen of nalaten om verbeurte van een dwangsom te voorkomen. Bij tussenuitspraak van 22 maart 2018<sup>42</sup> oordeelde het CBB dat aan deze uitgangspunten niet was voldaan. Het CBB stelde het betreffende bestuursorgaan in de gelegenheid deze gebreken in het bestreden besluit te herstellen. In de uitspraak van 26 juni 2018<sup>43</sup> spreekt het college zich uit over de vraag of het bestuursorgaan erin is geslaagd deze gebreken weg te nemen. Het college toetst de nieuw vereiste maatregelen nauwgezet en komt tot de conclusie dat hiervan sprake is. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de last verder strekte dan nodig om de overtreding te beëindigen de uitspraak van de Afdeling van 18 januari 2017.<sup>44</sup>

De aan de last verbonden begunstigingstermijn moet zodanig zijn dat de overtreder voldoende tijd heeft de overtreding te beëindigen zonder dwangsommen te verbeuren. Het CBB achtte de begunstigingstermijn te kort in een kwestie waarin de begunstigingstermijn in feite één dag betrof om de huisvesting van 100 honden op orde te brengen.<sup>45</sup> Zie over de lengte van de begunstigingstermijn ook de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 20 juni 2018<sup>46</sup> waarin deze onder verwijzing naar een deskundigenbericht te kort werd bevonden. Zie ook de uitspraak van de Afdeling van 13 juni 2018<sup>47</sup> waarin het bestuursorgaan zelf lang had gedaan over het handhavingstraject, hetgeen de Afdeling betreft in het oordeel dat een langere begunstigingstermijn had moeten worden gegeven. Zoals de Afdeling eerder heeft

37 ECLI:NL:RVS:2016:2840.

38 ECLI:NL:RVS:2018:2241.

39 ECLI:NL:RVS:2018:2400.

40 ECLI:NL:RVS:2018:905.

41 ECLI:NL:RVS:2018:1198.

42 ECLI:NL:CBB:2018:124.

43 ECLI:NL:CBB:2018:306.

44 ECLI:NL:RVS:2017:92.

45 CBB 22 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:302.

46 ECLI:NL:RVS:2018:2036.

47 ECLI:NL:RVS:2018:1938.

overwogen,<sup>48</sup> behoeft in geval een last onder dwangsom strekt tot het voorkomen van een herhaling van een overtreding, aan de last geen begunstigingstermijn te worden verbonden. In bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn. Van bijzondere omstandigheden was geen sprake in de uitspraak van de Afdeling van 16 maart 2018.<sup>49</sup>

De hoogte van de aan de last gekoppelde dwangsom moet in een redelijke verhouding staan tot de ernst van de overtreding en het met de ongedaanmaking daarvan te dienen belang. Daarbij is van belang dat van de dwangsom een zodanige prikkel moet uitgaan, dat de opgelegde last wordt nagekomen en verbeurte van de dwangsom wordt voorkomen. Een betoog dat een dwangsom te hoog is slaagt niet vaak. Dat was wel het geval in een uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018<sup>50</sup> waarin het college de hoogte van de dwangsom had gebaseerd op de kosten die de provincie zelf zou moeten maken om de overtreding ongedaan te maken. Daarbij was men uitgegaan van een worst case scenario. Die kosten waren beduidend hoger dan wanneer de overtreder de werkzaamheden zelf zou uitvoeren. Omdat het college volgens de Afdeling niet deugdelijk had gemotiveerd waarom bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom moest worden uitgegaan van de kosten die de provincie zelf zou moeten maken indien zij de werkzaamheden zou uitvoeren, acht de Afdeling het bestreden besluit in strijd met het motiveringsvereiste.

### 3.5 Bestuurlijke boete

Op 26 april 2018 heeft het kabinet zijn langverwachte 'Nader rapport bestuurlijke boetestelsels'<sup>51</sup> aan de Tweede Kamer aangeboden. Met dit rapport komt het kabinet met een standpunt over de verhouding tussen de bestuurlijke boete en het strafrecht. Aanleiding hiervoor vormt het spontaan advies van de Afdeling advisering van 13 juli 2015<sup>52</sup> over de ontwikkelingen op het terrein van de punitieve handhaving van het ordeningsrecht in Nederland. In het kabinetsstandpunt wordt onder andere gemarkeerd dat de bestuurlijke boete voorziet in een blijvende behoefte. Het kabinet beschouwt de bestuurlijke boete dan ook als een gegeven. Wel zal het kabinet maatregelen nemen om onevenwichtigheden in het stelsel, onder andere waar het gaat om de hoogte van bestuurlijke boetes in verhouding tot strafrechtelijke boetecategorieën, op termijn weg te nemen. Zie voor een procedure waarin een beroep werd gedaan op het verschil in hoogte van boetes op grond van de Wft en op grond van de Wet op de economische delicten (WED) de uitspraak van het CBB van 19 maart 2018<sup>53</sup> waarin het college oordeelt dat de omstandigheid dat de bestuurlijke boete hoger is dan de boete die op grond van de WED voor dezelfde overtreding kan worden opgelegd, niet afdoet aan de evenredigheid van de bestuurlijke boete. Daartoe overweegt het college dat het in deze zaak toepasselijke bestuursrechtelijke sanctiestel-

sel, zoals voortvloeit uit de Wft en de Awb, berust op een bewuste keuze van de wetgever en op meerdere punten wezenlijk verschilt van het strafrechtelijke sanctiestelsel dat bijvoorbeeld ook voorziet in het opleggen van een gevangenisstraf.

### Boetebeleid

Omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid kan een bestuursorgaan beleid vaststellen en toepassen betreffende het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk wordt bevonden, dient het bestuursorgaan bij de toepassing daarvan in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de eisen die aan het gebruik van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De bestuursrechter toetst zonder terughoudendheid of in een concreet geval sprake is van een evenredige sanctie.

In een uitspraak van het CBB van 17 juli 2018<sup>54</sup> was beleid aan de orde dat ertoe strekte de hoogte van de boete met 50% te matigen in de situatie dat het gemiddelde (verzamel) inkomen onder de bijstandsnorm lag en de liquiditeits- en solvabiliteitsratio lager waren dan 1. Als zou blijken dat iemand de boete echt niet zou kunnen betalen, hield het beleid in dat na vier jaar werd gestopt met het incasseren van de boete. Een dergelijk beleid acht het CBB niet onredelijk. Appellant beriep zich nog op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 oktober 2015<sup>55</sup> waarin beleid aan de orde was waarin een boete van € 6.000 of minder niet werd gematigd omdat iedere persoon een dergelijk bedrag in een periode van tien jaar zou kunnen afbetalen. De Afdeling oordeelde dat dit beleid niet redelijk was omdat daardoor voorbij werd gegaan aan het uit het evenredigheidsbeginsel volgende uitgangspunt dat in elk voorkomend geval bij de beoordeling van de financiële situatie het geheel van de individuele feiten en omstandigheden dient te worden betrokken bij het bepalen van de hoogte van de boete. Het CBB overweegt dat die situatie hier niet aan de orde is, omdat het beleid wel voorziet in de mogelijkheid van verdere matiging.

In een procedure betreffende een boete voor overtreding van de Huisvestingsverordening had de rechtbank aanleiding gezien de bepaling in de verordening waarin de hoogte van de op te leggen boete was bepaald wegens strijd met artikel 3:4, tweede lid van de Awb buiten toepassing te laten. Reden daarvoor was dat de overtreder volgens de rechtbank slechts een kleine rol had gehad bij de overtreding. Vervolgens heeft de rechtbank zelf in de zaak voorzien en een lagere boetehoogte vastgesteld. In haar uitspraak van 22 november 2017<sup>56</sup> is de Afdeling bestuursrechtspraak van oordeel dat de rechtbank hiermee een onjuiste route

48 ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4404.

49 ECLI:NL:RVS:2018:904.

50 ECLI:NL:RVS:2018:2036.

51 *Stcrf.* 2018, 31269.

52 Advies W03.15.0138/II.

53 ECLI:NL:CBB:2018:53.

54 ECLI:NL:CBB:2018:385.

55 ECLI:NL:RVS:2015:3251.

56 ECLI:NL:RVS:2017:3205.



heeft gekozen. De Afdeling is van oordeel dat er geen aanleiding bestaat de regeling zelf in strijd met de evenredigheid te achten. De omstandigheden van het geval, te weten de grootte van het aandeel in de overtreding en het zonder vergoeding verrichten van een dienst voor de vader, brengen naar het oordeel van de Afdeling niet met zich dat de wettelijke regeling in zijn algemeenheid onevenredig moet worden geacht. Het had dan ook op de weg van de rechtbank gelegen om de hoogte van de aan appellante opgelegde boete te toetsen aan – in dit geval – artikel 5:46, derde lid, van de Awb en te onderzoeken of de vastgestelde boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. Ten overvloede overweegt de Afdeling dat indien de wettelijke regeling op zichzelf niet onredelijk is en er geen bijzondere omstandigheden zijn die tot matiging nopen, voor een afzonderlijke evenredigheidstoetsing op grond van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb geen plaats is. Vervolgens volgt de Afdeling de rechtbank wel voor zover het gaat om de matiging van de boete. Deze matiging had echter op artikel 5:46, derde lid van de Awb gebaseerd moeten worden.<sup>57</sup>

Hoewel strikt genomen geen boetebeleid verdient de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 31 januari 2018<sup>58</sup> hier wel een signalering. Daarin was aan de orde beleid met betrekking tot de bevoegdheid om terug te komen op onherroepelijke boetebesluiten die mogelijk niet in lijn zijn met de uitspraak van de Centrale Raad van 24 november 2014 dat zag op de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (ECLI:NL:CRVB:2014:3754). Dit beleid hield in dat deze boetebesluiten niet werden herzien indien niet was gebleken van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden. Een dergelijke categorale uitsluiting van de bevoegdheid tot herziening acht de Raad geen redelijk gebruik van die bevoegdheid. Het beleid acht de Raad daarom niet aanvaardbaar.

In een andere uitspraak<sup>59</sup> van de Centrale Raad was sprake van boetenormbedragen in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) die volgens de Raad dusdanig hoog zijn dat deze, uit oogpunt van evenredigheid, ertoe hadden moeten leiden dat het beleid verder had moeten worden gedifferentieerd en bijvoorbeeld een onderscheid had moeten maken tussen enerzijds malafide rechtspersonen en daarmee gelijk te stellen werkgevers en anderzijds werkgevers die niet tot deze categorie behoren. Door het ontbreken van deze differentiatie acht de Raad de Beleidsregels 2014 in zoverre onredelijk.

Zie over de toepassing van op zich zelf redelijk bevonden boetebeleid twee uitspraken van de Afdeling bestuursrecht van 24 januari 2018<sup>60</sup> en 9 mei 2018<sup>61</sup> waarin overtredingen van de Wet BIG aan de orde waren. De hoogte van de opgelegde boetes was bepaald aan de hand van de Beleidsregels bestuurlijke boete Minister VWS. In beide uitspraken komt de Afdeling tot het oordeel dat de opgelegde

boetes te hoog zijn. In de uitspraak van 24 januari 2018 was volgens de Afdeling een van de toepasselijke factoren, aan de hand waarvan de ernst van de overtreding werd bepaald, niet juist toegepast. In de uitspraak van 9 mei 2018 was sprake van recidive hetgeen op grond van het boetebeleid leidde tot verdubbeling van de boete. De Afdeling oordeelde echter dat de herhaalde overtreding, waarbij mogelijk per abuis was vergeten een vermelding als tandarts van een website te verwijderen, terwijl alle andere vermeldingen wel waren verwijderd, zodanig gering was dat dit handelen niet de hoogste boete rechtvaardigde.

In een uitspraak van 27 juni 2018<sup>62</sup> kwam de Afdeling niet toe aan beoordeling van de hoogte van de boete. Voor het eerst in hoger beroep voerde appellante aan dat aan de boete geen waarschuwing vooraf was gegaan zoals het beleid wel vereiste. Dit vereiste was in het beleid opgenomen ter overgang naar de nieuwe situatie waarin de bestuurlijke boete was geïntroduceerd. Onder verwijzing naar haar uitspraak van 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1693 overweegt de Afdeling dat uit het zogenoemde Afwegingsmodel blijkt dat de waarschuwing niet slechts tot doel heeft de houders te informeren over de bestuurlijke boete als sanctie. De houder krijgt ter overgang naar de nieuwe situatie eenmalig een waarschuwing, ingeval de eerste overtreding zich aandient. Omdat in het onderhavige geval niet kon worden vastgesteld of appellante een waarschuwingsbrief had ontvangen, was het college niet bevoegd de bestuurlijke boete op te leggen.

#### *Cumulatie van boetes*

Het feit dat sprake is van cumulatie van boetes voor overtredingen die ieder afzonderlijk beboetbaar zijn is niet per definitie onevenredig enkel omdat de overtredingen van vergelijkbare strekking zijn of omdat overtredingen worden beboet die betrekking hebben op dezelfde gedragingen of nalatigheden. Dit laat echter onverlet dat gelet op het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 5:46 van de Awb de hoogte van de boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. De mate van samenhang tussen overtredingen kan daarbij een relevante factor zijn om de boete te matigen. Het enkele feit dat geen sprake is van eendaadse samenloop of een voortgezette handeling is daarbij niet doorslaggevend.<sup>63</sup>

In een uitspraak van de Afdeling bestuursrecht van 11 april 2018<sup>64</sup> betreffende meerdere boetes voor verschillende overtredingen van het Arbobesluit lag de vraag voor in hoeverre sprake was van eendaadse samenloop. Hoewel de Afdeling van oordeel is dat geen sprake is van eendaadse samenloop, is de Afdeling wel van oordeel dat de beide gedragingen zodanig samenhangen dat het onevenredig is om beide overtredingen afzonderlijk te beboeten. De Afdeling is

57 Zie in dezelfde zin Afdeling bestuursrecht van 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2200.

58 ECLI:NL:CRVB:2018:363.

59 CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:370.

60 ECLI:NL:RVS:2018:202.

61 ECLI:NL:RVS:2018:1510.

62 ECLI:NL:RVS:2018:2115.

63 ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3362. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3747.

64 ECLI:NL:RVS:2018:1217.

daarom van oordeel dat sprake is van een onevenredige cumulatie van boetes. Dat leidt de Afdeling tot de conclusie dat het bestuursorgaan had moeten volstaan met het beboeten van de overtreding waarvoor de hoogste boete kon worden opgelegd. Zie de uitspraak van 18 april 2018 van de Afdeling bestuursrechtspraak voor een voorbeeld waarin de Afdeling in de samenloop van overtredingen van de Wav en Wmm geen aanleiding ziet voor matiging.<sup>65</sup>

Samenloop was ook aan de orde in een uitspraak van het CBB van 21 december 2017.<sup>66</sup> Het College overweegt dat ook samenhang tussen beboetbare overtredingen met het oog op evenredigheid een matigingsgrond kan opleveren. Daarbij verwijst het college naar zijn uitspraak van 25 augustus 2015.<sup>67</sup> Gelet op de (weliswaar beperkte) samenhang tussen de overtredingen heeft de rechtbank volgens het College terecht aanleiding gezien het totaal van de opgelegde boetes te matigen.

#### *Gelijkheidsbeginsel*

Ook in deze kroniekperiode is een aantal uitspraken gedaan waarin een beroep op het gelijkheidsbeginsel aan de orde komt. Zoals wij in onze vorige kroniek aangaven moet een bestuursorgaan een goed verhaal hebben waarom in het ene geval wel handhavend wordt opgetreden en in het andere geval niet. Wij zien dit onder andere terugkomen in procedures waarin bestuurlijke boetes zijn opgelegd aan de ene bestuurder en aan de andere niet. Zie hieromtrent bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 24 april 2017<sup>68</sup> waarin de CFO wel en de CEO niet was beboet voor feitelijk leidinggeven aan het deponeren van halfjaarcijfers en uitbrengen van latere persberichten. Wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel kon de boete aan de CFO volgens de rechtbank niet in stand blijven. Hierbij was van belang dat het ging om bestuurders in dezelfde onderneming en dat volgens de rechtbank beide bestuurders een aandeel in het handelen hadden gehad. In een uitspraak van het CBB van 8 mei 2018,<sup>69</sup> waarin met een beroep op het gelijkheidsbeginsel werd gewezen op andere zaken waarin feitelijk leidinggevers niet waren beboet, lichtte ACM ter zitting toe dat zij gelet op de beperkte capaciteit en middelen waarover zij beschikt keuzes dient te maken over het al dan niet vervolgen van feitelijke leidinggevers. Bij die keuze betreft zij onder meer het aanwezige bewijs. Mede gelet daarop kon naar het oordeel van het College niet worden staande gehouden dat ACM niet op een consistente wijze gebruik maakte van haar bevoegdheden ten aanzien van boeteoplegging. Zie hieromtrent ook de uitspraak van het CBB van 15 mei 2018<sup>70</sup> waarin het College erop wijst dat het van belang is dat het bestuursorgaan inzichtelijk maakt dat het op een zodanig consistente wijze gebruik maakt van zijn bevoegdheden ten aanzien van boeteoplegging dat hij voorkomt dat hij handelt in strijd met het verbod van willekeur.

Om dit te kunnen toetsen, dient inzichtelijk te worden gemaakt waarom in het ene geval wel en in het andere geval geen gebruik wordt gemaakt van de boetebevoegdheid. Een voorbeeld van een zaak waarin een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagde vormt de uitspraak van het CBB van 21 december 2017.<sup>71</sup> Omdat de AFM in een rechtens vergelijkbaar geval had opgetreden met een waarschuwing, had zij naar het oordeel van het College niet kunnen besluiten tot het opleggen van een boete aan appellant. De omstandigheden die de AFM aanvoerde waren onvoldoende om de ongelijkheid in het optreden te kunnen rechtvaardigen. AFM heeft in zoverre het gelijkheidsbeginsel geschonden. Het College herroept om die reden de aan appellant opgelegde boete.

#### 4. **Beginselplicht tot handhaven en gedogen**

##### *Beginselplicht en gedogen*

De Afdelingsuitspraak van 25 juli 2018<sup>72</sup> heeft betrekking op de aanvankelijke afwijzing van een handhavingsverzoek van eigenaren van een (haven)terrein, waarop circa 200 krakers (waaronder gezinnen met kinderen) wonen en werken. De eigenaren hadden verzocht om handhavend optreden, nu het bewonen en het gebruik van het ADM-terrein door de bewoners in strijd zijn met het bestemmingsplan "Amerikahaven". Het college heeft dit aanvankelijk geweigerd, omdat de belangen van de verzoekers onvoldoende zwaarwegend waren, bij gebreke aan concrete herontwikkelingsplannen. De Afdeling accepteert de gemaakte belangenafweging. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het college zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat, gelet op de lange bewonings- en gebruiksduur van het ADM-terrein en de specifieke omstandigheden van het geval, de belangen van de bewoners ten tijde van het besluit op bezwaar zwaarder dienden te wegen dan het algemeen belang dat is gediend met handhavend optreden. In dit kader heeft het college van belang kunnen achten dat het inwilligen van het handhavingsverzoek tot gevolg zou hebben dat een groot aantal personen hun woning zou moeten verlaten zonder over een alternatief te beschikken, terwijl anderzijds de plannen van de eigenaren van het ADM-terrein ten tijde van het besluit van 21 maart 2016 nog niet dermate concreet waren dat ontruiming op dat moment noodzakelijk was om die plannen te kunnen verwezenlijken. Inmiddels, ten tijde van de uitspraak van de Afdeling, waren er echter wel concrete plannen. Daarom kan nu naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak "in redelijkheid niet meer van handhaving worden afgezien". De bewoners wonen daar "onomstreden in strijd met het bestemmingsplan en er bestaat ook geen enkel zicht op legalisatie". Dat betekent dat de bewoners alsnog een einde moeten maken aan de illegale bewoning en het illegale gebruik van het ADM-terrein. De Afdeling bestuursrechtspraak geeft de bewoners en gebruikers de tijd om binnen zes maanden het

65 ECLI:NL:RVS:2018:1299.

66 ECLI:NL:CBB:2017:492.

67 ECLI:NL:CBB:2015:285.

68 ECLI:NL:RBROT:2017:3062.

69 ECLI:NL:CBB:2018:140.

70 ECLI:NL:CBB:2018:145. Zie ook CBB 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104.

71 ECLI:NL:CBB:2017:409.

72 ECLI:NL:RVS:2018:2525.

terrein te verlaten. Zij zullen namelijk “nog enige tijd nodig hebben om zich elders te vestigen”.

#### ***Beginselplicht en concreet uitzicht op legalisatie***

Het college van B en W van Gilze en Rijen was niet verplicht handhavend op te treden tegen met het bestemmingsplan strijdige activiteiten van een loonwerkbedrijf. In hoger beroep had de discussie zich toegespitst op de vraag of er – door terinzagelegging van een ontwerpbestemmingsplan – een concreet uitzicht op legalisering was ontstaan. De partij die om handhaving had verzocht stelde van niet, en wees op strijdigheid van het ontwerpbestemmingsplan met de provinciale Verordening Ruimte, hetgeen ook door het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant was bevestigd in een zienswijze tegen het ontwerpplan. De Afdeling oordeelde echter dat daarmee niet op voorhand duidelijk was dat het ontwerpplan geen rechtskracht zou verkrijgen. Het nieuwe bestemmingsplan was niet evident in strijd met het principe van zorgvuldig ruimtegebruik. Het enkele feit dat onduidelijk is of het nieuwe bestemmingsplan in overeenstemming is met de Verordening Ruimte is onvoldoende om op voorhand aan te nemen dat dit plan geen rechtskracht zou krijgen. Dit betekent dat er ten tijde van het besluit tot afwijzing van het handhavingsverzoek wel concreet zicht op legalisering bestond, zodat het college in redelijkheid heeft kunnen besluiten om af te zien van handhavend optreden.

#### ***Inherente afwijkingsbevoegdheid***

Interessant zijn geschillen waarin bestuursorganen in de optiek van derden – die om handhaving hebben verzocht – te weinig doortastend optreden tegen overtredingen. In ABRvS 27 december 2017<sup>73</sup> ging het om de afhandeling van een handhavingsverzoek van Recycling Netwerk aan de staatssecretaris van (toenmalig) IenM om handhavend op te treden tegen Stichting Afvalfonds Verpakkingen tegen overtreding van artikel 6 van het Besluit beheer verpakkingen 2014. De staatssecretaris had afgezien van een last onder dwangsom strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen die de recyclingnorm binnen bereik zouden brengen. De staatssecretaris heeft volstaan met een waarschuwing, terwijl hij deze al in 2013 had gegeven. De Afdeling tikt de staatssecretaris op de vingers: er waren geen bijzondere omstandigheden om af te zien van handhavend optreden in de vorm van een last onder dwangsom, in afwijking van het eigen handhavingsbeleid.

Het zorgvuldigheidsvereiste brengt met zich dat bestuursorganen serieus moeten kijken naar het feitenmateriaal dat verzoekers om handhaving hen voorleggen. In zijn uitspraak van 18 april 2018,<sup>74</sup> oordeelde het college dat de minister van LNV de door Stichting Bont voor Dieren en Stichting *Animal Rights* bij een fokkerij gemaakte video-opnamen hoe dan ook moest betrekken bij haar besluitvorming over al of niet handhavend optreden tegen de betreffende pelsdierfokkerij. Daarmee hadden de verzoekers immers voldoende

aanknopingspunt geboden voor onderzoek naar de vraag of de derde tegen wie handhavend optreden gevraagd wordt een overtreding begaat of heeft begaan. Het is dan aan het bevoegd gezag om zorgvuldig onderzoek te doen om vast te stellen of sprake is van een overtreding. Daarbij dient de waarneming van feiten en omstandigheden die moeten leiden tot een handhavingsbesluit te zijn gedaan door een ter zake kundige medewerker van het bevoegd gezag, door een ter zake kundig persoon in opdracht van het bevoegd gezag of door een ter zake kundig persoon wiens bevindingen het bevoegd gezag voor zijn rekening neemt. 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.

## **5. Invordering/executie**

#### ***Kostenverhaal***

Bij de invordering van geldbedragen na handhavingsbesluiten, zoals dwangsommen of kosten van bestuursdwang, moet een bestuursorgaan rekening houden met alle relevante omstandigheden. Dat zijn ook omstandigheden die al bij de handhavingsbesluiten zelf aan de orde konden komen.<sup>75</sup> Het gaat met name om de financiële draagkracht van de overtreder, de mate waarin de overtreding aan de overtreder te wijten is, de noodzaak van afschrikking en mogelijke samenloop van verschillende sancties, aldus staatsraad advocaat-generaal Wattel in zijn conclusie van 4 april 2018.<sup>76</sup> De zaak waarin de conclusie was gevraagd ging over de invordering van bedragen door de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu vanwege de illegale opslag van voor verwerking geïmporteerd afval op een perceel in Hardenberg. De staatssecretaris had de importeur van het afval eerder een last onder dwangsom opgelegd. Omdat de man de afvalstoffen niet op tijd verwijderde en verwerkte, heeft de overheid het afval zelf opgeruimd (bestuursdwang). De staatssecretaris heeft de verbeurde dwangsom ingevorderd en de kosten voor het verwijderen van de afvalstoffen op de man verhaald. Maar volgens de man zijn er omstandigheden waardoor de staatssecretaris de bedragen had moeten matigen of helemaal had moeten afzien van invordering, onder meer omdat hij door de verschillende sancties failliet zou gaan en de rest van zijn leven zou moeten afbetalen. De staatsraad A-G was gevraagd om in zijn conclusie in te gaan op de vraag met welke bijzondere omstandigheden bestuursorganen en de bestuursrechter bij handhavingsbesluiten rekening moeten houden. Hij heeft daarbij bijzondere aandacht gevraagd voor de financiële draagkracht van de overtreder. Ook wilde de voorzitter weten of een bestuursorgaan uit eigen initiatief onderzoek moet doen naar bijzondere omstandigheden, zoals eventuele samen-

73 ECLI:NL:RVS:2017:3561, AB 2018/132.

74 ECLI:NL:CBB:2018:128.

75 Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:309, JB 2018/53.

76 Conclusie staatsraad advocaat-generaal 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

loop met sancties van andere bestuursorganen. Volgens de staatsraad advocaat-generaal moet het bestuursorgaan bij invordering van bedragen rekening houden met alle relevante omstandigheden. Daaronder vallen dus ook bijzondere omstandigheden als de financiële draagkracht van een overtreder en samenloop met andere herstelsancties. Een bestuursorgaan hoeft volgens de staatsraad advocaat-generaal niet uit eigen beweging te onderzoeken of er dergelijke omstandigheden zijn, voor zover de bewijslast van dat soort omstandigheden bij de overtreder ligt. De financiële draagkracht van de overtreder en samenloop met andere sancties waarvan het bestuursorgaan niet hoeft te weten, zijn omstandigheden die een overtreder moet aantonen. Het bestuursorgaan moet wel rekening houden met omstandigheden die hem bekend zijn en moet de overtreder in de gelegenheid stellen om bijzondere omstandigheden aan te voeren en te bewijzen. De bestuursrechter toetst het besluit van het bestuursorgaan en moet daarom ook rekening houden met de bijzondere omstandigheden waarmee het bestuursorgaan rekening heeft gehouden of had moeten houden. De appellante in de desbetreffende zaak heeft zijn beroep alsnog ingetrokken, zodat de Afdeling in deze procedure geen uitspraak heeft gedaan of zal doen.

#### ***Invorderingsbeschikking en de voorbereiding daarvan***

Als niet (tijdig) aan een last onder dwangsom is voldaan, is de dwangsom van rechtswege – en dus zonder nadere kennisgeving van het bestuursorgaan – verbeurd.<sup>77</sup> In de Afdelingsuitspraak van 16 maart 2018<sup>78</sup> ging het om de vraag of een bestuursorgaan op grond van het fair play beginsel, en in verband met de doelen die met herstelsancties worden nagestreefd, niet gehouden is om overtreders (tijdig) van verbeurde van dwangsommen op de hoogte te stellen. De Afdeling overweegt dat het achterwege laten van een bericht dat dwangsommen zijn verbeurd, geen strijd opleveren met het fair play beginsel, omdat de overtreder daarvoor niet in haar verdediging is geschaad. Ook al verdient het de voorkeur dat het college zo spoedig mogelijk na constatering van iedere overtreding de overtreder daarvan in kennis stelt, dit betekent niet dat het college – door daarvan in dit geval af te zien – alsnog aanleiding had moeten zien om wegens bijzondere omstandigheden van invordering af te zien. Het is aan de overtreder om zich te houden aan zijn wettelijke verplichtingen.

Discussie over de vraag of tijdig en/of volledig aan een met een dwangsom verzwaarde lastgeving is voldaan vindt plaats in het kader van bestuursrechtelijke procedures naar aanleiding van het besluit om tot invordering van de volgens het bestuursorgaan verbeurde dwangsom over te gaan. Dan komt de duidelijkheid, volledigheid en consistentie van de verslaglegging van de waargenomen feiten

centraal te staan.<sup>79</sup> In een handhavingskwesitie rondom de beëindiging van illegale kamerverhuur, betoogde de overtreder dat het college van burgemeester en wethouders bij controle op naleving van de opgelegde last steken had laten vallen. De overtreder wees erop dat de controleurs tolken hadden moeten inschakelen en dat de processen-verbaal niet op ambtseed waren opgemaakt. Dit betoog bracht de overtreder geen baat. In haar uitspraak van 8 februari 2018<sup>80</sup> oordeelde de Afdeling dat de processen-verbaal door de gedetailleerdheid van de daarin opgenomen observaties en het bijgevoegde fotomateriaal voldoende bewijs boden voor niet-nakoming van de opgelegde last. Dat de processen-verbaal niet op ambtseed of ambtsbelofte zijn opgemaakt, brengt weliswaar met zich dat daaraan minder bewijskracht toekomt,<sup>81</sup> maar betekent niet dat ze zonder betekenis zijn. Ze bevatten gedetailleerde verslagen van toezichthouders van de gemeente, van wie niet is gebleken dat zij een belang hebben bij het onjuist vermelden van hetgeen zij hebben waargenomen. Betwisting is op zichzelf onvoldoende om aan de juistheid van de processen-verbaal te twifelen. Dat geen tolk gebruikt is, is evenmin een fataal gebrek aan de feitenvaststelling. De Afdeling constateert dat uit de processen-verbaal blijkt dat de toezichthouders, en de in de woning aanwezige personen tijdens de controles in staat waren om met elkaar (in het Engels) te converseren, terwijl de toezichthouders opgeleid zijn voor het voeren van dit soort gesprekken en regelmatig dit soort gesprekken voeren in een andere taal, voornamelijk Engels. Gelet op de in de processen-verbaal weergegeven verklaringen, constatering, op de bijgevoegde foto's, van het aantreffen van andere personen in de woning dan degenen die er ingeschreven stonden, en op voormelde zienswijzen van [appellante], mocht het college zich op het standpunt stellen dat ten tijde van de controles de last onder dwangsom werd overtreden.

#### ***Verjaring, stuiting en andere invorderingstechnicalities***

Regelmatig loopt de invordering van verbeurde dwangsommen door bestuursorganen stuk op de verjaringsregeling uit de Awb. Die is complex en vraagt van bestuursorganen strikte naleving van de regelgeving en procedurele stappen. Artikel 5:35 van de Awb bepaalt, in afwijking van de 'standaard' verjaringstermijn van artikel 4:104 van de Awb, dat de bevoegdheid tot invordering van een verbeurde dwangsom verjaart door verloop van een jaar na de dag waarop zij is verbeurd. Binnen die termijn moet – behoudens stuiting – de invordering zijn afgerond. Het nemen van een invorderingsbesluit stuit de verjaring niet. In haar uitspraak van 28 februari 2018<sup>82</sup> oordeelde de Afdeling dat de in artikel 5:35 van de Awb opgenomen verjaringstermijn van één jaar zowel ziet op het nemen van een invorderingsbesluit

77 Dit volgt uit artikel 5:33 van de Awb. Daarin is ook bepaald dat de betalingstermijn zes weken bedraagt en dat die termijn start na de verbeurde. Als niet tijdig wordt betaald, dan moet een invorderingsbeschikking worden genomen.

78 ECLI:NL:RVS:2018:894.

79 In CRvB 27 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:549, was die verslaglegging onvoldoende concreet.

80 ECLI:NL:RVS:2018:390.

81 De Afdeling verwijst ook naar haar uitspraken van 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:554, en 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1480.

82 ECLI:NL:RVS:2018:653.

als op het feitelijk invorderen van de verbeurde dwangsom. Onder 'bevoegdheid tot invordering' als bedoeld in artikel 5:35 van de Awb moet niet alleen de bevoegdheid tot het nemen van het invorderingsbesluit, als bedoeld in artikel 5:37 van de Awb, 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 van de Awb.<sup>83</sup> Verder stuit het invorderingsbesluit de verjaring niet.<sup>84</sup> De appellant had zich terecht beroepen op verjaring van de invorderingsbevoegdheid en zag zijn (hoger) beroep niet-ontvankelijk verklaard worden, vanwege het ontbreken van procesbelang.

Het college van burgemeester en wethouders van Roermond had de in verband met invordering van verbeurde dwangsommen te volgen stappen niet precies gevolgd, en liep zodoende op tegen een verjaarde vordering op de overtreder, zo stelde de Afdeling vast in haar uitspraak van 20 juni 2018.<sup>85</sup> De Afdeling oordeelt dat uit (de MvT bij) artikel 5:37 van de Awb volgt dat de invorderingsbeschikking moet 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 op deze manier bereikt dat dwanginvordering pas kan plaatsvinden nadat de geldschuld bij beschikking is vastgesteld. In het voorliggende geval was op het invorderingsbesluit geen aanmaning gevolgd, en was het dwangbevel in strijd met artikel 4:117 van de Awb niet voorafgegaan door een in overeenstemming met de Awb uitgebrachte aanmaning. Om die reden kon dat dwangbevel niet worden aangemerkt als een invorderingshandeling die de verjaring van de invorderingsbevoegdheid heeft gestuit. Een ander oordeel zou betekenen dat appellante een aanmaning tot betaling kon worden onthouden en rauwelijks kon worden geconfronteerd met een dwangbevel inclusief de daarbij behorende kosten, hetgeen zich niet verdraagt met het in de Awb beoogde systeem als uiteengezet in voormelde MvT.

In de Afdelingsuitspraak van 18 juli 2018<sup>86</sup> lag de vraag voor of op correcte wijze was aangemaand. Het bestuursorgaan had schriftelijk medegedeeld dat de stichting en anderen de verbeurde dwangsommen van in totaal € 150.000 niet hebben betaald en dat, indien zij het bedrag niet binnen twee weken na verzending van de brief overmaken op het in de brief vermelde rekeningnummer, het bedrag zal worden geïnd door toepassing van invorderingsmaatregelen. Het verzuim dat hier speelde was dat in de mededeling niet was aangezegd dat de invorderingsmaatregelen op hun kosten zouden worden uitgevoerd. De Afdeling overwoog dat de aangeschrevenen daardoor niet in een rechtsonzekere situatie zijn komen te verkeren met betrekking tot de te nemen invorderingsmaatregelen. De omstandigheid dat het bestuursorgaan niet heeft medegedeeld dat de dwanginvordering op kosten van de schuldenaar zal plaatsvinden,

doet aan het aanmaningskarakter van de aanschrijving als bedoeld in artikel 4:106 van de Awb, gelezen in samenhang met artikel 4:112 van de Awb niet af. Het bestuursorgaan had in deze procedure overigens te kennen gegeven dat de kosten van dwangincasso niet op de aangeschrevenen zouden worden verhaald, juist vanwege het ontbreken van de daarop betrekking hebbende mededeling.

## 6. Bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving

Bij de samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijk handhaving speelt het ne bis in idem-beginsel in de rechtspraak een terugkerende rol. Het ne bis in idem-beginsel is neergelegd in artikel 68 Sr en artikel 5:43 Awb en houdt in dat niemand andermaal kan worden vervolgd of bestraft wegens een feit waarover onherroepelijk is beslist. Een voorbeeld van toepassing van dit beginsel in het bestuursrecht vormt de uitspraak van de CRvB van 27 maart 2018 waarin in het kader van het sociale zekerheidsrecht vanwege een voortdurende overtreding van de inlichtingenplicht aan de overtreder twee boetes zijn opgelegd. De boetes waren opgelegd vanwege elkaar deels in tijd overlappende periodes dat niet aan de inlichtingenplicht was voldaan. De CRvB overweegt onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011<sup>87</sup> dat de omstandigheid dat de eerste boete is gekoppeld aan een benadelingsbedrag dat nadien te laag bleek en dat nadien is komen vast te staan dat een langere periode en meer uren is gewerkt niet maakt dat sprake is van een aanzienlijk verschil in feiten. De CRvB komt daarom tot de conclusie dat het opleggen van de tweede boete in strijd is met artikel 5:43 Awb.<sup>88</sup> Van strijd met deze bepaling was volgens de CRvB evenzeer sprake in een geval waarin vanwege een voortdurende overtreding van de inlichtingenplicht tweemaal een boete werd opgelegd. De omstandigheid dat de boete zag op verschillende tijdvlakken en de overtreder voorafgaand aan het tijdvlak waarvoor de tweede boete was opgelegd nadrukkelijk was gevraagd naar de te verstrekken informatie maakt volgens het CRvB niet dat niet langer sprake is "hetzelfde feit". Ook de omstandigheid dat het college hangende het beroep tegen de twee boete de eerste boete heeft ingetrokken, doet er volgens de CRvB niet aan af dat de tweede boete in strijd met artikel 5:43 Awb is opgelegd.<sup>89</sup>

In de artikel 5:44 Awb en artikel 243, tweede lid Sv is een variant op het ne bis in idem-beginsel neergelegd, te weten het una via-beginsel. Het una via-beginsel houdt in dat voor dezelfde gedraging niet zowel een bestuurlijke boete mag worden opgelegd als een strafrechtelijke vervolging worden ingesteld. In Europese regelgeving is het ne bis in idem-beginsel neergelegd in art. 4 van het Zevende protocol bij het EVRM en artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten

83 Eerder in gelijke zin: ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2523.

84 Zie ook ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1203 en 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1229.

85 ECLI:NL:RVS:2018:2016.

86 ECLI:NL:RVS:2018:2405.

87 ECLI:NL:HR:2011:BM9102.

88 CRvB 27 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1029.

89 CRvB 3 juli 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2059.

van de Europese Unie.<sup>90</sup> Wanneer een strafrechtelijke vervolging niet wordt voorafgegaan door een bestuurlijke boete, maar door een andere bestuurlijke sanctie of maatregel, missen voorgaande bepalingen echter toepassing. Indien een bestuurlijke sanctie of maatregel punitief van aard is en aldus kan worden aangemerkt als een *criminal charge*, kan het aan artikel 68 Sr ten grondslag liggende beginsel onder omstandigheden (indirect) toch bescherming bieden tegen opvolgende bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures.<sup>91</sup>

Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2015, waarin de Hoge Raad in een zaak waarin een verdachte wegens rijden onder invloed van alcohol werd geconfronteerd met zowel de oplegging van een alcoholslotprogramma als een strafrechtelijke vervolging, oordeelde dat sprake was van een uitzonderlijke situatie die op gespannen voet staat met het aan artikel 68 ten grondslag liggende rechtsbeginsel dat iemand niet tweemaal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit. Daarbij achtte de Hoge Raad van belang dat de verweten gedraging in beide gevallen identiek is, terwijl de beschermde rechtsgoederen in hoge mate vergelijkbaar zijn en voorts dat ook de gevolgen van beide sancties in hoge mate overeenkomen. De Hoge Raad heeft daarmee tot uitdrukking gebracht dat het gaat om een uitzonderlijk geval van cumulatie, dat zich niet snel zal voordoen.<sup>92</sup> In lijn daarmee is het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 2018 waarin de Hoge Raad oordeelt dat het OM het recht op strafvervolgning van de verdachte niet verliest door de enkele omstandigheid dat de verdachte in verband met hetzelfde feit een Educatieve Maatregel Alcohol en Verkeer (EMA) is opgelegd.<sup>93</sup> De Hoge Raad overweegt nadrukkelijk dat een vergelijking met de uitzonderlijke situatie als bedoeld in het hiervoor besproken arrest van 3 maart 2015 niet opgaat. Reden daarvoor is reeds dat de oplegging van een EMA niet punitief van aard is.<sup>94</sup>

90 Het gegeven dat Nederland het Zevende protocol niet heeft geratificeerd, betekent niet dat de rechtspraak van het EVRM over die bepaling niet van belang kan zijn voor de gedachtevorming over de toepassing van artikel 68. Zie in dit verband HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394, m.nt. Buruma. Zie over de toepassing van artikel 50 van het Handvest Grondrechten EU ook Hof van Justitie EU 20 maart 2018, C-537/16 betreffende de samenloop van een bestuurlijke en strafrechtelijke vervolging bij marktmanipulatie naar Italiaans recht.

91 Zie hierover en ook in meer algemene zin over het *ne bis in idem*- en *via*-beginsel de conclusie van advocaat-generaal mr. F.W. Bleichrodt van 10 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:772. Zie ook het artikel van J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht', *NJB* 2018/749, afl. 16.

92 Zie hierover opnieuw voornoemde conclusie van advocaat-generaal mr. F.W. Bleichrodt, r.o. 18-19.

93 HR 16 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:23.

94 Zie daarover ook ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1711.