

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, zo maken wij uit de overweging op, 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.

9. De aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip, zijn factoren die de Afdeling kennelijk niet meeneemt in de beoordeling, anders dan de Hoge Raad. Dat bleek ook al uit de uitspraak van de Afdeling van 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2394. Volgens Raadsheer advocaat-generaal Keus in zijn conclusie van 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:5, die hij op verzoek van het CBB uitbracht over het begrip medeplegen, komt geen grote betekenis toe aan het zich niet distantiëren, omdat het er juist om gaat dat de betrokkene een wezenlijke bijdrage moet hebben geleverd.

10. Opmerkelijk is dat de Afdeling het beoordelingskader en de daarvoor relevante factoren eerst uitvoerig uiteenzet, maar vervolgens nauwelijks lijkt toe te passen op het geval. Omdat bewijs voor een gezamenlijke uitvoering lijkt te ontbreken, zou in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad nauwkeurig moeten worden gemotiveerd dat toch sprake is van medeplegen. De Afdeling stelt in deze uitspraak echter geen hoge eisen aan de onderbouwing van het college. De verklaring van appelland over alleen zijn eigen aandeel en de aanwezigheid van een ander is voor de Afdeling voldoende om een nauwe en bewuste samenwerking aan te nemen. In navolging van het college van Capelle laat ook de Afdeling in het midden of sprake is van een gezamenlijke uitvoering of juist van de bedoelde "andersoortige" gedragingen, die door de strafrechter met medeplichtigheid in verband worden gebracht. Is er voldoende bewijs voorhanden dat de ander óók teksten op het wegdek heeft aangebracht? De Afdeling neemt zijn aanwezigheid aan, omdat appelland dat niet betwist, maar wat was zijn precieze rol? Stond hij bijvoorbeeld alleen maar op de uitkijk? Deze vragen blijven onbeantwoord.

11. 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.

12. Tot slot nog een opmerking over de termijn waarbinnen in een geval als dit alsnog een besluit moet worden bekendgemaakt. Artikel 5:31 lid 2 Awb bepaalt dat

het besluit "zo spoedig mogelijk nadien" moet worden bekendgemaakt. In dit geval heeft het college negentien dagen genomen om alsnog een besluit te slaan. Appelland is voor vele ankers gaan liggen, maar heeft opvallend genoeg geen punt gemaakt van het tijdsverloop tussen het toepassen van de bestuursdwang en de bekendmaking van het besluit. Zou hij dat wel hebben gedaan, dan is de vraag of de Afdeling het college ook op dit punt de helpende hand zou hebben gereikt. In de rechtspraak is eerder geoordeeld dat een tijdsverloop van twee weken (ABRvS 24 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:6346, *Gst.* 2008/54, m.nt. J.M.H.F. Teunissen) en zestien dagen (CBB 22 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:454) nog als een redelijke termijn valt aan te merken. Maar is negentien dagen ook nog redelijk? Als het besluit niet binnen een redelijke termijn bekend is gemaakt, kunnen de kosten van spoedeisende bestuursdwang niet meer op de overtreder worden verhaald (ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3034). Het is dus zaak om de vaart erin te houden; niet alleen bij toepassen van superspoedeisende bestuursdwang zelf, maar ook bij de afwikkeling daarvan.

I.M. van der Heijden en J.R. Baas

Gst. 2018/112

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
21 maart 2018, nr. 201706334/1/A1
(Mrs. R. van der Spoel, W. Sorgdrager en J. Hoekstra)
m.nt. Y. Schönfeld¹

(Art. 7:11 Awb)

ECLI:NL:RVS:2018:960

Heroverweging beslissing op bezwaar van een handhavingsbesluit ex tunc of ex nunc? Moet bij de heroverweging in bezwaar rekening worden gehouden met een verleende omgevingsvergunning ter legalisering van de aangeschreven overtreding? (Geldrop-Mierlo)

Aan appelland is bij besluit van 29 juni 2015 een last onder dwangsom opgelegd voor (o.a.) het verwijderen van een terrasoverkapping. Middels een op 26 november 2015 genomen besluit heeft het college een omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping verleend. Ten tijde van het besluit op bezwaar (op 10 februari 2016) is de terrasoverkapping gelegaliseerd en is het college niet meer bevoegd daartegen handhavend op te treden. De overtreding is voorts beëindigd voordat dwangsommen zijn verbeurd, omdat het college de begunstigingstermijn bij besluit van 30 september 2015 heeft verlengd tot zes weken na het besluit op bezwaar. Onder deze omstandigheden bestaat geen grond om van het uitgangspunt dat bij de beslissing op bezwaar ex nunc dient te worden getoetst (en dus rekening moet worden

¹ Mr. Yuval Schönfeld is jurist bij Tonnaer Adviseurs in Omgevingsrecht.

gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich op dat moment voordoen) af te wijken en in bezwaar te volstaan met toetsing van de rechtmatigheid van het primaire dwangsbesluit van 29 juni 2015 (dat zou een ex tunc toetsing inhouden). De beslissing op bezwaar van 10 februari 2016 is volgens de Afdeling derhalve genomen in strijd met artikel 7:11 van de Awb.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te Mierlo, gemeente Geldrop-Mierlo, tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 22 juni 2017 in zaak nr. 16/957 in het geding tussen:

[appellant]

en

het college van burgemeester en wethouders van Geldrop-Mierlo.

Procesverloop

Bij besluit van 29 juni 2015 heeft het college aan [appellant] twee lasten onder dwangsom opgelegd.

Bij besluit van 10 februari 2016 heeft het college het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard, het door [belanghebbende] gemaakte bezwaar gegrond verklaard, het besluit van 29 juni 2015 herroepen en de lasten onder dwangsom gewijzigd.

Bij uitspraak van 22 juni 2017 heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

[belanghebbende] heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Het college en [appellant] hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak gevoegd met zaak nr. 201702460/1/A1 ter zitting behandeld op 19 februari 2018, waar [appellant], bijgestaan door mr. G.M. van den Boom, rechtsbijstandverlener te Valkenswaard, en het college, vertegenwoordigd door B.A. Brugman, zijn verschenen. Voorts is [belanghebbende], vertegenwoordigd door mr. F.K. van den Akker, advocaat te Eindhoven, ter zitting verschenen.

Na de zitting zijn de zaken gesplitst.

Overwegingen

Inleiding

1. [belanghebbende] woont aan de [locatie 1] te Mierlo. Zij heeft het college bij brief van 25 september 2014 verzocht om handhavend op te treden tegen de boerderij, de aan de boerderij gebouwde terrasoverkapping en een aantal bijbehorende bouwwerken op het perceel van [appellant] aan de [locatie 2] te Mierlo. De boerderij is volgens haar zonder de vereiste vergunning verbouwd en de bouwwerken zijn volgens haar zonder de vereiste vergunningen opgericht.

Het verzoek is bij het besluit van 29 juni 2015 afgewezen, voor zover dat betrekking heeft op de boerderij. Die beslissing is in bezwaar gehandhaafd en thans niet in geding.

Bij het besluit van 29 juni 2015 is [appellant] wel onder oplegging van een dwangsom gelast de terrasoverkapping te verwijderen. Voorts is hem een last onder dwangsom opgelegd ten aanzien van het kippenhok, het hondenhok en de volière. Bij het besluit op bezwaar van 10 februari 2016 is de last met betrekking tot de terrasoverkapping gehandhaafd, maar is de hoogte en de modaliteit van de dwangsom gewijzigd. De andere last is bij dat besluit gewijzigd in het verwijderen van het kippenhok, het hondenhok en de volière. Ook de hoogte en de modaliteit van de opgelegde dwangsom zijn daarbij gewijzigd.

Terrasoverkapping

2. [appellant] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het college de inmiddels verleende omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping ten onrechte niet bij het besluit op bezwaar heeft betrokken.

2.1 Blijkens het besluit op bezwaar, waarin is verwezen naar het advies van de Commissie voor Bezwaarschriften van 2 december 2015, heeft het college in bezwaar getoetst of ten tijde van het besluit van 29 juni 2015 concreet zicht op legalisering bestond. Aangezien op dat moment concreet zicht op legalisering ontbrak, bestaat volgens het college geen aanleiding om de last tot verwijdering van de terrasoverkapping te herroepen. Dat inmiddels een omgevingsvergunning is verleend, doet daar volgens het college niet aan af.

Blijkens de aangevallen uitspraak deelt de rechtbank deze opvatting van het college.

2.2 Artikel 7:11, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) bepaalt:

“Indien het bezwaar ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit plaats.”

Het tweede lid bepaalt:

“Voor zover de heroverweging daartoe aanleiding geeft, herroept het bestuursorgaan het bestreden besluit en neemt het voor zover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit.”

2.3 Bij heroverweging in bezwaar als bedoeld in artikel 7:11 van de Awb geldt als uitgangspunt dat rekening moet worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich op dat moment voordoen.

2.4 Bij besluit van 26 november 2015 heeft het college een omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping verleend. Ten tijde van het besluit op bezwaar is de terrasoverkapping derhalve gelegaliseerd en is het college niet meer bevoegd daartegen handhavend op te treden. De overtreding is voorts beëindigd voordat dwangsommen zijn verbeurd, omdat het college de begunstigingstermijn

bij besluit van 30 september 2015 heeft verlengd tot zes weken na het besluit op bezwaar. Onder deze omstandigheden bestaat geen grond om van het hierboven weergegeven uitgangspunt af te wijken en in bezwaar te volstaan met toetsing van de rechtmatigheid van het dwangsombesluit van 29 juni 2015. De verleende omgevingsvergunning geeft aanleiding dat besluit, wat de terrasoverkapping betreft, in bezwaar te herroepen.

Uit het voorgaande volgt dat het besluit van 10 februari 2016 in zoverre in strijd is met artikel 7:11 van de Awb. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

2.5 Het betoog slaagt.

Hondenhok, kippenhok en volière

3. [appellant] betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de gezamenlijke oppervlakte van de vergunningvrije bouwwerken op het perceel van [appellant] ten tijde van het besluit op bezwaar kleiner is dan 30 m². Het college was daarom volgens hem op dat moment niet meer bevoegd om handhavend op te treden tegen het hondenhok, het kippenhok en de volière.

3.1 Het college heeft gelast het hondenhok, het kippenhok en de volière te verwijderen, omdat met deze bouwwerken de in artikel 2, aanhef en onderdeel 3, van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor) opgenomen oppervlakte-eis van 30 m², zoals dit artikel tot 1 november 2014 luidde, wordt overschreden.

3.2 Artikel 2, aanhef en onderdeel 3, van bijlage II bij het Bor bepaalde vóór 1 november 2014:

“Een omgevingsvergunning voor activiteiten als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a of c, van de wet is niet vereist, indien deze activiteiten betrekking hebben op:

3. een op de grond staand bijbehorend bouwwerk in achtererfgebied, mits wordt voldaan aan de volgende eisen:

[...]

b. voor zover op een afstand van meer dan 2,5 m van het oorspronkelijke hoofdgebouw:

1°. niet hoger dan 3 m;

[...]

3°. als gevolg van het bijbehorende bouwwerk de totale oppervlakte van vergunningvrije bijbehorende bouwwerken op een afstand van meer dan 2,5 m van het oorspronkelijk hoofdgebouw niet meer dan 30 m², en

[...].”

3.3 Niet in geschil is dat het hondenhok, het kippenhok en de volière een gezamenlijke oppervlakte van 29,7 m² hebben. Nu voor de terrasoverkapping een omgevingsvergunning is verleend, telt de oppervlakte daarvan ten tijde van het besluit op bezwaar niet meer mee bij de totale oppervlakte van vergunningvrije bijbehorende bouwwerken in het achtererfgebied. Ter zitting is voorts komen vast te staan dat de overkapping tegen de achtergevel van de aanwezige loods niet vergunningvrij is, reeds omdat deze hoger dan 3 m is en dus niet voldoet aan artikel 2, aanhef en onderdeel 3, onder b, sub

1°, van bijlage II bij het Bor, zoals dit destijds luidde. Niet in geschil is dat voor andere bebouwing in het achtererfgebied vergunning is verleend. Dit betekent dat de oppervlakte-eis van 30 m² alleen betrekking kan hebben op het hondenhok, het kippenhok en de volière, die vóór 1 november 2014 zijn opgericht. Aangezien de gezamenlijke oppervlakte van deze bouwwerken kleiner is dan 30 m², is voor deze bouwwerken ten tijde van het besluit op bezwaar geen omgevingsvergunning vereist en is het college niet meer bevoegd daartegen handhavend op te treden. In het besluit op bezwaar is hiermee ten onrechte geen rekening gehouden. Nu op dat moment voorts geen dwangsommen zijn verbeurd, bestond aanleiding om het dwangsombesluit van 29 juni 2015 ook wat deze bouwwerken betreft in bezwaar te herroepen.

Uit het voorgaande volgt dat het besluit van 10 februari 2016 ook in zoverre in strijd is met artikel 7:11 van de Awb. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

3.4 Het betoog slaagt.

Conclusie

4. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van [appellant] tegen het besluit van 10 februari 2016 alsnog gegrond verklaren en dat besluit vernietigen voor zover dat betrekking heeft op de lasten onder dwangsom. De Afdeling ziet tevens aanleiding om zelf in de zaak te voorzien door het besluit van 29 juni 2015 te herroepen, voor zover daarbij lasten onder dwangsom zijn opgelegd, en het verzoek om handhaving af te wijzen.

5. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

De reiskosten die [appellant] in verband met het bijwonen van de zitting heeft gemaakt, zijn in de proceskostenveroordeling in de gevoegd behandelde zaak opgenomen. Deze kosten zijn daarom in deze uitspraak buiten beschouwing gelaten.

De kosten die [appellant] in verband met de behandeling van het bezwaar heeft gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Het besluit van 29 juni 2015 wordt niet herroepen omdat het onrechtmatig was, maar omdat na het nemen van dat besluit alsnog vergunning voor de terrasoverkapping is verleend en daarmee de strijd met artikel 2.1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht is opgeheven.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 22 juni 2017 in zaak nr. 16/957;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Geldrop-Mierlo van 10 februari

2016, voor zover dat betrekking heeft op de lasten onder dwangsom; (Enz., enz., red.)

Naschrift

1. De wijze van toetsing van besluiten op bezwaar in handhavingsskwesties blijft de (bestuursrechtelijke) gemoeieren bezig houden. De vraag is of deze beoordeling *ex nunc* (zoals de situatie nu is) dan wel *ex tunc* (zoals de situatie toen was) dient te worden verricht. Met andere woorden, moet met nieuwe of gewijzigde omstandigheden rekening worden gehouden? In mijn naschrift op de Afdelingsuitspraak van 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3388, *Gst.* 2017/102 (ook geannoteerd door T.N. Sanders in *AB* 2017/57), ben ik reeds op deze materie ingegaan. De onderhavige Afdelingsuitspraak van 21 maart 2018 ('*Geldrop-Mierlo*') vormt een aanleiding voor een aanvullende annotatie over dit onderwerp.

Uitgangspunt in het bestuursrecht is dat krachtens artikel 7:11, lid 1 Awb, als het bezwaar ontvankelijk is, op grondslag daarvan een heroverweging plaatsvindt van het bestreden besluit. Als de heroverweging daartoe aanleiding geeft, herroept het bestuursorgaan het bestreden besluit en neemt het voor zover nodig in plaats daarvan een nieuw besluit (artikel 7:11, lid 2 Awb). Vooropstaat dus dat de heroverweging ten tijde van bezwaar moet gebeuren met inachtneming van alle feiten en omstandigheden die op dat moment aan de orde zijn, zoals bijvoorbeeld ook nieuwe wetgeving of beleid of gewijzigde feitelijke omstandigheden. Dit wordt een toetsing *ex nunc* genoemd. Indien in de bezwaarfase *ex tunc* wordt getoetst, dan wordt onderzocht of ten tijde van het nemen van het primaire besluit, op grond van de toen bestaande (juridische) situatie, dat besluit terecht was genomen.

De opgenomen uitspraak '*Geldrop-Mierlo*' is een nadere verfijning van de reeds bestaande rechtspraak over deze materie. Eerst wordt de uitspraak kort samengevat. Vervolgens zal worden onderzocht hoe de uitspraak '*Geldrop-Mierlo*' past in de eerdere lijnen in de jurisprudentie omtrent dit leerstuk. Daarbij zullen ook de opvattingen hieromtrent in de juridische literatuur worden beschreven. Ook de twee recente Afdelingsuitspraken van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:209 en 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:610 alsmede de conclusie van Staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152 bieden nader inzicht in het leerstuk van de heroverweging in bezwaar van handhavingsskwesties.

2. Eerst de beschrijving van de casus die aan de opgenomen uitspraak ten grondslag ligt. Het college van burgemeester en wethouders van Geldrop-Mierlo heeft op 29 juni 2015 aan appellante twee lasten onder dwangsom opgelegd naar aanleiding van een handhavingverzoek van belanghebbende. Op 29 juni 2015 is appellante onder oplegging van een dwangsom gelast de terrasoverkapping te verwijderen. Voorts is hem een last onder dwangsom opgelegd ten aan-

zien van een kippenhok, een hondenhok en een volière. Bij het besluit op bezwaar van 10 februari 2016 is de last met betrekking tot de terrasoverkapping gehandhaafd, maar is de hoogte en de modaliteit van de dwangsom gewijzigd. De andere last is bij dat besluit gewijzigd in het verwijderen van het kippenhok, het hondenhok en de volière. Ook de hoogte en de modaliteit van de opgelegde dwangsom zijn daarbij gewijzigd. Bij de Afdeling betoogde appellante dat de rechtbank heeft miskend dat het college de inmiddels verleende omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping ten onrechte niet bij de beslissing op bezwaar heeft betrokken. Het college paste in de bezwaarfase een strikte *ex tunc* toetsing toe: slechts is door het college getoetst of ten tijde van het primaire besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom (op 29 juni 2015) sprake was van een overtreding dan wel ten tijde van het genoemde besluit in primo sprake was van concreet zicht op legalisering. Aangezien ten tijde van het besluit in primo concreet zicht op legalisering ontbrak was er volgens het college geen aanleiding om de last tot verwijdering van de terrasoverkapping te herroepen. Dat hier in de bezwaarfase inmiddels wel een omgevingsvergunning voor is verleend, doet daar volgens het college niet aan af. De rechtbank deelde deze opvatting van het college. De Afdeling oordeelde echter anders. Middels een op 26 november 2015 genomen besluit heeft het college een omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping verleend. Ten tijde van het besluit op bezwaar (op 10 februari 2016) is de terrasoverkapping derhalve gelegaliseerd en is het college niet meer bevoegd daartegen handhavend op te treden. De overtreding is voorts beëindigd voordat dwangsommen zijn verbeurd, omdat het college de begunstigingstermijn heeft verlengd tot zes weken na het besluit op bezwaar. Onder deze omstandigheden bestaat geen grond om van het uitgangspunt dat bij de beslissing op bezwaar *ex nunc* dient te worden getoetst (en dus rekening moet worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich op dat moment voordoen) af te wijken en in bezwaar te volstaan met toetsing van de rechtmatigheid van het primaire dwangsombesluit van 29 juni 2015 (dat zou een *ex tunc* toetsing inhouden). De beslissing op bezwaar is volgens de Afdeling derhalve genomen in strijd met artikel 7:11 van de Awb.

3. Zoals reeds in mijn annotatie in *Gst.* 2017/102 is beschreven is de hoofdregel bij de meeste soorten besluiten dat er *ex nunc* moet worden getoetst en dat dus rekening wordt gehouden met het recht en de feitelijke omstandigheden zoals die aan de orde zijn ten tijde van de bezwaarfase. Bij handhavingsskwesties wordt in bepaalde gevallen een uitzondering gemaakt op dit principe. In de Afdelingsuitspraak van 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3388, Steenwijkerland, *Gst.* 2017/102, m.nt. Y. Schönfeld, *AB* 2017/57, m.nt. T.N. Sanders, is door de Afdeling benadrukt dat de heroverweging in de bezwaarfase plaatsvindt met inachtneming van de feiten en omstandigheden die zich dan voordoen en de op dat moment geldende rechts- en beleidsregels. Bij het heroverwegen van een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom kan dit in specifieke situaties anders zijn. Dat is

bijvoorbeeld het geval in de situatie waarin het gaat om de omstandigheid dat voorafgaand aan het besluit op bezwaar de overtreding is beëindigd. Dit laat onverlet dat intussen gewijzigde van kracht zijnde regelgeving dan wel een op handen zijnde wijziging van regelgeving wel omstandigheden zijn die het desbetreffende bestuursorgaan bij heroverweging van zijn handhavingsbesluit dient te betrekken. Vergelijkbaar is ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 19 oktober 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:309, *JB* 2016/245) dat ook handelt over de situatie dat ten tijde van de behandeling van een bezwaarschrift wijzigingen optreden in het geldende recht. Het CBB oordeelt dat bij een herstelsanctie het bevoegd gezag alleen gebruik mag maken van zijn bevoegdheid indien een gedraging op grond van de ten tijde van die gedraging geldende regelgeving als een overtreding valt te kwalificeren. Uit de aard van herstelsanctiebesluiten volgt dat bij de heroverweging in bezwaar op grond van het recht zoals dat gold ten tijde van het begaan van de gedraging moet worden beoordeeld of de gedraging die feitelijk aan het herstelsanctiebesluit ten grondslag is gelegd als een overtreding moet worden gekwalificeerd (een toetsing ex tunc dus). Als gedurende het aanhangig zijn van een bezwaarschrift tegen een herstelsanctiebesluit een relevante wijziging van de regelgeving in werking treedt, dient in het kader van de heroverweging in bezwaar te worden beoordeeld of de verweten gedraging daardoor het karakter van een overtreding verliest (een vorm van ex nunc toetsing). Het CBB en de Afdeling zitten dus op een lijn.

De Afdelingsuitspraak van 21 december 2016, Steenwijkerland, had betrekking op tijdens de bezwaarfase gewijzigde wet- en regelgeving (een wijziging van de regels ten aanzien van vergunningsvrij bouwen uit bijlage II van het Besluit omgevingsrecht). In de recente uitspraak ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:209, Hoogezand-Sappemeer, *Gst.* 2018/53 m.nt. J.W. van Zundert, AB 2018/276 m.nt. T.N. Sanders, bevestigt de Afdeling eerst nogmaals de overweging dat bij het heroverwegen van een handhavingsbesluit een uitzondering dient te worden gemaakt op het juridische uitgangspunt van de ex nunc-toetsing voor de gevallen waarin voorafgaand aan het besluit op bezwaar de overtreding is beëindigd. In dat geval wordt een toetsing ex tunc verricht. Dit laat echter onverlet, dat indien ten tijde van het nemen van het besluit op bezwaar sprake is van concreet zicht op legalisering hierin aanleiding bestaat om van voortzetting van handhaving af te zien (net als bij ten tijde van de bezwaarfase gewijzigde wet- en regelgeving, zoals aan de orde was in genoemde Afdelingsuitspraak van 21 december 2016). Indien legalisering heeft plaatsgevonden bestaat er geen grond meer voor handhavend optreden. Deze situatie was aan de orde in de uitspraak 'Geldrop-Mierlo' waar inmiddels in de bezwaarfase een legaliserende omgevingsvergunning is verleend voor de terrasoverkapping. Dit betekent dat bij de heroverweging in de bezwaarfase van handhavingsbesluiten niet alleen in het geval van reeds gewijzigde wet- en regelgeving (of een op handen zijnde wijziging van regelgeving), maar ook bij (concreet zicht op) lega-

lisering door middel van de verlening van een vergunning, een toetsing ex nunc moet worden verricht en met deze omstandigheid rekening dient te worden gehouden.

4. In de uitspraken van 21 december 2016 en 24 januari 2018 overweegt de Afdeling dat er reden kan zijn voor een ex tunc-toetsing indien voorafgaand aan het besluit op bezwaar de overtreding is beëindigd. Betoogd zou kunnen worden dat dit, strikt genomen, in de uitspraak 'Geldrop-Mierlo' aan de orde lijkt te zijn (doordat de overtreding is gelegaliseerd door verlening van de omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping). Desondanks oordeelt de Afdeling in de uitspraak 'Geldrop-Mierlo' dat toch een ex nunc-toetsing moet worden uitgevoerd door het bevoegd gezag. Er is, net als in de Afdelingsuitspraak van 24 januari 2018, sprake van een beëindiging van de illegale situatie door legalisering van de overtreding en niet doordat de overtreder door zijn eigen handelen of nalaten de overtreding heeft opgeheven. Uit eerdere jurisprudentie en de juridische literatuur volgt een nog uitgebreider onderscheid in welke drie gevallen bij handhavingszaken in de bezwaarfase ex tunc dan wel ex nunc dient te worden getoetst. In dit verband wordt ook verwezen naar het artikel van L.M. Koenraad, 'Van nu naar toen. De betekenis van recente feiten en nieuwe wettelijke voorschriften bij het heroverwegen van handhavingsbeschikkingen', *Gst.* 2017/154. Koenraad gaat in zijn bijdrage ook in op de heroverweging van handhavingsbeschikkingen. Daarbij wordt door hem aangegeven dat de peilmomenten bij de heroverweging van handhavingsbeschikkingen ook afhangen van ontwikkelingen ná het nemen van het primaire handhavingsbesluit die invloed kunnen hebben op de vraag of de in geding zijnde gedraging haar illegale karakter heeft verloren. Een overtreding kan immers worden beëindigd door fysieke handelingen van de overtreder of het achterwege laten door de overtreder van zulke fysieke handelingen dan wel door bijvoorbeeld het verval van het wettelijk voorschrift dat de gewraakte gedraging verbodt, de inwerkingtreding van een nieuw wettelijk voorschrift waardoor het verbod niet langer geldt of een afzonderlijke toestemming van het bestuursorgaan om het gewraakte gebruik alsnog mogelijk te maken (zoals, in casu in de uitspraak 'Geldrop-Mierlo' de verlening van de omgevingsvergunning voor de terrasoverkapping). Koenraad is daarbij van oordeel dat het nodeloos verwarrend is om nog langer te werken met de begrippen ex nunc en ex tunc, en stelt voor – net als eerder door Verheij ('Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor de besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBPlus* 2003/1) werd bepleit – te werken met een 'peilmoment'. Dit moment is de datum of het tijdstip waarop de ter discussie staande rechtsbetrekking ziet. Koenraad (*Gst.* 2017/154, a.w., (p. 812)) is van oordeel dat als de begunstigingstermijn nog niet is verstreken ten tijde van het nemen van de beslissing op bezwaar, en er op dat moment geen sprake meer is van een overtreding, de last moet worden herroepen (dit is de situatie die in de casus 'Geldrop-Mierlo' aan de orde was, waar met betrekking tot de terrasoverkapping ten tijde van de beslissing op bezwaar geen sprake meer was van een overtreding en voorts de begunstigingstermijn nog niet was verstreken). Als de be-

gunstigingstermijn ten tijde van bezwaar wel is verstreken en er op het moment van het verstrijken van de begunstigingstermijn geen sprake meer is van een overtreding, dan dient volgens Koenraad de last te worden herroepen per het moment waarop de overtreding is beëindigd, mits redelijkerwijs geen kans op herhaling van de overtreding bestaat.

Recentelijk is Staatsraad advocaat-generaal P.J. Wattel in zijn conclusie met betrekking tot invordering van dwangsommen en kostenverhaal van bestuursdwang van 4 april 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:1152, r.o. 4.6) ook op de materie van de heroverweging van handhavingsbesluiten in bezwaar ingegaan. Wattel beschrijft dat de hoofdregel van artikel 7:11 Awb is dat in de bezwaarfase het bestreden besluit ex nunc wordt heroverwogen: in de herbeoordeling worden ook betrokken relevante omstandigheden die zich ná de sanctieoplegging hebben voorgedaan. Bij de herstelsancties (zoals de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) worden daarop echter uitzonderingen gemaakt, want als beëindiging van de overtreding vlak vóór de beslissing op bezwaar zou nopen tot voor de overtreder gunstige heroverweging en herroeping van de last, zou de overtreder zonder risico kunnen doorgaan met overtreden tot vlak voor het besluit op bezwaar. Effectieve handhaving kan dus vergen dat de vraag naar de rechtmatigheid, met name de proportionaliteit, van oplegging en handhaving van een bestuurlijke sanctie in bezwaar ex tunc wordt beoordeeld, naar de situatie ten tijde van de oplegging. Dit neemt volgens Wattel niet weg dat gewijzigde omstandigheden tussen de oplegging van het primaire handhavingsbesluit en de beslissing op bezwaar tot aanpassing of intrekking van de herstelsanctie voor de toekomst kunnen leiden.

M.A.J. West (*Gst.* 2017/24), C.L.G.F.H. Albers (*JB* 2004/84) en N. Verheij (reeds aangehaald) onderscheiden met betrekking tot de vraag of handhavingsbesluiten ex nunc dan wel ex tunc dienen te worden getoetst drie verschillende situaties: (1) na de heroverweging staat vast dat van een overtreding niet langer sprake is en er zijn nog géén dwangsommen verbeurd; (2) na heroverweging staat vast dat van een overtreding niet langer sprake is en er zijn inmiddels wel dwangsommen verbeurd maar het maximum aan te verbeuren dwangsommen is nog niet bereikt; en (3) na heroverweging staat vast dat van een overtreding niet langer sprake is en inmiddels is het maximum aan te verbeuren dwangsommen bereikt waardoor de last is uitgewerkt. Bij de situaties zoals genoemd onder nr. 1 en 2 vindt toch een (vorm van een) toetsing ex nunc plaats en dient in bezwaar de last te worden herroepen. Een ex tunc-toetsing van het primaire besluit dus, plus een beoordeling ex nunc of er beleidsmatige redenen zijn, al dan niet in verband met relevante feitelijke omstandigheden om in bezwaar anders te beslissen (zie ook de noot van Michiels in *AB* 2000/107). Bij deze gevallen dient de last te worden herroepen vanaf de datum dat zich de gewijzigde omstandigheid voordoet die tot gevolg heeft dat de overtreding is beëindigd. Bij situatie nr. 3 (in de bezwaarfase wordt geconstateerd dat de overtreding is beëindigd, doch de maximale dwangsom is reeds

verbeurd en daarmee uitgewerkt) is er wel sprake van een strikte ex tunc-toetsing. Een 'klassieke', vaak aangehaalde, uitspraak ten aanzien van situatie nr. 3 is ABRvS 24 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0934, *AB* 2004/117, m.nt. F.C.M.A. Michiels, *JB* 2004/84, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (zie voor een vergelijkbare uitspraak: ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6826). In deze uitspraak wordt overwogen dat de omstandigheid dat voorafgaand aan de beslissing op bezwaar de illegale situatie was beëindigd het opleggen van de last onder dwangsom niet alsnog onrechtmatig maakt. Aangezien de illegale situatie is beëindigd nadat het vastgestelde maximale bedrag aan dwangsommen was verbeurd, was er dan ook geen grond voor herroeping van de opgelegde last. Herroeping van het primaire besluit leidt er immers toe dat de grondslag komt te ontvallen aan deze dwangsommen. Daarmee zou het doel van de last onder dwangsom, die erop is gericht de overtreder ertoe te bewegen zelf een einde te maken aan de illegale situatie binnen een bepaalde termijn, teniet worden gedaan. Een vergelijkbare uitspraak heeft de Afdeling uitgesproken op 21 november 2007 (ECLI:NL:RVS:2007:BB8383). Daarin werd overwogen dat er geen grond was voor herroeping van de opgelegde last aangezien de illegale situatie niet eerder is beëindigd dan nadat het vastgestelde maximale bedrag aan dwangsommen was verbeurd.

5. De Afdeling heeft recentelijk, op 21 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:610, '*Berg en Dal*'), echter een uitspraak gedaan die afwijkt van enkele van de voornoemde criteria uit de juridische literatuur. In de casus die ten grondslag lag aan deze uitspraak had appellant betoogd dat hij ten tijde van de beslissing op bezwaar van 10 oktober 2017 zijn recreatiewoning niet meer in strijd met het bestemmingsplan permanent bewoonde. Onder verwijzing naar de Afdelingsuitspraak van 24 december 2003 betoogt hij dat nu geen dwangsommen zijn verbeurd, het college aanleiding had moeten zien het besluit tot opleggen van een last onder dwangsom te herroepen. Dit is een situatie zoals wordt beschreven onder nr. 1 (ten tijde van bezwaar is van een overtreding geen sprake meer en zijn nog geen dwangsommen verbeurd). De Afdeling oordeelt echter anders. Het college heeft bij het aan appellant gerichte besluit van 10 oktober 2017 (de beslissing op bezwaar) onderkend dat appellant de recreatiewoning niet langer anders dan recreatief gebruikte. De enkele omstandigheid dat het met het bestemmingsplan strijdige gebruik ten tijde van het besluit op bezwaar van 10 oktober 2017 was opgeheven, hetgeen erop neerkomt dat gevolg is gegeven aan het handhavingsbesluit, is geen reden voor herroeping van dat besluit. Daarmee zou het doel van de last onder dwangsom, die erop is gericht de overtreder ertoe te bewegen zelf een einde te maken aan de illegale situatie binnen een bepaalde termijn, immers teniet worden gedaan. In de uitspraak van 24 december 2003 overwoog de Afdeling dat de rechtbank ten onrechte tot herroeping was overgegaan, omdat dat ertoe leidt dat de grondslag komt te ontvallen aan verbeurde dwangsommen. Uit deze uitspraak kan niet, a-contrario redenerend, worden afgeleid dat indien géén dwangsommen zijn verbeurd herroeping van het primaire besluit is aangewezen. In de literatuur is

deze stelling echter wel vaker bepleit. Michiels heeft echter in zijn annotatie AB 2004/117, bij de Afdelingsuitspraak van 24 december 2003, reeds gesteld dat bij de vraag of ex nunc of ex tunc getoetst moet worden bij sanctiebesluiten niet van belang is of er inmiddels dwangsombedragen zijn verbeurd.

6. In de casus 'Geldrop-Mierlo' lijkt de Afdeling wel acht te slaan op de omstandigheid of al dan niet dwangsommen zijn verbeurd (in r.o. 2.4 wordt immers meegenomen in de beoordeling dat de overtreding is beëindigd voordat dwangsommen zijn verbeurd). Hier was ook de situatie aan de orde zoals bedoeld onder nr. 1 in de aangehaalde publicaties: ten tijde van de bezwaarfase stond vast dat geen sprake meer is van een overtreding en er zijn nog geen dwangsommen verbeurd. Uit r.o. 2.4 volgt immers dat ten tijde van de beslissing op bezwaar de terrasoverkapping is gelegaliseerd door de verlening van een omgevingsvergunning. Bovendien blijkt uit deze rechtsoverweging dat de overtreding is beëindigd vóórdat dwangsommen zijn verbeurd. Onder deze omstandigheden bestaat volgens de Afdeling geen grond om van het uitgangspunt van een toetsing ex nunc af te wijken en slechts te volstaan met een toetsing ex tunc of het primaire dwangsombesluit destijds rechtmatig is genomen.

Het lijkt erop dat voor de Afdeling vooral doorslaggevend is of de overtreding is opgeheven door handelen (of juist nalaten) van de overtreder, dan wel de overtreding is gelegaliseerd vanwege overheidshandelen. In de eerste situatie wordt in de bezwaarfase hiermee geen rekening gehouden en is er sprake van een ex tunc-toetsing (zoals in de Afdelingsuitspraak van 21 februari 2018, Berg en Dal). Als ten tijde van de bezwaarfase er sprake is van een verandering van wet- en regelgeving, dan wel het bevoegd gezag de overtreding legaliseert door een vergunning te verlenen (zoals in de casus 'Geldrop-Mierlo' aan de orde is), of er nog niet daadwerkelijk een vergunning is verleend maar wel gesproken kan worden van concreet zicht op legalisering, of een op handen zijnde wijziging van regelgeving, is er reden om toch met deze omstandigheid rekening te houden. Er wordt dan toch ex nunc onderzocht (zoals in de Afdelingsuitspraak van 24 januari 2018, Hoogezand-Sappemeer, aan de orde was) of het opgelegde handhavingsbesluit moet worden herroepen. Cruciaal is dus of de omstandigheid dat de overtreding is beëindigd een gevolg is van het door de overtreder alsnog (ten tijde van de bezwaarfase) op het laatste moment gevolg geven aan de last, of dat de overtreding ophoudt te bestaan door overheidshandelen zoals het wijzigen van wet- en regelgeving door de wetgever, dan wel het verlenen van een legaliserende vergunning door het bevoegd gezag. De reden om in het eerste geval toch de toetsing ten tijde van bezwaar te beperken tot een beoordeling ex tunc, waarin wordt onderzocht of ten tijde van het primaire besluit terecht een handhavingsmaatregel is opgelegd, is omdat dit anders een effectieve handhaving zou doorkruisen. De overtreder zou anders zonder enige juridische risico's de illegale situatie kunnen voortzetten tot het moment van de besluitvorming in bezwaar. Bij het veranderen van wet-

en regelgeving of door het verlenen van een legaliserende vergunning ligt de omstandigheid dat de overtreding is gestaakt niet in de macht van de overtreder. In dat geval is de wetgever of het bevoegde bestuursorgaan van oordeel dat inmiddels van een strijdigheid met de geldende wet- en regelgeving geen sprake meer is. Dit is een omstandigheid die volgens de Afdeling wel moet worden meegenomen in de heroverweging van een sanctiebesluit ten tijde van bezwaar. Ook is dit niet een omstandigheid die een effectieve handhaving kan frustreren omdat in dit soort gevallen de overtreding ophoudt te bestaan door overheidshandelen en niet door een overtreder die op het laatste moment alsnog eieren voor zijn geld kiest.

Y. Schönfeld

Gst. 2018/113

Centrale Raad van Beroep 20 maart 2018, nr. 16/6867 PW
(Mrs. A.B.J. van der Ham)
m.nt. J.C. de Wit¹

(Art. 19a, art. 22a Participatiewet)

ECLI:NL:CRVB:2018:813

Toepassing kostendelersnorm leidt tot beëindiging bijstand wegens inkomen boven de norm. (Den Haag)

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. Daarbij heeft de rechtbank overwogen dat artikel 22a, eerste lid, van de Participatiewet dwingend voorschrijft op welke wijze de van toepassing zijnde bijstandsnorm wordt verlaagd indien een belanghebbende een of meer kostendelers heeft. De tekst van dit wetsartikel biedt het college geen beleidsvrijheid. De memorie van toelichting biedt daarvoor ook geen aanknopingspunt. Daarin is onder meer opgenomen dat de bijstandsnorm per persoon lager zal worden naar mate meer personen in de woning aanwezig zijn en zij ook met meer personen de kosten kunnen delen. Hierbij wordt gekeken naar alle meerderjarige personen in de woning. De aard van het inkomen van elk van de afzonderlijke inwonenden speelt hierbij geen rol. Elke extra persoon in de woning betekent een lagere individuele bijstandsnorm. Nu het college gehouden is voornoemd kader toe te passen en geen ruimte heeft om te onderscheiden belangen af te wegen, kan het betoog van appellante dat zij door de toepassing van de kostendelersnorm in de financiële problemen zal geraken, hoe invoelbaar ook, niet leiden tot het buiten toepassing laten van de kostendelersnorm.

Het oordeel van de rechtbank en de overwegingen waarop dat oordeel berust, wordt onderschreven. Daaraan wordt toege-

¹ Joke de Wit is universitair hoofddocent bij de sectie Bestuursrecht van Erasmus School of Law. Zij is tevens voorzitter van de sociale kamer van de bezwaarschiffencommissie van de gemeente Rotterdam.