

WORDEN HANDHAVINGSBESLUITEN IN BEZWAAR EX NUNC DAN WEL EX TUNC GETOETST? ANNOTATIE GST. 2018/112

In het juridische vakblad de Gemeentestem (Gst. 2018/112) is een annotatie verschenen van mr. Yuval Schönfeld over de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 maart 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:960, 'Geldrop-Mierlo'). Dit artikel geeft een samenvatting van de annotatie die u op deze pagina kunt downloaden.

1. De wijze van toetsing van besluiten op bezwaar in handhavingss kwesties blijft de (bestuursrechtelijke) gemoederen 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, 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). Voorop staat 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 geannoteerde uitspraak 'Geldrop-Mierlo' is een nadere verfijning van de reeds bestaande rechtspraak over deze materie. Eerst wordt de uitspraak kort samengevat.

2. Het college van burgemeester en wethouders van Geldrop-Mierlo heeft op 29 juni 2015 aan appellant twee lasten onder dwangsom opgelegd naar aanleiding van een handhavingverzoek van belanghebbende. Op 29 juni 2015 is appellant onder oplegging van een dwangsom gelast de terras-overkapping te verwijderen. Voorts is hem een last onder dwangsom opgelegd ten aanzien 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 appellant 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 hiervoor in de bezwaarfase inmiddels wel een omgevingsvergunning voor is verleend, doet hier 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. De hoofdregel is dat bij de meeste soorten besluiten 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 handhavingsbesluiten wordt vaak een uitzondering gemaakt op dit principe. In de Afdelingsuitspraak van 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3388, *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 bezwaarprocedure 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. Ook de verlening van een (legaliserende) vergunning is een omstandigheid die in bezwaar wel dient te worden meegenomen (een toetsing ex nunc).

4. Het lijkt er op 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, ECLI:NL:RVS:2018:610). 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 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.

Tonnaer Adviseurs helpt u verder!

Heeft u behoefte aan juridisch advies over een handhavingskwestie? Of heeft u vragen over een andere omgevingsrechtelijke dan wel planologische kwestie? Neem dan telefonisch contact op met mr. Yuval Schönfeld (tel. 040-2571336). Tonnaer Adviseurs kan ondersteuning bieden door middel van de deskundigheid van onze juristen en planologen. Zij staan klaar om u te adviseren!