



Handhaven: geen woorden, maar daden

Regels rond toezicht en handhaving

'Handhaving' betekent 'ingrijpen in een illegale toestand'. Voorbeeld: iemand gebruikt een perceel in strijd met het bestemmingsplan. Of er dreigt gevaar voor de instandhouding van een aangewezen Monumentale boom. Handhaving kan door middel van het strafrecht of het bestuursrecht. Een toezichthouder kan dus soms twee petten op hebben.

Auteur: mr. Kitty Goudzwaard

Verplichting tot handhaving

Gaan wij kijken naar de bestuursrechtelijke handhaving door een bestuursorgaan, dan blijkt deze niet geheel vrij in zijn keuze. Er is namelijk op grond van rechtspraak een beginselplicht tot handhaving ontwikkeld. Daar kan alleen van worden afgeweken onder bijzondere omstandigheden. Bijvoorbeeld bij uitzicht op legalisatie. Dat moet dan wel concreet of 'anderzijds' zijn. Concreet betekent onder andere: er is - indien een vergunning nodig is - een aanvraag gedaan. Mocht men al zicht hebben op een vergunning, dan is het toch niet geoorloofd om daar al op vooruit te lopen. Afwachten dus, of toch een sanctie opgelegd krijgen.

Verzoek tot handhaving

Een belanghebbende kan een bestuursorgaan bovendien verzoeken om handhaving. Men moet dan wel een belang hebben dat objectief bepaalbaar is, onderscheidend van anderen, niet in de toekomst ligt, niet het belang van een ander betreft en rechtstreeks treffend is. Een belanghebbende die binnen de 100 meter afstand van een boom zijn woning heeft of binnen 200 meter woont met zicht op bomen, maakt een goede

kans. Wel moet de geschonden norm dienen ter bescherming van de belanghebbende (relativiteitsvereiste). Handhaving verzoeken tegen een verwoest uitzicht terwijl er geen norm is die dit beschermt, heeft geen zin.

Handhavingsbeleid is aan te bevelen

Handhavingsbeleid maakt het motiveren van sancties een stuk simpeler. Het bestuursorgaan mag voor uitvoer van de handhaving bovendien werken met een prioriteitenlijst en op grond daarvan minor-overtredingen door de vingers zien. Maar kan daarvan dan ook slechts in bijzondere omstandigheden van afwijken. Is er een zeer zwaarwegend belang voor de verzoeker tot handhaving, dan zal dit een afwijking rechtvaardigen en de prioritering opzij zetten. Bovendien mag het bestuursorgaan beleid opstellen dat eerst wordt gewaarschuwd. Lang stilzitten door een bestuursorgaan is niet hetzelfde als gedogen. Hierdoor verjaart de mogelijkheid tot handhaving niet. Moet een bestuursorgaan rekening houden met een ondernemer? Mag bijvoorbeeld een lokaal gesloten worden in de drukke periode? Ja, dat kan zelfs juist een reden zijn.

Wetgeving moet wel daadwerkelijk te handhaven

zijn. Regels opstellen die niet handhaafbaar zijn, is vooral de gemeentelijke afdeling Handhaving een doorn in het oog. Dus: dereguleren? Voorbeelden zijn gemeenten waar niet meer op de wilde plas en hondenpoep wordt gehandhaafd.

Vertrouwensbeginsel/gedogen

Het wordt lastig als ambtenaren toezeggingen doen en later blijkt dat toch gehandhaafd moet worden. Toezeggingen van een ambtenaar hebben lang niet altijd waarde. Vooral een professional mag niet zomaar vertrouwen op die informatie. Ga vooral voor schriftelijke informatie en bedenk dat er ook dan nog geen gerechtvaardigd vertrouwen hoeft te worden aangenomen.

De rechter stelt het belang van handhaving namelijk vaak voorop. Bedenk daarbij dat regels gemaakt zijn voor het algemeen belang en dat een derde-belanghebbende daar ook op mag rekenen. Zelfs schriftelijke toezeggingen van een wethouder kunnen onvoldoende zijn. Een wethouder maakt deel uit van het college B&W en mag slechts zelfstandige toezeggingen doen

als hij hiervoor door het college is gemachtigd of gemandateerd. Is dan een beroep op het vertrouwensbeginsel niet gerechtvaardigd? Soms wel, maar moet er toch aan de overtreding een einde komen. Dat is dan wel extra zuur voor de vertrouwende overtreder. Schadevergoeding kan dan op zijn plaats zijn.

Herstelsanctie

Uitgangspunt is dat het bestuursorgaan de illegale toestand door middel van een sanctie wil herstellen. Wil zij echter met behulp van een bestuurlijke sanctie *straffen*, dan moet een bijzondere wet dit toestaan. Zoals is geregeld voor het opleggen van een bestuurlijke boete voor overlast in de openbare ruimte. Of in de wetgeving rond sociale zekerheid. Het is dan ook niet mogelijk om een bestuurlijke boete op te leggen voor illegale kap of niet-instandhouding van bomen.

Bestuursdwang/last onder dwangsom

Op grond van de Gemeentewet heeft het college B&W de mogelijkheid om als herstelsanctie een last op te leggen zoals de last onder bestuursdwang of last onder dwangsom. Bij bestuursdwang maakt B&W zelf een einde aan de toestand. Er volgt dan een kostenveroordeling voor de overtreder. Het is niet geoorloofd beide instrumenten tegelijkertijd in te zetten. Maar goed denkbaar is een last onder bestuursdwang die het bestuur zelf uitvoert en daarop volgend een last onder dwangsom om te voorkomen dat de overtreder de toestand alsnog voorzet.

Voor de last onder dwangsom geldt dat deze alleen kan worden opgelegd aan de persoon die het in zijn macht heeft de toestand te beëindigen. Het bestuursorgaan kan niet afzien van het invorderen van de verbeurde dwangsom. De last onder dwangsom mag een fors bedrag zijn. Het moet stimuleren tot beëindiging. Denk daarbij ook aan het voordeel dat de overtreder tot dan toe heeft gehad. De draagkracht mag geen argument zijn voor de hoogte van de dwangsom. De overtreder kan bovendien de verbeuring voorkomen. De last mag niet het verrichten van een rechtshandeling zijn, maar kan bijvoorbeeld wel de ontruiming van een verhuurd pand betreffen. Dan ziet de last dus niet op het beëindigen van de huurovereenkomst, maar op het 'feitelijk' ontruimen. Staat de overtredende verhuurder al op het punt de huurovereenkomst te beëindigen, dan is dit toch geen reden om de herstelsanctie achterwege te laten.

Termijnen mogen kort zijn. Gaat een bijzondere boom verloren doordat iemand zijn bouwmateriaal eronder opslaat, dan mag een bestuursorgaan de termijn zeer kort houden. Het voordeel van een last onder bestuursdwang is dat er snel een einde aan een zorgelijke situatie komt.

Informatie verzamelen / onderzoek

'Handhaven' valt uiteen in 'toezicht houden' en 'maatregelen nemen'. Handhaven kan zijn een sanctie opleggen tot herstel of tot straffen. Die verschillen zijn wel belangrijk. Want zodra er 'gestraft' gaat worden, gelden de regels met betrekking tot straffen zoals het zwijgrecht. Een toezichthouder mag namelijk in het kader van toezicht informatie verzamelen en personen moeten daar aan meewerken; mits hij een aanwijzing heeft van overtreding en niet zomaar al hengelend op 'fishing expedition' gaat. De overtreder krijgt als verdachte meer rechten zoals het horen in aanwezigheid van een advocaat. Ook het verzamelen van bewijs komt dan in een ander licht te staan. Soms is er slechts een dunne lijn tussen het houden van toezicht en het verzamelen van bewijs in het licht van het strafrecht.

Arrest rond toezicht

In het Saunders-arrest EHRM 17-12-1997 is uitgemakkt dat in het kader van toezicht een persoon gevraagd mag worden om inlichtingen, zonder dat daar de cautie (zwijgrecht) voor hoeft te worden gegeven. Wordt het echter een 'criminal charge', dan moet de verdachte op zijn zwijgrecht enzovoort worden gewezen. Dit strekt zich niet uit tot verklaringen die onafhankelijk van de wil van de verdachte kunnen worden verkregen, zoals bestaande documenten. Het kan dus zijn dat een persoon verplicht is in het kader van toezicht te antwoorden en als daaruit blijkt dat men in een strafzaak terecht komt, hij mag zwijgen. Gaat een toezichthouder daarbij te ver zonder de cautie te geven, dan kan het zijn dat het bewijs onrechtmatig is verkregen. De rechter gaat hier echter vrij relaxed mee om. Slechts indien sprake is van bewijs dat indruist tegen wat van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht, moet de rechter het bewijs buiten de zaak houden.

Een toezichthouder hoeft zich niet bekend te maken aan personen (bijvoorbeeld getuigen) die ondervraagd worden, indien zij geen verdachte zijn. Hij zal zich echter wel op verzoek moeten legitimeren bij de verdachte.

Cumulatie

Wat als iemand maandenlang een overtreding begaat? Is dat dan één overtreding of zijn dat er meerdere? Is een gedraging voortdurend, dan kunnen daar toch onderscheidende momenten in zitten. Zoals dagen, weken of maanden. Denk maar aan het maandenlang verkeerd inleveren van werkbriefjes. Afzonderlijke termijnen zullen dan te herkennen zijn. En in dat geval mogen meerdere sancties worden opgelegd. Vergelijk het maar met de meerdere bekeuringen die de eigenaar van de zware rechervoet kan 'verdienen' tijdens de dagreis Groningen / Amsterdam. Maar ook indien er meerdere regels met één handeling worden overtreden, is het mogelijk dat meerdere sancties worden opgelegd; mits de regels maar zijn opgesteld met een ander oogmerk. Echter, er mogen geen verschillende procedures worden gevoerd over dezelfde daad.

Een herstelsanctie mag bovendien tezamen met een strafsanctie worden opgelegd. De rechter kan dan wel toetsen op proportionaliteit en evenredigheid. Het bestuursorgaan kan deze toets niet omzeilen door de sancties in meerdere besluiten vast te leggen. De rechter kijkt dan naar alle mogelijke sancties tezamen.



Stuur of twitter dit artikel door!

Scan of ga naar:

www.boomzorg.nl/artikel.asp?id=19-5068



De auteur mr. A.V.K. (Kitty) Goudzwaard is werkzaam als boomjurist bij Cobra Groenjuristen. Cobra Groenjuristen is onderdeel van www.cobra-adviseurs.nl. Lezers kunnen vragen stellen over dit artikel via k.goudzwaard@cobragroenjuristen.nl