

Artikel

Handhaving

Prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen*

1 Algemeen bestuursrecht en omgevingsrecht

Handhaving is een belangrijk onderwerp van het omgevingsrecht. Het stellen van omgevingsrechtelijke regels is niet voldoende. Er dienen ook instrumenten te zijn om op te treden wanneer deze regels niet of onvoldoende worden nageleefd.

Voor handhaving van het omgevingsrecht is zowel het algemeen bestuursrecht als het omgevingsrecht van belang. Zo vinden algemene bepalingen over toezichtsbevoegdheden en bestuursrechtelijke sancties een plaats in hoofdstuk 5 Awb, getiteld 'handhaving'. De Omgevingswet kent in hoofdstuk 18 bepalingen over handhaving en uitvoering met betrekking tot de bij of krachtens de wet gestelde bepalingen. Hoofdstuk 18 vult de Awb aan en biedt dus zelf geen complete regeling van de handhaving van het omgevingsrecht.

Hoofdstuk 18 Omgevingswet start in het nader te bespreken artikel 18.1 met de omschrijving van de bestuursrechtelijke handhavingstaak. Er zijn verder vrij klassieke bepalingen met taken en bevoegdheden voor handhavers en uitvoerders en een enkel artikel over strafrechtelijke handhaving. Verder zijn er de nodige regels over kwaliteitsbevordering en afstemming. Die laatste zijn opgenomen omdat de Omgevingswet algemene regels en besluiten over activiteiten met gevolgen voor de fysieke leefomgeving samenbrengt. Dat samenbrengen moet ook leiden tot een verdere integratie bij

vergunningverlening, toezicht en handhaving. Hoofdstuk 18 beoogt die intensievere samenwerking tussen het bevoegd gezag en bestuursorganen die mede betrokken zijn bij de regulering van een activiteit te bevorderen. In de context van de Omgevingswet is van belang dat alle uitvoerende overheden in dit proces van samenwerking voldoende kwaliteit kunnen leveren. Daarom bevat de Omgevingswet nader te bespreken wettelijke ankers voor een uniforme borging van de uitvoeringskwaliteit, samenwerking tussen overheden en verplaatsing van uitvoering van taken naar omgevingsdiensten. Die wettelijke verankering is vrij nieuw voor het omgevingsrecht, al bouwt de regeling voort op het voordien al enige tijd geldende systeem van de Wabo. De veel klassiekere regeling van taken en bevoegdheden is in grote lijnen gelijk aan het al langer geldende recht van de Wabo.¹ Ook dat recht gold in samenhang met het reeds genoemde vijfde hoofdstuk van de Awb met de algemene regeling van handhavings- en toezichtsbevoegdheden. De Omgevingswet verandert deze verhouding met de Awb niet. In de Omgevingswet en toelichtende stukken is evenmin te lezen dat de Omgevingswet wijzigingen beoogt te brengen in de jurisprudentie die onder het oude recht is geweest, bijvoorbeeld over de nog te bespreken beginselplicht tot handhaving.

Bij wijze van algemene opmerkingen over handhaving onder de Omgevingswet geldt het volgende. Het valt niet te verwachten dat handhaving door de komst van de Omgevingswet echt verandert. De belangrijkste handhavingsbevoegdheden wijzigen niet of nauwelijks. De verhouding tussen het algemene handhavingsrecht van de Awb en het omgevingsrecht wijzigt evenmin. Er komen enige boetebevoegdheden bij, maar in grote lijnen veranderen ook de boetebevoegdheden niet. De verhouding tot het privaatrecht en het strafrecht ondergaat geen wijzigingen. De zogeheten omgevingsdiensten, die

* Prof. mr. G.A. van der Veen is advocaat bij AKD te Rotterdam, bijzonder hoogleraar milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de redactie van het Tijdschrift voor Omgevingsrecht.

1 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 56.

onder het oude recht al een belangrijke taak bij handhaving hadden, krijgen enige taakuitbreiding. De verhouding tussen deze diensten en het bevoegd gezag wijzigt niet.

Wel is denkbaar dat bestuursorganen onder het nieuwe recht meer met elkaar van doen krijgen omdat handhaving geregeld aan meer dan één bestuursorgaan wordt toegedeeld, en wel met de nog te bespreken mede-handhavingstaak. Het is te hopen dat dergelijke dubbele toedelingen niet leiden tot discussies heen en weer met pogingen tot afschuiving van uitvoering.

Het is ook denkbaar dat handhaving zich verder ontwikkelt omdat de te handhaven regels van het omgevingsrecht soms wijzigen. Meer dan het oude recht werkt de Omgevingswet met zorgplichten ter vervanging van zeer specifieke gedragsvoorschriften. Zorgplichten dienen door bestuur en justitiabele nader te worden ingevuld en vergen dus een uitleg.² Het mag verwacht worden dat geschillen over de uitleg van zorgplichten handhaving enige tijd minder voorspelbaar maken. Op enig moment zou echter de uitleg van zorgplichten in de jurisprudentie wel uitgekristalliseerd moeten zijn.

Het is geen goede zaak als bestuursorganen taken zouden proberen af te schuiven. Evenmin is het een goede zaak als handhaving minder voorspelbaar wordt door kwesties van interpretatie van regels.

Daar komt bij dat onder het oude recht al geruime tijd is geklaagd over de gebrekkige handhaving van het omgevingsrecht. Zo is een vaak voorkomende klacht dat besturen alleen handhaven naar aanleiding van een concreet handhavingsverzoek.³ De jurisprudentie laat zien dat er zelfs handhavingsbeleid is geformuleerd dat als hoofdregel gedogen in plaats van handhaving leek te kennen.⁴

Als opgemerkt, het handhavingsrecht wijzigt op zich vrij weinig. Er worden ook vrij weinig nieuwe voorzieningen getroffen ter versterking van de handhaving. Daarom is denkbaar dat de klachten zullen aanhouden.

Wat er verder van het sombere beeld ook zij, hoofdstuk 18 is van toepassing op de gehele Omgevingswet. Het toepassingsbereik strekt zich echter ook uit tot een aantal andere, niet of niet geheel in de Omgevingswet geïntegreerde wetten. Dat zijn onder meer de Erfgoedwet, de Kernenergiewet, de Wet bescherming Antarctica en het restant van de Wet milieubeheer, totdat ook dat restant opgaat in de Omgevingswet. Onderdelen van hoofdstuk 18 zijn namelijk in die wetten van toepassing verklaard.⁵

2 Publiek- en privaatrechtelijke handhaving

Er kan onderscheid gemaakt worden tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving. Bij handhaving door overheden ligt de nadruk in de regel op publiekrechtelijke handhaving. Dat is zo gebleven in de Omgevingswet. Het merendeel van dit hoofdstuk handelt daarom over publiekrechtelijke handhaving. Desondanks verdient privaatrechtelijke handhaving ook enige aandacht. Privaatrechtelijke handhaving door overheden komt in deze paragraaf aan bod. Dit hoofdstuk sluit af met enige opmerkingen over handhaving door particulieren.

Privaatrechtelijke handhaving door overheden kan stuiten op de formule van de onaanvaardbare doorkruising, ingeval de wet zelf zich niet uitlaat over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijke handhaving. De Omgevingswet zelf laat zich niet uit over die toelaatbaarheid. Wel wordt privaatrechtelijke handhaving kort genoemd in de memorie van toelichting. Dat is het geval bij de algemene zorgplicht van artikel 1.6. Volgens dat artikel draagt eenieder voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving, hetgeen nader wordt uitgewerkt in de artikelen 1.7 en 1.8. Het artikel is een verbrede versie van de zorgplicht van artikel 1.1a Wm. Deze onderkende in het derde lid de mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving. Het lid liet de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en de mogelijkheid van rechtspersonen als bedoeld in artikel 1, Boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, om uit dien hoofde in rechte op te treden, onverlet.⁶ Het lid maakte zo duidelijk dat privaatrechtelijke handhaving van de zorgplicht niet zou moeten stranden op de bekende doorkruisingsformule.⁷ In de Omgevingswet keert een bepaling als artikel 1.1a lid 3 Wm niet terug. In plaats daarvan meldt de memorie van toelichting dat de nieuwe bepalingen over de zorgplicht de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en ook de mogelijkheden van overheden om als rechtspersoon met gebruikmaking van het privaatrecht de naleving van rechtsregels te bevorderen, onverlet laten.⁸ Het lijkt er daarom op dat de oude praktijk van artikel 1.1a lid 3 Wm kan worden voortgezet. Die praktijk was nogal marginaal. Er valt niet te verwachten dat privaatrechtelijke handhaving van de algemene zorgplicht onder de Omgevingswet nu wel een grote vlucht gaat nemen.⁹ Naar verwachting zal de Omgevingswet geen invloed hebben op bestaande mogelijkheden en onmogelijkheden op het punt van de privaatrechtelijke handhaving. Zo zal de bekende doorkruisingsjurisprudentie blijven gelden.

De doorkruisingsformule is uitgewerkt in het arrest 'Windmill'. Wanneer de wet geen antwoord geeft op de

2 Zie bijvoorbeeld G.A. van der Veen, Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet, Oratie Groningen 2014, TO 2014, 3/4, p. 6.

3 Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen op dit punt P.J.J. van Buuren e.a., Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, tiende druk, Deventer 2017, p. 272-273.

4 Dat mocht niet van de Afdeling in ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3273.

5 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 245.

6 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 67.

7 Zie over de zorgplicht van artikel 1.1a Wm E. Bauw & E.H.P. Brans, Milieuprivaatrecht, derde druk, Deventer 2003, p. 348-349.

8 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 395.

9 Aldus G.A. van der Veen, De Omgevingswet en het privaatrecht, TO, aflevering 2, 2017.

vraag of de overheid bepaalde belangen via het gebruik van het privaatrecht mag behartigen, dient te worden gezien of de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist door het gebruik van het privaatrecht. Is dat het geval, dan is het handelen niet toegestaan.¹⁰

Om te beoordelen of het gebruik van het privaatrecht de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist, moet worden gelet op de drie volgende punten:

- a. de ‘inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis)’;
- b. ‘de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd’, terwijl voor deze beide punten geldt dat zij dienen te worden beoordeeld ‘tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht’; waarbij voorts van belang is of
- c. de ‘overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat er geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg’.

Het komt niet zo vaak voor dat de betrokken publiekrechtelijke regeling een antwoord geeft op de vraag naar de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen. Daarom moet meestal aandacht besteed worden aan de bovengenoemde drie criteria.

Het is niet altijd eenvoudig om de inhoud en strekking van de regeling te achterhalen en te duiden. Soms luidt de invulling dat de wetgever een bepaald privaatrechtelijk optreden welbewust gedurende lange tijd ongemoeid heeft gelaten. Zo blijkt uit het arrest ‘Kunst- en Antiekstudio’ dat de toenmalige WRO niet in de weg stond aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, omdat die praktijk al tientallen jaren gebruikelijk was. Als de wetgever anders wil, moet de wetgever maar ingrijpen.¹¹

In de tweede plaats moet worden gelet op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van de betrokken publiekrechtelijke regeling de belangen van de burgers zijn beschermd. In de jurisprudentie heeft dat criterium eigenlijk alleen effect gehad wanneer in een publiekrechtelijke regeling bijzondere waarborgen voor de betrokken burgers zijn vervat, die uitstijgen boven de algemene voordelen van het bestuursprocesrecht, zoals lage griffierechten en de vrijheid om zonder advocaat te procederen. Dat blijkt uit het arrest ‘De Pina/Helmond’.¹² De toenmalige Woonwagewet kende een publiekrechtelijke verwijderingsbevoegdheid om een woonwagen te

verwijderen, maar die bevoegdheid kende twee bijzondere waarborgen ter bescherming van de rechtspositie van de woonwagenbewoner. Beide eisen zouden met een privaatrechtelijke verwijdering worden ontlopen en dat vormde een onaanvaardbare doorkruising.

In het kader van de vraag naar onaanvaardbare doorkruising is ten slotte van belang of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Al vrij snel na het arrest ‘Windmill’ heeft de Hoge Raad de nog steeds enige algemene regel geïntroduceerd die het behalen van een vergelijkbaar resultaat verbiedt. De regel heeft betrekking op de onrechtmatigedaadsactie die de overheid kan inzetten als ge- of verbodsactie onder vordering van een privaatrechtelijke dwangsom om handelen in strijd met publiekrechtelijke wettelijke voorschriften tegen te gaan, wanneer dus de overheid privaatrechtelijk wil gaan handhaven. Normaliter komen dan de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen als de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom in beeld. De Hoge Raad maakte daarmee dan ook de vergelijking. Voor privaatrechtelijke handhaving is volgens de Hoge Raad geen plaats indien de handhavende overheid ook via de last onder dwangsom kan optreden. Als echter alleen het instrument van de last onder bestuursdwang ingezet kan worden, dan is privaatrechtelijke handhaving, die kan uitmonden in het opleggen van een dwangsom door de burgerlijke rechter, wel toegestaan. De Hoge Raad vond dat de last onder bestuursdwang onvoldoende vergelijkbaar was met een privaatrechtelijke ge- of verbodsactie onder oplegging van een privaatrechtelijke dwangsom op de punten van de met een bepaald middel gemoeide tijd en inspanning, alsmede het daaraan verbonden kostenrisico.¹³ Nadien is in artikel 5:32 Awb neergelegd dat het bestuursorgaan dat bevoegd is om een last onder bestuursdwang op te leggen, in plaats daarvan ook een last onder dwangsom kan opleggen. Het komt er tegenwoordig dus op neer dat de overheid die een last onder dwangsom kan opleggen, niet het alternatief heeft van handhaving via de (ge- of verbods)actie uit onrechtmatige daad. Sinds de komst van de bestuursrechtelijke last onder dwangsom leidt privaatrechtelijke handhaving van het omgevingsrecht al met al een schaduwbestaan.

3 Bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

Publiekrechtelijke handhaving valt van oudsher uiteen in bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Dat is onder de Omgevingswet hetzelfde. Wel verschuift onder de Omgevingswet de verhouding tussen de beide rechtsgebieden wat. Bestuursrechtelijk blijven de herstelstrafsancties als de last onder dwangsom en de last onder

10 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (Windmill). Het slot van deze paragraaf is ontleend aan hoofdstuk 13 over overheid en privaatrecht van G.A. van der Veen uit H.E. Bröring e.a. (red.), Bestuursrecht deel 1, Den Haag 2021.

11 HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (Kunst- en Antiekstudio Lelystad).

12 HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AN1176 (De Pina/Helmond).

13 HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1107 (Staat/Magnus).

bestuursdwang. Dergelijke sancties zijn gericht op het beëindigen of ongedaan maken van een overtreding of de gevolgen daarvan, of het voorkomen van herhaling of continuering van de overtreding.¹⁴

Iets meer dan onder het oude recht worden ook bestraffende sancties naar het bestuursrecht gebracht. Bestrafende sancties zijn primair gericht op het bestraffen van de overtreder. Van oudsher worden bestraffende sancties in het kader van het strafrecht opgelegd, vooral via de Wet economische delicten (Wed), aldus de memorie van toelichting bij de Omgevingswet.¹⁵ In delen van het omgevingsrecht had echter de bestuurlijke boete als bestuursrechtelijke bestraffende sanctie reeds zijn intrede gedaan. In de Omgevingswet staat een regeling die het gebruik van de bestuurlijke boete voor meer feiten mogelijk maakt, maar een ingrijpend afscheid van het strafrecht is het niet geworden. Na veel onderzoeken en adviezen heeft de regering voorgesteld om het bestaande systeem voorlopig te houden.¹⁶ Dit betekent voortzetting van strafbaarstelling van omgevingsrechtelijke voorschriften via de Wed en handhaving van de huidige bestuurlijke strafbeschikking op grond van de Wet OM-afdoening binnen de domeinen milieu, water en natuur.¹⁷ Daarnaast wordt de huidige bestuurlijke boete in het domein bouwen en voor de beperkingengebieden bij luchthavens en spoor in de Omgevingswet ondergebracht. Wel nieuw is de bestuurlijke boete voor de handhaving van milieuregels van het oude Besluit risico's zware ongevallen 2015, die worden overgeheveld naar het Bal. De bestuurlijke boete wordt ook ingevoerd ter handhaving van regels ter bescherming van het cultureel erfgoed en werelderfgoed.

De strafrechtelijke handhaving in het omgevingsrecht verandert door de komst van de Omgevingswet dus niet wezenlijk.

Enkele kernpunten zijn de volgende.¹⁸ Ook in het omgevingsrecht wordt de inzet van het strafrecht veelal gezien als laatste middel, als ultimum remedium. Daarom komt inzet vooral in beeld bij zware overtredingen die aanzienlijke milieuschade kunnen veroorzaken, al worden in de praktijk diverse kleinere overtredingen die bestuursrechtelijk worden afgedaan, toch ook ter informatie aan het Openbaar Ministerie gezonden.

De inzet van het strafrecht wordt vooral genormeerd door de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering, alsmede de Wed. De Wed bevat onder meer een opsomming van handelingen uit andere wetten en betitelt die handelingen als strafbaar feit. De meeste omgevingsrechtelijke regels zijn namelijk wel strafrechtelijk hand-

haafbaar, maar niet via bepalingen in het omgevingsrecht zelf. Daarvoor dient de Wed als strafrechtelijke kop op de bestuursrechtelijke norm. De opsomming van handelingen in de Wed kent een rubricering in drie categorieën. Zo wordt gedifferentieerd naar de ernst van het delict, bijvoorbeeld afhankelijk van de mogelijke gevolgen voor de fysieke leefomgeving. De zwaarste categorie bevat onder meer de misdrijven die een directe aantasting kunnen opleveren voor het milieu of die een ernstige bedreiging voor het milieu vormen. Voorbeeld is het verbod van artikel 1.7a Omgevingswet om een activiteit te verrichten of na te laten als daardoor aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan. Ook in de zwaarste categorie vallen diverse verboden om zonder omgevingsvergunning bepaalde activiteiten te verrichten, of te handelen in strijd met een aan een omgevingsvergunning verbonden voorschrift. Zie onder meer artikel 5.5 lid 1 Omgevingswet. In de tweede categorie zijn overigens net zo goed verboden om te handelen zonder omgevingsvergunning of in strijd met vergunningvoorschriften opgenomen. Daarom moet scherp bezien worden in welke categorie een concreet handelen zonder vergunning of in strijd met vergunningvoorschriften valt. De derde categorie ten slotte bevat de overtredingen. Daaronder vallen onder meer het zwemverbod van artikel 2.38 en het toegangsverbod van artikel 2.40 lid 1 Omgevingswet. Algemene regels op grond van een omgevingsplan, waterschapsverordening of omgevingsverordening vallen in deze categorie voor zover ze niet in de eerste categorie vallen. De categorie-indeling bepaalt niet alleen of sprake is van een misdrijf of een overtreding, maar ook de hoogte en de soort van de straf. De Wed bevat de hoofdstraffen gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf en boete en kent ook bijkomende straffen.

Het Wetboek van Strafrecht bevat een aantal zware zelfstandige strafbepalingen die niet afhankelijk zijn van een omgevingsrechtelijke norm. De belangrijkste bepalingen zijn de artikelen 173a en 173b Sr inzake het opzettelijk of verwijtbaar wederrechtelijk brengen van een stof in de bodem, de lucht of het oppervlaktewater, indien daarvan gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar voor een ander te duchten is. Als het feit de dood tot gevolg heeft, wordt de maximumstraf verhoogd. De artikelen leveren niet vaak veroordelingen op. De eis dat er gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar te duchten is, is een zware eis. Toch komen incidenteel wel veroordelingen op basis van beide artikelen voor. Artikel 173a Sr kwam in beeld bij iemand die gedurende ongeveer een week asbesthoudende platen heeft verwijderd door deze kapot te maken en te breken, waardoor asbestvezels in de lucht werden gebracht en gevaar voor de openbare gezondheid is ontstaan.¹⁹ Ook het dumpen van een grote hoeveelheid afvalstoffen afkomstig van de productie van drugs in de onverharde bodem is in strijd met artikel 173a Sr.²⁰ Onder artikel 173b Sr viel het ondeskundig ontgraven van een

14 Kamerstukken II, 2017/18, 34 986, 3, p. 37.

15 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 243.

16 Zie onder meer B.F. Keulen, H.E. Bröring e.a., De punitieve handhaving van de Omgevingswet, Groningen 2015.

17 Kamerstukken II, 2017/18, 34 986, 3, p. 40.

18 Zie uitgebreider H.A. Oldenziel & H.W. de Vos, *Systeem en kerninstrumenten van de Omgevingswet (Bestuursrecht in praktijk)*, Deventer 2021, p. 164-166, H.J.B. Sackers, *Handhaving van de Omgevingswet*, in: S. Hillegers e.a. (red.), *Vertrouwen in de Omgevingswet*, Deventer 2021, p. 53-80 en M.N. Boeve & F.A.G. Groothuise (red.), *Omgevingsrecht*, zesde druk, Amsterdam 2019, p. 407-409.

19 Rb. Oost-Brabant 25 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6902.

20 Rb. Overijssel 15 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1082.

stortplaats door een gecertificeerd asbestverwijderingsbedrijf. Daardoor waren onnodig asbestvezels in de lucht gebracht met een reële kans op verwezenlijking van gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar.²¹

4 Bij handhaving betrokken actoren

Er komen bij handhaving diverse actoren in beeld. De meest relevante zijn de bevoegde bestuursorganen, de overtreders en derden die om handhaving verzoeken.

4.1 Bestuursorganen

De meest relevante actoren zijn de bevoegde bestuursorganen. Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen welk bestuursorgaan tot handhaving bevoegd is. De Omgevingswet kent een uitgebreide regeling voor de toedeling van de bestuursrechtelijke handhavingstaak aan bestuursorganen. Uitgangspunt is dat gezag over activiteiten ook handhavingsgezag met zich brengt. Artikel 18.2 geeft de hoofdregel. Voor de toedeling van de bestuursrechtelijke handhavingstaak wordt daarin aangesloten bij de bevoegdheidstoedeling in hoofdstuk 4 met de algemene regels en hoofdstuk 5 inzake de omgevingsvergunning en het projectbesluit. Door deze toedeling is in het overgrote deel van de gevallen het college van burgemeester en wethouders het tot handhaving bevoegde gezag.

Er kan onderscheid gemaakt worden tussen de handhavingstaak (artikel 18.2) en de later te bespreken mede-handhavingstaak (artikel 18.3). Kort samengevat, is voor de handhaving van vergunningen en projectbesluiten het bevoegd gezag dat die besluiten heeft genomen ook het bevoegd gezag voor de handhaving ervan. Soms zijn er meerdere bestuursorganen bevoegd. In zo'n geval is er dus een dubbele handhavingsbevoegdheid. Er is dan afstemming nodig. Artikel 18.19 Omgevingswet biedt dan de grondslag om die afstemming bij AMvB te regelen. Dat is gebeurd in de afdelingen 13.2 en 13.3 Omgevingsbesluit.

Artikel 18.2 leert ook welke regels moeten worden gehandhaafd. Dat zijn allereerst de algemene regels. Daaronder vallen de decentrale regels, zijnde de algemene regels die zijn vastgelegd in omgevingsplannen, waterschapsverordeningen en omgevingsverordeningen, en verder de rijksregels die op grond van paragraaf 4.1.1 Omgevingswet voor activiteiten worden vastgesteld. Daarbij dient gedacht te worden aan het Bal en het Bbl. Voor de handhaving van regels uit het omgevingsplan is het college van burgemeester en wethouders het bevoegd gezag, voor de waterschapsverordening het dagelijks bestuur van het waterschap en voor de omgevingsverordening het college van gedeputeerde staten (zie

artikel 4.8). Verwezen wordt verder naar de artikelen 4.9 tot en met 4.13 voor de verdere toedeling van taken, die dus ook toedeling van handhavingstaken oplevert (artikel 18.2 lid 1).

Ook vergunningplichten kunnen gehandhaafd worden. Wanneer een activiteit vergunningplichtig is, berust de handhavingstaak bij het tot vergunningverlening bevoegde gezag. De artikelen 5.8 tot en met 5.15 regelen de bevoegdheid tot vergunningverlening. Ook hier is uitgangspunt dat het college van burgemeester en wethouders het bevoegd gezag is, tenzij een ander bestuursorgaan als zodanig is aangewezen. Dat werkt dan ook door in de handhavingstaak (artikel 18.2 lid 2).

Het bevoegd gezag tot handhaving van het projectbesluit is het bestuursorgaan dat het projectbesluit heeft vastgesteld. Dat kan het dagelijks bestuur van het waterschap zijn, gedeputeerde staten of een minister (bijvoorbeeld bij grote infrastructurele projecten). De bevoegdheidstoedeling voor het vaststellen van een projectbesluit is geregeld in de artikelen 5.44 en verder (artikel 18.2 lid 3).

Artikel 18.2 kent nog een aantal specifieke bepalingen ter aanwijzing van het bevoegd gezag als het gaat om handhaving van specifieke gedoogplichten uit hoofdstuk 10. Er is geen algemene bestuursrechtelijke handhaving van gedoogplichten. De wetgever heeft voor elke afzonderlijke gedoogplicht bezien of het nodig is om bestuursrechtelijk te kunnen optreden tegen handelen in strijd met een gedoogplicht. Dat heeft geleid tot een aanwijzing van de bestuursrechtelijk handhaafbare gedoogplichten en de bevoegde bestuursorganen in artikel 13.2 Omgevingsbesluit (artikel 18.2 lid 4).

Dan zijn er nog overige gevallen, waarbij de bestuursrechtelijke handhavingstaak als hoofdregel berust bij het college van burgemeester en wethouders. Te denken valt aan activiteiten waarvoor algemene regels zijn gesteld krachtens paragraaf 4.1.1 Omgevingswet, maar waarvoor geen meldingsplicht geldt of geen mogelijkheid bestaat om maatwerkvoorschriften te stellen of toestemming op aanvraag te verlenen voor een gelijkwaardige maatregel.

Het gaat verder om de algemene zorgplichtbepaling en andere ge- of verbodsbepalingen in de Omgevingswet zelf (artikel 18.2 lid 5).²²

Ten slotte kan de handhavingstaak bij AMvB aan een ander orgaan worden opgedragen. Daarbij moeten de grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit van artikel 2.3 in acht worden genomen. Artikel 2.3 beoogt ervoor te waken, dat 'hogere' bestuursorganen al te makkelijk naar bevoegdheden grijpen die eigenlijk aan 'lagere' bestuursorganen toekomen. Ook bij de handhavingstaak is het niet de bedoeling dat veelvuldig bij AMvB wordt afgeweken van de normale bestuurlijke

21 HR 8 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1368.

22 Kamerstukken II, 2017/18, 34 986, 3, p. 288.

taakverdeling. Zo kan de handhavingstaak voor specifieke onderdelen, bijvoorbeeld om redenen van doelmatigheid en doeltreffendheid, aan een ander orgaan worden toegedeeld (artikel 18.2 lid 6). Ondanks de beoogde terughoudendheid bevat afdeling 13.1 Omgevingsbesluit een fors aantal toedelingen van de handhavingstaak aan een ander bestuursorgaan. Zo wordt bijvoorbeeld de bestuursrechtelijke handhavingstaak op grond van artikel 13.1 Omgevingsbesluit aan gedeputeerde staten toegedeeld bij een zwemverbod als bedoeld in artikel 2.38 Omgevingswet en aan de Minister van Infrastructuur en Waterstaat bij een milieubelastende activiteit als bedoeld in artikel 3.48m, 3.48o of 3.48r Bal, voor zover het gaat om het in opdracht op of in de landbodem toepassen van bouwstoffen, grond of baggerspecie. Artikel 13.2 Omgevingsbesluit kent toedelingen van de handhavingstaak bij gedoogplichten.

Volgens artikel 18.3 kan een mede-handhavingstaak worden toebedeeld in gevallen die bij AMvB worden aangewezen. Dan berust de bestuursrechtelijke handhavingstaak ook bij het bestuursorgaan dat op grond van artikel 16.16 lid 1 heeft beslist over instemming met de voorgenomen beslissing op de aanvraag om een omgevingsvergunning voor een activiteit, of dat op grond van artikel 16.16 lid 3 of 4 heeft bepaald dat instemming niet is vereist, voor zover het gaat om de naleving van de voorschriften van de omgevingsvergunning voor die activiteit.

108 De in artikel 18.3 opgenomen regeling van de mede-handhaving vormt een inbreuk op het uitgangspunt dat uitvoering en toezicht en handhaving zoveel mogelijk in handen van hetzelfde bestuursorgaan zijn. Het wordt soms echter wenselijk geacht dat een ander bestuursorgaan een mede-handhavingstaak krijgt. De regering benadrukt dat het uit het oogpunt van doelmatigheid van belang is dat het bevoegd gezag en het orgaan waaraan een mede-handhavingstaak is opgedragen onderling goede afspraken maken over de taakverdeling en inzet.²³

Artikel 18.3 lid 1 kent een mede-handhavingstaak van het instemmingsorgaan. Bij AMvB kunnen gevallen worden aangewezen waarin ook het bestuursorgaan dat een instemmingsrecht heeft bij vergunningverlening bevoegd is tot handhaving bij niet-naleving van de voorschriften van de vergunning voor de activiteit waarop het instemmingsrecht betrekking heeft. Zo'n instemmingsrecht is bijvoorbeeld aanwezig bij een omgevingsvergunning voor een activiteit in zee, buiten het grondgebied van een gemeente of provincie. De Minister van IenW is instemmingsbevoegd en vervolgens ook mede-handhavingbevoegd. Het adviserend bestuursorgaan dat ook een instemmingsrecht heeft (artikel 16.16), kan soms zelf wel een bestuursrechtelijke sanctie opleggen (artikel 18.3 jo. artikel 13.3 Omgevingsbesluit). Denk aan beheerders van gebieden en infrastructurele werken waar bijzondere eisen gelden en waar het be-

stuursorgaan ook zelf toezicht houdt, of bijvoorbeeld de minister die ingestemd heeft met een omgevingsvergunning. De handhavingbevoegdheid gaat dan niet verder dan de onderwerpen waar de instemmingsbevoegdheid over gaat. Onderlinge afspraken zijn nodig om te voorkomen dat één overtreder met twee handhavende bestuursorganen geconfronteerd wordt.

Verder kan op grond van artikel 18.3 lid 2 de mede-handhavingstaak met het oog op een doelmatige uitoefening van de handhavingstaak worden opgedragen aan een ander bestuursorgaan. Deze toedeling is alleen aan de orde met het oog op een doelmatige uitoefening van de handhavingstaak.²⁴ De toedeling kan worden beperkt tot een te onderscheiden activiteit of onderdeel van een activiteit.

Voor de omgevingsdiensten is bij de handhaving van de Omgevingswet het zogeheten 'basistakenpakket' geformuleerd. De basistaken zijn opgesomd in artikel 13.12 Omgevingsbesluit, dat verder nog verwijst naar een bijlage bij het besluit. Tot de taken behoort bijvoorbeeld de handhaving van artikel 3.2, 4.2, 5.2, 6.2 of 7.2 Bal, als het gaat om bouwactiviteiten of sloopactiviteiten.

4.2 Overtreders

Wie overtreders zijn, is in de Awb te vinden. De Awb kent definities van de begrippen 'overtreder' en 'overtreding'. Artikel 5:1 lid 1 Awb verstaat onder overtreding een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Onder overtreder verstaat het tweede lid degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens het derde lid kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51 lid 2 en 3 Sr is van overeenkomstige toepassing. Deze definities blijven onder de Omgevingswet bestaan. Het gaat dus zowel onder het oude recht als onder de Omgevingswet erom dat een norm door een gedraging wordt overtreden, alsmede dat de norm geldt voor degene die de gedraging uitvoert.²⁵

Er zijn geen overtreders zonder te overtreden bepalen. Hoofdstuk 5 Omgevingswet bevat belangrijke verbodsbepalingen. Zo is het volgens artikel 5.1 lid 1 Omgevingswet verboden om zonder omgevingsvergunning de in dat artikellid aangegeven activiteiten uit te voeren, tenzij het gaat om een bij AMvB aangewezen geval. Die aangewezen gevallen zijn dus de vergunningvrije gevallen. Daarentegen leert artikel 5.1 lid 2 Omgevingswet dat het verboden is zonder omgevingsvergunning de daar genoemde activiteiten te verrichten, voor zover het gaat om een bij AMvB aangewezen geval. Artikel 5.1 lid 2 Omgevingswet bevat de activiteiten waarvoor juist een vergunningplicht bij AMvB wordt gevestigd.²⁶ Dat

24 Kamerstukken II, 2018/19, 35 133, 14, p. 9.

25 Voor deze paragraaf is dankbaar gebruik gemaakt van M. Woestenenk, *Handhaving Omgevingsrecht*, Amsterdam 2020, p. 37 e.v. Zie voor het overtrederbegrip nog specifiek T.R. Bleeker, *Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestuursrecht*, Preadvies Jonge VAR, Den Haag 2019, p. 65-71.

26 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 484.

23 Kamerstukken II, 2018/19, 35 133, 14, p. 10.

zijn onder meer de bouwactiviteit en de milieubelastende activiteit. Verder verbieden de artikelen 5.3 en 5.4 Omgevingswet het verrichten van activiteiten zonder omgevingsvergunning wanneer dat in de waterschapsverordening of de provinciale omgevingsverordening is bepaald. Verder is het nog verboden om te handelen in strijd met een voorschrift van een omgevingsvergunning en een bouwwerk of deel daarvan dat is gebouwd zonder de daarvoor vereiste omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit in stand te laten (artikel 5.5 en 5.6 Omgevingswet).

Er is veel jurisprudentie over de vraag wie de overtreding pleegt of medepleegt.²⁷ Dat is degene tot wie de norm gericht is, zijnde de normadressaat. De formulering van de wettelijke norm bepaalt daarmee wie overtreder is. Degene tot wie een wettelijk voorschrift zich richt, is verantwoordelijk voor de naleving ervan.

Blijkens vaste jurisprudentie is de overtreder degene die het desbetreffende 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, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en dus als overtreder worden aangemerkt.²⁸ Toepassing van deze regels leidt er bijvoorbeeld toe dat de eigenaar van een perceel waarop een bouwwerk is gebouwd zonder omgevingsvergunning, overtreder is van het wettelijk verbod om een bouwwerk of deel daarvan dat is gebouwd zonder omgevingsvergunning in stand te laten.²⁹ Wie daarentegen een overtreding van een zorgplicht tegengeworpen krijgt, ontspringt de dans wanneer hij niet wist of redelijkerwijs kon weten dat illegaal afval op zijn terrein is gedumpt.³⁰

Het is duidelijk dat degene die zélf de verboden gedraging uitvoert, overtreder is, maar dat kan ook degene zijn die het in zijn macht heeft om een overtreding te voorkomen en die macht onvoldoende benut. Zo kan de eigenaar van een pand zich niet eenvoudig beroepen op een huurcontract met een verbod om een hennepkwekerij aan te leggen, te minder wanneer eerder problemen zijn geweest bij de verhuur van het pand.³¹ Wie eigenaar is van een door anderen tot zinken gebracht bootje valt niet de olieverontreiniging als overtreding aan te rekenen.³²

Degene die niet zelf fysiek de verboden gedraging uitvoert, kan ook als functioneel dader overtreder zijn. Bij rechtspersonen is dat aan de orde wanneer deze tot die handeling opdracht heeft gegeven, de handeling heeft

aanvaard of over het algemeen placht te aanvaarden.³³ Een aandeelhouder tevens bestuurder van vennootschappen is overtreder, wanneer hij, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van illegale gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.³⁴

Ook de medepleger wordt aangemerkt als overtreder. Medepleger is degene die een bewuste en nauwe samenwerking is aangegaan met de pleger en samen de handelingen verricht waardoor de overtreding wordt begaan. De medepleger hoeft dus niet alle uitvoeringshandelingen te hebben verricht. Wel moet het gaan om een 'min of meer' gelijkwaardig aandeel aan de overtreding.³⁵ Dat aandeel kan bijvoorbeeld zijn het in belangrijke mate faciliteren van een overtreding. Het zijn van contactpersoon voor toeristen die in de woning verbleven, waar dat niet was toegestaan, was in casu een intellectuele en materiële bijdrage aan de in de Huisvestingswet verboden gedraging van voldoende gewicht.³⁶

Verder kan een overtreding nog worden toegerekend wanneer de daadwerkelijke dader iemand anders is dan de overtreder, maar er sprake is van nauwe verwevenheid tussen beide vennootschappen of sprake is van een vorm van vereenzelviging.³⁷

Dan is er nog de mogelijkheid van faillissement en een mogelijk overtrederschap van de curator. Na faillietverklaring is de curator verantwoordelijk voor de naleving van de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van de gefailleerde, ook als de curator de onderneming niet voortzet. De curator treedt op als bevoegd vertegenwoordiger van de inrichting. In die hoedanigheid is hij verantwoordelijk voor en moet hij worden aangesproken op onder meer het correct naleven van toepasselijke wet- en regelgeving.³⁸

4.3 Derden

Derden kunnen een belangrijke rol spelen bij de handhaving van het omgevingsrecht. Wanneer zij belanghebbenden zijn, dient het bestuursorgaan een besluit te nemen op een verzoek tot handhaving. Er is bijzonder veel jurisprudentie over het belanghebbende-begrip. Vaak wordt verwezen naar de zogeheten OPERA-criteria. Er moet sprake zijn van een objectief bepaalbaar, persoonlijk, eigen, rechtstreeks en actueel belang. Dat is bij handhaving niet anders, maar een aangrenzend eigenaar is überhaupt snel belanghebbende. De Afdeling oordeelt dat het belang van betrokkene als eigenaresse van aangrenzende percelen maakt dat zij een recht-

27 Zie voor medeplegen bijvoorbeeld ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2429, AB 2018/405 en over het bestuursrechtelijk overtredersbegrip meer in het algemeen T.R. Bleeker, Milieuaansprakelijkheid van leidinggevendenden, Deventer 2021, p. 176 e.v.

28 Zie onder meer ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2845.

29 ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:489.

30 ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:622.

31 ABRvS 9 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY7996.

32 ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463.

33 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378, HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.

34 ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065.

35 Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, 3, p. 79-80.

36 ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2845.

37 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, ABRvS 7 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3265.

38 Zie ABRvS 6 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8769 en meer recent ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1063.

streeks betrokken belang in de zin van artikel 1:2 Awb heeft bij een reactie op het door haar ingediende verzoek om handhaving.³⁹

Belanghebbende bij handhaving is bijvoorbeeld een eigenaresse van aan een perceel grenzende gronden die zij gebruikt als grasland en voor de teelt van gewassen, wanneer een op het perceel aanwezige bedrijfswoning als reguliere woning wordt gebruikt. Reeds het belang van eigenaar van de aangrenzende percelen maakt dat deze eigenaar een rechtstreeks betrokken belang heeft bij een reactie op het door haar ingediende verzoek om handhaving.⁴⁰ Dat is anders wanneer het evident is dat de verzoeker geen hinder ondervindt van het illegale gebruik op het buurperceel en evenmin in zijn bedrijfsvoering wordt geschaad.⁴¹

5 Bestuursrechtelijke handhavingstaak

De bestuursrechtelijke handhavingstaak is in artikel 18.1 Omgevingswet omschreven. De taak valt in drie onderdelen uiteen. Het gaat om het (feitelijk door aan te wijzen toezichthouders laten) uitoefenen van toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Omgevingswet gestelde regels, daaronder begrepen het verzamelen en registreren van gegevens over het nalevingsgedrag, om het behandelen van klachten over de naleving van bij of krachtens de Omgevingswet gestelde regels of voorschriften, en ten slotte om het opleggen van bestuurlijke sancties in geval van overtreding van een van die regels of voorschriften. Deze beschrijving van de handhavingstaak voor het bevoegd gezag komt grotendeels overeen met artikel 5.2 Wabo, aldus de memorie van toelichting.⁴² Ter verduidelijking is de formulering (het verzamelen en registreren van gegevens) thans gerelateerd aan het toezicht op de naleving. Ook het behandelen van klachten over de naleving behoort, net als nalevingstoezicht en bestuursrechtelijke sanctionering, tot de handhavingstaak van het bevoegd gezag. In de omschrijving moet ook gelezen worden dat daadwerkelijk gehandhaafd moet worden. Volgens de memorie van toelichting geeft de omschrijving een wettelijke verankering voor de zogeheten beginselplicht tot handhaving. Die beginselplicht is in de bestuursrechtelijke jurisprudentie tot wasdom gekomen en wordt nog nader besproken.⁴³ Van de drie taken, het uitoefenen van toezicht, het behandelen van klachten en het opleggen van sancties, blijft het behandelen van klachten hieronder onbesproken. Het behandelen van klachten over de na-

leving is slechts een afgeleide van het uitoefenen van toezicht en het opleggen van sancties.⁴⁴

6 Toezicht

De eerste handhavingstaak van artikel 18.1 is het houden van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. De inhoud en normering van dat toezicht zijn slechts in beperkte mate in de Omgevingswet geregeld. De meeste bepalingen zijn te vinden in titel 5.2 Awb.

Toezicht wordt uitgevoerd door toezichthouders. Artikel 5:11 Awb verstaat onder toezichthouder een persoon bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Toezichthouders moeten worden aangewezen. Artikel 18.6 Omgevingswet biedt de grondslag voor de aanwijzing. Aanwijzing geschiedt door het bestuursorgaan dat met de uitvoering van de betrokken wetgeving is belast. Blijkens artikel 18.6 lid 2 moet het aanwijzingsbesluit worden gepubliceerd. Dat dient te gebeuren door plaatsing in het gemeenteblad, het waterschapsblad, het provinciaal blad of de Staatscourant.⁴⁵ Anders dan onder het oude recht, hoeft een toezichthouder geen ambtenaar te zijn. De wet spreekt daarom niet meer over ‘ambtenaren’ maar over ‘personen’. Deze verbreding van het toezichthouderbegrip sluit aan bij de uitvoeringspraktijk, waarin zeer regelmatig extern personeel wordt ingehuurd of andere instanties worden ingezet voor het uitvoeren van toezichtstaken.

Toezichthouders mogen van hun bevoegdheden slechts gebruik maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is, aldus artikel 5:13 Awb. Dat is een toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Daaruit vloeit voort dat de bevoegdheden slechts mogen worden ingezet wanneer dat nodig is om het doel te bereiken, niet verder dan nodig is voor goed toezicht, en dat uitoefening dient te geschieden op de voor de burger minst belastende wijze.⁴⁶

De toezichthouders beschikken in beginsel over alle toezichtsbevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb en daarnaast over de bevoegdheid van artikel 18.7 Omgevingswet tot binnentreden van een woning. Artikel 5:15 Awb bevat reeds de toezichtsbevoegdheid van het betreden van plaatsen met uitzondering van de woning indien de eigenaar daarvoor geen toestemming geeft. In aanvulling daarop is het betreden van woningen zonder toestemming van de eigenaar geclausuleerd geregeld in

39 ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2455.

40 ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2708.

41 ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2063.

42 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 582.

43 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 582.

44 H.J.B. Sackers, Handhaving van de Omgevingswet, in: S. Hillegers e.a. (red.), Vertrouwen in de Omgevingswet, Deventer 2021, p. 56, vindt het enigszins opmerkelijk dat de wetgever het behandelen van klachten over de naleving op één lijn zet met het nalevingstoezicht en de bestuursrechtelijke sanctionering.

45 De Wet van 1 juli 2020 tot wijziging van de Bekendmakingswet (...) verplicht overheden tot digitale kennisgeving.

46 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 585.

artikel 18.7. De regering acht die bevoegdheid bijzonder verstrekkend en heeft daarom een beperkte toedeling op het oog. Het bevoegd gezag moet de toedeling van deze bevoegdheid concretiseren in het besluit waarin het bevoegd gezag de toezichthouders dan aanwijst. Uitdrukkelijk is daarmee geen generieke toewijzing beoogd, maar maatwerk. Volgens de memorie van toelichting dient deze vergaande bevoegdheid in een aanwijzingsbesluit alleen te worden verleend aan die toezichthouders die deze bevoegdheid voor hun toezichthoudende taak daadwerkelijk en regelmatig nodig hebben.⁴⁷ Deze benadering vormt een opvallende wijziging van het voordien geldende recht. Onder het oude recht gaf de wet aan wanneer het was toegestaan om binnen te treden in woningen zonder toestemming. De huidige regeling kan zo gelezen worden, dat elke toezichthouder in principe mag binnentreden als hem deze bevoegdheid in het aanwijzingsbesluit is toegekend. Met een dergelijk aanwijzingsbesluit bepaalt het bestuursorgaan dus of en wanneer een toezichthouder mag binnentreden. De normering, en dus begrenzing in concreto, zal dan vervolgens onder meer uit het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb moeten komen.

Verdere toezichtsbevoegdheden zijn het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 Awb), het vorderen van inzage in het identiteitsbewijs (artikel 5:16a Awb), het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb), het zakenonderzoek (artikel 5:18 Awb) en het onderzoek aan vervoermiddelen (artikel 5:19 Awb). Blijkens artikel 5:20 Awb is eenieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Een opzettelijke schending van deze medewerkingsplicht is strafbaar op grond van artikel 184 Sr.

7 Opleggen van bestuurlijke sancties

De voor de praktijk waarschijnlijk belangrijkste handhavingstaak is de derde taak van artikel 18.1: het opleggen van bestuurlijke sancties. Ook bij deze taak komt zowel het algemeen bestuursrecht als het omgevingsrecht in beeld.

7.1 Beginselplicht tot handhaving

Het opleggen van bestuurlijke sancties is geen vrijblijvendheid. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie is de hierboven al genoemde beginselplicht tot handhaving ontwikkeld. Die geldt in ieder geval voor de herstelsancties van de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. De jurisprudentie maakt duidelijk dat de beginselplicht niet geldt voor de oplegging van een bestuurlijke boete. De boeteoplegging is bestraffend en

vergt daarom een andere afweging dan de op herstel gerichte sancties van de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang.⁴⁸

De beginselplicht houdt in dat het tot handhaving bevoegde orgaan in de regel daadwerkelijk van zijn handhavingsbevoegdheid gebruik moet maken. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in het geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken.⁴⁹ In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden.⁵⁰ Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een dwangsom of last onder bestuursdwang mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat, of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van die last behoort te worden afgezien, aldus de Afdeling.⁵¹

De beginselplicht is ook in de Omgevingswet niet wettelijk verankerd, maar is als zodanig wel zeer nadrukkelijk toegelicht in de parlementaire stukken.⁵²

Alleen in bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan afzien van handhavend optreden. Die bijzondere omstandigheden zijn het concreet zicht op legalisatie en het geval waarin handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. Voor een concreet zicht op legalisatie werd veelal van belang geacht of een vergunbare aanvraag voor de gewraakte activiteit was ingediend. Ook wanneer er nog geen vergunningaanvraag is ingediend, kan onder omstandigheden geoordeeld worden dat er concreet zicht op legalisering bestaat. Bij de beantwoording van de vraag of concreet zicht op legalisering bestaat, moet het bestuursorgaan beoordelen of, als een aanvraag zou worden ingediend, een vergunning moet worden verleend.⁵³ Wanneer het bestuur laat weten dat het geen gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om een afwijkingvergunning te verlenen, ontbreekt concreet zicht op legalisatie.⁵⁴

De handhavingsplicht wijkt ook wanneer handhavend optreden onevenredig is tot de daarmee te dienen be-

47 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 585.

48 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1407.

49 Zie onder meer T.N. Sanders, Handboek toezicht, handhaving en invordering, Den Haag 2022, p. 71 e.v.

50 Vgl. ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1961.

51 Zie onder meer ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683 en ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:441.

52 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 582.

53 ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1314.

54 ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3883.

langen. Tot de geringe hoeveelheid ‘succesvolle’ gevallen uit de jurisprudentie behoort de weigering van handhavend optreden tegen een zonder bouwvergunning geplaatst te hoog hekwerk. Volgens de bestuursrechter hoefde het bestuur niet op te treden, omdat de overtreding van zeer geringe aard en ernst was en niemand in zijn belangen werd geschaad.⁵⁵ Verder is onder meer de situatie aan de orde gekomen dat handhaving tegen een kleine overtreding tot onevenredige kosten zou leiden. Ook dan mag van handhaving worden afgezien. Dat bleek het geval bij een muur van 70 meter lang die een tot twee centimeter te hoog was gebouwd, hetgeen eigenlijk niet te zien was. Handhavend optreden zou een paar duizend euro kosten. Mede gezien de verdere omstandigheden werd dat buitenproportioneel geacht.⁵⁶

Normaliter zal er echter gehandhaafd moeten worden. Dan komen de bestuurlijke sancties in beeld.

7.2 Herstelsancties

Herstelsancties zijn volgens artikel 5:2 Awb de bestuurlijke sancties die strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.

Er gelden enkele algemene bepalingen voor de herstelsancties. De bevoegdheid tot oplegging van een herstelsanctie bestaat alleen voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend, aldus artikel 5:4 lid 1 Awb. Artikel 18.4 Omgevingswet verleent de bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang aan de Minister voor de handhavingstaken die aan hem bij of krachtens artikel 18.2 zijn toegedeeld. Voor de overige bestuursorganen vindt de bevoegdheidsverlening plaats in de organieke wetten, zijnde artikel 125 Gemeentewet, artikel 61 Waterschapswet en artikel 122 Provinciewet. Artikel 5:32 Awb gunt de bestuursorganen die bevoegd zijn bestuursdwang toe te passen, de bevoegdheid om in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom op te leggen.

Er mogen geen twee herstelsancties tegelijkertijd voor dezelfde overtreding van kracht zijn, aldus artikel 5:6 Awb. Het artikel verbiedt zodoende cumulatie van herstelsancties.

Van de herstelsancties komen de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom in het onderstaande uitgebreid aan de orde en de intrekking kort. De beide lasten vergen normaliter een voorafgaande overtreding. Onder omstandigheden kan echter een zogeheten preventieve last worden ingezet, en wel wanneer het gevaar voor overtreding klaarblijkelijk dreigt.

7.2.1 Last onder bestuursdwang

De last onder bestuursdwang is de herstelsanctie, inhoudende een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd (artikel 5:21 Awb). De last kan opgelegd worden aan de overtreder, maar ook aan andere belanghebbenden.

De oplegging van de last is een ‘uitnodiging’ aan de overtreder of belanghebbende om zelf maatregelen te treffen om de illegale situatie binnen een bepaalde door het bestuur gegeven periode te beëindigen. Het bestuur is normaliter pas na afloop van die termijn bevoegd om de last zelf uit te voeren. Die uitvoering is de eigenlijke toepassing van bestuursdwang. Na die toepassing kan het bestuur de eventuele kosten verhalen op de overtreder.

Opvallend is dat de last onder bestuursdwang ook kan worden ingezet in die gevallen waarin geen overtreder of rechthebbende bekend is. Reden is dat het beëindigen van de illegale situatie vooropstaat en de mogelijkheid van het bestuur om zo nodig zelf op te treden, niet belemmerd moet worden door de omstandigheid dat geen overtreder of rechthebbende te vinden is.⁵⁷

De wet maakt onderscheid tussen de gewone last onder bestuursdwang en spoedeisende varianten. De verschillen zitten in het wel of niet geven van een begunstigingstermijn en het moment waarop het besluit op schrift wordt gesteld. Blijkens artikel 5:31 lid 1 Awb kan in spoedeisende gevallen bestuursdwang worden toegepast zonder voorafgaande last. Indien volgens lid 2 de situatie zo spoedeisend is dat een besluit niet kan worden afgewacht, kan terstond bestuursdwang worden toegepast. In dat geval wordt zo spoedig mogelijk nadien alsnog een besluit als bedoeld in het eerste lid bekendgemaakt. Spoedeisend is bijvoorbeeld een acuut brandgevaar vanwege loszittende elektrische bedrading en het feit dat bewoners op een alternatieve, maar uiterst gevaarlijke wijze zelf voor een warme woonruimte zorgden.⁵⁸ Dat geldt ook voor onaanvaardbare geurhinder als gevolg van door drugs verontreinigde mest, leidend tot een grote hoeveelheid klachten over stankoverlast, hetgeen zelfs zeer spoedeisende bestuursdwang rechtvaardigde.⁵⁹ Lange tijd wachten met handhaving doet echter af aan de spoedeisendheid. Dat kan ertoe leiden dat het besluit niet of niet ten volle in rechte stand houdt,⁶⁰ maar kan ook leiden tot een matiging van het bedrag waarvoor kosten verhaald kunnen worden.⁶¹ Bovendien kan handhavend optreden soms als het ware worden ‘opgeknipt’ in een spoedeisend gedeelte en een minder spoedeisend gedeelte. Zo konden na een brand

55 ABRvS 19 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS3204.

56 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3485.

57 T.N. Sanders, Handboek toezicht, handhaving en invordering, Den Haag 2022, p. 251.

58 ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1262.

59 ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552.

60 ABRvS 25 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ0849, ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1044.

61 ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1245 en ECLI:NL:RVS:2017:1246.

in een pand de eerste beheersmaatregelen worden getroffen op grond van spoedeisende bestuursdwang. Aan de latere maatregelen moest een last met een korte begunstigingstermijn voorafgaan.⁶² Het meer voortdurend blussen van een zeer grote brand bij een chemisch opslagbedrijf bleek echter integraal een spoedeisende activiteit.⁶³

Aan de bestaande bestuursdwangbevoegdheden van de Awb voegt de Omgevingswet er twee toe, namelijk de bestuursdwangbevoegdheid voor het instemmingsorgaan van artikel 18.3 en de bestuursdwangbevoegdheid voor de Minister van IenW (of andere ministers) van artikel 18.4. Het instemmingsorgaan heeft op grond van artikel 18.3 een eigen, zelfstandige, bevoegdheid om handhavend op te treden. Uit een oogpunt van doelmatigheid dienen het bevoegd gezag en het orgaan waaraan een mede-handhavingstaak is opgedragen, onderling goede afspraken te maken over de taakverdeling en de handhavingsintensiteit.⁶⁴ De Minister krijgt op grond van artikel 18.4 een bestuursrechtelijke handhavingstaak. Voor de decentrale organen is de bestuursdwangbevoegdheid reeds gegeven op grond van de organieke wetten (art. 125 Gemeentewet, art. 122 Provinciewet en art. 61 Waterschapswet). Voor de bestuursdwangbevoegdheid aan bestuursorganen op rijksniveau bestaat een dergelijke grondslag niet. Artikel 18.4 kent de bevoegdheid voor het omgevingsrecht toe.

Indien het bestuur tot toepassing van bestuursdwang is overgegaan, dan zal het in de regel overgaan tot kostenverhaal op de overtreder. Het bestuursorgaan stelt de hoogte van de verschuldigde kosten gemotiveerd vast in de kostenverhaalsbeschikking (artikel 5:25 lid 6 Awb). Er is veel jurisprudentie over de verhaalbare kosten en de vraag wanneer het bestuur geheel of gedeeltelijk moet afzien van kostenverhaal.⁶⁵

7.2.2 Last onder dwangsom

De last onder dwangsom is volgens artikel 5:31d Awb de herstelsanctie, inhoudende een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. Artikel 5:32 Awb verleent de bevoegdheid tot oplegging van een last onder dwangsom aan de bestuursorganen die bevoegd zijn een last onder bestuursdwang op te leggen. Zij kunnen in plaats van de last onder bestuursdwang aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen, tenzij het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet. Dat laatste wordt in de jurisprudentie zelden aangenomen.⁶⁶

Dat de last een herstelsanctie is, die is gericht op ongedaanmaking, brengt met zich dat de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom (artikel 5:32b lid 3 Awb).

De praktijk toont dat handhavende besturen een grote voorkeur hebben voor de last onder dwangsom, boven de last onder bestuursdwang. De dwangsombevoegdheid biedt veel flexibiliteit bij de oplegging van de last, de begunstigingstermijn en de hoogte van de dwangsom. Verder hoeft het bestuur geen eigen kostbare handhavingsinzet te plegen, met een (mogelijk) risico dat het bestuur al te kordaat een overtreding ongedaan maakt.

In de last onder dwangsom worden in ieder geval de geconstateerde overtreding en het overtreden voorschrift opgenomen (artikel 5:9 Awb) en wordt de overtreder aangeduid. Tevens dient een omschrijving van de herstelmaatregelen gegeven te worden (artikel 5:32a Awb). Ook de begunstigingstermijn (artikel 5:32a Awb) en de hoogte van de dwangsom (artikel 5:32b Awb) moeten opgenomen en gemotiveerd worden.

Wanneer de begunstigingstermijn is verstreken zonder dat de last ten volle is nageleefd, wordt de dwangsom verbeurd. De verbeurde vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Betaling dient binnen zes weken na verbeurde plaats te vinden (artikel 5:33 Awb). Het bestuur kan een invorderingsbeschikking nemen (artikel 5:37 Awb). Wanneer niet tijdig wordt betaald, is de overtreder in verzuim. Dan dient hij naast de dwangsom ook rente te betalen (artikel 4:97 Awb).

Indachtig de ook voor handhaving van de last onder dwangsom geldende beginselplicht tot handhaving, is invordering het uitgangspunt. Afzien van invordering kan alleen onder bijzondere omstandigheden. In de jurisprudentie worden vaker omstandigheden afgewezen dan gehonoreerd.⁶⁷ Het niet kunnen vinden van een betaalbare huurwoning vlak bij het werk is geen bijzondere omstandigheid.⁶⁸ Evenmin reden voor afzien van invordering is dat het later alsnog uitvoeren van de last geen nadelige gevolgen zou hebben en dat ook elders niet aan de welstandseisen werd voldaan.⁶⁹ Wanneer de (gesteld) overtreder geen rechtsmiddelen heeft aangewend tegen de last onder dwangsom, kan hij normaliter niet pas bij de invordering met succes betogen dat hij toch geen overtreder is.⁷⁰

7.2.3 De preventieve last onder dwangsom

Een herstelsanctie mag soms al opgelegd worden voordat een overtreding heeft plaatsgevonden. Op grond van

62 ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463.

63 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102.

64 Kamerstukken II, 2018/19, 35 133, 14, p. 10.

65 Zie voor een uitgebreide bespreking M. Woestenenk, Handhaving Omgevingsrecht, Amsterdam 2020, p. 101-106.

66 Zie onder meer T.N. Sanders, Handboek toezicht, handhaving en invordering, Den Haag 2022, p. 219.

67 De volgende en verdere voorbeelden zijn te vinden in M. Woestenenk, Handhaving Omgevingsrecht, Amsterdam 2020, p. 109-110.

68 ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2706.

69 ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:802.

70 Zie voor een uitzondering het bijzondere geval van ABRvS 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1616. Zie nader over het onderwerp de conclusie van A-G Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

artikel 5:7 Awb mag een herstelsanctie worden opgelegd zodra het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk is. Het tot handhaving bevoegde gezag hoeft dus niet steeds te wachten totdat een overtreding heeft plaatsgevonden. De eis van een klaarblijkelijke overtreding is ontleend aan de jurisprudentie.⁷¹ Er moet sprake zijn van een gevaar van een overtreding die met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden, en er moet voldaan worden aan de voorwaarde dat die overtreding in het besluit met voldoende duidelijkheid kan worden omschreven. Het hangt sterk af van de omstandigheden of er sprake is van een klaarblijkelijke dreiging. Een klaarblijkelijke dreiging van overtreding van planregels van een bestemmingsplan kan bijvoorbeeld afgeleid worden uit de indiening van een meldingsformulier 'kennisgeving incidentele festiviteit in een inrichting' voor een feest na 22.00 uur. Het college mocht daarin een klaarblijkelijke dreiging zien van overtreding van planvoorschriften die het gebruik van bouwwerken en gronden na 22.00 uur door klanten nu juist niet toelaten.⁷²

Zowel de last onder bestuursdwang als de last onder dwangsom kan preventief worden opgelegd. Het lijkt er in de jurisprudentie op dat de last onder dwangsom vaker preventief wordt opgelegd dan de last onder bestuursdwang.

7.2.4 Intrekking van begunstigend besluit

Bijzonder voor het omgevingsrecht is de bevoegdheid tot intrekking van een begunstigend besluit, zoals een vergunning. Volgens artikel 18.10 lid 1 kan het bevoegd gezag een beschikking geheel of gedeeltelijk intrekken als in strijd met die beschikking of met de voor de activiteit waarvoor de beschikking is gegeven, geldende regels is of wordt gehandeld. De sanctie van intrekking komt niet in de Awb voor, maar bestond wel al onder het oude recht van artikelen 5.39 en 5.40 lid 2 Wabo.

Enigszins vergelijkbaar met de regeling voor de lasten onder bestuursdwang en dwangsom, biedt het bevoegd gezag de overtreder de gelegenheid binnen een bepaalde termijn zijn handelen alsnog in overeenstemming te brengen met die beschikking of die regels, al is de constructie juridisch anders (artikel 18.10 lid 3).

De intrekking is de meest ingrijpende bestuurlijke sanctie, omdat de vergunde activiteit na intrekking niet meer legaal kan worden uitgevoerd. Zij zal dan dus integraal moeten worden gestaakt. Het systeem van het artikel is daarom aldus, dat aan een daadwerkelijke intrekking een waarschuwing en een termijnstelling voorafgaan. De overtreder moet nog een laatste kans krijgen om beëindiging van zijn (vergunde) activiteiten te voorkomen door binnen een bepaalde termijn alsnog tot naleving over te gaan. Deze waarschuwing met termijnstelling vormt geen appellabel besluit; anders dan bij de lasten zijn waarschuwing en termijnstelling dus geen onder-

deel van het handhavingsbesluit.⁷³ Dat is toch wat opmerkelijk, omdat de waarschuwing met termijnstelling een vereiste is dat voorafgaat aan de toepassing van de bevoegdheid tot intrekking. Hoewel intrekking een zeer ingrijpende sanctie is, kan de waarschuwings- en hersteltermijn soms toch vrij kort zijn, bijvoorbeeld een periode van vier weken.⁷⁴

7.3 Bestraffende sancties: de bestuurlijke boete

De bestuurlijke boete is onder de Omgevingswet iets belangrijker geworden dan onder het oude recht, omdat er iets meer overtredingen met een bestuurlijke boete bestraft kunnen worden.

De bestuurlijke boete in het omgevingsrecht steunt nog steeds op de algemene regeling van titel 5.4 Awb. De toekenning van de boetebevoegdheid dient echter door de bijzondere wetgever plaats te vinden. In paragraaf 18.1.4 is opgenomen welke omgevingsrechtelijke overtredingen tot oplegging van een bestuurlijke boete kunnen leiden en welke maximumbedragen daarvoor gelden. Het gaat om een vrij beperkte hoeveelheid overtredingen, maar wel iets meer dan vroeger. Na lang wikken en wegen heeft de wetgever ervoor gekozen om de bestuurlijke boete niet over de gehele breedte van het omgevingsrecht te introduceren, maar slechts met een beperkte uitbreiding te komen.

Artikel 5:40 Awb omschrijft de bestuurlijke boete als een onvoorwaardelijke verplichting tot het betalen van een geldsom. Titel 5.4 Awb bevat verder de procedure voor het opleggen van een boete.

De artikelen 18.11 tot en met 18.15a Omgevingswet bepalen bij welke overtredingen de bestuurlijke boete kan worden opgelegd en wie bij welke overtreding bevoegd gezag is. Het gaat om overtreding van de milieuregels ter uitvoering van de Seveso-richtlijn, de regels over bouwen, slopen, gebruik en in stand houden van bouwwerken, de erfgoedregels, de regels over een beperkingengebied luchthaven, de regels over een beperkingengebied spoor en de regels over de handel in dieren, planten, hout of producten daarvan. Een deel hiervan is nieuw, zijnde de bestuurlijke boete ter handhaving van milieuregels voor Seveso-inrichtingen ter uitvoering van enkele artikelen van de Seveso-richtlijn en de boete bij overtreding van de regels ter bescherming van het cultureel erfgoed en werelderfgoed. De invoering van de boete voor overtreding van regels gesteld ter uitvoering van de Seveso-richtlijn bevordert de samenhang met de handhaving van niet-omgevingsrechtelijke voorschriften waarvoor de bestuurlijke boete al wordt gebruikt, bijvoorbeeld de arbeidsomstandighedenwetgeving. De bestuurlijke boete bij erfgoedovertrredingen steunt op een aanbeveling aan de regering om gemeenten die bevoegdheid te geven. Al bekend waren onder meer de bestuurlijke boete ter handhaving van de regels van het omgevingsplan over gebruik van bouwwerken en open

71 Zie onder meer ABRvS 7 november 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD5810.

72 ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2640.

73 ABRvS 19 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO9720.

74 ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5928.

erven en de algemene regels uit het Besluit bouwwerken leefomgeving voor bouw- en sloopactiviteiten.

De artikelen 18.11-18.15a Omgevingswet regelen ook per overtreding de maximale hoogte van de boete. De maximumbedragen zijn gerelateerd aan de ernst van de overtreding en aan de vraag of de overtreding is begaan door een rechtspersoon. De boetebedragen knopen aan bij de boetecategorieën van artikel 23 Sr. Het bevoegd gezag bepaalt de hoogte van de boete en verzorgt de inning. Tegen de boete staan de rechtsmiddelen van bezwaar, beroep en hoger beroep open.

De mogelijkheid van oplegging van een bestuurlijke boete sluit strafrechtelijke handhaving niet uit (artikel 5:44 Awb). Als de ernst van een overtreding of de omstandigheden waaronder zij is begaan daartoe aanleiding geven, legt het bevoegd gezag de gedraging voor aan het Openbaar Ministerie (artikel 18.16 Omgevingswet). De regels die zijn gesteld bij of krachtens de Omgevingswet zijn via de Wed strafrechtelijk handhaafbaar. Daarom is er afstemming nodig met de bestuurlijke boetebevoegdheden. De verplichting tot afstemming bestaat wanneer de ernst van de overtreding of de omstandigheden waaronder zij is begaan daarvoor aanleiding geven. Er bestaan afspraken in het kader van de Landelijke Handhavingsstrategie wanneer een overtreding wel of niet aan de officier van justitie zal worden voorgelegd.⁷⁵

7.4 Gedogen

De tegenhanger van handhaven is gedogen. Gedogen is het niet optreden tegen overtredingen. De Awb en de Omgevingswet kennen geen regeling inzake gedogen. De in de bestuursrechtelijke jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen beginselplicht tot handhaving beperkt de ruimte voor bestuursorganen om te gedogen. De Omgevingswet verandert aan die jurisprudentie niets, al benadrukt de memorie van toelichting wel het belang van de beginselplicht.⁷⁶

Gedogen kent diverse verschijningsvormen. De meest eenvoudige is louter stilzitten van het bestuur, al dan niet met kennis van de overtreding. Besturen met kennis van de overtreding kunnen langs informele weg afspraken met de overtreder maken of toezeggingen doen dat niet handhavend zal worden opgetreden. Ook is denkbaar dat het bestuur een formeel uitzien gedoogbesluit neemt. Daarin zal het bestuur veelal wel grenzen trekken, door daarin voorwaarden op te nemen waaronder gedoogd wordt, en waarbuiten het dus in principe nog wel handhavend zal gaan optreden. Onder gedogen valt ook te begrijpen het wel erg ruime handhavingsbesluit met een veel te lange begunstigingstermijn of het te lang en/of te vaak verlengen van een begunstigingstermijn. Ook als gedogen kan ten slotte worden beschouwd het wel nemen van een handhavingsbesluit, maar dat

vervolgens niet uitvoeren. Het bestuur kan nalaten te controleren of na afloop van de begunstigingstermijn een overtreding nog voortduurt, en/of kan invordering van verbeurde dwangsommen laten versloffen en daarmee verjaring van die dwangsommen teweegbrengen.⁷⁷

Er is veel te doen geweest over het rechtskarakter van gedoogbeslissingen. Volgens de Afdeling zijn gedoogbeslissingen (of intrekkingen of weigeringen daarvan) geen besluit in de zin van de Awb (meer) en kunnen zij daarmee ook niet (meer) gelijkgesteld worden.⁷⁸ De Afdeling realiseert zich uiteraard dat die keuze de mate van rechtsbescherming niet bevordert. Volgens de Afdeling betekent de keuze echter niet dat betrokkenen geen toegang tot de bestuursrechter hebben. Belanghebbenden die worden geconfronteerd met een gedoogbeslissing, kunnen een handhavingsverzoek doen. Tegen een besluit op zo'n aanvraag staan de gewone bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open. Bij een weigering om te gedogen of intrekking van een gedoogbeslissing kan een betrokkene om legalisering vragen via een aanvraag tot vergunningverlening, of kan hij een handhavingsbesluit afwachten en daartegen bestuursrechtelijk procederen. Van deze regel dat tegen gedoogbeslissingen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, mag slechts in zeer uitzonderlijke gevallen worden afgeweken. Een voorbeeld is het geval van een coffeeshophouder die tegen een ingetrokken gedoogbeslissing moet kunnen procederen als er een grote kans is dat hem anders een gevangenisstraf wacht.⁷⁹

8 Rechtsbescherming tegen handhavingsbesluiten

Voor handhavingsbesluiten op grond van hoofdstuk 18 Omgevingswet geldt het volgende. Tegen besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie als bedoeld in afdeling 18.1 Omgevingswet staan bezwaar, beroep in eerste aanleg bij de rechtbank en vervolgens hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak open. Dit spoort met de regeling onder het oude recht.⁸⁰

9 Kwaliteitsbevordering en afstemming uitvoering en handhaving

Wat minder gericht op bevoegdheden, juridische instrumenten, de daarbij relevante actoren, de normering en rechtsbescherming is ten slotte het onderwerp van de

75 Zie over de strategie nader www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/handhaving/landelijke/.

76 Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 582.

77 Zie over gedogen verder T.N. Sanders, Handboek toezicht, handhaving en invordering, Den Haag 2022, p. 111 e.v.

78 ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356.

79 ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356.

80 Zie Kamerstukken II, 2013/14, 33 962, 3, p. 301.

kwaliteitsbevordering en afstemming van de uitvoering en de handhaving. In afdeling 18.3 Omgevingswet zijn daarover regels opgenomen. De regeling is de opvolger van de inhoudelijk zelfde paragraaf 5.2 Wabo.

Afdeling 18.3 Omgevingswet bevat onder meer een grondslag om bij AMvB kwaliteitscriteria vast te stellen voor de uitvoering van de uitvoerings- en handhavingstaak. Verder worden regels gesteld over de onderlinge afstemming van het handhavingsbeleid, de prioriteitstelling, de informatie-uitwisseling tussen overheden en het gebruik van informatie. Ook de omgevingsdiensten vinden in deze afdeling hun regeling.

Artikel 18.18 Omgevingswet heeft betrekking op de handhavingstaak en de uitvoeringstaak. De handhavingstaak was al omschreven in artikel 18.1. Onder de uitvoeringstaak vallen volgens artikel 18.18 in ieder geval het stellen van maatwerkvoorschriften en het verbinden van voorschriften aan een omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 4.5, het beoordelen van en beslissen op een aanvraag om een omgevingsvergunning als bedoeld in de paragrafen 5.1.2 en 5.1.3, de toepassing van paragraaf 5.1.5 en het uitbrengen van advies als bedoeld in de artikelen 16.15 tot en met 16.19.

Volgens artikel 18.20 Omgevingswet moeten alle betrokken bestuursorganen zorg dragen voor een kwalitatief goede uitvoering en handhaving van de handhavings- en uitvoeringstaken op grond van de Omgevingswet. De memorie van toelichting geeft niet aan wat concreet onder deze zorgplicht moet worden verstaan en welke sanctie zou kunnen gelden als het niveau niet gehaald wordt.⁸¹ Provinciale staten kunnen bij provinciale verordening regels stellen over de uitoefening van deze taken door gedeputeerde staten. De gemeenteraad kan bij gemeentelijke verordening regels stellen over de uitoefening van deze taken door het college van burgemeester en wethouders.

Een aantal uitvoerings- en handhavingstaken wordt verricht door de omgevingsdiensten (artikel 18.21). Dat zijn feitelijke werkzaamheden, zoals werkzaamheden ter voorbereiding van besluiten. Omgevingsdiensten zijn op zichzelf geen bevoegd gezag. De bestuursorganen van de overheden die aan een omgevingsdienst deelnemen, behouden hun bevoegdheden. Er is dus geen sprake van overdracht van taken of bevoegdheden. Omdat de gemeentelijke en provinciale besturen bevoegd gezag blijven, zijn zij verantwoordelijk voor een goede uitvoering en handhaving door de omgevingsdiensten. Met het oog daarop stellen provinciale staten en de gemeenteraad regels vast waarin kwaliteitseisen zijn opgenomen voor de taakuitoefening door omgevingsdiensten (artikel 18.23). Ze hoeven zich niet te beperken tot landelijke kwaliteitscriteria, maar kunnen ook andere eisen stellen aan de kwaliteit van de uitoefening van de uitvoerings- en handhavingstaak door gedeputeerde sta-

ten respectievelijk het college van burgemeester en wethouders. IPO en VNG hebben, om onnodige verschillen te voorkomen, een modelverordening vastgesteld, waarin overigens wel uitsluitend verwezen wordt naar landelijke criteria.

De taken van de omgevingsdiensten zijn te vinden in artikel 18.22 Omgevingswet. Er is een basispakket van taken die door alle omgevingsdiensten worden uitgeoefend (artikel 18.22 lid 1). Dat zijn milieutaken met een bovenregionale dimensie en complexe taken. Provincies en gemeenten kunnen andere uitvoerings- en handhavingstaken laten uitvoeren en er kunnen gespecialiseerde omgevingsdiensten worden aangewezen voor de uitvoering en handhaving van regels over complexe en risicovolle bedrijven (artikel 18.22 lid 2). Dat laatste betreft de zes zogenaamde BRZO-omgevingsdiensten met specifieke deskundigheid voor het (exclusief) vervullen van de taken voor alle BRZO-bedrijven in Nederland.⁸² De omgevingsdiensten verrichten hun taken in mandaat. In alle gevallen van hun taakuitoefening blijven dus de bestuursorganen zelf verantwoordelijk.

Afdeling 18.3 kent voorts een regeling inzake informatieverstrekking en afstemming. Artikel 18.25 Omgevingswet verplicht de betrokken bestuursorganen om handhavingsinformatie uit te wisselen en om handhavingsinformatie te verstrekken aan het Openbaar Ministerie en de politie. De bij de uitvoeringstaak en de handhavingstaak betrokken bestuursorganen verstrekken de gegevens waarover zij beschikken in verband met de werkzaamheden, bedoeld in artikel 18.22 lid 1 aan elkaar en, voor zover die gegevens noodzakelijk zijn voor de strafrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, aan de instanties die met de strafrechtelijke handhaving zijn belast.

Er moet uiteraard ook gecoördineerd worden. Artikel 18.26 lid 1 kent gedeputeerde staten een coördinerende taak toe ten aanzien van de uitoefening van de uitvoerings- en handhavingstaak binnen de provincie. Het Rijk dient een coördinerende rol te vervullen bij de afstemming van de uitoefening van de uitvoerings- en handhavingstaak voor zover die afstemming van meer dan provinciaal belang is. Bij dat laatste moet vooral worden gedacht aan coördinatie van de provinciale verbeteringsprocessen in het kader van de professionalisering van de bestuursrechtelijke handhaving en de onderlinge afstemming van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving.⁸³

81 Kamerstukken II, 2017/18, 34 986, 3, p. 303.

82 Kamerstukken II, 2017/18, 34 986, 3, p. 305.

83 Aldus H.A. Oldenzel en H.W. de Vos, *Systeem en kerninstrumenten van de Omgevingswet (Bestuursrecht in praktijk)*, Deventer 2021, p. 171.

10 Handhaving door particulieren

Handhaving hoeft niet alleen door overheden te geschieden. Ook private partijen kunnen zich roeren. Dat kunnen zij allereerst als zij menen dat iemand handelt zonder de vereiste vergunning of in strijd met vergunningvoorschriften, en dus in strijd met publiekrechtelijke regels. Een partij die naleving van publiekrechtelijke regels nastreeft, kan in beginsel twee wegen kiezen.

Zij kan bij het bevoegde bestuursorgaan een aanvraag tot het nemen van een handhavingsbesluit indienen en daarover eventueel bestuursrechtelijk gaan procederen. Daarnaast kan die partij degene die zonder vergunning handelt, civielrechtelijk aanspreken op grond van onrechtmatig handelen. Aan die weg doet niet af dat zij ook bestuursrechtelijke wegen kan bewandelen die tot beëindiging van de overtreding zouden kunnen leiden. Aan het vragen van een civielrechtelijk verbod op zulke onrechtmatige gedragingen staat niet in de weg dat er ook bestuursrechtelijke wegen bestaan waarlangs bereikt kan worden dat gedaagde ten gevolge van bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen zijn gewraakte gedragingen staakt.⁸⁴ De private weg staat open voor partijen die hinder ondervinden van het gewraakte handelen, maar evengoed voor actiegroepen die opkomen voor belangen van natuur en milieu.⁸⁵ Het handelen zonder vergunning en het handelen in strijd met vergunningvoorschriften zijn in principe onrechtmatig jegens omwonenden, omdat die regels mede zijn gegeven ter bescherming van die omwonenden.⁸⁶ Voor private partijen geldt met andere woorden geen doorkruisingsleer en ook geen andere leer die ertoe leidt dat zij alleen de publiekrechtelijke weg kunnen bewandelen.

Handhaving door private partijen kan ook betrekking hebben op de bescherming van private rechten, zoals het recht om verstoken te blijven van onrechtmatige hinder. Ook degene die handelt met een vergunning en conform de voorschriften, kan onder omstandigheden toch nog steeds door een derde worden aangesproken op onrechtmatig handelen. De stelling kan dan zijn dat zo'n vergunninghouder onrechtmatig handelt door van zijn vergunning gebruik te maken, bijvoorbeeld omdat deze hinder veroorzaakt aan (naburige) erven als bedoeld in artikel 5:37 BW. Dan staat dus niet ter discussie of de vergunning had mogen worden verleend, maar of de vergunninghouder van een bepaald handelen moet afzien, terwijl dat handelen hem door het bestuursorgaan uitdrukkelijk is vergund, of dat hij aansprakelijk is voor de door dat handelen veroorzaakte schade.

In een dergelijk geschil is de vraag aan de orde of de vergunning vrijwarende werking heeft voor de vergunning-

houder. Voor de burgerlijke rechter hangt het af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust of de vergunning vrijwaart.⁸⁷ Dat is in de praktijk niet zo bij omgevingsvergunningen voor milieubelastende activiteiten en ook niet voor de omgevingsvergunning voor het bouwen. Hoewel iemand conform de vergunning een uitbouw aan zijn huis had gebouwd, kon hij toch aansprakelijk zijn wegens (onder meer) onthouding van lichtinval op hun erf. Die hinder betrof niet een belang dat door de wettelijke regeling van het (toen geldende) bestemmingsplan werd nagestreefd.⁸⁸

Voor private partijen kan het publiekrecht derhalve behulpzaam zijn. Wanneer gehandeld wordt zonder vergunning of in strijd met vergunningvoorschriften, biedt het een grondslag voor een vordering uit onrechtmatige daad. Het publiekrecht is bovendien geen sta-in-de-weg wanneer hinder wordt veroorzaakt door het gebruik van een vergunning en daartegen privaatrechtelijk wordt geprocedeerd. In de regel heeft een omgevingsvergunning geen vrijwarende werking en sluit zij dus privaatrechtelijke aanspraken tegen hinder niet uit.

84 HR 17 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4439 (Zegwaard/Knijnenburg). Deze paragraaf is ontleend aan paragraaf 13.9 over overheid en privaatrecht van G.A. van der Veen uit H.E. Bröring e.a. (red.), Bestuursrecht deel 1, Den Haag 2021.

85 HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808 (Kuunders).

86 HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4127.

87 HR 10 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC1311 (Vermeulen/Lekkerkerker).

88 HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823 (Ludlage/Van Paradijs).