
7

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meer-
voudige kamer) 5 oktober 2011, nr. 201010199/1/M2.

(Mrs. J.H. van Kreveld, F.C.M.A. Michiels, Y.E.M.A. Timmer-
man-Buck)

m.nt. J.M.H.F. Teunissen en P.C.M. Heinen

art. 125 Gemw; art. 5:25 lid 1 Awb; art. 5:32 Awb; art. 2.17
Besluit algemene regels inrichtingen milieubeheer (Barim
oftewel Activiteitenbesluit)

NJB 2011/1911

AB 2011/307

M en R 2011/194

RVR 2011/125

LJN BT6683

**Afwijzing verzoek tot handhavend optreden wegens
overtredingen geluidvoorschriften door horeca-inrich-
ting. Precisering en nuancering beginselplicht tot hand-
having (Beesel).**

De Afdeling ziet aanleiding haar rechtspraak inzake handhaving van wettelijke voorschriften te preciseren.

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. 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.

Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom 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 het opleggen van die last behoort te worden afgezien. Het door het college gevolgde Handhavingsbeleid 2009 acht de Afdeling redelijk, zodat het college zich er in beginsel aan dient te houden.

Aangezien het bij de in de nacht van 16 op 17 januari 2009 gepleegde overtreding gaat om de tweede overtreding van hetzelfde wettelijk voorschrift binnen één jaar na de eerdere overtreding in de nacht van 1 op 2 augustus 2008, had het college – nu bijzondere omstandigheden ontbreken – ingevolge het Handhavingsbeleid 2009 onmiddellijk tot de tweede stap van dat beleid dienen over te gaan, te weten het kenbaar maken van het voornemen tot het opleggen van een last onder bestuursdwang of dwangsom. Doordat dit is nagelaten, berust het bestreden besluit in zoverre in strijd met art. 3:46 Awb op een ondeugdelijke motivering.

Uitspraak in het geding tussen:

[appellant A], [appellante B] en [appellant C], allen wonend te Reuver, gemeente Beesel, (hierna tezamen in enkelvoud: [appellant]),

en

het college van burgemeester en wethouders van Beesel, verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 25 mei 2009 heeft het college een verzoek van [appellant] tot handhavend optreden met betrekking tot de inrichting café Friends, aan de Pastoor Vranckenlaan 28 te Reuver, afgewezen.

Bij besluit van 20 september 2010, verzonden op 21 september 2010, heeft het college het door [appellant] hiertegen gemaakte bezwaar opnieuw ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft [appellant] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 25 oktober 2010, beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] heeft nadere stukken ingediend.

De zaak is door een meervoudige kamer van de Afdeling verwezen naar een enkelvoudige kamer.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 25 maart 2011, waar [appellant C], namens [appellant], in persoon en het college, vertegenwoordigd door mr. X.P.C. Wynands, advocaat te Roermond, G.C. Penners en M.W.G. Gommans zijn verschenen. Voorts is ter zitting [belanghebbende], drijver van de inrichting, als partij gehoord.

Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de enkelvoudige kamer van de Afdeling de zaak terugverwezen naar een meervoudige kamer, die vervolgens het onderzoek heeft heropend.

De Afdeling heeft de zaak verder ter zitting behandeld op 26 mei 2011, waar [appellant A] en [appellant C], namens [appellant], in persoon, en het college, vertegenwoordigd door mr. X.P.C. Wynands, advocaat te Roermond, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. [appellant] voert aan dat het college ten onrechte diens verzoek tot handhavend optreden, zowel met betrekking tot de in de nacht van 1 op 2 augustus 2008 geconstateerde overtreding als de in de nacht van 16 op 17 januari 2009 geconstateerde overtreding, heeft afgewezen.

2.2. In de nacht van 1 op 2 augustus 2008 zijn de voor de inrichting geldende geluidgrenswaarden overschreden door zowel het gebruik van de rolhanddoekautomaat op het toilet als het stemgeluid van personen op het verwarmd terras. In de nacht van 16 op 17 januari 2009 is de voor de inrichting geldende geluidgrenswaarde voor de nachtperiode overschreden door stemgeluid. De drijver van de inrichting heeft derhalve gehandeld in strijd met artikel 2.17 van het Besluit algemene regels inrichtingen milieubeheer (hierna: het Barim), zodat het college ter zake bevoegd was handhavend op te treden.

2.3. De Afdeling ziet aanleiding haar rechtspraak inzake handhaving van wettelijke voorschriften te preciseren. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. 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. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom 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 het opleggen van die last behoort te worden afgezien.

2.4. Aan het besluit van 25 mei 2009 ligt het 'Handhavingsbeleidsplan Milieu' van de gemeente Beesel van oktober 2009 (hierna: Handhavingsbeleid 2009) ten grondslag. Ingevolge dit beleid hanteert het college bij een overtreding

van artikel 2.17 van het Barim, zoals in deze procedure aan de orde, de sanctiestrategie 'Handelswijze overige overtredingen', die bestaat uit twee stappen.

De eerste stap van de sanctiestrategie, voor zover hier van belang, houdt in dat, nadat een overtreding is vastgesteld, de drijver van de inrichting een brief ontvangt waarin wordt medegedeeld dat hij is gehouden tot het nemen van zodanige maatregelen dat de overtreding niet meer zal plaatsvinden. Indien de drijver van de inrichting een concrete maatregel dient te treffen ten behoeve van de beëindiging van de overtreding, wordt hieraan een termijn gekoppeld. In de overige gevallen wordt een dergelijke termijn niet opgenomen. Tegelijkertijd wordt de drijver van de inrichting in de brief gewaarschuwd voor de tweede stap van de sanctiestrategie.

Indien bij hercontrole blijkt dat de overtreding voortduurt, wordt ingevolge de tweede stap van de sanctiestrategie aan de drijver van de inrichting een voornemen tot het nemen van een bestuursrechtelijke maatregel kenbaar gemaakt. Indien binnen één jaar hetzelfde wettelijk voorschrift wordt overtreden, wordt niettemin onmiddellijk overgegaan tot de tweede stap, ongeacht of de eerste stap is gezet. Indien bij de hercontrole wordt vastgesteld dat zich geen overtreding meer voordoet, wordt het handhavingstraject beëindigd.

De Afdeling acht dit beleid redelijk, zodat het college zich er, gelet op rechtsoverweging 2.3, in beginsel aan dient te houden.

2.5. Ten aanzien van de overtreding in de nacht van 1 op 2 augustus 2008 stelt het college dat er bijzondere omstandigheden waren, die meebrachten dat handhavend optreden ter zake zodanig onevenredig was in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van handhavend optreden in deze concrete situatie behoorde te worden afgezien. Hiertoe betoogt het college dat de eerder bij besluit van 26 februari 2007 opgelegde last onder dwangsom nog rechtskracht had. Verder stelt het college dat de drijver van de inrichting te kennen heeft gegeven dat de overtreding, voor zover die werd veroorzaakt door de rolhanddoekautomaat in het toilet, gedeeltelijk is beëindigd, omdat achter de rolhanddoekautomaat inmiddels een demping was aangebracht.

De rolhanddoekautomaat veroorzaakte daardoor slechts nog een geringe overschrijding van de geluidgrenswaarden, aldus het college. Voor zover de overtreding van artikel 2.17 van het Barim is veroorzaakt door stemgeluid op het verwarmd terras, stelt het college dat de terrasverwarmers op het terras inmiddels waren verwijderd, zodat het stemgeluid van personen op dat terras op grond van artikel 2.18, eerste lid, van het Barim buiten beschouwing diende te blijven.

2.5.1. Het aanbrengen van de demping achter de rolhanddoekautomaat heeft er niet toe geleid dat de overtreding is beëindigd. Een geringe overschrijding van de geluidgrenswaarden kan bovendien niet worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid. Wat betreft het verwijderen van de terrasverwarming heeft het college in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb)

onvoldoende onderzocht of de terrasverwarming daadwerkelijk is verwijderd en verwijderd is gebleven.

2.5.2. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 21 juli 2010 (zaaknr. 200907884/1/M2; www.raadvanstate.nl) is de bij besluit van 26 februari 2007 opgelegde last opgelegd wegens overtreding van de destijds ingevolge het Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer (hierna: het Besluit horeca) voor het café geldende geluidgrenswaarden. Op 1 januari 2008 is het Barim in werking getreden en het Besluit horeca vervallen. Vanaf die datum diende de inrichting te voldoen aan de ingevolge het Barim geldende geluidgrenswaarden, en niet meer aan die uit het Besluit horeca, zodat sinds 1 januari 2008 aan de last van 26 februari 2007 geen betekenis meer toekwam. Deze last was reeds daarom geen bijzondere omstandigheid die aanleiding kon vormen van handhavend optreden af te zien.

2.5.3. Gelet op overweging 2.5.1 en 2.5.2 deden zich geen bijzondere omstandigheden voor die ertoe noopten van handhaving ten aanzien van de in de nacht van 1 op 2 augustus 2008 gepleegde overtreding af te zien.

2.5.4. Ten aanzien van de in de nacht van 16 op 17 januari 2009 gepleegde overtreding stelt het college dat er geen bijzondere omstandigheden waren. Daarom heeft het college bij brief van 31 maart 2009 door een waarschuwing aan de eerste stap van het Handhavingsbeleid 2009 uitvoering gegeven.

Deze overtreding is echter de tweede overtreding van hetzelfde wettelijk voorschrift binnen één jaar na de overtreding in de nacht van 1 op 2 augustus 2008, zodat het college ingevolge het Handhavingsbeleid 2009 onmiddellijk tot de tweede stap van dat beleid had dienen over te gaan, te weten het kenbaar maken van het voornemen tot het opleggen van een last onder bestuursdwang of dwangsom. Doordat het college dit heeft nagelaten, berust het bestreden besluit in zoverre in strijd met artikel 3:46 van de Awb op een ondeugdelijke motivering.

2.6. Het beroep is gegrond. Het besluit van 20 september 2010 in zijn geheel dient te worden vernietigd. De overige beroepsgronden behoeven gelet hierop geen bespreking. De Afdeling ziet aanleiding het college op te dragen binnen zes weken na verzending van deze uitspraak met inachtneming daarvan opnieuw op het bezwaar te beslissen.

2.7. Het op artikel 8:73 van de Awb gebaseerde verzoek om schadevergoeding dient te worden afgewezen, reeds omdat nadere besluitvorming is vereist en op de uitkomst daarvan niet kan worden vooruitgelopen.

2.8. Het college dient op navolgende wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het beroep gegrond;
- II. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Beesel van 20 september 2010;

- III. draagt het college van burgemeester en wethouders van Beesel op binnen zes weken na verzending van deze uitspraak met inachtneming daarvan opnieuw op het bezwaar te beslissen en dit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken;
- IV. wijst het verzoek om schadevergoeding af;
- V. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Beesel tot vergoeding van bij [appellant A], [appellante B] en [appellant C] in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 96,22 (zegge: zesennegentig euro en tweeëntwintig cent), met dien verstande dat betaling aan een van hen bevrijdend werkt ten opzichte van de anderen;
- VI. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Beesel aan [appellant A], [appellante B] en [appellant C] het door hen voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 150,00 (zegge: honderdvijftig euro) vergoedt, met dien verstande dat betaling aan een van hen bevrijdend werkt ten opzichte van de anderen.

Naschrift

1. In bovenstaande uitspraak geeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan, dat zij 'aanleiding' ziet haar rechtspraak inzake handhaving van wettelijke voorschriften te preciseren.

De Afdeling herhaalt eerst de hoofdregel dat het algemeen belang dat gediend is met handhaving meebrengt dat, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik zal moeten maken. Dat impliceert de bekende 'beginselplicht' tot bestuursrechtelijke handhaving (zie voor meer hierover: C.L.G.F.H. Albers, *De 'beginselplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?*, *Gst.* 2004/68, p. 233-243 en tevens van haar hand: 'De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering?', *JPlus* 2005, p. 192-207 alsmede: P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom* (4^e druk), Deventer 2011, p. 85-90).

De Afdeling 'preciseert' die beginselplicht vervolgens door te overwegen dat in gevallen waarin het bestuursorgaan in het kader van die handhaving 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, het zich in beginsel aan dit beleid dient te houden.

Daar voegt zij echter aan toe, dat dit onverlet laat dat het bestuursorgaan slechts van het opleggen van een last onder bestuursdwang of dwangsom mag afzien als sprake is van bijzondere omstandigheden, die zich kunnen voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat of als het opleggen van zo'n last in de concrete situatie onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.

Dit laatste betekent ons inziens dat een in het kader van de handhaving te voeren 'redelijk te achten beleid' in wezen slechts betrekking kan hebben op uitvoeringsmodaliteiten en dat er dus, vergeleken met de eerdere 'beginselplicht'-jurisprudentie materieel niet zo veel is veranderd. In casu wordt de door B&W van Beesel gevolgde – uit twee stappen bestaande – sanctiestrategie door de Afdeling als redelijk aangemerkt, zodat het college zich er in beginsel aan dient te houden.

Een beleid dat erop neer zou komen dat ook in (bepaalde) gevallen waarin zich géén 'bijzondere omstandigheden' (concreet zicht op legalisatie of onevenredigheid) voordoen uiteindelijk niet tot handhaving wordt overgegaan, zou echter niet door de juridische beugel kunnen, zo verstaan wij althans deze uitspraak (zie ook: A. Tollenaar, 'Handhaven met beleid', *Gst.* 2007/21, p. 81-89).

2. Kortom, redelijk te achten beleid is volgens bovenstaande uitspraak slechts mogelijk *binnen* het kader van de beginselplicht tot handhaving. En als er geen handhavingsbeleid zou zijn vastgesteld, zou de beginselplicht toch gelden.

Volgens Afdelingsjurisprudentie levert het ontbreken van structureel handhavingsbeleid en zelfs het voeren van een gedoogbeleid (een vaste bestuurspraktijk inhoudende dat tegen een bepaald soort overtredingen niet handhavend wordt opgetreden) op zichzelf géén bijzondere omstandigheid (en geen strijdigheid met het gelijkheids- en/of het vertrouwensbeginsel) op die meebrengt dat van handhavend optreden behoort te worden afgezien. Zie bijv. ABRvS 2 april 2003, *JB* 2003/137 (Nederweert); ABRvS 20 aug 2003, nr. 200300320/1 (Bernheze); ABRvS 17 november 2004, *Gst.* 7226/48, m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Apeldoorn) en ABRvS 28 februari 2007, *Gst.* 2007/81, m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Venlo).

Het is zeer de vraag of hier sprake is van een gelukkige ontwikkeling in de jurisprudentie. We brengen in herinnering dat de 'beginselplicht-jurisprudentie', die werd ingezet met de uitspraak van 2 februari 1998, *Gst.* 7082/8, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *AB* 1998/181, m.nt. F.C.M.A. Michiels (Lisse); (zie ook ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Haarlem), voor een aanpassing van de formulering), een breuk was met de oudere jurisprudentie, waarin het discretionaire karakter van de bestuursdwangbevoegdheid voorop werd gesteld. De constatering dat is gehandeld in strijd met een wettelijk voorschrift betekent nog niet dat het gebruik van die bevoegdheid redelijk is, aldus bijv. ARRS 29 augustus 1978, *Gst.* 6528/5 (Oosterhout) (zie voor een nadere uiteenzetting over de geschiedenis van de beginselplicht in relatie tot handhavingsverzoeken en de rol van de verzoeker: I.M.C. van Leeuwen, 'Naar een andere aanpak van handhavingsverzoeken', *Jonge VAR-reeks* 9, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 62 e.v.).

Op het bestuursorgaan dat besloot over te gaan tot handhaving, rustte derhalve een relatief zware motiveringslast, *althans indien het handhavingsbesluit niet was 'ingekaderd' in een consistent en consequent – en zo mogelijk gepubliceerd – handhavingsbeleid.*

Als dat beleid niet kennelijk onredelijk of onevenwichtig werd geacht, kon een conform dat beleid genomen handhavingsbeschikking slechts dán de rechterlijke toets niet doorkomen indien zich in het desbetreffende geval zodanig bijzondere omstandigheden voordeden dat het orgaan op grond van de redelijkheid of van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur was gehouden van dat beleid af te wijken (deze wijze van toetsing staat ook wel bekend als 'tweefasen-toetsing': in de eerste fase een marginale toetsing van het beleid, in de tweede fase een toets of de beschikking past in dat beleid en, zo ja, of er aanleiding bestaat daarvan af te wijken).

Praktisch gezien heeft de 'beginselplicht-jurisprudentie' nauwelijks consequenties voor die situaties waarin handhavingsbesluiten passen in een consequent en consistent handhavingsbeleid, maar wél voor situaties waarin een dergelijk beleid ontbreekt. Ook in die situaties geldt, als gezegd, de beginselplicht om te handhaven. Zoals door een van ons beiden is betoogd in een artikel met de titel 'Beginselplicht tot handhaving en willekeur. Waar is het beleidspostulaat gebleven?', *NJB* 2005, afl. 2, p. 95-96, zou met de 'beginselplicht-jurisprudentie' de deur open worden gezet voor willekeur, als het *niet* voeren van een consequent en consistent handhavingsbeleid – of zelfs het voeren van een algemeen gedoogbeleid – als rechtens *irrelevant* wordt beschouwd bij de toetsing van handhavingsbesluiten. Het voeren van een consistent en consequent beleid is immers alfa en omega van goed bestuur. En handhavend optreden tegen alle mogelijke overtredingen van wettelijke voorschriften is gewoonweg een utopie en ook ongewenst.

Het ware daarom gewenst de beginselplicht zó te verstaan dat deze meebrengt dat mag worden aangenomen dat een bestuursorgaan een consistent en consequent beleid ter handhaving van wettelijke voorschriften volgt en het daarom ter onderbouwing van een handhavingsbesluit in beginsel niet behoeft *aan te tonen* dát het zo'n beleid volgt. Het enige verschil met de 'oude' jurisprudentie zou dan zijn dat de motiveringslast is verlicht: alleen indien omtrent het voeren van een vaste gedragslijn twijfels rijzen, zou het bestuursorgaan het bestaan daarvan alsnog aannemelijk moeten maken en, indien het daarin niet zou slagen, moeten motiveren waarom in het concrete geval de belangen die met bestuurlijke handhaving worden gediend zwaarder wegen dan de daartegenover staande belangen van de betrokkene.

J.M.H.F. Teunissen en P.C.M. Heinen