

Bijeenkomst 12: Handhaving I. Hoogleraar: dhr. Zijlstra

Hoorcollege: geleden normstelling: burger kan zijn rechtspositie niet uit één wet kennen, maar uit een samenstel van wetten en daarop gebaseerde besluiten. Bv: iemand wil iets bouwen in zijn tuin. Hij moet dan uit een samenstel van wettelijke voorschriften afleiden of hij uiteindelijk mag bouwen. Als je niet aan die voorschriften houdt, dan word je geconfronteerd met handhaving door het bestuur. Als de burger zich niet houdt aan een beschikking, kan er gehandhaafd worden. Handhavingsbeslissingen zijn vaak ook weer beschikkingen. Het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom of bestuurlijke boete zijn ook beschikkingen die dus ook moeten voldoen aan de eisen voor beschikkingen. Normstellen, uitvoeren, handhaven. Je ziet vaak in de krant staan dat er een handhavingstekort is, dat er minder gedoogd moet worden. Handhaving staat op de agenda van de politiek en het bestuur. Publiekrechtelijke handhaving: dat is strafrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving. Men treedt steeds meer op met het bestuursrecht (het is effectiever en met minder waarborgen omkleed dan het strafrecht, dus ook gunstig voor de overheid). De overheid treedt meer op met bestuursrechtelijke sancties en steeds minder met strafrechtelijke sancties. Handhaving in ruime zin in twee fasen; eerst kijken of wettelijke voorschriften worden nageleefd en als je ontdekt dat dat niet het geval is, dat je er dan met een sanctie tegenaan gaat. De eerste fase is het toezicht op de naleving (in het strafrecht noem je dat de opsporing). Awb bevat veel bepalingen over handhaving. Als je op het tentamen een vraag krijgt over handhaving, bv over toezicht op de naleving en er is een straf opgelegd en dan wordt er meestal gevraagd: “mag dit?” of: “is dit rechtmatig?” of: “handelt het bestuursorgaan hier in overeenstemming met de wet?” dan moet je voor het antwoord de bepalingen uit hoofdstuk 5 van de Awb erbij pakken. Let op! Als het over handelen van bestuursorganen gaat (en dat gaat het in de bepalingen over bv het toezicht op de naleving), dan zijn de bepalingen over handelingen van bestuursorganen ook van toepassing (dus hoofdstuk 2: algemene bepalingen over het verkeer tussen het bestuur en de burger en hoofdstuk 3 is ook steeds van toepassing en hoofdstuk 5 zelf ook). De beginselen van behoorlijk bestuur spelen bij de handhaving een grote rol. De nadruk deze week ligt op sancties (dus handhaving in enge zin). Maar nu eerst: toezicht op de naleving: kan op verschillende manieren, kan ook strafrechtelijk. Maar politie kan niet zomaar kijken of mensen zich wel aan de regels houden, alleen opsporingsambtenaren mogen dat. Mag bv niet zomaar een bedrijf binnenvallen, dat mag alleen als er een vermoeden van een strafbaar feit is. Maar het bestuursrecht kent toezicht op de naleving, waarbij er nog helemaal geen sprake hoeft te zijn van een strafbaar feit! Men kan dus zonder enige aanleiding een bedrijf binnenvallen en soms ook bij mensen thuis, om te kijken of men zich aan de wettelijke voorschriften houden. Wie zijn de toezichthouders? Bv de FIOD-ECD (die zien ruwweg gezien op financieel-economische delicten). Die doen af en toe een inval ergens, hebben daar geen vermoeden van strafbaar feit voor nodig, mogen je zo vragen om je administratie in te zien. En bv de Voedselwarenautoriteit die kijken of de kroketten wel aan de Krokettenwet voldoen. En bv iemand van de onderwijsinspectie die in de klas komt kijken of de leraar het wel goed doet, die is ook een toezichthouder. Markttoezichthouder is ook een toezichthouder. Hoe ziet de regeling voor de toezichthouder eruit? Zie 5:11 Awb, titel 5.2. in 5:11 Awb staat de definitie van toezichthouder. Ben je toezichthouder, dan heb je alle bevoegdheden die in titel 5.2 Awb worden opgesomd. Wie toezichthouder is, vloeit dus voort uit de wet (bv dat de Nederlandse bank het is), maar kan krachtens de wet worden ingesteld, dus het kan bv bij besluit door een bestuursorgaan geschieden. Toezicht is mogelijk zonder redelijk vermoeden van strafbaar feit. Het kan zijn dat de bevoegdheden die de toezichthouder heeft (dus ook alle bevoegdheden die titel 5.2 geeft), worden beperkt in een wettelijk voorschrift. Zie art. 5:14 Awb. uitbreiding van de bevoegdheden kan alleen bij wet informele zin. Beperking van bevoegdheden kan ook bij een lager voorschrift. Bv: volgens art. 5:15 is een toezichthouder bevoegd elke plaats te betreden m.u.v. een woning zonder toestemming van de bewoner. Nu is er in sommige wetten bepaald (bv de Woningwet) dat toezichthouders in het kader van die wet ook woningen mogen betreden zonder toestemming van de bewoner (terwijl dus in 5:15 Awb was bepaald dat dat juist niet mag). Dat is een uitbreiding en kan dus alleen bij een bijzondere wet in formele zin. Iedereen is verplicht mee te werken met een toezichthouder! Als je dat niet doet, dan pleeg je een strafbaar feit (184 Sr), dan voer je een ambtelijk gegeven bevel niet uit. Dus deze bepalingen uit titel 5.2 (zoals 5:16 enz) worden strafrechtelijk gehandhaafd. Het zijn zware bevoegdheden die toezichthouders krijgen. En hoe indringender de bevoegdheden van een bestuursorgaan zijn, hoe indringender de rol is van de beginselen van behoorlijk bestuur. Let op! Als een toezichthouder jou vraagt een kopie te maken, dan moet je dat

doen en als hij vraagt een deur te openen, ook. Zijn dit besluiten? Nee, want ze zijn mondeling! En niet schriftelijk, dus niet aan de vereisten van een besluit voldaan. Het zijn wel publiekrechtelijke rechtshandelingen. Hoe kunnen de beginselen van behoorlijk bestuur dan toch van toepassing zijn? door de schakelbepaling van 3:1 lid 2 Awb. De daarin genoemde beginselen van behoorlijk bestuur zijn van overeenkomstige toepassing op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet. De aard van de bevoegdheden uit titel 5.2 Awb verzetten zich juist niet (meestal) hiertegen. Dus een toezichthouder mag zijn bevoegdheden ook niet voor een ander doel gebruiken, dan waarvoor het bestemd was (3:3 verbod van détournement de pouvoir). Het evenredigheidsbeginsel speelt een belangrijke rol, dat is een aanscherping van art. 3:4 Awb en is neergelegd in 5:13 Awb. 5:13 Awb is dus eigenlijk een overbodige bepaling, want via 3:4 jo 3:1 lid 2 Awb zou dit (wat in 5:13 staat) ook gelden. Art. 3:4: een toezichthouder is ook een bestuursorgaan!

Kun je (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming inroepen tegen een bevel van een toezichthouder om bv inlichtingen geven of om je tas te openen? Nee, want het zijn geen besluiten en volgens 8:1 Awb kun je alleen tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter. Dus je kunt niet rechtstreeks tegen zo'n handeling (want die handeling is mondeling en dus kan het geen besluit zijn in de zin van de Awb) van een toezichthouder beroep instellen bij de bestuursrechter. Spannend wordt het als een toezichthouder tevens bijzondere opsporingsambtenaar is. Gebeurt vaak. De Dienstwegverkeer bv. Bv: als je veel te hard over de weg rijdt, dan zeggen ze: "we houden u staande, want uw weggedrag valt ons op". Dat zeggen ze altijd, welbewuste formulering. Want als ze zouden zeggen: "u rijdt veel te hard", dan is daarmee meteen gegeven dat ze je verdenken van een strafbaar feit. Dus ze beginnen eerst met staande houden, want die bevoegdheid hebben ze o.g.v. de Awb. daarna zeggen ze vaak: "u bent niet verplicht tot antwoorden, maar waarom reed u zo hard?" ze geven de cautie, omdat ze ook opsporingbevoegdheid hebben, en bij redelijk vermoeden van strafbaar feit moet je de cautie gebruiken, anders heeft dat weer gevolgen voor het bewijs. We noemen het de dubbelepettenproblematiek: als bestuursorgaan (bv toezichthouder) tevens opsporingsbevoegdheden heeft. Daarmee moet je uitkijken, want er gelden andere waarborgen. Verleidelijk om de 'pet' van toezichthouder op te houden, want dan mag je veel meer (zo moet de burger dan meewerken). Als objectief sprake is van redelijk vermoeden van strafbaar feit (dan moet je de cautie geven bv), dan zijn o.a. de waarborgen uit art. 6 EVRM en 14 en 15 van IVBPR van toepassing. En om te weten of de strafrechtelijke waarborgen uit die artikelen van toepassing zijn, moet je weten of iets een criminal charge is in de zin van 6 EVRM, want anders is dat artikel niet van toepassing. Als op een overtreding een sanctie staat die kan worden gezien als een criminal charge, dan betekent dat bij een vermoeden van schuld aan die overtreding de waarborgen die verbonden zijn aan een criminal charge ook gelden. Welke waarborgen zijn dat? Met betrekking tot de straf is dat het nulla-poena-beginsel en het ne bis in idem verbod en terzake van de procedure van vervolging geldt de onschuldpresumptie (6 lid 2 EVRM), Mededeling beschuldiging (6 lid 3 EVRM), Zwijgrecht en cautieplicht (6 EVRM; 14 lid 3 IVBPR), Recht op bijstand door een raadsman en een tolk (6 lid 3 EVRM) en Redelijke termijn (art. 6 lid 1 EVRM. dat is vanaf de constatering tot aan het opleggen van de straf, schending hiervan levert vaak strafvermindering op). Er moet volledige toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvinden door de rechter. Maxis en Praxis: 4:3 lid 2 Awb: de rechter toetst besluiten slechts marginaal aan het evenredigheidsbeginsel. De rechter toetst niet volledig of een bestuursorgaan proportioneel heeft gehandeld, maar toetst dat in beginsel marginaal. Alleen als er sprake is van willekeur, wil hij een besluit vernietigen wegens strijd met 4:3 lid 2, maar niet als het een punitieve sanctie betreft (strafsanctie, criminal charge), dan toetst de rechter volledig of de strafmate in overeenstemming is met de mate van schuld en zwaarte van de overtreding (zie 6 EVRM). "crime" in IVBPR is zwaarder dan een "criminal charge". Hoe weet je nu of iets een criminal charge is? Cruciaal om te weten, want dan zijn de waarborgen immers in beeld. Dat is de zaak Uzturk tegen Duitsland: Uzturk had een ongeval veroorzaakt en schade en kreeg een boete, die was geregeld in een Duitse wet, vergelijkbaar met onze Wet Mulder. Het werd dus bestuursrechtelijk afgedaan en niet strafrechtelijk. In de tijd van dit arrest was het zo, dat als je niet akkoord ging met het transactievoorstel, dat het dan automatisch voorkwam bij de rechter. Uzturk kwam voor de rechter en had behoefte aan een tolk en die kreeg hij niet. het EHRM keek toen of het recht van een toekennen van een tolk uit 6 EVRM hier van toepassing is. Dan moet je dus weten of zo'n verkeersovertreding een criminal charge is (want anders

geldt art. 6 EVRM niet). EHRM zei in dat arrest: art. 6 EVRM vergt een autonome uitleg. Het is dus niet aan de nationale rechter om daar een uitleg aan te geven, het verdrag zelf bepaalt daar de inhoud van. Maar als het volgens het nationale recht tot het strafrecht hoort, dan is altijd sprake van een criminal charge (dus op één manier is het belangrijk te weten wat het nationale recht ervan vindt). Maar als het dat niet doet, wil het nog niet zeggen dat het geen criminal charge is. Dus als het nationale recht zegt dat het tot het strafrecht behoort, dan is het een criminal charge, met alle bijbehorende waarborgen van dien. Maar als dat niet zo is, dan kan het nog steeds een criminal charge zijn, dan moet je kijken naar de reikwijdte van de geschonden norm (is het een algemeen geldende norm, of geldt het alleen voor speciale groepen en met name van belang is de aard, doel en zwaarte van de sanctie: is er leedtoevoeging, dan vaak criminal charge). Bij de bestuurlijke boete is altijd sprake van een

criminal charge in de zin van 6 EVRM. dus:

Autonome uitleg artikel 6 EVRM

1. Behoort de maatregel binnen het nationale recht tot het strafrecht? Zo nee,
2. *De facto criminal charge?*
 - a. Reikwijdte geschonden norm: overtreden bepaling algemeen geldende norm?
 - b. Aard, doel en zwaarte van de sanctie: leed toevoeging?
(vgl. art. 5:2 lid 1 sub c Awb).

Nu gaan we het hebben over sancties. Steeds drie denkstappen zetten:

1. *possibiliteit*: is er wel een bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie? Dan moet er een sanctiebevoegdheid zijn en een overtreding. Maar dan weet je nog niet of er een sanctie moet worden opgelegd.

2. *opportunititeit*: gegeven het feit dat er een overtreding is en de bevoegdheid tot sanctieoplegging, moet de sanctie dan ook worden gegeven, of mag er ook van worden afgezien? De vraag is dus algemeen of bestuursorganen sancties moeten opleggen als ze overtredingen zien, of mogen ze er ook van afzien? In het laatste geval spreken we van gedogen.

3. *maatvoering*: stel dat we een sanctie gaan opleggen en we weten ook welke sanctie, hoe gaan we die sanctie dan toepassen. aan welke eisen moet het sanctiebesluit voldoen?

Er is een beginselplicht tot sanctioneren. Als je een overtreding hebt gesignaleerd en je kunt een herstelsanctie opleggen, dan geldt die beginselplicht tot sanctie opleggen. Dit is vrij spectaculaire jurisprudentie. Vroeger was er een vrije bevoegdheid. Wanneer is er een uitzondering op de beginselplicht? Als zich bijzondere omstandigheden voordoen. Dit zijn die drie die volgens de jurisprudentie in de weg kunnen staan aan deze beginselplicht (dus in deze gevallen kan een bestuursorgaan eronder uit). Ze zijn alternatief, dus niet aan alle voorwaarden hoeft te zijn voldaan (het is dus niet cumulatief):

1. *Concreet zicht op legalisatie*: er is een overtreding (feitelijke situatie die niet aan de rechtsnorm voldoet). Bv: de rechtsnorm is: je moet bouwen met bouwvergunning en de feitelijke situatie is dat iemand heeft gebouwd zonder bouwvergunning. Hoe kun je dit legaliseren? Door alsnog een bouwvergunning te verlenen. Dat dus de schending van de rechtsnorm ongedaan wordt gemaakt. Als iemand bv bouwt zonder bouwvergunning en het bestuursorgaan is traag met het verwerken van bouwaanvragen. Als er dan concreet zicht is op dat er alsnog een vergunning wordt verleend, dan hoeft er niet gehandhaafd te worden. Maar dat moet wel concreet zicht op zijn. Dus dan moet er een vergunningaanvraag liggen (dat is vaste jurisprudentie), maar het feit dat die er ligt is niet voldoende, er moet echt concreet zicht zijn op verlening van die vergunning. Dus niet alleen maar puur omdat die aanvraag er ligt! Dus reëel te verwachten op korte termijn te verlenen vergunning of wijziging van een bestemmingsplan.

2. *Geslaagd beroep op rechtsbeginsel*: bijvoorbeeld vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel. Komt bijna nooit voor. Geslaagd beroep op vertrouwensbeginsel komt al bijna niet voor, want strenge eisen. Als het toch lukt er een beroep op te doen, kan het nog mislukken, bv door derdenbelangen. Gelijkheidsbeginsel betekent ook nog niet dat bij anderen niet gehandhaafd wordt, dat bij jou dan ook niet gehandhaafd hoeft te worden.

3. *Handhavend optreden overigens onevenredig*: Wat wel lukt is een beroep op kleine dingen: bv iemand mocht maar 1 meter bouwen, maar heeft 1,2 meter gebouwd. Het is dan onevenredig om handhavend op te treden.

Wat is gedogen? Als een bestuursorgaan bevoegd is tot optreden en een hem bekende overtreding bewust niet handhaaft. “see no evil, hear no evil”. Wat niet weet, dat niet deert. Gedogen kan stilzwijgend (stil zitten, gewoon niks doen. Dat wordt in de jurisprudentie niet echt toegelaten) en uitdrukkelijk gedogen: tegen een overtreder zeggen en andere belanghebbenden dat je kennis hebt van de overtreding, maar dat je niet zult handhaven. Wanneer mag dat? De ruimte om te gedogen wordt bepaald door de beginselplicht, de ruimte die de beginselplicht biedt om niet te handhaven. Maar er zijn volgens de jurisprudentie wel drie vereisten: het moet wel expliciet gebeuren (dus niet stilzwijgend), het gedogen moet voorzienbaar tijdelijk zijn (bv concreet zicht op legalisatie, dan wordt er tijdelijk gedoogd, want daarna wordt er toch al een legale situatie verwacht) en het gedogen moet aan voorschriften worden verbonden waarvan de naleving wordt gecontroleerd. Als bestuursorgaan tegen overtreder of belanghebbende zegt dat hij geen sanctie zal opleggen, dan is dat een beschikking volgens de jurisprudentie (als het schriftelijk is). Als mijn buurman iets bouwt zonder bouwvergunning en ik vraag aan het bestuursorgaan of hij een sanctie wil opleggen en bestuursorgaan zegt schriftelijk dat hij dat niet zal doen, dan is er sprake van een beschikking. Want ik ben belanghebbende en verzoek het bestuursorgaan om een besluit te nemen (namelijk een beschikking) en het bestuursorgaan wijst dat verzoek af. Dan is er volgens 1:3 lid 2 sprake van een beschikking. Dus dan is er al sprake van een beschikking. Maar wat als de overtreder zelf vraagt om niet handhaven? Als ik aan een bestuursorgaan vraag om jegens mij niet handhavend op te treden, dan valt dat niet onder 1:3 lid 2 Awb. want ik vraag niet om een rechtshandeling, ik vraag juist om GEEN rechtshandeling en dat valt niet onder het verzoek om een besluit te nemen. Dus als bestuursorgaan zegt dat ze jegens jou inderdaad geen straf zullen opleggen (maar wat als ze zeggen dat ze wel een straf zullen opleggen, dat is dan toch pas een afwijzing van een verzoek?), dan is dat geen beschikking o.g.v. 1:3 lid 2. dat noem je dan een strategische beschikking op basis van de jurisprudentie. Van belang dat je weet hoe 1:3 lid 2 in elkaar zegt. Want: er is dan dus wel sprake van een beschikking, ookal zou het dat NIET zijn o.g.v. 1:3 lid 2, maar het is van belang dat het wel onder het begrip beschikking valt. Want als ik vraag of een bestuursorgaan niet handhavend tegen mij wil optreden en bestuursorgaan zegt: ok, dat zullen we niet doen, dan is het wel van belang dat er voor derdenbelanghebbenden een rechtsgang openstaat, dat ze wel rechtsbescherming hebben hiertegen (die willen immers wel weten of het bestuursorgaan hier terecht afziet van een sanctie). En je kunt alleen tegen besluiten in beroep, dus moet er wel sprake zijn van een besluit. En door dit aan te merken als een (strategische) beschikking, is er alsnog sprake van een besluit en staat die rechtsgang dus open. Maar het is nog gekker: een weigering op de gedoging is weer geen besluit volgens de jurisprudentie. Want dat beoogt geen rechtsgevolg. Dus als ik vraag of ze niet jegens mij willen optreden en ze zeggen: helaas, we gaan het toch doen, dan is de redenering dat je het sanctiebesluit maar moet afwachten en kun je daartegen in beroep en derdenbelanghebbenden hebben niet echt belang bij zo'n besluit. Zo heeft de rechtspraak het nou eenmaal gewild (ookal zou je nog kunnen klagen dat er misschien geen rechtsgevolg is, maar dat wel aan 1:3 lid 2 Awb is voldaan, dat het toch een beschikking is). Alleen in uitzonderlijke gevallen wordt er nog wel eens een besluit in gezien, als de weigering te gedogen eigenlijk neerkomt op een sanctiebeschikking, wordt er nog wel eens een besluit in gezien. Overigens, over het algemeen bevatten APV's avv's. we hebben maar twee 'smaken' besluiten: BAS en beschikkingen. Avv's zijn er in de vorm van gemeentelijke verordeningen, provinciale verordeningen, AMVB's, ministeriele regeling, geen wetten in formele zin, want dat zijn geen besluiten. Een avv is een ieder verbindend naar buiten werkend besluit, gegeven krachtens een wetgevende bevoegdheid, dus een open categorie van gevallen. Neem een gemeentelijke verordening die zegt: 'alle gevaarlijke honden moeten worden aangelijnd'. Die richt zich tot een open categorie van gevallen, want iedereen die ooit een gevaarlijke hond heeft of zal aanschaffen, die valt eronder. Het is algemeen verbindend, want je moet je eraan houden (als je het niet doet, krijg je straf), en het is gegeven krachtens een wetgevende bevoegdheid (want een verordende bevoegdheid is een wetgevende bevoegdheid). Schriftelijke, provinciale verordening valt over het algemeen onder avv. Dan is het dus een besluit, want de hoofdcategorie is BAS, daar valt een avv onder. Een avv is een subcategorie van BAS. En volgens de jurisprudentie is het dus GEEN besluit als ik vraag om niet te handhaven en er wordt geantwoord met: nee, sorry, we gaan wel een sanctie opleggen. Let op! Het gedogen van coffeeshops, is strafrechtelijk (er is sprake van

een overtreding van een wettelijk voorschrift, want de Opiumwet wordt overtreden en een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder dwangsom of bestuursdwang op te treden, dat is het gedoogbeleid bij coffeeshops alleen is het strafrechtelijke gedoogpraktijk) en dan geldt het opportunititeitsbeginsel. In het bestuursrecht is er echter de beginselplicht tot handhaving. De beginselplicht ziet dus niet op het handhaven tegen het verkopen van drugs, het gaat niet om strafrechtelijke sancties of strafrechtelijk handhaven. Als mensen iets doen en je wil weten of de overheid daartegen kan optreden, dan moet je je eerst afvragen of wat ze doen in strijd is met enige norm en heeft de overheid enige bevoegdheid? Want anders houdt het op. Je moet eerst kijken wat de toepasselijke regels zijn. Als het bv gaat om krakers die overlast veroorzaken, dan overtreden ze het Kraakverbod, maar dat is een strafrechtelijk verbod, dus je kunt aangifte doen. Maar als ze geluidshinder en stankhinder veroorzaken, dan kun je met Milieuwetgeving wat doen en dan kun je het gemeentebestuur een brief sturen en zeggen: ik vind dat u daar wat aan moet doen en als ze dan niet het bevoegde orgaan zijn, moeten ze het doorsturen naar wel het bevoegde orgaan. Je bent overigens alleen belanghebbende in deze zaak als je naast het kraakpand zou wonen, of zicht op het kraakpand hebt, of last hebt van de stank.

Dus: *handhaving in ruime zin*: De fase waarin actief wordt onderzocht of een norm is respectievelijk wordt nageleefd (in het bestuursrecht toezicht op de naleving, in het strafrecht de opsporing genoemd). *Handhaving in enge zin*: De fase waarin een sanctie wordt opgelegd of daarvan wordt afgezien. *Toezicht op de naleving*: Toezicht is mogelijk zonder redelijk vermoeden van een strafbaar feit. Toezichthouders (art. 5:11 Awb): toepasselijkheid titel 5.2 Awb. Bevoegdheden van toezichthouders: art. 5:15-5:20 Awb. Beperking bevoegdheden: art. 5:14 Awb; uitbreiding: wet in formele zin. Beginselen van behoorlijk bestuur: art. 3:1 lid 2 Awb. Aanscherping art. 3:4 Awb in art. 5:13 Awb. Rechtsbescherming: bestuursrechter doorgaans niet bevoegd, want geen Awb-besluit. Dubbele petten: Toezichthouder en (bijzonder) opsporingsambtenaar: waarborgen art. 6 EVRM. *bestuurlijke sanctie en criminal charge*: Relevantie kwalificatie bestuurlijke sanctie als criminal charge ex art. 6 EVRM: Waarborgen van artikel 6 EVRM (en 7 EVRM, art. 14 en 15 IVBPR) gelden.

Waarborgen:

Grondslag van de straf:

- a. Nulla poena-beginsel (7 lid 1 EVRM; 15 lid 1 IVBPR)
- b. Ne bis in idem (14 lid 7 IVBPR)

Procedure van vervolging:

- a. Onschuldpresumptie (6 lid 2 EVRM)
- b. Mededeling beschuldiging (6 lid 3 EVRM)
- c. Zwijgrecht en cautieplicht (6 EVRM; 14 lid 3 IVBPR)
- d. Recht op bijstand door een raadsman en een tolk (6 lid 3 EVRM)
- e. Redelijke termijn (art. 6 lid 1 EVRM)

Toegang tot de rechter:

- a. Fair trial (6 lid 1 EVRM; 14 lid 1 IVBPR)
- b. Onafhankelijke en onpartijdige rechter (6 lid 1 EVRM)
- c. Openbaarheid van de uitspraak (6 lid 1 EVRM)
- d. Volledige toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (6 EVRM "Full jurisdiction")
- e. Beroep in twee feitelijke instanties (IVBPR art. 14 lid 5) voor 'crimes'

Gedogen: Van gedogen is sprake "als een bestuursorgaan dat bevoegd is tot handhaving, een hem bekende overtreding bewust niet handhaaft." (BSR, p. 979). Uitdrukkelijke gedoogverklaring gaat meestal d.m.v. een gedoogverklaring.

Ruimte om te gedogen:

Gedogen is alleen mogelijk als uitzondering beginselplicht tot handhaving zich voordoet, en:

- a. expliciet gebeurt;
- b. (voorzienbaar) tijdelijk is; en
- c. aan voorschriften is gebonden, waarvan de naleving wordt gecontroleerd.

Positieve gedoogbeslissing is een (strategisch) besluit. ratio: rechtsbescherming voor derden. Weigering om te gedogen is geen besluit, want beoogt geen rechtsgevolg. Overtreder kan opkomen tegen handhavingsbesluit. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt een besluit aangenomen.

Werkcollege:

Vraag 1. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) blijkt dat ook bestuursrechtelijke sancties aangemerkt kunnen worden als ‘criminal charge’.

a). Waarom is het van belang te weten of een bestuurlijke sanctie al dan niet als ‘criminal charge’ kan worden aangemerkt?

Omdat dan de waarborgen van art. 6 EVRM en 7 EVRM van toepassing zijn en art. 14 en 15 van IVBPR. Die vraag of het al dan niet een criminal charge is, is dus van belang voor de vraag welke waarborgen van toepassing zijn.

b). Wanneer is volgens het EHRM sprake van een ‘criminal charge’?

zie zaak Uzturk. Als de zaak volgens het nationale recht tot het strafrecht behoort, dan is er in ieder geval sprake van een criminal charge. Behoort het niet tot het strafrecht, dan kom je aan die twee andere criteria toe, waarbij de aard, het doel en de zwaarte van de sanctie meewegen. Het oogmerk van de sanctie is een hele belangrijke factor: is het oogmerk leedtoevoeging t.a.v. *de overtreder*, dan is er over het algemeen sprake van een criminal charge. Gaat het om herstel van de rechtmatige situatie, dus richt de sanctie zich op *de overtreiding*, dan is over het algemeen geen sprake van criminal charge. Er is discussie gaande, zo wordt er gezegd: Een herstelsanctie bv (zoals dwangsom) richt zich op het beëindigen van de *overtreding* en mag niet gericht zijn op leedtoevoeging aan de *overtreder*. Als dat toch gebeurt, is er sprake van détournement de pouvoir. Maar als je de dwangsom verbeurt (dus door in de gegeven termijn de overtreiding niet ongedaan te maken), maar na een paar maanden maak je de overtreiding ongedaan, als het bestuursorgaan de dwangsom dan gaat innen, dan kan dat niet meer gericht zijn op het ongedaan maken van de overtreiding, want dat is al gebeurd, dus dat is leedtoevoeging en dat is een criminal charge. Maar de hoogleraar vindt dit vergezocht.

Vraag 2 – Casus Hanzehof

Lees casus de Hanzehof en het bijbehorende juridisch kader.

a). Was toezichthouder De Bruin bevoegd de grote zaal te betreden, terwijl de directeur van de Hanzehof hem deze toegang expliciet weigerde?

Het was de eerste avond van de Hanzehof, was een opening. Om erop toe te zien dat geen brandgevaarlijke situatie zich zou voordoen, waren er die avond toezichthouders van de gemeentelijke brandweer. Toen constateerde de Bruin dat er meer mensen aanwezig waren dan o.g.v. de Brandveiligheidsverordening is toegestaan. De Bruin spreekt de directeur van Hanzehof daarop aan en die zegt dat hij de exacte voorschriften niet kent, omdat de beloofde gebruiksvergunning nog niet is verleend. Dan zegt de Bruin dat hij toegang wil tot alle ruimten om te kijken of verder wel alles in orde is. De Bruin is toezichthouder in de zin van 5:11 Awb. de directeur weigert hem toegang te verschaffen, omdat hij de openingsact in de grote zaal dan zou verstoren. Antwoord: kijk in titel 5.2 Awb. Bij 5:14 kunnen de bevoegdheden van een toezichthouder worden beperkt, maar daar is in deze casus geen sprake van, dus alle bevoegdheden zijn van toepassing. Er is hier ook geen sprake van een uitbreiding van bevoegdheden. 5:15: ‘mag elke plaats betreden, m.u.v. een woning’, dus ja, hij is hiertoe bevoegd. Dus ja: mag o.g.v. 5:15 Awb jo 5:11 Awb. (want het feit dat hij toezichthouder is, hoort hier wel bij). Toezichthouders moeten zich aan het evenredigheidsbeginsel houden, en art. 5:13, hoe zou dat hier kunnen werken? Zou de Bruin op een andere manier erachter kunnen komen of aan de voorschriften is voldaan, dan die zaal binnen te denderen? Niet echt. Hier vermoeden dat het wel mag, als hij zacht naar binnen gaat en zijn pak aan heeft.

b). Is hierbij relevant of hij een redelijk vermoeden had dat de Hanzehof niet had voldaan aan de brandveiligheidseisen?

Hij mag de bevoegdheden uitoefenen, of hij nu een redelijk vermoeden heeft of niet. pas als er strafbare feiten in beeld komen, dan wordt het een ander verhaal, als dat een strafrechtelijk gesanctioneerde overtreiding is.

c). Was De Bruin bevoegd te controleren of het geluidsniveau in de grote zaal in orde was?

Hij duwt de directeur namelijk opzij en stapt toch de grote zaal binnen en hoort meteen een oorverdovend hard geluid van de openingsact. Volgens de Bruin is dit overtreiding van het aantal

toegestane decibel o.g.v. de Milieuwetgeving. Hij gaat naar de geluidsman en sommeert men het volume te minderen. Antwoord: nee, hij is toezichthouder ter zake van het toezien op de naleving van brandvoorschriften. Hij is dat niet als het gaat om milieuvoorschriften. Dus hij heeft ook niet de bevoegdheden van een toezichthouder, die een toezichthouder o.g.v. milieuwetgeving wel zou hebben. Dus zou hij één van die bevoegdheden toch willen uitoefenen, dan is sprake van schending van het artikel waarin de bevoegdheid is neergelegd en is sprake van détournement de pouvoir, want hij gebruikt een bevoegdheid op toezicht van de naleving voor een ander doel dan waarvoor het gegeven is. Hij is dis toezichthouder ter zake van de brandvoorschriften en niet ter zake van de milieuvoorschriften. Dus dan kan hij ook niet iets over het geluidsniveau gaan controleren.

d). Is de directeur van de Hanzehof verplicht te antwoorden op vragen die de toezichthouder stelde over het ontbreken van een gebruiksvergunning?

Ja, zie 5:20, een toezichthouder kan medewerking vorderen en meer specifiek is het 5:16 (toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen). Maar hij is niet verplicht te antwoorden als het gaat om vragen over de milieuvoorschriften, want dat heeft de Bruin die bevoegdheden niet uit titel 5.2. dus ja, o.g.v. 5:20 jo 5:16 Awb.

e). Hoe luidt uw antwoord op vraag 1d indien het overtreden van artikel 2.1.1 van de Brandveiligheidsverordening strafrechtelijk wordt gesanctioneerd en de toezichthouder tevens opsporingsambtenaar is?

Dan is het een ander verhaal, want dan heeft hij een redelijk vermoeden van een strafbaar feit en dan geldt dat hij de cautie moet geven en heeft de directeur het zwijgrecht. Dus je moet wel meewerken als er sprake is van constatering een overtreding die alleen door een herstelsanctie kan worden gesanctioneerd. Maar zodra er een overtreding is die strafrechtelijk (hetzij het gewone strafrecht, hetzij een bestuurlijke boete) wordt gesanctioneerd, dan komen die waarborgen van criminal charge in beeld. Dus vanaf het moment dat toezichthouder een redelijk vermoeden van schuld heeft aan een strafbaar feit en hij is tevens opsporingsambtenaar, dan moet hij de cautie geven. In casu is dat het moment (van redelijk vermoeden van strafbaar feit en dat dus de cautie moet worden gegeven) dat de directeur zegt dat hij niet van de regels afweet. En als hij de cautie niet geeft en de directeur gewoon medewerking verleent aan de opsporingsambtenaar, dan is het gevolg dat het bewijs niet mag worden gebruikt. Het bewijs dat afkomstig is uit mededelingen van de directeur, die de directeur niet had hoeven geven, dat mag je dan niet gebruiken. Maar als het bewijs losstaat van de medewerking van de directeur, dan mag je het wel gebruiken.

f). De Bruin duwde in de casus de directeur nogal hardhandig opzij. Stel dat de directeur hierdoor tegen een kunstobject aanviel dat daarbij beschadigd raakte. Kan de Hanzehof de schade dan verhalen op de gemeente Zutphen? Aan welke rechter moet zij haar eis dan voorleggen?

Overheid veroorzaakt schade, burger (of bedrijf) wil schade vergoed zien, hoe zit het dan ook alweer? Hier is sprake van een onrechtmatige daad, dus hij kan de gemeente voor de burgerlijke rechter dagen en schadevergoeding vragen. maar wat we ook hebben gezien is dat je soms ook naar de bestuursrechter kan, voor schade die is veroorzaakt door de overheid. Dan gaat het om het zelfstandig schadebesluit, maar dan moet wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan: materiële en processuele connexiteit. De materiële connexiteit bepaalt of een beslissing omtrent schadevergoeding ook een besluit is, en de processuele connexiteit bepaalt of je dan vervolgens nog naar de bestuursrechter kan. Zie ook de van Vlodropuitspraak: een beslissing omtrent schadevergoeding ter zake van onrechtmatig toegebrachte schade is een besluit, als aan die twee voorwaarden is voldaan. Je kunt naar de bestuursrechter als aan de processuele connexiteit is voldaan. Is er hier sprake van materiële connexiteit? Is de schade veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid? Daar is hier evident sprake van; er is een toezichthouder aan het werk. Dus als toezichthouders schade veroorzaken, dan is er sprake van materiële connexiteit, want sprake van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Is er ook processuele connexiteit? Dan moet de schade zijn veroorzaakt door een appellabel besluit en het opzij duwen van mensen is geen appellabel besluit, dat is gewoon een feitelijke handeling. Omdat er niet aan de processuele connexiteit is voldaan, is er geen rechtsgang bij de bestuursrechter tegen de beslissing omtrent schadevergoeding door de gemeente. Dus de Hanzehof kan alleen naar de burgerlijke rechter en moet dan de gemeente dagvaarden.

Vraag 3. Casus Hanzehof

Stel dat het college van B&W van Zutphen op de hoogte was van het ontbreken van de door de Hanzehof aangevraagde gebruiksvergunning. Door een personeelstekort op de afdeling Vergunningen was het college echter niet in staat de gebruiksvergunning tijdig te verlenen. Het college besluit daarom de situatie te gedogen zolang de gebruiksvergunning nog niet verleend is. Is deze beslissing om te gedogen rechtmatig?

Natuurlijk is het college hiervan op de hoogte. Antwoord: gedogen is per definitie een uitzondering op de beginselplicht tot handhaving, althans men voldoet niet aan de beginselplicht, dus moet voldaan zijn aan de vereisten die daarvoor gelden, anders moet gewoon gehandhaafd worden. Is er aan één van deze situaties voldaan, want dan kan worden afgezien van handhaving. Is er concreet zicht op legalisatie? Dus dat de verbruiksvergunning wel is verleend, die vergunning is er nog niet, dus is er alleen sprake van legalisatie als je op korte termijn kunt verwachten dat de verbruiksvergunning wordt verleend. Dat er een ontvankelijke aanvraag is gedaan, is wel relevant (anders kan er überhaupt geen zicht zijn op legalisatie), maar dat is nog niet genoeg. De vergunning moet ook nog op korte termijn worden afgegeven. Daarvan is in de casus geen sprake, dat kan nog een hele tijd duren, dus geen *concreet* zicht op legalisatie. Dan is er nog een restbeginsel van toepassing: is er vertrouwen gewekt bij de Hazehof dat niet zal worden gehandhaafd, zijn er gelijke theaters in gelijke posities anders behandeld? Daar is in de casus geen sprake van en in het algemeen kom je daar ook niet verder mee. Dat is wel het geval bij bagatelovertradingen, van kleine overtradingen. Maar daar is niet aan voldaan. Dus: er is niet voldaan aan het vereiste van de beginselplicht, er is geen uitzondering op de beginselplicht. Dus dan mag je niet gedogen, maar moet je handhaven. Dus moet de tent gesloten worden (bestuursdwang). Je kunt ook in plaats daarvan een last onder dwangsom opleggen (u verbeurt een dwangsom iedere keer dat u open bent terwijl u geen gebruiksvergunning heeft). Bestuursdwang ligt hier meer voor de hand, dus de tent sluiten, totdat u wel die vergunning heeft.

Vraag 4. Volgens de jurisprudentie kunnen eventuele derde-belanghebbenden tegen een schriftelijke gedoogverklaring bezwaar en beroep instellen, maar kan een overtreder tegen een schriftelijke weigering een gedoogverklaring te geven in beginsel geen bezwaar en beroep instellen.

Hoe valt dit te verklaren vanuit de systematiek van de Awb?

Eigenlijk valt het niet goed binnen de systematiek uit de Awb. Daarom spreken we ook van een strategisch besluit en wel een strategische beschikking, de rechtspraak heeft hier een besluit in willen zien en dat moet de rechtspraak alleen doen als de wet daar geen aanknopingspunten voor biedt. Want anders zou je immers op basis van de wet al kunnen zeggen dat er sprake is van een beschikking. Strategische besluiten zijn nou juist die besluiten die eigenlijk geen besluiten zijn, maar waarvan de rechtspraak zegt: we zien dit toch als een besluit, namelijk om een rechtsgang te bieden. Dit zou normaal geen besluit zijn, omdat het geen rechtsgevolg heeft, dus is het ook geen besluit in de zin van 1:3 lid 1 Awb. Maar omdat onder omstandigheden de bestuursrechter toch rechtsbescherming wil bieden, een rechtsgang wil openen, heeft hij ervoor gekozen er toch een besluit in te zien. Maar dit past dus juist niet in de systematiek van de Awb. als een derde-belanghebbende vraagt om handhaving, dan past het wel in de systematiek. Want als een bestuursorgaan dan zegt: nee, wij gaan gedogen, dan is dat de afwijzing van een aanvraag en dat is gewoon 1:3 lid 2, dus een beschikking. Dus twee situaties: een derde-belanghebbende vraagt om een sanctie en de overtreder vraagt om niet handhaving. Als die eerste dat vraagt, en bestuursorgaan zegt dat die overtreder toch gedoogd gaat worden, dan is er sprake van afwijzing van een aanvraag (1:3 lid 2) en die wordt gelijkgesteld met een beschikking. Maar als de overtreder vraagt om niet-handhaving, dan is de beslissing van: ok, we gaan niet handhaven GEEN besluit, want hij vraagt niet om een rechtshandeling, hij vraagt juist om NIET een rechtshandeling te verrichten en dat valt niet onder 1:3 lid 2.

Bijeenkomst 13: Handhaving II. Hoogleraar: dhr. Zijlstra

Hoorcollege:

Er is een beginselplicht tot handhaving d.m.v. herstelsancties. Herstelsanctie is bv de last onder dwangsom. Bij de handhaving in enge zin gaat het om het opleggen van sancties of als ervan wordt afgezien. De soorten sancties die er zijn: herstelsancties (5:2 lid 1 sub b Awb) en bestraffende (punitieve) sancties (5:2 lid 1 sub c Awb). Herstelsancties richten zich op herstel van de rechtmatige

situatie en richt zich op de *overtreding*. Bestraffende sancties richten zich op de *overtreder*. Het geeft leedtoevoeging aan de overtreder en is gericht op zowel speciale als generale preventie. Het oogmerk van de sanctie (waar de sanctie op is gericht) bepaalt dus van welke soort sanctie sprake is. Het onderscheid is van groot belang. Herstelsancties mag je niet gebruiken om te bestraffen (het mag niet voor een ander doel worden gebruikt dan waarop het gericht is, anders wordt art. 3:3 Awb overtreden), en vice versa. Ook is het onderscheid van belang voor de vraag of cumulatie is toegestaan (of ter zake van één overtreiding meerdere sancties mogen worden opgelegd). Soms stapt de gemeente, in plaats van een sanctie op te leggen, naar de burgerlijke rechter. Als de overheid naar de burgerlijke rechter stapt om de burger te dwingen een overtreiding ongedaan te maken, dan moet je de Windmillcriteria gebruiken! Doorkruisingsleer: De overheid maakt dan immers gebruik van een privaatrechtelijke weg, terwijl de publiekrechtelijke weg (waaronder de bestuursrechtelijke weg) ook mogelijk was. Dan moet je meteen denken aan het Windmillarrest.

Onder de **herstelsancties** vallen:

- Last onder bestuursdwang (Afdeling 5.3.1 Awb)
- Last onder dwangsom (Afdeling 5.3.2 Awb)
- Intrekken begunstigende beschikking (onder omstandigheden)

De **bestraffende** sancties bestaan uit:

- Bestuurlijke boete (Titel 5.4 Awb)
- Intrekken begunstigende beschikking (onder omstandigheden)
- Berisping en financiële sancties ambtenarenrecht

Denk aan vorige week, daar zijn de denkstappen gegeven bij sancties (bij iedere sanctie moeten deze denkstappen worden doorlopen), nog een herhaling:

1. Possibiliteit of mogelijkheid: is er sprake van een overtreiding, en bestaat er een bevoegdheid tot sanctioneren?;

2. Opportuniteit: als er een bevoegdheid is gegeven, moet er dan worden gesanctioneerd (moet de bevoegdheid gebruikt worden) of kan daarvan worden afgezien?

3. Maatvoering: als er wordt gesanctioneerd, wat zijn dan de procedurele eisen, evenredigheid bij de keuze voor het soort sanctie en de hoogte/zwaarte, overige eisen sanctiebesluit?

De last onder bestuursdwang: staat veel over in de wet, net als de andere herstelsancties. Op het tentamen zul je bv een vraag krijgen als: een bestuursorgaan legt een bepaalde sanctie op en mag dat? Dan kun je alvast criteria uit de wet gaan afvinken. Zie ook het boek. Last onder bestuursdwang is een herstelsanctie (zie 5:2 Awb), dus gericht op herstellen van de rechtmatige situatie. ook kijken in 5:21 Awb. bv: er staat een schuur in een tuin, is gebouwd zonder omgevingsvergunning. Wat is dan de rechtmatige situatie? Dat die schuur er niet staat. Dus herstellen door schuur weg te halen. Last onder bestuursdwang houdt in: er wordt gezegd: ik leg u een last op onder bestuursdwang, maak de overtreiding ongedaan, binnen een door ons gestelde termijn en als jij dat niet doet, dan doen wij het op jouw kosten. Daarbij horen een aantal accessoire bevoegdheden (bijkomende bevoegdheden), die staan in art. 5:27 e.v. zo kan er worden binnengetroten enz. en zaken meegenomen (zoals auto wegslepen). Dus bij bestuursdwang zijn er een aantal bijkomende bevoegdheden. Nu gaan we de denkstappen toepassen op de **last onder bestuursdwang:**

1. Possibiliteit:

- Is er een overtreiding (art. 5:1 en art. 5:21 jo 5:2 Awb)? zonder overtreiding kun je niet sanctioneren.

- Wettelijke bevoegdheid (art. 5:4 lid 1 Awb). er moet een wettelijke bevoegdheid zijn om de bestuursdwang op te leggen, om de last op te leggen. De Awb geeft die bevoegdheid zelf niet, dus die moet in een bijzondere wet staan. Die mag ook in een algemene bijzondere wet staan, zoals de Gemeentewet en Waterschapswet en Provinciewet. Dat zijn wetten die allemaal aan de bestuurder van de openbare lichamen een algemene bestuursdwangbevoegdheid geven. Zie bv art. 125 van de Gemeentewet, die geeft aan het college van B & W bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen ter zake van de voorschriften die zij uitvoeren en geeft die bevoegdheid ook aan bv de burgemeester.

- Rechtvaardigingsgrond (art. 5:5 Awb): Mag geen herstelsanctie opleggen als er een rechtvaardigingsgrond is (want een rechtvaardigingsgrond ontnemt de wederrechtelijkheid, en als er geen wederrechtelijkheid is, is er ook geen overtreiding en als er geen overtreiding is, kun je ook niet sanctioneren).

- Cumulatie (art. 5:6 Awb): er zijn problemen met cumulatie met andere herstelsancties, bv de dwangsom (zie 5:6).

- Preventief gebruik (art. 5:7 Awb): er is de mogelijkheid van preventief gebruik, dat is de uitzondering op het vereiste van een overtreding. Want als je preventief optreedt, dan wil je een overtreding voorkomen en is er dus nog geen overtreding. Art 5:7 maakt het mogelijk dat als het gevaar voor een overtreding (dus er is nog geen overtreding) klaarblijkelijk wordt bedreigd, dat er dan al een herstelsanctie kan worden opgelegd. Maar dit is wel geclausuleerd tot het gevaar voor een overtreding! Dat gevaar moet *klaarblijkelijk* dreigen. Bv als het vrijwel zeker is dat op korte termijn een overtreding zal plaatsvinden.

2. Opportuniteit: als er een bevoegdheid tot opleggen van een herstelsanctie bestaat, dan geldt de beginselplicht tot handhaving, sanctionering. Dan is er alleen ruimte om daarvan af te zien (en dus te gedogen) als aan de criteria van die beginselplicht is voldaan, zie de uitzonderingen. Dus: Beginselplicht tot handhaving/sanctionering, behoudens ruimte om te gedogen.

3. Maatvoering:

Zorgvuldige procedure en eisen aan het sanctiebesluit

- *Er is sprake van een beschikking (art. 5:9 Awb), dus hoofdstuk 4 en 3 Awb zijn van toepassing*: de oplegging van last onder bestuursdwang is een beschikking. Alle sancties zijn beschikkingen, voor zover ze bestuursrechtelijk zijn! de bepalingen die van toepassing zijn op besluiten en beschikkingen, zijn dan ook van toepassing. Hoofdstuk twee is altijd van toepassing op handelingen van bestuursorganen, hoofdstuk drie gaat over besluiten, dus beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing en titel 4.1 is van toepassing.

- *Vermelding overtreden voorschriften (art. 5:9 sub a Awb).*

- *Vermelding feitelijke overtreding; aanduiding waar overtreding is geconstateerd en tijdstip (art. 5:9 sub b Awb).*

- *Vermelding van de grondslag van de bevoegdheid tot oplegging last onder bestuursdwang (art. 3:47 lid 2 Awb).*

- *Omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen (art. 5:24 lid 1 Awb)*: dus moet bv worden vermeld dat de auto wordt weggesleept, of de schuur verwijderd, als je nu niet zelf de overtreding ongedaan maakt (binnen de begunstigingstermijn). Lastig met milieuovertredingen, dan moet er precies omschreven worden wat er precies overschreden is en wat de gevolgen zullen zijn.

- *Vermelding begunstigingstermijn (art. 5:24 lid 2 Awb), tenzij vereiste spoed zich hiertegen verzet (art. 5:31 lid 1 Awb)*. de overtreder krijgt een termijn waarbinnen hij de overtreding zelf ongedaan kan maken. Dan kies je eieren voor je geld. Het algemeen belang kan vorderen dat er geen begunstigingstermijn wordt gegeven. Bij sommige overtredingen kan het niet, als de vereiste spoed zich daartegen verzet.

- *Vermelding kostenverhaal (art. 5:25 lid 2 Awb)*. bestuursdwang geschiedt op kosten van de overtreder. Let goed op dat je de overtreder en degene die de overtreding ongedaan kan maken, niet door elkaar haalt. Vaak is het dezelfde persoon, maar soms ook niet. bv: hebt dakkapel die zonder vergunning is aangebracht en dat wist je niet toen je het huis kocht. Dan staat er een dakkapel op je huis zonder vergunning. Wie heeft het in zijn macht om dit ongedaan te maken? (ongedaan maken is hier: de dakkapel weghalen) de nieuwe eigenaar. Maar de vorige eigenaar heeft het dak gebouwd! Overtreder is dus de vorige eigenaar en degene die het in zijn macht heeft om de overtreding ongedaan te maken, is de nieuwe eigenaar. De last onder bestuursdwang wordt opgelegd aan *degene die de overtreding ongedaan kan maken* (in dit geval dus de nieuwe eigenaar). Maar de kosten kunnen alleen worden verhaald op de *overtreder* (in dit geval dus de vorige eigenaar).

- *Bekendmaking last aan overtreder, rechthebbenden op gebruik zaak en aanvrager (art. 5:24 lid 3 Awb)*. Als er andere rechthebbenden zijn, dan moet de last ook aan hen worden bekendgemaakt, net als de aanvrager (bv buurman) die bestuursdwang aanvraagt).

De bijkomende bevoegdheden (art. 5:27-5:30 Awb): als betrokkene zelf overtreding niet ongedaan maakt, dan komen er feitelijke maatregelen aan te pas (de feitelijke uitvoering: dan komen er echt bulldozers), maar dit zijn geen besluiten, dus de beginselen van behoorlijk bestuur zijn niet rechtsreeks van toepassing, maar dan heb je de schakelbepaling van 3:1 lid 2 Awb!! proportionaliteit speelt daarbij een rol. Bij proportionaliteit (evenredigheidsbeginsel) brengt het Maxis en Praxis-arrest mee dat de rechter bestuurshandelingen over het algemeen niet volledig toetst aan het evenredigheidsbeginsel, maar marginaal. Dat geldt voor herstelsancties. Geldt niet voor punitieve sancties. De vraag bv of en zo ja hoe de last moet worden opgelegd enz (de vragen van proportionaliteit), toetst de rechter

allemaal marginaal. Bv: iemand stookt allemaal rotzooi in zijn inrichting (bedrijf) en krijgt last onder bestuursdwang waarin staat: ten eerste moet hij stoppen met het stoken en ten tweede moet hij het rookkanaal, waarmee de rook het milieu in komt, dicht stoppen. Dus de last onder bestuursdwang vermeldt de maatregel, wat hij moet doen. Dan zegt de Afdeling: als je een last onder bestuursdwang oplegt, met daarin dat je opgeeft dat hij moet stoppen met die rook te publiceren, dan is het disproportioneel om ook nog te verplichten om het rookkanaal dicht te doen. Want als hij het eerste doet, is het tweede niet meer nodig. dus: Feitelijke uitoefening bestuursdwang via art. 3:1 lid 2 Awb en art. 3:14 BW onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: belangrijk: proportionaliteit van de te treffen maatregelen.

De last onder dwangsom: dan probeer je door een financiële prikkel betrokkene ervan te weerhouden door te gaan met de overtreding, of de overtreding te herhalen. Dus door je geld af te pakken. Als na de begunstigingstermijn nog steeds overtreding doorgaat, dan verbeurt de overtreder (last onder dwangsom kan alleen aan de overtreder worden gegeven) een dwangsom. **Herstelsancties zijn nooit criminal charges! Dus ook de last onder dwangsom niet!** als bestuursorgaan zo'n last onder dwangsom toch punitief gebruikt (bv: hij zegt: je krijgt voor 20000 euro een dwangsom: 10000 om de overtreding ongedaan te maken en 10000 om te zorgen dat u het niet nog eens doet), dan is dat in strijd met het karakter van de herstelsanctie en is het détournement de pouvoir. Nu de denkstappen toepassen op de last onder dwangsom:

1. Possibiliteit:

- *Is er een overtreding (art. 5:1 en art. 5:31d jo 5:2 Awb)?* er moet een overtreding zijn, dat geldt voor alle sancties.

- *Wettelijke bevoegdheid (art. 5:4 lid 1 Awb). Indien bevoegd tot oplegging last onder bestuursdwang, dan ook bevoegd tot oplegging last onder dwangsom (art. 5:32 lid 1 Awb).* als een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om een last onder bestuursdwang op te leggen, dan mag hij in plaats daarvan ook een last onder dwangsom opleggen. Kan een lager voorschrift dan bepalen dat er een last onder dwangsom wordt opgelegd? Ja, want er staat hier niet: "tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.". Dus alle gemeentebesturen enz die een algemene bestuursdwangbevoegdheid hebben, kunnen ook een last onder dwangsom opleggen. En in bijzondere wetten is soms ook de bestuursdwangbevoegdheid opgelegd, en die mogen dan ook dwangsom opleggen. Soms zie je nog in de bijzondere wet dat alleen een dwangsombevoegdheid bestaat en geen bestuursdwangbevoegdheid.

- *Rechtvaardigingsgrond (art. 5:5 Awb):* geen last opleggen als er een rechtvaardigingsgrond is, want die ontnemt de wederrechtelijkheid en dan is er dus geen sprake van een overtreding en er moet juist bij sancties een overtreding zijn.

- *Cumulatie (art. 5:6 Awb):* er mag niet een andere herstelsanctie lopen.

- *Preventief gebruik (art. 5:7 Awb):* ook hier geldt: je kunt een dwangsom preventief gebruiken, als er een klaarblijkelijk gevaar van een overtreding dreigt.

2. opportuniteit. Weer geldt de beginselplicht, behoudens ruimte om te gedogen. Maar bij de dwangsom speelt nog een ander punt van opportuniteit: Artikel 5:32 lid 2 Awb: Voor een last onder dwangsom wordt niet gekozen, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet. Als we een dwangsom opleggen, dan betekent het dat we een periode accepteren waarin we zeggen: gelieve geen overtreding te plegen en als je het toch doet, ben je geldt kwijt. Het kan natuurlijk gebeuren dat het algemeen belang niet kan leien dat het doorgaat, denk aan de uitzondering op de begunstigingstermijn bij de last onder bestuursdwang. Dus dit tweede punt is een extra vraag van opportuniteit als het gaat om de verhouding tussen bestuursdwang en dwangsom.

3. maatvoering:

Zorgvuldige procedure en eisen aan het sanctiebesluit

- *Er is sprake van een beschikking (art. 5:9 Awb), dus hoofdstuk 4 en 3 Awb zijn van toepassing.* Ook de last onder dwangsom is een beschikking, dus hoofdstuk twee is weer van toepassing, en hoofdstuk drie en hoofdstuk 4.

- *Vermelding overtreden voorschriften (art. 5:9 sub a Awb).* zelfde als bestuursdwang.

- *Vermelding feitelijke overtreding; aanduiding waar overtreding is geconstateerd en tijdstip (art. 5:9 sub b Awb).* zelfde als bij bestuursdwang.

- *Vermelding van de grondslag van de bevoegdheid tot oplegging last onder dwangsom (zie art. 3:47 lid 2 Awb).*

- Last onder dwangsom kan alleen aan de overtreder worden opgelegd (art. 5:32 lid 1 Awb)! en dus niet aan degene die het in zijn macht heeft om de overtreding ongedaan te maken, zoals bij bestuursdwang het geval is. Bij bestuursdwang immers komt de last zelf toe aan degene die het in zijn macht heeft om de overtreding ongedaan te maken en worden de kosten verhaald op de overtreder. Maar in geval van dwangsom kan het alleen aan de overtreder worden opgelegd. Dus in het geval van de dakkapel, kan de dwangsom niet worden opgelegd aan de nieuwe eigenaar.

- *Omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen* (art. 5:32a lid 1 Awb).

- *Vermelding begunstigingstermijn* (art. 5:32a lid 2 Awb). periode waarin geen dwangsom verschuldigd is, als er toch een overtreding is. Dat geldt niet als het gaat om overtredingen die steeds herhaald worden (bv als iemand één keer per maand iets stouts doet), dan hoeft geen begunstigingstermijn.

- *Dwangsom vastgesteld op bedrag ineens, per overtreding of per tijdseenheid* (art. 5:32b lid 1).

- *Vermelding maximum bedrag* (art. 5:32b lid 2 Awb). dat moet staan in de beschikking die de last onder dwangsom bevat. Het is een maximum bedrag, waarboven geen dwangsom verschuldigd is. De gedachte is dat het bestuursorgaan zich bij het opleggen van last onder dwangsom moet afvragen wanneer de maat vol is en hij steviger gaat ingrijpen. De financiële prikkel van de dwangsom moet hoog genoeg zijn, maar toch kun je het verkeerd inschatten. Als bv na tien keer de dwangsom te hebben geïnd, het maximumbedrag is bereikt, dan wordt de dwangsom ingetrokken en moet er een andere maatregel worden genomen, hetzij een nieuwe last onder dwangsom, hetzij een last onder bestuursdwang (zo van: je krijgt nog een begunstigingstermijn en daarna is het afgelopen, dan komen wij het ongedaan voor je maken).

Evenredigheid

-*Evenredigheid van de hoogte van de dwangsom* (art. 5:32b lid 3 Awb), *de lengte van de begunstigingstermijn* (art. 3:4 lid 2 Awb). hoogte moet afgestemd zijn op de overtreding en de mate waarin je kunt verwachten dat de overtreder financieel geprikkeld wordt. Ook dit toetst de rechter marginaal.

Bij de last onder dwangsom is de uitvoering het innen van de dwangsom, bij de last onder bestuursdwang is de uitvoering dat de overheid het zelf ongedaan gaat maken. Bestuursorganen zien af van handhaving soms omdat ze de capaciteit niet hebben, soms ook om andere redenen. De facto gedogen: als ze wel een last onder dwangsom opleggen, maar die niet innen. Dus: *Overige aspecten:*

- Invordering (art. 5:10 lid 2 Awb; art. 5:37 Awb).
- Verjaring (art. 5:35 Awb).
- Opheffing en opschorting (art. 5:34 Awb).

Bestuurlijke boete: is een punitieve sanctie, dus geen herstelsanctie. Gericht op leedtoevoeging aan de overtreder met het oog op speciale en generale preventie. Het gaat om oplegging van een boete door een bestuursorgaan, dus niet door een rechter. zie titel 5.4 Awb en art, 5:40 Awb. bestuurlijke boete bestaat al vrij lang in belastingrecht. Als je te laat belasting aanvraagt, dan kan er een verzuimboete aan je worden opgelegd. Maar als je aangifte onjuist is, dan kan de inspecteur ook een vergrijpboete opleggen en dat kan oplopen tot meer dan 100% van de aanvraag. Sinds de Wet Mulder komt een bestuurlijke boete veel voor. Vroeger, als je bv door rood licht reed, dan kreeg je een transactievoorstel waarin bv stond; we hebben geconstateerd dat u door rood licht reed, wij doen u een voorstel van 50 gulden en dan is het afgedaan, gaat u hier niet mee akkoord, dan kunt u het laten voorkomen en dan eisen wij 80 gulden. Als je niet betaalde, kwam de zaak automatisch voor de strafrechter. En vaak kwamen mensen niet opdagen, was gekkenwerk. Dus mensen lieten het transactievoorstel voor wat het was en bij verstek werden ze dan veroordeeld tot 80 gulden en hadden ook nog hoger beroep en cassatie. Toen heeft Mulder bedacht: we draaien het om. Als je stilzit, we gaan niet doen dat er dan geen strafzaak van komt (zoals vroeger), maar: als je stilzit, verlies je een recht. Constructie: als je door rood rijdt, krijg je een boetebeschikking en als je daar niks tegen doet, dan krijgt het formele rechtskracht. Je kunt administratief beroep instellen bij de ovj en die beslist daarop en daartegen kun je naar de kantonrechter. Maar als je niks onderneemt, moet je gewoon de boete betalen, dat is aantrekkelijk. Wet Mulder is een groot succes. Dat smaakte naar meer, sinds de invoering is in allerlei wetgeving de bestuurlijke boete ingevoerd (bv Mediawet, Viswet, Mededingingswet). Wordt vaak gekozen voor bestuurlijke boete. Je verliest je recht als je niet binnen de zes termijnen reageert

(termijnoverschrijding). Ga je dan naar de burgerlijke rechter, dan zal die zeggen: formele rechtskracht (ookal is er evident strijd met een wet bv). En als je het binnen/tijdens de termijn doet, dan geldt de voorrangsregel. Motieven voor invoering bestuurlijke boete: verkleining werklast van de rechterlijke macht enz. **de bestuurlijke boete is een criminal charge! Dus de waarborgen gelden voor de bestuurlijke boete!** Strafrecht doet het met de OM-afdoening. Dan leggen ze een strafbeschikking op, i.p.v. de transactie. Dat is een verbestuurlijking van het strafrecht en het invoeren van een bestuurlijke boete is zo ongeveer het omgekeerde. De denkstappen toegepast op de bestuurlijke boete:

1. Possibiliteit:

- *Is er een overtreding (art. 5:1 en art. 5:2 Awb)?* er moet natuurlijk een overtreding zijn
- *Wettelijke bevoegdheid tot oplegging boete (art. 5:4 lid 1 Awb) en overtreding en sanctie moeten zijn omschreven bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift (nulla poena, art. 5:4 lid 2 Awb).* de bevoegdheid moet in de bijzondere wet staan en daar moeten ook de overtreding en sanctie zijn omschreven. Nulla-poenabeginsel geldt ook voor de bestuurlijke boete, voortvloeiend uit art. 6 en 7 EVRM en en 14 en 15 IVBPR, 5:4 lid 2 Awb.
- *Rechtvaardigingsgrond (art. 5:5 Awb).* hier weer hetzelfde: niet opleggen als er een rechtvaardigingsgrond is, want die neemt de wederrechtelijkheid weg en dan is er geen overtreding en die moet er juist wel zijn.
- *Verwijtbaarheid (art. 5:41 Awb).* anders dan bij de herstelsancties speelt hier de verwijtbaarheid een rol! Want we leggen geen straffen op zonder schuld (zeker niet nu het om leedtoevoeging gaat). Verwijtbaarheid wordt vaak gewoon maar aangenomen.
- *Overtreder overleden (art. 5:42 Awb).* als je dood bent, kan er geen boete worden opgelegd.
- *Verjaring (art. 5:45 Awb).* na enige tijd kan geen boete meer worden opgelegd.
- *Ne bis in idem* (andere bestuurlijke boete, art. 5:43 Awb; strafrechtelijke vervolging, art. 5:44 en 5:47 Awb en art. 243 lid 2 Sv). speelt t.a.v. strafrechtelijke sancties, maar ook bij andere bestuurlijke sancties. Een overtreding wordt dus soms bedreigd met een bestuurlijke en een strafrechtelijke sanctie. De overheid moet dan kiezen tussen de bestuurlijke boeteweg en de strafrechtelijke weg.

2. Opportuniteit: let op! De beginselplicht geldt voor herstelsancties, NIET voor bestraffende (punitieve) sancties en geldt dus ook niet voor de bestuurlijke boete! Het is dus NIET zo dat een bestuursorgaan dan een bestuurlijke boete kan opleggen, dat ook moet doen. Toch zijn er wetten die het wel verplichten.

3. Maatvoering:

Zorgvuldige procedure en eisen aan het sanctiebesluit

- *Er is sprake van een beschikking (art. 5:9 Awb), dus hoofdstuk 4 en 3 Awb zijn van toepassing.*
- *Vermelding overtreden voorschriften (art. 5:9 sub a Awb).* wederom is er sprake van een beschikking, dus die hoofdstukken zijn van toepassing.
- *Vermelding feitelijke overtreding; aanduiding waar overtreding is geconstateerd en tijdstip (art. 5:9 sub b Awb).*
- *Vermelding van de grondslag van de bevoegdheid tot oplegging bestuurlijke boete (zie art. 3:47 lid 2 Awb).*
- *Zwijgrecht en cautie (art. 5:10a Awb).* op moment dat er reden van schuld is aan een beboetbaar feit, moet de verdachte/ betrokkene worden gewezen op zijn zwijgrecht en moet de cautie worden gegeven.
- *Procedure: afdeling 5.4.2. Awb.*

Hoogte van de boete

- *Maximum boete wettelijk bepaald (art. 5:46 lid 1 Awb).* maximum van de boete is soms wettelijk bepaald.
- *Evenredigheid (art. 5:46 lid 2 Awb), zelfs in geval van gefixeerde boete (art. 5:46 lid 3 Awb).* maximum van de boete is soms wettelijk bepaald, maar uit art. 6 en 7 EVRM (criminal charge!) volgt dat de rechter volledig moet toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. En omdat die artikelen boven de wet in formele zin gaan, moet dus ook als een wet in formele zin bepaalt welke boete moet worden opgelegd, dus een gefixeerde boete, dan nog geldt dat de rechter moet toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.

Overige aspecten

- *Invordering (art. 5:10 lid 2 Awb).*

Even iets over samenloop en cumulatie:

	Gedraging (G)	Norm (N)	Sanctie (S)
Normaal	G	-----◇ N	-----◇ S
a. Cumulatie zonder samenloop (1 gedraging schendt 1 norm, met meerdere sancties)	◇S1 G	-----◇ N1 { -----	-----
b. Cumulatie door samenloop (1 gedraging schendt 2* normen met ieder een sanctie) *of meer	◇S2	-----◇ N1-----◇S1 G { -----◇ N2-----	◇S2

Als iemand een bepaalde gedraging pleegt, kan het zijn dat hij met meerdere sancties wordt geconfronteerd. Normale situatie is dat je een gedraging pleegt die in strijd is met een norm, en aan die normschending is een sanctie verbonden. Dus één gedraging, één norm, één sanctie. Nu zijn er twee situaties waarbij bij één gedraging toch meerdere sancties kunnen worden opgelegd (we hebben het over cumulatie). De eerste is: als er geen samenloop is. Dan is er een gedraging, die schendt één norm, maar daar staan meerdere sancties op. Wat veel voorkomt, is dat op de overtreding van een wettelijk voorschrift, zowel een herstelsanctie als een punitieve sanctie staat, hetzij een bestuurlijke boete, hetzij een strafrechtelijke sanctie. Dat is cumulatie zonder samenloop. En wat is cumulatie door samenloop? Dat je één gedraging pleegt, die twee normen schendt, met ieder een sanctie en dan kunnen zich bij één van die twee normen ook weer een cumulatie voordoen, omdat er dan een herstelsanctie en een punitieve sanctie op wordt bedreigd. We hebben het ne bis in idembeginsel en het is van belang dat goed te laten zien. Wat zijn de regels bij cumulatie? Bij cumulatie *zonder* samenloop: bv: de gedraging wordt bedreigd met bestuursdwang, dan mag ook dwangsom worden opgelegd in plaats daarvan. Dan mag cumulatie niet plaatsvinden, je mag niet twee HERSTELsancties opleggen terzake van één overtreding. Maar het mag wel achter elkaar, dat is soms zelfs noodzakelijk. Maar cumulatie van een herstelsanctie en een punitieve sanctie is eigenlijk altijd mogelijk. Dat is ook logisch, omdat ze een verschillend oogmerk hebben. Je mag dus een gedraging bedreigen met twee verschillende strafsancties (herstelsanctie en punitieve sanctie). Bv: tentamenfraude. Als iemand informatie in wetboek schrijft (bv: schrijft de Windmillcriteria op), is verboden, wat zou dan een herstelsanctie zijn? het herstellen van de rechtmatige situatie (dus de situatie dat het wettelijk voorschrift niet werd overtreden). In dit geval zou dat dan zijn: de vraag over het Windmillarrest niet nakijken. Je kunt ook zeggen: het hele tentamen moet niet worden nagekeken, dat iemand een nul krijgt, dat kun je ook als herstelsanctie zien. Daar blijft het niet bij, zo'n overtreding wordt ook nog gestraft met maximaal een half jaar uitsluiting van tentamens. Dat is punitief, want daar herstel je niks mee (geldt als preventie). Als je hier alleen met een herstelsanctie zou bedreigen, kan de student denken: ik schrijf m'n wetboek vol, ik ga ervan uit dat ze niet nakijken en dan heb ik een voldoende. Wat is het ergste dat er kan gebeuren? Dat ik m'n tentamen niet haal, maar die zou ik zonder te spieken toch niet halen. Dus baat het niet dat schaadt het niet. als je alleen punitieve sanctie oplegt, dan denkt de student: ergste wat er kan gebeuren, is dat ik een half jaar geen tentamens mag maken, maar dan blijft die voldoende wel staan. Dan kun je denken: ik neem de gok, ik ga wel een half jaar naar het buitenland als ze me pakken, maar dan heb ik iig wel die voldoende. Om dit te voorkomen, om effectief handhavend op te treden, moet je altijd een gedraging bedreigen met en een punitieve sanctie en een herstelsanctie. Dat geldt ook voor bouwen van schuurtjes enz. wel moeten bij het veroordelen van de straf rekening worden gehouden met alle omstandigheden, maar dat betekent niet dat er niet gecumuleerd moet worden. Bij bestuurlijke boetes: die mogen NIET gecumuleerd worden, want dan geldt het ne bis in idem. Cumulatie van een bestuurlijke boete en een punitieve sanctie is uitgesloten (door 5:44 Awb). hoe zit het met cumulatie door samenloop? Bv: je zet een machine aan, die gevaarlijk is voor werknemers EN die veel lawaai maakt. Je overtreedt dan een bepaling uit de milieuwetgeving en een

bepaling uit de arbeidsomstandighedenwetgeving. Één keer een handeling, en twee keer een overtreding van verschillende voorschriften. Dan is cumulatie van alle sancties mogelijk.

Werkcollege:

Vraag 1. Uitspraak intrekking vergunning IJsselmeervisserij. Lees ABRvS 14 april 2004, JB 2004, 208.

a) De Afdeling oordeelt dat de tijdelijke intrekking geen punitieve sanctie is. Op grond van welke redenering komt de Afdeling tot dit oordeel?

Er is een visregeling, die geldt voor bevissing, ook voor IJsselmeer, iemand heeft teveel gevisst, dan wordt er een sanctie opgelegd: intrekking van visvergunning voor bepaalde periode (dan mag betrokkene niet vissen op IJsselmeer). Rechtbank zegt: dit is een punitieve sanctie, en dan ben ik verplicht vanwege de waarborgen die daarvoor gelden, om volledig te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. De afdeling kan zich daar niet mee verdedigen. Antwoord: zie r.o. 2.2: het gaat om het alsnog realiseren van de beoogte vangstbeperking. Het is een herstelsanctie. Omdat het een herstelsanctie is, en geen punitieve sanctie, heeft de rechtbank dan ook ten onrechte volledig getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Hij had marginaal moeten toetsen, want de hoogte van de herstelsanctie, hier het geval van de intrekking van een begunstigde beschikking, is een kwestie van marginale toetsing voor de rechter.

b) Maakt het voor de rechterlijke toetsing uit of een sanctie al dan niet valt aan te merken als een punitieve sanctie of *criminal charge*?

Ja, want dan geldt het vereiste uit 6 EVRM: de rechter moet de zwaarte van de bestraffende sanctie volledig toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, zelfs als de wet die sanctie fixeert (dus bv: als er in de wet staat: als je fraudeert met de bijstand krijg je een boete van X 1000 euro. Dan is dat een bestraffende sanctie, en toch moet de rechter, ookal heeft de wet die boete gefixeerd, dat volledig toetsen aan het evenredigheidsbeginsel).

Vraag 2. Lees casus de Hanzehof.

Een aantal dagen na de openingsavond krijgt de Hanzehof van het college een brief waarin staat dat de Hanzehof een dwangsom van 1000 euro verbeurt bij iedere keer dat zij haar deuren opent voor publiek (van meer dan vijftig personen tegelijk) zonder in bezit te zijn van een gebruiksvergunning.

Voldoet dit dwangsombesluit aan de eisen die de Awb hieraan stelt?

Dus dan moet je de denkstappen doorlopen die bij de last onder dwangsom horen. *Is er een overtreding* van een wettelijk voorschrift? Ja, namelijk art. 2.1.1 van de Brandveiligheidsverordening (want die zegt dat er een gebruiksvergunning moet zijn, alleen is die er niet). *Is er een bevoegdheid* om een last onder dwangsom op te leggen? Dan moet je eerst weten of er een bevoegdheid is om een last onder bestuursdwang op te leggen, tenzij de wet rechtstreeks de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom geeft (maar daar is hier geen sprake van). Het gaat hier om het gemeentebestuur en in art. 125 Gemeentewet staat dat het College van B&W een bevoegdheid hebben tot het opleggen van last onder bestuursdwang als het gaat om handhaven van voorschriften die het college uitvoert. Dus het is hier een algemene bestuursdwangbevoegdheid (o.b.v. 125 Gemeentewet). En dan zegt 5:32 lid 1 Awb dat het bestuursorgaan in plaats daarvan een last onder dwangsom geven. Dus: de wettelijke bevoegdheid is gegeven (o.g.v. 125 Gemeentewet jo 5:32 lid 1 Awb). *Is er een rechtvaardigingsgrond?* Blijkt niet uit de casus. *Is er een andere herstelsanctie opgelegd?* Nee, daar is ook geen sprake van, dus ook geen cumulatie. *Is er sprake van preventief gebruik?* In dit geval niet, want het gaat hier om een overtreding die is gepleegd. Er is al een overtreding. Preventief gebruik ziet alleen op de situaties dat er nog geen overtreding is. *Kunnen ze afzien van een last onder dwangsom opleggen?* Nee, er geldt de beginselplicht.. Wel de uitzonderingen nog even langslopen, ookal zijn er in de casus geen aanknopingspunten voor. Concreet zicht op legalisatie: hoe zou zich dat hier kunnen voordoen? Wat zou er dan in de casus moeten staan? Als er alsnog op voorzienbare korte tijd een vergunning zou komen. Want dat is legalisatie, dan is er geen overtreding meer. Maar moet wel concreet zicht zijn op die vergunning (alleen de aanvraag is niet genoeg). Dan naar de maatvoering: er is sprake van een beschikking, en al die vereisten moeten zijn vermeld. Het is een checklist, alles moet erin staan. En de casus zegt eigenlijk helemaal niks, dus is het bingo voor de Hanzehof. Last onder dwangsom kan alleen aan de *overtreder* worden opgelegd, dat is hier wel goed gegaan. De te nemen

herstelmaatregelen (verbeuren als meer dan 50 mensen binnenlaat), is ook helder. Is er een begunstigingstermijn gegeven? Nee, maar dat hoeft ook niet. want die begunstigingstermijn bij dwangsom hoef je niet te geven als er een zich steeds herhalende overtreding is (dus niet een continue overtreding). 5:32a lid 2: hier wordt geen overtreding ongedaan gemaakt, hier gaat het om herhaalde overtreding, gaat niet om continue overtreding (bv bouwen van een gebouw), hier zijn ze één keer per maand over en mogen dan niet meer dan 50 mensen binnenhebben, dan hoeft er geen begunstigingstermijn te worden gegeven bij dwangsom. En het maximumbedrag is ook niet vermeld, had wel gemeoten.

Vraag 3. Boer De Vries verzoekt het college van burgemeester en wethouders om toestemming voor het aanleggen van een noodmestbassin omdat in verband met langdurige regenval het uitrijden van mest niet mogelijk is. Het college wijst dit verzoek af. Twee weken later constateert een gemeentelijke toezichthouder dat op het erf van De Vries al het materiaal dat nodig is voor de aanleg van een noodbassin gereed ligt. Als hij De Vries om opheldering vraagt, antwoordt De Vries dat hij de afwijzing van het college naast zich neerlegt en spoedig zal starten met de aanleg van het noodbassin. De toezichthouder stelt het college hiervan op de hoogte en het college besluit boer De Vries een last onder dwangsom op te leggen om de overtreding van de Wet Milieubeheer die gepaard gaat met het aanleggen van een mestbassin zonder vergunning tegen te gaan. U kunt ervan uit gaan dat een vergunning vereist is.

Is het college bevoegd om een last onder dwangsom op te leggen?

Dit is een oude tentamenvraag. Let op! Als we vragen naar de bevoegdheid, dan vragen we dus naar de mogelijkheid! Wat hier moet opvallen, is dat er nog geen overtreding is! De norm is: gij zult geen noodmestbassin hebben. En de feitelijke situatie IS dat er geen overtreding is van het hebben van een noodmestbassin. Dus er is geen overtreding van de norm. Het is dus in overeenstemming met het wettelijk voorschrift. Kan er dan toch een herstelsanctie worden opgelegd? Ja, als er een klaarblijkelijk gevaar van een overtreding dreigt (5:7). Maar dan moet dat gevaar wel klaarblijkelijk dreigen. Dat moet je afleiden aan feitelijke omstandigheden: er liggen allemaal benodigdheden om de noodbassin wel aan te leggen en hij roept ook nog dat hij het zal aanleggen. Onder deze omstandigheden mag je aannemen dat aan 5:7 is voldaan. Er kan preventief een herstelsanctie worden opgelegd. Je kunt preventief een last onder bestuursdwang opleggen of een preventieve last onder dwangsom. Dus ja, dat mag.

Vraag 4. Een autofabrikant in de gemeente Amsterdam neemt een bepaalde machine in gebruik. Hierdoor wordt een wettelijk geluidsvoorschrift overtreden. Het college van B&W heeft de bevoegdheid om ten aanzien van deze overtreding zowel een last onder dwangsom als een bestuurlijke boete op te leggen. Het college besluit van beide bevoegdheden gebruik te maken en legt de autofabrikant een last onder dwangsom op alsook een bestuurlijke boete. De autofabrikant is het hier niet mee eens. Hij stelt dat het college niet tegelijkertijd zowel een last onder dwangsom als een bestuurlijke boete mag opleggen, omdat hij daardoor twee keer financieel wordt gestraft.

a) Hoe beoordeelt u de stelling van de autofabrikant?

Cumulatie van herstelsancties en strafsancties (punitieve sancties) is ALTIJD toegestaan, zowel bij samenloop als zonder samenloop. Hier gaat het om de situatie dat één gedraging één norm schendt, die met twee sancties wordt bedreigd. Dus cumulatie zonder samenloop. Dit is ook voor de hand liggend, want anders houden mensen zich niet aan de regels (denk ook aan het voorbeeld van tentamenfraude). Bestuurlijke boete is een strafsanctie en de last onder dwangsom is een herstelsanctie en cumulatie van strafsancties en herstelsancties zijn steeds toegestaan.

b) Stel dat het college ten aanzien van deze overtreding ook de bevoegdheid heeft een last onder bestuursdwang op te leggen. Mag die sanctie cumuleren met de last onder dwangsom?

Die bevoegdheid van bestuursdwang op te leggen heeft het college o.g.v. 125 Gemeentewet. De vraag is hier of het bestuursorgaan tegelijk een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom opleggen? Art. 5:6 Awb> cumulatie van herstelsancties (want het zijn allebei herstelsancties) is NIET toegestaan! Maar je kunt ze wel achter elkaar zetten. Dus: als de ene sanctie niet werkt (bv dwangsom) dan kun je die intrekken en bv een last onder bestuursdwang opleggen (of intrekken en een hogere dwangsom opleggen).

Bijeenkomst 14. Procesrecht I: beroep bij de bestuursrechter. Hoogleraar: Niels Jak

Hoorcollege:

Je kunt bezwaar en beroep instellen tegen besluiten, maar er zijn ook uitzonderingen. Hogere beroepsinstanties: Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State, College van Beroep van het Bedrijfsleven en Centrale Raad van Beroep. Bij de omvang van het geding moet de rechter een geschil beslechten tussen het bestuur en de burger. Het bestreden besluit staat centraal. Het bestreden besluit is de beslissing op bezwaar. Wie bepaalt de omvang van het geding? Daarvoor moet je kijken naar 8:69 lid 1 Awb. daaruit moet worden afgeleid dat hetgeen de eisende partij aan de orde stelt, wat hij aandraagt, meestal de burger, dat dat bepalend is voor de omvang van het geschil/geding (het bestuursrecht is steeds meer gericht op subjectieve rechtsbescherming van de burger, daarom is het ook logisch). Er zitten wel grenzen aan, dat is: dat de rechter alleen maar mag oordelen over de onderdelen van het bestreden besluit die door de burger zijn aangevallen. Dus: bv: stel, iemand vraagt een milieuvergunning aan en hij vraagt die milieuvergunning ook krijgt, maar dat er ook voorschriften aan zijn gebonden. Maar wat nu als de burger blij is dat hij de vergunning heeft gekregen, maar het niet eens is met één van de daaraan verbonden voorschriften? Dat hij het bv wel eens is over de voorschriften omtrent stank, maar niet eens is met de voorschriften omtrent geluid. Stel dat hij daar bezwaar tegen instelt en dat ongegrond wordt verklaard en vervolgens gaat hij daartegen in beroep, en dan klaagt hij bij de rechter alleen nog maar over het onderdeel dat gaat over geluid. Dan mag de rechter niet meer uit zichzelf ook iets gaan zeggen over het voorschrift dat gaat over stank. Dus als de rechter denkt: dat voorschrift over stank deugt ook niet en daarom vernietig ik het besluit, dat mag de rechter niet doen. Dan zou hij treden buiten de omvang van het geschil, want de rechter mag zich alleen maar beperken tot die onderdelen van het besluit, die door de burger zijn aangevallen. Vergunningvoorschriften zijn onderdelen van het besluit. Ander belangrijk punt is het verbod van reformatio in peius: als de burger in beroep gaat bij de rechter, mag hij er in principe niet slechter op worden. Je mag door het instellen van beroep niet in een slechtere positie komen, dan je was op het moment dat je de beslissing op bezwaar kreeg (daar ga je nu juist tegen in beroep). Wel kan dit beginsel soms doorbroken worden.

Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: zie 8:69 lid 2 Awb. aanvullen van rechtsgronden is een *verplichting*. De rechter moet het doen. Wat moet je je voorstellen bij aanvullen van rechtsgronden? Als een rechtszoekende een beroepsschrift opstelt, dan schrijft hij daar allemaal argumenten in op waarom hij het niet eens is met het besluit (op bezwaarschrift). Die redenen noemen we gronden. Maar die redenen hoeven nog geen juridisch karakter te hebben. Dus stel, iemand heeft een vergunning aangevraagd, en komt uiteindelijk bij de rechter en zegt: vergunning is ten onrechte geweigerd, want ik was een aantal weken op het gemeentehuis en de ambtenaar daar zei dat ik die vergunning zou krijgen. In dat geval zal de rechter de rechtsgronden aanvullen, en zal zeggen: u bedoelt een beroep te doen op het vertrouwensbeginsel. Met aanvulling van de rechtsgronden: helpt de rechter de burger een handje om zijn argumenten te vertalen in (juridische) rechtsgronden. Van belang is dat de rechter alleen rechtsgronden mag aanvullen die binnen de omvang van het geding vallen, dus binnen hetgeen door de burger wordt aangedragen en daarbuiten niet. dat is anders als het gaat om:

Ambtshalve toetsing: dan is het anders. In beginsel wordt het geding afgebakend door het hetgeen door partijen is afgebakend. Uitzondering is er als er regels zijn van openbare orde. Dus rechtsregels die betrekking hebben op de belangen van partijen waarover zij zelf niet mogen beslissen. Waarom niet? omdat er hogere belangen mee gediend zijn (bv regels over bevoegdheid van de rechter en over ontvankelijkheid. Die regels moet de rechter steeds *ambtshalve* toetsen, ookal heeft geen enkele partij daar een beroep op gedaan). De rechter mag dus ook buiten de omvang van het geschil treden, als hij toetst aan regels van openbare orde. De regels over de rechterlijke bevoegdheid en de regels over de ontvankelijkheid vallen iig over regels van openbare orde. Rechterlijke bevoegdheid: dan zal de rechter zelf toetsen of hij wel het bevoegde college is, of dat wellicht een andere bestuursrechter bevoegd is, of dat de burgerlijke rechter bevoegd is. Ontvankelijkheid: heeft de burger wel de juiste voorprocedure gevolgd? Is hij wel eerst in bezwaar gegaan als dat moest, en daarna in beroep? Want als hij de bezwaarfase heeft overgeslagen en meteen in beroep is gegaan, dan is hij niet-ontvankelijk. Hieronder valt ook de vraag naar de beroepstermijn en of de burger wel belanghebbende is en of hij wel procesbelang heeft. Andere ontvankelijkheidsvraag is of de burger wel terecht ontvankelijk is

verklaard in zijn bezwaar. Stel nu dat iemand te laat zijn bezwaarschrift heeft ingediend, en het bestuursorgaan desondanks zijn bezwaarschrift toch heeft behandeld. Als bestuursorgaan dat bezwaar ongegrond heeft verklaard en de burger stelt dan beroep in, dan zal de rechter zeggen: u bent nu wel hier, maar ik constateer dat u uw bezwaarschrift te laat heeft ingediend destijds. Rechter zal dan zeggen: uw beroep is gegrond, ik vernietig het bestreden besluit, en ik doe wat het bestuursorgaan destijds had moeten doen: ik verklaar het bezwaarschrift niet-ontvankelijk. Maar dan kom je in de knoel met verbod van reformatio in peus. Maar dit is toch toegestaan. Hier zie je dat als (ambtshalve) aan openbare regels wordt getoetst (zoals de vraag naar de ontvankelijkheid), maar die regels komen in strijd met verbod van reformatio in peius, dan is dat toegestaan. Ook van belang: alle elementen van het besluitbegrip zijn van openbare orde. als bezwaar is ingediend tegen handeling die geen besluit is, maar het bestuursorgaan heeft dat over het hoofd gezien, dan zal de rechter zeggen: nee, het besluit had niet-ontvankelijk moeten worden verklaard of zelfs niet in behandeling mogen worden genomen, want de handeling waartegen u destijds bezwaar tegen heeft ingediend, was überhaupt geen besluit. Dus de rechter zal zelfstandig nagaan of wel sprake is van bv een rechtshandeling van een bestuursorgaan. vaststaat dat regels over attributie, mandaat en delegatie, de vraag of die wel correct zijn, dat ook dat vragen van openbare orde zijn. regels die NIET van openbare orde zijn: formele voorschriften en beginselen, zoals beginselen van hoor- en motiveringsbeginselen. Standaardvoorbeeld van het niet horen in bezwaar: art. 7:2 Awb> in beginsel moet belanghebbende worden gehoord voordat beslissing op bezwaar wordt genomen. stelt dat bestuursorgaan dat verzuimt en iemand gaat in beroep. Mag de bestuursrechter dan zelfstandig toetsen of iemand ten onrechte niet in bezwaar is gehoord, *zonder* dat de burger daar zelf over klaagt? Nee, want hoorplicht uit 7:2 Awb is niet van openbare orde, dus de rechter zal buiten de omvang van het geschil treden als hij dan toch zelfstandig onderzoek daarnaar doen. Dus als je als burger niet zelf over hoor- of motiveringsbeginselen klaagt, dan zal de rechter niet en mag hij daar ook niet zelfstandig onderzoek naar doen en oordeel over vellen.

Ambtshalve feitenaanvulling: valt ook onder de omvang van het geding. Die is geformuleerd in 8:69 lid 3 Awb en is een bevoegdheid, dus geen verplichting. De rechter *kan* de feiten dus aanvullen, maar dat hoeft niet. vergelijk met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: dat *moet* de rechter doen. Bij aanvulling van de feiten kan hij gebruik maken van onderzoeksbevoegdheden, zie hoofdstuk 8 Awb. In de praktijk maakt de rechter daar nauwelijks gebruik van. Het kan te maken hebben met dat nu de subjectieve rechtsbescherming van de burger voorop staat, terwijl vroeger de objectieve handhaving voorop stond. Hierdoor gaat de rechter nu niet meer zo snel zelf een feitenonderzoek doen. Bij toetsing aan bepalingen aan openbare orde, zal de rechter wel een feitenonderzoek doen. Want als de rechter bv wil weten of iemand al dan niet op tijd bezwaarschrift heeft ingediend, zal hij wel over informatie moeten beschikken. Hij kan dan ook zelf actief die informatie verzamelen. Ook hier geldt, dat ambtshalve feitenaanvulling alleen kan als het valt binnen de grenzen van de omvang van het geschil, *tenzij* die ambtshalve feitenaanvulling plaats heeft binnen het kader van toetsing aan regels van openbare orde.

Uitspraakbevoegdheden: zie ook het boek, hier worden alleen de hoofdlijnen genoemd. De einduitspraken (dicta) zijn, zie 8:70 Awb:

- ***Onbevoegd:*** de rechter kan zichzelf onbevoegd verklaren
- ***Niet-ontvankelijk:*** hij kan de eiser niet-ontvankelijk verklaren, bv als die geen procesbelang heeft, of omdat hij te laat is met het indienen.
- ***Ongegrond:*** hij kan het beroep ongegrond verklaren.
- ***Gegrond:*** hij kan het beroep gegrond verklaren. Als het beroep gegrond wordt verklaard, zal de bestuursrechter het besluit ALTIJD vernietigen, dan wel gedeeltelijk zal vernietigen. Vernietiging van een besluit door de bestuursrechter, heeft terugwerkende kracht. Dus het werkt *ex tunc*: de rechtsgevolgen van het besluit worden geacht nooit te hebben bestaan. Vernietiging werkt daarnaast ten opzichte van een ieder, dus de vernietiging ziet niet alleen op procespartijen, maar de rechtsgevolgen worden t.o.v. *een ieder* weggenomen. Wat belangrijk is, is dat de vernietiging van de rechtsgevolgen van een besluit, dat die alleen zien op de rechtsgevolgen van het besluit dat is vernietigd, en niet zien op de rechtsgevolgen van andere besluiten. Bv: er is een bestuurlijk handavingsbesluit, dat betrekking heeft op de handhaving

van een achteraf vernietigd vergunningsvoorschrift. Dus iemand overtreedt een vergunningsvoorschrift, daar wordt door het bestuursorgaan handhavend tegen opgetreden, maar uiteindelijk wordt het vergunningsvoorschrift vernietigd. Dan worden de rechtsgevolgen van het vergunningsvoorschrift met terugwerkende kracht weggenomen, maar betekent dit ook dat het hele handhavingsbesluit niet genomen had mogen worden en dus onrechtmatig was? nee. Er wordt vanuit gegaan dat alleen de rechtsgevolgen van het vergunningsvoorschrift worden weggenomen, maar dat het handhavingsbesluit op zichzelf nog steeds rechtmatig is omdat er werd opgetreden n.a.v. een vergunningsvoorschrift dat *op dat moment* nog wel geldig was. Dus de vernietiging van een besluit ziet alleen op de rechtsgevolgen van dát besluit, maar geen betrekking heeft op andere besluiten (ookal zou je dat wel denken).
Hoofddregel: op moment dat de rechter een besluit vernietigt, dan wordt aan het bestuursorgaan opgedragen om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen en daarbij moet het bestuursorgaan de uitspraak van de bestuursrechter in acht nemen (dat kan de bestuursrechter bepalen). Zie 8:72 lid 4 onder a Awb. er zijn ook andere mogelijkheden voor de bestuursrechter, zie bv 8:72 lid 3 Awb. de rechtsgevolgen kunnen dus door de rechter in stand worden gehouden, dat noemen we: gedektverklaring (de rechtsgevolgen worden gedekt).
Waarom mag de rechter de rechtsgevolgen ook in stand houden? Er zijn twee redenen hoe dat kan:

1. als proces-economische redenen daartoe aanleiding geven. Bv: dat het bezwaar ongegrond, in plaats van niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. Ook: bij ontoereikend mandaat. Stel: een ambtenaar heeft een bepaald besluit genomen namens een bestuursorgaan, maar de mandaatconstructie deugt niet. dan moet alleen al om die reden het besluit vernietigd worden. Maar stel dat het bestuursorgaan het besluit bekrachtigd, omdat hij zegt: ja, de mandaatconstructie deugt niet, maar al had ik als bestuursorgaan ZELF het besluit genomen, dan had ik inhoudelijk totaal geen ander besluit genomen. dan zal de bestuursrechter zeggen: weliswaar kleeft er een mandaatgebrek aan het besluit, maar omdat het bestuursorgaan als het ware die beslissing bekrachtigd, dan zal de bestuursorgaan het besluit wel vernietigen, maar dan zal hij de rechtsgevolgen van het besluit in stand laten.

2. wanneer het ondoenlijk is de feitelijke gevolgen van het bestreden besluit ongedaan te maken. Bv: er is een huis gebouwd o.g.v. een vernietigde vergunning. Dus iemand heeft een vergunning gekregen om een huis te bouwen, huis wordt gebouwd, maar er is een derde-belanghebbende die is opgekomen tegen die vergunning en uiteindelijk blijkt dat het vergunningsbesluit vernietigd moet worden. Dan gaat het afbreken v/h huis wel erg ver, ondoenlijk om de gevolgen van de vernietiging van het besluit ongedaan te maken. Dan mogen de gevolgen (het huis) blijven bestaan, alleen moet de derde-belanghebbende die gelijk heeft gekregen bij de bestuursrechter, schadevergoeding krijgen. Dus: vergunning is (achteraf) vernietigd, maar het huis staat er al. Als je de gevolgen van het vernietigde besluit zou opvolgen, zou het huis afgebroken worden. En dat is ondoenlijk. Dus hoeft niet, maar degene die erover heeft geklaagd krijgt wel schadevergoeding. Maar de meeste mensen zullen in de praktijk niet wagen om te bouwen, zolang er nog tegen de bouwvergunning (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming open staat. Want in principe ligt het risico dan bij jezelf, dat is vaste jurisprudentie.

Naast gedektverklaring kan de rechter ook overgaan tot het zelf in de zaak voorzien. Zie 8:72 lid 4 onder c Awb. De rechter neemt dan in plaats van het bestuursorgaan een beslissing op bezwaar. Dus de bestuursrechter doet het voor het bestuursorgaan. Wanneer mag de bestuursrechter nu zelf in de zaak voorzien? Daar zijn een aantal hoofdregels voor: De belangrijkste is dat de rechter steeds zelf in de zaak mag voorzien, als er rechtens nog maar één juiste uitkomst mogelijk is. Wanneer is er na vernietiging van een besluit nog maar rechtens één juiste uitkomst mogelijk? Als er bij het nemen van de (nieuwe) beslissing op bezwaar geen beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid meer is voor het bestuursorgaan. als die vrijheden er nog wel zijn, dan kan het bestuursorgaan beslissing nemen op bezwaar dat verschillende uitkomsten kan hebben, omdat hij bij beleidsvrijheid bv nog tot een belangenafweging moet overgaan. En het is niet aan de rechter om die belangenafweging te maken, want dan zou hij op de stoel v/h bestuursorgaan zitten. **Dus alleen als er geen beleids- of beoordelingsvrijheid is, dan mag de bestuursrechter zelf in de zaak voorzien.** Maar als er beleidsregels zijn die zodanig de beleidsvrijheid inkaderen, dat je

ook wel op voorhand kunt vaststellen hoe het uiteindelijke besluit zal kunnen luiden, dan mag de rechter ook in de zaak voorzien. Dus rechter mag ook zelf in de zaak voorzien als er beleidsregels zijn die de discretionaire vrijheid van het bestuursorgaan inkaderen. Een andere reden wanneer de rechter zelf in de zaak mag voorzien, is als partijen daar zelf om verzoeken. Daarnaast nog kan de rechter zelf in de zaak voorzien, als het bestuursorgaan het steeds fout doet. Dan zegt de rechter: we hebben ook nog 6/7 EVRM: een geschil moet binnen redelijke termijn worden beslecht. Dan kan het welletjes zijn voor de rechter en die zegt: nu neem ik zelf een beslissing op bezwaar. Dus dan voorziet hij zelf in de zaak. Nog een categorie die in het boek wordt genoemd: de rechter zal als het gaat om bestraffende sancties, steeds zelf in de zaak voorzien. De rechter zal ook steeds zelfstandig de evenredigheid van de hoogte van de sanctie beoordelen en dus ook zelf de hoogte van een boete bepalen. Zie ook 8:72a Awb, als het gaat om een boetebesluit, dan voorziet de rechter zelf in het besluit.

Schadevergoeding: als het beroep van een belanghebbende gegrond is verklaard en het besluit dus vernietigd is, dan kan hij naar de bestuursrechter om schade te vorderen. De bestuursrechter kan het bestuursorgaan dan ook veroordelen tot betalen van schade o.g.v. 8:73 Awb. dat kan niet zomaar:

1. het beroep moet zijn gegrondverklaard. Dus het besluit moet geheel of gedeeltelijk worden vernietigd.

2. De rechter kan alleen het bestuursorgaan veroordelen voor schadevergoeding, als de belanghebbende zelf om schadevergoeding heeft gevraagd o.g.v. 8:73 Awb. en zelfs als er een verzoek is van de partij KAN hij het toekennen, hij hoeft het niet te doen. Dus het is een discretionaire bevoegdheid van de rechter. dus als je schade lijdt door een vernietigd besluit, dan moet je schadeverzoek meteen indienen. Maar je kunt ook een zelfstandig schadebesluit uitlokken bij het bestuursorgaan. dan stuur je een brief naar het bestuursorgaan en zeg je dat je schade hebt geleden door het genomen besluit (en dat het besluit ook vernietigd is, dus is het al onrechtmatig). Als een bestuursorgaan het schadeverzoek afwijst, dan kan dat een (appellabel) besluit zijn, zie Vlodrop. Je kunt ook nog bij de burgerlijke rechter om schade verzoeken. Dus steeds nadat de bestuursrechter het besluit heeft vernietigd, kun je ook naar de burgerlijke rechter gaan met beroep op 6:162 BW. Dan stel je dat het bestuursorgaan een onrechtmatige daad jegens jou heeft gepleegd, omdat het besluit nu door de bestuursrechter is vernietigd, en dat geeft al aan dat het een onrechtmatig besluit was. Dan kom je in de sfeer van de oneigenlijke (formele) rechtskracht, want dan zal de burgerlijke rechter zeggen: er staat geen hoger beroep meer open tegen de uitspraak van de rechtbank, dus dat betekent dat ik bevoegd ben kennis van de zaak te nemen en de eiser is ontvankelijk in zijn beroep, dus dan zal de burgerlijke rechter ook uitgaan van de onrechtmatigheid van het vernietigde besluit. Want de bestuursrechter heeft gezegd dat het besluit onrechtmatig is (door het te vernietigen). Let op! Deze drie mogelijkheden staan NAAST elkaar, dus je hoeft niet bv eerst naar de bestuursrechter om schadevergoeding te vragen, en dat je daarna pas naar de burgerlijke rechter kan. Als de rechtbank het besluit heeft vernietigd, dan kun je meteen in je beroepsschrift al vragen om schadevergoeding bij de bestuursrechter, maar dat hoeft niet. Je kunt ook je beroepstermijn laten lopen en meteen schadevergoeding eisen bij de burgerlijke rechter. **De vraag naar schadevergoeding is alleen aan de orde als het besluit is vernietigd.** Dus als het besluit dat het bestuursorgaan heeft genomen, wordt vernietigd. Daarom kan ook **alleen het bestuursorgaan worden veroordeeld tot betalen van schadevergoeding.**

Als er wordt gevraagd: “Wat kan meneer X tegen deze beslissing doen?” Dan moet je kijken in 8:1 Awb e.v. en in de bijzondere wet. Als de bijzondere wet niks regelt over rechtsbescherming, dan weet je dat de hoofdregels gelden (want bijzonder gaat voor algemeen, dus als de bijzondere wet iets regelt over rechtsbescherming, dan moet je die procedure volgen. Zo niet, dan geldt de Awb). Dus dan is er beroep o.g.v. 8:1 Awb en eerst bezwaar o.g.v. 7:1 Awb. dan is er hoger beroep mogelijk bij de Afdeling Bestuursrechtspraak bij de Raad van State. Een adressaat is altijd een belanghebbende. **Een beslissing op bezwaar is altijd een besluit!** Ookal zou meneer X geen belanghebbende zijn. de reden waarom een beslissing op bezwaar altijd een besluit is, is omdat je dan beroep kunt instellen bij de bestuursrechter. Dus voor de rechtsbescherming/ om een rechtsgang te creëren. Bij de omvang van het geding is art. 8:69 Awb het centrale artikel. De appelland (degene die in beroep gaat) bakent het

geschil af. Al in bezwaar baken je het geschil af, omdat je dan al met bezwaargronden komt. Art. 7:2 is NIET van openbare orde! Bij ambtshalve aanvulling van gronden: er moet wel een duidelijke hint zijn gegeven welk juridisch beginsel wordt bedoeld. De rechter moet het logischerwijs kunnen aanvullen, maar moet het niet zomaar gaan invullen. Bv: als iemand zegt: “maar ik heb er niks over mogen zeggen”, dan mag de rechter daaruit opmaken dat schending van de hoorplicht werd bedoeld. Als een besluit is vernietigd, moet er een nieuw besluit komen. Punitieve sancties moet de rechter overigens van het EVRM volledig toetsen.

Dus: Omvang van het geding: de bestuursrechter beperkt zich in beginsel tot geschilpunten ► doet uitspraak op grondslag van:

- het beroepschrift,
- overgelegde stukken,
- verhandelde tijdens vooronderzoek en zitting (art. 8:69 lid 1)

Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: de beroepsgronden vertalen in toepasselijke rechtsgronden. De bestuursrechter moet ambtshalve toetsen aan bepalingen van openbare orde, dat zijn bepalingen inzake rechterlijke bevoegdheid en ontvankelijkheid. Ambtshalve feitenaanvulling: Bevoegdheid, geen verplichting (art. 8:69 lid 3) en moet binnen de grenzen van het geschil (art. 8:69 lid 1).

Gegronde verklaren: Als het beroep gegrond is verklaard, vernietigt de rechter het besluit (art. 8:72 lid 1 Awb): ► vernietiging van de rechtsgevolgen van het besluit (art. 8:72 lid 2 Awb)

- met terugwerkende kracht
- werking t.o.v. een ieder

Bevoegdheid tot opdracht opnieuw te voorzien (art. 8:72 lid 4 aanhef en onder a Awb).

Vernietiging met instandlating van de rechtsgevolgen: Bevoegdheid ex art. 8:72 lid 3. Wanneer is uitoefening geoorloofd?

1. Proceseconomische redenen, mits niet wordt getreden in beslissingsruimte van het bestuur

- Formele fout, maar herstel zal geen inhoudelijk ander besluit opleveren
- Mandaatgebrek, besluit voor het overige niet onrechtmatig, b.o. stelt dat het geen inhoudelijk ander besluit zou hebben genomen
- Gebreken (motivering, horen) zijn hangende de procedure alsnog hersteld

2. Ondoenlijk gevolgen besluit ongedaan te maken

Zelf in de zaak voorzien: Art. 8:72 lid 4 onder c Awb ► rechter neemt i.p.v. bestuursorgaan het besluit. wanneer is dat geoorloofd?

- Als er geen beslissingsruimte (meer) is óf
- Als partijen erom ermee instemmen of erom vragen óf
- Als bestuursorgaan herhaaldelijk niet tot deugdelijk besluit komt (i.v.m. art. 6 EVRM)

Schadevergoeding: Art. 8:73 Awb: rechter kan het bestuursorgaan veroordelen tot schadevergoeding. Voorwaarden:

- Het beroep is gegrond verklaard
- Op verzoek van een partij

NB: Art. 8:73 Awb is optie naast zelfstandig schadebesluit of art. 6:162 BW-actie bij burgerlijke rechter (na vernietiging)

Werkcollege:

Vraag 1. Op grond van art. 8:69, tweede lid, Awb moet de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvullen.

a) Wat wordt daarmee bedoeld?

De rechter vertaalt de feitelijke gronden van de burger. Zie het voorbeeld van het vertrouwensbeginsel, alleen noemt de burger dan niet expliciet als argument/ grond: het vertrouwensbeginsel, maar de rechter vult zijn gronden aan, want de burger bedoelt een beroep te doen op het vertrouwensbeginsel, alleen noemt hij niet expliciet het juridische beginsel: “het vertrouwensbeginsel”.

De bestuursrechter is daarnaast gehouden bepaalde bepalingen ambtshalve toe te passen, ofwel: de bestuursrechter dient besluiten ambtshalve aan deze bepalingen te toetsen.

b) Wat is ambtshalve toetsing?

De rechter toetst ambtshalve aan de openbare orde-gronden, zonder dat daar een beroep op wordt gedaan! Dus ook als geen enkel van de partijen beroep doet op die openbare orde-gronden, dan moet de rechter alsnog uit zichzelf (ambtshalve) aan die gronden toetsen.

c) Voor welke bepalingen geldt dat de rechter besluiten daaraan ambtshalve dient te toetsen?

Bepalingen van openbare orde. Dus: de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid. Het kenmerk van bepalingen van openbare orde zijn: dat het gaat om bepalingen die zien op de hoofdstructuur van het (bestuurs)procesrecht en daarom moet de rechter ambtshalve aan die bepalingen toetsen, omdat er een hoger belang mee is gemoeid (namelijk het belang van de hoofdstructuur van het procesrecht, die moeten steeds in acht worden genomen).

d) Wat is het verschil in reikwijdte (ofwel: toepassingsbereik) tussen de verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en tot ambtshalve toetsing door de bestuursrechter?

Het verschil is: bij ambtshalve toetsing van de openbare orde gronden, doet de rechter dat ook buiten de omvang van het geschil (want ook als geen enkel van de partijen er een beroep op heeft gedaan, moet hij het doen. En de omvang van het geschil is juist dat het geschil alleen ziet op wat de partij aandraagt. Maar hier ziet de rechter dus ook ambtshalve op iets was NIET door de partij zelf wordt aangedragen). Maar de aanvulling van de rechtsgronden mag de rechter alleen doen binnen de grenzen van de omvang van het geding. Dus alleen de argumenten die door de burger zijn aangedragen, mag hij vertalen in rechtsgronden. Maar dan mag hij er niet ineens andere gronden bij gaan betrekken.

Vraag 2.

Casus autoshowroom. Garagehouder Jan van Staveren dient op 2 februari 2011 bij B&W van 's-Heerenberg een aanvraag in voor een omgevingsvergunning voor de bouw van een autoshowroom aan de Lengelseweg 14 in 's-Heerenberg. De vergunningaanvraag wordt afgewezen bij brief van 8 maart 2011. Voor de motivering van de afwijzing wordt volstaan met de strijdigheid van de aanvraag met het bestemmingsplan 'Lengelseweg 's-Heerenberg': op het perceel rust een agrarische bestemming. Van Staveren dient op 10 mei 2011 een bezwaarschrift in bij het college van B&W. Het bezwaarschrift wordt ongegrond verklaard en Van Staveren dient beroep in bij de rechtbank. Zijn enige beroepsgrond heeft betrekking op de verenigbaarheid van zijn aanvraag met het bestemmingsplan.

Moet de rechtbank onderzoeken of Van Staveren het bezwaarschrift tegen het besluit van 8 maart 2011 tijdig heeft ingediend?

Ja, het is een vraag naar een bepaling van de openbare orde, want het is een vraag naar de ontvankelijkheid. En de regels over het indienen van een bezwaarschrift en beroepsschrift vind je in hoofdstuk 6 van de Awb. En regels over beroepstermijn is een bepaling van de openbare orde en de rechter moet daar steeds ambtshalve aan toetsen. Dus ook als het gaat om al dan niet tijdig indienen van bezwaar. Stel, het bezwaarschrift is te laat ingediend. Wat moet de bestuursrechter dan doen? Hij moet NIET het beroep niet-ontvankelijk verklaren, want het beroepsschrift op zich is ontvankelijk. De beslissing op bezwaar is eigenlijk altijd een besluit en daar kan hij tegenop komen bij de rechter, dus zijn beroep bij de rechter is ontvankelijk. Dus, conclusie: hij moet het besluit vernietigen (dus de beslissing op bezwaar) en het bezwaar niet-ontvankelijk verklaren. Dus de bestuursrechter constateert dat het bezwaarschrift te laat is ingediend, dan wordt het beroep van de eiser gegrond verklaard (hij kan immers alleen vernietigen, als het beroep wordt gegrondverklaard, zie 8:98 Awb). dus dan vernietigt hij de beslissing op bezwaar en vervolgens zal de rechter zelf in de zaak voorzien, door te doen wat het bestuursorgaan had moeten doen, namelijk het bezwaarschrift niet-ontvankelijk verklaren. Dus rechter moet zelfstandig nagaan of het bezwaarschrift tijdig is ingediend omdat beroeps- en bezwaartermijnen regels van openbare orde zijn. Zelfs als de bestuursrechter ziet dat het bestuursorgaan een verkeerde beslissing heeft genomen, dan kan de bestuursrechter niks anders doen dan constateren dat hij het bezwaarschrift te laat heeft ingediend en dus moet het bestuursorgaan zijn bezwaarschrift niet-ontvankelijk verklaren, ookal had hij misschien wel gelijk gekregen. Had hij maar op tijd een bezwaarschrift moeten indienen. Zijn rechtspositie wordt er ook niet slechter op, want het bestuursorgaan heeft beslist dat hij iets niet mag en de bestuursrechter oordeelt dat ook. Hij had niks, en heeft nu nog steeds niks. Dus geen overtreding van reformatio in peuis. Maar dat verbod speelt vooral bij uitkeringen. Er mag dan niet als je in beroep gaat, geoordeeld worden dat je een lagere uitkering krijgt (dan word je er slechter op). Ten slotte: als er data in een vraag zijn gegeven (zoals

hier het geval), moeten er belletjes gaan rinkelen. Kijken of iemand te laat is met het indienen van een bezwaarschrift.

Vraag 3. Casus Bemelmans.

a) Welke bevoegdheid is neergelegd in art. 8:72, derde lid, Awb?

Er staat dus in de casus dat hij meteen in beroep gaat, en dat de aanvraag is afgewezen. In dit geval hoeft hij niet eerst een bezwaarschrift in te dienen, waarschijnlijk omdat afdeling 3.4 van de Awb van toepassing zal zijn. maar dit is niet zeker. In art. 7:1 Awb staat dat als een besluit is genomen met toepassing van deze afdeling, dat er dan geen bezwaar mogelijk is. Dus dan kun je in één keer in beroep tegen het primaire besluit. Dus hij gaat in beroep bij de rechtbank en één van de gronden die hij aanvoert, is dat het besluit door Ortjens onbevoegd is genomen, omdat hij van het college geen mandaat had gekregen voor het nemen van een dergelijk besluit. Antwoord: de gedektverklaring. Laat de rechtsgevolgen van een besluit in stand, ondanks dat het vernietigd is.

b) Kan de rechtbank deze bevoegdheid in casu uitoefenen?

Gebrek dat kleeft aan dit besluit: er is geen mandaat verkregen. Alleen al daarom moet het besluit vernietigd worden, maar kan in dit geval ook besloten worden dat de rechtsgevolgen van het besluit in stand blijven? Ja, want het bestuursorgaan bekrachtigt dit besluit, want hij zegt: Wij (B&W) zouden exact hetzelfde besluit hebben genomen. In dat geval laat de rechter de rechtsgevolgen in stand. Het heeft vanuit proces-economisch oogpunt geen zin dat het bestuursorgaan zelf een beslissing op bezwaar te laten nemen (dus dat het weer wordt teruggestuurd), het is veel efficiënter en effectiever dat de rechter het zelf doet. Anders moet het immers weer helemaal terug naar het bestuursorgaan (kost tijd en dus geld), terwijl die toch exact hetzelfde zal besluiten.

Vraag 4. Lees de uitspraak.

a) Waarom had de algemeen directeur van de Dienst wegverkeer besloten tot intrekking voor de duur van zes weken van de erkenning aan Tac Tec voor het uitvoeren van periodieke APK-keuringen?

Dus waarom wil hij de APK-keuringsbevoegdheid intrekken? Zie r.o. 2.2. daar staat: er is gekeurd in strijd met de erkenningsregeling. We hebben te maken met afgifte van een kentekenbewijs waarin geen datum is vermeld, en dan mag je niet tot keuring overgaan en dat is hier wel gebeurd. Door steekproeven is de Dienst wegverkeer erachter gekomen. En die zegt: omdat u handelt in strijd met die regels, zijn wij bevoegd die bevoegdheid in te trekken.

b) Wat is 'zelf in de zaak voorzien?' In welke bepaling is de bevoegdheid hiertoe neergelegd?

Art. 8:72 lid 4 sub c Awb. Zelf in de zaak voorzien: de bestuursrechter neemt zelf een nieuwe beslissing op bezwaar (in plaats van het eerst terug te sturen en dat het bestuursorgaan dan de nieuwe beslissing op bezwaar zou nemen).

c) Welke voordelen zijn verbonden aan het zelf in de zaak voorzien?

Het is effectief en efficiënter vanuit proces-economisch oogpunt.

d) Waarom kan de rechter niet in alle gevallen waarin hij een beroep gegrond heeft verklaard en het bestreden besluit heeft vernietigd, zelf in de zaak voorzien?

Als er beleids- of beoordelingsvrijheid is, is dat de voornaamste reden om niet zelf in de zaak te voorzien, behalve als die beleids- of beoordelingsvrijheid volledig is ingekaderd door beleidsregels.

e) In welke gevallen kan de bestuursrechter volgens de huidige jurisprudentie zelf in de zaak voorzien?

Ig als er geen sprake is van geen beoordelings- of beleidsvrijheid, of als partijen er zelf mee instemmen, het zelf aanklaarten of als er strijd kan komen met de redelijke termijn van 6 lid 1 EVRM.

f) (lees de informatie) Had de voorzieningenrechter inderdaad zelf in de zaak moeten voorzien en heeft de Afdeling terecht zelf in de zaak voorzien? Betrek bij uw oordeel de mogelijkheden die de bestuursrechter volgens 'de heersende leer' heeft om zelf in de zaak te voorzien (het antwoord op vraag e).

feit is dat de Afdeling zelf in de zaak heeft voorzien, maar mocht dit ook? Er is hier beleidsvrijheid als het gaat om de bevoegdheid tot intrekking van de bevoegdheid (art. 87, zie de uitspraak). Hoe kun je aan die bepaling zien dat er sprake is van beleidsvrijheid? Door het woordje 'kan' in art. 87. Maar toch heeft de Afdeling zelf een besluit genomen, heeft toch zelf in de zaak voorzien, ondanks dat er beleidsvrijheid is. En er zijn zelfs beleidsregels gemaakt over hoe met de bevoegdheid om te gaan.

Dus: waarom kan zelf in de zaak worden voorzien? Zie r.o. 2.4.1., laatste zin. Er is beleid (dan moet je meteen denken: er is beleid, dus kan er misschien toch zelf in de zaak worden voorzien). DE afdeling zegt eigenlijk: U heeft wel beleidsvrijheid bij het intrekken van de vergunning, maar de eigen vrije discretionaire bevoegdheid heeft u zo ingeperkt, dat u in dit soort gevallen *altijd* overgaat tot voorwaardelijke intrekking van de vergunning, dus dan kunnen wij dat zelf ook wel doen. Daarom kunnen ze in dit geval zelf voorzien in de zaak. De beleidsvrijheid is hier volledig ingekaderd (want ze doen het dan *altijd* zo, dus kan het bestuursorgaan er dan ook niet vanaf zien, hij heeft geen keuze, geen vrijheid meer, het staat al vast dat er in dat geval altijd op een bepaalde manier gehandeld wordt). Op voorhand is al duidelijk wat de enige juiste beslissing is in deze casus. Of hier sprake is van een punitieve sanctie en dat hier daarom in de zaak kan worden voorzien, valt niet op te maken.

Bijeenkomst 15. Procesrecht II: Voorlopige herziening en hoger beroep. Hoogleraar: Niels Jak **De voorlopige voorziening:**

Bevoegdheid van de voorzieningenrechter (zie 8:81): hij is bevoegd als de procedure in de hoofdzaak aanhangig is (vereiste van connexiteit). Bevoegd is de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak. Ontvankelijkheid bij voorlopige voorziening: Je bent gerechtigd tot verzoek van voorlopige voorziening:

- in de bezwaarfase of de fase van administratief beroep: indiener van bezwaar of beroep, dan wel de belanghebbende die geen beroepsrecht heeft (art. 8:81 lid 3);
- als beroep bij de rechter aanhangig is: een partij (art. 8:81 lid 2).

Doe je een verzoek buiten deze momenten om, dan ben je dus niet-ontvankelijk.

Voor de toewijsbaarheid van de voorlopige voorziening wordt er een inhoudelijke beoordeling van het verzoek gedaan:

- *onverwijldde spoed*. Voordat de voorzieningenrechter een voorlopige voorzieningenrechter treft, kijkt hij of er wel onverwijldde spoed is. Zo niet, dan niet-ontvankelijk.
- *voorlopig oordeel over de rechtmatigheid*. Als het voorlopig oordeel is dat het besluit onrechtmatig is, dan is er grote kans dat hij de voorziening zal treffen en vice versa.
- *als er twijfel bestaat over te verwachten oordeel in hoofdzaak: belangenafweging (8:81 lid 1)*. Let op! Als er geen twijfel is, dan kom je ook niet toe aan deze derde stap!

Het cruciale verschil tussen een voorlopige voorziening vragen in het civiele recht en in het bestuursrecht, is dat in de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening het vereiste van connexiteit geldt. In het civiele recht kun je een kort geding aanspannen.

De uitspraakbevoegdheden (dicta) van de voorzieningenrechter zijn (art. 8:84):

-*Onbevoegd*

-*Niet-ontvankelijk*: bv als er geen onverwijldde spoed is of als je niet in de juiste fase het verzoek hebt gedaan.

-*Afwijzing verzoek*

-*Geheel of gedeeltelijke toewijzing van het verzoek*

Welke soorten voorzieningen kunnen worden gegeven? Meestal zal gevraagd worden om geheel of gedeeltelijke schorsing van het besluit. Bv vragen om schorsing van de omgevingsvergunning. Het kan ook dat er wordt verzocht om voorlopige maatregelen te treffen. Bv: verstrekken van een voorschot van een bijstandsuitkering. Maar het verzoek om een maatregel te treffen: dan moet de maatregel wel voorlopig van aard zijn. Een verzoek om een maatregel te treffen kan niet inhouden dat de bouwvergunning wordt verleend. Je kunt niet zeggen als voorzieningenrechter: ik geef je voorlopig een bouwvergunning. Dat kan natuurlijk niet, want dan gaat diegene bouwen en zou het later bv weer moeten worden afgebroken, en dat kan voor problemen zorgen. Stel: je bent ambtenaar en wordt ontslagen, en je stelt bezwaar in tegen je ontslagbesluit en vervolgens vraag je om een voorlopige voorziening en daarin vraag je of je alsnog een aanstelling tot ambtenaar krijgt (dus dat je weer wordt aangenomen). Dan zal de voorzieningenrechter zeggen: dat is geen *voorlopige* maatregel, dus daar doen we niet aan. Je kunt immers iemand niet even voorlopig weer in dienst zetten en daarna doodleuk weer het ontslag van kracht laten. Er zijn voorzieningen die de gevolgen van het besluit mitigeren (minder erg maken) en er zijn voorzieningen die het besluit geheel of gedeeltelijk schorsen.

Hoe lang duurt een voorlopige voorziening? Zie 8:85 Awb. vaak bepaalt de voorzieningenrechter zelf wanneer een voorlopige voorziening eindigt. In de praktijk: als iemand vraagt om schorsing van het primaire besluit in de bezwaarfase, dan zal de voorzieningenrechter meestal bepalen dat als de voorziening wordt toegewezen en het besluit dus wordt geschorst, dat het besluit zal duren tot 6 weken na het nemen van de beslissing op bezwaar. Dit omdat de termijn om beroep in te stellen bij de rechtbank 6 weken is, dus de uitspraak van de voorzieningenrechter werkt dan tot het moment dat de beroepstermijn bij de bestuursrechter is verstreken. Als de voorlopige voorziening dan in deze periode eindigt, en je wil dat de beslissing op bezwaar wordt geschorst, dat je dan weer hangende het beroep een nieuwe voorlopige voorziening moet vragen. lid 2 geeft voorschriften voor wanneer de voorzieningenrechter niet zelf de termijn bepaalt. De voorlopige voorziening vervalt ook, in de gevallen gegeven in het artikel. Als het verzoek tot voorlopige voorziening wordt toegewezen, dan kan het besluit worden geschorst. Dus als het besluit was dat je een bouwvergunning krijgt en dat je dus mocht bouwen, dan moet je nu stoppen met bouwen. Als een last onder bestuursdwang bv wordt geschorst, is er ook (even) geen last meer. Dus: Voorziening vervalt zodra:

- Termijn voor instellen beroep ongebruikt is verstreken
- Bezwaar of beroep is ingetrokken
- De rb uitspraak heeft gedaan
- Of het moment dat de voorzieningenrechter heeft bepaald (art. 8:85 Awb)

Kortsluiting: dan voorziet de voorzieningenrechter onmiddellijk in de hoofdzaak. Dan hoeft de rechtbank er dus verder zelf niet naar te kijken. Kortsluiting mag alleen als er beroep bij de rechter aanhangig is en dat daar bij de voorzieningenrechter om een voorlopige voorziening is gevraagd. Mag dus niet hangende het bezwaar, want dan is er nog een bestuursorgaan in beeld. Er is kortsluiting als de rechter oordeelt dat verder onderzoek na de zitting niet echt iets zal opleveren (bv omdat betrokkene evident geen belanghebbende is, en daarom niet-ontvankelijk). Dus: Onmiddellijk voorzien in de hoofdzaak (art. 8:86). Wanneer bevoegd?

- beroep aanhangig bij rechtbank én

- voorzieningenrechter van oordeel dat na zitting nader onderzoek niet kan bijdragen aan beoordeling van de zaak

Hoger beroep:

Functionies van het hoger beroep:

-*herstel en herkansing*: moet mogelijkheid zijn om wel een goed besluit te nemen.

-*rechtsvorming*

Over het algemeen is er hoger beroep mogelijk bij twee instanties: in eerste aanleg beroep bij de rechtbank en in tweede aanleg hoger beroep bij de hoger beroepsrechter. Dat is de hoofdregel. Maar soms kun je alleen in eerste en enige aanleg (bv bij de Afdeling Bestuursrechtspraak bij de Raad van State) kunt procederen. Dus dan sla je de fase van beroep bij de rechtbank over. We zitten met rechtsmacht in hoger beroep: hoofdregel is dat de Afdeling bestuursrechtspraak RvS bevoegd is als hoger beroepsrechter, tenzij in de bijzondere wet (dus in de Beroepswet of in de Wet Bestuursrechtspraak Bedrijfsorganisatie) is bepaald dat een andere hoger beroepsrechter bevoegd is. Maar: is de Centrale raad van Beroep of College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) niet de bevoegde rechter, dan volgt daar automatisch uit dat de Afdeling Bestuursrechtspraak bij de Raad van State bevoegd is. Zie 37 de Afdeling Bestuursrechtspraak bij de Raad van State. Dus: Rechtsmacht in hoger beroep: Afdeling bestuursrechtspraak RvS, tenzij hoger beroep is opengesteld bij de Centrale Raad van beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Er staat GEEN beroep open tegen uitspraken van de voorlopige voorzieningenrechter, tenzij er is kortgesloten in de bodemzaak. Er staat ook GEEN beroep open tegen uitspraak na vereenvoudigde behandeling en uitspraak op verzet hiertegen. Zie art. 37 Wet RvS, 18 lid 2 Beroepswet, 20 lid 3 Wbb. Dus: er staat GEEN hoger beroep open tegen: tegen uitspraak na vereenvoudigde behandeling en uitspraak op verzet hiertegen; uitspraak voorzieningenrechter inzake voorlopige voorziening. Art. 37 Wet RvS, 18 lid 2 Beroepswet, 20 lid 3 Wbb en niet tegen procesbeslissingen en tussenuitspraken. Wel kan hiertegen bij hoger beroep tegen appellabele uitspraak worden opgekomen (37 Wet RvS, 18 lid 3 Beroepswet, 20 lid 4 Wbb)

Het vereiste van voldoende procesbelang: als er hoger beroep openstaat, moeten partijen ook nog een procesbelang hebben. Als je bv belanghebbende bent, dan kun je tegen een besluit hoger beroep instellen, maar toch kan je beroep dan ongegrond verklaard worden, indien er geen procesbelang is. Het procesbelang in hoger beroep hangt af van wat de uitspraak materieel voor jou heeft betekend. Als je gelijk hebt gekregen van de rechtbank, heb je bv niet altijd nog een procesbelang om nog in hoger beroep te gaan, je hebt immers je gelijk gehaald. Voldoende procesbelang is aanwezig als het rechtsmiddel de appellant in gunstiger positie kan brengen. Voldoende procesbelang is NIET aanwezig als slechts op principiële gronden hoger beroep wordt ingesteld of belang verloren is gegaan door een nieuwe feitelijke situatie. Procesbelang hangt primair af van gezag van gewijsde rechtbankuitspraak, dat zijn onderdelen van de uitspraak die – als zij onberoepen blijven – onherroepelijk worden, waardoor partijen eraan zijn gebonden. Voldoende procesbelang is er voor een bestuursorgaan: indien en voor zover door de rechtbank bepaalde gronden waarop een besluit steunt *uitdrukkelijk en zonder voorbehoud* zijn verworpen. Er is voldoende procesbelang bij een appellant in eerste aanleg: indien zijn beroepsgronden *geheel* zijn *verworpen* en/of als bepaalde beroepsgronden *onbesproken* zijn gebleven en besluit *niet is vernietigd*, en/of als als het besluit is *vernietigd*, maar bepaalde beroepsgronden *onbesproken* zijn gebleven en/of als als het besluit is *vernietigd*, maar bepaalde beroepsgronden zijn *verworpen*. Dus: wanneer heeft een bestuursorgaan voldoende procesbelang om in hoger beroep te gaan? Als het besluit is vernietigd door de rechtbank, heeft hij zeker een procesbelang. als het besluit niet wordt vernietigd en de wederpartij stelt geen beroep in, dan is er geen procesbelang voor het bestuursorgaan. als het besluit niet wordt vernietigd en de wederpartij stelt wel hoger beroep in, dan kan er soms toch een procesbelang zijn. als een besluit wordt vernietigd, dan moet er een nieuwe beslissing op bezwaar komen, met inachtneming van wat de rechter heeft geoordeeld.

Hoger beroep: de 'Brummenlijn': de hoogleraar raadt hier aan het boek erop na te lezen, omdat het daar helder is uitgelegd. Het houdt in: gronden die door rb *uitdrukkelijk en zonder voorbehoud* zijn verworpen, kunnen na opnieuw voorzien door bestuur niet in nieuw beroep bij rb ter discussie worden gesteld. De ratio erachter is: proceseconomische belangen en rechtszekerheid.

Hoger beroep: grondentrichter: Ook hier raadt de hoogleraar aan het boek erop na te lezen. Het houdt in: Er mogen in hoger beroep slechts gronden worden geproduceerd die aan de orde waren in geding in eerste aanleg. Uitzondering: goede redenen zijn waarom bepaalde gronden niet eerder konden worden ingebracht. De ratio erachter is: functie hoger beroep, rechtszekerheid van andere partijen en doelmatige procesvoering.

Werkcollege:

Vraag 1. Lees casus de Jongste

a) Kan Backer zich tot een instantie wenden als hij wil voorkomen dat de bouw overmorgen kan starten en zo ja, wat zijn de bevoegdheden van deze instantie?

Verlenen van de omgevingsvergunning is een appellabel besluit. Tegen appellabele besluiten staat o.g.v. 8:1 Awb beroep open bij de bestuursrechter. Maar de burens kunnen tegen de omgevingsvergunning beroep tegen instellen, ze zijn belanghebbenden. We gaan ervan uit dat er bezwaar kan worden ingediend tegen het besluit, alvorens beroep in te stellen. Zie 7:1 Awb. Bezwaar dien je in bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, dus B&W van Ameland. Probleem is dat het maanden kan duren voor er een beslissing komt en dan is het bouwwerk misschien al opgericht. Art. 6:16 Awb: bezwaar en beroep hebben geen schorsende werking. Dat betekent dat het bestreden besluit gewoon kan worden uitgevoerd. Dus de omgevingsvergunning wordt wel aangevochten, maar als er geen voorlopige voorziening tot schorsing is gegeven, kan er gewoon gebouwd worden. Dus omdat het instellen van bezwaar/beroep/hoger beroep (de rechtsbescherming) geen schorsende werking heeft, is de voorlopige voorzieningsprocedure in het leven geroepen. Dat is een kort gedingprocedure, alleen dan bij de bestuursrechter. Wanneer is de voorzieningenrechter bevoegd om een voorlopige voorziening te geven? In de eerste plaats als is voldaan aan het connexiteitsvereiste. Houdt in dat je ofwel beroep bij de rechtbank hebt ingediend, ofwel bezwaar of als het moet, administratief beroep hebt ingesteld. Zie 8:81 lid 1 Awb. Een bestuursrechter kent geen zelfstandig kort geding. De fasen: Je hebt eerst het primaire besluit, dan heb je de beslissing op bezwaar, dan komt het beroep bij de rechtbank, en meestal daarna nog hoger beroep. Die

connexiteitseis houdt er verband mee dat je in elke fase in het bestuursrecht een voorlopige voorziening kunt aanvragen. Connexiteitseis houdt in dat je alleen maar om een voorlopige voorziening kunt vragen gericht tegen het primaire besluit, als je een bezwaarschrift hebt ingediend. Je kunt alleen voorziening vragen voor beslissing op bezwaar, als je een beroepsschrift hebt ingediend, bij de rechtbank. Je kunt alleen een voorlopige voorziening vragen t.a.v. de uitspraak van de rechtbank, als je een hoger beroepsschrift hebt ingediend, als hoger beroep mogelijk is. Als je geen bezwaar hebt ingediend tegen primair besluit, zal de rechter zeggen: nee, je moet eerst een bezwaarschrift indienen. Want dan is er niet voldaan aan de connexiteit. Hetzelfde geldt voor de andere fasen. In deze casus is de rechtbank Leeuwarden bevoegd, want de hoofdregel is: de rechtbank die bevoegd is om kennis te nemen van het geding in de hoofdzaak, is ook de rechtbank die bevoegd is de voorlopige voorziening te geven. De buurman moet een bezwaarschrift indienen, maar hangende bezwaar kan hij wel om een voorlopige voorziening vragen. Waarschijnlijk zal hij vragen om schorsing van het primaire besluit. Als we weten welke rechtbank bevoegd is, en als voldaan is aan het connexiteitsvereiste, dan zijn er een aantal formele eisen en eisen van ontvankelijkheid. Zie vraag b. Gevolg als het verzoek om schorsing wordt toegewezen: dan mag er niet worden overgegaan tot bouw van de garage. Gebert dat wel, dan kan er handhavend tegen worden opgetreden.

b) Aan welke formele vereisten moet zijn voldaan, wil een verzoek van Backer door deze instantie in behandeling worden genomen? dat zijn een aantal eisen: hij moet verzoeken, want wie kan een voorlopige voorziening indienen? In de bezwaarfase is dat degene die het bezwaarschrift heeft ingediend, als het gaat om administratief beroep gaat, is dat degene die administratief beroep heeft ingediend. Maar zodra je in beroep gaat bij de bestuursrechter, kan alleen één van de partijen om een voorlopige voorziening vragen. Dan zijn er nog een aantal eisen: er zijn allerlei vormvoorschriften die in acht moeten worden genomen, bv: het inleiden van een voorlopige voorziening moet d.m.v. een verzoekschrift, anders ben je niet-ontvankelijk. Er zijn ook andere vormvoorschriften die in hoofdstuk 6 Awb staan, maar die ook van toepassing zijn op de voorlopige voorzieningprocedure. De schakelbepaling hiervoor staat in 8:81 lid 4 Awb. daarin worden allerlei regels uit hoofdstuk 6 van toepassing verklaard, die op de voorlopige voorziening van toepassing zijn. zie ook 8:82> griffierecht. De spoedeisendheid van het verzoek is geen ontvankelijkheidsvraag, geen formele vraag.

c) Kan Backer bij deze instantie ook verzoeken B en W de opdracht te geven - zo nodig met toepassing van bestuursdwang - te bewerkstelligen, dat het opgerichte bouwwerk wordt verwijderd?

Nee, want het voorwerp van geschil bij de voorlopige voorzieningenrechter is die omgevingsvergunning, niet die van weigeren van bestuursdwang. En als die voorzieningenrechter het verzoek toch zou toewijzen, dan zou hij treden buiten de omvang van het geding en dat mag niet (zie de regel van 8:69 Awb). dat mag niet, dus waarom geldt de regel van 8:69 Awb? Omdat 8:69 Awb ook van toepassing is in de voorlopige voorzieningfase en dat blijkt uit 8:84 lid 4!

d) Stel dat bij de bevoegde instantie om schorsing van de omgevingsvergunning is verzocht. Aan de hand van welke maatstaven zal deze instantie beoordelen of het verzoek voor toewijzing in aanmerking komt?

Daarvoor moet aan een aantal materiële eisen zijn voldaan, dan kom je toe aan de inhoudelijke beoordeling van de voorlopige voorziening. Van belang is de spoedeisendheid, zie 8:81 Awb. die spoedeisendheid levert meestal geen problemen op. Kenmerkend is dat als de voorziening NIET wordt verleend, dat er dan sprake is van onomkeerbare gevolgen. Is dat in deze casus het geval? Is er sprake van onomkeerbare gevolgen? Ja, want als de omgevingsvergunning niet wordt geschorst, zal tot bouwen worden overgegaan van het bouwwerk en dan wordt het moeilijk het weer af te breken. Vb: gedoe over Anne Frankboom. Stel: er wordt een kapvergunning voor afgegeven, is er dan sprake van spoedeisendheid? Ja, want als niet tot schorsing wordt overgegaan, dan wordt die boom omgekapt en dat kun je niet meer terugdraaien. Dus: onomkeerbare gevolgen is hier het criterium. Stel: je vraagt een voorlopige voorziening aan in beroep en de rechter heeft besloten tot versnelde behandeling. Dat is geregeld in 8:52 Awb. Verwar die versnelde behandeling niet met voorlopige voorziening, het betekent alleen dat het proces bij de rechter wat bespoedigd wordt, maar dat wil niet zeggen dat het besluit ook wordt geschorst! Als de rechter spoedeisendheid aanneemt, dan geeft hij een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid. Hij kijkt dan hoe de bodemrechter in de hoofdzaak over dit besluit zal oordelen. Daar geeft hij dan voorlopig oordeel over. Vooral wanneer het evident is dat het besluit

onrechtmatig is, dan zal hij het verzoek toewijzen. Maar hij zal het verzoek afwijzen als het evident is dat de bodemrechter zal besluiten dat het rechtmatig is. Maar zodra de voorzieningenrechter twijfelt over de rechtmatigheid van het besluit, dan komt hij toe aan de derde stap, namelijk een belangenafweging. Dan worden de belangen van het bestuursorgaan afgewogen tegenover het belang van degene die het verzoek om voorlopige voorziening indient. Belang van het bestuursorgaan is dat uitvoering kan worden gegeven aan het besluit en belang van de ander is meestal dat er juist geen uitvoering aan het besluit wordt gegeven. In de praktijk gaat de voorzieningenrechter bij twijfel vaak over tot schorsing van het besluit. Hij neemt dan het zekere voor het onzekere door de voorziening dan toch maar toe te wijzen, want anders zouden de gevolgen onomkeerbaar kunnen zijn (denk aan de Anne Frankboom).

e) Stel dat het verzoek wordt afgewezen. Staat daartegen hoger beroep open?

Ervan uitgaande dat de afdeling Bestuursrechtspraak bevoegd is in de bodemzaak, dan moet je kijken in de Wet op de Raad van State, art 37 lid 2. het is niet mogelijk hoger beroep in te stellen als voorlopige voorzieningprocedure aanhangig is. Maar zodra sprake is van kortsluiting, dus dat de voorzieningenrechter besluit in de bodemzaak, dus dat hij beslist als zijnde bodemrechter, dan is tegen die uitspraak wel hoger beroep mogelijk! Dus hoofdregel geldt, tenzij is kortgesloten.

f) Wat wordt verstaan onder "kortsluiting"? Is deze hangende een bezwaarschriftprocedure mogelijk?

Soms is het zo dat hangende de voorlopige voorziening voor de voorzieningenrechter, duidelijk wordt dat het besluit per definitie onrechtmatig is, of dat hij al ziet dat de rechtbank niet bevoegd is, of dat de appellant niet-ontvankelijk is. Dan is het wel zo efficiënt dat de voorzieningenrechter zelf al uitspraak doet in de hoofdzaak. Dat noemen we kortsluiting. **Kortsluiting kan alleen maar plaatsvinden in de beroepsfase!** Dus in deze fase zitten we nog in de bezwaarfase, en dan kan er geen kortsluiting plaatsvinden. Waarom? Omdat er nog een beslissing op bezwaar moet plaatsvinden. De bestuursrechtelijke heroverwegingsfase is dan nog niet afgerond. **Kortsluiting is dus pas aan de orde als je voorlopige voorziening vraagt in beroep.** Dan is het handig dat hij meteen als bodemrechter uitspraak doet in de hoofdzaak. De eisen van kortsluiting: moet in de beroepsfase (dus hangende beroep), er moet een zitting zijn geweest en voorzieningenrechter moet van oordeel zijn nader onderzoek niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. Dus in deze casus is geen kortsluiting mogelijk, want we zitten nog in de bezwaarfase en niet in de beroepsfase.

Vraag 2. Lees de casus Kieboom. Geef gemotiveerd aan of tegen de hierna genoemde rechterlijke uitspraken/beslissingen hoger beroep openstaat:

a) Kieboom verzoekt de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening te treffen; de voorzieningenrechter doet onmiddellijk uitspraak in de hoofdzaak.

Ja, er is sprake van kortsluiting (8:86), dan wordt er uitspraak gedaan in de bodemzaak en daartegen staat hoger beroep open (dat zie je in art. 37 WRvS).

b) Kieboom gaat in beroep en verzoekt de rechtbank om de zaak versneld te behandelen. De rechter honoreert dit verzoek niet.

zie art. 37 van de WRvS, lid 3. er is geen beroep mogelijk tegen de beslissing omtrent versneld behandelen. Wil je toch over deze beslissing klagen, dan moet je dat doen als je hoger beroep instelt bij de einduitspraak van de rechtbank.

c) Kieboom stelt pas na acht weken beroep bij de rechter in. De rechter doet de zaak vereenvoudigd af.

. In art. 70 lid 2 sub a WRvS staat dat géén hoger beroep mogelijk is tegen de vereenvoudigde afdoening. Je kunt dan nog wel verzet instellen. Dus als je zaak vereenvoudigd wordt afgedaan (8:54) dan kun je daar geen beroep tegen instellen, maar kun je wel verzet indienen (8:55). Als je verzet slaagt, dan wordt weer de gewone procedure hervat door de bestuursrechter bij de rechtbank. En als de einduitspraak dan komt, kun je daartegen zoals gewoon weer in hoger beroep.

Vraag 3. Lees Casus Eneco Milieu

Zal de Afdeling bestuursrechtspraak de tweede beroepsgrond meenemen in de behandeling van het hoger beroep?

Er is een primair besluit genomen en daarbij is meteen in beroep gegaan, dus de bezwaarfase is hier overgeslagen. Dit omdat in de WABO staat dat de afdeling 3.4 van de Awb van toepassing, zie 3:10 lid 1 sub a van de WABO. En als afdeling 3.4 van toepassing wordt verklaard, dan is de bezwaarprocedure uitgeschakeld (7:1 onder d Awb). Dan hoef je niet eerst bezwaar te maken. Antwoord: dus iemand voert een beroepsgrond aan, tegen de uitspraak van de rechtbank. Maar: je mag geen nieuwe gronden noemen! Dat is de grondentrichter. In hoger beroep geldt een grondentrichter: dat houdt in dat als je in hoger beroep gronden aanvoert, die je nog niet eerder had aangevoerd bij beroep bij de rechtbank (en daar nu pas in hoger beroep voor het eerst mee komt aanzetten), dan zegt de rechter; nee, daar ga ik geen rekening mee houden. Als hoger beroepsrechter zit je er alleen om te kijken of de rechtbank het juist heeft gedaan, en de rechtbank heeft nu geen rekening kunnen houden met het argument dat hij nu pas aanvoert. Daarom zal de hoger beroepsrechter ook niet naar het argument kijken. In hoger beroep loop je tegen de grondentrichter aan. Hoger beroepsrechter mag alleen rekening houden met de gronden die eerder zijn aangevoerd bij het beroep bij de rechtbank. De grondentrichter beperkt de omvang van het geding in hoger beroep. In het boek staat ook dat er nog een onderdelentrichter is: in beroep (bij de rechtbank) mag je niet zomaar klagen over onderdelen van een besluit waar je in de bestuurlijke voorfase nog niet over had geklaagd. Dus als je bij het bestuursorgaan in bezwaar alleen hebt geklaagd over geluid, dan mag je niet zomaar in beroep ook klagen over het onderdeel stank. Let op! Er is een *onderdelentrichter* in beroep, geen *grondentrichter*. Tegen de onderdelen die je al eerder hebt aangevochten, dan mag je wel nieuwe argumenten aanvoeren waarom je het niet eens bent met dat onderdeel van het besluit. In hoger beroep wel een *grondentrichter*. Is ook wel logisch, want het gaat om een herkansingsfunctie, en de hogere beroepsrechter mag niet iets zeggen over iets waar de rechtbank helemaal geen rekening mee heeft kunnen houden. **let op! Wat net is verteld over onderdelentrichter en geen grondentrichter in beroep, dat is op zichzelf GEEN tentamenstof! Moet WEL weten dat er een grondentrichter is in hoger beroep.** De grondentrichter is heel streng, voor uitzondering is nauwelijks plaats.

Vraag 4. Lees casus subsidie voor Boer

a) Zal de Afdeling het hoger beroep op deze laatste grond gegrond mogen verklaren?

Denk aan de omvang van het geding! Er wordt door Boer BV zelf aangevoerd dat er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel en dat argument wordt door de afdeling van tafel geveegd, maar daarna kijkt de Afdeling nog eens naar de zaak en constateren dan dat zijn programma eigenlijk wel valt binnen de subsidieregeling en dat hij dus toch subsidie had moeten krijgen. Mag de Afdeling dit zeggen? De Afdeling komt hier zelf met een nieuwe grond waarom het besluit niet zou deugen. Mag de rechter zelf met nieuwe gronden komen? De rechter mag niet zomaar ambtshalve (dus uit zichzelf, zonder dat partijen erom hebben gevraagd) met nieuwe gronden aankomen. De rechter mag wel ambtshalve het besluit toetsen aan beginselen van de openbare orde. De Afdeling mocht hier dus niet ambtshalve (dus zonder dat Boer BV erom had gevraagd) een nieuwe grond aanvoeren. Want dan treedt de Afdeling buiten de omvang van het geschil. art. 8:69 lid 1 Awb geldt OOK in hoger beroep, dat kun je vinden in art. 39 van de WRvS.

b) Kan Boer BV, als zij tegen het besluit op bezwaar beroep instelt bij de rechtbank, daartegen aanvoeren dat de beslissing in strijd is met de Subsidieregeling?

Het beroep bij de rechtbank wordt dus gegrondverklaard. De beslissing op bezwaar wordt vernietigd, alleen al om die reden, dat er onvoldoende is gemotiveerd waarom er geen strijd is met het gelijkheidsbeginsel (dus: omdat het besluit onvoldoende is gemotiveerd, wordt de beslissing op bezwaar vernietigd). Omdat het wordt vernietigd, zal het bestuursorgaan een nieuwe beslissing op bezwaar moeten nemen. En de Boer kiest ervoor om die nieuwe beslissing af te wachten en om niet beroep in te stellen bij de rechtbank. De nieuwe beslissing op bezwaar luidt echter niet anders dan de oorspronkelijke, maar is wel beter gemotiveerd.

Antwoord: Hij gaat dus nog een keer naar de rechtbank, voor de tweede keer (bij de eerste keer was het besluit immers vernietigd, omdat er onvoldoende motivering was, maar er was wel expliciet het verweer verworpen dat het besluit in strijd zou zijn met de Subsidieregeling. Bij de eerste keer voerde hij dus twee beroepsgronden aan, waarvan één werd gehonoreerd, en één expliciet verworpen). Dan voert hij weer aan: het besluit is in strijd met de Subsidieregeling. Mag de rechtbank daar dan over oordelen? Terwijl de rechtbank de eerste keer dat verweer expliciet had verworpen (zie casus)? Boer had hoger beroep moeten aantekenen tegen de eerdere uitspraak van de rechtbank. Hij had toen

moeten aanvoeren dat het onterecht is dat zijn verweer omtrent strijd met de Subsidieregeling, expliciet werd verworpen. Maar dat heeft hij nu niet gedaan. Omdat hij niet in hoger beroep is gegaan tegen dat het onterecht is dat het expliciet werd verworpen, kan hij niet bij de nieuwe beslissing op bezwaar, nog een keer deze grond aanvoeren in beroep. Die regel wordt genoemd: de gronden van de 'Brummenlijn'. Boer had maar in hoger beroep moeten gaan na de eerste uitspraak van de rechter, hij heeft nu pech. Het is ook logisch, want als de rechtbank eerst een grond uitdrukkelijk/expliciet verwerpt, en je gaat daar niet tegen in hoger beroep, maar de rechter komt o.g.v. een ander argument dat je aanvoert, wel tot de conclusie dat het besluit wordt vernietigd, en vervolgens komt er dan dus een nieuwe beslissing op bezwaar. En als je daar dan weer tegen in hoger beroep gaat (dus met precies dezelfde grond als die je eerder aanvoerde lijkt mij), dan zal de rechter zeggen: ik heb bij het eerste beroep deze grond al expliciet verworpen en toen stelde je er ook geen hoger beroep tegen in. Dan moet u niet nu weer met datzelfde argument aankomen (bv zoals hier strijd met de Subsidieregeling), dan had u maar tegen mijn eerdere uitspraak in hoger beroep moeten gaan. Hij had de eerste keer toen in hoger beroep moeten gaan. Het besluit was weliswaar vernietigd, maar wel werden één van zijn gronden expliciet verworpen. Daartegen had hij in hoger beroep gekund. Immers: besluit was vernietigd, dus bestuursorgaan moet nieuwe beslissing op bezwaar nemen met inachtneming wat de rechtbank heeft geoordeeld. Het besluit was vernietigd, omdat het op één punt ongemotiveerd was (het punt van gelijkheidsbeginsel). Dus: bij de nieuwe beslissing op bezwaar zal het bestuursorgaan wel goed moeten motiveren waarom er geen strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Dan neemt hij in acht wat de rechtbank heeft geoordeeld. Dat is dus de enige verandering, bestuursorgaan gaat opnieuw beslissen, maar denkt eraan dat hij goed motiveert. Daarnaast is nog een andere beroepsgrond die Boer aanvoerde, expliciet verworpen. Daartegen had Boer dus nog in hoger beroep moeten gaan. Hij mag niet wachten tot de nieuwe beslissing op bezwaar er is, en dan vervolgens wel hoger beroep instellen met dezelfde beroepsgrond die eerder al eerder was verworpen in beroep.