

AB 2019/159

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

22 augustus 2018, nr. 201708485/1/A1
(Mrs. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen, F.C.M.A.
Michiels, F.D. van Heijningen)
m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:1, 5:32 Awb

BR 2018/84
ECLI:NL:RVS:2018:2804

Alleen de bouwster is overtreder van art. 2.1 lid 1 onder a Wabo en alleen de aanlegger is overtreder van art. 2.1 lid 1 onder b Wabo. Het in zijn macht hebben van het beëindigen van de overtreding is niet relevant voor de vraag of iemand overtreder is.

Op grond van art. 5:1 lid 2 Awb kan de vennootschap alleen als overtreder worden aangemerkt als zij een overtreding heeft gepleegd of medegepleegd. Anders dan waarvan de rechtbank en het college zijn uitgegaan, is voor de vraag of de vennootschap overtreder is van de verboden in art. 2.1 lid 1 aanhef en onder a en c Wabo niet van belang of zij het in haar macht heeft de overtreding te beëindigen. Ook als zij dat in haar macht heeft, betekent dat immers nog niet dat zij de overtreding heeft gepleegd of medegepleegd. Pas nadat is vastgesteld dat de vennootschap overtreder is, komt de vraag aan de orde of zij het in haar macht heeft de overtreding te beëindigen, omdat haar alleen in dat geval een last onder dwangsom mag worden opgelegd.

Voor de vraag of de vennootschap overtreder is van het verbod in art. 2.1 lid 1 aanhef en onder a Wabo is bepalend of de vennootschap de lichtmasten en omheiningen heeft gebouwd. Dat is niet het geval, omdat de vennootschap blijkens het uittreksel van de Kamer van Koophandel pas op 1 januari 2012 is opgericht en de omheiningen en lichtmasten al voor die datum waren geplaatst. Voor zover het college heeft gesteld dat de omheiningen en lichtmasten zijn gebouwd door vennoot A overweegt de Afdeling dat met het aanschrijven van de vennootschap het college niet tevens vennoot A als natuurlijke persoon heeft aangeschreven. De omstandigheid dat wellicht één van de vennoten overtreder is, maakt voorts op zichzelf nog niet dat ook de vennootschap overtreder is. Dat vennoot A, zoals gesteld door het college, hoofdvennoot is, doet daaraan niet af. Gelet hierop heeft het college de vennootschap ten onrechte als overtreder van het verbod in art. 2.1 lid 1 aanhef en onder a Wabo aangemerkt. De rechtbank heeft dit niet onderkend. In zoverre slaagt het betoog.

Voor de vraag of de vennootschap overtreder is van het verbod in art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wabo is bepalend of de vennootschap gronden of bouwwerken in strijd met het bestemmingsplan gebruikt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 4 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2, laat het bestemmingsplan 'Buitengebied Ankeveen' paardenbakken niet toe op gronden met de bestemming 'Agrarisch met waarden – Natuur- en Landschapswaarden'. Aangezien de vennootschap de aanwezige paardenbakken gebruikt, heeft de rechtbank terecht geconcludeerd dat de vennootschap overtreder is van het verbod in art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wabo. In zoverre faalt het betoog.

Uitspraak op het hoger beroep van appellante (hierna: de vennootschap) en haar vennoten vennoot A en vennoot B, te Ankeveen, gemeente Wijdmeren, tegen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 7 september 2017 in 16/765 in het geding tussen:

De vennootschap en haar vennoten,

en

Het college van burgemeester en wethouders van Wijdmeren.

Procesverloop

Bij besluit van 29 juli 2014 heeft het college de vennootschap onder oplegging van een dwangsom gelast om de paardenbak, uitloopbak en longeercirkel met bijbehorende omheiningen en de lichtmasten op het perceel locatie te Ankeveen (hierna: het perceel) te verwijderen en verwijderd te houden en om het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het perceel te beëindigen.

Bij besluit van 22 december 2015 heeft het college het door de vennootschap en haar vennoten daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluiten van 8 februari 2016 en 26 april 2016 heeft het college dwangsommen ingevorderd.

Bij besluit van 6 december 2016 heeft het college de vennootschap onder oplegging van een dwangsom gelast het ter plaatse van de paardenbak, uitloopbak en longeercirkel aangebrachte zandbed, inclusief al hetgeen wat behoort bij een eb- en vloedbodembodem, zoals folie en drainagebuizen, te verwijderen en verwijderd te houden.

Bij uitspraak van 7 september 2017 heeft de rechtbank het door de vennootschap en haar vennoten tegen de besluiten van 22 december 2015 en 26 april 2016 ingestelde beroepen, en het met toepassing van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) rechtstreeks ingestelde beroep tegen het besluit van 6 decem-

ber 2016, ongegrond verklaard. De rechtbank heeft het tegen het invorderingsbesluit van 8 februari 2016 ingestelde beroep gegrond verklaard en dat besluit vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben de vennootschap en haar vennoten hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Bij besluit van 17 mei 2018 heeft het college besloten om over te gaan tot invordering van een bedrag van € 6.000 aan dwangsommen.

Het college heeft het daartegen door de vennootschap en haar vennoten ingediende bezwaarschrift ter behandeling aan de Afdeling doorgezonden.

De vennootschap en haar vennoten hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 juli 2018, waar het college, vertegenwoordigd door drs. D.W.L.J. Cramers en Th.D.S. Bol, is verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Op het perceel zijn een paardenbak, alsmede een zogenoemde uitloopbak en een longeerbak aanwezig (hierna: de paardenbakken). Ieder van deze bakken bestaat uit een paardrijbodem met daaromheen een hekwerk. Niet in geschil is dat voor deze paardenbakken geen omgevingsvergunning is verleend. Het college heeft aan de bij het besluit van 29 juli 2014 aan de vennootschap opgelegde last om de paardenbakken en bijbehorende voorzieningen en de lichtmasten te verwijderen, twee overtredingen ten grondslag gelegd. Ten eerste is het gebruik van de paardenbakken volgens het college in strijd met de ingevolge het bestemmingsplan "Buitengebied Ankeveen" op de gronden rustende bestemming "Agrarisch met waarden – Natuur- en Landschapswaarden". In zoverre heeft de vennootschap gehandeld in strijd met het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo). Ten tweede zijn de omheiningen en lichtmasten in strijd met het verbod in dat artikellid, onder a, gebouwd zonder de daarvoor vereiste omgevingsvergunning, aldus het college.

Bij besluit van 6 december 2016 heeft het college een aanvullende last onder dwangsom opgelegd om het ter plaatse van de paardenbakken aangebrachte zandbed, inclusief al hetgeen wat behoort bij een eb- en vloedbodem, zoals folie en drainagebuizen, te verwijderen en verwijderd te houden. Aan dit besluit is door het college een overtreding van het verbod in artikel 2.1, eerste

lid, aanhef en onder b, van de Wabo ten grondslag gelegd.

Het besluit van 22 december 2015

2. De vennootschap en haar vennoten betoegen dat de rechtbank heeft miskend dat de vennootschap niet de overtreder is van de verboden in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a en c, van de Wabo, omdat de paardenbakken en bijbehorende voorzieningen niet door haar zijn gebouwd.

2.1. Artikel 5.1, eerste lid, van de Awb luidt:

"In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift."

Het tweede lid luidt:

"Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt."

Artikel 2.1, van de Wabo luidt:

"Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:

- a. het bouwen van een bouwwerk,
- b. het uitvoeren van een werk, geen bouwwerk zijnde, of van werkzaamheden, in gevallen waarin dat bij een bestemmingsplan, beheersverordening, exploitatieplan of voorbereidingsbesluit is bepaald,
- c. het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, een beheersverordening, een exploitatieplan, de regels gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of 4.3, derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening of een voorbereidingsbesluit voor zover toepassing is gegeven aan artikel 3.7, vierde lid, tweede volzin, van die wet, [...]"

2.2. Op grond van artikel 5:1, tweede lid, van de Awb kan de vennootschap alleen als overtreder worden aangemerkt als zij een overtreding heeft gepleegd of medegepleegd. Anders dan waarvan de rechtbank en het college zijn uitgegaan, is voor de vraag of de vennootschap overtreder is van de verboden in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a en c, van de Wabo niet van belang of zij het in haar macht heeft de overtreding te beëindigen. Ook als zij dat in haar macht heeft, betekent dat immers nog niet dat zij de overtreding heeft gepleegd of medegepleegd. Pas nadat is vastgesteld dat de vennootschap overtreder is, komt de vraag aan de orde of zij het in haar macht heeft de overtreding te beëindigen, omdat haar alleen in dat geval een last onder dwangsom mag worden opgelegd.

2.3. Voor de vraag of de vennootschap overtreder is van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo is bepalend of de

vennootschap de lichtmasten en omheiningen heeft gebouwd. Dat is niet het geval, omdat de vennootschap blijkens het uittreksel van de Kamer van Koophandel pas op 1 januari 2012 is opgericht en de omheiningen en lichtmasten al voor die datum waren geplaatst. Voor zover het college heeft gesteld dat de omheiningen en lichtmasten zijn gebouwd door vennoot A. overweegt de Afdeling dat met het aanschrijven van de vennootschap het college niet tevens vennoot A. als natuurlijke persoon heeft aangeschreven. De omstandigheid dat wellicht één van de vennoten overtreder is, maakt voorts op zichzelf nog niet dat ook de vennootschap overtreder is. Dat vennoot A., zoals gesteld door het college, hoofdvennoot is, doet daaraan niet af. Gelet hierop heeft het college de vennootschap ten onrechte als overtreder van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo aangemerkt. De rechtbank heeft dit niet onderkend. In zoverre slaagt het betoog.

2.4. Voor de vraag of de vennootschap overtreder is van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo is bepalend of de vennootschap gronden of bouwwerken in strijd met het bestemmingsplan gebruikt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 4 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2, laat het bestemmingsplan "Buitengebied Ankeveen" paardenbakken niet toe op gronden met de bestemming "Agrarisch met waarden – Natuur- en Landschapswaarden". Aangezien de vennootschap de aanwezige paardenbakken gebruikt, heeft de rechtbank terecht geconcludeerd dat de vennootschap overtreder is van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo. In zoverre faalt het betoog.

Onder omstandigheden is het mogelijk om wegens strijd met artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo, een last op te leggen die mede inhoudt dat bepaalde voorzieningen die zijn aangebracht ten behoeve van het strijdige gebruik verwijderd dienen te worden. Zoals hiervoor onder 2.3 is overwogen heeft de vennootschap de paardenbakken echter niet gerealiseerd. Ter zitting is verder door het college aangegeven dat de paardenbakken niet in eigendom zijn bij de vennootschap maar bij vennoot A. Onder die omstandigheden kon het college de vennootschap slechts gelasten om het strijdige gebruik van het perceel te beëindigen en niet om de paardenbakken te verwijderen. De rechtbank heeft dit niet onderkend. In zoverre slaagt het betoog.

3. De vennootschap en haar vennoten betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij hun gronden over het overgangsrecht ter zitting hebben ingetrokken. Volgens hen be-

trof de intrekking uitsluitend het bouwovergangsrecht en niet het gebruiksovergangsrecht.

3.1. Anders dan de vennootschap en haar vennoten aanvoeren, kan uit de zittingsaantekeningen niet worden afgeleid dat uitsluitend de gronden over het bouwovergangsrecht zijn ingetrokken. Uit die aantekeningen blijkt dat de vennootschap en haar vennoten op de zitting bij de rechtbank tweemaal hebben verklaard het beroep op het overgangsrecht te laten vallen. Daarbij hebben zij geen uitzondering gemaakt voor het gebruiksovergangsrecht. Voorts blijkt uit die aantekeningen dat zij het gebruiksovergangsrecht verder niet aan de orde hebben gesteld. Gelet hierop bestaat geen grond voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de gronden over het overgangsrecht, inclusief het gebruiksovergangsrecht, ter zitting bij haar zijn ingetrokken.

Het betoog faalt.

4. De vennootschap en haar vennoten betogen dat de rechtbank heeft miskend dat het college geen integrale belangenafweging ten grondslag heeft gelegd aan de besluiten van 29 juli 2014 en 22 december 2015. Volgens hen had het college gelet op de voorgeschiedenis en de bouwen gebruiksmogelijkheden van het geldende bestemmingsplan op grond van het evenredigheidsbeginsel behoren af te zien van handhaving.

4.1. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren, dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

4.2. Geen grond bestaat voor het oordeel dat het college geen belangenafweging ten grondslag heeft gelegd aan de besluiten van 29 juli 2014 en 22 december 2015. In deze besluiten heeft het college zich op het standpunt gesteld dat het een beginselplicht tot handhaving heeft, maar daarnaast heeft het uitdrukkelijk de belangen van de vennootschap en de vennoten onder ogen gezien. Het college heeft echter het algemeen belang en het voorkomen van precedentwerking voorop gesteld en handhavend optreden niet onevenredig geacht. De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat het college dit niet heeft mogen doen. Dat al vele jaren activiteiten met paarden op het perceel plaatsvinden en het

bestemmingsplan bepaalde bouw- en gebruiksmogelijkheden biedt, is onvoldoende voor het oordeel dat handhavend optreden onevenredig is. Dit geldt temeer nu de vennootschap zelf pas sinds 2012 activiteiten verricht. Voorts hebben de vennootschap en anderen jarenlang de vruchten kunnen plukken van gebruik dat niet was toegestaan.

Het betoog faalt.

Het besluit van 6 december 2016

5. De vennootschap en haar vennoten betogen dat de rechtbank heeft miskend dat de vennootschap niet de overtreder is van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wabo, aangezien zij de zandbodems met toebehoren ter plaatse van de paardenbakken niet heeft aangelegd.

5.1. Ook in het kader van de vraag of de vennootschap als overtreder van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wabo moet worden aangemerkt, is niet van belang of zij het in haar macht heeft de overtreding te beëindigen. Gelet op die bepaling en artikel 5:1 van de Awb is bepalend of de vennootschap de zandbodems met toebehoren ter plaatse van de paardenbakken heeft aangelegd. Dat is niet het geval, omdat de vennootschap blijkens het uittreksel van de Kamer van Koophandel pas op 1 januari 2012 is opgericht en de zandbodems al voor die datum waren aangelegd. Het college heeft de vennootschap dan ook ten onrechte als overtreder van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wabo aangemerkt. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Het betoog slaagt.

De invorderingsbeschikking van 26 april 2016

6. De vennootschap en haar vennoten betogen dat de rechtbank heeft miskend dat het college ten onrechte op basis van de constateringsrapporten van 19 februari 2016 en 18 maart 2016 tot invordering heeft besloten van tweemaal € 1000. Daartoe voeren ze aan dat de lichtmasten liggend zijn aangetroffen binnen de bestemming "Bedrijf-2", binnen welke bestemming de helft van het jaar caravans worden gestald waar de lichtmasten voor worden gebruikt. Indien geen caravans zijn gestald worden mobiele lichtmasten verhuurd voor feesten en evenementen, aldus de vennootschap en haar vennoten.

6.1. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 en 2.4 is overwogen heeft het college de vennootschap ten onrechte aangemerkt als overtreder van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo en heeft het college de vennootschap ten onrechte gelast de voorzieningen ten behoeve van de paardenbak te verwijderen

en verwijderd te houden voor zover dat is gebaseerd op een overtreding van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo. Daargelaten binnen welke bestemming de lichtmasten zijn aangetroffen en of de lichtmasten bestemd waren voor de verhuur of niet, kan de invorderingsbeschikking reeds hierom niet in stand blijven. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Het betoog slaagt.

De invorderingsbeschikking van 17 mei 2018

7. Bij besluit van 17 mei 2018 is het college overgegaan tot invordering van dwangsommen van in totaal € 6.000. Voor zover de opgelegde last is gebaseerd op overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo is een bedrag ingevorderd van € 1.000 wegens het niet verwijderen en verwijderd houden van de lichtmasten rondom de paardenbak en eveneens € 1.000 wegens het niet verwijderen en verwijderd houden van de omheiningen rondom de paardenbakken. Voor zover de last is gebaseerd op overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo heeft het college een dwangsom ingevorderd van € 4.000 wegens het strijdige gebruik van de grond als paardenbak, uitloopbak en longecirkel.

7.1. Artikel 5:39 van de Awb luidt:

"Het bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de last onder dwangsom heeft mede betrekking op een beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom, voor zover de belanghebbende deze beschikking betwist."

Gelet op dit artikel is het besluit van 17 mei 2018 onderwerp van dit geding.

7.2. De vennootschap en haar vennoten betogen dat de door het college ingevorderde dwangsommen niet verbeurd zijn en het college daarom niet over kon gaan tot invordering.

7.3. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 is overwogen, kan de vennootschap niet worden aangemerkt als overtreder van het verbod in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo. De last onder dwangsom kan in zoverre dan ook geen stand houden. Voor zover het college twee dwangsommen van € 1.000 heeft ingevorderd in verband met overtreding van die bepaling, kan het invorderingsbesluit evenmin in stand blijven. In zoverre slaagt het betoog.

7.4. Voor zover het college ten aanzien van het met het bestemmingsplan strijdige gebruik een dwangsom van € 4.000 heeft ingevorderd, overweegt de Afdeling als volgt. In de invorderingsbeschikking staat dat de overtreding volgt uit een controle op 22 maart 2018. Uit het bij het invorderingsbesluit gevoegde controlerapport, opgemaakt op 28 maart 2018, en de daarin opgenomen foto's volgt dat de grond nog wordt ge-

bruikt als paardenbak, uitloopbak en longeercirkel, aldus het college.

Op de foto's bij het controlerapport is te zien dat zich paarden bevinden in de longeercirkel en uitloopbak en dat zich iemand bevindt in de paardenbak met aan een touw een paard dan wel een pony. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het college op basis van deze foto's terecht vastgesteld dat niet was voldaan aan de last in zoverre deze betrekking had op het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van gronden als paardenbak, uitloopbak en longeercirkel. Gelet hierop heeft het college zich terecht op het standpunt gesteld dat een dwangsom van € 4000 is verbeurd. In zoverre faalt het betoog.

Conclusie

8. Het hoger beroep is gegrond. De uitspraak van de rechtbank dient te worden vernietigd, voor zover daarbij het beroep tegen de besluiten van 22 december 2015, 26 april 2016 en 6 december 2016 ongegrond is verklaard. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen die besluiten alsnog gegrond verklaren. Die besluiten moeten worden vernietigd. Met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb zal de Afdeling zelf in de zaak voorzien door het besluit van 29 juli 2014 te herroepen, voor zover daarin meer wordt gelast dan het beëindigen van het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het perceel. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 22 december 2015. Het beroep tegen het besluit van 17 mei 2018 is gegrond. Dat besluit moet worden vernietigd, voor zover daarbij meer is ingevorderd dan € 4000.

9. Met het voorgaande is deze procedure tot een einde gekomen. Dit betekent dat het college in deze procedure geen nieuw besluit op bezwaar hoeft te nemen. Het betekent ook dat de vennootschap het met het bestemmingsplan strijdige gebruik moet beëindigen en beëindigd houden. Voor zover het college de vennootschap nog wil aanschrijven op andere gronden dan wel vennoot A. wil aanschrijven, zal het een nieuwe procedure moeten starten.

10. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 7 september 2017 in

16/765, voor zover daarbij het beroep tegen de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Wijdemeren van 22 december 2015, 26 april 2016 en 6 december 2016 ongegrond is verklaard;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep tegen die besluiten gegrond;

IV. vernietigt de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Wijdemeren van 22 december 2015, kenmerk B/31198/151224/EVG, en 26 april 2016, kenmerk B/32660/160426/DC, en 6 december 2016, kenmerk B/35572/161125/DC;

V. herroept het besluit van 29 juli 2014, kenmerk B/24216/140725/DC, voor zover daarin meer wordt gelast dan het beëindigen van het met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het perceel;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 22 december 2015;

VII. verklaart het beroep tegen het besluit van 17 mei 2018 gegrond;

VIII. vernietigt het onder VII genoemde besluit, voor zover daarbij meer is ingevorderd dan € 4000;

IX. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Wijdemeren tot vergoeding van bij appellante en haar vennoten vennoot A en vennoot B in verband met de behandeling van het bezwaar en hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 3006 (zegge: drieduizendzes euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, met dien verstande dat bij betaling van genoemd bedrag aan een van hen het bestuursorgaan aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan;

X. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Wijdemeren aan appellante en haar vennoten vennoot A en vennoot B het door hen betaalde griffierecht ten bedrage van € 501 (zegge: vijfhonderdeen euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt, met dien verstande dat bij betaling van genoemd bedrag aan een van hen het bestuursorgaan aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan.

Noot

1. Voor diegene die goed ingevoerd is in het handhavingrecht bevat deze uitspraak weinig nieuws. Het is wel een mooie samenvatting van wie zo al de verbodsbepalingen in de Wabo kunnen overtreden. Te weten: alleen de bouwer kan art. 2.1 lid 1 onder a Wabo overtreden, alleen de aanlegger kan art. 2.1 lid 1 onder b Wabo overtreden en de gebruiker overtreedt art. 2.1 lid 1 onder c Wabo. Heeft iemand een perceel gekocht met daarop een illegaal bouwwerk en een illegaal

aangelegd werk, dan overtreedt hij dus op zichzelf niet art. 2.1 lid 1 onder a en b Wabo, maar kan hij wel art. 2.1 lid 1 onder c Wabo overtreden.

2. Het blijft lastig om te bepalen wie nu waarvoor kan worden aangeschreven. Deze uitspraak geeft mij een mooi haakje om de AB-lezer weer in kort bestek bij te praten over de stand van zaken anno 2019. Kort samengevat: de overheid kan een overtreder aanschrijven voor het beëindigen van een overtreding. Er is dus een overtreding nodig en een overtreder om aan te spreken.

3. Voor het kunnen spreken van een overtreding door een (rechts)persoon zijn drie elementen van belang. Ten eerste (i) moet er een norm zijn die de handeling verbiedt. Ten tweede (ii) moet die norm zich richten tot de (rechts)persoon die de handeling verricht. Ten derde (iii) moet de handeling zijn verricht of nagelaten.

4. Dat er een norm moet gelden (i) klinkt eenvoudiger dan het is. Dat blijkt maar weer eens uit deze uitspraak. Het gaat hier om illegale bouwwerken en aanlegwerkzaamheden. Art. 2.1 lid 1 onder a Wabo verbiedt het bouwen van een bouwwerk zonder omgevingsvergunning. Dat betekent dat als je bouwt zonder omgevingsvergunning, je dat voorschrift overtreedt. Tegelijkertijd betekent die normstelling dat als je niet hebt gebouwd, je ook niet deze bepaling kan hebben overtreden. In dit geval bestond de aangeschreven vennootschap niet op het moment dat het bouwwerk werd gebouwd. Wat mij betreft is het dan redelijk logisch dat de vennootschap niet daadwerkelijk de overtreding heeft gepleegd. Datzelfde geldt voor het verbod om een werk aan te leggen zonder aanlegvergunning in art. 2.1 lid 1 onder b Wabo. Als je niet het werk hebt aangelegd, dan kun je dat verbod niet hebben overtreden en ben je dus geen overtreder. In dit geval is de overtreding die het bevoegd gezag aan de vennootschap had moeten verwijten de overtreding van art. 2.3a Wabo – het verbod om een illegaal gebouwd bouwwerk in stand te laten. Terzijde wijs ik er daarbij op dat die bepaling niet kan worden tegengeworpen indien het bouwwerk op enig moment legaal is geweest (ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:410) en ook niet aan een eigenaar die het eigendom verwierf voordat het instandhouden van een illegaal bouwwerk verboden was (ABRvS 17 maart 2010, AB 2010/140).

5. De norm moet zich ook daadwerkelijk tot de aangeschreven richten (ii). Hoewel veel normen zich richten tot een ieder (zeker bij zorgplichten), is dat lang niet bij alle normen het geval. Denk aan art. 13 WBB bijvoorbeeld. Die normstelling richt zich alleen tot diegene die handelingen in de bodem verricht. Als je dus geen handeling in de bodem hebt verricht, richt de norm zich niet tot jou en kun je die norm dus ook

niet schenden (ABRvS 6 mei 2015, AB 2015/327, m.nt. A.G.A. Nijmeijer).

6. Het derde criterium, dat de verboden handeling wel moet zijn verricht (iii) is een beetje open deur, maar volledigheidshalve noem ik het maar toch. Hier zijn de problemen vaak van feitelijke aard. Het bewijs dat de verboden handeling is verricht (of nagelaten) moet wel deugdelijk zijn. Daarbij zijn de eisen die de Afdeling stelt aan invordering volgens mij een goede leidraad voor wat er onder 'deugdelijk' kan worden verstaan (zie ABRvS 3 mei 2017, AB 2017/299, met mijn annotatie).

7. Hebben we eenmaal te maken met een overtreding, dan is de volgende vraag: is er ook een overtreder? Dat hoeft niet altijd nodig te zijn om te handhaven (denk aan de toepassing van bestuursdwang bij fietswrakken), maar is wel noodzakelijk voor veel vormen van handhaving (last onder dwangsom en de bestuurlijke boete, maar ook het kostenverhaal bij bestuursdwang vergt een overtreder).

8. De standaardoverweging van de Afdeling op dit punt is dat, gelet op art. 5:1 lid 2 Awb, de 'overtreder degene is die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt'. De Afdeling overweegt dat dit in de eerste plaats degene is die de verboden handeling fysiek verricht; daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt' (ABRvS 15 oktober 2008, AB 2008/364, m.nt. F.C.M.A. Michiels). Gelet op art. 5:1 lid 3 Awb geldt in het bestuursrecht verder ook art. 51 Sr, waarin is bepaald dat als de overtreder een rechtspersoon is, ook tegen diegenen die 'tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging' handhavend kan worden opgetreden.

9. Je bent dus overtreder als (a) je zelf het voorschrift schendt en dus de overtreding pleegt, (b) je opdrachtgever of feitelijk leidinggevende bent van de overtreding die wordt gepleegd door een rechtspersoon, (c) je de schending medepleegt of (d) de overtreding jou is toe te rekenen.

10. Het zelf plegen van de overtreding (a) is recht toe recht aan: diegene die de (hem) verboden handeling verricht (of nalaat) is overtreder. Dit zal met name een feitelijke vraag zijn (zie ook randnummer 6 van deze noot).

11. Als de overtreding door een rechtspersoon wordt begaan, dan kan ook de opdrachtgever of de feitelijk leidinggevende overtreder zijn (b). Het zijn van opdrachtgever of feitelijk leidinggevende is een vorm van plegen, maar voelt anders voor de betrokkenen. Immers, de daadwer-

kelijke overtreding wordt door iemand anders gepleegd (de rechtspersoon), maar de opdrachtgever of feitelijk leidinggevende wordt daar (ook) voor verantwoordelijk gehouden. Mij is geen voorbeeld bekend van iemand die als opdrachtgever wordt aangemerkt door de bestuursrechter. Ik vermoed dat dit komt omdat het vrij lastig is om het opdrachtgeverschap aan te tonen, terwijl er ook makkelijkere routes zijn. Zoals iemand als feitelijk leidinggevende aanmerken. De feitelijk leidinggevende wordt als overtreder aangemerkt omdat de betreffende persoon 'hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden' heeft nagelaten om voldoende maatregelen te treffen om de overtreding te voorkomen en daarmee bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de overtreding zich zou voordoen (zie ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065, waarin de ABRvS verwijst naar HR 16 december 1986, NJ 1987/321 (*Slavenburg II*)).

12. Het medeplegen (c) is in het bestuursrecht een rareiteit. Dat komt omdat wij enerzijds (hele) ruime normstellingen hebben – zodat je vaak al gewoon pleger bent en niet alleen medepleger – en anderzijds omdat de figuur van de 'toerekening' bestaat in het bestuurlijke handhavingsrecht (zie hierna). Een zeldzaam voorbeeld van medeplegen is te vinden in ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2394. De Afdeling oordeelt dat medeplegen zich voordoet bij 'een nauwe en bewuste samenwerking' met diegene die het voorschrift daadwerkelijk schendt, waarbij de kwalificatie 'medepleger' alleen gerechtvaardigd is als de intellectuele en/of materiële bijdrage van de medepleger aan het feit van voldoende gewicht is. De Afdeling verwijst daarbij naar HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316.

13. De toerekening is (in mijn beleving) de noodgreep van de bestuursrechter. Het houdt in dat je strikt genomen geen overtreder bent, maar de bestuursrechter de overtreding toch aan je verwijt (toerekent). Het betreft uitzonderingsgevallen waarbij jou een (ernstig) verwijt kan worden gemaakt of waarbij je zo nauw verbonden bent met de overtreder dat er de facto geen onderscheid tussen jou en de overtreder te maken is. Het leerstuk van de toerekening is de schrik van civilisten en al helemaal van buitenlanders die met het Nederlands recht te maken krijgen. Dat is best begrijpelijk, omdat door het bestaan van toerekening het vrijwel onmogelijk is om volledig uit te sluiten dat iemand die betrokken is bij een overtreding toch overtreder zou kunnen zijn. Iedereen kan overtreder zijn als er voldoende verwevenheid bestaat met de pleger, zelfs al is er eigenlijk geen directe juridische link te leggen tussen de overtreding en degene aan wie de overtreding wordt toegerekend. Voorbeelden van toe-

rekening zijn de CZL-uitspraak – waarin de verontreiniging van het oppervlaktewater door bluswater aan de door de brand getroffen BV werd toegerekend (ABRvS 15 oktober 2008, AB 2008/364, m.nt. F.C.M.A. Michiels) en de *Chemie-Pack*-uitspraak, waarin de milieuschade veroorzaakt door één B.V. aan een zuster B.V. werd toegerekend (die alleen het onroerend goed beheerde) vanwege de 'nauwe verwevenheid' tussen de vennootschappen (ABRvS 20 januari 2014, AB 2014/144, m.nt. F.R. Vermeer). Toerekening kan ook gebeuren als iemand zich 'verschuilt' achter een ander en de twee partijen feitelijk te vereenzelvigen zijn (ABRvS 7 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3265).

14. Kortom: hoewel de wetgever het voor de overheid niet moeilijk heeft gemaakt om iemand verantwoordelijk te houden voor een overtreding, is het toch een redelijk onoverzichtelijk spelveld waar goed moet worden opgelet.

15. Ik houd van eenvoud, dus voor de praktijk nog een kort stappenplan om te bepalen of de overheid bij iemand kan aankloppen:

- i. Is deze (rechts)persoon gehouden de norm na te leven (is hij de 'normadressaat')?
- ii. Zo ja, is de te handhaven norm daadwerkelijk geschonden (is er een 'normschending')?
- iii. Zo ja, heeft de aangeschreven (rechts)persoon de fysieke handeling waarmee de norm is geschonden zelf verricht (is hij 'overtreder')?
- iv. Zo nee, is de (rechts)persoon leidinggevende van de rechtspersoon die de overtreding heeft gepleegd – lees: was hij bevoegd en redelijkerwijs daartoe gehouden om de overtreding te voorkomen (is hij 'feitelijk leidinggevende')?
- v. Zo nee, heeft de (rechts)persoon bewust en nauw samengewerkt met diegene die het voorschrift daadwerkelijk schendt (is hij 'medepleger')?
- vi. Zo nee, is er sprake van een 'nauwe verwevenheid' tussen de (rechts)persoon en diegene die het voorschrift daadwerkelijk schendt, dan wel is er een andere reden waarom de overtreding aan hem kan worden toegerekend (moet hem de overtreding worden 'toegerekend')?
- vii. Zo nee, dan is er wel een overtreding, maar is er geen overtreder.

T.N. Sanders