

## Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

### 3192

Vragen van het lid **Groothuizen** (D66) aan de Minister voor Rechtsbescherming over *preventieve handhaving in het bestuursrecht* (ingezonden 13 mei 2019).

Antwoord van Minister **Dekker** (Rechtsbescherming) (ontvangen 26 juni 2019). Zie ook Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2018–2019, nr. 2889.

#### Vraag 1

Heeft u het artikel «Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling» gelezen?<sup>1</sup>

#### Antwoord 1

Ja.

#### Vraag 2

Welke relatie bestaat er volgens u tussen artikel 5:2, eerste lid, onder b, Algemene wet bestuursrecht (Awb) en artikel 5:7 Awb? Kunt u daarbij specifiek ingaan op de vraag of volgens u in deze twee artikelen twee verschillende vormen van preventieve handhaving kunnen worden gelezen, te weten een herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling en een preventieve herstelsanctie?

#### Antwoord 2

Beide artikelen zijn algemene handhavingsbepalingen. In art. 5:2, eerste lid, onderdeel b, Awb staat herstelsanctie gedefinieerd: een last onder bestuursdwang of dwangsom kan onder meer strekken tot het voorkomen van herhaling van een overtreding. Art. 5:7 Awb bevat een bevoegdheid een herstelsanctie preventief op te leggen, zonder dat sprake is van een eerdere overtreding, indien het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Blijkens de jurisprudentie betreft het twee naast elkaar bestaande bevoegdheden (zie bijv. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:150 en CBb 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424).

<sup>1</sup> A.P. Altena, «Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling», De Gemeentestem 2018, afl. 7477, p. 627 e.v. (Gst. 2018/121).

### Vraag 3

Binnen welke termijn acht u het redelijk om nog te kunnen spreken van een herhaling en wanneer is volgens u sprake van een nieuw feit als de overtreder een overtreding daadwerkelijk begaat? Kunt u in uw antwoord specifiek ingaan op de vraag hoe u artikel 5:34, tweede lid, Awb in dit verband begrijpt?

### Antwoord 3

De vraag welke termijn redelijk is om te kunnen spreken van herhaling speelt als wordt overwogen een last op te leggen om herhaling te voorkomen dan wel preventief een last op te leggen. Dan beoordeelt het bestuur het tijdsverloop, ook in samenhang met andere omstandigheden. De rechter kan dit toetsen. Voor CBB 13 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:602 was verloop van een jaar te lang, waar ter zitting bleek dat een toen spelend incident geen overtreding was, maar wel had meegespeeld bij het opleggen van een last ter voorkoming van herhaling. Voor ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1322 was relevant dat een bedrijf de aard van de inrichting wijzigde na een uitspraak van drie maanden eerder, waardoor nadien terecht een preventieve last werd opgelegd. De vraag na hoeveel tijd nog van herhaling kan worden gesproken, valt dus niet in haar algemeenheid te beantwoorden. Dit geldt ook voor de vraag of na verloop van tijd, en zo ja na welk tijdsverloop, een incident dat zich voordoet ondanks een last, geldt als «nieuw feit». Op grond van art. 5:34, tweede lid, Awb kan het bestuursorgaan op verzoek van de overtreder een last onder dwangsom opheffen, indien hij een jaar gold zonder dat de dwangsom is verbeurd. Met een verzoek kan duidelijkheid worden verkregen of een last nog boven iemands hoofd hangt. Tegen een afwijzing van een verzoek staan rechtsmiddelen open. Dan toetst de rechter of het bestuur in redelijkheid kon besluiten tot afwijzing van het verzoek. ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4054 biedt een voorbeeld waarbij zo'n beslissing onvoldoende was gemotiveerd, toen een veelomvattende, niet in tijd beperkte en kennelijk niet overtreden last, die raakte aan vaak door een bedrijf verrichte werkzaamheden, al meer dan vijf jaar gold.

### Vraag 4

Wat is de reden dat niet noodzakelijk werd geacht om in de Awb op te nemen in welke gevallen sprake is van herhaling?

### Antwoord 4

Het begrip herhaling verscheen in de Awb toen de last onder dwangsom werd geregeld. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat werd beoogd de regeling te laten aansluiten bij voorlopers in onder meer de toenmalige Gemeentewet en Wet milieubeheer. De verschillen tussen de regelingen werden inhoudelijk minimaal geacht: het betrof ondergeschikte punten, waarbij nieuwe oplossingen of betere redacties werden gekozen (Kamerstuk 23 700, nr. 3, p. 132 en 162). In die voorlopers kwam het begrip herhaling niet voor, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bestuursdwang en de dwangsom wel dienden om ook herhaling van overtredingen te voorkomen. De wetshistorie geeft geen uitsluitsel waarom in de Awb niet staat in welke gevallen sprake is van herhaling. Aangenomen mag worden dat de wetgever hiertoe geen noodzaak zag en heeft gemeend de nadere invulling hiervan aan de rechtspraak te kunnen overlaten.

### Vraag 5

Hoe beoordeelt u het – in de jurisprudentie ontstane – feit dat er twee verschillende mogelijkheden zijn om preventief te handhaven? Kunt u daarbij specifiek ingaan op de toegevoegde waarde van de één ten opzichte van de ander en vice versa?

### Antwoord 5

De in art. 5:7 Awb opgenomen bevoegdheid tot preventieve handhaving kan alleen worden toegepast zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Dit criterium geldt niet voor het opleggen van een herstelsanctie die ertoe strekt herhaling van een reeds gepleegde overtreding te voorkomen. Het is in beide gevallen het doel om een toekomstige overtreding te voorkomen. Hierbij is degene die nog niet eerder een overtreding beging, beter beschermd – namelijk met het vereiste van klaarblijkelijke dreiging –

dan degene die dat al wel eerder deed (zie hierover nader het antwoord op vraag 10). Ik acht de op dit punt ontwikkelde jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters een redelijke en voor bestuursorganen, burgers en bedrijven goed werkbare interpretatie van het samenstel van de betreffende Awb-bepalingen.

#### Vraag 6

Leest u in de passage: «[v]oor wat betreft de vraag of een last onder dwangsom mag worden opgelegd voordat een (eerste) overtreding is begaan, menen wij dat aansluiting moet worden gezocht bij het antwoord op de vraag of bestuursdwang mag worden aangezegd voordat een overtreding is gepleegd [...]. Dit komt erop neer dat indien het gevaar van het plegen van een overtreding klaarblijkelijk is, ook zonder dat een mogelijke herhaling sprake is, een last onder dwangsom mag worden opgelegd» dezelfde implicatie als de auteur, die in deze zinsnede leest dat de wetgever enkel heeft beoogd dat voor preventieve handhaving altijd moet zijn voldaan aan het klaarblijkelijkheidscriterium? Zo nee, hoe leest u deze passage?<sup>2</sup>

#### Antwoord 6

Nee. De genoemde passage is afkomstig uit de in 1994 uitgebrachte memorie van toelichting bij de derde tranche van de Awb. Deze passage was gebaseerd op de toenmalige stand van de rechtsontwikkeling. In 2009 is via de vierde tranche art. 5:7 Awb tot stand gebracht, waarin voor bijzondere gevallen een specifieke bevoegdheid tot preventieve handhaving werd opgenomen met daarin het genoemde criterium van klaarblijkelijk dreigend gevaar. De bedoelingen van de wetgever kunnen dus niet geïsoleerd uit oudere parlementaire stukken worden afgeleid, maar moeten worden gezien in context met hetgeen daarop is gevolgd en de voortschrijdende rechtsontwikkeling.

#### Vraag 7

Wat is de reden dat in de Awb niet dieper is ingegaan op de wijze waarop bestuursorganen preventief kunnen handhaven?

#### Antwoord 7

Zoals de auteur van het in vraag 1 genoemde artikel zelf aangeeft, is in de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb de nodige aandacht besteed aan de in art. 5:7 Awb opgenomen bevoegdheid tot het opleggen van een preventieve herstelsanctie. Aan het element «voorkomen van herhaling van een overtreding» in art. 5:2 Awb zijn in die memorie van toelichting minder woorden gewijd, naar valt aan te nemen omdat dit geen nieuw element betrof.

#### Vraag 8

Wat is de reden dat in de Awb geen vergelijking is gemaakt tussen de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling en de preventieve herstelsanctie?

#### Antwoord 8

Een wet is geen plek om zulke vergelijkingen te maken. In de parlementaire stukken die op de vierde tranche van de Awb betrekking hebben, is op de verhouding tussen beide niet expliciet ingegaan, naar valt aan te nemen omdat daartoe geen noodzaak werd gezien. In de commentaren op het voorontwerp van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht en de parlementaire behandeling is dit onderwerp niet aan de orde gesteld.

#### Vraag 9

Deelt u de mening van de auteur dat de wetgever nooit heeft beoogd om twee verschillende vormen van preventieve handhaving mogelijk te maken? Zo ja, welke mogelijkheden ziet u om de wet hierin eenvoudiger te maken, althans te verduidelijken? Zo nee, waaruit blijkt, onder specifieke bronvermelding, dat iets anders is beoogd?

<sup>2</sup> Kamerstuk 23 700, nr. 3, p. 162.

#### Antwoord 9

Nee. Ik verwijs voor een nadere toelichting naar de beantwoording van de vragen 5 en 6.

#### Vraag 10

Acht u het logisch dat er een hele hoge drempel in de vorm van het klaarblijkelijkheidscriterium bij de preventieve herstelsanctie bestaat, maar deze drempel vervolgens afwezig is bij de herstelsanctie ter voorkoming van een herhaling? Zo ja, waarom? Zo nee, ziet u aanleiding de wet op dit punt te verduidelijken?

#### Antwoord 10

Ik vind het logisch dat degene die nog niet eerder een overtreding beging, beter is beschermd – namelijk met het vereiste van klaarblijkelijke dreiging – dan degene die dat al wel eerder deed. Dit is enerzijds van toegevoegde waarde voor iemands rechtsbescherming, als een bestuursorgaan overgaat tot preventieve handhaving, terwijl het anderzijds het bestuur armslag geeft voortvarend op te treden met het oog op het voorkomen van herhaling van een overtreding.

#### Vraag 11

Klopt het dat de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling, vanwege de in de jurisprudentie aangehouden minimale drempel om deze herstelsanctie op te leggen, tendeeert naar een voorwaardelijke straf die wordt opgelegd naar aanleiding van een eerdere overtreding? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 11

Nee. Vooropstaat dat met een voorwaardelijke straf wordt beoogd leed toe te voegen en met een herstelsanctie niet. De voorwaardelijke straf kan ook dienen ter vergelding of om anderen de norm in te prenten, zelfs als er geen herhalingsgevaar is bij de bestrafte (HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598). Een herstelsanctie die herhaling moet voorkomen, mag echter niet verdergaan dan dat (ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187). Een (voorwaardelijke) straf kan alleen worden opgelegd als de bestrafte een verwijt valt te maken (HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681), terwijl een herstelsanctie ook kan worden opgelegd als verwijtbaarheid ontbreekt (ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:395). Ten slotte kan een bestuursorgaan zelf doorpakken als een herstelsanctie wordt genegeerd (art. 5:21, onderdeel b, 5:33 en 5:37 Awb), terwijl het ondergaan van een voorwaardelijk strafgedeelte tussenkomst vereist van de rechter (art. 14g WvSr).

#### Vraag 12

Kan de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling volgens u worden gezien als een vervolging zoals bedoeld in artikel 6 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)? Kunt u in uw antwoord specifiek ingaan op de autonome betekenis van het begrip vervolging zoals door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aangenomen en de daarbij door het EHRM genoemde criteria om vast te stellen of een overtreding of sanctie al dan niet als strafrechtelijk kan worden gekwalificeerd?<sup>3</sup>

#### Antwoord 12

De herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling is een reparatoire bestuurlijke sanctie, zoals geregeld in hoofdstuk 5 Awb, en is geen bestrafende sanctie. Dat is een relevant onderscheid, omdat art. 6 EVRM ziet op (onder meer) vervolging en in beginsel niet van toepassing is op dergelijke herstelsancties. In de wetsgeschiedenis is in vervolg op de ook toen al geldende rechtspraak overwogen, dat voor de bestuursdwang en de oplegging van de dwangsom onomstreden is dat zij geen punitief karakter hebben en dat art. 6 EVRM daarom niet noopt tot het opnemen van bijzondere wettelijke waarborgen (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 130–131). Recent oordeelde ABRvS 12 december 2018,

<sup>3</sup> EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, ECLI:NL:XX:1976:AC0386 (Engel e.a. t. Nederland), NJ 1978, 223.

ECLI:NL:RVS:2018:4039 nog dat ook een last onder dwangsom die herhaling beoogt te voorkomen – in dat geval: dat iemand opnieuw in strijd met de APV inbrekerswerktuigen vervoert – geen bestraffende sanctie is. Wel kan de rechter bij concrete omstandigheden van het geval tot het oordeel komen dat toch sprake is van bestraffing en daarmee vervolging in de zin van art. 6 EVRM. De rechter kijkt daarbij naar drie criteria: de classificatie in de wetgeving, de aard van de overtreding (mede bezien in relatie tot het doel van de sanctie) en de zwaarte van de maatregel. Ik wijs voor toepassing van de EHRM-criteria bij zulke herstelsancties verder op vaste rechtspraak, zoals ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:2019:RVS:627 over een last tot sluiting van een pand om herhaling van drugshandel tegen te gaan, die niet als vervolging werd aangemerkt.

Vraag 13

Kunt u elke vraag afzonderlijk beantwoorden? Zo nee, waarom niet?

Antwoord 13

Ja.

Vraag 14

Kunt u elke vraag op zodanige wijze beantwoorden dat u gehoor geeft aan de oproep van de auteur vanuit de hoek van de regering duidelijk te maken of inderdaad beoogd is één of twee verschillende vormen van preventieve handhaving te codificeren? Zo nee, waarom niet?

Antwoord 14

Naar ik meen is in de voorgaande beantwoording duidelijk gemaakt dat de Awb de mogelijkheid biedt een herstelsanctie op te leggen zowel ter voorkoming van herhaling van een overtreding als in geval geen sprake is van een eerdere overtreding maar het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Beide bevoegdheden zijn naar mijn oordeel in overeenstemming met het oogmerk van de wetgever.