

MASTER'S THESIS

(Handhaven via) preventieve bestuursdwang: De bestuursrechtelijke sanctie preventieve bestuursdwang als gemeentelijk handhavingmiddel

Woudenberg, R A van

Award date:
2007

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 02. Jul. 2022

Open Universiteit
www.ou.nl



(HANDHAVEN VIA) PREVENTIEVE BESTUURSDWANG

De bestuursrechtelijke sanctie preventieve bestuursdwang
als gemeentelijk handhavingmiddel

Scriptie Wetenschappelijke Opleiding Nederlands Recht ongedeelde opleiding
Open Universiteit Nederland
R.A. (Rob) van Woudenberg
Moutmolen 19
2614 LT Delft
Tel: 015 – 2148480
Datum: 21 augustus 2007
Studentennummer: 844834911

Voorwoord

Ik wil op deze plaats een kort dankwoord richten tot de mensen die mij geholpen hebben om deze studie, en deze scriptie in het bijzonder, tot een goed einde te brengen. Het is een lang traject geweest waarin ik veel heb geleerd, vooral over hoe ik met een wetenschappelijke blik een scriptie moet schrijven. De eerste opzet van mijn onderzoeksplan was te praktisch en onvoldoende wetenschappelijk. Na wat sturing en enkele prikkelende opmerkingen heb ik uiteindelijk het onderwerp preventieve bestuursdwang gekozen en daarbij een centrale vraag geformuleerd.

Mijn scriptiebegeleidster mw. mr. J. Hubbeling heeft mij van mijn oorspronkelijke onderwerp afgebracht en mij enthousiast weten te maken voor het uiteindelijke onderwerp van deze scriptie. Bovendien heeft zij mij ook steeds van goede kritieken voorzien en mij op het juiste spoor gezet. Mijn dank gaat dan ook in de eerste plaats naar haar uit.

Ook niet onbelangrijk in het motiveren en meelesen was dhr. mr. F.H.J. Timmerman, deurwaarder te Amersfoort.

Ook wil ik mw. drs. M.J. Wevers bedanken, die deze scriptie heeft nagelopen op taalfouten en de lay-out heeft verzorgd.

Ten slotte, en niet in de laatste plaats, wil ik mijn vrouw Saskia en mijn dochters Myrthe, Noa en Evi bedanken. Zij hebben mij toch heel wat uren moeten afstaan aan deze studie.

Delft

Augustus 2007

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
Inhoudsopgave	2
Lijst met afkortingen	4
1. Inleiding	6
1.1 Introductie	6
1.2 Maatschappelijke relevantie	7
1.3 Bestuurlijke handhavinginstrumenten	8
1.4 Centrale vraag	9
2. Handhaving algemeen	11
2.1 Algemeen	11
2.2 Publiekrechtelijk handhaven	12
2.3 Strafrechtelijk handhaven	14
2.4 Privaatrechtelijk handhaven	14
2.5 Gedogen	16
2.6 Systematiek van de Awb en de relatie met bijzondere wetten	17
2.7 Subconclusie	19
3. De verschillende soorten bestuursrechtelijke handhaving	20
3.1 Toezicht	20
3.2 Bestuurlijke boete	24
3.3 Dwangsom	25
3.4 Bestuursdwang	27
3.4.1 Algemeen	27
3.4.2 Het bestuursdwangbesluit als beschikking in de zin van de Awb	30
3.4.3 De toezending en de begunstigingstermijn van het besluit	31
3.4.4 De tenuitvoerlegging en het kostenverhaal	33
3.4.5 Positie derden-belanghebbenden	36
3.5 Subconclusie	37
4. Preventieve bestuurlijke handhavingsmiddelen	39
4.1 Algemeen	39
4.2 De bevoegdheden van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde en in noodsituaties	39
4.3 Preventief fouilleren	41
4.4 Bestuurlijke ophouding	44
4.5 Cameratoezicht	46
4.6 Huisverbod	47
4.7 Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid	47
4.8 Preventieve bestuurlijke dwangsom	49
4.9 Subconclusie	50

5. Preventieve bestuursdwang	51
5.1 Algemeen	51
5.2 Ontwikkelingen binnen de rechtspraak	53
5.3 Codificatie	58
5.4 Voorbeelden van preventieve bestuursdwang	60
6. Conclusie	64
Literatuurlijst	67

Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen / Rechtspraak Bestuursrecht
ABR	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
AR	Afdeling Rechtspraak (van de Raad van State)
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
Art.	Artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awb-IV	Wetsvoorstel Vierde tranche Awb
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
B&W	burgemeester en wethouders
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gemw	Gemeentewet
Gw.	Grondwet
Gst.	Gemeentestem
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JM	Jurisprudentie Milieurecht
jo.	juncto/junctis
KG	Kort geding
Lbr.	Ledenbrief van de VNG
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer (rechtspraak.nl)
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NBStraf	Nieuwsbrief Strafrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
PG	Parlementaire Geschiedenis
PG Awb III	De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht
Rb	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging

ROB	Raad voor het Openbaar Bestuur
RvS	Raad van State
Stb.	Staatsblad
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht (voormalige Vereniging voor Administratief Recht)
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
Vz	Voorzitter
Wvo	Wet verontreiniging oppervlaktewater
WvSr	Wetboek van Strafrecht

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Introductie

In Nederland wordt het handelen van burgers, private organisaties en andere partijen door de overheid strak aan banden gelegd. Door handhaving controleert zij of burgers, bedrijven en andere overheidsorganen wetten en regelgeving naleven. Het uiteindelijke doel daarvan is het bereiken van gedrag dat in overeenstemming is met de norm.¹

Handhaving kan worden onderverdeeld in toezicht, sanctionering en tenuitvoerlegging van sancties. Hier gaat vaak een proces van vergunningverlening aan vooraf.² Gemeenten vervullen een belangrijke rol bij vergunningverlening en handhaving op lokaal niveau. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het verstrekken van bouwvergunningen en controle op de naleving van de leerplichtwet. Hoewel iedere burger waarschijnlijk waarde hecht aan de orde die de nauwkeurige en strenge regelgeving in Nederland oplevert, betekent dat niet dat ook iedereen de vergunningaanvragen en handhaving daarvan op prijs stelt als het henzelf betreft. Een van de redenen hiervoor is dat handhaving slechts één onderdeel is van het totale beleid waarvoor bestuurders verantwoordelijkheid dragen. De beschikbare aandacht moet dus verdeeld worden. Een tweede reden is dat bestuurders die strikt handhaven op weinig sympathie van burgers hoeven te rekenen. Dit geldt nog meer als de handhaving gedurende langere tijd minder streng is geweest. Tot slot geldt dat politici voornamelijk worden gedreven door kortetermijnbelangen, waardoor zij vooral zaken aanpakken die stemmen opleveren. Handhaving zal zeker niet toe behoren. Blomberg en Michiels bevestigen dit met de opmerking dat "de politieke wil om te handhaven nog al eens ontbreekt bij de kleinere gemeenten."³

De laatste tien jaar hebben zich enkele belangrijke ontwikkelingen voorgedaan op het terrein van de handhaving. In 1996 werd er bijvoorbeeld een commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (Commissie Michiels) ingesteld, die tot doel had om te achterhalen welke factoren adequaat toezicht en handhavingsreacties in de weg staan. In 2000 volgde het rapport 'Vertrouwen in onafhankelijkheid' van de Ambtelijke Commissie Toezicht (Commissie Borghouts). Daarna werd in 2002 een start gemaakt met het project 'Professionalisering van de

¹ Blomberg & Michiels 1997, p. 33.

² Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving 2001, p. 75.

³ Blomberg & Michiels 1998, p. 56.

Milieuhandhaving' om de kwaliteit van de milieuhandhaving te verhogen. Dit zijn initiatieven op rijksniveau, al vindt de uitwerking op lagere overheidsniveaus plaats.⁴ De handhaving staat het laatste decennium zo sterk in de belangstelling doordat relatief kort geleden het besef is ontstaan dat bestuursrechtelijke handhaving een doorslaggevend en beslissend onderdeel van de rechtsstaat is.⁵ Er kan niet worden volstaan met het stellen van normen; als de normen niet worden gehandhaafd, zijn ze praktisch betekenisloos.⁶

1.2 Maatschappelijke relevantie

Regels moeten nageleefd worden. Gebeurt dit niet, dan moet de overheid handelend optreden. De gemeente is medeverantwoordelijk voor het democratisch vaststellen van regels. Zij hoort er ook voor te zorgen dat die regels worden nageleefd. De actualiteit heeft ervoor gezorgd dat handhaving van wetten en regels tegenwoordig hoog op de politieke agenda staat.

Door een aantal grote incidenten en aangespoord door enkele zware bestuurlijke en ambtelijke commissies, waaronder de commissies Borghouts en Michiels, mag handhaving zich de laatste tijd in een flinke publieke, maar vooral ook politiek-bestuurlijke belangstelling verheugen. De afgelopen jaren hebben zich in Nederland incidenten en rampen voorgedaan met grote persoonlijke en materiële gevolgen. Iedereen herinnert zich natuurlijk nog de vuurwerkramp in Enschede, de cafébrand in Volendam, het neerstorten van balkons in Maastricht, de brand in het cellencomplex op Schiphol-Oost en het bezwijken van een werftrap in Utrecht. Deze gebeurtenissen eisten allemaal een of meer mensenlevens (vijftig in totaal), vele gewonden en grote materiële schade. Daarnaast waren er incidenten zonder dodelijke afloop, maar niettemin met grote gevolgen, zoals het onveilig gebleken complex Bos en Lommerplein in Amsterdam en wat langer geleden de instorting van een parkeerdek in Tiel.

Deze voorbeelden vertonen enkele overeenkomsten. Afgezien van de persoonlijke en materiële schade, die in het ene geval nog groter was dan in het andere, is er steeds sprake geweest van ongeloof en publieke verontwaardiging. Hoe heeft dit kunnen gebeuren? Ook werd er in alle gevallen naar de overheid gewezen als

⁴ Gommers 2004, p. 7.

⁵ Vervaele 1994, p. 5.

⁶ Ik gebruik de termen '(rechts)norm' en 'rechtsregel' als synoniemen.

boosdoener. Er is veel te weinig toezicht uitgeoefend en de voorschriften zijn niet gehandhaafd, luidt het verwijt.

De genoemde voorvallen hebben pijnlijk duidelijk gemaakt dat niet of slecht handhaven tot rampen kan leiden. Handhaven is daardoor niet langer meer het ondergeschoven kindje van de regelgeving. Handhaven is hot! Een van de doelstellingen van handhavingsbeleid is dan ook het verbeteren en veiliger maken van de leefomgeving.

1.3 Bestuurlijke handhavingsinstrumenten

In principe is de gemeente verplicht om te handhaven. In een beperkt aantal gevallen mag het college ervan afzien, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een overgangssituatie of als er concreet zicht is op legalisatie. Handhaving is het uitgangspunt en gedogen de uitzondering. Dit principe zal verder worden uitgewerkt in paragraaf 2.5.

Voor een effectieve handhaving moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Organisatorische, financiële en praktische problemen vragen om heldere beleidskeuzes, maar ook het juridische aspect mag niet worden verwaarloosd. Toepassing van dwangmiddelen, zoals het sluiten van panden, kan alleen effectief zijn als het gemeentelijk optreden (ook) een rechterlijke toets kan doorstaan. Gelet op de belangen die op het spel kunnen staan, kan een bestuursorgaan zich geen verlies bij de rechter veroorloven. Dit geldt des te meer als het om de handhaving van veiligheid van personen gaat.

Uit een analyse van Universiteit Utrecht, waarin dertig rechterlijke uitspraken zijn onderzocht, is naar voren gekomen dat gemeenten meer dan eens door de rechter worden teruggefloten. In dertig procent van de onderzochte uitspraken werd de gemeente door de rechter in het ongelijk gesteld wegens handelen in strijd met wettelijke voorschriften en/of beginselen van behoorlijk bestuur.⁷ Een wel hele slechte score. Dat is jammer, omdat het zo eenvoudig is om het in juridisch opzicht wel goed te doen. Sinds de inwerkingtreding van hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is er namelijk een heldere regeling voor toepassing van bestuurlijke dwangmiddelen.

Handhaving door de gemeente houdt het uitoefenen van toezicht en het opleggen van bestuursrechtelijke sancties in. Het begrip 'handhaving' moet in deze scriptie dan

⁷ Duijkersloot & Michiels 2001, p. 284.

ook uitsluitend in deze bestuursrechtelijke zin worden opgevat. Binnen de gemeente kunnen op grond van artikel 125 van de Gemeentewet twee bestuursorganen met de handhaving belast zijn: burgemeester en wethouders en de burgemeester. Beide bestuursorganen worden in deze scriptie met het begrip 'gemeente' aangeduid.

Deze scriptie gaat primair over preventieve handhaving en in het bijzonder over preventieve bestuursdwang. Had bij de eerder genoemde voorbeelden preventief gehandhaafd kunnen worden? En zo ja, had dit dan met preventieve bestuursdwang gekund? Onder welke voorwaarden had dit dan moeten gebeuren, en hadden deze incidenten dan misschien niet plaatsgevonden? Wat houdt preventief handhaven in, en wat is de definitie van preventieve bestuursdwang? Deze vragen worden in deze scriptie beantwoord.

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving door de politie en het Openbaar Ministerie op grond van het Wetboek van Strafvordering. In paragraaf 2.3 wordt het verschil nader toegelicht. Hetzelfde geldt voor privaatrechtelijke handhaving, waarmee gemeentelijk beleid kan worden afgedwongen. Dit zal in paragraaf 2.4 aan de orde komen. Waar in het algemeen geschreven wordt over handhaving, bedoel ik handhaving door bestuursorganen van bestuursrechtelijke regels, tenzij anders aangegeven. Verder wordt in deze scriptie het handhaven met name vanuit de gemeentelijke hoek belicht en worden andere overheden zo veel mogelijk buiten beschouwing gelaten.

1.4 Centrale vraag

Op grond van het voorgaande ben ik tot de volgende probleemstelling gekomen:

Onder welke omstandigheden is het de gemeente geoorloofd om preventieve bestuursdwang toe te passen?

Ik behandel in mijn scriptie achtereenvolgens de volgende deelvragen:

1. Wat is handhaving in het algemeen gezien vanuit de verschillende rechtsgebieden?
2. Welke verschillende soorten bestuursrechtelijke handhaving zijn er?
3. Wat zijn de verschillende preventieve bestuurlijke handhavingsmiddelen?
4. Wat is preventieve bestuursdwang?
5. Wat zijn enkele voorbeelden van preventieve bestuursdwang?

Bij het schrijven van deze scriptie is hoofdstuk 5 van de Awb en de daarin gehanteerde systematiek als uitgangspunt genomen: een algemene beschouwing over handhaving (hoofdstuk 2) wordt gevolgd door een bespreking van achtereenvolgens toezicht (hoofdstuk 3.1), de (toekomstige) bestuurlijke boete (hoofdstuk 3.2), de dwangsom (hoofdstuk 3.3) en bestuursdwang (hoofdstuk 3.4). Hoofdstuk 4 gaat in op verschillende preventieve handhavingsmiddelen, en in hoofdstuk 5 wordt het geheel afgesloten met een uiteenzetting van de preventieve bestuursdwang. Ten slotte wordt een en ander in de conclusie samengevat.

Hoofdstuk 2

Handhaving algemeen

2.1 Algemeen

Handhaving behoort vanzelfsprekend tot het takenpakket van een gemeente. Zij verleent immers vergunningen en behoort de naleving daarvan te bewaken. Handhaving wordt in de literatuur verschillend gedefinieerd. In ruime zin wordt handhaving omschreven als elke handeling die erop gericht is de naleving van rechtsregels te bevorderen of een overtreding te beëindigen.⁸ Blomberg en Michiels bijvoorbeeld gebruiken een zeer ruime definitie: "alle handelingen die normconform gedrag bewerkstelligen".⁹ Het gaat om de naleving van bestaande regels. De normstelling op zich wordt niet tot de handhaving gerekend. Naleving kan alleen effectief worden bevorderd als er een norm is die zich voor naleving en handhaving leent. Daarom moeten normen in elk geval duidelijk, consistent en eenvoudig, of zo eenvoudig mogelijk, zijn.¹⁰

In enge zin kan onder het begrip worden verstaan: "het door controle en het toepassen van bestuursrechtelijke sancties (of dreigen daarmee) bereiken dat het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift wordt nageleefd."¹¹ Zo'n specifiekere definitie wordt ook gebruikt door het ministerie van Justitie: "het door toezicht en het toepassen van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke middelen bereiken dat algemeen geldende voorschriften worden nageleefd."¹²

Belangrijk is dat toezicht in deze definities wordt gezien als een van de handhavinginstrumenten. Door Jansen is het handhavingstoezicht gedefinieerd als "het bewaken, nagaan en gadeslaan van de handelingen of zaken van anderen met het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht."¹³ Hierin wordt toezicht niet gezien als een eigen instrument, maar als een onderdeel van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavinginstrumenten. Zonder toezicht is het moeilijker om als bestuur op de hoogte te zijn van de situatie en eventuele

⁸ Het woord 'overtreding' is hier (en in de rest van deze scriptie) uiteraard in de bestuursrechtelijke en niet in de strafrechtelijke zin bedoeld.

⁹ Blomberg & Michiels 1997, p. 29.

¹⁰ Borman 1993, p. 51.

¹¹ Gemeente Eindhoven 2001, p. 9-10.

¹² Ministerie van Justitie 1996, p. 42.

¹³ Jansen 1998, p. 25.

overtredingen. In deze scriptie zal daarom de definitie van het ministerie van Justitie worden gehanteerd.

Toezicht maakt ook deel uit van de vier fasen van bestuurlijk optreden, te weten: 1) vergunningverlening, 2) subsidiebesluiten en andere beschikkingen, 3) toezicht en 4) sanctionering en tenuitvoerlegging van sancties.¹⁴ De laatste drie fasen vallen onder het begrip handhaving.¹⁵

Gehandhaafd wordt dat wat bij of krachtens een wettelijk voorschrift bepaald is. Daarmee wordt bijvoorbeeld een wet, een verordening of een daarop gebaseerd uitvoeringsbesluit bedoeld. Het doel is uiteraard dat regels worden nageleefd. Handhaving is daarbij meer dan direct of indirect afdwingen van naleving door middel van sancties. Sancties vormen slechts één schakel in de keten normstelling - toepassing - controle - sancties. Naast sancties spelen ook voorlichting over welke regels er zijn en de achterliggende redenen, en het houden van controles een belangrijke rol.¹⁶

Sancties kunnen bestraffend zijn (punitief) of gericht op herstel (reparatoir). Punitieve sancties zijn bijvoorbeeld de strafrechtelijke hechtenis en geldboete, de bestuurlijke boete, de intrekking van een begunstigende beschikking of het korten op uitkeringen. Als reparatoire sancties in het strafrecht kunnen het herstel in de rechtmatige toestand, de waarborgsom en schadevergoeding genoemd worden. Bestuursrechtelijke vormen zijn bijvoorbeeld bestuursdwang of het opleggen van een bestuurlijke dwangsom. Tot slot komen er ook in het privaatrecht sancties voor, zoals contractuele boetes of een ge- of verbodsactie op grond van een onrechtmatige daad.¹⁷ In de volgende paragrafen worden de genoemde sancties in de verschillende rechtsgebieden nader besproken.

2.2 Publiekrechtelijk handhaven

Gemeenten kunnen een publiekrechtelijke aanpak hanteren. Hierbij maakt men gebruik van een van de bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten. De verschillende soorten bestuursrechtelijke handhaving bespreek ik uitgebreider in hoofdstuk 3, maar hier worden de instrumenten al even kort aangestipt.

¹⁴ Raad voor het Openbaar Bestuur 1998, p. 15.

¹⁵ Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving 2001.

¹⁶ Bos e.a. 1995, p. 13.

¹⁷ Van Setten & Verbruggen 2003, p. 16.

Bestuursdwang is een instrument dat gericht is op het direct beëindigen of ongedaan maken van de overtreding. De vorm waarin bestuursdwang plaatsvindt, verschilt. De gemeente heeft de bevoegdheid om de ontstane illegale situatie op te heffen. Daarbij kan ook sprake zijn van het beletten van verdere overtreding. Eventuele kosten daarvan kunnen worden verhaald op de overtreder.¹⁸ Bestuursdwang wordt verder uitgewerkt in paragraaf 3.4.

Een andere mogelijkheid is het toepassen van een bestuurlijke dwangsom: een financiële sanctie waarmee de gemeente streeft naar het herstel van de oude situatie of het voorkomen van een illegale situatie. Het is een indirect instrument, wat betekent dat de dwangsom vervalt op het moment dat de overtreder de last ongedaan heeft gemaakt. Net als bestuursdwang kan de dwangsom onder bepaalde voorwaarden preventief worden gebruikt. Dit handhavingsinstrument wordt verder uitgewerkt in paragraaf 3.3.

Een gemeente heeft ook het recht om bij overtreding een vergunning of een ontheffing in te trekken, hoewel dit geen algemene bestuursrechtelijke sancties zijn. Het is een paardenmiddel, omdat een goedgekeurde situatie ineens gesanctioneerd wordt: een overtreder mag een activiteit na enige tijd ineens niet meer uitoefenen. Door toepassing van deze sancties stimuleert een gemeente juist illegale handelingen, omdat de intrekking op zich niet direct een eind maakt aan de overtreding.¹⁹ Deze sanctiemiddelen worden daarom ook wel gezien als papieren tijgers.

Een instrument dat niet wordt behandeld in hoofdstuk 3 is de mogelijkheid tot achteraf legaliseren van een onreglementaire situatie, bijvoorbeeld door het wijzigen van een bestemmingsplan. In dat geval treedt een gemeente bewust niet op tegen een overtreding.

Er wordt verschillend gedacht over de vraag of dit een handhavingsinstrument is. Er zijn auteurs die van mening zijn dat dit niet kan worden gezien als handhaven, omdat de gemeente haar eigen regels wijzigt.²⁰ Daarentegen meent de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) dat een gemeente niet altijd in staat is de regelgeving tijdig aan te passen aan de voortdurend veranderende maatschappelijke ontwikkelingen. Als een gemeente regels bewust wijzigt, hetgeen overigens een noodsituatie is, is dit volgens de VNG een vorm van handhaven.²¹ In paragraaf 2.5 wordt nader ingegaan op gedogen.

¹⁸ Art. 5:25 lid 1 Awb.

¹⁹ Blomberg 2000, p. 107.

²⁰ Blomberg 2004, p.17-35; Blomberg, Jurgens & Michiels 2001, p. 47-50.

²¹ Vereniging van Nederlandse Gemeenten 1995, p. 54.

2.3 Strafrechtelijk handhaven

Strafrecht behoort, net zoals het bestuursrecht, tot het publiekrecht. Het bestuursrecht richt zich op de verhouding tussen burgers en overheid. Het strafrecht richt zich op het beschermen van de openbare orde en het garanderen van veiligheid. Dit gebeurt door de opsporing en vervolging van strafbaar gestelde feiten. Toch zijn deze twee gebieden niet zo strikt gescheiden als het in theorie lijkt. Handhaving van de openbare orde is ook een bestuurlijke aangelegenheid en een bevoegdheid van de burgemeester.

Het belangrijkste verschil tussen strafrecht en bestuursrecht is dat de sancties in het strafrecht door een onafhankelijke onpartijdige rechter worden opgelegd. In het bestuursrecht worden sancties opgelegd door het bestuur, die pas achteraf te beoordelen zijn door een rechter. De rechtsgebieden hebben weliswaar overeenkomsten, maar zij worden ieder op hun eigen wijze genormeerd. De Awb is namelijk niet van toepassing bij de opsporing van strafbare feiten en de uitvoering van strafrechtelijke beslissingen (art.1:6, aanhef en onder a).²²

Strafrechtelijke handhaving behoort ook tot de mogelijkheden van gemeenten, maar daarvoor zijn ze afhankelijk van de politie en het Openbaar Ministerie (OM). Als een overtreder een strafbaar feit heeft begaan, kan het OM besluiten om tot strafrechtelijke vervolging over te gaan. Belangrijk is echter dat het onmogelijk is om door middel van dit instrument de overtreding ongedaan te maken. De strafrechtelijke aanpak is gericht op het corrigeren van de overtreder door leed toe te voegen. Wel kan het een preventieve werking hebben in de zin dat het andere (toekomstige) overtreders afschrikt.²³ Voorbeelden van dit soort sancties zijn vrijheidsbenemende sancties (gevangenisstraf of hechtenis) of vermogenssancties (geldboete).

2.4 Privaatrechtelijk handhaven

In enkele gevallen kan een gemeente gebruikmaken van een privaatrechtelijk handhavingsinstrument. Van handhaving via het privaatrecht is sprake als de overtreder van bestuursrechtelijke voorschriften in een civiele procedure (al dan niet door de overheid) op de naleving van het bestuursrecht wordt aangesproken. Hiervan kan gebruik worden gemaakt indien er een overeenkomst bestaat tussen de gemeente en een overtredende private partij waarin onderlinge afspraken zijn

²² Gommers 2004, p. 25.

²³ Blomberg & Michiels 1997, p. 107.

vastgelegd. Sancties kunnen door de burgerlijke rechter worden opgelegd op initiatief van de overheid of een particulier.

De vraag is in hoeverre de overheid gebruik mag maken van deze mogelijkheden. Artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek geeft een algemeen kader. Het stelt dat een bevoegdheid krachtens het privaatrecht niet mag worden uitgeoefend in strijd met het geschreven of ongeschreven publiekrecht. De gemeente is daarom bij privaatrechtelijk handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁴

De Hoge Raad heeft in het Windmill-arrest de mogelijkheden tot een keuze tussen privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk optreden aanzienlijk beperkt met de zogenaamde tweewegenleer. Deze beschrijft dat "de overheid mag kiezen voor de privaatrechtelijke weg in plaats van (of naast) de publiekrechtelijke weg, tenzij uit de wet voortvloeit dat de publiekrechtelijke weg exclusief is."²⁵ De overheid heeft dus in beginsel de keus tussen het privaatrecht en publiekrecht, maar er gelden beperkingen. Ten eerste geldt dat de inhoud en strekking van de regeling zich niet tegen het gebruik van privaatrecht mag verzetten. Ten tweede is de mate waarin de belangen van burgers zijn beschermd van belang. Tot slot geldt dat een overheid gebruik dient te maken van het publiekrecht indien hierdoor dezelfde resultaten te behalen zijn als met behulp van het privaatrecht.²⁶ Voor de overheid als eigenaar geldt bovendien dat zij geen gebruik mag maken van de eigenaarsbevoegdheid als er een exclusieve wettelijke regeling is die het volgen van de publiekrechtelijke weg voorschrijft.²⁷

Er is wel ruimte om bij het sluiten van overeenkomsten afspraken over handhaving op te nemen. De Hoge Raad heeft erfpachtvoorwaarden geaccepteerd waarin beperkingen zijn opgenomen ten aanzien van het gebruik van gronden en opstallen. Deze beperkingen kunnen ook in een bestemmingsplan vastgelegd worden.²⁸ De contractsbepalingen mogen gehandhaafd worden via een boetebeding of via een verordening tot nakoming.²⁹

Een vordering uit onrechtmatige daad door de gemeenten in het kader van het algemeen belang heeft lange tijd ter discussie gestaan. Al in 1973 oordeelde de Hoge Raad dat "het algemeen belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zichzelf behoort niet tot de belangen die art. 1401(oud BW) beoogt te

²⁴ HR 27 maart 1987, AB 1987, 273 (Amsterdam-Ikon-arrest).

²⁵ Blomberg & Michiels 1997, p. 168.

²⁶ HR 26 januari 1990, NJ 1991, 293 (Windmill-arrest).

²⁷ HR 9 juli 1990, AB 1990, 547 (De Pina- Helmond).

²⁸ HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Gemeente Lelystad/Kunst- en antiekstudio).

²⁹ Van Setten & Verbruggen 2003, p. 19.

beschermen."³⁰ Deze opvatting is in 1994 een beetje aangepast door de volgende formulering: "Noch voor de bevoegdheid van de burgerlijke rechter, noch voor de ontvankelijkheid van de vordering van de overheid is het stellen van een civielrechtelijk belang vereist. Nodig is slechts dat is voldaan aan de eis van een voldoende belang, zoals deze eis tot uiting is gebracht in artikel 3:303 BW."³¹ Met deze uitspraak ligt het voor de hand dat van het bestaan van een dergelijk belang wordt uitgegaan, zolang niet het tegendeel blijkt. De gemeente heeft de mogelijkheid om een vordering uit onrechtmatige daad in te dienen.³²

2.5 Gedogen

De bevoegdheid om te handhaven is een discretionaire bevoegdheid. Een bestuursorgaan heeft daardoor ruimte om op dit terrein eigen beleid te ontwikkelen of te hanteren.³³ Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen om niet over te gaan tot handhaven. Met de wet strijdige situaties worden in dat geval gedoogd.

Gedogen is alleen mogelijk als het bestuur op de hoogte is, of had moeten zijn, van de overtreding. Het kan gaan om passief of actief gedogen. Van passief gedogen is sprake als het bestuursorgaan wel op de hoogte is van de overtreding, maar er niets tegen onderneemt. Er is sprake van actief gedogen als het bestuursorgaan impliciet of expliciet te kennen geeft niet te zullen handhaven, bijvoorbeeld door middel van een (privaatrechtelijke) overeenkomst waarin voorwaarden worden vastgelegd. Een gedoogbesluit mag slechts in uitzonderlijke gevallen worden genomen. Jarenlang impliciet gedogen is niet zonder meer een uitzonderlijk geval dat expliciet gedogen rechtvaardigt.³⁴

De gemeente heeft dus de mogelijkheid om het belang van handhaving, bijvoorbeeld door middel van bestuursdwang, af te wegen tegen andere belangen, zoals de mogelijkheid tot het treffen van andere bestuurlijke sancties of het gedogen van de overtreding. Een gemeente die bestuursdwang wil uitoefenen, mag dat in beginsel alleen als aan alle eisen van zorgvuldige voorbereiding is voldaan. De Afdeling bestuursrechtspraak RvS heeft bepaald dat als er sprake is van een overtreding en legalisatie onmogelijk is, het in beginsel redelijk is om bestuursdwang aan te zeggen.

³⁰ HR 9 november 1973, *NJ* 1974, 91 (Limmen-Houtkoop).

³¹ HR 18 februari 1994, *NJ* 1995, 718 (Kabayel); HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 719 (Zomerhuisje).

³² Van Setten & Verbruggen 2003, p. 20.

³³ Damen e.a. 2005, p. 700.

³⁴ De Graaf, Kok & Panneman 2005, p. 11.

Dit met het oog op het belang dat wettelijke voorschriften worden nageleefd en het voorkomen van precedentwerking.³⁵ De afgelopen jaren heeft de Afdeling zelfs regelmatig uitgesproken dat er in dergelijke gevallen niet alleen mag, maar ook móét worden gehandhaafd. Er wordt daarom ook wel gesproken van een beginselplicht tot handhaving. De Afdeling overwoog dat met uitzondering van bijzondere omstandigheden het algemene uitgangspunt is "dat in een geval waarin is gehandeld in strijd met een bestemmingsplan en deze handeling niet kan worden gelegaliseerd, ter handhaving van het bestemmingsplan en ter voorkoming van ongewenste precedentwerking moet worden overgegaan tot het toepassen van bestuursdwang."³⁶

Deze jurisprudentie heeft twee consequenties. Aan de ene kant maakt ze de motivering van bestuursdwangbeschikkingen eenvoudiger, omdat bij overtreding het belang van de handhaving van wettelijke regels op zich al optreden rechtvaardigt. Anderzijds maakt ze de motiveringslast zwaarder als er uitdrukkelijk om bestuursdwang wordt verzocht, maar de gemeente dit wil weigeren. Derden kunnen nu namelijk in beginsel op handhaving aanspraak maken. De gemeente zal in zulke gevallen moeten motiveren welke bijzondere omstandigheden het afzien van optreden rechtvaardigen.³⁷ De omstandigheden waarin een gemeente mag gedogen, zijn ontwikkeld in de rechtspraak. Uitzonderingen kunnen worden gemaakt indien:

- er concreet uitzicht op legalisatie bestaat (ook wel overgangssituatie genoemd),³⁸
- handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen (bijvoorbeeld als er sprake is van een zeer kleine inbreuk op de regelgeving, een aanmerkelijk maatschappelijk belang of als de belangen van derden niet worden geschaad),³⁹
- er sprake is van een overmacht- of overgangssituatie.⁴⁰

2.6 Systematiek van de Awb en de relatie met bijzondere wetten

Met de regeling in hoofdstuk 5 van de Awb heeft de wetgever de bedoeling gehad om de regelgeving met elkaar in overeenstemming te brengen. Daarnaast wilde hij het gesignaleerde gebrek aan toezicht op de naleving van regelgeving en

³⁵ ABRvS 22 september 1997, *JB* 1997, 269.

³⁶ ABRvS 2 februari 1998, *AB* 1998, 181.

³⁷ Suurmond & Van Velthoven 2006, p. 199.

³⁸ ABRvS 11 november 1999, *AB* 2000, 77 m.nt. De Gier.

³⁹ ABRvS 19 januari 2005, *AB* 2005, 50 m.nt. Blomberg.

⁴⁰ ABRvS 3 oktober 1997, *JM* 1997, 69 m.nt. Schuiling.

vergunningvoorschriften terugdringen. Ook werden sancties onvoldoende toegepast en geëffectueerd (het zogenaamde handhavingstekort).⁴¹ Hoofdstuk 5 somt de aan het bestuur toekomende dwangmiddelen op - toezicht, bestuursdwang en dwangsom - en de regels die bij toepassing hiervan moeten worden gevolgd.

Onder 'toezicht' zijn regels opgenomen die betrekking hebben op de bevoegdheden van toezichthouders, zoals het betreden van plaatsen en het inzien van bescheiden. De bevoegdheden van toezichthouders waren voor de Awb over verschillende wetten verspreid. Sinds 1998 is het gebruikelijke pakket van bevoegdheden in de Awb centraal geregeld.

De Gemeentewet blijft voor de toepassing van bestuursdwang evenwel van belang, omdat de toekenning van de bevoegdheid daartoe onderdeel is van de Gemeentewet (art. 125 Gemw). Na de inwerkingtreding van de derde tranche Awb op 1 januari 1998 is de Gemeentewet echter niet langer van betekenis voor de regels die bij toepassing gevolgd moeten worden. Deze zijn nu in de Awb te vinden. Voor de dwangsom reikt de betekenis van de Awb verder, aangezien zowel de toekenning als de toepassing van deze bevoegdheid in de Awb is geregeld.

Het besluit tot toepassing van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom moet behalve aan de regels in hoofdstuk 5 van de Awb ook voldoen aan de overige eisen die aan een bestuursbesluit worden gesteld. Dit houdt in dat ook de voorschriften van hoofdstukken 3 en 4 van de Awb op de besluitvorming van toepassing zijn. Aan de besluitvorming moet bijvoorbeeld een zorgvuldige belangenafweging voorafgaan en belanghebbenden moeten worden gehoord en mogen in niet onevenredig worden benadeeld. Met name ook de voorschriften rond de rechtsbescherming, opgenomen in de hoofdstukken 6, 7 en 8 van de Awb, moeten in acht worden genomen. Het besluit tot handhaving is namelijk een beschikking waartegen belanghebbenden bezwaar kunnen indienen en beroep instellen. Volgens de hoofdregel in de Awb (art. 6:16) heeft dit bezwaar geen schorsende werking, maar kunnen belanghebbenden wel een voorlopige voorziening vragen. Ieder besluit tot handhaving dient in deze zin een bezwaar- en beroepsclausule te bevatten.

In het algemeen geven de Gemeentewet en de Awb de gemeente samen de grondslag voor toepassing van bestuursdwang en de dwangsom. Daarnaast zijn er ook nog andere wetten waarin deze bevoegdheden geregeld kunnen zijn. Ondanks het streven naar standaardisatie is er in enkele gevallen behoefte aan een bijzondere vorm (en regeling) van bestuursdwang. De Wegenverkeerswet (art. 169 tot 174) kent

⁴¹ Ministerie van Justitie 2002a, p. 5.

bijvoorbeeld een eigen regeling voor het wegslepen van voertuigen, die sterk afwijkt van de Awb.⁴²

2.7 Subconclusie

De gemeente beschikt over handhavingsinstrumenten uit verschillende rechtsgebieden en kan daarmee met alle soorten handhaving te maken krijgen. In de Algemene wet bestuursrecht worden geen regels geformuleerd voor de afweging tussen bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke sanctionering. De mogelijkheden tot handhaving op deze verschillende terreinen sluiten elkaar dus niet uit. De rechtsgebieden kunnen elkaar versterken, mits ze toegepast worden in overeenstemming met het karakter van die rechtsgebieden.

⁴² Ministerie van Justitie 2002b, p. 6.

Hoofdstuk 3

De verschillende soorten bestuurlijke handhaving

3.1 Toezicht

Handhaving heeft weinig zin als er onvoldoende toezicht is op de naleving. 'Spontane' controle blijkt bij veel overheidsinstellingen minimaal, en actief optreden berust veelal op het zogenaamde piepsysteem.⁴³ Bij gebrek aan toezicht is er geen zicht op naleving. Het piepsysteem is onvoldoende om te kunnen stellen dat men er een behoorlijk controleniveau op nahoudt. Niet iedereen 'piept' even makkelijk. Bij zware overtredingen zal er wellicht zelfs van worden uitgegaan dat de overheid al op de hoogte is. Het piepsysteem leidt bovendien tot willekeur.⁴⁴ Het mag niet zo zijn dat het gepiep de handhavingsprioriteit bepaalt. Bovendien kan men die prioriteit niet vaststellen als er over naleving niets bekend is.⁴⁵

Toezicht is een belangrijk handhavinginstrument. De Awb definieert het begrip 'toezicht' niet. Vóór de Awb werden ook andere benamingen gebruikt, zoals 'inspectie' en 'controle'.⁴⁶ Nadat de derde tranche Awb en de bijbehorende aanpassingswetgeving in werking was getreden, is de term 'toezicht op naleving' zo veel mogelijk uniform in de wetgeving doorgevoerd.⁴⁷ Toezicht op naleving kan omschreven worden als uitvoering van controle zonder dat er van overtreding sprake is. De Hoge Raad heeft al in 1895 het toezicht omschreven als "het bewaken, nagaan en gadeslaan van handelingen of zaken van anderen met het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan."⁴⁸ Toezicht kan gezien worden als een preventief handhavinginstrument, omdat wettelijke voorschriften worden nageleefd zonder enige sanctie. De toelichting op de wet spitst zich toe op het onderscheid tussen toezicht en opsporing: bij (preventief) toezicht hoeft geen sprake te zijn van een concrete verdenking van een strafbaar feit.⁴⁹

De Awb omschrijft in artikel 5:11 wel het begrip toezichthouder: "een persoon bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift." Het kan hierbij gaan om een wet in formele zin, maar ook om gemeentelijke verordeningen. Bij gemeentelijke verordeningen kent de gemeenteraad vaak aan B&W de bevoegdheid toe om

⁴³ Hoitink & Michiels 1993, p. 16-20; Michiels, Niemeijer & Nijenhuis 1994, p. 121.

⁴⁴ Gemeente Eindhoven 2001, p. 11-12.

⁴⁵ Bos e.a. 1995, p. 15.

⁴⁶ Nicolai e.a. 1994, p. 469.

⁴⁷ Van Buuren & Borman 2007, p. 229.

⁴⁸ HR 11 maart 1895, W6637; HR 25 oktober 1895, W6734.

⁴⁹ Blomberg 2005, p. 409.

toezichthouders aan te wijzen. Die aanwijzing vindt in de regel per categorie of groep plaats (voor de diverse functies, niet op naam). Sinds de Awb is het niet meer nodig om de bevoegdheden van deze personen bij wet of verordening te regelen. De Awb biedt daarvoor in afdeling 5.2 namelijk een algemene regeling. Artikel 5:14 Awb maakt het mogelijk om per verordening of aanwijzingsbesluit de Awb-bevoegdheden te beperken. Dat is nodig omdat uit de systematiek van de Awb volgt dat iedere toezichthouder tevens bestuursorgaan is.⁵⁰

Er bestaat een onderscheid tussen preventief en repressief toezicht. Preventief toezicht is controle zonder (concreet) vermoeden van een overtreding of een ongewenste situatie. Bij repressief toezicht is er wel sprake van een concreet vermoeden of een concrete aanwijzing (een constatering, klacht of melding) dat er in strijd met de regelgeving is gehandeld. Juridisch gezien is dit onderscheid echter niet van belang, omdat er geen rechtsgevolgen aan verbonden zijn.⁵¹

Een van de belangrijkste bevoegdheden van de toezichthouder is binnentreden. Artikel 5:15 Awb staat hem toe elke plaats te betreden, met uitzondering van woningen waarvoor de bewoner geen toestemming heeft gegeven. De Awb regelt hiermee volledige toegang tot bedrijfspanden en bedrijfsterreinen.⁵² Voor het betreden van een woning zonder toestemming van de rechthebbende is een bijzondere wet in formele zin als rechtsgrond vereist. Bovendien moet het geschieden overeenkomstig de Algemene wet op het binnentreden (Awbi).⁵³

Wat betreft de eerste voorwaarde is voor de gemeente artikel 149a Gemeentewet van belang: "Indien het toezicht op de naleving of de opsporing van een overtreding van een voorschrift van een verordening, dat strekt tot handhaving van de openbare orde of veiligheid of tot bescherming van het leven of de gezondheid van personen, vereist dat de met de uitoefening van het toezicht op de naleving of de opsporing belaste personen bevoegd zijn binnen te treden in een woning zonder toestemming van de bewoner, kan de raad deze bevoegdheid bij verordening verlenen." Tenzij de bevoegdheid tot binnentreden al uit een bijzondere wet volgt, moet de gemeenteraad hier dus bij verordening in voorzien. Deze noodzaak doet zich voor bij autonome verordeningen, zoals de Algemene Plaatselijke Verordening (APV). Ontbreekt een dergelijke rechtsgrond in wet of verordening, dan is het binnentreden alleen al om die reden onrechtmatig.

⁵⁰ Ministerie van Justitie 2002b, p. 9.

⁵¹ Blomberg 2005, p. 409.

⁵² *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 134.

⁵³ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 134.

Als de vereiste rechtsgrond voor binnentreden aanwezig is, dan moet in een concreet geval bovendien voldaan worden aan de in de Awbi opgesomde eisen. Deze houden in:

- de plicht om zich vooraf te legitimeren en het doel mede te delen (art.1 lid 1 Awbi),
 - uitzonderingen: indien de naleving van deze verplichting naar redelijke verwachting ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor de veiligheid van personen en goederen, de naleving van deze verplichting feitelijk onmogelijk is, of de naleving naar redelijke verwachting de strafvordering schaadt ten aanzien van misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan (art. 1 lid 2).
- het bezit van een schriftelijke machtiging van de burgemeester of van de procureur-generaal, de officier van justitie of van de hulpofficier van justitie (art. 3 jo. art. 2 Awbi),
 - uitzondering: indien terstond in een woning moet worden binnengetreten ter voorkoming of bestrijding van ernstig of onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van personen of goederen (art. 2 lid 3).
- de machtiging tot binnentreden geldt ten hoogste voor vier woningen en ten hoogste voor vier dagen (art. 5 lid 1),
- bij afwezigheid van de bewoner en tussen 00.00 uur en 06.00 uur kan alleen bij dringende noodzaak worden binnengetreten en alleen voor zover de machtiging dit uitdrukkelijk bepaalt (art. 7 lid 1),
- een verslag van binnentreden moet uiterlijk op de vierde dag na de dag van het binnentreden toegezonden worden aan degene die de machtiging heeft gegeven. Uiterlijk op de vierde dag na het binnentreden krijgt de bewoner een afschrift van dit verslag (art. 11).

Het binnentreden van de woning zonder toestemming van de bewoner kan ook onderdeel zijn van bestuursdwang (art. 5:27 Awb). In dat geval zijn naast de burgemeester ook B&W tot afgifte van de bedoelde machtiging bevoegd.

Tot de bevoegdheden van de toezichthouder behoort achtereenvolgens ook:

- het vorderen van inlichtingen (art. 5:16),
- het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17),
- het onderzoeken van zaken, deze aan opnemingsonderwerpen en daarvan monsters nemen (art. 5:18),
- het onderzoeken van vervoermiddelen (art. 5:19), en

- het vorderen van medewerking van een ieder (art. 5:20).

De toezichthouder mag alleen gebruikmaken van deze bevoegdheden als dat in redelijkheid nodig is voor de vervulling van zijn taak (art. 5:13).

Tegenover het recht om medewerking te vorderen staat de verplichting van betrokkenen om medewerking te verlenen voor zover dat redelijkerwijs kan worden gevraagd (art. 5:20). Als men medewerking weigert, kan toegang met behulp van de politie worden afgedwongen (art. 5:15 Awb). Voor andere zaken kan medewerking vooralsnog niet met bestuursdwang worden afgedwongen. In een bijzondere wet kan hierop een uitzondering worden gemaakt. In artikel 18.6 Wet milieubeheer wordt bijvoorbeeld een bestuursrechtelijke mogelijkheid geboden tot het afdwingen van medewerking aan toezicht. De weigering tot medewerking kent ook een strafrechtelijke tegenhanger. Artikel 184 Wetboek van Strafrecht (WvSr) stelt namelijk degene strafbaar die "opzettelijk niet voldoet aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast."⁵⁴

De medewerkingsplicht geldt niet zonder meer. Met name als blijkt dat er mogelijk strafbare feiten zijn gepleegd, is voorzichtigheid geboden. Zodra er namelijk een redelijke verdenking bestaat dat een strafbaar feit is begaan, is de verdachte in het geval hij wordt vervolgd niet verplicht tot antwoorden (cautieplicht). Als de handhaving uitsluitend is gericht op een mogelijke toepassing van bestuursdwang of last onder dwangsom, dan geldt de cautieplicht en het zwijgrecht niet. Ook niet als de feiten waarvoor een 'herstelsanctie' wordt opgelegd strafbare feiten zijn.⁵⁵

Toezichthouders in de zin van artikel 5:11 Awb hebben een ruim aantal bevoegdheden. Daarin schuilt het probleem bij het toezicht houden dus niet, evenmin als bij de medewerking aan de toezichthouder in het algemeen. Wel zijn er problemen met de frequentie en intensiteit van het uitoefenen van toezicht ten aanzien van een bedrijf, instelling of burger. Daar zijn nauwelijks richtlijnen of criteria voor. Na de rampen in Enschede en Volendam werd de gemeentebesturen erg gemakkelijk verweten dat ze voor 'te weinig' voor toezicht hadden gezorgd, maar alleen als er helemaal geen toezicht is geweest, is die stelling hard te maken. De burgerlijke rechter acht de gemeente niet snel aansprakelijk wegens een 'algemeen toezichtsfalen'.⁵⁶

⁵⁴ Van Buuren & Borman 2007, p. 247.

⁵⁵ Blomberg 2005, p. 413-414; Van Buuren & Borman 2007, p. 246.

⁵⁶ Zie HR 22 juni 2001, *Gst.* 7146, 2 m.nt. HH (Restaurant Boeddha); Rb. Den Haag, 24 december 2003, *Gst.* 7206, 76 m.nt. R. Boesveld (Vuurwerkramp Enschede).

3.2 De bestuurlijke boete

Het wetsvoorstel Vierde tranche Awb (Awb-IV) bevat een algemene regeling voor de bestuurlijke boete. Op 13 april 2006 is dit wetsvoorstel aan de Tweede Kamer gestuurd en naar verwachting zal de wet in 2008 in werking treden.⁵⁷ De bestuurlijke boete is de verplichting tot het betalen van een geldsom aan de overheid wegens het overtreden van een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift.

De bestuurlijke boete is onvoorwaardelijk en repressief en heeft betrekking op een reeds gepleegde overtreding. De boete biedt geen mogelijkheid om aan de betalingsplicht te ontkomen door alsnog aan een lastgeving te voldoen, zoals bij de dwangsom het geval is. Ook wordt bij de boete geen last gegeven. De bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie en wijkt in haar bedoelde effect niet af van strafrechtelijke sancties.⁵⁸ De beoogde effecten zijn in elk geval leedtoevoeging en speciale en generale preventie. Het doel van de boete is niet om de overtreding ongedaan te maken, wat ook niet mogelijk is.⁵⁹

Sinds 1995 is er een reeks van wetten die strafrechtelijke sancties vervangen of aanvullen door bestuurlijke boetes. De bestuurlijke boete kan bijvoorbeeld al worden ingezet in het verkeersrecht (Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften 1989).⁶⁰ Overigens wordt in het Awb-IV zelf niet de bevoegdheid tot boeteoplegging toegekend. Er zal slechts worden geregeld hoe men met een elders toegekende boetebevoegdheid moet omgaan. Het Awb-IV geeft grenzen aan. Er mag bijvoorbeeld geen boete worden opgelegd als de overtreder is overleden (art. 5.4.1.3), en de wet bepaalt de maximum hoogte van de boete (art. 5.4.1.7 lid 1). Of een (bestuurs)orgaan een boete mag opleggen, wordt echter bepaald door de bijzondere wet. De Vierde tranche is niettemin van belang, omdat er daardoor eenheid ontstaat waar nu nog tal van verschillende regelingen zijn.⁶¹

Het zal nog enige tijd duren voordat de gemeente dit nieuwe instrument breder kan inzetten. Daarvoor moeten eerst in de bijzondere wetten, zoals de Wet milieubeheer, de Woningwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening, boetebevoegdheden worden toegekend. Gemeentebesturen zullen dan de mogelijkheid krijgen om bestuurlijke boetes op te leggen ter bestrijding van de zogenaamde 'kleine ergernissen' (graffiti,

⁵⁷ Ministerie van Justitie z.j.

⁵⁸ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 84 en p. 125.

⁵⁹ Bröring 2005, p. 40.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr.3. Bijlage 2 geeft een overzicht van 53 wetten waarin nu al een bevoegdheid tot oplegging van bestuurlijke boete voorkomt.

⁶¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr.3, p. 121.

verkeerd geplaatste vuilniszakken et cetera).⁶² Overigens heeft Kabinet-Balkenende III zich op het standpunt gesteld dat artikel 37 van de Wet economische delicten op korte termijn uitkomst kan bieden om de handhaving van de milieuwetgeving te verbeteren in afwachting van een regeling van de bestuurlijke boete in de Awb en toekenning van de boetebevoegdheid in de Wet milieubeheer. Dit artikel biedt de mogelijkheid om voor bepaalde delicten de transactiebevoegdheid van het Openbaar Ministerie over te dragen aan bestuursorganen.⁶³

3.3 Dwangsom

Een bestuursorgaan dat bevoegd is om bestuursdwang toe te passen, kan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen, zo lang het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen zich daartegen niet verzet (art. 5:32 Awb). Bij deze bestuurlijke dwangsom wordt de overtreder als reactie op een begane overtreding aangeschreven om die te beëindigen en/of de voortzetting of herhaling daarvan te voorkomen op straffe van de verbeurte van een of meer geldbedragen.

Hoewel de dwangsom een reparatoir karakter heeft, is er in feite toch sprake van een indirecte sanctie. Als er niet aan de in de dwangsombeschikking neergelegde aanschrijving wordt voldaan, moet er worden betaald, maar blijft de primaire verplichting, de beëindiging van de overtreding, in stand. Dit kan ertoe leiden dat er in tweede instantie toch een besluit nodig is tot het uitoefenen van bestuursdwang. Bovendien kan en moet de hoogte van de dwangsom volgens artikel 5:32 lid 4 Awb doelgericht op de ernst van de overtreding worden afgestemd (proportionaliteit).⁶⁴ Als uit controle blijkt dat er niet tijdig aan de lastgeving is voldaan, dan verbeurt de betrokkene de in de beschikking genoemde bedragen. De op die wijze verschuldigde bedragen kan de gemeente, zo nodig bij dwangbevel, invorderen (5:26 lid 1 Awb).

De dwangsom geeft de gemeente de mogelijkheid om bij handhaving flexibel op te treden. Voor het laten stoppen van de overtreding hoeft niet daadwerkelijk te worden opgetreden, met alle praktische bezwaren van dien. De gemeente moet alleen controleren of aan de last onder dwangsom gevolg is gegeven. De opbrengst van de dwangsom komt ten gunste van de gemeente. Een nadeel van de dwangsom is dat

⁶² *Kamerstukken II* 2002/03, 28 684, nr. 3, p. 37.

⁶³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131.

⁶⁴ ABRvS 29 januari 1998, *KG* 1998, 141.

vooral controle van onregelmatig optredende overtredingen van gedragsvoorschriften een flinke inspanning vraagt.⁶⁵

Momenteel wordt erkend dat het instrument van de dwangsom ook kan worden ingezet bij handelen zonder vergunning,⁶⁶ al kan het doen van een vergunningaanvraag daarmee niet worden afgedwongen.⁶⁷ Het niet-aanvragen van een vergunning is immers niet onwettig. Het handelen zonder vergunning is dat wel. In het dwangsombesluit kan wel worden opgenomen dat invordering niet zal plaatsvinden als er binnen de gestelde termijn een ontvankelijke vergunningaanvraag wordt ingediend.⁶⁸ Oplegging (verbeuring) en invordering horen weliswaar in beginsel bij elkaar, maar er is geen wettelijke invorderingsplicht⁶⁹ en de bestuursrechter heeft geen bevoegdheid om het al dan niet invorderen te beoordelen. De invordering is geen besluit dat vatbaar is voor beroep, omdat het een feitelijke handeling betreft.

Het bevoegd gezag kan op grond van artikel 5:32 lid 4 Awb de dwangsom vaststellen. Dit kan zowel een bedrag ineens, een bedrag per tijdseenheid waarbinnen de last niet is uitgevoerd, als een bedrag per overtreding zijn. In de laatste twee gevallen wordt overeenkomstig de wettelijke eis in de dwangsombeschikking een maximumbedrag vastgesteld waarboven niet meer wordt verbeurd. De wet noemt geen hoogte van dat maximumbedrag, maar geeft wel criteria: "De bedragen moeten in een redelijke verhouding staan tot de ernst van het geschonden belang en tot de beoogde werking van het opleggen van de dwangsom" (art. 5:32 lid 4). De invulling hiervan zal van geval tot geval verschillen, maar de dwangsom moet steeds zo effectief zijn als nodig is om de overtreding te laten beëindigen.⁷⁰

De koppeling in artikel 5:32 Awb van de dwangsombevoegdheid aan de bestuursdwangbevoegdheid roept de vraag op of deze bevoegdheden gelijktijdig gebruikt kunnen worden. De wetgever beantwoordt deze vraag in artikel 5:36 Awb uitdrukkelijk met 'nee'. Het opleggen van een last onder dwangsom is niet mogelijk zolang voor dezelfde overtreding een beslissing tot toepassing van bestuursdwang van kracht is. Deze zal dan eerst moeten worden ingetrokken.

De handhavingsmiddelen kunnen niet gelijktijdig, maar wel opeenvolgend worden toegepast. Er moet dus een keuze worden gemaakt welk instrument het meest

⁶⁵ Ministerie van Justitie 2002b, p. 27.

⁶⁶ ABRvS 3 juni 1996, *Gst.* 1996, 7054, 7.

⁶⁷ ABRvS 21 maart 1997, *JB* 1997, 100; ABRvS 18 januari 2001; ABRvS 12 juni 2002.

⁶⁸ Van Buuren, Jurgens, Michiels 2005, p. 204.

⁶⁹ Van Buuren, Jurgens, Michiels 2005, p. 205.

⁷⁰ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 80; ABRvS 31 maart 2004, *LJN* AO6515.

geschikt is om aan de geconstateerde overtreding een einde te maken. Een dwangsom is niet het juiste middel in geval van een levensbedreigende situatie. Als de brandveiligheid van een café niet in orde is, vereist dat onmiddellijk maatregelen. Bestuursdwang is dan het aangewezen instrument. De dwangsom is geschikt als er gevaar bestaat voor herhaling van een overtreding. Het is zelfs zo dat het inzetten van een dwangsom onrechtmatig wordt geacht als het kennelijk gaat om een eenmalige overtreding waarbij geen vrees voor herhaling dan wel voortzetting bestaat,⁷¹ want daar is dit instrument voor bedoeld.

Er moet altijd voor toepassing van bestuursdwang worden gekozen als "het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen" zich verzet tegen het opleggen van een dwangsom (zie artikel 5:32 Awb). Het indirecte karakter van de dwangsom sluit bijvoorbeeld de toepassing in spoedeisende gevallen uit. Anderzijds mag niet voor het alternatief van een dwangsom worden gekozen als de kans aanwezig is dat de overtreding blijft voortbestaan en dit bepaalde risico's met zich meebrengt.⁷²

De last onder dwangsom kan alleen worden opgelegd aan de overtreder. De dwangsombeschikking moet dus worden gericht aan de degene die de overtreding feitelijk begaat. Als de overtreder echter feitelijk of juridisch niet bij machte is om een einde te maken aan de overtreding, dan kan het middel van de dwangsom niet worden ingezet.⁷³

3.4 Bestuursdwang

3.4.1 Algemeen

Een van de belangrijkste wetten waarin bestuursdwangbevoegdheid wordt toegekend is de Gemeentewet. Volgens artikel 125 van deze wet heeft het gemeentebestuur de bestuursdwangbevoegdheid "ter uitvoering (...) [van] gemeentelijke verordeningen." In de dagelijkse bestuurspraktijk is het met name het college van B&W dat bestuursdwang uitoefent. Het gaat daarbij niet alleen om gemeentelijke wet- en regelgeving, zoals de Algemene Plaatselijke Verordening (APV), maar om wet- en regelgeving van alle bestuurslagen.⁷⁴

Afdeling 5.3 Awb geldt echter niet als het feitelijk handelen plaatsvindt "ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde" (art. 5:23 Awb). Hierbij moet

⁷¹ Vz. ABRvS 7 december 2000, AB 2001, 317.

⁷² Vz. ABvRS 21 december 1999 (Interchem); ABvRS 15 juli 1999, AB 2000, 41.

⁷³ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 82.

⁷⁴ Van Ballegooij e.a. 2004, p. 140.

hoofdzakelijk gedacht worden aan de uitoefening van de bevelsbevoegdheid door of namens de burgemeester op grond van artikel 175 van de Gemeentewet. Als op grond van de APV de sluiting van een horecapand wordt bevolen, dan moet bij de uitvoering van dit bevel - bijvoorbeeld door het pand dicht te timmeren - wel de bestuursdwangregeling van de Awb worden gevolgd. De sluiting van een drugspand op grond van artikel 174a van de Gemeentewet wordt door de wetgever niet gezien als bestuursdwang. In lid 5 van dit artikel worden namelijk alleen de artikelen 5:25 tot en met 5:28 Awb "van overeenkomstige toepassing" verklaard.

Bestuursdwang is een herstelsanctie, en met deze term wordt dit handhavingsinstrument ook aangeduid in het Awb-IV. Een herstelsanctie heeft uitsluitend tot doel om een eind te maken aan een illegale situatie en is niet bedoeld om de overtreder leed te berokkenen. Daarom wordt een herstelsanctie niet gekwalificeerd als een punitieve, maar als een reparatoire sanctie.⁷⁵ Van Wijk en Rogier plaatsen daar een kanttekening bij en menen dat bestuursdwang wel degelijk leed berokkent. Het gebruik behoort volgens hen dan ook invloed te hebben op de zwaarte van de strafsanctie.⁷⁶

Omdat een herstelsanctie als reparatoir wordt beschouwd, concludeert de wetgever dat het treffen van zo'n maatregel geen strafvervolging is in de zin van artikel 6 EVRM.⁷⁷ Dit heeft een aantal belangrijke gevolgen. Ten eerste is het hierdoor toegestaan om zowel met een herstelsanctie als met een punitieve sanctie op een overtreding te reageren.⁷⁸ Ten tweede geldt bij het opleggen van een herstelsanctie niet het vermoeden van onschuld, zodat een herstelsanctie tot de mogelijkheden behoort als het bestuursorgaan voldoende aannemelijk maakt dat er sprake is van een overtreding. Ten derde speelt het voor de aanvaardbaarheid van een herstelsanctie in beginsel geen rol of de illegale situatie aan de aangeschrevene kan worden toegerekend.⁷⁹

Toch speelt artikel 6 EVRM bij toepassing van bestuursdwang wel een rol als er sprake is van vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen, zoals in dit artikel bedoeld.⁸⁰ Daarnaast is een herstelsanctie vaak ingrijpender dan een boete⁸¹ en daarom moet toepassing van bestuursdwang worden beoordeeld door een

⁷⁵ ABRvS 11 februari 2000, *JB* 2000, 75; ABRvS 16 juni 1996, *AB* 1996, 409; Van de Griend 2003, p. 17-28.

⁷⁶ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 468; Rogier 1992, p. 123.

⁷⁷ PG Awb III, p.306.

⁷⁸ HR 30 januari 1996, *Gst.* 1996, 7042, 4; ABRvS 11 februari 2000, *AB* 2000, 185; ABRvS 16 januari 1996, *AB* 1996, 409.

⁷⁹ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 43.

⁸⁰ Daalder, De Groot & Van Breugel 1998, p. 316.

⁸¹ Rogier 1992, p. 123.

onafhankelijke en onpartijdige rechter. Een herstelsanctie moet dan ook worden verwoord in een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan (een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb). Daaruit volgt dat de hoofdstukken 3 en 4 Awb geheel van toepassing zijn op herstelsancties.⁸²

Artikel 3:2 Awb geeft aan dat het bestuursorgaan een grondig onderzoek moet verrichten alvorens over te gaan tot het treffen van een herstelsanctie⁸³ om na te gaan of er sprake is van (duidelijk gevaar voor) een illegale situatie en of enig beginsel van behoorlijk bestuur zich verzet tegen het opleggen van een herstelsanctie. Het gaat hier namelijk om een bevoegdheid met mogelijk verre gaande consequenties voor de aangeschrevene.⁸⁴ Bestaat er geen illegale situatie, of is er geen kennelijk duidelijk gevaar voor het ontstaan daarvan, dan ontbreekt de bevoegdheid tot het treffen van een herstelsanctie.

Door bestuursdwang toe te passen wordt de overtreding daadwerkelijk ongedaan gemaakt en ontstaat weer een situatie die in overeenstemming is met het geldende recht. Artikelen 5:21 en 5:24 lid 4 Awb maken het mogelijk om een bestuursdwangbeschikking te verwoorden als een mededeling: 'Er zal worden opgetreden als de illegale situatie niet voor een bepaalde datum is beëindigd.' In zo'n geval kan de bestuursdwangbeschikking ten uitvoer worden gelegd als de afgekeurde situatie na afloop van de begunstigingstermijn nog steeds bestaat, ook als niemand van de aangeschrevenen bij machte is om een eind te maken aan de vastgestelde overtreding.

Vaak is een bestuursdwangbeschikking echter opgesteld als een aan de (mogelijke) overtreder gerichte lastgeving: 'Er zal worden opgetreden als de aangeschrevene de illegale situatie niet voor een bepaalde datum heeft beëindigd.' In dat geval ontstaat de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging pas als de afgekeurde situatie na afloop van de begunstigingstermijn nog steeds bestaat, terwijl de aangeschrevene daar wél toe bij machte was. Zo beperkt het bestuursorgaan zijn bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang in belangrijke mate.⁸⁵

Bestuursdwang is in de woorden van artikel 5:21 Awb "het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan feitelijk optreden tegen hetgeen in strijd met of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten." Uit de oudste wettelijke omschrijving, artikel 210 van de

⁸² Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 23.

⁸³ ABRvS 25 juli 2001, *Gst.* 2001, 7147, 6; ABRvS 25 juni 2000, *AB* 2000, 335.

⁸⁴ Ten Berge & Michiels 2001, p. 407-408.

⁸⁵ Konijnenbelt 2003, p. 388.

(oude) Gemeentewet⁸⁶, blijkt wat er allemaal onder feitelijk optreden bij bestuursdwang kan worden verstaan: wegnemen, ontruimen, beletten, in de vorige toestand herstellen en verrichten.⁸⁷ Uit deze omschrijvingen blijkt duidelijk dat bestuursdwang een herstelsanctie is.

Naast de algemene bestuursdwang van artikel 5:21 Awb kennen diverse wetten bijzondere vormen van bestuursdwang, zoals sluiting van panden ingevolge artikel 13b Opiumwet, het wegslepen van voertuigen op grond van de artikelen 170 tot 173 Wegenverkeerswet en de uitzetting van vreemdelingen op grond van de artikelen 59 en 63 Vreemdelingenwet 2000.

Kostenverhaal is toegestaan, tenzij het niet redelijk zou zijn om de kosten te verhalen, en dat is niet snel het geval. Bestuursdwang en kostenverhaal vormen één geheel, zoals blijkt uit de jurisprudentie *faraomieren* en *kakkerlakken*.⁸⁸ Bestuursdwangbesluiten worden zelden genomen met de intentie om ze te geëffectueren; het gaat vooral om de dreiging die ervan uit gaat.⁸⁹

3.4.2 Het bestuursdwangbesluit als beschikking in de zin van de Awb

De beslissing tot toepassing van bestuursdwang moet op grond van artikel 5:24 Awb schriftelijk medegedeeld worden. Dit artikel bepaalt dat zo'n besluit geldt als een beschikking. Dat houdt in dat de regels met betrekking tot beschikkingen die elders in de Awb zijn opgenomen ook van toepassing zijn op bestuursdwangbesluiten.

Een beschikking is gericht op het tot stand brengen van een rechtsgevolg of bevat een afwijzing van een aanvraag om een rechtsgevolg tot stand te brengen. Een beschikking is echter ook een beslissing. Daarom moet de gemeente bij het nemen van een bestuursdwangbesluit neemt, zeker zijn dat ze feitelijk op wil treden als de overtreding niet binnen de gestelde termijn wordt beëindigd; slechts een voornemen is geen beslissing.⁹⁰ De gemeente is al bevoegd tot bestuursdwang en kondigt alleen maar aan dat het van die bevoegdheid gebruik gaat maken. De wetgever heeft daarom in artikel 5:24 Awb met zoveel woorden bepaald dat die beslissing een beschikking is en dus een besluit. Een bestuursdwangbesluit bevat dus de tot uitdrukking gebrachte wil om zo nodig handhavend op te treden.

⁸⁶ In de Gemeentewet van 1851 werd bestuursdwang nog politiedwang genoemd. Sinds 1990 wordt de term 'bestuursdwang' gebruikt.

⁸⁷ Er bestaan ook bijzondere bestuursdwangbevoegdheden, bijv. in art. 174a Gemw (sluiting woning), art. 16a Woningwet (nieuwe gebruiker aanwijzen).

⁸⁸ HR 3 april 1981, *NJ* 1981, 504 m.nt. MS; ARRvS 23 augustus 1983, *AB* 1984, 17 m. nt. JHvdV; ARRvS 7 juni 1985, *AB* 1986, 48 m. nt. PvB.

⁸⁹ Konijnenbelt 2005, p. 1520.

⁹⁰ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 54.

Het toepassen of aanschrijven van bestuursdwang is een officieel besluit en daartegen kan de aangeschrevene bezwaar maken en beroep instellen bij de bestuursrechter. De bestuursdwangaanschrijving wordt ook wel aanzegging of aankondiging van bestuursdwang genoemd en is bedoeld om de 'door belanghebbenden te nemen maatregelen' bekend te maken. Van de aanzegging of aankondiging moet de vooraankondiging of waarschuwing worden onderscheiden. Vóórdat het besluit tot bestuursdwang wordt genomen, krijgt de burger dit concept bestuursdwangbesluit toegezonden met de bedoeling met bestuursdwang te dreigen of daarvoor alvast te waarschuwen. De beslissing is dan nog niet definitief genomen. Het verschil met de echte beschikking is dat in de vooraankondiging of waarschuwing niet wordt vermeld dat tot bestuursdwang is besloten of dat van overheidswege concreet omschreven maatregelen zullen volgen als de betrokkenen niet zelf bepaalde maatregelen nemen.⁹¹ Tegen deze vooraankondiging kan de aangeschrevene niets ondernemen, want strikt genomen is dat niets meer dan een kennisgeving van een voornemen waarover zijn zienswijze wordt gevraagd op grond van artikel 5:24 Awb jo. 4:8 Awb. Met inachtneming van die zienswijze wordt vervolgens het definitieve bestuursdwangbesluit verzonden. De bestuursdwangaanzegging bevat ook informatie over het verloop van de procedure in het geval daadwerkelijk bestuursdwang wordt toegepast.

De vooraankondiging bestuursdwang gaat dus vooraf aan de preventieve bestuursdwangaanschrijving en maakt onderdeel uit van een bestuurlijk handhavingstraject. Met deze mededeling maakt de gemeente duidelijk dat er een overtreding is geconstateerd, maar het is geen besluit in de zin van de Awb. De overtreder of belanghebbende wordt slechts op de hoogte gesteld dat 'wordt overwogen' om bij voortzetting of herhaling van de overtreding handhavend op te treden.⁹²

3.4.3 De toezending en de begunstigingstermijn van het besluit

Artikel 5:24 Awb bepaalt dat het bestuursdwangbesluit bekend wordt gemaakt "aan de overtreder, aan de rechthebbenden op het gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang zal worden toegepast en aan de aanvrager." Deze bepaling maakt duidelijk dat er bij bestuursdwang meer personen betrokken kunnen zijn dan alleen de overtreder. De overtreder is soms zelfs niet bekend of, indien wel bekend, niet altijd de aangewezen persoon om de overtreding te beëindigen. Soms ligt dit meer op de weg van anderen, zoals de eigenaar of huurder van het pand. In dat

⁹¹ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 25.

⁹² Schueler e.a. 1996, p. 40 en p.73-74; Van Buuren & Borman 2007, p. 251.

geval moet het besluit aan ook hen zijn gericht. Ook als de overtreder de illegale toestand niet zelf (meer) zou kunnen beëindigen, verplicht artikel 5:24 Awb tot bekendmaking aan de betrokkene. Dit is ook in verband met het kostenverhaal van belang.⁹³

Naast de aanvrager kunnen uiteraard ook andere belanghebbenden bij de kwestie betrokken zijn. Het kan hierbij gaan om belanghebbenden aan wie in het kader van de voorbereiding om hun zienswijze is gevraagd. Ook zij moeten, op grond van artikel 3:43 Awb, van het bestuursdwangbesluit in kennis worden gesteld. Als de overtreder en/of de rechthebbende niet bekend is, moet de bestuursdwang in een plaatselijk dag- of wijkblad of via aanplakking ter plaatse bekend worden gemaakt.

In geval van rechtspersonen wordt de lastgeving gericht tot de rechtspersoon. Daarnaast moet de gemeente de last ook richten tot degene die, gelet op zijn positie in de onderneming, bij machte is om de overtreding feitelijk te (doen) beëindigen.⁹⁴

In de bestuursdwangbeschikking moet conform artikel 5:24 lid 4 Awb een termijn worden opgenomen waarbinnen de belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld om zodanige maatregelen te treffen dat de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang niet hoeft plaats te vinden. Deze termijnstelling houdt niet in dat (het voortduren van) de overtreding gedurende die termijn rechtmatig is.⁹⁵ De maatregelen die door de belanghebbenden gedurende deze termijn zelfstandig moeten worden getroffen om de overtreding op te heffen, moeten in de bestuursdwangbeschikking nauwkeurig worden beschreven. Het bieden van verschillende alternatieven waaruit kan worden gekozen, is ook toegestaan.⁹⁶

Hoewel in de praktijk de term 'last' wel wordt gebruikt, is bij bestuursdwang formeel geen sprake van een last.⁹⁷ De aangeschrevene krijgt de gelegenheid zelf in te grijpen. Doet hij dat niet, of niet op tijd, dan kunnen de kosten alleen op de overtreder worden verhaald, tenzij de kosten redelijkerwijze niet (geheel) te zijnen laste behoren te komen (art. 5:25 lid 1). Nog afgezien van het feit dat de aanzegging met bestuursdwang juridisch geen last is, zullen anderen dan de overtreder de bestuursdwangaanzegging ook niet snel als last ervaren.

Er moet een redelijke begunstigingstermijn worden gegeven, die van geval tot geval kan verschillen. Aan de ene kant geldt dat bij veel overtredingen een onmiddellijk herstel in de vorige toestand onmogelijk of onevenredig belastend is. Aan de andere kant moeten de ernst van de overtreding (bijvoorbeeld de mate van hinder voor

⁹³ PG Awb III, p. 372; Van Buuren & Borman 2007, p. 255.

⁹⁴ ABRvS 27 juli 1995, *Gst.* 1995, 7020, 3; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 74.

⁹⁵ Dit is nog wel verdedigd tijdens de parlementaire behandeling. PG Awb III, p.362.

⁹⁶ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p.63; ARRvS 15 juli 1985, *AB* 1986, 127.

⁹⁷ Dit zal in de Vierde tranche Awb veranderen.

derden) en de tijd dat de betrokkene op de hoogte is van het voornemen om bestuurlijke maatregelen te treffen, bij het bepalen van de duur worden meegewogen.

Over de lengte van de begunstigingstermijn is in de wet niets geregeld. Als hoofdregel geldt dat de aangeschrevenen een termijn moeten krijgen waarin zij de overtreding uit eigen beweging alsnog ongedaan kunnen maken.⁹⁸ Volgens de jurisprudentie is een termijnstelling overigens bij sommige overtredingen niet noodzakelijk "omdat het ongedaan maken van de overtreding slechts een nalaten vereist": de overtreding kan met andere woorden direct worden beëindigd.⁹⁹

Ook de wetgever zelf maakt op de verplichting tot termijnstelling uitzonderingen. Anders dan vroeger onder de Gemeentewet, kent de Awb (artikel 5:24 lid 5) de uitdrukkelijke formulering dat "geen termijn behoeft te worden gegund, indien de vereiste spoed zich daartegen verzet." In dat geval blijft wel de verplichting bestaan tot een schriftelijke beslissing, die aan de belanghebbende(n) bekend moet worden gemaakt voordat tot uitvoer wordt overgegaan. Echter, als "de situatie dermate spoedeisend is dat de beslissing tot toepassing van bestuursdwang niet vooraf kan worden gegeven", kan deze zelfs - maar dan wel zo spoedig mogelijk - achteraf nog worden bekendgemaakt (artikel 5:24 lid 6). De beroepstermijn vangt dan pas aan na de bekendmaking van het besluit.

3.4.4 De tenuitvoerlegging en het kostenverhaal

Wanneer de aangeschrevene de termijn laat verstrijken zonder de overtreding te beëindigen, dan kan de gemeente optreden op basis van het genomen besluit. Ook is het mogelijk om een nieuwe termijn te geven, al dan niet na wijziging van de omstandigheden. Gedurende die nieuwe termijn kan de gemeente niet optreden. De nieuwe termijnstelling wordt gezien als een wijziging van het primaire besluit en wordt daarom opnieuw als een besluit aangemerkt, waartegen ook opnieuw bezwaar en beroep mogelijk is.¹⁰⁰

Als een belanghebbende tegen het besluit tot toepassing van bestuursdwang een bezwaarschrift indient, schorst dit bezwaar de werking van het besluit niet, aldus artikel 6:16 Awb.¹⁰¹ Van schorsing is pas sprake als de President van de rechtbank of de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak om een voorlopige voorziening is verzocht en dit verzoek is toegewezen. De gemeente kan na het verstrijken van de

⁹⁸ ABRvS 14 juli 2004, *JB* 2004, 296.

⁹⁹ Van Buuren & Borman 2007, p. 257; ABRvS 12 januari 2005, *JB* 2005, 68.

¹⁰⁰ Van Buuren & Borman 2007, p. 257; Vz. 29 januari 1990, *AB* 1990, 287.

¹⁰¹ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 136.

begunstigingstermijn dus onmiddellijk tot de uitvoering van bestuursdwang overgaan, maar uit het oogpunt van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel is het beter om in zo'n geval de uitspraak af te wachten.¹⁰²

In het belang van de betrokkenen is het belangrijk hen hiervan schriftelijk mededeling te doen, ook als daar niet om is gevraagd. Deze mededeling kan worden uitgelegd als een herziening van de begunstigingstermijn. Tegen zo'n besluit staat bezwaar en beroep open.¹⁰³ Bovendien is het verstandig om, voorafgaand aan de feitelijke uitvoering, belanghebbenden vooraf schriftelijk in kennis te stellen van de datum waarop uitvoering van de bestuursdwang zal plaatsvinden.¹⁰⁴ Het kan voor betrokkenen misschien aanleiding zijn uiteindelijk toch aan de opdracht van de gemeente te voldoen, zodat van verdere actie kan worden afgezien.

De artikelen 5:27, 5:28 en 5:29 van de Awb geven de gemeente diverse bevoegdheden die samenhangen met de tenuitvoerlegging van een bestuursdwangbesluit. Daarnaast kunnen eventueel bijzondere bevoegdheden worden overgenomen uit het bepaalde in bijzondere wetten, zoals het zetten van een wielklem. Bij uitoefening van de gekozen sanctie moet steeds het evenredigheidsbeginsel in acht te worden genomen (art. 3:4 lid 2 Awb).

Om aan een besluit tot toepassing van bestuursdwang uitvoering te geven, hebben de personen die daartoe zijn aangewezen door het bestuursdwangbevoegde bestuursorgaan toegang tot elke plaats voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de taak nodig is (art. 5:27 Awb). Voor het zonder toestemming van de bewoner binnentreden in een woning is een machtiging vereist, zoals bedoeld in artikel 2 van de Awbi.¹⁰⁵

De gemeente is bevoegd om gebouwen, terreinen en hetgeen zich daarin of daarop bevindt te laten verzegelen (art. 5:28 Awb). Het voordeel daarvan is dat een verzegeling in de praktijk eenvoudig is aan te brengen. In plaats van ingrijpende fysieke maatregelen, zoals het dichttimmeren van gebouwen of het weghalen van machines of andere inventaris, kan worden volstaan met een symbolische handeling. Een nadeel is dat als de betrokkenen niet bereid zijn zich aan de rechtstoestand van de verzegeling te houden, er dan toch nog uitvoeriger met bestuursdwang moet worden opgetreden. Het verbreken van een verzegeling is strafbaar gesteld in artikel 199 WvSr.

¹⁰² Damen e.a. 2005, p. 431-432; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 178.

¹⁰³ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p.178; ARRvS 22 juni 1990, *Gst.* 6912, 7.

¹⁰⁴ Ik schrijf 'verstandig' hoewel Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 79 stelt dat het niet nodig is.

¹⁰⁵ Zie hiervoor ook paragraaf 3.1 Toezicht.

Tot de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang behoort ook het meevoeren en opslaan van daarvoor vatbare zaken voor zover de toepassing van bestuursdwang dit vereist (art. 5:29 lid 1 Awb). Daarbij moet aan degene die de zaken op het tijdstip van de uitoefening van de bestuursdwang onder zijn beheer heeft (dat wil zeggen: in zijn macht) een afschrift van een proces-verbaal worden verstrekt (art. 5:29 lid 2 Awb). Het is verstandig om de in beslag genomen zaken te fotograferen, zodat eventuele meningsverschillen over beschadiging of zoekraken van waardevolle spullen kunnen worden voorkomen.

Ten aanzien van de weer af te geven zaak heeft de gemeente een recht van retentie (art. 5:29 lid 4 Awb). Van een bestuursorgaan kan in redelijkheid niet worden verlangd dat zij meegevoerde en opgeslagen zaken voor onbepaalde tijd bewaart. Artikel 5:30 lid 1 Awb (parate executie) geeft de gemeente daarom de bevoegdheid om de meegenomen zaken na een bewaartermijn van dertien weken te verkopen, om niet in eigendom aan een derde over te dragen of te vernietigen. Als daarvan mededeling wordt gedaan bij het verstrekken van een afschrift, zoals bedoeld in artikel 5:29 lid 2 Awb, wordt voorkomen dat de betrokkene wat dat betreft voor een verrassing komt te staan. Bij verkoop kan de gemeente de gemaakte kosten op de opbrengst verhalen. Het eventuele batige saldo staat, ingevolge artikel 5:30 lid 4 Awb, gedurende drie jaar ter beschikking van de voormalige eigenaar.

Aan de uitoefening van bestuursdwang kleven enkele praktische bezwaren. Bij voortdurende overtredingen is bestuursdwang arbeidsintensief. Waar slaat men de in beslag genomen goederen op en hoe beheert men die? De kosten kunnen niet altijd (deels of geheel) worden verhaald, omdat dat soms onredelijk is, of omdat de overtreder onbekend is.

Verder brengt de uitoefening van bestuursdwang kosten met zich mee die op grond van artikel 5:25 van de Awb zoals gezegd via het recht van parate executie gedeeltelijk of geheel verhaald kunnen worden op de betrokkene zonder voorgaande tussenkomst van de rechter. Tot deze kosten behoren in elk geval:

- de kosten van opslag en bewaring,
- de wettelijke rente,¹⁰⁶
- de kosten van de voorbereiding en uitvoering van de bestuursdwang voor zover die zijn gemaakt na het verstrijken van de gegeven begunstigingstermijn. Dit geldt ook voor de op het laatste moment (omdat de overtreding inmiddels was beëindigd) niet uitgevoerde bestuursdwang (5:25 lid 4 Awb),

¹⁰⁶ Blomberg, Jurgens & Michiels 2001, p. 31-32.

- de schade toegebracht aan derden/niet-overtreders als gevolg van het betreden van terreinen van derden/niet-overtreders (art. 5:25 lid 6 jo. 5:27 lid 6 Awb).

De kosten die gemaakt worden bij het uitoefenen van toezicht en bij de voorbereiding van het bestuursdwangbesluit voorafgaand aan het verstrijken van de begunstigingstermijn kunnen niet in rekening worden gebracht.¹⁰⁷

Bijzondere omstandigheden kunnen ertoe leiden dat geheel of gedeeltelijk van het kostenverhaal wordt afgezien. Kostenverhaal is de hoofdregel, het afzien hiervan een uitzondering (art. 5:25 lid 1). In het handhavingsbesluit moet uitdrukkelijk worden vermeld of de kosten wel of niet zullen worden verhaald.¹⁰⁸ Wordt dat nagelaten, dan is kostenverhaal achteraf onmogelijk.¹⁰⁹ Als met de bestuursdwang vooral een algemeen belang wordt gediend, kan dit reden zijn om de kosten niet te verhalen.¹¹⁰

Omdat de kosten op de overtreder verhaald kunnen worden, raakt het kostenverhaal soms een ander dan degene aan wie de aanzegging is gestuurd. Als er sprake is van meer dan één overtreder, en elk van hen in staat is om de omschreven maatregelen ter voorkoming van bestuursdwang te treffen, dan zijn zij allemaal hoofdelijk aansprakelijk.¹¹¹ De gemeente kan ervoor kiezen om de overtreder die het best in staat is om aan de geldelijke verplichtingen te voldoen, voor het geheel van de kosten van de bestuursdwang aan te spreken.¹¹² Ook bestaat de mogelijkheid om bestuurders van rechtspersonen in hun functie te beschouwen als overtreder, naast de rechtspersoon zelf.¹¹³

De gemeente kan de verschuldigde kosten, verhoogd met de kosten van de invordering, bij dwangbevel invorderen (art. 5:26 lid 1 Awb). Het dwangbevel biedt een executoriale titel en de mogelijkheid tot parate executie, wat inhoudt dat invordering en beslaglegging zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter kan plaatsvinden (art. 5:26 lid 2 Awb). Een dwangbevel is echter niet de enige optie. De kosten kunnen ook langs de normale rechtsweg, door middel van een dagvaarding, worden geïnd. Met name als het om kleine vorderingen gaat en er geen professionele rechtshulp nodig of vereist is, is deze rechtsweg een goed alternatief.

3.4.5 Positie derden-belanghebbenden

¹⁰⁷ Ministerie van Justitie 2002a, p. 24.

¹⁰⁸ Van Buuren & Borman 2007, p. 259.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 700, nr. 5, p. 77.

¹¹⁰ HR 3 april 1981, *NJ* 1981, 504; ARRS 23 augustus 1983, *AB* 1984, 17.

¹¹¹ Van Buuren & Borman 2007, p. 258.

¹¹² Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p.47; HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 165, *Gst.* 6853, 10 m.nt. Damen.

¹¹³ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 75.

De positie van derden-belanghebbenden is vermeldenswaardig, omdat juist zij regelmatig een beroep doen op het gemeentebestuur om gebruik te maken zijn handhavingsbevoegdheid. Zoals in paragraaf 2.5 al is aangegeven, geldt op basis van recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een 'beginselplicht tot handhaving' als daarom wordt verzocht door een belanghebbende. Tegen een (fictieve) weigering tot het nemen van een sanctiebesluit, kan een derde-belanghebbende bezwaar en beroep aantekenen. De afwijzing van een aanvraag van een belanghebbende (in het milieurecht zelfs een ieder) tot het nemen van een sanctiebesluit is bovendien vatbaar voor beroep (art. 1:3 lid 2 Awb) en het niet (tijdig) nemen van een beslissing op zo'n aanvraag eveneens, op grond van artikel 6:2 Awb. Het is mogelijk dat een ingezet handhavingstraject niet helemaal wordt afgemaakt, in de zin dat uiteindelijk niet tot uitvoering van bestuursdwang wordt overgegaan. Per handhavingsbeschikking is er dan wel een sanctie opgelegd, maar de illegale situatie bestaat voort. De bestuursrechter beschouwt de feitelijke toepassing van bestuursdwang als feitelijk handelen waartegen derden niet bij de bestuursrechter kunnen opkomen.¹¹⁴ In de jurisprudentie wordt het definitief afzien van de uitvoering van bestuursdwang in enkele gevallen gezien als een (fictieve) intrekking van de bestuursdwangbeschikking.¹¹⁵ Voor derden staat daartegen rechtsbescherming open, maar dan moet wel vaststaan dat er definitief van uitvoering wordt afgezien. Vaak houdt het bestuursorgaan echter een slag om de arm en laat het de mogelijkheid van uitvoering nadrukkelijk in stand als dwangmiddel.

In de literatuur wordt het ontbreken van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen het niet ten uitvoer leggen als een hiaat gezien. Er wordt daarom voor gepleit om de (definitieve) weigering tot toepassing van bestuursdwang aan te merken als een (impliciete) intrekking van de bestuursdwangbeschikking.¹¹⁶ Ook de Raad van State heeft dit in zijn advies aan de Tweede Kamer meegegeven.¹¹⁷ In het Awb-IV zijn deze pleidooien verwerkt door het bestuursorgaan te verplichten om op verzoek van een derde tot handhaving een beschikking omtrent de toepassing van de bestuursdwang te geven. Deze beschikking kan zo nodig door de bestuursrechter worden getoetst.¹¹⁸

3.5 Subconclusie

¹¹⁴ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 148.

¹¹⁵ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 151-152.

¹¹⁶ Blomberg, Jurgens, Michiels 2001, p. 16/17.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, A, punten 8.17 en 8.18.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3 MvT, p. 104.

Hoofdstuk 5 van de Awb regelt de verschillende soorten handhaving van het bestuursrecht. Bestuurlijke handhavingsbevoegdheden vallen in hoofdzaak uiteen in toezichts- en sanctiebevoegdheden. Bestuurlijke sancties vallen uiteen in reparatoire (herstel) en punitieve (bestraffende) sancties. De bestuursdwang en de dwangsom zijn herstelsancties. De bestuurlijke boete wordt met de Vierde tranche Awb een bestraffende sanctie.

Toezicht wordt gezien als een preventief handhavingsinstrument, want de wettelijke voorschriften worden nageleefd zonder sanctie. De bestuurlijke boete is een onvoorwaardelijke repressieve sanctie en wijkt in haar bedoelde effecten niet af van strafrechtelijke straffen: leedtoevoeging en speciale en generale preventie. Bestuursdwangbesluiten worden vrijwel nooit genomen met het doel ze te effectueren. Het gaat vooral om de dreiging, want aan de tenuitvoerlegging kleven praktische bezwaren. De dwangsom geeft de gemeente de mogelijkheid om bij handhaving flexibel op te treden. Om de overtreding te doen beëindigen, hoeft namelijk niet daadwerkelijk te worden opgetreden en kunnen alle bijkomende praktische bezwaren van dien worden vermeden.

De handhavingsmiddelen bestuursdwang en dwangsom kunnen niet gelijktijdig, maar wel na elkaar worden toegepast. Bestuursdwang is het juiste middel wanneer het gaat om een levensbedreigende situatie. De dwangsom is geschikter als er gevaar voor herhaling van een overtreding bestaat.

Hoofdstuk 4

Preventieve bestuurlijke handhavingsmiddelen

4.1 Algemeen

Binnen het bestuursrecht kan al geruime tijd preventief worden optreden. In diverse Algemene Plaatselijke Verordeningen komen bepalingen voor die een ieder verplichten om verwijderingsbevelen van de politie op te volgen ter voorkoming of bestrijding van wanordelijkheden of verkeersbelemmeringen en wanneer de openbare orde dreigt te worden verstoord.¹¹⁹ Al in 1961 deed de Hoge Raad in het arrest 'de Zeijense nachtbraker' de uitspraak dat de politie iemand die zich misdraagt uit voorzorg naar huis kan sturen of brengen, en dat die bevoegdheid kan worden gebaseerd op artikel 2 (toen 28) van de Politiewet.¹²⁰

Preventief bestuursrecht is dus geen nieuw verschijnsel, maar de laatste decennia is er wel een aantal aparte en vergaande bestuurlijke maatregelen bijgekomen. Een bijzonder aspect daarvan is dat steeds vaker grondrechten van burgers, zoals het huisrecht, de privacy en de persoonlijke vrijheid, in het gedrang komen.¹²¹

In de volgende paragrafen zal ik een aantal preventieve bestuurlijke handhavingsmiddelen bespreken die nadrukkelijk zijn gericht op het voorkomen van overtredingen. Buiten deze scriptie vallen daarom het preventief weigeren van vergunningen, het preventiebeginsel en het voorzorgbeginsel uit het milieurecht. Wel aan de orde komen: bevoegdheden van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde en in noodsituaties (paragraaf 4.2), preventief fouilleren (paragraaf 4.3), bestuurlijke ophouding (paragraaf 4.4), cameratoezicht (paragraaf 4.5), huisverbod bij huiselijk geweld (paragraaf 4.6), bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (paragraaf 4.7) en de preventieve bestuurlijke dwangsom (paragraaf 4.8).

4.2 De bevoegdheden van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde en in noodsituaties

Artikel 172 lid 3 van de Gemeentewet geeft de burgemeester de bevoegdheid alle bevelen te geven die noodzakelijk zijn voor de handhaving van de openbare orde. Niet alleen bij verstoring van de openbare orde, maar ook bij ernstige vrees voor het

¹¹⁹ Van de Poel & Teunissen 1981, p. 491-493.

¹²⁰ HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86, m.nt. Prins.

¹²¹ Rogier 2006, p. 3.

ontstaan daarvan.¹²² De afgelopen jaren hebben verschillende burgemeesters van deze bevoegdheid gebruikgemaakt door, vooral aan drugsverslaafden, gebiedsontzeggingen en verblijfsverboden van enkele uren of dagen op te leggen. In Amsterdam werd met betrekking tot de Zeedijk ook wel gesproken van een 'dijkverbod'.¹²³ Het zal duidelijk zijn dat zo'n verbod gevoelig ligt, omdat het grondrecht van bewegingsvrijheid daarbij in het geding is.¹²⁴ Sommigen vragen zich dan ook af of de burgemeester in zo'n geval wel van zijn lichte bevelsbevoegdheid gebruik kan maken.¹²⁵

Een verblijfsverbod wordt veelal onderbouwd met een verwijzing naar overtredingen die door de betrokkene al eerder zijn begaan, zoals het verstoren van de openbare orde door drugs of prostitutie. In Amsterdam kreeg iemand eerst zes keer een gebiedsontzegging van acht uur opgelegd en daarna een verblijfsverbod van veertien dagen. Omdat hij uitdrukkelijk was gewaarschuwd voor wat hem te wachten stond, vond het Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, de hoogste rechter voor dit soort gevallen, de ontzegging van veertien dagen aanvaardbaar.¹²⁶

Ook in noodsituaties – bijvoorbeeld bij rampen of zware ongevallen en bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan – kan de burgemeester alle bevelen geven die hij nodig acht. De burgemeester van Enschede verbood bijvoorbeeld in 1890 al vergaderingen van stakers uit vrees voor onlusten, nog voordat de openbare orde daadwerkelijk was verstoord.¹²⁷ Hier was het grondrecht van vergadering in het geding.¹²⁸

De burgemeester kan in noodsituaties regels geven in de vorm van een noodverordening of een noodbevel. Enkele voorbeelden: De burgemeester van Onderbanken kondigde een noodverordening af in verband met het kappen van een stuk bos in Schinveld begin 2006. Gemeente Delft hanteerde een noodverordening bij de koninklijke bijzettingen van Prinses Juliana in 2002 en Prins Claus in 2004. In 1953 heeft de burgemeester van Zierikzee een noodverordening gebruikt waarin hij alle inwoners gelastte de gemeente binnen drie dagen te verlaten vanwege de watersnoodramp die Zeeland dat jaar trof. Een tweetal dat het met deze verordening niet eens was, stapte naar de rechter. Zij vonden dat van ernstige vrees voor het ontstaan van een verstoring van de openbare orde geen sprake was. Van de zijde

¹²² Dit wordt wel de lichte bevelsbevoegdheid van de burgemeester genoemd.

¹²³ Rogier 2006, p. 7.

¹²⁴ Art. 2 Vierde Protocol bij het EVRM.

¹²⁵ Zie daarover de discussie tussen De Jong en Rogier in *Gst.* 2005, 7224, 28.

¹²⁶ EHRM 4 juni 2002, *Gst.* 2003, 7181, 39 m.nt Bunschoten; AB 2002, 19 m.nt Brouwer & Schilder.

¹²⁷ Rogier 2006, p. 7.

¹²⁸ Art. 9 Gw.

van de inwoners van Zierikzee was daartoe naar hun mening in ieder geval geen enkele aanleiding gegeven. De rechter oordeelde echter dat de vraag of de burgemeester die vrees al dan niet terecht voelde, niet aan de rechter ter beoordeling stond.¹²⁹

4.3 Preventief fouilleren

Een maatregel die met succes wordt toegepast, is het preventief fouilleren in veiligheidsrisicogebieden. De aanleiding tot deze maatregel was een aantal schietincidenten in achterstandswijken in grote steden, zoals in de Rotterdamse Millinxbuurt.¹³⁰ Artikel 151b van de Gemeentewet bepaalt dat de gemeenteraad aan de burgemeester de bevoegdheid kan verlenen tot het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied: een gebied dat naar bestemming of vast gebruik voor iedereen toegankelijk is en wordt gekenmerkt door een hoog risico op geweldsdelicten en dreigingen met vuurwapens.¹³¹

In het bijzonder kan bijvoorbeeld gedacht worden aan uitgaansgebieden die in de avond en nacht uit oogpunt van openbare orde en veiligheid een bijzondere gevaarstelling meebrengen. Daaruit volgt echter nog geen voldoende aanleiding tot ernstige vrees voor verstoring van de openbare orde.¹³² De vrees moet objectiveerbaar zijn in die zin dat er in redelijkheid sprake moet zijn van gevaar.¹³³ De rechter moet namelijk aan de hand van de feiten die tot de vrees aanleiding hebben gegeven, kunnen toetsen of het besluit rechtmatig is. Volgens de parlementaire stukken kan vrees onder meer volgen uit politie-informatie over een bepaald gebied of uit eerdere (dreiging van) incidenten.¹³⁴ De norm gaat niet zover dat er een concrete aanwijzing moet zijn dat op een bepaald tijdstip wapens in het gebied aanwezig zijn.¹³⁵

De voorbereiding tot het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied moet inzicht geven in het aantal (vuur)wapen- en geweldsincidenten dat in een bepaald gebied heeft plaatsgevonden. Mede op basis daarvan kan de burgemeester overwegen of

¹²⁹ Rb Middelburg 4 maart 1953, *NJ* 1953, 197; Hof 's-Gravenhage 29 april 1953, *NJ* 1953, 392 & *AB* 1953, 541.

¹³⁰ Loof 2000, p. 666-667.

¹³¹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 865, nr. 5, p. 5.

¹³² *Kamerstukken II* 1999/00, 26 865 A, p. 2.

¹³³ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 865 A, p. 2; *Kamerstukken II* 2000/01, 26 865, nr. 7, p. 9.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 865 A, p. 2.

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 26 865, nr. 7, p. 7.

het instellen van een veiligheidsrisicogebied proportioneel is.¹³⁶ Hij moet onderzoeken of de situatie zo gevaarlijk is dat inbreuk op individuele rechten is gerechtvaardigd ten behoeve van het algemene (veiligheids)belang.

Met fouilleren wordt de persoonlijke levenssfeer van personen aangetast, en dat is pas toegestaan als er sprake is van een noodsituatie of als de inperking in een wet in formele zin is geregeld. De burgemeester moet dus een zorgvuldige afweging maken tussen het veiligheidsbelang in een bepaald gebied en het individuele belang van burgers (art. 3:4 Awb). Verder mag bij de handhaving van de openbare orde niet direct het zwaarste middel worden ingezet. Hierbij geldt het subsidiariteitsbeginsel. Dit houdt in dat een bestuursorgaan, in dit geval de burgemeester, bij de keuze uit verschillende bevoegdheden geen zwaardere bevoegdheid mag gebruiken dan de concrete situatie vereist.¹³⁷ Pas als aantoonbaar is dat andere maatregelen niet of onvoldoende hebben gewerkt, komt de bevoegdheid tot aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden in beeld.

Het veiligheidsrisicogebied mag niet groter zijn dan strikt noodzakelijk is voor de handhaving van de openbare orde, aldus artikel 151b lid 3 van de Gemeentewet. De wet geeft echter niet aan wat precies onder 'strikt noodzakelijk' moet worden verstaan. Het kan volgens de wetgever dus zowel gaan om enkele straten als om een (deel van een) wijk.¹³⁸ Volgens artikel 151b lid 1 Gemeentewet gaat het om een gebied met inbegrip van de daarin gelegen voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven. Naar bestemming of vast gebruik is het desbetreffende gebied voor iedereen toegankelijk: openbare ruimte.¹³⁹

Bij het ontwerpen van deze regeling ging de gedachte vooral uit naar gebieden waarin zich concentraties van uitgaansgelegenheden bevinden of waar voortdurend sprake is van drugsoverlast. De wetgever heeft nadrukkelijk aangegeven dat de publieke gedeeltes van stations onder de noemer publieke ruimte vallen.¹⁴⁰ Ook grote (sport)manifestaties komen in beeld. Bij dergelijke evenementen wordt de openbare orde soms hevig verstoord, zoals bij risicovoetbalwedstrijden of politieke topperleggen.¹⁴¹

De burgemeester gaat niet eerder over tot aanwijzing van zo'n gebied dan na overleg met de officier van justitie. De aanwijzing maakt de officier van justitie vervolgens

¹³⁶ Zie bv. Rb Zwolle, 3 maart 1995, *Gst.* 1996, 7028, 4 (Rottweilers); Rb Amsterdam, 19 januari 1996, *JB* 1996, 49; ABRvS 19 december 1996, *JB* 1997, 24.

¹³⁷ De Jong 2000, p. 44.

¹³⁸ Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2002.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 26 865, nr. 7, p. 13.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 26 865, nr. 7, p. 13.

¹⁴¹ Zware veiligheidsmaatregelen werden getroffen voor de Europese Top 2000 in Maastricht. Het middel bestuurlijke ophouding werd destijds geïntroduceerd.

bevoegd om in dat gebied de politie preventief te laten fouilleren, dus zonder dat iemand van wapenbezit wordt verdacht.¹⁴² Het is duidelijk dat daarbij de privacy in het geding is.¹⁴³

Gebiedsaanwijzing is mogelijk bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan. Niet alleen het fouilleren is dus preventief, ook de aanwijzing zelf kan preventief zijn. Tegen de aanwijzing kan beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. Daadwerkelijke inbreuk op de privacy vindt echter pas plaats bij preventieve fouillering en dat kan eventueel behandeld worden door de strafrechter.¹⁴⁴ Bij de bestuursrechter kan in beroep worden gegaan tegen de aanwijzing van een gebied, terwijl de strafrechter de rechtmatigheid van het besluit tot de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied toetst.

Sinds 1 februari 2007 heeft de politie in terreurgevoelige gebieden extra bevoegdheden gekregen om direct te kunnen ingrijpen als er aanwijzingen zijn dat er een terroristische aanslag wordt voorbereid. Agenten mogen in zo'n geval mensen fouilleren en voertuigen en voorwerpen onderzoeken. Het kabinet heeft behalve de centrale stations van Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht ook het Binnenhof in Den Haag, de kerncentrale in Borsele en het mediapark in Hilversum aangewezen als veiligheidsrisicogebieden. Dat geldt ook voor de luchthavens met burgerluchtvaart, zoals Schiphol en Rotterdam Airport. De marechaussee op Schiphol die politietaken op de luchthaven verricht, heeft al sinds 2005 een permanente bevoegdheid om preventief te fouilleren.

Op plaatsen die tijdelijk een mogelijk doelwit van terrorisme zijn, zoals locaties van grote evenementen, kan de officier van justitie mensen preventief laten fouilleren en auto's en voorwerpen laten controleren. De veiligheidsrisicogebieden kunnen voor langere tijd of permanent in de belangstelling staan van terroristen. De politie moet daar voortaan zonder voorafgaande toestemming van de officier van justitie tot actie kunnen overgaan. De situatie moet daar dan wel aanleiding toe geven: er moet een verdenking zijn van een terreuraanslag.¹⁴⁵

¹⁴² Art. 151b Gw, jo. art. 50 lid 3, 51 lid 3 & 52 lid 3 Wet Wapens en Munitie.

¹⁴³ Art. 8 EVRM.

¹⁴⁴ Rb Breda, 2 maart 2004, *LJN AO4770*.

¹⁴⁵ Het Parool, 20 december 2006.

4.4 Bestuurlijke ophouding

De artikelen 154a en 176a Gemeentewet hebben sinds 2000 de burgemeester extra bevoegdheden gegeven om (groepen van) personen voor een periode van maximaal twaalf uur van hun vrijheid te beroven.¹⁴⁶ Ook deze bevoegdheden vinden hun grondslag in de belangrijke taak van de burgemeester om de openbare orde te handhaven. Deze vrijheidsbeneming wordt bestuurlijk ophouden genoemd.

Bestuurlijke ophouding is bijvoorbeeld mogelijk als voetbalsupporters gemeentelijke regels, die bedoeld zijn om de openbare orde te handhaven, groepsgewijs overtreden. Dat kunnen APV-bepalingen zijn, maar ook noodverordeningen van de burgemeester.¹⁴⁷ De regeling laat ook ruimte voor bestuurlijke ophouding bij ernstige vrees voor het ontstaan van grootschalige ordeverstoring, afhankelijk van de inhoud van de lokale voorschriften die worden overtreden.¹⁴⁸

De artikelen 154a en 176a Gemeentewet maken een 'dubbelslag'. In artikel 154a Gemeentewet wordt bepaald dat de gemeenteraad bij verordening aan de burgemeester de bevoegdheid kan verlenen om door hem aangewezen groepen te doen ophouden bij niet-naleving van in die verordening aangewezen specifieke voorschriften. Onafhankelijk daarvan wordt in artikel 176a Gemeentewet bepaald dat de burgemeester na overtreding van een specifiek voorschrift van een noodbevel of noodverordening zelfstandig kan besluiten tot bestuurlijke ophouding.

De bedoeling van deze verdeling is om de bestuurlijke ophouding zo veel mogelijk democratisch te verankeren, in die zin dat het bij voorzienbare ordeverstoringen de voorkeur verdient dat een democratisch gelegitimeerd bestuursorgaan (de gemeenteraad) bepaalt bij welke overtredingen de burgemeester tot ophouding kan overgaan.¹⁴⁹ In onvoorzienbare situaties die een noodbevel of noodverordening vereisen, blijft echter ruimte voor een zelfstandige bevoegdheid van de burgemeester. Er moet dan wel sprake zijn van een situatie als bedoeld in artikel 175, dus van "oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen of zware ongevallen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan." Artikel 176a voorziet in de behoefte om in dat geval het instrument van bestuurlijke ophouding in te zetten. In beide gevallen geldt dat de ophouding noodzakelijk moet zijn ter voorkoming van voortzetting of herhaling van niet-naleving van de gegeven

¹⁴⁶ Wet van 25 april 2000, *Stb.* 2000, 175, houdende Wijziging van de Gemeentewet ter verbetering van de mogelijkheden tot bestrijding van grootschalige verstoringen van de openbare orde. En het Besluit plaatsen bestuurlijke ophouding van 28 april 2000, *Stb.* 2000, 180.

¹⁴⁷ Art. 154a & 176a Gw.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2000/01 26 735, nr. 200a, p.15.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 735, nr.3, p. 10/11.

voorschriften en bovendien dat de naleving redelijkerwijs niet op een andere geschikte wijze kan worden verzekerd.¹⁵⁰

Het belangrijkste kenmerk van de mogelijkheid van bestuurlijke ophouding is dat het betrekking heeft op personen die de bedoelde voorschriften groepsgewijs niet naleven. De toepassing van deze (vrijheidsontnemende) maatregel is beperkt tot situaties waarin groepen concrete en specifieke voorschriften die strekken tot handhaving van de openbare orde of beperkingen van gevaar, niet-naleven (artikel 154a Gemeentewet).¹⁵¹ Dit betekent dat er regels overtreden moeten zijn voordat er kan worden opgehouden. Preventief ophouden is niet toegestaan.¹⁵²

Bestuurlijke ophouding is, anders dan preventief fouilleren, een zuiver bestuursrechtelijk instrument en kan alleen toegepast worden als er sprake is van overtreding.¹⁵³ De maatregel is niet gericht op een strafrechtelijke afdoening, maar op het beëindigen van de overtreding(en). De Kamerstukken blijken niettemin een preventief effect te onderkennen, want met het middel wordt verdere overtreding wel voorkomen.¹⁵⁴

Een praktijkvoorbeeld van bestuurlijke ophouding vond plaats in 2005. PSV-supporters die gezellig in Almelo op een terrasje zaten, werden door de politie opgepakt en vastgezet op het politiebureau. Vlak voor aanvang van de wedstrijd werden zij bij het stadion afgeleverd. De burgemeester bleek een noodverordening te hebben gemaakt, maar zonder de voorwaarden die bestuurlijke ophouding mogelijk maakt. Bovendien was de noodverordening uitsluitend aan de dienstdoende commandant van politie bekendgemaakt. Uit de noodverordening bleken op geen enkele manier wanordelijkheden of ernstige vrees voor het ontstaan daarvan. De rechtbank verklaarde deze noodverordening, en daarmee de bestuurlijke ophouding, dan ook onrechtmatig.¹⁵⁵

Uit onderzoek is gebleken dat er nergens in het buitenland een regeling bestaat die met de Nederlandse groepsgewijze bestuurlijke ophouding vergelijkbaar is.¹⁵⁶ Rogier pleit er in zijn oratie zelfs voor om deze maatregel uit de wet te schrappen.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Rogier 2006, p. 14.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 735, nr. 5, p. 3.

¹⁵² *Kamerstukken II* 1999/00, 26 735, nr. 5, p. 41; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 735, nr. 200a, p. 11.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 735, nr. 5, p. 41.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 735, nr. 5, p. 24 & 41.

¹⁵⁵ Rb Almelo 25 januari 2006, *LJN* AV0612.

¹⁵⁶ Hartmann, Mein & Rogier 2004, p. 1082-1083.

¹⁵⁷ Rogier 2006, p. 26.

4.5 Cameratoezicht

Cameratoezicht is al jarenlang praktijk, maar de wettelijke basis daarvoor (art. 2 Politiewet) was volgens de wetgever te smal om een inbreuk op de privacy te kunnen rechtvaardigen. Sinds 31 december 2005 is cameratoezicht daarom geregeld in artikel 151c van de Gemeentewet. De regeling kent dezelfde structuur als de regelingen voor bestuurlijke ophouding en aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden. De gemeenteraad kan de burgemeester de bevoegdheid verlenen om permanent camera's te laten plaatsen ten behoeve van het toezicht op openbare en andere plaatsen als dat in het belang van de openbare ordehandhaving noodzakelijk is. Het gaat daarbij niet uitsluitend om de daadwerkelijke handhaving, maar ook om preventie. Cameratoezicht heeft namelijk ook tot doel ordeverstoringen te voorkomen.¹⁵⁸ Voorstellen tot het installeren van camera's op bepaalde locaties dienen te worden onderbouwd met analyses van de veiligheidssituatie ter plekke. Ook hier zijn ervaringen uit het verleden dus bepalend.

Van het besluit van de burgemeester tot plaatsing van camera's gaat op zichzelf natuurlijk weinig preventieve werking uit. Er zijn nu eenmaal weinig burgers die scherp in de gaten houden wat hun burgemeester allemaal beslist. Van een eenmaal geplaatste camera gaat echter wel preventie uit, blijkt uit onderzoek.¹⁵⁹ Bovendien stellen cameraopnamen de politie in staat om ongeregelde heden in een vroeg stadium op te merken en snel op te treden, waardoor escalaties kunnen worden voorkomen. Rechtbank Rotterdam heeft al in 2000 het gebruik van camerabeelden in een strafzaak rechtmatig beoordeeld. Het ging om opnamen in een van de eerste cameragebieden in Rotterdam. Een verdachte van drugshandel was gedurende vijftig minuten met een of twee camera's gevolgd en geobserveerd. Zijn raadsman voerde aan dat dit in strijd was met de privacy. De rechtbank stelde vast dat inderdaad inbreuk was gemaakt op de privacy van de verdachte, maar dat deze inbreuk was toegestaan, omdat ze voldeed aan de eisen van artikel 8 EVRM. Bovendien was de verdachte door middel van borden van het cameratoezicht op de hoogte gebracht en had hij ter terechtzitting verklaard dat hij zich daarvan bewust was.¹⁶⁰

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 440, nr. 16 (Nota van Wijziging), p.1.

¹⁵⁹ Zie o.a. Bieleman, Kruize & Snippe 2002 en Snippe e.a. 2006.

¹⁶⁰ Rb Rotterdam 29 augustus 2000, *LJN* AA6924.

4.6 Huisverbod

Een wetsvoorstel dat momenteel in ontwikkeling is en waarin preventieve bestuurlijke handhavingsmaatregelen zijn opgenomen, is de Wet tijdelijk huisverbod. Deze wet heeft een preventief oogmerk, aldus de Memorie van Toelichting.¹⁶¹

De ministerraad heeft in februari 2006 ingestemd met een wetsvoorstel waarin de burgemeester de bevoegdheid wordt gegeven een huisverbod op te leggen. Dat verbod houdt in dat een pleger van huiselijk geweld in beginsel tien dagen zijn of haar woning niet meer in mag en in die periode ook geen contact mag opnemen met partner of kinderen. Het wetsvoorstel omschrijft de toepasselijkheid van deze bevoegdheid van de burgemeester aldus: "indien uit feiten of omstandigheden blijkt dat zijn aanwezigheid in de woning ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor de veiligheid van een of meerdere personen met wie hij een huishouden deelt of op grond van feiten of omstandigheden een ernstig vermoeden van dit gevaar bestaat."¹⁶² Hiermee wordt zowel het huisrecht als het recht op gezinsleven doorbroken.

De Raad van State heeft over dit voorstel in mei 2006 een advies uitgebracht, waarin hij de nodige kanttekeningen plaatst. Op 13 oktober jl. heeft de Tweede Kamer gereageerd op het wetsvoorstel en daarbij kritische vragen gesteld. In november 2006 zijn de pilots huisverbod van start gegaan in de gemeenten Amsterdam, Venlo, Groningen, Pekela, Reiderland, Bellingwedde, Scheemda en Winschoten. Deze pilots lopen tot oktober 2007. Omdat de wet nog niet van kracht is, kan de pleger tijdens de proef nog niet verplicht worden om zich aan het huisverbod te houden.¹⁶³ De Wet tijdelijk huisverbod treedt naar verwachting begin 2008 in werking.

4.7 Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid

Een ander wetsvoorstel dat door de Tweede Kamer op 20 maart 2007 is aangenomen en dat nu ter beoordeling bij de Eerste Kamer ligt, is een wetsvoorstel ter bestrijding van terrorisme genaamd Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid.¹⁶⁴ In het kader van terrorismebestrijding is in 2004 niet alleen de

¹⁶¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 6.*

¹⁶² *Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 2, p. 1.*

¹⁶³ Ministerie van Justitie 2007.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 2.*

strafrechtelijke Wet terroristische misdrijven vastgesteld,¹⁶⁵ maar heeft de regering ook bestuurlijke preventieve maatregelen aangekondigd.¹⁶⁶

Waar het strafrecht onvoldoende mogelijkheden tot optreden biedt, worden twee nieuwe maatregelen in het leven geroepen: de verplichting tot periodieke melding op het politiebureau en een verbod om zich te bevinden in de nabijheid van bepaalde personen of objecten. Wat dat laatste betreft wordt gedacht aan spoorwegstations, elektriciteitscentrales, luchthavens, drinkwatervoorzieningen et cetera.¹⁶⁷ In dit voorstel, dat de bewegingsvrijheid verder moet beperken, gaat het om maatregelen tegen personen die op grond van contacten, activiteiten, of andere aanwijzingen aanleiding geven tot het vermoeden dat zij betrokken zijn bij terroristische activiteiten en daarom een potentieel gevaar vormen.¹⁶⁸

De Raad van State heeft een kritisch advies ten aanzien van dit wetsvoorstel uitgebracht, maar vindt het aanvaardbaar. Het advies heeft ertoe geleid dat de toelichting is aangevuld met een aantal voorbeelden waarin een bestuurlijke maatregel kan worden opgelegd. Uit deze voorbeelden blijkt dat bestuurlijke maatregelen noodzakelijk zijn naast de strafrechtelijke en strafvorderlijke instrumenten.¹⁶⁹

Niet iedereen vindt het voorstel aanvaardbaar. Rogier meent dat dit wetsvoorstel de rechtsstaat doet balanceren op het randje van de afgrond. Maatregelen tegen terrorisme zijn nodig, maar moeten in overeenstemming zijn met de eisen van rechtsstatelijkheid. In Nederland dreigt de grens van het aanvaardbare wat dat betreft te worden overschreden, aldus Rogier.¹⁷⁰ De Lange meent dat de ontwikkelingen op het gebied van het noodrecht neigen in de richting van flexibilisering en oprekking van normale bevoegdheden in plaats van het afzonderlijk in het leven roepen van algemene of beperkte noodtoestanden.¹⁷¹

Een voorbeeld van hoe het niet moet is de zogenaamde verstoringsactie door de politie in Amsterdam eind 2005. Met verstoren wordt bedoeld het zodanig in de gaten houden van iemand dat hem en zijn omgeving duidelijk wordt gemaakt dat hij onderwerp is van overheidsoptreden, zodat hij geen rol meer zal kunnen spelen in aan terrorisme gerelateerde zaken.¹⁷²

¹⁶⁵ Wet terroristische misdrijven, *Stb.* 2004, 290.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 2.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 5.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 6, p. 40; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 13.

¹⁶⁹ Nader rapport RvS van 10 mei 2006.

¹⁷⁰ Rogier 2006, p. 26.

¹⁷¹ De Lange 2005, p. 523-550.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 754, nr. 1, p. 11.

Een Amsterdamse moslima werd op gezag van de burgemeester van Amsterdam verstoord. Er werd enkele malen per dag opvallend, dat wil zeggen met herkenbare politieauto's, bij haar woning gesurveilleerd. Ook 's nachts. Daarnaast belde de politie haar regelmatig op en werd er bij haar aangebeld. Het is duidelijk dat door deze stelselmatige politieaandacht inbreuk werd gemaakt op de privacy van de vrouw. De verstoringssactie werd gebaseerd op artikel 12 Politiewet, dat de burgemeester de bevoegdheid geeft om aanwijzingen te geven aan de onder zijn gezag staande politie ten behoeve van ordehandhaving.

De rechter betwijfelde of deze inbreuk afdoende bij de wet is voorzien. Aanleiding voor de verstoring was het feit dat de kinderen van de vrouw naar school werden gebracht door iemand die banden had met de Hofstadgroep. Dat was echter al enige maanden daarvoor gestopt. Wat resteerde was een streng islamitische geloofsovertuiging. De rechtbank achtte dat op zichzelf onvoldoende reden voor verstoring. Er kon van de vrouw niet worden gevraagd om haar geloof af te zweren om aan de verstoring een einde te maken. De rechtbank oordeelde voortzetting van de verstoring dan ook buitenproportioneel en daarmee onrechtmatig.¹⁷³

De minister van Justitie heeft erop gewezen dat deze uitspraak niet zozeer de vraag betrof naar de rechtmatigheid van het middel, maar naar de proportionaliteit van het middel in dat geval.¹⁷⁴

4.8 Preventieve bestuurlijke dwangsom¹⁷⁵

De dwangsom wordt normaliter opgelegd als er al een overtreding is begaan. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat het opleggen van een dwangsom ook mogelijk is zodra er klaarblijkelijk gevaar tot overtreding dreigt. Een voorbeeld is de preventieve dwangsom tegen het oprichten van reclamemasten door fastfoodketen McDonald's in Limburg.¹⁷⁶ McDonald's had in 1995 in strijd met de Landschapsverordening langs de snelweg in Zuid-Limburg een reclamepaal neergezet. Die paal moest weggehaald worden en tegelijkertijd legde het provinciebestuur aan McDonald's een dwangsom op om te voorkomen dat er op andere plekken in Limburg zulke palen zouden verrijzen. De rechter achtte het gevaar voor die overtredingen 'klaarblijkelijk' gelet op

¹⁷³ Rb Amsterdam 1 december 2005, *NBSTRAF* 2006, 97.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 754, nr. 64, p. 7.

¹⁷⁵ Voor een algemene beschouwing over dwangsom verwijs ik naar paragraaf 3.3.

¹⁷⁶ *ABRvS* 4 september 1997, *AB* 1997, m.nt Michiels, *JB* 1997, 251 m.nt Schlössels, *Gst* 1998, 7070, 4 m.nt Goorden.

de handelwijze in het verleden en het bedrijfsbeleid van McDonald's ten aanzien van reclame-uitingen.

De formulering 'klaarblijkelijk gevaar' is minder streng dan 'ernstige vrees voor het ontstaan van wanordelijkheden'. Bij de bestuurlijke dwangsom zijn dan ook geen zwaarwegende grondrechten in het geding.

Aan de preventieve dwangsom en preventieve bestuursdwang worden nagenoeg dezelfde eisen gesteld. Wanneer in de rechtspraak een criterium wordt gesteld voor de preventieve dwangsom, volgt dit voor preventieve bestuursdwang niet veel later. Om die reden werk ik de preventieve dwangsom hier niet verder uit, maar verwijz ik voor de criteria naar hoofdstuk 5 waarin de preventieve bestuursdwang wordt behandeld. In de Vierde tranche Awb is het vereiste van dreiging van klaarblijkelijk gevaar voor een overtreding opgenomen.¹⁷⁷

4.9 Subconclusie

Preventief bestuursrecht is niet nieuw. In beginsel ging het om noodsituaties, maar de lijn is doorgetrokken naar normale situaties en de gewone rechtsruimte. Daarin spelen de grondrechten een belangrijke rol. Het is dan ook niet vreemd dat in recente wetgeving op deze lijn wordt voortgeborduurd. De wetgever heeft door de in behandeling zijnde wetsvoorstellen de deur wagenwijd opengezet voor preventieve bestuurlijke rechtshandhaving, al wordt daar tot op heden door het bestuur niet veel misbruik van gemaakt.

Volgens sommige auteurs zijn de grenzen van de preventieve bestuurlijke rechtshandhaving bereikt en hier en daar zelfs overschreden. Bij de nieuwe generatie preventieve bestuurlijke maatregelen wordt de spanning met grondrechten duidelijker zichtbaar, en de rechter stelt zich bij de toetsing daarvan steeds minder terughoudend op.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2, p. 10.*

Hoofdstuk 5

Preventieve bestuursdwang

5.1 Algemeen

De hoofdregel is dat bestuursdwang alleen mag worden toegepast als een wettelijk voorschrift is overtreden, maar de gemeente hoeft niet altijd te wachten tot een illegale situatie is ontstaan. Is de gemeente dan toch bevoegd om reeds voordat de overtreding plaatsvindt, in te grijpen? Met andere woorden: mag een gemeente preventief optreden met bestuursdwang?

Naar mijn mening kan uit de literatuur en de jurisprudentie de conclusie getrokken worden dat dit inderdaad mag. In dit hoofdstuk zal ik de literatuur en jurisprudentie behandelen die deze opvatting rechtvaardigen. Tevens zal ik ingaan op de ontwikkeling binnen de rechtspraak en de eisen die aan preventieve bestuursdwang worden gesteld. Afsluitend zal ik enkele voorbeelden van preventieve bestuursdwang opsommen.

De wet biedt geen expliciete bevoegdheidsgrondslag voor het uitoefenen van preventieve bestuursdwang, maar uit de jurisprudentie blijkt dat dit onder bepaalde strikte voorwaarden toch mogelijk is. De Raad van State zegt: "Hoewel artikel 5:21 Awb niet met zoveel woorden voorziet in de mogelijkheid van een preventieve bestuursdwangaanschrijving, kan een dergelijk besluit volgens vaste jurisprudentie worden genomen."¹⁷⁸ Het doel van preventieve bestuursdwang is in eerste instantie het verhinderen of voorkomen van een overtreding. Hierin komt duidelijk het preventieve element naar voren. Daarnaast komt het karakter van bestuursdwang als herstelsanctie in beeld door het corrigeren van een 'illegale' situatie en het weer in overeenstemming brengen van de situatie met de daarvoor geldende voorschriften.

De preventieve handhavingsbesluiten en het feitelijk preventief optreden moeten van elkaar onderscheiden worden. Een preventief handhavingsbesluit is het versturen van een beschikking met een last naar de toekomstige overtreder. Hiermee geeft het bestuursorgaan aan dat het actie zal ondernemen om de overtreding te stoppen als deze na afloop van de begunstigingstermijn daadwerkelijk plaatsvindt. Met de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang wordt dus gewacht tot het moment dat de overtreding wordt begonnen. De overtreder is daardoor in de gelegenheid om dit optreden te voorkomen.

¹⁷⁸ ABRvS 7 november 2001, r.o. 2.4, AB 2002, 177, m.nt. Jurgens.

Feitelijk preventief optreden met bestuursdwang is het gebruiken van bestuursdwang door feitelijke handelingen of maatregelen zonder voorafgaande aanzegging om zo een mogelijke overtreding te voorkomen. Voorbeelden van feitelijke preventieve handelingen zijn het verzegelen van gebouwen en het meevoeren en bewaren van zaken, zoals genoemd in de artikelen 5:28 en 5:29 Awb.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin daadwerkelijke preventieve bestuursdwang aan de orde is, is de uitspraak 'Verontreinigd bluswater Rivierenland'.¹⁷⁹ Het betrof een geparkeerde oplegger met landbouwbestrijdingsmiddelen die door onbekenden in brand was gestoken. De brandweer ging tot blussen over. Het waterschapsbestuur greep op grond van zijn bestuursdwangbevoegdheid preventief in door het afsluiten van putdeksels, het reinigen van het riool en het afsluiten van straatkolken om te voorkomen dat het met bestrijdingsmiddelen verontreinigde bluswater – in strijd met artikel 1 Wet verontreiniging oppervlaktewater – in het oppervlaktewater terecht zou komen. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde: "De Afdeling acht voldoende aannemelijk dat verontreinigd bluswater via de straatkolken in het oppervlaktewater zou zijn terechtgekomen wanneer die straatkolken niet zouden zijn afgesloten. In zoverre bestond derhalve een klaarblijkelijk gevaar voor overtreding van artikel 1 lid 1 Wvo en was verweerder bevoegd preventief bestuursdwang toe te passen."¹⁸⁰

Saillant detail in deze uitspraak is dat niet de vervoerder of eigenaar van de oplegger als overtreder werd aangemerkt, maar de brandweer. De brandweer had namelijk de toestand veroorzaakt die de noodzaak tot preventief optreden rechtvaardigde.¹⁸¹ De brandweer werd echter niet veroordeeld tot het betalen van de kosten van de bestuursdwang.

Een ander voorbeeld betreft de toepassing van preventieve bestuursdwang door de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer ter verhindering van het uitvaren van het met asbest vervuilde schip Sandrien, wat in strijd was met de afvalstoffenregelgeving.¹⁸²

Zoals reeds in hoofdstuk 3.4.2 is aangegeven, is er een verschil tussen een waarschuwing of vooraankondiging en een aanzegging. De aanzegging (ook wel aankondiging of aanschrijving genoemd) is de echte beschikking, terwijl de waarschuwing (ook wel vooraankondiging of conceptbeschikking) dat niet is. Dit geldt evenzeer voor het preventieve bestuursdwangbesluit en een waarschuwing

¹⁷⁹ Hier was niet de gemeente maar een waterschap het bevoegde bestuursorgaan.

¹⁸⁰ ABRvS 29 september 2000, *AB* 2000, 474 m.nt. Michiels.

¹⁸¹ ABRvS 29 september 2000, *AB* 2000, 474 m.nt. Michiels.

¹⁸² ABRS 19 juni 2002, *JB* 2002, 206.

daarvoor. Omdat de waarschuwing geen beschikking is, is er geen bezwaar en beroep mogelijk.¹⁸³

In de rest van dit hoofdstuk zal ik nader ingaan op preventieve handhavingsbesluiten via aanschrijvingen. De daadwerkelijke preventieve bestuursdwang zonder voorafgaande aanschrijving zal ik niet verder behandelen. De criteria en de eisen die aan beide gesteld worden, zijn gelijk. Daarom wordt er in de wettekst geen onderscheid gemaakt tussen de aanzegging en de uitvoering van bestuursdwang. Beide zijn onder omstandigheden mogelijk.¹⁸⁴

5.2 Ontwikkelingen binnen de rechtspraak

Lange tijd heeft de jurisprudentie – de wet zweeg en zwijgt er (nog) over – het uitvaardigen van een bestuursdwangbeschikking vóór het overtreden van een voorschrift, ontoelaatbaar geacht. Sinds 1980 laat de rechter in bijzondere situaties wel preventieve bestuursdwang toe. In de loop van de jaren zijn verschillende criteria ontwikkeld waaraan preventieve bestuursdwang moet voldoen. Hierna volgt een opsomming van verschillende uitspraken, beginnend bij de eerste schreden richting preventieve bestuursdwang en eindigend bij de (voorgestelde) codificatie ervan in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb (paragraaf 5.3).

De eerste signalen dat preventieve bestuursdwang mogelijk was, dateren uit 1980. Door de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak werd overwogen: "niets belet een bestuursorgaan dat het recht tot politiedwang (bestuursdwang RvW) heeft om, wanneer redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de overtreding zal plaatsvinden, de betrokkene erop te wijzen dat tegen de overtreding met bestuursdwang zal worden opgetreden."¹⁸⁵ De Voorzitter achtte een preventieve waarschuwing geoorloofd, omdat het gevaar van een overtreding aanwezig was. Hij noemde dat toen nog een voorwaardelijke waarschuwing.¹⁸⁶

In 1985 werd door de Afdeling Rechtspraak in de zaak 'maïsakker Swalmen' aangegeven dat een bestuursdwangwaarschuwing mag worden gegeven "wanneer het gevaar dat een overtreding van een wettelijk voorschrift zal plaatsvinden, klaarblijkelijk is."¹⁸⁷ Dit criterium werd in de jaren daarna verheven tot basiseis, en het werd vaste rechtspraak dat bestuursdwang al kon worden aangezegd bij

¹⁸³ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 25.

¹⁸⁴ MvT wetsvoorstel 29 702 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 90).

¹⁸⁵ Vz. AR 11 maart 1980, *AB* 1980, 449 m.nt. Van der Veen.

¹⁸⁶ Van Buuren & Michiels 1989, p. 11.

¹⁸⁷ AR 1 februari 1985, *AB* 1985, 587 m.nt. Van Buuren.

klaarblijkelijk gevaar van overtreding. Dit betekende dus dat bestuursorganen overtredingen niet meer hoefden af te wachten als er een grote mate van waarschijnlijkheid was dat die gingen plaatsvinden. Deze benadering in de jurisprudentie was goed te verdedigen; het is ongewenst dat een bestuursorgaan bij een overduidelijk dreigende overtreding pas zou mogen ingrijpen nadat de overtreding feitelijk is gepleegd en er wellicht reeds een onomkeerbare situatie is ontstaan.¹⁸⁸

Een ander voorbeeld uit de jurisprudentie waaruit een omstandigheid blijkt waarin de gemeente tot actie over kan gaan als "met een grote mate van waarschijnlijkheid vaststaat dat de overtreding zal plaatsvinden",¹⁸⁹ betreft een autosloperij in Montfoort. Haar vergunning voor een inrichting voor het bewerken van autowrakken werd na een lange reeks van overtredingen ingetrokken onder gelijktijdige aanzegging van bestuursdwang als de bedrijfsactiviteiten niet binnen een maand zouden zijn beëindigd. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State achtte deze preventieve aanzegging toelaatbaar. Naast de in het verleden herhaaldelijk gebleken weigerachtige houding van de autosloper speelde daarbij ook de door de inrichting veroorzaakte bodemvervuiling een rol. Dit was een eerste teken van het criterium van 'ernstige schade'.¹⁹⁰

Vanaf 1997 is in de jurisprudentie aan de preventieve toepassing van bestuursdwang gedurende enige tijd de eis gesteld dat het moest gaan om een overtreding waardoor ernstige schade zal ontstaan.¹⁹¹ Een goed voorbeeld van dit vereiste was de zaak 'asfaltrecycling Teerbau' uit 1999.¹⁹² Hier was een aanschrijving aan de orde onder bestuursdwang van Gedeputeerde Staten van Utrecht op grond van artikel 122 Provinciewet en artikel 8.1 Wet milieubeheer¹⁹³ met betrekking tot een asfaltrecyclinginstallatie. Er was vergunning verleend voor het gebruik van de installatie voor een periode van een jaar. Na het verstrijken van deze periode bleef de installatie in de inrichting aanwezig, hoewel niet werkend. Gedeputeerde Staten waren bang dat de installatie na de winter weer in werking zou worden gesteld en zegden preventieve bestuursdwang aan.

De Voorzitter van de Afdeling zette echter een streep door de aanzegging, omdat een dergelijk besluit alleen kan worden genomen als er "sprake is van een klaarblijkelijk gevaar van een op zeer korte termijn te verwachten overtreding van

¹⁸⁸ Vermeer 2000, p. 3841.

¹⁸⁹ AR 15 mei 1992, AB 1994, 202 m.nt. Van Buuren.

¹⁹⁰ Andere voorbeelden: ABR 24 februari 1995, AB 527 m.nt. Michiels, ABR 9 mei 1995, Gst. 7015, 6 m.nt. Uijlenburg, M en R 1996, 64 m.nt. Addink.

¹⁹¹ ABRvS 4 september 1997, AB 1997, 396.

¹⁹² Vz. ABRvS 1 februari 1999, AB 1999, 302, m.nt. Jurgens.

¹⁹³ Het zonder vergunning veranderen van een inrichting of de werking daarvan.

een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift waardoor ernstige schade zal ontstaan, en indien die overtreding in de beschikking kan worden omschreven met die mate van duidelijkheid die uit het oogpunt van rechtszekerheid ten aanzien van handhavingsbeschikkingen is vereist." Al eerder had de Afdeling in een dwangsomkwestie op vergelijkbare wijze beslist,¹⁹⁴ en hier werd nu ook voor bestuursdwang het criterium 'ontstaan van ernstige schade' geïntroduceerd. Dit criterium is aanmerkelijk zwaarwegender dan het criterium dat voor die tijd werd gebruikt.

Op dit vereiste is door de Tweede Kamer¹⁹⁵ en in de literatuur¹⁹⁶ de nodige kritiek uitgeoefend, omdat niet duidelijk was wanneer er sprake is van ernstige schade. De vraag is waarom bij een klaarblijkelijk gevaar dat een overtreding gaat plaatsvinden, gewacht zou moeten worden met optreden als de schade niet ernstig kan worden genoemd.¹⁹⁷

Sinds de uitspraak van de 'brandende oplegger' in 2000 wordt het vereiste van dreigende schade niet meer gesteld.¹⁹⁸ Dit komt heel duidelijk en expliciet naar voren in de 'Brunssumse ontruimingen'¹⁹⁹ waarover de Afdeling oordeelt: "(...) indien sprake is van klaarblijkelijk gevaar van een op zeer korte termijn te verwachten overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift (...) [is] de vraag of door de overtreding ernstige schade zal ontstaan voor het vaststellen van de bevoegdheid om preventief handhavend op te treden niet van belang."²⁰⁰

Met het loslaten van de eis dat sprake moet zijn van ernstige dreigende schade, zijn de voorwaarden voor preventieve en 'gewone' bestuursdwang elkaar zeer dicht genaderd, aldus Vermeer.²⁰¹ Na twintig jaar van toevoegingen van criteria is men in 2000 weer uitgekomen bij één criterium, te weten: klaarblijkelijk gevaar.

Ook voor preventieve bestuursdwang geldt de eis dat de sanctie dient te berusten op een concrete en volledige afweging van alle betrokken belangen. Het klaarblijkelijk gevaar moet zich 'op zeer korte termijn' openbaren. Dit houdt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in dat nauwkeurig moet vaststaan welke overtreding zal plaatsvinden, en ook dat de beslissing tot het opleggen van een sanctie pas kan

¹⁹⁴ ABRvS 4 september 1997, *AB* 1997, 396, m.nt. Michiels (Reclamebord McDonald's); zie paragraaf 4.9 Preventieve dwangsom.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 89.

¹⁹⁶ Blomberg, Jurgens & Michiels 2001, p. 39.

¹⁹⁷ ABR 29 september 2000, *AB* 474 m.nt. Michiels.

¹⁹⁸ ABR 29 september 2000, *AB* 474 m.nt. Michiels, *JB* 304 m.nt. Albers.

¹⁹⁹ ABRvS 7 november 2001, *AB* 2002, 177, m.nt. Boesveld.

²⁰⁰ Andere voorbeelden: ABR 19 juni 2002, *JB* 206 m.nt. Jongma (Upperton), ABR 12 januari 2005, *Gst.* 7230, 85 m.nt. Teunissen, *JB* 68 m.nt. Albers.

²⁰¹ Vermeer 2002.

worden genomen op het moment dat de betrokken belangen volledig kunnen worden overzien. Dit is vaak pas (zeer) kort voor de overtreding.²⁰²

Onder andere in een uitspraak uit 1997 van de Afdeling bestuursrechtspraak komt naar voren waaraan de formulering van de aanschrijving bestuursdwang moet voldoen: er moet duidelijk worden vermeld op welke feitelijke toestand of welk gedrag de aanschrijving betrekking heeft, waarmee die toestand of dat gedrag in strijd is en wat de aangeschrevene moet doen of nalaten om te voorkomen dat bestuursdwang wordt uitgeoefend.²⁰³ Het betrof hier een overtreding van de Waterschapswet, omdat de aangeschrevene had nagelaten de bomen te snoeien bij een in gebruik zijnd perceel. De bestuursrechter constateerde dat onduidelijk was om welke bomen het in de aanschrijving ging en stelde "dat in de aanschrijving evenmin staat vermeld in strijd met welke regels, bevelen of voorschriften appellant heeft nagelaten bedoelde bomen te snoeien."²⁰⁴

Het was niet de eerste keer dat dit criterium zo aangehaald werd door de Afdeling, maar in deze uitspraak komt het wel heel duidelijk naar voren. In geval van een vergunningvoorschrift zal dit voorschrift plus de bepaling waarop het vergunningvoorschrift berust, vermeld dienen te worden. De gevreesde overtreding moet zo duidelijk zijn omschreven dat degene die aangeschreven wordt, precies weet wat wel en wat niet geoorloofd is.

Ook bij preventieve bestuursdwang moet het gaan om een overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift. Dit volgt al uit artikel 5:21 Awb, maar toch wordt het in bijna alle uitspraken aangehaald. Waarom? Mijn inziens omdat het niet vanzelfsprekendheid is dat het om een overtreding van een wettelijk voorschrift gaat. Onder 'wettelijk voorschrift' wordt verstaan hetgeen bij of krachtens een zelfstandige (autonome) verordening van een gemeente, provincie of waterschap wordt gesteld, maar ook voorschriften verbonden aan een beschikking, zoals een vergunning.²⁰⁵

Door bovenstaande jurisprudentie te ordenen, komt er een aantal omstandigheden naar voren die nodig zijn om het toepassen van preventieve bestuursdwang geoorloofd te laten zijn. Afsluitend worden deze op een rijtje gezet. Dit resulteert in een definitie, zoals die door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State momenteel wordt gehanteerd.

²⁰² ABRvS 22 augustus 2001, *AB* 2002, 138; Vz. ABRvS 10 september 1999, 170.

²⁰³ ABRvS 23 september 1997, *AB* 1997, 443 m.nt. AvH.

²⁰⁴ ABRvS 23 september 1997, *AB* 1997, 443 m.nt. AvH.

²⁰⁵ Van Buuren & Borman 2007, p. 249.

In de eerste plaats is preventieve bestuursdwang slechts mogelijk in geval van klaarblijkelijk gevaar.²⁰⁶ De Van Dale omschrijft het begrip klaarblijkelijk als: "kennelijk, dwz. duidelijk, goed waarneembaar, naar men mag of moet aannemen." Een andere omschrijving wordt gegeven in de Memorie van Toelichting: er moet met een grote mate van waarschijnlijkheid vaststaan dat de overtreding zal plaatsvinden.²⁰⁷ In de jurisprudentie wordt ook wel de omschrijving 'gegronde vrees dat een overtreding zal worden gepleegd' gehanteerd,²⁰⁸ maar ook een aanduiding als 'met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid' is niet ongebruikelijk.²⁰⁹ De literatuur gaat ervan uit dat deze criteria dezelfde inhoud hebben.²¹⁰

In de tweede plaats moet dit klaarblijkelijk gevaar zich openbaren op zeer korte termijn. De beslissing tot het opleggen van een sanctie pas kan worden genomen op het moment dat de betrokken belangen volledig kunnen worden overzien en er een goede belangenafweging gemaakt kan worden. Deze belangenafweging is een beginsel van behoorlijk bestuur, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, terug te vinden in de artikelen 3:2 en 3:4 Awb.²¹¹

In de derde plaats is voor een rechtmatige preventieve bestuursdwang nodig dat de overtreding in de betrokken beschikking kan worden omschreven met de mate van duidelijkheid die uit het oogpunt van rechtzekerheid ten aanzien van handhavingsbeschikkingen is vereist.²¹² Dit criterium is een beginsel van behoorlijk bestuur: een besluit moet worden gedragen door een deugdelijke en voor betrokkenen kenbare motivering (motiveringsbeginsel).²¹³

In de vierde plaats moet het een overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift betreffen.

Criteria twee en drie zijn terug te voeren op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de beginselen van zorgvuldigheid, evenredigheid en duidelijke motivering. Het vierde criterium staat in de wettekst zelf, te weten artikel 5:21 Awb.

Definitie preventieve bestuursdwang

Voorgaande leidt tot de volgende definitie: Preventieve bestuursdwang is een door een bestuursorgaan genomen besluit verwoord in een (bestuursdwang)aanschrijving welke alleen genomen mag worden als er sprake is van een klaarblijkelijk gevaar van

²⁰⁶ Bijv. ABRvS 8 maart 2001, *Gst.* 2001, 7141, 6; ABRvS 29 september 2000, *AB* 2000, 474.

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 89.

²⁰⁸ ABRvS 1 augustus 2000, *AB* 2000, 475.

²⁰⁹ ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 240.

²¹⁰ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 23.

²¹¹ Van Buuren & Borman 2007, p. 65, 68 en 254.

²¹² ABRvS 4 september 1997, *AB* 1997, 396; Vz. ABRvS 1 februari 1999, *AB* 1999, 302.

²¹³ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 60.

een op zeer korte termijn te verwachten overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift, waarbij van belang is dat die overtreding in de beschikking kan worden omschreven met die mate van duidelijkheid die uit het oogpunt van rechtszekerheid ten aanzien van handhavingbeschikkingen is vereist ter voorkoming van de te verwachten overtreding.

5.3 Codificatie

Uit oogpunt van rechtszekerheid²¹⁴ en het vertrouwensbeginsel²¹⁵ mag het bestuursorgaan niet snel aannemen dat er sprake is van 'klaarblijkelijk gevaar'.²¹⁶ Er moet rekening gehouden worden met de regel dat een besluit tot toepassing van preventieve bestuursdwang niet toegestaan is als legalisering binnen een redelijke termijn in het vooruitzicht ligt. Ook kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie afgezien behoort te worden.²¹⁷

Concreet uitzicht op legalisatie kan er bijvoorbeeld zijn als er een reële kans is dat er een vergunning zal worden geïntroduceerd voor wat nu nog verboden is. Een voorbeeld van niet-handhaven omdat de belangen van de overtreder daardoor onevenredig zouden worden geschaad, is het laten staan van een rij bomen die slechts enkele decimeters van de voorgeschreven plek staan.²¹⁸

Bij de invoering van de Derde tranche Awb is van de zijde van de Raad voor het binnenlands bestuur voorgesteld om expliciet een regeling inzake de zogenoemde preventieve aanzegging van bestuursdwang in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Dit is niet gebeurd, omdat een afzonderlijke wettelijke regeling van de preventieve aanzegging van bestuursdwang niet nodig werd geacht. Een afzonderlijke regeling draagt namelijk het gevaar in zich dat daarvan ruimer gebruik wordt gemaakt dan door de wetgever wordt beoogd.

De opzet was daarom indertijd om preventieve aanzegging van bestuursdwang niet onmogelijk te maken, maar anderzijds in het belang van de rechtszekerheid van de burgers voor deze mogelijkheid slechts een bescheiden plaats in het wettelijk stelsel

²¹⁴ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 17 en 62.

²¹⁵ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 108-109.

²¹⁶ Vz. ABRs, 9 januari 1996, AB 1996, 202.

²¹⁷ Bijv. ABR 30 juni 2004, JB 293 m.nt. Albers (Haarlemse dakkapel); ABR 11 augustus 2004, AB 444 m.nt. Vermeer, Gst. 7219, 201 m.nt. Rogier (Larense bomen).

²¹⁸ ABR 21 juli 2004, AB 2004, 293 m.nt. Struiksmā.; Zie ook paragraaf 2.5.

in te ruimen. De ontwikkeling ten aanzien van de mogelijkheid tot preventieve aanzegging werd aan de rechtspraak overgelaten.²¹⁹

Hier is de wetgever met het wetsvoorstel Awb-IV van teruggekomen. Hierin gaat hij over tot codificatie van algemene bepalingen over bestuurlijke sancties en legt daarmee uitdrukkelijker dan nu vast in welke gevallen bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd. Het is, aldus de Memorie van Toelichting, gewenst dat de wetgever op dit punt zelf duidelijkheid schept. Daarbij is gekozen voor codificatie van het door de rechtspraak ontwikkelde criterium, inhoudend dat een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt.²²⁰

De formule van de uitspraak 'Brunssumse ontruiming' stelt hogere eisen aan preventieve bestuursdwang dan het wetsontwerp Vierde tranche,²²¹ dat via artikel 5.0.7 Awb-IV een preventie herstelsanctie mogelijk wil maken "zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt." De jurisprudentie stelt tevens de criteria 'op zeer korte termijn' en een overtreding van 'een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift'.

De toekomstige wetgeving en de huidige rechtspraak lijken elkaar dus niet geheel te vinden. De Memorie van Toelichting verklaart dit door te stellen dat voornoemde eisen reeds in de wet gesteld worden. In artikel 5.0.9 Awb-IV komt de eis terug dat een bestuurlijke sanctie de overtreding concreet moet omschrijven en het overtreden voorschrift moet noemen. Artikel 3:4 lid 1 Awb geeft de eis weer dat de toepassing van een bestuurlijke sanctie dient te berusten op een concrete en volledige afweging van alle betrokken belangen. Dit houdt in dat nauwkeurig moet vaststaan welke overtreding zal plaatsvinden, alsook dat de beslissing tot het opleggen van een sanctie pas kan worden genomen op het moment waarop de betrokken belangen volledig kunnen worden overzien.²²² Het is daarom niet nodig deze twee criteria als afzonderlijke eisen in de wet neer te leggen.²²³

Op dit moment is niet te zeggen of en wanneer de Vierde tranche Awb in het Staatsblad zal verschijnen en al helemaal niet wanneer die in werking zal treden.

De Memorie van Toelichting benadrukt dat preventieve bestuursdwang een ingrijpende bevoegdheid is, die daarom slechts in bijzondere gevallen kan worden gebruikt.²²⁴ In dit verband is van belang dat ook een preventieve herstelsanctie als

²¹⁹ PG Awb III, p. 358-363.

²²⁰ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 89.

²²¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 2, p. 10.

²²² ABRS 22 augustus 2001, *AB* 2002, 138.

²²³ MvT wetsvoorstel 29 702 (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 89).

²²⁴ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 89.

preventieve bestuursdwang moet voldoen aan alle eisen die de wet aan herstelsancties stelt.²²⁵

5.4 Voorbeelden van preventieve bestuursdwang

Preventieve bestuursdwang kan voor allerlei soorten overtredingen worden ingezet. Dat bleek al uit de aangehaalde jurisprudentie. In deze paragraaf volgen nog enkele andere voorbeelden om zo nog inzichtelijker te maken wanneer preventieve bestuursdwang gebruikt kan worden.

Einddatum van de vergunde periode is in zicht

Als voor een bepaalde activiteit een tijdelijke vergunning ingevolge de Wet milieubeheer is verleend, en deze inrichting vlak voor het verstrijken van de vergunde termijn nog volop functioneert, terwijl er niets wijst op beëindiging van de tijdelijk vergunde activiteiten.²²⁶

Het verwijderen van uit huis geplaatste boedels na een gedwongen ontruiming

Volgens de meeste Algemene Plaatselijke Verordeningen is het verboden om zaken langdurig op de openbare weg te zetten. Als een verhuurder op grond van een rechterlijk vonnis de ontruiming van een pand heeft aangezegd, en de deurwaarder opdracht heeft gegeven tot uitvoering van dat vonnis, dan bestaat het gevaar dat dit voorschrift wordt overtreden. In zo'n geval is preventieve bestuursdwang mogelijk.²²⁷ Uiteraard moet het bestuursorgaan aannemelijk maken dat er sprake is van een klaarblijkelijk gevaar, met andere woorden: dat de ontruiming met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid daadwerkelijk zal plaatsvinden. Het klaarblijkelijk gevaar wordt voldoende aangetoond geacht door de wettelijk verplichte mededeling van de deurwaarder aan de gemeente.²²⁸

Bij overtreding van artikel 8.1 van de Wet milieubeheer

"Gelet op de omstandigheid dat appellante de in geding zijnde voorschriften systematisch is blijven overtreden ondanks herhaalde aanmaningen van verweerder, heeft verweerder op goede gronden kunnen oordelen dat het gevaar bestond dat na

²²⁵ Zie ook paragraaf 2.6.

²²⁶ ABRvS 9 mei 1995, *Gst.* 1995, 7015, 6; ABRvS 24 februari 1995, *AB* 1995, 527.

²²⁷ ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2003, 78; ABRvS 7 november 2001, *AB* 2002, 177.

²²⁸ Art. 14 Gerechtsdeurwaarderswet.

intrekking van de vergunningen met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid overtreding van art. 8.1 van de Wet milieubeheer zou plaatsvinden en heeft hij in redelijkheid tot deze preventieve last onder dwangsom en preventieve bestuursdwanganschijsing kunnen besluiten."²²⁹

Sluiting van een pand wegens handel in drugs

Tijdens een dansevenement in augustus 2003 werden bij enkele bezoekers handelshoeveelheden XTC aangetroffen. Volgens het beleid van de gemeente Heerlen sluit de burgemeester een inrichting voor geruime tijd als blijkt dat er verkoop, aflevering of verstrekking van harddrugs plaatsvindt of dat harddrugs daartoe aanwezig zijn. De burgemeester van Heerlen ging daarom over tot het preventief inzetten van dit beleid. Hij besluit dat als een gepland dansevenement in september 2003 in dezelfde discotheek doorgaat, de inrichting direct voor 72 uur wordt gesloten. De burgemeester hanteerde de bestuursdwang op preventieve wijze tegen een soortgelijk evenement als dat waarbij overtredingen op grond van artikel 13b Opiumwet was geconstateerd.

De rechtbank van Maastricht oordeelde eerder dat artikel 13b Opiumwet niet preventief gebruikt kan worden. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelt echter anders. De Afdeling wijst op een zinsnede uit de Memorie van Toelichting op de Wijziging Opiumwet. Daarin staat dat de bestuursdwangbevoegdheid vermeldt in 13b zowel preventief als repressief kan worden gebruikt om op te kunnen treden tegen negatieve effecten van de handel en het gebruik van drugs.²³⁰

Het beletten van de toegang tot de verkooppriimte voor bezoekers

In het geval een ondernemer (die via de pers aankondigt) de verkoop van artikelen wil starten in een loods waarin dat volgens het bestemmingsplan is verboden, kunnen B&W een preventief bestuursdwangbesluit nemen om de overtreding te voorkomen. Zij kunnen niet beletten dat de loods als verkooppriimte wordt ingericht, maar wel kort voor het begin van de verkoop zodanige maatregelen treffen dat het publiek de verkooppriimte niet kan betreden als redelijkerwijs geconcludeerd moet worden dat zonder bestuurlijk ingrijpen de ondernemer met de verboden gedraging zal beginnen.²³¹

²²⁹ ABRvS 25 januari 2006, AB 2006, 229.

²³⁰ ABRvS 24 mei 2006, JB 2006, 216.

²³¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 80.

Sluiting café uit oogpunt brandveiligheid

Het betrof een situatie waarin sprake was van herhaalde overtredingen in een betrekkelijk kort tijdsbestek. Op grond daarvan konden B&W volgens de rechtbank concluderen dat de kans dat verzoekster zich binnenkort opnieuw schuldig zou maken aan een overtreding van genoemd verbod aanzienlijk was. Tegen deze achtergrond was de door B&W getroffen bestuursdwangmaatregel een passend middel. De sluiting van het café voor een weekend werd daarbij niet te verstrekkend geacht. Op die manier was verzekerd dat zich in dat weekend niet opnieuw een, uit het oogpunt van eventuele brand, gevaarlijke situatie in de inrichting zou voordoen.²³²

Ontruiming van een speelautomatenhal

Aan een exploitant was een vergunning verleend voor een speelautomatenhal. Nog voor het verstrijken van de termijn waarvoor de vergunning was verleend stuurden B&W de exploitant een preventief bestuursdwangbesluit, inhoudende dat hij direct na het verlopen van de termijn de hal moest hebben ontruimd. De Afdeling zag hierin geen probleem "nu de aanschrijving (...) niet bedoelde reeds voordien effect te sorteren en daarmee derhalve niet meer of anders dan het voorkomen van een (eventuele) overtreding van wettelijk voorschrift werd beoogd."²³³

Sluiten van varkensstallen door verzegeling

Een voorbeeld wanneer erg gemakkelijk door de gemeente werd aangenomen dat er van een feitelijke preventieve bestuursdwang situatie sprake was, is de zaak van de varkensstallen te Sluis. Hierin werd het gebruik van varkensstallen tijdelijk gestaakt. Om te voorkomen dat de stallen weer in gebruik zouden worden genomen, werden ze in het kader van bestuursdwang door de gemeente verzegeld.

Het is discutabel of de (oude) overtreding hier was beëindigd of slechts onderbroken. Wanneer de oude overtreding is beëindigd, is de verzegeling een vorm van preventieve bestuursdwang die geen termijn behoeft. De Afdeling vond hoe dan ook dat er slechts een verplichting tot nalaten bestond en daarom geen termijn hoefde te worden gegeven. De in het besluit omschreven maatregelen betreffen geen maatregelen als bedoeld in artikel 5:24 lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht.²³⁴ Volgens Van Buuren is dat laatste te ongenueanceerd.²³⁵

²³² Rb. Haarlem 21 maart 2002, GS 2002, 7613.

²³³ ARRvS 26 juli 1991, Gsf. 6942, 12 m.nt. C.P.J. Goorden (Speelautomatenhal Doetinchem).

²³⁴ ABRvS 12 januari 2005, JB 2005, 68 m.nt. C. Albers.

²³⁵ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 68.

Verzegelen van vakantiewoningen

Om te voorkomen dat mensen het verbod op het verblijf in een recreatiewoning gedurende het winterseizoen overtreden, mag een gemeente bungalows verzegelen als een last onder dwangsom niet mogelijk is. De gemeente Opmeer heeft in het bestemmingsplan geregeld dat er niet permanent gerecreëerd mag worden. De gemeente heeft haar handen vol aan de handhaving van het verbod. De eigenaren zijn het niet eens met de opgelegde beperkingen en vinden de verzegeling ondoelmatig en onevenredig zwaar. Zij hebben bezwaar gemaakt.

De Raad van State heeft geoordeeld dat de gemeente bevoegd is om deze vorm van preventieve bestuursdwang toe te passen en dat de verzegeling doelmatig en proportioneel is. Een dwangsom is als middel minder zwaar, maar kan volgens de voorschriften van het bestemmingsplan alleen worden ingezet tegen de gebruikers van de bungalows. De gemeente beschikt niet over de namen van de gebruikers en heeft daarom de eigenaren aangeschreven. Verzegeling is volgens de Raad van State niet buitenproportioneel, omdat de bungalows alleen worden verzegeld op dagen dat gebruik niet toegestaan is.²³⁶

Ten slotte noemt de Memorie van Toelichting nog twee voorbeelden. Indien iemand aankondigt vuurwerk te gaan verkopen op een plaats of een tijdstip waarop dit niet is toegestaan, dan kan, indien waarschuwingen niet helpen, op een gegeven moment preventief bestuursdwang worden aangezegd om daadwerkelijk in te kunnen grijpen zodra de verkoop begint. Er zijn echter ook gevallen, bijvoorbeeld bij dreigende ernstige schade aan het milieu, waarin het noodzakelijk is nog voor de aanvang van de overtreding maatregelen te nemen die de overtreding verhinderen.²³⁷

²³⁶ Binnenlands Bestuur (28) 2007, 31/32, p. 16

²³⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 90.

Conclusie

De gemeente beschikt over handhavinginstrumenten uit verschillende rechtsgebieden en kan daarmee met alle soorten handhaving te maken krijgen. In de Awb worden geen regels geformuleerd over de keuze tussen bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering. De mogelijkheden tot handhaving op deze verschillende terreinen sluiten elkaar dus niet uit, maar kunnen elkaar versterken.

Hoofdstuk 5 van de Awb regelt de verschillende soorten van handhaving van bestuursrecht. Bestuurlijke handhavingsbevoegdheden vallen in hoofdzaak uiteen in toezichts- en sanctiebevoegdheden. Bestuurlijke sancties vallen op hun beurt uiteen in reparatoire (herstel) en punitieve (bestraffende) sancties. De bestuursdwang en de dwangsom zijn herstelsancties, de bestuurlijke boete (vanaf de Vierde tranche) wordt een bestraffende sanctie. Toezicht wordt gezien als een preventief handhavingsinstrument, want wettelijke voorschriften worden zonder enige sanctie nageleefd. De bestuurlijke boete is een onvoorwaardelijke repressieve sanctie en wijkt in haar bedoelde effecten niet af van strafrechtelijke straffen: leedtoevoeging en speciale en generale preventie. Bestuursdwangbesluiten worden vrijwel nooit genomen met de intentie ze te effectueren. Het gaat vooral om de dreiging ermee, omdat aan de uitoefening van bestuursdwang praktische bezwaren kleven. De dwangsom geeft de gemeente de mogelijkheid om bij handhaving flexibel op te treden. Om de overtreding te laten beëindigen, hoeft namelijk niet daadwerkelijk opgetreden te worden waardoor de daarmee samenhangende praktische bezwaren vermeden kunnen worden. De handhavingsmiddelen bestuursdwang en dwangsom kunnen niet gelijktijdig, maar wel opeenvolgend worden toegepast. Bestuursdwang is het aangewezen middel als het gaat om een levensbedreigende situatie. De dwangsom is daarentegen juist een goed middel als er gevaar bestaat voor herhaling van de overtreding.

Preventief bestuursrechtelijk optreden is niet nieuw. In beginsel ging het om noodsituaties, maar de lijn is doorgetrokken naar normale situaties en de gewone rechtsruimte. Daarin spelen de grondrechten een belangrijke rol. In de recente wetgeving wordt op deze lijn voortgeborduurd. De wetgever heeft door de in behandeling zijnde wetsvoorstellen de deur wagenwijd opengezet voor preventieve bestuurlijke rechtshandhaving, al wordt daar tot op heden door het bestuur niet veel misbruik van gemaakt.

Volgens sommige auteurs zijn de grenzen van de preventieve bestuurlijke rechtshandhaving bereikt en hier en daar zelfs overschreden. Bij de nieuwe

generatie preventieve bestuurlijke maatregelen wordt de spanning met grondrechten duidelijker zichtbaar, en de rechter stelt zich bij de toetsing daarvan steeds minder terughoudend op.

Na deze korte terugblik op de eerste vier hoofdstukken, kom ik terug op de centrale vraag van deze scriptie:

Onder welke omstandigheden is het de gemeente geoorloofd om preventieve bestuursdwang toe te passen?

Preventieve bestuursdwang, het optreden voordat er een overtreding heeft plaatsgevonden, is niet geregeld in de Awb doch enkel in jurisprudentie. Er bestaat een groot arsenaal aan uitspraken omtrent dit onderwerp, met name van de Raad van State. In deze uitspraken is een aantal criteria naar voren gekomen waaraan de te verwachte overtreding moet voldoen om in aanmerking te kunnen komen voor preventieve bestuursdwang.

Het belangrijkste criterium is dat het gevaar van overtreding klaarblijkelijk dreigt. Onder die omstandigheid kan de gemeente thans anticiperend en proactief optreden met als doel de verwachte overtreding te voorkomen, of, indien de overtreding toch plaatsvindt, herstel van de legale situatie zo snel mogelijk te bewerkstelligen.

De overige vereisten zijn:

- dat het klaarblijkelijk gevaar zich 'op zeer korte termijn' moet openbaren. Dit zorgvuldigheidsbeginsel is ook terug te vinden in artikel 3:4 Awb,
- dat de gevreesde overtreding voldoende duidelijk in de beschikking wordt omschreven. Hier gaat het om het motiveringsbeginsel, een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur,
- dat het moet gaan om een overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 5:21 Awb.

Momenteel wordt in de wetsvoorstellen van de Vierde tranche Awb de codificatie voorbereid waarin het criterium van klaarblijkelijkheid als enige terugkomt.

Preventieve bestuursdwang kan bij tal van overtredingen door een bestuursorgaan gebruikt worden als er maar wordt voldaan aan de vereiste omstandigheden. Dit handhavinginstrument wordt bijvoorbeeld ingezet op terreinen van milieu, ruimtelijke ordening, de opiumwet, brandveiligheid, bestemmingsplannen, de woningwet en de APV.

Als er voorafgaand aan de rampen in Enschede en Volendam voldoende toezicht was geweest, dan zou vermoedelijk geconstateerd zijn dat er sprake was van een

klaarblijkelijk gevaar. In Enschede zouden de containers vol met vuurwerk niet over het hoofd zijn gezien, en het gevaar voor de omliggende woonwijk zou evident geweest zijn. Wellicht was het vuurwerk dan verplaatst en in beslag genomen. In Volendam had men de ontbrekende c.q. disfunctionerende nooduitgangen en de lichtontvlambare feestverlichting kunnen constateren. Het Hemeltje had op basis van die bevindingen gesloten kunnen worden die nieuwjaarsnacht.

Wat de brand in het Cellencomplex Schiphol betreft, ligt de zaak gecompliceerder. Waarschijnlijk had het gevaar niet van te voren geconstateerd kunnen worden. De bouwkundige gebreken waren diep in de constructie verborgen. Bovendien kan menselijk falen (het open laten staan van de deur van de brandende cel) niet worden voorzien. Vooraf optreden met preventieve bestuursdwang is met andere woorden een goed instrument om overtredingen van voorschriften terug te dringen, maar kan niet iedere ramp voorkomen.

De omstandigheden waaronder een gemeente tot preventieve bestuursdwang mag overgaan zijn terug te brengen tot de eis dat er een klaarblijkelijk gevaar van een overtreding moet uit gaan. De overige criteria dat de overtreding op zeer korte termijn te verwachten is (1), er van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift sprake is (2) en de overtreding duidelijk (3) in de beschikking is omschreven, zijn gerelateerd aan de algemene beginselen van algemeen bestuur (1 en 3) of volgen uit artikel 5:21 Awb (2).

Literatuurlijst

Albers 2004

C.L.G.F.H. Albers 'De 'beginselplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?' *De Gemeentestem* (154) 2004-7206, p. 233-243.

Ambtelijke Commissie Toezicht 2000

Ambtelijke Commissie Toezicht, *Vertrouwen in onafhankelijkheid* (eindadvies), Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken 2000.

Bakker & Bastein 2004

R.C.S. Bakker & B. Bastein, 'Over beginselplicht en belangen bij handhaving', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2004-9/10, p. 333-338.

Van Ballegooij e.a. 2004

G.A.C.M. van Ballegooij e.a, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2004.

Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2005

T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht Realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels* (Meijers-reeks nr. 89), Deventer: Kluwer 2005.

Ten Berge & Michiels 2001

J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 1*, Deventer: Kluwer 2001.

Bieleman, Kruize & Snippe 2002

B. Bieleman, A. Kruize & J. Snippe, *Evaluatie Cameratoezicht Groningen*, Groningen: Stichting Intraval 2002.

Blomberg 2000

A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht. Een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtstaat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Blomberg 2004

A.B. Blomberg, 'Gedogen in het omgevingsrecht', in: J.M.P. Janssen (red.), *Handhaving van het omgevingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2004.

Blomberg 2005

A.B. Blomberg, 'Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht', *Strafblad* 2005-4, p. 409-421.

Blomberg, Jurgens & Michiels 2001

A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van milieurecht onder de Vierde tranche Awb* (publicatiereeks milieubeheer 2001/11), Den Haag: Ministerie van VROM 2001.

Blomberg & Michiels 1997

A.B. Blomberg & F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect. Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het milieurecht*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1997.

Blomberg & Michiels 1998

A.B. Blomberg & F.C.M.A. Michiels, *Samen sterk met maatwerk*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Borman 1993

C. Borman, *Aanwijzingen voor de regelgeving en andere voor de regelgeving relevante aanwijzingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Bos e.a. 1995

J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht - preadvies en verslag 1995* (Vereniging voor Administratief Recht 114), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995.

Bröring 2005

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Buuren & Borman 2001

P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Tekst & commentaar. De tekst van de Algemene wet bestuursrecht voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2001.

Van Buuren & Borman 2007

P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht; tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Buuren & Michiels 1989

P.J.J. van Buuren & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving 1998

Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving 2001

Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, *Handhaven op niveau* (verkorte versie), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Daalder, De Groot & Van Breugel 1998

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1998.

Damen e.a. 2005

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Duijkersloot & Michiels 2001

A.P.W. Duijkersloot & F.C.M.A. Michiels, 'Rechterlijke toetsing van brandveiligheidsbesluiten', in: Commissie Onderzoek Cafébrand Nieuwjaarsnacht 2001, *Rapport Commissie onderzoek cafébrand Volendam* (Deelrapporten A), Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2001.

Gemeente Eindhoven 2001

Gemeente Eindhoven, *Gemeentebrede handavingsnota gemeente Eindhoven*, Eindhoven 2001.

Gommers 2004

B.H.H. Gommers, *Integrale handhaving. Oase of fata morgana? Onderzoek naar het veranderingsproces dat gericht is op integrale handhaving door gemeenten* (masterthesis Nijmegen), Nijmegen: NovioConsult 2004.

De Graaf, Kok & Panneman 2005

W. de Graaf, R. Kok & R. Panneman, *Handhavingsprogramma, De Baarsjes 2005-2006 1e fase*, Amsterdam 2005.

Van de Griend 2003

B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties in het bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering*, Den Haag: Raad van State 2003.

Gundelach & Michiels 2003

J. Gundelach & F.C.M.A. Michiels, *Ongegronde vrees. Een onderzoek naar de rechtspraak inzake handhavingsbesluiten*, Deventer: Kluwer 2003.

Hartmann, Mein & Rogier 2004

A.R. Hartmann, A.G. Mein & L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke ophouding in het buitenland', *Nederlands Juristenblad* (79) 2004-21, p.1082-1083.

Hoitink & Michiels 1993

J.E. Hoitink & F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met beleid. Een empirisch-juridische studie over de handhaving van bestemmingsplannen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Jansen 1998

O.J.D.M.L Jansen, *Bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving, bestuur en politie, preadvies voor de Raad voor het openbaar bestuur*, Den Haag: ROB 1998.

De Jong 2000

M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Konijnenbelt 2003

W. Konijnenbelt, 'Een last onder dwangsom', *De Gemeentestem* (153) 2003-7188, p. 388.

Konijnenbelt 2005

W. Konijnenbelt, 'Leve de last onder bestuursdwang' *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1520.

De Lange 2005

R. de Lange, 'Noodrecht en grondrechten', *NCJM-Bulletin* (30) 2005, 5, p. 523-550.

Van Lomwel & Nelissen 2005

A.G.C. van Lomwel & J.H.M. Nelissen, *Handhaven onder de druk der omstandigheden, Het gebruik van schriftelijke waarschuwingen door gemeenten*, (onderzoek door Universiteit van Tilburg) 2005.

Loof 2000

J.P. Loof, 'Mag de overheid op zoek gaan naar de grenzen van haar bevoegdheden als daarbij grondrechten in het geding zijn?' *NJCM-Bulletin. Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* (25) 2000.

Michiels 1994

F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie Amsterdam VU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Michiels 1995

F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht* (Vereniging voor Administratief Recht 114), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995.

Michiels, Niemeijer & Nijenhuis 1994

F.C.M.A. Michiels, E. Niemeijer & C.T. Nijenhuis, *Wie is er bang voor de dwangsom?* Den Haag: Ministerie van VROM 1994.

Michiels e.a. 2003

F.C.M.A. Michiels e.a. *Gedogen met beschikkingen. Een onderzoek naar gedoogbeleid en gedoogbeschikkingen in het milieurecht*, Den Haag: Ministerie van VROM 2003.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2000

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Handleiding bestuurlijke ophouding*, Rotterdam: Phoenix & Den Oudsten 2000.

Ministerie van Justitie z.j.

Ministerie van Justitie, 'Vierde tranche Awb (29702)', in: *Algemene wet bestuursrecht*, <www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/> Laatst bezocht augustus 2007.

Ministerie van Justitie 1996

Ministerie van Justitie, *In juiste verhouding: beleidsvoornemens met betrekking tot rechtshandhaving en veiligheid*, Den Haag 1996.

Ministerie van Justitie 2001

Ministerie van Justitie, *Handhaven op Niveau. Een introductie*, Den Haag: Ando 2001.

Ministerie van Justitie 2002a

Ministerie van Justitie, *Actieprogramma Handhaven op Niveau*, Den Haag 2002.

Ministerie van Justitie 2002b

Ministerie van Justitie, *Bestuursrechtelijke handhaving. Handleiding voor de praktijk*, Den Haag: Expertisecentrum Rechtshandhaving 2002.

Ministerie van Justitie 2005

Ministerie van Justitie, *Horen, Zien en... Handhaven. Zes essays ter gelegenheid van het slotcongres Handhaven op Niveau*, projectbureau Handhaven op niveau 2005.

Ministerie van Justitie 2007

Ministerie van Justitie, *Voortgangsbericht implementatiewerkgroep Huisverbod februari/maart 2007* (<www.justitie.nl/>), Den Haag 2007.

Ministerie van Justitie & Algemene Rekenkamer 2005

Ministerie van Justitie & Algemene Rekenkamer, *Handhaven en gedogen 2005. Een onderzoek van de Algemene Rekenkamer naar de handhavingspraktijk op zeven beleidsterreinen in Nederland* (brochure), Arnhem: Advadi 2005.

Nicolai e.a. 1994

P. Nicolai e.a., *Bestuursrecht*, Amsterdam: Factotum 2004.

Van de Poel & Teunissen 1981

J.W.E. van de Poel & J.M.H.F. Teunissen, 'Preventief politieoptreden', *De Gemeentestem* 1981-6688.

Polak 2005

J.E.M. Polak, 'Bestuursrechtelijke handhaving: bevoegdheid of verplichting? Hebben juristen niets meer te bieden?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer 2005.

Raad voor het Openbaar Bestuur 1998

Raad voor het Openbaar Bestuur, *Op de handhaving beschouwd; toezien op een versterkte en uitvoerbare lokale handhavingsstructuur*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 1998.

Rogier 1992

L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (dissertatie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Rogier 2000

L.J.J. Rogier, 'Handhaven van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2000-3, p. 70-77.

Rogier 2006

L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Schueler e.a. 1996

B.J. Schueler e.a., *Besluiten over ruimtelijke ordening, milieu en standplaatsen. Ervaringen met de Awb*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Setten & Verbruggen 2003

Y. van Setten & J.A.W. Verbruggen, *Handhaving, bestuursdwang en dwangsom*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2003.

Snippe e.a. 2006

J. Snippe e.a., *Evaluatie Cameratoezicht Rotterdam*, Groningen: Stichting Intraval 2003.

Suurmond & Van Velthoven 2006

G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, 'Een beginselplicht tot handhaving: liever regels dan discretionaire vrijheid', in: W.Huisman, M. Moerings & G.Suurmond (red.), *Veiligheid en Recht: nieuwe doelwitten en strategieën* (Meijers-reeks 113), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Vereniging van Nederlandse Gemeenten 1995

Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Besturen is ook handhaven. Een wegwijzer voor de handhaving van het ruimtelijk beleid*, Alphen aan den Rijn: Alfa Base publicatie processors 1995.

Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2002

Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Modelbepaling preventief fouilleren* (ledenbrief 02/144), 16 oktober 2002.

Vermeer 2000

F.R. Vermeer, 'Preventieve bestuursdwangbesluiten', *Ars Aequi* (49) 2000, katern nr. 75.

Vermeer 2001

F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus* 2001, pp.76-85.

Vermeer 2002

F.R. Vermeer, 'Lang leve de dwangsom', *De Gemeentestem* 2002-7167.

Vervaele 1994

J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

Verweij 1997

J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005

H.D. Van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M.Van Male (bew.), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005.