

De reden om de onderhavige uitspraak op te nemen ligt dan ook voornamelijk in de overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de Wet op de rechterlijke organisatie niet voorziet in de mogelijkheid voor de Afdeling om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De goed geïnformeerde lezer weet nu direct waarom die overweging uiterst actueel is. Op 30 april 2015 is door de Tweede Kamer de motie van de leden Recourt en Taverne aanvaard (*Kamerstukken II 2014/15, 29279, nr. 235* en zie hierover T. Barkhuysen, 'Informeel bestuursrechtelijke rechtseenheidsvoorzieningen: lessen uit het verleden', *NJB 2015/28*, p. 1399). In deze motie spreekt de Tweede Kamer het oordeel uit dat de rechtseenheid binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden gebaat is met een wettelijk geregelde institutionele rechtseenheidsvoorziening. Geconstateerd wordt dat een dergelijke voorziening in de plannen van de regering ontbreekt. De motie verzoekt de regering om in het – nog in te dienen – wetsvoorstel Splitsing RvS en opheffing CRvB en CbB een institutionele rechtseenheidsvoorziening op te nemen die erin voorziet dat de Afdeling bestuursrechtspraak prejudiciële vragen zou moeten stellen aan de Hoge Raad als zich in een bij haar aanhangige zaak een rechtsvraag voordoet die uit oogpunt van rechtseenheid beantwoording behoeft.

De regering, bij monde van de Minister van Veiligheid en Justitie, heeft verklaard zich bij de motie van de Kamerleden Recourt en Taverne over de prejudiciële procedure neer te zullen leggen (*Handelingen II 2014/15, nr. 82, item 8, tevens opgenomen in BA 2015/123*). De minister heeft daarbij wel aangetekend dat de motie hem 'in een ietwat ongelukkige positie' brengt omdat zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak een andere voorkeur heeft uitgesproken. Hij merkt daarom op dat hij na aanvaarding van de motie nog wel aan beide rechtscolleges nader advies zou vragen. Deze adviezen zijn inmiddels openbaar en doorgeleid aan de Tweede Kamer en zullen volgens de regering worden betrokken bij haar reactie naar aanleiding van de resultaten van de consultatie op het conceptwetsvoorstel Splitsing RvS en opheffing CRvB en CbB (Bijlagen bij *Kamerstukken II 2014/15, 29279, nr. 264* en deels gepubliceerd in *BA 2015/175*). Voor een bespreking daarvan en de beantwoording van de vraag in hoeverre het wenselijk is om een prejudiciële procedure in te voeren, verwijs ik naar mijn bijdrage in *JBplus*, getiteld: 'Prejudiciële procedure motie Recourt/Taverne: oude wijn in nieuwe zakken'.

R. Ortlep

AB 2015/362

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

1 juli 2015, nr. 201403747/1/A1

(Mrs. P.J.J. van Buuren, C.J. Borman, F.C.M.A. Michiels)

m.nt. T.N. Sanders*

Art. 4:94, 5:35, 5:37 Awb

Omgevingsvergunning in de praktijk 2015/6999
ECLI:NL:RVS:2015:2080

Invorderingsbeschikking. Verkoop van een illegaal bouwwerk waardoor overtreder de macht over de overtreding verliest is geen bijzondere omstandigheid. De na de verkoop verbeurde dwangsommen zijn verschuldigd.

De door appellante aangevoerde omstandigheid dat zij de kapschuur en de daarbij behorende grond heeft overgedragen maakt niet dat appellante vanaf dat moment geen dwangsommen meer verbeurde ten aanzien van de kapschuur en het college in zoverre niet bevoegd zou zijn over te gaan tot invordering van een bedrag van € 30.000 aan dwangsommen. De door appellante gepleegde overtreding bestaat uit het bouwen van een bouwwerk zonder omgevingsvergunning. De verkoop van het bouwwerk doet hier niet aan af. Voorts is van belang dat appellante ten tijde van de oplegging van de last en gedurende de begunstigingstermijn het in haar macht had om de overtreding te beëindigen. In de door appellante aangevoerde omstandigheid dat zij na de verkoop van de kapschuur het niet langer in haar macht heeft de overtreding te beëindigen ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat na de verkoop van de kapschuur geen dwangsommen zijn verbeurd door appellante en dat het college niet in redelijkheid kan overgaan tot invordering van deze dwangsommen. De door appellante beweerde onmogelijkheid om aan de last te kunnen voldoen is immers door haar zelf gecreëerd.

Uitspraak op het hoger beroep van appellante, te Enschede, tegen de uitspraak van de Rechtbank Overijssel van 26 maart 2014 in zaak nr. 13/2728 in het geding tussen:

appellante

en

het college van burgemeester en wethouders van Enschede.

* Advocaat bij AKD en promovendus aan de Universiteit Leiden.

Procesverloop

Bij besluit van 20 maart 2013 heeft het college appellante onder oplegging van een dwangsom gelast de zonder omgevingsvergunning gebouwde kapschuur op het perceel locatie-a te Enschede (hierna: het perceel) geheel te verwijderen en de zwembadoverkapping op het perceel geheel te verwijderen of aannemelijk te maken dat deze permanent wordt ingeschoven.

Bij besluit van 17 oktober 2013 heeft het college het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 26 maart 2014 heeft de rechtbank het door appellante daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*)

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

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

Bij besluit van 1 mei 2014 heeft het college besloten tot invordering van de door appellante verbeurde dwangsommen ter hoogte van € 42.000.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 november 2014, waar appellante, vertegenwoordigd door ing. M.H. Middelkamp, en het college, vertegenwoordigd door M.K. Jansen, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen.

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

Appellante heeft nadere stukken ingediend.

Bij onderscheiden besluiten van 10 juli 2014, 29 september 2014 en 25 februari 2015 heeft het college appellante uitstel van betaling verleend voor een bedrag van € 37.500.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 maart 2015, waar appellante, vertegenwoordigd door ing. M.H. Middelkamp, en het college, vertegenwoordigd door M.K. Jansen, werkzaam bij de gemeente, zijn verschenen.

Overwegingen

1. De overkapping van het zwembad en de kapschuur zijn zonder een daartoe vereiste omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo) gebouwd, zodat het college bevoegd was ter zake handhavend op te treden.

2. Ingevolge artikel 3 van de ten tijde van belang ter plaatse geldende beheersverordening 'Buitengebied Noordwest' zijn de regels behorend bij illustratie 1 van toepassing op het gebied dat

onderdeel uitmaakte van het voorheen ter plaatse geldende bestemmingsplan 'Buitengebied 1996'.

Ingevolge illustratie 1, die verwijst naar het bestemmingsplan 'Buitengebied 1996', rust op het perceel de bestemming 'Agrarisch gebied met landschappelijke waarde' met de zogenoemde gastbestemming 'Woning'. De beheersverordening 'Buitengebied Noordwest' verwijst voorts naar de planvoorschriften van het bestemmingsplan 'Buitengebied 1996'.

Ingevolge artikel 8.1, onder 1, van de planvoorschriften zijn de op de plankaart voor 'Agrarisch gebied met landschappelijke waarde' aangewezen gronden bestemd voor de uitoefening van het grondgebonden agrarisch bedrijf, en voor het behoud, herstel en verbetering van de aanwezige landschappelijke en cultuurhistorische waarden.

Ingevolge dat artikel, onder 2 is een niet-grondgebonden agrarisch bedrijf toegestaan binnen een als zodanig op de plankaart aangegeven bouwperceel.

Ingevolge dat artikel, onder 3 is een agrarische hulp- of nevenbedrijf toegestaan binnen een als zodanig op de plankaart aangegeven bouwperceel.

Ingevolge dat artikel, onder 4 zijn de op de plankaart voor agrarisch gebied met landschappelijke waarden aangewezen gronden, die niet aangegeven zijn met de aanduiding 'ruitersport toegestaan' en 'ruitersport toegestaan- categorie A' tevens bestemd voor de uitoefening van de ruitersport en daarbij behorende parkeerterrein.

Ingevolge artikel 8.2 van de planvoorschriften mag op de voor agrarisch gebied met landschappelijke waarden aangewezen gronden uitsluitend worden gebouwd binnen een bouwperceel onder de daarin opgenomen voorwaarden.

Ingevolge artikel 44.1.3 van de planvoorschriften mag de oppervlakte van bijgebouwen ter plaatse van de gastbestemming 'Woning' in totaal maximaal 75 m³ bedragen of zoveel meer als de oppervlakte bedroeg op 10 mei 1996, mits die gebouwen niet op een later tijdstip zijn verwijderd.

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

4. Appellante betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat concreet zicht op legalisatie bestaat. Appellante voert hiertoe aan dat zij, anders dan het college stelt, niet hobbymatig paarden houdt op het perceel, maar dat de activiteiten kunnen worden aangemerkt als agrarische activiteiten die niet in strijd zijn met het bestemmingsplan 'Buitengebied 1996'. Daarnaast voert zij hiertoe aan dat het door haar overgelegde rapport van DLV van 24 februari 2012 dient te worden aangemerkt als een aanvraag om omgevingsvergunning voor de gebouwde bouwwerken. Voorts betoogt appellante dat handhavend optreden onevenredig is, nu een ontsluitingsweg is voorzien op haar perceel.

4.1. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 26 juni 2014 in zaak nrs. 201403925/1/A1 en 201403925/2/A1 overweegt de Afdeling dat voor het oordeel dat geen concreet zicht op legalisering bestaat in beginsel het enkele feit volstaat dat het college niet bereid is omgevingsvergunning te verlenen voor de afwijking van het bestemmingsplan.

4.2. De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat het college zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen concreet zicht op legalisatie bestaat. De rechtbank heeft hierbij terecht in aanmerking genomen dat de gebouwen zijn gerealiseerd op gronden waarop de gastbestemming 'Woning' rust en derhalve ingevolge artikel 44.1.3 van de planvoorschriften slechts 75 m² aan bijgebouwen op het perceel is toegestaan en op het perceel reeds 213 m² aan bijgebouwen is gebouwd. Voorts heeft de rechtbank terecht geen grond gezien voor het oordeel dat het college niet heeft onderkend dat de activiteiten kunnen worden aangemerkt als agrarische activiteiten die in overeenstemming zijn met artikel 8 van de planvoorschriften behorende bij het bestemmingsplan 'Buitengebied 1996', nu in dit bestemmingsplan geen agrarisch bouwperceel is voorzien op het perceel en derhalve het bouwen van bijgebouwen ten behoeve van het gebruik voor agrarische doeleinden in strijd is met het bestemmingsplan. Voorts heeft de rechtbank hierbij, in navolging van het college, van belang kunnen achten dat het door appellante gemaakte gebruik van het perceel in strijd is met het ontwerpbestemmingsplan 'Buitengebied Noordwest'. Het betoog van appellante dat het door haar overgelegde rapport van DLV van 24 februari 2012 dient te worden aangemerkt als een aanvraag om omgevingsvergunning voor de agrarische activiteiten op het perceel, bestaande uit bedrijfsmatige ondergeschikte hippische nevenactiviteiten, faalt, nu in dit advies op pagina zeven te kennen is gegeven dat het bedrijfsplan een beeld dient te geven van de aard en omvang

van de paardenhouderijactiviteiten en dient als onderbouwing voor een verzoek om planologische medewerking. Derhalve is het rapport zelf niet aan te merken als aanvraag om omgevingsvergunning, ingediend door appellante. Het door appellante niet nader gemotiveerde betoog dat het bouwen van de bouwwerken onder de beschermende werking van het gebruiksovergangsrecht valt, kan niet leiden tot het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat geen concreet zicht op legalisatie bestaat. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 7 november 2012 in zaak nr. 201201242/1/A1), overgangsrecht niet mee brengt dat ten behoeve van door overgangsrecht beschermd gebruik ook gebouwd mag worden. Het betoog faalt.

4.3. Voor zover appellante betoogt dat er planologische besluitvorming omtrent het aanleggen van een ontsluitingsweg over haar perceel op handen is, wat daar van zij, leidt dit betoog niet tot het oordeel dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college van handhavend optreden behoorde af te zien, nu dit onevenredig zou zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. Verwijdering van het bouwwerk ligt te meer in de rede indien de ontsluitingsweg zou zijn voorzien op het perceel waar de zonder omgevingsvergunning gebouwde bebouwing is gerealiseerd. Het betoog faalt.

5. Het betoog van appellante dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college niet in redelijkheid handhavend heeft kunnen optreden, nu het daarmee in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld, faalt reeds omdat appellante geen vergelijkbare gevallen heeft genoemd waarbij het college van handhavend optreden heeft afgezien.

6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

7. Ingevolge artikel 5:39, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), voor zover hier van belang, heeft het hoger beroep tegen de last onder dwangsom mede betrekking op een beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom, voor zover de belanghebbende deze beschikking betwist.

8. In het besluit van 20 maart 2013 is appellante in de gelegenheid gesteld uiterlijk 10 mei 2013 de door haar gebouwde kapschuur op het perceel geheel te verwijderen en de gebouwde zwembadoverkapping op het perceel geheel te verwijderen of aannemelijk te maken dat deze permanent wordt ingeschoven en daarmee wordt voldaan aan de voorwaarden uit artikel 2, van bijlage II behorende bij het Besluit omgevingsrecht. Het college stelt het bedrag van de dwangsom voor het in stand laten van de kap-

schuur vast op € 3.000 per maand met een maximaal bedrag van € 30.000 en stelt het bedrag van de dwangsom voor de zwembadoverkapping vast op € 1.500 per maand met een maximaal bedrag van € 15.000. Niet in geschil is dat appellante en het college zijn overeengekomen dat het college over zal gaan tot invordering slechts van een bedrag van € 4.597,50, de door het college gemaakte kosten tot op dat moment, indien appellante de in het besluit van 20 maart 2013 genoemde maatregelen uiterlijk 1 februari 2014 neemt. Vervolgens heeft het college aan het besluit tot invordering van 1 mei 2014 ten grondslag gelegd dat uit controles op 7 februari 2014 is gebleken dat de zwembadoverkapping eerst op 30 januari 2014 is verwijderd en dat vanaf 10 mei 2013 acht maanden zijn verstreken waardoor het college in het besluit van 1 mei 2014 is overgegaan tot invordering van dwangsommen met een hoogte van € 12.000. Voorts is geconstateerd dat de kapschuur op het perceel niet is verwijderd en derhalve is het college om deze reden overgegaan tot invordering van een bedrag van € 30.000 aan dwangsommen voor het niet verwijderen van de kapschuur.

9. Appellante betoogt dat het college ten onrechte een invorderingsbeschikking heeft genomen over de verbeurde dwangsommen die zien op de zwembadoverkapping, nu deze overkapping binnen de in de door het college en appellante gemaakte afspraken overeengekomen termijn is verwijderd. Voorts betoogt appellante dat zij de kapschuur en de daarbij behorende grond heeft overgedragen op 9 december 2013, zodat het college vanaf dat moment niet meer bevoegd is over te gaan tot invordering van dwangsommen.

9.1. Niet gebleken is dat het college het bij besluit van 17 oktober 2013 gehandhaafde besluit van 20 maart 2013 heeft gewijzigd in die zin dat geen dwangsommen worden verbeurd tot 1 februari 2014. Daarnaast staat in de e-mail waarin de overeenkomst met het college door de juridisch adviseur van de gemeente Enschede wordt bevestigd dat slechts een bedrag van € 4.597,50 zal worden ingevorderd als uiterlijk op 1 februari 2014 de in de last omschreven maatregelen door appellante zijn getroffen. De omstandigheid dat appellante zich van de kapschuur heeft ontdaan maakt niet dat is voldaan aan alle tussen het college en appellante overeengekomen voorwaarden voor het matigen van de hoogte van de in te vorderen dwangsommen. De kapschuur is immers niet verwijderd.

9.2. De door appellante aangevoerde omstandigheid dat zij de kapschuur en de daarbij behorende grond heeft overgedragen maakt niet dat appellante vanaf dat moment geen dwangsom-

men meer verbeurde ten aanzien van de kapschuur en het college in zoverre niet bevoegd zou zijn over te gaan tot invordering van een bedrag van € 30.000 aan dwangsommen. De door appellante gepleegde overtreding bestaat uit het bouwen van een bouwwerk zonder omgevingsvergunning. De verkoop van het bouwwerk doet hier niet aan af. Voorts is van belang dat appellante ten tijde van de oplegging van de last en gedurende de begunstigingstermijn het in haar macht had om de overtreding te beëindigen. In de door appellante aangevoerde omstandigheid dat zij na de verkoop van de kapschuur het niet langer in haar macht heeft de overtreding te beëindigen ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat na de verkoop van de kapschuur geen dwangsommen zijn verbeurd door appellante en dat het college niet in redelijkheid kan overgaan tot invordering van deze dwangsommen. De door appellante beweerde onmogelijkheid om aan de last te kunnen voldoen is immers door haar zelf gecreëerd. Het betoog faalt.

10. Voor zover appellante betoogt dat bijzondere omstandigheden bestaan om van invordering af te zien, nu ten tijde van belang bekend was dat een ontsluitingsweg over haar perceel zal worden gerealiseerd, wat daar verder van zij, faalt dat betoog gelet op hetgeen hiervoor onder 4.3 is overwogen.

11. Het betoog van appellante dat het college heeft miskend dat de kapschuur niet in strijd is met artikel 8 van het bestemmingsplan 'Buitengebied 1996' richt zich tegen het besluit waarbij de last onder dwangsom is opgelegd, en kan daarom niet met succes tegen de invorderingsbeschikking worden ingebracht.

12. Het beroep tegen het besluit van 1 mei 2014 is ongegrond.

13. Ingevolge artikel 4:94, eerste lid, van de Awb kan het bestuursorgaan de wederpartij uitstel van betaling verlenen. Ingevolge artikel 4:125, eerste lid, voor zover van belang, heeft het bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de beschikking waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom is vastgesteld mede betrekking op een bijkomende beschikking van hetzelfde bestuursorgaan omtrent verlening van uitstel van betaling, voor zover belanghebbende deze beschikking betwist. Ingevolge artikel 5:35 verjaart in afwijking van artikel 4:104 de bevoegdheid tot invordering van een verbeurde dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop zij is verbeurd. Het bestuursorgaan kan de verjaring stuiten door een handeling als bedoeld in de artikelen 4:105 en 4:106. Het binnen een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd nemen van een invorderingsbeschikking als bedoeld in artikel 5:37 stuit de verjaring niet. Door uitstel

van betaling wordt de verjaringstermijn verlengd met de duur van dit uitstel.

14. Bij besluit van 10 juli 2014 heeft het college uitstel van betaling verleend tot 1 oktober 2014 op grond van artikel 4:94 van de Awb voor een bedrag van € 37.500. In dit besluit heeft het college te kennen gegeven dat de in juni 2013 verbeurde dwangsom niet meer kan worden ingevorderd, nu deze is verjaard gelet op artikel 5:35 van de Awb. Vervolgens heeft het college bij onderscheiden besluiten van 29 september 2014 en 25 februari 2015 uitstel van betaling verleend tot 1 maart 2015 onderscheidenlijk 1 juli 2015.

15. Voor zover appellante heeft betoogd dat de bevoegdheid tot invordering van alle dwangsommen is verjaard, nu de besluiten tot uitstel van betaling niet op de voorgeschreven wijze bekend zijn gemaakt doordat deze niet naar haar gemachtigde zijn gezonden, overweegt de Afdeling dat artikel 2:1, eerste lid, van de Awb waarop appellante in dit verband een beroep doet, evenals artikel 6:17 van de Awb, zien op de procedurele belangen van een belanghebbende (vergelijk de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 15 april 2015, ECLI:CRVB:2015:1296 en het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:969). Uit deze rechtspraak kan weliswaar worden afgeleid dat als gevolg van de niet juiste bekendmaking de bezwaar- of beroepstermijn in dergelijke gevallen niet is gaan lopen, maar daaruit volgt niet dat, indien een bestuursorgaan bij besluit uitstel van betaling heeft verleend zonder dit besluit tevens aan de gemachtigde te verzenden, dit besluit de verjaringstermijn niet verlengt. Dit betoog faalt derhalve.

16. Ter zitting van de Afdeling op 30 maart 2015 is vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat het college niet heeft onderkend dat, door het eerste besluit tot uitstel van betaling eerst op 10 juli 2014 te nemen, de invorderingsbevoegdheid niet alleen ten aanzien van de door appellante op 10 juni 2013 verbeurde dwangsom maar ook ten aanzien van de op 10 juli 2013 verbeurde dwangsom is verjaard en dat appellante de besluiten van 10 juli 2014, 29 september 2014 en 25 februari 2015 alleen in zoverre, met succes, betwist. Gelet hierop komen de besluiten van 10 juli 2014, 29 september 2014 en 25 februari 2015 in zoverre voor vernietiging in aanmerking en is het beroep van appellante tegen deze besluiten gegrond. De Afdeling zal bepalen dat deze besluiten tot uitstel van betaling geen betrekking hebben op de op 10 juli 2013 door appellante verbeurde dwangsommen met een totale hoogte van € 4.500. Dit betekent dat voormelde besluiten thans nog betrekking hebben op een bedrag van € 33.000.

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

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. verklaart het beroep tegen het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Enschede van 1 mei 2014, kenmerk H-2011-2663-08 1400112330/be ongegrond;
- III. verklaart het beroep tegen de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Enschede van 10 juli 2014, kenmerk 1400202738/sd, 29 september 2014, H-2011-2663-081400250818/sd, 25 februari 2015, kenmerk H-2011-2663-081500027827, gegrond;
- IV. vernietigt deze besluiten voor zover daarbij uitstel van betaling is verleend voor de door appellante op 10 juli 2013 verbeurde dwangsom met een hoogte van € 4.500;
- V. bepaalt dat bij die besluiten uitstel van betaling is verleend voor een bedrag van € 33.000;
- VI. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Enschede tot vergoeding van bij appellante in verband met de behandeling van het beroep tegen de besluiten van 10 juli 2014, 29 september 2014 en 25 februari 2015 opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 490 (zegge: vierhonderdnegentig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Noot

1. Dat deze zaak ingewikkelder is dan de uitspraak hem doet lijken, blijkt uit het feit dat een meervoudige kamer de zaak eerst naar een enkelvoudige kamer heeft verwezen, waarna de enkelvoudige kamer de zaak vervolgens *terugverwijst* naar de meervoudige kamer. Dat komt omdat in de op het eerste gezicht eenvoudige casuïstiek een lastige vraag schuilt. Als een overtredende de macht over de overtreding kwijtraakt nadat aan hem een last onder dwangsom is opgelegd — kan hij na het verliezen van de macht nog steeds dwangsommen verbeuren? De Afdeling komt tot de conclusie dat de overtredende ook daarna nog dwangsommen kan verbeuren, in ieder geval als het verliezen van de macht over de overtreding aan hem te wijten is.

2. In Enschede heeft appellante een perceel met daarop onder meer een kapschuur en een zwembadoverkapping (vermoedelijk met daaronder een omgevingsvergunningvrij zwembad).

Beide bouwwerken zijn niet toegestaan ingevolge het bestemmingsplan. Het college van Enschede treedt daarom handhavend op en legt bij besluit van 20 maart 2013 een last onder dwangsom op aan appellante met een begunstigingstermijn die loopt tot en met 10 mei 2013. Vervolgens sluiten appellante en het college een overeenkomst inhoudende dat het college alleen de tot dan toe gemaakte kosten zal invorderen (€ 4.597,50), mits appellante voor 1 februari 2014 alsnog aan de last voldoet. Op 17 oktober 2013 neemt het college een beslissing op het bezwaar van appellante en laat de last onder dwangsom ongewijzigd in stand. Op 17 december 2013 verkoopt appellante het perceel. Het college stelt vervolgens op 7 februari 2014 vast dat niet aan de last of de overeenkomst is voldaan en vordert bij invorderingsbeschikking van 1 mei 2014 alle dwangsommen in.

3. De overeenkomst. Dwangsommen verbeuren van rechtswege als de last niet (geheel) is uitgevoerd binnen de begunstigingstermijn (art. 5:33 Awb). In dit geval is er echter twijfel over de vraag wanneer de begunstigingstermijn nu precies afliep. Is dat 10 mei 2013 (de begunstigingstermijn in het besluit) of 1 februari 2014 (de overeengekomen datum)? Met andere woorden, is met de overeenkomst tussen de gemeente en appellante de begunstigingstermijn tot 1 februari 2014 verlengd door het college? De Afdeling concludeert dat dit niet het geval is – reeds omdat aan de voorwaarden van die overeenkomst niet is voldaan. Dat lijkt mij terecht. Overigens meen ik dat zelfs al had appellante wel aan de overeenkomst voldaan er geen sprake zou zijn geweest van een verlengde begunstigingstermijn. Appellante en de gemeente (de rechtspersoon waartoe het college behoort) hebben gecontracteerd over de uitoefening door het college van zijn invorderingsbevoegdheid. Dat is naar geldend recht geen besluit, maar een (bevoegdheden-) overeenkomst (zie hiervoor P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Bju 2012). Om een begunstigingstermijn te verlengen is echter wel een daartoe strekkend besluit van het bestuursorgaan nodig. Nu er in dit geval alleen een overeenkomst ligt en geen besluit, meen ik dat de conclusie in dit geval nooit had kunnen zijn dat de begunstigingstermijn niet op 10 mei 2013 verstreek maar op 1 februari 2014. Deze casus brengt echter een interessant punt aan het licht. Als appellante wél aan de voorwaarden in de overeenkomst had voldaan dan had zij een beroep op het vertrouwensbeginsel kunnen doen in de procedure tegen de invorderingsbeschikking. Dat beroep zou in beginsel ook een goede

kans van slagen hebben. Dat is naar mijn mening echter anders als er een derdebelanghebbende in het spel zou zijn (bijvoorbeeld een buurman die om invordering verzoekt). In beginsel moet het college namelijk verbeurde dwangsommen invorderen. Doet het college dat niet dan kan de derdebelanghebbende daarom verzoeken (art. 5:37, lid 2, Awb) en zo nodig de invordering in rechte afdwingen (zie mijn artikel in *NTB 2015/8 'De derdebelanghebbende bij invordering'*). In dat geval denk ik dat het beroep van een overtreder op het vertrouwensbeginsel niet zonder meer zal kunnen slagen, zodat de overeenkomst maar een beperkte waarde zal vertegenwoordigen. Kortom: een bevoegdhedenovereenkomst die ziet op de invorderingsbevoegdheid van een bestuursorgaan lijkt mij een risicovolle oplossing voor zowel overtreder als het bestuursorgaan in het geval er een derdebelanghebbende betrokken is die (volledige) invordering kan afdwingen.

4. Dan de hamvraag in deze zaak. Appellante verbeurt vanaf 10 mei 2013 elke maand een dwangsom van € 3.000 per maand, met een maximum van € 30.000. De laatste dwangsom verbeurde dus op 10 maart 2014. Op 17 december 2013 verkoopt appellante het perceel met daarop het illegale bouwwerk. Het college vordert desalniettemin de volle dwangsom van € 30.000 in bij appellante. De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld of het feit dat appellante het illegale bouwwerk niet meer in haar macht had vanaf 17 december 2013 betekent dat er sprake is van een 'bijzondere omstandigheid' die het college had moeten nopen tot het afzien van invordering voor een gedeelte van de dwangsom.

5. Vaste jurisprudentie van de Afdeling is dat een last onder dwangsom slechts opgelegd kan worden aan diegene die "*het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen*" (zie bijvoorbeeld ABRvS 16 oktober 2013, AB 2014/49, m.nt. T.E.P.A. Lam). Raakt de overtreder voor de beslissing op bezwaar de macht over de overtreding kwijt, dan kan de last onder dwangsom in bezwaar geen stand houden. De gedachte achter deze lijn is dat een dwangsom het karakter van een boete krijgt als de overtreder het niet in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen. Langs diezelfde lijn zou men kunnen betogen dat als de overtreder de overtreding niet meer kan beëindigen, de dwangsommen die vanaf dat moment zijn verbeurd niet meer zouden moeten worden ingevorderd. Vaste jurisprudentie van de Afdeling is echter ook dat dwangsommen moeten worden ingevorderd behoudens bijzondere omstandigheden (de zogenaamde 'beginselplicht tot invordering'). De gedachte achter die lijn is dat als dwangsommen niet worden ingevorderd, een last onder dwangsom geen zin heeft – dan voelt

de overtreder immers nooit 'pijn'. De bijzondere omstandigheden waardoor het bestuursorgaan zou moeten afzien van invordering zijn er vrijwel nooit (zie voor een 'witte raaf' ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108 met mijn noot). Vanuit dat uitgangspunt kan men betogen dat niet aanvaardbaar is dat de overtreder de invordering van dwangsommen eenvoudig kan frustreren door de eigendom over te dragen (al dan niet via een schijnconstructie).

6. De Afdeling kiest een tussenweg. De Afdeling sluit niet uit dat het verliezen van de macht over het illegale bouwwerk een bijzondere omstandigheid zou kunnen vormen, maar oordeelt dat er in dit geval geen sprake kan zijn van een bijzondere omstandigheid. Daartoe wijst de Afdeling er ten eerste op dat bij een illegaal bouwwerk de oprichter van dat bouwwerk altijd overtreder blijft, zelfs al verkoopt hij het bouwwerk. Ten tweede heeft de overtreder in dit geval de hele begunstigingstermijn ter beschikking gehad om te voldoen aan de last. De overtreder had het dus gedurende een redelijke periode in haar macht om de overtreding te beëindigen zonder dwangsommen te verbeuren. Ten derde heeft de overtreder zelf het bouwwerk verkocht en dus zelf de onmogelijkheid gecreëerd, zodat zij ook gewoon aan de lat moet staan voor de dwangsommen die daarna zijn verbeurd — aldus de Afdeling.

7. Dit oordeel doet volgens mij recht aan de situatie. Het lijkt mij namelijk zeer bezwaarlijk als de overtreder gewoon het bouwwerk van de hand kan doen ten einde de dwangsommen te ontlopen. Gelet op het feit dat de omstandigheid in dit geval bovendien door de overtreder zelf in het leven is geroepen, meen ik dat het aanvaardbaar is dat zij aan de lat staat voor de dwangsommen die na de verkoop zijn verbeurd. Maar ik heb wel twee vragen. Ten eerste: wat als de overtreder het bouwwerk had verkocht *binnen* de gestelde begunstigingstermijn? Ten tweede: in welke situatie zou het wel denkbaar zijn dat de overtreder de macht over een illegaal bouwwerk verliest, terwijl die situatie niet aan hem te wijten is?

8. Voor wat betreft de eerste vraag merk ik op dat de overtreder bij verkoop binnen de begunstigingstermijn niet de volle begunstigingstermijn zou hebben gehad om de overtreding te beëindigen. In dat geval zou het misschien toch een bijzondere omstandigheid kunnen zijn. Aan de andere hand is die omstandigheid (waarschijnlijk) aan hem zelf te wijten, hetgeen naar mijn idee zwaar mee weegt bij het oordeel van de Afdeling in de hier geannoteerde uitspraak. Ik meen daarom dat de verkoop ook het geval deze had plaatsgevonden *binnen* de begunstigingster-

mijn geen bijzondere omstandigheid zou hebben kunnen vormen.

9. Ten aanzien van de tweede vraag zou ik menen dat in alle gevallen waarin de overtreder de verkopende partij is, het in meer of mindere mate aan hem of haar te wijten is dat de verkoop plaatsvindt. Denk bijvoorbeeld aan een executieverkoop door de hypotheekhouder. Weliswaar is het in dat geval niet waarschijnlijk dat de overtreder dat zelf wil, maar het is wel aan de overtreder te wijten dat hij zijn rekeningen niet heeft betaald. Het enige voorbeeld dat ik kan bedenken waarbij ik ervan overtuigd ben dat de overtreder niet verwijtbaar de macht verliest over de overtreding, is onteigening. Daar heeft de overtreder geen invloed op en dat hij onteigend wordt valt hem niet te verwijten.

10. Tot slot is het interessant om (ter zijde) te wijzen op het oordeel van de Afdeling dat indien een beschikking (zoals in dit geval het verlenen van uitstel van betaling) in strijd met art. 6:17 Awb niet aan de gemachtigde van een belanghebbende wordt toegezonden, dit niet betekent dat de beschikking niet in werking is getreden. Vanuit rechtseenheidsperspectief is het bevredigend dat de Afdeling expliciet verwijst en aansluit bij de jurisprudentie dienaangaande van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad.
T.N. Sanders

AB 2015/363

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

17 juni 2015, nr. 201406159/1/A3

(Mrs. C.J. Borman, A.B.M. Hent, J.Th. Drop)
m.nt. J.A.E. van der Jagt-Jobsen

Art. 3, 7 lid 2 aanhef en onder a, 10 lid 2 aanhef en onder d en g Wob; art. 7 lid 3 Kwaliteitswet zorginstellingen; art. 7:457, 7:458 BW

ECLI:NL:RVS:2015:1881

De afgeleide geheimhoudingsplicht van de IGZ opgenomen in art. 7 lid 3 Kwzi vormt een bijzondere, uitputtende openbaarmakingsregeling die voorgaat op de Wob.

Bij brief van 4 februari 2010 heeft RTL op grond van de Wob de minister verzocht om informatie openbaar te maken inzake meldingen over calamiteiten en overige meldingen over overlijdensgevallen in ziekenhuizen, die bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ) zijn gedaan.

* Advocaat te Den Haag.