

## Memo

### Rechtspositie derdebelanghebbenden bij verzoekprocedures handhaving omgevingsrecht

Het rechtskader waarbinnen handhavingsverzoeken worden behandeld wordt kernachtig als volgt samengevat:

Een derde-belanghebbende kan een verzoek om handhaving indienen bij het bevoegde gezag. Het bevoegde gezag dient binnen een redelijke termijn (in principe: 8 weken) een besluit op dat verzoek te nemen. Hierbij geldt:

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 een last onder 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. (zie o.a. ABRS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1996)

Opgemerkt wordt dat verzoekers om handhaving voor handhaving volledig afhankelijk zijn van het bevoegde gezag. Verzoekers om handhaving worden geacht niet zelf het heft in eigen hand te nemen. Daar moet dan wel tegenover staan dat het bevoegde gezag - uiteraard binnen redelijke grenzen - accuraat en effectief optreedt.

#### Opmerking:

Dat handhavend optreden zou eigenlijk zelfs ambtshalve moeten plaatsvinden. Het zou niet nodig moeten hoeven zijn dan burgers het openbaar bestuur achter de broek aan moet zitten om te gaan handhaven. Uiteraard geldt ook: we willen niet in een politiestaat leven. We willen niet dat het openbaar bestuur achter elk wisselasje aanzit. Maar: als structureel duizenden bedrijven illegaal in werking zijn (waarvan dus ook tallozen geen PAS-melder zijn) dan hebben we het eerder over een openbaar bestuur die alle gezag kwijt is. Dan is de (Natuurbeschermings-)wet een dode letter geworden.

Indien niet ambtshalve wordt opgetreden dan moet binnen een redelijke termijn een verzoeker om handhaving weten waar hij of zij aan toe is. Klinkt redelijk? De werkelijkheid staat hier mijlenver vanaf.

De ervaring is dat het bevoegde gezag zelden tot nooit zonder morren de handhaving op verzoek van derden oppakt. Bij het bevoegde gezag lijkt welhaast een klein duiveltje te leven dat het bestuursorgaan influistert niet te gaan handhaven op verzoek van derden. Een onwillig bevoegd gezag via de bestuursrechter corrigeren en alsnog handhaving te bewerkstelligen is in de meeste gevallen een traject vol frustraties. Enkel met zeldzame vasthoudendheid bestaat kans op resultaat. Dit komt mede omdat de bestuursrechter ontstellend laat tussenbeide komt, en vaak een nauwelijks effectieve uitspraak doet. De bestuursrechter treedt vaak met witte handschoenen op richting openbaar bestuur. Naarmate de bestuursrechter minder streng optreedt bestaat meer ruimte voor een lakse overheid.

Opmerking:

Deze ervaring wordt hoofdzakelijk ontleend aan WABO- en Wet natuurbeschermingsprocedures in de agrarische sector. Mij is bekend dat deze ervaring in andere bedrijfssectoren nauwelijks anders is. Dit lakse optreden is structureel aan de orde in milieu- en natuurbelangen. Dramatisch gezegd: natuur- en milieubelangen zijn vaak als een hongerig en doodziek politiek weeskind, die zelden serieus meewegen in een belangenafweging. Oorzaak hiervan is simpel: wat weten we nou echt van natuur en ecologie, en wat nodig is om dat te laten blijven bestaan? Planten, korenwolven, korhoenders en vogels demonstreren niet, maar verdwijnen geleidelijk en stillemans.

Een centraal uitgangspunt bij handhaving is de plicht tot onderzoek naar mogelijke 'concreet zicht op legalisatie'. In dat geval dient het bevoegde gezag af te zien van handhaving. Dit lijkt op het eerste gezicht een redelijke leidraad. Want: waarom handhaven indien de illegale bedrijfsvoering spoedig legaliseerbaar lijkt?

Concreet zicht op legalisatie wordt in beginsel door de bestuursrechter aangenomen indien een vergunningaanvraag is ingediend die betrekking lijkt te hebben op de gerealiseerde illegale bedrijfsvoering, en het bevoegde gezag verklaart voornemens te zijn positief te besluiten op die aanvraag. Deze praktijk valt vervolgens uiteen in talloze varianten, die een gemeenschappelijk kenmerk hebben: de verzoeker om handhaving staat dan vrijwel met lege handen. Soms worden rechtszaken gewonnen. Maar effectieve handhaving wordt via de bestuursrechter dan nog hoogst zelden gerealiseerd, en dan altijd enkel na vele jaren procederen als jaren later moet worden vastgesteld dat de vergunningaanvraag toch niet vergunbaar blijkt.

U wordt de volgende opsomming gegeven.

Dit overzicht is verre van volledig, en is enkel bedoeld om een indruk te geven. Dit overzicht geeft een representatieve indruk van de handhavingspraktijk. In de rechtspraktijk zijn talloze variaties te onderscheiden.

### **Groot tijdverloop**

Verzoekers moeten minimaal 8 weken geduld hebben alvorens het bevoegde gezag een besluit op verzoek moeten nemen (artikel 4:13 Awb). Overigens een termijn die door het bevoegde gezag zelden wordt nageleefd. De betrokken ambtelijke afdelingen (meestal: omgevingsdiensten) missen in veel gevallen voldoende capaciteit en slagkracht. Indien na - zeg - ca. 12 weken effectief positief handhavend zou worden opgetreden in de vorm van een last onder dwangsom, dan moet dit tijdverloop doorgaans acceptabel worden genoemd. Het bevoegde gezag moet immers een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten aan het besluit op verzoek ten grondslag leggen. Het zou helpen als het bevoegde gezag verzoeker om handhaving tussentijds zou informeren over de ondernomen stappen. Dat gebeurt echter zelden tot nooit.

Indien het bevoegde gezag besluit het verzoek om handhaving af te wijzen ondanks dat een illegale activiteit wordt ondernomen dan beschikt het bevoegde gezag over eindeloos veel mogelijkheden om gedurende vele jaren handhavend optreden voor zich uit te blijven schuiven. Tijdverlies als gevolg van gerechtelijke procedures speelt hierin een hoofdrol.

Regelmatig verlengt het bevoegd gezag de besluytermijn. Weliswaar kan het bevoegde gezag vervolgens in gebreke worden gesteld en ook beroep worden ingesteld tegen het niet tijdig nemen van een besluit. Die procedure neemt echter ook weer meerdere maanden in beslag. De rechter bepaalt na een tijdverloop van meerdere maanden dan weer een nieuw besluytermijn. Hiermee kan al snel 6 maanden tijd worden verloren.

Nadat dan een besluit op handhaving is genomen kan tegen een weigeringsbesluit bezwaar worden ingesteld indien niet eerst een ontwerpbesluit is genomen op basis van de uitgebreide voorbereidingsprocedure (Afdeling 3.5 Awb). Dit is het meest gangbaar, aangezien de wettelijke termijn van artikel 4:13 Awb onvoldoende tijd laat voor een ontwerpbesluit. Soms wordt toch wel eerst een ontwerpbesluit genomen. In dat geval dient beroep te worden ingesteld bij de rechtbank.

In geval van een bezwaarprocedure zijn verzoekers om handhaving die bezwaarproceduredtijd afhankelijk van het betrokken bestuur. De behandeltijd bedraagt in de in principe 24 weken: 6 + 12 + 6 weken na de datum van het bestreden besluit (artikel 7:10 Awb). Die tijd wordt vrijwel altijd gebruikt door het bevoegde gezag.

### **Waarschuwingen en/of gedoogbesluit**

Een recente ontwikkeling is dat het bevoegd gezag in toenemende mate haar toevlucht neemt tot een waarschuwing aan de overtreder op basis van de Landelijke handhavingsstrategie. Die waarschuwing kan gelden als een besluit (voorwaarde voor het toepassen van een sanctiebevoegdheid, ECLI:NL:RVS:2018:1449). Die waarschuwing wordt door het bevoegde gezag gezien als een legitimatie om van handhaving af te zien. Het verzoek om handhaving wordt dan geweigerd. Verzoeker moet dan weer in beroep gaan om zijn of haar rechtspositie te behouden.

Ook kan het bevoegd gezag een gedoogbesluit nemen. En daarin een legitimatie zien om handhaving af te wijzen. Ook dan moet verzoeker weer in beroep gaan om zijn of haar rechtspositie te behouden. Het zal duidelijk zijn dat hiermee geweldig veel tijd kan worden verloren.

### **Voorzieningenrechter lopende het bezwaar**

In theorie zou bij de voorzieningenrechter een verzoek om voorlopige voorziening kunnen worden ingediend. Echter, zeldzaam zijn de gevallen dat de verzoekers de drempel van het spoedeisende belang passeren. Dat is vreemd. Immers, de schadelijke effecten treden veelal volcontinue op zoals bijvoorbeeld stank- of stikstofemissies. De stelling dat illegale milieubelastende emissies optreden en die emissies zo spoedig mogelijk dienen te worden beëindigd (of: gelegaliseerd) wordt niet of zelden door de voorzieningenrechter als een spoedeisend belang erkend. Dit staat overigens in sterk contrast met het gegeven dat bij de lastdrager die opkomt tegen een last onder dwangsom middels een verzoek om voorlopige voorziening vrijwel altijd wél spoedeisend belang wordt aangenomen.

En, als dan wel spoedeisend belang zou worden aangenomen dan stuiten verzoekers op het gegeven dat het enkele schorsen van het weigeringsbesluit geen oplossing biedt. Een verzoek om voorlopige voorziening van de bestuursrechter zou enkel betekenis hebben indien de voorzieningenrechter bereid zou zijn het besluit op bezwaar te schorsen, het openbaar bestuur te manen beide besluiten te herroepen en een scherpe termijn te stellen om een nieuw besluit te nemen.

De voorzieningenrechter is hiertoe vrijwel nooit bereid (zie o.a. ECLI:NL:RVS:2021:806)

En, de voorzieningenrechter zou ook bereid gevonden moeten worden een inhoudelijke toets te verrichten van de vaak door het bevoegde gezag geponeerde claim dat concreet zicht op legalisatie bestaat. Ook daartoe is de voorzieningenrechter zelden tot nooit bereid. Het enkele indienen van een vergunningaanvraag en de verklaring van het bevoegde gezag dat sprake is van een ontvankelijke aanvraag volstaat vrijwel altijd om van de voorzieningenrechter gedaan te krijgen om het verzoek om voorlopige voorziening af te wijzen. Zelfs het vermoeden daartoe blijkt te kunnen volstaan (ECLI:NL:RVS:2011:BU5567).

En, indien wel spoedeisend belang wordt aangenomen en geen succesvol beroep kan worden gedaan op concreet zicht op legalisatie, dan struikelt verzoeker om handhaving in de meeste gevallen over de belangenafweging (ECLI:NL:RVS:2011:BP9532).

En, in de uiterst zeldzame gevallen dat de belangenafweging wel in het voordeel van de verzoeker uitvalt dan is de voorzieningenrechter nagenoeg nooit bereid verdergaande voorzieningen op te leggen, zoals een opdracht aan het bevoegd gezag.

Hoewel handhaving doorgaans een potentieel spoedeisend belang toekomt missen rechtzoekenden effectieve rechtsmiddelen om spoedig en accuraat optreden te bewerkstelligen. In de praktijk moeten verzoekers om handhaving de bezwaarproceduretijd afwachten voordat zij een beroep op de rechter kunnen doen. Voordat een beroep kan worden gedaan op de bestuursrechter is vaak al een periode van ca. 12 + 24 weken = 36 weken verlopen. En vaak nog (veel) langer.

Misschien stelt u de vraag: het besluit op bezwaar zal toch een zorgvuldige heroverweging van het primaire besluit hebben gegeven? Op het gevaar af cynisch over te komen: een bezwaarprocedure levert zelden een gewijzigd standpunt op. Als de bezwarencommissie al voor de verzoeker gunstig adviseert dan kruipt vaak het eerder genoemde duiveltje bij het bevoegde gezag weer tevoorschijn.

### **Bestuursrechter**

Indien dan na 36 weken of langer bij de bestuursrechter wordt aangeklopt dan duurt het vaak meer dan anderhalf jaar voordat van de bestuursrechter een uitspraak kan worden gekregen over het weigeringsbesluit en/of het afwijzende besluit op bezwaar.

Weliswaar kan opnieuw een verzoek om voorlopige voorziening worden ingediend bij de bestuursrechter. Dit heeft om bovengenoemde redenen vrijwel nooit resultaat. Dit betekent dat het vaak 2 jaar duurt voordat een rechtsoordeel kan worden verkregen over het weigeringsbesluit van het bevoegde gezag.

### **Concreet zicht op legalisatie**

Ook bij de behandeling in hoofdzaak wordt de bestuursrechter in principe niet bereid gevonden een inhoudelijke toets te verrichten van de vaak door het bevoegde gezag geponeerde claim dat concreet zicht op legalisatie bestaat. Het enkele indienen van een vergunningaanvraag die in grote lijnen betrekking lijkt te hebben op de illegale bedrijfsvoering in combinatie met de verklaring van het bevoegde gezag dat sprake is van een ontvankelijke aanvraag volstaat ook hier vrijwel altijd om van de bestuursrechter gedaan te krijgen om het beroep af te wijzen. De bestuursrechter toetst zelden tot nooit of de vergunningaanvraag ook inhoudelijk 'concreet zicht op legalisatie' geeft. De stelling van de derde-belanghebbende dat de vergunningaanvraag niet vergunbaar is en/of niet overeenkomt met de illegaal gerealiseerde situatie wordt door de bestuursrechter zelden gewicht toegekend.

Maar ook indien het beroep wel zou slagen dan begint het verhaal vaak weer van voren af aan. Althans, indien geen hoger beroep wordt ingesteld tegen het toegewezen beroep, wat nog weer anderhalf jaar extra vertraging kan opleveren.

Een concreet voorbeeld is te vinden in het procesdossier ECLI:NL:RVS:2019:1604. In die zaak loopt inmiddels reeds sinds 2014 een handhavingverzoek. Wie zou denken dat met de Afdelingsuitspraak van 29 mei 2019 en de opdracht van de Afdeling aan het bevoegde gezag om uiterlijk 1 februari 2020 een rechtsgeldig besluit op bezwaar te nemen de zaak naar een eindpunt is gebracht die komt van een koude kermis thuis. Het betrokken provinciebestuur is in gebreke gesteld moeten worden om een besluit op bezwaar te nemen.

En heeft zelfs daarna geen uitvoering gegeven aan de opdracht zoals genoemd in de Afdelingsuitspraak. Momenteel is de herhaalde weigering handhavend op te treden opnieuw onderwerp van rechtszaken. Dit voorbeeld is slechts een topje van de ijsberg.

Handhavingsverzoekprocedures zijn in vrijwel alle gevallen onbegonnen werk. Zeldzaam zijn de partijen die dit aangaan.

Hierbij wordt u opmerkzaam gemaakt op het frappante verschil tussen relatief vaak toegepaste bestuurlijke lus bij vergunningbesluiten en de nagenoeg nooit toegepaste bestuurlijke lus in geval van handhavingsprocedures. De StAB zou in de feitenvaststelling een rol kunnen spelen.

### **Conclusie**

De rechtspositie van de verzoeker om handhaving van het omgevingsrecht is dramatisch. De beginselplicht om handhaving is enkel met zeer hardnekkig blijven procederen enige betekenis te geven. De verzoeker om handhaving waant zich in rechtsstaat Nederland vaak in het Wilde Westen. Herziening van de rechtspositie van de verzoeker om handhaving is een noodzakelijke voorwaarde om het bevoegde gezag te kunnen binden aan accurate en effectieve handhaving. De bestuursrechter moet paal en perk stellen aan een trainerend openbaar bestuur. Waar een bestuursrechter het bevoegde gezag met witte handschoentjes aanpakt draagt de bestuursrechter bij aan een lakse overheid. De bestuursrechter speelt een essentiële rol om de actuele weigeringscultuur van het bevoegde gezag om handhavend op te treden gekeerd te krijgen.

Valentijn Wösten, Den Haag 2022