



Onderzoek naar de bestuurlijke handhaving in de ruimtelijke ordening

Prof. Dr. Daniel De Wolf
Prof. Dr. Alexander De Becker
Ellen Van Praet
Karel-Jan Vandormael



Inhoudsopgave

Voorwoord	4
1. Inleiding	6
1.1. De opdracht.....	6
1.2. Offerte.....	7
2. Algemeen kader	11
2.1. Begrippenkader	11
2.2. Constitutioneel kader	13
2.3. Beginselen van behoorlijk bestuur	15
2.4. Waarborgen in het licht van het EVRM	16
2.5. Knelpunten bestaand systeem.....	18
2.5.1. Strafrechtelijk	18
2.5.2. Bestuurlijk	21
3. Rechtsvergelijking	25
3.1. Duitsland	25
3.1.1. Algemeen.....	25
3.1.2. Dwangmaatregelen.....	25
3.1.3. Administratieve inbreuk (<i>Ordnungswidrigkeit</i>) en sancties.....	30
3.1.4. Model	34
3.1.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model.....	37
3.2. Nederland	39
3.2.1. Algemeen.....	39
3.2.2. Waarborgen	44
3.2.3. Rechtsmiddelen.....	45
3.2.4. Model	46
3.2.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model.....	47
3.3. Engeland	49
3.3.1. Algemeen.....	49
3.3.2. Waarborgen	52
3.3.3. Rechtsmiddelen.....	53
3.3.4. Model	56
3.3.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model.....	56
3.4. Frankrijk	57
3.4.1. Verhouding met het bestuur in de strafrechtelijke handhaving.....	57
3.4.2. Vormen van bestuurlijke handhaving	59
3.4.3. Tussenbesluit	60
3.5. Besluit over de rechtsvergelijking	61
3.5.1. Juridische analyse	61
3.5.2. Doelmatigheidsonderzoek	64
4. Interne rechtsvergelijking	71
4.1. Interne rechtsvergelijking 1: Bestaande modellen van bestuurlijke handhaving	71

4.1.1. Algemeen.....	71
4.1.2. Waarborgen	73
4.1.3. Rechtsmiddelen.....	74
4.2. Interne rechtsvergelijking 2: Het bestaande model van bestuurlijke handhaving in het milieuhandhavingsdecreet.....	74
4.2.1. Algemeen.....	75
4.2.2. Waarborgen	77
4.2.3. Rechtsmiddelen.....	78
4.2.4. Model Milieuhandhavingsdecreet.....	80
4.2.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model inzake milieuhandhaving	81
5. Proeve van oplossing en voorstel tot model van bestuurlijke handhaving.....	83
5.1. Algemeen.....	83
5.2. Oplossing voor de knelpunten.....	83
5.2.1. Strafrechtelijke knelpunten	83
a. <i>De zwakke of geringe vervolging</i>	83
b. <i>Doorlooptijden</i>	85
c. <i>Lage sancties</i>	86
5.2.2. Bestuursrechtelijk.....	86
a. <i>Hanteerbaarheid op lokaal niveau: maximale subsidiariteit, zelfstandigheid en onafhankelijkheid ten aanzien van hogere bestuursorganen</i>	86
b. <i>Functiescheiding</i>	90
c. <i>Vertragende effecten van sommige procedures</i>	90
d. <i>Formaliseren van een betrokkenheid voor de derde-belanghebbende</i>	91
e. <i>Onafhankelijkheid van de betrokken ambtenaren</i>	91
5.3. Omkadering.....	92
5.4. Model.....	94
5.5. Uittekening.....	95
5.5.1. Vaststelling van feiten	95
a. <i>Het hersteltraject</i>	97
b. <i>Het boetetraject</i>	102
6. Aanbevelingen	106

Voorwoord

Aan het stedenbouwstrafrecht wordt verweten dat het vooral inefficiënt zou zijn. Nochtans is de handhaving een essentieel onderdeel bij elk overheidsbeleid. De redenen voor deze inefficiëntie zouden zowel gelegen zijn bij zijn hybride karakter als bij de strafrechtelijke handhaving zelf. Daarom wordt dikwijls gepleit voor de introductie van bestuurlijke handhaving als aanvulling of zelfs ter vervanging van de strafrechtelijke handhaving. In deze studie uitgevoerd door de Vrije Universiteit Brussel en de Universiteit Hasselt ter uitvoering van een opdracht van de Vlaamse Regering werd nagegaan hoe een eventuele bestuurlijke handhaving er zou kunnen uitzien zonder verdere wijzigingen aan de bestaande procedures. Uiteraard dient te worden onderstreept dat de introductie van een stelsel van pure bestuurlijke handhaving gevolgen kan hebben op de (strafrechtelijke) procedure. Daarvoor werd een studie verricht naar de bestaande modellen van bestuurlijke handhaving alsook een rechtsvergelijkende studie van de bestaande vormen van bestuurlijke handhaving van de ruimtelijke ordening in Nederland, Duitsland, Engeland¹ en Frankrijk. Zowel het recht zoals het is, werd onderzocht, maar ook de concrete toepassing en werking ervan werd in de mate van het mogelijke bestudeerd. De rechtsvergelijking werd steeds gevoerd in functie van het beantwoorden van de vragen die gesteld werden in de opdracht. Bij het rapport zijn twee bijlagen gevoegd. De eerste bijlage omvat de analyse van de verschillende deelonderwerpen die nodig waren om tot het eindrapport te komen. De tweede bijlage omvat de verschillende cijfergegevens m.b.t. het doelmatigheidsonderzoek.

De verschillende deelonderzoeken hebben ertoe geleid om een aantal knelpunten te kunnen identificeren in het bestaande Belgische systeem waaraan idealiter zou verholpen kunnen worden via een stelsel van bestuurlijke handhaving. Daarnaast werd een model uitgewerkt met een aantal opties waarover nog een keuze moet worden gemaakt. Die keuzes bepalen de uiteindelijke vorm van het concept “bestuurlijke handhaving”. De studie van het interne recht en de rechtsvergelijking hebben ertoe geleid om diverse beleidsopties te identificeren die een antwoord kunnen geven op de vastgestelde knelpunten. Elke suggestie heeft ongetwijfeld voor- en nadelen die afgewogen moeten worden. Het is dan ook onmogelijk om het ideale model naar voren te schuiven. Elk model dient immers geplaatst te worden in het grotere (rechts)geheel waarvan het deel uitmaakt. Bestuurlijke

¹ Er wordt in deze studie gesproken over Engeland omdat de bevoegdheid een onderdeel vormt van de devolved powers. Engeland is ruimschoots de grootste devolved power en werd daarom uitgekozen als voorwerp van de rechtsvergelijking.

handhaving is immers een geheel van meestal ingewikkelde processen waarbij de juridische vorm slechts één van de bouwstenen is. De financiering, mankracht, inzet en attitude zijn even belangrijke componenten om tot het welslagen te komen van deze handhaving. In de afsluitende aanbevelingen wordt daarom zowel gewezen op de te nemen beleidsopties als op een mogelijke attitudewijziging.

Brussel 10 juli 2012,

Prof. Dr. Daniel De Wolf

Vrije Universiteit Brussel

Ellen Van Praet

Onderzoeker Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. A. De Becker

Universiteit Hasselt

Karel-Jan Vandormael

Onderzoeker Universiteit Hasselt

1. Inleiding

1.1. De opdracht

In het 'Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010', goedgekeurd op 16 juli 2010, besliste de Vlaamse Regering om een onderzoek te voeren met volgend voorwerp:

'Om het huidige instrumentarium van gerechtelijke handhaving en preventief administratief stakingsbevel te moderniseren en slagvaardiger te maken, moet nagegaan worden of dit kan worden aangevuld met een volwaardig bestuurlijk herstelbevel, dat het rechtsherstellend karakter van de gerechtelijke handhaving combineert met de snelheid van het administratief stakingsbevel.

Voor het einde van 2011 zal onderzocht worden op welke wijze de gerechtelijke handhaving en het preventief administratief stakingsbevel aangevuld kunnen worden met een volwaardige curatieve administratieve handhaving, bijvoorbeeld gesteund op figuren van bestuursdwang en last onder dwangsom uit het Nederlandse recht, uiteraard met eigen Vlaamse accenten. De gerechtelijke controle op deze administratieve handhaving zal in principe verlopen via de gewone rechtbanken, naar het voorbeeld van de controle op het stakingsbevel, die ondertussen al 40 jaar op deze leest is geschoeid.

Deze administratieve handhaving zal in de eerste plaats gericht zijn op herstel. Ook de opportuniteit van het invoeren van een flankerende administratieve geldboete voor bepaalde bouwinbreuken dient hierbij onderzocht te worden. In verband met dit laatste dient te worden nagegaan in welke mate de lokale besturen hier zelf de vruchten kunnen van plukken en aldus een (deel van) de kosten van het lokale handhavingsbeleid kunnen recupereren. '

Deze studie dient minstens volgende aspecten te omvatten:

Een rechtsvergelijkend onderzoek van systemen van bestuurlijke handhaving, gehanteerd in Vlaanderen, Nederland, Engeland, en minstens twee andere landen/regio's van de Europese Unie.

Een doelmatigheidsonderzoek, gebaseerd op in de onderzochte landen beschikbare cijfergegevens (doorlooptijden, pakkans, personeelsinzet, aantal inbreuken, ...), en een vergelijking met de Vlaamse situatie.

Een onderzoek van de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens en het Grondwettelijk Hof m.b.t. de bestaanbaarheid van relevante technieken van

administratieve handhaving met de waarborgen vervat in artikel 6, 8 en 13 EVRM en art. 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM en de grondrechten van de Belgische Grondwet vanuit het perspectief van de overtreder, de nieuwe eigenaar van het onroerend goed én de benadeelden.

Het formuleren van concrete aanbevelingen tot aanpassing en aanvulling van de Vlaamse reglementering, met het oog op het tot stand brengen van een hybride systeem van gerechtelijke en administratieve handhaving.

Zoals gesteld dient de studie zich in eerste instantie te focussen op de introductie van bestuurlijke herstelmaatregelen naast de bestaande (desgevallend geoptimaliseerde) gerechtelijke mogelijkheden. Daarnaast zal de studie nagaan of een veralgemeend systeem van bestuurlijke sancties, waarvan de opbrengsten ten dele aan de lokale overheden zouden kunnen toekomen, mogelijk en opportuun is ter preventie van bouw misdrijven.

Het is belangrijk dat de ervaringen uit de gekozen landen moeten kunnen dienen om de administratieve handhaving in de praktijk en/of in de wetgeving in het Vlaamse Gewest te verbeteren.

1.2. Offerte

Middels een offerte heeft de onderzoeksgroep volgend onderzoeksvoorstel gedaan:

PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

a. probleemstelling

Is het wenselijk om een bestuurlijk handhavingssysteem in te voeren m.b.t. de ruimtelijke ordening?

b. onderzoeksvragen

Welke zijn de knelpunten bij de strafrechtelijke vervolging? Zijn deze problemen onoverkomelijk?

Is een bestuurlijke handhaving toegelaten in het licht van het EVRM en de Grondwet? Is het Vlaams Gewest bevoegd? Welke voorwaarden gelden in het licht van het EVRM en de Grondwet?

Welke zijn de kenmerken van bestaande bestuurlijke handhavingssystemen in België? Welke sancties hanteert men? Welke vormen kent men? Welke doelen stelt men voorop bij een bestuurlijke handhaving (preventief, repressief)?

Welke vormen van bestuurlijke handhaving m.b.t. de ruimtelijke ordening kent men in het buitenland? Welke bestuurlijke sancties hanteert men? Zijn de stelsels efficiënt te noemen?

Welke zijn de voor- en nadelen van een bestuurlijke handhaving? Welke zijn de voor- en nadelen van de administratieve sancties? Binnen welke vorm dient de bestuurlijke handhaving plaats te vinden? Dient men volledig te depenaliseren of is een versterking van de strafrechtelijke handhaving mogelijk en wenselijk? Dient de bestuurlijke handhaving eerder op het lokale niveau, dan wel op een provinciaal of centraal niveau plaats te vinden? Hoe dient de vervolging van administratieve inbreuken te verlopen? Hoe dient de rechtsbescherming georganiseerd te worden?

Om tot een beantwoording te komen van deze vragen werd een rechtsvergelijking met Engeland, Nederland, Duitsland en Frankrijk vooropgesteld.

De stuurgroep heeft te kennen gegeven dat :

De focus van het onderzoek dient in de eerste plaats te liggen op het ontwikkelen van een procedure inzake bestuurlijke handhaving naast de bestaande strafrechtelijke procedure. Het luik over een eventuele depenalisering, hoe interessant ook, mag deze primaire doelstelling niet verdringen. De onderzoekers geven aan deze opmerking mee te nemen voor de verdere afbakening van hun onderzoek.

De studie beperkt zich tot de handhaving inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening. Dit betekent dat er slechts aandacht wordt besteed aan de aspecten inzake toezicht en aan de rol van de toezichthouders in zoverre dit noodzakelijk is voor dit onderzoek.

De rol van de lokale besturen dient minstens ook te worden bekeken vanuit het oogpunt van de rol van de bestuurlijke boete en de handhaving. Er dient nagegaan te worden in hoeverre de (financiële) vruchten van de geleverde inspanningen (mede) kunnen terugvloeien naar de lokale besturen

De onderzoeksvraag “Welke zijn de voor- en nadelen van een bestuurlijke handhaving? Welke zijn de voor- en nadelen van de administratieve sancties? Binnen welke vorm dient de bestuurlijke handhaving plaats te vinden? Dient men volledig te depenaliseren of is een versterking

van de strafrechtelijke handhaving mogelijk en wenselijk?" werd daarom geschrapt. Dit heeft op zijn beurt aanleiding gegeven tot een lichte aanpassingen van de werkwijze.

De focus van de studie werd gelegd op de organisatie van een bestuurlijke handhaving waarbinnen dan een bevel tot herstel van de inbreuk kan worden gegeven en desgevallend een administratieve geldboete kan worden opgelegd. Daarbij werd veel aandacht besteed aan de effectiviteit van deze systemen (vgl. met de oorspronkelijke inhoudsopgave). Het onderzoek naar de organisatie van de rechtsbescherming en naar het geschikte bestuursniveau om een bestuurlijke handhaving te organiseren werd in dit kader verwerkt. De studie naar mogelijke administratieve sancties werd, gezien de opdracht, niet meer nodig geacht. Aangaande de pakkans is het belangrijk om aan te stippen dat cijfers hierover schijnbaar niet voorhanden zijn.

Verder diende ook de rechtsvergelijking geheroriënteerd te worden. Na studie van het Franse systeem is immers gebleken dat dit een hoofdzakelijk strafrechtelijk handhavingssysteem is en de weinig toegepaste administratieve handhavingsmogelijkheden niet gericht zijn op herstel of oplegging van administratieve geldboeten. Daarom is de studie geheroriënteerd op een rechtsvergelijking met het Engelse, Duitse en Nederlandse systeem. Bij de rechtsvergelijking is vooral aandacht besteed aan de beantwoording van de opdracht. Een encyclopedisch overzicht van de bestaande systemen werd niet betracht.

Bij de conclusies van deze studie dient echter het voorbehoud gemaakt te worden dat, gezien geen onderzoek verricht werd naar de redenen² voor en de al dan niet wenselijkheid van een volledige of gedeeltelijke depenalisering van het stedenbouwstrafrecht, noch naar de voor- en nadelen van een bestuurlijke handhaving in vergelijking met een strafrechtelijke handhaving, de onderzoeksgroep geen uitspraak doet over de premisse die aan de basis ligt van de opdracht. Zowel in de supranationale wetgeving³, de literatuur⁴ als tijdens de studie zijn kritische geluiden geuit over de

² Zie b.v. A. De Nauw, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 4-43; M. Boes en K. Deketelaere, "Administratieve sancties", in Interuniversitaire commissie tot herziening van het milieurecht in het Vlaamse Gewest, Voorontwerp Decreet Milieubeleid, Brugge, Die Keure, 1995, 718-719.

³ Men kan zich ten eerste afvragen of de rechtsbescherming van de burger niet uitgehold wordt. Daarom stelt men soms dat een minimum aantal waarborgen ook in een bestuurlijke handhaving gewaarborgd moeten worden (zie Aanbeveling van de Raad van Europa, 13 februari 1991, *RECOMMANDATION N° R (91) 1 DU COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES RELATIVE AUX SANCTIONS ADMINISTRATIVES*). Ook zijn er vragen over de effectiviteit van bestuurlijke handhaving. Zo wees de Europese Commissie erop dat bestuurlijke sancties of maatregelen volgens haar veel minder afschrikwekkend zijn t.o.v. strafrechtelijke. De effectiviteit van bestuurlijke sancties zijn ook niet gewaarborgd bij hetzij onvermogen van de overtreder, hetzij wanneer deze net kapitaalkrachtig is (zie EC, *Commission staff working document, Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law, Impact assessment*, COM (2007) 51 final, SEC (2007) 161). Ook wordt dikwijls gewezen op de mogelijkheid van collusie en/of de

wenselijkheid van een bestuurlijke handhaving (de rechtspolitieke keuze) en is gebleken dat de bestaande strafrechtelijke handhaving verbeterd kan worden. De onderzoeksgroep is conform de gegeven opdracht hier niet nader op ingegaan.

terughoudendheid van het bestuur in bepaalde gevallen (zie b.v. de oudere standpunten van de toenmalige nationale wetgever *Parl. St. Senaat*, 1959-60, nr. 275/1, 71 en 1968-69, nr. 559, p. 10).

⁴ Zie b.v. H.-D. Bosly, "Réplique. Poursuites pénales et application des sanctions administratives", in R. Andersen, D. Déom en D. Renders, *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, 143-153.

2. Algemeen kader

2.1. Begrippenkader

Het gebruik van duidelijke concepten is essentieel om tot een pertinente en logisch consistente analyse van (de mogelijkheid tot) een meer bestuurlijk geïnspireerd handhavingsrecht te komen⁵. De opdracht focust daarbij op de introductie van een stelsel van bestuurlijke handhaving naast de bestaande systemen inzake de stakingsvordering en de gerechtelijke en/of strafrechtelijke handhaving die voorhanden zijn. Uiteraard dient hiertoe het begrip “handhaving” te worden afgebakend, waarbij in het achterhoofd dient te worden gehouden dat de handhaving hier belicht diende te worden startend vanuit haar curatieve functie. Het betrof immers een onderzoek van de curatieve bestuurlijke handhaving.

Om het concept inzake “curatieve handhaving” te kunnen omschrijven dient eerst een antwoord te worden gezocht op de vraag wat onder handhaving in het algemeen wordt verstaan. “Handhaven” vormt een sleutelement van ieder wetgevingsbeleid. De invulling van het begrip “handhaving” dient te gebeuren op basis van het doel. In de ruime zin van het woord omvat het begrip “handhaving”, aldus Michiels, de handeling om de naleving van rechtsregels te bevorderen en de overtreding ervan te beëindigen.⁶ In deze opvatting omvat handhaving dus eveneens het eventuele preventieve optreden inzake voorlichting. Onder handhaving wordt in een engere zin verstaan: het zorgdragen voor de naleving van rechtsregels in zoverre die zorg bestaat in het uitoefenen van toezicht en/of het toepassen van sancties. In de meest enge zin omschrijft Michiels, aan de hand van verslagen van de Nederlandse Tweede Kamer, handhaving als het treffen en tenuitvoerleggen van sancties en maatregelen⁷.

Vanuit Vlaams oogpunt omvat de invulling van het concept “handhaven” in de rechtsleer meestal een minder ruime benadering. Billiet omschrijft handhaving als het sluitstuk van ieder wetgevingsbeleid. Voor haar omvat handhaving louter toezicht en sanctionering.⁸ De Vlaamse overheid zelf situeert handhaving in een ruimer perspectief in haar *Handhavingsnota Ruimtelijke Ordening 2010*. Handhaving kent, overeenkomstig deze nota, ook preventieve instrumenten (die dienen te voorkomen dat er geen misdrijf tot stand komt), rechtsherstellende instrumenten (zijnde de stedenbouw-attesten, de planologische attesten, de minnelijke schikking) naast de curatieve

⁵ Zie Bijlage 1, hoofdstuk 2, p.24 ev.

⁶ F.C.M. A. Michiels, “Handhavingsrecht en handhavingsbeleid”, in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (ed.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2006, 8.

⁷ F.C.M. A. Michiels, “Handhavingsrecht en handhavingsbeleid”, in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (ed.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2006, 8.

⁸ C. Billiet, *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 3.

handhaving waarbij de herstellvordering al dan niet in samenhang met een dwangsom of ambtshalve uitvoering wordt beoogd.⁹

In deze studie zal, conform de opdracht, de term “handhaving” gebruikt worden in zijn curatieve betekenis. In het licht van deze studie dient er op te worden gewezen dat de curatieve bestuurlijke handhaving inzake ruimtelijke ordening in de eerste plaats een herstel beoogt veeleer dan een punitief effect. In het stedenbouwrecht bestaat immers naast de typisch juridische sanctiemechanismen de herstelmaatregel die erop gericht is de gevolgen van de overtreding ongedaan te maken.¹⁰ Het doel van de handhavingsmaatregel bestaat erin de schade aan de goede ruimtelijke ordening ongedaan te maken en zo een (al dan niet fictief) herstel in de oorspronkelijke toestand te realiseren.¹¹

In die zin verschilt de herstelmaatregel, die nochtans wel als een vorm van handhaving wordt beschouwd door de decreetgever, van de traditionele handhavingsmaatregelen die in de enge zin van het woord eerder gericht zijn op loutere sanctionering.¹²

Deze definiëring van het begrip handhaving is uiteraard niet zonder belang. De curatieve herstelmaatregel waarop het onderzoek focust, is vanuit de traditionele Vlaamse invalshoek, een loutere handhavingsmaatregel die is los te koppelen van de sanctie. Het sanctionerend karakter wordt in Nederland daarentegen gekoppeld aan alle handhavingsmaatregelen.¹³ De herstelmaatregel betracht een soort “restitutio” te realiseren los van een leedtoevoegend karakter.¹⁴

In het kader van deze studie wordt de introductie van een stelsel van bestuurlijke herstelhandhaving centraal gesteld. Hierbij is het cruciaal dat de bestuurlijke herstelhandhaving, vanuit Vlaams oogpunt, niet noodzakelijk als een sanctiemechanisme wordt beschouwd. Gezien deze invalshoek zal er consequent gesproken worden over een herstelmaatregel als men beoogt de illegaal bevonden situatie te herstellen. Er zal gesproken worden van een sanctie indien er een leed toevoegend karakter aan de opgelegde bestuurlijke maatregel is gekoppeld. De meest voorkomende vorm is die van de bestuurlijke boete.

⁹ Vlaamse Overheid, *Handhavingsrapport Ruimtelijke Ordening 2010*, 2010, 18-30.

¹⁰ G. Debersaques en H. Van Landeghem, “Handhaving” in B. Hubeau, W. Vandevyvere en G. Debersaques (eds.), *Ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2010, 922.

¹¹ G. Debersaques, B. Hubeau en P. Lefranc, *De sanctionering van stedenbouwmisdrijven*, Brugge, die Keure, 2001, 101.

¹² Artikel 6.1.41 tot en met 6.1.44 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening

¹³ Lees hierover Y. Van Setten, *Toezicht en handhaving, hoofdstuk 5 Awb*, Deventer, Kluwer, 2004, 55-69.

¹⁴ G. Debersaques en H. Van Landeghem, “Handhaving” in B. Hubeau, W. Vandevyvere en G. Debersaques (eds.), *Ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Brugge, die Keure, 2010, 941.

Deze afbakening zal voor de duidelijkheid van dit rapport ook doorgetrokken worden in de andere onderzochte landen. Hierbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat in Nederland de herstelmaatregel, naar Nederlands bestuursrecht, wordt beschouwd als een bestuurlijke sanctie.¹⁵ Niettemin zal er ook hier een onderscheid worden gemaakt tussen een herstelmaatregel en een bestuurlijke sanctie en zullen ze dus niet allebei als een bestuurlijke sanctie worden gekwalificeerd. In Duitsland bestaat evenzeer een onderscheid tussen de herstelmaatregel als bestuurshandeling en de bestuurlijke boete.¹⁶ De herstelmaatregel dient te worden beschouwd als een bestuurshandeling die uiteraard dient te voldoen aan de vereisten die hieraan worden gesteld.

Uiteraard is een herstelmaatregel in het Vlaamse Gewest die wordt opgelegd in het kader van werkelijke bestuurlijke handhaving net als in Duitsland te beschouwen als een eenzijdige bestuurshandeling of zelfs een eenzijdige administratieve rechtshandeling. Ze gaat immers uit van een bestuur -vanuit zijn specifieke taak in het kader van het algemeen belang, met name het waken over de goede ruimtelijke ordening- en ze beschikt over een eenzijdige bindende kracht.¹⁷

Ter afronding besluiten wij dat in deze studie de term “handhaving” dus gebruikt zal worden in zijn curatieve betekenis. Indien dit niet het geval is, zal er expliciet meegegeven worden dat de term gebruikt wordt in zijn preventieve of in zijn rechtsherstellende betekenis. Bovendien zal er gesproken worden van handhaving bij wege van herstel als er gesproken wordt over de herstelmaatregelen en over handhaving bij wege van sanctie indien er gesproken wordt over sanctionerend optreden in het kader van curatief handhaven.

2.2. Constitutioneel kader

De ordening van het grondgebied is een essentieel onderdeel binnen het laten functioneren van de maatschappij. Een goede ruimtelijke ordening is dus van essentieel belang in de maatschappij. Dit vertaalt zich in een constitutionele en administratiefrechtelijke verankering.

De band met de grondrechten verleent de overheid het recht om te handhaven, het gaat immers om essentiële waarden in een maatschappij, maar impliceert tevens ook de plicht om te handhaven.

Vanuit constitutioneel oogpunt rijst ook de vraag naar de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest om handhavend te kunnen optreden. Artikel 11 van de Bijzondere Wet tot Hervorming van de Instellingen van 8 augustus 1980 bepaalt dat, binnen de grenzen van de bevoegdheden van de

¹⁵ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer, kluwer, 2010, 946-950.

¹⁶ K. Finkelnburg, K.M. Ortloff en C.-W. Otto, *Oeffentliches Baurecht. II. Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, Berlijn, C.H. Beck, 2010, 156-205.

¹⁷ Lees hierover A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 7.

Gemeenschappen en de Gewesten, bij decreet de niet-naleving van de decretale bepalingen strafbaar kan worden gesteld. Tevens kan dit decreet de straffen wegens die niet-naleving bepalen. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat deze bevoegdheid ook de keuzemogelijkheid voor administratieve sancties inhoudt.¹⁸ Het komt de decreetgever dus toe te kiezen voor het sanctiemechanisme dat het meest geschikt is, zolang hij uiteraard geen aan de federale wetgever voorbehouden bevoegdheidsdomein betreedt.¹⁹ Behoudens voor zaken die enkel door een rechter mogen beoordeeld of opgelegd worden (men kan denken aan de vrijheidsberovende straffen, zie art. 12 GW of de criminele zaken, de politieke of drukpersmisdrijven die voor de jury moeten komen, zie art. 150 GW), kan een wetgever of decreetgever beslissen dat het opportuun is om strafsancities te vervangen door administratieve sancties²⁰. Daarvoor dient de wet- of decreetgever een redelijke verantwoording te geven. Een veel voorkomende motivering terzake is het verhelpen aan de lage vervolgingsgraad en het verlichten van de werklast van de hoven en rechtbanken²¹. Daarbij mag de wet- of decreetgever in de bestuurlijke handhavingsprocedure geen essentiële waarborgen, zoals het vermoeden van onschuld, het recht van verdediging en het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter met volle rechtsmacht, ontzeggen aan de burger²².

Een ander belangrijk aandachtspunt in het constitutioneel kader blijft de verdeling van bevoegdheden tussen de lokale besturen en de (deel)staat. De vage notie van lokale autonomie in het Belgisch constitutioneel recht vormt een belangrijk aspect. Op dit ogenblik ligt het zwaartepunt van de bevoegdheden de facto bij het gewestelijke niveau. Zowel het gewestelijke als het lokale niveau functioneren tot op zekere hoogte relatief autonoom bij het uitoefenen van hun handhavingsbevoegdheid in de ruimtelijke ordening. Ze hebben een zelfstandige opportuniteitsbeoordeling over het al dan niet handhavend optreden. In een aantal gevallen wordt deze zelfstandigheid echter enigszins beperkt. Dit is onder meer het geval door de vereiste van het inwinnen van een positief voorafgaand advies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid. Hierbij spelen de lokale besturen, zoals terecht wordt aangestipt in het Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, een primaire rol in de handhaving omdat zij het eerste niveau zijn waar de burger in contact komt met stedenbouw en ruimtelijke ordening. Zij zijn ook het eerste niveau waarop handhavend opgetreden kan worden. Niettemin blijkt dit uit het Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010 (dat voor vijf jaar is opgesteld) en uit de daarin geciteerde cijfers niet altijd zo

¹⁸ GwH, nr. 153/2001, 28 november 2001 en GwH., nr. 56/2002, 28 maart 2002.

¹⁹ GwH, nr. 44/2011, 30 maart 2011.

²⁰ GwH, nrs. 153/2001, 56/2002 en 100/2011, overweging B.5.

²¹ Zie GwH, nr. 100/2011, 31 mei 2011.

²² Zie GwH, nr. 100/2011, 31 mei 2011.

evident.²³ Uit de rechtsvergelijking zal blijken dat in de andere onderzochte landen juridisch sterkere mechanismen zijn uitgetekend om de in het Handhavingsplan naar voren geschoven subsidiariteit vorm te geven. Het verdient aanbeveling om, in het licht van de intenties van het Handhavingsplan, werkelijke juridische mechanismen op poten te zetten die de rechtspositie van de lokale besturen duidelijker afbakenen met betrekking tot handhaving in de ruimtelijke ordening.

Vanuit constitutioneel oogpunt dient hierbij uiteraard aandacht te worden besteed aan het respecteren van grondrechten en aan het beginsel van openbaarheid van bestuur, dat is neergelegd in artikel 32 van de Grondwet.

2.3. Beginselen van behoorlijk bestuur

Met het beginsel van openbaarheid van bestuur zijn een aantal beginselen verbonden, zoals het motiveringsbeginsel dat moet toelaten om te toetsen in hoeverre de overheid haar taak (het waarborgen van een goede ruimtelijke ordening) naar behoren uitoefent. Vermits de herstelmaatregel een bestuurshandeling is met individuele draagwijdte, valt hij ook onder het toepassingsgebied van de Formele Motiveringswet van 29 juli 1991. Dit betekent dat het besluit houdende de herstelmaatregel zelf formeel (naar de vorm) de motieven dient te bevatten waarom deze beslissing wordt genomen. Daarnaast dient dit besluit ook naar de inhoud (materieel) gemotiveerd te zijn. Dit betekent dat de motieven (redenen) waarom de beslissing werd genomen juridisch draagkrachtig moeten zijn. Ze moeten dus conform zijn met (hogere) regelgeving en ze moeten geschraagd worden door het dossier.

Naast de motiveringsverplichting, die als beginsel van behoorlijk bestuur is geformaliseerd in een wet, spelen ook de andere beginselen van behoorlijk bestuur een rol. Bestuurlijke handhaving behelst het treffen van bestuurlijke beslissingen (of eenzijdige bestuurshandelingen) die (intussen) automatisch de waarborgen incorporeren ter bescherming van de rechtsonderhorige. Hierbij speelt vooral de hoorplicht een rol. Een maatregel met individuele draagwijdte die wordt opgelegd aan een rechtsonderhorige en die te wijten is aan zijn persoonlijk gedrag dwingt het bestuur, in de huidige stand van de rechtspraak van de Raad van State, om deze rechtsonderhorige te horen.²⁴ Dit kadert in de ruimere verplichting van de overheid om tot een zorgvuldige beslissing te komen. Het is trouwens vanuit de toepassing van dit zorgvuldigheidsbeginsel dat de meeste beginselen van behoorlijk bestuur hun rol zullen spelen. Alle beginselen van behoorlijk bestuur (zijnde ongeschreven beginselen die het bestuur dient te respecteren bij het stellen van eenzijdig bindende

²³ Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 12-15.

²⁴ Lees hierover I. Opdebeek, "De hoorplicht" in I. Opdebeek en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 238-276.

bestuurshandelingen) dienen om de betrokken overheid toe te staan een zorgvuldige beslissing te nemen.²⁵ In het licht daarvan is het voor eenzijdig bindende bestuursbeslissingen m.b.t. het herstel in het kader van ruimtelijke ordening van belang om de rol van het evenredigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel te benadrukken. Het eerste beginsel zal cruciaal zijn om de impact van de opgelegde maatregel te toetsen. Het tweede beginsel is cruciaal om na te gaan of er inderdaad opgetreden diende te worden in het licht van de handhavingsprioriteiten die voorop zijn gesteld dan wel in het licht van het belang van de inbreuk waarvoor herstel wordt gevorderd. Dit kan worden beoordeeld in samenhang met het gelijkheidsbeginsel.

In het kader van handhaving bij wege van herstel spelen de beginselen van behoorlijk bestuur, gezien de eigenheid van de gestelde bestuurshandeling een rol. De vraag rijst echter in hoeverre de curatieve handhaving, zowel bij wege van herstel als bij wege van sanctie, in het licht van de rechtspraak van het EHRM ook op supra-nationaal niveau nog steeds als een loutere bestuurshandeling wordt beschouwd.

2.4. Waarborgen in het licht van het EVRM

Wat betreft de handhaving bij wege van sanctie kan de loutere kwalificatie als zijnde bestuursrechtelijk in het licht van het EVRM niet langer staande worden gehouden²⁶. Het Duitse systeem van administratieve geldboeten waarbij onderzoek, vervolging en sanctieoplegging toebedeeld werden aan het bestuur²⁷, werd bijvoorbeeld gecatalogeerd als “strafvorderlijk” in de zin van artikel 6 EVRM²⁸.

Wat betreft de handhaving bij wege van herstel is het antwoord enigszins genuanceerder. Zeker is dat handhaving van de ruimtelijke ordening onder de reikwijdte van het EVRM valt en dat slechts in een beperkt aantal gevallen handhaven in de ruime zin als “burgerlijk” aangemerkt kan worden²⁹. Aan de kwalificatie als “burgerlijk” of “strafvorderlijk” in de zin van het EVRM moet geen overdreven aandacht besteed worden omdat de rechtswaarborgen in de burgerlijke of strafrechtelijke procedure dezelfde zullen zijn. De volle rechtsmacht, het zwijgrecht, de legaliteit en het vermoeden van onschuld vormen hierop een uitzondering³⁰. In het interne recht is de vraag moeilijker te

²⁵ A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 57 en K. Leus, “Het zorgvuldigheidsbeginsel” in I. Opdebeek en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 101-129.

²⁶ Zie hierover uitgebreid Bijlage 1, Deel II, p. 47.

²⁷ Zie Bijlage 1, Deel III, hoofdstuk 1, p. 19.

²⁸ EHRM Özturk t. Duitsland, 21 februari 1984.

²⁹ Hierbij dient aandacht te worden besteed aan het oogmerk waarbij een stelselmatig gebruik van de handhaving bij wege van herstel om normconformiteit en afschrikking te verkrijgen, vermoedelijk de kwalificatie als “strafrechtelijk” met zich mee zal dragen. Zie hierover Bijlage 1, Deel II, p. 55-56.

³⁰ Bijlage 1, Deel II, p. 127.

beantwoorden. Meestal gaat men er van uit dat de kwalificatie door de wet- of decreetgever ongemoeid blijft, maar dat de concrete gevolgen voor de burger getoetst moeten worden aan het gelijkheidsbeginsel en de eventuele strijdigheid ermee. Dit geeft aanleiding tot een juridisch complex systeem waar de rechtszekerheid aangetast wordt.

Hieruit volgt dat de kwalificatie van een maatregel als “bestuurlijk” enerzijds niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat *enkel* bestuursrechtelijke principes en regels toepassing zullen vinden. *Anderzijds* en uit het vorige deels voortvloeiend, heeft de kwalificatie als “bestuurlijk” voor gevolg dat de relatief strenge algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op het handhavend optreden van het bestuur³¹. Als besluit kan men stellen dat de kwalificatie van de handhaving als bestuurlijk voor gevolg heeft dat minstens bestuurlijke basisregels zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toepasselijk worden, doch krachtens de Grondwet of het EVRM dikwijls ook processuele waarborgen van toepassing zullen zijn.

Tenslotte dient nog te worden gewezen op het toenemende belang van artikel 6.1. van het EVRM met betrekking tot de derde-belanghebbenden. Het EHRM oordeelde dat alle derde-belanghebbenden (zowel slachtoffers als actiegroepen), indien zij kunnen optreden in de procedure, toegang dienen te hebben tot een rechter met volle rechtsmacht.³²

³¹ Thans ziet men dat een verweer over een ongelijke of disproportionele vervolging voor de strafrechter in België nagenoeg volkomen terzijde wordt geschoven. Dit zal uiteraard niet meer het geval zijn indien ofwel de administratieve rechter of de burgerlijke rechter het optreden van het bestuur zullen toetsen.

³² EHRM, Perrez t. Frankrijk (Grote Kamer), 12 februari 2004.

2.5. Knelpunten bestaand systeem

2.5.1. Strafrechtelijk

Wat de strafrechtelijke aspecten betreft wordt de handhaving van de ruimtelijke ordening ten eerste gehinderd door de complexiteit van de wetgeving. Deze blijft op zich een hinderpaal en vormt wellicht een belangrijke achtergrond bij andere knelpunten. Bij de complexiteit speelt de zogenaamde administratieve afhankelijkheid een voorname rol. Ten tweede zijn de lange duurtijd, de zwakke vervolgingsgraad en de lage sancties serieuze knelpunten.

Met de term 'administratieve afhankelijkheid' wordt verwezen naar de ondersteunende rol van het strafrecht ten opzichte van het administratief stedenbouwrecht. Het strafrecht krijgt geen zelfstandige rol toebedeeld in de handhaving van het stedenbouwstrafrecht.³³

Bovendien maakt de bijzondere wetgeving gebruik van de techniek van 'incriminatie door verwijzing', waardoor het niet eenvoudig is om na te gaan welk gedrag nu precies strafbaar is. De strafbaarstelling gebeurt immers niet door de omschrijving van het strafbare gedrag ('is strafbaar, hij die dit of dat doet of nalaat') maar door de verwijzing naar andere wetsbepalingen ('de overtreder van de artikelen x, y, en z wordt gestraft met...'). De artikelen waarnaar men verwijst zijn meestal niet-strafrechtelijke regels. Door de gewone regels tot materieel bestanddeel te verheffen vraagt men van de beoefenaar van de bijzondere strafwetten dat hij niet alleen een uitstekend penalist is, maar ook onderlegd is in de onderliggende materie.

Hierdoor wordt de strafrechter soms geroepen om de wettigheid van de administratieve voorschriften te toetsen voorafgaand aan het opleggen van een straf. Hetzelfde geldt voor de herstellvordering die op zijn interne en externe wettelijkheid dient getoetst te worden.³⁴ Het spreekt

³³ Dit blijkt uit de structuur van de strafbepalingen, die als accessorium dienst doen bij de administratiefrechtelijke voorschriften. In het stedenbouwstrafrecht wordt niet een gedrag als dusdanig strafbaar gesteld, maar is het niet naleven van bepaalde administratiefrechtelijke voorschriften strafbaar. (M. Faure en J. Vanheule, *Milieustrafrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2006, nrs. 885-886) De inhoud van de strafbepalingen wordt niet door de wetgever bepaald, maar wel door de administratie die de vergunningen verleent, er voorwaarden aan verbindt of de vergunning weigert te verlenen. (M. Faure en M. Visser, *De strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu in België, Duitsland en Nederland: Modellen van strafbaarstelling en hun bewijsrechtelijke implicaties*, Antwerpen, Intersentia, 1999, nrs. 59 en 61.) Wanneer er krachtens de bepalingen geen vergunningplicht bestaat, dan is er meestal ook geen misdrijf. (F. Deruyck, *Bijzondere strafwetten*, Brussel, VUB-uitgaven, 2010, 70).

³⁴ Daarentegen mag de rechter geenszins de opportuniteit beoordelen, dit blijft voorbehouden aan de administratie (M. Faure en M. Visser, *De strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu in België, Duitsland en Nederland: Modellen van strafbaarstelling en hun bewijsrechtelijke implicaties*, Antwerpen, Intersentia, 1999, nr. 94; M. Faure en J. Vanheule, *Milieustrafrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2006, nrs. 898-901; A. Lust en S.

voor zich dat de techniciteit van de materie en de administratieve begrippen hierbij een struikelblok kunnen vormen voor de strafrechter.

Een remedie om de techniciteit van de materie op te vangen heeft erin bestaan om het bestuur (vooral in de persoon van de stedenbouwkundige inspecteur) te laten participeren in de procedure voor het vonnisgerecht.³⁵ Hierin is het stedenbouwstrafrecht uniek. De participatie van het bestuur lijkt echter eerder een lapmiddel dan wel een echte remedie.

Het hybride karakter van de handhaving van het stedenbouwrecht zorgt er ook voor dat de doelen van deze handhaving niet duidelijk zijn. In de praktijk ziet men dat ondanks dat het gaat om een strafrechtelijke handhaving, het bekomen van herstel dikwijls het enige doel is. Dit brengt het openbaar ministerie ertoe om al dan niet te seponeren in functie van een regularisatie, en heeft tot gevolg dat de strafrechter zijn straftoemeting hier ook op afstelt. Dit zijn doelen die niet corresponderen met een strafrechtelijke handhaving, die gericht moet zijn op de bestraffing van een strafwaardige gedraging. Het leidt er in de praktijk ook toe dat de toepassing van het stedenbouwstrafrecht zeer complex wordt. Men kan vermoeden dat dit ook de mogelijkheid van regularisaties een negatieve impact heeft op de doorlooptijden.

Uit de jaarstatistieken van het openbaar ministerie kan immers afgeleid worden dat de procedure in stedenbouwzaken gespreid wordt over een lange termijn, hierbij de procedure in beroep en cassatie niet inbegrepen.

Zoals in andere strafzaken duurt het vooronderzoek het langst. Dit kan verwondering wekken omdat stedenbouwzaken bewijsmatig zeer eenvoudig zijn en niet te kampen hebben met bijzondere bewijsmoeilijkheden. Over de verschillende arrondissementen heen die in het Vlaams Gewest gelegen zijn³⁶, noteert men op basis van de meest recent beschikbare cijfers (cohort 2005) een gemiddelde van 662 dagen (ongeveer 2 jaar) tussen datum van instroom bij het openbaar ministerie

Lust, "De administratieve verankerking van het milieumisdrijf" in A. De Nauw, P. Flamey en J. Ghijsels (eds.), *Milieustraf- en strafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 3.) Wat betreft de herstellvordering dient de strafrechter eveneens de keuze van het bestuur te toetsen op zijn redelijkheid. Wanneer de herstellvordering steunt op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, moet de rechter de herstellvordering zonder gevolg laten. Hij mag daarbij het opportuniteitsoordeel van het bestuur niet miskennen (Cass. 16 januari 2002, P.01.1163.F; 4 februari 2003, P.01.1462.N; 15 juni 2004, P.04.0237.N; 15 juni 2004, P.04.0358.N; 12 oktober 2004, P.04.0476.N; 3 november 2004, P.04.0730.F; 18 maart 2008, P.071509.N; 23 september 2008, P.08.0280.N; 24 november 2009, P.09.0278.N; D. De Wolf, "De juridische plaats van de herstelmaatregel in het bestraffingsarsenaal tegen stedenbouwsmisdrijven na het arrest Hamer t. België van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in F. Deruyck, *Strafrecht meer...dan ooit*", Brugge, Die keure, 2011, nr. 36.)

³⁵ F. Deruyck en D. De Wolf, *Bijzondere strafwetten*, Brussel, VUB-uitgaven, 2011, nr. 13.

³⁶ Het arrondissement Brussel behandelt ook zaken in het Brussels Hoofdstedelijke Gewest met Nederlandstalige verdachten; men kan aannemen dat dit een te verwaarlozen aantal zaken betreft.

en de datum van de rechtstreekse dagvaarding, met uitschieters van 1008 en 1025 dagen voor de arrondissementen Gent en Kortrijk³⁷. Tussen de datum van de rechtstreekse dagvaarding en de eerste vaststelling van de zaak moet men gemiddeld 151 dagen bijtellen³⁸ (uitschieter is Tongeren met 357 dagen) en tussen de eerste vaststelling en de eerste uitspraak nog eens 226 dagen (uitschieter is Brussel met 619 dagen).³⁹

Dit levert een gemiddelde doorlooptijd tussen de feiten en de eerste uitspraak door de correctionele rechtbank van 1039 dagen (ongeveer 3 jaar). Gezien dit maar gemiddelden zijn, zijn er dus zaken die nog veel langer duren (zie tabel 9, bijlage 2, deel I). Gelukkig zijn er ook zaken die minder lang duren, namelijk die binnen de 2 jaar behandeld worden. Cijfers over het hoger beroep en het cassatieberoep zijn zelfs niet beschikbaar. Uit de cijfers van het Hof van Cassatie blijkt echter thans dat strafzaken gemiddeld op 3 tot 4 maanden behandeld worden⁴⁰. In de veronderstelling dat zaken voor het hof van beroep ongeveer een jaar in beslag nemen, komen we uit op een totale tijd van meer dan 4 jaar gemiddeld ($1039 + 356 + 105 = 1500$ dagen) dat een zaak in beslag zou kunnen nemen.

Wat betreft de zwakke vervolgingsgraad of de hoge seponeringsgraad, blijkt het te gaan om een hoog percentage opportuniteitssepts. Dit wijst ofwel op een overdreven vaststellingsdrang bij de handhavingsorganen t.o.v. relatief onbelangrijke zaken ("bagatelzaken"), ofwel op een lage vervolgingsprioriteit bij het OM. Dit laatste kan dan weer het gevolg zijn van misbruik van het opportuniteitsstelsel, dan wel het gevolg zijn van een overbelasting van de strafgerichten door andere types misdrijven of nog een combinatie van diverse redenen. De statistieken op zich laten niet toe de ene of andere hypothese te bevestigen of te ontkrachten.

Wat betreft als laatste de **lage sancties** blijkt, ondanks de verhoging van de straffen in 1999 waarbij de maximumstraf voldoende hoog opgetrokken tot 400.000 euro is, uit de praktijk dat er eerder lichte straffen worden opgelegd (bv. geldboete van 500 euro). Daarenboven blijkt uit de cijfergegevens dat in bijna 21% van de vervolgte zaken een opschorting van de uitspraak werd verleend en dat in 25,50 % van het totaal aantal vervolgte zaken een veroordeling met uitstel werd uitgesproken (zie tabel 17, bijlage 3).

Het succes van een administratieve handhaving zal dus o.m. kunnen gemeten worden aan de capaciteit van dat handhavingssysteem om deze knelpunten op te lossen.

³⁷ Zie Bijlage 2, deel I, tabel 6.

³⁸ Brengen we in herinnering dat in strafzaken de dagvaardingstermijn 10 dagen betreft (art. 181 Sv.).

³⁹ Zie bijlage 2, deel I, tabellen 7 en 8.

⁴⁰ Jaarverslag van Het Hof van Cassatie 2010, Brussel, 2011, 141.

2.5.2. Bestuurlijk

Het huidige systeem van handhaving in de ruimtelijke ordening is van hybride aard. Het bevindt zich ten dele op het gebied van het strafrecht en ten dele op het gebied van het burgerlijk recht. Parallel daarmee kan er reeds in de toezichtfase een bestuurlijke maatregel worden opgelegd: het stakingsbevel (met de mogelijkheid tot het opleggen van een administratieve geldboete bij niet naleving).

Vanuit louter bestuurlijk oogpunt rijzen een aantal knelpunten in de huidige stand van de procedure. Hiermee wordt bedoeld dat de besturen een aantal moeilijkheden hebben of minstens kunnen hebben om de handhaving in de huidige structuur te realiseren.

In de eerste plaats kan de handhaving van stedenbouwmisdrijven geschieden op niet minder dan 3 niveaus. De provincies hebben echter reeds duidelijk gemaakt dat zij niet in het bestaande stelsel van bestuurlijke handhaving wensen in te stappen, hoewel zij op basis van artikel 6.1.5. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, wel een bevoegdheid hiervoor toegewezen kregen. Zij zien hier voor zichzelf geen rol in weggelegd. Bovendien sluit dit aan bij de visie van de Vlaamse overheid in het Handhavingsplan 2010.⁴¹

Wel is het zo dat de overheden die dienen in te staan voor de curatieve handhaving niet altijd zorg kunnen dragen om voldoende curatieve handhaving (vooral op het lokale niveau kan dit parten spelen) te garanderen.⁴² Er dienen immers voldoende middelen aanwezig te zijn. In die zin is het van belang te wijzen op de beleidsnota van de Minister van Ruimtelijke Ordening die stelt dat een ontvoogding van de gemeenten op het gebied van de ruimtelijke ordening zich opdringt.⁴³ De ontvoogding werd reeds in 1999 in het toenmalige Decreet Ruimtelijke Ordening van 1999 de ontvoogding van de gemeenten ingeschreven en vergt schijnbaar dus enige tijd. Theoretisch gezien is het wel zo dat, op dit ogenblik, het lokale niveau het dichtst bij de burger staat, hetgeen de handhaving op en de uitvoering van maatregelen misschien zou kunnen vergemakkelijken, maar in de praktijk zorgt de huidige verdeling ervoor dat de hanteerbaarheid van het huidige model bijwijlen complex is. Er kunnen immers vaststellingen worden gedaan door de politie, door de lokale overheid en door het Gewest. De complementaire bevoegdheid van de lokale besturen en van het Gewest houdt *in se* niet noodzakelijk een probleem in. Niettemin blijkt uit het Handhavingsrapport dat de adviesaanvragen van de lokale besturen (al dan niet samen met het Gewest) om een

⁴¹ Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 19.

⁴² Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 19-20.

⁴³ Beleidsnota Minister van Ruimtelijke Ordening 2009-2014, 48.

herstelvordering in te stellen beduidend lager liggen dan bij het Gewest zelf.⁴⁴ Dit betekent dat de uitoefening van de bevoegdheid inzake curatieve handhaving door de gemeenten zelf op dit ogenblik niet of niet steeds gebeurt. Met het oog op de in het Handhavingsplan 2010 vermelde scharnierfunctie voor de gemeente inzake handhaving kan aan de huidige complementariteit dus nog worden gesleuteld. Het is immers de betrachting van de Vlaamse overheid dat de gemeenten verantwoordelijk worden voor de gehele procescyclus.⁴⁵

Voor de lokale besturen is het bovendien moeilijk om te komen tot een goede afbakening en onderverdeling van de taken die zij dienen uit te voeren. In vergelijking met sommige andere landen, zoals Nederland, is het opvallend dat er functiecumulaties binnen de gemeenten bestaan. Zo gebeurt het toezicht en de opsporing dikwijls door dezelfde ambtenaar als diegene die de herstelvordering inleidt. Vervolgens kan die ambtenaar ook functioneren als “tegenpartij”⁴⁶ in het proces zelf, en zelfs kan worden betrokken in de uitvoering van de gerechtelijke uitspraken.

Tevens oefenen de lokale ambtenaren bevoegd inzake handhaving van stedenbouw en ruimtelijke ordening een cruciale functie uit waarbij hun onafhankelijkheid, net zoals dat het geval is bij de eigenlijke stedenbouwkundige ambtenaren, juridisch dient te worden gewaarborgd en bewaakt. Bij een introductie van een stelsel van curatieve bestuurlijke handhaving bij wege van herstel (en ook bij wege van sanctie) blijft deze bekommernis onverminderd bestaan. De preventieve en de curatieve handhaving bij wege van herstel en bij wege van sanctie staat of valt immers met de onafhankelijkheid en de geloofwaardigheid van de ambtenaren die deze curatieve handhaving dienen te realiseren. Het hoeft geen betoog dat hier continu over dient te worden gewaakt. Zij dienen onafhankelijk adviezen te kunnen uitbrengen om al dan niet handhaving over te gaan. Zo is er eerder al gewezen op het feit dat de ambtenaren die handhavingsmaatregelen vorderen over een zelfstandige beoordelingsbevoegdheid dienen te beschikken waarvan de uitoefening niet is onderworpen aan hiërarchisch toezicht.⁴⁷

Uiteraard dient dit aspect in het ruimere kader van rechtsbescherming te worden bekeken. De derde-belanghebbende heeft in de bestuurlijke stand van de procedure, in vergelijking met andere onderzochte landen, weinig echte procedurele participatiemogelijkheden. Hij kan wel als aanzet van

⁴⁴ Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 12-15.

⁴⁵ Groenboek Interne Staatshervorming, Juli 2010, 108.

⁴⁶ De zgn. “eiser tot herstel”.

⁴⁷ P. Lefranc, “De stedenbouwkundig ambtenaar treedt op in naam van het Vlaams Gewest”, *TMR*, 2010, 267-268.

een strafrechtelijke of burgerlijke procedure fungeren via het neerleggen van klachten bij de politiediensten, gerechtelijke overheden of rechtbanken. In sommige andere onderzochte landen werd duidelijk dat de derde-belanghebbende bestuurlijke procedures kan initialiseren en in de loop van de bestuurlijke procedures zelf een zeer actieve rol kan spelen.⁴⁸ De derde-belanghebbende kan in andere landen een geïnstitutionaliseerd (administratief) verzoek aanhangig maken waarbij hij het bestuur om bepaalde maatregelen kan verzoeken.⁴⁹ Op die wijze wordt hij, in sommige landen, in de bestuurlijke procedure op gelijke voet geplaatst met de andere procespartijen⁵⁰. De derde-belanghebbende kan in het Vlaams Gewest nu wel een niet-geïnstitutionaliseerde klacht indienen bij de bevoegde overheid (lokaal bestuur, Gewest). Daarnaast beschikt de burger over de mogelijkheid om geheel zelf een burgerlijke herstellvordering op te starten jegens de overtreder op basis van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht of om een stakingsvordering in te stellen namens een stilzittende gemeente jegens een overtreder ter preventie van verdere schade aan het milieu.

In het algemeen kan ook een probleem rijzen met betrekking tot de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen. In beginsel is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd om kennis te nemen van geschillen inzake de tenuitvoerlegging van vonnissen, overeenkomstig artikel 569, 5° van het Gerechtelijk Wetboek. Voordat de dwangsom kan worden verbeurd, is wel steeds een voorafgaande betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld vereist.⁵¹ Een voorafgaande vaststelling van niet-uitvoering is niet vereist⁵², noch een voorafgaande aanmaning of bevel tot nakoming.⁵³ Dit betekent dat de rechtbank van eerste aanleg in principe bevoegd is. De beslagrechter is niet voor al deze geschillen bevoegd, maar in bepaalde gevallen kan de beslagrechter toch ook bevoegd zijn. Hij

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld de rol van de derde-belanghebbende in de Duitse *Verwaltungsverfahrengesetz*. Lees hierover K. Finkelnburg, K.M. Ortloff en C.-W. Otto, *Öffentliches Baurecht. II. Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, Berlijn, C.H. Beck, 2010, 265-293.

⁴⁹ Y. Van Setten, *Toezicht en handhaving, hoofdstuk 5 Awb*, Deventer, Kluwer, 2004, 98.

⁵⁰ K. Finkelnburg, K.M. Ortloff en C.-W. Otto, *Oeffentliches Baurecht. II. Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, Berlijn, C.H. Beck, 2010, 279-280.

⁵¹ Artikel 1385bis, 3^e lid Ger.W. Zie Cass. 20 september 2002, nr. AR. C.97.0383.N.; Brussel 10 oktober 1995, *JLMB*, 1996, 459; Beslagr. Verviers 18 december 1998, *JLMB* 1999, 424; K. Wagner, "Geen dwangsom kan worden verbeurd voor de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld, doch een ingebrekestelling, aanmaning of bevel is geenszins vereist", noot onder Gent 26 juni 2001, *AJT* 2000-2001, 462-463. Zie voor een grondige bespreking P. Vansant, "(Gedwongen) uitvoering van gerechtelijke uitspraken" in G. Van Hoorick, P. Vansant en F. Van Acker, *Handavingszakboekje Ruimtelijke Ordening 2012*, Mechelen, Kluwer, 2011, 250 e.v. Zij verjaart door verloop van zes maanden na de dag waarop zij is verbeurd (artikel 1385 octies Ger.W.).

⁵² Artikel 6.1.45 VCRO legt immers aan de veroordeelde de verplichting op om de stedenbouwkundige inspecteur en het college onmiddellijk op de hoogte te brengen indien hij de opgelegde herstellmaatregel vrijwillig heeft uitgevoerd. Zie tevens: G. Debersaques, B. Hubeau en P. Lefranc, *De sanctionering van stedenbouwmisdrijven: handavingsmaatregelen*, Brugge, Die Keure, 2001, 199; S. De Taeye, *Handhaving ruimtelijke ordening*, Gent, Mys en Breesch 1999, 77.

⁵³ Zie E. Dirix, "Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom", in Jura Falconis Libri, *De Dwangsom*, Leuven, Jura Falconis, 1999, 45; E. DIRIX, *Beslagrecht. Kort begrip van het beslag- en executierecht*, Leuven, Acco, 1994, 18.

is enkel bevoegd voor geschillen die verband houden met bewarend beslag, middelen tot tenuitvoerlegging en de collectieve schuldenregeling. Toch is de eventuele bevoegdheid van de beslagrechter een moeilijkheid omdat de betwisting over de toewijzing van de zaak voor elk ander middel moet worden aangevoerd.⁵⁴

⁵⁴ B. De Temmerman, "De herstelmaatregelen en de herstellvordering in het milieu- en stedenbouwrecht" in A. De Nauw, P. Flamey en J. Ghysels (eds.), *Milieustraf- en Milieustrafprocesrecht: actuele vraagstukken*, Brussel, Larcier, 2005, 481.

3. Rechtsvergelijking

3.1. Duitsland

3.1.1. Algemeen

Het Duitse recht kent twee onderscheiden vormen van bestuurlijke handhaving van de ruimtelijke ordening. Enerzijds zijn er de bestuurlijke dwangmaatregelen, anderzijds zijn er de administratieve geldboeten (*Geldbusse*)⁵⁵ die opgelegd kunnen worden wegens een administratieve inbreuk (*Ordnungswidrigkeit*). Beide systemen staan los van elkaar⁵⁶. Administratieve geldboeten reageren op het verleden, terwijl bestuurlijke dwangmaatregelen gericht zijn op de toekomst⁵⁷.

De dwangmaatregelen garanderen de oplegging van herstelmaatregelen en zijn dus vormen van handhaving bij wege van herstel. De administratieve geldboeten kunnen door te sanctioneren voor het verleden echter ook bijdragen tot het naleven in de toekomst. Beide kunnen dus gecumuleerd worden. Belangrijk is erop te wijzen dat er naargelang de deelstaten grote verschillen bestaan tussen de onderscheiden maatregelen die opgelegd kunnen worden in het kader van bestuurlijke handhaving. Elke deelstaat beschikt immers over de vrijheid om zelf zijn bestuurlijk handhavingsbeleid uit te tekenen.

3.1.2. Dwangmaatregelen

a. algemeen

Dwangmaatregelen⁵⁸ kunnen worden gehanteerd om de afdwinging van een bestuurlijke herstelmaatregel te bekomen als de overtreder zich niet schikt naar de opgelegde maatregel. Via de bestuurlijke herstelmaatregelen kunnen illegale bouwwerken aan banden worden gelegd.

Er dient te worden aangestipt dat de lokale besturen de spilfiguur vormen in de controle en de handhaving van bouwovertradingen die via dwangmaatregelen gestopt worden voor de toekomst. De lokale besturen staan onder een zekere vorm van administratief toezicht en er is een doorgedreven vorm van administratief beroep mogelijk. Niettemin spelen zij de belangrijkste rol. Daarom bestaan er ook regels die moeten toelaten om de lokale besturen die deze bevoegdheid dienen uit te oefenen (de Kreis: een verbond van gemeenten en daarnaast de zelfstandige

⁵⁵ Op andere sancties wordt hier niet ingegaan.

⁵⁶ G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nrs. 1-2.

⁵⁷ G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 5.

⁵⁸ Zie nader Bijlage 1, Deel III, p. 4-18.

gemeenten of steden) organisatorisch in de positie te stellen om hun bevoegdheden naar behoren uit te oefenen. Opvallend bij deze organisatie is dat de betrokken lokale besturen geen verplichting hebben om een onderscheid te maken tussen de toezichthoudende ambtenaren en de ambtenaren die de dwangmaatregelen dienen op te leggen. De maatregelen kunnen namelijk enkel worden opgelegd indien er een gevaar bestaat.

a1. herstelmaatregelen

De bestuurlijke handhaving omvat een heel spectrum aan herstelmaatregelen. Deze maatregelen kan de bevoegde overheid zowel van ambtswege als op suggestie of uitdrukkelijke vraag van derden doorvoeren. In de *Bauordnung*⁵⁹ van de deelstaat Neder-Saksen bijvoorbeeld is het, zoals in de meeste *Bauordnungen* van de *Länder*, mogelijk om de bouwvergunning in te trekken of via een administratieve beslissing een groot aantal verscheidene verplichtingen op te leggen zoals de stillegging van de werken (*Baueinstellung*), de afbraak van de illegale werken (*Beseitigung rechtswidriger baulicher Anlagen*), dan wel een verbod om de gebouwen (verder) in gebruik te nemen (*Untersagung rechtswidriger Nutzung*)⁶⁰. Normaliter kan het bestuur elke gepaste maatregel opleggen om de administratieve inbreuk te stoppen voor de toekomst⁶¹.

In beginsel staat voor het bestuur ook de mogelijkheid open om de verleende vergunning in te trekken. Zo is er een zaak bekend waarbij de bouwvergunning kon worden ingetrokken voor een windenergiepark indien er niet voldoende afscherming werd gegarandeerd voor de burelen⁶². Een intrekking van een bouwvergunning is echter zeer uitzonderlijk en leidt tot de stillegging van de werken. Indien de overheid bij de vergunningverlening een fout zou hebben begaan, kan dit uiteraard een subjectief recht tot schadevergoeding openen⁶³. Bij een mogelijke intrekking overlegt het bestuur meestal eerst met de betrokkenen. De wettigheidscontrole impliceert in belangrijke mate een toetsing van de grondwettelijke bescherming van het eigendomsrecht dat een vrij beschikkingsrecht impliceert. De bouwreglementering vormt een uitzondering op dit algemeen

⁵⁹ Niedersächsische Bauordnung van 10 februari 2003 te raadplegen op <http://www.nds-voris.de/jportal/portal/t/z8a/page/bsvorisprod.psml;jsessionid=AC48D9BB964A4990D1D49B8042C1321C.jp95?doc.hl=1&doc.id=jlr-BauONDrahmen%3Ajuris-ir00&documentnumber=2&numberofresults=2&showdoccase=1&doc.part=R¶mfromHL=true#focuspoint>

⁶⁰ Zie ook K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht*, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 169

⁶¹ Artikel 89 van de Niedersächsische Bauordnung (NBauO) bepaalt bijvoorbeeld dat de bouwinspectie telkens wanneer de bouwwerken, het bouwterrein, de bouwmaterialen of de bouwmaatregelen niet in overeenstemming zijn met het publieke bouwrecht, na zorgvuldig onderzoek, alle maatregelen kunnen opleggen met het oog op het herstel in of de waarborging van een rechtmatige toestand.

⁶² Oberverwaltungsgericht Münster, NVwZ-RR 2004, 721.

⁶³ K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht*, Band II: *Bauordnungsrecht*, *Nachbarschutz*, *Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 173.

principe waarbij een uitzondering uiteraard niet tot een te zware aantasting van het algemeen principe mag leiden. De proportionaliteit dient hier door het bestuur goed afgewogen te worden. De herstelmaatregelen en de dwangmaatregelen behoren tot de bevoegdheid van het Bauaufsicht van de Kreis of van de stad. Dat is een ambtelijke dienst die bemand dient te zijn met mensen die kennis hebben van het publieke bouwrecht, van bouwtechniek en van architectuur, overeenkomstig artikel 64 van de Bauordnung van Neder-Saksen.

Daarnaast kan het bestuur, zoals vermeld, maatregelen opleggen die variëren van het stilleggen van de werken tot de afbraak van de gebouwen en het verbod op gebruik van de gebouwen⁶⁴. Het bestuur beschikt bij de keuze voor deze maatregelen over een discretionaire bevoegdheid om de meest geschikt geachte op te leggen. Deze discretionaire bevoegdheid van het bestuur om de meest geschikte handhavingsmaatregel op te leggen wordt begrensd door de gelijkheid en de redelijkheid. Het is niet gepast om een beslissing tot afbraak van een bouwwerk te nemen op basis van een inbreuk die ook op een andere (minder drastische) wijze te verhelpen is. Anderzijds gaat de discretionaire bevoegdheid niet dermate ver dat de overheid de keuze heeft om inbreuken te legaliseren. Dat oordeelde althans het Oberverwaltungsgericht van Berlin-Brandenburg⁶⁵. De maatregelen kunnen namelijk enkel worden opgelegd indien er een gevaar bestaat. Een abstract gevaar volstaat om op te treden ten aanzien van een onwettig bouwwerk. Dit abstract gevaar bestaat, volgens de gangbare Duitse interpretatie, in de schending van de reglementering inzake ruimtelijke ordening.⁶⁶

De afbraak van de bouwwerken is de meest ingrijpende vorm van bestuurlijke herstelmaatregel. Daarom kan die ook pas worden opgelegd indien het bouwwerk is aangetast door een formele of door een materiële onwettigheid⁶⁷. Wanneer slechts een klein deel van het bouwwerk overeenstemt met de vergunning, kan het gebouw na afweging volledig illegaal worden verklaard, waarbij overgegaan kan worden tot volledige afbraak van het gebouw⁶⁸.

⁶⁴ K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 157.

⁶⁵ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, LKV, 2006, 469.

⁶⁶ K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 158.

⁶⁷ De formele overtreding bestaat erin dat de noodzakelijke bouwvergunning niet bestaat of wanneer het opgetrokken bouwwerk significant verschilt van de verleende bouwvergunning. De materiële onwettigheid bestaat erin dat het bouwwerk in strijd is met publiekrechtelijke voorschriften die zijn opgenomen in onder meer de planningsvoorschriften en de regels inzake ruimtelijke ordening.

⁶⁸ Zie Oberverwaltungsgericht Münster, *Baur.*, 1993, 73.

a2. dwangmaatregelen

Een administratieve rechtshandeling (b.v. tot oplegging van een herstelmaatregel) die tegen een handelen van of een nalatigheid door de burger gericht wordt, kan afgedwongen worden hetzij wanneer deze administratieve rechtshandeling – kort gezegd - uitvoerbare kracht heeft of hetzij wanneer de er tegen ingestelde rechtsmiddelen geen opheffende uitwerking erop hebben gehad⁶⁹. In het Duitse recht ligt na de bestuurlijke beslissing de bal in het kamp van de overtreder die als hij geen rechtsmiddelen instelt en zich niet schikt, geconfronteerd kan worden met uitvoering van de maatregel door het bestuur.

Het algemene federale Duitse bestuursrecht (*Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz* of VwVG) voorziet drie soorten dwangmiddelen, met name een soort rechtsdwang (*Ersatzvornahme*, het bestuur verricht zelf de handeling⁷⁰ of laat de handeling verrichten door een derde, in beide gevallen op kosten van de overtreder), de dwangsom (*Zwangsgeld*)⁷¹ en de rechtstreekse dwang (*Unmittelbare Zwang*, het bestuur oefent dwang uit op personen of zaken via lichamelijk geweld of met wapens)⁷². In het kader van de stedenbouw zijn de eerste twee van belang. De rechtsdwang wordt als principiële dwangmaatregel beschouwd omdat ze de minst ingrijpende maatregel is⁷³. Ze impliceert ook de toegang tot de grond om de maatregel te kunnen uitvoeren⁷⁴. De afbraak door een aannemer is de meest voor de hand liggende maatregel die bij wege van rechtsdwang kan uitgevoerd worden⁷⁵. De dwangsom zal enkel worden aangewend wanneer om een of andere reden de rechtsdwang niet mogelijk is⁷⁶.

De keuze voor de ene of andere dwangmaatregel kan mede afhangen van de oorspronkelijke herstelmaatregel. Indien het bestuur ervoor opteert om te handhaven door het bouwwerk af te breken, kan het bestuur, bij stilzitten van de overtreder, hiertoe zelf de noodzakelijke maatregelen treffen en het kan, zoals hoger vermeld, die later verhalen op de overtreder zelf. Indien geopteerd

⁶⁹ J. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vahlen, München, 2011, nr. 873.

⁷⁰ Dit is enkel mogelijk op deelstatelijk niveau.

⁷¹ Uit de rechtspraak blijkt dat vooraleer men overgaat tot oplegging van een dwangsom het bestuur eerst moet nagaan of het niet gaat om een geval waar er sprake zal zijn van een onteigening. In dat geval zal die procedure moeten aangewend worden en niet de dwangsom BVerwGE 84, 354 (i.h.b. 360 e.v.).

⁷² J. Ipsen, *o.c.*, 214-216; F.-J. Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, nr. 1290; K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 164.

⁷³ J. Ipsen, *o.c.*, nr. 874.

⁷⁴ F.-J. Peine, *o.c.*, nr. 1292.

⁷⁵ F.-J. Peine, *o.c.*, nr. 1291; zie ook J. Ipsen, *o.c.*, nr. 875.

⁷⁶ In de doctrine wordt het voorbeeld gegeven van het geval waar de eigenaar verplicht wordt een bouwaanvraag in te dienen om een ruïne te herbouwen. In zo een geval kan enkel de eigenaar de bouwaanvraag indienen (*unvertretbare Handlung*). De uitvoering van de verplichting tot indienen van de bouwaanvraag kan worden afgedwongen door een dwangsom (J. Ipsen, *o.c.*, nr. 880). Bij handelingen die niet persoonlijk zijn is een rechtsdwang meer aangewezen (vgl. J. Ipsen, *o.c.*, nrs. 874 en 881).

wordt voor een stillegging van de werken of een verbod tot gebruik van de gebouwen zullen andere maatregelen genomen kunnen worden waarvan de naleving onder last van dwangmiddelen eventueel afgedwongen kan worden.

b. waarborgen

De bescherming van de belangen van de derden werd gerealiseerd door een klachtrecht in het leven te roepen voor de burens tegen een bepaalde maatregel of tegen het verlenen van een bouwvergunning⁷⁷. Op die wijze wordt de procedure toegankelijk voor de burens (die een belang kunnen doen blijken doordat zij ook in hun rechten zijn geschonden). De burens kunnen ook klachten indienen bij de lokale besturen die de bouwvergunning verlenen, maar dat doet geen afbreuk aan de discretionaire bevoegdheid van de betrokken lokale overheden⁷⁸.

c. rechtsmiddelen

De aanwending van de rechtsmiddelen verloopt eerst in het kader van een bestuursrechtelijke voorprocedure en later in het kader van een jurisprudentiële procedure⁷⁹.

De bestuurlijke voorprocedure (van administratief beroep) dient eerst doorlopen te worden vooraleer de rechterlijke procedure kan worden opgestart bij de *Verwaltungsgerichten*. De beslissing dient te worden aangevochten binnen de maand nadat er kennis is van genomen. De voorprocedure dient te worden afgesloten binnen het jaar nadat de aangevochten beslissing is genomen.

In concreto betekent het dat de overtreder de optie heeft om via administratief beroep (en later jurisdictioneel beroep) de opgelegde maatregel aan te vechten dan wel dat, indien dit niet gebeurt, er dwangmaatregelen kunnen worden opgelegd. De bal ligt, zoals hoger vermeld, als het ware in het kamp van de overtreder zelf.

Opvallend is het feit dat het opleggen van de hoger vermelde dwangmaatregelen (dus zijnde voor de toekomst) aangevochten kunnen worden door eenieder die door deze beslissing in zijn rechten getroffen is. In principe heeft zulk een administratief (en ook later het jurisdictioneel) beroep schorsende werking ten aanzien van de opgelegde maatregelen, tenzij de overheid expliciet opteert om de maatregel onmiddellijk toe te passen. Dan kan echter nog verzocht worden door de

⁷⁷ K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 279-280.

⁷⁸ K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 280.

⁷⁹ Zie K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 266-273.

overtreder om de onmiddellijke tenuitvoerlegging op te schorten. Normaliter houdt de onmiddellijke tenuitvoerlegging verband met een zeker gevaar.

Ondanks de hoger vermelde discretionaire bevoegdheid van het bestuur bij het nemen van een maatregel, kan in het kader van bestuurlijk beroep, uiteraard een vernietiging van de opgelegde maatregel worden uitgesproken zowel omwille van wettigheids- als omwille van opportuniteitsredenen.

3.1.3. Administratieve inbreuk (*Ordnungswidrigkeit*) en sancties

a. algemeen

Naast de bestuurlijke dwangmaatregelen kunnen volkomen los hiervan administratieve geldboeten worden opgelegd wegens een administratieve inbreuk (*Ordnungswidrigkeit*)⁸⁰. Zoals andere delen van het zogenaamde ordeningsstrafrecht⁸¹ werden de stedenbouwmisdrijven in Duitsland uit het strafrecht gehaald en thans worden enkel nog door administratieve geldboeten gesanctioneerd⁸². De administratieve geldboeten zijn, zoals vermeld, gericht op het sanctioneren van het niet-naleven van regelgeving in het verleden. Materieel gezien ziet een *Ordnungswidrigkeit* er uit als een misdrijf⁸³. Procedureel gezien echter vertoont ze een gemengd karakter, een grotendeels administratieve voorprocedure kan worden gevolgd door een grotendeels strafprocessuele gerechtelijke fase. De procedure bestaat uit een voorfase, een tussenprocedure en een gerechtelijke fase. De voorprocedure (*Vorverfahren*) wordt gevoerd door het bestuur en kan deels vergeleken worden met een soort vooronderzoek in de Belgische strafprocedure. Terwijl de procedure en de algemene principes terug te vinden zijn in de federale wetgeving, meer bepaald in de *Ordnungswidrigkeitengesetz* (hierna OWiG), worden de belangrijkste administratieve inbreuken inzake stedenbouw gedefinieerd door de deelstatelijke wetgeving⁸⁴. In de deelstaat Nordrhein-Westfalen (NRW) (art. 84 BauO NRW) zijn niet minder dan 21 stedenbouwinbreuken voorzien⁸⁵. Tegen deze verwijzingstechniek bestaat kritiek in de doctrine⁸⁶. Bepaalde deelstaten hebben een

⁸⁰ Zie nader Bijlage 1, Deel III, p. 18-39.

⁸¹ Voor een geschiedkundig overzicht zie D. Kleszczewski (m.m.v. N. Lieber), *Ordnungswidrigkeitenrecht*, München, Vahlen, 2010, 23-30.

⁸² G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 3.

⁸³ Zie D. Kleszczewski, *o.c.*, 39-175.

⁸⁴ J. Bohnert *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, § 1, nr. 10.

⁸⁵ Zie G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, p. 1925-1930.

⁸⁶ G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 8; deze kritiek bestaat ook t.a.v. de Belgische bijzondere strafwetten waar deze techniek ook veelvuldig wordt toegepast (zie hierover Bijlage 1, deel 1, p. 9-10).

boetegeldcatalogus uitgewerkt die meer precies voor elke stedenbouwinbreuk bepaalt welke geldboete in principe dient te worden opgelegd⁸⁷.

De administratie oefent in de voorprocedure de bevoegdheden uit die het openbaar ministerie normaal zou uitoefenen in een Duitse strafprocedure en heeft het initiatief⁸⁸. Een overgang is mogelijk naar een gerechtelijke fase (*Hauptverfahren*). Dit gebeurt via een soort tussenprocedure (*Zwischenverfahren*), wat enigszins te vergelijken valt met een regeling van de rechtspleging in een Belgische strafprocedure. Gezien men met het systeem van administratieve afhandeling t.o.v. de strafprocedure een vereenvoudiging en versnelling van de procedure nastreefde, zijn er minder rechtswaarborgen voorzien dan in de strafprocedure. Hieraan verbonden is echter ook het uitgangspunt dat indringende onderzoekshandelingen hier niet thuis horen. De *Ordnungswidrigkeitengesetz* bevat echter geen uitputtende regeling. Art. 46, eerste lid OWiG is een soort schakelbepaling waarbij de regels van het wetboek van strafvordering en van de wet inzake de gerechtelijke organisatie van toepassing worden wanneer er geen regel bestaat in de *Ordnungswidrigkeitengesetz*. Vele regels van de strafprocedure zijn dus *mutatis mutandis* van toepassing op de administratieve geldboeten⁸⁹.

De ambtenaren moeten ambtshalve een volledig onderzoek naar de feiten verrichten⁹⁰. Het bestuur beschikt echter over een ruime beoordelingsbevoegdheid om af te zien van vervolgingen. Deze bevoegdheid komt in een latere fase toe aan het openbaar ministerie en zelfs aan de rechtbank⁹¹. De bestuurlijke autoriteit zal overgaan tot vervolging wanneer er voldoende bewijs is voor de inbreuken, er geen grond tot verval is van de vordering (*Verfolgungshindernis*)⁹² en het aangewezen is om vervolgingen in te stellen⁹³. Het betreft een beoordelingsbevoegdheid (*Pflichtgemässen Ermessen*) t.a.v. de opportuniteit van de vervolgingen⁹⁴. Dit staat echter niet gelijk met willekeurige beslissing⁹⁵. De beslissing moet genomen worden in functie van de omstandigheden van de zaak. Als alternatief op de seponering kan de bestuurlijke autoriteit ook een verwittiging (*Warnung*) geven⁹⁶. Hierbij

⁸⁷ J. Bohnert, *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, § 17, nr. 34; zie b.v. *Bußgeldkatalog für Ordnungswidrigkeiten nach der Hessischen Bauordnung und der auf ihrer Rechtsgrundlage ergangenen Verordnungen*, 14 januari 2008.

⁸⁸ Art. 46, lid 2 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 437.

⁸⁹ G. Rosenkötter en J. Louis, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Stuttgart, Boorberg, 2011, nr. 437.

⁹⁰ J. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, Vahlen, 2011, nr. 635.

⁹¹ J. Bohnert *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, § 47, nr. 10 en 13 en § 79, nr. 128.

⁹² G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 625 en over de verschillende redenen van verval G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, 252-259.

⁹³ Art. 47 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 625.

⁹⁴ Art. 47, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 626.

⁹⁵ Zie G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 475.

⁹⁶ Art. 56 OWiG; zie hierover J. Bohnert *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 290-300.

hoort meestal het betalen van een verwittigingsgeld (*Warnungsgeld*) ter hoogte van 5 tot 35 €⁹⁷. Dit is gericht op het afhandelen van zeer lichte inbreuken (*bagatel-inbreuken*)⁹⁸.

Een verjaringstermijn van drie jaar is voorzien vanaf het intreden van de gevolgen⁹⁹. Stuiting is echter mogelijk¹⁰⁰. Dit kan zelfs meermaals gebeuren, d.w.z. dat een nieuwe stuiting kan voorkomen in de reeds gestuite termijn¹⁰¹, tot een maximum van zes jaar¹⁰².

De ambtelijke bevoegdheidsverdeling is vrij gelijklopend met deze onder de bestuurlijke dwangmaatregelen (zie supra). De ambtenaren bevoegd voor de vaststelling kunnen ook deze zijn die de sanctiebeslissing nemen¹⁰³. Soms is bepaald dat dit laatste enkel toekomt aan de hogere of leidende ambtenaren¹⁰⁴. Opnieuw is hier het lokale niveau het principiële niveau. De hogere bestuurlijke autoriteiten hebben hun bevoegdheden gedelegeerd aan de lagere autoriteiten (*untere Bauaufsichtsbehörden*). Dat is gebeurd aan de *untere Landesbehörde* krachtens de deelstatelijke bouwverordeningen (b.v. art. 84, lid 5 BauO NRW) en door de federale regering voor het federale recht (art. 2, lid 2 van de *Verordnung zur Durchführung des BauGB*)¹⁰⁵. De *untere Bauaufsichtsbehörden* zijn - herhalen we – de *kreisfreie* steden, de grote en middelgrote *kreisangehörige* steden en de *Kreise* voor de kleinere gemeenten.

b. waarborgen

De betrokkene heeft relatief uitgebreide verdedigingsrechten. Als uitvloeisel van het recht op toegang tot een rechter, moet de betrokkene ook in deze procedure het recht hebben om gehoord te worden alvorens een sanctiebeslissing wordt genomen. Dit hoorrecht kan zowel mondeling als schriftelijk georganiseerd worden en als het mondeling verloopt hoeft het niet voor de ambtenaar te verlopen die de sanctiebeslissing zal nemen. Het horen van de betrokkene door de politie kan volstaan¹⁰⁶. In alle gevallen zal de betrokkene geïnformeerd worden over welke feiten hij verdacht

⁹⁷ Bij zeer geringe inbreuken is het zelfs mogelijk zonder betaling van een geldsom. Zie over de procedure G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, 290-299. Ook tegen deze verwittiging kan men een verzet instellen bij de rechtbank. Een beroep bij de administratieve rechtbanken staat niet open.

⁹⁸ G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 642.

⁹⁹ G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 11.

¹⁰⁰ Art. 33 OWiG; zie J. Bohnert *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, 173-185; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 597 en 606-618.

¹⁰¹ J. Bohnert *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, § 33, nr. 2.

¹⁰² Art. 33, vierde lid OWiG; G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 3; J. Bohnert *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, § 33, nr. 94, G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 620.

¹⁰³ J. Bohnert, *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, § 35, nr. 14.

¹⁰⁴ J. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, Vahlen, 2011, nr. 635.

¹⁰⁵ G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 12; anders G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 447 (supra).

¹⁰⁶ Art. 55, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 485.

wordt en zal hem gewezen worden op zijn zwijgrecht¹⁰⁷. De betrokkene heeft het recht om bewijzen aan te bieden¹⁰⁸. Hij geniet van bijstand door een advocaat, wat zich ook vertaalt in een aanwezigheid van de advocaat bij een verhoor¹⁰⁹. De advocaat (niet de betrokkene zelf) heeft inzage in alle schriftelijke stukken van de zaak¹¹⁰. Dit vindt plaats vanaf het afsluiten van het onderzoek¹¹¹. De sanctiebeslissing moet niet gemotiveerd worden, maar moet wel de bewijsmiddelen opsommen¹¹².

c. rechtsmiddelen

De beslissing heeft in beginsel uitvoerbare kracht indien ze niet aangevochten wordt door de veroordeelde¹¹³. Met de uitvoering is het openbaar ministerie belast¹¹⁴. De geldboete kan uitgewonnen worden op het gehele vermogen van de betrokkene¹¹⁵.

De veroordeelde kan echter verhaal instellen bij de rechtbank (*Amtsgericht*). Dit gebeurt schriftelijk bij het bestuur dat de beslissing heeft gewezen¹¹⁶. Het verhaal heeft schorsende werking¹¹⁷. Voorafgaand zal het bestuur de ontvankelijkheid nagaan en zal het openbaar ministerie in een tussenprocedure nagaan of de zaak voldoende is onderzocht¹¹⁸. Het openbaar ministerie heeft dan een rol die het best kan vergeleken worden met de onderzoeksgerechten bij de regeling van de rechtspleging¹¹⁹. Als de zaak in staat is, zal ze aanhangig worden gemaakt bij de rechtbank.

Is de zaak aanhangig bij de rechtbank, meer bepaald bij de alleenzettelde rechter (*Einzelrichter*)¹²⁰, dan wordt de gerechtelijke fase (*Hauptverfahren*) geopend, die tevens de belangrijkste fase is in de behandeling van het bezwaar¹²¹. Zoals hoger reeds vermeld is de sanctiebeslissing eigenlijk niet meer van belang gezien een volledig nieuw onderzoek wordt gevoerd door de rechter. De sanctiebeslissing geldt als tenlastelegging en bakent het geding af¹²². De procedure voor de rechtbank kan schriftelijk

¹⁰⁷ Art. 163a StPO juncto art. 46, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 486-487.

¹⁰⁸ Art. 163a StPO juncto 46, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nrs. 494.

¹⁰⁹ Art. 137 StPO juncto 46, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 495-496.

¹¹⁰ Art. 147, lid 1 StPO juncto 46, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 497 en 499.

¹¹¹ Zie G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 19.

¹¹² G. Wenzel, "Bussgeldvorschriften", in X., *BauO NRW, Kommentar*, Kluwer, Köln, 2011, § 84, nr. 20; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nrs. 679-680.

¹¹³ Art. 18 en 93, 95 eerste lid OWiG.

¹¹⁴ G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 775.

¹¹⁵ G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 780.

¹¹⁶ J. Bohnert, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, München, C.H. Beck, 2010, 93-96.

¹¹⁷ J. Bohnert, *o.c.*, nr. 467.

¹¹⁸ Zie J. Bohnert, *o.c.*, 97-99.

¹¹⁹ Zie J. Bohnert, *o.c.*, 98-99.

¹²⁰ Art. 68, lid 1 OWiG; J. Bohnert, *o.c.*, nr. 496.

¹²¹ Zie J. Bohnert, *o.c.*, 99-115.

¹²² J. Bohnert, *o.c.*, nr. 501.

¹²³ of via een ambtshalve gevoerd onderzoek ter openbare terechtzitting ¹²⁴. Partijen kunnen bewijs aanbieden. Het vonnis is gemotiveerd ¹²⁵. Tegen dit vonnis kan een vereenvoudigd penaal cassatieberoep worden ingesteld bij het *Oberlandesgericht (Senat für Geldbußsachen)* ¹²⁶.

Ten aanzien van de beschikkingen waarbij dwangmaatregelen worden vastgesteld (in de regel rechtsdwang) door het bestuur, kan de overtreder geen rechtsmiddelen inroepen. Het is immers zo dat de dwangmiddelen in een bestuurshandeling samen met de herstelmaatregel aangekondigd dienen te worden. Om te voldoen aan de herstelverplichting wordt een termijn bepaald. Na afloop van die termijn wordt het verloop van de termijn vastgesteld. Die formele vaststelling zorgt ervoor dat de dwangmiddelen kunnen worden ingezet. De kosten van de rechtsdwang kunnen worden verhaald op de overtreder.¹²⁷ De overtreding heeft immers een in rem-karakter.

3.1.4. Model



¹²³ J. Bohnert, *o.c.*, 113-115.

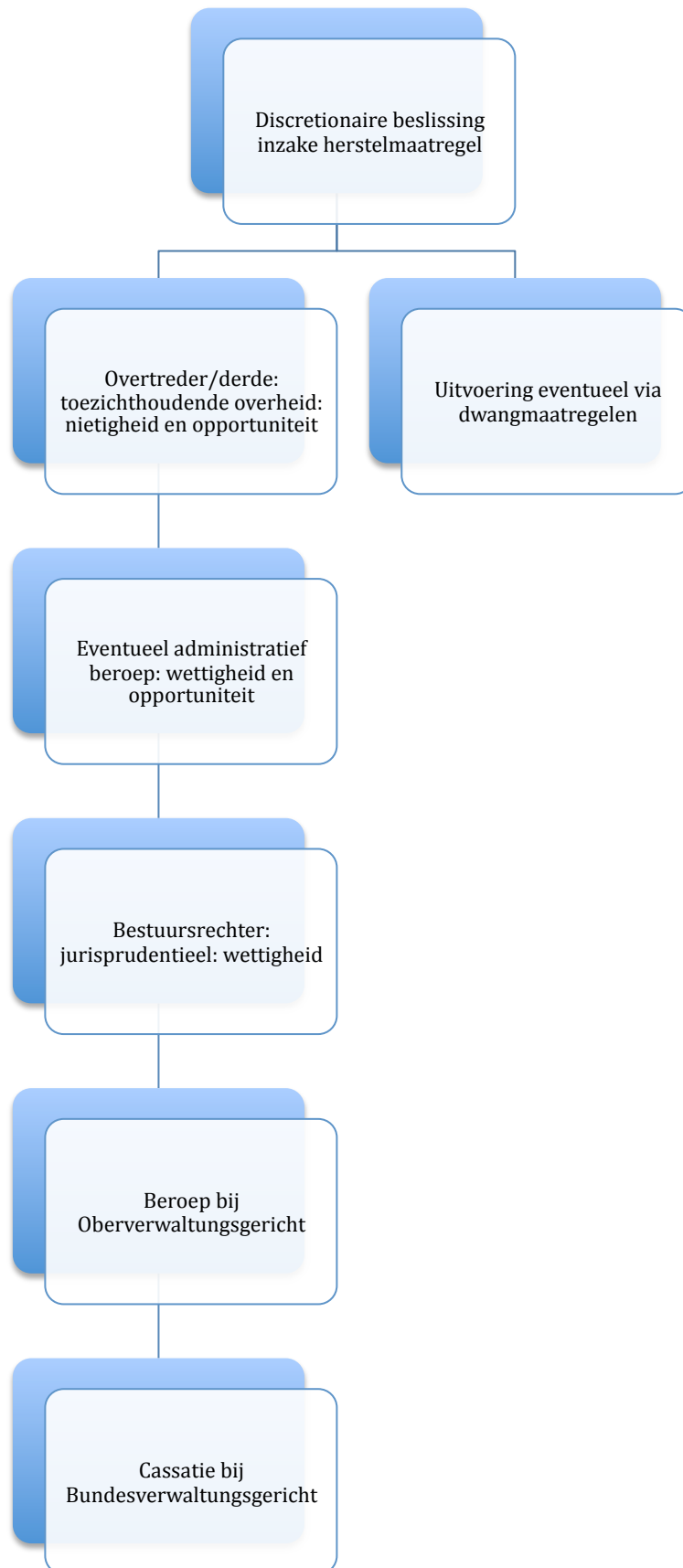
¹²⁴ J. Bohnert, *o.c.*, nrs. 531-541.

¹²⁵ J. Bohnert, *o.c.*, nr. 565.

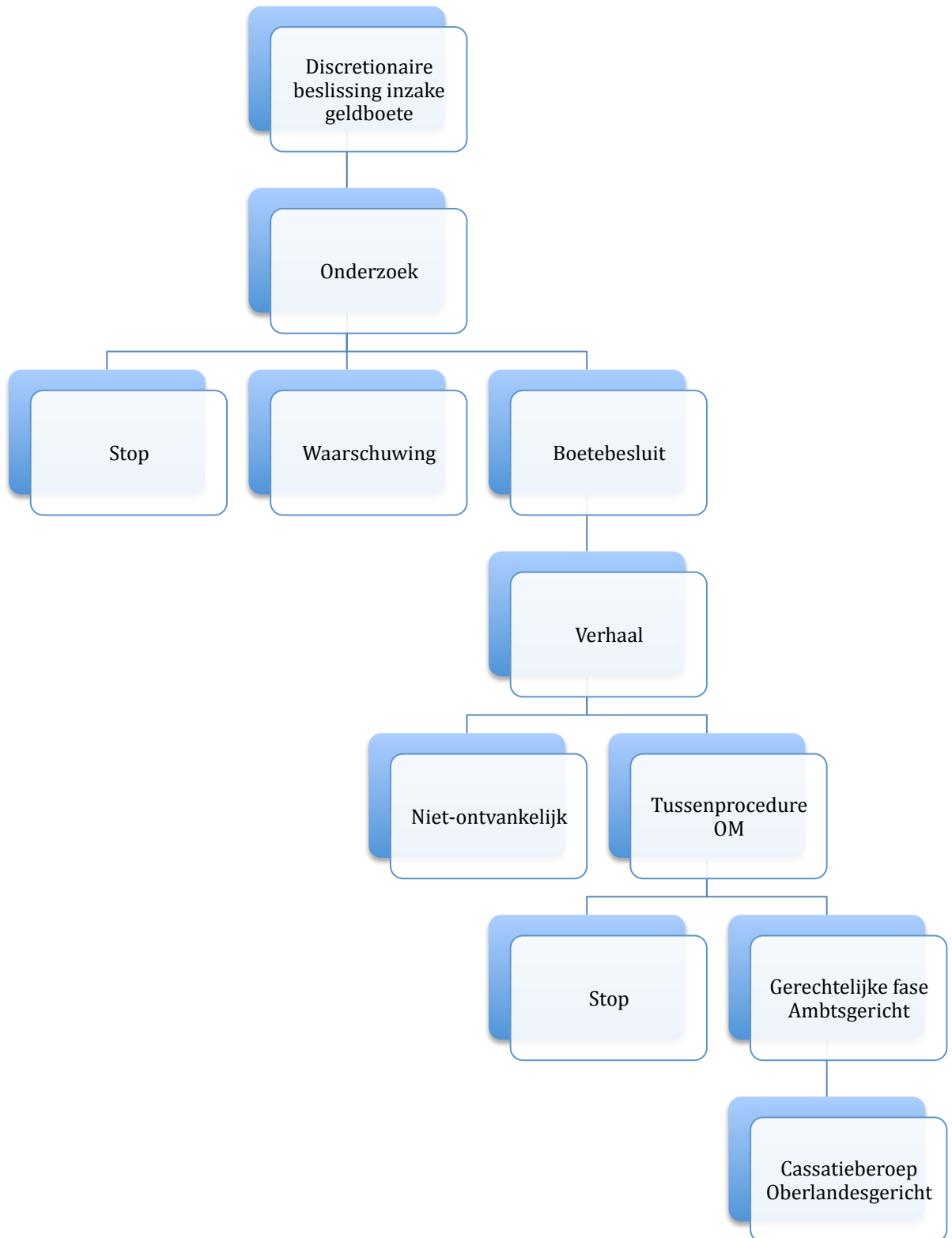
¹²⁶ Zie J. Bohnert, *o.c.*, 115-127.

¹²⁷ K. Finkelnburg, M. Ortloff en C-W. Otto, *Öffentliches Baurecht, Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, 194.

Detail HERSTEL



Detail BOETE



3.1.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model

a. voordelen

In het Duitse recht beschikt het bestuur over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid. Dit kan men enerzijds als positief bevinden in de mate het toelaat dat voor relatief lichte zaken, waarbij de impact op de ruimtelijke ordening zeer gering is, geen hele procedure moet worden opgestart. Anderzijds laat het ook de mogelijkheid open voor het bestuur om niet op te treden zelfs voor zwaardere gevallen. Dit laat zich meer voelen op het niveau van de herstelmaatregelen. De discretionaire invulling zorgt er echter ook voor dat er veel ruimte is voor onderhandeling.

Het subsidiariteitsbeginsel wordt sterk doorgetrokken. De lokale besturen zijn het zwaartepunt voor de handhaving, zowel voor de handhaving bij wege van herstel, als bij wege van sanctie. Weliswaar dient onder de term lokale besturen te worden verstaan ofwel een samenwerkingsverband (*Kreis*) van kleine gemeenten, ofwel een grotere stad.

Het Duitse recht kent een ruim spectrum aan mogelijke op te leggen herstelmaatregelen en sancties. Dit laat toe om in functie van de onwettigheid een proportionele en gepaste maatregel toe te passen. Het Duitse systeem laat daarenboven toe handhavend op te treden voor de toekomst via de herstelmaatregelen en sanctionerend op te treden voor het verleden. Het opleggen van een sanctie kan het afdwingbaar karakter van de opgelegde herstelmaatregel verhogen. Het bestaan van een afzonderlijke sanctie laat ook toe te handelen tegen gevallen wanneer de onwettige toestand is verholpen of beëindigd.

Het geijkte dwangmiddel van de overheid is de rechtsdwang (*Ersatzvornahme*). Dit heeft als voordeel dat het bestuur zelf het initiatief neemt om te handhaven en dat op directe wijze wordt gehandhaafd.

b. nadelen

Het Duitse recht is complex. Het Duitse recht regelt tot in de details de verschillende maatregelen en sancties en vervolgens de diverse procedureregels. Dit hoeft geen nadeel te zijn in de mate dat daarmee voor alle mogelijke gevallen een wettelijke oplossing voorhanden is. Gezien het bestaan van twee afzonderlijke trajecten (herstel/boete) wordt hetzelfde ambtelijk apparaat geconfronteerd met diverse regels.

In het sanctietraject is een duidelijke functiescheiding tussen de vaststeller en diegene die de beslissing neemt nog niet overal doorgevoerd. Niettemin gaan er stemmen op om de beslissing te laten nemen door een leidende ambtenaar.

De mate waarin onwettige situaties geregulariseerd kunnen worden, zou een invloed kunnen hebben op de handhaving. Empirische studies op dit punt zijn ons echter niet bekend.

Het inzetten van rechtsdwang heeft een aanzienlijke financiële impact. Ook moet voldoende personeel worden ingezet. Dit impliceert m.a.w. dat het bestuur de nodige middelen voorziet of kan voorzien om te handhaven. In de onderzochte deelstaten is ons hier geen probleem terzake gemeld.

Het bestaan van twee afzonderlijke trajecten (herstel en sanctie) zorgt m.b.t. het zwijgrecht, dan wel de medewerkingsplicht voor een moeilijke afbakening.

3.2. Nederland

3.2.1. Algemeen

Het Nederlands recht¹²⁸ kent in beginsel nog steeds twee naast mekaar bestaande vormen van handhaving. Er is enerzijds de bestuurlijke handhaving en anderzijds bestaat nog steeds een strafbaarstelling van bepaalde misdrijven in het kader van het omgevingsrecht. De strafrechtelijke handhaving wordt echter zelden of nooit ingezet voor de ruimtelijke ordening. Dit is pas anders bij georganiseerde criminaliteit of samenhang met zware milieudelicten of milieudelicten die een impact hebben op de gezondheid of het leven van mensen. Een stedenbouwinbreuk vormt in dat soort gevallen dan soms een extra tenlastelegging . Voorbeelden van directe vervolgingen (in de gepubliceerde rechtspraak) ontbreken echter¹²⁹. Om opportuniteitsredenen besteedt het Openbaar Ministerie vrijwel geen aandacht aan de strafrechtelijke handhaving van ruimtelijke ordening en stedenbouw.¹³⁰ Mede hierom zal hierna enkel ingegaan worden op de bestuurlijke handhaving.

De uittekening van de concepten van bestuurlijke handhaving speelt zich uiteraard af tegen de typische achtergrond van het Nederlands bestuursrecht. Nederland kent een Algemene wet bestuursrecht (Awb) waar in het algemeen bestuurs(proces)rechtelijke regels en ook regels inzake bestuurlijke handhaving worden bepaald.

Inzake bestuurlijke handhaving van de ruimtelijke ordening dient te worden onderstreept dat ruimtelijke ordening op dit ogenblik ten volle deel uitmaakt van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)¹³¹. In deze wet wordt inzake bestuurlijke handhaving expliciet verwezen naar de Awb. om de wijzen van bestuurlijke handhaving vast te stellen. Er wordt echter geen noodzakelijke wettelijke grondslag verleend om een bestuurlijke boete op te leggen. Dat betekent meteen ook dat die punitieve bestuurlijke sanctie niet kan worden opgelegd.

¹²⁸ Zie nader Bijlage 1, Deel III, p. 40-61.

¹²⁹ Dit werd bevestigd door diverse praktijkbronnen als door de consultatie van de belangrijkste rechtspraakbron www.rechtspraak.nl (uiteraard staat hier enkel de geselecteerde gepubliceerde rechtspraak in opgenomen en niet alle vonnissen en arresten, niettemin geeft dit een bijkomende indicatie). Het onderzoek heeft echter niet kunnen aantonen of het openbaar ministerie deze houding (langzamerhand) heeft aangenomen als reactie op de invoering van een bestuurlijk handhavingssysteem, dan wel of dit in onderlinge afspraak is geweest om nooit het strafrechtelijke handhavingssysteem in te zetten tenzij samenhang met andere strafbare feiten.

¹³⁰ P. De Haan, T.G. Drupsteen, R. Fernhout , *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat: deel 2: bestuurshandelingen en waarborgen*, Kluwer, Deventer, 1998, 427.

¹³¹ Zie J.H.G. Van den Broeck, *Wegwijzer Wabo en omgevingsvergunning*, Deventer, Kluwer, 2011.

De vaststelling van de inbreuken gebeurt in beginsel door de ambtenaren die speciaal daartoe aangesteld worden¹³². Het toezicht en de handhaving van inbreuken inzake ruimtelijke ordening komt in Nederland in beginsel toe aan de lokale besturen¹³³, waarbij vooral de gemeenten een sleutelrol spelen. Concreet betekent dit dat de gemeenten telkens minstens één personeelslid aanwijzen dat toezicht dient uit te oefenen over eventuele inbreuken op de Wabo. Zij worden voor de handhavingstaken bijkomend gefinancierd door o.m. het Gemeentefonds. De gemeenten stellen daarenboven een plan op inzake hun handhavingsbeleid, overeenkomstig het Besluit Omgevingsrecht van 25 april 2010. Hierbij tekenen zij hun prioriteiten uit met betrekking tot de wijze waarop zij wensen te handhaven. Het lokaal bestuur bepaalt dus zelf de prioriteiten inzake handhaving wat een discretionaire bevoegdheid impliceert. Het beschikt over een relatief grote autonomie en zelfstandigheid. In de praktijk blijkt bovendien ook een zekere ruimte voor onderhandelingen als gevolg van het vaststellen van prioriteiten. Artikel 7.4 van het Besluit Omgevingsrecht stipt duidelijk aan dat de inzet van personeel inzake milieuhandhaving expliciet dient te worden meegenomen in de nota die de prioriteiten inzake handhaving vastlegt. Er staat ook te lezen dat er dient te worden over gewaakt dat niet steeds dezelfde ambtenaar inbreuken dient vast te stellen bij een zelfde overtreder. De centrale overheid beschikt in beginsel niet over de bevoegdheid om handhavingssancties op te leggen. Wel kan de centrale overheid, op basis van artikel 5.3 van de Wabo algemene maatregelen van bestuur uitvaardigen die dienen te worden gerespecteerd. Weliswaar hebben de gemeenten tevens ook een beginselplicht tot handhaven met betrekking tot het opleggen van herstelmaatregelen. Deze beginselplicht tot handhaven staat uiteraard op gespannen voet met de prioriteiten die de gemeente aanstipt inzake handhaving.¹³⁴

Inzake vaststellingen van inbreuken bepaalt de Wabo dat de procedure tot vaststelling kan worden opgestart *ex officio* door de daartoe bevoegde ambtenaren¹³⁵ of zoals hierna zal worden toegelicht door een derde-belanghebbende. Het bestuursorgaan (zijnde het College van Burgemeester en Wethouders) moet de overtreder schriftelijk ter kennis brengen van haar voornemen en aangeven dat het bestuur zelf, na het verstrijken van een termijn waarbinnen de overtreder de illegale situatie kan beëindigen, zal overgaan tot het opleggen van de dwangmaatregel. De last wordt dus schriftelijk

¹³² Art. 5.10 en 5.11 Wabo; zie A. Blomberg, "De handhaving" in F.C.M.A. MICHIELS en E.R. MULLER, *Handhaving: bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2006, 26.

¹³³ Zie o.m. artikel 5.34 van de Awb juncto artikel 125 van de Gemeentewet.

¹³⁴ Rapport Nederlandse Ombudsman "Herstellend handhaven", 2010, 23 te raadplegen op <http://www.nationaleombudsman.nl/sites/default/files/rapport2010-235.pdf>

¹³⁵ Zie F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauvé, "De praktijk van de last onder dwangsom", *Milieu & Recht*, 2010/2, 69-71

gegeven.¹³⁶ De maatregel wordt opgelegd per beschikking, dit is een eenzijdige beslissing van het bestuur.

Inzake ruimtelijke ordening kent men op dit ogenblik twee vormen van bestuurlijke handhaving waarbij het bestuur dwangmaatregelen kan opleggen. Er kan ten eerste worden geopteerd voor last onder bestuursdwang en daarnaast bestaat de last onder dwangsom. Deze sancties moeten uiteraard het proportionaliteitsprincipe respecteren: ze mogen niet dieper ingrijpen en langer duren dan strikt noodzakelijk om de ongewenste situatie te doen beëindigen. De ongewenste situatie moet ook effectief tot een einde kunnen worden gebracht via de sanctie en het algemeen belang moet gebaat zijn bij het opleggen van de sanctie.¹³⁷ Vooraleer dwangmaatregelen in werking treden bestaat er meestal nog een begunstigingstermijn waarbinnen de mogelijkheid worden geschonken aan de overtreder om binnen een bepaalde termijn zijn overtreding ongedaan te maken.

Men spreekt van last onder bestuursdwang dan wel last onder dwangsom omdat meerdere inbreuken “belast” kunnen worden met één dwangsom of met één vorm van bestuursdwang. Uit een recente onderzoek van Michiels en Sauvé (gepubliceerd in het tijdschrift *Milieu & Recht* van 2009) blijkt dat er een grote voorkeur bij de bevoegde overheden bestaat om over te gaan tot last onder dwangsom. In de periode 2006-2008 werden er door de onderzochte 58 gemeenten, in het gehele milieurecht, 1459 dwangsbesluiten genomen tegenover slechts 70 besluiten tot last onder bestuursdwang.¹³⁸ Niettemin dient evenzeer te worden gewezen op de moeilijkheden die rijzen inzake de handhaving bij de kleinere gemeenten. In een rapport van de Nederlandse ombudsman wordt aangestipt dat Nederlandse gemeenten inzake capaciteit, deskundigheid en budget moeilijkheden ondervinden om zich van deze handhavende taak te kwijten.¹³⁹ Daarom dient een vorm van samenwerking tussen de gemeenten beoogd te worden in de toekomst.¹⁴⁰

¹³⁶ Artikel 5.9 Awb. Zie P.J.J. Van Buuren, “De administratieve sancties in Nederland – bijdrage van de Raad van State van Nederland”, in *Colloquium Administratieve sancties in België, Luxemburg en Nederland Vergelijkende studie*, Brussel, 21 oktober 2011, 59.

¹³⁷ T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel*, Rotterdam, Kluwer/Sanders-Instituut, 2002, 307.

¹³⁸ F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauvé, “De praktijk van de last onder dwangsom”, *Milieu & Recht*, 2010/2, 69.

¹³⁹ Rapport Nederlandse Ombudsman “Herstellend handhaven”, 2010, 23 te raadplegen op <http://www.nationaleombudsman.nl/sites/default/files/rapport2010-235.pdf>.

¹⁴⁰ Zie hierover de werkzaamheden van de commissie Herziening Handhavingssysteem VROM-regelgeving die adviseerde om 25 regionale uitvoeringsdiensten op te richten om de handhaving inzake ruimtelijke ordening te verbeteren. Het rapport uit 2008, getiteld “De tijd is rijp” is te vinden op <http://www.uitvoeringmetambitie.nl/bestanden/bestanden/1334913965.pdf>. Verscheidene regionale uitvoeringsdiensten (bijvoorbeeld in de provincies Gelderland en Noord-Brabant) zullen normaliter op 1 januari 2013 van start gaan.

Het meest ingrijpende handhavinginstrument ter beschikking van het bestuur in Nederland is de last onder bestuursdwang.¹⁴¹ De bestuursdwang is de meest directe bestuurlijke handhavingssanctie. Zoals hierboven beschreven, blijkt zij minder frequent gebruikt te worden dan de dwangsom inzake milieuhandhaving en inzake ruimtelijke ordening.¹⁴² Artikel 5.21 Awb omschrijft bestuursdwang als: “*het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten*”. De bestuursdwang is het eigenhandig optreden van het bestuur om de illegale situatie te doen beëindigen nadat de overtreding heeft plaatsgevonden, zoals bijvoorbeeld het afbreken van een zonder stedenbouwkundige vergunning opgericht bouwwerk. De last onder bestuursdwang impliceert dat de onwettigheid ongedaan dient te worden gemaakt door de overtreder zelf. Zoniet komt het bestuur tussen en neemt het zelf de nodige maatregelen om een einde te stellen aan de inbreuk. De kosten daarvoor kunnen verhaald worden op de overtreder.¹⁴³

De last onder dwangsom wordt frequenter opgelegd en dwingt de overtreder om de overtreding ongedaan te maken onder last van een dwangsom die hij dient te betalen indien hij zulks niet doet. De last onder dwangsom kan worden opgelegd onder last per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, per keer dat de last overtreden wordt dan wel als bedrag ineens.¹⁴⁴ De vastgestelde bedragen moeten wel in redelijke verhouding staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.¹⁴⁵ Er wordt dus met andere woorden een sterke financiële prikkel verbonden aan het niet beëindigen van de onwettige situatie.

De studie van Michiels en Sauv e toonde aan dat in een krappe meerderheid van de gevallen de dwangsom werd opgelegd per tijdseenheid (54%), terwijl in een grote minderheid geopteerd voor een dwangsom per overtreding (44%). Slechts in uitzonderlijke gevallen werd geopteerd voor een bedrag ineens (2%). Er bestaat ook de mogelijkheid om na het verbeuren van een dwangsom ineens een nieuwe dwangsom op te leggen als de overtreding voortduurt. Dit kan uiteraard ook telkens een nieuwe inbreuk voorkomt. Op die wijze kan de druk via (verhoogde) dwangsommen worden opgevoerd.

¹⁴¹ Parl. St. Tweede Kamer, 1996-1997, 24699, nr. 5, 9.

¹⁴² F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauv e, “De praktijk van de last onder dwangsom”, *Milieu & Recht*, 2010/2, 69.

¹⁴³ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 985.

¹⁴⁴ P.J.J. Van Buuren, “De administratieve sancties in Nederland – bijdrage van de Raad van State van Nederland”, in *Colloquium Administratieve sancties in België, Luxemburg en Nederland Vergelijkende studie*, Brussel, 21 oktober 2011, 62.

¹⁴⁵ Artikel 5.32b Awb. Voor voorbeelden zie ABRvS 19 september 1996, nr. H01.95.0638; ABRvS 9 maart 2011, nr. 201007005/1/H1.

Zowel de bestuursdwang als ook de dwangsom gaat (meestal) gepaard met een zogenaamde begunstigingstermijn. Deze termijn is de periode waarover een overtreder beschikt om zijn overtreding ongedaan te maken.¹⁴⁶ Dit betekent dat indien een overtreder werkelijk tijd nodig heeft om zijn overtreding ongedaan te maken hij in realiteit dient te kunnen beschikken over een zekere termijn (de begunstigingstermijn) om zulks ook werkelijk te doen.¹⁴⁷

De hoogte van de dwangsom moet proportioneel zijn met de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de sanctie (zie artikel 5.32 lid 3 Awb). Wel dient een maximumbedrag te worden aangestipt door de gemeente van welke dwangsom ten hoogste kan worden ingevorderd¹⁴⁸. In beginsel wordt de dwangsom van rechtswege verbeurd op het ogenblik dat de overtreder niet voldaan heeft aan de last. Als de begunstigingstermijn is afgelopen en er nog steeds een overtreding bestaat, wordt de dwangsom meer bepaald van rechtswege verbeurd. Er hoeft niet noodzakelijk een beschikking te worden genomen (zie artikel 5.37 Awb) maar als de belanghebbende erom verzoekt dient de beschikking wel te worden gegeven. Dit geldt logischerwijze ook op het ogenblik dat het bestuur de dwangsom wil invorderen.¹⁴⁹ Om over te gaan tot invordering, bepaalt de Awb (sinds de vierde tranche van 2009) dat er eerst een aanmaning moet gebeuren. Is twee weken na de aanmaning nog niet betaald, kan een dwangbevel worden uitgebracht. Dit dwangbevel kan niet (meer) worden aangevochten met een verzet met schorsende werking door de overtreder. De overtreder kan immers de invorderingsbeschikking aanvechten. De dwanginvordering kan, als gevolg daarvan, pas plaatsvinden op het ogenblik dat de schuld bij beschikking is vastgesteld. Er is tevens een vervaltermijn bepaald om de dwangsom in te vorderen. De dwangsom kan enkel worden ingevorderd binnen het jaar nadat de dwangsom is verbeurd. Hierbij dient er te worden op gewezen dat het niet invorderen van de dwangsom kan wijzen op het bestaan van een zekere mate van feitelijk gedogen. Dit feitelijk gedogen kan nu worden doorbroken doordat een beschikking dient te worden uitgevaardigd door de overheid waarop een (derde-) belanghebbende zich kan beroepen om een bestuursrechtelijke procedure in te stellen om de invordering van de dwangsom af te dwingen.

De dwangsom is niet altijd een effectief dwangmiddel. Het bestuur kan immers enkel de overtreder een dwangsom opleggen. Om die reden is het in stand houden van een bouwovertreiding thans evenzeer als de overtreding zelf sanctioneerbaar. Het is een zaakgebonden overtreding geworden. Zoniet kon immers niet worden opgetreden tegen de overtreding zelf. De zogenaamde *Benckiser-*

¹⁴⁶ P. De Jong, "De begunstigingstermijn bij dwangsom", *Milieu & Recht*, 1995/2, 30.

¹⁴⁷ F.C.M.A. Michiels, E. Niemeijer, C.T. Nijenhuis, *Wie is er bang van de dwangsom?*, Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, Ministerie VROM, Den Haag, 1994.

¹⁴⁸ F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauvé, "De praktijk van de last onder dwangsom", *Milieu & Recht*, 2010/2, 70.

¹⁴⁹ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 1000.

zaak zorgde hierbij voor een belangrijk ijkpunt. In deze milieuzak trachtte men de firma Benckiser aansprakelijk te stellen voor het niet correct uitvoeren van een opdracht door een aannemingsbedrijf inzake de stockering van gevaarlijk stoffen voor het milieu. Dit bleek niet mogelijk omdat het bedrijf Benckizer zelf niet in de fout was gegaan, maar de last onder bestuursdwang kon niet worden opgelegd aan het ander bedrijf omdat dat bedrijf bankroet was.¹⁵⁰

3.2.2. Waarborgen

De overtreder kan bij het bestuur dat de dwangsom heeft opgelegd verzoeken om haar te laten opheffen, de looptijd op te schorten of de dwangsom te laten verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke onmogelijkheid (geheel of ten dele) voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen. Hij heeft echter de verplichting om tijdens de procedure van bestuurlijke handhaving mee te werken en informatie te verstrekken. De toezichthouders zijn, overeenkomstig artikel 5.16 van de Awb, immers bevoegd om alle nuttige inlichtingen te vorderen. Tegen de beschikking die de geldelijke schuld vaststelt (de zogenaamde invorderingsbeschikking) kan de overtreder een bezwaar indienen (zie infra) waarna hij ook beroep kan instellen bij de bestuursrechter.¹⁵¹

Inzake de bestuursdwang geldt voor de rechtsbescherming een soortgelijke regeling als voor de beschikking houdende last onder dwangsom. Voor beide soorten van beschikkingen dient tevens te worden gewezen op de rol van de hoorplicht. Elke belanghebbende dient, overeenkomstig artikel 4.8. Awb, immers te worden gehoord vooraleer het bestuur kan overgaan tot het nemen van een beschikking houdende een last onder dwangsom dan wel een beschikking houdende een last onder bestuursdwang.

Ook is er aandacht voor derde-belanghebbenden¹⁵². De discretionaire bevoegdheid van het bestuur wordt enigszins beperkt doordat derde-belanghebbenden (die op basis van het afstands- en het zichtcriterium kunnen doen blijken van een belang) een verzoek tot handelen t.a.v. het bestuur kunnen indienen. Het bestuur heeft in dat geval een beginselplicht tot handhaven¹⁵³, behalve indien er nog uitzicht op legalisatie bestaat (wat meteen ook ruimte kan creëren voor een zekere

¹⁵⁰ J.-M. Van Dunne, *Normatief uitgelegd*, Deventer, Kluwer, 2006, 196-197.

¹⁵¹ F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauvé, "De praktijk van de last onder dwangsom", *Milieu & Recht*, 2010/2, 76.

¹⁵² De term "belanghebbende" dient hier te worden begrepen in het licht van artikel 1.2 van de Algemene wet bestuursrecht (hiern ook Awb), met name diegene wiens belangen zijn geschaad door het besluit dat wordt genomen. De belanghebbende wordt beoordeeld op basis van het zogenaamde afstand- en zichtcriterium (R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 182-184).

¹⁵³ Zie Afd. Bestuursrechtspraak RvS, 7 juli 2004, nr. 200306199/1. Te raadplegen op http://www.raadvanstate.nl/uitspraken/zoeken_in_uitspraken; zie ook Afd. Bestuursrechtspraak RvS, 21 juli 2004, AB, 2004, met noot J. STRUIKSMA en Afd. Bestuursrechtspraak RvS, 5 april 2006, AB, 2006, 207 met noot F. Vermeer.

onderhandeling over een hangende aanvraag tot vergunning) en behalve indien het werkelijk gaat om minieme inbreuken waarbij optreden onevenredig zou zijn¹⁵⁴. Tegen een gedoogbeschikking kan de derde-belanghebbende ageren¹⁵⁵.

Een derde-belanghebbende kan ook om een invorderingsbeschikking van een dwangsom verzoeken. Deze wijziging is voornamelijk ingevoerd om de praktijk van de zogenaamde “papieren” dwangsommen te kunnen doorbreken. Er bestonden immers wel opgelegde maar nooit ingevorderde dwangsommen. Dit werd beschouwd als een feitelijk gedoogbeleid dat nu doorbroken kan worden door een derde-belanghebbende.¹⁵⁶

3.2.3. Rechtsmiddelen

Eventuele geschillen over die handhavingsmaatregel kunnen worden voorgelegd aan de bestuursrechter via de typisch Nederlandse bestuursprocesrechtelijke procedure. De bestuursrechtelijke procedure in Nederland voorziet dat er eerst een bezwaar wordt ingediend bij de overheid die de bestreden beslissing zelf heeft genomen. Datzelfde bestuur dient dan de zaak in heroverweging te nemen. Op basis daarvan kan het bezwaar (gedeeltelijk) gegrond worden verklaard. Hierbij dient, zowel ten aanzien van de last onder dwangsom als ten aanzien van de last onder bestuursdwang, in herinnering te worden gebracht dat de belanghebbende bij een bezwaarschrift in beginsel steeds dient te worden gehoord.¹⁵⁷ Indien dit niet het geval is, staat voor de betrokkene een beroep open bij de bestuursrechter. Dat is de rechtbank bestuursrecht van het betrokken arrondissement. Tenslotte kan een hoger beroep bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarna kan eventueel voor welbepaalde zaken (die een band met fiscale elementen of met onteigeningen hebben) een cassatievoorziening worden ingeleid bij de Hoge Raad.

Uit het onderzoek van Michiels en Sauv e blijkt dat het aantal procedures om een dwangsom aan te vechten beperkt is. Zij concluderen dat slechts 3.5 % van de dwangsommen finaal wordt aangevochten voor de Raad van State en dat slechts 2% sneuvelt. Ook het aantal bezwaren bij de lokale besturen ligt laag.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Y. Van Setten, *Toezicht en handhaving, hoofdstuk 5 Awb.*, Deventer, Kluwer, 2004, 59-60.

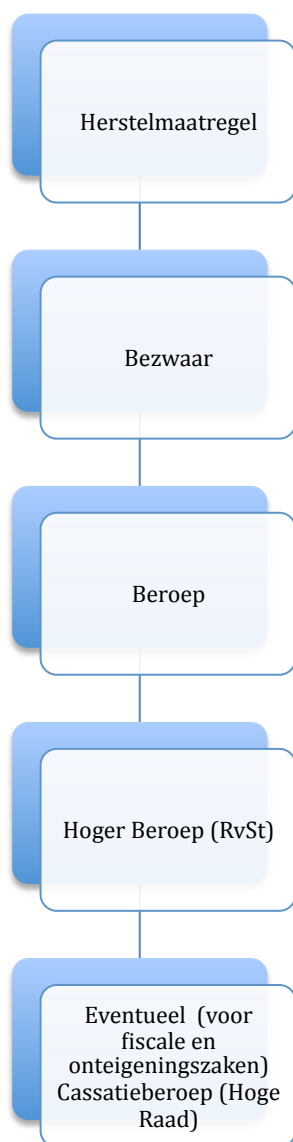
¹⁵⁵ Afd. Bestuursrechtspraak RvS, 14 januari 2004, AB, 2004, 242 noot F. Vermeer.

¹⁵⁶ R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 1001.

¹⁵⁷ G.A.C.M. Van Ballegooij, T. Barhuijsen, W. Den Ouden, J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer, Kluwer, 2008, 205.

¹⁵⁸ F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauv e, “De praktijk van de last onder dwangsom”, *Mileu & Recht*, 2010/2, 74.

3.2.4. Model



3.2.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model

a. voordelen

In het Nederlandse recht beschikt het bestuur over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid. Hierbij kan nuttig verwezen worden naar wat opgemerkt werd t.a.v. het Duitse model. De discretionaire invulling zorgt er ook hier voor dat er veel ruimte is voor onderhandeling. Er is echter een belangrijk verschil op te merken. Het bestuur heeft een beginselplicht tot handhaven, wat vooral tot uiting komt bij een verzoek tot handelen door een derde-belanghebbende. Deze kan het bestuur op die wijze in principe dwingen tot handelen. Daarnaast dienen de besturen jaarlijks hun prioriteiten uit te tekenen met betrekking tot hoe en wat ze willen handhaven.

Ook in Nederland ligt het zwaartepunt van de handhaving bij de lokale besturen. In tegenstelling tot Duitsland zijn kleinere gemeenten wel als dusdanig bevoegd. Uit het rapport van de ombudsman blijkt dat dit soms aanleiding geeft tot een ernstig handhavingstekort.

De functies van vergunningverlening en toezicht zijn duidelijk van elkaar gescheiden. Er zijn ambtenaren specifiek belast met het toezicht. De uiteindelijke beslissing om een handhavingsmaatregel op te leggen berust in principe bij het College van Burgemeester en Wethouders. Dit kan een nadeel zijn in de mate dat gemeenten een zwakke handhavingsspolitiek voeren, gezien ze ook zelf hun prioriteiten bepalen.

Het Nederlandse recht is in vergelijking met het recht van de andere onderzochte landen niet zo complex. Dit heeft ook te maken met de afwezigheid van administratieve geldboeten.

b. nadelen

Er bestaat een ruim arsenaal om onwettige situaties te legaliseren (lees regulariseren). De impact daarvan op de handhaving is moeilijk te bepalen wegens gebrek aan concrete cijfers.

Het inzetten van rechtsdwang heeft een aanzienlijke financiële impact. Wel kan men vaststellen dat diverse financieringsmechanismen op poten zijn gezet om de gemeenten te ondersteunen.

Nederland kent twee dwangmaatregelen, enerzijds de bestuursdwang en anderzijds de dwangsom. De Nederlandse gemeenten hebben een grote voorkeur voor de dwangsom omdat de bestuursdwang een weinig effectieve vorm van bestuurshandhaving is. Dit impliceert dat quasi

uitsluitend gehandhaafd wordt via de dwangsom, wat slechts een indirecte wijze van handhaven is. Dit veronderstelt een goede opvolging door het bestuur en het voeren van de nodige procedures.

In het Nederlandse systeem is het niet mogelijk om administratieve geldboeten op te leggen. Daarenboven wordt het strafrechtelijke handhavingsinstrument zelden of nooit aangewend. Het enige middel om het herstel te bereiken moet dus via de herstelmaatregelen plaatsvinden, zonder dat er een stok achter de deur aanwezig is.

3.3. Engeland

3.3.1. Algemeen

In Engeland¹⁵⁹ bestaan er 2 vormen van handhavingssystemen, waarbij in het ene systeem gewerkt wordt met directe en in het andere met indirecte misdrijven.

Het eerste genoemde is een zuiver strafrechtelijk handhavingssysteem. Het tweede genoemde is een systeem van gedeeltelijke depenalisering ten voordele van een bestuurlijke handhaving, bestaande uit twee fasen. De eerste fase is gericht op handhaving van de stedenbouwwetgeving (administratieve fase) en de tweede fase is gericht op bestraffing wegens het niet voldoen aan het handhavingsbesluit (strafrechtelijke fase). Administratieve boeten kunnen niet worden opgelegd, maar het strafrecht doet hier dienst als stok achter de deur.

Het systeem van gedeeltelijke depenalisering is georganiseerd rond verschillende handhavingbesluiten (*Enforcement Notice*, *Planning Contravention Notice*, *Breach of Condition Notice*, *Stop Notice* en de *Temporary Stop Notice*). Zulke handhavingbesluiten worden uitgevaardigd door het lokale bestuur en streven elk een eigen finaliteit na, waarbij algemeen gesteld als leidraad geldt dat de inbreuken “hersteld” dienen te worden.

De *Enforcement Notice* of *EN* is het bevel om de inbreuk of de aantasting van de omgeving te beëindigen of te herstellen. Dit is het meest gebruikte handhavingbesluit, omdat het de grootste actieradius bezit.¹⁶⁰ De *Planning Contravention Notice* of *PCN* is gericht op het bekomen van feitelijke informatie over te begane inbreuken of reeds begane inbreuken en wordt daarom niet aanzien als een handhavingmaatregel.¹⁶¹ De *Breach of Condition Notice* of *BCN* tracht een inbreuk op een voorwaarde of beperking in een reeds toegekend vergunning te herstellen.¹⁶² De *Stop Notice* of *SN*¹⁶³ en de *Temporary Stop Notice* of *TSN*¹⁶⁴ zijn te vergelijken met ons stakingsbevel.

¹⁵⁹ Zie nader Bijlage 1, Deel III, p. 62-140.

¹⁶⁰ S. 172-173 TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 353; Mackay of Clashfern, *Halsbury's law of England*, London, Lexis Nexis, 2010, vol. 82, 211 en 216; D. Millichap, *The effective enforcement of planning controls*, London, Butterworths, 1991, 85.

¹⁶¹ S. 171C (1) en (2) TCPA; Circular 10/97, enforcing planning control- legislative provisions and procedural requirements, annex 1, para 1.3; Mackay of Clashfern, *Halsbury's law of England*, London, Lexis Nexis, 2010, vol. 82, 209.

¹⁶² S. 187A TCPA.

¹⁶³ S. 183-187 TCPA.

¹⁶⁴ S. 171E-171H TCPA.

Dit systeem is georganiseerd op lokaal niveau, met coördinerende taken en de beroepsprocedure tegen zulk handhavingbesluit op centraal niveau. De lokale besturen halen hun inkomsten uit de retributies bij vergunningsaanvragen (inbegrepen de regularisatieaanvragen) en uit subsidies afkomstig van de centrale overheid, naargelang de prestaties.¹⁶⁵ Daarnaast zijn de kosten voor het nemen van handhavingmaatregelen te dragen door of te recupereren op de overtreder.¹⁶⁶ Hierbij valt vooral op dat de lokale besturen functioneren op een wijze die vergelijkbaar is met een privé bedrijf.

In de administratieve fase wordt het onderzoek, de vervolging en de sanctionering verricht door het lokale bestuur (met behulp buurtverenigingen, adviescomités m.b.t. beschermde gebieden en burgers d.m.v. klachten in de fase van de opsporing).¹⁶⁷

Bij de handhaving is er een ruime mate van beoordelingsvrijheid voor de lokale autoriteiten.¹⁶⁸ Het optreden van het bestuur wordt wel beheerst wordt door een aantal beginselen. Niet alleen zijn het proportionaliteitsbeginsel, evenredigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, het consistentiebeginsel en tal van andere beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing, maar de beslissing van de lokale besturen tot het nemen van een handhavingsmaatregel moet gemotiveerd worden.¹⁶⁹ Misbruik in hoofde van het lokale bestuur kan aangevochten worden voor de rechtbank.¹⁷⁰ Indien men de informatie verkregen uit een verhoor van de betrokkene wil gebruiken voor een navolgende strafvervolging, zal men een cautie moeten geven.¹⁷¹

Het wordt meestal als ongepast beschouwd handhavingsmaatregelen in te zetten voor triviale of technische inbreuken. Terughoudendheid is geboden wanneer het gewone huizen of kleinhandel betreft, tenzij de inbreuk een serieuze impact heeft op de omgeving.¹⁷²

¹⁶⁵ S. 177 TCPA en S. 177(5) TCPA, recentelijk gewijzigd door Localism Act, 2011; S. 303 TCPA; A. Le Sueur and M. Sunkin, *Public Law*, London, Longman, 1997, 71; Planning Advisory Service, *Planning Delivery Grant*, <http://www.pas.gov.uk/pas/core/page.do?pageld=12456>.

¹⁶⁶ Zie infra *direct action*, *injunction* en de strafvervolging.

¹⁶⁷ D. Millichap, *The effective enforcement of planning controls*, London, Butterworths, 1991, 20-21.

¹⁶⁸ J. C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, London, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 246; dit is ook te merken aan te bewoording 'the local planning authority *may* issue/serve' (172 TCPA; 187A(2) TCPA; S. 171E TCPA; S. 183 TCPA) en 'where it appears to them it is/if the local planning authority thinks it is /where the local planning authority considers it *expedient*' (zie S. 172 TCPA; 171E TCPA; S. 183 TCPA)

¹⁶⁹ S. 4(a) S.I. Town And Country Planning (Enforcement Notices and Appeals) (England), Regulations 2002, No. 2682; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 369 en 376; M. Fordham QC, *Judicial review handbook*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2008, P45-P63; D. Millichap, *The effective enforcement of planning controls*, London, Butterworths, 1991, 80.

¹⁷⁰ R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 379.

¹⁷¹ C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, London, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 249.

¹⁷² J. C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, London, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 246; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 363-364 en 376.

Er wordt dikwijls onderhandeld met de overtreder. De lokale autoriteiten hebben trouwens de plicht, alvorens een handhavingbesluit uitgevaardigd wordt, na te gaan of de situatie regulariseerbaar is.¹⁷³ Ook in de beroepsfase wordt er nog onderhandeld en betrokkene wordt aangemoedigd om alvorens beroep in te stellen, de zaak te bespreken. Het beroep dient als laatste redmiddel.¹⁷⁴ Het herstel van de inbreuk op de stedenbouwwetgeving (*enforcement*) en het bevorderen van de naleving van de regelgeving (*compliance*) is het doel, niet de sanctionering.¹⁷⁵

Er zijn twee termijnen van ‘verjaring’, namelijk vier jaar en tien jaar. Deze eerste termijn geldt zowel voor het uitvoeren van bouwwerken, technische werken, mijnbouw of andere werkzaamheden *zonder vergunning* als voor het wijzigen van het gebruik van een gebouw om als woning te dienen.¹⁷⁶ Voor alle andere inbreuken geldt een ‘verjaringstermijn’ van tien jaar.¹⁷⁷ Bovendien kan binnen een periode van vier jaar vanaf de kennisgeving van een *eerste EN*, een *tweede EN* of *BCN* worden uitgevaardigd. Deze bepaling is ingevoerd om te remediëren aan de (veel voorkomend) situatie waarin overtreders de geldigheid van de *EN* betwistten en zodoende de tijd te laten verstrijken.¹⁷⁸

Verder bestaat er een aparte regeling inzake verberging. Het lokale bestuur kan zich binnen een termijn van zes maanden¹⁷⁹ richten tot de strafrechter (*Magistrates’ Court*) voor een bevel tot handhaving (*planning enforcement order*) van de schijnbare inbreuk. Dit is zelfs mogelijk als de ‘termijn voor handhaving’ verstreken is of dreigt te verstrijken. De rechter zal het bevel uitschrijven indien het bewijs is geleverd dat de inbreuk opzettelijk verborgen werd en hij het bevel tot handhaving gerechtvaardigd acht.¹⁸⁰

De sterkte van het handhavingsbesluit is dat dit van kracht blijft, ook nadat het werd nageleefd. Zo heeft het ook uitwerking tegen een volgende eigenaar. Degene die eigenaar is op het moment van het verstrijken van de nakomingsperiode is primair verantwoordelijk voor het niet nakomen van de

¹⁷³ R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 363.

¹⁷⁴ Planning Inspectorate, *Making your appeal: How to complete your enforcement appeal form*, april 2012, 1, http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/enforcement_making_your_appeal.pdf.

¹⁷⁵ S. 173 (3) en (4) TCPA; Mackay of Clashfern, *Halsbury’s law of England*, London, Lexis Nexis, 2010, vol. 82, 216.

¹⁷⁶ S. 171B(1)-(2) TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 364-365; Mackay of Clashfern, *Halsbury’s law of England*, London, Lexis Nexis, 2010, vol. 82, 201.

¹⁷⁷ S. 171B(3) TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 364; Mackay of Clashfern, *Halsbury’s law of England*, London, Lexis Nexis, 2010, vol. 82, 201.

¹⁷⁸ S. 171D(4)(b) TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 365; Mackay of Clashfern, *Halsbury’s law of England*, London, Lexis Nexis, 2010, vol. 82, 202; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 399.

¹⁷⁹ Te rekenen vanaf de dag waarop voldoende bewijs van de (schijnbare) inbreuk ter kennis is gekomen.

¹⁸⁰ S. 177BA-177BC TCPA; recentelijk ingevoegd door Localism Act, 2011.

EN. Ook hij die het perceel bewoont of er belang in heeft, mag de activiteiten niet verderzetten of de verderzetting veroorzaken of toelaten. Zoniet is hij schuldig aan een misdrijf.¹⁸¹

Wat de uitvoering betreft geldt de strafvervolgning als een extra middel.¹⁸² Daarnaast heeft het lokale bestuur nog twee mogelijkheden om het handhavingbesluit te doen naleven, hetzij het terrein zelf betreden en de naleving verzekeren (*entry on land – direct action*) hetzij een gerechtelijk bevel (*injunction*) vragen aan de *High Court* of *County Court*.¹⁸³ Het voordeel bij dat laatste is dat deze actie enerzijds kan worden ondernomen ongeacht of het lokale bestuur haar handhavingbevoegdheden heeft uitgeoefend (deze actie is dus gericht op hetzij zware inbreuken, waarbij er geen tijd te verliezen is, hetzij bedoeld als back-up voor andere handhavingsmaatregelen) en anderzijds dat het tegen onbekende(n) kan worden uitgevaardigd en in uitgebreidere termen kan worden toegekend.¹⁸⁴ De kosten van de *direct action* zijn te recupereren op de eigenaar.¹⁸⁵ De kosten van de *injunction* zijn te dragen door de overtreder, indien het bevel tot handhaving wordt uitgeschreven.¹⁸⁶

Wat de organisatie van het bestuur betreft is er niet altijd een duidelijke scheiding tussen planning en handhaving. Uit de praktijk blijkt dat op lokaal niveau dit hetzij twee aparte afdelingen zijn onder leiding van één ambtenaar, die waar nodig samen werken, hetzij eenzelfde afdeling. De beroepsfase tegen het 'standaard' handhavingbesluit (EN) wordt georganiseerd op centraal niveau, namelijk het inspectoraat onder leiding van de staatsecretaris/minister.¹⁸⁷

3.3.2. Waarborgen

Behoudens het gegeven dat de betrokkene dikwijls informeel gecontacteerd zal worden door het bestuur (zie supra), geniet hij pas in het kader van de rechtsmiddelen waarborgen (zie infra).

Derden kunnen aangifte doen van feiten.¹⁸⁸ Bepaalde gemeenten voeren de politiek dat dit niet op anonieme wijze kan. Belanghebbenden kunnen de verschillende rechtsmiddelen m.b.t. de EN

¹⁸¹ S. 179 TCPA; Circular 10/97, enforcing planning control- legislative provisions and procedural requirements, annex 2, para 2.14; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 418.

¹⁸² S. 179 TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 387-390.

¹⁸³ S. 178 TCPA; S. 187B TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 387-388 en 390-392.

¹⁸⁴ S. 187B; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 391; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 425-426.

¹⁸⁵ Deze laatste dient desgevallend zelf de som te recupereren op de overtreder. (S. 178(1) en (3) TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 387-388).

¹⁸⁶ J. C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, London, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 252.

¹⁸⁷ S. 174-175 TCPA; Planning Inspectorate, *Procedural Guidance: Enforcement appeals and determination of appeal procedure*, PINS 02/2009, april 2010, 2, http://www.planningportal.gov.uk/uploads/pins/procedural_guidance_enforcement_appeals.pdf

¹⁸⁸ D. Millichap, *The effective enforcement of planning controls*, London, Butterworths, 1991, 20-21.

aanwenden (zie infra).¹⁸⁹ Theoretisch kunnen zij ook een strafprocedure starten, maar in de praktijk is dit zeer moeilijk.¹⁹⁰

3.3.3. Rechtsmiddelen

a. Bestuursrechtelijke procedure

Tegen het 'standaard' handhavingbesluit (*EN*) kan beroep worden ingesteld bij een centraal orgaan, het inspectoraat.¹⁹¹ In deze procedure geniet de betrokkene van een hoorrecht.¹⁹² De beslissingen van het inspectoraat worden ook gemotiveerd.¹⁹³ Tegen deze beslissingen kan verder beroep worden ingesteld bij de *High Court*, namelijk d.m.v. drie verschillende procedures. Twee procedures zijn specifiek door de stedenbouwkundige regelgeving gecreëerd.¹⁹⁴ Naargelang het type betwisting (ongeldigheid van de beslissing in beroep of rechtsvragen m.b.t. de beslissing in beroep), zal men de ene of de andere procedure aanwenden. Indien deze procedures met succes worden doorlopen, zal de beslissing worden teruggestuurd naar het inspectoraat voor nieuwe behandeling.¹⁹⁵ Naast deze twee procedures bestaat ook de mogelijkheid van *judicial review*, wat de gemeenrechtelijke beroepsprocedure is.¹⁹⁶ Het is in het Engelse administratief recht een fundamenteel controlemechanisme om machtsmisbruik door publiekrechtelijke organen te laten controleren door de rechtelijke macht.¹⁹⁷ Ook hier kan de zaak worden teruggestuurd naar het inspectoraat voor een nieuwe behandeling, waarbij rekening dient gehouden te worden met de uitspraak van de *High Court*.¹⁹⁸

¹⁸⁹ S. 174(1) TCPA; S. 288 TCPA; S. 289 TCPA; S. 285 (2) TCPA; J. C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, Londen, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 248; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 380, 386 en 575; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 369, 374 en 412.

¹⁹⁰ Law Commission, *Consents to prosecution*, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc255_Consents_to_Prosecution.pdf, 12-13.

¹⁹¹ S. 174-177 TCPA.

¹⁹² S. 175(3) TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 382; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 409.

¹⁹³ S. 15 en 16 S.I. Town and Country Planning (Enforcement) (Hearings Procedure), 2002, no. 2684; S. 20 S.I. Town and Country Planning (Enforcement) (Inquiries Procedure), 2002, no. 2685.

¹⁹⁴ Zie S. 288 TCPA en S. 289 TCPA.

¹⁹⁵ S. 289(4A) TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 386; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 374 en 413.

¹⁹⁶ De term "appeal" of hoger beroep in het Engelse recht is vanuit continentaal perspectief verwarrend omdat een "beroep" zowel een beroep over feiten en recht met hervormings-bevoegdheid kan betekenen, als een soort cassatieberoep beperkt tot een toetsing aan het recht. De procedure van *judicial review* is letterlijk een toets van de genomen beslissing. We geven de voorkeur aan de term "toets" omdat de handelingen slechts **op hun wettigheid worden getoetst**.

¹⁹⁷ M. Fordham QC, *Judicial review handbook*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2008, 2.1.

¹⁹⁸ V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 377.

De *High Court* beschikt niet over volle rechtsmacht in die zin dat de *High Court* slechts over een marginaal toetsingsrecht beschikt en ze haar beslissing niet in de plaats kan stellen van de betwiste beslissing. Doch gezien de quasi gerechtelijke procedure voor het inspectoraat en de grote mogelijkheid om de beslissing te betwisten op allerlei gronden (zowel feitelijke als rechtsgronden), werd deze procedure in haar geheel als conform bevonden aan artikel 6 EVMR¹⁹⁹.

Tegen de *Planning Contravention Notice* staat geen beroep open, doch betrokkene kan de mogelijkheid krijgen om suggesties te doen hoe hij aan de situatie tegemoet wil komen.²⁰⁰ Wat betreft de *Breach of Condition Notice* kan men hetzij de vergunning, nadat deze werd verkregen, en de eraan verbonden voorwaarden betwisten hetzij *judicial review* (de gemeenrechtelijke “beroepsprocedure”) instellen na het ontvangen van deze *notice*.²⁰¹ Deze laatste procedure kan ook ingesteld worden om een *Stop Notice of Temporary Stop Notice* te betwisten.²⁰²

b. Navolgende strafprocedure

Het niet voldoen aan het handhavingbesluit, vormt een indirect misdrijf, waarbij het lokaal orgaan de strafprocedure dient in te leiden.²⁰³ Dat is echter uitzonderlijk en geldt als stok achter de deur. Het waarborgt mee de effectiviteit van het systeem.²⁰⁴ Wat betreft de straffen die de strafrechter kan opleggen, is de gevangenisstraf de uitzondering en de relatief hoge geldboete de regel. Er bestaan straftoemingsrichtlijnen die de rechters helpen bij het bepalen van de hoogte van de geldboete bij concrete stedenbouwinbreuken.²⁰⁵

Tegen de beslissing van de strafrechter kunnen de gemeenrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend²⁰⁶. Van zodra voorafgaand hoger beroep of *judicial review* voorafgaand aan de strafprocedure werd ingesteld, kan de legaliteit van de *EN* niet meer worden betwist voor de strafrechter.²⁰⁷ Bij *PCN*, *BCN*, *SN* en *TSN* is een verweer op de wettigheid voor de strafrechter

¹⁹⁹ Zie EHRM Bryan tegen. Verenigd KoninkrijkUK, 22 november 1995; R. Drabble QC, J. Maurici and T. Buley, *Local Authorities and Human Rights*, Oxford, University Press, 124.

²⁰⁰ S. 171C TCPA; J. C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, London, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 243-244; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 355-357; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 393-394.

²⁰¹ J. C. Blackhall, *Planning Law and Practice*, Londen, Cavendish Publishing Ltd, 2005, 245 en 255.

²⁰² Circular 10/97, enforcing planning control- legislative provisions and procedural requirements, annex 3, para 3.13.; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 395 en 397.

²⁰³ R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 357-358, 360-362, 388, 395 en 398.

²⁰⁴ D. Millichap, *The effective enforcement of planning controls*, London, Butterworths, 1991, 209-210.

²⁰⁵ M. Hannibal en L. Mountford, *Criminal litigation*, Oxford University Press, 2007, 397; zie ook nader *Archbold Magistrates' Court Criminal Practice*, 2012, nr. 22-9; www.sentencingcouncil.org.uk.

²⁰⁶ J. Sprack, *Criminal procedure*, Oxford, 2006, 520-524, nr. 27.31 en 44, nr. 27.27-29 en 481-511.

²⁰⁷ R. v Wicks, House of Lords, [1997] All ER 801.

mogelijk.²⁰⁸ Behoudens uitzonderlijke gevallen, wordt de behandeling van de strafzaak niet uitgesteld in afwachting van de uitkomst van een aanvraag tot regularisatievergunning.²⁰⁹

In de strafrechtelijke fase geldt een verjaringstermijn van zes maanden in geval van de lichtste inbreuken²¹⁰ In de andere gevallen is er geen verjaringstermijn.²¹¹ Bij overschrijding van de redelijke termijn zal de sanctie o.m., naargelang het geval, de niet-ontvankelijkheid, de strafvermindering of een schadevergoeding zijn.²¹²

De strafrechter kan echter geen herstelmaatregel opleggen of bevelen dat het handhavingsbesluit wordt uitgevoerd. Daartoe dient het lokale orgaan wederom een initiatief te nemen. Bij hardnekkige overtreders kon dit voorheen uitlopen op een heen en weer spel, waarbij de strafrechter de omvang van de boete steeds opdreef in de hoop dat de overtreder een einde zou stellen aan de wederrechtelijke situatie. Aan deze problematiek is nu tegemoetgekomen door de *direct action*, de *injunctio* en de mogelijkheid tot voordeelsontneming.²¹³

²⁰⁸ House of Lords, [1997] All ER 801, Lord Hoffman, p. 817, f; QB, Divisional Court, *Dilieto v Ealing LBC*, [2000] Q.B. 381, [1998] 3 W.L.R. 1403, [1998] 2 All E.R. 885, [1998] 2 P.L.R. 98, [1998] P.L.C.R. 212.

²⁰⁹ V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 419.

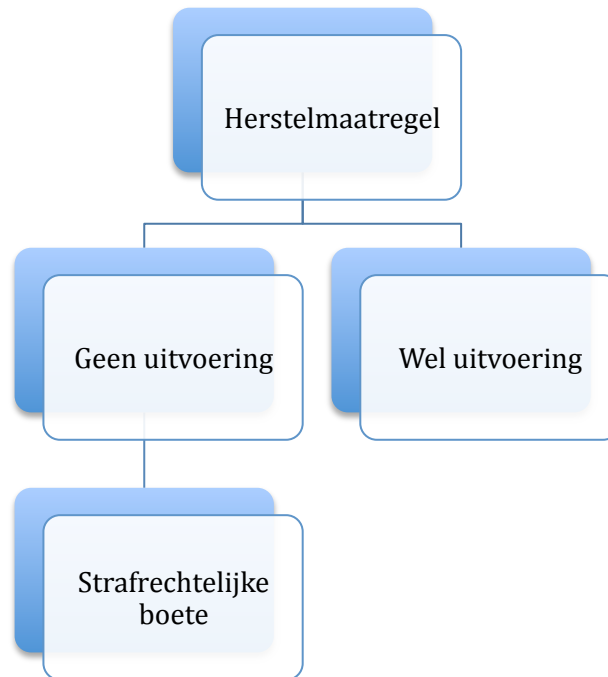
²¹⁰ *Blackstone's Criminal Practice*, nr. D2.14 en D3.58.

²¹¹ *Blackstone's Criminal Practice*, 2011, nr. D2.14 en D3.58; Code for Crown Prosecutors, § 4.17 (f).

²¹² *Archbold Criminal pleading, evidence and practice*, 2007, 16-73, p. 1718; House of Lords *A-G Ref. (no. 2 of 2001)* [2004] 2 AC 72, Lord Bingham, § 24; vgl. B. Emmerson en A. Ashworth, *Human rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, 354-357.

²¹³ S. 178(1)-(3) TCPA; S. 187B TCPA; R. Duxbury, *Planning law and procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 387-388 en 390; V. Moore, *A practical approach to planning law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 425.

3.3.4. Model



3.3.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model

a. voordelen

Het Engelse lokale bestuur beschikt over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid die echter beperkt wordt enerzijds door de beginselen van redelijkheid, gelijkheid en consistentie en anderzijds door het bestaan van een prioriteitennota opgesteld door het centrale gezag. Ook in de Engelse praktijk wordt veel ruimte gelaten aan onderhandeling en dit zowel in de administratieve voorfase als in de fase van het administratief beroep.

De lokale autoriteiten zijn principieel aangewezen om handhavend op te treden. Op hogere niveaus wordt voornamelijk coördinerend gehandeld.

Het Engelse recht kent diverse soorten handhavingsbesluiten waarbij zeer diverse herstelmaatregelen kunnen worden opgelegd. De doorwerking van deze opgelegde maatregelen wordt gerealiseerd via diverse handhavingswijzen, met name een direct optreden (*direct action*), een rechterlijk bevel (*injunction*) en de oplegging van sancties via de strafrechter. Dit laat toe om zowel herstelmatig te werken als burgerlijke ongehoorzaamheden te sanctioneren. Het bestaan van twee

afzonderlijke trajecten (herstel en sanctie) zorgt niet voor grote moeilijkheden omdat stelselmatig cautie wordt gegeven wanneer de burger wordt verhoord.

Op niveau van de organisatie van de lokale besturen werd een scheiding tussen vergunningverlenende functies en handhavende functies gerealiseerd door de ambtenaren bevoegd voor handhaving in beginsel in een afzonderlijke dienst te laten opereren. Daarenboven hebben de meeste gemeenten rechtstreeks hun handhavende ambtenaren bevoegd gemaakt voor het nemen van handhavingsbesluiten, wat hun onafhankelijkheid zeker ten goede komt.

b. nadelen

Het Engelse recht is zeer complex, mede omdat het zich stapsgewijs ontwikkelt. Het bestaan van een gedetailleerde regeling hoeft echter opnieuw geen nadeel te vormen in de mate dat daarmee concrete problemen worden voorkomen. Het bestaan van een navolgend sanctionerend traject zorgt er wel voor dat het Engelse recht eenvoudiger is in de toepassing.

Het inzetten van directie actie heeft een aanzienlijke financiële impact. De lokale autoriteiten worden echter gefinancierd op diverse wijzen.

3.4. Frankrijk

Het Franse recht bevat hoofdzakelijk een strafrechtelijk handhavingssysteem. Dit systeem vertoont een aantal bijzonderheden waarbij de verhoudingen met het bestuur anders geregeld zijn. Daarnaast bestaan er een aantal bestuurlijke handhavingsmaatregelen die echter nagenoeg onbenut worden.

3.4.1. Verhouding met het bestuur in de strafrechtelijke handhaving

De kwalificatie van de herstelmaatregel als “strafrechtelijke sanctie”²¹⁴ brengt *ten eerste* met zich mee dat de beoordelingsvrijheid van de strafrechter in Frankrijk veel groter is. De rechter beslist op onaantastbare wijze of hij het herstel beveelt of niet. Men spreekt over une “*faculté discretionaire*” in hoofde van de rechter²¹⁵. Hoewel de appreciatiebevoegdheid zeer groot is, is ze ook niet onbegrensd in die zin dat de rechter zich niet mag steunen op onwettelijke, onjuiste of tegenstrijdige motieven²¹⁶. De rechter is ook volkomen vrij t.a.v. de vordering van het openbaar ministerie of het

²¹⁴ Zie supra nrs. 46-47.

²¹⁵ Cass.fr. 23 november 1994, *Bull.* 1994, nr. 375, *Dr.pénal* 1995, nr. 72 en *Rev. sc. crim.* 1995, 360, noot J.-H. Robert.

²¹⁶ R. Leost, *Droit pénal de l’urbanisme*, Parijs, Le Moniteur, 2001, nr. 8-120 en nr. 8-118 en de verwijzing naar Cass.fr. 15 november 1995: in die zaak hadden de appelrechters de afbraak van een veranda gesteund op de aantasting van het architecturaal patrimonium en de aantasting van het leefmilieu, meer bepaalde de aantasting van een groene zone. Daarenboven werd vastgesteld dat de werken niet regulariseerbaar waren. Uit

advies van het bestuur. In omgekeerde zin mag de rechter ambtshalve het herstel opleggen, zelfs wanneer het openbaar ministerie de sanctie niet vordert of het bestuur het herstel niet nodig acht²¹⁷. Het probleem van de volle rechtsmacht is hiermee opgelost. De rechter verliest wel zijn ruime appreciatiebevoegdheid wanneer het herstel op burgerlijk gebied door de burgerlijke partij wordt gevorderd. In dat geval beoordeelt de rechter de schade en beslist hij over het herstel als vergoeding van deze schade²¹⁸. Als de rechter het herstel in de vorige toestand beveelt dan moet hij ervoor zorgen dat dit herstel volledig is. De rechter bepaalt zelf de modaliteiten. Het volstaat bijvoorbeeld niet steeds dat de afbraak van een illegale constructie wordt bevolen, de rechter kan ook bepalen wat in de plaats moet komen om de vorige toestand te herstellen²¹⁹.

Ten tweede is het al dan niet bekomen van een regularisatie een ondergeschikt probleem in Frankrijk. In de praktijk zal men als volgt te werk gaan: als de rechtbank van oordeel is dat een regularisatie van de werken wettelijk mogelijk en ook haalbaar is, dan zal men de behandeling van de zaak uitstellen. Als het er daarentegen redelijkerwijze niet naar uitziet of zelfs onmogelijk is dat een regularisatie zal worden verleend, dan spreekt de Franse rechter meteen het herstel uit²²⁰. De strafrechter mag de beslissing over de schuld echter niet afsplitsen van deze over het herstel²²¹. Er werd zelfs geoordeeld dat de rechter na vastgesteld te hebben dat het misdrijf bewezen is, met het oog op het beoordelen van de opportuniteit van de door het openbaar ministerie gevorderde maatregel, de zaak niet *sine die* mag uitstellen in afwachting van een uitspraak over een niet-opschortende administratieve procedure die niet de basis vormde voor de strafvervolgung²²².

Ten derde zijn de verhoudingen tussen het openbaar ministerie en het bestuur veel duidelijker in Frankrijk. Zoals in elke gewone strafzaak beslist het openbaar ministerie over de opportuniteit van de vervolgingen en vordert het openbaar ministerie de veroordeling tot sancties voor de strafrechter. Het bestuur daarentegen moet op straffe van nietigheid om een advies *gevraagd* worden²²³. Niets verhindert de strafrechter om de vertegenwoordiger van het bestuur om uitleg te vragen als de

onderzoek blijkt dat de feitenrechters voor hun beslissingen criteria zoals de ernst van de aantasting van de natuur, het gevaar voor de veiligheid van de bewoners en derden of nog de ernst van de inbreuken in aanmerking nemen. Twijfelachtiger zijn wellicht criteria als de financiële draagkracht van de veroordeelde of de sociale en economische impact van het herstel.

²¹⁷ R. Leost, *o.c.*, nr. 8-116.

²¹⁸ R. Leost, *o.c.*, nr. 8-119.

²¹⁹ R. Leost, *o.c.*, nr. 8-89 en 8-120.

²²⁰ Zie R. Leost, *o.c.*, nrs. 4-169, 8-113 en 8-118.

²²¹ Cass.fr. 15 april 1985, *Bull.* 1985, nr. 132; zie ook *supra* nr. 5.

²²² Cass. fr. 20 januari 1981, *Bull.* 1981, nr. 26; zie ook inzake regularisatieprocedures en de opmaak van nieuwe plannen van aanleg die mogelijk gunstig zijn voor de betrokkene, noot F. Boulan, "Le fondement des mesures prévues par l'article L. 480.5", *Rev. sc. crim.* 1988, 108.

²²³ R. Leost, *o.c.*, nrs. 8-97-108 en 8-116.

strafrechter zich onvoldoende ingelicht acht door dit advies²²⁴. Het openbaar ministerie is dus de instantie die het crimineel beleid uitstippelt en uitvoert. Het bestuur heeft echter als belangrijke taak om het gerecht in te lichten over de feitelijke en technische aspecten van de zaak.

3.4.2. Vormen van bestuurlijke handhaving

In Frankrijk blijft men gehecht aan de strafrechtelijke handhaving en wordt een depenalisering ten voordele van een bestuurlijke handhaving categoriek afgewezen. De reden daarvoor is dat men de bestuurlijke handhaving ongeschikt acht “in de mate dat men de mogelijkheid van een strafrechtelijke interventie nodig acht”²²⁵.

Het Franse recht ken wel administratieve maatregelen of sancties, maar deze zijn ofwel inefficiënt ofwel worden ze niet gehanteerd. Art. L. 111-6 van de Franse stedenbouwcodex voorziet *ten eerste* dat gebouwen of installaties niet aangesloten mogen worden aan de nutsvoorzieningen indien deze wederrechtelijk zijn opgetrokken. Het gaat enkel om nieuwe gebouwen of installaties die nog geen aansluiting hebben. Het grootste probleem is echter dat deze maatregel een optreden vereist van de nutsbedrijven, wat de toepassing ervan zeer moeilijk maakt²²⁶. *Ten tweede* is er de weigering van een conformiteitsattest. Dit doet de stedenbouwinbreuk echter niet verdwijnen. Het geldt als een vaststelling van een stedenbouwinbreuk waartegen dan strafrechtelijk, burgerlijk (herstel of schadevergoeding), administratief (sluiting inrichting²²⁷) of fiscaal (verlies van vrijstelling) moet worden opgetreden. De weigering om het attest af te leveren is ook een hinderpaal voor onroerende transacties²²⁸. Het Franse recht kent *ten derde* ook twee administratieve sancties, meer bepaald de uitsluiting van deelname aan overheidsopdrachten en een beroepsverbod voor een architect (doch niet van makelaar in onroerende goederen). Beiden veronderstellen een strafrechtelijke veroordeling en kennen weinig succes²²⁹. *Ten vierde en ten slotte* kan men nog de fiscale sancties vermelden. Het afleveren van een stedenbouwkundige vergunning geeft volgens bepaalde voorwaarden aanleiding tot betaling van een “*taxe locale d’équipement*”. Indien men echter niet over een stedenbouwkundige vergunning beschikt, zal de belasting niet alleen nog steeds verschuldigd zijn, maar zal ze verdubbeld worden. Deze dubbele belasting wordt beschouwd als een sanctie die opgelegd wordt aan de bouwheer, ongeacht of deze het gebouw later verkoopt. Ze moet worden geïnd door de fiscale administratie. Een kredietinstelling die een waarborg aanlevert is solidair

²²⁴ R. Leost, *o.c.*, nr. 8-108.

²²⁵ S. Guinchard (ed.), *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée*, Parijs, La documentation française, 2008, 127; H. Jacquot en F. Piret, *Droit de l’urbanisme*, Parijs, Dalloz, 6de ed., p. 920; zie ook de interventie van de onder-directeur van de DGUHC tijdens het congres “Risque pénal dans la construction”, *RD Imm.* 2001, 425.

²²⁶ R. Leost, *o.c.*, nr. 9-75 tot 9-82, i.h.b. 9-82.

²²⁷ R. Leost, *o.c.*, nr. 9-129 tot 9-132.

²²⁸ R. Leost, *o.c.*, nr. 9-95 e.v..

²²⁹ R. Leost, *o.c.*, nr. 9-105-112, i.h.b. 104, p. 412.

gehouden tot betaling van deze belasting en de verdubbeling²³⁰. Het is niet bekend of deze maatregel veel wordt toegepast. Hij veronderstelt in elk geval de tussenkomst van de fiscale administratie en is eerder gericht op het mislopen van inkomsten.

Men kan besluiten dat het deze administratieve maatregelen aan efficiëntie ontbreekt. De niet-aansluiting aan nutsvoorzieningen is bijvoorbeeld weinig gekend en wordt niet toegepast. De niet aflevering van een conformiteitsattest is afhankelijk van controles op afgewerkte bouwwerven, wat in Frankrijk in de praktijk onvoldoende gebeurt²³¹.

3.4.3. Tussenbesluit

Wat Frankrijk betreft blijkt dat de handhaving quasi uitsluitend bestaat uit een strafrechtelijke handhaving. Er bestaat dus geen bestuursrechtelijke handhavingprocedure naast of ter vervanging van het strafrechtelijke handhavingssysteem. De zeldzame vormen van bestuurlijke maatregelen die in het Franse recht toegepast kunnen worden tegen illegale stedenbouwrechtelijke situaties, worden ofwel niet gehanteerd ofwel missen ze hun uitwerking. De effectiviteit van deze maatregelen is dus ver te zoeken.

Het Franse recht lijkt daarom moeilijk als model in aanmerking te komen om een bestuurlijke handhaving uit te werken. Meer nog, een bestuurlijke handhaving in de plaats van het strafrechtelijk of ter aanvulling ervan wordt zelfs afgewezen. De andere verhoudingen tussen de strafrechter en het bestuur kunnen een piste vormen ter modernisering van de strafrechtelijke handhaving, maar dit valt buiten de draagwijdte van huidig onderzoek.

²³⁰ Zie R. Leost, *o.c.*, 415-420.

²³¹ R. Leost, *o.c.*, 429-431.

3.5. Besluit over de rechtsvergelijking

3.5.1. Juridische analyse

a. Algemeen

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat er binnen West-Europa zeer diverse systemen bestaan om de ruimtelijke ordening te handhaven. Terwijl Frankrijk en het Vlaams gewest een hoofdzakelijk strafrechtelijk systeem kennen, hebben Nederland, Engeland en Duitsland geopteerd voor een hoofdzakelijk of uitsluitend administratief handhavingssysteem. Het Engelse recht neemt nog een middenpositie in omdat na een bestuurlijke voorprocedure een strafrechtelijke fase kan volgen. Van gemengde stelsels en de daarmee samenhangende problemen van cumulatie van sancties is nagenoeg geen sprake. Gezien het Franse systeem als dusdanig geen bestuursrechtelijke handhavingprocedure bevat, kan het moeilijk als model in aanmerking komen om een bestuurlijke handhaving uit te werken. Hierna worden enkel de drie landen belicht die een administratief handhavingssysteem hebben.

In de regel beschikken Engeland en Duitsland over een zeer ruim spectrum van herstelmaatregelen. In beide landen kan elke gepaste herstelmaatregel worden opgelegd. In Duitsland bestaat een expliciete juridische voorrang voor de rechtsdwang. In Nederland bestaat er juridisch geen voorrang en kan zowel de last onder de bestuursdwang als de dwangsom worden opgelegd. In de praktijk blijken de gemeenten een duidelijke voorkeur voor de last onder dwangsom te hebben. In Engeland is de toegepaste dwangmaatregel de rechtsdwang inhouden. In de drie landen worden de kosten bij toepassing van rechtsdwang gerecupereerd op de overtreder of eigenaar. De administratieve boete is afgewezen in Nederland en Engeland, doch zeer aanwezig in Duitsland. Engeland voorziet in voorkomend geval echter strafrechtelijke geldboeten

Een constante bij bestuurlijke handhaving is dat deze op lokaal niveau wordt georganiseerd (Nederland, Duitsland, Engeland). Meestal is voorzien dat het centrale niveau (desgevallend federaal of deelstatelijk) ook handhavend kan optreden, maar van deze mogelijkheid wordt zelden gebruik gemaakt. De opdracht van het bovenlokale niveau houdt coördinerende taken (Engeland en Nederland), toezichtstaken op het lokale bestuur (Nederland, Duitsland) of taken m.b.t. de beroepsprocedure (Nederland, Duitsland en Engeland) in. Zowel in Duitsland als Engeland komen vormen van intergemeentelijke samenwerking voor die handhaving ten goede komen. Nederland beoogt de introductie van meerdere vormen van samenwerking tussen gemeenten. Het Vlaams Gewest neemt in vergelijking hiermee een uitzonderingspositie in doordat de handhaving op het gewestelijk niveau door de deelstaat zelf er van wezenlijk belang is.

Nederland en Engeland hebben een onderscheid gemaakt tussen de vergunningverleners en de handhavers. Nederland heeft zelfs een bijkomend onderscheid geïntroduceerd tussen toezichthouders en bestuursorganen die de herstelmaatregelen kunnen opleggen. Wat de herstelmaatregelen betreft legt een bestuur (het College van Burgemeester en Wethouders) in Nederland de herstelmaatregelen op. Wat de herstelmaatregelen en de sanctie in Duitsland betreft, is er een cumul van functies van onderzoek, instellen van de procedure en beslissing in hoofde van één persoon of één dienst. Recent werden inzake de sancties echter regels ingevoerd dat de vaststelling van feiten toebehoort aan alle ambtenaren, maar dat de beslissing toekomt aan hogere of leidende ambtenaren.

Bij het instellen van de handhavingprocedure of de vervolging is het opvallend dat aan het bestuur een ruime beoordelingsbevoegdheid wordt gegeven. In alle landen is het bestuur of zijn de bevoegde ambtenaren zelfstandig in hun optreden (geen verplichting tot adviesinwinning) en onafhankelijk t.o.v. hogere bestuursorganen of politieke organen. Daarentegen is het lokale bestuur inzake prioriteiten dikwijls beperkt door administratieve richtlijnen afkomstig van het bovenlokale bestuur. In Engeland, Duitsland en Nederland wordt het optreden daarenboven beheerst door het proportionaliteitsbeginsel, de consistentie en de gelijkheid.

Zowel in Duitsland als Engeland wordt uitdrukkelijk gesteld dat de herstelmaatregelen of sancties niet of niet noodzakelijk moeten worden opgelegd voor lichte onwettigheden of inbreuken. Zowel Duitsland, Nederland als Engeland geven veel ruimte aan onderhandelingen. Het initiatief daartoe wordt niet enkel overgelaten aan de burger. Door in contact te treden met de burger zoekt het bestuur samen naar oplossingen en wordt de burger overtuigd om de regels na te leven (in Engeland *compliance*).

In alle landen is de band met de planning zeer duidelijk. Er wordt pas gehandhaafd in functie van de planning. Zowel Duitsland als Engeland kennen als alternatief op het sanctioneren van een inbreuk door een administratieve boete, een systeem van “waarschuwingen” die, zoals in Duitsland, al dan niet gekoppeld zijn aan de oplegging van een lage boete.

b. waarborgen

De procedure tot oplegging van maatregelen en/of sanctie is steeds uitgewerkt. Daarbij wordt steeds veel aandacht besteed aan de rechtsbescherming voorafgaand aan de beslissing. Het interne recht voorziet meestal zelf al veel waarborgen. Het EVRM (Engeland, Nederland) en de Grondwet (Duitsland) wordt meermaals als aanvullende bron geciteerd om rechtsbescherming uit te werken. Bepaalde regels zijn een constante in alle landen. Het hoorrecht (mondeling of schriftelijk) is voorzien

in Duitsland en Nederland. In Engeland wordt het niet voorzien voorafgaand aan de initiële beslissing, maar wel in de beroepsfase. Ook andere aspecten zijn niet overal aanwezig. Dit hangt samen met de vraag of men aan de procedure al dan niet een sanctionerend karakter toekent of niet. Soms wordt in de voorfase reeds inzagerecht in het dossier en bijstand door een advocaat geregeld. Zo is het zwijgrecht of het wijzen op de mogelijkheid te zwijgen (cautie) eveneens dikwijls aanwezig. In de meeste gevallen is bepaald dat de beslissing moet gemotiveerd worden.

Tevens zijn er in alle onderzochte landen formele procedures waarbij een actieve procedurele participatie mogelijk is voor de derde-belanghebbende. De derde-belanghebbende kan een bestuurlijke procedure initialiseren waarop de overheid minstens dient te reageren. Bovendien beschikt de derde-belanghebbende in de onderzochte landen ook over een beroepsmogelijkheid in het kader van de latere procedure. Hij kan ook een stilzittende overheid aanporren om tot actie over te gaan.

c. rechtsmiddelen

Eenmaal de beslissing is genomen zijn in alle landen meerdere traditionele rechtsmiddelen voorhanden. De keuze voor de rechter is gekoppeld aan de interne gerechtelijke en bestuurlijke organisatie. Daarbij wordt dikwijls geopteerd voor een procedure waar administratieve beroepen mogelijk worden gemaakt. In Nederland en Duitsland wordt in het kader van de bestuurlijke handhaving een bestuurlijke voorprocedure georganiseerd (met een bezwaar en beroep) waarbij de toezichthoudende overheid zich kan uitspreken over de wettigheid en de opportuniteit van de genomen maatregel. Het volgende rechtsmiddel is meestal een procedure tegen de administratieve beslissing bij een rechter, waarna tegen de beslissing van deze rechter klassieke rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. In Duitsland en Nederland bestaat inzake bestuurlijke handhaving daarentegen de mogelijkheid om zowel een verzoek in het kader van administratief beroep (met beroepsmogelijkheid) als daarna een verzoek bij de rechters (met beroepsprocedure) in te stellen. Bovendien bestaat in Nederland de mogelijkheid om tegen de bestuursbeslissing houdende een bevel tot tenuitvoerlegging van een dwangmaatregel rechtsmiddelen bij de bestuursrechter aan te wenden. In Duitsland dient dit te worden aangevochten samen met de bestuursbeslissing die de herstelmaatregel onder rechtsdwang oplegt. In Engeland is er een procedure tegen de administratieve beslissing bij een administratief orgaan op centraal niveau. Tegen de beslissingen van dit orgaan kunnen verdere rechtsmiddelen aangewend worden. In Engeland geldt minstens een redelijkheidstoets die nauw aanleunt bij een opportuniteitstoets.

Bovendien is Engeland wel bijzonder omdat na een voorfase een strafrechtelijke fase kan volgen waar andere rechtsmiddelen zijn voorzien. In dat geval, namelijk bij niet naleving van een bestuurlijk bevel, moet het bestuur ook zelf actie ondernemen om de zaak voor de strafrechter te brengen. Het is in Engeland bovendien opvallend dat als de strafrechter betrokken wordt, hij zelden opgezadeld wordt met procedures over de legaliteit van het bestuurlijk optreden.

3.5.2. Doelmatigheidsonderzoek

Het is niet zo eenvoudig om gefundeerde besluiten te trekken over de effectiviteit van een bepaald rechtssysteem. Daarbij kunnen twee hinderpalen aangemerkt worden, namelijk enerzijds dat effectiviteit moeilijk gekwantificeerd kan worden en anderzijds dat de nodige cijfers geheel of gedeeltelijk ontbreken. Cijfers over pakkans ontbreken bijvoorbeeld bijna volledig voor de onderzochte landen of deelstaten, maar ook inzake duurtijd of seponeringen/veroordelingen zijn meestal maar fragmentaire cijfers beschikbaar. Om toch een beeld te krijgen, kan men echter naar een aantal gegevens kijken in de verschillende onderzochte landen en deze meteen vergelijken met de situatie in Vlaanderen²³². Deze gegevens hebben enerzijds betrekking op de geïdentificeerde knelpunten in de bestaande strafrechtelijke handhaving (redelijke termijn en seponeringsgraad) en anderzijds op de personeelsinzet.

a. redelijke termijn: de doorlooptijden

Op basis van de officiële parketstatistieken²³³ en een raming voor de duurtijd van de rechtsmiddelen²³⁴, hadden we voor het bestaande strafrechtelijke handhavingssysteem in Vlaanderen vastgesteld dat in de veronderstelling dat zaken voor het Hof van Beroep zeker ongeveer een jaar in beslag nemen en zaken in 3 tot 4 maanden door het Hof van Cassatie behandeld kunnen worden, de totale duurtijd voor een stedenbouwstrafzaak gemiddeld meer dan 4 jaar bedraagt.

Uit onderzoek over de redelijke termijn in strafzaken is gebleken dat niet zozeer de behandeling in eerste aanleg en de rechtsmiddelen een probleem vormen, doch wel de lange duur van de vooronderzoeken²³⁵. Uit de officiële parketstatistieken kan afgeleid worden dat wat het vooronderzoek betreft stedenbouwstrafzaken gemiddeld 662 dagen duren of ongeveer 2 jaar²³⁶. In de diverse parketten worden de laatste jaren aanzienlijke inspanningen geleverd om de duurtijd

²³² Zie nader Bijlage 2.

²³³ College Procureurs-generaal, *Nationale parketstatistieken voor het Openbaar Ministerie*.

²³⁴ Op het niveau van het hof van beroep of parket-generaal bestaan (nog) geen statistieken; voor het Hof van Cassatie bestaan statistieken die opgenomen worden in het jaarlijkse jaarverslag van het Hof, maar wat de strafzaken betreft wordt geen opsplitsing gemaakt tussen de stedenbouwstrafzaken en andere zaken.

²³⁵ Zie A. De Nauw en J. Meesse, *De duur van het strafproces in België*, in NLVVS, *De duur van het strafproces in België en Nederland*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.

²³⁶ Zie Bijlage 2, p. 62, tabel 6.

terug te dringen, o.m. door niet stelselmatig te wachten op een eventuele regularisatie. Gezien dit buiten het onderzoek valt werd geen verdere studie verricht of en hoe de bestaande problemen verder aangepakt kunnen worden. Zo kan men denken aan de verhoging van de werkingsmiddelen van politie en parket of aan andere werkingsprocessen.

In stedenbouwstrafzaken wordt daarenboven onder meer omwille van de complexiteit van de wetgeving (lange conclusies, wettigheidsproblematiek, enz.) dikwijls gewezen op de aanzienlijke behandelingstijd voor bepaalde hoven van beroep²³⁷. Bij gebrek aan officiële statistieken kunnen hierover geen uitspraken gedaan worden. Hoewel dit niet afzonderlijk gemeten wordt in de officiële parketstatistieken, wordt in het onderzoek van de statistische analisten bij het hof van beroep van Brussel melding gemaakt dat “er steeds een zekere tijd (verloopt) alvorens de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een herstellvordering al dan niet positief evalueert”²³⁸. Door het gebrek aan cijfers, kan men terzake enkel verwijzen naar het jaarverslag van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid waar melding wordt gemaakt van gemiddelde doorlooptijden van 35 dagen voor de gewone adviezen en van rond de 50 dagen voor adviezen op vraag van hoven en rechtbanken²³⁹. Wellicht dient men echter rekening te houden met de tijd die verloren gaat door de verzending van de dossiers naar en van de Raad. Niettemin kan op basis van deze cijfers niet vastgesteld worden dat de adviesaanvragen de belangrijkste uitleg zijn voor de lange doorlooptijden.

Als men dit vergelijkt met de onderzochte landen waar een bestuurlijk handhavingssysteem bestaat kan men vaststellen dat de zaken gemiddeld sneller behandeld worden. Uiteraard moeten deze cijfers met enige voorzichtigheid gehanteerd worden. Zo kunnen de doorlooptijden bepaald worden door verschillen in personeelsinzet, werktijden, werkprocessen en dergelijke meer. De winst die een bestuurlijk handhavingssysteem biedt, situeert zich op het niveau van de zelfstandige beslissingsmacht van de bestuurlijke handhavers en op het niveau van de afwezigheid van ingestelde rechtsmiddelen.

In Engeland worden sommige zaken reeds de dag zelf behandeld²⁴⁰. Men verliest geen tijd met het verrichten van vaststellingen, opstellen van processen-verbaal en toezending aan het parket. In een

²³⁷ In de praktijk wordt gemeld dat de diverse hoven van beroep inspanningen leveren om dit te verhelpen. Zo wordt t.o.v. vroeger veel minder uitstel van behandeling of voor minder lange duur, verleend voor zaken waar een regularisatieaanvraag hangende is.

²³⁸ Statistische analisten van het parket bij het hof van beroep te Brussel, Verzoek van het VUB-onderzoeksteam belast met de uitvoering van het project “de bestuurlijke handhaving in de ruimtelijke ordening”, Brussel, 27 juni 2012, 9.

²³⁹ Zie Bijlage 2, p. 26-27, met verwijzing naar het jaarverslag 2009 van de Raad.

²⁴⁰ Zie Bijlage 2, p. 104.

bepaalde Londense gemeente ziet men echter wel dat – wellicht voor meer complexe zaken of waar veel tijd in onderhandelingen worden gestopt – sommige zaken zeer lang aanslepen (tot 7 jaar)²⁴¹.

In alle landen waar een bestuurlijk handhavingssysteem bestaat, blijkt dat de dossiers veel minder aanleiding geven tot procedures (vgl. echter ook de zaken die in de fase van het openbaar ministerie in Vlaanderen ook aanleiding geven tot regularisatie of minnelijke oplossing). In Duitsland noteerde men dat op een groep van 120 zaken slechts 4 tot 5 zaken aanleiding geven tot gerechtelijke procedures²⁴². In de stad Frankfurt werd in 2011 op 249 boetebesluiten slechts in 2 gevallen een verhaal ingesteld²⁴³. Opvallend is ook het hoge aantal ingetrokken verhalen. Gemiddeld een derde van de beroepsprocedures worden gemiddeld schriftelijk behandeld, wat de doorlooptijden wellicht ten goede komt²⁴⁴. In Nederland is het aantal gevallen waarin beroep wordt ingesteld bij de Raad van State tegen een dwangsomprocedure na een eerdere bezwaarprocedure beperkt tot 3,5%.²⁴⁵ In Engeland worden in een van de Londense gemeenten jaarlijks gemiddeld een 170 tal handhavingsbesluiten genomen, terwijl slechts in een 40-tal zaken administratief beroep wordt ingesteld²⁴⁶.

Of de bestuurlijke procedures sneller gaan dan het huidige strafrechtelijke systeem is twijfelachtig. Uiteraard moet ook hier met grote omzichtigheid omgesprongen worden met de vergelijking van de cijfers van de verschillende landen. Duitsland kent zoals de meeste bestuurlijke systemen vrij veel opeenvolgende rechtsmiddelen. Dit verlengt uiteraard de duurtijd. In de deelstaat NRW blijkt dat in eerste aanleg 72 % van de zaken in 2010 binnen het jaar werden afgehandeld. 5 % Van de zaken waren echter meer dan 2 of 3 jaar aanhangig. De gemiddelde duur bedroeg in 2010 8,9 maanden (in 2001 was dit nog 24 maanden)²⁴⁷. In hoger beroep was het aantal zaken afgerond binnen het jaar gereduceerd tot 53 %. De gemiddelde looptijd was hier in 2010 18 maanden²⁴⁸. De boeteprocedure in Duitsland gaat echter bijzonder snel. Bij de *Amtsgerichten* (eerste aanleg) bedroeg de gemiddelde looptijd in 2010 3,2 maanden en in cassatie 0,8 maanden²⁴⁹. Hetzelfde beeld geldt voor Engeland waar men de strafvervolgning van de zaken voor de *Magistrates' Court* in 2010-2011 afrondde binnen de 130 à 148 dagen²⁵⁰. In Nederland behandelde de Raad van State in 64 % van de gevallen in

²⁴¹ Zie Bijlage 2, p. 105.

²⁴² Bijlage 2, p. 84.

²⁴³ Zie Bijlage 2, p. 90.

²⁴⁴ Zie Bijlage 2, p. 96-98.

²⁴⁵ F.C.M.A. Michiels en A.M.P.J.H. Sauvé, "De praktijk van de last onder dwangsom", *Milieu & Recht*, 2010/2, 71.

²⁴⁶ Zie Bijlage 2, p. 109 en 111-112.

²⁴⁷ Zie Bijlage 2, p. 85-86.

²⁴⁸ Zie Bijlage 2, p. 87-88.

²⁴⁹ Zie Bijlage 2, p. 91-94.

²⁵⁰ Zie Bijlage 2, p. 117.

“stedenbouw” en 88 % van de gevallen in “hoger beroep” de procedures binnen een periode van 1 jaar. In Engeland bedraagt de gemiddelde doorlooptijd in 2011 voor een eenvoudig beroep 20 weken en 33 weken voor een diepgaand beroep, maar sommige zaken kunnen tot 49 weken in beslag nemen²⁵¹. Opvallend is wel dat bij diepgaande beroepen het aantal hervormingen zeer hoog ligt (54 %) ²⁵².

b. seponeringen

Uit het onderzoek van de openbare officiële Belgische en/of Vlaamse statistieken blijkt dat een seponeringsgraad van 90 % geen uitzondering is. Volgens het onderzoek van de statistische analisten van het parket-generaal te Brussel blijkt uit de voortgangstaat op 10 januari 2012 dat voor de zaken binnengekomen tussen 1 januari 2007 en 31 december 2011 inmiddels 72, 51 % van de zaken geseponerd werden, terwijl 21,17 % van de zaken nog in de fase van het vooronderzoek bevonden en dus ook potentieel vatbaar zijn voor seponering. Slechts 3,69 % van de zaken had al de fase van het vonnisgerecht bereikt (dit hoeft dan nog niet tot veroordeling te leiden)²⁵³. Bij milieu en gewone diefstal blijkt het corresponderende cijfer voor de seponeringen maar rond de 63 % te bedragen²⁵⁴. Uit de cijfers van de inspectie RWO blijkt dat slechts 9,5 % van de processen-verbaal tot een effectieve veroordeling leidt²⁵⁵. Zeer opvallend is dat in ongeveer 80 % een beleidssepot werd gehanteerd en dat het voornaamste motief om te seponeren (1/3 van de gevallen) erin bestaat dat de toestand geregulariseerd is²⁵⁶.

In welke mate in de bestuurlijke handhavingssystemen de seponeringsgraad teruggedrongen wordt is moeilijk vast te stellen. De ruime discretionaire bevoegdheid laat immers dikwijls veel toe. Als men de zaak in Engeland zonder gevolg laat, lijkt het evenwel zo te zijn dat het ofwel handelt om een geval waar er geen inbreuk is (50 % van de aangiftes) ofwel om een zaak die verjaard is²⁵⁷. Het lijkt erop dat in het beschikbare cijfermateriaal dat het aantal beleidssepots veel lager ligt.

²⁵¹ Zie Bijlage 2, p. 113.

²⁵² Zie Bijlage 2, p. 115.

²⁵³ Statistische analisten van het parket bij het hof van beroep te Brussel, Verzoek van het VUB-onderzoeksteam belast met de uitvoering van het project “de bestuurlijke handhaving in de ruimtelijke ordening”, Brussel, 27 juni 2012, 9.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 35 en 47.

²⁵⁵ Zie Bijlage 1, deel I, p. 14.

²⁵⁶ Statistische analisten van het parket bij het hof van beroep te Brussel, Verzoek van het VUB-onderzoeksteam belast met de uitvoering van het project “de bestuurlijke handhaving in de ruimtelijke ordening”, Brussel, 27 juni 2012, p. 14-15.

²⁵⁷ Zie Bijlage 2, p. 103 en 108.

c. *pakkans*

Er bestaan geen (precieze) cijfers over het aantal illegale bouwwerken in Vlaanderen. Eenmaal een bouwovertreding is vastgesteld, leidt dit niet steeds tot een vervolging. Wel wordt in 1/3 van de gevallen geseponeerd omdat de toestand geregulariseerd is, wat men als een vorm van herstel zou kunnen beschouwen. Verder zal in een aantal gevallen de bouwovertreding vrijwillig hersteld worden of zal de overtreding beëindigd zijn. In ongeveer 10 % van de vervolgte zaken wordt ofwel de niet-ontvankelijkheid ofwel een vrijspraak uitgesproken²⁵⁸. Eenmaal de feiten ontdekt zijn, wordt wellicht naar schatting in 45 % van de gevallen op een of andere wijze gehandhaafd (hetzij regularisatie, hetzij vrijwillig herstel, hetzij vervolging). Het aantal vrijspraken of vonnissen van niet-ontvankelijkheid ligt relatief laag, maar opschorting wordt toch dikwijls verleend. Zo blijkt dat bij de veroordelingen een zeer hoog aantal opschortingen worden verleend (ongeveer in 20 % van de gevallen)²⁵⁹.

Ander opvallend cijfer is dat op een cohorte van 5 jaar slechts minder dan 21 % van de zaken afkomstig zijn van gemeentelijke toezichthouders. 19, 25 % van de zaken zijn officieel geregistreerd als afkomstig van de Inspectie RWO, maar in de vernoemde 21 % bevinden zich wellicht nog zaken van de Inspectie RWO of van andere inspecties (b.v. Bos en groen). Op lokaal niveau is het vooral de lokale politie die actief is. Deze politiedienst verricht het meeste vaststellingen (53,87 %)²⁶⁰. Opvallend is verder dat zaken van de inspectiediensten procentueel beduidend meer worden geseponeerd (70 en 73 %) dan wanneer ze afkomstig zijn van de algemene politiediensten of zelfs van burgers rechtstreeks (gemiddeld 63 %).

In Duitsland noteerde men voor bepaalde gebieden dat voor elke 120 gehandhaafde zaken er 10.000 illegale situaties bestaan en dat dit laatste aantal nog aangroeit²⁶¹. In een ander gebied noteerde men dat de vaststellingen voornamelijk plaatsvonden als men toevallig in de buurt andere bouwwerken verrichte²⁶². Met betrekking tot de geldboeten werden in een ruraal gebied op een totaal van 451 boetebeslissingen slechts 9 beslissingen genomen m.b.t. stedenbouw (of 1, 99 %)²⁶³. In de stad Frankfurt lagen de absolute cijfers beduidend hoger (249 beslissingen in 2011)²⁶⁴.

²⁵⁸ *Ibid.*, 54.

²⁵⁹ *Ibid.*, 54.

²⁶⁰ *Ibid.*, 7.

²⁶¹ Zie Bijlage 2, p. 84.

²⁶² Zie Bijlage 2, p. 84.

²⁶³ Zie Bijlage 2, p. 89.

²⁶⁴ Zie Bijlage 2, p. 90.

In Engeland ziet men dat tussen de verschillende *districts* zeer grote verschillen bestaan. Zelfs binnen Londen zijn de verschillen tussen de gemeenten groot²⁶⁵.

d. personeelsinzet

Terwijl dit zeer moeilijk te vergelijken valt (verschillende bevolkingsaantallen, verschillende socio-economische context, aantallen dossiers) is het voor een gemiddelde Engels *district* of Londense *borough* (groter dan de doorsnee Vlaamse gemeente) gebruikelijk dat vier ambtenaren voltijds belast zijn met handhavingstaken, terwijl in Vlaanderen voor de samenwerkingsverbanden tussen gerechtelijke arrondissementen gemiddeld per provincie thans drie VTE parketmagistraten voor circa 40 tot 60 % werkzaam zijn in het domein van de stedenbouwstrafzaken. De Engelse ambtenaren verrichten echter zowel taken van controle, beslissing als opvolging van gerechtelijke procedures, terwijl de Belgische parketmagistraten enkel belast zijn met de vervolging en de uitoefening van de strafvordering voor de correctionele rechtbanken en zelf uiterst zelden opsporingstaken verrichten. Als men voor een gemiddelde Londense *borough* bijvoorbeeld een inwonersaantal van 300.000 inwoners neemt en 750 zaken per jaar, dan levert dit 2,5 zaken per 1000 inwoners per jaar op. Als men voor een gemiddelde provincie in Vlaanderen 1,5 miljoen inwoners neemt en 1500 zaken per jaar, dan levert dit 1 zaak per 1000 inwoners per jaar op. Een Vlaamse magistraat verwerkt dan 0,55 dossiers, terwijl een Engelse ambtenaar 0,625 dossiers verwerkt.

In Engeland ziet men dat de behandeling van een aangifte gemiddeld 4 uur in beslag neemt. Als er een handhavingsbesluit wordt genomen zonder dat uitgebreid onderzoek vereist is dan wordt dit 5 uur. In geval van hoger beroep moet men hier 5 tot 6 uur bijrekenen en in het geval van een diepgaand hoger beroep zelfs vier volle dagen. Het voorbereiden van een strafvervolging neemt tussen de 10 en 15 uur in beslag²⁶⁶.

Op het niveau van de Vlaamse hoven van beroep ziet men dat een kamer van 3 magistraten voor ongeveer 40 à 60 % van haar tijd belast is met hogere beroepen in stedenbouwstrafzaken²⁶⁷. Precieze cijfers ontbreken, maar jaarlijks worden ongeveer en 100-tal stedenbouwstrafzaken behandeld. In het systeem van de Duitse *Ordnungswidrigkeiten* worden de vereenvoudigde cassatieberoepen behandeld door kamers van 4 raadsheren, die echter hun werk combineren met het zetelen in een of meerdere andere kamers²⁶⁸. Zij behandelen gemiddeld ongeveer een 200-tal zaken (er zijn in de deelstaat NRW 3 OLG's, de OLG Düsseldorf heeft 4 kamers belast met OWIG's). Opnieuw gaat de

²⁶⁵ Zie Bijlage 2, p. 108-112.

²⁶⁶ Zie Bijlage 2, p. 105-106.

²⁶⁷ Zie Bijlage 2, p. 83.

²⁶⁸ Zie Bijlage 2, p. 95.

vergelijking niet geheel op omdat het in het ene geval om een hoger beroep gaat, en in het andere geval om een vereenvoudigd cassatieberoep. De Duitse vonnissen en arresten zijn echter qua motivering zeer uitgebreid²⁶⁹, zelfs in cassatie, zodat de Duitse magistraten niet in een voordeligere positie zitten t.o.v. de Belgische. Om een precies beeld te krijgen zou men een vergelijking moeten maken tussen de werklust, werkprocessen en het exacte aantal zaken in beide procedures.

e. conclusie

M.b.t. de doelmatigheid van de bestuurlijke handhavingsprocedures in de onderzochte landen kan men besluiten dat ze wellicht toelaten om de lange doorlooptijden aanzienlijk te reduceren. De winst bestaat er enerzijds in dat zeer eenvoudige zaken sneller behandeld kunnen worden en anderzijds dat door de uitvoerbare kracht van de beslissing en het gegeven dat in veel gevallen geen rechtsmiddel wordt ingesteld door de burger (veelal de overtreder) bijzonder veel tijd wordt ingewonnen. Er lijkt veel ruimte te zijn voor onderhandeling, regularisatie en het komen tot een minnelijke oplossing. Ook dit zorgt ervoor dat er minder procedures worden gevoerd. Of de keuze voor de bestuursrechter tijdswinst oplevert is onduidelijker, zeker omdat de handhavingsprocedures veel rechtsmiddelen voorzien.

Ook minder zeker is dat het aantal seponeringen wordt teruggedrongen. In de mate dat er uit het beperkt beschikbare cijfermateriaal besluiten kunnen worden getrokken, lijken de loutere beleidssepots echter minder aanwezig te zijn.

Wat de pakkans betreft kan men geen significante verschillen vaststellen. De keuze voor een bestuurlijk handhavingssysteem lijkt hierop geen invloed te hebben. Wel moet men erop wijzen dat de lokale besturen soms een andere prioriteit geven aan zaken. Dit zou men kunnen interpreteren als een negatieve invloed op de pakkans.

Uiteraard is het niet omdat procedures in een bepaald land goed werken dat ze daarom noodzakelijkerwijze ook zo goed in Vlaanderen zullen werken. De menselijke factor en de factor inzake middelen in het algemeen kan men namelijk niet wegnemen. Voldoende middelen en doelmatige werkprocessen zijn uiteraard steeds vereist om het even welk handhavingssysteem efficiënt te laten werken.

²⁶⁹ Zie J.P. Tak en J.P.S. Fiselier, *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 131-138 en 148.

4. Interne rechtsvergelijking

4.1. Interne rechtsvergelijking 1: Bestaande modellen van bestuurlijke handhaving

4.1.1. Algemeen

Als de wet- of decreetgever opteerde voor een depenalisering van de strafrechtelijke handhaving ten voordele van een bestuurlijke handhaving, werd veelal geopteerd voor een gemengd systeem, in de zin dat zowel de bestuurlijke handhaving als de strafrechtelijke handhaving mogelijk is voor dezelfde wetsinbreuken (vb. milieu Brussel). Binnen de gemengde systemen kan men dan nog een deelcategorie onderscheiden waarbij bepaalde inbreuken uitsluitend administratief worden behandeld en andere inbreuken op een gemengde wijze (vb. BTW, Eurovignet, sociale wetgeving, gemeentelijke administratieve sancties, milieuhandhaving, bekrachtigd stakingsbevel ruimtelijke ordening). Dit geldt ook voor de Vlaamse Wooncode waar in artikel 20 een strafrechtelijke sanctie wordt bepaald voor de woningen die niet voldoen aan de elementaire veiligheids-, gezondheids- en woonkwaliteitsvereisten. Naast de strafrechtelijke handhaving in artikel 20 van de Vlaamse Wooncode machtigt artikel 20 bis van de Vlaamse Wooncode de rechter om ambtshalve of op vordering van de wooninspecteur of van het college van burgemeester en schepenen te bevelen om bepaalde werken te laten uitvoeren binnen een bepaalde termijn. De rechter kan daar een dwangsom per dag vertraging in de uitvoering van de werken aan koppelen. Onder bepaalde voorwaarden kunnen de wooninspecteur of het college van burgemeester en schepenen of de burgerlijke partij ook worden gemachtigd om zelf de werken uit te voeren. Zij kunnen de kosten dan verhalen op de overtreder.

In de gemengde systemen heeft het openbaar ministerie meestal het initiatief. Het openbaar ministerie kan vervolgens beslissen om te vervolgen of hiervan af te zien, waarna in dat laatste geval het bestuur aan zet is. Meestal wordt de afwezigheid van beslissing om af te zien van vervolging gelijkgesteld met een afzien van vervolging. In een enkel geval kan het bestuur vervolgens een transactie sluiten (Dierengezondheidswet). Slechts in enkele gevallen heeft het bestuur het initiatief, meer bepaald om een transactie voor te stellen (wet bescherming welzijn dieren).

In de gevallen waar zowel administratief als strafrechtelijk kan worden opgetreden, is in de regel de cumul van sancties mogelijk (BTW, Eurovignet, stakingsbevel ruimtelijke ordening). Bepaalde wetgeving heeft dit uitdrukkelijk uitgesloten (vb. sociale wetgeving, gemeentelijke administratieve sancties, milieuhandhaving). In de doctrine zijn twijfels gerezen of een dergelijke cumul strijdig is met bepaalde internationale instrumenten en het non bis in idem beginsel in het bijzonder.

De hoge rechtscolleges hebben een groot aantal arresten gevelde aangaande deze problematiek, waarbij deze verschillende zienswijzen hebben over de invulling van het non bis in idem beginsel.

Het Hof van Cassatie heeft steeds aan de hand van het criterium van de materiële feiten het idem ingevuld²⁷⁰, namelijk: "met hetzelfde strafbaar feit wordt niet enkel de wettelijke telastlegging maar ook de erdoor beoogde werkelijke feitelijke gedraging en zijn omstandigheden bedoeld."²⁷¹

Het Grondwettelijk Hof neemt een genuanceerdere houding aan. Wanneer beide overtredingen dezelfde essentiële bestanddelen bevatten, is er, met verwijzing naar de arresten Fischer²⁷² en Hauser-Sporn²⁷³ van het EHRM, een schending van het non bis in idem-beginsel.²⁷⁴ Wanneer daarentegen de essentiële bestanddelen van de overtredingen (zoals het moreel element inzake fiscaalrechtelijke regelgeving) verschillen, verzet het Grondwettelijk Hof zich niet tegen een cumul van administratieve en strafrechtelijke sancties.²⁷⁵

Tenslotte heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens na vastgesteld te hebben dat er tegenstrijdigheden bestond in zijn rechtspraak²⁷⁶ in het arrest Zolotukhin geoordeeld dat het noodzakelijk is te bepalen of de strafrechtelijke overtreding in essentie dezelfde is als de administratieve overtreding.²⁷⁷ Met dit arrest werd gekozen voor de feitelijke interpretatie van het non bis in idem beginsel. Er moet namelijk onderzocht worden of het gaat om identieke feiten of feiten die in wezen hetzelfde zijn, ongeacht de juridische kwalificatie ervan, die een te geringe bescherming biedt tegen een dubbele vervolging.²⁷⁸

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in een advies gepreciseerd: "de omstandigheid dat de instantie die als tweede uitspraak moet doen, desgevallend verplicht is om rekening te

²⁷⁰ W. Verrijdt, "Europese rechtspraak Rechten van de mens in kort bestek", *RW* 2001, afl. 10, nr. 8.

²⁷¹ Cass. 3 februari 2009, AR P.08.1742.N.

²⁷² EHRM, *Fischer tegen Oostenrijk*, 2001.

²⁷³ EHRM, *Hauser-Sporn tegen Oostenrijk*, 2006.

²⁷⁴ GwH 26 april 2007, nr. 67/2007, overweging B.11, 12 en 13.

²⁷⁵ GwH 18 juni 2008, nr. 91/2008, overweging B.10 en B. 17; F. Rogge, "La règle du cumul des sanctions administratives et pénales en matière fiscale, à travers la jurisprudence: impact et perspectives" in F. Rogge (ed.), *Actualité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 2011, 15.

²⁷⁶ Zie EHRM, *Gradinger tegen Oostenrijk*, 1995, overweging 55; EHRM, *Oliveira tegen Zwitserland*, 1998, overwegingen 26-29; EHRM, *Fischer tegen Oostenrijk*, 2001, overwegingen 31-32; EHRM, *Göktan tegen Frankrijk*, 2002, overwegingen 50 en 52; EHRM, *Mishel Manasson tegen Zweden*, 2003; EHRM, *Bachamaier tegen Oostenrijk*, 2004; EHRM, *Rosenquist tegen Zweden*, 2004; EHRM, *Asci tegen Oostenrijk*, 2006; EHRM, *Marcella Viola tegen Italië*, 2006, overwegingen 85-86.

²⁷⁷ EHRM, *Zolotukhin tegen Rusland*, 2009, overweging 58.

²⁷⁸ A. De Nauw, "Cumulatie van straffen en administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter na de arresten Zolotoukhine en Ruotsalainen" in X. (ed.), *Strafrecht meer... dan ooit*, Brugge, Die Keure, 2011, nr. 7.

houden met hetgeen de eerste instantie reeds beslist heeft, doet hieraan (het non bis in idem beginsel) geen afbreuk”.²⁷⁹

Het Hof van Cassatie maakt aan de hand van strenge criteria uit of een administratieve sanctie een straf is in de zin van art. 6 EVRM of art. 14 BUPO.²⁸⁰ Als deze vraag negatief wordt beantwoord, dient de eerder uitgesproken straf niet aangerekend te worden en is het non bis in idem-beginsel evenmin van toepassing. Indien wel, controleert het Hof van Cassatie de wijze van aanrekening door de feitenrechter, waarbij het Hof niet aarzelt om te besluiten dat uit de gegevens niet kon worden geconcludeerd dat de boete onevenredig was.²⁸¹

4.1.2. Waarborgen

Wat de procedure tot sanctieoplegging door het bestuur betreft, kan men enkele krachtlijnen vaststellen. De sanctionerende ambtenaar is meestal niet dezelfde als deze die de vaststellingen verricht. Meestal betreft het wel ambtenaren binnen dezelfde dienst, maar er zijn ook gevallen waar beide taken duidelijker gescheiden zijn (vb. sociale wetgeving, BTW, deels milieuhandhaving). De meeste wetgeving voorziet echter wel in een of andere vorm van hoorrecht en een motiveringsverplichting van de beslissing.

Een interessant voorbeeld van bestuurlijke handhaving vormt artikel 15 van de Vlaamse Wooncode. Ook in de Vlaamse Wooncode werd immers een curatieve handhavingsmaatregel geïntroduceerd. Het betreft het geval waarin de burgemeester zelf de beslissing tot onbewoonbaarverklaring of tot ongeschiktverklaring neemt. Hij doet dit op advies van de gewestelijk ambtenaar. In dat geval kan hij, nadat de gewestelijk ambtenaar de ongeschikt- of onbewoonbaarverklaring heeft geadviseerd en na de eigenaar en de bewoner te hebben gehoord, *alle maatregelen* nemen die hij noodzakelijk acht ter uitvoering van het besluit.²⁸² De burgemeester kan bijvoorbeeld op advies van de gewestelijke ambtenaar bepalen dat er renovatie-, verbeterings- of aanpassingswerken moeten worden uitgevoerd binnen een door hem of haar bepaalde termijn, die maximaal 15 dagen bedraagt. Na het verstrijken van die termijn moet de woning beantwoorden aan de in het woondecreet vermelde normen. Indien de nodige werken niet uitgevoerd worden binnen de gestelde termijn kan de burgemeester op eigen initiatief de werken laten uitvoeren. Op vertoon van een staat kunnen de kosten van de werken verhaald worden op de eigenaar.

²⁷⁹ Adv. RvS 39.536/3 bij het ontwerp van decreet houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode, *Parl. St. VI*. Parl. 2005-2006, nr. 824/1, 67-68.

²⁸⁰ Cass. 25 mei 1999, AR P990517N.

²⁸¹ A. De Nauw, “Cumulatie van straffen en administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter na de arresten Zolotoukhine en Ruotsalainen” in X. (ed.), *Strafrecht meer... dan ooit*, Brugge, Die Keure, 2011, nr. 2.

²⁸² De burgemeester kan overigens ook tot herhuisvesting van de bewoners laten overgaan indien nodig. In dat geval kunnen een aantal kosten worden verhaald op de eigenaar. Zie artikel 15 Vlaamse Wooncode.

4.1.3. Rechtsmiddelen

Wat de rechtsmiddelen betreft kan men een grote diversiteit aan regelingen vaststellen. In eerste instantie staat na de beslissing van het bestuur een rechtsmiddel open bij een rechter, wat soms verwarrend als een “beroep” wordt aangemerkt. Dit rechtsmiddel zal toebedeeld zijn aan de rechtbank van eerste aanleg (vb. stakingsbevel ruimtelijke ordening) of aan de arbeidsrechtbank (vb. sociale wetgeving). In een aantal gevallen staat eerst administratief beroep open bij een administratief orgaan en vervolgens een annulatieberoep of cassatieberoep bij de Raad van State (milieuhandhaving, milieu Brussel). In andere gevallen is er een bezwaar bij de administratieve hogere overheid en vervolgens een beroep bij een rechtbank (BTW, Eurovignet). Na een eerste rechtsmiddel is vervolgens hoger beroep en/of een voorziening in cassatie mogelijk of, zoals al vermeld, een annulatieberoep of een cassatieberoep bij de Raad van State.

Tegen de beslissing van de burgemeester²⁸³ overeenkomstig artikel 15 van de Vlaamse Wooncode kan beroep worden aangetekend bij de Vlaamse Regering binnen dertig dagen na de betekening van de beslissing. De Vlaamse Regering neemt een beslissing binnen drie maanden na de ontvangst van het beroepschrift. Als de Vlaamse Regering geen beslissing neemt binnen de hierboven vermelde termijn van drie maanden wordt het beroep geacht ingewilligd te zijn. De Vlaamse regering heeft ook hier als hogere overheid een ruime discretionaire beslissingsbevoegdheid: zij kan in beroep het besluit nemen om het gebouw ongeschikt of onbewoonbaar te verklaren en de nodige maatregelen bevelen en kan onder meer de burgemeester gelasten het gebouw te doen ontruimen en de toegang ertoe te verbieden, alsmede eventueel een termijn bepalen die in acht moet worden genomen voordat die maatregel wordt uitgevoerd.²⁸⁴ Tegen de beslissing van de Vlaamse regering is een schorsings- en annulatieberoep bij de Raad van State mogelijk.

4.2. Interne rechtsvergelijking 2: Het bestaande model van bestuurlijke handhaving in het milieuhandhavingsdecreet

In het licht van de grote gelijkenis tussen milieuhandhaving en handhaving in het kader van stedenbouw en ruimtelijke ordening, werd in de loop van het onderzoek de regelgeving inzake milieuhandhaving aan een diepgaander onderzoek onderworpen.

²⁸³ Als de burgemeester geen beslissing neemt, kunnen de verzoeker en de overige instanties beroep aantekenen bij de Vlaamse Regering binnen twaalf maanden na het verstrijken van de termijn, vermeld in het eerste lid. De Vlaamse Regering neemt in dat geval een beslissing binnen drie maanden na de ontvangst van het beroepschrift, nadat ze de eigenaar en de bewoner gehoord heeft.

²⁸⁴ Artikel 15 Vlaamse Wooncode.

4.2.1. Algemeen

In het milieuhandhavingssysteem²⁸⁵ kan het bestuur handhavingsmaatregelen bij wege van herstel nemen tegen onwettige handelingen die zijn vastgesteld door de bevoegde toezichthouders. Op niet-limitatieve wijze worden in art. 16.4.7 §2 milieuhandhavingsdecreet enkele voorbeelden van bestuurlijke handhavingsmaatregelen gegeven: zo onderkent men de stopzetting of uitvoering van werkzaamheden, het verbod op het gebruik van gebouwen of toestellen, de sluiting van een inrichting of het meenemen (en vernietigen) van zaken zoals afvalstoffen. Praktijkvoorbeelden die in de rechtsleer worden aangehaald zijn o.m. de verzegeling van toestellen of installaties, het ambtshalve doen verwijderen van illegaal achtergelaten afval of het plaatsen van een geluidsbeugler in een discotheek.²⁸⁶

Deze maatregelen omvatten dus een stakingsbevel, een regularisatiebevel en vormen van bestuursdwang²⁸⁷, waarbij het bestuur de overtreding zal doen ophouden op kosten van de overtreder. De maatregelen kunnen worden opgelegd door de toezichthouders, door de burgemeester of zijn plaatsvervanger (aangewezen door de Vlaamse Regering) of door de provinciegouverneur of zijn plaatsvervanger (aangewezen door de Vlaamse Regering). De maatregelen kunnen ook worden gecombineerd. In het Milieuhandhavingsdecreet werd er geen hiërarchie of voorrangregeling tussen de verschillende bestuurlijke maatregelen ingeschreven.²⁸⁸ De toepassing van de maatregelen zal door de concrete omstandigheden en de aard van de overtreding moeten worden bepaald.²⁸⁹ Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (bijvoorbeeld met betrekking tot proportionaliteit) en de milieubeleidsbeginselen hebben uiteraard hun invloed op de keuze tussen de verschillende bestuurlijke maatregelen. Zo geldt bijvoorbeeld op basis van het “vervuiler betaalt”-beginsel een voorkeur voor maatregelen waarbij de vervuiler de kosten zelf draagt, zoals dat het geval is bij regularisatiebevelen.²⁹⁰ In de memorie van toelichting van het milieuhandhavingsdecreet werd er tevens ook op gewezen dat de bestuursdwang eerder beperkt zal worden ingezet en meer complex zal verlopen dan de andere bestuurlijke maatregelen omdat het bijvoorbeeld niet eenvoudig is om in de technische infrastructuur van een bedrijf in te grijpen en het

²⁸⁵ Het handhavingssysteem in het ontwerpdecreet onroerend erfgoed kan vergeleken worden met het handhavingssysteem zoals het bestaat in het Milieuhandhavingsdecreet.

²⁸⁶ C.M. Biliët, P. De Smedt en H. Van Landeghem, “Vlaamse milieuhandhaving nieuwe stijl”, *TMR*, 2009, 343.

²⁸⁷ Mogelijk wordt hier nog de bestuurlijke dwangsom aan toegevoegd.

²⁸⁸ Zie ook C.M. Biliët, P. De Smedt en H. Van Landeghem, “Vlaamse milieuhandhaving nieuwe stijl”, *TMR*, 2009, 343.

²⁸⁹ P. De Smedt, “Proactief en reparatoir handhaven van milieurecht” in L. Lavrysen, *Het milieuhandhavingsdecreet in de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2010, 42.

²⁹⁰ Dit mag evenwel niet tot een algemene regel worden verheven. C. Biliët, *Bestuurlijke sanctionering van milieurecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2008, 268.

risico op aansprakelijkheid groter is.²⁹¹ Zo heeft bijvoorbeeld ook de Mina-Raad er op gewezen dat de voorkeur moet worden gegeven voor het gebruik van een regularisatiebevel (boven de bestuursdwang), omdat in dat geval de overtreder zelf kan zoeken naar de meest kosteneffectieve oplossing.²⁹²

Ook de eerste praktijkbevindingen lijken deze hypothese alvast te bevestigen: de bestuursdwang maakt slechts 2,47 % van het totale aantal uitgevaardigde bestuurlijke maatregelen in 2009 uit. Dit zou volgens het milieuhandhavingsrapport te wijten zijn aan de budgettaire implicaties waarmee het bestuur in dat geval kan worden geconfronteerd omdat de toezichthouder de (afbraak)kosten zelf moet dragen in afwachting van de recuperatie van de kosten op de overtreder (die overigens in vele gevallen onzeker kan zijn). Daarbij speelt volgens het milieuhandhavingsrapport ook de vrees voor schadeclaims, door de potentieel hoge impact van de bestuurlijke maatregelen op de bedrijfsactiviteiten, een grote rol.²⁹³

Tegen deze maatregelen kan een georganiseerd administratief beroep worden ingesteld bij de bevoegde minister. De beslissing van de minister kan daarna worden aangevochten via een beroep bij de Raad van State. De beginselen van behoorlijk bestuur spelen hierbij wel degelijk een rol.

Daarnaast kan het bestuur administratieve geldboeten bij wege van sanctie opleggen. Het decreet maakt een onderscheid tussen milieumisdrijven en milieu-inbreuken. Voor milieu-inbreuken kan het bestuur alleen een geldboete opleggen. Voor milieumisdrijven liggen de zaken anders. De Procureur des Konings kan beslissen of hij al dan niet tot vervolging zal overgaan. Wanneer deze beslist niet te vervolgen kan het bestuur alsnog een administratieve geldboete opleggen. Tegen deze sanctie kan een beroep worden ingesteld bij het Milieuhandhavingscollege. De beslissing van het Milieuhandhavingscollege kan op zijn beurt worden aangevochten via een cassatieberoep bij de Raad van State. In het boetesysteem moet men echter vaststellen dat een niet tijdige beslissing van de Procureur des Konings niet leidt tot het verval van de strafvordering, waardoor geen administratieve geldboete kan worden opgelegd.

²⁹¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. VI. Parl. 2006-2007*, nr. 1249/1, 44.

²⁹² Adv. Mina-raad, *Parl. St. VI. Parl. 2006-2007*, nr. 1249/1, 149.

²⁹³ *Milieuhandhavingsrapport 2009*, 88-89. Zie ook T. Renders en A. Stas, "Het milieuhandhavingsdecreet: een analyse van de Vlaamse Hoge Raad voor de Milieuhandhaving, het systeem van toezichthouders en de bestuurlijke handhaving (deel II)", *MER* 2011, 162.

Voor eenzelfde overtreding van de milieuwetgeving kan dus zowel een bestuurlijke maatregel als een bestuurlijke geldboete worden opgelegd.²⁹⁴ Het non bis in idem beginsel uit 16.4.28 DABM, dat enkel toepasselijk is op bestuurlijke geldboetes en straffen onderling, geldt immers niet in de verhouding tussen bestuurlijke maatregelen en bestuurlijke geldboetes. De mogelijkheid tot het combineren van verschillende maatregelen werd ten andere expliciet in het milieuhandhavingsdecreet voorzien.²⁹⁵

Er kan worden geconcludeerd dat *interne samenloop*, dit wil zeggen het opleggen van verschillende maatregelen op basis van de milieuwetgeving, mogelijk is in het milieuhandhavingsdecreet.²⁹⁶ Dit heeft tot gevolg dat er in principe tegenstrijdige maatregelen kunnen worden opgelegd door de verschillende bevoegde diensten. Het enige instrument dat de milieuwetgeving kent dat kan worden gebruikt om een dergelijke samenloop te voorkomen is de mededelingsplicht, die voorziet dat de betrokken diensten het nemen van een bestuurlijke maatregel moeten melden aan andere betrokken diensten.²⁹⁷ Voor wat betreft de *interne samenloop* werd in het milieuhandhavingsdecreet bepaald dat de herstellvordering van de gemachtigde ambtenaar (dit wil zeggen: de milieurechtelijke herstellvordering) voorrang heeft op herstelmaatregelen gevorderd door andere partijen in het kader van het milieuhandhavingsdecreet²⁹⁸: “als de gemachtigde ambtenaar daartoe een herstellvordering indient, gebeurt dat op grond van deze herstellvordering”.²⁹⁹ Voor *externe samenloopproblemen*, dit wil zeggen een samenloop met een herstellvordering op basis van andere reglementering, werd geen reglementering uitgeschreven.

4.2.2. Waarborgen

Opvallend is ook de grote aandacht die besteed is aan de rechtswaarborgen voor de potentiële overtreder. Bij een herstelmaatregel moet de betrokkene worden gehoord. Bij een intentie tot beboeting moet de potentiële overtreder de kans worden geboden om zijn standpunt te kennen te geven. De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur is tevens, al dan niet expliciet in het decreet, erkend. Dit houdt in dat het bestuur zal moeten motiveren waarom het een welbepaalde herstelmaatregel oplegt en dat er rekening zal moeten worden gehouden met onder meer het

²⁹⁴ P. De Smedt, “Proactief en reparatoir handhaven van milieurecht” in L. Lavrysen, *Het milieuhandhavingsdecreet in de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2010, 35. Zie tevens T. Renders en A. Stas, “Het milieuhandhavingsdecreet: een analyse van de Vlaamse Hoge Raad voor de Milieuhandhaving, het systeem van toezichthouders en de bestuurlijke handhaving (deel II)”, *MER* 2011, 164. Zie ook Memorie van toelichting, *Parl. St. VI. Parl. 2006-2007*, nr. 1249/1, 14 en 33.

²⁹⁵ Artikel 16.4.7, §1, 4° DABM.

²⁹⁶ Zie daarover ook P. De Smedt, “Proactief en reparatoir handhaven van milieurecht” in L. Lavrysen, *Het milieuhandhavingsdecreet in de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2010, 45-46.

²⁹⁷ 16.4.10 §5 DABM en artikel 61 Milieuhandhavingsbesluit.

²⁹⁸ H. Van Landeghem, “Strafrechtelijke handhaving in het milieuhandhavingsdecreet” in L. Lavrysen, *Het milieuhandhavingsdecreet in de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2010, 163.

²⁹⁹ Artikel 16.6.6 §1 DABM.

proportionaliteits- en het zorgvuldigheidsbeginsel. Bovendien beschikt de administratie (afdeling milieuhandhaving) over een ruime discretionaire bevoegdheid die de rol van deze beginselen van behoorlijk bestuur cruciaal maakt.³⁰⁰

De participatie van de burger is groter in vergelijking met het bestuurlijk handhavingssysteem in de ruimtelijke ordening. De burger kan in het kader van de bestuurlijke maatregelen zelf een beroep bij de minister instellen tegen de weigering tot het opleggen van een bestuurlijke maatregel. Dit geldt utiariaard indien hij een belang kan aantonen. Bovendien kunnen ook rechtspersonen zulk een verzoek indienen zij een belang kunnen laten blijken of indien het gaat om milieuverenigingen met rechtspersoonlijkheid die, conform de wet van 12 januari 1993, beschikken over een vorderingsrecht inzake leefmilieu. Het verzoek om een bestuurlijke handhavingsmaatregel te stellen dient voldoende te zijn gemotiveerd waarbij aannemelijk dient te worden gemaakt waarom er sprake kan zijn van een milieu-inbreuk of een milieumisdrijf. De bevoegde personen om een handhavingsmaatregel op te leggen nemen een beslissing binnen de dertig dagen na ontvangst van het verzoek. Tegen een weigeringsbeslissing kan beroep worden aangetekend bij de minister.

4.2.3. Rechtsmiddelen

Het systeem in het milieuhandhavingrecht is ook op het punt van de rechtsmiddelen duidelijk meer bestuursrechtelijk geïnspireerd. Tegen het opleggen van een bestuurlijke maatregel (regularisatiebevel, stakingsbevel en bestuursdwang) kan, zoals reeds hoger vermeld, een georganiseerd administratief beroep worden ingesteld bij de minister van leefmilieu.³⁰¹ Zowel de (vermoedelijke) overtreder als een derde-belanghebbende genieten deze beroepsmogelijkheid, zij het onder verschillende modaliteiten. Het voornaamste verschilpunt bestaat er in dat bij een beroep ingesteld door de overtreder zelf, de minister een discretionaire beoordelingsbevoegdheid en een hervormingsrecht heeft, terwijl hij bij een beroep ingesteld door een derde enkel de mogelijkheid heeft het beroep gegrond of ongegrond te verklaren en het dossier terug te sturen naar de bevoegde persoon in eerste aanleg.

Tegen de beslissing van de minister (het beroepsorgaan) inzake de handhavingsmaatregel staat er, overeenkomstig het gemeen bestuurlijk recht, verder nog een beroepsmogelijkheid open bij de Raad

³⁰⁰ F. Vandendriessche, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. Opdebeek en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 35-65.

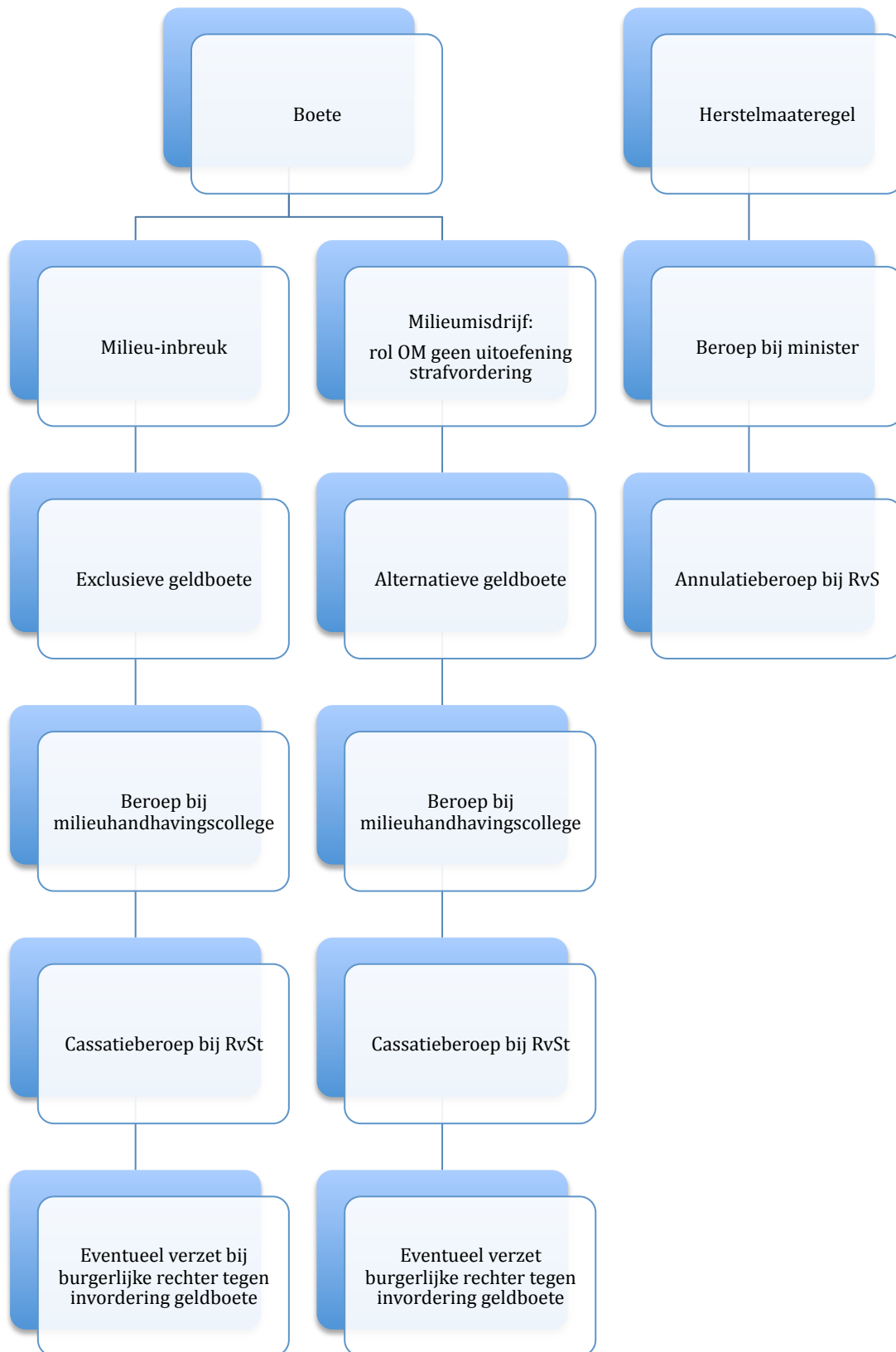
³⁰¹ In het milieurecht werd er daarnaast ook expliciet voor geopteerd om wel een opheffingsmogelijkheid voor de ambtenaar die de bestuurlijke maatregel heeft genomen in te schrijven. Artikel 16.4.11 DABM voorziet immers dat elke ambtenaar die een maatregel neemt ook bevoegd is om deze op te heffen.

van State. De beslissing van de minister is immers een administratieve rechtshandeling in de zin van artikel 14 van de wetten op de Raad van State.

Inzake sancties (boetes en voordeelsontneming) kan een beroep worden ingesteld bij het Milieuhandhavingscollege door de overtreder. Dat heeft schorsende werking. Tegen de uitspraak van dit college kan een cassatieberoep worden ingesteld bij de Raad van State. Het Milieuhandhavingscollege kan niet enkel bestuursrechtelijk sanctionerend optreden bij wege van vernietiging, maar beschikt over een zekere herzieningsbevoegdheid. Immers, als het Milieuhandhavingscollege het beroep gegrond verklaart, vernietigt het de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Het kan daarenboven zelf een beslissing nemen over het bedrag van de boete en, in voorkomend geval, over de voordeelontneming en bepalen dat zijn uitspraak daarover de vernietigde beslissing vervangt. Er staat enkel een beroep open voor de overtreder (artikelen 16.439 en 16.444 van het Milieuhandhavingsdecreet)

Bij het opleggen van bestuurlijke boetes kan de Vlaamse overheid in het kader van het Milieuhandhavingsdecreet zelf overgaan tot de inning van de verschuldigde bedragen. In geval de overtreder in gebreke blijft om de verschuldigde bedragen te betalen, worden deze bedragen bij dwangbevel ingevorderd. Het dwangbevel wordt gevisieerd en uitvoerbaar verklaard door een ambtenaar die daartoe aangewezen is door de Vlaamse regering. Het dwangbevel wordt bij deurwaardersexploot betekend. De overtreder kan rechtsbescherming betrachten door het Vlaamse Gewest te dagvaarden bij de gewone rechter. Dit verzet heeft schorsende werking tenzij de rechter ingaat op een verzoek van de Vlaamse overheid om de schorsende werking op te heffen. Tevens heeft de Vlaamse overheid een voorrecht op betaling verkregen in artikel 16.5.3 van het Decreet algemene bepalingen milieubeleid. Tenslotte dient de Vlaamse overheid over te gaan tot invordering binnen het jaar nadat de bestuurlijke boete of de voordeelsontneming moesten worden betaald.

4.2.4. Model Milieuhandhavingsdecreet



4.2.5. Tussenbesluit: voor en nadelen van het model inzake milieuhandhaving

a. voordelen

In het milieuhandhavingsmodel beschikt het bestuur over een ruime discretionaire bevoegdheid. Dit impliceert dat het bestuur zelf beslist of het opportuun is om een herstelmaatregel dan wel een maatregel bij wege van sanctie op te leggen. Het bestuur hoeft dus niet over te gaan tot het opleggen van een maatregel en kan zo zijn prioriteiten bepalen en behouden.

Het milieuhandhavingsmodel kent een ruim spectrum aan mogelijke op te leggen herstelmaatregelen en sancties. Dit laat toe om in functie van de onwettigheid een proportionele en gepaste maatregel aan te wenden. Ook hier is een bestuurlijke boete voorzien, wat als (zoals eerder aangehaald bij de externe rechtsvergelijking) positief kan worden bevonden.

Het milieuhandhavingsmodel is in vergelijking met buitenlandse handhavingsmodellen minder complex. Ook worden een aantal waarborgen uitdrukkelijk geregeld. Zo werd een ruime mogelijkheid van participatie van de derde-belanghebbende uitdrukkelijk en omstandig ingeschreven in het Milieuhandhavingsdecreet.

b. nadelen

Het bestaan van twee trajecten, het ene gericht op herstel en het andere op sanctionering, zorgt echter toch voor een zeker complexiteit omdat dezelfde ambtenaar geconfronteerd wordt met verschillende procedures. Hierbij is het van belang dat er voldoende personeelsinzet is om dat mogelijk te maken. Dit probleem wordt vermeden in het milieuhandhavingsrecht waar ambtenaren die een herstelmaatregel opleggen niet dezelfde zijn als deze die een boete opleggen. Voor de boete werd zelfs een aparte gewestelijke entiteit opgericht. Dit veronderstelt dus mogelijks de oprichting van een afzonderlijk orgaan. Een nadeel hierbij kan zijn dat in dat geval meer mankracht is vereist doordat de ambtenaren zich exclusief met één traject bezig houden. Een flexibele werkverdeling lijkt dan moeilijker.

Doordat bij milieu-misdrijven het bestuur afhankelijk is van een uitdrukkelijke beslissing van het openbaar ministerie, kan het bestuur niet steeds ten volle de procedure zelf afhandelen. Als het openbaar ministerie niet binnen de voorgeschreven termijn zijn beslissing mededeelt, kan het bestuur zelfs niet meer overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

Gezien het om een relatief recent ingevoerd systeem gaat, is het niet mogelijk om de effectiviteit ervan in te schatten.

5. Proeve van oplossing en voorstel tot model van bestuurlijke handhaving

5.1. Algemeen

Het is uiteraard mogelijk meerdere modellen uit te werken om de bestuurlijke handhaving te organiseren. Zo kan men ofwel opteren om bestaande modellen uit het buitenland volledig over te nemen (zie supra) ofwel een specifiek model uit te tekenen. De uiteindelijke keuze is immers een beleidskeuze tussen verschillende opties.

Uit het rechtsvergelijkend luik van deze studie blijkt dat het ideale model niet bestaat. Alle modellen hebben voor- en nadelen en overal heeft men problemen met de aanpak van de zwaarste inbreuken. Dit laatste vertaalt zich in langere duurtijd of in de inzet van bijzonder veel middelen. Gezien de specificiteit van de opdracht om een bestuurlijk handhavingsmodel te voorzien die het bestaande systeem ongewijzigd laat en gezien de vaststelling dat een ideaal model niet bestaat, zal men voor het Vlaamse Gewest een aangepast model moeten uittekenen. Dit heeft als voordeel dat men op die wijze respect betuigt voor de inzet van de magistraten die vandaag hun uiterste best doen om het bestaande systeem te laten werken. Het risico is wel dat als men een systeem maar op fragmentaire wijze overneemt men dan hoogstens de voordelen meeneemt, maar dit nog geenszins impliceert dat het in Vlaanderen zal werken. Daarenboven kan men, zoals het Nederlandse voorbeeld het aantoont, geenszins garanderen dat als eenmaal een goed werkend bestuurlijk model is ingevoerd, dit geen impact zal hebben op het bestaande systeem. Gezien deze premissen werd hieronder een mogelijk model op concrete wijze uitgewerkt dat ingepast kan worden in het bestaande systeem.

Bij de uittekening van dit model werd enerzijds rekening gehouden met hoe de door het onderzoek geïdentificeerde punten kunnen worden verholpen en anderzijds met een aantal uitgangspunten die de vorm van het model nader bepalen. Na de presentatie van de oplossing van de knelpunten (punt 5.2.) en de omkadering van het model (punt 5.3.), wordt het model hierna voorgesteld en nader toegelicht (punt 5.3.).

5.2. Oplossing voor de knelpunten

5.2.1. Strafrechtelijke knelpunten

a. *De zwakke of geringe vervolging*

Zoals hiervoor in punt 3.5.2. werd aangegeven, kan niet met zekerheid besloten worden dat door de buitenlandse bestuurlijke modellen het aantal seponeringen wordt teruggedrongen. Wel is er een indicatie dat in een bestuurlijk handhavingsmodel men minder om loutere beleidsredenen zal

seponeren. Daarenboven is het ook niet uitgesloten dat binnen het vervolgingsbeleid relatief lichte zaken worden vervolgd, waar de schade voor de ruimtelijke ordening zeer gering is, maar waar het parket toch een signaal wil geven aan de burger dat zijn gedrag niet conform is aan de wet. Dit soort zaken kan men veel eenvoudiger oplossen met een bestuurlijk sanctiesysteem.

Zoals blijkt uit de rechtsvergelijking is de oplossing voor dit knelpunt gelegen in de discretionaire bevoegdheid van het bestuur. Die wordt vorm gegeven op twee wijzen, namelijk door het bestaan van een ruim spectrum aan sancties en anderzijds door het bestaan van uitgewerkte prioriteitenlijsten en door responsabilisering van het bestuur. Deze technieken worden hierna toegelicht. De prioriteiten laten toe aan te geven wat belangrijk is en wat niet. De discretionaire bevoegdheid laat toe om zich meer te richten op de goede ruimtelijke ordening. Tevens kan men in dit kader, via regularisering of via onderhandelingen gericht op aanpassingen van de bestaande situatie, de realisatie van de goede ruimtelijke ordening meer nastreven. De gemeenten bewandelen deze piste reeds. Het verdient aanbeveling om in deze ingeslagen weg verder te gaan. In het Engelse recht vindt men zelfs een regel dat bij een bepaalde beroepsgrond de verzoeker automatisch geacht wordt een regularisatieaanvraag in te dienen. Ook is het wenselijk om in een vroege fase de onderhandelingen inzake eventuele regularisatie te starten zodat niet een hele procedure moet doorlopen worden, die achteraf vrij zinloos blijkt te zijn doordat een andersluidende onderhandelde oplossing voorligt. Dit kan uiteraard tot frustratie leiden bij diegenen die nu hard werken om de gerechtelijke procedures tot een goed einde te brengen. Bagatelzaken (men kan denken aan gevallen waar er een marginale afwijking van enkele cm is; zie trouwens de vooropgestelde regeling inzake het as-built attest bepaald in art. 4.2.7 VCRO) kunnen verwezen worden naar een boetetraject waar men zowel over de mogelijkheid beschikt van seponering, van het geven van een waarschuwing als over het opleggen van een boete. De prioriteiten laten echter ook toe duidelijk aan te geven waar absoluut een reactie op moet komen. Uiteraard zijn de beginselen van gelijkheid en evenredigheid hierbij van belang. Doordat op dit ogenblik de strafrechtelijke handhaving zich op een hoger niveau bevindt, worden de prioriteiten vastgelegd in functie van alle belangen in de maatschappij. De ruimtelijke ordening is maar een belang tussen de zovele belangen (eigendom, bescherming van de persoonlijke integriteit, bescherming van de volksgezondheid, enz.). De parketmagistraten kunnen dan wel beroep doen op het hele politiewezen. Ze moeten echter keuzes maken tussen de misdrijven die belangrijk zijn (drugs, mensenhandel, diefstal, slagen en verwondingen, aanrandingen van de eerbaarheid en verkrachtingen enz.).

b. Doorlooptijden

Zoals overduidelijk uit het bovenstaande doelmatigheidsonderzoek blijkt (punt 3.5.2.), kunnen de doorlooptijden gereduceerd worden via een bestuurlijke handhavingsmodel. De tijdswinst wordt gerealiseerd doordat men enerzijds sneller beslissingen neemt en anderzijds het aantal procedures terugdringt. Ten slotte wint men tijd door de beroepsprocedures sneller te laten verlopen.

Gezien het bestuur geen verslagen moet opstellen die bestemd zijn voor de gerechtelijke overheden en men zelf de beslissing neemt, wordt aanzienlijk tijd gewonnen. Bepaalde gevallen waar overduidelijk geen bouwinbreuk werd gepleegd kunnen meteen worden afgevoerd. Wellicht dat de parketten dit werk op dit ogenblik ook al verrichten, maar dat nu tijd verloren gaat bij de toezending door de verbalisant aan het parket. De parketmagistraten worden met dit soort dossiers eigenlijk belast met quasi-bestuurlijke taken, terwijl hun inzet meer wenselijk is voor (andere) belangrijke zaken.

Het tweede aspect, de reductie van procedures, wordt gerealiseerd doordat de administratieve beslissing tot oplegging van een herstelmaatregel of een boete door het bestuur zelf wordt genomen. Deze beslissing heeft uitvoerbare kracht zonder dat een rechter moet tussenkomen. De rechtsbescherming wordt niet geheel uitgehold doordat de burger over voldoende rechtsmiddelen beschikt. Hij moet ze dan wel zelf instellen. Deze drempel heeft voor gevolg dat in de omliggende landen, het aantal litigieuze procedures zeer beperkt is. Wellicht dat de allerswaarste dossiers waar men nu problemen mee heeft ook in een bestuurlijk handhavingsmodel in de rechtsmiddelenfase zullen aanbelanden. Dit neemt echter niet weg, dat voor de andere dossiers men veel sneller en dus efficiënter zal kunnen werken.

Ten slotte zou men daarenboven ook kunnen werken aan het optimaliseren van de bestuurlijke beroepsprocedures. Zowel het Engelse administratief beroep bij het inspectoraat als de rechtsmiddelenprocedure in het Duitse boetetraject bevatten daar voorbeelden van. Zo wordt in Engeland een drievoudig onderscheid gemaakt naargelang de omvang van het onderzoek in de beroepsfase. De eenvoudige onderzoeken kunnen sneller behandeld worden en vragen minder inzet van personeel. Opvallend is dat wanneer men wel een uitgebreid onderzoek nodig acht en voert er meer hervormingen zijn, wat schijnt aan te duiden dat de kwaliteit van de beslissingen dan toeneemt. In dat geval is de werklast voor het bestuur ongetwijfeld hoger. In het Duitse boetetraject is het voor de rechter mogelijk om te werken met een schriftelijke procedure als de partijen zich daar niet tegen verzetten.

c. Lage sancties

Een grotere effectiviteit bij de sanctionering zou men moeten realiseren via het strafrechtelijke systeem. Dit valt echter buiten het domein van deze studie. Dit neemt niet weg dat door een flankerend administratief boetesysteem in te voeren men zich daar enkel zal concentreren op de sanctiewaardigheid van het gedrag. Nu blijkt dat men in het bestaande handhavingssysteem vooral gericht is op herstel. Dit leidt zoals blijkt uit het doelmatigheidsonderzoek (zie hierboven punt 3.5.2.), tot seponeringen, tot lage sancties en zelfs tot het verlenen van opschorting van de uitspraak. Men kan verwachten dat eenmaal men een duidelijk sanctionerend doel voor ogen heeft meer aangepaste sancties zullen worden opgelegd, uiteraard conform het evenredigheidsbeginsel gekoppeld aan de omstandigheden van de zaak. Het al dan niet beëindigen van de inbreuk kan uiteraard als element worden meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de boete.

5.2.2. Bestuursrechtelijk

a. Hanteerbaarheid op lokaal niveau: maximale subsidiariteit, zelfstandigheid en onafhankelijkheid ten aanzien van hogere bestuursorganen

Bij aanvang van dit rapport werden een aantal bestuurlijke moeilijkheden weergegeven in het huidige kader. Die zogenaamde knelpunten hangen uiteraard nauw samen met het feit dat een overgang naar bestuurlijke handhaving impliceert dat de actieve rol van de besturen uitgebreid dient te worden.

In de eerste plaats dient daarom de hanteerbaarheid op de onderscheiden niveaus duidelijker te worden afgebakend. Er wordt, in de praktijk, maar gehandhaafd op twee niveaus. Het verdient aanbeveling om deze vaststelling ook te expliciteren.³⁰² Daarbovenop dient tegemoet te worden gekomen aan de melding die in het Handhavingsplan 2010 wordt gemaakt, met name dat er een optimalisatie van de middelen dient te komen waarbij de zogenaamde blinde vlekken dienen te worden weggewerkt.³⁰³ Hierbij dient voornamelijk de hanteerbaarheid voor de gemeenten te worden verhoogd. Om aan dit euvel tegemoet te komen, zouden elementen, die uit het rechtsvergelijkend onderzoek naar voren komen, dienstig kunnen zijn.

Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt is het immers zeer opvallend te noemen dat de lokale besturen een grote rol spelen bij de handhaving van stedenbouwovertredingen. Zowel in Nederland, in Engeland als in Duitsland zijn het de lokale besturen die de centrale rol spelen in de bestuurlijke

³⁰² Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 19.

³⁰³ Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 19.

handhaving van stedenbouwinbreuken. Artikel 2.4. van de Wet algemene bepalingen Omgevingsrecht bepaalt dat de burgemeester en wethouders van de gemeente waar het project in hoofdzaak zal worden verricht, beslissen over de toekenning van een vergunning en zorgen voor de eventuele handhaving ervan. Dat College is ook bevoegd voor het opleggen van handhavingsmaatregelen. Bij maatregel van algemeen bestuur kan deze bevoegdheid voor grote projecten (die van provinciaal belang zijn) worden overgedragen aan de provincie en voor projecten die van nationaal belang zijn, worden overgedragen aan de Minister. Daarnaast beschikt de Minister over een discretionaire bevoegdheid om een beslissing naar zich toe te trekken indien dat geboden is in het algemeen belang. In Engeland is een soortgelijke regeling uitgewerkt waarbij de laagste lokale besturen in beginsel handhavend optreden, maar waarbij via het administratief beroep een zekere mate van controle via het *Inspectorate* uitgebouwd is. In Duitsland bestaat evenzeer de handhavingsplicht in hoofde van de lokale besturen, in beginsel de *Kreissen* (een samenvoeging van meerdere gemeenten voor de uitvoering van bepaalde taken op lokaal niveau) en de *Kreisfreie* steden. In bepaalde omstandigheden kan deze bevoegdheid worden overgedragen naar grote gemeenten (met minstens 30.00 inwoners) maar in de regel dienen de *Kreissen* of de zelfstandige steden zelf voor de handhaving in te staan.

In het Vlaamse Gewest bestaat evenzeer een rol voor de lokale besturen. In beginsel beschikken de lokale besturen en het Gewest over een complementaire bevoegdheid.³⁰⁴ Niettemin blijkt uit de huidige structuur dat het subsidiariteitsbeginsel in de Vlaamse gemeenten niet zo sterk wordt doorgetrokken als in de andere onderzochte landen. Er bestaat een zogenaamde complementaire bevoegdheid, waarbij uit de cijfers van het Handhavingsplan blijkt dat sommige gemeenten niet tot zeer weinig zelfstandig optreden.³⁰⁵

Het leggen van de primaire bestuurlijke handhavingsverantwoordelijkheid bij de lokale besturen heeft tot gevolg dat er toepassing wordt gemaakt van het juridische beginsel van subsidiariteit. Op het terrein zijn de lokale besturen omwille van hun eigen lokale inbedding vermoedelijk het meest geschikt om, in beginsel, de eerste viool te spelen inzake bestuurlijke handhaving. Niettemin dient ook hier de eigenheid van de Vlaamse situatie in kaart te worden gebracht. Bij de aanstellingen van gemeentelijk stedenbouwkundige ambtenaren bepaalt artikel 1.4.6. § 2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening dat er een mogelijkheid bestaat dat twee of meer gemeenten beslissen om een intergemeentelijk samenwerkingsverband te belasten met de aanstelling van één of meer handhavingsambtenaren. Hier zouden vele gemeenten in het Vlaamse model, gezien zijn eigenheid,

³⁰⁴ Artikel 6.1.4 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

³⁰⁵ Handhavingsplan Ruimtelijke Ordening 2010, 12-14.

voordeel uit halen. In het Vlaamse Gewest heeft bijvoorbeeld ook de aanstelling van een geschikte stedenbouwkundige ambtenaar in elke gemeente evenzeer veel tijd in beslag genomen voor vele gemeenten. Sommige gemeenten hebben tot op vandaag nog steeds geen stedenbouwkundig ambtenaar. Tenslotte kan ook verwezen worden naar de regeling inzake milieuhandhaving waar de toezichthouders intergemeentelijk of zelfs in één politiezone kunnen worden aangesteld. De inwonersaantallen van de Vlaamse gemeenten liggen gemiddeld ook beduidend lager dan die van de Duitse *Kreissen* en de Engelse *boroughs* en *counties*.

Om aan deze pijnpunten, in de eigen Vlaamse context, tegemoet te komen zonder afbreuk te doen aan de rechtsvergelijkende vaststelling dat handhaving het meest gebeurt op lokaal niveau, kan er voor de gemeentebesturen (minstens) de mogelijkheid worden gelaten om via intergemeentelijke samenwerking over te gaan tot de gezamenlijke aanstelling van een handhavingsambtenaar inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Een dergelijke mogelijkheid zou aansluiten bij het Duitse model, waar sommige *Kreissen* een zeer grote groep van gemeenten omvat. In het onderzochte model van de deelstaat Neder-Saksen heeft de kleinste *Kreiss* Lüchow-Dannenberg 50.000 inwoners terwijl de grootste stad, Hannover, 1,1 miljoen inwoners omvat. Deze aantallen stippen duidelijk aan dat de omvang van de lokale besturen die instaan voor de handhaving van ruimtelijke ordening een stuk groter is dan die van de Vlaamse gemeenten. Bovendien leidt een ruimere schaalgrootte vermoedelijk ten dele tot een oplossing van het probleem dat de Nederlandse ombudsman aanstipt met betrekking tot de handhaving van bouwovertradingen door Nederlandse gemeenten. Daar rijst frequent een probleem van transparantie, helderheid en doortastendheid van de betrokken gemeenten.³⁰⁶

Daarom lijkt het aangewezen om een getrappt stelsel in het leven te roepen waarbij de rol van elke deelnemer in de bestuurlijke handhaving duidelijk wordt afgebakend. Hierbij dient de samenwerking op verscheidene momenten in de procedures te worden uitgewerkt. Zo dienen de prioriteiten inzake handhaving te worden vastgelegd. Hierbij kan het Nederlandse model een nuttige inspiratiebron zijn. De gemeenten dienen hun handhavingsbeleid en de wijze waarop ze hun handhaving vorm wensen te geven, bekend te maken.

Het lijkt, vanuit de specifieke Vlaamse situatie nuttig om met kaderplannen te werken, waarbij het Gewest de algemene prioriteiten vastlegt en de gemeenten de lokale prioriteiten binnen dit kader uittekenen. Dit heeft als voordeel dat er een gepaste differentiatie mogelijk is per regio, die voor het Gewest moeilijker te realiseren is. Dit leidt meteen ook tot een grotere responsabilisering van de

³⁰⁶ Zie het rapport “Helder Handhaven” uit 2010 van de Nederlandse ombudsman te raadplegen op <http://www.nationaleombudsman.nl/sites/default/files/rapport2010-235.pdf>

gemeenten. Anderzijds levert dit het voordeel op dat het Gewest nog steeds ten volle betrokken is bij de handhaving. Het Gewest dient immers, in de eigen Vlaamse context, ten volle zijn rol te kunnen blijven spelen. Het belang van de inspectie RWO blijkt uit het diverse cijfermateriaal (zie 3.5.2. Doelmatigheidsonderzoek). Het opstellen van zulke plannen zou gekoppeld kunnen worden aan de uitoefening van een zeker bestuurlijk toezicht, zoals dat het geval is in Duitsland. Daarna kan via de techniek van de introductie van een administratief beroep door bepaalde toezichthoudende overheden worden opgetreden tegen de onwettigheid alsook tegen tekortkomingen inzake opportuniteit. Dit bestaat ook reeds in het Duitse stelsel. Op die wijze wordt via een drietrapsgebonden procedure de responsabilisering van de gemeenten vergroot, maar blijft de rol van het Gewest minstens even voornaam. De gemeenten kunnen zo hun eigen accenten leggen waarbij zij over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikken en met een zeker zelfstandigheid en verantwoorde onafhankelijkheid kunnen opereren. Niettemin blijft er ondersteuning van het Gewest ook inzake handhaving. Het Gewest zou bovendien ook ondersteuning kunnen bieden bij het opstellen van de gemeentelijke plannen en bij het optreden inzake handhaving.

De inspectie ruimtelijke ordening blijft in dit model ten volle haar handhavingsbevoegdheid behouden nog steeds in complementariteit en, eventueel, in wisselwerking met de gemeenten. Daarnaast zou er op gewestelijk niveau en los van de inspectiediensten een bestuurlijk beroepsorgaan gecreëerd kunnen worden. Dit beroepsorgaan zou corrigerend kunnen optreden ten aanzien van de gemeenten.

Op die wijze worden de gemeenten maximaal ondersteund door het Gewest in de voorbereidende fase (door het opstellen van plannen), in de uitvoeringsfase (waar samen met het Gewest inspectieopdrachten kunnen worden uitgevoerd, maar waar het Gewest nog steeds een eigen onafhankelijke rol behoudt die evenzeer inspirerend kan werken voor de gemeenten) en na de uitvoeringsfase (via bestuurlijk beroep). Het hoeft geen betoog dat de beroepsinstantie op niveau van het Gewest gescheiden dient te worden van de Inspectie RWO. Het inbouwen van een bestuurlijk toezicht dient om de responsabilisering van de gemeenten, zeker in een eerste fase, zo goed mogelijk te begeleiden.

Uiteindelijk zou er een getrapte verantwoordelijkheid tussen twee niveaus op drie onderscheiden momenten in de procedure dienen te zijn. In de eerste plaats dient er te worden gestreefd naar een grotere rol voor de lokale besturen (intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dan wel gemeenten) bij de opstelling van de prioriteiten. Hierbij dient een zekere discretionaire bevoegdheid inzake de prioriteiten te bestaan binnen het kader dat door het Gewest wordt uitgetekend. Dat

betekent dat zowel de gemeenten als het Gewest een prioriteitenlijst dienen op te stellen inzake de handhaving van onwettigheden.

b. Functiescheiding

Nederland en Engeland hebben een onderscheid gemaakt tussen de vergunningverleners en de handhavers. Bij de Nederlandse gemeenten is er een opvallende functiescheiding vast te stellen tussen de ambtenaren die de vaststellingen doen en het bestuursorgaan dat de sancties oplegt. In Duitsland geldt deze functiescheiding niet ten aanzien van de ambtenaren die de overtredingen vaststellen en de handhavingsmaatregelen opleggen. Recent werden echter regels ingevoerd inzake de sancties dat de vaststelling van feiten toebehoort aan alle ambtenaren, maar dat de beslissing toekomt aan hogere of leidende ambtenaren. Bovendien dient er op gewezen te worden dat de *Bauaufsichtbehörde*, gezien de omvang van de *Kreisse* en de *kreissfreie Städte*, meestal omvangrijke diensten zijn waar een relatief omvangrijk personeelsbestand voorhanden is.

Gegeven de huidige Belgische casus en gezien de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur bij de introductie van bestuurlijke handhaving, is het (volgens de onderzoeksgroep) aangewezen om een functiescheiding te maken tussen de vergunningsverleners en handhavers. Op die wijze kan een zorgvuldig bestuur (met aandacht voor het zorgvuldigheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel en het *fair play*-beginsel) beter vorm worden gegeven.

Door de eventuele mogelijkheid van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen er ook grotere equipes worden gevormd waar zulke functiescheiding beter te realiseren valt. De functiescheiding mag uiteraard niet de informatiedoorstroming beperken. Zo zal een handhavende ambtenaar informatie dienen te verkrijgen vooraleer hij een beslissing kan nemen indien bijvoorbeeld nog een procedure tot regularisatie lopende is. Hij dient op dat ogenblik de beste beslissing te kunnen nemen over de noodzaak om al dan niet een herstelmaatregel op te leggen.

c. Verdragende effecten van sommige procedures

Eén van de grote voordelen van de introductie van een stelsel van bestuurlijke handhaving is uiteraard dat het bestuur zelf bepaalde maatregelen kan opleggen. Het beschikt door het opleggen van handhavingsmaatregelen onder dwang over een adequaat middel om de handhaving te garanderen. Hier schijnt bovendien voor wat de snellere afhandeling aangaat de grootste winst te schuilen. Uit de (beperkte) cijfers in het doelmatigheidsonderzoek (zie 3.5.2. Doelmatigheidsonderzoek) valt af te leiden dat het aantal procedures dat wordt aangespannen tegen een opgelegde herstelmaatregel niet zo hoog zijn. Dit komt uiteraard omdat het bestuur een actievare rol speelt in de procedures. Het bestuur dient niet zelf de zaak te initialiseren bij de rechter.

Bestuurlijke handhaving draait de rollen om waarbij de overtreder tegen de bestuurshandeling houdende een herstelmaatregel dan wel een bestuurlijke boete dient te ageren.

Deze elementen zorgen ervoor dat het vertragend effect van sommige procedures (zeker met betrekking tot de uitvoering en de opgelegde modaliteiten inzake de uitgesproken dwangmaatregelen) sterk verminderd kan worden.

d. Formaliseren van een betrokkenheid voor de derde-belanghebbende

Een ander knelpunt dat bleek uit de eerste analyse op bestuurlijke niveau was het beperkt aantal formele mogelijkheden voor de derde-belanghebbende om deel te nemen aan de procedure. Dit is, in het Vlaamse Gewest, reeds opgevangen in het Milieuhandhavingsdecreet. Ook in Nederland, Duitsland en Engeland zijn er belangrijke mogelijkheden voor de derde-belanghebbende om de procedure te initialiseren dan wel om de procedure op te starten. De derde-belanghebbende beschikt hierbij ook over een procedurele mogelijkheid tot beroep in al deze bestuurlijke handhavingssystemen.

De betrokkenheid van een derde-belanghebbende bij zulke procedure is cruciaal. Wel dient erop gewezen te worden dat met de klacht van de derde-belanghebbende goed en zorgvuldig wordt omgegaan en dat hij, via openbaarheid van bestuur, het verloop van zijn procedure, kan volgen. Dit is een heikel punt in Nederland. De schaalvergroting zou tot oplossingen kunnen leiden. Hiervoor wordt naar de uiteenzetting onder a1 verwezen.

e. Onafhankelijkheid van de betrokken ambtenaren

De ambtenaren die de handhavingsmaatregelen dienen op te leggen dan wel voor te stellen moeten in hun werkzaamheden voldoende onafhankelijkheid kunnen genieten. Hierbij kan worden teruggegrepen naar de onafhankelijkheidswaarborgen die zijn ingeschreven voor de stedenbouwkundig ambtenaar. In Duitsland worden specifieke competenties naar voren geschoven om bij een *Bauaufsichtsbehörde* te mogen werken. De betrokken ambtenaren zijn dus specialisten die op basis van die specialisatie hun bevoegdheid tot handhaven verkrijgen.

Indien ambtenaren zelf de beslissing kunnen nemen (weliswaar op basis van een duidelijk decretaal en reglementair kader) impliceert dit het voordeel van hun juridische onafhankelijkheid ten aanzien van het bestuur. Niettemin moet het bestuur wel tuchtrechtelijk kunnen ingrijpen indien de onafhankelijkheid ten aanzien van particulieren (bouwondernemingen, projectontwikkelaars, ...) op de helling komt te staan.

5.3. Omkadering

De invoering van een bestuurlijk handhavingssysteem naast een bestaand systeem kan een invloed hebben op het bestaande systeem. M.a.w. zelfs als men beslist om niet te depenaliseren ten voordele van een bestuurlijk handhavingssysteem, kan de invoering van een parallel systeem voor gevolg hebben dat het oorspronkelijke systeem niet meer aangewend wordt. Dit is bijvoorbeeld het geval in Nederland. In dat geval is er dus een indirecte of feitelijke depenalisering. Dit hangt uiteraard af van het succes van het nieuwe bestuurlijke handhavingssysteem.

In het kader van deze opdracht wordt enkel de mogelijkheid van de introductie van een bestuurlijk handhavingssysteem uitgewerkt. De andere stelsels (burgerlijk en strafrechtelijk) blijven daardoor onverminderd van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat België, in tegenstelling tot Nederland en Engeland, meerdere trajecten zal blijven kennen. Niettemin oordeelt de onderzoeksgroep het nuttig dat, binnen het kader van de bestuurlijke handhaving, niet enkel herstelmaatregelen kunnen worden opgelegd maar ook sancties kunnen worden toegepast. Dit houdt verband met de doelmatigheid van bestuurlijke handhaving. Dit verschaft het bestuur tevens de mogelijkheid om, afhankelijk van de onwettigheid die de overtreder begaat, gepast te reageren.

Dit laat ook toe handhavend op te treden voor de toekomst via de herstelmaatregelen en sanctionerend op te treden voor het verleden, zoals in Duitsland. Dit komt de effectiviteit van de herstelmaatregel ten goede. Daarenboven kan men nog steeds ernstige burgerlijke ongehoorzaamheden sanctioneren zelfs wanneer de onwettige toestand is geregulariseerd of beëindigd. Dit stelsel bestaat reeds in het Vlaams milieuhandvingsrecht.

De onderzoeksgroep is van oordeel dat een repressieve sanctie een goede handhaving bevordert. Het Duitse en Engelse systeem hebben gemeen dat een repressieve sanctie als spreekwoordelijke 'stok achter de deur' wordt gehouden. Het verschil tussen beide systemen is dat in het Engelse systeem de stok achter de deur een strafsancie is die volgt op het niet-naleven van een handhavingssysteem, terwijl in het Duitse systeem de sanctie een administratieve geldboete is die opgelegd kan worden via een procedure die gelijk loopt met de procedure tot oplegging van een dwangmaatregel tot herstel.

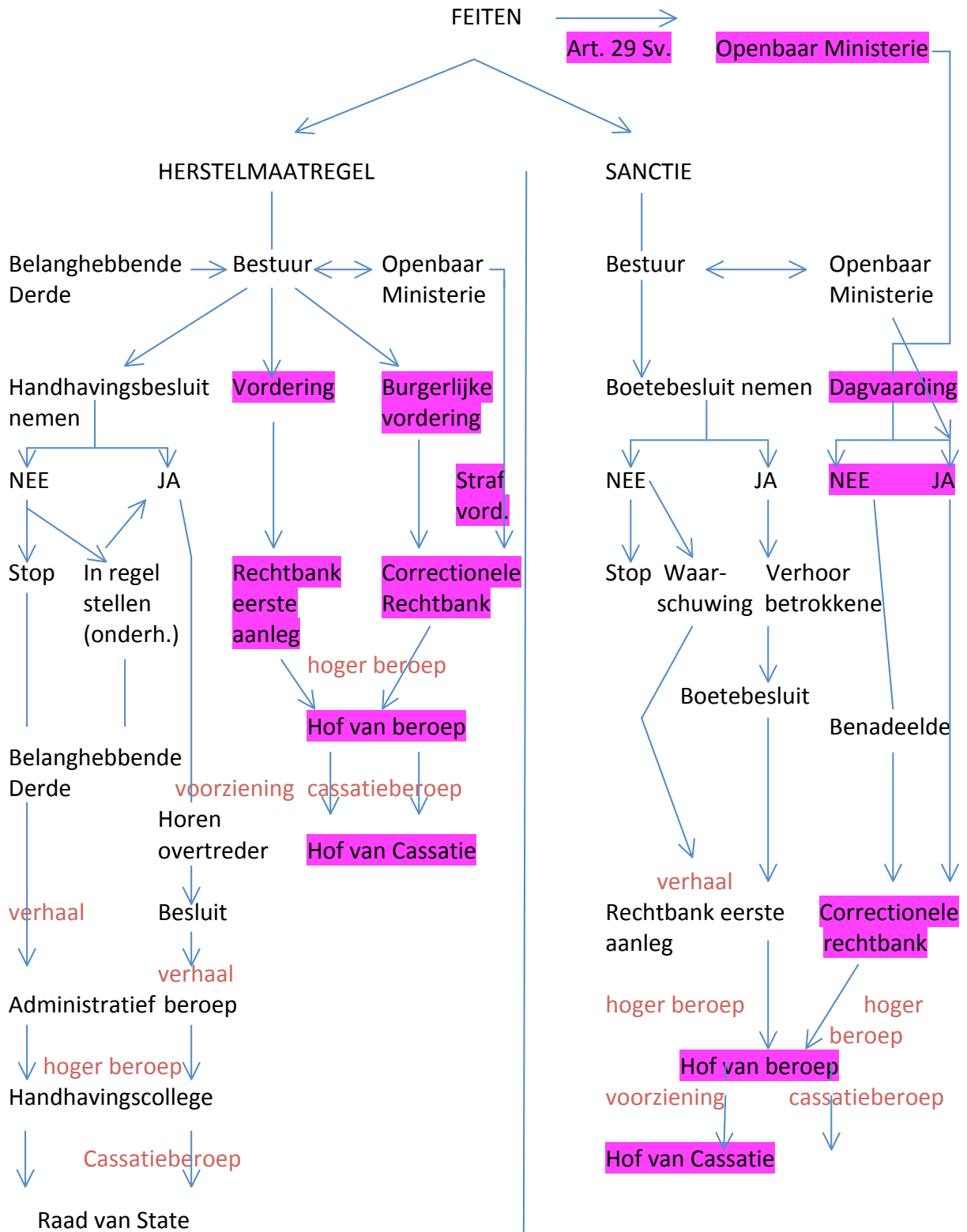
Indien men het voorgestelde bestuurlijke handhavingssysteem in het huidige stelsel introduceert, staan er twee opties open: ofwel wordt één systeem als prioritair aangeduid en het andere is dan een subsidiair systeem, ofwel wordt de inzet van beide systemen toegelaten wat aanleiding kan

geven tot cumul van opgelegde maatregelen of sancties. In het voorgestelde model is de bestuurlijke handhaving de belangrijkste handhavingsvorm geworden. Dit betekent niet dat afbreuk wordt gedaan aan de principiële primauteit van de strafvordering. Alleen is ervoor geopteerd dat het Openbaar Ministerie actief moet aangeven dat het de vervolging en/of handhaving overneemt. Dit impliceert wel dat in dat geval het bestuur niet langer autonoom kan overgaan tot handhaving.

Een cumulatief systeem van sanctionering in twee verschillende handhavingssystemen (in het bestuurlijke enerzijds en in het strafrechtelijke anderzijds) zorgt voor problemen. Cumul van vervolging of instellen van vorderingen kan resulteren in een cumul van oplegging van sancties en/of maatregelen. Dit laatste stuit op veel kritiek omdat eenzelfde persoon dan voor dezelfde feiten tweemaal gesanctioneerd wordt of tweemaal een maatregel krijgt opgelegd. Voor sancties is dit verboden gezien het *non bis in idem* principe.

Elke overtreding van wetgeving inzake stedenbouw komt in aanmerking voor handhaving, weze het bij wege van herstel, weze het bij wege van sanctie. Dat betekent dat het bestuur ook t.a.v. de zwaarste inbreuken zelf kan overgaan tot een herstelmaatregel en/of tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Enkel wanneer het OM beslist om de strafvordering in te stellen, vervalt de autonome handhavingsrol van het bestuur.

5.4. Model



Nieuw: ***
 Bestaande systeem: ***
 Rechtsmiddel: verhaal

5.5. Uittekening

5.5.1. Vaststelling van feiten

Elke zaak start met de vaststelling van feiten. Deze feiten duiden aan dat een stedenbouwmisdrijf werd gepleegd. Met het oog hierop dient men te bepalen welke personen hiervoor bevoegd zijn. Thans zijn dit de leden van de lokale en federale politie met hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie, de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur en andere door de Vlaamse regering aangeduide ambtenaren, de gemeentelijke en provincieambtenaren aangewezen door de provinciegouverneur³⁰⁷. De algemene bestuurlijke politie wordt uitgeoefend krachtens algemene wetteksten³⁰⁸, terwijl de bijzondere wetten bepaalde ambtenaren belasten met het bijzonder toezicht³⁰⁹. Wat dit laatste betreft vermeldt de Vlaamse Codex, weliswaar in de afdeling “toezicht”, dat de opgesomde ambtenaren belast zijn met de opsporing en de vaststelling van misdrijven. Het strekt tot aanbeveling om dit uit te klaren en te verduidelijken dat de opgesomde ambtenaren ook belast zijn met de bestuurlijke politie. Terwijl hiervoor geen exacte cijfers bekend zijn, is vooral de lokale politie zeker actief bij de handhaving van de ruimtelijke ordening. Er is geen goede reden om zich te ontdoen van de deskundigheid en ervaring van deze politiedienst in het kader van een bestuurlijke handhaving. Daarom dient duidelijk te worden aangegeven dat de leden van de algemene politiediensten ook bevoegd zijn inzake de bestuurlijke handhaving³¹⁰. De huidige regeling betreffende het milieuhandavingsdecreet³¹¹, kan bijgevolg niet zomaar worden overgenomen.

Voor het vervolg van de procedure is van belang dat het bestuur in het kader van de procedure tot oplegging van een herstelmaatregel of een bestuurlijke sanctie uitdrukkelijk beroep kan doen op de

³⁰⁷ Art. 6.1.5. juncto 1.4.3.-1.4.7. VCRO; zie D. De Wolf, “Het strafrechtelijk onderzoek naar het milieumisdrijf”, in A. De Nauw, P. Flamey, J. Ghysels (ed.), *Milieustraf- en strafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Brussel, Larcier, 2005, 204-205, zie ook nader Bijlage 1, Deel I, p. 28-33.

³⁰⁸ Meer bepaald de artikelen 3, 42, 93, 97-98, 101 en 103-104 van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst gestructureerd op twee niveaus, artikelen 5, 8/4 en 8/5, 11-14, 26-28 van de wet op het politieambt, 129, 130, 130bis, 133, 134, 135 van de Nieuwe Gemeentewet en 119bis, § 6 van de Nieuwe Gemeentewet inzake gemeentelijke administratieve sancties. Artikel 14 van de wet op het politieambt is een van de belangrijkste bepalingen terzake. De algemene politiediensten worden belast met het toezicht op de handhaving van de openbare orde met inbegrip van de naleving van de politiewetten en verordeningen, en de bescherming van personen en goederen. Zij hebben daarvoor een algemeen toezicht en controle op de plaatsen waar ze wettelijk toegang tot hebben (zie terzake art. 26-27 van dezelfde wet).

³⁰⁹ Zie F. Tulkens en B. Lombart, *Syllabus du cours de droit administratif*, Brussel, 2006-2007, 47-48.

³¹⁰ Opgelet de formule “onverminderd de bevoegdheden van de agenten en officieren van gerechtelijke politie” laat niet toe om de algemene politiediensten de bijzondere bevoegdheden te geven. In dat geval wordt aangenomen dat de genoemde personen enkel beroep kunnen doen op hun bevoegdheden inzake gerechtelijke politie (D. De Wolf, *o.c.*, 197-198). De formulering in een decreet moet dus bestaan in een opsomming van personen die beschikken over toezichtsbevoegdheden en in deze opsomming moeten de leden van de algemene politiediensten voorkomen.

³¹¹ Art. 16.3.1. e.v. van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid; zie hierover Bijlage 1, deel I, p. 143-145.

politiediensten om nadere inlichtingen te verzamelen of de nodige bijkomende vaststellingen te verrichten. In Duitsland is de politie als hulporgaan van de bestuurlijke autoriteiten ook in de administratieve boeteprocEDURE bevoegd om onderzoek te verrichten³¹². D.w.z. dat ze ambtshalve de plicht heeft onderzoek te verrichten bij de vaststelling van een administratieve inbreuk en de plicht heeft de bestuurlijke autoriteiten bij te staan wanneer deze daarom verzoeken³¹³. De politie beschikt over dezelfde rechten en plichten als in de strafprocedure en over dezelfde onderzoeksbevoegdheden als bij misdrijven³¹⁴.

Gezien de invoering van een bestuurlijke handhaving naast het bestaande strafrechtelijk systeem komt, is het van belang dat elke vaststelling van feiten ook medegedeeld wordt aan het openbaar ministerie. Er is in het model een volledige overeenstemming tussen het misdrijf en de reden waarom een bestuurlijke handhaving wordt opgestart. Dit betekent dat elk feit dat in aanmerking komt voor een bestuurlijke handhaving, tevens de vaststelling van een misdrijf vormt. Men zou uiteraard een andere invulling aan de inbreuk kunnen geven. Dit veronderstelt echter een aanpassing van het bestaande systeem, waar zoals hierboven werd aangegeven, niet aan getornd wordt. Krachtens artikel 29 van het Wetboek van strafvordering hebben de overheden de plicht deze feiten te melden aan het openbaar ministerie³¹⁵. De leden van de algemene politiediensten hebben eenzelfde verplichting krachtens artikel 40 van de Wet op het politieambt. De agenten en officieren van gerechtelijke politie die geen deel uitmaken van de algemene politiediensten hebben deze plicht krachtens de artikelen 8, 28ter, §§ 2 en 4 en 53-54 Sv. De informatiedoorstroming is dus in beginsel gewaarborgd. Gezien, zoals gezegd, het strafrechtelijke handhavingssysteem onverminderd blijft bestaan kan het openbaar ministerie beslissen om zelfstandig een strafprocedure te starten.

5.5.2. De keuze voor een herstelmaatregel of een sanctie

In het model wordt ervan uitgegaan dat zowel een herstelmaatregel en/of een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. D.w.z. dat men zowel kan beslissen om enkel een herstelmaatregel op te

³¹² G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 445.

³¹³ Zie G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nrs. 500-506.

³¹⁴ Art. 53, lid 1 OWiG; G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, nr. 501. De onderzoeksbevoegdheden zijn beperkt; dit past echter ook bij het concept van de administratieve inbreuken die per definitie minder ernstig zijn en waar indringende bevoegdheden niet thuis horen (zie over dwangbevoegdheden G. Rosenkötter en J. Louis, *o.c.*, 240-246).

³¹⁵ Artikel 29 al. 1 Sv. bepaalt dat iedere gestelde overheid, ieder openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of een wanbedrijf, verplicht is daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wiens rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen gevonden worden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten te doen toekomen (zie nader L. Huybrechts, "Aangifte van misdrijven", in X., *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 8-10). Het kan gaan om een misdrijf dat in uitvoering is zoals een bouwwerk dat nog niet beëindigd is (zie Kort Ged. Rb. Gent, 31 oktober 2001, *TMR* 2002, verkort, afl. 2, 196).

leggen (v.b. het belangrijkste is het herstel te bekomen, gezien de persoonlijke omstandigheden is het niet opportuun de betrokkene ook nog een sanctie op te leggen), ofwel enkele een bestuurlijke sanctie (b.v. als vrijwillig herstel al heeft plaatsgevonden of de inbreuk beëindigd is, maar gezien de ernst van de inbreuk men voor het niet-naleven van de stedenbouwvoorschriften toch een sanctie wil opleggen aan de ongehoorzame burger) ofwel zowel een herstelmaatregel als een bestuurlijke sanctie. De keuze dient proportioneel te zijn en verband te houden met de aangestipte prioriteiten.

De procedure tot oplegging van een herstelmaatregel wijkt op bepaalde punten af van de procedure tot oplegging van een sanctie. Het model is daarom na de vaststelling van de feiten opgedeeld in twee kolommen. Zoals hoger vermeld heeft dit nadelen (complexiteit, vermenging), die echter niet opwegen tegen de voordelen. Beide procedures kunnen parallel van elkaar lopen, maar hoeven niet noodzakelijk gelijktijdig te lopen. In beide procedures heeft het bestuur het initiatief. De bevoegde bestuursorganen zijn in beide procedures dezelfde, maar inzake de ambtenaren dient te worden verwezen naar de reeds uiteengezette functiescheiding.

Hierna wordt eerst de procedure tot oplegging van de herstelmaatregel toegelicht en aansluitend de procedure tot oplegging van een sanctie.

a. Het hersteltraject

a1. Herstelmaatregelen: het onderzoek door het bestuur

Het verdient aanbeveling om inzake de toezichthouders duidelijk te omschrijven welke groep hieronder ressorteert. De kennis en de ervaring van de lokale politie dient nog eens in herinnering gebracht te worden zoals uit het doelmatigheidsonderzoek blijkt (zie hierboven titel 3.5.2.). Van de vaststelling dient een schriftelijke neerslag te worden gemaakt, die overeenkomstig artikel 29 W. Sv dient te worden overgezonden aan het Openbaar Ministerie.

Daarnaast dienen zowel de lokale als de gewestelijke toezichtambtenaren aangeduid te worden. De procedure voor de lokale besturen en het Gewest kan best op een zo gelijk mogelijke leest geschied worden waarbij voornamelijk benadrukt dient te worden dat de toezichtambtenaren gezien de eigenheid van hun rol los staan van de eigenlijke handhavingsambtenaren die maatregelen kunnen opleggen bij wege van herstel. Het verdient aanbeveling om ambtenaren zelf de handhavingsmaatregelen bij wege van herstel te laten opleggen. Op die wijze wordt hun onafhankelijkheid ten aanzien van de politieke organen gegarandeerd. Zo gebeurt dit in Duitsland en Engeland. De onafhankelijkheid van deze ambtenaren dient dus zowel op lokaal niveau als op niveau van het Gewest te worden gegarandeerd om goede handhaving bij wege van herstel te bekomen.

De mogelijkheid moet ook voorzien worden dat toezichthouders geadieerd kunnen worden door een klacht van een derde-belanghebbende. Hierbij dienen drempels te worden ingebouwd waarbij een derde zijn belang dient aan te tonen. Hierbij kan de motivering van de aanvraag worden ingeschreven, zoals in het Milieuhandhavingsdecreet, maar is het nuttiger om de derde-belanghebbende zijn belang te laten koppelen aan het belang dat hij dient te hebben om een burgerlijke vordering in te stellen. Op die wijze kan er een gelijkheid worden gegarandeerd tussen de nog steeds bestaande burgerlijke procedure en de bestuurlijke handhaving. Het misdrijf zelf dient uiteraard nog te worden vastgesteld door de toezichthouders.

a2. Herstelmaatregel: de overname door het openbaar ministerie

Door de melding van het misdrijf aan het Openbaar Ministerie, kan het Openbaar Ministerie nog steeds beslissen om de zaak naar zich toe te trekken en een strafrechtelijk onderzoek op te starten. Dat impliceert dat de handhavingsmaatregel, net zoals vandaag opgelegd kan worden in het kader van een strafrechtelijke procedure. Het bestuur dient hierbij dus een burgerlijke vordering in te stellen bij de strafrechter om een herstelmaatregel te bekomen, al dan niet gekoppeld aan de opleg van dwangmaatregelen. Deze procedure blijft onveranderd verder bestaan.

a3. Herstelmaatregel: einde onderzoek, keuze voor het bestuur

Na afloop van het onderzoek staan drie mogelijkheden open voor het bestuur om de herstelmaatregel opgelegd te krijgen. Het bestaan van deze mogelijkheden vloeit enerzijds voort uit de keuze om de bestaande burgerlijke en strafrechtelijke (via een burgerlijke vordering) weg te behouden en anderzijds uit de rechtsvergelijking met Engeland waar het bestuur ook drie mogelijkheden heeft (uitvaardigen van een 'notice', het vorderen van een rechterlijke 'injunction' en een 'prosecution'³¹⁶). De keuze voor één van deze trajecten wordt volkomen vrij gelaten, zoals trouwens thans de keuze voor de burgerlijke weg of de strafrechtelijke weg ook vrij gelaten wordt in de Vlaamse Codex.

In het geval het bestuur de zaak aanhangig wil maken bij de rechtbank van eerste aanleg om daar een herstelmaatregel opgelegd te krijgen, zal dit gebeuren volgens de regels van het Gerechtelijk wetboek. Het huidige artikel 6.1.43 VCRO kan volkomen behouden worden. Daarnaast kan het bestuur het parket verzoeken een strafvervolgung in te stellen of indien dit reeds gebeurd is, zich daarbij aansluiten. De herstellvordering, van burgerlijke aard, wordt aanhangig gemaakt bij het

³¹⁶ In Engeland kan de strafrechter weliswaar geen herstelmaatregel opleggen en hoort een vervolging of *prosecution* thuis in de tweede kolom (de sanctie). Gezien dit in Vlaanderen voor de strafrechter wel mogelijk is, kan de vervolging ook hier worden opgenomen bij de eerste kolom (herstelmaatregel).

openbaar ministerie middels een brief. Het bestuur kan verder optreden in de procedure als “eiser tot herstel”. Ook hier wordt er niets gewijzigd aan de bestaande toestand. Artikel 6.1.41 VCRO kan behouden worden³¹⁷. Indien een strafvordering is ingesteld, belandt men ook meteen in de tweede kolom. Voor de eenvoud is dit niet visueel aangeduid in het model.

Nieuw is echter de mogelijkheid voor het bestuur om een handhavingsbesluit uit te vaardigen dat uitvoerbare kracht heeft. Bij het beëindigen van het onderzoek zal het bestuur de vraag moeten beantwoorden om de “bestuurlijke”, de “burgerlijke” dan wel de “strafrechtelijke” handhavingsweg te volgen.

a4. Herstelmaatregel: het nemen van een handhavingsbesluit

Uiteraard dient de bevoegde ambtenaar de beslissing te nemen om al dan niet een handhavingsmaatregel bij wege van herstel op te leggen. Indien hij besluit om geen handhavingsmaatregel op te leggen, stopt de procedure vanzelfsprekend. Hij kan echter ook besluiten om nog geen handhavingsmaatregel op te leggen omdat er nog een mogelijkheid bestaat om de bestaande toestand in regel te brengen. Op dat ogenblik kan het bestuur onderhandelingen opstarten met de vermeende overtreder om de situatie te regulariseren. Op die wijze wordt de dialoog tussen burger en bestuur verder aangescherpt hetgeen de transparantie van het besturen ten goede komt. Naargelang de omstandigheden zal het bestuur een actieve houding aannemen en desgevallend zelf het initiatief nemen. Uiteraard dient het bestuur bij deze onderhandelingen rekening te houden met het juridisch kader en zeker ook met de beginselen van behoorlijk bestuur. In dit kader dient vooral aandacht te worden besteed aan de rol van het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel tijdens de onderhandelingen. In elk geval kunnen geen onderhandelingen meer worden gevoerd, in het licht van de huidige rechtspraak van de Raad van State, nadat een uitspraak van een rechter in kracht van gewijsde is gegaan.³¹⁸ Het is trouwens wenselijker dat eventuele onderhandelingen voorafgaan aan een definitieve uitspraak zodat de rechter geen onnodig werk verricht.

Indien de handhavende ambtenaar toch de intentie heeft om een handhavingsmaatregel op te leggen dwingen de beginselen van behoorlijk bestuur hem om, vooraleer hij tot die beslissing kan overgaan de betrokken overtreder te horen. Wanneer besloten wordt om een handhavingsmaatregel op te leggen, dient dit besluit uiteraard te worden gemotiveerd. Hierbij is het vooral van belang dat

³¹⁷ Men kan uiteraard de kans grijpen om deze artikelen te moderniseren door b.v. de merkwaardige figuur van aanhangig making van een vordering bij het openbaar ministerie en niet bij een rechter, middels een brief of de term “eiser tot herstel” te introduceren. Dit valt echter buiten het bestek van de opdracht.

³¹⁸ RvS, nv Immabel, nr. 141.537, 3 maart 2005.

de motieven formeel in het besluit zelf zijn opgenomen en dat de materiële motivering wordt geschraagd door het dossier. Bovendien dient deze bestuurshandeling melding te maken van de rechtsmiddelen die tegen deze beslissing kunnen worden ingesteld alsook van de termijn waarbinnen dat dient te gebeuren en bij welke instantie.

Bij de keuze van de opgelegde herstelmaatregel is het aangewezen om een zo ruim mogelijk spectrum aan herstelmaatregelen voorop te stellen. In Duitsland en Engeland is er bepaald dat elke gepaste maatregel kan worden opgelegd. In praktijk worden de drie volgende maatregelen meestal opgelegd: afbraak, herstel door aanpassingswerken of verbod van gebruik. In het Vlaamse Gewest kent men tevens de betaling van een meerwaardesom als vorm van herstel. Bij de keuze dient uiteraard rekening te worden gehouden met het proportionaliteits- of het evenredigheidsbeginsel. Er dient nogmaals te worden herhaald dat de herstelmaatregel een ander doel beoogt dan een stakingsbevel. Een stakingsbevel grijpt onmiddellijk in en tracht een noodsituatie stil te leggen terwijl een herstelmaatregel iets langer duurt maar een definitief herstel beoogt. Elk van de vermelde maatregelen is nuttig om tot een efficiënt herstelbeleid te komen, waarbij specifiek dient te worden vermeld dat de herstelmaatregelen genomen worden in het licht van de vooraf vastgestelde prioriteiten. Naast de herstelmaatregelen bestaan ook nog alternatieven die in samenhang met de herstelmaatregelen bekeken dienen te worden, zoals de flankerende boete en de voorafgaande onderhandelingen.

Als het bestuur na afweging van alle voorgaande aspecten het toch aangewezen vindt om (mede in het licht van prioriteiten en van de proportionaliteit) een handhavingsmaatregel op te leggen, kan deze best gepaard gaan met dwangmaatregelen. Aan de handhaving kunnen verscheidene dwangmaatregelen worden gekoppeld. Het meest directe dwangmiddel is de bestuursdwang. Principieel lijkt dit, zoals in Duitsland en Engeland, de onderzoeksgroep het meest geschikte dwangmiddel. Uiteraard heeft dit een grote impact op de (humane en pecuniaire) middelen die dienen worden ingezet. De onderzoeksgroep pleit niet noodzakelijk voor de opheffing van de dwangsom maar de dwangsom heeft als groot nadeel dat, afhankelijk van de financiële draagkracht van de overtreder, significante verschillen in de (duurtijd van de) handhaving. De onderzoeksgroep acht dit niet aangewezen.

a5. Het georganiseerd administratief beroep bij een afdeling van het Gewest

Gezien de eigen Vlaamse context heeft de onderzoeksgroep het nuttig geoordeeld om in het model een voorstel te doen waarbij de gemeenten bij het opleggen van hun herstelmaatregel onderworpen zijn aan een administratief beroep dat vorm wordt gegeven bij het Gewest zelf. Deze mogelijkheid geldt uiteraard niet voor een handhavingsmaatregel die wordt opgelegd door het Gewest.

Als de gemeente (of het intergemeentelijk samenwerkingsverband) autonoom ageert, dient zeker in de eerste fase een zo groot mogelijke ondersteuning van de gemeente te worden gewaarborgd. Hiertoe dient een afdeling bij het Gewest te worden gecreëerd die zich als administratief beroepsorgaan buigt over de handhavingsmaatregel bij wege van herstel. Zoals eerder gemeld dient de beroepsinstantie op niveau van het Gewest gescheiden te worden van de Inspectie RWO. Op die wijze wordt de ontvoogding van de gemeenten inzake handhaving van ruimtelijke ordening ook na het opleggen van de maatregel begeleid. Het lijkt aangewezen om enkel te opteren voor een schorsing en/of een vernietiging in deze eerste stap van het administratief beroep. Dit garandeert tevens maximaal de subsidiariteit van de lokale besturen. Tevens dient nog eens te worden benadrukt dat dit, mogelijks, als een eerste stap kan worden beschouwd die later afgebouwd kan worden.

Bovendien dient dit georganiseerd administratief beroep, precies omwille van de impact van een herstelmaatregel, schorsende werking te verkrijgen. Het voordeel is dat het orgaan van actief bestuur zich zowel kan buigen over de wettigheid als over de opportuniteit van de handhavingsmaatregel.

Dit beroep kan worden ingesteld door de overtreder en door de derde-belanghebbende.

a6. Beroep bij het Handhavingscollege

Zowel ten aanzien van een handhavingsmaatregel van het Gewest als tegen een uitspraak in administratief beroep ten aanzien van de gemeenten kan de overtreder of de derde-belanghebbende beroep aantekenen bij een Handhavingscollege. Hier zou kunnen worden gedacht aan een omvorming van de reeds bestaande Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

Dit Handhavingscollege is een rechtsprekend orgaan dat de schorsing of de vernietiging kan uitspreken van de opgelegde handhavingsmaatregel. Niettemin is het aangewezen om het Handhavingscollege ook een herzieningsbevoegdheid mee te geven om te vermijden dat procedures te lang lopen. Het Handhavingscollege dient zich met volle rechtsmacht te kunnen buigen over de herstelmaatregel. Dit impliceert een toetsing aan de wettigheid en de beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van de proportionaliteit.

Gezien de eigenheid van een herstelmaatregel is het opnieuw aangewezen om dit beroep bij het Handhavingscollege schorsende werking toe te kennen. Het beroep bij het Handhavingscollege kan

worden ingesteld door de overtreder indien een handhavingsmaatregel wordt opgelegd of door een derde-belanghebbende.

De keuze voor een bestuursrechtelijk handhavingscollege is uiteraard ingegeven vanuit de rechtsvergelijking. Tevens dient er op te worden gewezen dat de bestuursrechter voor de beoordeling van een stelsel van bestuurlijke handhaving de meest geschikte rechter kan worden geacht. De rechter dient immers bestuursrechtelijke principes toe te passen, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur, waarmee de bestuursrechter veel vertrouwder is dan de burgerlijke rechter.

a7. Cassatieberoep bij de Raad van State

Tegen de beslissing van het Handhavingscollege staat tenslotte cassatieberoep open bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit kan uiteraard zowel worden ingesteld door de overtreder als door de derde-belanghebbende uiteraard binnen de grenzen die toegelaten zijn overeenkomstig de wetgeving op procedure voor de Raad van State.

b. Het boetetraject

b1. Onderzoek

Voor de introductie van een flankerende geldboete moet er uiteraard een expliciete decretale grondslag uitgeschreven te worden.

Het onderzoek en de vervolging in het boetetraject wordt verricht door dezelfde ambtenaren als deze belast met het hersteltraject. Er dient uitdrukkelijk in de Vlaamse regelgeving bepaald te worden dat voor het onderzoek desgevallend beroep kan worden gedaan op de politie.

Het bestuur verricht hier de vervolgingstaken die normaal toekomen aan het openbaar ministerie. Het bestuur beslist over de opportuniteit van de vervolgingen. De onderzoeksgroep stelt voor om de beslissing en het nemen van de sanctiebeslissing over te laten aan leidende ambtenaren, desgevallend op voorstel van de ambtenaar die het onderzoek heeft verricht. Er wordt voor de vereenvoudiging van het model gekozen om het openbaar ministerie zelf niet aan te duiden als een bevoegd "bestuur", ook al is dit dus wel een optie. De overname van de procedure door het openbaar ministerie is echter wel mogelijk.

b2. Overname door het openbaar ministerie

Het bestuur heeft het initiatief voor het opleggen van een administratieve boete. Los van de bevoegdheid van het openbaar ministerie om meteen een opsporingsonderzoek in te stellen naar de feiten die krachtens artikel 29 Sv. dienen te worden medegedeeld, wordt naar analogie met het

Duitse recht de mogelijkheid opengelaten dat het openbaar ministerie zelf het initiatief neemt om de zaak over te nemen en de strafvordering in te stellen, tot zolang het bestuur geen boetebeslissing heeft genomen. Deze mogelijkheid kan voor het openbaar ministerie van belang zijn in gevallen waar ze ongeacht een eerder oordeel dat een opsporingsonderzoek niet nodig was, alsnog kan oordelen dat een strafvervolging een krachtadiger antwoord is op de begane inbreuk. Daarnaast kan men denken aan gevallen waar de stedenbouwinbreuken samenhangen met andere misdrijven en het openbaar ministerie het opportuun acht om het geheel voor de strafrechter te brengen. Op die wijze wordt het bestaande strafrechtelijke handhavingssysteem gevrijwaard. Het spreekt voor zich dat het openbaar ministerie dit niet stelselmatig zal doen, maar enkel wanneer dit nodig is in het kader van een algemene criminele politiek. Indien het openbaar ministerie op het einde van het opsporingsonderzoek toch beslist om de zaak te seponeren, dient men de zaak terug te geven aan het bestuur met het oog op het opleggen van een eventuele administratieve boete of een waarschuwing. Indien het openbaar ministerie beslist om te vervolgen kan een benadeelde zich uiteraard bij deze vordering aansluiten door zich burgerlijke partij te stellen.

Naar analogie met het Duitse recht zou best uitdrukkelijk bepaald worden dat als het bestuur een administratieve geldboete oplegt, geen nieuwe geldboete kan worden opgelegd voor hetzelfde feit. Daarentegen kan, zoals in het Duitse recht, men wel voorzien dat als de strafrechter uitspraak doet nadat al een administratieve geldboete werd opgelegd, de beslissing tot oplegging van de administratieve geldboete vervalft. Indien de strafrechter in zijn navolgende beslissing vrijspreekt wordt de administratieve geldboete terugbetaald. Als de strafrechter zelf een geldboete oplegt, dan wordt het bedrag van de administratieve boete aangerekend op het bedrag van de correctionele geldboete. Vervolgens moet bepaald worden dat als de strafrechter uitspraak heeft gedaan, geen nieuwe strafvervolging of administratieve vervolging meer kan worden ingesteld voor hetzelfde feit³¹⁹. Deze regeling is nodig doordat er, zoals hoger vermeld, een identiteit bestaat tussen inbreuken bestaat die aanleiding kunnen geven tot een bestuurlijke sanctie als deze die een misdrijf vormen en aanleiding kunnen geven tot een straf³²⁰.

³¹⁹ Art. 84 en 86 OWIG; G. Rösenkotter en J. Louis, *o.c.*, 254; J. Bohnert, *Kommentar, o.c.*, § 84 en 86.

³²⁰ Zelfs in een systeem waar er afzonderlijke administratieve inbreuken als misdrijven bestaan is er steeds samenloop mogelijk en moet deze situatie geregeld worden. De rechter die als tweede komt moet steeds acht slaan op wat de eerste instantie al beslist heeft (zie artikel 65, lid 2 Sw.). Het spreekt voor zich dat dit soort situaties te vermijden zijn doordat het openbaar ministerie tijdig de procedure overneemt, maar men moet in een regeling voorzien als ze wel voorkomt. Het Duitse model voorziet een aangepast oplossing in geval van eerst doorlopen van een administratief boetetraject. Door te kiezen voor de primauteit van het strafrecht wordt een concrete oplossing geboden voor het probleem.

b3. De keuzemogelijkheden voor het bestuur

Het bestuur heeft drie mogelijkheden, meer bepaald het seponeren van de zaak, het geven van een waarschuwing of het nemen van een boetebesluit. Indien men overgaat tot het nemen van een boetebeslissing dan is het vereist om eerst de betrokkene enkele waarborgen te verlenen. Deze keuzemogelijkheid dient proportioneel te worden uitgeoefend gezien, in beginsel, alle inbreuken kunnen worden gesanctioneerd.

De waarschuwing is een verwittiging aan de burger dat zijn gedrag weliswaar strafwaardig was, maar dat gezien de feiten het bij een waarschuwing wordt gelaten zonder dat een boete hoeft te worden opgelegd. Dit instrument is enerzijds bedoeld om herhaling te voorkomen en anderzijds om een afhandelingsmogelijkheid te voorzien waar het nemen van een boetebesluit in verhouding emtd e feiten niet opportuun is.

b4. Waarborgen

Voordat een boetebeslissing wordt genomen moet de betrokkene minstens eenmaal verhoord worden. Gezien de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, moet de betrokkene gehoord worden door diegene die de sanctiebeslissing zal nemen. Het betreft hier een werkelijk recht van verdediging. Dat is dus anders dan in het Duitse recht en in de Belgische strafprocedure. De betrokkene dient echter wel te beschikken over een volledig inzagerecht. Gezien het boetetraject ontegensprekelijk onder het strafrechtelijke luik van artikel 6 van het EVRM valt³²¹, moet de betrokkene genieten van een zwijgrecht en heeft hij bijstand door een advocaat bij het verhoor.

b5. Boetebeslissing

De boetebeslissing zelf moet naast de vermelding van de verweten feiten, het tijdstip en de plaats van de feiten, de abstracte omschrijving van de bestanddelen, de opgelegde sanctie en de toegepaste procedurevoorschriften, een formele en materiële motivering bevatten die de beslissing schraagt. De bewijsmiddelen moeten niet afzonderlijk worden opgesomd.

b6. Rechtsmiddelen

De boetebeslissing heeft uitvoerbare kracht. De geldsommen kunnen via een dwangbevel worden ingevorderd. De burger kan de uitvoerbare kracht van de beslissing verhinderen door een rechtsmiddel in te stellen. Ook tegen een waarschuwing kunnen rechtsmiddelen worden ingesteld.

³²¹ Zie Bijlage I, Deel II, p. 36. e.v.

Het bestaan van deze rechtsmiddelen is essentieel om de burger voldoende waarborgen te geven. Deze rechtsmiddelen hebben daarom ook schorsende werking. De procedure verloopt volgens de regels van het Gerechtelijk Wetboek. Het verhaal bij de rechtbank is een rechtsmiddel met volle rechtsmacht waarbij de rechter een volledig onderzoek voert en vervolgens een proportionele geldboete oplegt. Het bestuur is hier tegenpartij in de procedure. De rechter is echter niet gebonden door de vordering van het bestuur. De reden hiervoor is dat op dit punt een volledig parallel wordt getrokken met de strafprocedure. De boetebeslissing speelt geen rol meer, behalve dat zij geldt als een tenlastelegging. Dit wil zeggen dat in de fase van het verhaal geen nieuwe feiten kunnen worden toegevoegd. Een herkwalificatie is wel mogelijk. Gezien later ook hoger beroep mogelijk is zou men ervoor kunnen opteren om een schriftelijke procedure in eerste aanleg toe te laten (zie art. 755 Ger. W.). Tegen de beslissing van de rechtbank kan hoger beroep worden ingesteld bij het hof van beroep en vervolgens een voorziening in cassatie bij het Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie dient te waken over de eenheid van de rechtspraak. De redenen waarom ook een hoger beroep wordt voorzien is dat anders te veel zaken naar het Hof van Cassatie zouden kunnen vloeien. Gezien de keuze beroep te doen op het bestaande systeem, spreekt het voor zich dat men hierbij wel aandacht zal moeten hebben voor de algemene problematiek van de werking van de hoven en rechtbanken. Afspraken zullen gemaakt moeten worden om de vlotte doorstroming te waarborgen.

6. Aanbevelingen

Ter afronding van deze studie worden enkele aanbevelingen geformuleerd:

- **snellere doorlooptijd via bestuurlijke handhaving** : uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat bestuurlijke handhaving minder aanleiding geeft tot procedures en dus in een snellere afhandeling mogelijk kan maken;
- **de werking van het subsidiariteitsbeginsel versterken**: de gemeenten dienen (bijvoorbeeld via intergemeentelijke samenwerking) betrokken te worden bij de bestuurlijke handhaving. Dit kan wel enkel gebeuren via een goede omkadering op het niveau van het Gewest en zonder afbreuk te doen aan de inspectiebevoegdheid van het Gewest zelf.
- **de zelfstandigheid van de (lokale) besturen garanderen**: dit dient te gebeuren door een goed evenwicht te betrachten tussen de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid met een vooraf opgesteld prioriteitenplan.
- **de rol van de proportionaliteit bewaken bij bestuurlijke handhaving**: de besturen kunnen bestuurlijke handhavingsmaatregelen opleggen maar ze dienen bij de uitoefening van deze bevoegdheid, in het licht van een zorgvuldig bestuur, steeds de meest gepaste (en proportionele maatregel) uit te kiezen.
- **de sancties dienen gekoppeld te worden aan de strafwaardigheid**: het bestuur dient eerst uit te maken welke inbreuken voor haar strafwaardig zijn. Op basis daarvan kan dan gepast en effectiever sanctionerend worden opgetreden.
- **de derde-belanghebbende dient over formele rechtsinstrumenten te beschikken om deel te nemen aan de procedure**: in de meeste onderzochte landen kan een derde-belanghebbende in elke fase van de procedure een actieve rol spelen om bestuurlijke handhaving mee te helpen realiseren. Dit zorgt voor meer maatschappelijke draagkracht.
- **de onafhankelijkheid garanderen van het personeel dat handhavingsmaatregelen kan opleggen**: om de onafhankelijkheid te bewaren is het aangewezen om, zoals in Duitsland en Engeland, het opleggen van handhavingsmaatregelen over te laten aan ambtenaren wiens onafhankelijkheid op dat gebied gegarandeerd is.
- **de efficiëntie wordt verhoogd doordat het bestuur zelf dwangmaatregelen kan opleggen**: het bestuur wint veel tijd door deze maatregel en tevens ook doordat het de uitvoering ervan in principe zelf kan realiseren.
- **de uitwerking van een statistisch instrument**: gezien de beperkte aanwezigheid van cijfermateriaal en de versnippering over diverse overheidsinstanties, is voor het nemen van de juiste beleidsbeslissingen door de Vlaamse Regering het uitwerken van een degelijk statistisch instrument binnen de Vlaamse Overheid aangewezen.

Tevens heeft de onderzoeksgroep een aantal aanbevelingen met betrekking tot vervolgonderzoek. Er zou onderzoek moeten worden gedaan naar de ontneming van een vermogensvoordeel, de rol en de juridische omkadering van de toezichthouders, de depenalisering en/of de aanpassing van stedenbouwmisdrijven en tenslotte naar de aanvang van de verjaringstermijn.