

Auteur: T. Slegers
Verschenen in: Bouwrecht (BR), februari, Nr. 7, BR 2019/47
Datum: 23 januari 2019
Instantie: Raad van State
Titel: De preventieve herstelsanctie (artikel 5:7 Awb) en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling (artikel 5:2 lid 1 sub b Awb).

Bij besluit van 26 oktober 2017 heeft de staatssecretaris een verzoek van Recycling Netwerk om met het oog op de jaren 2018 en 2019 handhavend op te treden jegens Stichting Afvalfonds Verpakkingen, wegens het niet voldoen aan de in artikel 6, tweede lid, van het Besluit beheer verpakkingen 2014 opgenomen recyclingnorm voor glazen verpakkingen, afgewezen.

Uitspraak

in het geding tussen

de stichting “Recycling Netwerk van Eco-Eco, European Coalition of Environmental and Consumer Organisations, Stichting voor milieuverantwoorde producten en verpakkingen (kortweg Recycling Netwerk)”, gevestigd te Emst, gemeente Epe, appellante,

en

de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 26 oktober 2017 heeft de staatssecretaris een verzoek van Recycling Netwerk om met het oog op de jaren 2018 en 2019 handhavend op te treden jegens Stichting Afvalfonds Verpakkingen (hierna: Afvalfonds), wegens het niet voldoen aan de in artikel 6, tweede lid, van het Besluit beheer verpakkingen 2014 (hierna: het Bbv) opgenomen recyclingnorm voor glazen verpakkingen, afgewezen.

Recycling Netwerk heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt en de staatssecretaris verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter als bedoeld in artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). De

staatssecretaris heeft met dat verzoek ingestemd en het bezwaarschrift met toepassing van artikel 7:1a, vijfde lid, van de Awb doorgezonden naar de Afdeling.

Bij besluit van 23 mei 2018 heeft de staatssecretaris het besluit van 26 oktober 2017 vervangen en het verzoek van Recycling Netwerk om handhavend op te treden opnieuw afgewezen.

De staatssecretaris heeft nadere stukken ingediend.

Recycling Netwerk heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 27 augustus 2018, waar Recycling Netwerk, vertegenwoordigd door mr. R. Hörchner, advocaat te Breda, en [gemachtigde], en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.J. Kerssemakers en H.M.L. de Louw, zijn verschenen. Voorts is Afvalfonds, vertegenwoordigd door mr. A.A. Kleinhout, advocaat te Amsterdam, [gemachtigde A] en [gemachtigde B], ter zitting als partij gehoord.

Overwegingen

Inleiding

1. Recycling Netwerk heeft bij brief van 20 juli 2017 verzocht om oplegging van een last onder dwangsom aan Afvalfonds om te bewerkstelligen dat in de jaren 2018 en 2019 wordt voldaan aan de in artikel 6, tweede lid, aanhef en onder c, aanhef en onder 1o, van het Bbv opgenomen recyclingnorm voor glazen verpakkingen (hierna: de recyclingnorm). De staatssecretaris heeft dit verzoek bij besluit van 26 oktober 2017 afgewezen.

Op 27 december 2017 heeft de Afdeling uitspraak gedaan op een beroep van Recycling Netwerk dat betrekking had op de afwijzing van een verzoek om handhaving wegens het niet voldoen aan de recyclingnorm in de jaren 2016 en 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3561). De staatssecretaris heeft in deze uitspraak aanleiding gevonden om het besluit van 26 oktober 2017 te vervangen door een nieuw besluit. Bij het vervangende besluit van 23 mei 2018 heeft de staatssecretaris het verzoek om handhavend op te treden tegen het niet voldoen aan de recyclingnorm in de jaren 2018 en 2019 opnieuw afgewezen.

Het besluit van 26 oktober 2017

2. Niet gebleken is dat Recycling Netwerk nog een afzonderlijk belang heeft bij een beoordeling van het vervangen besluit van 26 oktober 2017. Voor zover het beroep tegen dat besluit is gericht, zal de Afdeling het beroep niet-ontvankelijk verklaren.

Het besluit van 23 mei 2018

3. Het besluit van 23 mei 2018 is een besluit als bedoeld in artikel 6:19, eerste lid, van de Awb. Gelet op dat artikellid heeft het beroep van rechtswege mede betrekking op dat besluit.

4. Recycling Netwerk betoogt dat de staatssecretaris het verzoek om handhaving ten onrechte heeft aangemerkt als een verzoek om preventieve handhaving en ten onrechte heeft afgewezen. Daartoe voert zij, samengevat weergegeven, aan dat de recyclingnorm stelselmatig niet wordt nageleefd. Daarbij controleert de staatssecretaris onvoldoende op naleving van de recyclingnorm en op de juistheid van de recyclingpercentages zoals door Afvalfonds gerapporteerd. Recycling Netwerk betoogt dat Afvalfonds deze percentages niet correct bepaalt, onder meer door glas dat afkomstig is uit nascheiding van restafval als gerecycled aan te merken, waardoor die percentages stelselmatig te hoog zijn. Daarbij doet Afvalfonds onvoldoende onderzoek en neemt zij onvoldoende maatregelen om ervoor te zorgen dat de recyclingnorm wordt gehaald. Door hiertegen niet handhavend op te treden heeft de staatssecretaris bij het besluit van 23 mei 2018 de uitspraak van de Afdeling van 27 december 2017 niet in acht genomen, aldus Recycling Netwerk.

4.1. Aan de weigering om handhavend op te treden heeft de staatssecretaris, samengevat, ten grondslag gelegd dat een verzoek om preventieve handhaving aan de orde is, nu Recycling Netwerk dat verzoek heeft gedaan omdat zij verwacht dat de recyclingnorm in 2018 en 2019 niet zal worden gehaald. Gelet op artikel 5:7 van de Awb is voor preventieve handhaving vereist dat het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt, en een dergelijke dreiging doet zich volgens de staatssecretaris in dit geval niet voor. Voor zover moet worden aangenomen dat het verzoek strekt tot voorkoming van herhaling van eerdere overtredingen en niet op preventieve handhaving, stelt de staatssecretaris zich eveneens op het standpunt dat voor de jaren 2018 en 2019 geen herhaling van de overtreding te verwachten is. Volgens de staatssecretaris is het opleggen van een last onder dwangsom in dit geval niet het geëigende middel, maar kon bij het nemen van het vervangende besluit worden volstaan met een manende waarschuwing. De staatssecretaris wijst in dit verband op het "Actieplan Recycling Glas 2016-2018, op weg naar 90% recycling" dat Afvalfonds op aanwijzen van de staatssecretaris heeft opgesteld. Dit Actieplan bevat een combinatie van maatregelen en onderzoeken en een beschrijving van risico's met het doel om in 2018 te voldoen aan de recyclingnorm. Verder rapporteert Afvalfonds elk kwartaal over de voortgang van het Actieplan en ziet de staatssecretaris twee maal per jaar geactualiseerde inzamel- en recyclingcijfers. Uit deze cijfers blijkt volgens de staatssecretaris dat het recyclingpercentage in het jaar 2016 84% bedroeg, zoals beoogd in het Actieplan, en dat de stijging van het recyclingpercentage zich in het jaar 2017 voortzet. Op basis daarvan verwacht de staatssecretaris dat de recyclingnorm van 90% in 2018 zal worden behaald of ten minste dichter wordt benaderd. Afvalfonds verricht volgens de staatssecretaris dan ook al de inspanningen die van haar kunnen worden gevergd om aan de recyclingnorm te voldoen. De staatssecretaris heeft bij de weigering handhavend op te treden verder in aanmerking genomen dat Afvalfonds het niet volledig in haar macht heeft om de recyclingnorm te halen, gelet op de afhankelijkheid van derden. Daardoor kan de staatssecretaris in een eventuele last ook geen concrete herstelmaatregelen voorschrijven.

4.2. Artikel 6, tweede lid, van het Bbv luidt:

“De producent of importeur draagt er zorg voor dat per kalenderjaar, van het totaal van de door hem in Nederland in dat kalenderjaar in de handel gebrachte verpakkingen en van de door hem ingevoerde verpakkingen waarvan hij zich in dat kalenderjaar heeft ontdaan:

[...]

c. van de overige materiaalsoorten ten minste de volgende gewichtspercentages worden gerecycled:

1°. 90 gewichtsprocent van glazen verpakkingen,

[...]”

4.3. Niet in geschil is dat de verplichting om aan artikel 6, tweede lid, van het Bbv te voldoen op Afvalfonds rust.

4.4. De staatssecretaris heeft het besluit van 23 mei 2018 genomen naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling van 27 december 2017. Daarin heeft de Afdeling onder meer, samengevat, overwogen dat de verplichting om te voldoen aan de recyclingnorm rust op Afvalfonds en dat de staatssecretaris bevoegd is om haar een last onder dwangsom op te leggen, omdat zij in 2013 tot en met 2015 niet aan de recyclingnorm heeft voldaan. De Afdeling heeft overwogen dat de staatssecretaris Afvalfonds bij het toen bestreden besluit van 27 oktober 2016 terecht niet heeft gelast om aan de recyclingnorm in 2016 en/of 2017 te voldoen, omdat het, mede gelet op de afhankelijkheid van derden, niet aannemelijk was dat Afvalfonds het in haar macht heeft om een daartoe strekkende last na te leven. De staatssecretaris heeft echter niet deugdelijk gemotiveerd waarom hij heeft afgezien van het opleggen van een last onder dwangsom, strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen waarmee de recyclingnorm in 2016 en/of 2017 dichterbij benaderd kon worden dan in de daaraan voorafgaande jaren. Dat Afvalfonds stappen heeft gezet om het recyclingpercentage te verbeteren, vormt op zichzelf geen bijzondere omstandigheid om af te zien van handhavend optreden. Ditzelfde geldt voor het feit dat Afvalfonds naar aanleiding van een eerder door de staatssecretaris afgegeven waarschuwing een plan van aanpak heeft overgelegd met als doel uiterlijk in 2018 te

voldoen aan de recyclingnorm, zo heeft de Afdeling overwogen.

4.5. Uit de uitspraak van 27 december 2017 volgt reeds dat het verzoek van Recycling Netwerk niet ziet op preventieve handhaving. Zoals in die uitspraak reeds is overwogen, staat vast dat Afvalfonds in de jaren 2013 tot en met 2015 niet aan de recyclingnorm heeft voldaan. Ook in de jaren 2016 en 2017 heeft Afvalfonds niet aan de recyclingnorm voldaan. Het verzoek om handhaving strekt tot het voorkomen van herhaling van deze overtredingen. De staatssecretaris heeft dan ook ten onrechte aangenomen dat het verzoek slechts voor toewijzing in aanmerking komt in geval het gevaar voor de overtreding in de jaren 2018 en 2019 klaarblijkelijk dreigt.

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

4.7. Dat Afvalfonds voor het behalen van de recyclingnorm mede afhankelijk is van derden, laat onverlet dat zij als overtreder van artikel 6, tweede lid, aanhef en onder c, aanhef en onder 1o van het Bbv moet worden aangemerkt als zij dit voorschrift niet naleeft. Voor zover zij wel inspanningen verricht om aan de in dit voorschrift opgenomen norm te voldoen of in latere jaren te zullen voldoen, neemt dat de overtreding nog niet weg. De omstandigheid dat, zoals volgt uit de uitspraak van 27 december 2017, een last vanwege de afhankelijkheid van derden niet verder kan strekken dan tot het treffen of onderzoeken van concrete maatregelen om de recyclingnorm ten minste dichterbij benaderen, vormt geen grond om af te zien van handhavend optreden tegen die overtreding op de grond dat Afvalfonds al inspanningen om aan de norm te voldoen of te gaan voldoen, verricht. Die maatregelen laten im-

mers onverlet dat van een last onder dwangsom een prikkel kan uitgaan om, zo nodig met andere of aanvullende maatregelen, uiteindelijk daadwerkelijk tot beëindiging van de overtreding te komen, welke prikkel thans ontbreekt. Gelet hierop, en zoals de Afdeling reeds heeft overwogen in de uitspraak van 27 december 2017, levert het Actieplan dat Afvalfonds op aanwijzing van de staatssecretaris heeft opgesteld, geen bijzondere omstandigheid op, op grond waarvan de staatssecretaris kon afzien van handhavend optreden. Daarbij is van belang dat Afvalfonds al sinds 2013 niet aan de recyclingnorm voldoet. Dat de staatssecretaris, naar hij in het bestreden besluit stelt, er op toeziet dat Afvalfonds dit plan ook uitvoert en dat, gelet op de over 2016 gerealiseerde cijfers en de voorlopige cijfers over 2017 van een verdere stijging van het recyclingpercentage in 2017 kan worden uitgegaan, maakt dit niet anders, nog daargelaten dat Recycling Netwerk de betrouwbaarheid en de representativiteit van de recyclingcijfers heeft bestreden. De staatssecretaris heeft verder ten onrechte betekenis toegekend aan zijn verwachting dat Afvalfonds, door uitvoering van het Actieplan, vanaf 2018 aan de recyclingnorm zal voldoen, zodat de overtreding zal zijn beëindigd. Reeds omdat de staatssecretaris onvoldoende met concrete en verifieerbare gegevens heeft onderbouwd dat de overtreding vanaf 2018 daadwerkelijk als beëindigd kan worden beschouwd, biedt deze verwachting geen aanleiding voor het oordeel dat handhavend optreden achterwege kon blijven.

Verder heeft de staatssecretaris ten onrechte aan zijn besluit ten grondslag gelegd dat hij geen last onder dwangsom kan opleggen omdat hij geen herstelmaatregelen kan voorschrijven. Zoals reeds volgt uit de uitspraak van 27 december 2017, kan de staatssecretaris een last onder dwangsom opleggen, strekkende tot het treffen, dan wel onderzoeken van concrete maatregelen, waarmee in komende jaren de recyclingnorm dichter benaderd kan worden.

Het betoog slaagt.

5. De Afdeling ziet geen aanleiding om thans in te gaan op de beroepsgronden die betrekking hebben op de in het Actieplan beschreven maatregelen en de invloed daarvan op de gesteld behaalde recyclingpercentages.

Slotoverwegingen

6. Het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2017 is niet-ontvankelijk. Het beroep tegen het besluit van 23 mei 2018 is gegrond. Dat besluit dient wegens strijd met artikel 3:46 van de Awb te worden vernietigd. De staatssecretaris dient opnieuw te beslissen op het verzoek van Recycling Netwerk om handhavend optreden. De Afdeling zal daartoe een termijn stellen.

De Afdeling wijst er op dat Recycling Netwerk de staatssecretaris in het bezwaarschrift tegen het besluit van 26 oktober 2017, dat ter behandeling als rechtstreeks beroep is doorgezonden aan de Afdeling, heeft verzocht om de hoogte van verbeurde dwangsommen wegens het niet tijdig nemen van een besluit op haar handhavingsverzoek vast te stellen. Het is aan de staatssecretaris om alsnog op dit verzoek te beslissen.

7. De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de staatssecretaris, door het besluit van 26 oktober 2017 te vervangen, gedeeltelijk aan Recycling Netwerk is tegemoet gekomen. Gelet daarop bestaat ook in verband met het beroep tegen het besluit van 26 oktober 2017 aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het beroep tegen het besluit van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu (thans: de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat) van 26 oktober 2017, kenmerk S54913-MdL-3, nietontvankelijk;

II. verklaart het beroep tegen het besluit van de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 23 mei 2018, kenmerk S54913-MdL-4, gegrond;

III. vernietigt dat besluit van 23 mei 2018;

IV. draagt de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat op om binnen acht weken na de verzending van deze uitspraak met inachtneming van hetgeen daarin is overwogen een nieuw besluit te nemen op het verzoek

om handhaving van Recycling Netwerk en dit besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken;

V. veroordeelt de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat tot vergoeding van bij Recycling Netwerk in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.297,67 (zegge: twaalfhonderdzevenennegentig euro en zevenenzestig cent), waarvan een bedrag van € 1252,50 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VI. gelast dat de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat aan Recycling Netwerk het door haar voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 333,00 (zegge: driehonderddrieëndertig euro) vergoedt.

Noot

1. Doorgaans heeft bestuursrechtelijke handhaving tot doel het (doen) beëindigen en beëindigd houden van een lopende overtreding. Het bestuursorgaan legt dan een herstelsanctie op aan de overtreder, veelal een last onder dwangsom of bestuursdwang, als bedoeld in de artikelen 5:31d en 5:21 Awb. Deze sancties zijn zagezegd reparatoir van aard. De Awb biedt echter ook de mogelijkheid om preventief te handhaven. Daarmee ‘repareert’ een bestuursorgaan niet een lopende overtreding, maar tracht het te voorkomen dat een overtreding wordt begaan. Het gaat dan om een preventieve inzet van voornoemde reparatoire sancties.

2. Uit de rechtspraak volgt dat de Awb daartoe, met onderscheid in oogmerk, twee mogelijkheden biedt: (i) de preventieve herstelsanctie (artikel 5:7 Awb); en (ii) de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling (artikel 5:2 lid 1 sub b Awb). De preventieve herstelsanctie dient ertoe te voorkomen dat er een *nieuwe*, niet eerder gepleegde overtreding wordt gepleegd. Daarbij geldt het klaarblijkelijkheidscriterium: er dient dan sprake te zijn van een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat een overtreding in de toekomst zal plaatsvinden. De herstelsanctie tot het voorkomen van een herhaling heeft daarentegen tot doel om de herhaling van een oude, al eerder gepleegde overtreding in de toekomst te beletten. Daarvoor geldt het herhalingscriterium: de

omstandigheden van het geval bepalen of die vroegere overtreding zich weer voordoet c.q. herhaalt.

3. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft beslist dat een preventieve herstelsanctie “*slechts [kan, TS] worden opgelegd als het een nieuwe, nog niet gepleegde overtreding betreft*” (zie ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:935, r.o. 6). Vorenstaand onderscheid in oogmerk impliceert aldus dat beide Awb-mogelijkheden tot preventief handhaven elkaar qua inzetbaarheid uitsluiten. Een bestuursorgaan dient steeds, voorafgaand aan de inzet van één van beide, te kiezen of het een *oude*, eerdere dan wel een *nieuwe*, te verwachten overtreding wil beletten. Ook Altena stipt dit aan in zijn recente en uitvoerige artikel over dit onderwerp (zie ‘Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling’, *Gst.* 2018/121).

4. Voormelde keuze(mogelijkheid) speelt ook in deze zaak, in de context van een handhavingverzoek. Wat is er aan de hand? De staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat (de “Staatssecretaris”) is verzocht handhavend op te treden tegen de overtreding van de recyclenorm door de Stichting Afvalfonds Verpakkingen (het “Afvalfonds”). Deze overtreding vond in 2016-2017 stelselmatig en naar verwachting ook in 2018-2019 plaats, aldus appellant. De Staatssecretaris wijst dit verzoek om preventief te handhaven echter af. Zij meent dat voor 2018-2019 geen klaarblijkelijke dreiging voor overtreding van de recyclenorm bestaat, terwijl in die jaren ook geen herhaling van die overtreding valt te verwachten. Bij deze omstandigheden veronderstelt de Staatssecretaris dat de Awb, gezien het bepaalde in de artikelen 5:7 en 5:2 lid 1 sub b, geen grondslag biedt voor het preventief handhaven van de recyclenorm. Door voornoemd verzoek af te wijzen kiest zij dan ook niet tussen de inzet van één van beide mogelijkheden die de Awb daartoe biedt.

5. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak had dit laatste echter wel gemoeten. De schoen wringt bij de toets aan het herhalingscriterium uit artikel 5:2 lid 1 sub b Awb door de Staatssecretaris. Terwijl voor de jaren 2013-2017 vaststaat dat het Afvalfonds niet aan de recyclenorm heeft voldaan, heeft de Staatssecretaris onvoldoende met concrete en

verifieerbare gegevens onderbouwd dat het Afvalfonds die overtreding in 2018-2019 zal beëindigen. Derhalve oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak dat er zich geen bijzondere omstandigheden voordeden die de Staatssecretaris aanleiding konden geven om van preventieve handhaving op basis van artikel 5:2 lid 1 sub b Awb af te zien. Conform het herhalingscriterium had zij die mogelijkheid behoren toe te passen vanwege het algemeen belang dat met handhaving is gediend, aldus de Afdeling Bestuursrechtspraak.

6. Op het eerste oog lijkt voornoemd oordeel logisch. Tien jaar geleden somde het CbB de criteria voor de inzet van het herhalingscriterium al helder op (CbB 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424). Bepalend daarvoor is (i) de aard van de voorspelde overtreding; (ii) de mate van overeenkomst met de oude overtreding; en (iii) het tijdsverloop tussen beide. Er dient een zekere mate van continuïteit te bestaan tussen de oude overtreding en de overtreding die het bestuursorgaan preventief wenst te voorkomen. In voornoemd artikel van Alena komen deze criteria uitgebreid aan bod. De onderhavige uitspraak is op dit punt niet zo uitvoerig. De constatering dat het om dezelfde overtreding als eerder gaat, van een specifieke norm het jaar daarop, lijkt voldoende te zijn voor de Afdeling bestuursrechtspraak om te spreken van een herhaling. Dit is niet zo verrassend. Voornoemde feiten zijn duidelijk. Een korte criteria-toets volstaat dan (kennelijk).

7. Het onderwerp preventieve handhaving houdt de gemoederen al enige tijd bezig. Recent heeft Tweede Kamerlid Groothuizen hierover nog, naar aanleiding van voornoemd artikel van Alena, veertien vragen gesteld aan de Minister voor Rechtsbescherming (*Kamerstukken II 2018/19, kv-tk-2019Z09293*). In dit kader benadruk ik graag de levend(e)ige discussie over de vraag of voor de inzet van artikel 5:2 lid 1 sub b Awb, naast genoemde drie criteria, ook sprake dient te zijn van een *gegronde vrees* tot herhaling. Het debat hierover volgt uit verschillende uitspraken van zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als het CbB, als ook de wetgeschiedenis bij laatstgenoemd artikel.

8. In voormelde uitspraak van 2009 achtte het CbB het bestaan van een gegronde vrees tot herhaling noodzakelijk voor het kunnen toepassen van artikel 5:2 lid 1 sub b Awb.

Omdat er een eerdere overtreding had plaatsgevonden, werd dit bestaan door het CbB aangenomen. Op deze basis, met deze redenering, is echter doorgaans aannemelijk dat sprake is van een gegronde vrees tot herhaling. Zo bezien lijkt het CbB weinig noodzaak, toe te kennen aan de toetsing daarvan. Of de Afdeling bestuursrechtspraak dit ook vindt, is mij onduidelijk. Zij spreekt zichzelf ogenschijnlijk steeds tegen. In een kleine tien jaar rechtspraak komt de Afdeling bestuursrechtspraak meen ik tot een wirwar aan inconsistente uitspraken over de noodzaak aan zo'n toetsing.

9. In 2011 werd nog bevestigend geoordeeld. De Afdeling bestuursrechtspraak zag voornoemde noodzaak in (ABRvS 21 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU888, r.o. 2.8). In 2012 werd daarentegen geoordeeld dat een gebrek aan gegronde vrees tot herhaling geen bijzondere omstandigheid was die aan preventieve handhaving in de weg stond (ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1022, r.o. 2.5). In 2013 zette de Afdeling bestuursrechtspraak deze lijn uit 2012 voort (ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:663, r.o. 16.1). Van een ontluikende rechtseenheid bleek echter geen sprake te zijn. In 2015 werd immers geoordeeld dat de toetsing van een gegronde vrees tot herhaling een dwingend criterium is (ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:955, r.o. 3.4), hetgeen de Afdeling bestuursrechtspraak in 2018 weer tegensprak (ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:209, r.o. 5.1).

10. Een diffuus beeld. Dat is wat de Afdeling bestuursrechtspraak heeft gecreëerd met haar uitspraken over de vraag of een toets aan het bestaan een gegronde vrees tot herhaling bij artikel 5:2 lid 1 sub b Awb noodzakelijk is. In zekere mate lijkt overigens ook de wetgever aan het ontstaan van dit beeld debet te zijn. De wetgeschiedenis gaat slechts beperkt in op de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling. Daarin worden weinig tot geen handvatten geboden voor de inzet van artikel 5:2 lid 1 sub b Awb. Sterker, uit de wetgeschiedenis lijkt veeleer te volgen dat het onderscheid tussen beide Awb-mogelijkheden tot preventieve handhaving, dat volgt uit de rechtspraak, nimmer zo bedoeld is. De wetgever spreekt in dat kader hoofdzakelijk over het klaarblijkelijkheidscriterium, dat alleen bij de preventieve herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:7 Awb wordt gehanteerd (zie *Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 133 en 162*). Dit roept bij mij, evenals bij het Tweede Kamerlid Groenhuizen, de vraag op wat zo, omwille van

preventieve handhaving, de toegevoegde waarde is van het bepaalde in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb. Laat staan van de noodzakelijkheid tot het bepalen van een gegronde vrees tot herhaling bij de inzet van dat artikel.

11. In afwachting van de beantwoording van deze vraag door de Minister van Rechtsbescherming, merk ik alvast op dat de onderhavige uitspraak het diffuse beeld daarover naar het lijkt wel wat bijstelt. Hierin lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak de lijn van het CBb uit 2009 te volgen en aan te sluiten bij haar uitspraak uit 2018, in plaats van die uit 2015, door te impliceren dat een aanvankelijke overtreding al genoeg is om te spreken van een gegronde vrees tot herhaling. Juist daarom had de Staatssecretaris, aangezien het in dit geval een afwijzing van een handhavingsverzoek betrof, moeten motiveren c.q. aantonen dat daarvan géén sprake was. Evenzeer wordt dit standpunt geïmpliceerd door de overweging dat geen bijzondere omstandigheden in de weg stonden aan een preventief handhavend optreden van de Staatssecretaris, gelet op de eerder begane overtreding door het Afvalfonds. Op deze wijze sluit de onderhavige uitspraak ook aan bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2012 en 2013.

12. Alles overziend lijkt er zo inmiddels een langere rits aan gelijklopende (2009, 2012, 2013, 2018 en 2019) dan aan andersluidende uitspraken (2011 en 2015) te be-/ontstaan. Bij deze stand van de rechtspraak acht ik het, hoewel met enige voorzichtigheid, gezien ook de getoonde inconsistentie in die rechtspraak, aannemelijk dat het bestaan van een gegronde vrees tot herhaling niet nodig is voor de inzet van de preventieve herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb.

13. Deze aanname brengt mij tot slot bij de beginselplicht tot handhaving. Normaliter geldt de regel dat een bestuursorgaan enkel onder bijzondere omstandigheden mag afzien van handhaving. Bij preventieve handhaving leek juist het tegenovergestelde waar te zijn. Bestuursorganen moesten ofwel aantonen dat er een klaarblijkelijk gevaar tot overtreding was, ofwel dat er een gegronde vrees tot herhaling bestond. Ervan uitgaande dat dit laatste voortaan irrelevant is voor de inzet van artikel 5:2 lid 1 sub b Awb, valt het op dat de Afdeling bestuursrechtspraak de bewijslast in deze zaak bij de Staatssecretaris legt. Zij had behoren aan te tonen dat er zich geen bijzondere omstandigheden voordeden die in de weg stonden

aan preventief handhaven. Het heeft er zo weg van dat de Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat de Staatssecretaris de (begin)selplicht had om, naar aanleiding van het verzoek daartoe van appellant, artikel 5:2 lid 1 sub b Awb in te zetten. Tegelijkertijd moet echter worden bedacht dat de Staatssecretaris zonder meer de plicht heeft om haar besluiten deugdelijk te motiveren, zo ook een afwijzing van een handhavingsverzoek. Mogelijk geeft voornoemde overweging dus slechts uiting aan de motiveringsplicht uit artikel 3:46 Awb en niet zozeer aan de beginselplicht tot handhaving. Temeer omdat de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak niet expliciet wijst op die beginselplicht maar daarentegen wel expliciet de gebrekkige motivering van de Staatssecretaris aanstipt.

14. Het voorgaande geeft in ieder geval stof tot nadenken. Voor de inzet van de preventieve herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:7 Awb geldt nog steeds dat eerst het klaarblijkelijke gevaar tot overtreding moet worden aangetoond. Dit vereiste impliceert dat de beginselplicht tot handhaving niet opgaat in dat kader. Zo stellig durf ik dit niet te beweren voor de inzet van artikel 5:2 lid 1 sub b Awb, als de Afdeling bestuursrechtspraak haar ogeschijnlijke oordeel in de onderhavige uitspraak, dat het bestaan van een gegronde vrees tot herhaling niet hoeft te worden aangetoond voor die inzet, bestendigt. Dit laatste moet worden afgewacht, al neigt de huidige stand van de rechtspraak daar al wel wat toe.

Auteur: T. Slegers