

## 2 DE OVERTREDING

Zonder overtreding is er geen handhaving. Een bestuurlijke sanctie is immers per definitie een reactie op een overtreding (artikel 5:2 lid 1 onder a Awb). Bij de overtreding begint dus feitelijk het handhavingsrecht, zodat ik daar ook in dit handboek mee begin.

Een overtreding is op grond van artikel 5:1 Awb:

‘een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift’.

Hierna ga ik eerst in op de twee elementen die terugkomen in deze wettelijke definitie. Die twee elementen zijn ‘*het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift*’ (de vraag of er een norm geldt; zie par. 2.1) en de vraag of er sprake is van een ‘*gedraging*’ (zie par. 2.2). In paragraaf 2.3 bespreek ik vervolgens artikel 5:9 Awb: de verplichting om de overtreding duidelijk te omschrijven in het sanctiebesluit. Tot slot is er nog een praktisch punt: wat moet het bestuursorgaan doen als er vermoedelijk meerdere overtredingen zijn, maar het onduidelijk is welke norm er precies is overtreden (zie par. 2.4)?

### 2.1 DE NORMEN: HET BEPAALDE BIJ OF KRACHTENS WETTELIJK VOORSCHRIFT

Het bestuursrecht kent een waanzinnige hoeveelheid normen die overtreden kunnen worden. Alleen al het omgevingsrecht kent duizenden normen. Tel daarbij ook het socialezekerheidsrecht en het economisch bestuursrecht op en je hebt al gauw een lijst van tientallen duizenden wettelijke normen. Een overtreding is een gedraging die in strijd is met een van die normen. Of een bepaalde norm wordt overtreden, zal per norm moeten worden beoordeeld. Daar valt in zijn algemeenheid weinig over te zeggen, dus dat doe ik dan ook niet. Er zijn drie aspecten waar ik wel bij stil sta. Ten eerste de vraag wat er onder een ‘*bij of krachtens wettelijk voorschrift*’ gestelde norm als bedoeld in artikel 5:1 Awb moet worden verstaan. Ten tweede wanneer een norm geldt. Ten derde de vraag hoe concreet een norm eigenlijk moet zijn om de norm daadwerkelijk te kunnen handhaven (en de werking van het *lex certa*-beginsel).

### 2.1.1 *Bij of krachtens wettelijk voorschrift*

De Awb kent geen definitie voor wat er onder ‘*een wettelijk voorschrift*’ wordt verstaan. Onder wettelijk voorschrift verstaan wij echter een regel die is opgenomen in een wet. Daarbij is belangrijk om voor ogen te houden dat dit niet alleen een wet in formele zin is, maar ook een wet in materiële zin. Een wet in formele zin wordt vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk (zie artikel 81-88 Gw). Een wet in materiële zin is een algemeen verbindend voorschrift waar de bevoegdheid om dat voorschrift te stellen te herleiden is tot een bij of krachtens de Grondwet verkregen bevoegdheid tot regelgeving.<sup>1</sup> Voorbeelden daarvan zijn amvb’s, ministeriële regelingen of verordeningen van de gemeenteraad, provinciale staten of het algemeen bestuur van een waterschap.

Het voorgaande betekent dat de norm altijd (uiteindelijk) te herleiden moet zijn tot de Grondwet. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel, een horecabedrijf overtreedt een bepaling van de APV. Deze norm is door de gemeenteraad gesteld bij gemeentelijke verordening. De grondslag voor het vaststellen van een dergelijke verordening is artikel 149 Gemw. Artikel 149 Gemw is op zijn beurt gebaseerd op artikel 127 Gw. Daarmee is de bepaling in de APV een wet in materiële zin. Er is dan ook sprake van een wettelijk voorschrift.

Ontbreekt een dergelijk wettelijk voorschrift, dan is er geen handhaving mogelijk:

‘De Afdeling stelt voorop dat voor handhavend optreden een overtreding als bedoeld in artikel 5:1, eerste lid, van de Awb is vereist. Op grond van deze bepaling wordt onder overtreding verstaan een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. In dit geval is geen sprake van zo’n gedraging. In de Wgh is geen wettelijk voorschrift te vinden waarmee in strijd is gehandeld, zodat in zoverre geen sprake is van een overtreding.’<sup>2</sup>

Met de term ‘*of krachtens wettelijk voorschrift*’ wordt bedoeld dat niet alleen bij de wet een norm in het leven kan worden geroepen. Het is ook mogelijk dat een wettelijk voorschrift bevoegdheden in het leven roept voor het bestuursorgaan om (nadere) regels te stellen. Dat zijn dan ‘krachtens’ de wet gestelde voorschriften. Die nadere regels kunnen vervolgens worden overtreden en dat leidt op grond van artikel 5:1 Awb dus ook tot een overtre-

---

1 P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag 2000, p. 33. Eijlander en Voermans signaleren dat er discussie is over de overige kenmerken. Zo stellen sommigen dat een wet in materiële zin externe werking moet hebben en/of gepubliceerd moet worden.

2 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1452.

ding. Een privaatrechtelijke overeenkomst is om die reden dan ook niet bestuursrechtelijk handhaafbaar.<sup>3</sup>

Denk aan een voorschrift in een gemeentelijke verordening waarin een vergunningplicht in het leven wordt geroepen, waarbij B&W de bevoegdheid wordt toegekend om voorschriften te verbinden aan die vergunning. Als B&W vervolgens een vergunning verleend met daaraan gekoppeld voorschriften, dan zijn die voorschriften ‘krachtens de wet’ gesteld. Een overtreding daarvan is dus een overtreding als bedoeld in artikel 5:1 Awb.

Wat geen wettelijk voorschrift is, zijn algemeen aanvaarde inzichten, of een werkinstructie die door een werkgever wordt gesteld:

‘6.2. Ingevolge artikel 5:1, eerste lid, van de Awb is een overtreding een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. (...) De werkinstructie kan niet als een wettelijke grondslag worden aange-merkt, reeds omdat de werkinstructie geen wettelijk voorschrift is als bedoeld in artikel 5:1, eerste lid, van de Awb.’<sup>4</sup>

Wat ook geen wettelijke voorschriften zijn, zijn de voorwaarden verbonden aan een (buitengewettelijke) gedoogbeschikking. Die gedoogbeschikking kent immers geen grond in de wet, dus is er geen sprake van een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift.<sup>5</sup>

### 2.1.2 *De gelding van de norm*

Dat de norm daadwerkelijk moet gelden om hem te kunnen handhaven, klinkt als een open deur. Toch doen zich hier soms complicaties voor. Een belangrijke rol is hier weggelegd voor het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat er een voldoende (kenbare) wettelijke basis moet zijn voor handelen door de overheid. Voor het handhavingsrecht is dit beginsel vastgelegd in artikel 5:4 Awb. Artikel 5:4 Awb is van toepassing op *alle* bestuurlijke sancties, dus niet alleen op de bestraffende sancties.<sup>6</sup> Dit artikel bepaalt enerzijds dat geen bestuurlijke sanctie wordt opgelegd zonder wettelijke bevoegdheid daartoe (lid 1) en anderzijds dat een bestuurlijke slechts wordt ‘opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven’ (lid 2). De oplettende lezer ziet dat deze bepaling enigszins ‘dubbelop’ is. Immers, uit de

3 ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1605, AB 2022/217, m.nt. T.N. Sanders.

4 ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1185, BR 2017/57, m.nt. M.G. Nielen.

5 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 77.

6 ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1970, AB 2020/410, m.nt. R. Stijnen.

definitie van een overtreding volgt al dat er sprake moet zijn van een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift. Artikel 5:4 lid 2 Awb maakt echter zonneklaar duidelijk dat de gedraging *voorafgaand* aan de overtreding moet zijn verboden. Dit betekent ook dat een norm die met terugwerkende kracht is ingesteld, niet bestuursrechtelijk gehandhaafd kan worden over die periode. Zo overweegt A-G IJzerman:

‘Een andere opvatting zou in strijd komen met het legaliteitsbeginsel van artikel 5:4 van de Awb, alsook met artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Immers, een sanctie kan slechts worden opgelegd wegens een gedraging die bij of krachtens een wettelijk voorschrift is verboden.’<sup>7</sup>

Dat een norm moet gelden, betekent ook dat moet worden voldaan aan de voor die norm geldende totstandkomings- en bekendmakingsvereisten. Een wet in formele zin die nog niet is vastgesteld door de Staten-Generaal gezamenlijk of niet is gepubliceerd in de Staatscourant (zie artikel 88 Gw), kan geen grondslag vormen om te handhaven. Evenmin kunnen de voorschriften van een omgevingsvergunning aanleiding vormen om te handhaven voordat de omgevingsvergunning in werking is getreden. Bepalend daarbij is de datum van inwerkingtreding. Is op het moment van het handhavingsbesluit de norm nog niet van toepassing, dan kan niet gehandhaafd worden:

‘De Verordening 2013 is in werking getreden op 29 maart 2013. Dit betekent dat op 29 november 2011 bijlage 2 nog niet gold op basis waarvan kan worden vastgesteld aan welke (rendements)eis de luchtwasser moest voldoen op dat moment. Gelet op artikel 5:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht kan een luchtwasser met een rendement van 70% die in 2011 is geïnstalleerd geen overtreding opleveren van de in bijlage 2 bij artikel 3 van de Verordening 2013 gestelde eis van een streefrendement van 85%.’<sup>8</sup>

### 2.1.3 *Hoe zit het met open (vage) normen (artikel 5:4 Awb/lex certa)?*

Bestuursrecht kent veel open normen. Denk bijvoorbeeld aan zorgplichten, zoals artikel 1.6 Omgevingswet. Dit artikel luidt: ‘[E]en ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving.’ Daar kan natuurlijk lang over gediscussieerd worden. Wat valt daar nu wel of niet onder? Wat is ‘voldoende zorg’? Het is dan de vraag of handhaving op die grondslag

<sup>7</sup> Conclusie A-G IJzerman 23 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:420.

<sup>8</sup> ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:393.

niet in strijd is met artikel 5:4 lid 2 Awb. Immers, als niet duidelijk is dat een bepaalde handeling in strijd is met de norm, dan kan de overtreder bezwaarlijk worden verweten dat hij in strijd met de norm heeft gehandeld. De Afdeling oordeelt daarover:

‘Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat het voorschrift dat door een bestuurlijke sanctie wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn.’<sup>9</sup>

En:

‘5.2. Het in artikel 5:4 van de Awb neergelegde legaliteitsbeginsel, dat ook van toepassing is op herstelsancties als de aan Curo opgelegde last onder dwangsom, houdt onder meer in dat tegen een gedraging alleen handhavend kan worden opgetreden indien deze vooraf bij wettelijk voorschrift als verboden gedraging is omschreven. Hierbij geldt dat de verboden gedraging nauwkeurig, duidelijk en ondubbelzinnig geformuleerd moet zijn.’<sup>10</sup>

Het CBB<sup>11</sup> en de CRvB<sup>12</sup> hanteren vergelijkbare rechtspraak. In de geciteerde uitspraak van de Afdeling ging het om de vraag of het door Curo verlenen van betaaldiensten ten behoeve van illegale kansspelen viel onder het verbod op het bevorderen van kansspelen in artikel 1 lid 1 aanhef en onder b Wet op de kansspelen. De Afdeling oordeelde dat dit onvoldoende duidelijk volgde uit het verbod op het ‘bevorderen’ van kansspelen en vernietigde de opgelegde last onder dwangsom wegens strijd met artikel 5:4 lid 2 Awb.

Soms zijn delen van een bepaling duidelijk, maar innerlijk tegenstrijdig. In een geval waarin de eerste zin van de bepaling de tweede zin tegensprak, oordeelde de CRvB als volgt:

‘De tekst van artikel 7a, eerste lid, van de Waadi is tot aan “of waarvan” helder en ondubbelzinnig. Betrokkenen hebben daarom op grond van de eerste zinsnede van die bepaling kunnen menen dat zij artikel 7a, eerste lid, van de

9 ABRvS 14 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:209, AB 2018/276, m.nt. T.N. Sanders. Zie ook: ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1970, AB 2020/410, m.nt. R. Stijnen.

10 ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3571.

11 CBB 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116. Zie ook: CBB 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:207: ‘*Het lex certa beginsel “vereist naar het oordeel van het College in ieder geval dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn”*’.

12 CRvB 9 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4725: ‘*Het lex certa-beginsel verlangt van de wetgever dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze een verboden gedraging omschrijft. Een burger of een onderneming moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft.*’