



Rapport

Datum: 9 december 2010
Rapportnummer: 2010/350

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat het college van burgemeester en wethouders van Bergen op Zoom verbeurde dwangsommen niet heeft geïnd bij een voormalig café-exploitant.

Beoordeling

I. Bevindingen

1. Sinds november 2006 woont verzoeker in de nabijheid van een café, gelegen in het centrum van Bergen op Zoom. Omdat verzoeker geluidsoverlast ondervond, sprak hij de exploitant hierover aan. Deze gaf hem te kennen dat als hij niet tegen herrie kon, hij niet in de binnenstad moest gaan wonen en maar moest verhuizen. Verzoeker vernam van buurtbewoners dat zij al jaren geluidsoverlast ervoeren en de café-eigenaar daarover niet aanspreekbaar was.

2. Naar aanleiding van klachten van omwonenden verrichtte de Regionale Milieudienst (RMD) meerdere malen metingen bij het café en constateerde overschrijdingen van de geluidsnormen, zoals neergelegd in het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. Het college besloot daarom op 2 juni 2008 een last onder dwangsom op te leggen. Voor elke geconstateerde overtreding zou een dwangsom worden opgelegd van € 2.500, met een maximum van € 12.500.

3. In december 2008 en januari 2009 stelde de RMD vast dat zich opnieuw zes overschrijdingen van de geluidsnormen hadden voorgedaan en informeerde eind februari 2009 het college daarover. Op 30 maart 2009 informeerde verzoeker schriftelijk bij het college naar de invordering van de verbeurde dwangsommen. In reactie hierop schreef het college op 3 april 2009 het volgende:

"Na het opleggen van de lastgeving onder dwangsom zijn gedurende een halfjaar geen klachten meer binnengekomen. Uit nieuwe geluidmetingen bij Taveerne Thalia is echter gebleken dat er recentelijk opnieuw overschrijding van de geluidsnormen zijn geconstateerd. Wij hebben inrichtinghouder dan ook uitdrukkelijk en voor de laatste keer gewaarschuwd dat bij de eerstvolgende constatering van een overschrijding wordt overgegaan tot de invordering van de dwangsom. Wij hebben daarbij mede rekening gehouden met het feit dat de huidige inrichtinghouders de zaak per 6 mei 2009 overdragen aan een nieuwe eigenaar."

Wat het aantal geconstateerde overschrijdingen van de geluidsnormen betreft, stelt de Nationale ombudsman vast dat verzoeker spreekt van zes constateringen. Tijdens de hoorzitting van 5 november 2009 spreekt de vertegenwoordiger van de gemeente ook over zes constateringen. Later spreekt het college over vijf constateringen.

4. In reactie op de opmerking van verzoeker dat hij zich niet kon verenigen met dit standpunt, antwoordde het college op 8 mei 2009 het volgende:

"Een en ander houdt in dat wij - naar aanleiding van recentelijk geconstateerde overschrijdingen van de geluidnormen bij Taveerne Thalia - naar de inrichtinghouders toe het voornemen hebben uitgesproken om over te gaan tot invordering van de dwangsommen. Dit voornemen is zowel persoonlijk - door wethouder (...) - als schriftelijk aan de inrichtinghouders meegedeeld.

(...)

Niettemin wijzen wij u er uitdrukkelijk op dat wij niet definitief afzien van de invordering van de dwangsommen. Wij zijn met u van mening dat het de inrichtinghouders niet is toegestaan de geldende geluidnormen te overtreden en staan volledig achter ons besluit van 2 juni 2008 waarbij de inrichtinghouders een lastgeving onder dwangsom zijn opgelegd. Dit besluit heeft naar ons oordeel aanvankelijk ook het gewenste effect gesorteerd. Na oplegging van de lastgeving onder dwangsom zijn immers gedurende een halfjaar geen klachten meer binnengekomen en geen overschrijdingen meer geconstateerd. Door de inrichtinghouders nu met de invorderingsmogelijkheid van de dwangsommen te confronteren beogen wij - mede gelet op de belangen van de omwonenden - te bewerkstelligen dat de inrichtinghouders zich, ook in deze laatste periode dat zij de zaak nog exploiteren (tot en met 5 mei 2009), aan de geldende geluidnormen houden. Indien blijkt dat de geluidnormen toch nog worden overtreden zullen wij alle verbeurde dwangsommen ook daadwerkelijk invorderen."

5. Een door verzoeker, samen met een aantal buurtbewoners, ingediend bezwaarschrift tegen het niet innen van de verbeurde dwangsommen werd op 21 augustus 2009, conform het advies van de bezwaarschriftencommissie, niet-ontvankelijk verklaard, omdat het niet innen van verbeurde dwangsommen geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

6. De op 4 mei 2009 van verzoeker ontvangen klacht is door de Nationale ombudsman doorgestuurd aan het college, omdat nog niet was voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. Het college is gevraagd de klacht overeenkomstig de interne klachtenprocedure te behandelen. Bij de indiening van zijn klacht deelde verzoeker de Nationale ombudsman telefonisch mee dat hij in de periode februari tot mei 2009 de RMD een aantal keer heeft gebeld wegens geluidsoverlast, maar dat de RMD daarop geen actie heeft ondernomen. Ook is hij in die periode vier á vijf keer naar de politie gegaan die hem verwees naar het bureau handhaving van de gemeente. Volgens verzoeker heeft hij de geluidsoverlast ook drie maal bij het bureau handhaving gemeld. Volgens de gemeente is er in het betreffende dossier niets terug te vinden van een verzoek tot handhaving van verzoeker.

7. Tijdens de hoorzitting in het kader van de interne klachtenprocedure verwees verzoeker onder andere naar een volgens hem vergelijkbare situatie te Tholen, waarbij een gelijke dwangsom is opgelegd aan een café en die wel zijn geïnd en waarbij zelfs het café twee maanden is gesloten. Verzoeker stelt dat hiermee bewezen is dat er sprake is van rechtsongelijkheid en bestuurlijke willekeur.

Op 26 november 2009 verklaarde het college de klacht ongegrond en overwoog daarbij dat het college een mate van beleidsvrijheid heeft bij het innen van verbeurde dwangsommen en men er voor had gekozen de exploitant nogmaals schriftelijk en mondeling te waarschuwen. Verder verwees het college naar de inhoud van de brieven van 4 april en 8 mei 2009 en naar hetgeen tijdens de bezwaarprocedure door het college naar voren was gebracht.

Ten slotte merkte het college op dat in de periode februari 2009 tot en met heden van de RMD geen vastgestelde overschrijdingen van de geluidsnormen zijn ontvangen. Dit betreft deels een periode van de nieuwe exploitant. Ook werd, naar aanleiding van hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren kwam, opgemerkt dat de bevoegdheid tot invordering inmiddels was verjaard.

8. Omdat verzoeker zich met deze beslissing niet kon verenigen, wendde hij zich mede namens een aantal buurtbewoners opnieuw tot de Nationale ombudsman. Bij de opening van het onderzoek zijn het college twee vragen gesteld.

9. In reactie op het verzoek van de Nationale ombudsman om, mede gelet op de tekst van artikel 5:32, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht gemotiveerd aan te geven waarom het college van mening is dat het niet innen van de verbeurde dwangsom in het belang van omwonenden was, schreef het college onder andere het volgende:

"Er is in 2008 gebruik gemaakt van de bevoegdheid als bedoeld in artikel 5:32 Awb om de overschrijdingen van de geluidsnormen te beëindigen. Het opleggen van de last onder dwangsom heeft daarbij niet tot doel te straffen maar is gericht op de beëindiging van de illegale situatie. De last onder dwangsom is de prikkel die de overtreder moet bewegen de bestaande overtreding te beëindigen. Dit brengt mee dat in de regel de dwangsom daadwerkelijk wordt ingevorderd indien, ondanks de aanschrijving, de overtreding wordt voortgezet. In onderhavig geval heeft de last onder dwangsom effect gesorteerd nu gedurende een halfjaar geen klachten waren gemeld en geen geluidoverschrijdingen waren geconstateerd."

Verder overwoog het college dat twee van de vijf overschrijdingen op 1 januari 2009 waren geconstateerd en dat het tijdens de metingen op die datum onrustig op straat was. De andere drie geluidsoverschrijdingen waren minder zware overschrijdingen dan voorheen. Het vorenstaande was voor het college reden om de exploitant nog één keer te waarschuwen en de verbeurde dwangsommen niet te innen. Wat het belang van de

omwonenden betreft schreef het college het volgende:

"Het belang van omwonenden was en is dat overlast wordt beperkt doordat overeenkomstig de geluidsvoorschriften wordt gehandeld. Dat de omwonenden vinden en vinden dat de overtreder de gevolgen moet ondervinden van zijn handeling is begrijpelijk. Dat maakt echter nog niet dat het doel van de bestuursrechtelijke handhaving, namelijk de beëindiging van een overtreding en het voorkomen van nieuwe overtredingen, het best gediend zou zijn daardoor. Noch dat hiertoe de bestuursrechtelijke instrumenten kunnen worden ingezet."

10. In reactie op het verzoek om gemotiveerd aan te geven waarom de overdracht van het café op 6 mei 2009 door de toenmalige exploitant een rol heeft gespeeld bij het besluit de verbeurde dwangsom niet te innen, antwoordde het college dat een waarschuwing ertoe zou leiden dat de exploitant zich in de periode tot 6 mei 2009 (de datum van overdracht van het café aan een nieuwe uitbater) wel zou houden aan de wettelijke regels. Volgens het college zou het innen van de verbeurde dwangsommen betekenen dat een drukmiddel voor de laatste weken ontbrak, omdat dan de dreiging van invordering was geweken. Het college antwoordde tevens dat het direct in gesprek treden met de nieuwe exploitant onderdeel is geweest van zijn aanpak voor het realiseren van een duurzame oplossing. Volgens het college is deze aanpak succesvol gebleken omdat nieuwe overlastmeldingen zijn uitgebleven.

11. Naar aanleiding van de reactie van het college deelde verzoeker de Nationale ombudsman op 16 augustus 2010 mee dat de nieuwe exploitant van het café op 27 juli 2009 twee zangers had ingehuurd tijdens een festival. De RMD was aanwezig en constateerde een forse overschrijding van de geluidsnormen. Volgens verzoeker wilde de aanwezige politie echter niet optreden. Daarom heeft verzoeker vervolgens de draadjes van een speaker doorgeknipt waarna hij door een van de zangers is aangevallen en daarbij een blessure aan zijn schouder heeft opgelopen. Hij is vervolgens aangehouden en heeft een aantal uren in de politiecel moeten doorbrengen.

12. In reactie op het verslag van bevindingen schrijft verzoeker dat de bewering van het college dat er in het eerste halfjaar na het opleggen van de dwangsom geen klachten waren gemeld door omwonenden, niet juist is. Verzoeker schrijft dat zowel hij als twee burens in die periode in totaal negen maal gebeld hebben met de RMD wegens geluidsoverlast en dat er drie maal aan de politie is verzocht om op te treden tegen de geluidsoverlast. In twee gevallen heeft verzoeker RMD opnieuw gebeld omdat de geluidsoverlast was gestopt. Verzoeker schrijft dat hij het bureau handhaving van al deze voorvallen op de hoogte heeft gebracht.

II. Beoordeling

12. Het redelijkheidsvereiste houdt in dat overheidsinstanties de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is.

Dit betekent dat een overheidsinstantie voorafgaand aan elk handelen alle relevante feiten en omstandigheden dient te achterhalen teneinde deze te kunnen vertalen in belangen om zodoende de verschillende belangen tegen elkaar af te kunnen wegen. De uitkomst van deze afweging mag niet onredelijk zijn.

13. Op 2 juni 2008 besloot het college een last onder dwangsom op te leggen. Alhoewel er in december 2008 en januari 2009 verschillende overschrijdingen van de wettelijke geluidsnormen werden geconstateerd en dus dwangsommen waren verbeurd, heeft het college de dwangsommen niet geïnd. Het college stelt zich op het standpunt dat het opleggen van een last onder dwangsom niet tot doel heeft de overtreder te straffen maar te prikkelen een einde te maken aan een illegale situatie. Het college heeft er om die reden voor gekozen de exploitant nogmaals te waarschuwen. In deze overweging heeft het college er rekening mee gehouden dat de exploitant het café per 6 mei 2009 zou overdragen aan een nieuwe eigenaar.

14. Het college kan in zoverre in zijn standpunt worden gevolgd dat een last onder dwangsom er toe strekt de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen. Verzoeker heeft verklaard dat hij in de periode februari - mei 2009 nog een aantal maal geluidsoverlast heeft ervaren en dat hij dat aan de gemeente, de politie en RMD heeft gemeld. Omdat RMD in die periode geen metingen heeft verricht, valt het voor de Nationale ombudsman niet vast te stellen of er weer overschrijdingen van de geluidsnormen hebben plaatsgevonden. Vanuit het perspectief van verzoeker heeft het verbeuren van de dwangsommen in die periode er niet toe geleid dat hij geen overlast ondervond van het café. Het college heeft ook niet uit eigen beweging naar verzoeker gecommuniceerd dat het de verbeurde dwangsommen niet zou innen en de exploitant nogmaals een waarschuwing wilde geven.

15. De Nationale ombudsman is van oordeel dat met deze manier van redeneren en handelen de belangen van omwonenden onvoldoende zijn meegewogen. Het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer heeft mede ten doel om omwonenden van inrichtingen te beschermen tegen geluidsoverlast. De exploitant diende zich sowieso aan deze regels te houden omdat zijn café een inrichting is die onder de werking van dat besluit viel. Niet valt in te zien waarom een nieuwe waarschuwing aan de exploitant het belang van omwonenden dient, zeker als het een exploitant betreft die al jaren voor overlast voor omwonenden heeft gezorgd. Het innen van één verbeurde dwangsom had de exploitant wellicht tot ander gedrag kunnen aansporen. Gezien het bovenstaande heeft het college gehandeld in strijd met het redelijkheidsvereiste.

Slotbeschouwing

Er is geen wet die gemeenten verplicht om tegen overtreders van regelgeving op te treden. Deze plicht vloeit wel voort uit de beginselen van behoorlijk bestuur. Gemeenten zijn immers, in tegenstelling tot burgers, bevoegd om op te treden als de regels worden overtreden. Vanwege die bevoegdheid en gelet op het feit dat de burger niet zelf tot handhaving over mag gaan, rust de taak om de regels te handhaven bij de gemeente. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is van oordeel dat de wettelijke bevoegdheid om te handhaven ook een plicht betekent voor gemeenten. Daarom is er volgens de Afdeling een *beginselplicht tot handhaven*.

Bij verzoeken om handhaving is in de regel sprake van verschillende belangen. Belangen van degene die verzoekt om handhaving, van degene die - al dan niet opzettelijk - iets doet dat in strijd is met de regels en er is het algemeen maatschappelijk belang. De gemeente moet deze belangen wegen en op grond daarvan kiezen voor het al dan niet handhavend optreden. De Nationale ombudsman vindt dat de gemeente duidelijk moet zijn over de keuzes die zij maakt. Verder moet de gemeente de burger informeren over de stappen die moeten worden gezet voordat de gemeente kan beslissen. En tenslotte zal de afweging om te kiezen voor al dan niet handhavend optreden op een onpartijdige manier moeten gebeuren. De Nationale ombudsman verwijst in dit verband naar zijn onderzoek uit eigen beweging dat heeft geleid tot het rapport getiteld "Helder Handhaven" (rapport 2010/235) en de daarbij gevoegde "Handhavingswijzer".

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Bergen op Zoom, is gegrond wegens strijd met het redelijkheidsvereiste.

Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

Achtergrond

Artikel 5:32, eerste en tweede lid Algemene wet bestuursrecht luidt als volgt:

1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, kan in plaats daarvan aan de overtreder de overtreder een last onder dwangsom opleggen.
2. Een last onder dwangsom strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen.

Achtergrond