

Gst. 2022/74

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 9 februari 2022, nr. 202001205/1/R2
(Mrs. E.M. Polak, D.A. Verburg en J.M.L. Niederer)
m.nt. Y. Schönfeld¹

(Art. 5:32b Awb)

ECLI:NL:RVS:2022:361

Onderscheid in dwangsomhoogten bij twee verschillende overtreders bij dezelfde overtreding. (Uden)

Het college heeft aan de aan Aldi opgelegde last een dwangsom verbonden van € 50.000,00 per week met een maximum van € 500.000,00. De aan appellante sub 5 opgelegde dwangsom bedraagt € 5.000,00 per week met een maximum van € 50.000,00. Het college heeft de hoogte van de aan Aldi opgelegde dwangsom gebaseerd op het financiële voordeel van Aldi bij voortzetting van de exploitatie van de supermarkt. De aan appellante sub 5 oplegde dwangsom is gebaseerd op het financiële voordeel dat appellante sub 5 behaalt met de verhuur van het gebouw. Het college heeft daarbij gebruik gemaakt van marktgegevens over exploitatie van een supermarkt en verhuur van een winkelpand op deze locatie. Het college heeft daarmee voldoende gemotiveerd waarom onderscheid is gemaakt in de hoogte van de dwangsommen tussen Aldi en appellante sub 5. Gelet op het verschil in financieel voordeel tussen Aldi en appellante sub 5 is het gemaakte onderscheid tussen hen voor de hoogte van de dwangsom niet onredelijk.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. het college van burgemeester en wethouders van Uden,
 2. [appellante sub 2], gevestigd te Uden,
 3. Aldi Vastgoed B.V. en Aldi Best B.V., gevestigd te Culemborg onderscheidenlijk Best, (hierna samen en in enkelvoud: Aldi)
 4. [appellante sub 4], gevestigd te Uden,
 5. [appellante sub 5], gevestigd te [plaats], appellanten,
- tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 13 januari 2020 in zaken nrs. 19/413 en 19/626 in de gedingen tussen:
[appellante sub 2]
[appellante sub 4]
en
het college.

Procesverloop

Bij afzonderlijke besluiten van 10 juli 2018 heeft het college de verzoeken van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] om (preventief) handhavend op te treden tegen het gebruik

van het gebouw aan de [locatie] in Uden als supermarkt (de Aldi) afgewezen.

Bij afzonderlijke besluiten van 18 december 2018 heeft het college de door [appellante sub 2] en [appellante sub 4] daartegen gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 13 januari 2020 heeft de rechtbank de door [appellante sub 2] en

[appellante sub 4] daartegen ingestelde beroepen gegrond verklaard en bepaald dat het college opnieuw op de bezwaren moet beslissen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak hebben het college, [appellante sub 5] en Aldi hoger beroep en hebben [appellante sub 2] en [appellante sub 4] incidenteel hoger beroep ingesteld.

Het college, [appellante sub 5] en Aldi hebben elk een zienswijze over de incidentele hoger beroepen van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] ingediend.

Bij afzonderlijke besluiten van 30 juni 2020 heeft het college de bezwaren van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] tegen de besluiten van 10 juli 2018 gegrond verklaard en die besluiten herroepen, in die zin dat het college alsnog overgaat tot het opleggen van een last onder dwangsom.

Bij besluit van eveneens 30 juni 2020 heeft het college Aldi, onder verbeurte van een dwangsom, gelast om binnen vier weken nadat de Afdeling uitspraak heeft gedaan in deze zaak het gebruik van het gebouw aan de [locatie] in Uden als supermarkt te staken en gestaakt te houden.

Tevens heeft het college bij besluit van dezelfde datum [appellante sub 5], onder verbeurte van een dwangsom, gelast om binnen vier weken nadat de Afdeling uitspraak heeft gedaan in deze zaak dat gebruik te (laten) staken en gestaakt te (laten) houden.

[appellante sub 2], Aldi, [appellante sub 4] en [appellante sub 5] zijn in de gelegenheid gesteld zienswijzen naar voren te brengen over deze besluiten. Zij hebben van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

Het college heeft op die zienswijzen gereageerd.

[appellante sub 2], [appellante sub 4] en het college hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak, gevoegd met zaak nr. 202004208/1/R2, ter zitting behandeld op 23 november 2021, waar het college, vertegenwoordigd door C.J.A. van den Heuvel en mr. L.J. Gerritsen, advocaat te Nijmegen, en [appellante sub 5], vertegenwoordigd door mr. H.G.M. van der Westen, advocaat te Eindhoven, en Aldi, vertegenwoordigd door mr. M.W. van Nijendaal, advocaat te Arnhem, en [appellante sub 2], vertegenwoordigd door [gemachtigde A] en mr. M. Brüll, advocaat te Helmond, en [appellante sub 4], vertegenwoordigd door [gemachtigde B], mr. R.J.G. Bäcker en mr. D. Nazari, beiden advocaat te Den Haag, zijn verschenen.

Overwegingen

1. [appellante sub 5] is eigenaar van het perceel [locatie] in Uden (hierna: het perceel). Ingevolge het bestemmingsplan “Kop van Bitswijk 2013” (hierna: het bestemmingsplan) rust op het perceel de bestemming “Gemengd” met de aanduiding “detailhandel”. Daarnaast is in 2018

¹ Mr. Yuval Schönfeld is senior adviseur omgevingsrecht bij Pouderoyen Tonnaer, met vestigingen in Nijmegen, Vught, Baexem en Voerendaal.

het bestemmingsplan “Parapluherziening supermarkten” (hierna: het herzieningsplan) in werking getreden.

2. Het geschil in deze handhavingszaak gaat onder meer over de vraag of ingevolge het bestemmingsplan op het perceel een supermarkt is toegestaan. Dezelfde vraag is aan de orde in de procedure over de aan [appellante sub 5] verleende omgevingsvergunning (zaaknr. 202004208/1/R2).

Procedure omgevingsvergunning

3. Bij besluit van 13 april 2017 heeft het college aan [appellante sub 5] een omgevingsvergunning verleend voor het bouwen van een winkelruimte en het aanleggen van een inrit op het perceel. Bij besluit van 23 januari 2018 heeft het college het bezwaar van [appellante sub 2] tegen deze vergunning niet-ontvankelijk verklaard. Bij mondelinge uitspraak van 12 april 2018 in zaken nrs. 18/601 en 18/599 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank het door [appellante sub 2] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. [appellante sub 2] heeft daartegen hoger beroep ingesteld.

Op 20 juli 2018 heeft Aldi een supermarkt op het perceel geopend.

Bij uitspraak van 22 mei 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:1645) heeft de Afdeling het hoger beroep van [appellante sub 2] gegrond verklaard, de hiervoor genoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank vernietigd, het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit op bezwaar vernietigd en bepaald dat tegen het door het college te nemen besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld.

Bij besluit van 30 juni 2020 heeft het college, ter uitvoering van deze uitspraak, het bezwaar van [appellante sub 2] tegen de omgevingsvergunning alsnog gegrond verklaard en het besluit van 13 april 2017 gedeeltelijk herroepen, in die zin dat de omgevingsvergunning alleen in stand blijft voor het realiseren van een winkelruimte, niet zijnde een supermarkt, en de aanleg van een inrit.

Bij uitspraak van vandaag in zaak nr. 202004208/1/R2 (ECLI:NL:RVS:2022:360) heeft de Afdeling de door [appellante sub 5], Aldi en [appellante sub 2] daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard.

Last onder dwangsom

4. Bij de besluiten op bezwaar van 18 december 2018 heeft het college de afwijzing van de verzoeken van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] om handhavend op te treden tegen het gebruik van het gebouw op het perceel als supermarkt gehandhaafd. Het college heeft daaraan ten grondslag gelegd dat de onder de werking van het bestemmingsplan verleende omgevingsvergunning voor een winkelruimte ook een supermarkt omvat en dat hierin het recht besloten ligt de winkelruimte te gebruiken als supermarkt. Dit gebruik is mogelijk gebleven na de inwerkingtreding van het herzieningsplan. Weliswaar is ingevolge artikel 3, lid 3.3, aanhef en onder a, van de planregels van dit plan het gebruik als supermarkt verboden, maar die planregels dienen volgens het college wegens strijd met het beginsel

van de rechtszekerheid hier buiten toepassing te worden gelaten.

Aangevallen uitspraak

5. De rechtbank heeft geoordeeld dat uit de uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1645, volgt dat de verleende omgevingsvergunning niet ook het gebruik als supermarkt omvat. De overwegingen van de Afdeling in die uitspraak hebben plaatsgevonden in het kader van de beoordeling van de verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding door [appellante sub 2]. Dat neemt naar het oordeel van de rechtbank echter niet weg dat de Afdeling heeft geoordeeld “dat naar het oordeel van de Afdeling (...) geen vergunning voor de vestiging van een supermarkt verleend kan zijn, omdat op de verbeelding van het bestemmingsplan bij het perceel wel de aanduiding “detailhandel” is weergegeven, maar niet de aanduiding “supermarkt” zodat dat gebruik in strijd is met het bestemmingsplan.” Naar het oordeel van de rechtbank is deze overweging niet voor een andere uitleg vatbaar dan dat de Afdeling oordeelt dat de verleende omgevingsvergunning niet ook het gebruik als supermarkt omvat, omdat dat gebruik in strijd met het bestemmingsplan is. Dit betekent dat sprake is van een overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo) wegens het met het bestemmingsplan strijdige gebruik als supermarkt zonder een daartoe strekkende omgevingsvergunning. Het college is daarom in beginsel gehouden handhavend op te treden en kan alleen wegens bijzondere omstandigheden daarvan afzien. Naar het oordeel van de rechtbank heeft het college daarom niet kunnen afzien van handhavend optreden met als motivering dat het gebruik als supermarkt vergund zou zijn. De rechtbank heeft geoordeeld dat de besluiten van 18 december 2018 ontoereikend zijn gemotiveerd.

Hoger beroepen van het college, [appellante sub 5] en Aldi

6. Het college, [appellante sub 5] en Aldi betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de omgevingsvergunning van 13 april 2017 niet ook het gebruik als supermarkt omvat, omdat dat gebruik in strijd is met het bestemmingsplan. In vervolg daarop betogen zij dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college daarom niet van handhavend optreden heeft kunnen afzien met als motivering dat het gebruik als supermarkt zou zijn vergund. Zij voeren aan dat de rechtbank de uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1645, onjuist heeft uitgelegd. In die uitspraak heeft de Afdeling geen inhoudelijk oordeel gegeven over de vraag of het gebruik als supermarkt in overeenstemming is met het bestemmingsplan en of bij het besluit van 13 april 2017 ook een omgevingsvergunning is verleend voor een supermarkt. Volgens het college, [appellante sub 5] en Aldi is geen sprake van een overtreding, omdat ingevolge het bestemmingsplan op het perceel een supermarkt is toegestaan en voor dat gebruik een omgevingsvergunning is verleend. Zij voeren aan dat uit de planregels volgt dat ter plaatse van de aanduiding

“detailhandel” alle vormen van detailhandel zijn toegestaan inclusief een supermarkt, terwijl ter plaatse van de aanduiding “supermarkt” alleen een supermarkt als specifieke vorm van detailhandel is toegelaten.

Daarnaast betoogt Aldi, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 31 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2706, dat de rechtbank niet heeft onderkend dat een winkel ook een supermarkt omvat. Het begrip winkel is in de planregels niet gedefinieerd, zodat aansluiting bij het algemeen spraakgebruik kan worden gezocht. Omdat een supermarkt een winkel is, mag het gebouw op het perceel worden gebruikt als supermarkt, aldus Aldi.

7. Ingevolge het bestemmingsplan rust op het perceel de bestemming “Gemengd” met de aanduiding “detailhandel”.

Artikel 4.1 van de planregels luidt:

“De voor ‘Gemengd’ aangewezen gronden zijn bestemd voor:

- a. wonen;
- (...)
- m. ter plaatse van de aanduiding ‘supermarkt’ tevens een supermarkt;
- n. ter plaatse van de aanduiding ‘detailhandel’ tevens voor detailhandel.”

Artikel 1, aanhef en onder 1.26, luidt:

“In deze regels wordt verstaan onder detailhandel: het bedrijfsmatig te koop aanbieden, waaronder de uitstalling ten verkoop, het verkopen en/of leveren van goederen aan personen, die deze goederen kopen voor gebruik, verbruik of aanwending anders dan in de uitoefening van een beroeps- of bedrijfsactiviteit, alsmede anders dan voor verbruik ter plaatse.”

8. De Afdeling heeft in de uitspraak van vandaag in zaaknr. 202004208/1/R2, (ECLI:NL:RVS:2022:360), onder 6.4 en 6.5 en in lijn met de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019, geoordeeld dat het bestemmingsplan een supermarkt op het perceel niet toestaat en dat het college daarom terecht in het besluit van 30 juni 2020 de omgevingsvergunning alleen heeft gehandhaafd voor het realiseren van een winkelruimte, niet zijnde een supermarkt, en de aanleg van een inrit. Het college heeft in dat besluit aangegeven dat het niet bereid is om in afwijking van het bestemmingsplan een omgevingsvergunning voor een supermarkt te verlenen. Dit betekent dat geen omgevingsvergunning is verleend voor het gebruik van de winkelruimte als supermarkt. Het betoog van Aldi dat een winkel in het algemeen spraakgebruik ook een supermarkt omvat en daarom een supermarkt in de winkelruimte op het perceel is toegestaan, slaagt alleen al daarom niet.

Gelet op het voorgaande wordt met de rechtbank geoordeeld dat sprake is van een overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo wegens het met het bestemmingsplan strijdige gebruik als supermarkt zonder een daartoe strekkende omgevingsvergunning. Het college is

daarom in beginsel gehouden handhavend op te treden en kan alleen wegens bijzondere omstandigheden daarvan afzien. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college niet heeft kunnen afzien van handhavend optreden met als motivering dat het gebruik als supermarkt vergund zou zijn. De betogen van het college, [appellante sub 5] en Aldi slagen niet.

Incidenteel hoger beroepen van [appellante sub 2] en [appellante sub 4]

9. [appellante sub 2] en [appellante sub 4] hebben terecht aangevoerd dat de aangevallen uitspraak een omissie bevat. De rechtbank heeft overwogen dat de besluiten van 18 december 2018 zullen worden vernietigd, maar zij heeft in de beslissing nagelaten dat te doen.

Conclusie hoger beroepen en incidenteel hoger beroepen

10. De hoger beroepen van het college, [appellante sub 5] en Aldi zijn ongegrond. De incidenteel hoger beroepen van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] zijn gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover de rechtbank heeft nagelaten in het dictum te bepalen dat de besluiten van 18 december 2018 worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling die besluiten vernietigen. De aangevallen uitspraak zal voor het overige worden bevestigd.

11. Het college moet de proceskosten van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] vergoeden.

Omdat de incidenteel hoger beroepen alleen zijn gericht tegen de omissie in het dictum van de aangevallen uitspraak, ziet de Afdeling aanleiding om wegingsfactor “licht” (0,5) toe te passen.

De besluiten van 30 juni 2020

12. Het college heeft, zoals gezegd in het procesverloop, ter uitvoering van de aangevallen uitspraak op 30 juni 2020 nieuwe besluiten op de bezwaren van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] genomen en aan Aldi en [appellante sub 5] afzonderlijk een last onder dwangsom opgelegd. Aldi en [appellante sub 5] moeten binnen vier weken nadat de Afdeling uitspraak heeft gedaan in deze zaak het gebruik van het gebouw op het perceel als supermarkt (laten) staken en gestaakt (laten) houden. Het college heeft aan de aan Aldi en [appellante sub 5] opgelegde lasten een dwangsom verbonden. Deze besluiten worden, gelet op artikel 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), gelezen in verbinding met artikel 6:19 van die wet, geacht eveneens onderwerp te zijn van dit geding.

Beroepen van [appellante sub 5], Aldi, [appellante sub 2] en [appellante sub 4]

13. [appellante sub 5] en Aldi betogen tevergeefs dat het college de dwangsombesluiten van 30 juni 2020 heeft gebaseerd op het onjuiste oordeel van de rechtbank dat op het perceel geen supermarkt is toegestaan. Zoals hiervoor in 8 is overwogen, is de rechtbank terecht tot dat oordeel gekomen.

14. [appellante sub 5] beroept zich op het vertrouwensbeginsel. Volgens [appellante sub 5] had het college van handhavend optreden moeten afzien, omdat het college met de brief van 4 oktober 2017 bij [appellante sub 5] het vertrouwen heeft gewekt dat niet handhavend opgetreden zou worden tegen het gebruik als supermarkt.

14.1. Wie zich beroept op het vertrouwensbeginsel moet aannemelijk maken dat van de kant van de overheid toezeggingen of andere uitlatingen zijn gedaan of gedragingen zijn verricht waaruit hij/zij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht afleiden of het bestuursorgaan een bepaalde bevoegdheid zou uitoefenen en zo ja hoe. In het geval van [appellante sub 5] gaat het er dus om of er sprake is van toezeggingen of andere uitlatingen of gedragingen zijn verricht waaruit zij redelijkerwijs kon en mocht afleiden dat het college niet handhavend zou optreden wegens overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo.

14.2. In de op 13 april 2017 verleende omgevingsvergunning voor de bouw van een winkelruimte is vermeld dat een supermarkt ter plaatse niet is toegestaan. Het college heeft in de brief van 4 oktober 2017 toegelicht dat, in tegenstelling tot wat in het besluit van 13 april 2017 staat, dat besluit bij nader inzien toch ook slaat op de vestiging van een supermarkt op het perceel. [appellante sub 5] heeft enkel aan deze toelichting niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ontlenen dat niet handhavend zou worden opgetreden tegen het gebruik van het gebouw op het perceel als supermarkt. [appellante sub 5] had er op dat moment, juist door het volledig gewijzigde standpunt van het college ten opzichte van wat in het besluit van 13 april 2017 staat, rekening mee moeten houden dat dit ertoe zou leiden dat derden rechtsmiddelen zouden aanwenden tegen de omgevingsvergunning en dat is kort na de brief van 4 oktober 2017 ook gebeurd. Gelet hierop ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat het college in strijd met het vertrouwensbeginsel een last onder dwangsom heeft opgelegd.

Het betoog slaagt niet.

15. [appellante sub 2] en [appellante sub 4] betogen dat de begunstigingstermijn te lang is, omdat Aldi en [appellante sub 5] veel sneller aan de last kunnen voldoen. Bovendien is de termijn afhankelijk gesteld van de onzekere toekomstige gebeurtenis dat de uitkomst van deze handhavingprocedure is dat een supermarkt op het perceel is toegestaan, aldus [appellante sub 2] en [appellante sub 4].

15.1. Dit betoog slaagt niet. Het college heeft de begunstigingstermijn bepaald op vier weken nadat de Afdeling uitspraak heeft gedaan in deze zaak. Daarmee hoeven [appellante sub 5] en Aldi in afwachting van de uitkomst van deze zaak nog geen uitvoering aan de last te geven. Gelet op de voorgeschiedenis van deze zaak is de Afdeling van oordeel dat het college [appellante sub 5] en Aldi die gelegenheid in redelijkheid heeft kunnen geven. Verder heeft het college bij de bepaling van de begunstigingstermijn kunnen betrekken dat de overtreding geen ernstige gevolgen of gevaarlijke gevolgen voor de omgeving heeft, maar dat een (mogelijkerwijs tijdelijke) sluiting wel grote gevolgen voor de exploitant van de supermarkt en de werkgelegenheid heeft. Ook de aard van de overtreding verzet zich niet tegen de door

het college vastgestelde begunstigingstermijn. De stelling van [appellante sub 2] en [appellante sub 4] dat Aldi en [appellante sub 5] veel sneller aan de last kunnen voldoen, speelt vanzelfsprekend een rol bij de bepaling van de begunstigingstermijn, maar is in dit geval onvoldoende om te oordelen dat een kortere termijn had moeten worden gesteld.

16. [appellante sub 2] en [appellante sub 4] betogen ook dat de dwangsommen te laag zijn, omdat die niet opwegen tegen de winst die Aldi met de supermarkt maakt en de huur die [appellante sub 5] ontvangt voor het pand. Ook heeft het college het verschil in hoogte van de dwangsommen tussen Aldi en [appellante sub 5] niet gemotiveerd. Volgens [appellante sub 2] en [appellante sub 4] is er geen reden om onderscheid te maken in de hoogte van de dwangsommen.

16.1. Artikel 5:32b van de Awb luidt:

“1. Het bestuursorgaan stelt de dwangsom vast hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last.

(...)

3. De bedragen staan in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.”

16.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen heeft het opleggen van een last onder dwangsom ten doel de overtreder te bewegen tot naleving van de voor hem geldende regels. Om dit doel te bereiken kan de hoogte van het bedrag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet naleven van deze regels. Van de dwangsom moet zo'n prikkel uitgaan, dat de opgelegde last wordt uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd. De Afdeling verwijst naar haar uitspraak van 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:343.

16.3. Het college heeft aan de aan Aldi opgelegde last een dwangsom verbonden van € 50.000,00 per week met een maximum van € 500.000,00. De aan [appellante sub 5] opgelegde dwangsom bedraagt € 5.000,00 per week met een maximum van € 50.000,00. Het college heeft de hoogte van de aan Aldi opgelegde dwangsom gebaseerd op het financiële voordeel van Aldi bij voortzetting van de exploitatie van de supermarkt. De aan [appellante sub 5] oplegde dwangsom is gebaseerd op het financiële voordeel dat [appellante sub 5] behaalt met de verhuur van het gebouw. Het college heeft daarbij gebruik gemaakt van marktgegevens over exploitatie van een supermarkt en verhuur van een winkelpand op deze locatie. Het college heeft daarmee voldoende gemotiveerd waarom onderscheid is gemaakt in de hoogte van de dwangsommen tussen Aldi en [appellante sub 5]. Gelet op het verschil in financieel voordeel tussen Aldi en [appellante sub 5] is het gemaakte onderscheid tussen hen voor de hoogte van de dwangsom niet onredelijk. Vervolgens ziet de Afdeling in wat [appellante sub 2] en [appellante sub 4] aanvoeren ook geen aanleiding voor het oordeel dat van de dwangsommen onvoldoende prikkel uitgaat om de overtreding ongedaan te maken. Dat de omzet van Aldi veel hoger zou zijn dan de

dwangsom, zoals [appellante sub 4] ter zitting heeft gesteld, is daarbij niet bepalend. Het gaat om een prikkel die hoger is dan het voordeel dat een overtreder behaalt. Het betoog slaagt niet.

Conclusie beroepen

17. De beroepen van [appellante sub 5], Aldi, [appellante sub 2] en [appellante sub 4] zijn ongegrond.
18. Het college hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart de hoger beroepen van het college van burgemeester en wethouders van Uden, Aldi Vastgoed B.V. en Aldi Best B.V. en [appellante sub 5] ongegrond;
- II. verklaart de incidenteel hoger beroepen van [appellante sub 2] en Supermarkt de Laak B.V. gegrond;
- III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank van Oost-Brabant in zaken nrs 19/413 en 19/626, voor zover daarbij is nagelaten de besluiten op bezwaar van 18 december 2018 te vernietigen;
- IV. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;
- V. vernietigt de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Uden van 18 december 2018, kenmerk ZD18.005752 en ZD18.005874;
- VI. verklaart de beroepen van [appellante sub 2], Aldi Vastgoed B.V. en Aldi Best B.V., [appellante sub 4] en [appellante sub 5] B.V. tegen de besluiten van 30 juni 2020 ongegrond;
- VII. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Uden tot vergoeding van zowel bij [appellante sub 2] als bij [appellante sub 4] in verband met de behandeling van de incidenteel hoger beroepen opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 759,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VIII. bepaalt dat van het college van burgemeester en wethouders van Uden € 548,00 aan griffierecht wordt geheven.

Naschrift

1. Deze uitspraak heeft betrekking op de toetsing van de hoogte van opgelegde lasten onder dwangsom vanwege het exploiteren van een supermarkt in strijd met het bestemmingsplan. Aan zowel de Aldi als aan de verhuurder van het pand zijn afzonderlijke dwangsombesluiten opgelegd. Interessant aan deze casus is dat de aan Aldi verzonden dwangsom tien keer zo hoog is als de dwangsom die aan de verhuurder is opgelegd.
2. Over de toe te passen dwangsomhoogte is in de Awb het een en ander vastgelegd. Artikel 5:32b, lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de dwangsom vaststelt hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last. Het bestuursorgaan stelt tevens het maximale dwangsombedrag vast (artikel 5:32b, lid 2 Awb). De bedragen

staan volgens artikel 5:32b, lid 3 Awb in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) overweegt in vaste jurisprudentie (zie bijvoorbeeld ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil en ABRvS 25 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0391) dat bij de toetsing van de dwangsomhoogte geen aanleiding is voor een indringende toetsing aan de evenredigheidsmaatstaf van artikel 3:4 Awb. In de rechtsliteratuur (zie bijvoorbeeld de noot van C.M.M. van Mil in AB 2014/162) is beschreven dat een succesvol beroep op (dis)proportionaliteit vanwege de hoogte van de dwangsom in de praktijk niet kansrijk is. Vaste rechtspraak is dat het opleggen van een last onder dwangsom ten doel heeft de overtreder te bewegen tot naleving van de voor hem geldende regels. Om dit doel te bereiken kan de hoogte van het bedrag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet naleven van deze regels (zie bijvoorbeeld ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:343, ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:86 en ABRvS 6 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1007). De beoogde effectiviteit is hierbij ook relevant (ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:164). Het was de vraag of als gevolg van de richtinggevende Afdelingsuitspraken over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel (ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334, ECLI:NL:RVS:2022:335 en ECLI:NL:RVS:2022:285, JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten, de artikelnoot van R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel', Gst. 2022/27 en C.M.M. van Mil, 'De nieuwe evenredigheidstoets: naar een evenredige doel-middelverhouding', BR 2022/33) hier al dan niet verandering in is gekomen. In de Afdelingsuitspraak van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.5, is geoordeeld dat de wettelijke norm inzake de hoogte van lasten onder dwangsom (artikel 5:32b, lid 3 Awb) een verbijzondering is van het evenredigheidsbeginsel. Hieraan wordt afzonderlijk getoetst. Uit jurisprudentie van ná 2 februari 2022 blijkt dat bij de toetsing van de dwangsomhoogte nog steeds de vaste rechtsoverweging wordt toegepast dat van de dwangsom een zodanige prikkel moet uitgaan dat de opgelegde last wordt uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd (ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1234 en ABRvS 6 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1007).

3. Bij bedrijfsmatige overtredingen, zoals in voorliggende uitspraak het geval is, wordt de dwangsomhoogte vaak gerelateerd aan de te verwachten omzet (of het te behalen voordeel) als gevolg van het niet naleven van de wet- en regelgeving. Dit overweegt de Afdeling ook in r.o. 16.3 van voorliggende uitspraak, maar het komt in veel meer uitspraken voor (zie bijvoorbeeld ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:321 en ABRvS 17 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:334). Van belang is dat hierbij alleen het nog te behalen financiële voordeel met het laten voortduren van de overtreding mag worden meegenomen en niet het in het verleden reeds behaalde financiële voordeel. Daarmee zou de dwangsom namelijk het karakter van

een punitieve sanctie krijgen, dit terwijl een dergelijke last natuurlijk een herstelsanctie is (ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil en ABRvS 13 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL2223, JB 2001/95, m.nt. C.L.G.F.H. Albers). Recentelijk oordeelde de Afdeling (ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1234) dat bij het bepalen van de dwangsomhoogte niet exact hoeft te worden bekeken wat het economische voordeel van appellanten is als gevolg van de overtreding. Van een dwangsom dient een afdoende prikkel tot normconform gedrag uit te gaan en daarom kon worden volstaan met een globale schatting van de te verwachten winst bij het niet voldoen aan de last. Een blik op de rechtspraak laat ook zien dat een betoog dat de met de verkoop van een bepaald product gegenereerde omzet of winst veel lager zou zijn dan waarvan het bevoegd gezag is uitgegaan, geen reden vormt voor het oordeel dat de vastgestelde dwangsom onevenredig hoog zou zijn (ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3978, ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7307 en ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:328, AB 2014/304, m.nt. F.R. Vermeer). De dwangsom wordt vaak ook bepaald aan de hand van de kosten die zouden moeten worden gemaakt om de overtreding te beëindigen plus een opslag om de prikkel te verhogen dat de overtreding ook daadwerkelijk wordt beëindigd (ABRvS 5 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2913, JBO 2018/217, m.nt. D. van der Meijden). En wat als de overtreding geen financieel voordeel oplevert voor de overtreder? In de uitspraak ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1756 werd een last opgelegd van € 500 per overtreding met een maximum van € 5.000 voor het op het trottoir langs het perceel opslaan van een aantal privépullen. Dit bedrag is een voldoende sterke, maar niet te hoge prikkel voor een overtreding die géén financieel voordeel oplevert. Vermeldenswaardig is dat in de uitspraak ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:453 een per verbeuring oplopend dwangsombedrag wordt toegestaan. In het besluit werd een dwangsom verbonden van € 20.000 voor de eerste overtreding, € 40.000 voor de tweede keer, en oplopend tot € 100.000 voor de vijfde overtreding. Omdat eerdere lasten niet ertoe hebben geleid dat de overtredingen zijn beëindigd was een dergelijke last toegestaan. Wat als het dwangsombesluit geen effect heeft gehad, omdat de overtreding niet is beëindigd? De Afdeling accepteert dan een verdubbeld dwangsombedrag (ABRvS 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3368 en ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1100) en in een uitspraak van 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2513, AB 2017/14, m.nt. C.M.M. van Mil is zelfs een drie keer zo hoog dwangsombedrag geaccordeerd. Interessant zijn natuurlijk ook de uitspraken waarin de dwangsomhoogte, ondanks de marginale toetsing, toch niet door de beugel kon. Zo was in de uitspraak ABRvS 9 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:397 een dwangsombesluit aan de orde over het niet aanwezig mogen zijn van meer dan vier motorvoertuigen op het perceel op straffe van een dwangsom van € 20.000 ineens. Bij het aantreffen van vijf motorvoertuigen wordt dus al het gehele bedrag verbeurd. Dit is in dit geval niet meer redelijk. Het maximumbedrag van € 20.000 is wel redelijk als het wordt gekoppeld

aan een dwangsom *per overtreding* van € 5.000. In de uitspraak ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2603 is een dwangsom opgelegd van € 50.000 per constatering met een maximum van € 300.000 voor het niet juist melden van de acceptatie van afvalstoffen. Dit is een aanzienlijk bedrag voor de overtreding van een administratieve verplichting en niet meer redelijk, omdat ook bij een incidentele, evident kennelijke omissie of verschrijving direct een dwangsom van € 50.000 wordt verbeurd.

4. Terug naar de opgenomen uitspraak. Aan Aldi is een dwangsom opgelegd van € 50.000 per week met een maximum van € 500.000. De dwangsom van de verhuurder bedraagt € 5.000 per week met een maximum van € 50.000. Het tien keer zo hoge dwangsombedrag voor de Aldi zou de vraag kunnen oproepen of dit niet strijdig kan zijn met het gelijkheidsbeginsel. Uit de rechtsliteratuur (zie bijvoorbeeld de noot van T.N. Sanders in AB 2018/112 en de noot van L.J.M. Timmermans in *Gst.* 2011/12) volgt dat enkel met succes een beroep kan worden gedaan op het gelijkheidsbeginsel als er sprake is van een gelijk geval, dat niet gelijk wordt behandeld en waar geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor de afwijkende besluitvorming. Dit laatste criterium is hier in het geding (al wordt dit niet door de Afdeling als zodanig benoemd in de uitspraak). De hoogte van de aan Aldi opgelegde dwangsom is gebaseerd op het financiële voordeel bij voortzetting van de exploitatie van de supermarkt. De aan de verhuurder van het pand oplegde dwangsom is gebaseerd op het financiële voordeel dat hij behaalt met de verhuur van het gebouw. Daarbij is gebruik gemaakt van marktgegevens over exploitatie van een supermarkt en verhuur van een winkelpand op deze locatie. Daarmee is voldoende gemotiveerd waarom onderscheid is gemaakt in de hoogte van de dwangsommen tussen Aldi en de verhuurder. Gelet op het verschil in financieel voordeel tussen Aldi en de verhuurder van het pand is het gemaakte onderscheid niet onredelijk. Een enigszins vergelijkbaar geval was aan de orde in de uitspraak ABRvS 14 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1085. Hier werd een dwangsom opgelegd vanwege verhuur in strijd met het bestemmingsplan. Appellanten voerden aan dat in een andere, volgens hen vergelijkbare casus, de dwangsombedragen (zowel het bedrag per overtreding als het maximumbedrag) voor de helft lager waren. Het college heeft onderbouwd dat het dwangsombedrag in de andere casus lager was omdat de te verwachten huurinkomsten lager zijn, nu in dat pand slechts één woon-eenheid wordt verhuurd. Ook in de uitspraak ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2298 werd door appellant een beroep gedaan op de omstandigheid dat voor dezelfde soort overtreding aan een andere overtreder een aanzienlijk geringer dwangsombedrag is opgelegd. De dwangsomhoogte was gebaseerd op een Beleidsnota. De andere casus dateerde van vóór de vaststelling van deze Beleidsnota. Het dwangsombedrag was daarom dus niet onredelijk.

Y. Schönfeld