

HC6A, 7 oktober 2019, Toezicht en herstelsancties

De overheid wil dat mensen de wet naleven. Hiervoor is eerst **voorlichting** nodig, over welke bepalingen we kennen in ons land. Als mensen de wet niet naleven, dan volgt meestal een waarschuwing. Indien die **waarschuwing** aan de kant wordt geschoven, kan een **herstelsanctie** volgen. Vervolgens kan een **boete** worden opgelegd, in de zin van een bestraffende sanctie. Als laatste kan een vergunning worden **ingetrokken**. Dit is de laatste stap, want het wordt in het algemeen gezien als ergste herstelsanctie.

In de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna: Awb) staan in titel 5.1 bepalingen geformuleerd over sancties. Voor een herstelsanctie is krachtens art. 5:4 Awb is een eigen, wettelijke grondslag nodig. Een enkele overtreding van een bepaling levert namelijk niet direct de bevoegdheid tot het opleggen van een herstelsanctie op. Er moet in een bijzondere of algemene wet een bevoegdheid tot het opleggen van die herstelsanctie zijn.

Overtreding

Een overtreding is op grond van art. 5:1 Awb een gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift. Hieronder vallen geen beleidsregels, dus een overtreding kan geen gedraging zijn in strijd met een beleidsregel. In wetsartikelen staan soms vage normen, dan speelt de rechtsvraag: is er wel sprake van een overtreding? Hierbij speelt de rechtszekerheid een rol. Een voorbeeld van zo'n vage norm is **voldoende reïntegratie-inspanning**. Wanneer is hieraan voldaan als werkgever? Dat is niet duidelijk. Als het gaat om een zorgplicht, dan is de **normadressaat** degene die invulling mag geven aan die norm. De persoon wie het betreft, moet de norm dan invullen.

Uit het EVRM volgt dat wetgeving duidelijk en voorzienbaar moet zijn, maar dit lukt niet altijd. Het Hof oordeelt hierover dat dit niet erg is en dat dit niet direct een strijd met het rechtszekerheidsbeginsel oplevert. Jurisprudentie kan hierin een belangrijke rol spelen. Als onduidelijkheid bestaat over een norm, dient de burger informatie te verzoeken bij het bestuursorgaan over de betekenis van een norm. Deze uitleg kan worden vastgelegd in een **rechtsvaststellende mededeling**. Er kunnen ook beleidsregels over een vage norm worden gegeven. Dan wordt de norm dus uitgelegd door de opsteller van een beleidsregel.

Een overtreder, ook wel **normadressaat**, is degene die alle bestanddelen uit een wetsartikel vervult. Het hangt af van de wetsbepaling wie dit kan zijn. Er zijn omschrijvingen waarbij een ieder normadressaat kan zijn, maar sommige bepalingen eisen een bepaalde kwaliteit om als normadressaat aangemerkt te kunnen worden.

Medepleger

In het bestuursrecht kan iemand ook als medepleger worden aangemerkt. Dan dient er sprake te zijn van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering van de overtreding. Ook kent het bestuursrecht het begrip **functioneel dader**. Iemand die **beschikkingsmacht** heeft over een ander en de overtreding **aanvaardt** of de overtreding placht te hebben aanvaard, kan als functioneel dader worden aangemerkt. Art. 51 Sr is hierbij van toepassing op het bestuursrecht.

Bestuurlijke sanctie

In het bestuursrecht kennen we **herstelsancties**, die zijn gericht op het ongedaan maken of beëindigen van een overtreding. Denk hierbij aan een last onder bestuursdwang, last onder dwangsom of het intrekken van een vergunning. Een **bestraffende sanctie** is een sanctie die is gericht op het toevoegen van leed aan de overtreder. Dit bestaat in de vorm van een bestuurlijke boete, art. 5:40 tot en met art. 5:47 Awb. Uit jurisprudentie volgt dat een tijdelijke intrekking van een vergunning, aan te merken is als bestraffende sanctie.

In geval van een herstelsanctie mag de verleende vergunning ingetrokken worden of gewijzigd worden op dezelfde gronden als waarvoor deze is verleend. Er is dan een impliciete bevoegdheid. Bij een bestraffende

sanctie is dit niet het geval, daarvoor dient er een specifieke grondslag voor intrekking of wijziging van de vergunning te bestaan.

Toezicht

Toezicht is kijken naar het gedrag van een ander. Er kan gekeken worden of bepaalde normen geschonden worden. Denk aan juridische normen, veldnormen of behoorlijkheidsnormen. Er is dan allereerst feitenverzameling, daarna toetsing en als laatste volgt eventueel ingrijpen.

Er zijn verschillende vormen van toezicht. Allereerst bestaat toezicht op bestuursorganen. Dit type toezicht is door de hogere overheid op de lagere overheid. Dit wordt ook wel **interbestuurlijk toezicht** genoemd. Er zijn verschillende externe toezichthouders, bijvoorbeeld De Nederlandsche Bank of de Autoriteit Financiële Markten. Dit zijn zelfstandige bestuursorganen.

Nalevingstoezicht

In art. 5:11 Awb is geformuleerd wanneer er sprake is van een toezichthouder. In de artikelen daarna staan verschillende toezichtsbevoegdheden opgesomd. Indien iemand niet meewerkt aan een bevel van een toezichthouder, dan levert dit een strafbaar feit op of oplegging van een bestuurlijke boete, zie art. 5:20 Awb. Een toezichthouder is niet geheel vrij in het gebruik van zijn toezichtsbevoegdheden. Allereerst is **evenredigheid** van belang. Als een minder ingrijpende bevoegdheid gebruikt kan worden, dan dient daarvoor gekozen te worden. Daarnaast moet de bevoegdheid zelf niet ingrijpender gebruikt worden dan nodig. De toezichthouder mag niet geheel zelf bepalen hoe bevoegdheden worden gebruikt, dit wordt vaak gedaan door het bestuursorgaan. Soms zet het bestuursorgaan heftige middelen in. Denk bijvoorbeeld aan het inzetten van camera's. Dit mag niet altijd, uit jurisprudentie volgt namelijk dat daarvoor altijd een specifieke, wettelijke grondslag moet zijn.

Soms worden private toezichthouders ingeschakeld. Dit is wel toegestaan, maar alle bevoegdheden worden dan gereguleerd door de bestuursorganen. De private toezichthouders hebben zelf geen vrijheid.

Huisbezoek

Een huisbezoek mag niet tegen de wil van een bewoner. Dit wordt **informed consent** genoemd. De toezichthouder moet altijd uitleggen wat een weigering van een huisbezoek voor gevolgen kan hebben. Dit dient allemaal in een rapport opgenomen te worden, want het bestuursorgaan is degene die dient te bewijzen dat het huisbezoek rechtmatig heeft plaatsgevonden.

Last onder bestuursdwang en dwangsom

Een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom zijn **herstelsancties** die dienen om een overtreding geheel of gedeeltelijk te herstellen. Als niet aan de **last onder bestuursdwang** tegemoet wordt gekomen, dan zorgt het bestuursorgaan er zelf voor dat de overtreding geheel of gedeeltelijk wordt hersteld, art. 5:21 Awb. Een last onder dwangsom kent die bevoegdheid niet voor een bestuursorgaan, daarbij wordt een geldsom opgelegd als de overtreding niet geheel of gedeeltelijk wordt hersteld.

Een bestuursorgaan mag in beginsel kiezen welke van de twee zij inzet. De keuze is afhankelijk van hoe snel een bestuursorgaan wil dat een overtreding geheel of gedeeltelijk wordt opgeheven. Een last onder bestuursdwang is beter in het licht van het doel van de beide lasten, want dan ontstaat bij niet-nakomen de bevoegdheid tot opheffen van de illegale situatie door het bestuursorgaan. Bestuursorganen kiezen echter liever de dwangsom, want dan ontvangen zij bij niet-nakomen in ieder geval nog een geldbedrag. Een last onder bestuursdwang kent meer risico's en is daardoor ook minder aantrekkelijk. De last onder dwangsom en bestuursdwang mogen niet tegelijkertijd worden opgelegd. Ze mogen elkaar wel opvolgen.

Bij een last onder dwangsom moet de overtreder altijd degene zijn die de overtreding kan beëindigen. Bij een last onder bestuursdwang is dit niet het geval, de last kan ook aan iemand worden opgelegd die de overtreding niet heeft gedaan.. Daarmee wordt de bevoegdheid voor het bestuursorgaan gecreëerd om de last

zelf uit te voeren. Een last kan aan meerdere personen worden opgelegd, zij moeten zelf bepalen wie de last uitvoert.

Inhoud besluit

In een besluit moet opgenomen worden wat precies is overtreden en hiervoor moet bewijs worden geleverd. Daarnaast moet ook opgenomen worden welke herstelmaatregel genomen moet worden, om de illegale situatie op te heffen. Hiervoor dient een redelijke termijn gegeven te worden, die afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De hoogte van de dwangsom moet daarnaast opgenomen worden.

Preventieve herstelsanctie

Voordat de overtreding plaats heeft gevonden, kan een herstelsanctie worden opgelegd. Hiervoor zijn twee situaties denkbaar. In art. 5:7 Awb is de eerste situatie opgenomen, namelijk de situatie waarin duidelijk is dat een overtreding plaats zal vinden. In art. 5:2 lid 1 sub b Awb is de tweede situatie opgenomen, namelijk die van **voorkomen van herhaling**. Er is gegronde vrees voor herhaling, dus iemand moet al eerder een overtreding hebben begaan.

Invloed derde

Een derde kan invloed hebben op de toepassing van bestuursdwang, art. 5:31a Awb. Die kan namelijk een verzoek indienen tot effectuering van de bestuursdwang. Daarnaast kan een derde nog een verzoek indienen om een dwangsom te incasseren, art. 5:37 Awb.

Gedogen

In het bestuursrecht bestaat de mogelijkheid om af te zien van handhaving. Dit noemen we **gedogen**.

Gedogen kan actief en passief zijn. **Actief gedogen** gebeurt vaak middels een gedoogbesluit, passief gedogen gebeurt vaak door middel van zwijgen. Een gedoogbesluit is geen besluit, want het heeft geen rechtsgevolg. In beginsel moet een bestuursorgaan echter wel gebruik maken van haar handhavingsbevoegdheid, maar in **bijzondere omstandigheden** mag zij hiervan afzien. Hiervan is sprake indien:

- er een concreet vooruitzicht op legalisatie is;
- handhaven onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen doelen.

HC6B, 9 oktober 2019, Bestraffende sancties

Een bestraffende sanctie is een bestuurlijke sanctie, indien deze bedoeld is om leed toe te voegen. Hieronder valt de **bestuurlijke boete**, art. 5:40 Awb. Het moet gaan om een onvoorwaardelijke plicht om een geldsom te betalen.

Overtreder

Meerdere personen kunnen aangemerkt worden als overtreder. Zelfs aan de Staat kan een bestuurlijke boete worden opgelegd. Hiernaast kan ook een rechtspersoon als overtreder worden aangemerkt, maar ook een leidinggevende. Het is niet mogelijk om één persoon zowel als medepleger en als feitelijk leidinggevende aan te merken. Naast de bestuurlijke boete, wordt de intrekking van een begunstigend besluit ook aangemerkt als een bestraffende sanctie. Als het om een bestraffende intrekking gaat, is er altijd een wettelijke grondslag vereist.

Reden voor bestuurlijke bestraffende sancties

Er zijn verschillende redenen voor, waarom er gebruik wordt gemaakt van bestraffende sancties. Allereerst vanwege het handhavingstekort. Niet alles kan namelijk door het strafrecht gehandhaafd worden, dus vandaar dat dit ook door het bestuursrecht wordt gedaan. Daarnaast vanwege het versterken van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur. Het bestuur kan dan haar eigen normen handhaven, dat zorgt voor **uitvoering** en **handhaving** bij hetzelfde orgaan. Ook is het bestuur het meest deskundig over haar eigen regels en kan de handhaving daarvan dan ook het best zelf doen. De laatste reden is **decriminalisering**. Dit is vooral bij feiten die voorheen strafrechtelijk strafbaar waren en nu enkel nog bestuurlijk. Dit komt echter niet heel vaak voor.

Keuze tussen bestuursrecht en strafrecht

Er wordt meestal gekozen voor het bestuursrecht, als het gaat om lichte overtredingen die makkelijk vast te stellen zijn. Voor het strafrecht wordt gekozen als het gaat om zwaardere feiten die middels dwangmiddelen vastgesteld worden. Vaak betreft dat ook vrijheidsstraffen, dit is bij het bestuursrecht niet op die manier mogelijk.

Toch komt het voor dat in het bestuursrecht hogere boetes worden gegeven dan in het strafrecht. Dit heeft vooral te maken met de invloed van het recht vanuit de Europese Unie. Er bestaat tegenwoordig de mogelijkheid tot een **bestuurlijke strafbeschikking**, art. 257ba Sv. Het verschil tussen bestuursrecht of strafrecht wordt hierdoor minder relevant.

Er zijn veel verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht. In het bestuursrecht gaat het meer om gelijke behandeling en bij het strafrecht staat dit niet zozeer centraal. Veel verschillen kunnen worden weggenomen, maar toch lijken beide rechtsgebieden wel naar elkaar toe te groeien. Enkele begrippen, zoals **pleger** of **functioneel dader**, zijn vanuit het strafrecht overgewaaid naar het bestuursrecht.

In het belasting- en sociale zekerheidsrecht worden veel beschikkingen genomen. Het kan voorkomen dat de herziening van een dergelijke beschikking middels het bestuursrecht wordt gedaan, en de beboeting middels het strafrecht. Dit zou dubbele procedures opleveren en dit is onpraktisch. In dergelijke gevallen gaat de voorkeur uit naar 1 procedure, dus moet er gekozen worden waar een procedure dient.

Waarborgen vanuit EVRM

Veel waarborgen vanuit het EVRM gelden zowel voor het strafrecht als voor het bestuursrecht. Het is echter zo dat de kwalificatie als **criminal charge** niet wil zeggen dat alle extra waarborgen vanuit het EVRM altijd van toepassing zijn. Onder omstandigheden gelden die waarborgen pas voor bestraffende sancties. Het onderscheid is echter nog niet duidelijk, dit moet nog in jurisprudentie worden uitgewerkt.

Procedure

Vanaf het moment dat er sprake is van een **criminal charge**, heeft verdachte het recht om te zwijgen, art. 5:10a Awb. Er is sprake van een criminal charge, vanaf het moment dat duidelijk is dat een bestuurlijke boete voor een overtreding zal worden opgelegd. Aan de kant van de overheid bestaat dan de **cautieplicht**, dit is de plicht om verdachte op zijn zwijgrecht te wijzen. Vaak wordt een waarschuwing gegeven voorafgaand aan een overtreding, die waarschuwing kan alleen worden aangevochten indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat.

Sfeerprocedure

Soms vindt er een controleonderzoek plaats. De vraag is of vanaf dat moment ook sprake is van zwijgrecht en cautieplicht. Als het nog gaat om algemene onderzoeksplicht, geldt dit nog niet. Vanaf het moment dat er wordt nagedacht over het opleggen van een bestraffende sanctie, geldt de cautieplicht en heeft iemand het recht om te zwijgen. In het geval van een bestraffende sanctie, geldt geen plicht om mee te werken krachtens art. 5:20 Awb. Dit is anders wanneer het gaat om een herstelsanctie. Anders zou iemand namelijk verplicht zijn om mee te werken aan het onderzoek dat over hemzelf gaat. Alles dat wordt verteld vanaf het moment dat sprake is van een criminal charge, waarbij de cautieplicht is geschonden, mag niet worden gebruikt als bewijs voor de bestuurlijke boete.

Verzwaarde procedure

Indien een boete wordt opgelegd hoger van 340 euro, dan moet een **verzwaarde procedure** worden gevolgd. Er dient dan een rapport of proces-verbaal opgesteld te worden. Degene die de boete opgelegd, mag niet ook het rapport vaststellen. Dit wordt **functiescheiding** genoemd, art. 10:3 lid 4 Awb. Aan degene die de boete wordt opgelegd, moet ook de mogelijkheid tot het indienen van een zienswijze worden gegeven.