

HC 11, 08-10-2018, Bestuursrecht

Toezicht op herstelsancties

Dit is titel 5.1 van de AwB. De handhabingsbepalingen zijn van belang voor alle bestuurlijke sancties. Op grond van artikel 5:4 behoeven ook herstelsancties een wettelijke grondslag. Voor alle sancties geldt ook dat als er een rechtvaardigingsgrond is, er geen overtreding is. Schulduitsluitingsgronden spelen hier geen rol.

Overtreding

Elke normschending is een overtreding (dit komt niet overeen met het begrip uit het strafrecht). Wat precies een overtreding is staat in artikel 5:1. Een inbreuk op een beleidsregel is geen overtreding, omdat een beleidsregel niet krachtens wettelijk voorschrift is vastgesteld. Een ander probleem is de schending van een **vage norm**. Bijvoorbeeld 'voldoende re-integratie inspanningen', 'duidelijk prospectus', 'integer handelen', 'de klant centraal' of 'verantwoorde zorg'. Dit zijn voorbeelden van vage normen.

Vage normen

Het gaat hier niet om beoordelingsvrijheid maar om beoordelingsruimte. De vraag of er sprake is van een overtreding is een rechtsvraag. Je komt dit vooral tegen bij normplichten aan de normadressaat. Vage normen zijn niet in strijd met het EVRM. De rechter moet hier indringend oordelen, ook bij de feitenvaststelling. Hij mag alleen iets minder toetsen bij zeer complexe kwalificatie. Vage normen zijn om politieke en technische redenen onvermijdelijk (door veel technologische ontwikkelingen bijvoorbeeld). Ze moeten wel zo scherp mogelijk zijn, en daarnaast is het de gedachte dat samen met de wetgever ook de rechter voor rechtszekerheid zorgt, door **kenbare en consistente jurisprudentie**.

Als er sprake is van een vage norm moet je naar de toezichthouder, je hebt een eigen onderzoeks- en informatieplicht. Het mooiste is natuurlijk als het bestuursorgaan beleidsregels opstelt om invulling te geven aan een vage norm. Bij zorgplichten moeten primair de normadressaten zelf zorgen voor invulling van de norm. Bij verantwoorde zorg kunnen dokters het best zelf bepalen wat daaronder valt. Daar ligt de primaire verantwoordelijkheid. Als de zelfregulering onvoldoende invulling geeft aan de norm dan moet het bestuur zelf maar aangeven wat er mis is en wat er anders moet.

De overtreder

Dit is degene die de overtreding pleegt. Hij die alle bestanddelen van het feit vervuld. Dit geldt niet voor de medepleger. De functioneel dader is degene die achter de schermen aan de touwtjes trekt. Hier zijn veel elementen uit het strafrecht. Medeplegen is de enige deelnemingsvorm in de Awb. Dit is ook de belangrijkste, want de andere vormen zijn vaak ook wel te vinden onder het medeplegen.

Bestuurlijke sancties

Herstelsancties zijn gericht op het ongedaan maken of beëindigen van overtredingen. Bij bestraffende sancties gaat het om leedtoevoeging. Bepalend voor het onderscheid is het oogmerk. Voor het intrekken van een vergunning is een bevoegdheid nodig. Deze kan je niet impliciet inlezen via een leedtoevoegend karakter.

Toezicht houden

Je verzamelt informatie over iemands gedrag, en zo kan je bepalen of er een overtreding wordt gepleegd. Toezicht is heel ruim. Het kan interbestuurlijk zijn (van de overheid op lagere overheden) maar ook extern. Alle relevante beslissingen van een bestuursorgaan moeten zelf genomen worden. Je mag particulieren inschakelen maar die moet je volledige instructies geven. Profilering moet de overheid ook zelf doen, dat mogen ze niet overlaten aan particuliere toezichthouders. Alle **belangrijke beslissingen** over wie wel of niet gecontroleerd wordt moeten zelf gemaakt worden. Voor een toezichthouder moet een uitdrukkelijke aanwijzing plaatsvinden.

Normering toezichtsbevoegdheden

Toezichtsbevoegdheden kunnen best ingrijpende bevoegdheden zijn. Je moet hier het **evenredigheidsbeginsel** in acht nemen (artikel 5:13). Bij verschillende bevoegdheden moet je de minst bezwarende gebruiken. Als je kunt volstaan met het vragen van inlichtingen dan mag je geen doorzoeking doen. En binnen je bevoegdheid moet je ook weer op de evenredigheid letten, je mag niet meer doen of meer indringend zijn dan nodig is. Hier toetst de rechter terughoudend.

Je kunt niet iedereen controleren, dus daarvoor hebben we profilering. Waar zitten de risicogroepen. Je mag je natuurlijk niet schuldig maken aan discriminatie. Je hebt **objectieve criteria** nodig, en als het is gericht op mensen van een bepaalde nationaliteit dan moet je hoe meer je selecteert, ook meer argumenten geven. Dan moet je nader motiveren. Als er sterke aanwijzingen zijn dan kan dat objectief te rechtvaardigen zijn, ook naar maatstaven van evenredigheid, maar zonder de motivering mag je niet zomaar voor de zwaarste bevoegdheid kiezen. Ook dit brengt artikel 5:13 met zich mee.

Het bestuur gaat soms vrij ver met het uitoefenen van toezichtsbevoegdheden. Zomaar camera's plaatsen kan niet. Het gaat dan, en ook bij stelselmatige observatie om bijzondere opsporingsbevoegdheden. Als het ter ver gaat faalt het op **legaliteit**, bij een bijzondere ingrijpende methode heb je een specifieke wettelijke grondslag nodig. Een voldoende duidelijke en voorzienbare met waarborgen omklede wettelijke grondslag (zoals toestemming van de OvJ, maar dat ontbreekt in het bestuursrecht).

Huisbezoek

Er is toestemming nodig via informed consent. Hij moet de volledige en juiste informatie hebben over het doel van het onderzoek. Als er consequenties zijn moet dat worden vermeld, en zo niet ook dan moet dat worden vermeld. Als de aanleiding een anonieme tip is bijvoorbeeld, daar mag je geen sanctie op baseren.

Herstelsancties

Je hebt de **last onder dwangsom** en **last onder bestuursdwang**. Bestuursdwang is dat ze zeggen wilt u stoppen met deze overtreding en zo niet dan doen wij dat op uw kosten. Je moet dus eerst vragen of ze zelf ermee willen stoppen, en zo niet dan krijgt het bestuursorgaan het recht om zelf op te treden. Bij dwangsom geldt hetzelfde maar verbeurt iemand een dwangsom als het niet wordt opgevolgd. Bij bestuursdwang weet je zeker dat de overtreding stopt. Bij een dwangsom moet je dat altijd nog maar afwachten. Besturen hebben toch liever dwangsommen, want als je iets sloopt en het blijkt onrechtmatig te zijn dan heb je een groot probleem. Je mag deze sancties niet tegelijk opleggen, maar wel om de beurt.

Je mag een rechthebbende bestuursdwang opleggen, maar als dat niet de overtreder is kan je de kosten niet op hem verhalen. Een last onder dwangsom mag alleen de overtreder krijgen. Kosten kan je alleen verhalen op de overtreder. Als de overtreder geen macht meer heeft helpt een last onder dwangsom voor hem dus niks.

Van spoedeisende bestuursdwang is sprake als er geen tijd meer is om een last uit te brengen. Bijvoorbeeld wegens acuut gevaar voor bodemverontreiniging door het dumpen van drugsafval. In het besluit moet blijk worden gegeven van het vaste voornemen om bij verdere overtreding op te treden dan wel om een dwangsom te laten verbeuren. Het moet **stellig** zijn, en **onvoorwaardelijk**. Preventieve sancties zijn mogelijk, maar dan moet je de overtreden wel heel erg zien aan komen, het kan bijna niet anders. Je kunt het incasseren van een dwangsom vorderen, en dan kan je dus niet meer zomaar overgaan op gedogen.

Gedogen

Er moet sprake zijn van een overtreding. Je kunt bijvoorbeeld een overtreding zien maar toch geen sanctie opleggen, of wel een sanctie opleggen maar niet handhaven. Je kunt **passief** of **actief gedogen**. Gedogen begint met de wetenschap van overtreding. Als je er weet van hebt en je doet niks dan is dat passief gedogen. Als je een brief stuurt met de constatering van overtreding maar je staat die overtreding

toch toe, dan ga je actief gedogen. Dat kan bijvoorbeeld als handhaving heel veel gedoe of onrust zou opleveren. Bijvoorbeeld bij het illegaal permanent wonen in een vakantiewoning.

Beginselplicht

Deze plicht geldt alleen voor herstelsancties. Slechts onder bijzondere omstandigheden hoef je niet handhavend op te treden als dat optreden onevenredig is, of als er concreet uitzicht is op legalisatie. Als mensen vragen om handhavend optreden dan zal je in beginsel die aanvraag moeten honoreren. Behalve in die twee genoemde uitzonderingen dus. Concreet zicht op legalisatie is er niet als het bestemmingsplan iets niet toelaat. Of een wijziging gaat lukken heb je geen zicht op, tenzij die als in een heel gevorderd stadium is. De beginselplicht geldt niet in onzin situaties, zoals een bord van 2 mm te lang.

Beginselen

Het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel voor gedogen werkt vaak niet. Je kunt als bestuur nou eenmaal niet alles aanpakken. Maar er mag geen **willekeur** zijn. De verantwoording van een bestuursorgaan kan het handhavingsbeleid zijn. Bijvoorbeeld een prioriteringsbesluit waardoor ze alleen de ergste overtredingen aanpakken. Of je kunt selectief zijn, en beginnen met de binnenstad of een bepaalde wijk. Dat mag gewoon. Je moet dat beleid dan wel hebben, anders zou een beroep op het gelijkheidsbeginsel toch kunnen slagen.

HC 12, 10-10-2018, Bestuursrecht

Bestraffende sancties

Deze staan gedefinieerd in artikel 5:2 lid 1 sub c. Bestraffende sancties willen leed toevoegen. Hier speelt de Pikmeer-problematiek niet. Als iets bij het OM niet deugt dan kan er gewoon een bestuurlijke boete volgen. Strafrechtelijke dogmatiek moet je ook toepassen op bestuurlijke sancties. Een intrekking van een begunstigende beslissing kan lijken op een sanctie (als de intrekking langer duurt dan nodig) maar dat zou een wettelijke grondslag moeten hebben. Een alcoholslotprogramma is een herstelmaatregel dus zou naast een strafrechtelijke veroordeling kunnen, maar je moet de kosten zelf betalen en omdat het niet genuanceerd genoeg was, was er strijd met het **evenredigheidsbeginsel**.

Naming and shaming

Naming and shaming gebeurt steeds meer. Bepaalde autoriteiten moeten verplicht besluiten openbaar maken. Dit is verplichte shaming. Dit speelt bijvoorbeeld bij consumentenrecht. In beginsel is openbaarmaking verplicht, ook bij de wet op financieel toezicht. Voor alle onherroepelijke sancties geldt daar een publicatieplicht.

Bestuurlijke boetes

Er zijn heel veel soorten bestuurlijke boetes, het is een hele gangbare manier van 'straffen'. De belangrijkste reden voor bestuurlijke boetes was een **handhavingstekort**. Het OM kwam er niet aan toe of had er geen zin in, en dus was er vraag naar een sanctie in het bestuursrecht. Het is ook decriminaliserend, omdat je niet voor de strafrechter hoeft te komen. Als geen bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn, en het gaat om lichte overtredingen die makkelijk zijn vast te stellen, en ethisch gezien zijn er geen grote dingen, en er is een gesloten rechtsbetrekking tussen burger en overheid; in die gevallen is het bestuursrecht geschikt. Met die gesloten rechtsbetrekking wordt bedoeld dat er al een band is. Bijvoorbeeld bij belastingaangifte, ze hebben al informatie over jou. En hetzelfde geldt bij sociale zekerheid.

Jurisprudentie

De Raad van State heeft gezegd dat omdat in het bestuursrecht soms zelfs hogere boetes worden opgelegd dan in het strafrecht, bij ingrijpende zaken, en omdat open en gesloten betrekkingen vaak door elkaar lopen, veel argumenten voor de bestuurlijke boete achterhaald zijn. Er is nu ook een **bestuurlijke strafbeschikking**, en daarbij is de bestuursrechter dus niet meer afhankelijk van het OM. Een bestuursorgaan kan zelf die strafbeschikking uitvaardigen.

Bestuursrecht en strafrecht

Er is een verschil in procedures in het straf- en bestuursrecht. Als je na een bestuurlijke boete in beroep komt, dan kan je geen hogere boete krijgen. Bij het strafrecht kan dat wel. Een ander verschil zit in de bewijsvoering, beroepstermijn of straftoemeting, maar natuurlijk ook de justitiële documentatie (het strafblad). Een bestuurlijke boete is een besluit, dat wordt getoetst. De strafrechter toetst niet maar beslist op vordering van het OM. Het bestuurlijke boeterecht is in materieel opzicht strafrecht, maar in procedureel opzicht bestuursrecht. Dus moeten er **procedurele argumenten** zijn voor het gebruik van de bestuurlijke boete.

Soms wordt ook voor een bestuurlijke boete gekozen zodat je een extra hoge boete kan opnemen in een losse regeling. Dat gaat dan makkelijker dan het Wetboek van Strafrecht. Dit leidde ertoe dat soms mensen geadviseerd werd om een zwaardere overtreding te begaan omdat de boete lager zou uitkomen. Er moet natuurlijk wel een goede balans blijven tussen het bestuurs- en strafrecht. De CRvB maakte toen een onderscheid tussen opzet en schuld en verminderde verwijtbaarheid etc. Er is geen eenduidig criterium tussen wanneer je voor het bestuurs- en wanneer je voor het strafrecht kiest. Daar is het te ingewikkeld voor.

Bestraffend karakter

Of iets bestraffend is dat hangt af van de aard van de norm, de kring van mensen tot wie de norm zich richt, het doel, de aard en de ernst van de sanctie en of handhaving naar nationaal recht strafrechtelijk is. Als iets een ‘**criminal charge**’ is dan zijn extra waarborgen van toepassing. Zoals proportionaliteit, redelijke termijn, verdedigingsrechten, solide wettelijke basis, zwijgrecht en cautieplicht, ne bis in idem, una via en de onschuldpresumptie. Het maakt niet uit of je dan in het strafrecht of bestuursrecht zit, een criminal charge is een criminal charge. Soms gelden niet alle extra waarborgen voor 100%, dat hoeft dan niet direct te leiden tot onrechtmatigheid. Er is sprake van een criminal charge als je verwacht dat een bestraffende sanctie zal worden opgelegd. In de praktijk kan je dit alleen achteraf goed vaststellen.

Zwijgrecht

Het gaat er met betrekking tot het zwijgrecht om dat degene die wordt verhoord niet verplicht is een verklaring af te leggen. Dit staat ook in artikel 5:10a Awb. Als de overtreding al geconstateerd is dan heeft het zwijgrecht weinig zin.

Sfeerovergang

Je hebt een inlichtingenplicht bij uitkeringen. Aangiftes moet je naar waarheid invullen. Moet er dan ook een cautie worden gegeven? De informatieverplichting blijft van kracht, maar als je een bestraffende sanctie ziet aankomen moet je een cautie geven en heeft betrokkene **zwijgrecht**. Heb je geen **cautie** gekregen dan kan je informatie niet worden gebruikt voor het opleggen van een sanctie.

Bewijsrecht

Formele rechtskracht komt aan de rechtsgevolgen toe, niet alleen aan de feitenvaststelling. In het geval van een bestuurlijke boete moet het bestuursorgaan zelf de overtreding aantonen. In het geval van een herziening moet het bestuursorgaan de overtreding aannemelijk maken. Het gaat om aparte besluiten met een eigen bewijsmaatstaf. De bestuursrechter mag geen twijfel zaaien over juistheid van feitenvaststelling door de strafrechter.

Verkrijgen bewijsmateriaal

Onder druk en niet onafhankelijk van de wil van betrokkene verkregen bewijsmateriaal moet buiten beschouwing blijven. Hier speelt het **nemo-tenetur** beginsel een rol. Als bewijs onrechtmatig is verkregen dan is bewijsuitsluiting afhankelijk van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De **verwijtbaarheid** wordt aangenomen met het feit dat iemand iets heeft gedaan, dat iemand een bepaalde overtreding heeft begaan. Het is dan wel mogelijk voor de betrokkene om te (proberen te) bewijzen dat een feit hem niet verwijtbaar is. Dan doet hij beroep op het avas-verweer (afwezigheid van alle schuld).

Boetes

Boetes kunnen wel of niet **wettelijk gefixeerd** zijn. Wanneer een boete wettelijk gefixeerd is betekent dat dat het bedrag volledig is bepaald in een wettelijk voorschrift. Daar staat het boetebedrag dus al vast. Wanneer een boete niet wettelijk gefixeerd is spreken we ook wel van een **vrije boete**. In dit geval is niet het precieze bedrag van de boete bepaald. Zie artikel 5:46 Awb. Bij het bepalen van de hoogte van de boete is ook de draagkracht van betrokkene van belang.