

## Collegaantekeningen bestuursrecht 2 week 6

### HC 11, 9-10-2017, toezicht, herstelsancties

#### **Overtreding:**

In het bestuursrecht is het begrip 'overtreding' iets anders dan in het strafrecht. Volgens art. 5:1 Awb is een overtreding een gedraging die in strijd is met het bij of krachtens wettelijk voorschrift bepaalde. Met 'bij' wordt een wettelijk voorschrift bedoeld, 'krachtens' gaat bijvoorbeeld over vergunningen.

#### - *Vage normen*

Als er sprake is van een vage norm is het *lex certa-beginsel* belangrijk. Het voorschrift moet voldoende duidelijk zijn om het gedrag daarop af te stemmen.

Of er sprake is van een overtreding wordt door de rechter vol getoetst. Het EHRM eist namelijk een indringende toetsing als het gaat om feitenvaststelling. Alleen bij bijzondere omstandigheden volstaat een marginale toetsing. Dat is bijvoorbeeld het geval als het gaat om een complexe kwalificatie waarvoor meer deskundigheid vereist is.

Er kan een onderzoeks- en informeerplicht gelden voor de overtreder, maar alleen als de norm gericht is op professionals.

#### - *Overtreder*

De overtreder is degene die de overtreding pleegt. Die persoon vervult zelf alle bestanddelen.

*Medeplegen* is in het bestuursrecht ook mogelijk. Daarvoor gelden de strafrechtelijke criteria voor medeplegen: er moet sprake zijn van een bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.

*Functioneel daderschap* is ook mogelijk indien de dader beschikkingsmacht had over de gedraging en hij die gedraging heeft aanvaard of placht te aanvaarden.

*Rechtspersonen en feitelijke leidinggevendenden of opdrachtgevers* kunnen ook overtreder zijn. Art. 51 Sr is hier ook in het bestuursrecht van toepassing.

#### **Toezicht:**

Bestuursorganen kunnen door toezicht te houden informatie verzamelen over overtredingen. Dit toezicht wordt getoetst aan toepasselijke normen. Dat kunnen juridische normen zijn, behoorlijkheidsnormen van de overheid of privaatrechtelijke veldnormen.

Er zijn verschillende vormen van toezicht:

- *Interbestuurlijk toezicht*: toezicht op bestuursorganen. Dit is geregeld in titel 10.2 Awb.
- *Extern*: toezicht door regulators, bijvoorbeeld door ACM (autoriteit consument en markt).
- *Intern*: toezicht van het ene orgaan binnen een organisatie van het andere orgaan.
- *Nalevingstoezicht*: toezicht op naleving van de wet. Dit is geregeld in titel 5.2 Awb.

#### - *Nalevingstoezicht*

Toezichthouders hebben op grond van titel 5.2 Awb een aantal toezichtbevoegdheden. Zo kunnen toezichthouders bijvoorbeeld inlichtingen vragen, identiteitsbewijzen inzien, monsters nemen en vervoersmiddelen onderzoeken. Deze bevoegdheden kunnen in bijzondere wetten worden aangevuld. Ten aanzien van deze bevoegdheden bestaat een *medewerkingsplicht* volgens art. 5:20 Awb.

Er geldt een zekere vrijheid met betrekking tot de controlebevoegdheden. Er gelden wel een aantal normen voor het uitoefenen van die bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld:

- *Evenredigheid*: de toezichthouder moet het minst ingrijpende middel kiezen. Ook moet de bevoegdheid zelf met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel worden uitgeoefend (art. 5:13 Awb).
- *Verbod van discriminatie*. Schending van een fundamenteel recht kan tot uitsluiting van bewijs leiden.

Toezichthouders kunnen een huisbezoek afleggen, maar alleen als de bewoner daarvoor toestemming geeft. Die toestemming moet gebaseerd zijn op juiste en volledige informatie (*informed consent*). De toezichthouder is verplicht om zich te legitimeren, om het doel van het bezoek te vermelden, om toestemming te vragen en om mededeling te doen van de eventuele gevolgen van niet meewerken. Als de bewoner geen toestemming heeft gegeven voor het betreden van het huis en de toezichthouder betreedt toch het huis, dan is er sprake van schending van het huisrecht.

Bewijs dat is verkregen door onrechtmatige toepassing van toezichtbevoegdheden mag op zichzelf niet gebruikt worden. Op basis van die waarnemingen kan de toezichthouder echter wel nader onderzoek doen, behoudens enkele uitzonderingen.

Als het bestuursorgaan niet alles kan controleren en handhaven, kan er *handhavingsbeleid* worden vastgesteld. Op grond van redelijke, objectieve en bekendgemaakte criteria worden er dan prioriteiten gesteld.

### **Herstelsancties:**

Herstelsancties zijn geregeld in titel 5.3 Awb. Herstelsancties zijn bijvoorbeeld een last onder dwangsom, last onder bestuursdwang of het intrekken van een begunstigend besluit. Kenmerkend voor herstelsancties is dat ze gericht zijn op herstel.

#### *- Last onder bestuursdwang*

De last onder bestuursdwang is geregeld in art. 5:21 e.v. Awb. Als er niet binnen de termijn aan de last voldaan wordt, heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om zelf door feitelijk handelen de last uit te voeren. Een last onder bestuursdwang mag worden opgelegd aan een overtreder. Die overtreder hoeft het niet in zijn macht te hebben om de overtreding te beëindigen. Het bestuursorgaan mag de kosten verhalen op de overtreder (niet op andere belanghebbenden).

Dit levert voor het bestuursorgaan meer risico's op dan bij het opleggen van een dwangsom. Als het besluit later onrechtmatig blijkt, is er vaak veel schade die vergoed moet worden.

#### *- Last onder dwangsom*

Als de last niet op tijd wordt uitgevoerd, verbeurt de overtreder een dwangsom. De last onder dwangsom mag niet worden opgelegd als de overtreder het niet in zijn macht heeft om de overtreding te herstellen. Dan zou de dwangsom neerkomen op een boete.

#### *- Het herstelbesluit*

Het bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van een bepaalde regeling kan een herstelsanctie opleggen. In beginsel kan het bestuursorgaan dan kiezen tussen een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom, maar daar moet wel een wettelijke grondslag voor bestaan.

Volgens art. 5:6 Awb kan het bestuursorgaan niet twee herstelsancties tegelijk opleggen. Achter elkaar kan wel.

Uit het herstelbesluit moet blijken dat het bestuursorgaan het voornemen heeft om ook daadwerkelijk de dwangsom te innen of de bestuursdwang uit te voeren. Het mag geen voorwaardelijk besluit zijn.

In het besluit moet staan:

- Wat de overtreding is (art. 5:9 Awb).
- Welk bewijs het bestuursorgaan heeft.
- Welke herstelmaatregel genomen wordt. Let op art. 32a Awb.
- Begunstigingstermijn: er moet een redelijke termijn gesteld worden om aan de last te voldoen. Die termijn mag worden verlengd, maar niet voor onbepaalde tijd. Bij spoed kan er meteen een besluit worden genomen zonder voorafgaande last (art. 5:24 Awb).
- In het geval van een dwangsom moet de hoogte daarvan vastgesteld zijn. De dwangsom kan eenmalig of per tijdseenheid worden vastgesteld. Het maximumbedrag moet ook worden aangegeven.

Er kan soms ook een *partiële herstelsanctie* worden opgelegd. Dit kan echter slechts in uitzonderingsgevallen, omdat het neerkomt op gedeeltelijk gedogen. Gedogen is niet altijd toegestaan.

- *Preventieve herstelsancties*

In beginsel is het niet mogelijk om een preventieve herstelsanctie op te leggen, tenzij het vaststaat dat er een overtreding gepleegd zal worden (art. 5:7 Awb). Daar moeten dan zeer sterke aanwijzingen voor zijn.

Een preventieve herstelsanctie is ook mogelijk om herhaling te voorkomen als er eerder al een overtreding heeft plaatsgevonden (art. 5:2 lid 1 Awb).

- *Derden*

Derden kunnen het bestuursorgaan verzoeken om bestuursdwang toe te passen op grond van art. 5:31a Awb. Er is dan sprake van een *effectueringsbeschikking*. Met een *invorderingsbeschikking* kunnen derden verzoeken om de dwangsom te incasseren (art. 5:37 Awb). Een weigering op deze verzoeken is aan te merken als besluit.

**Gedogen:**

Gedogen houdt in dat het bestuursorgaan afziet van handhaving. Het bestuursorgaan moet dan wel op de hoogte zijn van de overtreding. Er moet dan wel serieus gecontroleerd worden, anders impliceert het controlegebrek dat er sprake is van gedogen.

Er zijn drie vormen van gedogen: niet controleren, geen sanctie opleggen of wel een sanctie opleggen, maar deze niet uitvoeren.

Op grond van de *beginselplicht* moet het bestuursorgaan in de regel ook handhaven, vooral als belanghebbenden daarom vragen. Slechts in bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan van handhaving afzien:

- Als er concreet zicht is op legalisatie (bijvoorbeeld dat er binnenkort een vergunning komt), of:
- Als handhaving zo onevenredig zou zijn dat ervan moet worden afgezien.

Een gedoogverklaring is een besluit waartegen rechtsbescherming voor derden mogelijk is. Het intrekken of weigeren van een gedogen is geen besluit. Er is dan geen noodzaak voor rechtsbescherming. Er kan namelijk wel geprocedeerd worden tegen het handhavingsbesluit.

## HC 12, 11-10-2017, bestraffende sancties

### Bestraffende sancties

Volgens art. 5:2 lid 1 sub c Awb zijn bestraffende sancties bedoeld om leed toe te voegen aan de overtreder. Bestraffende sancties zijn bijvoorbeeld de bestuurlijke boete, intrekken van een begunstigend besluit, het alcoholslotprogramma of openbaarmaking van sancties. Bij intrekking van een begunstigend besluit gaat het in geval van een blijvende intrekking meestal om een herstelsanctie. Bij een tijdelijke intrekking is het in de regel een bestraffende sanctie.

### Criminal charge

In het arrest *Engel e.a./Nederland* zijn een aantal criteria gesteld om vast te stellen of er sprake is van een criminal charge.

- De aard van de overtreden norm.
- De kring van de personen tot wie die norm gericht is.
- De aard, ernst en het doel van de sanctie.
- Is handhaving strafrechtelijk naar nationaal recht?

Als er sprake is van een criminal charge, gelden er een aantal waarborgen:

- Onschuldpresumptie en verdedigingsrechten (art. 6 EVRM, 5:41 Awb).
- Redelijke termijn (art. 6 EVRM, 5:51 Awb).
- Legaliteitsbeginsel (art. 7 lid 1 EVRM, 5:3 en 4 Awb).
- Zwijgrecht en cautieplicht (art. 6 EVRM, 5:10a Awb).
- Ne bis in idem (art. 5:53).
- Una via beginsel (art. 5:44 Awb).
- De rechter toetst indringend, niet marginaal.

Volgens het *Jussila-arrest* is het niet zo dat bij een criminal charge deze waarborgen altijd op een gelijke manier van toepassing zijn. Er wordt onderscheid gemaakt tussen hardcore strafrecht en omringend strafrecht (lichtere feiten).

### Bestuurlijke boete

Een bestuurlijke boete heeft voor het bestuursrecht zin omdat het bestuursorgaan daarmee overtredingen binnen de eigen bevoegdheden kan handhaven. Ook heeft het bestuursorgaan soms meer deskundigheid over de overtredingen dan de strafrechter. Bovendien komt een bestuurlijke boete niet op het strafblad van de overtreder.

#### - Wanneer bestuursrecht of strafrecht?

Als criterium gold dat er bij lichte, eenvoudig vast te stellen overtredingen met een laag moreel gehalte een bestuurlijke boete werd opgelegd. In een advies heeft de Raad van State geoordeeld dat de boetes in het bestuursrecht soms hoger zijn dan in het strafrecht. Het criterium van de aard en ernst van de overtreding was volgens de RvS niet zo relevant. Ook het moreel gehalte was niet altijd onderscheidend.

In art. 257ba Sr is de *bestuurlijke strafbeschikking* geregeld. Daardoor is het hierboven genoemde onderscheid niet meer zo relevant.

Verschillen tussen het strafrecht en bestuursrecht:

- Andere procedure tegen een bestuurlijke boete en een strafbeschikking (bezwaar tegenover verzet).
- In het strafrecht geldt geen griffierecht.
- In het strafrecht wordt geschorst als er een rechtsmiddel wordt ingesteld.
- De strafmaat verschilt.
- De bestuursrechter toetst besluiten, de strafrechter beslist aan de hand van een dagvaarding. De taak en aanpak van de rechter is verschillend.

- *Procedure*

Volgens art. 5:48 Awb maakt de toezichthouder een rapport of proces-verbaal op van de overtreding. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete gelden de beginselen *ne bis in idem* (art. 5:43 Awb) en *una via* (art. 5:44 Awb). Vanaf een boete van 340 euro is er een verzwaarde procedure. De overtreder krijgt dan de gelegenheid om een zienswijze in te dienen.

*Ne bis in idem* en *una via* houden in dat er voor dezelfde gedraging geen dubbele straf kan worden opgelegd. Als er in het strafrecht al vervolging plaatsvindt, kan er geen bestuurlijke boete meer worden opgelegd. Het moet dan gaan om een gelijksoortig verwijt en dezelfde gedraging. Het is wel mogelijk om een herstelsanctie in combinatie met een bestraffende sanctie op te leggen.

- *Zwijgrecht en cautie*

In beginsel geldt er een medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb. Bewijs dat verkregen is door die medewerkingsplicht mag niet gebruikt worden voor het opleggen van een bestuurlijke boete.

Als er *verdenking* bestaat van een overtreding en er wordt overwogen een bestuurlijke boete op te leggen, moet de cautie worden gegeven aan de overtreder (art. 5:10a Awb). Als de cautie niet of te laat wordt gegeven, mag de verkregen informatie niet als bewijs worden gebruikt voor het opleggen van een bestraffende sanctie. Een herstelsanctie is wel mogelijk.

- *Bewijs*

Uit de rechtspraak blijkt dat het bestuursorgaan de overtreding bij een bestraffende sanctie moet aantonen. Bij een herstelsanctie hoeft de overtreding slechts aannemelijk te worden gemaakt. Er kan soms sprake zijn van een wettelijk bewijsvermoeden, bijvoorbeeld over de duur van de overtreding. Het moet in dat geval wel mogelijk zijn om tegenbewijs te leveren. Bovendien werkt dat vermoeden nooit langer dan 1 jaar terug.

Bij het opleggen van een bestuurlijke boete geldt dat het bestuursorgaan mag afgaan op het rapport. Als dat gemotiveerd betwist wordt, heeft het bestuursorgaan een vergewisplicht. Een anonieme tip kan de basis vormen voor verder onderzoek, maar het geldt op zichzelf niet als voldoende bewijs. *Nemo tenetur*: bewijs dat onder druk is verkregen, mag niet gebruikt worden.

Bewijs kan *onrechtmatig* zijn doordat het in strijd is met het bestuursrecht of met het strafrecht.