

Hoorcollege bestuursrecht 2: Inleiding: toezicht en herstelsancties.

Drie voorbeelden:

- Nma - Bierkartel: mogelijke overtreding mededingingswet.
- Burgemeester Tilburg -evenement zonder vergunning
- Fosforfabriek Thermphos Vlissingen - Dioxine-uitstoot i.s.m. milieuvergunning.

Handhaving geschiedt door bestuursorganen.

Wetgeving

Hoofdstuk 5 Awb – Toezicht en herstelsancties

5:1 – 5:10a algemene bepaling

5:11 – 5:20 toezicht

5:21 – 5:39 herstelsancties

5:40 – 5:54 bestraffende sancties.

Vierde tranche Awb H 5 – Algemene bepalingen, nieuwe bepalingen herstelsancties, bestuurlijke boete.

Handhavingsinstrumenten op grond van drie rechtsgebieden

- Strafrecht. Het OM vervolgt omdat er een strafbaar feit is gepleegd.
- Privaatrecht. Tweewegenleer staat vaak in de weg, omdat er een andere rechtsgang met voldoende waarborg bestaat, oftewel het publiekrecht staat tot beschikking.
- Bestuursrecht.

Toeziht

TOEZICHT IS GÉÉN OPSPORING < > Bestuurlijk controleonderzoek. Toezicht is controle op de naleving van bij of krachtens wet gestelde regels. Opsporing is strafrechtelijke begrip. Toezicht is ongeacht er een vermoeden is van een overtreding, dit vermoeden is voor opsporing wel vereist.

Art. 5:11 – toezichthouders worden bij of krachtens wettelijke voorschrift aangesteld.

Art. 5:15 t/m 5:19 – soms aanvulling of beperking toezichtbevoegdheden in bijzondere wetten.

Art. 5:15 Awb

Art. 5: 15 bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder de toestemming van de bewoner. Binnentreden in woning zonder toestemming bewoner uitsluitend mogelijk op grond van bijzondere wet in formele zin (art. 12 Gw en art. 8 lid 2 EVRM). De procedure voor het binnentreden is in de Algemene wet op het binnentreden geregeld.

Normering toezicht

Art 5:20 – medewerkingplicht. Eenieder is verplicht aan het toezichtonderzoek zijn medewerking te verlenen. Er bestaat geen recht om te zwijgen. Voorbeeld: als de toezichthouder vraagt om de administratie van de bierfabriek, dan moet deze worden afgestaan. Stel dat de bierfabriek weigert om mee te werken? Wat staat de toezichthouder tot beschikking? Eerst zou men kunnen denken aan 184 Sr: geen gehoor geven aan ambtelijk bevel. Men zou ook kunnen denken aan dat aan het weigeren van medewerking kan worden opgetreden door het opleggen van een dwangsom. Laatste weg is de civiele rechter, zeggende dat de betrokkene onrechtmatig tegen het bestuursorgaan handelt door de stukken niet af te geven aan het bestuursorgaan. Zou je de vergunning kunnen intrekken? Dat zou uitsluitend kunnen als deze sanctie in de wet staat op het niet afgeven van de stukken.

Art. 5:13 – evenredigheidsbeginsel. De bevoegdheden zijn ruim, maar niet onbeperkt. Specifieke toepassing evenredigheidsbeginsel. De bevoegdheden moeten in redelijkheid worden uitgeoefend. Voorkomen dat er misbruik van de bevoegdheid ontstaat. Stel: De burger vindt dat er sprake is van disproportioneel onderzoek. Wat zou hij dan kunnen doen? Als belanghebbende kan de burger in beroep gaan tegen een beslissing van de overheid als het een besluit is. Is zo'n toezichthandeling een besluit? Meestal niet, want het gaat om een feitelijke handeling. Als het onderzoek leidt tot het opleggen van een sanctie, kan men wel in beroep gaan, want dit is een besluit. Ook staat een onrechtmatige overheidsdaad tot de beschikking.

De belangrijkste sancties

- Bestuursdwang
- Dwangsom
- Bestuurlijke boete

Aard van de sancties

Herstelsanctie strekt tot het ongedaan maken of het beëindigen van de overtreding . Art. 5:2 lid 2 Awb. Er zijn twee soorten herstelsancties, namelijk bestuursdwang (5:21) en dwangsom (5:31d Awb). Bestraffende sanctie beoogt de overtreder leed toe te voegen (vergelding). Art. 5:2 Awb. Een bestraffende sanctie is bijvoorbeeld de bestuurlijke boete.

Last onder bestuursdwang

Last onder bestuursdwang (5:21) =

- > 1) herstelsanctie inhoudend de last tot het (..) herstel overtreding;
 - > 2) bevoegdheid van het bestuursorgaan de last door feitelijke handelingen ten uitvoer te leggen.
- Voorbeeld: er is gebouwd zonder bouwvergunning. Bestuursorgaan zal eerst brief schrijven dat bedrijf het ongedaan moet maken, als hij dat niet doet, zal de overheid het zelf doen op de kosten van het bedrijf.

Last onder dwangsom

> Last onder dwangsom (5:31d) =

- > 1) herstelsanctie inhoudend de last tot (..) herstel van de overtreding
- > 2) de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Beëindiging van de overtreding of voorkom overtreding, doet hij dat niet, dan verbeurt hij een dwangsom. Bijvoorbeeld: per dag dat het niet wordt gedaan, dwangsom van 5000 euro. Dit is een mooie sanctie om herhaling te voorkomen.

Voorwaarden toepassing herstelsancties

Er zijn twee voorwaarden:

- 1 Bevoegdheid tot toepassing herstelsancties moet zijn toegekend in een bijzondere wet. Legaliteit. Altijd als de vraag of het bestuursorgaan bevoegd is tot bestuursdwang, dan moet je in de bijzondere wet kijken.
- 2 Er moet sprake zijn van een overtreding van een bij of krachtens de wet gegeven voorschrift > Legaliteit/Nulla poena regel art. 5:4 Awb: De overtreding en de sanctie moeten vóór gedraging in wet zijn omschreven.

Preventieve handhaving

Art. 5:7 Awb > een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding daadwerkelijk dreigt. Er is dus nog geen overtreding gepleegd. Zodra overtreding plaatsvindt, zal een herstelsanctie worden opgelegd.

Enige algemene kenmerken

Bestuursdwang en dwangsom worden opgelegd bij besluit (1:3 Awb). Er kan ook een verzoek worden gedaan tot handhavend optreden. De reactie hierop is ook een besluit. Tegen de weigering om te handhaven, kan worden opgekomen.

Welk bestuursorgaan is bevoegd? Het bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van de betreffende bijzondere wet. Je zult dus de bijzondere wet moeten nagaan om te kijken, wie belast is met de uitvoering van deze wet.

Er is een vrije keuze tussen bestuursdwang en dwangsom (in beginsel). Als men bevoegd is tot bestuursdwang, dan is men ook altijd bevoegd tot een dwangsom. Dit is van rechtswege, want wie het meerdere mag, mag het mindere ook.

Anti-cumulatiebepaling > Art. 5:6. Wat niet mag, is het tegelijk opleggen van last onder dwangsom en last onder bestuursdwang. Dit is namelijk in strijd met de rechtszekerheid/evenredigheid.

Enige bijzondere kenmerken

Art. 5:9 – in het besluit moet een feitelijke omschrijving van de overtreding staan, vermelding van het overtreden wettelijk vs rechtszekerheid.

Art. 5:24 lid 1/5:32a – omschrijving herstelmaatregelen. Uit besluit moet blijken welke maatregelen getroffen moeten worden om de overtreding te beëindigen. Ter voorkoming bestuursdwang of dwangsom. Dit is vanwege de rechtszekerheid.

Art. 5:24 lid 2 /5:32a lid 2 – begunstigingstermijn. Bijvoorbeeld: u dient binnen zoveel tijd aan deze overtreding een einde te maken. Het is onevenredig om een te korte termijn te geven. Dus dit artikel ter bevordering van de evenredigheid. Uitzondering : bij nalaten of ‘ (super)spoed’ (5:31 lid 1 en lid 2).

Art. 5:32b – hoogte dwangsom en maximum. Evenredigheid. Hoogte dwangsom wordt gerelateerd aan ernst overtreding en doel van de regeling die de overtreding probeert te voorkomen.

Bestuursorgaan kiest zelf welk instrument passend is. Soms is er geen plaats voor de last onder dwangsom, namelijk als dit geen passende maatregel is, omdat de overtreding meteen fysiek beëindigd moet worden. Men kan er immers voor kiezen het bedrag te betalen, maar toch met de overtreding door te gaan. Dan moet er worden gekozen voor de last onder bestuursdwang.

Overtreding en overtreder

Art. 5:1 lid 1: overtreding is gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet.

Art. 5:1 lid 2: overtreder is degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Overtreder is degene tot wie de norm is gericht en het voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden. Wie is de normadressaat?

Twee voorbeelden

Apv bepaling 1 > 'Het is verboden een evenement te organiseren zonder vergunning van de burgemeester.' De normadressaat: eenieder, het is namelijk eenieder verboden om dit te doen.

Apv bepaling 2 > 'De exploitant van de inrichting dient zorg te dragen voor de aanwezigheid van portiers, veiligheidspootjes,'. De normadressaat: de exploitant.

Overtreder/macht en dwangsom

Last onder dwangsom kan alleen worden opgelegd aan de overtreder die het in zijn macht heeft de overtreding te beëindigen. Anders verwordt dwangsom tot boete.

Overtreder/macht en bestuursdwang

Last onder bestuursdwang moet worden opgelegd aan de overtreder. De overtreder hoeft het niet in zijn macht te hebben om de overtreding te beëindigen. Belanghebbenden maken zelf uit wie van hen zal beëindigen. En wordt overtreding niet beëindigd (om welke reden ook) > dan kan bestuursorgaan door effectuering bestuursdwang de overtreding beëindigen. De kosten hiervan worden op de overtreder verhaald.

Voorbeeld

Wettelijk voorschrift: 'Het is verboden verontreinigde grond te storten zonder vergunning.' Normadressaat is eenieder. A stort verontreinigde grond op perceel van B (B weet van niets). B verkoopt perceel aan C (C weet van niets). Bestuursorgaan wil tegen deze overtreding optreden. A is overtreder, maar heeft geen macht. B is geen overtreder en heeft geen macht. C is geen overtreder, maar heeft wel macht. Geen last onder dwangsom mogelijk, want geen van deze personen is overtreder en heeft de feitelijke macht tegelijk.

Wat is wél mogelijk? Last onder bestuursdwang aan A > Bekendmaking aan rechthebbenden op gebruik van de zaak (5:24 lid 3 Awb). Belanghebbenden kunnen overtreding ongedaan maken. Wellicht B of C. Zo niet, dan volgt executie bestuursdwang door bestuursorgaan. Het kostenverhaal komt op overtreder A terecht.

Toepassingsbeschikking - Invorderingsbeschikking

Er is een last onder bestuursdwang, maar er is niet aan de last voldaan door de burger. Art. 5:31a – Een derde kan verzoeken om toepassing (effectuering) van de reeds opgelegde last onder bestuursdwang. Weigering tot toepassing is een besluit (5:31a lid 3). Er is dus bezwaar/beroep mogelijk.

Art. 5:37 – Een derde kan verzoeken om incassering van verbeurde dwangsommen. Weigering hiervan is een beschikking, dus wederom is bezwaar/beroep mogelijk.

Gedogen

Gedogen is het afzien van handhaving (toezicht, oplegging van sancties, executie). Is het bestuursorgaan verplicht om handhavend op te treden bij een overtreding? Men kan denken, ja, wie een norm in de wet neerlegt, moet die norm handhaven. Toch is het zo, dat handhaving is genormeerd als een bevoegdheid. Het is dus geen verplichting. Er is dus beleidsvrijheid, dit wordt marginaal getoetst door de bestuursrechter. Men vond dat er een handhavingstekort ontstond. Toen is er een beginselplicht geformuleerd. Handhaven is een bevoegdheid op grond van de formulering van de meeste wettelijke handhavingsbepalingen.

Beginselplicht tot handhaving algemeen

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

Beginselplicht tot handhaving resumé: In de regel dient een bestuursorgaan handhavend op te treden tegen overtreding van wettelijke voorschriften, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.

De rest van het onderwerp wordt volgende week bij het hoorcollege behandeld.