

Postbus 30106
3001 DC Rotterdam

WTC Beursplein 37
3011 AA Rotterdam

T +31 (0)10 7410650
F +31 (0)10 3100223

vanardenne-crinceleroy.nl

van Ardenne & Crince le Roy
ADVOCATEN

Raad van State

t.a.v. de Afdeling bestuursrechtspraak

Postbus 20019

2500 EA DEN HAAG

Rotterdam, 20 oktober 2017

Inzake: amicus curiae conclusie bestuurlijke waarschuwing

Geachte heer/mevrouw,

Op 9 augustus 2016 heeft de rechtbank Gelderland uitspraak gedaan in de zaak tussen een bedrijf en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: “**de Minister**”) in het kader van de Arbeidsomstandighedenwet (hierna: “**Arbowet**”). In deze zaak heeft de Minister het bedrijf een schriftelijke waarschuwing als bedoeld in artikel 28a, eerste lid, van deze wet gegeven vanwege een overtreding van een voorschrift in het Arbeidsomstandighedenbesluit. Het hiertegen gemaakte bezwaar is door de Minister niet-ontvankelijk verklaard, omdat deze schriftelijke waarschuwing geen besluit zou zijn in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: “**Awb**”). In beroep heeft de rechtbank dit standpunt van de Minister onderschreven en geoordeeld dat geen sprake was van een besluit. Tegen deze uitspraak is door het bedrijf hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: “**de Afdeling**”). In het kader van deze procedure is een conclusie gevraagd aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven met de mogelijkheid voor een ieder die niet bij deze zaak betrokken is ook te reageren. Ten behoeve hiervan hebben wij onze bevindingen uiteengezet.

Opbouw

De hoofdvraag die voorligt is: “Moet een schriftelijke waarschuwing worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb?”. Wij zullen hiertoe eerst de huidige jurisprudentiële lijn bespreken, waarbij zal worden gekeken naar rechtspraak van de Afdeling, de Centrale Raad van Beroep (hierna: “**de Centrale Raad**”) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: “**het College**”). Vervolgens zal worden besproken welke behoefte de praktijk lijkt te hebben met betrekking tot het karakter van een schriftelijke waarschuwing. De factoren die relevant kunnen zijn bij het bepalen van het karakter van de waarschuwing zullen worden benoemd en onderbouwd. Voorts zal worden bekeken wat de mogelijke gevolgen zullen zijn van het aanmerken van een schriftelijke waarschuwing als besluit. Er zal worden afgesloten met een conclusie.

Huidige jurisprudentiële lijn

Zowel de Afdeling, de Centrale Raad als het College hebben uitspraken gedaan waarin de hiervoor gestelde hoofdvraag aan de orde was. Uit deze uitspraken volgt geen uniforme lijn. Soms wordt een waarschuwing aangemerkt als een besluit, meestal echter niet.

De Afdeling hanteert tot op dit moment als vaste lijn dat een schriftelijke waarschuwing niet kan worden gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. De Afdeling heeft herhaaldelijk overwogen dat een waarschuwing geen rechtsgevolg tot stand brengt en derhalve niet kan worden gezien als een rechtshandeling. Een waarschuwing brengt immers geen wijziging in de rechtspositie van de ontvanger teweeg (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2017:299). Hiermee is niet voldaan aan de wettelijke omschrijving van het begrip ‘besluit’. Een op een wettelijk voorschrift gebaseerde waarschuwing kan onder voorwaarden wel een besluit zijn. Ook dan dient echter te worden beoordeeld of het betrokken wettelijke voorschrift enig rechtsgevolg aan de waarschuwing verbindt (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2011:BU4598). De Afdeling haalt aan dat indien na de waarschuwing een bestuurlijke maatregel wordt opgelegd, de betrokkene kan procederen tegen deze maatregel. In het kader van deze procedure kan dan ook de waarschuwing worden behandeld en inhoudelijk ter discussie worden gesteld.

De Centrale Raad lijkt in algemene zin eenzelfde lijn als de Afdeling te volgen. Echter, de jurisprudentie van de Centrale Raad laat wel een uitzondering zien (ECLI:NL:CRVB:2009:BG9682). In deze uitspraak werd een schriftelijke waarschuwing gekwalificeerd als een publiekrechtelijke rechtshandeling en derhalve als een besluit. Volgens de in deze procedure centraal staande

gemeentelijke Maatregelenverordening Wet werk en bijstand kan eerst dan een maatregel worden opgelegd, indien daaraan een waarschuwing is voorafgegaan. De Centrale Raad achtte voor het aanmerken van deze waarschuwing als besluit doorslaggevend dat de waarschuwing “een essentieel en onlosmakelijk onderdeel van de gevolgen die de op artikel 8, eerste lid, onderdeel b, van de WWB gebaseerde Maatregelenverordening verbindt aan de hiervoor weergegeven gedraging” vormt.

Het College is net als de Afdeling van oordeel dat een schriftelijke waarschuwing wegens het ontbreken van rechtsgevolg niet kan worden aangemerkt als een besluit. In ECLI:NL:CBB:2016:175 werd aan dit oordeel ten grondslag gelegd dat in de brief waarin de waarschuwing werd gegeven voor appellante geen verplichtingen zijn neergelegd die niet al voortvloeien uit wettelijke voorschriften.

Behoeftte praktijk

Een belangrijke vraag is of de huidige jurisprudentiële lijn zoals die hierboven uiteen is gezet in voldoende mate aansluit bij de behoefte die in de praktijk bestaat.

Hoewel een waarschuwing (in de meeste gevallen) strikt gezien geen rechtsgevolgen teweegbrengt, bestaat er onzes inziens in de praktijk wel behoefte om te kunnen procederen tegen een waarschuwing. Dit om verschillende redenen. Een waarschuwing kan voor de ontvanger grote gevolgen hebben. Waarschuwingen worden immers vaak gebruikt als ‘opstapje’ naar het opleggen van een bestuurlijke maatregel. Deze opvolgende maatregel brengt vaak wel (grote) rechtsgevolgen alsook feitelijke gevolgen tot stand.

Het feit dat een waarschuwing pas in de procedure tegen een op de waarschuwing volgende maatregel ter discussie kan worden gesteld, is voor de betrokkene niet gunstig. Deze procedure waarin dan voor het eerst inhoudelijk het debat over de waarschuwing kan worden gevoerd vindt vaak pas geruime tijd nadat de waarschuwing is gegeven plaats. Het risico bestaat dan dat de bewijspositie van de betrokkene wegens het tijdsverloop is verslechterd. Hoe langer geleden de waarschuwing is ontvangen, hoe groter het risico dat de betrokkene in bewijsnood belandt.

Vanwege het bovenstaande is het wenselijk dat onder omstandigheden tegen een waarschuwing kan worden geprocedeerd. In sommige gevallen zou een schriftelijke waarschuwing derhalve moeten worden aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Hieronder zal een aantal factoren

worden geschetst aan de hand waarvan naar ons oordeel kan worden bepaald of een waarschuwing in een concreet geval een besluit is.

Relevante factoren

Allereerst is van belang of er een wettelijke bevoegdheid bestaat tot het geven van een waarschuwing. Met andere woorden: is de waarschuwing gebaseerd op een wettelijke grondslag? De uitwerking van deze grondslag kan worden neergelegd in beleid, maar de bevoegdheid tot het geven van de waarschuwing moet wel te herleiden zijn tot een wettelijke regeling. Een waarschuwing die een grondslag vindt in een wettelijke regeling heeft een ander karakter dan een waarschuwing die uitsluitend is gebaseerd op beleid. Dit gegeven zou derhalve een rol moeten spelen bij de beantwoording van de vraag of een waarschuwing in een bepaald geval moet worden aangemerkt als besluit.

Een tweede factor die in dit kader een rol moet spelen is de inhoud van de waarschuwing. Indien een waarschuwing wordt gekwalificeerd als besluit, moet reeds een overtreding hebben plaatsgevonden. Dit moet in de waarschuwing worden geconstateerd. Indien een waarschuwing wordt gegeven indien een overtreding dreigt en de waarschuwing slechts wordt gegeven ter mededeling daarvan, wordt de situatie anders. Er is dan sprake van een preventieve waarschuwing. Voor die gevallen is de huidige jurisprudentiële lijn passend en zou die toepassing moeten blijven vinden. Dergelijke waarschuwingen zouden in geen geval als besluit moeten worden aangemerkt.

Een derde factor die van belang is, is of de waarschuwing een onderdeel is van de 'handhavingmatrix'. In sommige gevallen geldt het geven van een waarschuwing als vereiste om vervolgens andere, zwaardere bestuurlijke maatregelen op te kunnen leggen. Bij een eerste overtreding wordt in dergelijke gevallen een waarschuwing gegeven. Indien een volgende overtreding wordt geconstateerd of de eerste overtreding wordt niet beëindigd, kan in die gevallen een andere maatregel worden opgelegd. Omdat een waarschuwing in deze gevallen aldus grote toekomstige gevolgen kan hebben, dient deze factor ook gewicht in de schaal te leggen bij de beoordeling of sprake is van een besluit. In dit verband kan ook worden gewezen op een uitspraak over de nihil-boete (ECLI:NL:CBB:2017:215), waarin een boete van € 0,- werd opgelegd in het kader van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen (hierna: "**Wva**"). De boete diende als waarschuwing dat bij recidive een zwaardere sanctie zou volgen. Overwogen werd dat ingevolge deze wet een voorafgaande waarschuwing niet is vereist voor de uitoefening van de bevoegdheid uit artikel 26 van de Wva, het opleggen van een bestuurlijke boete.

De nihil-boete werd derhalve niet aangemerkt als bestuurlijke boete in de zin van de Awb. Opgemerkt kan worden dat de nihil-boete in deze zaak naar onze mening niet werd geïnterpreteerd als waarschuwing, maar dat slechts werd aangegeven dat deze wel een waarschuwendende werking had.

Een vierde factor heeft betrekking op de gevolgen van een bepaalde waarschuwing voor derden. Indien een waarschuwing ook gevolgen teweegbrengt voor anderen dan de ontvanger, kan dat een reden zijn om te bepalen dat deze waarschuwing een besluit is. De reikwijdte van een dergelijke waarschuwing is immers groter dan die van een waarschuwing die slechts voor de ontvanger zelf gevolgen kan hebben. Mits de betreffende derden tevens als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt, dienen zij ook in rechte tegen de waarschuwing te kunnen opkomen. Als voorbeeld kan hierbij worden genoemd een waarschuwing voor een overtreding met betrekking tot loonbelasting. In een dergelijk geval zal een waarschuwing niet alleen voor een werkgever, maar ook voor de werknemers van belang zijn.

Tot slot moet worden gewezen op eventuele gevolgen in het kader van andere wetten. Een bepaalde handeling kan een overtreding van verschillende wetten opleveren. Indien voor een overtreding van de ene wet een waarschuwing wordt gegeven waarin wordt geconstateerd dat bepaald feitelijk handelen heeft plaatsgevonden, kan dit gevolgen hebben in het kader van andere wetten. Het is mogelijk dat voor de overtreding van een andere wet wordt gekozen voor handhaving middels een bestuurlijke boete (of een andere maatregel/sanctie). Het is niet wenselijk als de discussie over de waarschuwing in het kader van een andere wet moet worden gevoerd. In gevallen waarin op grond van meerdere wetten wordt gehandhaafd, verdient het aanbeveling de waarschuwing als besluit aan te merken, zodat deze binnen de kolom van de betreffende wet kan worden aangevochten. Indien als vervolgstap na de waarschuwing een bestuurlijke boete zou worden opgelegd, ontstaat bovendien een situatie waarin voor hetzelfde feitelijk handelen twee bestuurlijke boetes zijn opgelegd. Dan komt ook de ne bis in idem-problematiek aan de orde.

Gevolgen

Het aanmerken van een waarschuwing als besluit zal gevolgen hebben voor de rechtspraak. Waar thans in beginsel geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen een waarschuwing, zal dat wel kunnen indien een waarschuwing als besluit wordt aangemerkt. Dit zal een toename van het aantal ingediende bezwaar- en beroepschriften tot gevolg hebben. Vanwege het feit dat het indienen van bezwaar kan worden gezien als een 'veilige' manier van procederen (in verband met het verbod

van reformatio in peius en de relatief lage kosten), zal voornamelijk het aantal bezwaarschriften naar verwachting een toename laten zien.

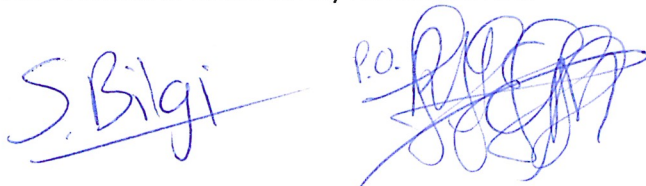
Om deze stroom enigszins te beperken is het van belang dat een waarschuwing niet per definitie wordt bestempeld als besluit, maar slechts onder omstandigheden. Het verdient daarom aanbeveling om, zoals hierboven geschetst, per individueel geval aan de hand van een aantal factoren te bepalen welke waarschuwing wel en welke niet moet worden gekwalificeerd als besluit.

Conclusie

Kort gezegd kan worden gesteld dat de praktijk er behoefte aan lijkt te hebben dat een waarschuwing onder omstandigheden wordt gekwalificeerd als besluit in de zin van de Awb. Of een waarschuwing in een concreet geval moet worden aangemerkt als besluit zou afhankelijk moeten zijn van een aantal factoren. In deze reactie is een aantal factoren geschetst waarop zou kunnen worden gelet bij de beoordeling: een al dan niet bestaande wettelijke grondslag, de inhoud van de waarschuwing, de vraag of de waarschuwing een vereiste is voor het opleggen van andere bestuurlijke maatregelen, eventuele gevolgen voor derden en eventuele gevolgen gelet op andere wetten.

Met vriendelijke groet,

van Ardenne & Crince le Roy Advocaten N.V.



Samantha Bilgi en Robert R. Crince le Roy

Advocaten