

Nr. 1 Van waarschuwingen en waarschuwingen

*Over het onderscheid tussen wel en niet op de wet gebaseerde
waarschuwingen*

Door A.M.L. Jansen¹

1. Inleiding

Een bestuurlijke sanctie komt doorgaans niet uit de lucht vallen. Normaliter gaan daar natuurlijk een of meer overtredingen aan vooraf. Geregeld gaat aan een bestuurlijke sanctie ook een waarschuwing van wege het bevoegde bestuursorgaan vooraf. We weten inmiddels dat een dergelijke waarschuwing onder omstandigheden als een besluit wordt gekwalificeerd. Tot 2 mei 2018 verschilden de opvattingen van de verschillende bestuursrechters. Vooral het onderscheid in de benadering van Centrale Raad van Beroep enerzijds en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State anderzijds sprong in het oog. De Afdeling bracht met haar uitspraak van 2 mei 2018 – volgend op een Conclusie van A-G Widdershoven² – meer eenheid tussen haar benadering en die van de Centrale Raad.³ Het betrof daarbij *op de wet gebaseerde* waarschuwingen. Volgens vaste rechtspraak van de Centrale Raad kunnen uit zulke waarschuwingen heel wel rechtsgevolgen voortvloeien. Dat is het geval als de waarschuwing een 'essentieel en onlosmakelijk onderdeel' is van het sanctieregime. Na de waarschuwing kan bij de volgende overtreding een sanctie volgen. De waarschuwing is daarom een Awb-besluit.⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak formuleert het in haar uitspraak van 2 mei 2018 aldus: de waarschuwing is een 'toepassingsvoorwaarde voor de uitoefening van de sanctiebevoegdheid'. Niet doorslaggevend voor de vraag naar de juridische status – besluit of niet – is of een bestuursorgaan bij de volgende overtreding nog eens alle belangen weegt en er mogelijk toch van afziet een sanctie op te leggen. De waarschuwing is een besluit. Mijn omschrijving was als volgt: de waarschuwing activeert de bevoegdheid van het bestuur om de volgende keer een echte sanctie op te leggen, zoals het moeten betalen van een boete. Ik herhaal dat deze rechtspraak ziet op situaties waarin is voldaan aan het vereiste van een wettelijke grondslag voor de waarschuwing. In een eerdere bijdrage in *TAR* schreef ik dat de Afdelingsuitspraak van 2 mei 2018 nog onbeantwoord laat of ook een *op beleid(sregels) gebaseerde waarschuwing* een besluit kan zijn.⁵ Het is in het bijzonder voor die verschijningsvorm van de waarschuwing dat ik aandacht vraag in deze bijdrage, mede naar aanleiding van recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁶

1 Mr. dr. Sander Jansen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht en voorzitter van de redactie van dit tijdschrift.

2 ECLI:NL:RVS:2018:249.

3 ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449, AB 2018/224, m.nt. Ortlep. Overigens wordt op ABRvS 2 mei 2018 te pas en te onpas een beroep gedaan. Te onpas bijvoorbeeld in ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:191: de mededeling van de Commissie Schadefonds Geweldsmisdrijven (CSG) dat geen toezegging wordt gedaan om ook na datum X alle toekomstige medische kosten te vergoeden, is geen besluit. De mededeling van de CSG is niet op rechtsgevolg gericht. Door de mededeling is niet concreet en ondubbelzinnig afwijzend beslist op aanvragen voor een aanvullende uitkering na datum X. Appellant verwijst naar de conclusie van de advocaat-generaal van 24 januari 2018 en de uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018 in dezelfde zaak. 'Reeds omdat de mededeling van de CSG geen waarschuwing betreft die onderdeel uitmaakt van een sanctieregime, noch daarmee vergelijkbaar is, treft deze verwijzing geen doel.'

4 CRvB 5 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BG9682, AB 2009/120, m.nt. Michiels. Vgl. ook CbB 20 juni 2016, AB 2017/123, m.nt. Ortlep; CbB 8 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2018:187; CbB 20 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:507. Het CbB acht overigens niet op de wet gebaseerde waarschuwingen geen besluiten.

5 A.M.L. Jansen, 'De ene waarschuwing is de andere niet; besluit of niet?', *TAR* 2018/83, p. 281.

6 ABRvS 5 december 2018, AB 2019/41, m.nt. Ortlep; ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3484.

2. Waarschuwingen in het ambtenarenrecht

Ook in het ambtenarenrecht komen waarschuwingen die preluderen aan een sanctie voor. In bovengenoemde eerdere bijdrage in dit tijdschrift weidde ik reeds uit over de hierboven in paragraaf 1 genoemde Afdelingsuitspraak van 2 mei 2018 en de figuur van de waarschuwing in het ambtenarenrecht. De vraag wanneer een op de wet geënte waarschuwing een Awb-besluit is stond daarbij centraal.⁷ Ik vroeg toen ook aandacht voor de extra dimensie die kleeft aan de rechtsfiguur van de waarschuwing in het ambtenarenrecht. Onderscheiden moet immers worden tussen waarschuwingen als normaal sturingsmiddel versus waarschuwingen waarin een uitdrukkelijke vaststelling van plichtsverzuim is vervat. Zoals ik in 2018 (zie noot 7) schreef: wanneer een in een brief van het bevoegde bestuursorgaan aan een ambtenaar vervatte waarschuwing uitsluitend moet worden aangemerkt als een normaal sturingsmiddel in de interne verhoudingen, wordt geen wijziging teweeggebracht in de rechtspositie van de ambtenaar. Zo'n brief is geen besluit. De brief vermeldt eigenlijk slechts dat een bepaalde gedraging van de ambtenaar afkeurenswaardig wordt bevonden en dat hij die gedragingen in de toekomst moet nalaten.⁸ Het ligt anders ingeval plichtsverzuim wordt vastgesteld. De vaststelling dat een ambtenaar zich schuldig heeft gemaakt aan plichtsverzuim, levert wel een appellabele handeling op. Die vaststelling gaat dan verder dan het hanteren van een normaal sturingsmiddel in de interne verhoudingen. Ik verwijs naar de jurisprudentie die ik noem in meergenoemde bijdrage in TAR 2018.⁹ De Centrale Raad neemt niet dikwijls aan dat sprake is van de vaststelling van plichtsverzuim ergo een besluit.¹⁰

3. Niet op de wet gebaseerde waarschuwingen

3.1 Het kader en de voorgeschiedenis

Ten aanzien van niet op de wet gegronde waarschuwingen, dienen twee vragen te worden onderscheiden. De eerste vraag luidt: als de waarschuwing niet op een wet maar slechts op beleid (sregels) is gebaseerd, is de waarschuwing ook dan een besluit? Als die vraag ontkennend wordt beantwoord, volgt de tweede vraag. Die luidt: betekent het gegeven dat een op beleid gebaseerde waarschuwing niet als besluit wordt gekwalificeerd, dat de waarschuwing nimmer bij de bestuursrechter valt aan te vechten?

Vroeger aanvaardde de Centrale Raad (zij het als sociale-zekerheidsrechter) ook op louter beleid gebaseerde waarschuwingen wel als besluit, ingeval het besluit een essentieel en onlosmakelijk onderdeel vormde van het van het sanctiebeleid.¹¹ Vanaf 2009 lijkt te mogen worden aangenomen dat dat veranderd is en lijkt beleid niet meer als afdoende grondslag te volstaan.¹² Tot 2006 wilde de Afdeling bestuursrechtspraak op beleid gebaseerde waarschuwingen nog wel eens als besluit aanmerken, daarna lijkt zij daarvan teruggekomen.¹³

3.2 De recente rechtspraak

In haar uitspraak van 24 oktober 2018 overweegt de Afdeling klip en klaar dat de waarschuwing geen besluit is, nu deze niet is gebaseerd op een wettelijk voorschrift en geen onderdeel uitmaakt van een op

7 A.M.L. Jansen, 'De ene waarschuwing is de andere niet; besluit of niet?', TAR 2018/83, p. 279-281.

8 O.a. CRvB 18 mei 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AX6392; CRvB 18 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:148, *ABkort* 2018/30.

9 Zoals ik reeds in 2018 noteerde, valt het niet altijd mee om dat onderscheid meteen te herkennen. Vgl. bijvoorbeeld CRvB 1 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3520.

10 CRvB 28 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2606; CRvB 25 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ8787.

11 CRvB 11 mei 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZF1722.

12 CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4582. Ik houd, met Widdershoven in zijn Conclusie, een kleine slag om de arm omdat uit de uitspraak niet met 100% zekerheid volgt dat een waarschuwing met beleid als grondslag geen besluit kan opleveren.

13 ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2009:AU9822. Zie ook ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:299.

schrift gesteld sanctieregime. De Afdeling komt vervolgens aan de tweede vraag toe, ook al omdat appellant betoogt dat de waarschuwing dient te worden gelijkgesteld met een besluit.

“In navolging van hetgeen is betoogd in de conclusie van staatsraad advocaat-generaal mr. R.J.G.M. Widdershoven van 24 januari 2018¹⁴ is de Afdeling van oordeel dat op beleidsregels gebaseerde of informele waarschuwingen geen besluiten zijn in de zin van de Awb en dat daartegen in zoverre geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.”

Dat laat weinig aan duidelijkheid te wensen over. Maar daarmee is de kous nog niet af. Zoals Widdershoven in diens Conclusie betoogt kunnen dergelijke waarschuwingen in ieder geval in drie situaties voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk worden gesteld. Dat kan aan de orde zijn indien de alternatieve route om een rechterlijk oordeel over de waarschuwing te krijgen onevenredig bezwarend of afwezig is.¹⁵

In haar uitspraak van 5 december 2018 laat de Afdeling nog meer licht op de kwestie schijnen en werpt zij expliciet de volgende vraag op:

“Is de waarschuwing een besluit of daarmee gelijk te stellen?”

De Afdeling zet een en ander nog eens op een rijtje. Zij benadrukt allereerst de hoofdregel. Een waarschuwing is in beginsel geen besluit. Dit kan anders zijn als het gaat om een op de wet gebaseerde waarschuwing die een voorwaarde is voor het toepassen van een sanctiebevoegdheid. Zie hierboven paragraaf 1. In het geschil dat leidde tot ABRvS 5 december 2018 was de waarschuwing evenwel gebaseerd op een circulaire en niet op een wettelijke regeling. De Afdeling herhaalt dan de overweging uit de zonet weergegeven uitspraak van 24 oktober 2018, wederom verwijzend naar de Conclusie van Widdershoven: op beleidsregels gebaseerde of informele waarschuwingen zijn geen besluiten en daartegen kunnen in zoverre geen rechtsmiddelen worden aangewend. En ook in lijn met haar uitspraak van 24 oktober 2018: waarschuwingen zouden ‘in ieder geval in drie situaties voor de rechtsbescherming met een besluit (...) moeten worden gelijkgesteld, zodat zij wel in rechte kunnen worden bestreden, omdat de alternatieve route om een rechterlijk oordeel erover te krijgen onevenredig bezwarend of afwezig is.’¹⁶ Welke situaties zijn dat dan? De eerste mogelijkheid is dat in de waarschuwing een concretisering van een wettelijke norm wordt gegeven (als de inhoud ervan niet op grond van wet of rechtspraak kan worden vastgesteld). De tweede is ingeval de waarschuwing de uitsluiting van een aanbestedingsprocedure impliceert. Als de belanghebbende aannemelijk kan maken dat hij voornemens is aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen, zou het niet kunnen aanvechten van de waarschuwing (niet zijnde een besluit), onevenredig bezwarend zijn. De derde situatie is gerelateerd aan de geldigheidsduur van de waarschuwing. Is de termijn gedurende welke de waarschuwing negatieve gevolgen kan hebben zo lang dat de belanghebbende in de rechterlijke procedure tegen de op te leggen sanctie de rechtmatigheid van de waarschuwing niet meer effectief kan betwisten, dan zou het onevenredig bezwarend zijn om de waarschuwing niet appellabel te achten. Deze geldigheidsduur was in het onderwerpelijke geval twee jaar en sloot daarmee aan bij het voorstel van A-G Widdershoven¹⁷ voor de maximale termijn dat een waarschuwing zou mogen gelden. Indien binnen die termijn van twee jaar een opvolgend sanctiebesluit wordt genomen dat mede is gebaseerd op bedoelde waarschuwing, kunnen ook de inhoud van die waarschuwing en de daaraan ten grondslag liggende feiten in de procedure

14 ECLI:NL:RVS:2018:249.

15 ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3484. Geen van de in de Conclusie genoemde situaties deed zich in deze zaak voor. De Afdeling overweegt voorts dat hierbij van belang is dat de weg naar de civiele rechter openstaat en appellant niet aannemelijk heeft gemaakt dat het volgen van die weg niet van hem kan worden gevegd.

16 Opnieuw doet geen van die situaties zich in casu voor.

17 En bij art. 18a Pw/WWB.

tegen het sanctiebesluit aan de orde worden gesteld. Mocht de waarschuwing na de geldigheidstermijn niet uit het dossier van de belanghebbende worden verwijderd en mochten verlopen waarschuwingen worden gebruikt om sanctiebesluiten te onderbouwen, ook dan kan de onderbouwing van het sanctiebesluit bij de bestuursrechter aan de orde worden gesteld en zal daarover worden geoordeeld. Hierin bestaat geen aanleiding, zo overweegt de Afdeling, om met betrekking tot de waarschuwing die in geschil was in de uitspraak van 5 december 2018, te oordelen dat de onderwerpelijke waarschuwing voor de rechtsbescherming moet worden gelijkgesteld met een besluit.¹⁸ Ook anderszins ziet de Afdeling geen aanleiding om de waarschuwing gelijk te stellen met een besluit omdat de alternatieve route om rechtsbescherming te verkrijgen onevenredig bezwarend zou zijn.¹⁹

In de praktijk ziet men overigens ook wel waarschuwingen die in zowel wet als beleids(regel) hun basis hebben. Daar is niets mis mee, die worden langs de lijnen van de in paragraaf 1 weergegeven rechtspraak als besluiten aangemerkt.²⁰

4. Slotopmerkingen

Resumerend: een waarschuwing die aan het (mogelijk) opleggen van een bestuurlijke sanctie vooraf gaat en een essentieel en onlosmakelijk onderdeel is van het sanctieregime/toepassingsvoorwaarde is voor de uitoefening van de sanctiebevoegdheid maar een wettelijke grondslag ontbeert, is geen besluit. Ook niet als er wel beleid of een beleidsregel valt aan te wijzen waarin die waarschuwing haar grondslag heeft. Hoewel daarover niets in de hierboven behandelde uitspraken is te vinden, is daarvoor wel een goede verklaring. Immers, beleid gaat over een al bestaande bevoegdheid van het bestuur en beleid kan dus geen bevoegdheid creëren, of, zoals Ortlep schrijft,²¹ nieuwe verplichtingen opleggen of rechten ontzeggen.²²

De constatering dat niet op de wet gebaseerde waarschuwingen geen besluiten zijn, brengt niet onmiddellijk mee dat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen zo'n waarschuwing mogelijk is. Niet voor het eerst opent de rechtspraak of de wetgever – een bekend voorbeeld is art. 6:2 Awb – de deur naar bestuursrechtelijke rechtsbescherming, ofschoon er geen sprake is van een besluit. Het begrippenpaar dat in de gevallen van jurisprudentiële gelijkstellingen als kapstok dient is: 'onevenredig bezwarend'. Dat duo kenden we reeds van de appellabele bestuurlijke rechtsoordelen. Een bestuurlijk rechtsoordeel is geen besluit. Wanneer het niet kunnen invoeren van bestuursrechtelijke rechtsbescherming echter onevenredig bezwarend zou zijn voor de belanghebbende, vindt de bestuursrechter dat er bezwaar en beroep moet openstaan. Zowel Widdershoven in meergenoemde Conclusie als beide Afdelingsuitspraken noemen met zoveel woorden drie situaties waarin wat betreft rechtsbescherming een niet op de wet gebaseerde waarschuwing met een besluit wordt gelijkgesteld. De vraag rijst of er naast die drie situaties nog andere situaties zijn waarin bezwaar en beroep openstaan tegen een dergelijke waarschuwing. Het feit dat steeds drie specifieke situaties worden genoemd, duidt daar niet op. Daar staat tegenover dat 'close reading' van de Afdelingsuitspraken toch aanwijzingen oplevert om te vermoeden dat er nog meer situaties bestaan waarin een niet op een wettelijke regeling gebaseerde waarschuwing de route van bestuursrechtelijke rechtsbescherming opent.

18 De Afdeling overweegt in dit verband verder nog: 'Ook bestaat gelet op de mogelijkheid om de waarschuwing en de daaraan ten grondslag liggende feiten en inspecties in de procedure over een opvolgend sanctiebesluit aan de orde te stellen geen aanleiding voor het oordeel dat [appellant] geen effectief rechtsmiddel heeft als bedoeld in artikel 13 van het EVRM.'

19 ABRvS 5 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3946, AB 2018/41 Ortlep.

20 Zie in de sociale zekerheid bijvoorbeeld art. 18 Participatiewet en art. 2, eerste lid, Beleidsregels bestuurlijke boete, waarover o.a. CRvB 8 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1376.

21 AB 2019/41.

22 Zie ook o.a. Conclusie Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:249, onderdeel 5.3 en verder. Idem – zo mogelijk nog sterker – ten aanzien van informele bestuurlijke waarschuwingen, die niet eens een basis hebben in beleid.

Zo spreekt de Afdeling van 'in ieder geval drie situaties' en lezen we in de uitspraak van de Afdeling van 5 december 2018:

“Ook anderszins [curs.: AMLJ] bestaat er geen aanleiding voor het oordeel dat de (...) waarschuwing dient te worden gelijkgesteld met een besluit (...).”

Kortom, de drie aanvankelijk door Widdershoven genoemde en door de Afdeling bestuursrechtspraak overgenomen 'gelijkstellingen' zijn niet limitatief. Dat maakt dat we met bovengemiddelde belangstelling de toekomstige rechtspraak ten aanzien van waarschuwingen zonder wettelijke grondslag moeten blijven volgen.