

## Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb

*Prof. mr. drs. Lex Michiels*

### Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel

Prof. mr. drs. Lex Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb',  
*Netherlands Administrative Law Library*, december 2013, DOI:  
10.5553/NALL/.000015

## 1 Inleiding

Toen in 1998 de derde tranche van de Awb in werking trad, werd de Awb verrijkt met een hoofdstuk 5 over handhaving. Vijftien jaar later is het een goed moment om terug te kijken en daarbij een aantal, door de redactie gestipuleerde, vragen te stellen. Welke vernieuwingen heeft dit hoofdstuk teweeggebracht? Daarover gaat § 2. Zijn de doelstellingen die de wetgever met hoofdstuk 5 had gerealiseerd? Die vraag komt aan de orde in § 3. Een belangrijke vraag is voorts wat er in de vijftien jaar na dato op dit vlak is gebeurd, in de wetgeving en de rechtspraak. Deze vraag wordt op hoofdlijnen beantwoord in § 4. In algemene zin kan worden gezegd dat de regeling van de bestuurlijke handhaving op een aantal punten is aangepast en aangevuld, met name in de vierde tranche Awb, maar nog steeds niet volledig is. Voor zover onderwerpen wel zijn geregeld, roept de regeling ervan nog steeds tal van vragen op, ook al heeft de rechtspraak voor verdieping en aanscherping gezorgd. Dat is ook niet ongebruikelijk in het bestuursrecht, waarin er een voortdurende ontwikkeling van de wetgeving te zien is, die ontwikkeling nooit af is en waarin de rechter probeert de open gelaten vragen te beantwoorden. Langs die lijn is in § 5 getracht kort en bondig het bestuurlijke handhavingsrecht in en sinds de derde tranche in een algemener bestuursrechtelijk kader te plaatsen. Besloten wordt met het aangeven van een aantal knelpunten op het terrein van de bestuurlijke handhaving in de wetgeving en het voorstellen van enkele bijpassende oplossingsrichtingen (§ 6).

## 2 Inhoud en betekenis van de derde tranche Awb voor de handhaving in 1998

De derde tranche voegde aan de Awb hoofdstuk 5 toe, bestaande uit drie afdelingen, respectievelijk over toezicht op de naleving, bestuursdwang en de last onder dwangsom. Afdeling 5.1 (thans titel 5.2) gaf voornamelijk bevoegdheden aan toezichthouders. Ook werd het begrip toezichthouder gedefinieerd en werden hem enige verplichtingen opgelegd. Art. 5:16a (inzage vorderen van een identiteitsbewijs) is later aan de regeling toegevoegd. De afdelingen 5.2 en 5.3 (die thans samen titel 5.3 vormen) bevatten algemene regelingen over bestuursdwang en dwangsom. Wat de bestuursdwang betreft

ging het om de besluitvorming en daadwerkelijke toepassing, *gegeven* de bevoegdheid daartoe, die in andere wetten dan de Awb wordt toegekend. Voor de last onder dwangsom bevatte de regeling wel een bevoegdheidstoekenning: art. 5:32 Awb koppelde die bevoegdheid aan de (elders toegekende) bestuursdwangbevoegdheid en dat is nog steeds zo. De beide afdelingen waren geënt op de regelingen terzake in de organieke wetten.

Wat wilde de wetgever met de derde tranche op het punt van de handhaving? Dat was primair een stroomlijning van de in de organieke en andere wetten opgenomen regelingen inzake bestuursdwang en dwangsom en de bepalingen in bijzondere wetten over het toezicht op de naleving. Aan meer wilde de Awb-wetgever zich nog niet wagen.<sup>1</sup> De Waterschapswet kende vanaf 1992 en de Gemeentewet en de Provinciewet kenden vanaf 1994 een, mutatis mutandis, gelijklopende regeling inzake genoemde sancties. Die regeling, alsmede die voor de dwangsom in de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, stond model voor de Awb. Inhoudelijk veranderde er daardoor voor de decentrale overheden dus niets; alleen was de regeling nu in één wet te vinden en niet, voor de decentrale overheden, in een organieke wet en (voor de dwangsom) de Wabm. Voor de centrale overheid was er nog geen algemene regeling, maar waren er (voor bestuursdwang) diverse, onderling licht afwijkende, regelingen; voor dat niveau was er dus tot op zekere hoogte wél sprake van een nieuwe situatie. Vele bijzondere wetten bevatten destijds eigen bepalingen inzake het toezicht op de naleving, zowel wat betreft de bevoegdheden van toezichthouders als de condities waaronder ze die mochten toepassen. De memorie van toelichting bevat een bijlage met de toezichtsbevoegdheden in 86 wetten. Van de zes belangrijkste bevoegdheden is per wet aangegeven in hoeverre deze waren toegekend. De verschillen waren groot. Die zes bevoegdheden werden in een algemene regeling in de Awb opgenomen. Daarmee kreeg de Awb een ruim 'standaardpakket'<sup>2</sup> aan toezichtsbevoegdheden, die in beginsel aan toezichthouders zouden toekomen, maar waarvan door de bijzondere wet kan worden afgeweken door er bevoegdheden van af te halen of aan toe te voegen.<sup>3</sup> Dat systeem is als zodanig overzichtelijk, maar alleen per afzonderlijke wet kan worden bezien of het ook inhoudelijk verschil maakt met de situatie van vóór de derde tranche. Zie hierover § 2.

Tevens werden door de aanpassingswetgeving, die de derde tranche Awb vergezelde, specifieke bepalingen over materiële vormen van bestuursdwang (in de organieke wetten) en het toezicht (in bijzondere wetten) geschrapt. Ook werd een oud strijdpunt over het rechtskarakter van de waarschuwing of beslissing voorafgaande aan de feitelijke toepassing van bestuursdwang beslecht. De Awb-wetgever bepaalde, na een aangenomen daartoe strekkend amendement Koekkoek-Van den Berg, in art. 5:24 lid 1 dat de schriftelijke beslissing tot toepassing van bestuursdwang een beschikking is.<sup>4</sup>

### **3 De doelstellingen van de Awb-wetgever en wat daarvan terecht kwam**

Op de vraag of de doelstellingen zijn bereikt, kan pas worden geantwoord na te hebben vastgesteld welke die doelstellingen waren. In feite was er ten aanzien van hoofdstuk 5 maar één, terugkijkend wellicht wat al te bescheiden, doel: het overzichtelijker maken van de regelgeving inzake toezicht, bestuursdwang en dwangsom. Andere desiderata zijn toen buiten beeld gebleven, zoals een regeling van de bestuurlijke boete, de intrekking van begunstigende beschikkingen en een afdeling met algemene bepalingen, waaronder een algemeen vereiste van

een wettelijke grondslag voor sancties. Sommige van deze onderwerpen zijn in de vierde tranche alsnog aan bod gekomen. Het wel gekozen, bescheiden doel van de overzichtelijkheid op een beperkt terrein is tot op zekere hoogte toen meteen al bereikt, louter door de inhoud van de Awb-bepalingen en de aanpassingswetgeving. Waar de wetgever stroomlijning en harmonisatie op het oog had, zou die later echter weer teniet kunnen worden gedaan door allerlei afwijkingen en aanvullingen in bijzondere wetten. We zullen hierna zien in hoeverre dat het geval is geweest.

Wat het *toezicht* betreft, komt het niet vaak voor dat de 'bijzondere wetgever' in de wetten waarin voorheen niet het hele pakket was toegekend na invoering van de derde tranche bepaalde bevoegdheden 'uit het Awb-pakket heeft gehaald'.<sup>5</sup> In zoverre is er niet alleen meer overzicht, maar ook meer gelijkheid gekomen (én zijn er in vele gevallen meer bevoegdheden toegekend!). Dat geldt ook voor de bepalingen over de verplichtingen van de toezichthouder (redelijke uitoefening bevoegdheden, legitimatie). Er is wel een verschil ontstaan wat betreft één bepaalde bevoegdheid, namelijk het binnentreden zonder toestemming van de bewoner. Waar de Awb-regeling daarvoor geen grondslag biedt, is in een groeiend aantal bijzondere wetten die bevoegdheid aan toezichthouders toegekend. Ik noem als voorbeelden de Wabo (art. 5.13, voor een aantal daar genoemde situaties), de Arbeidsomstandighedenwet (art. 24), de Drank- en Horecawet (art. 42), de Huisvestingswet (art. 77), de Mediawet 2008 (art. 7.19), de Waarborgwet 1986 (art. 54) en de Wet tot behoud van cultuurbezit (art. 17). Dit betreft een extra bevoegdheid, bovenop het Awb-pakket. Er is dus geen sprake van afwijking van de Awb, die immers het binnentreden zonder toestemming niet verbiedt, doch daarvoor slechts niet zelf de grondslag verschaft. Het gaat om een aanvulling. Zo zijn er nog wel andere aanvullingen, bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het doorzoeken van een woning (art. 55 Mededingingswet), het doorsnijden van werken (art. 55 Waarborgwet 1986) en de verzegeling<sup>6</sup> van bedrijfsruimten en voorwerpen (art. 54 Mededingingswet en art. 7.19 Mediawet 2008).

De regeling inzake het toezicht heeft ten slotte een heilzame werking gehad op de terminologie, hetgeen de overzichtelijkheid eveneens bevordert. De termen controle en inspectie worden sinds de derde tranche, althans als het over Nederlandse bestuursrecht gaat,<sup>7</sup> in juridische geschriften<sup>8</sup> steeds minder vaak gebruikt ten gunste van de termen toezicht op de naleving en nalevingstoezicht. Volgens de systematiek van de derde tranche en blijkens de memorie van toelichting<sup>9</sup> was het de bedoeling van de wetgever ook helderheid te scheppen over de term handhaving. Die term staat, voor zover het bestuursrechtelijke handhaving betreft, voor toezicht en bestuurlijke sancties.<sup>10</sup> In de praktijk (bijvoorbeeld in regeringsstukken, maar helaas soms ook in de literatuur) wordt de term handhaving echter in allerlei betekenissen gebruikt, wat bijvoorbeeld blijkt uit de gebezigde combinatie 'toezicht en handhaving'. Kennelijk wordt met handhaving dan alleen sanctionering bedoeld.

Tegelijk met de invoering van de bepalingen over *sancties* in de derde tranche zijn de desbetreffende bepalingen in bijzondere wetten geschrapt, waardoor kleine onderlinge verschillen werden weggenomen. Na de totstandkoming van deze regeling is er geen ruime behoefte ontstaan om in allerlei bijzondere wetten van de Awb afwijkende of aanvullende bepalingen op te nemen, al is dat in enkele gevallen wel gebeurd.<sup>11</sup> Ten aanzien van de herstelsancties heeft de harmonisatie in de Awb dus zonder meer voor verdere eenwording gezorgd. Al met al zorgde de derde tranche Awb ten aanzien van de handhaving dus niet zozeer voor vernieuwing, maar vooral voor eenwording, stabilisatie en overzichtelijkheid. De wetgever heeft na 1998 slechts spaarzaam gebruik

gemaakt van de mogelijkheid om in bijzondere wetten bepalingen op te nemen die de regeling in hoofdstuk 5 van de Awb aanvullen of daarvan afwijken.

Aan een regeling van de boete zou de wetgever zich pas in de vierde tranche wagen, evenals aan een aantal algemene handhavingsbepalingen en enkele wijzigingen van en aanvullingen op de regeling die de derde tranche bevatte, terwijl hij aan een regeling van de intrekking van begunstigende beschikkingen nog altijd niet is toegekomen. Daarmee komen we aan de boeiende vraag welke ontwikkelingen zich sinds 1998 hebben voorgedaan en in hoeverre de regeling in de derde tranche heeft stand gehouden dan wel aanpassingen heeft ondergaan.

## 4 Ontwikkelingen na de derde tranche

### 4.1 Enige jurisprudentie over wat de derde tranche regelt

Toen het wetsvoorstel derde tranche Awb in april 1994 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, bestond er al iets dat wij later stevast de *beginselplicht tot handhaving* zijn gaan noemen.<sup>12</sup> Dat leerstuk kreeg in de loop van de jaren negentig vastere grond onder de voeten en ‘geldt’ nog steeds, zij het dat er wel enkele modificaties zijn geweest. Strikt genomen heeft dit leerstuk niet zoveel met de Awb te maken. Het gaat om de omvang van de beleidsvrijheid bij het nemen van een herstelsanctiebesluit. Die is niet gewijzigd door de Awb. De toekenning van de bestuursdwangbevoegdheid, in de vorm van een ‘kan-bepaling’, gebeurt in andere wetten, terwijl de Awb de dwangsom daar alleen maar als alternatief ‘aanhangt’. Anderzijds is het zo dat de Awb hoe dan ook de dwangsombevoegdheid toekent en, belangrijker nog, de Awb onmiskenbaar een algemene regeling omtrent deze sancties bevat. De beginselplicht is waarschijnlijk het belangrijkste leerstuk met betrekking tot de toepassing van die sancties. Daarom passen enkele woorden daarover hier zeker.

In grote lijnen is er niet veel veranderd in het leerstuk. In 2004 werd een nieuwe standaardoverweging geformuleerd,<sup>13</sup> die ik voor het gemak van de lezer nog even vermeld.

[quote]‘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 het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht 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.’  
[/quote]

In 2012 werd voor gevallen waarin het beleid voorziet in een waarschuwing bij de eerste overtreding en pas in een sanctie bij herhaling, een precisering op de beginselplicht aangebracht, waarin een dergelijke aanpak wordt aanvaard.<sup>14</sup> Enerzijds kan de conclusie zijn dat de Afdeling haar op papier strenge lijn heeft voortgezet en verduidelijkt, anderzijds blijken er in de praktijk toch heel wat gevallen te zijn waarin zich een van de uitzonderingsgronden voordoet. Vooral het concrete zicht op legalisatie is menig derde-belanghebbende een doorn in het oog, vooral in gevallen waarin dat zicht er in eerste instantie niet is, maar dit er tijdens de (vaak slepende en lange) procedure alsnog komt.

Het spiegelbeeld van het in beginsel moeten handhaven, is het mogen gedogen. Daarvoor is dus weinig juridische ruimte, maar feitelijk gebeurt het regelmatig. Beslissingen omtrent gedogen worden deels als besluiten aangemerkt (de

schriftelijke gedoogverklaring) deels, uitzonderingen daar gelaten, niet (weigeren<sup>15</sup> en intrekken<sup>16</sup> van gedoogverklaringen). Deze rechtspraak munt niet uit in helderheid. Een gedoogverklaring geeft allerminst recht op het afzien van handhaving. Wat maakt haar dan precies tot besluit? Wat betreft de weigering en intrekking is zij mijns inziens moeilijk in overeenstemming te brengen met art. 1:3 lid 2 Awb respectievelijk met de bestuursrechtelijke 'regel' dat de intrekking van een beschikking ook een beschikking is. Blijkbaar is de gedoogverklaring een heel bijzondere beschikking.

Een interessante vraag is of de beginselplicht ook van toepassing is op het toezicht. Dat is vooralsnog niet het geval. De Afdeling heeft haar overwegingen ter zake altijd beperkt tot (herstel)sanctiebesluiten. Wel moet het bevoegd gezag als er in een concreet geval serieuze en herhaalde klachten zijn daarnaar onderzoek doen.<sup>17</sup> De vraag of terecht wel of geen toezicht is uitgeoefend en zo ja, of dat rechtmatig is gebeurd, kan bij de bestuursrechter overigens alleen indirect aan de orde komen, nu tot dusver beslissingen in het kader van toezicht niet als besluiten worden aangemerkt.<sup>18</sup>

Ten aanzien van de diverse toezichtsbevoegdheden is niet veel jurisprudentie te vinden. Ik noem de belangrijkste punten.<sup>19</sup> Ingevolge art. 5:15 Awb mag een toezichthouder elke plaats betreden, ook een woning, maar in het laatste geval alleen hetzij met toestemming van de bewoner, hetzij op grond van een specifieke wettelijke bevoegdheid, waarbij hij dan tevens over een machtiging moet beschikken op grond van de Algemene wet op het binnentreden. Toen toezichthouders mét toestemming een woning binnentraden en vervolgens kasten openden waarin zich personen zouden kunnen bevinden, was volgens de Afdeling van een onbevoegde doorzoeking geen sprake, ofschoon de betredingsbevoegdheid geen doorzoekingsbevoegdheid inhoudt. Blijkbaar wordt de bevoegdheid ruim genomen als de bewoner toestemming geeft, vanuit de gedachte dat hij voor het doorzoeken dan impliciet ook toestemming heeft gegeven.<sup>20</sup> Een gebrek in of het ontbreken van de machtiging tot binnentreden kan ertoe leiden dat de bestuursdwangkosten niet mogen worden verhaald.<sup>21</sup> Bij het onderzoeken van computers van bedrijven moeten deze in de gelegenheid worden gesteld het zoeken in de forensic images bij te wonen.<sup>22</sup> Ten aanzien van de bevoegdheid tot monsterneming en ander zakenonderzoek is van belang dat dit zo nodig op een wijze kan geschieden waardoor de zaken niet meer bruikbaar zijn. Dit is, mits redelijkerwijs nodig voor het onderzoek, niet onrechtmatig.<sup>23</sup> Voor de medewerkingsplicht ex art. 5:20 Awb zijn enkele belangrijke kwesties in de jurisprudentie opgehelderd. Ten eerste geldt de medewerkingsplicht echt voor een ieder, uiteraard behoudens wettelijke beperkingen.<sup>24</sup> Voorts kan ook van ex-werknemers in beginsel medewerking worden verlangd, bijvoorbeeld tot het verstrekken van inlichtingen over feiten waarbij zij als werknemer betrokken waren. Wel kán aan de ex-werknemer dan ook het zwijgrecht van de onderneming toekomen.<sup>25</sup> Dat laatste is echter alleen uitgemaakt voor het in art. 53 Mededingingswet gegeven zwijgrecht en staat dus niet vast voor het zwijgrecht op grond van art. 5:10a Awb, dat tegelijk met de regeling van de bestuurlijke boete in de Awb is opgenomen. Ten slotte is van belang dat de Afdeling in een zaak over de Wet arbeid vreemdelingen van oordeel was dat het zwijgrecht slechts toekomt aan bestuurders, die de onderneming vertegenwoordigen.<sup>26</sup>

Over de toepassing van de diverse wettelijke bepalingen inzake de bestuursdwang- en de dwangsombevoegdheid (o.a. over de begunstigingstermijn, het kostenverhaal, de hoogte van de dwangsom) zijn sinds 1998 vele uitspraken geweest. Het is niet doenlijk en ook niet nodig die hier te

bespreken, zelfs niet op hoofdlijnen. Zie daarvoor de literatuur<sup>27</sup> inclusief de talrijke annotaties.

Ik maak twee uitzonderingen. De eerste maak ik omdat daarbij ook de rechtseenheid in het geding is. De Afdeling heeft in diverse zaken aangenomen dat onder omstandigheden (en onder bepaalde voorwaarden) in het besluit op bezwaar (ook) aan een andere persoon een last mag worden opgelegd dan degene(n) aan wie in het besluit in primo al een last was opgelegd. Ten aanzien van die nieuwe persoon hoeft dus niet eerst een besluit in primo te worden genomen.<sup>28</sup> In een andere uitspraak werd echter aangenomen dat dit niet kon, zonder dat duidelijk werd waarom niet en hoe zich de casus van deze zaak verhield tot die van de gevallen waarin dit wel mogelijk was.<sup>29</sup> Het CBB lijkt van het aanschrijven van nieuwe personen in de bezwaarfase niets te willen weten.<sup>30</sup> Misschien een onderwerp voor een conclusie van de staatsraad Advocaat-Generaal?

Een tweede punt waarop ik wil wijzen, is dat tot voor kort nooit expliciet door de bestuursrechter was uitgemaakt of in een geval waarin een last onder dwangsom is opgelegd met de modaliteit 'verbeurte per tijdseenheid', bij voortgezette overtreding de eerste dwangsom meteen na afloop van de begunstigingstermijn wordt verbeurd dan wel pas na verstrijken van de eerste tijdseenheid. De Afdeling heeft daarin recent duidelijkheid gebracht: pas na het verstrijken van de eerste tijdseenheid wordt de eerste dwangsom verbeurd. Nu in casu die eenheid een week was en twee dagen na de begunstigingstermijn een nieuwe termijn was gegeven, was er geen bedrag verbeurd.<sup>31</sup>

Opvallende wijzigingen in de rechtspraak onder de derde tranche in vergelijking met de rechtspraak onder de regelingen voorafgaand aan de derde tranche (in de organieke wetten) zijn er niet. Het bestuursrechtelijke handhavingsrecht heeft wel ingrijpende wijzigingen ondergaan door hetgeen bij de vierde tranche in de Awb is geregeld alsmede door de rechtspraak daarover.

## **4.2 De vierde tranche Awb (en andere wetgeving na de derde tranche)**

Bij de totstandkoming van de derde tranche was al een regeling van de bestuurlijke boete aangekondigd.<sup>32</sup> Die kwam er bij de vierde tranche, die op 1 juli 2009 in werking trad. Een eigen regeling<sup>33</sup> van de intrekking (als sanctie) van begunstigende beschikkingen, die eveneens was aangekondigd, kwam er toen (nog) niet; misschien wordt dat iets voor de vijfde tranche (als die er ooit komt). Wel bracht de vierde tranche naast de boeteregeling een titel 'Algemene bepalingen', een nieuwe definitie van bestuursdwang en een nieuwe (bestuursrechtelijke) regeling voor de tenuitvoerlegging van de herstelsancties bestuursdwang en dwangsom. Voor dat laatste onderwerp is ook de eveneens bij de vierde tranche ingevoerde titel 'Bestuursrechtelijke geldschulden' relevant. Al met al heeft de wetgever met de vierde tranche een forse, nieuwe stap gezet in de richting van een wettelijk geregeld bestuurlijk handhavingsrecht, maar nog zeker niet de laatste stap.

### *Algemene bepalingen (titel 5.1)*

Deze titel bevat allereerst enkele begripsbepalingen. Nieuw ten opzichte van het oude recht is dat het begrip overtreder ook de medepleger omvat (art. 5:1). Denk aan de persoon die samen met een aanvrager van een subsidie een valse aanvraag indient of iemand helpt bij een valse belastingaangifte. Voor het

medeplegerschap moet dan wel worden bewezen dat sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.<sup>34</sup> In zekere zin nieuw is ook dat in het derde lid art. 51, tweede en derde lid, WvSr van overeenkomstige toepassing is verklaard, waardoor ook de opdrachtgever en feitelijk leidinggever een sanctie kunnen krijgen wanneer de overtreding is begaan door een rechtspersoon. In de jurisprudentie van de Afdeling werd dit echter ook al vóór de vierde tranche aangenomen. Nu de Awb echter expliciet verwijst naar het WvSr, is het te meer van belang dat Afdeling en Hoge Raad deze bepaling inzake het functionele daderschap op dezelfde wijze toepassen, in elk geval wat betreft bestraffende sancties.<sup>35</sup>

Art. 5:2 bevat een definitie van bestuurlijke sanctie: dit is een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak. ‘Wegens een overtreding’ brengt mee dat de overtreding niet per se al hoeft te zijn gepleegd; ook een preventieve sanctie valt onder de definitie. Art. 5:7 bepaalt overigens dat een preventieve herstelsanctie alleen mag worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Dat is in lijn met de rechtspraak. Een preventieve bestraffende sanctie is uiteraard niet toegestaan. De definitie spreekt voorts van het opleggen van een verplichting of het onthouden van een aanspraak. Dat laatste omvat tevens het alsnog onthouden hetgeen eerder was toegekend (intrekking). Deze definitie is in zoverre tamelijk beperkt, dat een publicatie bij wijze van sanctie (‘naming and shaming’) er niet onder valt. Dit betekent echter niet dat zo’n publicatie geen sanctie zou kunnen zijn en al helemaal niet dat de bepalingen over besluiten en beschikkingen niet van toepassing zijn.<sup>36</sup>

In art. 5:6 is een verbod opgenomen om een bestuursdwang- en een dwangsombesluit *tegelijkertijd* ten aanzien van dezelfde overtreding in werking te hebben.<sup>37</sup> Daarmee werd in één artikel geregeld wat voorheen in de artikelen 5:31 en 5:36 stond. Bovendien werd de reikwijdte van het verbod iets uitgebreid: het verbod betreft nu tevens twee dwangsombesluiten of twee bestuursdwangbesluiten. Dit verbod heeft de Afdeling er overigens niet van weerhouden bij de zogeheten bouwstop een combinatie van bestuursdwang (stillegging) en dwangsom mogelijk te achten.<sup>38</sup> Deze combinatie is mijns inziens alleen dan in overeenstemming met de wet en de wetsgeschiedenis<sup>39</sup> te brengen wanneer men aanneemt dat het om twee verschillende overtredingen gaat, waarbij de tweede overtreding een dreigende is en het gevaar dat die zal worden gepleegd klaarblijkelijk is. Dat wordt echter door de Afdeling niet met zoveel woorden vereist. Voor de praktijk van de handhaving is de opvatting van de Afdeling hoe dan ook prettig. Het orgaan hoeft niet aan te tonen dat de bouwer ingeval hem niet tevens een last onder dwangsom wordt opgelegd, zeer waarschijnlijk de bouwstop zal negeren.

Een andere nieuwigheid in de vierde tranche vormt het begrip ‘last onder bestuursdwang’ en de definitie daarvan in art. 5:21. Daarmee heeft de wetgever ons geen dienst bewezen. Bij bestuursdwang gaat het immers om feitelijk optreden door het bestuur, op basis van een daartoe genomen besluit, welk feitelijk optreden eventueel (spoedeisende gevallen uitgezonderd) door een belanghebbende kan worden voorkomen door binnen de gegeven termijn de overtreding te (doen) beëindigen. De term last suggereert echter dat er een bevel wordt gegeven aan de aangeschrevene. Nu die aangeschrevene bij bestuursdwang ook een belanghebbende kan zijn die zelf geen overtreder is en het negeren van de last voor hem ook niet tot gevolg heeft dat de bestuursdwang op zijn kosten kan worden uitgevoerd, past die term niet. Recent overwoog de Afdeling daarom als volgt:

‘Anders dan bij een dwangsom, is er bij een bestuursdwangaanwijzing geen sprake van een opgelegde verplichting, die men moet kunnen nakomen, maar van een geboden gelegenheid om - ter voorkoming van het optreden van het bestuursorgaan zelf - maatregelen te treffen om de illegale situatie te beëindigen. Dat met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb op 1 juli 2009 de terminologie omtrent bestuursdwang is gewijzigd, maakt het voorgaande niet anders, nu de wetgever daarmee geen materiële wijziging van het recht heeft beoogd (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 101).’<sup>40</sup>

Er is dus wel degelijk een verschil tussen bestuursdwang en dwangsom, ook al hebben deze sancties enkele kenmerken gemeenschappelijk.<sup>41</sup> Een terminologische gelijkenschakeling (‘last onder’) draagt daarom niet bij aan helderheid; zij scheidt alleen maar verwarring. Daarbij komt dat de definitie van last onder bestuursdwang in art. 5:21 tweeledig is en behalve de last ook de bevoegdheid tot feitelijke tenuitvoerlegging van de last inhoudt. Dat is taalkundig niet fraai: een last is toch een bevel en niet (tevens) een bevoegdheid tot feitelijk handelen? Ik voeg daaraan nog toe dat in zeer spoedeisende situaties helemaal geen last mogelijk is en ook niet nodig is. De bestuursdwang die dán op grond van art. 5:31 kan worden uitgeoefend, valt dus zelfs helemaal niet onder het bereik van de definitie van art. 5:21.

#### *Tenuitvoerlegging sancties*

Een zeer belangrijke verandering die de vierde tranche teweegbracht, betreft de tenuitvoerlegging van de herstelsancties. Voor de bestuursdwang zijn er twee nieuwe beschikkingen geïntroduceerd: de kostenverhaalsbeschikking (art. 5:25 lid 6) en de toepassingsbeschikking (art. 5:31a). Beide figuren, die overigens nog weinig jurisprudentie hebben opgeleverd, maken het mogelijk dat de bestuursrechter zich niet alleen over het bestuursdwangbesluit zelf uitspreekt, maar ook over deze aanpalende beslissingen. Dat kan hij ingevolge art. 5:31c (concentratiebepaling) veelal in één procedure tegen zowel het sanctiebesluit als de tenuitvoerleggingsbeschikking doen.

Voor de kostenverhaalsbeschikking, waarin de hoogte en een specificatie van de kosten van de toegepaste bestuursdwang worden vermeld, is ook een deel van de geldschuldenregeling van belang. Voor de inhoud van de beschikking gaat het om art. 4:86, de betalingstermijn is geregeld in art. 4:87. Zie ook de artikelen die betrekking hebben op uitstel van betaling (4:94), wettelijke rente (4:98 e.v.) en verjaring (4:104 e.v.), alsmede de artikelen die zien op de bevoegdheid om in te vorderen bij dwangbevel (art. 4:114 e.v.). Om derden de mogelijkheid te geven de bestuursrechter te benaderen ingeval bij het voortduren van de overtreding de aangezegde bestuursdwang niet ten uitvoer wordt gelegd, kunnen zij het orgaan om toepassing verzoeken. Tegen een weigering van dat verzoek staat bezwaar en beroep open. In de praktijk zal het dus eerder een niet-toepassingsbeschikking zijn, want als het orgaan wél op het verzoek wil ingaan, kan het gewoon het bestuursdwangbesluit uitvoeren zonder eerst een toepassingsbeschikking te nemen.

Er zijn inmiddels wel diverse belangwekkende rechterlijke uitspraken gedaan over de derde nieuwe beschikking, de invorderingsbeschikking (art. 5:37). Wanneer een orgaan de mogelijkheid wil hebben tot invordering door middel van een dwangbevel over te gaan (‘dwanginvordering’) moet het eerst een invorderingsbeschikking nemen. Het orgaan moet ook een beslissing omtrent invordering nemen ingeval een derde-belanghebbende daarom verzoekt, maar die beslissing kan uiteraard ook een afwijzing inhouden. De ruimte om niet tot



invordering over te gaan is echter beperkt; de Afdeling is van oordeel dat er ook een beginselplicht tot invordering bestaat.

‘Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.’<sup>42</sup>

In de invorderingsbeschikking moet (onder meer) staan hoeveel geld er is verbeurd. Hoewel dwangsommen *van rechtswege* zijn verbeurd (art. 5:33) als de last niet (tijdig) is uitgevoerd, anders gezegd de overtreding na de gegeven termijn is voortgezet of herhaald, zal het orgaan toch eerst moeten constateren óf de overtreding is voortgezet of herhaald vooraleer een invorderingsbeschikking te kunnen nemen. Aan de vaststelling van de overtreding(en) en daarmee van verbeurde worden door de Afdeling strenge eisen gesteld.

‘Aan een invorderingsbesluit dient naar het oordeel van de Afdeling een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurde van een dwangsom dient te worden gedaan door een terzake deskundige medewerker van het bevoegd gezag en dat bevindingen op schrift worden gesteld. Het geschrift dient in beginsel ten minste te bevatten de plaats, het tijdstip en de datum van de waarneming, een inzichtelijke beschrijving van de gehanteerde werkwijze en een inzichtelijke beschrijving van hetgeen is waargenomen. Dit geschrift dient voorts te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een dagtekening.’<sup>43</sup> Later heeft de Afdeling daaraan toegevoegd: ‘In het geval dat het geschrift in een digitaal systeem is opgemaakt en ondertekening ontbreekt, dient het bevoegd gezag anderszins aan te tonen op welke datum de deskundige medewerker het geschrift heeft vastgesteld.’<sup>44</sup>

Een proces-verbaal (van een tevens tot opsporing bevoegde ambtenaar) is dus niet nodig. In een andere uitspraak overwoog de Afdeling dat ook ander materiaal dan een toezichtsrapport tot bewijs kan dienen, zoals foto's, afhankelijk van het type overtreding waarom het gaat.<sup>45</sup> Interessant is vervolgens de vraag of een aanvankelijk gebrek aan het bewijs later kan worden hersteld. In de zaak van de bovenvermelde uitspraak van 13 november 2013 ontbraken de dag- en handtekening van de toezichthouder die het verslag had opgemaakt. De vraag is dan of het alsnog zetten van de dag- en/of handtekening, eventueel voorzien van een uitdrukkelijke verklaring door de toezichthouder dat hij inderdaad destijds (dus vóór het besluit in primo) het rapport heeft opgesteld dat aan het besluit ten grondslag is gelegd, het gebrek kan herstellen. Dat lijkt wel te kunnen in de bezwaarfase, die immers mede bedoeld is voor het kunnen herstellen van gebreken, dus voorafgaande aan het besluit op bezwaar, maar niet meer daarna.<sup>46</sup> Het door de rechter te beoordelen besluit is dan immers, *ex tunc*

toetsend, niet op voldoende deugdelijk bewijs gebaseerd. Weliswaar verbeuren dwangsommen van rechtswege, maar óf het feit of de situatie die tot die verbeurte leidt aanwezig was, moet natuurlijk wel worden aangetoond. Ook interessant is de vraag of de strenge eisen die de Afdeling stelt aan de constatering van het niet (tijdig) uitvoeren van de last ook allemaal gelden voor de constatering van de oorspronkelijke overtreding, naar aanleiding waarvan de last onder dwangsom is opgelegd. Bij mijn weten is die vraag nog nooit expliciet aan de orde gesteld, laat staan beantwoord. Dat komt wellicht doordat overtreders niet vaak (reeds) in de opleggingsfase de overtreding betwisten met argumenten die te maken hebben met de ondeugdelijke vaststelling ervan. Uit het feit dat de Afdeling de 'eisen-catalogus' inzake vaststelling van een overtreding tot dusver alleen heeft gebruikt in invorderingszaken mag echter niet worden afgeleid dat die eisen niet (allemaal) zouden gelden in de opleggingsfase. Ik zie althans geen aanleiding om een dergelijk onderscheid te maken.

Evenals bij bestuursdwang kent de Awb ten aanzien van de dwangsom een concentratiebepaling voor de rechtsbescherming (art. 5:39). Ofschoon de wetgever ervan heeft afgezien iets te regelen voor het geval de invordering na een verzoek van een belanghebbende wordt geweigerd, omdat hij meende dat die situatie zich niet vaak zou voordoen, heeft de Afdeling, toen zich zo'n geval daadwerkelijk voordeed, uitgemaakt dat op die afwijzende beslissing art. 5:39 Awb evenzeer van toepassing is.<sup>47</sup>

Van groot praktisch belang is de verjaringsregeling. Binnen een jaar na verbeurte (van elk afzonderlijk bedrag!) moet van de bevoegdheid tot invordering gebruik zijn gemaakt, dat wil zeggen dat met de invordering moet zijn begonnen (art. 5:35 Awb). Daarna kan althans geen dwanginvordering meer plaatsvinden. Hetgeen na die termijn door de schuldenaar niettemin wordt betaald, is echter niet onverschuldigd betaald en kan dus niet door hem worden teruggevorderd. De belangrijkste wijzen waarop het bestuursorgaan de verjaring kan *stuiten* (waarna die termijn in zijn geheel opnieuw begint te lopen), zijn het uitbrengen van een aanmaning en het (doen) uitbrengen van een dwangbevel (art. 4:106).<sup>48</sup> In de praktijk wordt de termijn van een jaar nogal eens als kort ervaren, omdat er nadat de begunstigingstermijn is verstreken, niet zelden een tijdrovende bezwaarprocedure volgt en bestuursorganen vaak liever niet al willen gaan invorderen terwijl die procedure nog loopt. Daarmee riskeren ze echter dat ze niet meer kunnen invorderen. Een praktische oplossing voor dit probleem is het *verlengen* van de verjaringstermijn (waardoor die termijn dus niet zoals bij de stuiting opnieuw begint te lopen, maar 'alleen maar' langer wordt), waartoe art. 4:111 de bevoegdheid toekent. Het is wel zaak dat het orgaan dit dan expliciet doet; de mededeling dat vooralsnog (hangende bezwaar) niet tot invordering zal worden overgegaan, is daartoe niet voldoende.<sup>49</sup>

Een lastig probleem doet zich voor ingeval een derde, gebruik makend van de mogelijkheden die de vierde tranche hem heeft geboden, weliswaar, na een verzoek daartoe, het nemen van een invorderingsbeschikking heeft weten te bewerkstelligen, maar het orgaan vervolgens niet invordert, hetzij omdat de bezwaar- of beroepsfase nog niet is afgerond, hetzij om andere redenen.

Wanneer het orgaan dan niet bereid is tot (tijdige) stuiting of verlenging, verjaart de invorderingsbevoegdheid. In dat geval staat de derde met lege handen. Om dit te voorkomen, zou hij tijdig een voorlopige voorziening kunnen vragen, inhoudende dat het orgaan wordt opgedragen de termijn ex art. 4:111 te verlengen. Of de rechter daartoe bereid zal zijn, moet worden afgewacht. Enerzijds lijkt dit de enige manier waarop de rechter de derde te hulp kan

komen, waarvoor gezien de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat versterking van de positie van de derde belangrijk wordt geacht, alle aanleiding bestaat. Aan de andere kant lijkt de bepaling over de verlenging van de verjaringstermijn niet voor dit soort situaties geschreven. De verlenging van de invorderingsbevoegdheid is immers gekoppeld aan de verlening van uitstel van betaling aan de schuldenaar, normaliter op zijn verzoek, terwijl de schuldenaar er natuurlijk geen belang bij heeft dat de verjaringstermijn om andere redenen wordt verlengd. Hij zal liever zien dat de invorderingsbevoegdheid verjaart dan dat hij uitstel van betaling krijgt!

Er zullen de komende jaren nog veel andere knopen met name door de Afdeling en het CBB moeten worden doorgehakt, onder meer over de vraag welke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat een verbeurd bedrag niet of niet geheel mag worden ingevorderd. Te denken valt aan de pas later gebleken onmogelijkheid om de last uit te voeren, aan de omstandigheid dat de last gedeeltelijk is uitgevoerd en aan de draagkracht van de overtreder. Wat het laatste punt betreft: weliswaar kan die bij de *oplegging* van de last geen rol spelen, maar in dát stadium heeft de overtreder het ook nog in zijn macht verbeurte te voorkomen. Bovendien kan de draagkracht op het moment van invordering zodanig gering zijn, dat het maatschappelijk wellicht ongewenst is toch tot (gehele) invordering over te gaan. Tot nu toe heeft de Afdeling draagkracht nog niet als invordering verhinderende factor aangemerkt, maar in de desbetreffende gevallen was er steeds een reden waarom de Afdeling aan een principieel antwoord op de vraag of draagkracht zo'n factor kan zijn niet toekwam. Als een beroep op draagkracht bijvoorbeeld niet wordt onderbouwd, kan de Afdeling stellen dat dit beroep 'reeds daarom' niet slaagt.

'Het betoog van [appellante] dat zij de dwangsom niet kan betalen en dat vasthouden aan invordering ertoe zal leiden dat zij haar faillissement zal moeten aanvragen of in de schuldsanering terecht zal komen, is geen bijzondere omstandigheid om van invordering af te zien, reeds omdat zij dit betoog niet nader heeft onderbouwd. De stelling dat zij slechts een AOW-uitkering geniet, is in dit verband niet voldoende.'<sup>50</sup>

### *Bestuurlijke boete; vergelijking met het strafrecht*

Een belangrijke stap voorwaarts in de harmonisatie van het bestuurlijke handhavingsrecht was het opnemen van een algemene boeteregeling in titel 5.4 van de Awb.<sup>51</sup> Deze regeling moet in combinatie met titel 4.4 Awb over geldschulden worden gelezen. Het is ook hier ondoenlijk om een overzicht van de jurisprudentie ter zake te geven. Zie daarvoor de literatuur.<sup>52</sup> Ik selecteer twee onderwerpen: de regeling van de boetehoogte en de toetsing van de boetehoogte in concrete gevallen door de rechter.<sup>53</sup>

In 2012 verscheen een omvangrijk onderzoeksrapport over de wijzen waarop de hoogte van boeten in het strafrecht en het bestuursrecht worden vastgesteld.<sup>54</sup> Het gaat daarbij primair om wat de wetgever over de boetehoogte bepaalt en secundair hoe door OM/strafrechter en bestuursorgaan/bestuursrechter tot een bepaalde hoogte in het concrete geval wordt gekomen. De conclusie is, kort gezegd, dat er veel verscheidenheid is; de wetgevers en beleidsmakers onderbouwen hun keuzes voor bepaalde stelsels (met alleen een maximum bedrag, een wettelijk tariefstelsel of beleidsregels) niet of ontoereikend. Dat is des te vervelender, voeg ik daaraan toe, omdat het voor de rechtsbescherming van de burger nogal wat kan uitmaken of voor het strafrecht (in enige vorm) of het bestuursrecht (boete) wordt gekozen. Denk aan de niet-schorsende werking

van het beroep tegen een bestuurlijke boete, het in het strafrecht al bij lage boeten opnemen van de straf in de justitiële documentatie (Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens; opname in 'strafblad'), het griffierecht (wel in het bestuursrecht, niet in het strafrecht, ook niet bij het verzet tegen een strafbeschikking), de uiteenlopende termijnen (beroep in het bestuursrecht zes weken, in het strafrecht twee weken) en uiteenlopende verjaringstermijnen.

Een verschil lijkt er ook te zijn wat betreft (toelating, waardering, uitsluiting etc. van) het bewijs, omdat het bestuursrecht geen wettelijk geregeld bewijsstelsel kent. Ik denk echter dat dit meevalt. Enerzijds is ook het strafrechtelijke bewijsrecht voornamelijk rechtersrecht en anderzijds slikt de bestuursrechter niet elke bewering van het beboetende bestuursorgaan voor zoete koek.

Op het eerste gezicht lijkt er voorts een groot verschil te bestaan in de wijzen waarop in concrete gevallen tot een bepaalde boetehoogte wordt gekomen. Wettelijke tariefstelsels bijvoorbeeld zijn er met name in het bestuursrecht. Waar het bestuursorgaan in de gevallen waarvoor er niet zo'n stelsel is een zekere vrijheid heeft de boetehoogte te bepalen, worden veelal beleidsregels ter zake vastgesteld. Ook wanneer die beleidsregels op zichzelf redelijk zijn, moet het orgaan altijd nagaan of de toepassing ervan strookt met de wettelijke criteria (ernst overtreding, verwijtbaarheid, omstandigheden).<sup>55</sup> De strafrechter lijkt in dat opzicht meer vrijheid te hebben, maar ook in het strafrecht wordt met een soort 'beleidsregels' gewerkt: de OM-richtlijnen en -aanwijzingen (voor de strafvordering en de strafbeschikkingen) en de oriëntatiepunten straftoemeting (voor de strafrechter). Deze hulpmiddelen perken misschien niet formeel die vrijheid in, maar dragen er in belangrijke mate aan bij te voorkomen dat officieren van justitie en strafrechters willekeurig handelen.

In de praktijk wordt wel de vrees geuit dat de bestuursrechter, ondanks het feit dat die in allerlei uitspraken zegt vol te toetsen, zich te gemakkelijk achter beleidsregels inzake boetehoogten verschuilt. Of de strafrechter in individuele gevallen werkelijk meer maatwerk levert dan de bestuursrechter, weet ik nog zo net niet, maar opvallend is wel dat er in de Afdelingsjurisprudentie over boeten op grond van de Wet arbeid vreemdelingen de laatste jaren een zekere kentering is te zien, waarbij aanvankelijk een zeer strenge lijn werd gevolgd, dicht bij de beleidsregels, terwijl er later meer ruimte en reden voor matiging van de boete aangewezen werd geacht, met soms forse matigingspercentages van 50 en 75%. De reden daarvoor kan in de desbetreffende gevallen, behalve in een beperkte verwijtbaarheid, zijn gelegen in de geringe ernst van de overtreding.<sup>56</sup> Dat iemand de overtreding pas voor de eerste keer pleegt, is echter andersom geen grond voor matiging, evenmin als de enkele omstandigheid dat de werkgever geen voordeel heeft behaald bij het plegen van de overtreding.<sup>57</sup> Andersom kan het evenwel zo zijn dat als hij wél voordeel heeft behaald, dit boeteverhogend kan werken.

Om ongerechtvaardigde verschillen met het strafrecht te voorkomen, zou de bestuursrechter daadwerkelijk vol moeten toetsen. Tegelijk moeten we ons realiseren, dat het al te zeer inzoomen op de concrete omstandigheden van het geval, door telkens andere rechters, ondanks de zuivere intentie, ook tot rechtsongelijkheid en willekeur kan leiden, want wie kan bijhouden hoe het in al die gevallen vergelijkenderwijs precies zat? Dat elk geval op zich staat en uniek zou zijn, miskent de grote overeenkomsten tussen veel gevallen. Dit caveat is zowel tot de strafrechter als de bestuursrechter gericht. Een stevig houvast in de vorm van beleidsregels, richtlijnen en oriëntatiepunten is in beide stelsels belangrijk.

Bovenstaande laat onverlet dat de strafrechter straft en de bestuursrechter toetst. Dit zou toch meer dan een nuanceverschil in benadering en gevoelde verantwoordelijkheid kunnen meebrengen. Zou het wellicht beter zijn dat de bestuursrechter, juist als de strafrechter, zélf de straf zou opleggen in plaats van een bestuursbesluit te toetsen? Dat de bestuursrechter besluiten toetst en niet zelf straft (afgezien van gevallen als bedoeld in art. 8:72a Awb) volgt uit de taakverdeling in het bestuursrecht, waarbij een bestuursorgaan een besluit neemt, waartegen in beroep kan worden gegaan bij de bestuursrechter, die dit besluit op rechtmatigheid toetst. Dit is kenmerkend voor het bestuursrecht zoals we dat thans kennen, zij het dat daarop recent een uitzondering is gemaakt voor verzoeken aan de bestuursrechter om een bestuursorgaan te veroordelen tot schadevergoeding (titel 8.4 Awb). Wanneer zou worden afgestapt van het besluit als (nagenoeg) exclusieve toegang tot de bestuursrechter en (voor veel meer gevallen) een vorderingsstelsel zou worden ingevoerd, waarbij burgers, maar wellicht ook bestuursorganen, de bestuursrechter met allerhande verzoeken kunnen benaderen<sup>58</sup>, zou ook een verzoek van een bestuursorgaan aan de bestuursrechter om aan een overtreder een boete op te leggen denkbaar zijn. Een tussenweg in zekere zin zou zijn om weliswaar het orgaan de boete te laten opleggen, maar deze pas in werking te laten treden nadat de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken dan wel, als binnen die termijn een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan, pas nadat de bestuursrechter dat verzoek heeft afgewezen.<sup>59</sup>

#### *Afdwingen van de medewerking aan het toezicht door middel van een herstelsanctie*

In art. 5:20 Awb is medewerking aan het toezicht verplicht gesteld, maar in de Awb is geen bevoegdheid opgenomen om met een bestuurlijke sanctie die verplichting tot medewerking aan het toezicht af te dwingen. Steeds vaker echter biedt de bijzondere wet wel een dergelijke bevoegdheid, waarbij, anders dan bij bestraffing van het niet meewerken,<sup>60</sup> de medewerking daadwerkelijk kan worden afgedwongen.<sup>61</sup> Dit is onder meer het geval in de Wabo (art. 5.14), de Warenwet (art. 32), de Drank- en Horecawet (art. 44), de Wet op de medische hulpmiddelen (art. 12) en de Wet op het financieel toezicht (art. 1:79). Laatstgenoemde wet voorziet behalve in de bevoegdheid ter zake een last onder dwangsom op te leggen ook in een boetebevoegdheid bij het niet naleven van art. 5:20 Awb (zie art. 1:80 Wft).<sup>62</sup> Met name door een last onder dwangsom kan de toezichthouder daadwerkelijke medewerking afdwingen, mits het bedrag in de last hoog genoeg is. Bovendien kan een geschil over de vraag of medewerking in casu mag worden gevegd dan worden uitgevochten in een procedure over de last onder dwangsom ter handhaving van de medewerkingsplicht, in plaats van in de procedure tegen de sanctie die is opgelegd vanwege de 'inhoudelijke overtreding'. Het lijkt daarom een goed idee het afdwingen van de medewerkingsplicht algemeen, in de Awb, te regelen. Voor het verkrijgen van daadwerkelijke medewerking is een herstelsanctie het meest aangewezen.

## **5 Relatie tot algemene ontwikkelingen in het bestuursrecht**

De bestuurlijke handhaving is ingebed in het algemene bestuursrecht. Dit brengt mee dat bijvoorbeeld beginselen van behoorlijk bestuur ook voor handhavingsbesluiten 'gelden', evenals de bepalingen in de Awb over besluiten in het algemeen en over beschikkingen in het bijzonder, naast de specifieke bepalingen in hoofdstuk 5. Ten aanzien van de plicht tot belangenafweging en de evenredigheid tussen doelen en gevolgen (art. 3:4) neemt de

handhavingsjurisprudentie in zoverre een aparte plaats in dat er bij de afweging of wel of niet tot handhaving moet worden overgegaan, geen sprake is van een blanco startpositie. Het gewicht van de algemene belangen die met handhaving zijn gediend, is op voorhand zwaar. Er moeten dus nóg zwaarder wegende belangen van de overtreder of anderen tegenover staan wil het afzien van handhaving gerechtvaardigd zijn. Wél in lijn met de rest van het bestuursrecht is de strenge koers die de Afdeling vaart ten aanzien van het vertrouwensbeginsel. Van een plicht tot het afzien van handhaving wegens opgewekt vertrouwen waarop betrokken mocht afgaan, kan alleen sprake zijn als er een concrete, ondubbelzinnige toezegging is gedaan door of namens het bevoegd gezag. Daarvan blijkt in de praktijk zelden of nooit sprake te zijn.

Evenals het bestuursrecht in het algemeen is het handhavingsrecht voortdurend in ontwikkeling. De voorgaande paragrafen hebben dat duidelijk gemaakt. Het eind van de ontwikkelingen is nog lang niet in zicht; dat zal hierna blijken. Met zowel de derde als de vierde tranche heeft de wetgever wel een forse stap gezet richting harmonisatie en overzichtelijkheid. Omdat niet alle beleidsterreinen dezelfde problemen en eigenaardigheden kennen, zal van een complete eenwording echter wel nooit sprake zijn. Er blijft behoefte aan maatwerk en diversiteit. Dat is ook niet erg, als er maar een systeem in het recht zit. Dat dit er nog niet in optima forma is, wordt hierna in § 6 besproken.

Het handhavingsrecht is dus ondanks alle inspanningen van de wetgever nog altijd niet bepaald eenvoudig. Ook dat spoort met de algemene ontwikkelingen binnen het bestuursrecht. De drang naar deregulering en vereenvoudiging gaat gepaard met goed bedoelde wetwijzigingen die veelal tal van nieuwe vragen oproepen. Zie de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, om maar eens een willekeurig voorbeeld in één van de bijzondere delen van het bestuursrecht te noemen. Wat de handhaving betreft heeft met name de nieuwe Awb-regeling inzake de invorderingsbeschikking de bestuursrechter voor tal van vragen gesteld, zoals in de vorige paragraaf is gebleken. Hoe terecht men het ook kan vinden dat tenuitvoerleggingsvragen bij de bestuursrechter zijn ondergebracht, er dreigt verdergaande juridisering. Dat zien we ook in de rest van het bestuursrecht. De komst van de bestuurlijke strafbeschikking (formeel een stukje strafrecht, maar toegepast door bestuursorganen) als alternatief voor de bestuurlijke boete heeft het bestuursstrafrecht verder gecompliceerd. Dat de strafbeschikking de bestuurlijke boete zou vervangen of zelfs terugdringen, zoals sommigen wellicht zouden hebben verwacht, is gezien de constante stroom aan nieuwe wetsvoorstellen met bestuurlijke-boetebevoegheden vooralsnog niet bewaarheid.

## 6 Knelpunten en oplossingen daarvoor

*Wat zou er nog in hoofdstuk 5 Awb moeten worden geregeld?*

Kijkend naar hoofdstuk 5 Awb valt direct op dat daarin een aantal onderwerpen *niet* is geregeld. Zo is er, niettegenstaande eerdere aankondigingen van het tegendeel, nog altijd geen regeling van de intrekking van begunstigende beschikkingen (als sanctie). Daarmee is de intrekking de enige algemene bestuurlijke sanctie die nog geen regeling in de Awb heeft gevonden, behoudens de intrekking van subsidies. In die leemte zou moeten worden voorzien, al dan niet in een vijfde tranche.<sup>63</sup> In een algemene regeling voor de intrekking *als sanctie*, in hoofdstuk 5 Awb, zouden tenminste de volgende, voor de hand liggende, punten aan bod<sup>64</sup> moeten komen:

[list]

(betere) definitie van intrekking (en wijziging);<sup>65</sup>

welk orgaan bevoegd is tot intrekking;

wat de intrekkingbeschikking moet vermelden (o.a. datum waarop de intrekking ingaat, of de intrekking voor onbepaalde tijd is of voor een bepaalde duur);

de gronden voor intrekking;

een bepaling die betrokkene in de gelegenheid stelt de reden voor (een niet als straf bedoelde) intrekking weg te nemen door alsnog zijn verplichtingen na te leven, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn waarin hem die mogelijkheid niet hoeft te worden geboden;

eventuele beperkingen aan de bevoegdheid tot intrekking (bij een intrekking van een financiële aanspraak wellicht een vervaltermijn);

een bepaling over de al dan niet terugwerkende kracht van de intrekking;

een vervaltermijn (in elk geval bij een intrekking van een financiële aanspraak).  
[/list]

Zou er een Awb-regeling over intrekking in het algemeen, dus ook over intrekkingen anders dan als sanctie, komen, dan moeten aan dit lijstje wellicht nog enkele onderwerpen worden toegevoegd, zoals schadevergoeding bij intrekking. Ik vind niet dat de Awb zou moeten bepalen wat de aard van een intrekking is (herstel of bestraffend) omdat dit nu eenmaal niet voor alle intrekkingen dezelfde hoeft te zijn.<sup>66</sup> Wel zou een aanpassing van de definitie van bestuurlijke sanctie in art. 5.1 lid 1 onder a wenselijk zijn in die zin dat niet alleen wordt gesproken van een 'opgelegde verplichting of onthouden aanspraak', maar van een 'opgelegde verplichting of onthouden dan wel ontnomen aanspraak'. Dan hebben we de slimmigheid dat onder 'onthouden' ook 'alsnog onthouden' moet worden verstaan, niet meer nodig. Voorts zou de verhouding van de voorgestelde algemene regeling inzake de intrekking als sanctie tot de intrekkingbepalingen in de subsidietitel moeten worden gezien. Die laatste bepalingen zouden dan deels kunnen vervallen.

Op den duur zou hoofdstuk 5 wellicht ook een regeling kunnen bevatten voor andere sancties, zoals de uitsluiting<sup>67</sup>, maar gezien de algemene aard van de Awb lijkt het verstandig het vooralsnog te laten bij een regeling van de vier meest voorkomende sancties (bestuursdwang, dwangsom, boete en intrekking), waarvan de intrekking als enige dus nog niet in hoofdstuk 5 is te vinden.

Een aspect dat slechts deels is geregeld, is het legaliteitsvereiste voor bestuurlijke sancties. Weliswaar bepaalt art. 5:4 Awb algemeen dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts bestaat voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend, maar art. 5:3 beperkt de reikwijdte (ook) van art. 5:4 tot 'de in dit hoofdstuk geregelde bestuurlijke sancties'. Aldus geldt art. 5:3 alleen voor bestuursdwang, dwangsom en boete. Dat voor elke intrekking van een begunstigende beschikking, ook een zuivere herstelintrekking, thans op grond van het legaliteits*beginsel* zou gelden dat en wettelijke grondslag nodig is, staat allerminst vast. Het is misschien wel wenselijk. Deze onduidelijkheid zou er niet zijn zonder bedoelde beperking van de reikwijdte van art. 5:4.<sup>68</sup>

Persoonlijk vind ik het niet fraai dat de Awb niet zelf de bestuursdwangbevoegdheid aan bestuursorganen toekent, nu alle decentrale organen deze bevoegdheid reeds hebben. In de huidige systematiek moet voor organen van de centrale overheid per regeling worden gezien of die bevoegdheid wordt toegekend. De reden dat er op centraal niveau geen behoefte aan zo'n toekenning zou bestaan ('in de praktijk niet wordt gemist')<sup>69</sup> overtuigt nog altijd<sup>70</sup> niet. Een algemene toekenning aan alle bestuursorganen, en dan uiteraard in de Awb, is een stuk eenvoudiger en overzichtelijker, terwijl er in de gevallen waarin aan die bevoegdheid geen behoefte zou bestaan, voor zover die gevallen er zijn, die bevoegdheid dan bij bijzondere wet kan worden afgenomen dan wel door organen gewoon niet wordt gebruikt.

Ten slotte zou het de voorkeur verdienen in de Awb te regelen dat de plicht tot medewerking aan het toezicht door middel van een bestuurlijke herstelsanctie kan worden afgedwongen. Zie daarover reeds het slot van paragraaf 4.

*Andere belangrijke kwesties (die echter niet per se in hoofdstuk 5 hoeven te worden geregeld)*

Er zijn drie kwesties die alle de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht betreffen, die ik hier nog zou willen noemen. Ten eerste is dit de verhouding tussen toezicht, waaraan moet worden meegewerkt, en opsporing, waarbij een zwijgrecht geldt. Hierbij rijzen tal van lastig te beantwoorden vragen: op welk moment vindt de overgang van de ene naar de andere sfeer plaats en welke gevolgen heeft dit? Welke opbrengsten van het toezicht mogen in de opsporingsfase worden gebruikt en onder welke voorwaarden?<sup>71</sup> Wat is precies de reikwijdte van het beginsel nemo tenetur? Het is verleidelijk de wetgever te vragen de verhouding tussen toezicht en opsporing eens en voor altijd helder te regelen, maar mede gelet op de internationaalrechtelijke kanten van dit vraagstuk – vergelijk de vele EHRM-arresten hierover – is dat niet reëel. De tweede kwestie betreft het bewijs. Zou de bestuursrechter niet dezelfde aanpak moeten volgen als de strafrechter waar het gaat om de vaststelling en waardering van het bewijs dat een beboetbaar feit is gepleegd? Zie hierover ook reeds § 3.2. Ik denk dat het formuleren en in de Awb opnemen van enkele specifieke bewijsregels alleen voor dit soort zaken, hetgeen op zichzelf al niet gemakkelijk is, afbreuk zou doen aan de eenheid van het bestuursrecht, want bewijs speelt in tal van zaken, ook buiten het handhavingsrecht en zeker buiten het 'boeterecht'. Denk aan het bewijs dat moet worden geleverd voor het verbeurd zijn van dwangsommen. Daarvoor heeft de Afdeling enkele vuistregels ontwikkeld. Laat zij daar aan de hand van concrete gevallen vooral nog even mee doorgaan! Hoe dan ook: als er al bewijsregels in hoofdstuk 5 zouden moeten komen, dan zouden die in elk geval niet alleen voor de boete moeten gelden. De derde kwestie gaat over de telkens opnieuw door de wetgever te maken keuze voor een bepaald systeem van sanctionering: bestuursrecht of strafrecht, bestuurlijke boete of strafbeschikking, bestraffende of herstelsanctie?<sup>72</sup> Er zijn diverse nota's waarin tamelijk vage criteria als 'aard en ernst van het feit', 'besloten of gesloten context', doelmatigheid en doeltreffendheid en dergelijke worden beschreven, als richtsnoer voor de wetgever. Tegelijk zien we dat de wetgever daarmee doorgaans nogal opportunistisch omgaat. Dat laatste is op zichzelf misschien niet wenselijk, maar het is een illusie te denken dat dit verandert door het opnemen van dergelijke criteria in de Awb. Het zou de wetgever voor alle volgende wetten hoe dan ook niet binden. Het zou beter zijn een aantal ongerechtvaardigde verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het bestuursrecht weg te nemen. Als dat eenmaal is gebeurd, mag wat mij betreft daarna het doelmatigheidsaspect de doorslag geven.



## Noten

**1** Tot verdriet van sommige auteurs. Zie de diverse bijdragen van N.S.J. Koeman, S. Pront-van Bommel, B.K. Olivier en H. Troostwijk in Willem Konijnenbelt (red.), *De derde tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992, p. 103-134. Zie over handhaving in de derde tranche voorts ook de bijdragen van P. Hazewindus, O.J.D.M.L. Jansen, S. Borger en K.F. Schuiling in A.J. Bok e.a. (redactiecommissie), *Nieuw bestuursrecht: derde tranche Algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 131-225.

**2** In zoverre is de memorie van toelichting niet precies waar die zegt dat de Awb een weerspiegeling bevat 'van het gebruikelijke pakket van bevoegdheden dat men in tal van bijzondere wetten aantreft' (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 134) omdat 'tal van wetten' niet dat héle pakket aan bevoegdheden toekenden.

**3** Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 137.

**4** Zie hierover P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 22-25.

**5** Ik heb daartoe de 86 wetten bekeken die in de bijlage bij de memorie van toelichting bij de derde tranche zijn opgenomen. Vermeldenswaard is slechts dat enkele van die wetten de bevoegdheden inzake het onderzoeken van zaken en vervoermiddelen (art. 5:18 en 5:19) niet aan 'hun toezichthouders' hebben willen doen toekomen (de Wet op het bevolkingsonderzoek, de Wet agrarisch grondverkeer en de Wet opnemings buitenlandse pleegkinderen). Daarnaast zijn er nog enkele andere wetten die een of meer van deze bevoegdheden voor 'hun' toezichthouders hebben geschrapt, zoals de Wet personenvervoer 2000, die de bevoegdheid met betrekking tot het onderzoeken van zaken (art. 5:18).

**6** Let wel: het gaat hier om verzegeling in het kader van het toezicht, dus niet de verzegeling die is bedoeld in art. 5:28 Awb.

**7** In stukken over het EU-recht ligt het anders, wellicht omdat de Engelse termen 'control' en 'inspection' een wat ruimere betekenis hebben.

**8** In beleidsstukken wordt hieraan naar mijn indruk minder strak vast gehouden.

**9** Zie p. 128.

**10** Bij de sancties gaat het dan zowel om de oplegging als de tenuitvoerlegging daarvan.

**11** Zie bijvoorbeeld de art. 170-172 Wegenverkeerswet 1994. Zie hierover ook L.J.J. Rogier, *Handhaving en sancties*, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2006, p. 55-86, met name p. 67 e.v. Van dit boek (inclusief genoemd hoofdstuk) zou eind 2013 een geheel herziene tweede druk verschijnen.

**12** Zie uitgebreid hierover Lex Michiels, *In beginsel verplicht*, in: Toon de Gier

e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 81-96, waarin voor de 'geboorte' van de beginselplicht het begin van de jaren negentig (1991/1992) wordt aangewezen.

**13** ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

**14** ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer.

**15** ABRvS 18 juni 2003, *AB* 2003, 394 m.nt. F.R. Vermeer.

**16** ABRvS 4 juni 2002, *AB* 2002, 219 m.nt. FM.

**17** ABRvS 17 september 2008, *AB* 2008, 320 m.nt. F.C.M.A. Michiels en (nog iets strenger) CBB 20 augustus 2010, *AB* 2010, 242 m.nt. I. Sewandono.

**18** CBB 21 juli 1998, *AB* 1998, 437 m.nt. J.H. van der Veen. Zie over deze uitspraak de kritische annotatie van F.C.M.A. Michiels in T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 465-474.

**19** Zie uitgebreider A.B. Blomberg, *Handhaving en toezicht*, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2006, p. 19-54. Van dit boek (inclusief genoemd hoofdstuk) zou eind 2013 een geheel herziene tweede druk verschijnen.

**20** ABRvS 23 april 2002, *AB* 2002, 232 m.nt. Sew.

**21** ABRvS 31 oktober 2012, *AB* 2013/72 m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mill.

**22** V.zr. Rb. Den Haag 9 april 2003, *AB* 2003, 199 m.nt. OJ.

**23** CBB 24 juni 2003, *AB* 2003, 363 m.nt. JHvdV.

**24** Hof Den Haag 30 december 2004, *AB* 2006/301 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

**25** CBB 21 december 2012, *LJN* BY7031, *JB* 2013/41. In eerste aanleg had de rechtbank nog anders geoordeeld (zie o.m. Rb Rotterdam 9 juni 2011, *LJN* BQ7658).

**26** ABRvS 27 januari 2010, *LJN* BL0746, *AB* 2010, 48 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

**27** Met name P.J.J. van Buuren. G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2011. Zie voorts onder meer F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010 en F.C.M.A. Michiels, *Bewegingen in het handhavingsrecht*, *JBplus* 2012, p. 167-179.

**28** Zie ABRvS 27 februari 2008, *AB* 2008/168 m.nt. F.C.M.A. Michiels en ABRvS 2 november 2011, *AB* 2013/40 m.nt. R. Ortlep.

**29** ABRvS 25 januari 2012, *LJN* BV1856.

**30** CBB 5 april 2005, *LJN* AT4977.

**31** ABRvS 6 november 2013, nr. 201301822/1/A1.

**32** Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 132.

**33** Uiteraard gelden wel al de Awb-bepalingen die betrekking hebben op besluiten in het algemeen en op beschikkingen in het bijzonder.

**34** In het wetsvoorstel voor de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit wordt het overtrederbegrip zelfs uitgebreid tot de doen-pleger, de uitlokker en de medeplechtige. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 754. Dit wetsvoorstel is op 19 november 2013 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.

**35** Zie ook de noot van F.R. Vermeer onder ABRvS 27 maart 2013, AB 2013/181.

**36** Zie hierover F.C.M.A. Michiels, Aansprakelijkheid bij naming & shaming, O&A 2008, nr. 4, p. 190- 199.

**37** Eerst de ene sanctie en nadat die geen of onvoldoende effect heeft gehad de andere, is dus wel mogelijk. Het gaat hier dus *niet* om ne bis in idem.

**38** ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 60 m.nt. TN.

**39** Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 133.

**40** ABRvS 24 juli 2013, AB 2013/308 m.nt. F.R. Vermeer.

**41** Zie uitvoeriger P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, vierde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 8-9 en, uitgebreider nog, Gerdy Jurgens, Bestuursdwang en dwangsom: geen één-eïge tweeling, in: Chris Backes e.a. (red.), Lex Dura Sed Lex, Deventer: Kluwer 2005, p. 137-145.

**42** Aldus o.a. ABRvS 16 mei 2012, LJN BW5949.

**43** ABRvS 13 juni 2012, LJN BW8183, JM 2012, 103 m.nt. T.N. Sanders.

**44** ABRvS 13 november 2013, LJN BW3295.

**45** ABRvS 25 juli 2012, LJN BX2610.

**46** Zie ABRvS 13 november 2013, LJN BW3295: 'De Afdeling neemt daarbij in overweging dat bij het verweerschrift in hoger beroep weliswaar een gedagtekende en ondertekende verklaring is gevoegd van de betreffende toezichthouder, maar dat deze verklaring ontbrak ten tijde van het nemen van het besluit van 18 augustus 2011' [het besluit op bezwaar, FM].

**47** ABRvS 19 december 2012, LJN BY6768, AB 2013, 104 m.nt. T.N. Sanders, JB 2013, 25.

**48** Het nemen of bekendmaken van de invorderingsbeschikking wordt niet als stuitingshandeling genoemd en kan, nu de Awb een limitatieve opsomming van stuitingshandelingen bevat, dus niet als zodanig gelden.

**49** ABRvS 19 juni 2013, LJN CA3682, AB 2013, 285 m.nt. T.N. Sanders.

**50** ABRvS 17 juli 2013, nr. 201211567/1/A1.

**51** Zie H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005 (nog gebaseerd op het wetsvoorstel vierde tranche).

**52** Zie uitgebreid R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011 en (voor de pre-vierde-tranche-rechtspraak) C.L.G.F.F. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, Den Haag: Sdu 2002. Zie ook de talloze annotaties van Oswald Jansen in de AB, die te zamen een fraai overzicht van de ontwikkelingen in de boeterechtspraak geven.

**53** Terzijde vermeld ik dat het bestuursorgaan dát een boetebevoegdheid heeft veelal beleidsvrijheid heeft om wel of geen boete op te leggen, maar dat dit niet altijd het geval is; zie diverse SZW-wetten.

**54** H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes*, Groningen 2012 (Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen). Zie ook de reactie van de minister van Veiligheid en Justitie in de vorm van een brief aan de kamer (Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 80).

**55** Zie CRvB 7 mei 2010, AB 2010, 229 m.nt. R. Stijnen en ABRvS 21 juli 2010, AB 2011, 264 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie ook ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011, 334 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

**56** Zie ABRvS 10 augustus 2011, AB 2011, 262 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 24 augustus 2011, AB 2011, 288 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 19 oktober 2011, AB 2011, 352 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

**57** Zie ABRvS 14 september 2011, AB 2011, 294 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

**58** Zie over deze gedachte en hoe die uit te werken F.J. van Ommeren en P.J. Huisman e.a., 'Het besluit voorbij' (VAR-preadviezen), Den Haag: BJU 2013, met name het preadvies van F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel, p. 7-102. Zij gaan overigens niet concreet in op de vraag of het beter zou zijn dat de bestuursrechter de boete oplegt in plaats van het bestuursorgaan.

**59** Daarvoor werd ten aanzien van de last onder dwangsom al lang geleden gepleit door Koeman, in reactie op het voorontwerp derde tranche Awb,. Zie N.S.J. Koeman, Hoofdstuk 6 Handhaving, in: Willem Konijnenbelt (red.), *De derde tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, p. 106-107.

**60** Voorts is er altijd de onaantrekkelijke strafrechtelijke weg van vervolging wegens het niet opvolgen van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 184 WvSr). Op die manier verkrijgt de toezichhouder immers niet alsnog medewerking, maar wordt de weigerachtige persoon 'slechts' gestraft. Nu in steeds meer bijzondere wetten de bestuursdwangbevoegdheid (en dan dus ook automatisch via art. 5:32 Awb de dwangsombevoegdheid) ter handhaving van de medewerkingsplicht wordt opgenomen, rijst de vraag of dit in de Awb kan worden geregeld.

**61** Zie voor enkele voorbeelden in de rechtspraak ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2004, 331 m.nt. FM en Vz. ABRvS 29 augustus 2005, *JB* 2005, 307 m.nt. Overkleeft-Verburg.

**62** Zie bijvoorbeeld Rb Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7658 en Rb Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7633 (in welke zaken boeten van 100.000 respectievelijk 150.000 euro waren opgelegd).

**63** Zie hierover M.A.M. Dieperink, Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken, in: C.H. Bangma e.a., *De vijfde tranche, preadviezen Jonge VAR*, Den Haag: BJu 2003, p. 49-84, en W. den Ouden, *De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag BJu 2010, p. 689-715.

**64** Aan bod komen: wat er precies in de regeling zou moeten komen te staan, is vers twee.

**65** In art. 5:2 lid 1 sub a Awb wordt onder bestuurlijke sanctie mede verstaan een 'onthouden aanspraak'. Om de intrekking daaronder te laten vallen, moeten we dan enigszins geforceerd spreken van een 'alsnog onthouden aanspraak'. Dit mag wel wat duidelijker worden geformuleerd. Zie hierna.

**66** Voor zover mogelijk en nodig zou de bijzondere wet daarover uitsluitel moeten geven. Zie voor een recente belangwekkende uitspraak over het karakter (wel of niet punitief) van de intrekking van een rijbewijs ABRvS 23 oktober 2013, LJN BY7669 (alcoholslotprogramma).

**67** Daarbij gaat het erom dat een overtreder voor een bepaalde periode wordt uitgesloten van de mogelijkheid zekere voordelen te genieten, zoals subsidies en vergunningen. Zie bijvoorbeeld art. 31 lid 4 Drank- en horecawet (welke uitsluiting overigens een automatisch karakter heeft).

**68** Bröring en Naves vinden dit een misser: 'De Awb schiet tekort waar zij in art. 5:3 de reikwijdte van art. 5:4 heeft beperkt.' Zie H.E. Bröring en H.K. Naves, *Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 449-467 (455).

**69** Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 153.

**70** Zo'n zestig jaar geleden zag Van Wijk dit al als een lacune. Zie H.D. van Wijk, *Politiedwang, VAR-geschrift XXIX*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1954, p. 72.

**71** Een verwante vraag deed zich voor toen de Belastingdienst een kort geding aanspande om bepaalde fiscaal relevante documenten te verkrijgen. De Hoge Raad maakte uit dat die documenten wel moesten worden verstrekt, maar ook dat voor zover het ging om wilsafhankelijk materiaal die documenten niet voor eventuele beboeting mochten worden gebruikt. Zie HR 12 juli 2013, LJN BZ3640.

**72** Er zijn uiteraard ook (vele) situaties waarin beide mogelijk zijn en waarin een bestuursorgaan en/of de officier van justitie moet kiezen. Het gaat mij hier nu

echter om de keuzes die de wetgever moet maken.

---

© Boom Juridische uitgevers