

De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid

Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik¹

1	Inleiding	99
1.1	<i>Aanleiding: steeds repressiever wordend bestuursrecht</i>	99
1.2	<i>Toezicht en handhaving in opmars</i>	101
1.3	<i>Definitie, centrale vraagstelling en plan van behandeling</i>	104
2	Het huidige repressieve bestuursrechtelijke instrumentarium in vogelvlucht	107
2.1	<i>Introductie</i>	107
2.2	<i>Algemene (toezichts-) en handhavingsverplichtingen</i>	107
2.2.1	Nationaal	108
2.2.2	EU-recht	110
2.2.3	EVRM	111
2.3	<i>Algemene en bijzondere handhavingsinstrumenten</i>	113
2.3.1	Algemene wet bestuursrecht	113
2.3.2	Bijzondere wetten	116
2.3.3	Wet op de economische delicten	118
2.3.4	Privaatrechtelijke handhaving	118
2.4	<i>Conclusie</i>	119
3	Rechtsstatelijke analyse van een aantal representatieve instrumenten: voldoende tegenwicht via wettelijke waarborgen en rechtsbescherming?	121
3.1	<i>Introductie</i>	121
3.2	<i>Categorie toezicht: structurele observatie</i>	121
3.2.1	Inleiding	121
3.2.2	Wetgeving	122
3.2.3	Rechtspraak	122
3.2.4	Literatuur	124
3.2.5	Algemene les	125

1 Zij danken hun collega's en meelezers voor de zeer gewaardeerde hulp bij de totstandkoming van dit preadvies. Een speciaal woord van dank aan Lisa van der Maden, Charlotte Mattheussens, Thomas Sanders, Louise Verboeket en Max Vetzo die bereid waren om over een concept van dit preadvies, onder de gewaardeerde leiding van Jaap Polak, de discussie met ons aan te gaan. Dat leverde waardevolle suggesties op voor de eindversie. De tekst van daarvan is afgerond op 25 februari 2022.

3.3	<i>Categorie toezicht: toezichtsalgoritmen</i>	125
3.3.1	Inleiding	125
3.3.2	Wetgeving	126
3.3.3	Rechtspraak	126
3.3.4	Literatuur	126
3.3.5	Algemene les	127
3.4	<i>Categorie herstel: intrekking begunstigende beschikking</i>	128
3.4.1	Inleiding	128
3.4.2	Wetgeving en rechtspraak: algemeen	128
3.4.3	Rechtspraak: waarborgen	129
3.4.4	Algemene les	132
3.5	<i>Categorie herstel: terugvordering (Toeslagen)</i>	133
3.5.1	Inleiding	133
3.5.2	Wetgeving	133
3.5.3	De waarborgen vanuit evenredigheid bezien	134
3.5.4	Rechtspraak	135
3.5.5	Literatuur	137
3.5.6	Algemene les	138
3.6	<i>Categorie herstel: hoge dwangsom bij last</i>	138
3.6.1	Inleiding	138
3.6.2	Wetgeving	139
3.6.3	Rechtspraak	139
3.6.4	Literatuur	140
3.6.5	Algemene les	142
3.7	<i>Categorie herstel: aanwijzing staken exploitatie (kinderopvang en financieel toezicht)</i>	142
3.7.1	Inleiding	142
3.7.2	Wettelijk kader	142
3.7.3	Rechtspraak	143
3.7.4	Algemene les	144
3.8	<i>Categorie herstel: naming-and-shaming</i>	145
3.8.1	Inleiding	145
3.8.2	Wettelijke basis en karakterisering	145
3.8.3	Rechtspraak	146
3.8.4	Literatuur	147
3.8.5	Algemene les	148
3.9	<i>Categorie bestraffend: boete gefixeerd via beleidsregel (de casus van de WAV)</i>	148
3.9.1	Inleiding: wetgeving en beleid	148
3.9.2	Rechtspraak	149
3.9.3	Algemene les	150

3.10	<i>Categorie bestraffend: boete gefixeerd via algemeen verbindend voorschrift: het voorbeeld van de Huisvestingswet</i>	151
3.10.1	Inleiding: de wettelijke regeling	151
3.10.2	Rechtspraak	151
3.10.3	Algemene les	152
3.11	<i>Categorie openbare orde: huisverboden</i>	153
3.11.1	Inleiding: instrument en wetgeving	153
3.11.2	Praktijk en rechtspraak	154
3.11.3	Literatuur	158
3.11.4	Algemene les	158
3.12	<i>Categorie openbare orde: gebiedsverboden</i>	159
3.12.1	Inleiding: instrument en wetgeving	159
3.12.2	Rechtspraak	161
3.12.3	Literatuur	162
3.12.4	Algemene les	162
3.13	<i>Categorie bijzonder: vreemdelingenbewaring</i>	163
3.13.1	Inleiding	163
3.13.2	Wetgeving	163
3.13.3	Rechterlijke toetsing	165
3.13.4	Rechtspraak	166
3.13.5	Literatuur	167
3.13.6	Algemene les	168
3.14	<i>Conclusie</i>	169
4	Lessen voor wetgever, bestuur, rechter en burgers: op zoek naar een betere en meer structurele balans bij de introductie en inzet van repressieve bestuursrechtelijke instrumenten	171
4.1	<i>Introductie</i>	171
4.2	<i>Strafrechtelijke equivalenten: heroverweeg ongerechtvaardigde verschillen</i>	173
4.3	<i>De rol van de verschillende actoren binnen de trias en van de burger</i>	174
4.3.1	Algemeen	174
4.3.2	Wetgever	174
4.3.3	Bestuur	178
4.3.4	Rechter	179
4.3.5	Burgers	183
4.4	<i>Conclusie: gewenste rechtsbescherming</i>	183
5	Stellingen en aanbevelingen	187

1 Inleiding

1.1 Aanleiding: steeds repressiever wordend bestuursrecht

Op 15 augustus 2017 legde de toenmalige Minister van Justitie en Veiligheid een gebiedsverbod op aan de salafistische imam Jneid. De minister deed dit vanwege de opruiende preken en toespraken door de imam in aanwezigheid van een voor radicalisering vatbaar publiek uit de Haagse Schilderswijk en de wijk Transvaal. De minister besloot daarom op grond van artikel 2 lid 1 en 2 aanhef en onder b Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding tot een gebiedsverbod van zes maanden voor de genoemde wijken. Dit omdat Jneid in verband kon worden gebracht met het ondersteunen van terroristische activiteiten. Dit verbod bleef in stand tot bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De Afdeling oordeelt dat het verbod op terechte gronden, om redenen van nationale veiligheid, is opgelegd. Weliswaar wordt de imam daarmee in zijn vrijheid van meningsuiting en godsdienst beperkt, maar deze beperking is volgens de Afdeling gerechtvaardigd. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het gebiedsverbod geen bestraffende sanctie is maar een naar plaats en tijd afgebakende, preventieve maatregel, waarvan strekking, oogmerk, noch effect een punitief karakter heeft.¹ Het gebiedsverbod is diverse malen steeds met zes maanden verlengd en voor de rechter in stand gebleven, tot eind 2020 de Rechtbank Den Haag een streep heeft gezet door de laatste verlenging, nu niet meer aan alle elementen van het wettelijk criterium zou zijn voldaan.²

Veel verser in ons geheugen ligt wat nu de Toeslagenaffaire is gaan heten. Daar ging het om de veelvuldige inzet van het instrument van terugvordering

1 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, AB 2018/327, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder. Er is tevens een klacht in Straatsburg aanhangig over deze kwestie, zie klachtno. 57264/18 (Jneid).

2 Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13885.

van ontvangen toeslagen voor kinderopvang indien de ouders niet konden voldoen aan de op hen rustende verplichting hun uitgaven aan te tonen.³

De afgelopen kwart eeuw is het bestuursrecht ontegenzeggelijk steeds repressiever geworden,⁴ zoals de zojuist besproken voorbeelden ook laten zien. Dit natuurlijk als logisch gevolg van meer repressieve tendensen in de samenleving. In de jaren zeventig, begin tachtig van de vorige eeuw leek daar toch iets anders tegenaan te worden gekeken, bijvoorbeeld op het terrein van het sociale bestuursrecht. Zo was de toekenning van bijstandsuitkeringen toen vooral gebaseerd op wederzijds vertrouwen. Begin jaren tachtig kon het nog zo zijn dat een Groningse wethouder aankondigde dat werkloze mannen vanaf 45 jaar gedurende twee jaar zonder enige verplichting van hun uitkering konden genieten.⁵ Dat zou nu ondenkbaar zijn. Nadat er verschillende fraudegevallen naar buiten kwamen, werden de teugels langzamerhand strakker aangehaald door de overheid. Daarbij sloeg de slinger soms wel weer te ver door, getuige ook de introductie van draconische fraudewetten in 2013 op dit terrein (waarbij de boete werd gesteld op de hoogte van het fraudebedrag).⁶ De rechter heeft daar inmiddels de scherpste kantjes van afgehaald.⁷

Het accent is in ieder geval de afgelopen kwart eeuw steeds meer op toezicht c.q. handhaving komen te liggen en op die manier is het bestuursrecht ook meer en meer in het klassieke strafrechtelijk vaarwater terechtgekomen. Dit wordt bij uitstek geïllustreerd door de enorme toename van het aantal bestuurlijke boetebevoegdheden op tal van bijzondere delen van het bestuursrecht, maar ook door de uitdijning (en de inzet) van toezichtsbevoegdheden, zoals het gebruik van camera's in de openbare ruimte. Repressie is in het bestuursrecht steeds centraler komen te staan.

Het gebruik van het woord 'repressief' brengt het risico mee dat deze tendens alleen als negatief wordt gezien. Het zou echter niet goed zijn dat als vertrekpunt van het preadvies te nemen. Bestuursrecht heeft immers naast een waarborgfunctie juist ook altijd een instrumentele functie gehad. Nu de samenleving om diverse redenen vraagt om meer aandacht voor veiligheid, openbare orde, bescherming van de volksgezondheid (COVID-19) en bestrijding van fraude, heeft (zoals ook blijkt uit het genoemde voorbeeld inzake terrorismebestrijding) het bestuursrecht daarbij vanzelfsprekend een belangrijke rol te vervullen. Daarbij komt dat de aanwending van de instrumentele middelen die

3 Vgl. hierover J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld*, Amsterdam: de Correspondent 2021.

4 Vgl. bijv. G.J. Vonk, 'Repressieve verzorgingsstaat', *NJB* 2014/80.

5 Zie nader hierover, C. van der Heijden, 'Wantrouwen als leidraad. Een labyrint van protocollen', *De Groene Amsterdammer*, 9 januari 2020.

6 Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, *Stb.* 2012, 462.

7 CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, *AB* 2015/8, m.nt. R. Stijnen.

het bestuursrecht biedt er ook weer toe kan dienen om rechten van anderen te waarborgen. Zo gelden er vanuit het EVRM juist ook positieve verplichtingen om burgers te beschermen tegen het gevaar van aantasting van het recht op leven (artikel 2 EVRM) en de mogelijke inbreuken van het recht op privéleven, ernstige gezondheidsschade daaronder begrepen (artikel 8 EVRM).⁸ De maatregelen tegen terreurdreiging, afwijking van ernstige milieuschade (denk aan *Urgenda*) en bescherming tegen het coronavirus vormen daarvan zeer relevante en actuele voorbeelden. Zo moet de overheid telkens de verschillende in het geding zijnde (grond- en mensenrechtelijke) belangen tegen elkaar afwegen.⁹

Maar zoals altijd gaat het om het zoeken van een juiste balans en moet voorkomen worden dat het bestuursrecht wordt ‘misbruikt’ als repressiemiddel omdat dit nu eenmaal makkelijk is en – zoals doorgaans wordt aangenomen – met minder waarborgen is omkleed in vergelijking met het strafrecht. Er moet met andere woorden een evenwicht worden gevonden tussen ‘wetteloosheid’, in die zin dat de wet niet wordt nageleefd, en ‘rechteloosheid’, waarmee dan wordt bedoeld op het te veel in het gedrang laten komen van fundamentele rechten bij het afdwingen van de naleving van wetten.

1.2 Toezicht en handhaving in opmars

Vanaf het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw groeide de aandacht voor het handhaven van normen en in dit verband voor toezicht.¹⁰ Dit mede als gevolg van kritiek in de samenleving op vervagend normbesef. De term ‘handhavingstekort’ raakte in de mode om aan te duiden dat de strafrechtsketen het aantal zaken niet meer aankon en overbelast raakte. In aansluiting op een eerder rapport van de Commissie-Korthals Altes waarin een zogenoemd rechtshandhavingstekort werd geconstateerd, met name op het terrein van het strafrecht, werd de Commissie *Handhaving op niveau* (naar haar voorzitter ook de Commissie-Michiels genoemd) gevraagd om nader te bezien in hoeverre het bestuursrecht een goed alternatief voor het strafrecht zou kunnen zijn, en of daar ook sprake is van een handhavingstekort. De Commissie was van oordeel dat over “een tekort pas kan worden gesproken wanneer er rechtens wel *moet* wor-

8 Vgl. recent E. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021 en eerder P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008 en D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

9 Zie uitgebreid, J.P. Loof, ‘Coronacrisis en bestuursrecht: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies’, in: *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-adviezen, VAR-reeks 166), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 7-80.

10 Vgl. daaraan voorafgaand G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (Preadvies NJV 1984), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

den gehandhaafd, maar het bevoegde orgaan niet *wil* of niet *kan* handhaven. De mate waarin moet worden gehandhaafd, dient zichtbaar te worden gemaakt in een beleidsmatig gewenst en rechtens aanvaardbaar handhavingsniveau.”¹¹ De Commissie concludeerde (aan de hand van tien bijzondere deel terreinen van het bestuursrecht) dat de praktijk van de handhaving veelkleurig is en dat de mate van het handhavingstekort op verschillende terreinen uiteen kan lopen. Bovendien zou zo veel mogelijk gebruik moeten worden gemaakt van het reeds bestaande handhavingsinstrumentarium en samengewerkt moeten worden tussen de verschillende handhavingsspelers (bestuurlijk en justitieel). Bij het toedelen van nieuwe punitieve (bestraffende) bevoegdheden, met name ten aanzien van boeteoplegging, dient terughoudendheid te worden betracht, zeker als het gaat om decentraal toegepaste bevoegdheden; daarbij moet het strafrecht in beginsel niet worden uitgesloten, aldus de Commissie.¹²

Ook in zijn VU-oratie uit 1994 waarschuwde Michiels voor een te groot-schalig gebruik van de bestuurlijke boete.¹³ Dit was ook het jaar waarin de Commissie Toetsing voor Wetgevingsvraagstukken haar advies uitbracht over de inzet van bestuurlijke boetes. De Commissie formuleerde diverse uitgangspunten voor de introductie van de bestuurlijke boete, onder meer dat de betrokken norm een geringe normatieve lading heeft en dat de norm voldoende duidelijk is, zodat een overtreding eenvoudig kan worden vastgesteld.¹⁴ Dit uitgangspunt is ook overgenomen door de Awb-vierde-tranche-wetgever.¹⁵ Inmiddels lijkt dit uitgangspunt echter volstrekt achterhaald te zijn, gezien de enorme hoeveelheid bestuurlijke boetewetten (het aantal van 150 is gepasseerd)¹⁶ met niet alleen vaak hoge boetes maar ook moeilijk vast te stellen overtredingen (bijvoorbeeld van wettelijke zorgplichten).

Bij wijze van intermezzo is het illustratief een van onze voorgangers als preadviseur voor de NJV aan te halen. Het gaat om J.P. Hoogland die in 1947 preadviseerde over de vraag: *Met welke straffen en maatregelen, door welke bestuursorganen naar welke regels van proces behoren overtredingen van*

11 Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (Commissie-Michiels), *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 175.

12 *Handhaven op niveau*, 1998, p. 89.

13 F.C.M.A. Michiels, *De bestuurlijke boete in opmars?* (oratie Amsterdam VU), Zwolle 1994. Zie ook zijn VAR-preadvies: F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, Alphen aan den Rijn 1995, p. 117-118.

14 CTW-advies 1994/1, ‘Handhaving door bestuurlijke boeten’, Den Haag 12 januari 1994.

15 De Vierde tranche trad in werking op 1 juli 2009, nadat een eerste voorontwerp reeds in 1999 was verschenen.

16 Zie bijv. A.R. Hartmann & O.J.D.M.L. Janssen, ‘Op de kast en terug, maar niet in de la: Raad van State over de keuze tussen de twee bestraffende stelsels in het publiekrechtelijke sanctierecht’, *TBS&H* 2021, p. 36; Albers spreekt eerder ook al van 150: C.L.G.F.H. Albers, ‘Primitief strafrecht? Over decriminalisering, bestuursstrafrecht en rechtsbescherming’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 309-319, op p. 309. In dezelfde uitgave spreekt Stijnen van ‘bijna 140 wetten’ (zie R. Stijnen, ‘De Algemene wet bestuursrecht en het strafrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 297-307, op p. 297).

overheidsregelingen betreffende het economisch leven te worden beteugeld? Het volgende laat treffend zien hoe anders er destijds werd aangekeken tegen bestraffing door het bestuur:

“Nog een enkel woord over de ‘berechting’ door de administratie zelve. De mogelijkheid daartoe is onder anderen opengesteld in het Besluit tuchtrechtspraak voedselvoorziening, doch gelukkig zijn tot dusverre deze bepalingen vrijwel een doode letter gebleven, hoewel niet geheel. Rondom de gulden per niet ingeleverd ei, door het Bedrijfschap voor Pluimvee en eieren opgelegd aan ieder die niet voldeed aan zijn verplichting tot het inleveren van eieren, is rumoer genoeg ontstaan, al mag men op grond van zoo’n enkele ervaring het stelsel niet zonder meer verwerpen. Meer toepassing vond het beginsel op het gebied van de prijsbeheersching, waar de inspecteurs meteen fungeerden als rechters, doch dit systeem, dat in de praktijk ook leidde tot ongewenschte toestanden, werd vrij spoedig na de bevrijding losgelaten. Het stelsel heeft ook te eclatante nadelen om het niet zonder meer te verwerpen. Zoo lang de bedrijven in de oogen van de bedrijfsgeenooten nog zijn, wat zij zijn, n.l. van bovenaf opgelegde organisaties, blijft berechting daardoor berechting door één der partijen met al de nadeelen van dien. Dan ziet de rechter de waarde van den geschonden, van hem zelf afkomstigen, regel niet meer objectief en dan dreigt het gevaar van berechting naar een eenheidsprocedee, zonder dat aan de bijzonderheden van het afzonderlijke geval meer aandacht wordt geschonken. Als eenig voordeel zou men misschien kunnen noemen dat een reeks van futiliteiten langs eenvoudigen weg zou kunnen worden afgedaan. Als het zou moeten, ik heb er vrede mee, zolang men die weg dan maar niet als rechtspraak betitelt en de strafmogelijkheden tot het alleruiterste beperkt.”¹⁷

Het mag geen verbazing wekken dat de preadviseur concludeert dat de berechting van overtredingen van overheidsregelingen betreffende het economisch leven dient plaats te vinden door de gewone rechterlijke macht volgens de regels van het Wetboek van Strafvordering.

Nu het tegenwoordig een gegeven is dat het bestuur op grote schaal beschikt over een bestraffend instrumentarium is er terecht een groeiende aandacht voor de vraag of de rechtsbescherming in het bestuursrecht op voldoende niveau is en of deze niet achterblijft ten opzichte van die in het strafrecht. Zo heeft de Raad van State hier ongevraagd advies over uitgebracht¹⁸ en heeft de VAR haar jaarvergadering in 2014 gewijd aan de rechtsbescherming bij bestraffende bestuurlijke sancties.¹⁹ De bestuursrechter toetst inmiddels strenger,

17 J.P. Hoogland, in: *Handelingen NJV 1947* (Preadvies NJV 1947), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947, p. 273-274.

18 Zie Afdeling Advisering van de Raad van State, Advies van 13 juli 2015, W03.15.0138/II, *Stcr.* 2015, 30280 en de reactie van het kabinet: Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, bijlage bij *Kamerstukken II 2017/18*, 34775 VI, nr. 102.

19 C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (Preadvies VAR, VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridisch 2014.

c.q. voller als het gaat om de vraag of er voldoende bewijs is voor de beboete overtreding en als het gaat om het vaststellen van de evenredigheid van de sanctie. Wel lijkt er vanuit het perspectief van de rechtsbescherming nog winst te behalen, in elk geval ten aanzien van de toetsing van de adequate wettelijke grondslag voor de inzet van vaak ingrijpende bevoegdheden en het omgaan met onrechtmatig verkregen bewijs, terwijl anderzijds een relevante vraag is of de rechtsbescherming ten aanzien van ingrijpende sancties die vooralsnog niet als bestraffend worden aangemerkt (bijvoorbeeld het hiervoor genoemde gebiedsverbod, de afwijzing of intrekking van vergunningen al dan niet op grond van de Wet Bibob, de sluiting van drugspannen, de ontneming van het Nederlanderschap om een aantal voorbeelden te noemen) voldoende op niveau is. Daarnaast is in bredere zin de vraag van belang of de bestuursrechter voldoende gebruikmaakt van de instrumenten die het bestuursprocesrecht biedt, zoals het horen van getuigen of het benoemen van getuigen.²⁰

Een ander belangrijk thema, zeker ook rechtsgebiedoverstijgend, is de cumulatie van diverse repressieve maatregelen, waarbij het van groot belang is om tot een goede afstemming tussen de verschillende actoren te komen teneinde een evenredige uitkomst in het concrete geval te bereiken. Daarmee is de historische context van het onderwerp van dit preadvies met heel grove streken geschetst.

1.3 Definitie, centrale vraagstelling en plan van behandeling

Een belangrijke voorvraag bij de verdere introductie van dit preadvies is wat te verstaan onder repressief bestuursrecht. Wij zouden in dit verband heel gemakkelijk uitvoerig kunnen stilstaan bij de vraag naar het onderscheid tussen reparatoire en bestraffende (punitieve) sancties en de gevolgen van die kwalificatie voor de (mate van) rechtsbescherming. Wij pogen echter een breder perspectief te kiezen.²¹ Onder repressief bestuursrecht verstaan wij hier dan het toekennen aan en gebruik door het bestuur van min of meer ingrijpende bevoegdheden teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen en ongewenst gedrag tegen te gaan (waaronder ook preventie valt). Het kan hier dus zowel gaan om toezichts- als handhavingsbevoegdheden, maar daarnaast kan

20 Vgl. *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag 2021.

21 Vgl. ook de zeer lezenswaardige conclusie (d.d. 7 juli 2021) van de raadsheren advocaat-generaal Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht waarbij zij voor de volheid van toetsing – terecht – aanknopen bij de ingrijpendheid van de maatregel en niet zozeer bij de kwalificatie criminal charge, ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel); zie hierover R.J.N. Schlössels, 'Evenredigheid als limiet: de lang verwachte conclusie over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *JBplus* 2021/3, p. 1-14. Zie voor de op deze conclusie volgende uitspraken ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, 334 en 336. Zie in dit verband ook reeds onze annotatie bij EHRM 23 november 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, *AB* 2007/51 (*Jussila t. Finland*).

het bijvoorbeeld ook gaan om het stellen van ingrijpende vergunningsvoorschriften of andere vormen van (bestuursrechtelijke) normering. De instrumentalisering van het bestuursrecht laat zich ook illustreren aan de hand van het nog steeds groeiende bestuursrechtelijk toezichts- en handhavingsarsenaal van onder meer de burgemeester.²²

De kernvraag is dan – kort geformuleerd – in hoeverre de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursrecht (die er zeker is naast de instrumentele functie) in dit verband nog voldoende uit de verf komt. Het lijkt erop dat de Awb-wetgever met dekking van de rechter de laatste jaren (mogelijk nog steeds als uitloeijsel van het Rapport van de Commissie-Van Kemenade uit 1997)²³ het mogelijk heeft gemaakt dat het bestuur met meer ‘fouten’ kan wegkomen dan voorheen. Dit vanuit het doel het bestuur niet te veel voor de voeten te lopen, zodat het efficiënt beleidsdoelen kan verwezenlijken. Het is een belangrijke vraag of een en ander niet het gevaar in zich bergt van een meer en meer ‘deresponsabel’ bestuur.²⁴ Bestuursorganen zullen bezien waar ze bij de rechter mee wegkomen en daar hun praktijk op inrichten, met alle gevaren van dien. Dit nadat in de periode daarvoor juist steeds veel aandacht uitging naar het versterken van de rechtsbescherming. Daarbij moet worden aangetekend dat de vrijheid van handelen van het bestuur soms door de wetgever is dichtgetimmerd.

Een en ander brengt ons tot de volgende centrale vraagstelling van dit preadvies:

Op welke wijze weerspiegelt het huidige bestuursrecht de repressieve tendensen in de samenleving van de afgelopen jaren, biedt het voldoende tegenwicht om de rechtsstatelijke positie van burgers te waarborgen en zo nee, op welke wijze kan deze positie alsnog voldoende bescherming krijgen?

Het preadvies is daartoe als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 behandelt het huidige bestuursrechtelijke instrumentarium in vogelvlucht. Daarna bevat hoofdstuk 3 een rechtsstatelijke analyse (aan de hand van korte casestudies) van een aantal representatieve instrumenten (uit uiteenlopende categorieën, zoals toezicht, herstel, bestraffing, openbare orde, samenloop van diverse sancties (binnen het bestuursrecht, maar ook binnen het straf- én bestuursrecht)). Bezien wordt of er voldoende tegenwicht bestaat via wettelijke waarborgen en rechts-

22 Zie bijv. J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder, *Gewapend bestuur* (Preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridisch 2019. Zie verder hoofdstuk 3 van dit preadvies voor de inventarisatie van het bestuursrechtelijk instrumentarium.

23 Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, *Bestuur in geding*, Haarlem 1997.

24 Vgl. T. Barkhuysen, ‘Nieuw procesrecht en deresponsabel bestuur’, *NJB* 2013/2404.

bescherming en in het bijzonder hoe de bestuursrechtelijke rechtsbescherming zich verhoudt tot die in het strafrecht op het betreffende terrein.²⁵ Hoofdstuk 4 probeert lessen te trekken voor wetgever, bestuur, rechter en burger op zoek naar een betere en meer structurele balans bij de introductie en inzet van (nieuwe) repressieve bestuursrechtelijke instrumenten. Hoofdstuk 5, ten slotte, is kort en bevat een aantal stellingen c.q. aanbevelingen.

25 T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbepenkend overheidsingrijpen: studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

2.1 Introductie

In dit hoofdstuk wordt om te beginnen in paragraaf 2.2 ingegaan op de verschillende algemene (toezichts- en) handhavingsverplichtingen die op nationaal en Europees niveau tot ontwikkeling zijn gekomen. Dit omdat daarmee duidelijk wordt welke verplichtingen er voor de overheid in algemene zin gelden om op te treden tegen niet-normconform handelen of nalaten. Daarbij is het van belang om op te merken dat al dan niet in navolging daarvan de nodige bijzondere wetten het betrokken bestuursorgaan verplichten daarin voorziene handhavingsinstrumenten daadwerkelijk in te zetten. Met dit alles ontstaat ook zicht op de ruimte die er al dan niet is om te gedogen.

Daarna volgt in paragraaf 2.3 een overzicht van het anno 2022 voor de overheid beschikbare arsenaal aan bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen (toezichtsmiddelen daaronder begrepen). Hierbij gaat het in de eerste plaats om algemene, in de Algemene wet bestuursrecht geregelde instrumenten. Daarnaast wordt bezien welke aanvullende instrumenten zijn voorzien in een selectie van bijzondere wetten. Zo wordt, zonder volledigheid te willen pretenderen, duidelijk dat de gereedschapskist van de overheid goed gevuld is.¹

Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2.4 afgesloten met een conclusie.

2.2 Algemene (toezichts-) en handhavingsverplichtingen

Hoewel er de nodige wetten zijn die bestuursorganen verplichten handhavend op te treden tegen niet-normconform gedrag, laat de wetgever meestal beleidsvrijheid ter zake (die vaak wel via beleidsregels wordt ingevuld). Dit omdat in de meeste gevallen vooraf niet goed overzien kan worden welke bijzondere

1 Zie nader de diverse bijdragen in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2014, p. 565-581.

gevallen zich voor kunnen doen. Tegelijk is er rechtspraak tot stand gekomen, zowel op nationaal als op Europees niveau, waarin deze vrijheid in meer (bij op herstel van de rechtmatige toestand gerichte herstelsancties) of mindere (bij bestraffende bestuurlijke sancties) mate wordt ingeperkt.² Overigens wordt de mogelijkheid bestuurlijke sancties op te leggen anderzijds ook beperkt. Als sprake is van een rechtvaardigingsgrond (zoals overmacht of handelen ter uitvoering van een wettelijk of ambtelijk bevel), mag er op grond van artikel 5:5 Awb geen sanctie worden opgelegd. Verder mag een bestraffende sanctie niet worden opgelegd wanneer geen sprake is van schuld. Dit volgt ook uit de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. Op dit alles wordt hierna nader ingegaan.

2.2.1 *Nationaal*

In de nationale rechtspraak was lange tijd geen sprake van een (beginsel)plicht tot handhaving. De Hoge Raad had daarbij het voortouw en benadrukte steeds dat het de overheid daarbij vrijstond bij de afweging van de in aanmerking komende belangen ‘(...) de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen’.³ Ook de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State tapte uit dat vaatje: “Het toepassen van bestuursdwang is geen verplichting, doch een bevoegdheid. Dit brengt met zich dat de belangen die met de uitoefening van bestuursdwang worden gediend, moeten worden afgewogen tegen de daartegenover staande belangen van de betrokkenen.”⁴

Via een aantal tussenstappen⁵ kwam de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2004 uiteindelijk tot de formule voor wat de beginselplicht tot handhaving is gaan heten en die ook geldt wanneer er geen concreet handnavingsverzoek ligt: “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 een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering 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.”⁶

2 Vgl. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 185.

3 HR 12 maart 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AC239, NJ 1971, 265, m.nt. W.F. Prins (*Westerschouwense duinpol-der*).

4 ARRvS 25 september 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN1988, AB 1991/460, m.nt. P.J.J. van Buuren.

5 Vgl. Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 187.

6 ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683, JB 2004/293, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

Daarna heeft de Afdeling ervoor gekozen de beginselplicht ook te laten gelden voor de tenuitvoerlegging van opgelegde herstelsancties (zoals het invorderen van dwangsommen).⁷ De beginselplicht is vervolgens ook omarmd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁸ De Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad (Belastingkamer) hebben die stap niet gezet. Een mogelijke (gedeeltelijke) verklaring daarvoor is het feit dat daar, anders dan bij de Afdeling en het CBb, in de regel geschillen tussen twee partijen aan de orde zijn tussen overheid en burger zonder dat er concrete derdenbelangen spelen (waardoor er ook geen verzoeken tot handhaving van derden aan de orde zijn).⁹

Overigens blijkt uit de jurisprudentie dat de beginselplicht tot handhaving niet ziet op bestraffende sancties¹⁰ en evenmin op de inzet van toezichtbevoegdheden, hoewel de beginselplicht op dat laatste wel invloed kan hebben. Immers, om te kunnen handhaven is er in veel gevallen inzet van toezichtsbevoegdheden nodig. Verder bepleit Michiels dat onder omstandigheden de beginselplicht ook ten aanzien van de inzet van bestuurlijke boeten zou moeten gelden.¹¹

De uitzonderingsmogelijkheden op de beginselplicht worden vervolgens ook relatief beperkt geïnterpreteerd. Daar gaat het om concreet zicht op legalisatie of beëindiging van de overtreding. Ook kunnen andere bijzondere omstandigheden een rol spelen, zoals de geringe ernst van de overtreding, het niet geschaad zijn van belangen van derden en het feit dat het om een incidentele overtreding gaat.¹² Ook wordt prioriteringsbeleid toegestaan (als niet zijnde in strijd met het gelijkheidsbeginsel)¹³ en kan bij lichte overtredingen met een waarschuwing worden volstaan. Lange tijd stilzitten aan de zijde van het bestuur of zelfs een expliciete gedoogverklaring leggen echter meestal weinig gewicht in de schaal om een uitzondering op de beginselplicht aanvaard te krijgen, zeker wanneer derden om handhaving verzoeken. Anders gezegd, een

7 Bijv. ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553, *JB* 2012/4.

8 CBb 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN4700, *AB* 2010/242, m.nt. I. Sewandono.

9 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 188.

10 Zie bijv. ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1407, *AB* 2022/16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik: het verzoek van appellante om handhaving op te treden tegen de Autoriteit Persoonsgegevens, o.m. door de oplegging van een bestuurlijke boete wordt afgewezen. Bovendien overweegt de Afdeling dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld “dat, nu er geen beginselplicht tot handhaving met betrekking tot de gevraagde oplegging van een bestuurlijke boete bestaat, het besluit tot afwijzing van het verzoek tot het opleggen van een boete minder indringend moet worden getoetst dan een afwijzing van een verzoek tot het opleggen van een eerste plaats aan de AP om de afweging te maken of het opleggen van een boete is aangewezen. Deze afweging wordt door de bestuursrechter terughoudend getoetst.”

11 F.C.M.A. Michiels, ‘In beginsel verplicht’, in: De Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (liber amicorum P.J.J. van Buuren), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 81-96. Anders F.R. Vermeer, ‘De ‘beginselplicht; gedetermineerd’, *JBplus* 2011, p. 72-74.

12 Zie met verwijzingen naar uitspraken Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 195-212.

13 Zie bijv. ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1961: het handhavingbeleid mag er echter niet toe leiden dat tegen overtredingen met lage prioriteit nooit wordt opgetreden.

beroep op het vertrouwensbeginsel om daarmee aan handhaving te ontkomen slaagt niet vaak.¹⁴

De ratio van de introductie van de beginselplicht is niet heel precies vast te stellen. Genoemd worden het handhaven van de rechtsstaat en het uitgangspunt dat wettelijke verplichtingen niet voor niets worden geïntroduceerd en dat met het aannemen van een wet ook de wil van de wetgever tot uitdrukking wordt gebracht dat deze wetten worden nageleefd. Maar los van deze meer theoretische concepten is minstens zo belangrijk het destijds in de maatschappij levende sentiment dat er een einde moest komen aan de toen ervaren ‘gedoogcultuur’ en dat de teugels strenger moesten worden aangetrokken.¹⁵ Hierbij geldt dat door de handhaving ook weer (mensen)rechten van anderen kunnen worden beschermd, zij het dat dit ook weer binnen rechtstatelijke grenzen moet gebeuren.

2.2.2 *EU-recht*

De EU-pendant van de hiervoor besproken beginselplichtjurisprudentie is te vinden in het Griekse maïs-arrest van het Hof van Justitie. Daarin worden de lidstaten verplicht te reageren op schendingen van het (thans) Unierecht (toen gemeenschapsrecht) op basis van het beginsel van loyale samenwerking.¹⁶ De lidstaten zijn daarbij vrij te kiezen als het gaat om de middelen. Het mag gaan om strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of civielrechtelijke middelen. Voorwaarde is wel dat de sancties effectief, evenredig, gelijkwaardig (met voor overtredingen van het nationale recht voorziene sancties) en afschrikwekkend zijn.¹⁷ Wel komt het voor dat op bepaalde beleidsterreinen preciezer het soort toe te passen sancties wordt voorgeschreven.^{18,19} Bovendien wordt in sommige gevallen zelfs de strafrechtelijke weg verlangd.²⁰

14 Zie Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 195-212. Vgl. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 waarin de Afdeling iets meer ruimte lijkt te laten voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel na de conclusie van advocaat-generaal Wattel.

15 Vgl. Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 192 e.v.

16 HvJ EU 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse maïs*).

17 HvJ EU 10 juli 1990, C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (*Hansen en Don*).

18 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 344-352.

19 In de woorden van het Hof van Justitie: “Dienaangaande zij opgemerkt, dat wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de Lidstaten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag verplicht zijn, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daartoe dienen de Lidstaten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Verder dienen de nationale autoriteiten even energie op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.” HvJ EU 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 r.o. 23-25. Zie nader P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridisch 2008, p. 293-320.

20 HvJ EU 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (in casu betrof het milieuregelgeving).

De Commissie kan op haar beurt via een infractieprocedure de lidstaten dwingen handhavend op te treden wanneer zij dat nalaten.²¹ Ook kan de Commissie op bepaalde beleidsterreinen, zoals het mededingingsrecht, zelf handhavend optreden tegen overtreders.²²

Met het uitdijen van het Unierecht, wordt ook de hiervoor omschreven daarmee samenhangende beginselplicht tot effectieve handhaving op meer terreinen van belang. Tegelijk geldt ook hier dat op de door het Unierecht bestreken terreinen het EU-Grondrechtenhandvest van toepassing is dat waarborgen biedt tegen een te vergaande inzet van repressieve instrumenten.

2.2.3 EVRM

Ook uit het EVRM vloeien onder omstandigheden toezichts- en handhavingsverplichtingen voort voor de verdragsstaten. Daarbij gaat het met name om het door de verdragsstaten verzekeren van de naleving van belangrijke fundamentele rechten, ook in de rechtsverhouding tussen burgers onderling. Dit in het kader van de zogenoemde positieve verplichtingen van de staat.²³

In de zaak *Öneryildiz/Turkije* maakt het EHRM in bredere zin duidelijk dat positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM gelden ten aanzien van alle mogelijke levensbedreigende risico's, inclusief milieugevaren. Het ging in deze zaak om de ontploffing van methaangas dat zich had opgehoopt onder een vuilnisbelt. Op de vuilnisbelt woonden mensen en de autoriteiten hadden ondanks duidelijke signalen over het ontplofingsgevaar nagelaten op te treden, met vele doden als gevolg. Het Hof neemt een schending aan van het recht op leven uit artikel 2 EVRM (en van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM) ondanks het verweer van de Turkse regering dat sprake was van illegale bewoning en klagers zich daarmee zelf in een gevaarlijke situatie hadden gebracht. Het Hof hecht echter meer belang aan het feit dat de autoriteiten de illegale bewoning jarenlang hadden gedoogd.²⁴

Aan de hiervoor aangehaalde uitspraak kan de basisregel worden ontleend dat de overheid alle maatregelen moet nemen die mede gelet op de haar toekomende bevoegdheden redelijkerwijs kunnen worden gevergd om te voorkomen dat een reële en directe levensbedreiging waarvan zij op de hoogte is of zou behoren te zijn, zich verwezenlijkt. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om bedreigingen veroorzaakt door overheidsdiensten of door derden. In dat licht is een enkel verbod om, bijvoorbeeld, ergens te wonen niet onder alle omstandigheden voldoende. De basisregel impliceert daarmee dat staten een

21 Vgl. HvJ EU 9 december 1997, C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 (*Spaanse aardbeien*).

22 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 334-344.

23 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 96-98 (waaraan de hiernavolgende passage deels is ontleend).

24 EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, AB 2005/43, m.nt. A. Woltjer (*Öneryildiz/Turkije*).

adequaat systeem van toezicht en (preventieve) handhaving moeten opzetten, alsmede dat de normstelling en daarop gebaseerde vergunningverlening dienen te zijn gericht op het voorkomen van levensbedreigende situaties. Noodzakelijke maatregelen mogen niet met het oog op andere belangen (zoals financiële) worden uitgesteld, tenzij deze redelijkerwijs niet kunnen worden geveerd. Verder volgt uit artikel 2 EVRM ook de verplichting om burgers te informeren over (potentieel) gevaarlijke situaties. Aangenomen kan worden dat staten ook verplicht zijn te voorzien in effectieve nationale rechtsmiddelen waarmee zo nodig preventief ingrijpen van de staat in potentieel gevaarlijke situaties kan worden afgedwongen. Als een risico zich desalniettemin verwezenlijkt, eist artikel 2 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM dat een adequaat onderzoek naar de oorzaken wordt verricht. Tevens dienen de slachtoffers of hun nabestaanden een toereikende schadevergoeding te kunnen verkrijgen. In gevallen van extreme nalatigheid als gevolg waarvan meerdere slachtoffers zijn te betreuren, moet het mogelijk zijn de verantwoordelijken strafrechtelijk te vervolgen.²⁵ Uit latere jurisprudentie van het EHRM volgt dat de vervolgingsverplichting uit artikel 2 EVRM ook geldt als er (nog) geen dodelijke slachtoffers zijn geweest.²⁶ Maatgevend is het hebben laten bestaan van een concreet levensgevaar.²⁷

De autoriteiten kunnen zelf de middelen kiezen om deze doelen te bereiken. Hierbij heeft de staat een beoordelingsvrijheid. In dit verband geldt wel dat op de autoriteiten niet een onmogelijke of disproportionele last mag worden gelegd, zonder acht te slaan op bepaalde beleidskeuzes die zij moeten maken ten aanzien van prioriteiten en financiën.²⁸

Ook artikel 8 EVRM leidt tot een zekere handhavingsverplichting als daarin opgenomen rechten in het geding zijn.²⁹ Uit onder meer de zaak *Moreno Gómez* volgt dat het langdurig in strijd met nationale normen gedogen van ernstige geluidsoverlast tot een schending van artikel 8 EVRM kan leiden. De overheid voldoet niet aan zijn EVRM-verplichtingen door slechts normen ter bescherming van de in artikel 8 EVRM besloten liggende rechten op te stellen.

25 Vgl. EHRM 29 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0929JUD001922108, *AB* 2010/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Van Melle/Nederland*), inzake de nasleep van de Schipholbrand en het niet vervolgen van verantwoordelijke bewindspersonen.

26 EHRM 28 februari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW6229, *AB* 2012/314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *JB* 2012/120, m.nt. Sanderink (*Kolyadenko e.a./Rusland*).

27 Vgl. D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, p. 185 e.v. en R.J.B. Schutgens e.a., *Immuniteiten: Het recht opzijgezet?* (Preadviezen NJV 2013), Deventer: Kluwer 2013.

28 Vgl. EHRM 1 maart 2005, ECLI:NL:XX:2005:AT7354, *AB* 2006/274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Bône/Frankrijk*); EHRM 15 december 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL2007, *AB* 2010/292, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Kalender/Turkije*); EHRM 7 mei 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0507JUD004388110, *AB* 2021/40, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vardosanidze t. Georgië*).

29 Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 105-107 (waaraan de hiernavolgende passage mede is ontleend).

Verdragsstaten hebben naar het oordeel van het Hof, behalve de verplichting dergelijke normen zelf te respecteren, de (positieve) verplichting om deze normen ook op een deugdelijke wijze te handhaven ten opzichte van derden die daarop inbreuk maken.³⁰ Voor de personen die slachtoffer zijn van de handelwijze (of beter gezegd het nalaten) van deze derden, dient op grond van artikel 8 EVRM mede in verbinding met artikel 13 EVRM, een rechtsmiddel beschikbaar te zijn teneinde de overheid te bewegen op nationaal niveau hun EVRM-rechten te realiseren door handhavend op te treden.³¹

2.3 Algemene en bijzondere handhavingsinstrumenten

Kijken we naar de Algemene wet bestuursrecht en een selectie van bijzondere wetten, dan blijkt er een groot arsenaal aan bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten te bestaan. Ook wordt kort stilgestaan bij toezichtsmiddelen op de naleving van voorschriften, die immers doorgaans voorafgaan aan de handhaving. Dan is er ook nog de strafrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke voorschriften, veelal via de Wet op de economische delicten, waardoor trouwens ook samenloopproblemen kunnen ontstaan doordat tegen een overtreding zowel bestuurs- als strafrechtelijk kan worden opgetreden. Ook wordt nog heel kort iets gezegd over de inzet van het privaatrecht door de overheid als handhavingsinstrument. Dit instrumentarium wordt hierna in vogelvlucht besproken.³²

2.3.1 Algemene wet bestuursrecht

Titel 5.2 Awb bevat een regeling over het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. Dit toezicht wordt ook wel handhavingstoezicht genoemd. Vaak gaat het immers vooraf aan de handhaving (dan is het dus een voortraject). Tegelijkertijd kan het zelf ook een handhavingsinstrument zijn, nu het kan leiden tot het voorkomen van overtredingen of de beëindiging van reeds gepleegde overtredingen.³³ In deze titel krijgen toezichthouders een bepaald

30 EHRM 16 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AR8330, AB 2005/453, m.nt. T. Barkhuysen (*Moreno Gómez/Spanje*). Vgl. EHRM 9 november 2010, ECLI:NL:XX:2010:BP1602, AB 2012/16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Deés/Hongarije*), inzake de positieve verplichting bewoners te beschermen tegen geluidsoverlast zwaar verkeer.

31 Vgl. F. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010. Vgl. over woonoverlast M. Vols, *Woonoverlast en het recht op privéleven* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridisch 2013.

32 Zie voor een uitgebreider en vergelijkend overzicht in T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechten beperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

33 Zie Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 15. Zie nader over (economisch) toezicht L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters: Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey & N. Verheij, *Toezicht* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2005.

standaardpakket aan bevoegdheden toegemeten.³⁴ In deze titel gaat het onder meer om het betreden van plaatsen, woningen (en bedrijfsruimten), het vorderen van inlichtingen, het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden, onderzoek van zaken (inclusief het nemen van monsters) en voertuigen. Deze bevoegdheden worden ingekaderd door artikel 5:13 Awb op basis waarvan toezichthouders de hen toekomende bevoegdheden slechts mogen gebruiken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is. Verder zijn vanzelfsprekend de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de normen van het EVRM van toepassing.

Een niet onomstreden praktijk is dat toezichthouders op basis van de hiervoor genoemde algemene toezichtbevoegdheden behoorlijk ingrijpende middelen inzetten. Daarbij dringt zich steeds vaker de vergelijking op met het strafrecht bij de inzet van dezelfde soort opsporingsmiddelen. Hierbij valt te denken aan structurele observatie, de inzet van een gps-tracker, het gebruikmaken van *mystery guests*³⁵ en de systematische verzameling van gegevens. In diverse zaken hebben bestuursrechters de inzet van het betreffende toezichtsmiddel naar onze mening terecht in strijd geacht met het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM, nu de betreffende wettelijke voorziening (doorgaans een algemene (Awb-)toezichtsbepaling) onvoldoende precies en toegankelijk was, waarmee niet voldaan werd aan de eis dat deze beperking bij wet voorzien is.³⁶ Het verschil met de strafrechtelijke waarborgen bij de inzet aldaar van vergelijkbare middelen valt in het oog. Voor de meest ingrijpende middelen is in het strafrecht voorafgaande rechterlijke instemming vereist (voor de minder ingrijpende de instemming van de officier van justitie). Hier blijkt ook uit dat de Awb-toezichtstitel langzaam uit haar jasje knapt. Bij de totstandkoming van deze titel in 1998 was de gedachte nog dat het ging om vooral lichte bevoegdheden waarbij voor zwaardere middelen werd aangegeven dat deze aan de eisen van artikel 8 EVRM zouden moeten voldoen. Hier komt nog bij dat deze vraag naar passende rechtsbescherming alleen nog maar pregnanter naar voren zal komen bij de verdere technologische ontwikkelin-

34 Op grond van artikel 5:11 Awb worden zij bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift.

35 O.a. CBb 8 juli 2015, *AB* 2016/347, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 23 januari 2019, *ECLI:NL:RVS:2019:195*, *AB* 2020/147, m.nt. C.M. Saris & D. de Groot.

36 CRvB 15 maart 2016, *ECLI:NL:CRVB:2016:947*, *AB* 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*GPS-tracker*); CRvB 13 september 2016, *ECLI:NL:CRVB:2016:3479*, *AB* 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*stelselmatige observatie*); HR 24 februari 2017, *ECLI:NL:HR:2017:286*, *AB* 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*automatische cameraregistratie kentekens op snelwegen i.v.m. belastingheffing; hier ging het om art. 8 EVRM*); CRvB 5 februari 2018, *ECLI:NL:CRVB:2018:269*, *AB* 2018/375, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*vorderen OV-chipreisgegevens door DUO op grond van art. 5:17 Awb acht de Raad wel in overeenstemming met art. 8 EVRM*); HR 10 april 2020, *ECLI:NL:HR:2020:639*, *AB* 2020/298, m.nt. I.W. Vermeiden (*kentekenparkeerregistratie; geen strijd met art. 8 EVRM*).

gen, zoals de drone, het gebruik van algoritmen en de verdere koppeling van (data)systemen.³⁷

Daarnaast kennen bijzondere wetten aanvullende toezichtsbevoegdheden waarop onder het volgende kopje wordt ingegaan.

Hoofdstuk 5 Awb kent verder in het kader van de handhaving een algemene regeling voor twee veelvoorkomende herstelsancties. Dit zijn de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom.³⁸ De bevoegdheid een last onder bestuursdwang of dwangsom op te leggen vloeit echter niet voort uit de Awb zelf, maar uit een bijzondere formele wet. Voor het college van burgemeester en wethouders is dat bijvoorbeeld artikel 125 Gemeentewet, waar het gaat om de handhaving op de beleidsterreinen van het college. Uit artikel 5:32 lid 1 Awb vloeit dan voort dat in plaats daarvan het tot het opleggen van een last onder bestuursdwang bevoegde bestuursorgaan ook een last onder dwangsom kan opleggen. Een last onder bestuursdwang houdt in dat indien niet binnen de in de last gestelde termijn een einde wordt gemaakt aan de overtreding het bestuursorgaan dit feitelijk zelf kan doen en daarvoor de kosten kan verhalen op de overtreder. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het verwijderen van afval. Ook de bevoegdheid een vreemdeling uit te zetten op grond van artikel 63 Vreemdelingenwet 2000 is vanwege de materiële Awb-definitie een last onder bestuursdwang. Een last onder dwangsom kent deze mogelijkheden niet. Daar verbeurt de overtreder dwangsommen als de overtreding niet tijdig wordt beëindigd. Bij een klaarblijkelijk gevaar dat een wettelijk voorschrift zal worden overtreden, kan een last op grond van artikel 5:7 Awb ook preventief worden ingezet.

Daarnaast geeft de Awb in hoofdstuk 5 een algemene regeling voor de bestuurlijke boete, waarin onder meer diverse (procedurele) waarborgen zijn opgenomen (onder meer het zwijgrecht, regels inzake cumulatie, en bij hoge boetes het hoorrecht en de verplichting om een rapport op te stellen). Verder bevat artikel 5:46 Awb onder meer een nadere uitwerking voor het bestuur en de rechter van de relevante factoren bij het bepalen van de evenredigheid van de boete, in een niet-wettelijk gefixeerd stelsel (lid 2) en in een wettelijk gefixeerd stelsel (lid 3), beide waarvan we in hoofdstuk 3 voorbeelden zullen zien.

Ook voor de bestuurlijke boete geldt dat de bevoegdheid tot oplegging daarvan (en de maximale hoogte) volgt uit een bijzondere formele wet en niet uit de Awb zelf. Het aantal wetten waarin dat gebeurt, heeft een hoge vlucht

37 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, AB 2020/236, m.nt. H.B. van Kolfschooten (*inzet Syri-algoritme bij uitkeringstoezicht*). Vgl. Raad van State, Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557, p. 31.

38 Zie daarover nader R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 805-821.

genomen. Dit met name omdat de oplegging ervan eenvoudiger kan dan bij veel strafrechtelijke boetes.³⁹ Bij de bestuursrechtelijke boete is immers geen voorafgaande betrokkenheid van de rechter vereist (iets wat tegenwoordig ook mogelijk is binnen het strafrecht met de OM-boetes). Dat laatste is er mede debet aan dat er de nodige kritiek is op de bestuurlijke boete, zeker wanneer het daarbij gaat om hoge bedragen.⁴⁰ Het lijkt een gepasseerd station, maar we stellen de vraag toch: zou er bij hoge boetes voorafgaand aan de oplegging ervan niet toch een rechter aan te pas moeten komen?⁴¹

De Awb kent geen algemene regeling voor de intrekking en wijziging van begunstigende beschikkingen bij wijze van sanctie. Een dergelijke intrekking kan een bestraffend karakter hebben als zij op leedtoevoeging is gericht, maar ook – zoals in de meeste gevallen – een herstelkarakter.⁴² De Awb kent wel een regeling voor de intrekking en wijziging van subsidiebeschikkingen in hoofdstuk 4.

2.3.2 *Bijzondere wetten*

Aanvullende toezichtsbevoegdheden zijn te vinden in diverse bijzondere wetten. Ter illustratie worden er hier twee genoemd. Om te beginnen kan worden gedacht aan cameratoezicht in de openbare ruimte op grond van artikel 151c Gemeentewet. Verder kent artikel 3:3a Wet handhaving consumentenbescherming een regeling voor de inzet van het instrument van uitlokking/pseudo-koop.

Dan de handhavingsinstrumenten. Buiten het feit dat in bijzondere wetten dus de bevoegdheidsgrondslag moet zijn opgenomen voor de inzet van in de Awb geregelde handhavingsinstrumenten, zijn in deze wetten ook vele andere handhavingsinstrumenten te vinden.⁴³ Om te beginnen de intrekking en wijziging van begunstigende beschikkingen. Ook de weigering of intrekking van begunstigende beschikkingen naar aanleiding van een integriteitsverzoek op grond van de Wet Bibob kan hier worden genoemd. Verder kan worden gewezen op de uitsluiting die vooral een rol speelt in het Europese subsidierecht en de Alcoholwet (voorheen Drink- en Horecawet). Deze komt erop neer dat een betrokkene meestal voor een bepaalde periode wordt uitgesloten van het verkrij-

39 Vgl. F.C.M.A. Michiels, 'De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten', *JusVer* 2005/6.6.

40 Vgl. R.C.P. Haentjens, 'Is het morele gehalte van de geldboete als sanctie in het straf- en bestuursrecht achter de horizon verdwenen?', *TRs* 2019/1.

41 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 822-833; N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006/47.

42 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 833-704. Vgl. wel normen op EU-niveau voor de intrekking van besluiten die de Awb-regeling mogelijk tot inspiratie zal zijn: Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht: Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 179-206.

43 Zie daarover Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 135-154; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 833-842.

gen van bepaalde voordelen of het mogen verrichten van bepaalde handelingen, zoals het mogen aanvragen van een nieuwe vergunning binnen een bepaalde periode nadat de eerdere vergunning is ingetrokken. Daarnaast is een instrument de zogenoemde praktijk van *namings-and-shaming*. Deze wordt gebaseerd op artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur (en in de toekomst op hoofdstuk 3 Wet open overheid) of een bijzondere wet en houdt in dat het feit dat aan betrokkene een bepaalde sanctie is opgelegd, actief openbaar wordt gemaakt. Verder kan worden gewezen op de bestuurlijke waarborgsom (de inning daarvan na een overtreding), de waarschuwing, noodbevelen van de burgemeester, gebiedsverboden, tijdelijke huisverboden en bestuurlijke ophouding. De laatste drie liggen vooral in de sfeer van de openbare ordehandhaving. Deze kunnen ook als reactie op overtredingen worden ingezet en horen ook daarom in deze opsomming thuis. Een wat bijzondere en verstrekkende maatregel vormt de vreemdelingenbewaring met het oog op uitzetting. Deze maatregel wordt doorgaans gekarakteriseerd als een herstelmaatregel, terwijl buiten kijf staat dat het gaat om een zeer ingrijpende maatregel en om een vrijheidsberoving die moet voldoen aan de garanties van artikel 5 EVRM.

In de in Nederland geldende bijzondere wetten treffen we naast de hiervoor genoemde handavingsinstrumenten ook nog diverse andere sancties en maatregelen aan. Denk daarbij aan het geven van aanwijzingen, schorsing en berisping in het ambtenarenrecht, het stilleggen van een werk of het bevel tot staking van werkzaamheden, zoals voorzien in de Arbeidsomstandighedenwet. Ook kan een woning worden gesloten (Gemeentewet en Opiumwet). Verder kan worden gedacht aan de opschorting van uitbetaling of de terugvordering van uitgekeerde gelden waarin diverse wetten voorzien, waaronder de toeslagenwetgeving of de terugvordering van broeikasgasemissierechten (Wet milieubeheer). Ook komt voor het verbieden van de verdere exploitatie (Wet kinderopvang) of een aanwijzing of tijdelijk verbod (Wet financieel toezicht). Daarnaast is er de mogelijkheid van een verbod op het verlaten van het Schengengebied (Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding) of de intrekking van de Nederlandse nationaliteit (Rijkswet op het Nederlanderschap). Verder kan nog worden gedacht aan de oplegging van een educatieve maatregel ter bevordering van de rijvaardigheid of geschiktheid, of ongeldigverklaring van een rijbewijs (Wegenverkeerswet 1994, in het verleden ook de oplegging van een alcoholslotprogramma). Ten slotte kan onder de Postwet een registratie worden beëindigd.

Ten behoeve van de voorbereiding van dit preadvies zijn alle bestuursrechtelijke toezicht- en handavingsinstrumenten in kaart gebracht met de bedoeling deze als bijlage aan de lezers voor te houden. Vanwege de omvang van deze lijst is daarvan uiteindelijk afgezien. Maar dit feit alleen al illustreert de grote vlucht die bestuursrechtelijk toezicht en handhaving heeft genomen.

2.3.3 *Wet op de economische delicten*

Vaak voorzien bestuursrechtelijke wetten naast de mogelijkheid van bestuursrechtelijke sancties ook in de mogelijkheid te handhaven via het strafrecht. Daarbij wordt veelal verwezen naar de WED waarin dan de strafmaat geregeld is. Dit betekent dat er samenloopproblemen kunnen ontstaan.⁴⁴ Belangrijk is hier nog om te vermelden dat met de introductie van de OM-afdoening (OM-boete) in artikel 257a e.v. Sv inzet van het strafrecht ook mogelijk is zonder de tussenkomst van de strafrechter. Dat maakt de keuze voor een strafrechtelijke aanpak onder omstandigheden makkelijker.⁴⁵

2.3.4 *Privaatrechtelijke handhaving*

Behalve dat burgers elkaar onderling uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter kunnen aanspreken vanwege niet-naleving van bestuursrechtelijke normen,⁴⁶ kan de overheid onder omstandigheden ter handhaving van dergelijke normen ook gebruikmaken van het privaatrecht.⁴⁷ Voorwaarde voor dat laatste is wel dat de overheid daarmee de publiekrechtelijke regeling niet doorkruist. Kort en goed betekent dit dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid niet is toegestaan wanneer de publiekrechtelijke regeling dat expliciet niet toestaat of omdat deze meer waarborgen biedt aan de burger.⁴⁸ Hier doen zich in de praktijk bijvoorbeeld ook vragen voor als het gaat om de geoorloofdheid van de inzet van private toezichthouders zoals dat gebeurt in het kader van het toezicht onder de Participatiewet en de Wet studiefinanciering 2000. Afhankelijk van de ruimte die de desbetreffende wet(gever) laat in combinatie met de waarborgen die worden geboden ter voorkoming van perverse prikkels bij het bedrijf dat voor toezicht wordt ingehuurd, is dit soms wel en soms niet toegestaan door de rechter.⁴⁹

44 Zie bijv. J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht', *NJB* 2018/749; R. Salet & H. Sackers, 'Spanningen tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit', *NJB* 2019/766.

45 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 844-848.

46 Vgl. S.C.P. Giesen & F.J.H. Hovens, 'De civielrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen', *NTB* 2009, p. 344-348.

47 Zie het preadvies van onze privaatrechtelijke mede-preadviseurs: zie eerder onder meer C.H. Sieburgh & J. Kortmann, *Handhaving door Nederlands privaatrecht* (Preadvies voor de Vereniging tot de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridisch 2009.

48 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 849-854.

49 Vgl. T. Barkhuysen, 'Grenzen aan de privatisering van (uitkerings)fraudeonderzoek', *NJB* 2016/136.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is een overzicht gegeven van de toezichts- en handhavingsinstrumenten waarover de overheid beschikt. Daarbij valt zowel het aantal als het spectrum aan soorten instrumenten op. Zo wordt structureel cameratoezicht gebruikt en worden ook algoritmen ingezet bij het toezicht. Ook valt op dat het bij handhaving kan gaan om voor betrokkenen ingrijpende maatregelen, zoals hoge terugvorderingen of boetes dan wel huisverboden of gebiedsontzeggingen. Daarnaast is gebleken dat de overheid behalve van het bestuursrecht in veel gevallen ook gebruik kan maken van het strafrecht en/of het privaatrecht om bestuursrechtelijke normen te handhaven. Daarbij kunnen samenloopp Problemen aan de orde zijn.

Daarnaast is gebleken dat, met name in reactie op het handhavingstekort, er in het bijzonder ten aanzien van wetgeving waarbij de Afdeling of het CBb de betrokken hoogste rechter is, een beginselverplichting voor bestuursorganen is aangenomen om van deze instrumenten gebruik te maken zodra er niet-normconform gedrag is vastgesteld. Daarmee kan een meer of minder impliciete verplichting samenhangen om ook effectief toezicht te houden. De uitzonderingen op de beginselplicht tot handhaving zijn beperkt. De Centrale Raad en de Hoge Raad (Belastingkamer) lijken meer ruimte te laten voor een belangenafweging ter zake van de inzet van deze instrumenten. Tegelijk moet worden vastgesteld dat daar waar niet-naleving van EU-recht of nationaal recht met een EU-rechtelijke achtergrond aan de orde is, er op basis daarvan ook een soort beginselplicht tot handhaving en vaak ook tot het houden van effectief toezicht bestaat. Zijn er grondrechten in het geding, dan heeft de positieve verplichtingenjurisprudentie van het EHRM een vergelijkbaar effect. Los daarvan dwingen in de nodige gevallen de betrokken formele wetten zelf tot inzet van handhavingsinstrumenten of maakt het bestuursorgaan beleidsregels die daartoe in beginsel dwingen.

3 | Rechtsstatelijke analyse van een aantal representatieve instrumenten: voldoende tegenwicht via wettelijke waarborgen en rechtsbescherming?

3.1 | Introductie

In de hiernavolgende casestudies worden verschillende categorieën van toezicht, herstel, bestraffende en andere maatregelen (openbare orde en vreemdelingenbewaring) in het bestuursrecht relatief kort in kaart gebracht. Binnen elke categorie komt steeds een aantal voorbeelden (casestudies) aan de orde met als doel om daarmee te illustreren wat er tegenwoordig allemaal te koop is, zonder daarmee de pretentie te hebben dat een compleet beeld wordt geschetst.¹ Bezien wordt steeds welke rechtswaarborgen al dan niet gelden en in het bijzonder – indien van toepassing – een vergelijking gemaakt met de rechtsbescherming in het strafrecht ten aanzien van vergelijkbare maatregelen.² Ook wordt anderszins bezien of de rechtswaarborgen toereikend zijn. Het gaat om een zo summier mogelijke behandeling volgens het (soms gecombineerde) stramien: inleiding, wetgeving, rechtspraak, literatuur en algemene lessen. Vanzelfsprekend kan er over elke casestudy veel meer worden gezegd. Daartoe ontbreekt hier echter de ruimte.

3.2 | Categorie toezicht: structurele observatie

3.2.1 | Inleiding

In hoofdstuk 2 (par. 2.3.1) zijn de algemene toezichtsbevoegdheden uit titel 5.2 Awb aan de orde geweest. Deze bevoegdheden komen aan iedere toezicht-

1 Zo had ook de samenloop van verschillende sancties als aparte casestudy kunnen worden behandeld. Daarbij spelen namelijk belangrijke vragen, zoals hoe te voorkomen dat deze samenloop onevenredig uitpakt voor betrokkenen. Voor een behandeling daarvan ontbrak echter de ruimte, hetgeen ons niet verhindert wel op deze problematiek in te gaan in hoofdstuk 4. Ook komt er geen casestudy aan de orde op het terrein van ondermijningswetgeving, terwijl ook daar het bestuursrecht een belangrijke rol speelt. Zie A.J. Wildschut, J.V. de Kort & L.M. Bruijn, *Ondermijning* (Preadviezen Jonge VAR 2017), Den Haag: Boom Juridisch 2020.

2 Vgl. T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014.

houder toe, tenzij bij wettelijk voorschrift of bij besluit anders is bepaald. Deze bevoegdheden bestaan onder andere uit het betreden van plaatsen (artikel 5:15 Awb), het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 Awb) en het onderzoeken van vervoersmiddelen (artikel 5:19 Awb). Andere bevoegdheden kunnen worden toegekend via bijzondere wetgeving.

De laatste jaren worden toezichtsmethoden gebruikt met een ander karakter. Toezichtsmethoden als camera's, warmtezoekers, peilbakens en drones kunnen worden gebruikt om subjecten van toezicht te observeren. Deze technische hulpmiddelen maken het mogelijk om gedurende een lange periode een grote hoeveelheid informatie te verzamelen. Door deze elementen krijgen de observaties een structureel karakter.

3.2.2 *Wetgeving*

Is er een voldoende wettelijke basis voor het gebruiken van dergelijke ingrijpende toezichtsmethoden? Een expliciete bevoegdheid om deze toezichtsmethoden te gebruiken kan niet worden gevonden in titel 5.2 Awb of in bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving. Deze toezichtsmethoden kunnen echter een zware inbreuk maken op het recht op eerbiediging van het privéleven als neergelegd in artikel 8 EVRM. Om gerechtvaardigd inbreuk te maken op dit recht is er krachtens artikel 8 lid 2 EVRM onder meer een afdoende wettelijke grondslag vereist. Kunnen *algemene toezichtsbevoegdheden* in bijzondere wetgeving, zoals artikel 53a Wet werk en bijstand (hierna: WWB), thans artikel 53a Participatiewet (Pw), of titel 5.2 Awb een afdoende grondslag bieden?

3.2.3 *Rechtspraak*

In twee uitspraken uit 2016 was de Centrale Raad van oordeel dat er voor (structurele) cameraobservaties een specifieke wettelijke grondslag moet zijn. Anders dan in eerdere uitspraken,³ bood artikel 53a lid 9 WWB in de betrokken zaken geen afdoende wettelijke grondslag voor het structurele gebruik van cameraobservaties⁴ en het gebruik van peilbakens.⁵

In de laatstbedoelde peilbakenuitspraak werden waarnemingen verricht voor een periode van zes maanden om de rechtmatigheid van een verleende bijstand te onderzoeken. Deze waarnemingen werden gedurende twee maanden verricht met behulp van een peilbaken. Enkel de waarnemingen die waren verricht met inzet van een peilbaken waren problematisch. De Centrale Raad oordeelde dat door 'toenemende technische verfijning en intensivering van

3 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1258; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4881 (*camera-observaties bij alleenstaande uitkeringsgerechtigde die ervan verdacht werd samen te wonen*).

4 CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479.

5 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947.

opsporingsmethoden en -technieken' een specifiekere wettelijke grondslag is vereist voor inbreuken door technische hulpmiddelen op het recht op respect voor het privéleven. Vervolgens gaat de Raad in op de redenen waarom artikel 53a lid 9 WWB niet een dergelijke grondslag kan bieden. Nu artikel 53a lid 9 WWB niet aangeeft wanneer het technisch hulpmiddel mag worden gebruikt en welke voorwaarden daarbij gelden, is het voor een belanghebbende niet *voorzienbaar* wanneer het hulpmiddel zal worden toegepast. Voorts kan artikel 53a lid 9 WWB niet worden gezien als een met *waarborgen omklede wettelijke grondslag*. Er is immers niet bepaald wie toestemming kan verlenen voor het inzetten van dit middel en ook niet op welke manier deze toestemming verleend dient te worden. Het gebrek aan waarborgen is volgens de Centrale Raad des te problematischer door het ingrijpende karakter van het hulpmiddel. Het hulpmiddel maakt het immers mogelijk een 'min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de betrokkenen' te verkrijgen.⁶ Ook wordt een vergelijking gemaakt met het strafrecht: in het strafrecht is de wettelijke grondslag wel met voldoende waarborgen omkleed. Krachtens artikel 126g en 126o Wetboek van Strafvordering kan stelselmatige observatie alleen plaatsvinden met voorafgaande toestemming van de officier van justitie. Gezien het ontbreken van een degelijke afdoende wettelijke grondslag in het bestuursrecht kunnen de verkregen waarnemingen naar het oordeel van de Centrale Raad niet voor het bewijs worden gebruikt.⁷

De Belastingkamer van de Hoge Raad hanteert een soortgelijke redenering als de Centrale Raad, hetgeen blijkt uit de uitspraak over het gebruik van *Automatic Number Plate Recognition* (hierna: ANPR) in het kader van een fiscale controle.⁸ In deze uitspraak formuleert de Hoge Raad criteria aan de hand waarvan beoordeeld dient te worden of sprake is van een inbreuk op het recht op privéleven.⁹ De Hoge Raad lijkt hiermee, net zoals de Centrale Raad, het stelselmatige karakter van deze hulpmiddelen centraal te stellen. De Hoge Raad oordeelt, eveneens in lijn met de Centrale Raad, dat er een 'voldoende precieze wettelijke grondslag' moet zijn voor dergelijke inbreuken en dat bewijsuitsluiting bij het ontbreken daarvan een gepaste sanctie is.¹⁰ In een meer

6 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947 AB 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; *Gst.* 2016/86, m.nt. R. Stijnen.

7 Vgl. ook CRvB 21 september 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2344, AB 2022/33, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik: structurele observatie van uitkeringsgerechtigde die illegaal als taxichauffeur zou bijverdienen. De zo via het bestuursrecht verkregen gegevens mochten niet worden gebruikt voor het bewijs, terwijl de gegevens die via het strafrecht (na toestemming van de officier van justitie) waren verkregen wel mochten worden gebruikt.

8 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, AB 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

9 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286; EHRM 2 september 2010, ECLI:NL:XX:2010:BQ2953 (*Uzun/Duitsland*), paragraaf 44 e.v.

10 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286; CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947; CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

recente uitspraak heeft de Hoge Raad het in Amsterdam gehanteerde kentenparkeersysteem wel in stand gelaten: de regeling hierover in de Parkeer-verordening biedt volgens hem een voldoende wettelijke grondslag voor de hiermee gemaakte inbreuk op het privéleven.¹¹

Uit de jurisprudentie blijkt dat voor het gebruik van technische hulpmiddelen als peilbakens en structurele cameraobservaties een met waarborgen omklede, voldoende specifieke wettelijke grondslag aanwezig moet zijn. Het is problematisch om het gebruik van allerlei technische hulpmiddelen te baseren op algemene bevoegdheden als artikel 53a WWB.¹² Nu een toereikende grondslag op dit moment in algemene zin ontbreekt, is het aan de wetgever om deze grondslag te creëren wanneer daaraan behoefte bestaat.¹³

3.2.4 Literatuur

In de literatuur wordt wel benadrukt dat het inzetten van technische hulpmiddelen binnen het bestuursrechtelijk onderzoek door de hiervoor behandelde uitspraken niet onmogelijk is geworden. Er zijn immers verschillende factoren die een rol spelen bij het al dan niet rechtmatig inzetten van technische hulpmiddelen. Hierbij kan worden gedacht aan ‘de intensiteit, frequentie van het gebruik van het middel, het subject of het object van onderzoek en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit’.¹⁴ Wel wordt onderstreept dat voor het inzetten van *ingrijpende* technische hulpmiddelen als peilbakens hoe dan ook een specifiekere wettelijke grondslag moet bestaan.¹⁵

Net als in de jurisprudentie, wordt hier ook een vergelijking getrokken tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Artikel 126g en 126o Sv zouden als inspiratie kunnen worden gebruikt voor een specifieke algemene wettelijke grondslag. Het zou met name wenselijk zijn als het gebruik van technische hulpmiddelen binnen het bestuursrecht ook wordt verbonden aan bepaalde voorwaarden. Zo valt te overwegen deze hulpmiddelen alleen in te mogen zetten met voorafgaande (rechterlijke) toestemming.¹⁶

Er wordt ook benadrukt dat het creëren van een dergelijke grondslag niet een gemakkelijke opgave is. Het gaat immers om technologische ontwikkelingen die zeer snel gaan. Het zal voor de wetgever daarom niet makkelijk te voorzien zijn welke technische hulpmiddelen over enkele jaren zullen zijn

11 HR 10 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:639, AB 2020/298, m.nt. I.W. Vermeiden.

12 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016.

13 J.H.A. van der Grinten & J. Wijmans, ‘Toezicht onder de Awb’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 653-663.

14 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.

15 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.

16 Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik in hun noot bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329J; Van der Grinten & Wijmans 2019.

ontwikkeld en daarom niet eenvoudig zijn om een voor een langere periode bruikbare algemene wettelijke regeling op te stellen.¹⁷

3.2.5 *Algemene les*

Voor het in brede zin gebruiken van ingrijpende technische hulpmiddelen binnen het bestuursrechtelijk toezicht is een specifieke wettelijke grondslag nodig die niet kan worden gevonden in de huidige regelgeving. De wetgever zal deze grondslag moeten creëren. Hierbij zal de wetgever een balans moeten vinden tussen enerzijds het bieden van een specifieke wettelijke grondslag en anderzijds het rekening houden met razendsnelle technologische ontwikkelingen. Bovendien valt op dat het vergelijkbare strafrechtelijke opsporingsmiddel meer rechtsbescherming geniet, nu de officier van justitie voorafgaande toestemming moet verlenen voor structurele observatie. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou ten minste gelijk moeten worden getrokken met het niveau van de strafrechtelijke waarborgen in deze, waarbij inzet van rechterlijke controle vooraf bij inzet van ingrijpende middelen de voorkeur verdient. Wat in algemene zin opvalt is dat bestuursorganen in de nodige gevallen kiezen voor de inzet van dergelijke ingrijpende middelen, terwijl er geen zekerheid is over de wettelijke grondslag daarvoor. Daarbij nemen zij het risico op de koop toe van een rechterlijke correctie.

3.3 **Categorie toezicht: toezichtsalgoritmen**

3.3.1 *Inleiding*

Artikel 64 en 65 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (hierna: ‘Wet SUWI’), in combinatie met hoofdstuk 5a Besluit SUWI vorm(d)en de wettelijke basis voor het Systeem Risico Indicatie (hierna: ‘SyRI’). SyRI is een systeem dat door de overheid wordt gebruikt ter bestrijding van fraude op het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen. Het systeem maakt hiervoor gebruik van persoonlijke gegevens van burgers. Hierbij worden veel verschillende gegevens gebruikt. Zo kan worden gedacht aan fiscale, onderwijs-, arbeids- of pensioengegevens. Deze gegevens worden gekoppeld en getoetst aan een risicomodel. Aan de hand van dit risicomodel kan worden bepaald wat het risico op fraude is bij specifieke burgers, waarna specifieke actie kan worden ondernomen.

17 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker. Vgl. ook de aanbevelingen in het ongevraagde advies van de Raad van State, over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, Den Haag 2018.

3.3.2 *Wetgeving*

Artikel 64 Wet SUWI geeft de basis voor een aantal bestuursorganen om in samenwerking gegevens te verwerken ten behoeve van het doel van hun samenwerkingsverband (te weten fraudebestrijding). De wettelijke grondslag voor deze gegevensverwerking wordt geboden in artikel 65 Wet SUWI. Dit proces van gegevensverwerking vormt de basis voor de uitvoering van de risicoanalyses in SyRI. Daarnaast zijn in dit artikel ook bepalingen opgenomen over risicomeldingen en geheimhouding. Tot slot biedt artikel 65 Wet SUWI de grondslag voor hoofdstuk 5a Besluit SUWI.

Nu het hier gaat om persoonsgegevens van burgers zijn er verschillende mensenrechten in het geding. Hierbij kan gedacht worden aan artikel 8 EVRM, artikel 7 en 8 EU-Grondrechtenhandvest en aan verschillende bepalingen van de Algemene verordening gegevensbescherming. In de rechtspraak is beoordeeld of SyRI in overeenstemming is met de hiervoor genoemde bepalingen. Voor het gebruik van risicoprofileringsystemen is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.3.3 *Rechtspraak*

Voor de analyse van de rechtspraak over de gegevensverwerking van SyRI is de uitspraak van 5 februari 2020 van de Rechtbank Den Haag van groot belang.¹⁸ De rechtbank komt tot de conclusie dat de SyRI-wetgeving een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het recht op het respect voor het privéleven en de toets van artikel 8 lid 2 EVRM niet kan doorstaan. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat er een disbalans bestaat tussen de doelen van de SyRI-wetgeving enerzijds en de inbreuk op het privéleven die door de wetgeving wordt gemaakt anderzijds. Belangrijk daarbij is dat de SyRI-wetgeving onvoldoende inzicht en controle biedt bij de inzet van SyRI. Aldus komt de rechtbank tot het oordeel dat de SyRI-wetgeving onrechtmatig is. De SyRI-wetgeving is om die reden onverbindend verklaard. Tegen de uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

3.3.4 *Literatuur*

De literatuur vestigt de aandacht op het feit dat de rechtbank heeft gekozen om de algemene beginselen van gegevensbescherming uit het EU-Grondrechtenhandvest en de AVG in te lezen in artikel 8 EVRM. In het bijzonder heeft de rechtbank dat gedaan voor het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel

18 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

en het beginsel van dataminimalisatie.¹⁹ Ook werd de vraag gesteld of de rechtbank een minder vergaand middel had kunnen kiezen dan het onverbindend verklaren van de wetgeving. Had de rechtbank niet kunnen kiezen voor het buiten toepassing laten van de wetgeving in dit specifieke geval? Nu het hier gaat om een beoordeling van de SyRI-wetgeving in algemene zin en niet om een concreet individueel geval was dat geen passende oplossing.²⁰

Verder wordt in de literatuur de vraag besproken hoe SyRI ingericht zou kunnen worden om wel aan de wettelijke bepalingen te voldoen.²¹ Deze vraag is relevant nu systemen zoals SyRI wel een belangrijk doel kunnen dienen, namelijk fraudebestrijding. Het vinden van een nieuwe wettelijke regeling alleen, zal niet voldoende zijn om de gebreken van SyRI op te vangen. Het systeem is immers op zichzelf gezien problematisch. Om tot een aanvaardbaar risicoprofileringsstelsel te komen, zal het systeem in ieder geval moeten voldoen aan de hiervoor genoemde algemene beginselen.²²

In de literatuur wordt ook nog opgemerkt dat SyRI niet het enige profileringsstelsel is dat de overheid toepast. De kinderopvangtoeslagaffaire heeft immers laten zien dat de overheid ook de Fraude Signalering Voorziening (FSV) van de Belastingdienst heeft toegepast. In de literatuur wordt het profileringsstelsel van de Belastingdienst zelfs als kwalijker gezien dan het SyRI systeem.²³

3.3.5 Algemene les

De rechtbank heeft met de SyRI-uitspraak de overheid op de vingers getikt. Risicoprofileringsstelsels moeten voldoen aan het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisatie. In het licht van verdere technologische ontwikkelingen zullen meer uitspraken te verwachten zijn over risicoprofileringsstelsels. Hierbij kan worden gedacht aan nog verdergaande systemen, zoals de FSV van de Belastingdienst. Voor het gebruik van dergelijke risicoprofileringsstelsels is (tot op heden) geen voorafgaande rechterlijke goedkeuring vereist. Lastig punt hierbij is dat het gaat om instrumenten die vaak ook in preventieve zin worden ingezet. Dat maakt het – zolang er geen eis van voorafgaande rechterlijke toestemming geldt – lastig

19 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, O&A 2020/28, m.nt. S.R.P. Bastiaans, T. Barkhuysen & N. Jak; F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Komt een fraude-opsporingssysteem bij de rechter, in: L.W. Verboeket e.a. (red.) *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 593-609.

20 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, O&A 2020/28, m.nt. S.R.P. Bastiaans, T. Barkhuysen & N. Jak.

21 S. van Schendel, 'Inzet SyRI onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar en strijdig met fundamentele rechten', *Privacy & Informatie* 2020 (2), p. 69-71.

22 Van Schendel 2020, p. 69-71.

23 Çapkurt & Schuurmans 2021; Zie ook het onderzoeksrapport van de Autoriteit Persoonsgegevens naar deze fsv-lijst uit oktober 2021, nr. z2020-04615.

om in alle gevallen daartegen effectieve rechtsbescherming te bieden. Immers, als er geen sanctiebesluit wordt gebaseerd op de inzet van dergelijke middelen, is er geen aanknopingspunt om het aan de bestuursrechter voor te leggen. Een zaak bij de civiele rechter is eveneens lastig wegens vaak ontbrekende feitelijke informatie over de inzet.

3.4 Categorie herstel: intrekking begunstigende beschikking

3.4.1 *Inleiding*

Een begunstigende beschikking is bijvoorbeeld een subsidie, een ontheffing, een vergunning, een uitkering of een concessie. Deze beschikking verleent de burger dus rechten of aanspraken die er anders niet zouden zijn. Zulke rechten of aanspraken kunnen de burger weer worden ontnomen bij wijze van intrekking van de eerdere beschikking. Een algemene en alomvattende regeling is in de Algemene wet bestuursrecht niet voorhanden. Toch heeft de wetgever de intrekking van een begunstigende beschikking in bepaalde gevallen expliciet geregeld. Ten eerste bevat de Awb bepalingen die over de intrekking van een subsidie gaan (zie bijv. artikel 4:48 Awb). Ten tweede kan bijzondere bestuurswetgeving vergelijkbare bepalingen bevatten (zie bijv. de Wet terugvordering staatssteun en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht voor omgevingsvergunningen).²⁴

3.4.2 *Wetgeving en rechtspraak: algemeen*

Alhoewel geen algemene intrekkingregeling voor een begunstigende beschikking voorhanden is, kan worden aangesloten bij de rechtspraak over impliciete intrekkingregelingen en waarborgen afhankelijk van het herstel- of bestraffende karakter van de sanctie. Voor de volheid van de evenredigheids-toetsing wordt inmiddels terecht aangesloten bij de ingrijpendheid van de sanctie, los van de kwalificatie of sprake is van een criminal charge.²⁵ De jurisprudentie gaat uit van de ‘geïmpliceerde’ of ‘impliciete’ bevoegdheid tot intrekking: de bevoegdheid tot intrekking volgt uit de bevoegdheid tot verlening van een beschikking.²⁶ Die bevoegdheid stoelt op het ‘actus contrarius’-

24 Vgl. B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

25 Zie de eerdergenoemde conclusie van Wattel en Withershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht (7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468), overgenomen – in ieder geval op dit punt – door de Afdeling in de uitspraken ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, 334 en 336.

26 Zie reeds KB 30 oktober 1954, *AB* 1954, p. 724; ARRvS 20 april 1982, *AB* 1982, 416, m.nt. Stellinga, zoals meer uitvoerig behandeld in: R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 4.2.3.

beginsel, hetgeen inhoudt dat het besluit tot intrekking van een besluit zo veel mogelijk overeenkomstig de procedure moet plaatsvinden als bij het verlenen van de beschikking.²⁷ Ondanks de inwerkingtreding van de Awb, en in het bijzonder de subsidietitel in 1998, voorziet de algemene bestuurswetgeving nog steeds niet in een algemene intrekkingsregeling.²⁸ De Afdeling bestuurs-rechtspraak van de Raad van State heeft sindsdien dan ook niet afgeweken van de leer van impliciete intrekkingsbevoegdheden.

In 2001 boog de Afdeling zich over de vraag of de intrekking van een standplaatsvergunning kon plaatsvinden bij gebrek aan expliciete bevoegdheid.²⁹ Een vergunning was verleend voor de zaterdagmarkt, terwijl enkel een verlenging voor de vrijdagmarkt aan de orde kon zijn. Ondanks het feit dat in de Marktverordening geen expliciete intrekkingsmogelijkheid voorhanden was, kon de intrekking toch toelaatbaar worden geacht mits deze niet in strijd was met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De vergunning werd ingetrokken om een administratieve fout in het algemeen belang te herstellen.

3.4.3 *Rechtspraak: waarborgen*

Artikel 6 EVRM en evenredigheid ex artikel 3:4 lid 2 Awb

De vraag naar de geldende rechtswaarborgen bij de intrekking van begunstige beschikkingen heeft lange tijd vooral in het teken gestaan van de kwalificatie van een herstel, of bestraffende sanctie, ook wel criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Aan de hand van de bekende *Engel-* (of *Öztürk*) criteria, namelijk de classificatie naar nationaal recht, de aard van de overtreding en de aard en ernst van de sanctie, werd dan uitgemaakt of de intrekking een bestraffende sanctie was. Daarmee waren dan de strafrechtelijke waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing (zoals de onschuldpresumptie, verdedigingsrechten, het zwijgrecht, *lex mitior*). Hieronder werd doorgaans ook het evenredigheidsvereiste geschaard, dat wil zeggen de eis dat de rechter de evenredigheid van de sanctie vol toetst.

In de loop der jaren zijn Nederlandse bestuursrechters – achteraf gezien – misschien wel wat al te gekunsteld bezig geweest om intrekkingen van begunstige beschikkingen als criminal charge te beschouwen teneinde deze sanctie vol op evenredigheid te kunnen toetsen. Zo volgde de Afdeling de lijn dat een tijdelijke intrekking van de apk-keuringsbevoegdheid een bestraffende

27 Ortlep 2011, paragraaf 4.2.3.

28 Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht: Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 179-206.

29 ABRvS 12 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD7859, *Gst.* 2002-7173, 6, m.nt. R.J.N. Schlössels, r.o. 2.3.

sanctie was.³⁰ Een dergelijke sanctie werd gekenmerkt door de (niet-noodzakelijke) extra leedtoevoeging en afschrikwekkende werking,³¹ althans tot 2005. In *APK keurmeester II* meende de Afdeling dat zowel een blijvende als een tijdelijke intrekking van de apk-keuringsbevoegdheid toch een herstelsanctie is.³²

Bij de intrekking van de exploitatievergunning voor horeca en coffeeshops veranderde de Afdeling ook van gedachten. Aanvankelijk beschouwde zij een dergelijke intrekking als toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel.³³ De intrekking zou een strafsanctie zijn, omdat dit nadeel tot doel had normconform gedrag te bereiken.³⁴ Vanaf 2009 gooit de Afdeling het roer om, beginnend met een Venlose coffeeshop.³⁵ De Afdeling stelde dat een dergelijke intrekking niet gericht is op het toebrengen van concreet nadeel dat verder gaat dan herstel van de rechtstoestand voor de vergunningsverlening.³⁶ Eind 2020 bevestigde de Afdeling de tot dusver gevolgde (nieuwe) koers.³⁷ In deze laatste coffeeshopzaak was sprake van een herstelsanctie vanwege de volgende redenen. Ten eerste oordeelde de Afdeling dat een dergelijke tijdelijke intrekking naar nationaal recht in het algemeen een herstelsanctie was.³⁸ Ten tweede werd niet voldaan aan de Engelcriteria. Het doel van het intrekkingbesluit was niet geïndividualiseerd concreet nadeel, maar bescherming van de openbare orde door herstel van de rechtstoestand. Aard van de overtreding en aard en zwaarte van de tijdelijke intrekking wezen niet in de richting van een strafsanctie.³⁹

De laatste jaren lijkt ondanks het herstelkarakter wel steeds vaker vanwege de ingrijpendheid vol op evenredigheid te worden getoetst (al dan niet met toepassing van artikel 3:4 lid 2 Awb). Een ontwikkeling die haar weerslag heeft gekregen in de zojuist genoemde conclusie van staatsraden/advocaten-generaal Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel bij be-

30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 1999, *AB 1999*, 282; ABRvS 10 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6282, *AB 2000*, 145, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; ABRvS 15 februari 2001, *JB 2001*, 188, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; ABRvS 1 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL3392, *AB 2004*, 322, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

31 ABRvS 10 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6282, *AB 2000*, 145, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

32 ABRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402 (*apk keurmeester II*), *AB 2006/20*, m.nt. F.C.M.A. Michiels; *JB 2006/11*, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

33 ABRvS 12 oktober 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9034, *JB 2000/328*.

34 ABRvS 12 oktober 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9034, *JB 2000/328*.

35 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1351, *JB 2009/268*, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*).

36 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1351, *JB 2009/268*, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*).

37 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2771, *AB 2021/31*, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952 (*weigering en intrekking exploitatievergunningen coffeeshops Amsterdam*).

38 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2771, *AB 2021/31*, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, r.o. 7.2; onder verwijzing naar o.m. ABRvS 7 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3265.

39 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2771, *AB 2021/31*, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, r.o. 7.2.

stuurlijke maatregelen.⁴⁰ Een kernpunt van hun advies vormt de aanbeveling om voor de rechtsbescherming tegen bestuurlijke sancties niet langer aan te knopen bij het criminal chargebegrip, nu dat kan leiden tot nogal digitale resultaten. Waarom zouden alle strafrechtelijke toeters en bellen van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM moeten gelden bij een bestuurlijke boete van € 50, terwijl dit niet het geval is bij de intrekking van een exploitatievergunning van een goed lopend café? Voor de mate van rechtsbescherming, in het bijzonder de volheid van de evenredigheidstoetsing, zou beter kunnen worden aangesloten bij de ingrijpendheid van de (sanctie)maatregelen, in het bijzonder de belangen die voor betrokkene op het spel staan. Een dergelijke differentiatie past ook zeker in de jurisprudentie onder artikel 6 EVRM.⁴¹ De aanbeveling lijkt in een baanbrekende uitspraak inmiddels overgenomen door de hoogste bestuursrechtters, die ook overnamen het advies van deze A-G's om de evenredigheidstoetsing meer handen en voeten te geven door deze naar Europees voorbeeld uit te splitsen in een toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.⁴²

Een eerder voorbeeld van hetgeen de A-G's aanbevelen, vormt ook de intrekking van een standplaatsvergunning op de markt.⁴³ De intrekking beoogde het herstel van eerlijke concurrentie op de markt. Voorts kon volgens de Afdeling verdere toetsing aan de Engelcriteria niet wijzen op een criminal charge, zeker niet alleen gebaseerd op de zwaarte van de intrekking. Tegelijk werd er wel voor gekozen de intrekking intensiever op evenredigheid te toetsen gelet op de gevolgen daarvan voor betrokkene die ook al een boete opgelegd had gekregen in verband met dezelfde feiten.⁴⁴

Artikel 1 EP EVRM

Mede gelet op bescherming van het eigendomsrecht heeft het EHRM zich verder uitgelaten over de procedurele eisen aan de voorbereiding en rechterlijke toetsing van een intrekkingbesluit. Een beschikkingensysteem kan immers dienen tot ingrijpende regulering en daarmee de aantasting van eigendom. Hierdoor kan de intrekking van een begunstigende beschikking vallen onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM.⁴⁵ In dat geval moet er een eerlijke ba-

40 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel); zie hierover o.m. Schlössels, *JBplus* 2021/3, p. 1-14.

41 Zie reeds EHRM 23 november 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, *AB* 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, waarin de annotatoren dit punt ook naar voren brengen.

42 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*uitspraak grote kamer*); zie nader over deze uitspraak hoofdstuk 4. Zie voor een voorloper ABRvS 6 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021.

43 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863, *AB* 2017/189, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

44 Vgl. bijv. ook ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (*intrekking natuurvergunning varkenshouderij*).

45 EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1985:1010DEC001087384 (*Tre Traktörer Aktiefbolag t. Zweden*), r.o. 55. Zie ook EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD0004942999 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), r.o. 131.

lans zijn tussen het individueel en het algemeen belang. In *Megadat.com SRL t. Moldavië* werd de vergunning van de grootste Moldavische internetprovider ingetrokken. De intrekking vond plaats wegens verzuim in het doorgeven van een adreswijziging. Daarnaast slaagde de internetprovider niet in het verkrijgen van een nieuwe vergunning.⁴⁶ Na een reeks van handelingen van de overheid te hebben besproken, was voor het EHRM duidelijk dat een ingrijpende inbreuk op het eigendomsrecht meer procedurele verplichtingen meebrengt gelet op het eigendomsbelang van de eigenaar. In *Vékony t. Hongarije* vult het EHRM de waarborgen uit artikel 1 EP EVRM verder aan.⁴⁷ In deze casus buigt het EHRM zich over de intrekking van alle bestaande vergunningen voor tabaksverkoop. Deze intrekking en het instellen van een vernieuwde aanvraagprocedure vonden plaats op basis van een nieuwe wet ter ontmoediging van tabaksgebruik. Aangezien het hier om een lichte kwalificatie gaat, te weten de regulering van eigendom door vergunningen, komt Hongarije een ruime *margin of appreciation* toe. Deze marge is echter niet onbegrensd en het EHRM stelt een schending van artikel 1 EP vast. Volgens het Hof had Hongarije moeten letten op de volgende waarborgen: het aanbieden van een redelijke termijn, het letten op de genoten duur van bestaande vergunningen, het verkenen van de mogelijkheid dat de vergunninghouder zich kan conformeren naar het doel van nieuw beleid, de gevolgen van bepaalde toebedelingen, de aanwezigheid van transparante regels en het al dan niet prefereren van bestaande eerdere vergunninghouders over aspirant-vergunninghouders.

3.4.4 Algemene les

De intrekking van een begunstigende beschikking wordt meestal aangemerkt als herstelsanctie, waardoor de strafrechtelijke eisen van artikel 6 EVRM niet gelden. Wel geldt mede op basis van artikel 3:4 lid 2 Awb de volle evenredigheidstoets als het gaat om een intrekking met ingrijpende gevolgen. Daarnaast kan het eigendomsrecht van artikel 1 EP een aanvullende rol vervullen als het gaat om waarborgen. We zien hier een trend naar meer intensieve toetsing als door de intrekking betrokkene zeer in zijn belangen wordt geraakt. Dat relativeert het feit dat een intrekking niet als een bestraffende sanctie wordt gezien. Voor de intrekking van een vergunning is overigens geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist. Vanuit waarborgenoogpunt is hier opvallend, de periode waarin enerzijds intrekkingen niet meer als bestraffend werden gezien, maar er anderzijds nog geen sprake was van en strenge toets op evenredigheid naarmate een intrekking ingrijpendere gevolgen had.

46 EHRM 8 april 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD4192, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.
 47 EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113, EHRC 2015/74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony t. Hongarije*).

Het is vanuit rechtsbeschermingsoogpunt goed dat de rechtspraak op dit laatste punt is bijgedraaid.

3.5 Categorie herstel: terugvordering (Toeslagen)

3.5.1 *Inleiding*

Terugvordering van toeslagen door de afdeling Toeslagen van de Belastingdienst ('Belastingdienst/Toeslagen') is zeer in het nieuws geweest en de door het kabinet toegezegde compensatie is bij de afronding van dit preadvies nog steeds niet geheel afgehandeld. Zeker in het licht van de kinderopvangtoeslagenaffaire wordt wetgever, bestuur en rechter in toenemende mate verweten dat de harde toepassing van de wet onbehoorlijk diep kan ingrijpen in het leven van de burger door de terugvordering van een toeslag.⁴⁸ Vanuit burgerperspectief zijn de waarborgen daartegen dan ook van groot belang. Nu de Toeslagenaffaire terecht breed is uitgemeten in politiek Den Haag, de media, de juridische literatuur en binnen de rechtspraak, zullen wij er in het kader van dit preadvies slechts kort aandacht aan besteden.

3.5.2 *Wetgeving*

Een toeslag is een middel om minderdraagkrachtigen in de samenleving tegemoet te komen, waarbij draagkracht wordt gemeten in inkomen. Inkomensafhankelijke elementen zijn te vinden in zowel fiscale als socialezekerheidswet- en regelgeving. Onder het laatste begrip valt ook het toeslagenstelsel, of meer precies de 'inkomensafhankelijke regelingen'. De verscheidenheid aan diverse toeslagen uit zich in diverse wetten, zoals op het terrein van de huurtoeslag, zorgtoeslag, de kinderopvangtoeslag en het kindgebonden budget. Daarnaast heeft de wetgever in 2005 gepoogd het toeslagenstelsel te stroomlijnen met de inwerkingtreding van de Algemene wet inzake Inkomensafhankelijke regelingen (Awir). De Awir definieert kernbegrippen voor de inkomensafhankelijke regelingen en stelt algemene regels voor het aanvragen, het wijzigen, het toekennen van voorschotten en het definitief toekennen van toeslagen. De bepalingen van de Awir zijn van toepassing op de eerdergenoemde inkomensafhankelijke regelingen.⁴⁹ Daarbij is de Belastingdienst/Toeslagen aangewezen als uitvoerder zoals bij de terugvorderingshandeling.

De Belastingdienst/Toeslagen kan voorschotten herzien en stelt uiteindelijk vast hoeveel toeslag wordt toegekend. Zeker in het licht van de kinderop-

48 Zie bijv. *NTB* 2021, afl. 3.

49 Artikel 1 Awir jo. artikel 1a WHT, artikel 5 Wzt, artikel 1.3 Wko resp. artikel 1 Wet KB.

vangtoeslagenaffaire springt in het oog een gebonden bevoegdheid tot gehele terugvordering bij herziening, zonder ruimte voor uitzonderingen op grond van onbillijkheden. Totdat de kinderopvangtoeslagenaffaire tot de nodige commotie leidde, was de 100%-terugvorderingsplicht ex artikel 26 Awir (oud) aan de orde. Deze bepaling luidt als volgt:

“Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.”

De Afdeling legde deze bepaling lange tijd zo uit dat bij zelfs een kleine (administratieve) verantwoordingsfout van de ontvanger van de toeslag 100% van de totaal verstrekte toeslag zou moeten worden teruggevorderd.⁵⁰ Over de vraag of de wet deze lezing daadwerkelijk dwingend voorschreef en of er echt geen ruimte was rekening te houden met onevenredige effecten, verschillen de meningen.⁵¹ Inmiddels is de wet Awir herzien in die zin dat wordt verduidelijkt dat het evenredigheidsbeginsel met zich kan brengen dat niet het gehele terugvorderingsbedrag kan worden teruggevorderd.⁵²

3.5.3 *De waarborgen vanuit evenredigheid bezien*

Bij een gebonden bevoegdheid tot (gehele) terugvordering zijn de waarborgen die de burger worden geboden van groot belang. Een dergelijke terugvordering grijpt diep in in het leven van een belanghebbende, juist wanneer de ontvangen toeslag de draagkracht diende te vergroten. Indien er ruimte voor is, zou het evenredigheidsbeginsel kunnen waken tegen de onevenredig nadelige gevolgen van de toeslagterugvordering.⁵³ Toch kan lang debat worden gevoerd over het bereik van het evenredigheidsbeginsel en over hoe het waken tegen onevenredig nadelige gevolgen past in de terugvordering van een toeslag. Een wettelijke grondslag voor evenredigheid zou men kunnen vinden in artikel 3:4

50 Zie hierna.

51 Hiervoor verwezen zij naar: A. al Khatib & T. Linders, ‘Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen’, *NJB* 2021/1321, p. 1479-1486; J. van den Brink & R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire’, *NJB* 2021/353, p. 363-370; L.J.A. Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!’, *NJB* 2021/354, p. 371-374; L. Damen, ‘Mea culpa: ik was het wel!’, *NTB* 2021/63, p. 145-146; B. van Etekoven, ‘Tussen wet en recht’, *NJB* 2021/101, p. 98-107; M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24, p. 246-253; J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, ‘De mythe van de hardheidsclausule. De toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir’, *NTB* 2021/136, p. 299-305.

52 Vgl. artikel 4:94a Awb, dat sinds 1 april 2021 bepaalt: “Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, kan een bestuursorgaan een geldschuld geheel of gedeeltelijk kwijtschelden indien de nadelige gevolgen van de invordering onevenredig zijn in verhouding tot de met de invordering te dienen doelen.”

53 Andere waarborgen dan het evenredigheidsbeginsel kunnen ook van toepassing zijn, maar worden hier verder niet besproken omwille van de ruimte. Zie voor de EVRM-dimensie bijv. Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1485 e.v.

lid 2 Awb, artikel 13b Awir (nieuw) en artikel 1 EP EVRM. Ten eerste codificeert artikel 3:4 lid 2 Awb het evenredigheidsbeginsel:

“De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.”

Ten tweede kan ook worden gekeken naar artikel 13b Awir. Net als lid 2 en 3 van artikel 26 is artikel 13b toegevoegd aan een herziene Awir. Artikel 13b Awir behelst nagenoeg dezelfde bepalingen over de belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel als artikel 3:4 Awb. Artikel 13b lid 2 Awir leest als volgt:

“De voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een beschikking als bedoeld in het eerste lid mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met die beschikking te dienen doelen.”

Extra aandacht dient uit te gaan naar de volgende passage in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet hardheidsaanpassing Awir die artikel 13b Awir in het leven riep:

“Met het voorgestelde artikel 13b wordt buiten twijfel gesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen gehouden is om in individuele gevallen de beginselen van behoorlijk bestuur die voortvloeien uit de voorgestelde artikelen toe te passen. Dit is in lijn met de jurisprudentie van de ABRvS waarin artikel 3:4 Awb een centrale plaats inneemt.”⁵⁴

Uit de aangehaalde passage lijkt de wetgever het evenredigheidsbeginsel te hebben beschouwd als prevalerend boven de terugvordering ex artikel 26 Awir, waarbij kan worden opgemerkt dat het opmerkelijk is dat zoiets vanzelfsprekend op deze wijze moet worden vastgelegd. Ten derde kan worden gekeken naar artikel 1 EP EVRM, dat het recht op het ongestoord genot van eigendom (*possessions*) beschermt. Als voorschotten of toeslagen kunnen worden aangemerkt als een ‘*possession*’, dan is artikel 1 EP EVRM van toepassing.

3.5.4 *Rechtspraak*

Aanvankelijk heeft de Afdeling het strenge karakter van de Awir stelselmatig onderstreept, maar volgens haar voorzitter heeft zij het strenge karakter van de Awir trachten bij te stellen vanaf 2016.⁵⁵ In de context van de kinderopvangtoeslagenaffaire is belangrijk te onderstrepen dat de Afdeling in oktober 2019

54 *Kamerstukken II* 2019/20, 35468, nr. 3, p. 19.

55 Van Ettekooven, *NJB* 2021/101.

is omgegaan wat betreft het besluit tot herziening en het besluit tot terugvordering in het kader van evenredigheid. Bij het herzieningsbesluit heeft de Afdeling toch wel meer betekenis doen toekomen aan het afwegen van belangen, evenredigheid en motivering.⁵⁶ Bij de bepaling van het recht op voorschotten kan worden beoordeeld welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld wanneer deze kosten ook gedeeltelijk zijn betaald. Bij een dergelijke beoordeling moet artikel 3:4 lid 2 Awb thans wel in acht worden genomen. Van het terugvorderingsbesluit vindt de Afdeling dat artikel 26 Awir niet langer een plicht tot gehele terugvordering gebiedt.⁵⁷ Kortom, artikel 26 Awir biedt toch wel discretionaire ruimte wat betreft de hoogte van de terugvordering. Ook bij het besluit tot terugvordering moet een belangenafweging plaatsvinden waarbij de nadelige gevolgen niet onevenredig mogen zijn op grond van artikel 3:4 Awb.

Bij een terugvordering in het socialezekerheidsrecht kunnen de waarborgen die voortvloeien uit artikel 1 EP EVRM relevant zijn, zeker daar waar formele wetgeving een streng regime voorschrijft. Onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM vallen niet alleen op premies gebaseerde uitkeringen, maar ook niet-contributieve uitkeringen mits er een subjectief recht op uitkering bestaat.⁵⁸ In beginsel kan dit worden aangenomen wanneer aan alle wettelijke voorwaarden voor die aanspraak op uitkering of legitieme verwachting is voldaan.⁵⁹ Waar niet aan dergelijke voorwaarden is voldaan – maar die voorwaarden discriminatoir blijken – is een beletsel niet aan de orde.⁶⁰ Ook kan sprake zijn van bijzondere omstandigheden die de uitkering in het bereik van artikel 1 EP EVRM doen vallen.⁶¹ In het kader van het terugvorderen van een voorschot zijn *good governance* en de daarmee gepaarde zorgvuldigheid van belang. Artikel 1 EP EVRM verplicht namelijk dat met de vereiste spoed alsmede op een gepaste en consistente manier gehandeld dient te worden.⁶²

Toch is voor de Nederlandse rechters een beroep op artikel 1 EP EVRM moeilijk gebleken. Voor de Afdeling en de Centrale Raad van Beroep is ‘een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht’-jurisprudentie ontstaan, terwijl daar gezien de Straatsburgse jurisprudentie ten minste over getwijfeld kan wor-

56 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85, m.nt. A. Drahmans & D.K. Jongkind; *Gst.* 2020/29, m.nt. R. Stijnen.

57 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmans & D.K. Jongkind; *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen.

58 EHRM 6 juli 2005, AB 2005/376, m.nt. F.J.L. Pennings (*Stec/Verenigd Koninkrijk*).

59 EHRM 15 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD001037305, *EHRC* 2009/120, m.nt. Pennings (*Moskal/Polen*); EHRM 11 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0211JUD000489313, AB 2022/61, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Casarin/Italië*).

60 EHRM 16 september 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8781 (*Gaygusuz/Oostenrijk*); EHRM 10 april 2012, no. 26252/08 (*Richardson/Verenigd Koninkrijk*).

61 EHRM 10 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0210JUD005308013, AB 2017/212, m.nt. A.J.M. Leijten (*Bélané Nagy/Hongarije*). Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321 met nadere verwijzingen.

62 EHRM 2 oktober 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1002JUD000574405, AB 2013/20, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Czaja/Polen*).

den.⁶³ Ook blijkt een dergelijk beroep moeilijk voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁶⁴ In de fosfaatzaken vond het CBb slechts in een van de zeven zaken dat toepassing en schending van artikel 1 EP EVRM aan de orde was, gelet op de aanwezigheid van een individuele en disproportionele last voor de belanghebbende.⁶⁵ Niettemin mag worden opgemerkt dat belastingrechtelijke zaken verder licht kunnen doen schijnen op de terugvordering in het socialezekerheidsrecht onder artikel 1 EP EVRM. In een zaak onder de Wet financiering sociale verzekering heeft advocaat-generaal Wattel in zijn conclusie het EVRM-begrip van legitieme verwachtingen bij publicaties nader uitgewerkt ten faveure van de belanghebbende.⁶⁶ Op dit snijvlak van bestuursrecht en fiscaal recht stemt het tot aanbeveling om ook de fiscaalrechtelijke jurisprudentie omtrent evenredigheid en artikel 1 EP EVRM mee te nemen.

3.5.5 *Literatuur*

In zijn reactie op de kindertoeslagenaffaire heeft Van Ettekoven, de voorzitter van de Afdeling, verschillende punten gemaakt over de terugvorderingshandeling door de Belastingdienst/Toeslagen.⁶⁷ Ten eerste zou volgens hem niet alleen een betalingsverplichting voor de belanghebbende, maar ook een terugvorderingsverplichting voor de Belastingdienst/Toeslagen besloten liggen in artikel 26 Awir (oud).⁶⁸ Van den Brink en Ortlep stemmen in met deze dwingendrechtelijke lezing van artikel 26 met inbegrip van een terugvorderingsverplichting.⁶⁹ Van de Beeten en Van de Beeten bekritisieren deze lezing gelet op de ontwikkeling van de wetsopvatting.⁷⁰ Ten tweede zegt Van Ettekoven dat voor correctie op grond van evenredigheid ex artikel 3:4 lid 2 Awb geen ruimte was gezien het dwingendrechtelijk karakter van artikel 26 Awir. Aangezien er geen formele hiërarchie bestaat tussen de wetten in kwestie (Awb vis à vis Awir), doet Scheltema de suggestie dat het dan een kwestie van interpre-

63 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4162, r.o. 7.1, verwijzend naar EHRM 4 maart 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0304JUD003905097 (*Jantner/Slowakije*); CRvB 25 februari 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO9625; Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1481.

64 CbB 17 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:522; CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291. Zie ook Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

65 CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:5, *JM* 2019/34, m.nt. C. Korkmaz i.t.t. CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:1; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:2; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:3; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:4; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:6; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:7. Zie ook Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

66 PHR 8 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:352 (concl. A-G P.J. Wattel), overgenomen door HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:1239 en 1354.

67 Van Ettekoven, *NJB* 2021/101.

68 Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

69 Van den Brink & Ortlep, *NJB* 2021/353.

70 Van de Beeten & Van de Beeten, *NTB* 2021/136. Zie ook zeer kritisch over deze lezing: L.F.M. Besselink, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/201.

tatie is.⁷¹ Hierbij zijn de Aanwijzingen voor de Regelgeving behulpzaam: van de Awb kan worden afgeweken wanneer de wet dit uitdrukkelijk bepaalt, ‘quod non’.⁷² Ten derde lijkt Van Etekoven niet ontvankelijk voor de doorwerking van artikel 1 EP EVRM.⁷³ Al Khatib en Linders stellen dat de waarborgen die uit dat artikel voortvloeien wel degelijk toepasselijk zijn gelet op de jurisprudentie van het EHRM.⁷⁴ Verder richt Damen de aandacht op het feit dat de kinderopvangtoeslagenaffaire (en de toeslagterugvordering meer algemeen) op het snijvlak van fiscaal en bestuursrechtelijk socialezekerheidsrecht ligt.⁷⁵

3.5.6 *Algemene les*

Ook bij de terugvordering van onterecht ontvangen toeslagen zal de rechter het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen.⁷⁶ Aanvankelijk sauverde de Afdeling de terugvordering van het gehele bedrag aan ontvangen toeslagen (dus inclusief de rechtmatig ontvangen bedragen). Gelukkig is de Afdeling hiervan teruggekomen, toen bleek dat dit in heel wat zaken tot onevenredige gevolgen leidde. In zaken als deze kan mogelijk het door artikel 1 EP beschermde eigendomsrecht (daaronder begrepen het evenredigheidsbeginsel/beginsel van proportionaliteit) soelaas bieden. Voor de terugvordering van ten onrechte ontvangen toeslagen is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.6 **Categorie herstel: hoge dwangsom bij last**

3.6.1 *Inleiding*

De last onder dwangsom is een herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb en wordt verder uitgewerkt in artikel 5:31d Awb. Het gaat om een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de verplichting tot betaling van een geldsom als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. De woorden ‘geheel of gedeeltelijk’ in artikel 5:31d Awb duiden op mogelijke partiële handhaving. Het uitgangspunt is wel dat een handhavingsbesluit ge-

71 Scheltema 2019, *NTB* 2019/2, p. 250.

72 Scheltema 2019, *NTB* 2019/2, p. 250.

73 Van Etekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

74 Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321.

75 Damen, *NTB* 2021/63, p. 146.

76 Vgl. het reflectierapport van de rechtbanken, die de hand zeker in eigen boezem steken: Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit kinderopvangtoeslagzaken*, oktober 2021. Alsmede het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagaffaire*, Den Haag 2021.

richt is op het volledig opheffen van de overtreding.⁷⁷ De betaling van de geldsom is voorwaardelijk in de zin dat de verplichting hiertoe pas ontstaat als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. Dit hangt samen met de strekking van de last onder dwangsom: met dreiging van betaling van een geldsom bewerkstelligen dat de overtreder de overtreding beëindigt.⁷⁸ Volgens de wetgever is de sanctie primair gericht op een correctie van een onrechtmatige situatie of het voorkomen van een onrechtmatige gedraging (onder strikte condities is ook preventieve handhaving mogelijk).⁷⁹

3.6.2 *Wetgeving*

Op grond van artikel 5:32b lid 1 Awb kan een bestuursorgaan de dwangsom vaststellen op een bedrag ineens, per tijdseenheid of per overtreding van de last. De last onder dwangsom omschrijft de te nemen herstelmaatregelen (artikel 5:32a lid 1 Awb) en als de last strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt een termijn gesteld waarbinnen de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat de dwangsom wordt verbeurd (artikel 5:32a lid 2 Awb).

Artikel 5:32b lid 2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan een maximaal te verbeuren dwangsom vaststelt. Als het maximum is bereikt, kan een nieuwe last onder dwangsom worden opgelegd. Lid 3 bepaalt dat de bedragen van de last onder dwangsom in redelijke verhouding moeten staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom. De dwangsom moet een zodanige prikkel geven dat de opgelegde lasten worden nagekomen en dat verbeurde van de dwangsom wordt voorkomen.⁸⁰

3.6.3 *Rechtspraak*

De standaardtoetsingsformule luidt als volgt:

“Het opleggen van een last onder dwangsom heeft als doel om de overtreder te bewegen tot naleving van de voor hem geldende regels. Om dit doel te bereiken kan de hoogte van het bedrag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet-naleven van deze regels. Van de dwangsom moet een zodanige prikkel uitgaan, dat de opgelegde last wordt uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.”⁸¹

77 J.C.A. Verbeek, commentaar op artikel 5:31d Awb, in: T.C. Borman e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021. En bijvoorbeeld: ABRvS 27 februari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE8043, AB 2002/224.

78 Verbeek, in: *T&C Awb* 2021, artikel 5:31d Awb.

79 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 131.

80 Verbeek, in: *T&C Awb* 2021, artikel 5:32b Awb.

81 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1100, r.o. 4.2.

Factoren die relevant kunnen zijn bij het bepalen van de hoogte zijn of sprake is van recidive,⁸² of de overtreder nog voordeel behaalt met de overtreding⁸³ en of de overtreding zorgt voor waardestijging.⁸⁴ Opzet van de overtreder speelt geen rol.⁸⁵ De draagkracht van de overtreder is evenmin relevant.⁸⁶ Het reeds behaalde voordeel speelt ook geen rol.⁸⁷ Net zomin als de leeftijd van de overtreder.⁸⁸ De rechter toetst de hoogte van de opgelegde dwangsom terughoudend. Er bestaat geen aanleiding voor een indringende toetsing aan de evenredigheidsmaatstaf van artikel 3:4 lid 2 Awb, aldus de Afdeling.⁸⁹

Begin 2017 oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat de strafvervolgning ter zake van rijden als taxi zonder vergunning, om welke reden de verdachte al een forse dwangsom had verbeurd (die het Hof aanmerkte als criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM!), in strijd was met de beginselen van een goede procesorde, met name het *ne bis in idem*-beginsel.⁹⁰ Eind dat jaar vernietigde de Hoge Raad deze uitspraak. Hij was van oordeel dat het *ne bis in idem*-beginsel niet wordt geschonden omdat een dwangsom geen criminal charge inhoudt. Wel gaf de Hoge Raad aan dat de strafrechter bij strafoplegging rekening kan houden met een reeds verbeurde dwangsom.⁹¹

3.6.4 Literatuur

Rotterdamse ouders moeten 2.500 euro 'boete' betalen als hun kind voor de tweede keer gepakt wordt met een mes op zak. De boete is juridisch gezien een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 sub b. Duijkersloot en Zorg noemen dit last onder dwangsom 'nieuwe stijl'. Bijzonder is dat voor de aanpak van maatschappelijke problemen gebruik wordt gemaakt van een herstelsanctie in plaats van een bestraffende sanctie. Nieuw is het echter ook weer niet. De auteurs spreken van een ontwikkeling met name bij gemeenten om bepaalde vormen van criminaliteit en overlast met de last onder dwangsom te bestrijden. Dit wordt wel de 'Veluwe methode' genoemd.⁹² De vraag is of deze methode dan nog wel een herstelsanctie is. De rechtspraak oordeelt van niet.⁹³ De auteurs sluiten zich hierbij aan, met de kanttekening dat enige twijfel

82 ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:772, r.o. 14.2.

83 ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:321, r.o. 4.2.

84 ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:304, r.o. 6.2

85 ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1870, r.o. 3.2.

86 ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:321, r.o. 4.2.

87 ABRvS 13 maart 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AN5198.

88 ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:343, r.o. 8.1.

89 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504.

90 Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349.

91 HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122.

92 A.P.W. Duijkersloot & W. Zorg, 'De last onder dwangsom nieuwe stijl: een bestraffende sanctie?', *TBS&H* 2021, p. 101-112.

93 Bijvoorbeeld: ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4039.

op zijn plaats is, zeker in het licht van het criminal charge-begrip van artikel 6 EVRM.⁹⁴

Reijntjes noemt de gebruikelijke aanmerking van de last onder dwangsom als reparatoir een ‘listige juristenredenering’ en meent dat er daarmee eigenlijk sprake is van ‘bestuursstrafrecht’.⁹⁵ Van der Vorm is het niet met Reijntjes eens, maar stelt wel dat de inning van de last onder dwangsom een bestraffend karakter zou kunnen krijgen, als het OM na het verbeuren van een dwangsom wegens hetzelfde feit een strafrechtelijke vervolging initieert, maar dit heeft zich nog niet voorgedaan. Ook een aantal andere auteurs noemt de invordering van de dwangsom onder omstandigheden bestraffend. De invordering leidt immers onder omstandigheden niet meer tot herstel, maar is er dan alleen nog op gericht de overtreder financieel te treffen.⁹⁶ De strafrechter moet het verbeuren van een dwangsom volgens Van der Vorm als relevante omstandigheid bij de strafoplegging betrekken, om te voorkomen dat de verdachte onevenredig zwaar wordt gesanctioneerd.⁹⁷ Dit in lijn met het hiervoor besproken oordeel van de Hoge Raad.

Zoals al eerder besproken, heeft de Afdeling bepaald dat de hoogte van de dwangsom mag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet-naleven van deze regels, maar dat bij bepaling van de hoogte reeds behaald voordeel géén rol mag spelen. Dat laatste zou ertoe leiden dat een dwangsom een punitief karakter krijgt. Een onredelijk hoge dwangsom kan disproportioneel zijn en daarmee een schending van artikel 5:32b lid 3 Awb inhouden. Omdat de rechter terughoudend toetst, sneuvelen maar weinig dwangsombesluiten op grond van hun hoogte. Duijkersloot & Zorg noemen de terughoudende toetsing problematisch⁹⁸ en pleiten voor een meer indringende toetsing.⁹⁹ Daarvoor krijgen zij steun in de al genoemde conclusie van advocaten-generaal Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen, zoals inmiddels omarmd door de hoogste bestuursrechters.¹⁰⁰ Een kernpunt van hun advies vormt als gezegd de aanbeveling om voor de rechtsbescherming tegen bestuurlijke sancties niet lan-

94 Duijkersloot & Zorg 2021, p. 112.

95 Zie de annotatie van J.M. Reijntjes onder de hiervoor aangehaalde uitspraak HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, *NJ* 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes; B. van der Vorm, ‘Misvattingen over de last onder dwangsom’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming*, 2019 nr. 1, p. 14.

96 Duijkersloot & Zorg 2021 met nadere verwijzingen T.N. Sanders, *Invordering door de overheid: de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 646 e.v.; Van der Vorm 2019, p. 18 e.v.; L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 124-125; W.G.A. Hazewindus, ‘De administratieve dwangsom. Een situatieve en punitieve sanctie’, *NJB* 1992, p. 1072; A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 89).

97 Van der Vorm 2019, p. 25.

98 Duijkersloot & Zorg 2021, p. 107.

99 Duijkersloot & Zorg 2021, p. 112.

100 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel). Zie hierover o.a. Schlössels, *JBplus* 2021/3, p. 1-14. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (uitspraak grote kamer).

ger aan te knopen bij het criminal charge-begrip, nu dat kan leiden tot nogal digitale resultaten. Voor de mate van rechtsbescherming, in het bijzonder de volheid van de evenredigheidstoetsing, zou beter kunnen worden aangesloten bij de ingrijpendheid van de sanctie, in het bijzonder de belangen die voor betrokkene op het spel staan.

3.6.5 *Algemene les*

Het vaststellen van de hoogte van de dwangsom alsmede de toetsing daarvan is casuïstisch en de rechter toetst slechts terughoudend. De combinatie van de terughoudende toetsing en een mogelijke samenloop met strafrechtelijke sancties wordt onwenselijk gevonden. Al met al is er de nodige steun om onder omstandigheden (de invordering van) dwangsommen minder terughoudend te toetsen vanwege de impact daarvan op betrokkenen.¹⁰¹ Bovendien zou de strafrechter bij de bepaling van de strafmaat rekening kunnen houden met een reeds verbeurde dwangsom voor hetzelfde feit. Voor de oplegging van een dwangsom is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.7 **Categorie herstel: aanwijzing staken exploitatie (kinderopvang en financieel toezicht)**

3.7.1 *Inleiding*

De aanwijzing staken exploitatie is een methode van een bestuursorgaan om te gelasten dat de exploitatie van een bedrijf beëindigd moet worden. Als een inrichting geëxploiteerd gaat worden, dan is een exploitatievergunning van de gemeente nodig. Deze vergunning is locatie- en naamsgebonden. Als de onderneming beëindigd gaat worden, moet dit worden gemeld. In een huurovereenkomst kan een exploitatieplicht zijn opgenomen, waardoor de huurder zich daar in beginsel aan zal moeten houden. Dat speelt ten aanzien van de kinderopvang waarop hierna verder wordt ingegaan. Ook wordt kort ingegaan op vergelijkbare instrumenten in het financiële toezichtrecht.

3.7.2 *Wettelijk kader*

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft verschillende instrumenten tot haar beschikking om de regels uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) te handhaven. Een van die instrumenten is het geven van een aanwijzing, zoals bedoeld

101 Vgl. ook reeds conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over invordering van geldbedragen na handhavingsbesluiten van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

in artikel 1:75 Wft. Ook de Europese Centrale Bank (ECB) heeft de bevoegdheid om een aanwijzing te geven. Deze aanwijzing wordt gegeven aan degenen op wie op grond van de Wft verplichtingen rusten terwijl zij deze niet nakomen. Een aanwijzing kan ook inhouden dat de geadresseerde bepaalde activiteiten moet staken.¹⁰²

De kinderopvang zal in deze analyse met name worden gebruikt als voorbeeld voor de aanwijzing staken exploitatie. Als op herstel gerichte sancties kunnen op grond van de Wet kinderopvang aanwijzingen worden gegeven of kan er een exploitatieverbod worden uitgevaardigd. Artikel 1.65 Wet kinderopvang bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders de houder van een kindercentrum, een voorziening voor gastouderopvang of een gastouderbureau een schriftelijke aanwijzing kan geven met daarin met redenen omkleed op welke punten de voorschriften niet of in onvoldoende mate worden nageleefd en de te nemen maatregelen. Het college kan de opvang een schriftelijke aanwijzing geven, geregeld in artikel 1.65 Wet kinderopvang. Artikel 1.66 Wet kinderopvang regelt het verbod tot exploitatie. In artikel 7 lid 2 Besluit registers kinderopvang en peuterspeelzaalwerk wordt opgenomen welke wijzigingen de houder in ieder geval zonder uitstel moet doorgeven, waarbij het gaat om de gegevens die zijn vermeld in artikel 5 lid 1 en 2 Besluit registers. De houder dient tevens onverwijld aan het college door te geven als hij de exploitatie van een kinderopvangvoorziening definitief staakt. In het nieuwe lid 4 van artikel 7 Besluit registers is opgenomen dat de houder altijd een nieuwe aanvraag moet indienen als hij wil starten met een nieuwe kinderopvangvoorziening op een nieuwe locatie.¹⁰³

3.7.3 *Rechtspraak*

Aanwijzingsbesluiten op grond van de Wft

In de jurisprudentie kunnen een aantal relevante uitspraken worden gevonden over de aard en reikwijdte van deze aanwijzingsbesluiten, alsmede hoe intensief de rechter de vaststelling en waardering van de feiten, die leiden tot een aanwijzingsbesluit, dient te beoordelen. Om te beginnen heeft de Rechtbank Rotterdam overwogen dat een aanwijzing op basis van de voorganger van artikel 1:75 Wft, artikel 28 Wte 1995, een herstelsanctie is. Deze aanwijzing heeft immers geen punitief karakter of werkt als zodanig uit. Zij is slechts gericht op het voorkomen van verdere overtredingen.¹⁰⁴ Derhalve wordt in deze uitspraak een relevante overweging gegeven over de aard van een aanwijzingsbesluit op grond van de Wft. De voorzieningenrechter van de Recht-

102 'Aanwijzingsbevoegdheid', dnb.nl 25 februari 2021.

103 E. Soetendal, 'Lexplicatie, commentaar op artikel 7 Besluit registers kinderopvang en peuterspeelzaalwerk', kluwer.nl actueel t/m 27-01-2014.

104 Rb. Rotterdam 17 april 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF7603, r.o. 2.3.5., AB 2003/333, m.nt. O. Jansen.

bank Rotterdam heeft overwogen dat een aanwijzingsbesluit, dat strekt tot het staken van het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten, buiten de reikwijdte van artikel 1:75 Wft valt omdat deze tot gevolg heeft dat de overeenkomsten feitelijk worden opengebroken. Dit is dan namelijk in strijd met artikel 1:75 lid 3 Wft.¹⁰⁵ In een andere uitspraak overweegt het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat een door de rechtbank gehanteerde afstandelijke en marginale benadering niet op haar plaats is als het gaat om een aanwijzingsbesluit. De rechter kan niet volstaan met een marginale toetsing van de vaststelling en waardering van de relevante feiten.¹⁰⁶

Aanwijzingsbesluiten op grond van de Wko

Ook op grond van de Wko zijn een aantal uitspraken aan te wijzen die nadere informatie verschaffen over hoe een aanwijzingsbesluit dient te worden voorbereid en getoetst. De Afdeling overweegt dat de GGD bij het vaststellen van een rapport dat kan leiden tot een aanwijzingsbesluit handelt in de hoedanigheid van toezichthouder. Dit betekent volgens de Afdeling dat het onderzoek dat wordt verricht door de GGD op een zorgvuldige wijze dient plaats te vinden.¹⁰⁷ De Afdeling overweegt met deze uitspraak derhalve dat bij de voorbereiding van een aanwijzingsbesluit op grond van de Wko, het bestuursorgaan is gebonden aan het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb.¹⁰⁸ Daarnaast kunnen een groot aantal uitspraken worden genoemd die zeer casuïstisch van aard zijn. Wat opvalt aan deze uitspraken is dat de rechters nauwgezet de rapportages van onder andere de GGD nagaan. Daarbij wordt gekeken naar hoe zorgvuldig het rapport is vastgesteld en of het rapport zelf onvolkomen of inconsistent is.¹⁰⁹ De rechters schromen derhalve niet om de werkwijze van het bestuursorgaan grondig te controleren waarbij het de vraag is hoe indringend de inhoud daadwerkelijk wordt gecontroleerd.

3.7.4 *Algemene les*

Uit de voorgaande analyse is gebleken dat de aanwijzing ziet op meerdere situaties en er meerdere wettelijke kaders van toepassing zijn. Zo staan er in de Wft en de Wko bevoegdheden om een aanwijzing tot staking van de exploitatie te gelasten. Daarnaast laten de besproken uitspraken zien dat de bestuursrechter niet restrictief toetst en rekening houdt met alle omstandigheden van het geval, indien sprake is van een aanwijzing tot staken van de exploitatie.

105 Rb. Rotterdam (vzr.) 25 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG5385, *JOR* 2009/18, r.o. 2.2.

106 Cbb 12 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY7979, *JOR* 2007/14, r.o. 3.3.

107 ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3763, *AB* 2020/88, r.o. 9.

108 ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, *AB* 2018/371.

109 Zie bijv.: ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2553, *ABkort* 2019/368, Rb. Amsterdam 30 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3847.

Voor deze aanwijzing is overigens geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.8 Categorie herstel: naming-and-shaming

3.8.1 *Inleiding*

Naming-and-shaming is het noemen van betrokken (rechts)personen en het openbaar maken van informatie. Dit instrument wordt door overheidsinstanties¹¹⁰ ingezet om personen, bedrijven, instellingen, diensten of producten in de schijnwerpers te zetten. Dit heeft doorgaans als achterliggende reden dat deze (rechts)personen wettelijke voorschriften (zouden) hebben overtreden.¹¹¹ Naast het openbaar maken van boetebesluiten, kunnen ook besluiten tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom en inspectierapporten worden gepubliceerd.¹¹² Er kunnen meerdere doelen zijn die worden nagestreefd met het publiceren van een besluit, zoals de bescherming van de belangen van consumenten en generale preventie.¹¹³ Daarnaast kan het ook als doel hebben om het publiek te informeren en te waarschuwen en heeft *naming-and-shaming* het karakter van een sanctie voor de overtreder.¹¹⁴

3.8.2 *Wettelijke basis en karakterisering*

Naming-and-shaming is volgens Michiels in juridisch opzicht een tamelijk onbepaald begrip. Er bestaat zeker niet altijd een specifieke wettelijke grondslag voor.¹¹⁵ Bij *naming-and-shaming* bestaan er verschillende categorieën. Soms heeft het bestuursorgaan op grond van een bijzondere wet een bevoegdheid tot publicatie, soms rust op de toezichthouder een verplichting om boetes te publiceren die hij heeft opgelegd, zoals te vinden in de Wft, maar er bestaan ook gevallen waarin de toezichthouder zonder verplichting boetebesluiten kan publiceren. Indien sprake is van de laatste categorie wordt vaak de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) als grondslag gebruikt.¹¹⁶ *Naming-and-shaming* kan geschieden als reactie op een overtreding, waarbij de vraag rijst of dit gekwalificeerd kan worden als een besluit. Michiels geeft aan dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State naast de openbaarmakingen op

110 Privaatrechtelijke vormen van *naming-and-shaming* zullen we hier niet behandelen.

111 F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming' in het markttoezicht', *NTB* 2007/3, p. 85-95, paragraaf 1.

112 J.J. Reuveny e.a., *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Preadviezen Jonge VAR 2012, Jonge VAR-reeks 10), Den Haag: Boom Juridisch 2012, p. 9.

113 Reuveny e.a. 2012, p. 9.

114 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

115 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

116 Reuveny e.a. 2012, p. 9.

verzoek, ook spontane openbaarmakingen op grond van de WOB heeft aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.¹¹⁷ Uit het oogpunt van rechtsbescherming is dit belangrijk: voor belanghebbenden staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen *naming-and-shaming* die op grondslag van de WOB plaatsvindt.¹¹⁸

Er zijn meerdere wetsartikelen uit de WOB die van toepassing kunnen zijn op *naming-and-shaming*. Zo biedt artikel 8 WOB de algemene opdracht voor het bestuursorgaan om uit eigen beweging informatie over het beleid openbaar te maken, zodra dit ‘in het belang van een goede en democratische bestuursvoering’ is. Het is volgens de Tweede Kamer aan het bestuursorgaan om te beoordelen of daar sprake van is.¹¹⁹ Van deze actieve openbaarmaking wordt steeds meer gebruikgemaakt.¹²⁰ Voor deze analyse over *naming-and-shaming* is ook artikel 10 WOB van belang, waarin absolute en relatieve weigeringsgronden worden genoemd.¹²¹

Op grond van artikel 5:2 lid 1 onder a van de Awb wordt een bestuurlijke sanctie gedefinieerd als ‘een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak’. Bröring oordeelt dat *naming-and-shaming* niet als bestuurlijke sanctie is aan te merken, aangezien geen verplichting wordt opgelegd of aanspraak wordt onthouden.¹²² Dit neemt niet weg dat *naming-and-shaming* als sanctie kan worden bedoeld en dat het als een ingrijpende maatregel kan worden ervaren. Michiels¹²³ en Reuveny¹²⁴ zijn het eens met het oordeel van Bröring dat *naming-and-shaming* inderdaad geen bestuurlijke sanctie is, ondanks het feit dat de openbaarmaking een belastende maatregel is jegens iemand, die door de overheid wordt getroffen, als reactie op niet-naleving.

3.8.3 *Rechtspraak*

Voor belanghebbenden staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen *naming-and-shaming* op grondslag van de WOB en ook de andere genoemde wetten (ook wanneer het een verplichting betreft).¹²⁵ Er is een praktijk ontstaan (op basis van wettelijke bepalingen en/of jurisprudentie) dat betrok-

117 ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9903, r.o. 2.2.

118 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.1.

119 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, paragraaf 4.4.

120 J.J. Reuveny, ‘Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur’, in: *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen*, (Preadviezen Jonge VAR 2012, Jonge VAR-reeks 10), Den Haag: Boom Juridisch 2012, p. 15.

121 Reuveny 2012, p. 17-20.

122 H.E. Bröring ‘Commentaar op art. 5:4 Awb’, in: T.N. Sanders e.a. (red.), *Module Algemeen Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, aant. 2.3.2.

123 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.1.

124 Reuveny 2012, p. 22.

125 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.1.

kene nog de kans krijgt een voorlopige voorziening te vragen en de uitkomst daarvan af te wachten alvorens er daadwerkelijk openbaar wordt gemaakt.¹²⁶ Op deze wijze kan de rechtsbescherming ter zake van *namings-and-shaming* aan de EVRM-eisen (artikelen 6, 8 en 13) voldoen. Los van de kwalificatie van de maatregel van *namings-and-shaming* (over het algemeen wordt aangenomen dat publicatie van een herstelsanctie niet een bestraffend karakter heeft), is ook ten aanzien van *namings-and-shaming* een tendens waarneembaar dat de bestuursrechter (inclusief de voorzieningenrechter) voller op evenredigheid toetst als de maatregel meer ingrijpend is. Zo zal de voorzieningenrechter de maatregel schorsen als zij onomkeerbare gevolgen heeft en/of duidelijk is dat het onderliggende sanctiebesluit niet in stand kan blijven. Dit is ook in lijn met hetgeen A-G Wattel en Widdershoven betogen in hun aangehaalde conclusie over toetsing van sancties.

3.8.4 Literatuur

Bij *namings-and-shaming* speelt – naast het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 en het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM – ook de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM een normerende rol.¹²⁷ Ook Reuveny haalt dit aan. Aangezien hij betoogt dat de openbaarmaking van boetebesluiten een criminal charge is in de zin van artikel 6 EVRM, moet aan bepaalde rechtsbeschermingsvereisten worden voldaan. De onschuldpresumptie heeft een aantal elementen, waarbij het in het geval van de openbaarmakingen van boetebesluiten met name zal gaan om het recht op een behandeling als onschuldige.¹²⁸ Michiels bespreekt de vorm van *namings-and-shaming* waarbij de bedrijfsnaam van de overtreder wordt gepubliceerd als reactie op een geconstateerde overtreding. Michiels meent dat *namings-and-shaming* het karakter van een sanctie heeft en tegelijkertijd een mogelijkheid is om het publiek te waarschuwen.¹²⁹ Indien het slechts gaat om een waarschuwing naar het publiek, lijkt geen sprake te zijn van een sanctie. Dit is echter wel het geval indien de vermeende overtreding of sanctiebeschikking openbaar wordt gemaakt, waardoor de vermeende overtreder in een kwaad daglicht komt te staan.¹³⁰ De grens tussen beide situaties is overigens subtiel. Volgens Michiels kan *namings-and-shaming* vergaande gevolgen hebben voor de reputatie en voor het vermogen en commerciële prestaties van bedrijven. De reden voor de open-

126 Vgl. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 153-154.

127 EHRM 6 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD000222915, AB 2016/36, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Karjanov t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), paragraaf 1.

128 Reuveny 2012, p. 26.

129 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

130 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.2.

baarmaking is dat er op de overtreder een heilzaam effect zal uitgaan. Bij de publicatie van een boete gaat het volgens hem om een punitieve sanctie.¹³¹

3.8.5 *Algemene les*

Uit het vorenstaande valt af te leiden dat *namings-and-shaming* een instrument is voor bestuursorganen en toezichthouders om consumenten te beschermen en te waarschuwen en om een sanctie uit te delen aan de overtreder. *Naming-and-shaming* wordt op meerdere terreinen in het bestuursrecht gebruikt en soms verplicht de wetgever daar zelfs toe of bestaat daartoe een beginselplicht op grond van een beleidsregel. Rechtsbescherming wordt vooral geboden via het instrument van de voorlopige voorziening, zelfs wanneer de wet verplicht tot openbaarmaking van een sanctie. Omdat het vaak gaat om ingrijpende gevolgen, is het van belang dat de toetsing intensief genoeg is. Daarbij is het positief dat deze ruimte er nu lijkt te ontstaan, los van de vraag of het gaat om een bestraffende maatregel. Bij *namings-and-shaming* is evenmin sprake van rechterlijke toetsing vooraf. Er is wel rechtsbescherming mogelijk op korte termijn via de voorlopige-voorzieningenprocedure, maar daar vindt een terughoudende toetsing plaats.

3.9 **Categorie bestraffend: boete gefixeerd via beleidsregel (de casus van de WAV)**

3.9.1 *Inleiding: wetgeving en beleid*

Volgens de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) legt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), in geval van overtreding van onder meer artikel 2 lid 1 WAV (het vereiste van een tewerkstellingsvergunning) een bestuurlijke boete op. Artikel 19 lid 1 WAV geeft aan dat het maximumbedrag € 87.000 (de vijfde categorie uit artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht) is. Hiermee wordt voldaan aan de eis van artikel 5:46 lid 1 Awb op grond waarvan de maximaal op te leggen bestuurlijke boete in de wet moet worden opgenomen. Verder is hier het boeteregime van artikel 5:46 lid 2 Awb van toepassing op grond waarvan het bestuursorgaan de boetehoogte in het concrete geval afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarnaast dient rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Daarbij zal het bestuursorgaan veelal beleidsregels maken op grond waarvan de boetehogtes kunnen worden vastgesteld. Op grond van artikel 19d lid 6 WAV heeft

131 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

de minister beleidsregels vastgesteld met betrekking tot de boetebedragen. Dat is de Beleidsregel Boeteoplegging WAV 2020. Deze beleidsregel fixeert de boete voor een rechtspersoon op € 8.000 en voor een natuurlijk persoon op € 2.000.

Artikel 11 van deze Beleidsregel geeft aan dat de bestuurlijke boete, bij overtreding van artikel 2 lid 1 WAV, kan worden gematigd met 25%, 50% of 75%, afhankelijk van de ernst en de mate van verwijtbaarheid en evenredigheid. Deze matigingsgronden zijn neergelegd in het overzicht specifieke matigingsgronden bestuurlijke boete WAV, dat als bijlage bij de Boetebeleidsregels is opgenomen. Bij recidive binnen vijf jaar na het plegen van de eerdere overtreding, wordt het boetebedrag met 100% verhoogd en in geval van ernstige overtredingen zelfs met 200%.¹³²

3.9.2 *Rechtspraak*

Na de introductie van de bestuurlijke beboeting van illegale tewerkstelling van vreemdelingen is de Afdeling een vrij stringente koers gaan varen waarbij de boetebeleidsregels met vaste boetebedragen leidend zijn geweest.¹³³ In de loop van de tijd is de Afdeling wel meer vol op evenredigheid in het individuele geval gaan toetsen en zijn boetes gematigd of geheel van tafel geschoven.¹³⁴ Zo is de Afdeling op een gegeven moment meer waarde gaan hechten aan een samenstel van omstandigheden. In de desbetreffende uitspraak van de Afdeling wordt opgemerkt dat met name het samenstel van omstandigheden wordt gebruikt als matigingsgrond en lijkt wat meer afstand te worden genomen van de boetebedragen in beleidsregels:

“Dit samenstel van feiten en omstandigheden biedt grond voor het oordeel dat de aan [appellante sub 2] opgelegde boetes voor verdergaande matiging dan 50% in aanmerking komen. De Afdeling acht een matiging van alle drie de opgelegde boetes met 75% passend en geboden. In zoverre faalt het betoog van de minister.”¹³⁵

De genoemde Boetebeleidsregels 2020 doen ook al meer recht aan de evenredigheidstoetsing door meer matigingsgronden toe te voegen en door schrapping van de in eerdere Boetebeleidsregels wel vermelde ‘verplichte’ strafverhogende omstandigheden. In de toelichting¹³⁶ wordt beschreven dat artikel 11

132 Zie artikel 19d lid 2 en 3 WAV. Op grond van lid 4 vindt ook een verhoging plaats indien in het voorafgaande tijdvak al eerder twee dezelfde overtredingen waren gepleegd.

133 Zie o.m. C.M. Saris, ‘De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls? De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving’, *NTB* 2012, p. 103-110 en M.L. van Emmerik & C.M. Saris, *Evenredige bestuurlijke boetes* (Preadvies VAR), Den Haag 2014.

134 M.L. van Emmerik & C.M. Saris, *Evenredige beboeting in het bestuursrecht*, *JBplus* 2015/4, p. 220.

135 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2511.

136 Besluit van de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid van 20 maart 2020 (*Stcrt* 2020, 1806), toelichting.

Beleidsregel niet wordt gebruikt voor situaties waarbij de overtreder een beroep doet op een verminderde draagkracht, waardoor de boete een overtreder in financiële problemen brengt. Daarbij wordt verwezen naar beleid op het bredere terrein van de SZW-wetgeving. In een brief aan de Tweede Kamer bespreekt de Minister van SZW het boetebeleid van de inspectie SZW.¹³⁷ Bij het boetebeleid wordt afgewogen of verwijtbaarheid aan de orde is en of andere matigingsgronden aan de orde zijn. Zo werd er in 2019 bij 9% van alle gevallen afgezien van het opleggen van de boete. Volgens de Kamerbrief zijn bij 23% van de zaken de boetes verlaagd onder meer op basis van matigingsgronden. Daarnaast biedt de inspectie SZW een betalingsregeling aan of besluit de boete te matigen als de financiële situatie van een overtreder zodanig is dat een bestuurlijke boete niet direct kan worden voldaan. In 2019 zijn er in totaal 1.778 boetebeschikkingen verzonden. 15% van deze boetes zijn, uiteindelijk al dan niet gedeeltelijk, gematigd.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het belang van de Boetebeleidsregel 2020 bij het bepalen van de rechtmatigheid van de door de minister gekozen boetehoogte nog verder gerelativeerd.¹³⁸ De Afdeling overweegt in deze uitspraak dat zij dient te beoordelen of gelet op alle omstandigheden, de opgelegde boete, in het licht van de met de WAV beoogde doelstellingen, met de in artikel 5:46 Awb neergelegde eisen strookt en dus een evenredige sanctie vormt. Ook wanneer het gaat om in de Beleidsregel verdisconteerde omstandigheden. De Afdeling oordeelt uiteindelijk dat de sanctie niet evenredig is en matigt de boete.

3.9.3 *Algemene les*

Na een zeer terughoudende start heeft de Afdeling haar restrictieve koers bijgesteld en is zij voller op evenredigheid van WAV-boetes gaan toetsen, waarbij beleidsregels steeds minder leidend zijn geworden.¹³⁹ Een voorbode van de in algemene zin (ook buiten de boetesfeer) indringender evenredigheidstoetsing. De boetebeleidsregels differentiëren als gevolg van de indringender toetsing door de Afdeling inmiddels ook meer naar diverse factoren, maar zelfs als deze wel zijn verdisconteerd zal de bestuursrechter nog steeds vol op evenredigheid moeten toetsen.¹⁴⁰ Vanzelfsprekend geldt bij de bestuurlijke boete dat de rechter er alleen aan te pas komt, als de beboete b Huisvestingswet ezwaar/

137 *Kamerstukken II* 2020/21, 35570-XV, nr.83.

138 ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1097.

139 Zie Van Emmerik & Saris 2014; P.J. Krop, *De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridisch 2014; N. Vreede & E. van Deijck, 'Zoeken naar evenredigheid in de Wet arbeid vreemdelingen', *JNVR* 2019, nr. 2.

140 ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1097.

beroep instelt tegen het boetebesluit. Uiteindelijk is het primair aan de wetgever en het bestuur om evenredige boetes te waarborgen.

3.10 Categorie bestraffend: boete gefixeerd via algemeen verbindend voorschrift: het voorbeeld van de Huisvestingswet

3.10.1 Inleiding: de wettelijke regeling

De Huisvestingswet 2014 scheidt de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtredingen van een gemeentelijke Huisvestingsverordening. De bestuurlijke boete maakt het mogelijk voor gemeentes om beter te handhaven, bijvoorbeeld in geval van illegale vakantieverhuur. Bij het bepalen van de hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de aard van de overtreding, de overtreder, het behaalde profijt, de mogelijkheden tot herstel van de gevolgen en de mogelijkheid van het opleggen van andere sanctiemogelijkheden. De maximaal op te leggen boete is bepaald in de Huisvestingswet.¹⁴¹ In de betreffende Huisvestingsverordening (en de bijlage) zijn voor verschillende overtredingen vaste boetebedragen opgenomen.

Het gaat hier om een boeteregime met vaste tarieven. Uit artikel 5:46 lid 3 Awb volgt dat ook bij dergelijke wettelijk gefixeerde boetes het bestuursorgaan niettemin een lagere dan in de wet vastgelegde boete oplegt, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de wettelijk vastgestelde boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is (de zogenoemde anti-hardheidsclausule). Al is er geen sprake van een ambtshalve verplichting daartoe. Betrokkene moet in beginsel de onevenredigheid zelf aannemelijk maken.

3.10.2 Rechtspraak

In een reeks van uitspraken heeft de Afdeling lange tijd de benadering gekozen dat de evenredigheid van de boetes reeds was verdisconteerd in de wettelijke regeling (Huisvestingsverordening en bijlage).¹⁴² Diverse aangevoerde bijzondere omstandigheden, zoals verminderde verwijtbaarheid, een beperkte ernst/duur van een overtreding en een geringe financiële draagkracht legden geen gewicht in de schaal. Ook kwamen regelmatig aan de orde de omstandigheden waaronder een overtreding is begaan en het al dan niet aanwezig zijn van recidive, maar de rechtspraak van de Afdeling bleef – als gezegd – tamelijk restrictief op het punt van het matigen of vernietigen van boetes.

141 Zie artikel 35 onder verwijzing naar artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht.

142 Vgl. Van Emmerik & Saris, *JBplus* 2015/4, p. 230 e.v. Zie verder bijv. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2200 en ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2996.

In een aantal uitspraken van eind 2020 spreekt de Afdeling zich uit over boetes opgelegd op grond van de Amsterdamse Huisvestingsverordening wegens illegale vakantieverhuur en verlaat daarin deze restrictieve lijn. Volgens haar pakken deze boetes in dit geval onevenredig uit vooral omdat het hier niet gaat om bedrijfsmatige vakantieverhuur, maar om incidentele verhuur door een gezin met hoofdverblijf in de woning.¹⁴³ Hierbij is van belang dat het enkele feit dat sprake is van een ernstige overtreding niet in de weg staat aan het op basis van andere bijzondere omstandigheden matigen van een boete. Volgens de Afdeling kunnen aldus een verminderde verwijtbaarheid, een beperkte ernst van een overtreding en een geringe financiële draagkracht worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden, als bedoeld in artikel 5:46 lid 3 Awb, die aanleiding geven om een boete te matigen.

Wat ook een goede zaak is, is dat de Afdeling de gemeente nadere verwijzingen geeft voor het alsnog vormgeven van een evenredig boeteregime in de algemene plaatselijke verordening. Dat kan een hoop nieuwe boetezaken op dit terrein voorkomen. Daarbij staat voor de Afdeling – onder verwijzing naar regelingen in andere grote steden – voorop, de wenselijkheid van het aanbrengen van een onderscheid tussen onttrekking met en zonder een bedrijfsmatig karakter. Want daarmee hangt samen de mate waarin beide soorten onttrekkingen het belang van bescherming van de woonruimtevoorraad kunnen schaden. Zo zal de doorlopende exploitatie van een illegaal hotel in een pand enerzijds en anderzijds, zoals in de hier aan de orde zijnde gevallen, incidentele verhuur in de zomer aan toeristen van een woning waar een gezin hoofdverblijf heeft en ingeschreven staat dat belang in verschillende mate schaden.

3.10.3 *Algemene les*

Deze wettelijk gefixeerde boetes zijn in beginsel EVRM-proof, als de rechter uiteindelijk maar in het individuele voorliggende geval de evenredigheid van de boete vol kan toetsen en deze zo nodig kan matigen of zelfs geheel van tafel vegen. In de regel wordt eerst getoetst of de wettelijke regeling in abstracto (of de beleidsregel zoals bij de WAV) evenredig is en daarna moet ook wanneer dat het geval is worden gezien of de boete in het individuele geval niet toch onevenredig uitpakt. Dit op aangeven van degene die de boete heeft opgelegd gekregen. Daarbij geldt dat naarmate een wettelijke boeteregeling (of beleidsregel) meer differentieert of, anders gezegd, meer maatwerk biedt, een dergelijke toetsing in het individuele geval minder snel nodig zal zijn. De toetsing door een rechter van de evenredigheid van een boetebesluit stuit daarbij niet af

143 ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849, AB 2021/10, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, aan welke annotatie delen van deze paragraaf zijn ontleend.

op het feit dat daarin al bepaalde omstandigheden zijn verdisconteerd, ook dan kan de rechter deze omstandigheden nog vol op evenredigheid toetsen.¹⁴⁴ Vanzelfsprekend geldt bij de bestuurlijke boete dat de rechter er alleen aan te pas komt, als de beboete bezwaar/beroep instelt tegen het boetebesluit. Gelet op dit alles is het terecht dat de Afdeling haar eerdere koers, waarin zij geen ruimte zag om af te wijken van wettelijke boetehoogten, heeft verlaten. De hier behandelde uitspraken laten zien dat het destijds (in het kader van de Vierde tranche) gemaakte onderscheid tussen bij beleidsregel en bij de wet gefixeerde boetestelsels (zie respectievelijk artikel 5:46 lid 2 en 3 Awb) inmiddels achterhaald is. In beide gevallen dient er rechterlijk maatwerk te worden geboden.¹⁴⁵

3.11 Categorie openbare orde: huisverboden

3.11.1 *Inleiding: instrument en wetgeving*

Sinds 1 januari 2009 is de Wet tijdelijk huisverbod (hierna: Wth) van kracht.¹⁴⁶ Deze wet maakt het mogelijk dat iemand gedurende korte tijd zijn eigen woning niet mag betreden wanneer sprake is van (een dreiging van) huiselijk geweld. Zoals valt te lezen in artikel 1 onder b Wth, houdt het huisverbod in: de last om onmiddellijk de woning te verlaten, een verbod tot het betreden ervan, zich op te houden bij of aanwezig te zijn in die woning en een contactverbod met de bewoners die achterblijven in de woning (of daarin anders dan incidenteel verblijven). De maatregel kan op grond van artikel 2 Wth worden opgelegd door de burgemeester (of namens hem de hulpofficier van justitie) aan een meerderjarig persoon ‘wanneer uit feiten of omstandigheden blijkt dat diens aanwezigheid in de woning ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor de veiligheid van één of meer personen die met hem in de woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven of indien op grond van feiten of omstandigheden een ernstig vermoeden van dit gevaar bestaat’. Het doel van de wet is een stevige aanpak van huiselijk geweld mogelijk maken. Het opleggen van de maatregel strekt ertoe in de gegeven noodsituatie escalatie te voorkomen en hulp te bieden.¹⁴⁷ Dit huisverbod duurt tien dagen en kan op grond van

144 Vgl. ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1112, ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1114 en ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1115: boete op grond van de Arbeidsomstandighedenwet: ook als de rechter het beleid niet onredelijk heeft bevonden moet de staatssecretaris nagaan of er in het individuele geval reden is tot matiging.

145 Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Rechterlijke toetsing op evenredigheid van in wetten of beleidsregels gefixeerde bestraffende bestuurlijke sancties: (alleen) het laatste woord is aan de bestuursrechter’, in: Roel Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 265-281.

146 *Stb.* 2008, 421.

147 *Kamerstukken II* 2005/06, 30657, nr. 3, p. 2.

artikel 9 Wth worden verlengd tot ten hoogste vier weken indien de dreiging van het gevaar, of het vermoeden daarvan, zich voortzet.

De desbetreffende beschikking bevat een omschrijving van de plaats en de duur waarvoor het huisverbod geldt, de feiten en omstandigheden die daartoe aanleiding hebben gegeven en de namen van de personen ten aanzien van wie het verbod om contact op te nemen geldt.¹⁴⁸ In spoedeisende situaties kan het huisverbod mondeling worden aangezegd.¹⁴⁹ Bij de afweging of een huisverbod wordt opgelegd, betreft de burgemeester uitsluitend de in de bijlage bij het Besluit tijdelijk huisverbod (hierna: Bth) opgenomen feiten en omstandigheden.¹⁵⁰ Dat wordt het risicotaxatie-instrument huiselijk geweld (hierna: RiHG) genoemd. Het opleggen van het huisverbod is een discretionaire bevoegdheid, maar kan alleen worden aangewend in het licht van de factoren die het besluit noemt. Deze feiten en omstandigheden zien volgens artikel 2 lid 2 Bth op de persoon ten aanzien van wie wordt overwogen een huisverbod op te leggen, het verloop van het incident dat de aanleiding is te overwegen een huisverbod op te leggen en de leefomstandigheden van de persoon en degenen die met deze persoon in dezelfde woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven.

De uithuisgeplaatste kan op grond van artikel 6 Wth, ten aanzien van het huisverbod, om een voorlopige voorziening verzoeken als bedoeld in artikel 8:81 Awb, dat vervolgens binnen drie dagen behandeld wordt. Op grond van artikel 6 lid 2 Wth betreft de rechter bij de beoordeling van het huisverbod tevens de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan ná het opleggen van het huisverbod. Daaruit zou kunnen blijken dat de dreiging van gevaar of het vermoeden daarvan zich ten tijde van de beoordeling door de rechter niet langer voordoet, zodat het niet gerechtvaardigd is het huisverbod te laten voortduren. Ook kan tegen een huisverbod beroep worden ingesteld bij de rechtbank (zonder dat eerst bezwaar nodig is) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Wanneer de uithuisgeplaatste het huisverbod overtreedt, geldt dat als een strafrechtelijk misdrijf en kan deze persoon op grond van artikel 11 Wth worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een geldboete van de vierde categorie.

3.11.2 *Praktijk en rechtspraak*

Bij de afweging of een huisverbod wordt opgelegd, betreft de burgemeester dus uitsluitend de in de bijlage bij het Bth/RiHG opgenomen feiten en omstandigheden. Gemeenten kunnen binnen dat kader ook hun eigen beleid opstellen omtrent het opleggen van het huisverbod. In de eerste jaren na de invoering

148 Artikel 2 lid 4 Wth.

149 Artikel 2 lid 7 Wth.

150 Artikel 2 Bth.

van het huisverbod is er een stijgende tendens in het aantal opgelegde huisverboden, maar rond 2013 zet een daling in. Dit is de aanleiding geweest voor het rapport ‘Ups en downs tijdelijk huisverbod binnen de G4’ van januari 2020.¹⁵¹ Uit dit rapport blijkt dat de daling voor de vier grote steden (Amsterdam, Rotterdam, Utrecht en Den Haag) niet te verklaren is door een afname van het aantal meldingen huiselijk geweld bij de politie. Wel bleken factoren als veranderingen bij de politie, zoals de vorming van de Nationale Politie in 2013, de verandering in het sociaal domein door de transitie van het participatie- en jeugdbeleid en de totstandkoming in 2015 van een nieuw advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling (Veilig Thuis) redenen te zijn voor de daling in het aantal opgelegde huisverboden. Van het aantal opgelegde huisverboden leidt slechts een fractie daarvan tot een gerechtelijke procedure. Zo staan er op rechtspraak.nl gemiddeld zo’n vijftig uitspraken over het huisverbod per jaar, terwijl er bijvoorbeeld in 2018 wel zo’n 2000 huisverboden zijn opgelegd (maar daarbij is van belang te realiseren dat slechts een fractie van de rechtbankuitspraken wordt gepubliceerd).¹⁵²

Damen beschrijft helder op welke wijze de rechter de oplegging van een huisverbod toetst:

“2. De besluitvorming over een tijdelijk huisverbod verloopt in twee fases. Volgens de Afdeling is de bevoegdheid tot het opleggen van een tijdelijk huisverbod ‘beperkt tot situaties waarin voldoende grond is om aan te nemen, althans ernstig te vermoeden, dat zich een ernstig en onmiddellijk gevaar voordoet voor de veiligheid van personen.’ Hoe toetst de rechter dit? ‘De rechter beoordeelt of de aangevoerde omstandigheden van dien aard waren dat in het voorliggende geval een bevoegdheid tot oplegging van een huisverbod bestond.’ Deze formulering duidt op een volle toetsing van de vaststelling en kwalificatie van de feiten, zonder beoordelingsvrijheid voor de burgemeester. Vervolgens: indien die voldoende grond bestaat, ‘dient de burgemeester zorgvuldig te overwegen of aanwending van de bevoegdheid aangewezen is.’ Vervolgens ‘wordt de afweging van de burgemeester terughoudend getoetst.’ Bij deze belangenafweging wordt dus beleidsvrijheid aangenomen, en terughoudend/marginaal getoetst.”¹⁵³

Damen concludeert in een andere noot onder een uitspraak inzake een huisverbod dat de Afdeling echter niet altijd consistent is in haar formulering van de volle of marginale toetsing.¹⁵⁴ Zoals de Afdeling heeft uitgemaakt, is het op-

151 *Rapport Ups en downs tijdelijk huisverbod binnen de G4*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 28345, nr. 229.

152 C.A. Schreuder, ‘Het tijdelijk huisverbod: tussen familierecht en bestuursrecht’, *NTB* 2020/235, p. 596.

153 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2652, *AB* 2014/385, m.nt. L.J.A. Damen.

154 Zie L.J.A. Damen, annotatie bij ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3225, *AB* 2014/384, punt 5-7.

leggen van een huisverbod een ingrijpend instrument waarvan de toepassing zeer grote gevolgen heeft voor het privéleven van betrokkenen.¹⁵⁵ De bevoegdheid daartoe is beperkt tot situaties waarin voldoende grond aanwezig is om aan te nemen of ernstig te vermoeden, dat zich een ernstig en onmiddellijk gevaar voordoet voor de veiligheid van personen. In dat geval moet de burgemeester zorgvuldig overwegen of aanwending van de bevoegdheid aangewezen is. De rechter beoordeelt of de aangevoerde omstandigheden van dien aard waren dat in het voorliggende geval een bevoegdheid tot oplegging van een huisverbod bestond, en betreft daarbij tevens de feiten en omstandigheden na de oplegging. Indien dat het geval is, wordt de afweging van de burgemeester door de bestuursrechter terughoudend getoetst. Dit voorgaande is vaak als standaardrechtsoverweging opgenomen in uitspraken over het huisverbod.

Eén uitspraak van de Afdeling laat zien dat zij kritischer is als het gaat om een verlenging van het huisverbod, zeker als betrokkene reeds met hulpverlening vorderingen heeft gemaakt.¹⁵⁶ In deze uitspraak was het huisverbod verlengd vóórdat een reeds gepland gesprek tussen de bewoners en de uithuisgeplaatste had plaatsgevonden. De Afdeling oordeelt hier dat de burgemeester het besluit tot verlenging van het huisverbod niet zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd had. Toch bleven de rechtsgevolgen in stand omdat uit het gesprek, dat uiteindelijk wel plaatsvond, bleek dat nog steeds feiten en omstandigheden bestonden die een verlenging rechtvaardigden. Al met al kan in ieder geval gesteld worden dat het niet makkelijk is een huisverbod via de rechter van tafel te krijgen, hetgeen ook de volgende uitspraak laat zien.

De Afdeling overweegt in een andere uitspraak dat, gelet op de aard van een huisverbod, die altijd in spoedeisende situaties wordt opgelegd, niet is vereist dat de juistheid van de aan het huisverbod ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden onomstotelijk vaststaan. Voldoende is dat aannemelijk is dat die feiten en omstandigheden zich hebben voorgedaan en dat die feiten en omstandigheden voor de in het besluit genoemde personen een ernstig en onmiddellijk gevaar, dan wel een ernstig vermoeden van een dergelijk gevaar, opleveren. Een enkele verklaring, betwist en niet ondersteund met objectieve gegevens, biedt onvoldoende grond voor het opleggen van een tijdelijk huisverbod.¹⁵⁷ Uit een tweetal uitspraken blijkt verder dat bij het opleggen van een huisverbod rekening kan worden gehouden met de mogelijke gevolgen voor kinderen en een eerder opgelegd huisverbod bij een andere partner.¹⁵⁸

155 Zie onder meer ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1408 en ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3225.

156 ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:67.

157 ABRvS 28 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0146.

158 ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:40 & ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:43.

Het opleggen van een huisverbod is niet aan te merken als punitieve sanctie en daarmee ook niet als criminal charge.¹⁵⁹ Een krachtens artikel 2 Wth opgelegd huisverbod staat dan ook niet in de weg aan strafvervolgning wegens het feit waarvoor het verbod is opgelegd.¹⁶⁰

De eerste tien dagen dat het huisverbod geldt, moet de burgemeester prudent omgaan met zijn bevoegdheid het huisverbod op te heffen.¹⁶¹ Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 2 Wth blijkt dat de eerste tien dagen ertoe dienen om andere personen uit het huishouden te beschermen en om de hulpverlening in staat te stellen contact op te nemen met het slachtoffer en de uithuisgeplaatste. Gelet hierop dient de burgemeester deze periode van tien dagen de mogelijkheid te krijgen om de noodzakelijke hulpverlening op te starten. Alleen bijzondere feiten en omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de rechter het huisverbod opheft voordat deze periode is verstreken. Bij de beoordeling of de dreiging van gevaar, of het vermoeden daarvan, daadwerkelijk niet langer bestaat, is van belang of de uithuisgeplaatste inmiddels een reële aanvang met de hulpverlening heeft gemaakt en of de verwachting gerechtvaardigd is dat hij aan hulpverlening blijft meewerken.¹⁶²

In een andere noemenswaardige zaak stelt appellante recht te hebben op schadevergoeding omdat het huisverbod onterecht zou zijn opgelegd. De Afdeling is van oordeel dat de burgemeester uit tegenstrijdige verklaringen ten onrechte heeft afgeleid dat de aanwezigheid van appellante in de woning een ernstig en onmiddellijk gevaar opleverde voor de veiligheid van de partner, althans daarop ten onrechte een vermoeden daaromtrent heeft gebaseerd. Over het door de partner gestelde incident zijn geen objectieve gegevens beschikbaar, bijvoorbeeld in de vorm van letsel of getuigenissen van derden. Daarnaast: naar het oordeel van de Afdeling kan het spoedeisend belang dat betrokken kan zijn bij het opleggen van een huisverbod, er niet toe leiden dat de burgemeester nader onderzoek, dat noodzakelijk is alvorens tot dit ingrijpende middel over te gaan, achterwege laat. Appellante krijgt een schadevergoeding toegekend van 500 euro.¹⁶³

Ook de strafrechter heeft zich uitgelaten over het huisverbod. Zo oordeelt de Hoge Raad dat handelen in strijd met het huisverbod (artikel 11 Wth) slechts strafbaar is, indien het opzet van de uithuisgeplaatste (al dan niet in voorwaardelijke vorm) gericht is op het betreden en het zich in de nabijheid bevinden van de woning, ten aanzien waarvan hem een huisverbod is opgelegd.¹⁶⁴ In deze zaak was de uithuisgeplaatste terug naar de woning gegaan,

159 Zie o.m. ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2495 en ABRvS 19 juli 2017 ECLI:NL:RVS:2017:1922.

160 HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062.

161 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:460.

162 Zie o.m. ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2384.

163 ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5975.

164 HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2239.

maar hij wist dat zijn vrouw en kind naar het buitenland waren vertrokken en hij hen geen geweld kon aandoen. Formeel gezien heeft hij het huisverbod overtreden, maar zijn opzet zat er niet in hetgeen te doen waardoor hij het huisverbod opgelegd heeft gekregen.

3.11.3 *Literatuur*

Uit een evaluatie van het huisverbod in 2013 komt naar voren dat het huisverbod werkt omdat er minder uithuisgeplaatsten recidiveren.¹⁶⁵ Aanvullend onderzoek naar knelpunten in de uitvoering laat echter zien dat er aspecten rondom het huisverbod zijn, die ervoor zorgen dat in gevallen waarin aan de voorwaarden van de wet wordt voldaan, niet altijd een huisverbod wordt opgelegd. Veel daarvan is terug te voeren op onduidelijkheid over de interpretatie van de wet. Die onduidelijkheid weerhoudt burgemeesters ervan een huisverbod op te leggen omdat het onzeker is of het besluit daartoe bij de rechter standhoudt. De jurisprudentie laat evenwel zien dat een goed gedocumenteerd huisverbodbesluit vrijwel altijd overeind blijft. Een goede dossieropbouw blijkt erg belangrijk, vooral waar er geen sprake is van een actueel politie-incident of waar betrokkenen tegenstrijdige verklaringen geven. In die gevallen moet de rechter zijn afweging maken op grond van de overige feiten en omstandigheden. Die feiten en omstandigheden zijn bepalend voor het oordeel of sprake is van (blijvende) dreiging van ernstig en onmiddellijk gevaar en daarmee of het huisverbod in stand blijft en mensen de zorg krijgen die zij nodig hebben.

3.11.4 *Algemene les*

Een huisverbod is een zeer ingrijpende maatregel die nodig kan zijn om de huisgenoten van de betrokkene veilig te stellen en te beschermen tegen geweld (tevens een verplichting van de overheid op grond van artikel 2 en 3 EVRM). Ondanks de ingrijpendheid ervan wordt het huisverbod niet gezien als een bestraffende sanctie maar als een herstelmaatregel. Er is wel rechtsbescherming mogelijk op korte termijn via de voorlopige-voorzieningenprocedure, maar de toetsing is daar terughoudend. De bestuursrechter stelt strenge eisen aan de vaststelling van de feiten die aan het huisverbod ten grondslag worden gelegd. Het is nog even afwachten in hoeverre het evenredigheidsbeginsel verder doorwerkt in de wettelijk huisverbod-jurisprudentie. Voor een huisverbod is geen voorafgaande rechterlijke toetsing vereist.

165 Zie daarover A. Schreienberg, 'Het tijdelijk huisverbod: een zorgzame sanctie', *Gst.* 2014/19.

3.12 Categorie openbare orde: gebiedsverboden

3.12.1 Inleiding: instrument en wetgeving

De regeling met betrekking tot bevoegdheden voor gebiedsverboden is ingrijpend veranderd met de invoering van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (verder: WMBVEO) op 1 september 2010. De wet was een wens van de Tweede Kamer om zowel ernstige overlast in de openbare ruimte als voetbalvandalisme aan te pakken¹⁶⁶ en geeft burgemeesters de bevoegdheid om gebiedsverboden op te leggen. Ook de officier van justitie kan op grond van de WMBVEO onder voorwaarden een daartoe strekkende gedragsaanwijzing geven. De trend lijkt te zijn dat gebiedsverboden vaker worden opgelegd met minder aandacht voor het begrip ‘openbare orde’.

Artikel 172a Gemeentewet (Gemw) geeft burgemeesters de bevoegdheid om bij herhaaldelijke of ernstige verstoring van de openbare orde en bij ernstige vrees voor herhaling van een gebiedsverbod, een groepsverbod en/of een meldingsplicht op te leggen voor de duur van drie maanden, maximaal drie keer te verlengen. Artikel 172b Gemw regelt gebiedsverboden voor minderjarigen. De bevoegdheid van artikel 172a lid 1 Gemw is bedoeld voor de aanpak van ernstige overlast die wordt veroorzaakt door incidentele en notoire hooligans en ‘gevallen van aanhoudende terugkerende overlast’, waarbij de bevoegdheden op grond van de APV eventueel in combinatie met strafrechtelijk optreden onvoldoende zijn.¹⁶⁷ De gedragsaanwijzingen hebben geen bestraffend karakter: de burgemeester moet aanwijzingen motiveren met argumenten die ontleend zijn aan het belang om herhaling van ordeverstoring te voorkomen.¹⁶⁸

De Tweede Kamer heeft de reikwijdte van artikel 172a Gemw nog fors uitgebreid ten opzichte van het eerste regeringsvoorstel, door de maximale termijn voor een gedragsaanwijzing van drie maanden te verlengen tot een jaar, een zelfstandige meldingsplicht mogelijk te maken en de gedragsaanwijzing niet alleen bij groepsgewijze overlast maar ook bij individuele overlast mogelijk te maken.¹⁶⁹ Per 1 juli 2015 is de WMBVEO gewijzigd. Met de wijziging moest artikel 172a makkelijker toepasbaar zijn op voetbalvandalen.¹⁷⁰ De wijziging maakte mogelijk dat ook *first offenders* die de openbare orde ernstig hebben verstoord en waarbij vrees voor herhaling bestaat, gedragsaanwijzingen opgelegd kunnen krijgen. Ook is dit nu mogelijk voor personen die

166 *Kamerstukken II* 2005/06, 28684, nr. 76.

167 *Kamerstukken I* 2009/10, 31467C, p. 8 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33882, nr. 3, p. 5-9.

168 M.A.D.W. de Jong, ‘Commentaar op art. 172a Gemw’, in: J.L.W. Broeksteeg & L.L. van der Laan, *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

169 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

170 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

herhaaldelijk de orde verstoord hebben en waarbij herhaling te vrezen is. Bij dat laatste geldt dan de eis dat sprake is van ernstige verstoring niet. Ook kunnen burgemeesters gedragsaanwijzingen opleggen aan een persoon die van een private organisatie (zoals de KNVB) een bevel heeft gekregen waaruit de burgemeester kan afleiden dat ernstig gevreesd moet worden dat diegene de openbare orde zal verstoren.¹⁷¹

Volgens de Memorie van Toelichting mag artikel 172a gelet op het subsidiariteitsbeginsel pas worden gebruikt als andere, minder ingrijpende bevoegdheden (de APV of artikel 172 lid 3 Gemw) zijn geprobeerd.¹⁷² De toegevoegde waarde van de WMBVEO zit er met name in dat langere gebiedsverboden en een meldingsplicht mogelijk zijn.¹⁷³ Gebiedsverboden kunnen ook een grondslag krijgen in de APV (de algemene openbare orde-regeling). Veel gemeenten hebben in de APV een regeling opgenomen voor het geven van gebieds- of verblijfsverboden. Over de toepassing van de APV voor gebiedsverboden wordt door gemeenten heel verschillend gedacht. Sommige gemeenten lijken uitsluitend de APV toe te passen. Het gebruik van gebiedsverboden is toegenomen, met name in grotere gemeenten.¹⁷⁴ Ook blijkt uit onderzoek van Tuk en Van den Bor dat de WMBVEO in grote gemeenten het meest wordt gebruikt voor individuele overlast. Daarnaast schrijven Tuk en Vols dat de gemeente ook steeds vaker gebiedsverboden oplegt op basis van artikel 172 lid 3 Gemw.¹⁷⁵ Gemeenten lijken het begrip ‘openbare orde’ steeds ruimer te interpreteren en rechters gaan daarin mee. Per geval moet worden afgewogen welke maatregel het meest passend en effectief is tegen een bepaald type overlast. Inzet van de WMBVEO begint daarom met een probleemanalyse waarin wordt bepaald of de maatregelen uit de WMBVEO in aanmerking komen voor dit geval en of deze het beoogde effect zullen hebben. Dit wordt afgestemd tussen diverse veiligheidspartners, zoals het bestuur en het Openbaar Ministerie.¹⁷⁶ De burgemeester moet dan concreet aangeven (‘voldoende aannemelijk maken’) welke ernstige ordeverstoringen iemand heeft veroorzaakt en waarom ernstige vrees voor herhaling bestaat.¹⁷⁷ Uit onderzoek van De Jong blijkt dat artikel 172b Gemw voor gedragsaanwijzingen voor 12-minners niet gebruikt wordt in de praktijk. Problemen met mensen van 12 jaar of jonger willen gemeenten liever aanpakken via hulpverlening.¹⁷⁸

171 De Jong in: *T&C GPW 2021*, Wet MBVEO.

172 *Kamerstukken I 2009/10*, 31467C, p. 1, p. 3, p. 4 en p. 6.

173 Pro Facto, *Op doel? Evaluatie Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast*, Groningen: 2012, p. 83.

174 M.I. Tuk & L.M. van den Bor, ‘De toepassing van gebiedsverboden op grond van de gewijzigde Wet MBVEO in de praktijk’, *Gst.* 2019/113.

175 M. Tuk & M. Vols, ‘Ondermijning en het openbare-orderecht’, *NJB* 2018/1190, p. 1708.

176 Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, toepassing in de praktijk*, Den Haag 2012, p. 30.

177 De Jong in: *T&C GPW 2021*.

178 M.A.D.W. de Jong e.a., *Orde in de openbare orde*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 52.

3.12.2 *Rechtspraak*

Volgens de memorie van toelichting moeten bij toepassing van artikel 172a Gemw eerst minder ingrijpende bevoegdheden worden geprobeerd. De rechter toetst deze eis niet altijd heel strikt. In een zaak waar de burgemeester iemand op grond van artikel 172a lid 1 Gemw een groepsverbod en meldplicht had opgelegd voor drie maanden, bepaalde de rechter dat dit voldeed aan het subsidiariteitsbeginsel. Het was immers minder ingrijpend dan een gebiedsverbod, nu het groepsverbod slechts inhield dat de persoon zich alleen op dagen van voetbalwedstrijden in de Arena niet in een groep in de omgeving mocht bevinden en zich moest melden.¹⁷⁹ Als de rechter een gebiedsverbod toetst aan proportionaliteit, is vooral van belang of de overlastgevende feiten hebben plaatsgevonden in het gebied. Er mag wel rekening mee worden gehouden dat het overlastgevend gedrag zich niet gewoon verplaatst. Bij goede onderbouwing kan dus het gebiedsverbod ruimer worden ingesteld.¹⁸⁰ De rechter toetst niet heel indringend. De bestuursrechter toetst of de burgemeester in redelijkheid tot een gebiedsverbod van een dergelijke omvang had kunnen komen.¹⁸¹ Ook als de termijn van de gedragsaanwijzing verstreken is, kan belanghebbende nog procesbelang hebben. Een gedragsaanwijzing is namelijk een publieke afwijzing van een bepaalde gedraging en kan de eer en goede naam aantasten.¹⁸²

De overlast en de ernstige vrees voor herhaling hoeven niet wettig en overtuigend worden bewezen. Het gaat om een bestuursrechtelijke reparatoire maatregel waarbij concrete aanwijzingen volstaan. Dat iemand eerder betrokken was bij ernstige ordeverstoringen kan een dergelijke concrete aanwijzing zijn.¹⁸³ Tot slot kan de burgemeester ook ordeverstoringen die iemand elders heeft veroorzaakt in verband met voetbal ten grondslag leggen aan een meldplicht en gebiedsverbod in de eigen gemeente. Het is niet noodzakelijk dat ordeverstoringen zich in één gemeente afspelen, maar wel dat de persoon daarbij betrokken was.¹⁸⁴ De burgemeester kan met gebiedsverboden het grondrecht op bewegingsvrijheid vergaand beperken. Het opleggen van een meldingsplicht kan het dagelijks leven zodanig beïnvloeden dat het recht op privacy wordt aangetast. De wet moet voldoende waarborgen bevatten tegen misbruik en voldaan moet worden aan de eisen die volgens vaste jurispruden-

179 Rb. Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140, r.o. 9.5.

180 Bijv. Rb. Amsterdam 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4865.

181 B.W.A. Jue-Volker, *Gebiedsverboden in het bestuursrecht en het strafrecht: uitbreiding of wildgroei?* (Preadviezen Jonge VAR, Jonge VAR-reeks, nr 14) Den Haag: Boom Juridisch 2015, p. 6.

182 Rb. Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140.

183 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2112 en De Jong in: *T&C GPW* 2021.

184 Rb. Amsterdam 6 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1774.

tie gelden.¹⁸⁵ Een gebiedsverbod mag er in beginsel niet toe leiden dat iemand zijn woning, naaste familie of werk niet meer kan bereiken.¹⁸⁶

3.12.3 *Literatuur*

Jue-Volker schrijft in haar preadvies voor de Jonge VAR dat het toepassingsbereik scherper zou moeten worden onderscheiden: de lichte bevelsbevoegdheid van 172 lid 3 Gemw is voor plotseling opkomende overlast; artikel 172a Gemw voor structurele, ernstige vormen van overlast. Zij schrijft dat de wetgever dat onderscheid heeft verzwakt door het schrappen van de eerder vereiste herhaaldelijkheid, en hiermee is ook de toegevoegde waarde van artikel 172a Gemw verminderd.¹⁸⁷ Ook schrijft ze dat de nieuwe gebiedsverbodbepalingen in de Gemeentewet onmiskenbaar geformuleerd zijn naar de wens van de wetgever om snel op te kunnen treden. Dit gaat ten koste van belangrijke waarborgen en een (voorafgaande) rechterlijke toetsing. Tot slot stelt De Jong dat de WMBVEO een ruimer toepassingsbereik heeft gekregen dan voor 2015 en dat door *first offenders* een gedragsaanwijzing op grond van de wet te kunnen opleggen, de handhaving van de openbare orde meer op de achtergrond is geraakt.¹⁸⁸ De Jong stelt ook dat de toegang tot de bestuursrechter goed geregeld is, zeker nu de rechter soepel omgaat met het procesbelang.¹⁸⁹

3.12.4 *Algemene les*

Er zijn verschillende grondslagen voor het opleggen van gebiedsverboden. De favoriete grondslag verschilt per gemeente. Sommige gemeenten geven aan alleen de APV te gebruiken. Grotere gemeenten lijken vaker met gebiedsverboden te werken dan kleinere gemeenten. Het begrip ‘openbare orde’ ten behoeve waarvan gebiedsverboden opgelegd kunnen worden, lijkt steeds ruimer geïnterpreteerd te worden¹⁹⁰ en de rechter zou daarin meegaan. Gebiedsverboden lijken vrij makkelijk op te leggen, zeker na de wetwijziging in 2015 waarmee ook *first offenders* een gedragsmaatregel opgelegd kunnen krijgen. Daarnaast kan met de huidige gebiedsverbodbepalingen heel snel gehandeld worden en dat kan ten koste gaan van waarborgen, terwijl gebiedsverboden wel in strijd kunnen komen met grondrechten. De rechterlijke toetsing is weinig intensief. Voor de oplegging van een gebiedsverbod is geen voorafgaande rechterlijke instemming vereist. Er is wel rechtsbescherming mogelijk op kor-

185 Pro Facto 2012, p. 16.

186 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

187 Jue-Volker 2015, p. 39.

188 De Jong e.a. 2017, p. 51.

189 De Jong e.a. 2017, p. 51.

190 J.G. Brouwer, ‘Wat is openbare orde? Bevoegdheden van burgemeester niet onbegrensd’, *NJB* 2016/1561.

te termijn via de voorlopige-voorzieningenprocedure, maar daar vindt een terughoudende toetsing plaats.

3.13 Categorie bijzonder: vreemdelingenbewaring

3.13.1 *Inleiding*

Vreemdelingenbewaring beoogt te voorkomen dat mensen die Nederland moeten verlaten zich onttrekken aan een uitzetting. Dit is neergelegd in met name de Vreemdelingenwet 2000 (verder: VW 2000). Hoofdstuk 5 van deze wet gaat over vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende maatregelen. Artikel 59 VW 2000 regelt inbewaringstelling in het kader van uitzetting. Artikel 50 VW 2000 bepaalt dat vreemdelingen staande kunnen worden gehouden. Dan kunnen ze worden overgebracht naar een plaats voor verhoor waar zij maximaal zes uur mogen worden opgehouden. Als blijkt dat de persoon geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft, kan deze worden opgesloten in een detentiecentrum, in afwachting van uitzetting uit Nederland. De vreemdeling verblijft daar onder het regime van beperkte gemeenschap zoals vastgelegd in de Penitentiaire beginselenwet (PBW). Deze wet is volledig op deze groep mensen van toepassing. De maatregel inbewaringstelling is geen straf en is een ‘ultimum remedium’, althans volgens de wetgever. Alleen als geen alternatief voorhanden is, mag in een individueel geval deze maatregel worden ingezet.¹⁹¹

3.13.2 *Wetgeving*

De Vreemdelingenwet 2000

Op grond van artikel 6 VW 2000 kunnen vreemdelingen worden gedetineerd in verband met een toegangswijering tot het land. Op grond van artikel 59 VW 2000 kunnen vreemdelingen worden gedetineerd met oog op hun uitzetting. Deze laatste vallen onder de Penitentiaire Beginselenwet. Het huidige artikel 59 VW 2000 bepaalt dat als het belang van de openbare orde of de nationale veiligheid het vordert, met het oog op de uitzetting, de minister een vreemdeling in bewaring kan stellen die a. geen rechtmatig verblijf heeft of b. een rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8 onder f, g en h, niet zijnde een vreemdeling als bedoeld in 59a of 59b VW 2000. Onder b wordt de reikwijdte van lid 1 dus beperkt tot vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben uit hoofde van een aanvraag voor een verblijfsvergunning. Als de aan-

191 Nationale Ombudsman, ‘Grenzen aan vreemdelingenbewaring. Een onderzoek naar de uitvoering van vreemdelingenbewaring’, 2020/02, p. 5 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32420, p. 15.

vraag wordt afgewezen, kan iemand weer in bewaring worden gesteld, maar als deze persoon dan bezwaar maakt of beroep instelt, moet de inbewaringstelling weer worden opgeheven. Door de tijd heen kan de status van een vreemdeling wijzigen van rechtmatig naar onrechtmatig en omgekeerd. De wijziging van de status van een vreemdeling heeft gevolgen voor de mogelijke grondslag voor inbewaringstelling. Onder artikel 59 VW 2000 kan worden gewisseld tussen de a- en de b- grond. Er moet dan een nieuw besluit worden genomen dat ook weer deugdelijk moet worden gemotiveerd.¹⁹² Artikel 59 lid 2 bepaalt dat als de noodzakelijke stukken voor uitzetting (op korte termijn) voorhanden zijn, de eventuele inbewaringstelling gevorderd moet worden door het belang van de openbare orde.

De Terugkeerrichtlijn

Sinds 24 december 2010 is de Terugkeerrichtlijn van de EU van kracht. In een reeks arresten heeft het Hof belangrijke aspecten van de vreemdelingenbewaring verduidelijkt, zie bijvoorbeeld *Kadzoev* en *Mahdi* (zie hierna onder rechtspraak). Als de derdelander niet vrijwillig is vertrokken of als geen termijn voor vertrek is vastgesteld, kan de lidstaat een verwijderingsbesluit nemen. Artikel 8 lid 4 van de richtlijn verplicht staten om zo nodig dwangmaatregelen toe te passen. In het uiterste geval kan de derdelander in bewaring worden gesteld (artikel 15 -17 Terugkeerrichtlijn).¹⁹³ Artikel 15 lid 3 Terugkeerrichtlijn bepaalt dat de inbewaringstelling met redelijke tussenpozen wordt getoetst op verzoek van de derdelander, of ambtshalve. Bij lange bewaring wordt de toetsing aan controle door een rechterlijke autoriteit onderworpen. Na de inwerkingtreding van de richtlijn en dit artikel bleef wel ruimte bestaan voor een terughoudende toets. De rechtbank moet sinds de richtlijn beoordelen ‘of de minister zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen dan de inbewaringstelling doeltreffend konden worden toegepast’.¹⁹⁴

Wet Terugkeer en Vreemdelingenbewaring

Met deze nieuwe wet wil de wetgever het ultimatum remedium-karakter benadrukken en zo aansluiten bij de terugkeerrichtlijn.¹⁹⁵ Voor volwassen vreemdelingen wordt een onderscheid gemaakt tussen het verblijfs- en beheersregime. De PBW kent dit onderscheid niet. Het uitgangspunt is dat iemand in het verblijfsregime wordt geplaatst tenzij het met het oog op de handhaving van de orde en veiligheid in de inrichting in het beheersregime dient te worden ge-

192 J.A. Raukema, ‘Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Vreemdelingenwet 2000, Artikel 59 [Inbewaringstelling]’, kluwer.nl actueel t/m 06-07-2017.

193 Ministerie van Justitie en Veiligheid, ‘Illegaal verblijf en illegale immigratie’, ecer.minbuza.nl.

194 ABRvS 28 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ379, *Jf* 2011/261 (201100194/1/V3).

195 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 21 en artikel 15 Terugkeerrichtlijn.

plaatst.¹⁹⁶ In het beheersregime is minder vrijheid. Hoofdstuk 5 VW 2000 wordt ook ingrijpend aangepast. Beoogd is om de inzet van de vrijheidsbeperkende maatregelen beter te laten aansluiten bij onder meer de EU-Terugkeer-richtlijn. Het wetsvoorstel past bijvoorbeeld het huidige artikel 56 VW 2000 aan met een formulering die is gericht op de voorbereiding van het vertrek en de verwijdering van de vreemdeling. Daarbij is het element openbare orde en nationale veiligheid als grondslag voor de maatregel komen te vervallen.

Het nieuwe artikel 59 moet gaan luiden: “een vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, kan door de minister met het oog op de uitzetting in vreemdelingenbewaring worden gesteld, als a. er risico op onttrekking bestaat, of b. de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.” Ook hier verdwijnt dus de formulering met de openbare orde en nationale veiligheid als element en komt de focus te liggen op het vertrek. De regels omtrent visitatie zijn iets aangepast. Voorheen ging het standaard om een handmatig onderzoek aan het lichaam. Dat blijft nu mogelijk, maar alleen als de röntgenscanner buiten werking is of als sprake is van een andere dringende reden.¹⁹⁷ Kritiek is er ook. Het beheersregime kent de meeste beperkingen en geldt sowieso bij binnenkomst van een vreemdeling bij de inrichting. Isolatie en visitatie blijven mogelijk¹⁹⁸ onder de nieuwe wet en in de nieuwe wet is geen specifiekere toets met een motiveringseis opgenomen over waarom er geen minder dwingende maatregel opgelegd kan worden. Ook is niets opgenomen over herhaalde inbewaringstelling.¹⁹⁹

3.13.3 *Rechterlijke toetsing*

In een individueel geval moet altijd goed worden beargumenteerd waarom inbewaringstelling nodig is en moet worden nagegaan of een lichter middel volstaat. De beginselen van doelmatigheid en proportionaliteit moeten voortdurend in acht worden genomen. De uitvoering moet met strikte waarborgen worden omkleed. Met het in bewaring stellen van minderjarigen wordt zeer terughoudend omgegaan.²⁰⁰ Bij de vreemdelingenbewaring is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist. De staatssecretaris kan de vreemdelingen in bewaring stellen als aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan. Net als bij de vrijheidsbeneming in het kader van het Wetboek van Strafvordering of de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg of de Wet Zorg en dwang (opvolgers van de Wet Bopz) is het *habeas corpus*-beginsel van toe-

196 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 14.

197 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 177.

198 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 177.

199 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 16.

200 *Kamerstukken II* 2010/11, 32420, nr. 7, p. 15.

passing. Dit schrijft een rechterlijke toetsing van de vrijheidsbenaming op korte termijn voor. Dit is niet het geval bij vreemdelingenbewaring. De termijn voor rechterlijke toetsing bedraagt zes weken.

3.13.4 *Rechtspraak*

Volgens een uitspraak van de Afdeling heeft de staatssecretaris een te beperkte invulling gegeven aan zijn onderzoeksplicht. Tijdens een gesprek met iemand van de Dienst Terugkeer en Vertrek is de vreemdeling immers niet duidelijk gemaakt dat hij feiten of omstandigheden kon aanvoeren tegen de rechtmatigheid van zijn bewaring en later is hij evenmin in de gelegenheid gesteld om feiten en omstandigheden naar voren te brengen voor toepassing van een lichter middel. De grief slaagt reeds omdat de staatssecretaris niet heeft betoogd dat de vreemdeling door het gebrek in het gehoor niet in zijn belangen is geschaad. De vreemdeling krijgt een vergoeding (r.o. 3 en 4).²⁰¹ Uit een eerdere uitspraak van de Afdeling volgt dat de vreemdeling voorafgaand aan het opleggen van een inbewaringstelling duidelijk gemaakt moet worden dat hij eventuele bijzondere feiten of omstandigheden met betrekking tot zijn belang kan aanvoeren, die tot het oordeel kunnen leiden dat in zijn geval met een lichter middel moet worden volstaan.²⁰² In het arrest *Kadzoev* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) duidelijk gemaakt dat openbare orde geen grond is voor vreemdelingenbewaring. In tegenstelling tot de Opvangrichtlijn voorziet de Terugkeerrichtlijn hier niet in. De bewaring moet zijn gericht op verwijdering van de persoon en mag niet opgelegd worden als maatregel in verband met de openbare orde of veiligheid. Daarnaast maakt het HvJ EU duidelijk dat als iemand een asielverzoek heeft ingediend waardoor de uitzettingsprocedure wordt opgeschort, dit niet mag leiden tot een overschrijding van de maximale bewaringstermijn.²⁰³ Uit het arrest *Mahdi* van het Luxemburgse Hof blijkt o.a. dat een inbewaringstelling met opgave van feitelijke en juridische gronden moet worden opgelegd, om hiermee de vreemdeling zo goed mogelijk in staat te stellen zijn rechten te verdedigen.²⁰⁴ Verder bepaalt het Hof dat niet-terughoudend wordt getoetst bij de controle van het verlengingsbesluit door de rechter. Ook de beoordeling van formele gebreken van de bewaring, de aan de bewaring ten grondslag gelegde gronden en de belangenafweging worden niet-terughoudend getoetst. De staatssecretaris mag niet meer volstaan met een motivering dat is voldaan aan de voorwaarden voor een verlenging van de bewaring, maar moet tevens motiveren dat aan de andere eisen van rechtmatige

201 ABRvS 27 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1730.

202 ABRvS 24 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3083.

203 HvJ EU 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741 (*Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*).

204 HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320 (*Mahdi t. Bulgarije*).

bewaring is voldaan. Deze uitvoerige motiveringsplicht geldt ook voor het aanvankelijke bewaringsbesluit.²⁰⁵ Dit arrest is aanleiding geweest voor de Afdeling om de rechterlijke toetsing van bewaringszaken aan te passen. Bestuurlijke besluiten over de opheffing van bewaring worden nu dus niet langer terughoudend, maar intensief getoetst. De Afdeling leidt uit het arrest af dat de rechter zijn oordeel over de vraag of in een specifiek geval een andere lichtere maatregel had kunnen volstaan, in de plaats moet kunnen stellen van dat van het bestuur.²⁰⁶

3.13.5 *Literatuur*

Cornelisse schrijft dat vreemdelingen regelmatig gedurende lange tijd worden vastgehouden onder een regime dat geen recht doet aan het bestuursrechtelijke karakter van de maatregel. Soms gaat de vreemdelingendetentie zelfs gepaard met meer beperkingen dan een strafrechtelijke detentie.²⁰⁷ Uit een rapport van de ombudsman blijkt dat een vrouw in vreemdelingenbewaring gevraagd werd haar hoofddoek permanent af te geven aan twee vrouwelijke arrestantenwachten in aanwezigheid van twee mannen. Ook een geïmproviseerde hoofddoek van Kleenex zakdoeken werd afgenomen. De inbreuk op het recht van vrijheid van godsdienst werd in dit geval gerechtvaardigd geacht nu in het verleden een vrouw zelfmoord had gepleegd met gebruik van een hoofddoek.²⁰⁸ Verder mogen vreemdelingen in bewaring geen arbeid verrichten. Volgens de minister hoeven vreemdelingen immers niet ‘gesocialiseerd’ te worden want ze keren niet in terug in ‘onze’ samenleving.²⁰⁹ Daarnaast geven sommige vreemdelingen aan af te zien van een ziekenhuisbezoek omdat bij het vervoer in detentie standaard gebruikgemaakt wordt van hand- of koppelboeien én een broekstok. Voor de combinatie hiervan is geen wettelijke basis. Hongerstakers worden in een isoleercel geplaatst. Tot slot worden bijna geen zaken aangespannen bij de burgerlijke rechter door vreemdelingen wier rechten werden geschonden in detentie. Cornelisse schrijft verder dat de Afdeling het evenredigheidsbeginsel bij de invulling van de rechterlijke toets van de vraag naar of een lichter middel dan bewaring mogelijk was, onjuist toepast. In zaken waar de Afdeling toetst of er een lichter middel had volstaan, oordeelt zij, zodra er voldoende gronden voor bewaring waren, dat ‘de staatssecretaris

205 ABRvS 23 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:232; ABRvS 23 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:674, *JV* 2015/93 en ABRvS 10 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1309.

206 ABRvS 23 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:232, *JV* 2015/63, paragraaf 2.2. en G. Cornelisse, ‘Van de Magna Carta tot Mahdi: Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke toetsing van vreemdelingendetentie’, *Asiel- & Migrantenrecht* 2015 (5/6), p. 199-204, p.200.

207 G. Cornelisse, ‘Handboeien en isoleercellen. Over de gebrekkige implementatie van mensenrechten in de vreemdelingenbewaring’, *AA* 2011, afl. 5, p. 339-344.

208 Rapport van de Nationale Ombudsman, 26 augustus 2010, 2010/238.

209 Cornelisse, *AA* 2011, p. 342.

zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen konden worden toegepast'. Dit was alleen anders als de vreemdeling bijzondere feiten of omstandigheden had aangevoerd waardoor zijn persoonlijke situatie de maatregel onevenredig maakte. Na Mahdi lijkt deze toetst niet echt te zijn veranderd. Eerst kijkt de Afdeling of er grieven zijn gericht tegen het oordeel dat de vreemdeling niet meewerkt aan de uitzetting en dan overweegt zij dat de vreemdeling niets heeft aangevoerd met betrekking tot persoonlijke belangen op grond waarvan de maatregel onevenredig zou moeten zijn. Dan stelt zij dat de staatssecretaris zich daarom terecht op het standpunt heeft gesteld dat een lichter middel niet volstond.

De Afdeling toetst hiermee niet of het bestuur een lichter middel had moeten toepassen en toetst dus niet de noodzaak van de detentie. In plaats daarvan toetst zij de gronden voor bewaring zoals aangevoerd door de staatssecretaris. Als deze dan voldoende zwaarwegend zijn, komt de rechterlijke toets pas weer in beeld bij de vraag of de bewaring onevenredig bezwarend is. Hiermee verschilt de manier van toetsing helemaal niet met de manier van vóór *Mahdi*, zo stelt Cornelisse. De gronden voor bewaring die de staatssecretaris aanvoerde, werden immers altijd al vol getoetst.²¹⁰ Zo stelt de Afdeling in een post-*Mahdi*-uitspraak dat er geen lichter middel hoeft te worden toegepast om de uitzetting te verzekeren, omdat de vreemdeling niet vrijwillig vertrekt.²¹¹ In een rapport over de implementatie en interpretatie van de Terugkeerrichtlijn blijkt dat nationale rechtspraak een genuanceerd beeld zichtbaar maakt van de manier waarop de Afdeling invulling geeft aan de normen uit de Terugkeerrichtlijn en de rechtspraak van het HvJ EU. De Afdeling ziet streng toe op de navolging van de motivering van een bewaringsmaatregel. Aan de andere kant oordeelt de Afdeling dat de vraag in hoeverre een strafrechtelijke veroordeling aanleiding kan zijn om een onttrekkingsrisico aan te nemen, dit alleen een grond kan zijn voor bewaring als de veroordeling verband houdt met het risico op onttrekking aan het toezicht.²¹²

3.13.6 *Algemene les*

Op grond van deze analyse lijkt er zeker ruimte voor verbetering bij vreemdelingenbewaring en zijn aanpassingen in de wet nodig. Inbewaringstelling is gevoelig voor grondrechtenschendingen en wat isolatie en visitatie betreft, lijkt dat met de huidige nieuwe wetgeving niet heel veel beter te worden. Vreemdelingenbewaring kan worden opgelegd zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, terwijl de toetsing achteraf vaak langer op zich laat wachten. De

210 Cornelisse, *Asiel & Migrantenrecht* 2015(5/6), p. 201.

211 ABRvS 23 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:674, *JV* 2015/93.

212 M. Klaassen & P. Rodrigues, 'Interpretatie en implementatie van de Terugkeerrichtlijn', *WODC en Ministerie van Justitie en Veiligheid* 2021.

inhoud van de toets lijkt te terughoudend met name op het punt van de subsidiariteit.

3.14 Conclusie

De voorgaande casestudies (die niet de pretentie van volledigheid hebben) laten zien dat de overheid een groot arsenaal aan meer en minder ingrijpende repressieve (bestuursrechtelijke) instrumenten tot haar beschikking heeft gekregen, waarbij het bestuur vaak discretionaire bevoegdheid heeft om het middel al dan niet in te zetten. Deze instrumenten zijn gecreëerd om ongewenste situaties te voorkomen of uit de wereld te helpen. Duidelijk is dat de overheid bij veel problemen bestuursrechtelijke maatregelen als oplossing ziet. Daaraan zal zeker bijgedragen hebben dat deze in de regel zonder voorafgaande rechterlijke toestemming kunnen worden toegepast (zij het dat er wel kan worden verzocht om een voorlopige voorziening strekkende tot schorsing van de maatregel, maar daarbij wordt terughoudend getoetst), ook wanneer ze ingrijpend zijn. Tegelijk valt op dat de wetgever vaak ook probeert de waarborgen voor geadresseerden van dergelijke maatregelen beperkt te houden en er in ieder geval geen sprake is van een samenhangende visie op de vraag welke waarborgen gepast zijn bij bepaalde typen maatregelen, ook in relatie tot het strafrecht. En ook daar spelen efficiencyoverwegingen een belangrijke rol. De rechtspraak op haar beurt reageert daar wel op, maar vaak met de nodige vertraging en ook pas nadat sprake is van duidelijke uitwassen. Ook is een probleem dat sommige toezichtshandelingen (zoals het gebruik van algoritmen) niet leiden tot een sanctiebesluit, waardoor bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet mogelijk is en de civiele rechter zijn rol als restrechter niet kan vervullen doordat feitelijke informatie vaak ontbreekt.

Maar als de rechtspraak vaststelt dat er aan een bepaalde maatregel te veel bezwaren kleven, dan wordt daaraan ook paal en perk gesteld. Althans voor zover dat valt na te gaan. Een wijziging van een standaardtoetsingsformule in de rechtspraak betekent immers nog niet een-op-een een daadwerkelijke verbetering van de rechtspositie.²¹³ Daarvoor is ook vereist dat rechters echt kritisch zijn en de overheid in een concrete zaak ook durven terug te fluiten. Ook zal de bestuursrechter voldoende gebruik moeten maken van de procedurele gereedschapskist die de Algemene wet bestuursrecht biedt (zoals het horen van getuigen en het benoemen van deskundigen) om daarmee de feitenvaststelling door het bestuur kritisch te bejegenen. Verder valt op dat het evenre-

213 Daar komt nog bij dat slechts een fractie (rond de 5%) van alle rechterlijke uitspraken op rechtspraak.nl wordt gepubliceerd. Dat is natuurlijk schrikbarend weinig en dat cijfer moet echt fors omhoog, willen we van echte transparantie van rechtspraak kunnen spreken.

digheidsbeginsel voor de balans tussen de instrumentele belangen van de overheid en de waarborgen van door een maatregel getroffen individu steeds centraler komt te staan, terwijl nog verder moet uitkristalliseren welke impact de toepassing in concrete zaken daarvan zou moeten hebben. Matiging van een boete met 50% klinkt namelijk weliswaar als een duidelijke bijdrage aan evenredige uitkomsten, maar is dat wel zo als de standaardboete 10.000 euro bedraagt en de geadresseerde een laag inkomen heeft?²¹⁴

214 Vgl. A.T. Marseille, annotatie bij ABRvS 10 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:272, *AA* 2021, p. 1029-1034.

4 | Lessen voor wetgever, bestuur, rechter en burgers: op zoek naar een betere en meer structurele balans bij de introductie en inzet van repressieve bestuursrechtelijke instrumenten

4.1 | Introductie

Na het in het vorige hoofdstuk geschilderde rijke palet van toezichtsmiddelen, maatregelen en sancties past het om in dit hoofdstuk de balans op te maken. In dit hoofdstuk bezien we nader welke rechtsbescherming hierbij passend is, mede in het licht van de eisen van een *effective remedy* voor een nationale instantie, zoals opgenomen in artikel 13 EVRM en artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest (voor zover het gaat om de tenuitvoerlegging van Unierecht).

Een relevante vraag in dit verband is ook of voor de inzet van de betrokken bestuursrechtelijke maatregel *vooraf* rechterlijke toestemming vereist is, hetgeen vaak (Europees) grondrechtelijk niet vereist is, terwijl ook een belangrijke vraag is hoe vol de rechterlijke toetsing op evenredigheid moet zijn. In lijn met de meergenoemde conclusie van Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht, kan het best worden aangesloten bij de ingrijpendheid van de maatregel in kwestie, dus niet bij het vaak wat digitale onderscheid tussen een criminal charge of niet, zoals dat wordt gemaakt in de Straatsburgse (en nationale) jurisprudentie.¹ Dat is terecht omarmd door de hoogste bestuursrechters.²

Bij deze analyse van de bestuursrechtelijke instrumenten is ook relevant dat zij er ook juist toe kunnen dienen om grond- en mensenrechten van anderen te beschermen, denk hierbij bijvoorbeeld aan bestuurlijke maatregelen ter bestrijding van terrorisme (recht op leven van artikel 2 EVRM), het huisverbod (bescherming tegen mishandeling of erger, artikel 2 en 3 EVRM), of de

1 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M Widdershoven & P.J. Wattel).

2 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, JB 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*uitspraak grote kamer over sluiting drugsband Harderwijk*).

gezondheid (artikel 8 EVRM). De uit deze bepalingen uit het EU-recht en uit het nationale recht voortvloeiende beginselplicht tot handhaving mag er overigens niet toe leiden dat de verschillende maatregelen niet kritisch worden gezien en op evenredigheid worden gewaardeerd.

Een belangrijke graadmeter is ook in hoeverre de geschetste maatregelen en instrumenten een strafrechtelijk equivalent hebben. Is dat inderdaad het geval, dan is een belangrijke vervolgvraag hoe de rechtsbescherming in beide kolommen is verzekerd. Het zou immers vreemd (en mogelijk in strijd met nationale en internationale gelijkheidsnormen) zijn indien deze rechtsbescherming significant verschilt, terwijl het gaat om naar ingrijpendheid vergelijkbare maatregelen.³ Daarbij wordt vanzelfsprekend ook gezien in hoeverre de beschreven maatregelen op zichzelf beschouwd voldoen aan grondrechtelijke en Europees en internationaal gegarandeerde normen ter zake.

Waar het op aankomt is het vinden van het juiste evenwicht tussen de instrumentele benadering en de waarborgbenadering. Het is zaak niet terug te gaan naar het in hoofdstuk 1 van dit preadvies genoemde voorbeeld van bijstand in Groningen in de jaren zeventig van de vorige eeuw, waarbij bijstandsgerechtigden bij wijze van spreken ‘alles konden maken’.⁴ Maar tegelijkertijd is het ook niet wenselijk nog een SyRI- of Toeslagenaffaire te hebben. Hierbij moet ook geregeld de druk worden weerstaan van de media, c.q. publieke opinie (zoals vaak gevolgd door de politiek) die in het ene tijdsgewricht doorslaat naar keiharde aanpak van fraude⁵ en nu soms lijkt door te slaan naar te veel coulance voor de burger en te weinig begrip voor de overheid.⁶ Voor het vinden van deze balans hebben de drie actoren van de trias, de wetgever, het bestuur en de rechter, alle een rol te vervullen. De drie staatsmachten worden hierna achtereenvolgens behandeld. Eerst wordt ingezoomd op vergelijkbare toezichtsmiddelen in het strafrecht.

3 Vgl. Barkhuysen e.a. 2014.

4 Zie C. van der Heijden, ‘Wantrouwen als leidraad. Een labyrint van protocollen’, *De Groene Amsterdammer* 9 januari 2020.

5 Denk aan de zogenoemde Bulgarenfraude van een tiental jaren geleden, die mede ten grondslag heeft gelezen aan de verscherping van (fraude)wetgeving in de sociale zekerheid.

6 In dit verband valt te wijzen op de zogenoemde boodschappenaffaire die in de pers zo werd uitgemeten dat het toch belachelijk was dat een bijstandsmoeder het bedrag van de door haar moeder regelmatig betaalde boodschappen aan de gemeente moest doorgeven. Dat het toch wel iets genuanceerder ligt, wordt geïllustreerd door M.W. Venderbos, ‘De ‘boodschappenaffaire’, *Gst.* 2021/46, afl. 7521, p. 44-53 en CRvB 23 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:1918.; *AB* 2022/54, m.nt. M.W. Venderbos; *Gst.* 2021/148, m.nt. M.I.T. Albers & J.C. de Wit.

4.2 Strafrechtelijke equivalenten: heroverweeg ongerechtvaardigde verschillen

Een belangrijke vraag is voor welke onderzoeksmaatregelen vanwege hun ingrijpendheid een voorafgaande toestemming (door officier van justitie of rechter-commissaris) is vereist, onafhankelijk van de vraag of dit via het strafrecht of bestuursrecht gebeurt. Daartoe zou stelselmatig moeten worden ingezoomd op de titels in het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van diverse bijzondere bevoegdheden tot opsporing in artikel 126o e.v. (zoals stelselmatige observatie, infiltratie, stelselmatige inwinning van informatie, onderzoek van communicatie door middel van geautomatiseerde werken en het vorderen van gegevens). Ongerechtvaardigde verschillen in rechtsbescherming zijn daarbij problematisch. Een dergelijke exercitie wordt des te urgenter gezien de razendsnelle ontwikkelingen van de technologie (zoals de inzet van drones) en het grote belang van een rechtmatige controle op het juiste gebruik van voorzieningen op het terrein van de sociale zekerheid.⁷

Als we kijken naar de in hoofdstuk 3 van dit preadvies behandelde bestuursrechtelijke maatregelen en toezichtsmiddelen, dan vindt de structurele observatie (met name in het sociale bestuursrecht) zijn equivalent in het strafrecht,⁸ alleen is er daar voorafgaand aan de inzet van dit middel instemming van de officier van justitie nodig. Nu is dat natuurlijk geen voorafgaand rechterlijk verlov maar van dit vereiste kan mogelijk wel enige preventie uitgaan om niet te gemakkelijk naar dit middel te grijpen. Een dergelijke waarborg ontbreekt vooralsnog in het bestuursrecht. Om de waarborgen zowel in het bestuursrecht als het strafrecht te verbeteren, zou kunnen worden gedacht aan een voorafgaand verlov voor de toepassing van deze ingrijpende toezichtsmiddelen door de rechter-commissaris (die dan voor het bestuursrecht wettelijk moet worden verankerd).

Daarnaast valt op dat de bestuursrechtelijk gedetineerde vreemdeling er weliswaar recht op heeft dat een rechter de wettigheid van zijn detentie beoordeelt, maar op grond van artikel 5 lid 4 EVRM zou dit enkele maanden mogen duren, terwijl de op grond van artikel 5 lid 1 onder c EVRM strafrechtelijk gedetineerde er recht op heeft dat een rechter binnen enkele dagen de wettigheid van zijn vrijheidsberoving beoordeelt.⁹ Ook bestaan er verschillen in waarborgen ten aanzien van de huiszoeking in het strafrecht en het huisbezoek

7 Zie onder meer onze annotatie bij CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

8 Titel V, 'Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband', artikel 126o e.v. Wetboek van Strafvordering.

9 Vgl. Barkhuysen e.a. 2014 en zie nader M.W. Venderbos, 'Normering van bestuurlijk toezichts- en controle-onderzoek', *JBplus* 2019/01, p. 1-31.

in het socialezekerheidsrecht.¹⁰ Dat is problematisch en zou moeten worden heroverwogen.

4.3 De rol van de verschillende actoren binnen de trias en van de burger

4.3.1 *Algemeen*

Om te beginnen geldt voor alle actoren binnen de trias dat moet worden uitgegaan van de juiste mensbeelden.¹¹ Niet iedereen is immers even bureaucratisch vaardig en de overheid zou niet te wantrouwend moeten zijn (maar ook niet te naïef) over bedoelingen van burgers. Niet naïef zijn wordt overigens hier expliciet genoemd als reactie op de te stellige bewering dat mensen goed zijn. Het geringe fraudepercentage dat daarvoor als bewijs wordt genomen, lijkt namelijk ook beïnvloed door het huidige strenge handhavingsklimaat.

4.3.2 *Wetgever*

Bij het voornemen van ieder wetsvoorstel op het terrein van het (repressieve) bestuursrecht (of beter nog in het kader van de onderhandelingen voor een regeerakkoord) moet worden afgewogen of er strikte noodzaak bestaat voor verzwaring van het bestaande sanctiepakket dan wel de introductie van nieuw bestuursrechtelijk instrumentarium en dat het dus niet gaat om louter symboolpolitiek.¹² De Aanwijzingen voor de regelgeving moeten hierbij dus ook daadwerkelijk worden gevolgd.¹³ Ook moet worden nagedacht over passende waarborgen, waarbij de samenhang met garanties ten aanzien van andere bestuursrechtelijke maatregelen en het strafrecht in het oog moet worden gehouden.

Voor ingrijpende toezichtsmethoden (die vaak een inbreuk maken op het door artikel 8 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op privéleven) geldt dat er een voldoende specifieke wettelijke grondslag (in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM) moet bestaan. Algemene toezichtsbepalingen uit bijvoorbeeld de Participatie-

10 Zie bijv. C.H.R. Mattheussens, 'De bestuursrechtelijke rechter-commissaris', in: *Experimenten in het bestuursrecht* (Preadviezen Jonge VAR 2020, Jonge VAR-reeks 19), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 53-102.

11 Zie WRR-rapport nr. 97, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid: Den Haag 2017.

12 Vgl. de voorgenomen verlenging van de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding per 1 maart 2022, waarover terecht kritisch W. Verkoren & C. Ellemeet: "Zet streep door de tijdelijke terrorismewet die meer kwaad doet dan goed. Bestuurlijke sancties, zonder tussenkomst van de rechter, zijn disproportioneel", *de Volkskrant* van 14 december 2021, p.21. De Tweede Kamer heeft inmiddels ingestemd met de verlenging van deze tijdelijke wet en op het moment van afsluiting van deze bijdrage lag het voorstel ter behandeling in de Eerste Kamer, zie *Kamerstukken* 35917.

13 Aanwijzing 2.2 bepaalt: "Tot het tot stand brengen van een regeling wordt alleen besloten indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan."

wet zijn hiervoor niet voldoende. Een vergelijkbaar vraagstuk doet zich overigens ook in het strafrecht voor, waarbij de vraag is welke toezichtsmiddelen, c.q. onderzoeksmaatregelen kunnen worden gebaseerd op de algemene zorgplicht van de politie op grond van artikel 3 Politiewet ('zorg voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde').

Als het even kan, zou deze wettelijke grondslag ook techniekonafhankelijk moeten worden gemaakt. Verder zou er in het bijzonder nader moeten worden gekeken naar de rechtsbescherming bij algoritmen, c.q. risicoprofileringsystemen, (zoals de Fraude Signalerings Voorziening van de Belastingdienst). Een complicatie hierbij is dat het gaat om instrumenten die vaak ook in preventieve zin worden ingezet. Dat maakt het – zolang er geen eis van voorafgaande rechterlijke toestemming geldt – lastig om in alle gevallen daartegen effectieve rechtsbescherming te bieden. Immers, als er geen sanctiebesluit wordt gebaseerd op de inzet van dergelijke middelen, is er geen aanknopingspunt om het aan de bestuursrechter voor te leggen. Een zaak bij de civiele rechter is eveneens lastig wegens vaak ontbrekende feitelijke informatie over de inzet. Een en ander pleit ervoor om bij het gebruik van deze risicoprofileringsystemen te voorzien in een voorafgaande rechterlijke goedkeuring.

Daarnaast moeten de voorwaarden waaronder de desbetreffende maatregel of sanctie kan worden ingezet en door wie, zo precies mogelijk worden geregeld. Daarbij geldt dat bij zware ingrepen meer waarborgen moeten gelden en bij de zwaarste ingrepen sprake zou moeten zijn van *voorafgaande* rechterlijke toestemming.¹⁴ Als we de verschillende in hoofdstuk 3 behandelde bestuursrechtelijke maatregelen nader bezien, vinden wij dat er gezien de grote mate van ingrijpendheid voor de toepassing van de volgende maatregelen een voorafgaand rechterlijk verlot zou moeten bestaan: het huisverbod, het gebiedsverbod, *naming-and-shaming*, de aanwijzing staken exploitatie (bijvoorbeeld van een kinderopvanglocatie) en vreemdelingenbewaring. Verder kunnen wij ons dat onder meer ook voorstellen bij de niet behandelde maatregelen van ontneming van het Nederlanderschap en sluiting van een drugspand. Slechts de mogelijkheid van een voorlopige voorziening vinden wij vanwege de grote mate van ingrijpendheid niet voldoende, zeker ook omdat in de voorlopige-voorzieningenprocedure doorgaans terughoudend wordt getoetst. Voorafgaande rechterlijke toetsing is doorgaans overigens geen EVRM-eis, tenzij er sprake is van onomkeerbare gevolgen.¹⁵

14 Vgl. Mattheussens 2021.

15 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'EVRM-waarborgen volgend uit Straatsburgse jurisprudentie', in: Barkhuysen e.a. 2014, p. 23-53 met nadere verwijzingen.

Bij zware bestuurlijke sancties (denk aan hoge boetes) waarbij in de voorbereiding ingrijpende dwangmiddelen nodig zijn, kan er nog steeds over worden nagedacht deze door de bestuursrechter op te laten leggen op vordering van het betreffende bestuursorgaan, al lijkt dit inmiddels een gepasseerd station.

Verder dient de wetgever voldoende ruimte te laten aan het bestuur (en vervolgens de rechter) voor ‘maatwerk’. In de eerste plaats door het opnemen van discretionaire bevoegdheden om bestuurlijke sancties op te leggen¹⁶ en verder eventueel ook door het opnemen van een hardheidsclausule (of evenredigheidsbepaling).¹⁷ Dit laatste wordt ook bepleit door de Venetië Commissie in haar rapport over individuele rechtsbescherming in Nederland, zoals verzocht door de Tweede Kamer naar aanleiding van de Toeslagenaffaire.¹⁸

Maatwerk is op dit moment in de mode en dit heeft natuurlijk alles te maken met (de nasleep van) deze affaire.¹⁹ Daarover is reeds veel geschreven, en terecht.²⁰ Duidelijk lijkt op voorhand dat de drie actoren in de trias, wetgever, bestuur en rechter, ieder hun eigen rol hebben te spelen als het gaat om de verzekering van evenredige gevolgen in concreto.

Als we kijken naar de Straatsburgse jurisprudentie is het niet geheel uitgesloten dat reeds aan de EVRM-eisen is voldaan wanneer de wetgever al zo veel mogelijk de evenredigheid in een regeling verdisconteert en daarmee maatwerk probeert te bieden, al blijft het vanzelfsprekend lastig voor de wetgever om vooraf alle individuele omstandigheden te voorzien. Voor de wettelijk ge-

16 Vgl. het initiatiefwetsvoorstel vergroten beslissingsruimte bij het terugvorderen van bijstand. De internetconsultatie van dit door zes partijen uit de Tweede Kamer gesteunde conceptvoorstel is gesloten op 31 maart 2021, zie nader www.internetconsultatie.nl. Het voorstel is inmiddels uitgebreid naar andere uitkeringen en bij de Tweede Kamer ingediend, zie <https://nos.nl/1/2418509>.

17 De volgende passages over maatwerk zijn ontleend aan T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Rechterlijke toetsing op evenredigheid van in wetten of beleidsregels gefixeerde bestraffende bestuurlijke sancties: (alleen) het laatste woord is aan de bestuursrechter’, in: R. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 265-281.

18 *Opinie van de Venetië-commissie* nr. 1031 van 2021, CDL-AD (2021)031.

19 Zie het Verslag *Ongekend onrecht* van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslagen (POK), bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 25510, nr. 2; zie verder onder meer *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk*, Den Haag 2019; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat. Tussenrapport*. (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020; zie bijvoorbeeld ook het *Jaarverslag Raad van State*, Den Haag 2021 en column ‘De burger verdient beter’, *nationaalombudsman.nl*.

20 Zie o.a. diverse bijdragen in het *Nederlands Juristenblad*: A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ als ‘verschrikkelijk onrecht’, *NJB* 2021/1; L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag’, *NJB* 2021/101; zie ook diverse bijdragen in een bijzonder nummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* over de Toeslagenaffaire, *NTB/3* en verder J.C.A. de Poorter, ‘Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, *JBplus* 2021, nr. 1, p. 12-23.

fixeerde boetes wordt een en ander geïllustreerd door de zaak *Malige*, betreffende het automatisch verliezen van punten en uiteindelijk het rijbewijs na verkeersovertredingen, waarin het Hof geen schending van artikel 6 EVRM aannam.²¹ Dit uitgangspunt blijkt ook uit de meer recente zaak *M.C. t. het Verenigd Koninkrijk* waarin het gaat om een gedifferentieerd (wettelijk) stelsel inzake vermelding van bepaalde strafbare feiten op het strafblad.²² De wetgever kan aldus de evenredigheid, c.q. proportionaliteit zo veel mogelijk verdisconteren in een wettelijke regeling, maar het zal lastig blijven – zo niet onmogelijk – alle bijzondere omstandigheden van tevoren te voorzien. Deze verdiscontering kan betekenen dat de rechter minder aan zet hoeft te komen, maar uiteindelijk zal – ook blijkens de Straatsburgse jurisprudentie – de rechter zo nodig wel moeten (kunnen) zorgdragen voor de verzekering van de evenredigheid in concreto, die immers door de wetgever lastiger voor alle gevallen (vooraf) is te verzekeren. De betreffende wettelijke regeling moet de rechter (of het bestuur) hier dan wel de ruimte voor geven. Dat was duidelijk niet het geval in de zaak *Ivanova en Cherkezov t. Bulgarije*, waarin het ging om de afbraak van een illegaal gebouwde woning. In casu nam het Hof een schending van artikel 8 EVRM (recht op privéleven, huisrecht) aan veroorzaakt door de voorgenomen sloop van een illegaal gebouwde woning, nu de betreffende wettelijke regeling in geen enkele mogelijkheid voorzag om vanwege de klemmende individuele belangen van de door de relevante wettelijke regeling geboden afbraak af te zien.²³ Op deze wijze kan het EVRM als breekkijzer fungeren om onevenredige uitkomsten te voorkomen, maar dit verdrag zou eerder als een aansporing moeten gelden aan het adres van de wetgever om dit overbodig te maken.²⁴

Het voorgaande nuanceert ook het door de Awb-wetgever gemaakte onderscheid tussen de evenredigheidstoetsing van niet-wettelijke gefixeerde (maar doorgaans wel in beleidsregels gefixeerde) boetes en boetes die dat wel zijn (respectievelijk in artikel 5:46 lid 2 en lid 3 Awb). In beide gevallen dient de rechter als laatste actor in de trias de evenredigheid van de voorliggende boete in concreto dienen te verzekeren.

Verder dienen de verschillende wetgevingstoetsen serieus te worden genomen. De betreffende wettelijke regeling zal regelmatig moeten worden geëva-

21 EHRM 23 september 1998, ECLI:NLXX:1998:AD4557, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 873-879, m.nt. M. Kuijer & V. Lenos.

22 EHRM 30 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0330 (*M.C. t. Verenigd Koninkrijk, geen schending van art. 8 EVRM*).

23 EHRM 21 april 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0421JUD004657715, *AB* 2017/35, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, (*Ivanova en Cherkezov t. Bulgarije*).

24 Zie: A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321, die artikel 8 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol noemen als mogelijk 'breekkijzer' in de toeslagenaffaire.

lueerd, waarbij wordt gezien of de daarin opgenomen instrumenten nog nodig zijn of dat de waarborgen moeten worden bijgesteld.

Bij dit alles moet ook rekening worden gehouden met cumulatie van verschillende instrumenten. Bij de beoordeling van de evenredigheid moet bij cumulatie naar het totale sanctiepakket worden gekeken. Tegelijkertijd moet oog worden gehouden voor gelijke behandeling: te veel ruimte voor maatwerk kan dat ondergraven en ook de uitvoering zeer bemoeilijken.

Voor de wetgever (het parlement) betekent dit dus ook: geen incidentenpolitiek bedrijven (al dan niet gedreven door de media)²⁵ en zorgen voor institutioneel geheugen. Bij evaluaties of als er dingen misgaan, zou meer de vraag vooropgesteld moeten worden waarom het fout ging, in plaats van de nadruk te leggen op de vraag wie daarvoor kan worden aangesproken.²⁶ Dat moet voorkomen dat het beleid van het ene uiterste naar het andere gaat. Daarbij is ook respect voor andere staatsmachten van belang en moet zo min mogelijk incidentenpolitiek (en politiek willen scoren) bedreven worden. Daarbij past het niet om de rechter op het ene moment te betichten van een te kritische rol in relatie tot de wetgever (Programmatische Aanpak Stikstof, *Urgenda*) en op het andere moment diezelfde rechter te verwijten te weinig kritisch te zijn (Toeslagen). In dit verband is illustratief de naar aanleiding van de Toeslagen-affaire (nagenoeg) kamerbreed aangenomen motie Jetten-Marijnissen dat de rechter ook los van de relevante wetgeving altijd op basis van evenredigheid moet beslissen.²⁷ Tekenend is overigens dat de Tweede Kamer een week na het aannemen van deze motie een wetsvoorstel aannam dat het reeds bestaande verbod om in bepaalde gevallen een taakstraf op te leggen uitbreidde. Over consistentie gesproken ...²⁸

Ook richting het bestuur is meer aandacht en respect op zijn plaats: goede uitvoering(smogelijkheden) zijn immers cruciaal.²⁹

4.3.3 *Bestuur*

Voorop staat dat het bestuur zich moet houden aan wettelijke regels bij toezicht en handhaving. Dat lijkt een open deur, maar – wellicht mede door een gebrek aan rechterlijke correctie – er zijn de nodige voorbeelden te geven waar dit niet het geval was. Voor het bestuur geldt verder dat waar het eigen (beleids)regelgevende bevoegdheid heeft hetzelfde als hiervoor besproken

25 Zie: J. Frederik, *Zo hadden wij het niet bedoeld. De tragedie achter de toeslagenaffaire*, Amsterdam: de Correspondent 2021.

26 Zie Frederik 2021.

27 *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 15.*

28 Het gaat om een wetsvoorstel om de mogelijkheden van het opleggen van een taakstraf te beperken in geval van het plegen van geweld tegen personen met een publieke taak, *Kamerstukken II 2020/21, 35582.*

29 Vgl. H. Tjeenk Willink, *Kan de overheid crises aan? Waarom het belangrijk is om groter te denken en kleiner te doen*, Amsterdam: Prometheus 2021.

voor de wetgever. Ook het bestuur zal in beleidsregels zoveel mogelijk naar bijzondere omstandigheden moeten differentiëren. Dit is ook aan de orde als het beleidsregels betreft met betrekking tot de inzet van vrije bevoegdheden of überhaupt de inzet van vrije bevoegdheden. Voorzichtigheid is gepast met de inzet van ingrijpende (toezichts)bevoegdheden (zoals structurele observatie of systematische gegevensverzameling) zeker als dat – in afwachting van de door ons bepleite specifieke wettelijke grondslag – wordt gebaseerd op algemene bevoegdheden en *a fortiori* als private toezichthouders worden ingezet. Als dit toch gebeurt, moet dit zeer zorgvuldig gebeuren. Hoe dan ook dient het bestuur zo veel mogelijk maatwerk te bieden en zich niet te verschuilen achter het beleid of systeem, in ieder geval als het gaat om besluiten die niet meer bestuurlijk heroverwogen kunnen worden.³⁰ Daarbij geldt ook dat moet worden geïnvesteerd in de verdere verbetering van de kwaliteit van de bij het bestuursorgaan werkzame personen³¹ en er meer aandacht moet zijn voor de uitvoerbaarheid van regelingen. Ten slotte dient het bestuur en *ultimo* de rechter in iedere zaak te kijken naar het gecumuleerde effect van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen en de evenredigheid van het totale sanctiepakket te waarborgen.

4.3.4 Rechter

De rechter moet durven ingrijpen in geval van kennelijke onbillijkheid en zich niet achter de wetgever of het bestuur verschuilen, maar zeker ook niet achter de hoogste rechter omwille van rechtseenheid of angst om valse verwachtingen te wekken. Dit vanuit de gedachte dat de hoogste rechter toch voet bij stuk zal houden. De lagere rechter zou juist de discussie moeten aanzwengelen, zoals ook bepleit in het reflectierapport van de rechtbanken naar aanleiding van de toeslagenaffaire.³² Een vergelijkbare reactie valt te lezen in het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin de Afdeling de hand ook in eigen boezem steekt.³³

Daarbij moet de rechter (die het laatste aan zet is) ook naar het gecumuleerde effect van (bestuursrechtelijke en strafrechtelijke) maatregelen kijken en beziën of het totaalpakket van sancties evenredig is. Op deze manier kan op basis

30 Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, waarin de Afdeling terecht van oordeel is dat bij wel in een beleidsregel verdisconteerde omstandigheden er nog steeds ruimte is om deze omstandigheden in het voorliggende geval nogmaals te wegen, en vgl. (met nadere verwijzingen) K. Giezeman & N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet', *NJB* 2020/572.

31 T. Barkhuysen, 'De overheid behoeft de besten maar krijgt zij die nog wel?', *NJB* 2021/1319.

32 Zie rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbanken. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, (in opdracht van het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht), 2021.

33 *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag 2021.

van ‘hetzelfde feitenrelaas’ ook los van een strikte *ne bis in idem*-kwestie tot een evenredige uitkomst worden gekomen.³⁴ Daarbij speelt een belangrijke rol ook hoe ingrijpend de betrokken sancties zijn, los van de vraag of het al dan niet gaat om een criminal charge.³⁵ Hierbij geldt dat de laatst aan bod zijnde rechter (de bestuursrechter of strafrechter) de totale evenredigheid van het sanctiepakket dient te garanderen. De rechtspraak laat daar diverse voorbeelden van zien. Hierbij spelen zeker nog wel lastige vragen hoe dit precies in te bouwen in de bestuursrechtelijke, c.q. strafrechtelijke procedure.³⁶

Dit komt behalve de individuele rechtsbescherming uiteindelijk ook de rechtsstatelijke kwaliteit van producten van wetgever en bestuur ten goede (zogenoemde schaduwwerking). De bestuursrechter moet verder bereid zijn zich daadwerkelijk zelf in de feiten te verdiepen. Daarbij zal hij voldoende gebruik moeten maken van de procedurele gereedschapskist die de Algemene wet bestuursrecht biedt (zoals het horen van getuigen en het benoemen van deskundigen) om daarmee de feitenvaststelling door het bestuur kritisch te bejegenen.

Daarnaast moet de bestuursrechter een sanctie zetten op het overtreden van materiële en procedurele waarborgregels ten aanzien van de inzet van toezichtsbevoegdheden (bijvoorbeeld door het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten). Dit ter voorkoming van ‘deresponsabel’ bestuur.³⁷ Ook is een kritischere benadering nodig van *naming-and-shaming*, zeker als daarmee geen marktwaarschuwing aan de orde is. De rechter moet zich niet ‘neerleggen’ bij wettelijke verplichtingen tot openbaarmaking (zoals bijvoorbeeld bepaald in artikel 44 Gezondheidswet) maar in ieder voorliggend geval een passende evenredigheidstoetsing verrichten.

De rechter moet als laatste actor in de trias de evenredigheid in het individuele geval garanderen en niet bang zijn om hier op zijn ‘niet pluis’-gevoel af te gaan in geval van anders onredelijke uitkomsten.³⁸ Tegelijkertijd moet ervoor worden gewaakt dat de rechter een ‘zigzag’-beleid gaat voeren, bijvoorbeeld ten aanzien van de boetehoogte. Dit zou kunnen betekenen dat bestuursrechters net als strafrechters een soort van richtlijnen zouden moeten opstellen, teneinde al te grote verschillen in boetehoogten te voorkomen. Ook dan is er vanzelfsprekend ruimte voor de bestuursrechter om daarvan af te wijken teneinde een evenredige boete in concreto te kunnen verzekeren.

34 Vgl. EHRM 15 november 2016, (*A. en B. t. Noorwegen*), ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, AB 2017/188, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en Zie HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15 (*Menci*) ECLI:EU:C:2018:197, AB 2019/96, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

35 Zie bijv. ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863 en 863, AB 2017/189 en AB 2017/190 (*intrekking markvergunning*) m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder AB 2017/188.

36 Zie voor een eerste aanzet daartoe: J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestaafing’, *NJB* 2018/749.

37 Vgl. T. Barkhuysen, ‘Nieuw procesrecht en ‘deresponsabel’ bestuur’, *NJB* 2013/2404.

38 Zie ook de genoemde motie naar aanleiding van de Toeslagenaffaire, *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 15. Vgl. ook Van Emmerik & Saris 2014.

Voor de rechter geldt dat hij moet beseffen dat zodra hij een ruimte laat bestaan waar zijn toets niet kan ingrijpen, dit een signaal is (of kan zijn) voor wetgever en bestuur om deze ruimte naar eigen goeddunken in te gaan vullen, waarbij het risico serieus is dat daarbij rechten van betrokken individuele burgers in het gedrang komen. Dit betekent dus als formele wetten, algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels etc. leiden tot onevenredige uitkomsten, de rechter consequent zou moeten ingrijpen (en het gebruik van ingezet- te bevoegdheden indringender zou moeten toetsen).

Dit kan via de door Scheltema bepleite ruime uitleg van het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb³⁹ of via EVRM-normen (bijvoorbeeld het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol).⁴⁰ De rechter zou de toetsing aan deze normen ook zichtbaar moeten maken via zijn uitspraken. Daarbij kan (constitutionele) kritiek worden geleverd op Scheltema,⁴¹ nu hij ook wetten in formele zin onder de reikwijdte van de toetsing op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb laat vallen. Wat hiervan ook zij, de tijd is er in alle opzichten rijp voor het van ouderdom piepende en krakende toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet af te schaffen en in ieder geval voor nu zo restrictief mogelijk uit te leggen. Na alle interne pleidooien hiertoe,⁴² heeft ook de Venetië Commissie van de Raad van Europa een oproep gedaan om de afschaffing van het toetsingsverbod nu echt serieus te overwegen.⁴³ En als er echt geen rechterlijke correctie mogelijk blijkt, zou er ten minste gebruik moeten worden gemaakt van een oproep aan de wetgever in een overweging ten overvloede, zoals ook bepleit door Wattel en Widdershoven in hun al meermaals aangehaalde conclusie.⁴⁴

Bij de rechterlijke toetsing van bestuurlijke sancties dient volgens Wattel en Widdershoven het onderscheid tussen bestraffende en herstelsancties te worden gerelativeerd. Voor de volheid van de toetsing op evenredigheid zou niet langer bepalend moeten zijn de status van criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM, maar de ingrijpendheid van de betrokken maatregel.⁴⁵ De aanbeveling lijkt in een in het oog springende uitspraak inmiddels overgenomen door

39 M. Scheltema, 'Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht', in: *Wetgeving en uitvoering* (Preadvies Vereniging voor wetgeving) 2020.

40 Zie Al Khatib & Linders 2021.

41 Zie S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema' en ook M. van der Loop, 'Reactie op een 'Wet van Meeden of Perzen?', preadvies van Michiel Scheltema voor de vereniging voor Wetgeving', Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021.

42 Zie onder heel veel meer de Staatscommissie Parlementair Stelsel 2018 en de al aangehaalde conclusie van Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht (7 juli 2021, ECLI:NLRVS:2021:1468).

43 Opinie Venetië commissie 2021. Vgl. ook T. Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?', *NJB* 2021/38.

44 Een voorbeeld daarvan is te vinden in COVID-19-steunzaken. Vgl. CBB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, *AB* 2022/7, m.nt. H.E. Bröring.

45 Zie in dit verband de conclusie van Wattel en Widdershoven over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor de rechterlijke toetsing van bestuurlijke herstelsancties en maatregelen (7 juli 2021, ECLI:NLRVS:2021:1468).

de hoogste bestuursrechters, die ook overnamen het advies van deze A-G's om de evenredigheidstoetsing meer handen en voeten te geven door deze naar Europees voorbeeld uit te splitsen in een toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.⁴⁶ De vraag of, en zo ja hoe intensief, de bestuursrechter aan het evenredigheidsbeginsel toetst, hangt van veel factoren af en zal van geval tot geval verschillen. Anders dan de A-G's voorstelden, is de variëteit in toetsing aan het evenredigheidsbeginsel volgens de hoogste bestuursrechters echter niet terug te brengen tot drie standaardsituaties. Het is veel meer een glijdende schaal waarbij de bestuursrechter alle varianten tussen vol en terughoudend kan toepassen. De intensiteit van die toets wordt bepaald door de mate van beleidsruimte die de overheid heeft om een besluit te nemen, maar ook door het doel dat het besluit dient en wat het gewicht daarvan is. Verder is van belang of en in welke mate daardoor belangen van betrokken burgers en bedrijven worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit inbreuk maakt op de mensenrechten, zal de bestuursrechter intensiever toetsen.

Wattel en Widdershoven bepleiten verder een zo restrictief mogelijke uitleg van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet in afwachting van de ook door hen toegejuichte opheffing daarvan. Anders dan Scheltema, zijn zij van oordeel dat het naar huidig recht onmogelijk is om de door de formele wetgever dwingend voorgeschreven oplegging van (niet-)bestraffende sancties te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb. Voor de zekerheid: dit probleem doet zich niet voor als EU-recht of EVRM-rechten in het geding zijn. Dan kan op basis van artikel 93 en 94 Grondwet deze formele wet worden getoetst aan het Europeesrechtelijk verankerde evenredigheidsbeginsel.⁴⁷ Voor de *contra legem*-werking van ongeschreven algemene rechtsbeginselen zien zij in een concreet voorliggend geval wel enige ruimte.⁴⁸ Volgens hen kunnen bestuursrechters zich 'baseren op het evenredigheidsbeginsel om in concrete gevallen *apert* onevenredige effecten van een 'onwrikbare' formele wet te vermijden'.⁴⁹ Dit kan worden onderschreven, waarbij het nog de vraag blijft of het Hof van Justitie EU dit zal accepteren zodra de financiële belangen van de Unie in het geding komen.

46 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*uitspraak grote kamer inzake sluiting drugspand Harderwijk*); zie hierover ook hoofdstuk 3. Zie voor een voorloper ABRvS 6 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:

47 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel), paragraaf 9.4.3.

48 Opmerkelijk is dat de voorzitter van de Afdeling op 22 februari 2022 juist op de valreep van de afronding van dit preadvies een conclusie heeft verzocht van A-G Sijders over de toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel en aan A-G Widdershoven over de toetsing van beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel. Verder bracht A-G Wattel op 16 februari 2022 conclusie uit over de toetsing van lagere wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel (ECLI:NL:RVS:2022:516). Dit brengt het totaal aantal conclusies over het evenredigheidsbeginsel dan op vier (zie nader <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130037/conclusie-over-evenredigheidstoets>).

49 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel), paragraaf 9.4.4.

Ten slotte dient naarmate een maatregel of sanctie ingrijpender is, kritischer te worden gekeken naar het aangedragen feitelijke bewijsmateriaal.⁵⁰

4.3.5 *Burgers*

Burgers (waaronder ook bedrijven) moeten niet schromen om zaken zo nodig aan de rechter voor te leggen. Dat geldt ook in toezichthoudersrelaties. Dat zou er niet toe moeten leiden dat de verhouding daarmee verstoord raakt, hetgeen ook een opdracht is aan de toezichthouder. Burgers moeten dit ook op een adequate wijze kunnen doen. In procedures over het gebruik van bepaalde zeer ingrijpende bestuurlijke maatregelen zou de inzet van een deskundige rechtsbijstandsverlener verplicht moeten worden, natuurlijk op voorwaarde dat er zo nodig financiering daarvan van overheidswege beschikbaar is.

Die moet worden ingevoerd in het bestuursrecht, zeker als het om de inzet van repressieve instrumenten gaat. Burgers dienen hun claim daarbij zo veel en grondig mogelijk te onderbouwen, zeker ook als het daarbij gaat om de stelling dat de betrokken bestuurlijke sanctie onevenredig uitpakt.

4.4 **Conclusie: gewenste rechtsbescherming**

Op basis van het voorgaande moet de conclusie zijn dat het bestuur hoe langer hoe meer repressieve armslag krijgt en dat de waarborgen daar veelal achteraan hobbelen. Daar komt nog bij dat het bestuur steeds meer op grondrechten inbreukmakende bevoegdheden direct mag (of soms zelfs moet) toepassen en dat er *pas achteraf* een rechter mag oordelen over de rechtmatigheid van die maatregelen. De in hoofdstuk 3 in kaart gebrachte repressieve maatregelen werden in eerste instantie in belangrijke mate gefaciliteerd door de rechtspraak. Het lijkt erop dat de bestuursrechtspraak zich in het verleden vooral met ‘techniciteiten’ heeft beziggehouden.⁵¹ De laatste jaren lijkt het erop dat de bestuursrechtspraak de handschoen meer oppakt en tot noodzakelijke correcties komt. Zo zijn van veel wettelijk verplichte sancties inmiddels door de rechter de scherpste randjes afgehaald door juist ook te bezien hoe in het concrete voorliggende geval tot een evenredig oordeel kan worden gekomen. Het is vanzelfsprekend een goede zaak dat de rechter op deze wijze maatwerk kan leveren. Het zou tegelijkertijd echter ook goed zijn als de wetgever bij het tot stand komen van (bij voorkeur op discretionaire wijze in te zetten) nieuwe handhavinginstrumenten al zo veel mogelijk rekening houdt met het door het

50 Vgl. ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, AB 2017/299, m.nt. T.N. Sanders.

51 Vgl. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, ‘Balanceren boven nul. De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht’, *NTB* 2000/7, p. 214-221.

bestuur en daarna de rechter kunnen komen tot evenredige uitkomsten (bijv. door opname van een hardheidsclausule). Op deze manier hebben de wetgever, het bestuur en de rechter ieder hun eigen rol te vervullen als het gaat om het creëren van maatwerk op het terrein van het repressieve bestuursrecht. Dus een balans: niet wetteloos maar ook niet rechteloos.

Bij zeer op grondrechten ingrijpende bevoegdheden zou er toch eerst *vooraf een rechterlijke toets* ten gronde moeten plaatsvinden.⁵² Daaropvolgende bodemzaken of andere zaken waar fundamentele rechten in het geding zijn, zouden bij voorkeur door een meervoudige kamer moeten worden behandeld. Op die manier kunnen de rechters elkaar kritisch bevragen en bij de les houden over dergelijke fundamentele kwesties.⁵³ Afstemming met waarborgen in het strafrecht is aangewezen. De instrumentele kant van het bestuursrecht en de rechtsbeschermingskant lijken soms tegenover elkaar te staan. De instrumentele functie is en blijft vanzelfsprekend van belang om serieuze maatschappelijke problemen (zoals drugsgerelateerde overlast, ondermijnende criminaliteit en fraude, om er slechts enkele te noemen) aan te pakken. Dit dient echter wel binnen rechtsstatelijke grenzen te geschieden en – als gezegd – mag het niet zo zijn dat waarborgen minder zijn dan in geval van de inzet van vergelijkbare instrumenten in het strafrecht. Bovendien gaat het niet per se altijd om een tegenstelling. Dergelijke rechtsstatelijke waarborgen hoeven de effectiviteit van de benodigde maatregel overigens niet in de weg te staan. Verder kan de repressieve inzet van het bestuursrecht er juist ook toe dienen om rechten van andere burgers te beschermen. Denk bijvoorbeeld aan artikel 2 en 3 EVRM bij het wettelijk huisverbod en ook bij de bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding.

De wetgever, het bestuur en de rechter hebben ieder hun eigen rol te vervullen als het gaat om het creëren van maatwerk op het terrein van het repressieve bestuursrecht en zo ontstaat een systeem waarmee we wetteloosheid aan de ene kant bestrijden en aan de andere kant burgers niet rechteloos maken. Het

52 Vgl. Matheussens 2020, die pleit voor de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris in grote toezichtzaken (AFM, ACM, Nederlandsche bank; voor onder meer bedrijfsbezoeken en de vordering van zakelijke gegevens) en in bijstandzaken (o.m. voor huisbezoeken en structurele observatie). Dit zou wat ons betreft zeker ook moeten gelden bij het verbieden van ondermijnende organisaties. Het past niet dat de Minister voor Rechtsbescherming als eerste aan zet is om een dergelijke vergaande inbreuk op het grondwettelijk gewaarborgde verenigingsrecht te maken, zie het in de Eerste Kamer aanhangige initiatiefvoorstel Kuiken e.a. Wet bestuurlijk verbod ondermijnende organisatie, *Kamerstukken*, 35079.

53 Vgl. R. Baas, *De meerwaarde van meervoud. Verschillen en overeenkomsten tussen meervoudige en enkelvoudige rechtspraak, in het bijzonder in civiele zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

is mooi dat er nu steeds meer garanties op papier staan maar nu komt het erop aan dat de overheid zich aan haar eigen regels houdt.⁵⁴

Wel dient een voorbehoud te worden gemaakt, in die zin dat slechts 5% van de uitspraken op rechtspraak.nl wordt gepubliceerd. Wij signaleren weliswaar positieve tendensen als het gaat om de groeiende aandacht bij de rechter voor evenredigheid bij de toetsing van sancties en andere ingrijpende maatregelen, maar het blijft de vraag of dit over de hele linie van (lagere) rechtspraak zo is. De wetenschap zou een steentje kunnen bijdragen aan het ontsluiten van lagere rechtspraak door deze vaker van een annotatie te voorzien.

Daarbij geldt ten slotte dat de rechter de moed moet opvatten om – zo nodig tegen wetgeving en/of vaste hogere jurisprudentie in – tot billijke uitkomsten in het concrete voorliggende geval te komen. Interessant is om in dit verband te verwijzen naar de rake typering die Buruma maakte in zijn Nijmeegse oratie van het optreden van de rechter dat naar tijdvak op verschillende manieren kan worden gekarakteriseerd (onder meer legistisch en rechtsprekend op grond van billijkheid); volgens Buruma zou de rechter uit alle tijdvakken iets goeds kunnen meenemen, zonder door te slaan in een van de karaktereigenschappen.⁵⁵ In 1975 vond een meerderheid van de NJV-vergadering die gewijd was aan ‘het functioneren van de rechter in de samenleving’ het overigens aanvaardbaar dat de rechter een uitspraak doet naar zijn redelijkheidsinzicht, ook als dit zou indruisen tegen het positieve recht.⁵⁶ Met deze aanbeveling kunnen we het een kleine 50 jaar later graag eens zijn.

54 Vgl. de berichtgeving naar heimelijk onderzoek door verschillende gemeentes (onder regie van de Nationaal Coördinator Terrorisbestrijding) naar de gang van zaken in diverse moskeeën en het aanhangig zijnde wetsvoorstel verwerking persoonsgegevens coördinatie en analyse terrorisbestrijding, *Kamerstukken II* 2021/22, 35958, nr. 1-3, dat beoogt een specifiekere wettelijke grondslag te introduceren voor de werkzaamheden van de NCTV namens de Minister van Justitie en Veiligheid: A. Kouwenhoven, E. Rosenberg & R. van der Poel, ‘Gemeenten lieten moskee undercover onderzoeken’, *NRC* 15 oktober 2021; zie verder ook het recent aan het licht gekomen Risico Inventarisatie Systeem dat de Belastingdienst jarenlang heeft bijgehouden waardoor op de lijst geplaatste personen (van wie het ook nog eens volstrekt onduidelijk was hoe zij überhaupt op deze lijst waren terechtgekomen) ten onrechte allerlei voorzieningen moesten mislopen en de gemeente Rotterdam die met camera-auto’s toezicht hield op de naleving van de coronaregels (onder andere de afstandseis van anderhalve meter) en daarmee volgens de Autoriteit Persoonsgegevens de privacyregels schond.

55 Y. Buruma, *Wat is een goede rechter? Een mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)*, (oratie Nijmegen 2016), Nijmegen: CPO- Radboud Universiteit 2016.

56 Buruma 2016, p. 36.

Tot slot keren we terug naar de hoofdvraag van dit preadvies:

Op welke wijze weerspiegelt het huidige bestuursrecht de repressieve tendensen in de samenleving van de afgelopen jaren, biedt het voldoende tegenwicht om de rechtsstatelijke positie van burgers te waarborgen en zo nee op welke wijze kan deze positie alsnog voldoende bescherming krijgen?

In plaats van een samenvattende beschouwing naar aanleiding van deze vraag volgt hierna puntsgewijs een aantal stellingen en aanbevelingen die samengenomen als het goed is ook een antwoord bieden op deze vraag.

1. In de afgelopen dertig jaar heeft duidelijk een verschuiving plaatsgevonden naar een meer repressief bestuursrecht.
2. De wetgever heeft daarbij vaak onvoldoende nagedacht over de noodzakelijke waarborgen en het heeft daarbij lang geduurd voordat de rechter ingreep.
3. Bij ieder voornemen van een wetsvoorstel op het terrein van het (repressieve) bestuursrecht (ook in de fase van een regeerakkoord) moet worden afgewogen of er strikte noodzaak bestaat voor dit nieuwe wettelijke instrumentarium en dat het dus niet gaat om louter symboolpolitiek. Ook moet worden nagedacht over passende waarborgen, waarbij de samenhang met waarborgen ten aanzien van andere bestuursrechtelijke maatregelen en het strafrecht in het oog moet worden gehouden.
4. De (Europese) wetgever dient geen verplichting op te leggen aan bestuursorganen om van (bestraffende) bestuurlijke sancties gebruik te maken. Dit moet een discretionaire bevoegdheid zijn, zodat het bestuursorgaan rekening kan houden met alle omstandigheden van het geval.
5. Het bestuur dient bij de opstelling van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels ten aanzien van de toepassing van bestuurlijke sancties zo veel mogelijk evenredigheidsfactoren te verdisconteren.
6. Het bestuur dient zo veel mogelijk maatwerk te bieden door onevenredige uitkomsten te voorkomen en zich niet te verschuilen achter het beleid of

- systeem, in ieder geval als het gaat om besluiten die niet meer bestuurlijk heroverwogen kunnen worden.
7. Het bestuur dient terughoudend en zorgvuldig gebruik te maken van ingrijpende (toezichts)bevoegdheden om te beginnen door de grenzen van de wet te respecteren. Dit geldt ook bij de inzet van private toezichthouders.
 8. Het bestuur en *ultimo* de rechter moet in iedere zaak kijken naar het gecumuleerde effect van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen en de evenredigheid van het totale sanctiepakket waarborgen.
 9. De rechter moet consequent ingrijpen als formele wetten, algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels etc. leiden tot onevenredige uitkomsten. Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet dient daartoe eindelijk te worden afgeschaft, dan wel restrictief te worden uitgelegd.
 10. De mate van ingrijpendheid van de bestuursrechtelijke maatregel of sanctie bepaalt de intensiteit van de rechtsbescherming (en niet langer het al dan niet zijn van een criminal charge). Naarmate een maatregel of sanctie ingrijpender is, moet kritischer worden gekeken naar het aangedragen feitelijke bewijsmateriaal en naar de evenredigheid.
 11. Bij zware ingrepen in grondrechtelijke belangen dient er vóór de inzet van de maatregel of sanctie een rechterlijke toestemming te zijn. Daarbij moet ten minste worden aangesloten bij het niveau van rechtsbescherming bij vergelijkbare maatregelen of sancties in het strafrecht.
 12. De rechter is als laatste actor in de trias – na de wetgever en het bestuur – aan zet om de evenredigheid in concreto te verzekeren. Daarbij dient hij het ‘niet-pluiscriterium’ te hanteren en moet de positie van de betrokkene centraal staan. Dit laatste impliceert dat ook een matiging van een zeer hoge boete met bijvoorbeeld 75% – hetgeen op het eerste gezicht heel rechtvaardig kan overkomen – nog steeds onevenredig kan uitpakken gelet op de draagkracht van betrokkene in relatie tot de ernst van de overtreding.
 13. Het bieden van effectieve rechtsbescherming door de rechter begint slechts met het aanpassen van standaardoverwegingen inzake de toetsingsintensiteit. Voor de burger is met name van belang dat de rechter daadwerkelijk bereid is zo nodig gebruik te maken van zijn daaruit voortvloeiende bevoegdheden de gevolgen van onbillijk beleid en onbillijke wetgeving te corrigeren.
 14. Om deresponsabel bestuur te voorkomen moet de rechterlijke sanctie op schending van materiële en procedurele waarborgen door het bestuur bij de inzet van repressieve instrumenten worden verscherpt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het sneller uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs.
 15. In procedures over de inzet van bepaalde zeer ingrijpende bestuurlijke maatregelen zou de inzet van een deskundige rechtsbijstandsverlener ver-

- plicht moeten worden, natuurlijk op voorwaarde dat er zo nodig financiering daarvan van overheidswege beschikbaar is.
16. Burgers dienen hun bezwaren tegen de inzet van repressieve maatregelen zo veel en grondig mogelijk te onderbouwen, zeker ook als het daarbij gaat om de stelling dat de ter discussie staande bestuurlijke sanctie onevenredig uitpakt.
 17. Waarborgen bij de inzet van repressieve bestuurlijke middelen hoeven niet te botsen met de effectiviteit daarvan.

Altijd een komma, nooit een punt? Reclassering, toezicht en resocialisatie

Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen

1	Introductie	193
1.1	<i>De opmars van preventief strafrecht</i>	197
1.2	<i>Over oude wijn in nieuwe zakken</i>	199
1.3	<i>Plan van aanpak</i>	203
2	De geschiedenis van de reclassering	207
2.1	<i>In den beginne</i>	207
2.2	<i>De opmaat naar verandering</i>	210
2.3	<i>Van particulier initiatief naar overheidsinterventie</i>	211
2.4	<i>Integratie van de reclassering in de strafrechtspleging</i>	214
2.5	<i>Van vrijwilligerswerk naar professionalisering</i>	218
2.6	<i>Straffen of helpen?</i>	221
2.7	<i>Op weg naar het heden</i>	223
3	De bouw van een preventieweb in twee decennia	227
3.1	<i>Uitbreiding van bestaande sanctiemodaliteiten</i>	228
3.2	<i>Nieuwe sanctiemodaliteiten</i>	233
3.3	<i>Ontwikkelingen buiten het sanctierecht</i>	236
4	De hedendaagse reclassering	239
4.1	<i>De organisatie van de reclassering en haar takenpakket in wet- en regelgeving</i>	241
4.2	<i>Het officiële standpunt van de reclassering</i>	243
4.3	<i>De (beperkte) proef op de som</i>	246
5	Slotbeschouwing	255
5.1	<i>Hulp en steun als inspanningsverplichting</i>	256
5.2	<i>Rechtspolitiek en illusiepolitiek</i>	258
5.3	<i>Het belang van nadere normering van het speciaal-preventieve sanctierecht</i>	260
5.4	<i>Weg uit het doolhof</i>	264
5.5	<i>De eerste stap: de maatregel als allerlaatste toevlucht</i>	266
5.6	<i>De tweede stap: de ontwikkeling van beginselen voor het speciaal-preventieve strafrecht</i>	267
5.7	<i>De derde stap: de afbakening van gevaarcriteria en de opstelling van bewijsmaatstaven</i>	268
5.8	<i>Tot slot</i>	273