

Jonge VAR-reeks

4

# Bestuurlijke punitieve sancties

Preadviezen uitgebracht door

Mr. F.M.J. den Houdijker

Mr. S.K. Gabriël

Mr. J.A.M.A. Sluysmans

Voor de bijeenkomst  
van de Jonge VAR  
op 18 november 2005

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2006

© 2006 VAR, Vereniging voor Bestuursrecht

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 90 5454 681 6

NUR 823

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# Inhoud

<b>Ten geleide</b>	<b>7</b>
<b>Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?</b>	<b>9</b>
Mr. F.M.J. den Houdijker	
<b>‘Dubbel gestraft?’</b>	<b>55</b>
<i>Cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties met privaatrechtelijke sancties: een verkenning</i>	
Mr. S.K. Gabriël	
<b>De Mededingingswet als boetewet</b>	<b>97</b>
Mr. J.A.M.A. Sluysmans	
<b>Verslag Jonge VAR Bijeenkomst 2005</b>	<b>141</b>



# Ten geleide

Op 18 november 2005 vond de vierde jaarlijkse bijeenkomst van de Jonge VAR plaats, ditmaal bij advocatenkantoor De Brauw Westbroek Blackstone te Den Haag, welk kantoor zich een voortreffelijk gastheer toonde. De bijeenkomst was inhoudelijk boeiend en levendig; er waren ongeveer zeventig deelnemers. De preadviezen waren dit keer geschreven door Marina den Houdijker, werkzaam bij de Universiteit Leiden, Sabine Gabriël, werkzaam bij de Universiteit van Tilburg, en Jacques Sluysmans, advocaat bij De Brauw Westbroek Blackstone te Den Haag. Het thema was 'bestuurlijke punitieve sancties', maar er werd ook uitgebreid ingegaan op het onderscheid met herstelsancties en de rechtsgevolgen daarvan. Na een geanimeerde discussie werd gestemd over de stellingen die aan het eind van de preadviezen waren opgenomen.

Dit boekje bevat de drie preadviezen en het verslag van de discussie, inclusief de uitslag van de stemming over de stellingen. Het verslag is beknopt, maar geeft de zakelijke inhoud van het gezegde goed weer. Het is samengesteld door Jerfi Uzman, werkzaam bij de Universiteit Leiden. Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inspanningen.

Lex Michiels  
Voorzitter van de VAR



# Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?

*Mr. F.M.J. den Houdijker\**

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>De handhaving van het bestuursrecht en de rol van het bestuur</b>	<b>15</b>
2.1	De opkomst van bestuurlijke (punitieve) sancties	15
2.1.1	Van het primaat van de strafrechtelijke handhaving...	15
2.1.2	...naar de bestrijding van het handhavingstekort	17
2.2	Recente ontwikkelingen inzake de bestuurlijke punitieve sanctie	19
2.2.1	De bestuurlijke boete in de vierde tranche Awb	19
2.2.2	Andere ontwikkelingen op het terrein van het bestuurlijke sanctierecht	20
2.3	Een samenspel van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving	22
2.4	Privaatrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen	23
<b>3</b>	<b>De bestuurlijke punitieve sanctie nader bezien</b>	<b>25</b>
3.1	Bestuurlijke sancties en hun punitieve karakter	25
3.1.1	Een voorstel: punitief is <i>criminal charge</i>	27
3.2	Normering en rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties	29
3.2.1	Bestuurlijke punitieve sancties en de waarborgen uit artikel 6 EVRM	30
3.2.2	De evenredigheidstoets bij bestuurlijke punitieve sancties	32
3.2.3	Extra eisen aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering	34
3.3	Résumé	34
<b>4</b>	<b>De rechtsbescherming bij bestuurlijke (punitieve) sancties kritisch beschouwd</b>	<b>37</b>
4.1	De 'lichte' punitieve bestuurlijke sanctie: een overdaad aan rechtsbescherming?	37
4.2	De 'zware' reparatoire bestuurlijke sanctie: ondergeschoven kind van de rechtsbescherming?	41
4.3	Enkele korte (slot)opmerkingen over de uitwerking van beide voorstellen	43

\* Marina den Houdijker is als onderwijs- en onderzoeksmedewerkster verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij dankt haar collega's aldaar – in het bijzonder Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik – hartelijk voor hun hulp bij de totstandkoming van dit preadvies. De tekst van dit preadvies is afgesloten op 31 oktober 2005.

<b>5</b>	<b>Conclusie</b>	<b>47</b>
	<b>Stellingen</b>	<b>49</b>
	<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>	<b>51</b>



# 1 Inleiding

De notie dat het bestuur sancties kan opleggen, althans in de mate waarin en de wijze waarop dat nu mogelijk is, is niet altijd gemeengoed geweest. Lange tijd geschiedde de handhaving van het bestuursrecht grotendeels via strafrechtelijke middelen<sup>1</sup> en dus via de strafrechter. Ook in een tweetal preadviezen voor de Vereniging voor (dan nog) Administratief Recht uit 1957 en 1971 wordt deze ‘overheersing’ van het gebruik van het strafrecht bij de handhaving van het bestuursrecht gesignaleerd.<sup>2</sup> Eén van de preadviseurs voert ter verklaring van het nauwelijks toepassen van de wel aanwezige bestuurlijke handhavingsmiddelen, de relatief late ontwikkeling van het bestuursrecht aan. Als gevolg hiervan had dit rechtsgebied nog geen tijd gehad een ‘systematisch en doordacht stelsel van sancties op te trekken.’ Bij de keuze tussen een ongeordend en onvolledig stelsel van bestuurlijke sancties en een veel beter georganiseerd strafrechtelijk systeem lag het gebruik van strafrechtelijke sancties voor de hand.<sup>3</sup>

Inmiddels is gebleken dat de praktijk van de overwegend strafrechtelijke handhaving van het bestuursrecht niet langer een feit is. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw is alsnog een vollediger stelsel van bestuurlijke handhavingsmiddelen opgetrokken. Dit stelsel is dermate ver uitgebouwd dat het bestuur tegenwoordig zelf, door middel van het opleggen van wat in dit preadvies *bestuurlijke punitieve sancties* worden genoemd,<sup>4</sup> ‘in eerste instantie’ bestraffend kan optreden. Dit betekent overigens niet dat het strafrecht geheel uit beeld is verdwenen. Niet op alle terreinen van het bestuursrecht is gekozen voor het volledig aan de kant zetten van de strafrechtelijke handhaving.<sup>5</sup> De bijzondere wetgever hanteert inmiddels een toetsingskader met criteria die een rol zouden moeten spelen bij het maken van de keuze tussen bestuurlijke of strafrechtelijke handhaving.<sup>6</sup> De vraag naar de verhouding tussen het bestuursrecht en

---

1. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 6 en 73.

2. Belinfante 1957, p. 9 en Van Angeren 1971, p. 26 en p. 31-32.

3. Belinfante 1957, p. 10. Wat niet wegneemt dat ook toen al gesproken werd over het naar elkaar toe groeien van het strafrecht en het administratieve recht: T.K. Bos, De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht, in: Handhaving van het bestuursrecht (Geschriften VAR nr. 114), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 119-188, i.h.b. p. 121.

4. Ik ben bekend met de weerstand die bij enkele auteurs leeft tegen het gebruik van het woord ‘punitief’ in plaats van ‘bestraffend’ (zie bijv. N. Verheij, Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep, JBplus 2003, p. 30 en Hartmann & Rogier 2004, p. 1880). Ik houd mij aan de term bestuurlijke punitieve sancties, zoals deze door het bestuur van de VAR is aangereikt, maar kan me de voorkeur voor het gebruik van het woord ‘bestraffend’ indenken.

5. Zo kan bij de handhaving van financiële wetgeving een keuze worden gemaakt tussen handhaving langs bestuurlijke of strafrechtelijke weg: Hartmann 2004. Het milieurecht kent zelfs drie handhavingstrajecten, het bestuursrecht, het strafrecht en het privaatrecht: A.B. Blomberg, Handhaving in drievoud, M&R 1997, p. 98-104.

6. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 118-119. Vgl. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 2.

het strafrecht bij de sanctionering van overtredingen van bestuursrechtelijke normen blijft daarom relevant. Toch zal onderhavig preadvies hierop slechts zijdelings ingaan. Een bestuur dat zonder voorafgaande goedkeuring van de rechter punitieve sancties kan opleggen, roept mijns inziens dringender vragen op, want hoe wordt het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties genormeerd? En welke rechtsbescherming wordt er geboden aan diegenen die dergelijke sancties krijgen opgelegd?

Voorgaande vragen zijn in de loop der tijd veelvuldig in de literatuur aan de orde geweest.<sup>7</sup> Met de komst van het wetsvoorstel inzake de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft ook de wetgever zich hieromtrent – in ieder geval ten aanzien van de bestuurlijke boete – in meer algemene zin uitgesproken.<sup>8</sup> Dit preadvies zal echter niet uitvoerig bij alle facetten van de huidige normering en rechtsbescherming terzake van bestuurlijke punitieve sancties stilstaan. Het nu geldende regime zal aan de hand van een tweetal vragen aan een kritische toets worden onderworpen. Alvorens deze vragen te introduceren, dient echter eerst een opmerking van terminologische aard te worden geplaatst.

Onderhavig preadvies handelt over de bestuurlijke punitieve sanctie. De vraag wat een dergelijke sanctie precies is, wordt in de literatuur merkwaardigerwijs niet vaak gesteld. Wel worden steevast de *gevolgen* van met name de kwalificatie ‘punitief’ genoemd.<sup>9</sup> Het opleggen van een bestuurlijke punitieve sanctie wordt vaak aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Daarnaast wordt algemeen aangenomen, dat een punitieve sanctie noopt tot een zogeheten ‘volle’ rechterlijke toets inzake de evenredigheid tussen de zwaarte van de opgelegde sanctie en de ernst van de begane overtreding. Ook deze evenredigheidstoets kan uit artikel 6 EVRM worden afgeleid.<sup>10</sup> Tot slot wordt door de Nederlandse bestuursrechter een strengere toets uitgevoerd ten aanzien van de feitenvaststelling en de bewijsvoering wanneer een punitieve in plaats van reparatoire bestuurlijke sanctie wordt opgelegd. Ook hierbij lijkt artikel 6 EVRM een rol te spelen.

Hoewel er zo gezien een nauwe verbondenheid bestaat tussen het begrip punitief en het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM – en de begrippen wellicht door sommigen al als synoniemen zullen worden beschouwd – bestaat er strikt genomen geen één-op-één-relatie tussen beide begrippen. De vraag of sprake is van een punitieve bestuur-

---

7. Een groot deel van deze literatuur komt in het vervolg van dit preadvies aan de orde, zodat een verwijzing daarnaar op deze plaats achterwege kan blijven.

8. Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht): Kamerstukken II 2003/04, 29 702.

9. Zie voor het hiernavolgende bijvoorbeeld Van Wijck/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 437-444; Van de Griend 2003, p. 13 en p. 21-28; Albers 2001, p. 1157-1158 en Nicolai e.a. (red.), Bestuursrecht, Amsterdam: Factotum 1997, p. 538-540.

10. EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75 en 7238/75, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België) en EHRM 10 februari 1982, zaaknr. 7299/75 en 7496/76, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte t. België). Zie ook Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 389. De Nederlandse bestuursrechter baseert zich in zijn rechtspraak voor een volle evenredigheidstoets ten aanzien van de hoogte van bestuurlijke punitieve sancties overigens lang niet altijd uitdrukkelijk op art. 6 EVRM. Zie hieromtrent nader par. 3.2.2 van dit preadvies.

lijke sanctie en de vraag of sprake is van een *criminal charge* wordt door verschillende rechters aan de hand van verschillende criteria beantwoord. De kwalificatie punitief blijft daarbij voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) een etiket naar nationaal recht waaraan het zich bij het beantwoorden van de vraag of met het opleggen van een bestuurlijke sanctie sprake is van een *criminal charge*, niet gebonden acht.<sup>11</sup> Anderzijds heeft de nationale rechter een eigen rol bij het bieden van bescherming ten aanzien van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden. Artikel 53 EVRM laat de verdragsstaten de vrijheid een ruimere uitleg aan het EVRM te geven en geeft daarmee aan dat het EVRM zelf een minimumwaarborg biedt.<sup>12</sup> Volgens de Hoge Raad kan de rechter echter op basis van een eigen ruimere uitleg van het EVRM geen wet in formele zin buiten toepassing laten.<sup>13</sup> Binnen deze kaders zou de nationale rechter dus kunnen bepalen dat ten aanzien van bestuurlijke sancties die door het EHRM niet als *criminal charge* worden aangemerkt wel een aan artikel 6 EVRM vergelijkbaar niveau van rechtsbescherming dient te worden geboden. Dit zou overigens ook los van artikel 6 EVRM aan de hand van een nationaal rechtsbeginsel kunnen gebeuren.

De vraag of de begrippen punitief en *criminal charge* op één lijn zouden moeten worden gesteld, is mijns inziens – juist gezien de nauwe verbondenheid tussen beide begrippen – wel een te rechtvaardigen vraag. Mijn voorstel is om de vraag naar het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie samen te laten vallen met de vraag of het opleggen van de sanctie een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM vormt. Ik kom hier in hoofdstuk 3 van dit preadvies – bij de bespreking van ‘de’ bestuurlijke punitieve sanctie – op terug. Het weergeven van het voorstel tot gelijkstelling in deze inleiding is van belang, nu de in dit preadvies centraal staande vragen zullen worden gezien vanuit de situatie waarin de begrippen punitief en *criminal charge* als gelijkkluidend worden aangemerkt.

Bij de kritische toets van de huidige geboden rechtsbescherming ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties, zal ik mij ten eerste de vraag stellen of de rechtsbescherming ten aanzien van sommige van dergelijke sancties niet te ver is doorgeschoten. In navolging van eerder gedane voorstellen in de literatuur, zal ik nagaan of de bescherming die voortvloeit uit artikel 6 EVRM ten aanzien van ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties – ik denk bijvoorbeeld aan bestuurlijke boetes van gemiddeld € 40 uit het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte<sup>14</sup> – (ten dele) gemist zou kunnen worden.

Daarna volgt de vraag of enkele sancties die nu (nog) niet worden aangemerkt als punitieve sancties (en waarvan het opleggen dus ook niet wordt aangemerkt als *crimi-*

---

11. EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937 m.nt. Alkema; AA 1985, p. 145-154 m.nt. Swart (Öztürk t. Duitsland), par. 52 en EHRM 28 oktober 1999, zaaknr. 26780/95, NJ 2001, 593 m.nt. Alkema; NJCM-Bulletin 2000, p. 968-976 m.nt. Viering, par. 35 (Escoubet t. België).

12. Barkhuysen 2004, p. 47-48.

13. HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278 m.nt. De Boer.

14. Wijziging van de Gemeentewet in verband met de invoering van de bestuurlijke boete voor overtreding van een aantal voorschriften bepaald bij gemeentelijke verordening betreffende overlast in de openbare ruimte (Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte), Kamerstukken II 2004/05, 30 101. Zie par. 2.2.2 van dit preadvies.

*nal charge*), dit predikaat wel zouden verdienen, of dat er met betrekking tot deze sancties in ieder geval een recht bestaat op een vergelijkbaar niveau van rechtsbescherming. Is het om een veelvoorkomend voorbeeld te noemen – gelet op de aan de orde zijnde belangen – aanvaardbaar dat de ongewenstverklaring van vreemdelingen een *criminal* karakter, dan wel vergelijkbare rechtsbescherming, wordt ontzegd en in plaats daarvan wordt aangemerkt als een reparatoir middel om ‘bepaalde vreemdelingen, aan wie het niet of niet langer is toegestaan in Nederland te verblijven, uit ons land te weren’?<sup>15</sup> Meer in het algemeen kan de vraag worden gesteld of daar waar het opleggen van sancties niet als een *criminal charge* wordt aangemerkt, maar de belangen toch dermate groot zijn, het niet rechtvaardiger is om ten aanzien van die sancties verdergaande, aan artikel 6 EVRM ontleende, rechtsbescherming te bieden dan nu het geval is.<sup>16</sup>

Om voormelde vragen te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk eerst preciezer uiteen te zetten wat in de praktijk onder een bestuurlijke punitieve sanctie wordt verstaan. Dit zal gebeuren in hoofdstuk 3. Daarbij zal tevens nader worden ingegaan op het in dit preadvies gelegde directe verband tussen de begrippen punitief en *criminal charge*. In hoofdstuk 4 zullen beide zojuist gestelde vragen aan de orde komen. Dit preadvies zal worden afgesloten met een conclusie in hoofdstuk 5 en een vijftal stellingen.

Ter inleiding tot het verschijnsel van de bestuurlijke punitieve sanctie, zal in hoofdstuk 2 eerst van start worden gegaan met een beschrijving van de historie en opkomst van deze vorm van bestuurlijke handhaving. Er zal een duidelijke verschuiving waar te nemen zijn in de handhaving van het bestuursrecht: van overwegend strafrechtelijke handhaving naar meer en meer bestuurlijke handhaving. Het hiernavolgende hoofdstuk is daarmee de aangewezen plaats om ook (kort) aandacht te besteden aan de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht ten aanzien van de handhaving van dat laatste rechtsgebied. Tot slot zal ook aandacht worden besteed aan een eveneens belangwekkende ontwikkeling ten aanzien van de handhaving van het bestuursrecht, namelijk de inzet van het privaatrecht.

Het aspect van de privaatrechtelijke handhaving zal meer uitgebreid aan de orde komen in het preadvies van Sabine Gabriël. Zij zal zich met name richten op de cumulatie van privaatrechtelijke en bestuurlijke punitieve sancties. Jacques Sluysmans zal in zijn preadvies aan de hand van een bespreking van de Mededingingswet uiteenzetten hoe het het bestuur in de praktijk vergaat bij het hanteren van de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes.<sup>17</sup>

---

15. Deel B1/2.2.4.4 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

16. Naast het vreemdelingenrecht kan daarbij gedacht worden aan de handhaving van de financieel-economische wetgeving. Daar staan vaak grote (financiële) belangen op het spel, maar wordt in veel gevallen handhavend opgetreden met het opleggen van dwangsommen. Dit is een reparatoire bestuurlijke sanctie waartegen, zoals later in dit preadvies duidelijk zal worden, beduidend minder rechtsbescherming bestaat dan tegen zijn punitieve equivalent.

17. S.K. Gabriël, ‘Dubbel gestraft? Cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties met privaatrechtelijke sancties: een verkenning’ en J.A.M.A. Sluysmans, ‘De Mededingingswet als boetewet’, beide opgenomen in dit deel van de Jonge VAR-reeks.

## 2 De handhaving van het bestuursrecht en de rol van het bestuur

De idee dat het bestuur de beschikking heeft over eigen (punitieve) sanctiebevoegdheden om bestuursrechtelijke normen te handhaven roept vandaag de dag weinig weerstand op. Hiervoor bleek al even dat deze praktijk een relatief jong verschijnsel is. Waarom heeft het bestuur in de loop der tijd eigenlijk de bevoegdheid gekregen om schendingen van het bestuursrecht zelf te sanctioneren? In het bijzonder kan men zich de vraag stellen waarom het het bestuur zelfs is toegestaan punitieve sancties toe te passen.

Voor het antwoord op voormelde vragen, maar ook voor een beter begrip van het verschijnsel van de bestuurlijke punitieve sanctie in het algemeen, zal in paragraaf 2.1 eerst worden ingegaan op de historische ontwikkeling van de handhavende taak van het bestuur. In paragraaf 2.2 zal vervolgens een overzicht worden gegeven van enkele recente ontwikkelingen op het terrein van de bestuurlijke punitieve sanctie. In paragraaf 2.3 wordt de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht ten aanzien van de handhaving van bestuursrechtelijke normen besproken. Tot slot zal in paragraaf 2.4 kort aandacht worden besteed aan de privaatrechtelijke handhaving van het bestuursrecht.

### 2.1 De opkomst van bestuurlijke (punitieve) sancties

Het is niet mogelijk om in dit preadvies de volledige historie van de opkomst van alle bestuurlijke sanctiebevoegdheden tot in detail te beschrijven. Het hiernavolgende historische overzicht is dan ook een overzicht op hoofdlijnen, waarbij voornamelijk aandacht is voor de opkomst van de punitieve bestuurlijke sanctie.

#### 2.1.1 *Van het primaat van de strafrechtelijke handhaving...*

In de jaren vijftig van de vorige eeuw bestaan wel bestuurlijke sancties (dan nog administratieve sancties geheten),<sup>18</sup> maar voor de handhaving van het bestuursrecht wordt

---

18. Klassiek voorbeeld is de fiscale verhoging, maar men kan ook denken aan de intrekking van een vergunning. Voor een globale inventarisatie van de in de jaren vijftig van de vorige eeuw bestaande administratieve sancties: Belinfante 1957, p. 24-28.

vooral op het strafrecht vertrouwd.<sup>19</sup> De reden die Belinfante hiervoor in 1957 geeft, is een 'stelselloosheid' bij de wetgever inzake de dosering van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties.<sup>20</sup> Zoals ook al in de inleiding van dit preadvies werd geschreven, lag bij de keuze tussen een ongeordend en onvolledig stelsel van bestuurlijke sancties en een veel beter georganiseerd strafrechtelijk systeem, het gebruik van dat laatste systeem voor de hand. Mulder constateert in datzelfde jaar overigens ook een zekere stelselloosheid bij de rechtsgeleerden, die het niet eens zijn over de wenselijkheid van het bestaan en het gebruik van bestuurlijke sancties.<sup>21</sup>

De praktijk van de strafrechtelijke handhaving van het bestuursrecht blijft gedurende de jaren zestig,<sup>22</sup> zeventig<sup>23</sup> en tot ver in de jaren tachtig<sup>24</sup> van de vorige eeuw de voorkeur verdienen. Natuurlijk wordt er in de tussentijd wel nagedacht over de toepassing van bestuurlijke sancties.<sup>25</sup> Wat betreft de daadwerkelijke toepassing daarvan is men echter zeer terughoudend. Zo schrijft Mulder in 1957 – de voor- en nadelen van bestuurlijke, dan wel strafrechtelijke handhaving tegen elkaar afwegend – dat bestuurlijke sancties naar zijn mening alleen in beeld komen wanneer 'om bepaalde redenen de voordelen van het inschakelen van een administratieve dienst niet alleen de nadelen daarvan overtreffen, maar bovendien aanzienlijk sterker wegen dan de voordelen van het inschakelen van een rechter (...):<sup>26</sup> Van Angeren laat in 1971 toepassing van de door hem voorgestane administratieve sancties (een ge- of verbod met dwangsom, een vorm van schadevergoeding, de politiedwang en de intrekking van een vergunning) liever over aan de administratieve rechter dan aan het bestuur.<sup>27</sup>

Als men het gebruik van bestuurlijke sancties al wenselijk acht, ziet men nauwelijks een rol weggelegd voor een *bestraffend* bestuur. Het meest uitgesproken tegen het instellen van punitieve bestuurlijke sancties is Belinfante.<sup>28</sup> Mulder en Oostenbrink wijzen de punitieve bestuurlijke sanctie niet onmiddellijk van de hand,<sup>29</sup> maar Oostenbrink spreekt zijn voorkeur uit om 'de typisch op een vergelding van schuld

---

19. Ibidem, p. 9. Het ontstaan van de Wet Economische Delicten (1950) past geheel in die geest. Toen men ontdekte dat het commune strafrecht niet meer volstond voor de handhaving van ordeningswetgeving, werd niet gekozen voor uitbreiding van de handhavingsbevoegdheden van het bestuur, maar voor aanvulling van het strafrecht: Verhey & Verheij 2005, p. 255-256. In gelijke zin: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 6.

20. Belinfante 1957, p. 12-14.

21. Mulder 1957, p. 45-51.

22. Oostenbrink 1967. Zie ook p. 1 en 2 waar Oostenbrink zich verbaast over de geringe aandacht in de rechtsgeleerde literatuur voor de administratieve sanctie.

23. Van Angeren 1971. Zie m.n. p. 26 waar hij de grote rol van het strafrecht bij de handhaving van het bestuursrecht nog eens benadrukt.

24. Bijvoorbeeld Duk 1988.

25. Al in 1957 zet eerder genoemde Belinfante uiteen dat naar zijn mening 'de straf als middel om te reageren tegen iedere overschrijding van administratiefrechtelijke normen, niet zo altijd en in alle gevallen voor de hand ligt, als de praktijk wel zou doen denken.' Ten eerste verschillen de functies van de overheid in het administratief recht (overheid als belanghebbende) en het strafrecht (overheid als handhaver) te veel om onverkort aan de strafrechtelijke handhaving van het administratieve recht vast te houden. Daarnaast bestaat binnen het administratieve recht vaker de wens om na een overtreding de gewenste situatie te herstellen, terwijl het strafrecht leedtoevoeging tot doel heeft (Belinfante 1957, p. 12-13).

26. Mulder 1957, p. 80. Hij doelt hierbij op de strafrechter en stelt overigens geen algemene regel te willen formuleren.

27. Van Angeren 1971, p. 32.

28. Belinfante 1957, p. 36 en 41-42. Waarbij zij opgemerkt dat hij de bestuurlijke boete als een reparatoire sanctie kenmerkt (p. 37-38 van zijn preadvies) en hij het gebruik van reparatoire bestuurlijke sancties niet van de hand wijst (eveneens p. 36).

29. Mulder 1957, p. 79 en Oostenbrink 1967, p. 33 en 137.

gebaseerde overheidsreactie op overtredingen over te laten aan de strafrechter (...)»<sup>30</sup> en Mulder is, zoals hiervoor bleek, überhaupt terughoudend wat betreft het gebruik van bestuurlijke sancties. Nog in 1988 merkt Duk op dat zijns inziens slechts ‘klemmende redenen van praktische aard’ zouden kunnen nopen tot het optreden van het bestuur als ‘rechter’ in eerste aanleg bij het opleggen van punitieve sancties.<sup>31</sup>

Juist in de tijd dat Duk het voorgaande schrijft, begint het bastion van de strafrechtelijke handhaving van het bestuursrecht echter scheuren te vertonen. Handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving door middel van het strafrecht blijkt in de praktijk te kort te schieten<sup>32</sup> en ook de handhaving van het strafrecht zelf laat te wensen over.<sup>33</sup> De problematiek van het handhavingstekort doet haar intrede en er wordt veel geschreven over de oorzaken, gevolgen en mogelijke oplossingen van dit probleem. Het is niet mogelijk alle verschenen nota’s en literatuur op het gebied van het handhavingstekort te behandelen, daarom (ook hier weer) een bespreking op hoofdlijnen.<sup>34</sup>

### 2.1.2 ...naar de bestrijding van het handhavingstekort

Het tekort in de handhaving van het bestuursrecht wordt eind jaren tachtig van de vorige eeuw door de overheid opgemerkt en erkend.<sup>35</sup> Als belangrijkste oorzaak voor de gebrekkige handhaving van het bestuursrecht voert zij de overbelasting van het strafrechtelijke handhavingssysteem aan (waarmee de handhaving van het bestuursrecht immers van oudsher geschiedde).<sup>36</sup> Om de handhaving van bestuursrechtelijke normen veilig te stellen wordt meer en meer toenadering tot het bestuursrecht zelf gezocht.<sup>37</sup> Even wordt zelfs gesproken over het *primaat* van de bestuursrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen.<sup>38</sup> Na het rapport van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (commissie-Michiels)<sup>39</sup> dat verschijnt in 1998, komt de regering, net als de commissie-Michiels, uiteindelijk tot de conclusie dat een combinatie van strafrechtelijke en bestuurlijke middelen de handhaving van het bestuursrecht het meest ten goede komt.<sup>40</sup>

---

30. Oostenbrink 1967, p. 137.

31. Duk 1988, p. 109. Duk geeft niet aan aan welke rechter (straf-, civiele of bestuursrechter) hij de voorkeur geeft, maar stelt wel vast dat aan het pleidooi van Van Angeren voor de bestuursrechter geen gehoor is gegeven: *ibidem*, p. 110.

32. Cie. Kortmann 1994, p. 7.

33. Van Duyne & Kwanten 2004, p. 7 en 8.

34. De problemen bij de handhaving van het strafrecht blijven hierbij verder buiten beschouwing. Voor een overzicht van de publicaties inzake het handhavingstekort m.b.t. het strafrecht: Van Duyne & Kwanten 2004, p. 7-9 en p. 73-77.

35. Het handhavingstekort wordt door de wetgever omschreven als een tekort in het bevorderen van de naleving van wettelijke voorschriften (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 73). De Cie. Michiels omschrijft het als het wel moeten handhaven, maar het niet kunnen of willen handhaven: Cie. Michiels 1998, p. 36. Sommige auteurs stellen dat het bestaan van het handhavingstekort onvoldoende empirisch werd onderbouwd. Corstens stelde dit in ieder geval ten aanzien van de door de Cie. Kortmann besproken wetten: Corstens 1995, p. 13. Vgl. Albers 2002, p. 3 en de daar aangehaalde literatuur.

36. Zie hierover meer uitgebreid: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 73.

37. In de kabinetsnota ‘Met vaste hand’ (Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nr. 1-2) wordt de reservefunctie van het strafrecht benadrukt, zie: Van Duyne & Kwanten 2004, p. 8.

38. Cie. Korthals Altes 1995. In het daaropvolgende kabinetsstandpunt ‘In juiste verhouding’ (Kamerstukken II 1995/96, 24 802, nr. 2) is een tweedeling in bestuurs- en privaatrechtelijke handhaving enerzijds en strafrechtelijke handhaving anderzijds waar te nemen, zie: Van Duyne & Kwanten 2004, p. 9.

39. Cie. Michiels 1998.

40. *Ibidem*, p. 63-66 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8. Zij het dat de regering een uitgesproken voorkeur voor de bestuurlijke boete heeft (zie ook p. 18 van dit preadvies).

Al eerder is dan – ook met een blik op de ons omringende landen<sup>41</sup> – begonnen met het creëren van concrete bevoegdheden waarmee het bestuur de naleving van het recht ook daadwerkelijk kan afdwingen. Onder invloed van het nijpende handhavingstekort lijkt bovendien sprake te zijn van een definitieve omslag in het denken over de bestuurlijke sanctie. Met de invoering van de bestuurlijke boete op meerdere terreinen van het bestuursrecht wordt ook het straffen niet langer geacht te zijn voorbehouden aan de (straf)rechter. Er wordt werk gemaakt van het op grotere schaal invoeren van deze bestuurlijke punitieve sanctie. Met de invoering van de ‘Wet Mulder’<sup>42</sup> begin jaren negentig van de vorige eeuw wordt de strafrechtelijke handhaving van verkeersvoorschriften vaarwel gezegd en neemt het bestuur het door middel van de bestuurlijke boete over. In 1994 laat het ministerie van Justitie onderzoek doen naar de toepassing van bestuurlijke boetes bij de handhaving van het bestuursrecht zelf. De Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (commissie-Kortmann) die het onderzoek uitvoert, pleit voor invoering van de bestuurlijke boete op grotere schaal<sup>43</sup> en de regering neemt deze aanbeveling over.<sup>44</sup> Als de commissie-Michiels in 1998 opmerkt dat het bestaande bestuurlijke handhavingsinstrumentarium voldoende mogelijkheden biedt voor het bestuur en dat terughoudendheid dient te worden betracht bij het verder invoeren van bestuurlijke boetes,<sup>45</sup> plaatst de regering een nuancering harerzijds bij de overname van dit standpunt. Het kabinet wil op specifieke terreinen en ten aanzien van specifieke normen het bestuur tegemoet komen en daar waar het invoeren van de mogelijkheid bestuurlijke boetes op te leggen in een grote behoefte voorziet, hiertoe ook overgaan.<sup>46</sup>

Als gevolg van de wens om het handhavingstekort te bestrijden, is dus definitief afscheid genomen van een lange historie van overwegend strafrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen. Het bestuur heeft op grote schaal de bevoegdheid verkregen om overtredingen van het bestuursrecht zelf te sanctioneren. Daarnaast worden van oorsprong strafrechtelijke normen nu bestuursrechtelijk afgedaan, met als belangrijkste voorbeeld de Wet Mulder. Voornamelijk via de opkomst van de bestuurlijke boete heeft ook de *punitieve* bestuurlijke sanctie een (niet meer weg te denken) rol opgeëist in de handhaving van het bestuursrecht. Anno 2005 wordt echter (voorzichtig) de vraag gesteld hoeveel ‘winst’ de invoering van de bestuurlijke boete het bestuurs- én het strafrecht nu werkelijk heeft opgeleverd. Uit onderzoek blijkt dat van het terugdringen van de werklast van de strafrechter nauwelijks sprake is. Bovendien lijkt het opleggen van bestuurlijke boetes op sommige terreinen zoveel werk met zich mee te brengen, dat door sommigen gevreesd wordt voor overbelasting van de

---

41. Vergelijk de MvT van de hierna te bespreken ‘Wet Mulder’ waarin de regering wijst op de in meerdere delen van West-Europa aanwezige ontwikkeling om de bestraffing van met name lichte verkeersovertredingen aan het bestuur in plaats van de strafrechter over te laten: Kamerstukken II 1987/88, 20 239, nr. 3, p. 21.

42. Wet van 3 juli 1989, houdende administratiefrechtelijke afdoening van inbreuken op bepaalde verkeersvoorschriften, Stb. 1989, 300.

43. Cie. Kortmann 1994, p. 3.

44. Standpunt van het demissionaire kabinet over het rapport van de Cie. Kortmann (gevoegd bij het rapport) p. 4 (zie voor het kabinetsstandpunt ook: Kamerstukken II 1993/94, 23 400, nr. 48).

45. Cie. Michiels 1998, p. 82.

46. Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8-9.



bestuursrechtspraak.<sup>47</sup> Men zou zich kunnen afvragen of niet ook het bestuur zelf hinder gaat ondervinden van haar al maar toenemende boetebevoegdheden.

## 2.2 Recente ontwikkelingen inzake de bestuurlijke punitieve sanctie

De hiervoor beschreven verschuiving van strafrechtelijke naar bestuurlijke handhaving van het bestuursrecht is anno 2005 zover gevorderd dat Verhey en Verheij in hun preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van dat jaar gevoeglijk kunnen opmerken dat ‘de handhaving van ons economisch bestuursrecht vrijwel uitsluitend met bestuursrechtelijke middelen geschiedt. Het strafrecht speelt hooguit een aanvullende rol (...).’<sup>48</sup> Ook op andere bestuursrechtelijke rechtsgebieden kan de primaire rol van bestuurlijke sanctiebevoegdheden niet worden ontkend. Wanneer we aanhaken bij het onderwerp van dit preadvies – de bestuurlijke punitieve sanctie – dan is de bestuurlijke boete de enige bestuurlijke sanctie waarvan het punitieve karakter algemeen wordt aangenomen. Gezien de belangrijke plaats die deze sanctie inmiddels inneemt binnen het bestuurlijke handhavingsrecht<sup>49</sup> is het niet verwonderlijk dat de wetgever enige zaken hieromtrent heeft willen vastleggen in de vierde tranche van de Awb.

### 2.2.1 De bestuurlijke boete in de vierde tranche Awb

Het wetsvoorstel van de vierde tranche van de Awb kan worden gezien als een kort rustpunt in de toch wat stormachtige ontwikkeling van het bestuurlijke (punitieve) sanctierecht. Naast de bepalingen over bestuursrechtelijke geldschulden (titel 4.4) en attributie (afdeling 10.1.3) worden in het voorstel enkele regels voor de bestuurlijke handhaving (algemene bepalingen in titel 5.1), herstelsancties (titel 5.3) en de bestuurlijke boete (titel 5.4) gecodificeerd. Het wetsvoorstel is in zoverre met instemming begroet, dat iedereen het erover eens is dat een meer centrale regeling van (met name) de bestuurlijke boete de voorkeur verdient.<sup>50</sup> Voorkomen moet worden dat de vele verschillende bijzondere bestuurswetten waarin het opleggen van bestuurlijke boetes mogelijk wordt gemaakt teveel uiteen gaan lopen. De kritiek op het wetsvoorstel spitst zich vooral toe op de normering van de bestuurlijke boete, zoals de wetgever deze voor ogen heeft. De wetgever heeft de keuze gemaakt om aansluiting te zoeken bij regelingen in het strafrecht, niet om relevante bepalingen uit het strafrecht integraal over te nemen of, enkele uitzonderingen daargelaten,<sup>51</sup> overeenkomstig van toepassing te

---

47. J.G. van Erp & M.D. van Ewijk, Werklast bestuurlijke boete. Determinanten van de werkbelasting in de bestuursrechtspiegeling, Ministerie van Justitie (WODC), maart 2005, [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl). Overbelasting van de bestuursrechtspiegeling wordt overigens betwijfeld door Michiels in zijn reactie op het onderzoek: Strcr. 2005, 178, p. 2.

48. Verhey & Verheij 2005, p. 253.

49. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 168 voor een overzicht van wetgeving waarin op 18 juni 2004 een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete is opgenomen.

50. Zie ten aanzien van het voorontwerp vierde tranche Awb bijv. Corstens 2000, p. 1186 en ten aanzien van het wetsvoorstel bijv. Hartmann & Rogier 2004, p. 1877.

51. Bijvoorbeeld art. 5.0.1 lid 3 (overeenkomstig van toepassing verklaring van art. 51 Sr: strafbare feiten begaan door rechtspersonen); 5.4.1.7 lid 4 (overeenkomstig van toepassing verklaring van art. 1 lid 2 Sr: bij verandering van wetgeving wordt de voor de verdachte meest gunstige bepaling toegepast) en 5.4.1.8 (in geval van (voortgezette) vervolging na beklag bij het gerechtshof (art. 12i Sv) wordt art. 74b lid 1 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard: het recht tot strafvervolging herleeft als ware het niet vervallen geweest). Zie ook Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 7.

verklaren.<sup>52</sup> Ook wordt met het huidige wetsvoorstel het opstellen van een ‘Wet op het Bestuursstrafrecht’<sup>53</sup> verworpen. Naar mening van de wetgever blijft ook de punitieve bestuurlijke sanctie dermate onderdeel uitmaken van het bestuursrecht, al was het maar omdat de oplegging van een dergelijke sanctie nog altijd als een besluit is aan te merken, dat de Awb een passende plaats is ter normering van in casu de bestuurlijke boete. Daarnaast kunnen ook in de Awb de nodige bijzondere regels neergelegd worden, die – zo erkent de wetgever wel – vereist zijn voor de normering van bestuurlijke boetes.<sup>54</sup>

De regeling omtrent de bestuurlijke boete in de vierde tranche is algemeen van aard, wat vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel niet vreemd is. Voor het opleggen van bestuurlijke boetes wordt immers een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag geëist. Die grondslag is te vinden in de bijzondere bestuurswetgeving. Daar wordt met andere woorden de vraag beantwoord voor welke gedraging een boete kan worden opgelegd, wie die boete mag opleggen en hoe hoog de desbetreffende boete dan moet zijn. De vierde tranche geeft de algemene regels met betrekking tot de procedure die dient te worden gevolgd bij het opleggen van bestuurlijke boetes.<sup>55</sup>

### 2.2.2 *Andere ontwikkelingen op het terrein van het bestuurlijke sanctierecht*

Met de vierde tranche wordt onder meer beoogd enige uniformiteit in het bestuurlijke sanctierecht te brengen. De ontwikkelingen binnen de bestuurlijke handhaving schrijden echter voort. Met de invoering van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte<sup>56</sup> en de Wet bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeers-overtredingen,<sup>57</sup> wordt, vanwege politieke druk vanuit de Tweede Kamer<sup>58</sup> door de regering niet gewacht op de inwerkingtreding van de vierde tranche Awb.<sup>59</sup> Om die reden beschikken beide voorstellen over een eigen boeteregeling. Daarbij is wel zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de vierde tranche. Bovendien zullen beide wetten bij inwerkingtreding van die vierde tranche ‘tegen het licht (...) worden gehouden en waar nodig (...) worden aangepast aan de algemene regeling in de Awb.’<sup>60</sup>

---

52. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125 en 126. Het overeenkomstig van toepassing verklaren van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht op de regeling van het materiële boeterecht in de Awb werd bepleit door: O.J.D.M.L. Jansen, De dynamiek van het publiekrechtelijk sanctierecht. Enkele beschouwingen over het bestraffende deel daarvan, (Handelingen NJV 2002-1), p. 167-255, m.n. p. 253. De Hoge Raad adviseerde te verwijzen naar bepalingen in het Wetboek van Strafrecht: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125.

53. Zoals onder meer voorgestaan door Rogier, Hartmann en Van Russen Groen, zie Hartmann & Van Russen Groen, 1998. Zie ook Albers 2002, m.n. p. 413-414 en 445-447 en H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), Opstellen over bestuursstrafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1994.

54. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127.

55. Ibidem, p. 7-8 en 121.

56. Wijziging van de Gemeentewet in verband met de invoering van de bestuurlijke boete voor overtreding van een aantal voorschriften bepaald bij gemeentelijke verordening betreffende overlast in de openbare ruimte (Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte), Kamerstukken II 2004/05, 30 101.

57. Wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met de invoering van een bestuurlijke boete voor overtreding van een aantal voorschriften betreffende het laten stilstaan en parkeren van voertuigen, en voor andere lichte verkeers-overtredingen (Wet bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeers-overtredingen), Kamerstukken II 2004/05, 30 098.

58. Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VII, nr. 16 (herdruk).

59. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 13-14, resp. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 14.

60. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 14-15, resp. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 18.

Op grond van eerstgenoemd wetsvoorstel verkrijgt het college van burgemeester en wethouders, dan wel de burgemeester de bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen ten aanzien van een aantal lichte overtredingen, zoals wildplassen of het aanbrengen van graffiti. Ten aanzien van welke overtredingen deze bevoegdheid precies geldt, zal in een AMvB worden vastgelegd. Gemeenten zijn niet verplicht om over te gaan tot bestuurlijke handhaving, zij kunnen ook kiezen voor de huidige situatie met alleen strafrechtelijke handhaving. Bij een keuze voor de bestuurlijke weg dienen de gemeenten echter wel *alle* in de AMvB voorkomende overtredingen te handhaven. Bovendien komt de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving op het terrein van het wetsvoorstel in dat geval bij de gemeente te liggen en zal optreden door de politie weliswaar niet verdwijnen, maar wel naar de achtergrond worden geschoven.<sup>61</sup>

Het wetsvoorstel inzake de bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeers-overtredingen verleent het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes ter handhaving van de parkeervoorschriften en andere verkeersvoorschriften (zoals het op juiste wijze gebruik maken van de weg door fietsers en voetgangers). In tegenstelling tot het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte zijn gemeenten verplicht om over te gaan tot bestuurlijke handhaving.<sup>62</sup> Toch kiest men ook in het 'wetsvoorstel fout parkeren' voor een duaal stelsel. Naast het college van burgemeester en wethouders blijft de politie bevoegd om strafrechtelijk, dan wel via de Wet Mulder op te treden. Ook nu ligt de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving echter bij de gemeenten (de bedoeling is dat de politie niet meer stelselmatig aandacht zal besteden aan de – in een AMvB neergelegde – verkeersnormen).<sup>63</sup>

Hoewel het geen bestuursrechtelijk sanctierecht betreft, kan tot slot het wetsvoorstel inzake de OM-afdoening<sup>64</sup> hier niet onbesproken blijven. Het gaat hier om een wijziging van het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering, waardoor het OM de bevoegdheid krijgt om door middel van een strafbeschikking 'lichte' zaken zelf af te doen.<sup>65</sup> Deze bevoegdheid komt in plaats van de huidige transactie (en het voorwaardelijk sepot) en heeft ten opzichte van de transactie als voordeel dat de tenuitvoerlegging niet meer afhankelijk is van de medewerking van de betrokkene.<sup>66</sup> Het wetsvoorstel is in zoverre relevant voor onderhavig preadvies, dat het ontstaan van deze wet voor een groot deel het gevolg is van de hiervoor beschreven ontwikkeling in het bestuursrecht, waarin afstand is genomen van de gedachte dat straffen alleen door de strafrechter

---

61. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 3. Voor een uitgebreidere bespreking van dit voorstel zie Hartmann 2005, p. 88-90 en het verslag van de studiemiddag van de VAR inzake de bestuurlijke boete, gehouden op 15 april 2005: M. Vos, De bestuurlijke boete. Verslag van een VAR-studiemiddag, NTB 2005, p. 184-187.

62. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 4-5.

63. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 10. Zie omtrent het wetsvoorstel ook: Hartmann 2005, p. 90-92.

64. Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening strafbare feiten (Wet OM-afdoening), Kamerstukken II 2004/05, 29 849.

65. Zie voor de mogelijk door het OM op te leggen straffen en maatregelen het voorgestelde art. 257a Sv: Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 2, p. 3 en nr. 3, p. 22-24 alsook Hartmann 2005, p. 85-86.

66. Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 1 en 29. Integendeel, het initiatief om op te komen tegen een strafbeschikking ligt bij degene die de beschikking krijgt opgelegd. Deze persoon moet zelf verzet tegen deze beslissing aantekenen: Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 41.

kunnen worden opgelegd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel OM-afdoening wordt uitdrukkelijk gesteld, dat nu in het bestuursrecht het door bestuursorganen opleggen van punitieve sancties ‘in ruime mate’ is aanvaard, het niet langer voor de hand ligt dit binnen het strafrecht uit te sluiten.<sup>67</sup> De OM-afdoening zal overigens geheel volgens het strafrecht genormeerd worden, zodat de vierde tranche hier buiten beeld blijft.<sup>68</sup>

### 2.3 Een samenspel van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is uiteengezet hoe het strafrecht bij de handhaving van bestuursrechtelijke normen steeds meer plaats heeft moeten maken voor bestuurlijke handhaving. Uit de daaropvolgende paragraaf bleek, dat de wetgever er ook bij de normering van de *punitieve* bestuurlijke sanctie niet voor heeft gekozen om zijn toevlucht (weer) tot het strafrecht te zoeken. In de hiervoor al even kort besproken vierde tranche Awb is immers een ‘eigen’ bestuursrechtelijke boeteregeling neergelegd. Dit betekent niet dat het strafrecht volledig terzijde is geschoven. In navolging van het advies van de commissie-Michiels kwam de regering in 1998 immers tot de conclusie dat een combinatie van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving de voorkeur verdiende.<sup>69</sup> Daarnaast vormt de vierde tranche in belangrijke mate een codificatie van de artikel 6 EVRM-jurisprudentie inzake de bestuurlijke boete. Het feit dat de eisen uit dat artikel (en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)) gelijkelijk van toepassing zijn op de bestuurlijke boete en strafrechtelijke sancties ‘brengt wel mee dat de regeling van de bestuurlijke boete op enkele wezenlijke punten moet overeenkomen met het strafrecht.’<sup>70</sup>

De combinatie bestuursrecht en strafrecht levert meerdere keuzes op die de wetgever kan maken in het kader van de handhaving van het bestuursrecht. De wetgever kan er voor kiezen de handhaving via één van beide wegen te laten lopen.<sup>71</sup> Aan de andere kant kan de wetgever de strafrechtelijke én de bestuurlijke weg tot handhaving openlaten en de keuze voor de uiteindelijk te volgen weg aan de handhavende instanties zelf overlaten.<sup>72</sup> Ook wanneer de wetgever zijn oog op louter bestuurlijke handhaving laat vallen, kan het strafrecht een rol blijven spelen, met name bij de normering van puni-

---

67. Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 2. Zie over dit ‘uitdijende bestuursrecht’: F.C.M.A. Michiels, Het uitdijende bestuursrecht (voorzittersrede VAR-jaarvergadering 20 mei 2005), p. 4. Te raadplegen via: [www.verenigingvoorbestuursrecht.nl](http://www.verenigingvoorbestuursrecht.nl).

68. Het opleggen van een OM-boete wordt immers aangemerkt als een daad van vervolging, waarop de Awb ex art. 1:6 niet van toepassing is. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 15-17 en 44 en Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 83.

69. Cie. Michiels 1998, p. 63-66 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8 en par. 2.1.2 van dit preadvies. De keuze om bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving naast elkaar te laten bestaan kan worden teruggevoerd naar de kabinetsreactie op het rapport van de Cie. Kortmann. Zie met betrekking tot dit laatste rapport nader par. 1.2 van het eerdergenoemde preadvies van Sluysmans.

70. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 124.

71. Als bekend hanteert de wetgever bij het maken van deze keuze een (ook in de MvT bij de vierde tranche Awb neergelegd) toetsingskader.

72. Het spreekt voor zich dat overleg tussen de instanties hierbij noodzakelijk is. Meer nog dan bij de keuze voor één rechtsgebied, liggen ongeoorloofde samenloop en cumulatie van sancties en schending van het *ne bis in idem*-beginsel op de loer.

tieve bestuurlijke sancties. Als gevolg hiervan is er niet alleen een samenspel van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving ontstaan, maar ook een samenspel tussen het strafrecht en het bestuursrecht in het algemeen. Gedoeld wordt op het ontstaan van bestuurlijke handhavingsmiddelen met een (sterk) strafrechtelijk karakter, met de bestuurlijke boete als belangrijkste voorbeeld.<sup>73</sup> Met het wetsvoorstel OM-afdoening heeft de bestuurlijke boete in feite zelfs zijn intrede in het strafrecht gedaan. De osmose tussen het strafrecht en het bestuursrecht lijkt hiermee een nieuwe (wellicht laatste)<sup>74</sup> fase te zijn ingegaan.

Het samenspel gaat overigens niet iedereen ver genoeg. Hoewel Knigge weinig moeite heeft met de bestuurlijke boete, vraagt hij zich wel af waarom deze punitieve sanctie geen regeling in het strafrecht heeft gekregen.<sup>75</sup> Naar zijn mening dient het dogmatische onderscheid tussen het strafrecht en het bestuursrecht te worden losgelaten en kan het opleggen van alle punitieve sancties, waaronder de bestuurlijke boete, maar wellicht ook de punitieve intrekking van een vergunning, onder één systeem (het Wetboek van Strafvordering) worden geregeld.<sup>76</sup> Corstens pleit eveneens voor een grotere rol voor het strafrecht bij de normering van de bestuurlijke sanctionering.<sup>77</sup> Niet alleen uit efficiëntie- en rechtszekerheidsoverwegingen<sup>78</sup> hecht Corstens waarde aan de toepassing van het strafrecht bij de handhaving van het bestuursrecht, maar ook omdat het bestuursrecht de stigmatiserende werking van het strafrecht ontbeert. Waar Michiels betoogt dat ten aanzien van de berechting van veel overtredingen een stigmatiserende werking niet past,<sup>79</sup> vreest Corstens dat een verruwing van de samenleving optreedt wanneer het strafrecht en zijn stigmatiserende werking teveel naar de achtergrond verdwijnen.<sup>80</sup> Ook wordt meer ten aanzien van specifieke wetgeving gediscussieerd over de vraag of regeling in óf het bestuursrecht, óf het strafrecht de voorkeur verdient, of dat beide opties open gehouden dienen te worden.<sup>81</sup>

## 2.4 Privaatrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen

Een hoofdstuk dat – weliswaar ‘in vogelvlucht’ – de geschiedenis van de handhaving van het bestuursrecht bespreekt, kan mijns inziens niet eindigen zonder een blik op de

---

73. Men kan in dat verband ook denken aan het ontstaan van het bestuursstrafrecht, waaronder meestentijds wordt verstaan: het sanctierecht dat door de wetgever is ondergebracht in het bestuursrecht en welke sancties tevens als een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM zijn te beschouwen: Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 74.

74. Vgl. Mevis 2004, p. 355 (n.a.v. het wetsvoorstel OM-afdoening): ‘Het bouwwerk van de bestuurlijke boete wordt door de introductie er van in het hart van de algemene codificatie van het strafprocesrecht als het ware voltooid.’

75. G. Knigge, De bestuurlijke boete als teken aan de wand, M&R 1998, p. 63-68.

76. G. Knigge, De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, RM Themis 2000, p. 83-96, m.n. p. 95-96.

77. Corstens 2000, p. 1190.

78. Waarom het wiel bestuursrechtelijk opnieuw uitvinden, met het gevaar dat er interpretatieverschillen optreden tussen in wezen dezelfde begrippen, als het strafrecht alle noodzakelijke begrippen al tot ontwikkeling heeft gebracht?

79. F.C.M.A. Michiels, De boete in opmars? (rede VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 18.

80. Corstens 1995, p. 31 en Corstens 2000, p. 1189.

81. Zo acht Mevis het beter de beboeting van overlast in de openbare ruimte binnen het strafrecht te houden: Mevis 2004, p. 353-368. Andersom pleit Hartmann er juist voor de strafrechtelijke aanpak van overtredingen van financiële wetgeving af te schaffen. Alleen de zwaardere overtredingen behoeven in zijn visie een aanpak via het (commune) strafrecht: Hartmann 2004, p. 1068-1073.

toekomst te werpen. Het bestuursrecht is een steeds grotere rol in gaan nemen bij de handhaving van het recht, maar gaat wellicht ten onder aan zijn eigen succes. Overbelasting van het bestuurlijke handhavingssysteem is een reëel gevaar. Naast het bestuursrecht zelf, zal daarom naar verwachting het privaatrecht in de toekomst een steeds belangrijker plaats gaan innemen bij de handhaving van bestuursrechtelijke normen.

Het kabinet Balkenende II wil met name met het oog op het verminderen van de geldigheid in ons land de handhaving van het bestuursrecht deels 'privatiseren'. In de nota *Bruikbare rechtsorde*<sup>82</sup> spreekt het kabinet over de invoering van zorgplichten, het sluiten van convenanten, zelfregulering en certificering. Er zal met andere woorden een steeds groter beroep worden gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven, daar waar het gaat om de naleving van bestuursrechtelijke normen. In lijn met de in paragraaf 2.1 van dit preadvies beschreven ontwikkeling is de in de nota bepleite verdere terugtrekking van het strafrecht bij de handhaving en sanctionering van het bestuursrecht, ten voordele van een grotere rol van het bestuursrecht zelf en alternatieve geschillenbeslechting. Ook Michiels noemt certificering en zelfregulering (in de vorm van het algemeen verbindend verklaren van overeenkomsten), niet vanuit het oogpunt tot terugdringing van het aantal regels in Nederland, maar direct als mogelijke alternatieven voor handhaving door middel van overheidsstoezicht én het opleggen van sancties.<sup>83</sup>

Een meer algemene tendens tot privaatrechtelijke handhaving van het bestuursrecht zou tot slot gelegen kunnen zijn in mogelijke tekortkomingen van de bestuursrechtelijke procedure zelf. Hazewindus en Van der Wilt bezien de bestuursrechtelijke en de privaatrechtelijke mogelijkheden voor de burger die een einde wil maken aan voortdurende milieuoverlast. Kern van de privaatrechtelijke weg is dat de ene particulier de andere particulier rechtstreeks aanspreekt op zijn of haar overlast veroorzakende gedrag. De privaatrechtelijke weg via artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (rechterlijk ge- of verbod) in combinatie met artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) biedt vanwege dit doelgerichte karakter duidelijke voordelen boven de bestuursrechtelijke weg van het indienen van bezwaren en verzoeken tot handhaving. Als belangrijkste argument kan gelden dat de burger bij het volgen van de privaatrechtelijke weg voor de handhaving van bestuursrechtelijke normen en de effectivering van eventueel opgelegde sancties niet afhankelijk is van de welwillendheid van het bestuur.<sup>84</sup> De rechtspraak biedt veel voorbeelden van (de voordelen van) de privaatrechtelijke rechtspraak.<sup>85</sup> Uit de rechtspraak blijkt overigens dat het eveneens mogelijk is met succes een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen ten aanzien van het bestuur dat niet optrad tegen onrechtmatige geluidhinder.<sup>86</sup>

---

82. Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, m.n. p. 12 e.v.

83. F.C.M.A. Michiels, De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten, in: Justitiële verkenningen – Het straffende bestuur, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 60-72, m.n. p. 64-65.

84. W.G.A. Hazewindus & C.J. van der Wilt, Rechtsbescherming tegen milieuoverlast. Een pleidooi voor de civiele rechtspraak, NJB 2003, p. 322-325.

85. *Ibidem*, p. 325 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

86. HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. Scheltema, RvdW 2002, 171, JOL 2002, 565, NJB 2002, 171. *Supra* noot 84, p. 325: 'een privaatrechtelijk ultimum remedium'.

# 3 De bestuurlijke punitieve sanctie nader bezien

In het vorige hoofdstuk is de opkomst en ontwikkeling van hoofdzakelijk punitieve bestuurlijke sanctiebevoegdheden besproken. Daarbij werd duidelijk dat er ten aanzien van de handhaving van het bestuursrecht een verschuiving heeft plaatsgevonden van strafrechtelijke naar bestuurlijke handhaving en dat voor dat laatste steeds vaker de toevlucht wordt gezocht tot handhaving door middel van punitieve bestuurlijke sancties (met name de bestuurlijke boete).<sup>87</sup> Het uiteindelijke doel van dit preadvies is het huidige systeem van normering en rechtsbescherming met betrekking tot (punitieve) bestuurlijke sanctiebevoegdheden aan de hand van een tweetal vragen aan een kritische toets te onderwerpen. Daartoe dient eerst helder te zijn hoe dit systeem er op dit moment uit ziet. Hierover gaat dan ook dit derde hoofdstuk.

Een algemeen inleidend preadvies tot het onderwerp van de bestuurlijke punitieve sanctie kan mijns inziens echter niet voorbij gaan aan de moeilijkheden die een fase eerder opdoemen. Namelijk de beantwoording van de vraag wanneer men met een bestuurlijke punitieve sanctie van doen heeft. In de inleiding van dit preadvies is al even kort opgemerkt dat aan de definiëring van het begrip punitief in de literatuur weinig aandacht wordt geschonken, maar dat men zich meer richt op de gevolgen van de kwalificatie punitief. De onduidelijkheid omtrent de precieze inkadering van het begrip punitief bestaat niet alleen in de theorie. Ook in de juridische praktijk bestaat hierover onduidelijkheid. Voorafgaand aan de bespreking van het huidige systeem van normering en rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties in paragraaf 3.2, zal ik in paragraaf 3.1 dan ook eerst ingaan op de problematiek rondom de vaststelling van het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie.

## 3.1 Bestuurlijke sancties en hun punitieve karakter

Bestuurlijke sancties hebben zich, zoveel is duidelijk, de laatste jaren op een grote belangstelling mogen verheugen. Definities van 'de' bestuurlijke sanctie zijn ruim voorhanden.<sup>88</sup> Ook in de vierde tranche van de Awb is een definitie van dit begrip

---

87. De privaatrechtelijke handhaving van het bestuursrecht laat ik vanaf nu verder buiten beschouwing. Zie hieromtrent uitgebreider het eerder genoemde preadvies van Gabriël.

88. Zie Hazewindus 1994, p. 11-12 voor een overzicht van de tot die tijd geformuleerde definities.

neergelegd.<sup>89</sup> Er is geen plaats voor het uitvoerig bespreken van deze definities, dan wel het formuleren van een eigen definitie. Vast staat wel dat, terwijl er over het wezen van de bestuurlijke sanctie inmiddels duidelijkheid bestaat, de onderverdeling van verschillende soorten bestuurlijke sancties in reparatoire, dan wel punitieve sancties nog altijd een lastige aangelegenheid is. In deze paragraaf zal ik me richten op de problematiek van het bepalen van het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie. Eerst zal ik de huidige opvattingen inzake de invulling van het begrip punitief weergeven. Daarna zal ik mijn reeds in de inleiding verwoorde voorstel – namelijk het op één lijn stellen van de begrippen punitief en *criminal charge* – verder toelichten.

Bij bestudering van het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb blijkt dat de wetgever zich buitengewoon summier uitlaat over de vraag wanneer een sanctie als punitief (de wetgever spreekt van bestraffend) is aan te merken. Als reden voor deze summiere omschrijving voert de wetgever aan dat de vierde tranche Awb (voorlopig althans) slechts ziet op één punitieve sanctie: de bestuurlijke boete. Nu het punitieve karakter van deze sanctie juist niet wordt betwist, behoeven er wat de wetgever betreft aan dit toch belangrijke punt verder geen woorden te worden gewijd.<sup>90</sup>

De omtrekkende opmerkingen van de wetgever hebben hoogstwaarschijnlijk te maken met het feit dat het antwoord op de vraag wanneer een bestuurlijke sanctie nu punitief van aard is, ook in de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie nog niet volledig is uitgekristalliseerd.<sup>91</sup> In de literatuur wordt de reeds bestaande jurisprudentie vaak zo geïnterpreteerd dat het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie dient te worden afgeleid uit het (geobjectiveerde) oogmerk waarmee de sanctie wordt opgelegd. Is de sanctie opgelegd met als hoofddoel bestraffing in de zin van leedtoevoeging, dan is de sanctie punitief van aard. Is de sanctie daarentegen primair gericht op het opheffen van een met het recht strijdige situatie, het voorkomen van herhaling van een overtreding of het ongedaan maken van de gevolgen van een overtreding dan is sprake van een reparatoire sanctie. In het eerste geval speelt de verwijtbaarheid van de overtreder een rol, in het tweede geval niet. De zwaarte van de sanctie of hoe de sanctie wordt ervaren door de overtreder, is in deze benadering niet van belang voor het antwoord op de vraag of er een punitieve of reparatoire sanctie is opgelegd.<sup>92</sup>

Het is echter niet altijd even makkelijk het primair beoogde doel van het opleggen van een bestuurlijke sanctie te bepalen. Zeker niet nu een leedtoevoegende sanctie ook een reparatoire werking kan hebben en een reparatoire sanctie ook punitieve elementen in zich kan dragen. Daarnaast roept het ‘oogmerk-criterium’ de vraag op wiens oogmerk

---

89. Blijkens art. 5.0.2 lid 1 vierde tranche Awb wordt onder een bestuurlijke sanctie verstaan: een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2, p. 9.

90. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 84.

91. Zie voor een overzicht en bespreking van de belangrijkste uitspraken: Van de Griend 2003, alsmede Rogiers periodieke kroniek ‘Handhaving van bestuursrecht’ in het NTB.

92. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 438-439 en Van de Griend 2003, p. 17-19 en 101-102. Zie ook Bröring 2005, p. 40 e.v. waarbij hij ook nog twee andere mogelijke zienswijzen met betrekking tot de vaststelling van het begrip punitief bespreekt.



doorslaggevend is en op welke wijze dit oogmerk achterhaald kan worden.<sup>93</sup> De enige sanctie waarvan (al dan niet aan de hand van het gebruik van voormelde benadering) het punitieve karakter vaststaat, is als gezegd de bestuurlijke boete.<sup>94</sup> De (last onder)<sup>95</sup> bestuursdwang en de last onder dwangsom worden algemeen beschouwd als reparatoire sancties.<sup>96</sup> Er wordt wel gezegd dat het oogmerk dat het bestuursorgaan kan hebben bij het opleggen van die sancties geobjectiveerd is.<sup>97</sup> Ten aanzien van intrekingsbesluiten heerst echter meer onduidelijkheid. Blijkens de jurisprudentie hangt het sterk af van de omstandigheden van het geval of de intrekking als punitief dan wel reparatoir wordt gekwalificeerd.<sup>98</sup>

### 3.1.1 Een voorstel: *punitief is criminal charge*

Uit het voorgaande blijkt dat in de literatuur enkele aanknopingspunten zijn geformuleerd om het begrip punitief beter te kunnen duiden. Een daadwerkelijk toetsingskader om het karakter van bestuurlijke sancties vast te kunnen stellen, bestaat echter nauwelijks. Wie de onderliggende jurisprudentie bestudeert, ziet dat de benadering van het begrip door de nationale bestuursrechters onderling verschilt,<sup>99</sup> wat een reden zal zijn voor het feit dat een éénduidiger benadering van voornoemd begrip ook in de literatuur (nog) niet aanwezig is. In dit preadvies wordt voorgesteld om voor de invulling van het begrip punitief aansluiting te zoeken bij het begrip *criminal charge* uit artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM wordt nu, zoals al eerder aangegeven, voornamelijk genoemd wanneer over de *gevolgen* van de kwalificatie punitief wordt gesproken. Is een bestuurlijke sanctie op basis van het nationaalrechtelijke oogmerk criterium als punitief aangemerkt, dan wordt het opleggen van die sanctie 'vaak' als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM aangemerkt.<sup>100</sup> Ook de zodadelijk nader te bespreken door de rechter uit te voeren 'volle' evenredigheidstoets en de extra eisen die worden gesteld ten

- 
93. Waarbij moet worden opgemerkt dat Van de Griend hier enkele aanwijzingen voor geeft: Van de Griend 2003, p. 18.
94. Vgl. ABRvS 10 februari 1997, AB 1997, 427 m.nt. Verheij en ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176, JB 2002, 279 m.nt. Geers.
95. Vgl. de vierde tranche Awb, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 5. Deze omschrijving van wat nu nog bestuursdwang heet, maakt duidelijk dat deze bevoegdheid pas kan worden uitgeoefend nadat de last tot opheffing van een onrechtmatige situatie niet is nageleefd.
96. Hoewel sommige auteurs ten aanzien van de last onder dwangsom een onderscheid maken tussen het opleggen van de last en de verbeurte van de dwangsom, waarbij de verbeurte mogelijk punitief zou kunnen zijn. Voor een overzicht van voor- en tegenstanders van dit idee: Albers 2001, p. 1161-1162. Ik acht de last onder dwangsom in zijn geheel een reparatoire sanctie.
97. Het oogmerk van bepaalde sancties staat reeds op voorhand vast: Van de Griend 2003, p. 18.
98. Blomberg 2004, p. 162 e.v. en Van de Griend 2003, p. 34 e.v. Aspecten als de duur van de intrekking kunnen een aanwijzing vormen voor het karakter van de opgelegde sanctie. Als de verwijtbaarheid van de overtreder een rol heeft gespeeld bij het opleggen van de sanctie dan kan dit een aanwijzing vormen voor het punitieve karakter van die sanctie. Zie ook de annotatie van Albers bij ABRvS 20 juli 2005 in JB 2005, 267. Zie uitgebreider par. 4.2 van het preadvies van Gabriël en: M.A.M. Dieperink, Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken. Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in Awb (Jonge VAR-reeks 1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 49-84, i.h.b. p. 74 e.v.
99. Vgl. Van de Griend 2003, p. 54 e.v.
100. Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 maart 1999, AB 1999, 229 m.nt. Vermeulen, r.o. 2.11.1: 'Het opleggen van een vermindering van de rijksvergoeding voor personele uitgaven (...) moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie, waarop art. 6 EVRM (...) ziet.' Ook het CBB legt de link tussen de punitieve bestuurlijke sanctie (in casu een bestuurlijke boete) en art. 6 EVRM: CBB 5 april 2005, AWB 04/48, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Bestuurlijke boetes worden door de CRvB en de HR ook wel meteen onder de paraplu van art. 6 EVRM geplaatst: CRvB 29 april 2004, 01/4743 ALGEM, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) en HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104 m.nt. Alkema, BNB 1986, 29 m.nt. Schelkens.

aanzien van de feitenvaststelling en de bewijsvoering bij punitieve bestuurlijke sancties, zijn gevolgen van de kwalificatie punitief die blijkens de jurisprudentie en literatuur (mede) uit artikel 6 EVRM worden afgeleid. Het bestaan van een koppeling tussen de begrippen punitief en *criminal charge* wordt in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur algemeen aanvaard,<sup>101</sup> maar tot een gelijkstelling van de begrippen komt het niet. Juist vanuit voornoemde verbondenheid stel ik voor om de termen punitief en *criminal charge* wel op één lijn te stellen.<sup>102</sup>

Het belangrijkste argument dat in de literatuur wordt gebruikt om van de hiervoor bepleite gelijkstelling af te zien – de casuïstische rechtspraak van het EHRM – kan mij niet overtuigen. Rechtspraak is per definitie casuïstisch, ook die van het Hof. Bovendien is óók de jurisprudentie van de nationale bestuursrechters inzake het begrip punitief zeer casuïstisch. De Nederlandse bestuursrechter zal de jurisprudentie van het Hof naar beste inzicht interpreteren en navolgen. Het kan altijd gebeuren dat de kwalificatie *criminal charge* door de Nederlandse rechter later door het EHRM ongedaan wordt gemaakt. Dat is nu eenmaal het ‘gevaar’ van het navolgen van jurisprudentie van een hoger rechtscollege.<sup>103</sup> Dit vormt mijns inziens echter geen reden om dan af te zien van directe toepassing van de rechtsregels die uit uitspraken van dat college zijn af te leiden. Ik roep hierbij het reeds in de inleiding genoemde artikel 53 EVRM in herinnering. Het staat de Nederlandse rechter in beginsel vrij om een verdergaande bescherming te bieden dan het EHRM doet. Met een gelijkstelling van punitief en *criminal charge* wordt anderzijds – en dat lijkt mij het belangrijkste – voorkomen dat de nationale bestuursrechter ónder de grens van artikel 6 EVRM duikt en aan bestuurlijke sancties die het EHRM als *criminal charge* aanduidt, maar die door de nationale rechter niet als zodanig worden aangeduid, niet de vereiste bescherming ex artikel 6 EVRM toekent.

Als gevolg van voornoemd voorstel, verwordt de vraag naar het punitieve karakter van een sanctie tot de vraag of met het opleggen van de sanctie een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM gemoeid is. Voordeel hiervan is, dat bij het vaststellen van het karakter van een bestuurlijke sanctie de door het Hof geformuleerde criteria ter beantwoording van de vraag of sprake is van een *criminal charge*, kunnen worden gebruikt. Deze criteria betreffen ten eerste de kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht, ten tweede de aard van de overtreding en ten derde de aard en de zwaarte van de opgelegde sanctie. Ten aanzien van het eerste criterium vormt regeling in het bestuursrecht in plaats van het strafrecht slechts een eerste indicatie tegen het aannemen van een *criminal charge*. Zou aan het eerste criterium meer gewicht worden toegekend dan zouden nationale staten immers zelf sancties kunnen uitsluiten van de bescherming van artikel 6 EVRM.<sup>104</sup> Een combinatie van elementen van het tweede en derde crite-

---

101. Zie noot 9.

102. Waarbij wel moet worden opgemerkt dat het onderzoek naar de vraag of sprake is van een *charge* enigszins los staat van de vraag naar het karakter (*criminal* of niet) van een sanctie (vgl. Albers 2002, p. 115).

103. De oorzaak hiervan ligt bovendien niet altijd in een fout van de nationale rechter; soms zal ook het EHRM van gedachte veranderen en een nieuwe c.q. afwijkende lijn uitzetten, wellicht ook met betrekking tot de huidige wijze waarop het al dan niet *criminal* karakter van een bestuurlijke sanctie wordt bepaald.

104. Na de uitspraak in de zaak Escoubet t. België (EHRM 28 oktober 1999, zaaknr. 26780/95, NJ 2001, 593 m.nt. Alkema, NJCM-Bulletin 2000, p. 968-976 m.nt. Viering) kan worden gesteld, dat ook in geval een sanctie op nationaal niveau is ondergebracht in het strafrecht deze classificatie niet doorslaggevend is.

rium vormt het zwaartepunt voor de beslissing van het Hof of sprake is van een *criminal charge*. Een sanctie wordt aangemerkt als *criminal* als de norm niet tuchtrechtelijk of disciplinair van aard is, maar zich tot alle burgers (in een bepaalde hoedanigheid) richt en de sanctie als *deterrent and punitive* kan worden aangemerkt. De zwaarte van de sanctie lijkt voorsnog een ondergeschikte rol te spelen. Kan een bestuurlijke sanctie niet op basis van de eerste twee criteria als *criminal* worden aangemerkt, dan kan een sanctie op basis van het criterium van de sanctiezwaarte alsnog als *criminal* worden aangemerkt, maar dit lijkt te zijn voorbehouden aan vrijheidsbenemende sancties en aan bestuurlijke geldelijke sancties die kunnen worden omgezet in een vrijheidsbenemende sanctie.<sup>105</sup> Ook de EHRM-criteria geven geen volledig helder toetsingskader. Ze bieden mijns inziens wel meer houvast dan de huidige aanpak van de Nederlandse bestuursrechters bij een onderzoek naar de punitieve, of beter gezegd de *criminal charge*-kenmerken van een bestuurlijke sanctie.<sup>106</sup> Daar komt nog bij dat op grond van voornoemde criteria een fijnmazige jurisprudentie is ontwikkeld inzake het begrip *criminal charge* waarbij door de nationale bestuursrechter kan worden aangesloten.<sup>107</sup>

Tot slot zij opgemerkt dat het gedane voorstel voornamelijk bedoeld is als een eerste aanzet om in een breder verband na te denken over wat onder 'punitief' dient te worden verstaan. Wat mijns inziens nu node gemist wordt, is een bredere benadering van het begrip. Gaan we de betekenis ervan aan artikel 6 EVRM en het daar neergelegde begrip *criminal charge* koppelen (zodat het begrip punitief uiteindelijk kan verdwijnen of een nationale aanduiding vormt voor de *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM) of handhaven we een nationale benadering inzake de kwalificatie punitief? Tot nu toe wordt aan het begrip punitief louter invulling gegeven aan de hand van de vraag naar het karakter van afzonderlijke bestuurlijke sancties. Hoewel dit een te begrijpen, want praktische benadering is, houdt het een diepere gedachtegang over het punitieve karakter van bestuurlijke sancties in het algemeen tegen. Bovendien wordt daardoor te weinig gekeken naar de oorsprong van de bestuurlijke punitieve sanctie en de mogelijkheden die juist de jurisprudentie van het EHRM biedt om het begrip punitief nader in te vullen.

### 3.2 Normering en rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties

Het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties wordt als alle (publiekrechtelijke) bestuurshandelingen genormeerd door de Awb, overige (bijzondere) wetgeving, Euro-

---

105. Voor een nadere bespreking van deze 'Öztürk-criteria' uit EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937 m.nt. Alkema, AA 1985, p. 145-154 m.nt. Swart (Öztürk t. Duitsland): Blomberg 2004, p. 157-158; Albers 2002, p. 84-120; Lenos 1998, p. 27-39 en Viering 1994, p. 145-185.

106. De Nederlandse bestuursrechter zoekt reeds aansluiting bij art. 6 EVRM voor de normering van bestuurlijke sancties, zie daarvoor noot 99. De verbondenheid met art. 6 EVRM is er dus wel al, maar mijn voorstel gaat verder en houdt in dat de nationale rechter bij de beoordeling van de vraag of een bestuurlijke sanctie punitief (*criminal*) van aard is de criteria van het EHRM terzake direct hanteert. Zie voor een eerste aanzet hiertoe overigens: ABRvS 2 november 2005, AB 2006, 20 m.nt. Michiels, Gst. (2005) 7242, 196 m.nt. Albers.

107. Zie noot 105 en de daar genoemde literatuur.

pees Gemeenschapsrecht, (on)geschreven rechtsbeginselen en verdragsrecht. Het wetsvoorstel vierde tranche Awb geeft enkele extra waarborgen die in het bijzonder ten aanzien van de bestuurlijke handhaving gelden. Het wetsvoorstel gaat daarbij niet specifiek in op 'de bestuurlijke punitieve sanctie'. Wel normeert het voorstel het opleggen van bestuurlijke sancties in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder. Die normering is ook van toepassing op andere bestuurlijke punitieve sancties of kan van overeenkomstige toepassing worden verklaard.<sup>108</sup> Ook voor de te bieden rechtsbescherming inzake bestuurlijke punitieve sancties heeft men over het algemeen aansluiting gezocht bij het stelsel van de Awb.<sup>109</sup>

Nu voert het te ver hier de uit het recht voortvloeiende normering en rechtsbescherming inzake bestuurlijke (punitieve) sancties in zijn geheel te bespreken. Bovendien zullen veel regels terzake niet op alle, maar op bepaalde specifiek aangegeven bestuurlijke sancties van toepassing zijn. Daarom kies ik ervoor een drietal aspecten met betrekking tot de rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties te bespreken waarvan over het algemeen wordt aangenomen dat ze bij het opleggen van alle bestuurlijke punitieve sancties in acht dienen te worden genomen. De hier te bespreken waarborgen vloeien niet (of niet alleen) voort uit het nationale recht, maar (ook) uit het EVRM.<sup>110</sup> Het gaat daarbij ten eerste om de al aangehaalde koppeling tussen het begrip punitief en het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM. Als gevolg hiervan zullen bij het opleggen van een bestuurlijke punitieve sanctie de waarborgen uit artikel 6 EVRM in acht dienen te worden genomen. Het tweede aspect dat ik nader zal bespreken betreft de 'volle' evenredigheidstoets. Deze toets houdt in dat de rechter geheel zelf nagaat of de zwaarte van de opgelegde bestuurlijke punitieve sanctie in redelijke verhouding staat tot de ernst van de gepleegde overtreding. Ook deze evenredigheidstoets vloeit voort uit artikel 6 EVRM, hoewel in de nationale jurisprudentie voor het toepassen van deze 'volle' evenredigheidstoets niet altijd aansluiting wordt gezocht bij voormeld artikel. Het derde en laatste aspect dat ter bespreking voorligt, is het feit dat aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering bij het opleggen van punitieve bestuurlijke sancties strengere eisen worden gesteld dan bij het opleggen van niet punitieve sancties het geval is. De rol van artikel 6 EVRM lijkt hierbij wat minder prominent te zijn.

### 3.2.1 *Bestuurlijke punitieve sancties en de waarborgen uit artikel 6 EVRM*

Zoals gezegd wordt in de Nederlandse literatuur een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de onverkorte gelijkstelling van punitieve bestuurlijke sancties en het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM. Daarvoor wordt teruggegrepen op het casuïstische karakter van de jurisprudentie van het EHRM en de mogelijkheid dat een naar nationaal recht als punitief aangemerkte bestuurlijke sanctie, door het EHRM niet als

---

108. De regels die nu specifiek voor de bestuurlijke boete gelden, kunnen blijkens de schakelbepaling 5.4.2.7 vierde tranche Awb overeenkomstig van toepassing worden verklaard op andere bestraffende sancties.

109. Uitzondering vormt het in paragraaf 2.2.2 besproken wetsvoorstel bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeersovertredingen, qua rechtsbescherming wordt daar aangesloten bij het Wahv-regime.

110. Waarbij moet worden aangetekend dat in de vierde tranche Awb een groot deel van de waarborgen voortvloeiend uit art. 6 EVRM is gecodificeerd.

*criminal charge* wordt beschouwd. Ik kies in dit preadvies voor een andere benadering van het begrip punitief. Welke benadering men ook volgt, de relatie tussen de bestuurlijke punitieve sanctie en het *criminal charge*-begrip bestaat (de vraag is alleen hoe men die relatie op nationaal niveau tegemoet wenst te treden). Het bespreken van de waarborgen van artikel 6 EVRM in dit preadvies over de bestuurlijke punitieve sanctie is dus alleszins gerechtvaardigd.

Artikel 6 EVRM herbergt enkele rechtswaarborgen in zich, bedoeld tot bescherming van degene die wordt onderworpen aan een *criminal charge* (in het Nederlands te vertalen als ‘strafvervolgung’). Het eerste lid van artikel 6 EVRM geldt daarbij overigens niet alleen in geval van een strafvervolgung, maar ook bij de vaststelling van iemands *civil rights and obligations* (burgerlijke rechten en verplichtingen). De rechten die zijn af te leiden uit artikel 6 lid 1 EVRM zijn zodoende niet alleen van toepassing op zaken waarin een punitieve bestuurlijke sanctie wordt opgelegd, maar ook wanneer sprake is van het opleggen van een reparatoire bestuurlijke sanctie (dit via de band van de *civil rights and obligations*). Hierbij moet wel worden aangetekend dat de bescherming onder deze bepaling verdergaande waarborgen biedt wanneer sprake is van bestuurlijke sancties die als *criminal charge* zijn aan te merken, dan wanneer dit niet het geval is. Daarbij moet met name worden gedacht aan de volle evenredigheidstoets. Daarnaast sluit het Hof op dit moment een aantal bestuursrechtelijke geschillen in het geheel uit van de bescherming van artikel 6 EVRM. Op dat laatste kom ik nog terug. Het belangrijkste recht neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM betreft het recht op een eerlijk en openbaar proces, binnen een redelijke termijn, voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM zien alleen op zaken waarin sprake is van een strafvervolgung (en dus ook alleen op bestuurlijke sancties die kunnen worden aangemerkt als *criminal charge*). Het tweede lid behelst de onschuldpresumptie en het derde lid somt een vijftal processuele minimumwaarborgen op die bij het instellen van een strafvervolgung in acht dienen te worden genomen. Iemand tegen wie een strafvervolgung is ingesteld, heeft in ieder geval:

- het recht om in een voor hem begrijpelijke taal, onmiddellijk en in bijzonderheden op de hoogte te worden gebracht van de aard en de reden van de beschuldiging;
- het recht om te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
- het recht om zijn eigen verdediging te voeren, zijn eigen raadsman te kiezen, of – in geval hij niet beschikt over voldoende middelen om zijn verdediging te bekostigen – het recht op gratis rechtsbijstand;
- het recht om getuigen à charge te (doen) ondervragen en het recht om getuigen à décharge op te roepen en te (doen) ondervragen onder dezelfde voorwaarden als de getuigen à charge;
- het recht op kosteloze bijstand van een tolk indien hij de taal welke ter terechtzitting wordt gesproken niet machtig is.

Hoewel niet specifiek genoemd in artikel 6 EVRM wordt op basis van jurisprudentie van het EHRM<sup>111</sup> in dit artikel ook de nemo tenetur-rechtswaiborg (iemand hoeft niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling) en het zwijgrecht, dat daar een belangrijk onderdeel van vormt, gelezen.<sup>112</sup> Over elk (sub)onderdeel van artikel 6 EVRM bestaat inmiddels uitgebreide jurisprudentie.<sup>113</sup> Voor onderhavig preadvies volstaat voorgaande korte uiteenzetting van de in artikel 6 EVRM neergelegde waarborgen.

### 3.2.2 *De evenredigheidstoets bij bestuurlijke punitieve sancties*

Een tweede gevolg van de kwalificatie van een bestuurlijke sanctie als zijnde punitief, is dat de Nederlandse rechter de opgelegde sanctie zoals dat heet 'vol' toetst aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>114</sup> In dit kader wordt door de rechter de verhouding tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de sanctie, alsmede de verhouding tussen de draagkracht van de overtreder en de zwaarte van de sanctie bezien. Deze volle evenredigheidstoets vindt zelfs plaats wanneer de wetgever het sanctiebedrag reeds heeft voorgeschreven. Verschil met het opleggen van een reparatoire bestuurlijke sanctie is dat de rechter in dat laatste geval de evenredigheid van de opgelegde sanctie slechts marginaal toetst en dan alleen indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekwam bij het opleggen van de sanctie.<sup>115</sup> Het is belangrijk hierbij op te merken dat de rechter alleen de zwaarte van de sanctie vol aan het evenredigheidsbeginsel toetst. De rechter toetst niet vol of het opleggen van de bestuurlijke punitieve sanctie zelf evenredig is; die beslissing dient hij marginaal te toetsen.<sup>116</sup> Wel kan het zo zijn dat de volle toets van het aspect van de zwaarte aan de sanctie aan het evenredigheidsbeginsel zodanig uitpakt dat de 'beslissing of' wordt aangetast. Jansen noemt als ondergrens het ontbreken van elke verwijtbaarheid.<sup>117</sup> Ook in het wetsontwerp van de

---

111. EHRM 23 februari 1993, zaaknr. 10828/84, NJ 1993, 485 m.nt. Knigge, NJCM-Bulletin 1993, p. 584 e.v. m.nt. Myjer (Funke t. Frankrijk) par. 44; EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 18731/91, NJ 1996 m.nt. Knigge (Murray t. Verenigd Koninkrijk) par. 45; EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, NJ 1997, 699, NJCM-Bulletin 1997, p. 298 e.v. m.nt. Myjer (Saunders t. Verenigd Koninkrijk) par. 68 en EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96, NJ 2003, 354 m.nt. Schalken, NJCM-Bulletin 2002, 606 m.nt. Lenos (J.B. t. Zwitserland) par. 64.

112. Voor een heldere 'update' terzake: A.R. Hartmann, De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht. Een EHRM-update aan de hand van Weh v. Oostenrijk, Strafblad 2004, p. 170-178.

113. Te vinden via 'hudoc' de zoekmachine op de site van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Ter bespreking van deze jurisprudentie is (uiteraard) ook een grote hoeveelheid literatuur verschenen. Viering bespreekt in zijn dissertatie de reikwijdte van art. 6 EVRM, maar deze dissertatie is wel al weer afkomstig uit 1994 (Viering 1994). Meer recent: Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 382-402. Verder komt in veel boeken die in de literatuurlijst van dit preadvies zijn opgenomen art. 6 EVRM uitgebreid aan de orde. Zie voor een bespreking van de 'leading cases' van het EHRM (waaronder natuurlijk zaken m.b.t. art. 6 EVRM), inclusief literatuurverwijzingen: Lawson & Schermers 1999.

114. Zie: ABRvS 4 juni 1996, JB 1996, 172 m.nt. Van der Linden (waarin de Afdeling voor wat betreft de toetsing van punitieve bestuurlijke sancties een nuancering aanbrengt op de hoofdregel, dat zij besluiten van bestuursorganen genomen op basis van een discretionaire bevoegdheid slechts marginaal toetst). Voor twee willekeurige voorbeelden van volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel door het College van Beroep, resp. de Centrale Raad: CBB 5 april 2005, AWB 03/739, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) resp. CRvB 9 juni 2005, RSV 2005, 235. De Hoge Raad (als belastingrechter) toetst al sinds 1982 zelf of alle in het geding zijnde belangen correct zijn meegewogen: HR 8 december 1982, BNB 1983, 50 m.nt. Simons. Zie over die laatste uitspraak: P.G. Wiewel, Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 114 en 170.

115. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 442-443. Van de Griend 2003, p. 13 en p. 24-26.

116. Jansen 2000, p. 47-48.

117. *Ibidem*, p. 48.

vierde tranche Awb staat het ontbreken van de verwijtbaarheid van de gedraging in de weg aan het opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 5.4.1.2 vierde tranche). Daarnaast wijst Jansen op de situatie waarin de hoogte van de punitieve sanctie wettelijk is voorgeschreven, maar daardoor in een concreet geval niet laag genoeg kan zijn om aan het evenredigheidsbeginsel te voldoen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) heeft in zo een geval bepaald dat de sanctie – in casu betrof het een bestuurlijke boete wegens ten onrechte ontvangen huursubsidie – in dat geval in het geheel achterwege diende te blijven.<sup>118</sup>

Over de grondslag voor de volle evenredigheidstoets wordt verschillend gedacht. Het EHRM bepaalde al in 1981 en 1982, dat artikel 6 EVRM eist dat de rechter de evenredigheid van een sanctie kan toetsen.<sup>119</sup> In de Malige-uitspraak stelde het Hof dat het ook is toegestaan dat de *wetgever* de afweging maakt welke sanctie ten overstaan van een bepaalde gedraging evenredig moet worden geacht, mits de rechter wel kan toetsen of de betreffende wettelijke regeling inzake dergelijke wettelijk gefixeerde boetes juist is toegepast.<sup>120</sup> De Afdeling heeft uitdrukkelijk bepaald dat het evenredigheidsbeginsel in artikel 6 EVRM besloten ligt.<sup>121</sup> Het uitvoeren van een 'volle' evenredigheidstoets inzake de zwaarte van de opgelegde sanctie geschiedt op nationaal niveau echter lang niet altijd (uitdrukkelijk) op basis van artikel 6 EVRM. Alle Nederlandse bestuursrechters lijken de toets wel uit te voeren, doch verwijzen daarbij niet altijd naar artikel 6 EVRM, maar ook wel naar het bepaalde in artikel 3:4 lid 2 Awb.<sup>122</sup> Een (al dan niet aanvullende) rol van artikel 6 EVRM blijft echter noodzakelijk. Zonder het in artikel 6 EVRM neergelegde evenredigheidsbeginsel zou de volle evenredigheidstoets van een opgelegde sanctie waarbij het bestuur ten gevolge van een formele wet geen beleidsvrijheid toekomt niet mogelijk zijn.<sup>123</sup> Daarnaast verhindert het toetsingsverbod uit artikel 120 van de Grondwet (Gw) de toetsing van in een formele wet neergelegd sanctiestelsel aan een in de nationale rechtspraak ontwikkeld ongeschreven evenredigheidsbeginsel.<sup>124</sup>

---

118. Ibidem, p. 48 en 49 en de daar aangehaalde uitspraak: ABRvS 8 maart 1999, RAwb 1999, 116 m.nt. Jansen.

119. EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75 en 7238/75, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België) en EHRM 10 februari 1982, zaaknr. 7299/75 en 7496/76, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte t. België). Anders oeverigens: M. Kuijter & E.E.V. Lenos, Proportionaliteit van sancties: een taak van de rechter of van de wetgever?, NJCM-Bulletin 2000, p. 878, die menen dat de evenredigheidstoets niet in zijn algemeenheid uit voornoemde zaken valt af te leiden.

120. EHRM 23 september 1998, zaaknr. 68/1997/852/1059, NJCM-Bulletin 2000, p. 873-879 m.nt. Kuijter & Lenos (Malige t. Frankrijk). Zie hieromtrent ook Barkhuysen 2004, p. 64 en zijn opmerking dat de jurisprudentie hieromtrent nog niet uitgekristalliseerd lijkt.

121. ABRvS 15 april 1999, JB 1999, 151 m.nt. Albers.

122. Of naar geen van beide bepalingen: ABRvS 30 maart 2001, JB 2001, 129 m.nt. Albers, AB 2001, 189 m.nt. Damen. Een voorbeeld waarin de CRvB voor de volle evenredigheidstoets steun zoekt bij art. 3:4 lid 2 Awb: CRvB 23 januari 1997, USZ 1997, 58, JB 1997, 70 m.nt. Van der Linden. Zie uitgebreider over de wijze waarop de Centrale Raad bestuurlijke punitieve sancties toetst aan het evenredigheidsbeginsel: L.J.J. Rogier, Enkele strafrechtelijke begrippen en beginselen in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, in: R.M. Van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 177-195. De op p. 190-194 besproken jurisprudentie toont aan dat in zaken voor de Centrale Raad het evenredigheidsbeginsel veelal in wettelijke bepalingen is neergelegd. Het CBB haakt voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel ook wel aan bij art. 3:4 lid 2 Awb: CBB 6 november 1996, AB 1997, 161 m.nt. van der Veen. Er zijn ook (recentere) uitspraken waarin voor toetsing van de evenredigheid tussen de hoogte van de sanctie en de zwaarte van de overtreding rechtstreeks naar art. 6 EVRM wordt verwezen: CBB 5 april 2005, nr. AWB 03/739 en nr. AWB 04/48, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). In CBB 16 juni 2005, nr. AWB 04/359 wordt echter noch naar art. 3:4 lid 2 Awb, noch naar art. 6 EVRM verwezen, eveneens via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

123. Van de Griend 2003, p. 28; Jansen 2000, p. 46 en Vermeulen in zijn noot bij ABRvS 29 maart 1999, AB 1999, 229.

124. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, AB 1989, 207 (Harmonisatiewet).

### 3.2.3 *Extra eisen aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering*

Misschien nog wel belangrijker dan de hiervoor besproken ‘volle’ evenredigheidstoets, zijn de extra eisen die de nationale bestuursrechter stelt ten aanzien van de feitenvaststelling en de bewijsvoering wanneer het bestuur een punitieve bestuurlijke sanctie wenst op te leggen. Wanneer er een niet-punitieve sanctie aan de rechter wordt voorgesteld, toetst deze de feitenvaststelling en de bewijsvoering door het bestuur marginaal. De diepgang van het rechterlijke onderzoek inzake de feitenvaststelling en de bewijsvoering neemt echter toe als er een punitieve bestuurlijke sanctie in het geding is. De Afdeling overweegt hieromtrent steeds (in soortgelijke bewoordingen) dat aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen worden gesteld.<sup>125</sup> De Centrale Raad van Beroep (CRvB) eist dat onomstotelijk is komen vast te staan dat degene die een punitieve sanctie krijgt opgelegd de gesanctioneerde gedraging ook daadwerkelijk heeft gepleegd.<sup>126</sup> De grondslag voor deze strenge eisen wordt door beide bestuursrechters niet uitdrukkelijk in artikel 6 EVRM gezocht. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat het Hof het stellen van bewijsregels in beginsel aan de nationale staten laat. De eisen die het EHRM stelt aan een behoorlijk proces kunnen die vrijheid echter beperken.<sup>127</sup> Overigens legt de Afdeling in een uitspraak van 22 mei 2002 wel een direct verband tussen het voorhanden zijn van voldoende bewijs en de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM.<sup>128</sup> Het is denkbaar dat de Nederlandse bestuursrechter de extra eisen met betrekking tot de feitenvaststelling en de bewijsvoering ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties stelt met het *fair trial*-beginsel van artikel 6 EVRM in het achterhoofd.

### 3.3 **Résumé**

In de voorgaande paragraaf is aandacht besteed aan een drietal belangrijke aspecten met betrekking tot de rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties. Met het oog op het volgende hoofdstuk van dit preadvies is het nuttig om het in paragraaf 3.1 besprokene nog even op een rij te zetten. Daar is ingegaan op de wijze waarop volgens de heersende opvatting het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie wordt vastgesteld. Het hoofd criterium dat nu wordt gehanteerd om het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie vast te stellen – het oogmerk tot leedtoevoeging – is hanteerbaar bij die sancties waarvan het oogmerk reeds geobjectiveerd is. Wanneer men bestuurlijke sancties wil onderzoeken waarvan het karakter diffuus is (en zelfs van geval tot geval kan verschillen), biedt dit oogmerk-criterium minder houvast. Om het begrip punitief nader invulling te geven is in dit preadvies voorgesteld om onder punitief

---

125. ABRvS 15 februari 2001, AB 2001, 194 m.nt. Schueler en JB 2001 m.nt. Albers; ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176 m.nt. Jansen en JB 2002, 279 m.nt. Geers. Zie ook Albers 2002, p. 215-216.

126. CRvB 18 oktober 2001, TAR 2002, 6 en Albers *supra* noot 125.

127. M.b.t. het onderzoek naar de feiten en het recht in het kader van het recht op toegang tot de rechter: EHRM 17 december 1996, Terra Woningen BV t. Nederland, NJCM-Bulletin 1997, p. 617 e.v. m.nt. Viering. Zie ook Jansen 2004, p. 16-18; Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 386 en Jansen in zijn noot bij ABRvS 7 augustus 2002 in AB 2003, 176.

128. ABRvS 22 mei 2002, AB 2003, 177 m.nt. Jansen.



hetzelfde te verstaan als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Het karakter van een bestuurlijke sanctie kan dan worden vastgesteld met de criteria die het EHRM hanteert om vast te stellen of sprake is van een *criminal charge*. Van de drie criteria die het EHRM hanteert bij de invulling van de term *criminal charge* ligt het zwaartepunt bij de vraag of het doel van de sanctie *deterrent and punitive* is. Ik erken daarbij onmiddellijk dat het toetsingskader van het Hof in die zin niet gemakkelijker hanteerbaar is dan het op nationaal niveau ontwikkelde oogmerk-criterium. Het Hof lijkt wel iets minder gewicht toe te kennen aan het gezichtspunt van degene die de sanctie oplegt en het sanctiezwaarte-criterium biedt mogelijkheden om meer oog te hebben voor de positie van degene die de sanctie krijgt opgelegd. Ik kom hierop in hoofdstuk 4 terug.



## 4 De rechtsbescherming bij bestuurlijke (punitieve) sancties kritisch beschouwd

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op ‘de’ bestuurlijke punitieve sanctie. In het bijzonder is daarbij stilgestaan bij een drietal aspecten inzake de rechtsbescherming bij het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties. Doel van dit preadvies is – naast het geven van een algemene inleiding tot het verschijnsel van de bestuurlijke punitieve sanctie – de rechtsbescherming ten aanzien van de bestuurlijke punitieve sanctie aan de hand van een tweetal vragen aan een kritische blik te onderwerpen. In paragraaf 4.1 zal eerst worden ingegaan op de vraag of ten aanzien van alle bestuurlijke punitieve sancties het volledig beschikbare stelsel aan rechtsbescherming in aanmerking dient te worden genomen, of dat ten aanzien van de ‘lichtere’ punitieve sancties ook een lichter beschermingsregime zou kunnen gelden. Hierbij zal er ook aandacht zijn voor de in paragraaf 3.1.1 bepleite gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge*. In de literatuur wordt namelijk wel voorgesteld om bepaalde sancties die op basis van de nationaalrechtelijke criteria een punitief karakter toe valt te dichten, niet aan te merken als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Dit om te komen tot een lichter rechtsbeschermingsregime. Hier biedt mijn voorstel geen ruimte voor. Daarom zal ik in paragraaf 4.1 de vraag aan de orde stellen of, en zo ja, hoe binnen mijn voorstel eenzelfde resultaat kan worden bereikt. In paragraaf 4.2 stel ik de vraag naar de andere kant van de medaille: verdient het geen aanbeveling om ten aanzien van bepaalde, ingrijpende reparatoire sancties niet een vergelijkbaar niveau van rechtsbescherming te hanteren als men bij het opleggen van punitieve sancties gewoon is?

### 4.1 De ‘lichte’ punitieve bestuurlijke sanctie: een overdaad aan rechtsbescherming?

Overdaad schaadt, een bekend cliché, maar het is wellicht van toepassing op het huidige niveau van rechtsbescherming dat wordt geboden aan alle, maar met name de ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties. Vooropgesteld zij dat in dit preadvies niet zal worden ingegaan op de vraag waar de grens tussen licht en zwaar (of ‘gewoon’) precies

ligt.<sup>129</sup> Als voorbeeld van lichte bestuurlijke punitieve sancties zouden kunnen gelden de boetes uit het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte.<sup>130</sup> Dit wetsvoorstel voorziet, zoals bekend, in de mogelijkheid voor gemeenten om te kiezen voor het opleggen van (lage) bestuurlijke boetes door daartoe aangewezen gemeentebestuurliken in plaats van het volgen van de strafrechtelijke weg, om zo een lik-op-stuk-beleid te kunnen voeren tegen veelvoorkomende overlast op straat. Voor boetes van gemiddeld € 40<sup>131</sup> kan het gehele rechtsbeschermingsregime uit de Awb<sup>132</sup> en uit de nationale en Europese jurisprudentie inzake artikel 6 EVRM<sup>133</sup> worden aangevend. De vraag die in deze paragraaf – als gevolg van mijn principiële gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge* – centraal zal staan, richt zich met name op het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Is het wenselijk dat dit artikel ook voor bescherming jegens lichte bestuurlijke punitieve sancties kan worden ingeroepen en bestaan er mogelijkheden dergelijke sancties van de extra, zo te noemen *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM uit te sluiten?

Het bepleiten van een beperktere rechtsbescherming bij relatief lage bestuurlijke punitieve sancties is niet nieuw. Met name ten aanzien van lage bestuurlijke boetes wordt wel geopperd om de werking van artikel 6 EVRM te beperken. In 1995 introduceert Wattel het kniesoor-beginsel dat hij oorspronkelijk ontleent aan een uitspraak van de Hoge Raad over de toepassing van het discriminatieverbod ex artikel 26 IVBPR. Het hieruit voortvloeiende gelijkheidsbeginsel stond volgens de Hoge Raad niet in de weg aan de heffing van een reinigingsrecht van een vast bedrag per huishouden per jaar, ongeacht het aantal leden van de huishouding, nu het ging om een bedrag van f 88,20.<sup>134</sup> Wattel pleit voor een ruimere toepassing van dit beginsel. Uit de Bendenoun-uitspraak leidt hij bovendien af, dat ook het EHRM van mening is, dat niet alle bestuurlijke sanctiezaken kunnen worden opgetuigd met de waarborgen uit artikel 6 EVRM.<sup>135</sup> Daarnaast stelt Blomberg in haar VAR-preadvies van 2004 dat niet alle bestuurlijke punitieve sancties als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM dienen te worden aangemerkt. Zij denkt hierbij in eerste instantie aan lage boetes voor feiten die weinig tot niets (meer) met het strafrecht te maken hebben en vraagt zich af of alle waarborgen van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM in het geval dergelijke sancties worden opgelegd, wel nodig zijn.<sup>136</sup> Lezing van het verslag van de algemene vergadering waarin onder meer het preadvies van Blomberg werd besproken, maakt duidelijk dat Blomberg de kwalificatie *criminal charge* ook wil loslaten ten aanzien van sancties die slechts

---

129. Een onderzoek naar die vraag vormt enerzijds de basis (bestaan er lichte punitieve sancties, en zo ja, welke zijn dat dan, of aan de hand van welke criteria kan worden vastgesteld of sprake is van zo een lichte punitieve sanctie). Anderzijds kan men ook beginnen bij de meer fundamentele vraag of het wenselijk is om ten aanzien van lichte punitieve sancties – ervan uitgaande dat deze bestaan – het niveau van rechtsbescherming neerwaarts bij te stellen.

130. Zie noot 56.

131. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 20.

132. Ibidem, p. 15 e.v.

133. Het EHRM heeft vooralsnog immers niet principieel bepaald dat bestuurlijke boetes wegens een geringe hoogte niet onder art. 6 EVRM vallen.

134. De zaak was aanhangig gemaakt door iemand die alleenwonend was: Wattel 1995, p. 209.

135. Wattel 1995, p. 221.

136. Blomberg 2004, p. 187.

gedeeltelijk als punitief kunnen worden aangemerkt.<sup>137</sup> Als voorbeeld noemt zij de intrekking van een subsidiebeschikking waarbij het zwijgrecht niet onverkort van toepassing zou hoeven zijn. Het 'lichte' zit er in dit voorbeeld in dat de sanctie slechts voor een gedeelte als punitief is aan te merken.

Ik denk dat het goed is om na te denken over de vraag die in deze paragraaf centraal staat. Het feit dat deze vraag op komt, lijkt overigens het gevolg van de huidige benadering van het begrip punitief. Zoals in paragraaf 3.1 van dit preadvies aan de orde is geweest, is de zwaarte van de sanctie volgens de huidige opvattingen niet van belang voor het bepalen van het karakter van de sanctie.<sup>138</sup> Hoe de sanctie wordt ervaren door de overtreder speelt evenmin een rol. Aan de hand van het criterium van het geobjectiverde oogmerk worden alle en dus ook de lichte bestuurlijke boetes als punitief aangemerkt. Het probleem daarbij is dat zo ook ten aanzien van strikt genomen wel op leedtoevoeging gerichte, maar niet ingrijpende sancties een zwaar regime van rechtsbescherming geldt. Men kan zich allereerst heel praktisch afvragen of de kosten en tijd om dit regime te effectueren ten aanzien van lichte bestuurlijke punitieve sancties in redelijke verhouding staan tot de te beschermen belangen. Principiëler is de vraag of de rechtswaarborgen niet zullen devalueren. Dient de *criminal charge*-rechtsbescherming uit artikel 6 EVRM niet te worden voorbehouden aan zaken waarin grotere belangen spelen? Ik zou zelf een combinatie van beide argumenten naar voren willen schuiven om aan te geven dat het steeds toekennen van het volledige 'pakket' aan *criminal charge*-rechtsbescherming ex artikel 6 EVRM bij lichte bestuurlijke punitieve sancties niet de voorkeur verdient. Het te pas en te onpas van toepassing verklaren van alle waarborgen van dit artikel kan ten eerste leiden tot onwerkbare situaties voor bestuur én rechter. Daarnaast bestaat het gevaar dat de waarborgen een minder fundamenteel karakter krijgen, juist omdat het toepassen van het volledige arsenaal aan rechtsbescherming onwerkbaar blijkt en er daarom concessies dienen te worden gedaan aan de intensiteit van de bescherming.<sup>139</sup>

Mijn probleem met de oplossing van Blomberg is dat ik geen voorstander ben van het (nog verder) scheiden van de begrippen punitief en *criminal charge*. Een dergelijke scheiding zou een onwenselijke verwijdering van de nationale jurisprudentie inzake de bestuurlijke punitieve sanctie van de Europese jurisprudentie inzake de *criminal charge* tot gevolg kunnen hebben. Daarbij is het de vraag wie, hoe gaat bepalen dat een bestuurlijke sanctie wel punitief, maar geen *criminal charge* is. Bovendien kan een gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge* in die zin uitkomst bieden, nu mijns inziens juist in de Europese jurisprudentie een mogelijkheid tot een oplossing voor het in deze paragraaf aan de orde zijnde vraagstuk besloten ligt. Bij het beantwoorden van de vraag of met het opleggen van een bestuurlijke sanctie sprake is

---

137. De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 14 mei 2004 ter behandeling van de preadviezen van mr. T. Barkhuysen, mr. A.B. Blomberg, mr. M.K. Bulterman en prof. mr. J.M. Verschuuren (VAR-reeks 133), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 74.

138. De zwaarte van de sanctie komt alleen in beeld bij de vraag naar de evenredigheid tussen de opgelegde sanctie en de geschonden norm. Bij het bepalen van het karakter van de sanctie speelt de zwaarte van de sanctie geen rol.

139. Vgl. Wattel 1995, p. 221, waar hij spreekt over de inflatie van de waarborgen van art. 6 EVRM als deze niet worden voorbehouden aan de bestuurlijke sanctiezaken 'die wèl ergens over gaan.'

van een *criminal charge* besteedt het EHRM immers niet alleen aandacht aan de classificatie van de overtreding naar nationaal recht en de aard van de overtreding, maar ook aan de aard en de zwaarte van de sanctie.<sup>140</sup> De ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in de zaak Morel lijkt aan te tonen dat het Hof bereid is om enkel op basis van laatstgenoemd sanctiezwaarte-criterium lichte en voor het overige punitieve bestuurlijke sancties uit te sluiten van de *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM. In voornoemde beslissing achtte het Hof een in het kader van het belastingrecht opgelegde boete, terwijl deze voldeed aan de overige '*criminal charge*-criteria', onvoldoende substantieel om als *criminal charge* ex artikel 6 EVRM te kunnen worden beschouwd.<sup>141</sup> Morel t. Frankrijk vormt in de terminologie Wattel wellicht een eerste indicatie voor het ontstaan van een Europees kniesoor-beginsel. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat het Hof de Morel-lijn doorzet en zo de bijzondere *criminal charge*-rechtsbescherming uit het EVRM op die manier voorbehoudt aan zaken waarin fundamentele kwesties spelen.<sup>142</sup> Dit betekent dat het Hof afstand doet van de jurisprudentie waarin ook ten aanzien van relatief lichte bestuurlijke punitieve sancties alle waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing worden verklaard.

Wanneer het voorgaande wordt teruggekoppeld met het voorstel uit paragraaf 3.1.1 tot het op één lijn stellen van de begrippen punitief en *criminal charge*, zou dit betekenen dat de boete in de zaak Morel ook niet als een bestuurlijke punitieve sanctie kan worden aangemerkt. Ik acht dit niet problematisch, maar besef terdege dat deze benadering van de bestuurlijke punitieve sanctie niet goed past in het huidige model waarin op basis van louter het oogmerk-criterium de punitieve aard van de sanctie wordt vastgesteld. Ook indien men niet bereid is om de begrippen punitief en *criminal charge* op één lijn te stellen, verdient het mijns inziens echter aanbeveling meer toenadering tot de hopelijk verder te ontwikkelen Morel-lijn in de jurisprudentie van het EHRM te zoeken. Op nationaal niveau zou een vergelijkbaar sanctiezwaarte-criterium ontwikkeld kunnen worden om de problematiek van de lichte bestuurlijke punitieve sanctie het hoofd te bieden. Dit laatste verdient echter niet mijn voorkeur, het gevaar bestaat immers dat de nationale rechter overgaat tot het bieden van een lager niveau van rechtsbescherming dan het EVRM vereist.

Het volgen van mijn voorstel leidt er overigens wel toe dat ook het wetsvoorstel inzake de vierde tranche Awb aanpassing behoeft. Ten aanzien van de daarin gecodificeerde bepalingen die typisch op de artikel 6 EVRM-leest zijn geschoeid, dient te worden vastgelegd dat deze niet van toepassing zijn op bepaalde uit de EHRM jurisprudentie af te leiden 'lichte' bestuurlijke punitieve sancties.

---

140. Zie hierover uitgebreider par. 3.1.1 van onderhavig preadvies en de literatuur zoals vermeld in noot 104.

141. EHRM 3 juni 2003, zaaknr. 54559/00, FED 2004, 122 m.nt. Thomas (Morel t. Frankrijk).

142. Vgl. Barkhuysen 2004, p. 107.

## 4.2 De ‘zware’ reparatoire bestuurlijke sanctie: ondergeschoven kind van de rechtsbescherming?

Naast de vraag of bepaalde ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties af zouden kunnen met minder rechtsbescherming zou men zich ook de vraag kunnen stellen of het aanbeveling verdient bij het opleggen van ‘zware’ reparatoire sancties juist meer rechtsbescherming te bieden. Het niveau van rechtsbescherming wordt vooralsnog opgehangen aan de aard van de sanctie. Is de sanctie punitief van aard dan geniet degene die de sanctie krijgt opgelegd meer rechtsbescherming dan wanneer hem een sanctie van reparatoire aard wordt opgelegd. De hiervoor gestelde vraag wordt daardoor vaak geplaatst in het onderscheid punitief/reparatoir zelf. Men stelt zich dan de vraag of de ingrijpendheid van een bestuurlijke sanctie een rol zou moeten spelen bij het bepalen van de aard van de sanctie. In de huidige benadering van de begrippen punitief en reparatoir is hiervoor zoals bekend echter geen plaats. Hoe ingrijpend een reparatoire sanctie met andere woorden ook is – of ervaren wordt – voor het karakter van de sanctie en zodoende ook voor de mate van rechtsbescherming die de overtreder geniet, doet dat aspect van de sanctie volgens de heersende opvattingen niet terzake (vergelijk paragrafen 3.1 en 4.1 van dit preadvies).

Hazewindus achtte het in zijn proefschrift van 1994 voorstelbaar en verdedigbaar om het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties vorm te geven door uit te gaan van de mate waarin een opgelegde sanctie iemands belang schendt.<sup>143</sup> Het niveau aan rechtsbescherming neemt dan toe al naargelang de inbreuk op het belang van de gesanctioneerde persoon zwaarder wordt. Hazewindus is echter de eerste om toe te geven dat ‘belang’ een subjectief begrip is. Hij kiest er dan ook voor om het onderscheid punitief/situatief<sup>144</sup> te hanteren, omdat dit zou aansluiten bij de jurisprudentie van het EHRM over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op bestuurlijke sancties. Daarbij merkt hij op dat onderscheid punitief/situatief niet het enige of het beste onderscheid is, maar dat je nu eenmaal niet meer om artikel 6 EVRM heen kunt. De invloed van artikel 6 EVRM op het bestuurlijke sanctierecht is sinds het verschijnen van het proefschrift van Hazewindus zeker niet afgenomen. Ik ben het dus met hem eens dat het verstandig is aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 6 EVRM. Sterker nog, ik pleit in dit preadvies zelfs voor een gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge*. Ik wil aan de opmerking van Hazewindus wel toevoegen dat juist in de jurisprudentie van het EHRM inzake het begrip *criminal charge* enige ruimte is voor het meewegen van het criterium van de ‘mate van schending van iemands belang’. Het in de vorige paragraaf reeds besproken sanctiezwaarte-criterium schept wellicht mogelijkheden om de zwaarte van de inbreuk op iemands belang, veroorzaakt door het opleggen van de sanctie, mee te wegen bij het beoordelen van de aard van de betreffende sanctie.

---

143. Hazewindus 1994, p. 94-95.

144. Situatief is een andere term voor reparatoir. Met de term ‘situatieve sanctie’ wordt aangegeven dat met het opleggen van een dergelijke sanctie gepoogd wordt een illegale *situatie* weer in overeenstemming met het recht te brengen: Hazewindus 1994, p. 16.

De vraag is echter of het wenselijk is om een – bezien naar het doel van de sanctie – reparatoire sanctie op basis van zijn ingrijpendheid onder het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM te plaatsen, als gevolg waarvan *alle* waarborgen uit dat artikel bij het opleggen van dergelijke sancties in acht dienen te worden genomen. Bovendien is het maar de vraag of het Hof het sanctiezwaarte-criterium op deze manier zal toepassen. Gezien het oorspronkelijk gebruik van dat criterium acht ik die kans klein.<sup>145</sup> Anderzijds lijkt het me wel wenselijk ingrijpende reparatoire sancties met meer rechtsbescherming te omkleden dan thans het geval is. Bröring stelt in zijn in oktober 2005 verschenen monografie omtrent de bestuurlijke boete dat een sanctiestelsel waarin ‘de rechtswaarborgen verschillen naar gelang van de mate van ingrijpendheid van de beslissing’ beter aansluit bij de belevingswereld van de burger.<sup>146</sup> Het onverkort vasthouden aan het huidige niveau van rechtsbescherming ten aanzien van de reparatoire sanctie is dan wellicht onverstandig. Daarmee sluit de juridische wereld de belevingswereld van de burger grotendeels uit, wat rechtsvervreemding in de hand kan werken.<sup>147</sup>

Er resten dan nog twee wegen om verdergaande rechtsbescherming voor ingrijpende reparatoire sancties te bepleiten.<sup>148</sup> Ten eerste zou op nationaal niveau de zwaarte van de sanctie een eigen plaats in het toetsingskader van de bestuurlijke sancties kunnen krijgen. Nadat op basis van de huidige nationale, dan wel de *criminal charge*-criteria het karakter van een sanctie als reparatoir of niet-*criminal* is vastgesteld, zou vervolgens nog apart de vraag naar de ingrijpendheid van de sanctie voor de persoon in kwestie kunnen worden gesteld. Deze ‘persoonlijke toets’ sluit aan bij de gevolgen die ik in ieder geval zou willen zien indien er sprake is van een ingrijpende reparatoire bestuurlijke sanctie: een volle evenredigheidstoets door de rechter en de intensieve rechterlijke controle van de feitenvaststelling en de bewijsvoering bij het opleggen van een ingrijpende bestuurlijke sanctie. Voor de tweede oplossing dient te worden bedacht dat vrijwel alle bestuursrechtelijke geschillen via het begrip *civil rights and obligations* onder het toepassingsbereik van artikel 6 lid 1 EVRM vallen.<sup>149</sup> De bestuurlijke sanctie die niet als *criminal charge* kan worden aangemerkt, zal meestentijds via de term *civil rights and obligations* de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM genieten. Mijn voorstel zou zijn dat het Hof wat betreft de intensiteit van de op grond daarvan van toepassing zijnde waarborgen gaat differentiëren naar de mate van ingrijpendheid van de bestuurlijke sanctie in kwestie. Dus naarmate een naar het doel bekeken reparatoire sanctie een meer ingrijpend karakter krijgt, zou het Hof de intensiteit van de bescherming van de in artikel 6 lid 1 EVRM neergelegde waarborgen dienen te verhogen. Op basis van

---

145. Wanneer een sanctie door het EHRM niet als *criminal* kan worden aangemerkt op basis van de twee eerder in de hoofdtekst genoemde criteria kan het sanctiezwaarte-criterium vaak alleen nog voor het etiket *criminal* zorgen in geval het een vrijheidsbenemende sanctie betreft, of een geldelijke sanctie die in een vrijheidsbenemende sanctie kan worden omgezet: Albers 2002, p. 102-110; Lenos 1998, p. 34-37 en Viering 1994, p. 166-175 en par. 3.1.1 van dit preadvies.

146. Bröring 2005, p. 41.

147. *Ibidem*.

148. Bij ingrijpende reparatoire sancties denk ik vooral aan hoge lasten onder dwangsom en de definitieve intrekking van een (verblijfs)vergunning. Waarbij het ten aanzien van het vreemdelingenrecht problematisch is dat naar de huidige stand van de jurisprudentie van het EHRM zaken met betrekking tot de toegang, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen niet onder het bereik van art. 6 EVRM vallen: EHRM 5 oktober 2000, zaaknr. 39652/98, JV 2000, 264 m.nt. Boeles, AB 2001, 80 m.nt. Battjes, NJCM-Bulletin 2001, p. 762-779 m.nt. Kuijer (Maaouia t. Frankrijk).

149. Jansen 2004, p. 10 en Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 384.



het aan artikel 6 lid 1 EVRM ontleende recht op *full jurisdiction* zou bij ingrijpende bestuurlijke sancties die geen *criminal charge* vormen toch een volle rechterlijke evenredigheidstoets en een intensiever rechterlijk onderzoek naar het recht én de feiten kunnen plaatsvinden. Het Hof zou een zo te noemen *civil rights and obligations* ‘plus’ rechtsbeschermingskader dienen te ontwikkelen.

### 4.3 Enkele korte (slot)opmerkingen over de uitwerking van beide voorstellen

In paragraaf 4.1 heb ik aangegeven dat ik het verdedigbaar acht om lichte bestuurlijke punitieve sancties uit te sluiten van de extra *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM. Aan het begin van de genoemde paragraaf heb ik aangegeven dat ik niet in zou gaan op de precieze grens tussen ‘lichte’ en ‘zware’ bestuurlijke punitieve sancties. Ik erken op deze plaats meteen dat mijn voorstel in die zin niet volledig is. De bedoelde grens is moeilijk in algemene zin vast te stellen. Introductie van het Europese sanctiezwaarte-criterium door middel van verdergaande toepassing van de Morel-beslissing (welke weg mijn voorkeur heeft boven de introductie van een nationaalrechtelijk sanctiezwaarte-criterium) zal zeker in de beginfase leiden tot meer casuïstische rechtspraak. Toch worden ook nu al in de wetgeving grenzen getrokken ten aanzien van de hoogte van bijvoorbeeld de bestuurlijke boete met betrekking tot de geldende waarborgen bij het opleggen van die boetes (zie artikel 5.4.2.6 vierde tranche Awb, zij het dat de bijzondere wetgever daarvan af kan wijken). Ik ga er dan ook vanuit dat het stellen van grenzen met de zich steeds verder ontwikkelende jurisprudentie mogelijk zal zijn.

De voorgestelde oplossing uit paragraaf 4.1 van dit preadvies verschilt van het genoemde VAR preadvies-voorstel van Blomberg, dat er vanuit gaat dat de begrippen punitief en *criminal charge* juist verder uit elkaar worden getrokken. ‘Lichte’ bestuurlijke sancties kunnen dan punitief heten, zonder dat zij tevens als *criminal charge* worden aangemerkt. Zij kunnen zo wel – zo is de gedachte – aan een ‘volle’ rechterlijke toets inzake de evenredigheid van de hoogte van de sanctie worden onderworpen, zonder dat met de waarborgen uit met name artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM rekening hoeft te worden gehouden. Ik acht het echter zuiverder om bepaalde ‘lichte’ bestuurlijke sancties die van de *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM uit worden gesloten ook niet punitief te noemen. Dit betekent niet dat er helemaal geen rechtsbescherming meer bestaat wanneer een dergelijke sanctie wordt opgelegd. Zo zal er ‘gewoon’ een marginale evenredigheidstoets dienen te worden uitgevoerd door de rechter en vallen de lichte bestuurlijke sancties via de noemer *civil rights and obligations* onder de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM, zoals deze nu ten aanzien van die sancties die een inbreuk vormen op die *civil rights and obligations* wordt geboden.

Over de uitwerking van de in paragraaf 4.2 behandelde vraag – of ten aanzien van ingrijpende reparatoire bestuurlijke sancties meer rechtsbescherming moet worden geboden – kan worden opgemerkt dat de waarborgen uit artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM buiten beeld zouden moeten blijven. Ik pleit er niet voor om naar hun aard reparatoire bestuurlijke sancties op basis van hun ingrijpendheid als *criminal charge* aan te

merken. De ingrijpendheid van een naar het oogmerk bekeken reparatoire sanctie kan mijns inziens wel nopen tot een rechterlijke volle evenredigheidstoets en een strenge rechterlijke controle op de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebesluit door het bestuur. In paragraaf 4.2 zijn twee mogelijke scenario's om daartoe te komen, behandeld. Een ingrijpendheidstoets door de nationale rechter, dan wel eenzelfde toets, maar dan uit te voeren door het EHRM. Daarbij heeft de weg via Straatsburg met de koppeling aan het begrip *civil rights and obligations* en een gedifferentieerde toepassing van de waarborgen in artikel 6 lid 1 EVRM – naarmate de ingrijpendheid van de bestuurlijke sanctie toeneemt – door het Hof mijn voorkeur. Zo wordt andermaal voorkomen dat de rechtsbescherming op nationaal niveau in negatieve zin afwijkt van de rechtsbescherming op Europees niveau. Net als invoering van een sanctiezwarte-criterium zal ook de invoering van een ingrijpendheidstoets tot meer casuïstische rechtspraak kunnen leiden. Hoewel het ook nu lastig zal zijn in zijn algemeenheid regels op te stellen omtrent de ingrijpendheid van een sanctie vormt dat mijns inziens geen reden om dan maar helemaal af te zien van het opnemen van een dergelijke toets. Ik pleit ook niet voor een volledige op de subjectieve leest geschoeide ingrijpendheidstoets, want ook hier moet het mogelijk zijn de ingrijpendheid van bepaalde sancties van te voren in meer algemene zin in te schatten. De vraag is uiteraard wel of het Hof bereid zal zijn de waarborgen in artikel 6 lid 1 EVRM gedifferentieerd toe te passen. Bovendien vallen wel veel, maar nog steeds niet alle bestuurlijke procedures onder het begrip *civil rights and obligations*,<sup>150</sup> wat wel een vereiste is om bijvoorbeeld de procedure met betrekking tot de intrekking van een verblijfsvergunning op basis van mijn voorstel met meer rechterlijke waarborgen te kunnen omkleeden. Hoewel niet het centrale thema van dit preadvies, hecht ik er waarde aan op deze plaats te benadrukken dat de uitsluiting van bepaalde bestuursrechtelijke geschillen van de bescherming van artikel 6 EVRM een anomalie is en zou moeten worden opgeheven. Dit betekent dat het vreemdelingenrecht, het ambtenarenrecht en het fiscale recht volledig onder het bereik van artikel 6 EVRM moeten gaan vallen. Dit sluit ook aan bij de in het kader van de in dit preadvies voorgestelde gedachte dat meer aandacht zou moeten worden besteed aan de ingrijpendheid van bestuurlijke sancties bij het bepalen van het vereiste rechtsbeschermingsniveau.

Hier zij tot slot nog opgemerkt dat de bestuurlijke sanctie die wegens het ontbreken van een bepaalde mate van ingrijpendheid niet als *criminal charge* wordt aangemerkt, ook niet onder het 'verzwaarde' regime van artikel 6 lid 1 EVRM dient te vallen. Dat zou immers alleen moeten gelden in zaken waarin sprake is van een zware inbreuk op de aan de orde zijnde belangen. Een lichte bestuurlijke boete kan wel worden aangemerkt als een inbreuk op iemands *civil rights and obligations*, maar zal onder het 'normale' – nu in gevallen van *civil rights and obligations* geldende – niveau aan rechtsbescherming op basis van het eerste lid van artikel 6 EVRM vallen.

---

150. Naast de vreemdelingrechtelijke procedure zijn ook geschillen inzake de rechtspositie van ambtenaren (die typisch publiekrechtelijke taken vervullen); politieke rechten als het kiesrecht en geschillen inzake de reguliere belastingheffing van de bescherming van art. 6 EVRM uitgesloten: Jansen 2004, p. 10 en Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 384. Zie hieromtrent kritisch: P. van Dijk, De toegang tot de rechter – een Straatsburgse springproccesie, NJCM-Bulletin 2003, p. 945-961.

Een schematische weergave van de voorstellen in paragraaf 3.1.1, 4.1 en 4.2 leidt tot het volgende overzicht:

<b>Soort bestuurlijke sanctie (begrippen conform voorstel hfdst. 3)</b>	<b>Niveau van rechtsbescherming</b>
bestuurlijke sanctie zonder ingrijpend karakter	artikel 6 lid 1 EVRM <i>civil rights and obligations</i>
niet- <i>criminal charge</i> met ingrijpend karakter	artikel 6 lid 1 EVRM <i>civil rights and obligations</i> 'plus' (volle toetsing evenredigheid, strengere eisen feitenvaststelling en bewijsvoering)
<i>criminal charge</i> (dus met voldoende ingrijpend karakter)	artikel 6 lid 1, 2 en 3 EVRM <i>criminal charge</i>



## 5 Conclusie

In dit preadvies heeft de bestuurlijke punitieve sanctie centraal gestaan. In hoofdstuk 2 is eerst ingegaan op de historie en opkomst van de bestuurlijke punitieve sanctie. De ontwikkeling van het bestuurlijke sanctierecht schrijdt nog steeds voort. Door middel van de vierde tranche Awb zal dit nu zeer verspreide rechtsgebied op procedureel gebied enigszins worden geüniformeerd. Nieuwe wetgeving ter invoering van met name de bestuurlijke boete blijft komen. Opvallend is dat – onder invloed van de ontwikkelingen op het terrein van het bestuursrecht – met het wetsvoorstel OM-afdoening ook in het strafrecht de gedachte dat alleen de strafrechter kan straffen, wordt losgelaten. Opgemerkt zij dat anno 2005 echter ook de eerste onderzoeken verschijnen waarin voorzichtig wordt getwijfeld aan het praktisch nut van de bestuurlijke boete.<sup>151</sup>

Hoofdstuk 3 van onderhavig preadvies besteedde aandacht aan de problematiek van de vaststelling van het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie. Het oogmerk-criterium dat nu het voornaamste criterium lijkt te zijn om vast te stellen of een bestuurlijke sanctie punitief van aard is, heeft niet mijn voorkeur. In paragraaf 3.1.1 is het voorstel gedaan om voor de invulling van het begrip punitief aansluiting te zoeken bij de criteria van het EHRM inzake het begrip *criminal charge* ex artikel 6 EVRM. Dit voorkomt dat de begrippen punitief en *criminal charge* uiteen gaan lopen. Aansluiting door de nationale rechter bij de jurisprudentie van het Hof komt de rechtseenheid en rechtszekerheid ten goede. Belangrijk is voorts dat het EHRM rekening kan houden met de zwaarte van een sanctie wanneer het onderzoekt of de sanctie mogelijk *criminal* van aard is. Dit sanctiezwaarte-criterium vormt een belangrijk hulpmiddel bij de bestrijding van met name de in paragraaf 4.1 van dit preadvies besproken problematiek.

Gedoeld wordt op de vraag of de rechtsbescherming ten aanzien van lichte bestuurlijke punitieve sancties niet te ver is doorgeschoten. In onderhavig preadvies is met name aandacht besteed aan de vraag of de werking van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM ten aanzien van dergelijke sancties dient te worden beperkt, en zo ja, hoe dit kan worden vorm gegeven. Wanneer men onder het begrip punitief verstaat: *criminal charge* en voor de invulling van het begrip punitief dus aansluiting zoekt bij de criteria van het EHRM inzake het *criminal charge*-begrip, dan kunnen ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties door middel van het sanctiezwaarte-criterium worden uitgesloten van de werking van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM. Het EHRM zou dan de weg die met de

---

151. Waarbij weer moet worden opgemerkt dat ook in het verleden, bijvoorbeeld door de commissie-Michiels in 1998, al werd gepleit voor enige terughoudendheid bij de invoering van de bestuurlijke boete, zie par. 2.1.2 van dit preadvies.

ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak Morel t. Frankrijk lijkt te zijn ingeslagen, moeten vervolgen. Op bestuurlijke sancties die op basis van hun niet ingrijpende karakter van het *criminal charge*-begrip worden uitgesloten, is wel de bescherming die artikel 6 lid 1 EVRM op 'civil rights and obligations-niveau' van toepassing waarmee wordt voorkomen dat het niveau van rechtsbescherming te minimaal wordt.

Artikel 6 lid 1 EVRM speelt ook een rol bij het bieden van mogelijkheden om ingrijpende, maar naar het doel bezien reparatoire bestuurlijke sancties een verdergaand niveau van rechtsbescherming te bieden. In paragraaf 4.2 is allereerst betoogd dat het niet wenselijk is naar het doel bekeken reparatoire sancties louter op basis van hun ingrijpendheid als *criminal charge* aan te merken. De gevolgen daarvan, namelijk de toepasselijkheid van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM zijn noch noodzakelijk, noch wenselijk. Wel is betoogd dat de ingrijpendheid van die bestuurlijke sancties een reden kan zijn om de waarborgen uit artikel 6 lid 1 EVRM via de band van de *civil rights and obligations* en een gedifferentieerde toepassing in bovengaande richting bij te stellen. Op basis van een gelijkheids criterium stel ik voor de rechtsbescherming ten aanzien van ingrijpende maar naar hun aard niet als *criminal charge* aan te merken bestuurlijke sancties omhoog bij te stellen.

# Stellingen

1. Om te bepalen of een sanctie punitief van aard is, dient de Nederlandse bestuursrechter aansluiting te zoeken bij de criteria van het EHRM waarmee laatstgenoemde bepaalt of het opleggen van een bestuurlijke sanctie een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM vormt. Het begrip punitief dient aldus te worden voorbehouden als vertaling van het begrip *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.
2. De ‘ingrijpendheid’ van een sanctie zou een grotere rol moeten spelen bij het bepalen van het vereiste niveau van rechtsbescherming ten aanzien van de desbetreffende sanctie.
3. ‘Lichte’ bestuurlijke punitieve sancties dienen te worden uitgesloten van de bescherming van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM en komen alleen in aanmerking voor de basale *civil rights and obligations*-rechtsbescherming uit artikel 6 lid 1 EVRM. Het EHRM moet hiertoe de Morel-jurisprudentie verder uitbouwen.
4. Ten aanzien van ingrijpende bestuurlijke sancties, die niet als *criminal charge* kunnen worden aangemerkt, dient een hoger niveau van rechtsbescherming te gelden dan het basale zoals dat thans op grond van artikel 6 lid 1 EVRM *civil rights and obligations* vereist is, zonder echter dat de leden 2 en 3 van deze bepaling van toepassing worden. Het Hof moet daartoe een gedifferentieerde uitleg geven aan de rechtsbeschermingsvereisten op grond van artikel 6 lid 1 EVRM *civil rights and obligations*.
5. Het toepassingsregime van artikel 6 EVRM dient te worden verruimd. Alle bestuursrechtelijke procedures dienen onder de bescherming van artikel 6 EVRM (*civil rights and obligations*) te vallen. De Nederlandse wetgever en waar mogelijk de rechter zouden daarvan in ieder geval moeten uitgaan.





# Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Albers 2001

C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?, NJB 2001, p. 1157-1162.

Albers 2002

C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Van Angeren 1971

J.A.M. van Angeren, De sanctionering van het administratieve recht, in: Geschriften VAR nr. LXVI, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971, p. 1-37.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7-113.

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, Vijftig jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000, speciaal nummer NJCM-Bulletin 2000, p. 327-408.

Belinfante 1957

A.D. Belinfante, Strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties, in: De verhouding van administratieve sancties en straffen (geschriften VAR nr. XXXVI), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1957, p. 7-44.

Blomberg 2004

A.B. Blomberg, Handhaven binnen EVRM-grenzen, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 115-191.

Bröring 2005

H.E. Bröring, De bestuurlijke boete, Deventer: Kluwer 2005.

Cie. Kortmann 1994

Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten: advies aan de minister van Justitie, Den Haag 1994.

- Cie. Korthals Altes 1995  
Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, Het recht ten uitvoer gelegd, Den Haag 1995.
- Cie. Michiels 1998  
Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Handhaven op niveau, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Corstens 1995  
G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht (rede KUN), Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Corstens 2000  
G.J.M. Corstens, Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb, NJB 2000, p. 1185-1190.
- Duk 1988  
W. Duk, Handhaving van het bestuursrecht, NTB 1988, p. 105-110.
- Van Duyne & Kwanten 2004  
P.C. van Duyne & C.H.N. Kwanten, Handhaven: eerst kiezen, dan doen. Deelrapport V: Juridische grenzen en mogelijkheden, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004.
- Van de Griend 2003  
B.J. van de Griend, Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering, Den Haag: Raad van State 2003.
- Hartmann 2004  
A.R. Hartmann, Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?, NJB 2004, p. 1068-1073.
- Hartmann 2005  
A.R. Hartmann, Strafbeschikking en de bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?, in: Justitiële verkenningen – Het straffende bestuur, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 84-96.
- Hartmann & Rogier 2004  
A.R. Hartmann & L.J.J. Rogier, Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb, NJB 2004, p. 1877-1882.
- Hartmann & Van Russen Groen 1998  
A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, Contouren van het bestuursstrafrecht (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
- Hazewindus 1994  
W.G.A. Hazewindus, Administratieve sancties en vreemdelingenrecht (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994.

- Jansen 2000  
O.J.D.M.L. Jansen, Punitief en evenredig? Jurisprudentiële ontwikkelingen bij punitieve sancties en het evenredigheidsbeginsel, JB-plus 2003, p. 38-49.
- Jansen 2004  
A.M.L. Jansen, Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2004, p. 5-108.
- Lawson & Schermers 1999  
R.A. Lawson & H.G. Schermers, Leading cases of the European Court of Human Rights, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
- Lenos 1998  
E.E.V. Lenos, Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.
- Mevis 2004  
P.A.M. Mevis, Strafbeschikking OM, WAHV en 'kleine ergernissen', DD 2004, p. 353-368.
- Mulder 1957  
A. Mulder, De verhouding van administratieve sancties en straffen, in: De verhouding van administratieve sancties en straffen (geschriften VAR nr. XXXVI), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1957, p. 45-85.
- Oostenbrink 1967  
J.J. Oostenbrink, Administratieve sancties (diss. Utrecht), Vuga 1967.
- Verhey & Verheij 2005  
L.M.F. Verhey & N. Verheij, De macht van de marktmeesters, in: Toezicht (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-1), Deventer: Kluwer 2005, p. 135-332.
- Viering 1994  
M.L.W.M. Viering, Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Wattel 1995  
P.J. Wattel, De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken, in: De reikwijdte van fundamentele rechten (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 177-221.
- Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005  
H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005.



# ‘Dubbel gestraft?’

## *Cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties met privaatrechtelijke sancties: een verkenning*

*Mr. S.K. Gabriël\**

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>57</b>
1.1	Cumulatie van bestuurlijke sancties met privaatrechtelijke sancties	58
1.2	Wat zijn privaatrechtelijke sancties?	59
1.3	Wat is certificering?	60
1.4	Verantwoording	63
1.5	Vraagstelling	64
1.6	Plan van aanpak	65
<b>2</b>	<b>Een praktijkvoorbeeld</b>	<b>67</b>
2.1	Regulering van de zeescheepvaart	67
2.2	Certificering van schepen	68
2.3	Klassenregels en klassencertificaten	69
2.4	Cumulatie van sancties in de zeescheepvaart	70
<b>3</b>	<b>Een vergelijking van systemen</b>	<b>71</b>
3.1	Sancties binnen het systeem van de bestuursrechtelijke handhaving	71
3.2	Sancties binnen het systeem van certificering	72
3.3	Vergelijking	73
<b>4</b>	<b>Een vergelijking van sancties</b>	<b>75</b>
4.1	Vergelijking juridische en feitelijke gevolgen	75
4.2	Vergelijking oogmerk	76
4.3	Vergelijking waarborgen	78
4.4	Samenvatting	78
<b>5</b>	<b>Cumulatie van sancties</b>	<b>79</b>
5.1	Randvoorwaarden aan cumulatie in het wetsvoorstel	79
5.2	Randvoorwaarden aan cumulatie voortvloeiend uit beginselen	81
5.3	Samenvatting	83

\* Sabine Gabriël is als docent en promovenda verbonden aan het departement Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Tilburg. Haar onderzoek ziet op de randvoorwaarden voor samenwerking tussen toezichthouders of opsporingsambtenaren en certificerende instellingen. Zij dankt dr. R.A.J. van Gestel, prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels en prof. mr. B.W.N. de Waard voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

<b>6</b>	<b>Cumulatie van bestuurlijke sancties en sancties bij certificering</b>	<b>85</b>
6.1	Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel	85
6.2	Toetsing aan het <i>ne bis in idem</i> -beginsel	86
6.3	Samenvatting	87
<b>7</b>	<b>Cumulatie van bestuurlijke en contractuele boeten?</b>	<b>89</b>
7.1	De contractuele boete ex artikel 6:91 BW	89
7.2	Cumulatie van bestuurlijke en contractuele boeten?	90
7.3	<i>Punitive damages</i>	91
<b>8</b>	<b>Conclusie</b>	<b>93</b>
	<b>Stellingen</b>	<b>95</b>

# 1 Inleiding

Dit jaar staat het thema bestuurlijke punitieve sancties centraal in de preadviezen voor de Jonge VAR. Sancties hebben als onderdeel van de rechtshandhaving de laatste jaren veel in de belangstelling gestaan.<sup>1</sup> Het reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw geconstateerde handhavingstekort heeft ertoe geleid dat het zwaartepunt in de sanctionering van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving steeds verder is verschoven van het strafrecht in de richting van het bestuursrecht.<sup>2</sup> De in het wetsvoorstel vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voorziene uitbreiding van hoofdstuk 5 met een regeling van de bestuurlijke boete vormt een nieuwe stap in deze ontwikkeling. De opkomst van steeds meer vormen van bestuurlijke sanctionering vormt de aanleiding voor het opnemen van bepalingen over cumulatie van sancties in de Awb.<sup>3</sup> Van cumulatie van sancties wordt gesproken wanneer voor dezelfde gedraging meerdere sancties worden opgelegd.<sup>4</sup> Cumulatie van sancties kan plaatsvinden binnen één rechtsgebied, bijvoorbeeld de combinatie van een bestuurlijke herstelsanctie met een bestuurlijke boete. Cumulatie van sancties kan echter ook rechtsgebiedoverstijgend zijn, bijvoorbeeld de combinatie van een bestuurlijke sanctie met een strafrechtelijke sanctie.

Aan cumulatie van sancties zijn juridische randvoorwaarden gesteld. Het meest bekende voorbeeld is het *ne bis in idem*-beginsel. Dit beginsel brengt met zich mee dat niemand twee keer vervolgd en bestraft mag worden voor hetzelfde feit. Voor het strafrecht is dit beginsel gecodificeerd in artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Het wetsvoorstel vierde tranche Awb voorziet in een bestuursrechtelijk equivalent van het *ne bis in idem*-beginsel in de vorm van een verbod op het twee keer opleggen van een bestuurlijke boete voor dezelfde overtreding (artikel 5.4.1.4) en een verbod op het opleggen van een bestuurlijke boete nadat voor dezelfde gedraging reeds een strafrechtelijke sanctie is opgelegd (artikel 5.4.1.5). Ook aan cumulatie van reparatoire sancties zijn randvoorwaarden gesteld. De Algemene wet bestuursrecht verbiedt nu reeds het gelijktijdig toepassen van bestuursdwang en een last onder

- 
1. Zie bijvoorbeeld Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, Het recht ten uitvoer gelegd, Ministerie van Justitie, Den Haag 1995 en Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijk handhaving, Handhaven op niveau, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
  2. Voor een meer uitgewerkte beschrijving van deze ontwikkeling verwijs ik naar het preadvies van F.M.J. den Houdijker.
  3. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 74.
  4. Cumulatie van sancties wordt in de literatuur ook vaker aangeduid als samenloop van sancties. In dit preadvies wordt de aanduiding cumulatie van sancties gebruikt. In de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb wordt van cumulatie van sancties gesproken wanneer op de overtreding van één bepaald voorschrift meer dan één sanctie is gesteld. Cumulatie van sancties wordt hierbij onderscheiden van de samenloop van gedragsvoorschriften welke zich voordoet indien door één gedraging twee of meer voorschriften worden overtreden (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 88).

dwangsom (artikel 5:31 en 5:36 Awb). Dit verbod wordt in het wetsvoorstel gehandhaafd (artikel 5.0.6).<sup>5</sup>

## 1.1 Cumulatie van bestuurlijke sancties met privaatrechtelijke sancties

In de Awb zijn echter geen randvoorwaarden gesteld aan cumulatie van bestuurlijke sancties met privaatrechtelijke sancties. Bij de totstandkoming van de vierde tranche is wel overwogen of hiervoor een regeling moest worden getroffen. Daarvan is echter afgezien, omdat het voor de wetgever naar eigen zeggen niet helemaal duidelijk was wat onder privaatrechtelijke sancties moet worden verstaan. In de memorie van toelichting wordt melding gemaakt van een viertal voorbeelden van privaatrechtelijke sancties die een rol kunnen spelen bij de handhaving van het bestuursrecht:

1. De handhaving van het bestuursrecht door middel van het tuchtrecht.<sup>6</sup> Hiervan wordt gesteld dat vraagstukken van cumulatie in die context vooral de verhouding tussen het strafrecht en het tuchtrecht betreffen en daarom niet voor regeling in de Awb in aanmerking komen.
2. De handhaving van het bestuursrecht door middel van bepalingen inhoudende dat bedingen in strijd met bestuursrechtelijke wetgeving nietig zijn.<sup>7</sup> Hiervan wordt gesteld dat dit een materie is die zich naar zijn aard niet voor een algemene regeling leent.
3. De handhaving van het bestuursrecht door middel van civielrechtelijke handhaving door de overheid. Hiervan wordt, in navolging van de commissie-Michiels,<sup>8</sup> gesteld dat naar geldend recht hiervoor slechts in beperkte mate ruimte bestaat en dat hieraan ook nauwelijks behoefte bestaat.
4. De handhaving van het bestuursrecht door middel van contractuele boeten. Hiervan wordt gesteld dat het door de overheid bedingen van een bestuurlijke boete in een bestuursrechtelijke context in de meeste gevallen zal afstuiten op het legaliteitsbeginsel<sup>9</sup> of op de doorkruisingsleer van de Hoge Raad.<sup>10</sup>

Op basis van deze opsomming wordt geconcludeerd dat de rol van privaatrechtelijke sancties bij de handhaving van het bestuursrecht zodanig beperkt is dat er geen reden is daarvoor thans een regeling te treffen in de Awb of in een andere wet.<sup>11</sup> Deze terughoudende opstelling van de wetgever staat niet op zichzelf. Terwijl cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties en strafrechtelijke sancties de afgelopen jaren veel in de

---

5. Belangrijk verschil met het *ne bis in idem*-beginsel is dat hierbij het *volgtijdelijk* opleggen van meerdere sancties voor dezelfde overtreding wordt verboden, terwijl bij cumulatie van herstelsancties het *gelijktijdig* toepassen van meerdere herstelsancties voor dezelfde overtreding wordt verboden.

6. Als voorbeeld worden genoemd de tuchtrechtelijke voorschriften door organen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en de tuchtrechtelijke voorschriften inzake vrije en medische beroepen.

7. Als voorbeeld worden genoemd art. 23 Colportagewet en art. 4:4 Arbeidstijdenwet.

8. Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijk handhaving, Handhaven op niveau, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1998.

9. Hierbij wordt verwezen naar ARRvS 4 november 1993, AB 1994, 182.

10. HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill).

11. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 75.



belangstelling heeft gestaan, heeft cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties weinig aandacht gekregen. In dit preadvies wil ik beargumenteren dat de invloed van privaatrechtelijke sancties bij de handhaving van het bestuursrecht verder reikt dan de in de memorie van toelichting gegeven voorbeelden. Een verkenning van de randvoorwaarden voor cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties is derhalve zinvol. Door middel van dit preadvies geef ik de aanzet tot verdere discussie. Eerst wordt echter een nadere invulling gegeven aan het begrip privaatrechtelijke sancties.

## 1.2 Wat zijn privaatrechtelijke sancties?

Sancties spelen een rol in het strafrecht, het bestuursrecht en het privaatrecht. Met het oog op het belang van sancties als sluitstuk van de handhaving, maar meer nog vanwege de vaak vergaande inbreuk die een sanctie pleegt op subjectieve rechten van burgers, is het op zijn minst gezegd opmerkelijk dat het begrip lange tijd niet door de wetgever is ingekaderd. Noch het Burgerlijk Wetboek, noch het Wetboek van Strafvordering, noch de Algemene wet bestuursrecht bevatten vooralsnog een definitie. De vierde tranche van de Awb zal hierin verandering brengen met een definitie van de begrippen bestuurlijke sanctie, herstelsanctie en bestraffende sanctie (artikel 5.0.2), maar deze definities zijn – begrijpelijkerwijs gezien de vindplaats – sterk bestuursrechtelijk getint. Voor de formulering van een meer algemene definitie van het begrip sanctie grijp ik terug op de inaugurele rede van Duk uit 1973, waarin hij sancties – overigens naar eigen zeggen zonder de pretentie van definiëring – omschrijft als: ‘door het recht geregelde (althans toegelaten, of geboden) reacties op – dan wel van rechtswege intredende gevolgen van – onrechtmatig gedrag, voor zover de overtreder daardoor in zijn belangen wordt getroffen’.<sup>12</sup>

Onder deze definitie kunnen ook privaatrechtelijke sancties worden geschaard. In het Algemeen deel van *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* uit 1974 omschrijft Scholten sancties als: ‘regelingen van het rechtsgevolg van overtreding van rechtsnorm of niet-nakoming van een belofte’. Als voorbeelden noemt hij de vernietiging en ontbinding van overeenkomsten, de vrijwaring, de executie en de inkorting in het erfrecht.<sup>13</sup> Zoals blijkt uit de door Scholten gegeven voorbeelden wordt bij privaatrechtelijke sancties meestal gedacht aan de in het Burgerlijk Wetboek (BW) geregelde sancties. Het meest bekende voorbeeld is wellicht de veroordeling tot het vergoeden van schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Maar ook de in artikel 3:296 BW geregelde bevoegdheid om nakoming van een overeenkomst te vorderen en de in artikel 6:265 BW geregelde bevoegdheid tot ontbinding van een overeenkomst worden beschouwd als een privaatrechtelijke vorm van sanctionering.<sup>14</sup> Naast deze wettelijk geregelde privaatrechtelijke sancties kunnen privaatrechtelijke sancties ook contractueel worden overeengekomen.

---

12. W. Duk, Tanden van het recht, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 11.

13. P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 25.

14. Bijvoorbeeld C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 10-14.

Het staat partijen in het civiele verkeer immers vrij om een overeenkomst te sluiten. Deze overeenkomst kan mede een regeling van onder bepaalde voorwaarden op te leggen sancties bevatten. Zolang deze sancties niet in strijd komen met de openbare orde of de goede zeden is daar niets op tegen (artikel 3:40 BW). Een bijzondere plaats wordt hierbij ingenomen door het in artikel 6:91 BW geregelde boetebeding dat door partijen kan worden overeengekomen en waarin kan worden bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of andere prestatie te voldoen.

Aan het slot van dit preadvies wordt aandacht besteed aan de cumulatie van een contractuele boete met een bestuurlijke boete. Primair staat echter een andere vorm van privaatrechtelijke sanctionering centraal, namelijk privaatrechtelijke sancties die worden overeengekomen in de overeenkomst van opdracht die wordt aangeduid als certificering.<sup>15</sup> De nadruk ligt daarbij op cumulatie van de schorsing of intrekking van een certificaat met de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking. Alvorens over te gaan tot een nadere afbakening en verantwoording van het thema is het noodzakelijk om een korte beschrijving te geven van het verschijnsel certificering.

### 1.3 Wat is certificering?

Certificering is een vorm van dienstverlening, waarbij een onafhankelijke, deskundige en betrouwbare instelling periodiek controleert of een product, systeem of persoon voldoet aan vooraf vastgestelde normen.<sup>16</sup> Deze normen worden vastgesteld door een normalisatie-instelling<sup>17</sup> of door een college van deskundigen van de certificerende instelling.<sup>18</sup> Wanneer aan de gestelde normen wordt voldaan wordt aan de aanvrager een certificaat verleend. Certificaten hebben een waarde in het handelsverkeer, omdat de certificaathouder zich door middel van het certificaat positief kan onderscheiden op de markt ten opzichte van niet gecertificeerde partijen. Het certificaat biedt namelijk aan consumenten vertrouwen dat aan een bepaald kwaliteitsniveau wordt voldaan. Een bekend voorbeeld is de ISO-certificering van kwaliteitsmanagement- en milieuzorgsystemen. Certificering wordt in de meeste gevallen op commerciële basis verricht door privaatrechtelijke instellingen die in onderlinge concurrentie opereren.

Op internationaal niveau zijn eisen met betrekking tot onder meer de deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van certificerende instellingen vastgelegd.

---

15. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (art. 7:400 BW).

16. Voor vergelijkbare, maar enigszins anders geformuleerde definities van certificering zie het MDW-rapport Normalisatie en certificatie uit 1996 of G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 22.

17. Er bestaan nationale, Europese en internationale normalisatie-instellingen. De bekendste nationale normalisatie-instelling is het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN). Een bekende internationale normalisatie-instelling is de International Organization for Standardization (ISO).

18. Een certificerende instelling beschikt voor elk terrein van certificering over een College van Deskundigen (CvD), waarin alle bij de certificering betrokken partijen vertegenwoordigd moeten zijn. Het komt ook voor dat een CvD voor meerdere certificerende instellingen optreedt als Centraal College van Deskundigen (CCvD). Voor meer informatie zie Evers 2002, p. 102-105.

Deze eisen hebben zowel betrekking op de organisatie van de certificerende instellingen als op de door hen gehanteerde procedures.<sup>19</sup> In Nederland kunnen certificerende instellingen zich op basis van deze normen laten accrediteren door de Raad voor Accreditatie (RvA).<sup>20</sup> De RvA waarborgt bij accreditatie dat de certificerende instelling aan een bepaald kwaliteitsniveau voldoet door periodiek te controleren. De werkwijze die de RvA hierbij hanteert kan worden vergeleken met het proces van certificering. Accreditatie kan daarom worden beschouwd als de certificering van certificerende instellingen.

Kenmerk van certificering is dat er een periodieke herbeoordeling plaatsvindt, waarbij wordt beoordeeld of een product, systeem of persoon (nog) aan de gestelde normen voldoet. Deze beoordeling wordt aangeduid met de term conformiteits-beoordeling. De wijze van uitvoering en de frequentie van deze beoordelingen is vastgelegd in het tussen de certificerende instelling en de certificaathouders overeengekomen certificatieschema of -reglement.<sup>21</sup> De beoordelingen omvatten meestal een document- en een praktijkonderzoek en komen voor rekening van de certificaathouder. Het documentonderzoek dient om vast te stellen of op papier aan de gestelde eisen wordt voldaan. Het praktijkonderzoek kan, afhankelijk van de vorm van certificering, bestaan uit laboratoriumtesten, inspecties, audits en/of examens.<sup>22</sup> Indien bij de conformiteitsbeoordeling een afwijking van de norm wordt geconstateerd, kan de certificerende instelling bepaalde maatregelen opleggen. De meest gangbare maatregelen zijn de opdracht tot herstel, het uitvoeren van een herbeoordeling (voor rekening van de certificaathouder!), een verzwaaard controleregime en als ultimatum remedium de schorsing of intrekking van het certificaat.

In het publieke domein worden steeds vaker rechtsgevolgen verbonden aan door certificerende instellingen uitgevoerde conformiteitsbeoordelingen en aan de eventueel daarop volgende sancties, zoals de schorsing of intrekking van een certificaat. Deze ontwikkeling past in de rijksbrede tendens om meer verantwoordelijkheid te leggen bij burgers en bedrijven door zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij systemen van zelfregulering en zelfcontrole.<sup>23</sup> In 2003 is een kabinetsstandpunt uitgebracht over de toepassing van certificering en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid.<sup>24</sup> Hierin wordt geconcludeerd dat de overheid ook in de toekomst gebruik wil blijven maken van de private certificatie- en accreditatie-infrastructuur voor de behartiging van publieke belangen. In het kabinetsstandpunt worden drie varianten van certificering onderscheiden:

1. Binnen de *zelfreguleringsvariant* heeft certificering geen directe relatie met wetgeving en zijn aan het bezit van het certificaat geen rechtsgevolgen verbonden. De certificering heeft uitsluitend tot doel dat partijen zich door middel van het certi-

---

19. Door de Raad van Accreditatie worden de Europese normen voor productcertificatie (NEN-EN 45011), systeemcertificatie (NEN-EN 45012) en persoonscertificatie (NEN-EN 45013) gehanteerd. Voor meer informatie zie Evers 2002, p. 96-101.

20. Het betreft een privaatrechtelijke stichting waarin alle partijen die belang hebben bij accreditatie zijn vertegenwoordigd. Voor meer informatie zie Evers 2002, p. 29-30; p. 109-111.

21. In dit preadvies verder aangeduid met de term certificatieschema.

22. Evers 2002, p. 22-23.

23. Zie onder meer het Hoofdlijnenakkoord voor het kabinet CDA, VVD en D66 'Meedoen, meer werk, minder regels' (2003), het rapport 'Vreemde ogen' en de overige rapporten van het programma 'Bruikbare rechtsorde'.

24. Kamerstukken II 2003/04, 29 304, nr. 1.

ficaat op de markt kunnen onderscheiden van hun concurrenten. Een voorbeeld vormt de certificering van bosbeheer ten behoeve van de productie van duurzaam geproduceerd hout (FSC-keurmerk).

2. Binnen de *toezichtsondersteuningsvariant* bestaat er wel een relatie tussen de certificatieregeling en een wettelijke norm. Het certificaat vormt een indicatie dat een bedrijf zich inzet om tegemoet te komen aan wettelijke regels. Deelname aan de certificatieregeling is echter vrijwillig en aan het bezit van een certificaat zijn geen rechtsgevolgen verbonden. Wel kan bij het nalevingstoezicht rekening worden gehouden met het bezit van een certificaat, bijvoorbeeld door gecertificeerde bedrijven minder frequent of op een andere wijze te controleren. Een voorbeeld vormt de ISO 14001 en EMAS-certificering van bedrijfsinterne milieuzorgsystemen, waarbij het bezit van een certificaat in combinatie met een goed nalevingsgedrag aanleiding kan vormen voor een andere vorm van vergunningverlening en nalevingstoezicht.<sup>25</sup>
3. Binnen de *toelatingsvariant* maakt het certificaat deel uit van een wettelijke regeling. Binnen deze variant wordt onderscheid gemaakt tussen de voorwaardelijke en onvoorwaardelijke variant. Binnen de voorwaardelijke variant levert het bezit van een certificaat een voorwaardelijk bewijsvermoeden op dat het object van certificering voldoet aan de wettelijke eisen. Het nalevingstoezicht is in deze variant tevens gericht op het voldoen aan de certificatie-eisen. Een voorbeeld vormen de erkende kwaliteitsverklaringen onder het Bouwstoffenbesluit.<sup>26</sup> Binnen de onvoorwaardelijke variant levert het bezit van een certificaat een onvoorwaardelijk bewijs op dat het object van certificering voldoet aan de wettelijke eisen. Het nalevingstoezicht is in deze variant slechts gericht op het bezit van het certificaat. Deze vorm van certificering komt veel voor in de vorm van persooncertificering, bijvoorbeeld de certificering van de vakbekwaamheid van kraanmachinisten.<sup>27</sup>

Het in het kabinetsstandpunt aangegeven onderscheid tussen de voorwaardelijke en onvoorwaardelijke variant ziet vooral op de wijze waarop door de overheid in aanvulling op het systeem van certificering nog nalevingstoezicht wordt uitgeoefend. Voor dit preadvies is echter belangrijker in hoeverre er naast het bezit van het certificaat nog andere mogelijkheden bestaan om aan te tonen dat aan de wettelijke eisen wordt voldaan. Wanneer er naast het bezit van het certificaat geen andere mogelijkheden zijn om aan te tonen dat aan de wettelijke eisen wordt voldaan, wordt gesproken van verplichte certificering. Van vrijwillige certificering wordt gesproken wanneer er naast het bezit van het certificaat nog andere mogelijkheden bestaan om aan te tonen dat aan de wettelijke eisen wordt voldaan. Binnen de onvoorwaardelijke toelatingsvariant

---

25. Zie onder bijvoorbeeld R.A.J. van Gestel, Self-Regulation and Environmental Law, *Electronic Journal of Comparative Law* (9) 2005-1 en De Minister van VROM en de Staatssecretaris van V&W, *Circulaire Vergunning op hoofdzaken en vergunning op maat*, 3 juni 1999.

26. Zie bijvoorbeeld G.J.M. Evers, *Kanttekeningen bij het gebruik van productcertificatie in relatie tot de handhaving van bouwvoorschriften*, *Bouwrecht* 2003, p. 935-945.

27. Kamerstukken II 2003/04, 29 304, nr. 1, p. 20-22. Zie ook Ph. Eijlander, G. Evers & R. van Gestel, *De inkadering van certificatie en accreditatie in beleid en wetgeving. Een onderzoek in opdracht van het ministerie van Economische Zaken*, Universiteit van Tilburg, april 2003, p. 48-56. In dit onderzoek wordt de voorwaardelijke toelatingsvariant aangeduid als toelatingsvariant en de onvoorwaardelijke toelatingsvariant als erkenningsvariant.

zal meestal sprake zijn van verplichte certificering. Binnen de voorwaardelijke toelatingsvariant zal daarentegen vaker sprake zijn van vrijwillige certificering.<sup>28</sup>

## 1.4 Verantwoording

De nadruk in het kabinetsstandpunt ligt op de randvoorwaarden voor het gebruik van certificering in het kader van overheidsbeleid en wetgeving, waarbij wordt gepleit voor een beter doordachte afstemming tussen het doel waarvoor certificering wordt toegepast en de bestuurlijk-juridische inbedding. De afstemming tussen bestuurlijke sancties en sancties in de sfeer van certificering komt in het kabinetsstandpunt niet expliciet aan de orde. Wel wordt nadrukkelijk gesteld dat het bestaan van een systeem van certificering de overheid niet vrijwaart van de verplichting om te zorgen voor een passende infrastructuur voor nalevingstoezicht, opsporing en vervolging.<sup>29</sup>

Een belangrijk verschil tussen de handhaving van wettelijke voorschriften en certificering is dat wettelijke regelingen in beginsel algemeen verbindend zijn, terwijl een certificatieschema uitsluitend gelding heeft voor personen of instellingen die zich contractueel aan dit schema hebben gebonden en derhalve een meer vrijwillig karakter heeft. Dit verschil wordt echter in de praktijk opgeheven, wanneer het certificaat deel uitmaakt van een wettelijke regeling, zoals het geval is onder de toelatingsvariant. Door de steeds verdergaande inkadering van certificering binnen wetgeving dringen ook sancties in het kader van certificering, zoals de schorsing of intrekking van een certificaat, door in het publieke domein. Deze ontwikkeling roept de vraag op of het nog wel verdedigbaar is dat in de vierde tranche van de Awb wel randvoorwaarden worden gesteld aan cumulatie van bestuurlijke sancties en strafrechtelijke sancties, terwijl geen randvoorwaarden worden gesteld aan cumulatie van bestuurlijke sancties en sancties in de sfeer van certificering.<sup>30</sup> Daarom wordt in dit preadvies onderzocht in hoeverre er randvoorwaarden zouden moeten worden gesteld aan deze vorm van cumulatie. Daarnaast wordt aandacht besteed aan cumulatie van bestuurlijke boeten en contractuele boeten.

De vraag naar de toelaatbaarheid van cumulatie van sancties wordt in dit preadvies overigens ruim geïnterpreteerd. Bij een beperkte invulling van deze vraag wordt alleen van cumulatie van sancties gesproken wanneer op de overtreding van één bepaald voorschrift meerdere sancties zijn gesteld. Dit is de invulling die wordt gegeven aan cumulatie van sancties in de memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb.<sup>31</sup> Mijns inziens kan ook worden gesproken van cumulatie van sancties wanneer binnen een samenhangend regelgevingscomplex meerdere sancties worden opgelegd voor gedragingen die, al kunnen deze worden gekwalificeerd als meerdere overtredingen, zodanig nauw met elkaar samenhangen dat deze in hun onderlinge samenhang dienen

---

28. Zie ook Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 48-56.

29. Kamerstukken II 2003/04, 29 304, nr. 1, p. 16-17.

30. De (overigens interessante) vraag of, hoe en onder welke voorwaarden certificering kan worden ingebed in wetgeving laat ik in dit preadvies buiten beschouwing. Zie hierover Evers 2002 en het al eerder aangehaalde kabinetsstandpunt 'Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid' (Kamerstukken II 2003/04, 29 304, nr. 1).

31. Zie Kamerstukken 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 88.

te worden beoordeeld.<sup>32</sup> Naar mijn mening kan bovendien zowel de gelijktijdige als de volgtijdelijke oplegging van sancties onder de problematiek van cumulatie van sancties worden geschaard.

## 1.5 Vraagstelling

In dit preadvies staat de cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties en privaatrechtelijke sancties centraal. De bespreking van dit thema vindt plaats aan de hand van een viertal vragen.

De eerste vraag luidt: *Hoe verhouden bestuurlijke punitieve sancties, in het bijzonder de punitieve schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking, zich tot sancties in de sfeer van certificering, in het bijzonder de schorsing of intrekking van een certificaat?*

Een verkenning van de randvoorwaarden aan cumulatie van bestuurlijke sancties en sancties in de sfeer van certificering vergt een analyse van de overeenkomsten en verschillen tussen beide sanctiesystemen. De keuze om hierbij de nadruk te leggen op de vergelijking van de punitieve schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking met de schorsing of intrekking van een certificaat is ingegeven door mijn veronderstelling dat de schorsing of intrekking van een certificaat de meeste gelijkenissen vertoont met bestuurlijke punitieve sancties, met name met de punitieve schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking.<sup>33</sup>

Na de analyse van de verhouding tussen bestuurlijke sancties en sancties in de sfeer van certificering volgt een analyse van de gedachten die ten grondslag liggen aan de randvoorwaarden die worden gesteld aan cumulatie van sancties. De tweede vraag luidt derhalve: *Welke randvoorwaarden worden gesteld aan cumulatie van sancties en welke gedachten liggen aan deze randvoorwaarden ten grondslag?*

De beantwoording van de eerste twee vragen dient als opmaat voor de beantwoording van de derde vraag. Deze ziet op de toelaatbaarheid van cumulatie van een punitieve schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking met de schorsing of intrekking van een certificaat. De derde vraag luidt: *In hoeverre en onder welke juridische randvoorwaarden is cumulatie van een punitieve schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking met een schorsing of intrekking van een certificaat mogelijk?*

Aangezien het blikveld op het onderwerp wordt verruimd door meer vormen van cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties met privaatrechtelijke sancties onder de loep te nemen, wordt aan het slot van dit preadvies ook de toelaatbaarheid van cumulatie van de bestuurlijke boete met de contractuele boete ex artikel 6:91 BW bestudeerd. De vierde vraag luidt daarom: *In hoeverre en onder welke juridische randvoorwaarden is cumulatie van een bestuurlijke boete met een contractuele boete ex artikel 6:91 BW mogelijk?*

Ik ben me ervan bewust dat met de beantwoording van deze vragen geen sluitend antwoord wordt gegeven op de vraag in hoeverre randvoorwaarden moeten worden

---

32. Hierbij zoek ik aansluiting bij de genuanceerde uitleg die de Hoge Raad geeft aan het feitsbegrip van art. 68 Sr, met name in HR 2 november 1999, NJ 2000, 174 (Tjoelker). Zie ook H.G.M. Krabbe, De ne bis in idem-regel bij bestuurlijke boetes in het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht: 'dezelfde gedraging', NTB 2004, p. 10-15.

33. In het vervolg van dit preadvies zal overigens blijken dat het bij de intrekking van een begunstigende beschikking niet gemakkelijk is om een onderscheid aan te brengen tussen een punitieve intrekking en een reparatoire intrekking.

gesteld aan cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties en privaatrechtelijke sancties. De beantwoording van deze vragen vormt mijns inziens echter voldoende aanzet tot verdere gedachtevorming over dit onderwerp.

## **1.6 Plan van aanpak**

In paragraaf 2 wordt het thema van dit preadvies toegelicht aan de hand van een praktijkvoorbeeld. In paragraaf 3 wordt geanalyseerd hoe sancties binnen het systeem van de bestuursrechtelijke handhaving zich verhouden tot sancties binnen het systeem van certificering. In paragraaf 4 wordt deze vergelijking toegespitst op de punitieve schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking met de schorsing of intrekking van een certificaat. In paragraaf 5 worden de in de Awb opgenomen en in het wetsvoorstel vierde tranche Awb voorgestelde randvoorwaarden aan cumulatie van sancties geanalyseerd, alsmede de randvoorwaarden die voortvloeien uit beginselen. In paragraaf 6 wordt onderzocht in hoeverre deze randvoorwaarden toepassing kunnen vinden bij cumulatie van de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking met de schorsing of intrekking van een certificaat. In paragraaf 7 wordt onderzocht in hoeverre deze randvoorwaarden toepassing kunnen vinden in geval van cumulatie van een bestuurlijke boete met een contractuele boete ex artikel 6:91 BW. Ten slotte wordt het preadvies in paragraaf 8 afgesloten met een conclusie.





## 2 Een praktijkvoorbeeld

Een nadere toelichting op het centrale thema van dit preadvies vindt plaats aan de hand van een praktijkvoorbeeld. Dit praktijkvoorbeeld betreft de handhaving en sanctionering op het terrein van de zeescheepvaart.<sup>34</sup> Voor dit voorbeeld is gekozen, omdat hier cumulatie tussen de intrekking van een begunstigende beschikking en een certificaat reëel is.

### 2.1 Regulering van de zeescheepvaart

De zeescheepvaart is naar haar aard internationaal georiënteerd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de regulering van de zeescheepvaart sterk wordt beïnvloed door de internationale en Europese context. Internationale verdragen, zoals het SOLAS-verdrag,<sup>35</sup> maar ook Europese regelgeving drukken hun stempel op de nationale regelgeving. Op nationaal niveau staat de Schepenwet centraal. Deze wet is van toepassing op alle zeeschepen die varen onder Nederlandse vlag en richt zich op de technische en operationele veiligheid van deze schepen. De Schepenwet is uitgewerkt in het Schepenbesluit 2004. Naast de Schepenwet bestaat een veelheid aan regelgeving op het gebied van milieu, veiligheid en arbeidsomstandigheden. Deze regelgeving laat ik in dit preadvies echter buiten beschouwing.

Bij het toezicht op de zeescheepvaart wordt onderscheid gemaakt tussen zogenoemde vlaggestaatcontrole en havenstaatcontrole. Vlaggestaatcontrole betreft de controle door of namens de Nederlandse autoriteiten op schepen die varen onder Nederlandse vlag (waar ook ter wereld). Daarnaast worden buitenlandse schepen gecontroleerd die een Nederlandse haven aandoen. Deze vorm van controle vindt ook in andere landen plaats en staat bekend als havenstaatcontrole. De havenstaatcontroles zijn gebaseerd op een afspraak van de belangrijkste zeevarende naties uit 1982 om 25 procent van de buitenlandse schepen die een zeehaven aandoen te controleren. Deze afspraak is neergelegd in het Paris Memorandum of Understanding (Paris-MOU) en verwerkt in richtlijn 95/21/EG en in Nederland in de Wet havenstaatcontrole.<sup>36</sup> Voor het praktijkvoorbeeld beperk ik mij echter tot de vlaggestaatcontroles op basis van de Schepenwet.

---

34. Deze thematiek is reeds eerder door mijn collega R. van Gestel en mijzelf besproken, zij het vanuit een andere invalshoek. Zie S. Breukers & R. van Gestel, Grote klasse. Kansen en risico's bij het toezicht op de zeescheepvaart, Bestuurskunde 2004, p. 223-232.

35. De afkorting SOLAS staat voor Safety of Life at Sea. Het SOLAS-verdrag (1974) is het belangrijkste verdrag op het gebied van de veiligheid van de International Maritime Organization (IMO), een agentschap van de Verenigde Naties.

36. Voor meer informatie zie [www.parismou.org](http://www.parismou.org).

## 2.2 Certificering van schepen

Zeeschepen moeten over diverse certificaten op het terrein van de technische en operationele veiligheid beschikken om te mogen varen (artikel 3 Schepenwet). De benaming certificaat is in dit kader verwarrend. Het betreft hier niet één van de in paragraaf 1.3 beschreven vormen van certificering. De certificaten worden verleend op basis van de Schepenwet en zijn derhalve publiekrechtelijk van aard. De certificaten kunnen derhalve worden aangemerkt als een vergunning. Door de verlening van de certificaten wordt namelijk iets toegestaan dat anders verboden is, namelijk het uitvaren met een schip.<sup>37</sup> Aangezien de certificaten een geldigheidsduur hebben van maximaal vijf jaar (artikel 29 Schepenbesluit 2004), betreft het een tijdelijke vergunning. Opvallend is dat het proces van verlening en verlenging van certificaten op basis van de Schepenwet veel gelijkenis vertoont met de in paragraaf 1.3 besproken vormen van certificering. Deze gelijkenis zit met name in de wijze van (tijdelijke) vergunningverlening, waarbij het schip ook gedurende de looptijd van de vergunning periodiek aan onderzoeken wordt onderworpen.<sup>38</sup> De periodiciteit van deze onderzoeken is sinds de invoering van het *Harmonized System of Survey and Certification (HSSC)*<sup>39</sup> internationaal geharmoniseerd om te voorkomen dat een schip voor de verschillende certificaten op verschillende tijdstippen naar het dok moet. Na afloop van de geldigheidsduur van een certificaat moet het schip aan een hernieuwd onderzoek worden onderworpen, op grond waarvan wordt beoordeeld of het certificaat wordt vernieuwd. In het Schepenbesluit 2004 zijn de eisen voor het verkrijgen van een certificaat, de daartoe benodigde onderzoeken en de geldigheidsduur van de certificaten vastgelegd. Welke certificaten nodig zijn, is afhankelijk van het type schip. Voor schepen waarop internationale verdragen van toepassing zijn (de zgn. conventieschepen) is door gebruik te maken van dynamische verwijzingen zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij internationale verdragen.<sup>40</sup> De afgifte van de voor een schip benodigde certificaten is opgedragen aan het Hoofd van de Scheepvaartinspectie (artikel 6 Schepenwet). De Scheepvaartinspectie is onder de naam divisie Scheepvaart opgegaan in de Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW).

Het merendeel van de met de certificering van schepen verband houdende onderzoeken is in Nederland, maar ook in veel andere landen, uitbesteed aan zogenoemde klassenbureaus. Dit zijn internationaal opererende, privaatrechtelijke ondernemingen die van oudsher technische inspecties uitvoeren om de zeewaardigheid van schepen vast te stellen voor verzekeraars.<sup>41</sup> De betrokkenheid van de klassenbureaus bij de vlag-

---

37. Vgl. H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005, p. 190.

38. Zie art. 4 t/m 35 van het Schepenbesluit 2004.

39. Zie de op 11 november 1988 tot stand gekomen Protocollen van 1988 bij het Uitwateringsverdrag (Trb. 1989, 134) en het SOLAS-verdrag (Trb. 1989, 135).

40. Het systeem van dynamische verwijzing wordt ook soms toegepast wanneer in wetgeving wordt verwezen naar normalisatienormen. Een voorbeeld hiervan vormt de verwijzing naar de zogenoemde NEN-normen in het Bouwbesluit. Over de publiekrechtelijke status van normalisatie-normen bij dynamische verwijzing bestaat overigens geen overeenstemming. Zie M.H. Elferink, Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen, Deventer: Kluwer 1998 en G.J.M. Evers, Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift, NJB 1999, p. 1814.

41. Klassenbureaus worden ook wel aangeduid als classificatiebureaus (classification societies). Bekende klassenbureaus zijn bijvoorbeeld Lloyd's Register en Bureau Veritas.

gestaatcontroles is onder meer ingegeven door de internationale context. De klassenbureaus beschikken namelijk over een wereldwijd netwerk van inspecteurs, waardoor schepen overal ter wereld tijdig aan controles kunnen worden onderworpen, terwijl anders voortdurend overheidsinspecteurs moeten worden ingevlogen. Internationale verdragen, zoals het SOLAS-verdrag, voorzien in de mogelijkheid om het verrichten van bepaalde onderzoeken namens de vlaggestaat over te dragen aan klassenbureaus. Ook in de Europese richtlijnen 94/57/EG en 2001/105/EG is de mogelijkheid om controletaken uit te besteden aan klassenbureaus verankerd.<sup>42</sup> In Nederland is de grondslag voor het uitbesteden van bepaalde onderzoeken aan de klassenbureaus neergelegd in artikel 6 van de Schepenwet. Door de minister zijn zeven klassenbureaus aangewezen die vlaggestaatcontroles mogen uitvoeren.<sup>43</sup> Met elk van deze klassenbureaus heeft de divisie Scheepvaart een overeenkomst gesloten waarin onder meer werkafspraken en rapportageverplichtingen zijn vastgelegd.

### 2.3 Klassenregels en klassencertificaten

Een certificaat wordt alleen afgegeven indien het schip voldoet aan de eisen die zijn neergelegd in het Schepenbesluit 2004 (artikel 3a Schepenwet). Artikel 3a lid 2 Schepenwet maakt het bovendien mogelijk dat regels van particuliere instanties van toepassing kunnen worden verklaard. Deze bevoegdheid sluit aan bij de van oudsher bestaande praktijk in de zeescheepvaart dat schepen worden ontworpen en gebouwd volgens de regels van een door de eigenaar van het schip gekozen klassenbureau. Deze praktijk vindt zijn oorsprong in het verzekeringswezen. Al vanaf de tweede helft van de achttiende eeuw – lang voordat overheden regelgeving vaststelden voor de scheepvaart – werden schepen door onafhankelijke klassenbureaus gecontroleerd op hun technische staat ten behoeve van verzekeraars. De klassenbureaus hadden hiertoe regels opgesteld met betrekking tot onder meer de romp en de sterkte van het schip. Deze zogeheten klassenregels vormen nog steeds de basis van het geheel aan veiligheidsvoorschriften waaraan een schip moet voldoen. De publiekrechtelijke veiligheidseisen bouwen namelijk voor een belangrijk deel voort op deze klassenregels.<sup>44</sup> Dit verklaart ook de sterke gelijkenis tussen het publiekrechtelijke systeem van vergunningverlening, waarbij de vergunning zelfs wordt aangeduid als certificaat, en het privaatrechtelijke systeem van certificering.

De eis dat een schip wordt ontworpen, gebouwd en onderhouden volgens klassenregels is internationaal geregeld in het SOLAS-verdrag en op Europees niveau in artikel 14 van richtlijn 94/57/EG. In Nederland is deze eis neergelegd in artikel 37 van het Schepenbesluit 2004. Op grond van deze bepaling is de eigenaar of de bouwer van een schip verplicht om, voordat het schip in verband met de eerste afgifte van een publiekrechtelijk certificaat aan een eerste onderzoek wordt onderworpen, te kiezen voor een door de Minister van Verkeer en Waterstaat erkend klassenbureau. Dit klassenbureau verricht vervolgens een aantal onderzoeken op basis waarvan wordt beoordeeld of voor het schip een zogenoemd klassencertificaat wordt verstrekt. Het

---

42. Deze richtlijnen en verdragen regelen tevens aan welke eisen klassenbureaus moeten voldoen. Deze regels zijn in Nederland geïmplementeerd in de Regeling klassenbureaus Schepenwet.

43. Zie Aanwijzing klassenbureaus Schepenwet.

44. Nota van toelichting Schepenbesluit 2004, Stb. 2004, 284, p. 52-53.

klassencertificaat is een privaatrechtelijk certificaat, zoals beschreven in paragraaf 1.3. Na de eerste afgifte van het klassencertificaat wordt het schip periodiek onderworpen aan een cyclus van onderzoeken waarmee kan worden beoordeeld of het schip nog steeds aan de gestelde klassenregels voldoet. Wanneer tijdens deze onderzoeken afwijkingen worden geconstateerd, kan het klassenbureau maatregelen treffen. In de eerste plaats kan het klassenbureau de opdracht geven om de geconstateerde gebreken (onmiddellijk dan wel binnen een door het klassenbureau te stellen termijn) te herstellen. Het klassenbureau kan daarna (voor rekening van de reder) één of meer aanvullende controles uitvoeren om te controleren of de gebreken zijn hersteld. Wanneer hierbij blijkt dat de gebreken niet naar behoren zijn hersteld, kan het klassenbureau het klassencertificaat schorsen of intrekken. Daarnaast kan het klassenbureau overgaan tot schorsing of intrekking van het klassencertificaat wanneer het schip niet binnen de gestelde termijn is onderworpen aan de vereiste periodieke onderzoeken.<sup>45</sup>

## 2.4 Cumulatie van sancties in de zeescheepvaart

De eis van artikel 37 lid 2 Schepenbesluit 2004 dat schepen moeten zijn ontworpen, gebouwd en onderhouden volgens de klassenregels van een door de eigenaar gekozen klassenbureau brengt met zich mee dat het bezit van een klassencertificaat een *conditio sine qua non* is voor het verkrijgen van de benodigde publiekrechtelijke certificaten. Dit geldt echter net zo zeer voor het behouden van deze certificaten. De ambtenaren van de divisie Scheepvaart zijn bevoegd tot intrekking van de publiekrechtelijke certificaten wanneer een schip niet is voorzien van de benodigde certificaten of niet aan de krachtens de Schepenwet gestelde eisen voldoet (artikel 7 lid 3 Schepenwet). Daarnaast zijn zij bevoegd om deze schepen aan te houden voor onderzoek (artikel 16 Schepenwet). Omdat schepen op grond van artikel 37 Schepenbesluit 2004 moeten voldoen aan klassenregels en derhalve moeten beschikken over een klassencertificaat, vormt de intrekking van het klassencertificaat voldoende grondslag voor de intrekking van de publiekrechtelijke certificaten. Doordat het merendeel van de met de publiekrechtelijke certificering van schepen verband houdende onderzoeken is uitbesteed aan klassenbureaus en deze onderzoeken meestal gelijktijdig plaatsvinden met de onderzoeken in het kader van het klassencertificaat, is het aannemelijk dat de intrekking van een klassencertificaat de intrekking van publiekrechtelijke certificaten tot gevolg heeft. Het ligt namelijk voor de hand dat de tot intrekking van de publiekrechtelijke certificaten bevoegde ambtenaren van de divisie Scheepvaart bij de uitoefening van deze bevoegdheid goeddeels vertrouwen op de door de klassenbureaus uitgevoerde onderzoeken. Navraag bij de Inspectie Verkeer en Waterstaat heeft uitgewezen dat het intrekken van de publiekrechtelijke certificaten, nadat de Inspectie door een klassenbureau is geïnformeerd over de intrekking van het klassencertificaat, inderdaad de gebruikelijke werkwijze is.

---

45. De exacte regeling van door het klassenbureau te nemen maatregelen kan verschillen per klassenbureau. De in het advies gegeven beschrijving van maatregelen is gebaseerd op de klassenregels van twee grotere klassenbureaus (Lloyd's Register en Bureau Veritas).

## 3 Een vergelijking van systemen

Sancties, zowel in de sfeer van certificering als in een publiekrechtelijke context, staan nooit op zichzelf, maar vormen een onderdeel van een meeromvattend reguleringsstelsel. Het in de voorgaande paragraaf geschetste praktijkvoorbeeld laat dit ook zien. In paragraaf 3.1 worden de sancties binnen het systeem van bestuursrechtelijke handhaving beschreven. In paragraaf 3.2 worden vervolgens de sancties binnen het systeem van certificering besproken. In paragraaf 3.3 worden beide systemen met elkaar vergeleken.

### 3.1 Sancties binnen het systeem van de bestuursrechtelijke handhaving

Bestuurlijke sancties vormen een belangrijke schakel in het meeromvattende traject van de bestuursrechtelijke rechtshandhaving. Het begrip handhaving wordt vaak gedefinieerd als 'het door toepassing van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke middelen bereiken dat de algemeen geldende rechtsregels en individueel geldende voorschriften worden nageleefd'.<sup>46</sup> De bestuursrechtelijke handhaving is voor een belangrijk deel geregeld in hoofdstuk 5 van de Awb. De meest in het oog springende middelen die de bestuursrechtelijke handhaving ten dienste staan, zijn de uitoefening van nalevingstoezicht en het opleggen van sancties.<sup>47</sup>

Het nalevingstoezicht is geregeld in afdeling 5.2 Awb, maar het begrip zelf wordt daarin niet gedefinieerd.<sup>48</sup> Nalevingstoezicht wordt vaak gedefinieerd als 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren'.<sup>49</sup> Dit is een wel erg algemene omschrijving, waaronder zowel statelijke als niet-statale vormen van toezicht kunnen worden geschaard. Nalevingstoezicht, zoals geregeld in afdeling 5.2 Awb, betreft het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften dat wordt uitgeoefend door toezichthouders die bij of krachtens de wet zijn aangewezen (artikel 5:11 Awb). De opsporing en vervolging van strafbare feiten valt overigens buiten het bereik van de Awb (artikel 1:6 Awb). De Awb bevat een 'standaardpakket' aan bevoegdheden, waarover toezichthou-

---

46. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1997/98, 25 956, nr. 1-2.

47. Duk definieert het begrip handhaving dan ook als de 'zorg voor de naleving van rechtsregels, voorzover die zorg bestaat uit hetzij (a) uitoefening van toezicht, met gebruik van daartoe verleende speciale rechten of bevoegdheden, hetzij (b) toepassing van een sanctie'. Zie W. Duk, Handhaving van bestuursrecht, NTB 1988, p. 105.

48. Het bestuurlijk toezicht (toezicht op bestuursorganen), zoals geregeld in titel 10.2 Awb, wordt in dit preadvies buiten beschouwing gelaten.

49. Kamerstukken II 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 3.

ders kunnen beschikken, zoals het recht om plaatsen te betreden, om inlichtingen te vorderen of om monsters te nemen. Deze bevoegdheden kunnen bij bijzondere wet worden uitgebreid of ingeperkt. Naast de regeling van bevoegdheden bevat de Awb ook normen voor de uitoefening van toezicht. Het in artikel 5:13 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel is hiervan het belangrijkste voorbeeld.

Nalevingstoezicht is erop gericht om informatie te verzamelen aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de wettelijke voorschriften worden nageleefd. Wanneer uit het nalevingstoezicht naar voren komt dat dit niet het geval is, kan de naleving worden afgedwongen door middel van sanctionering. Er bestaan verschillende soorten bestuurlijke sancties, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen reparatoire sancties en punitieve sancties.<sup>50</sup> Het onderscheid tussen beide vormen schuilt in het oogmerk waarmee de sanctie wordt opgelegd. Een reparatoire sanctie is gericht op het zo veel mogelijk ongedaan maken van een overtreding. De meest bekende reparatoire sancties zijn de toepassing van bestuursdwang en de last onder dwangsom. Een punitieve sanctie is erop gericht om de overtreder leed toe te brengen. De meest bekende punitieve sanctie is de bestuurlijke boete. In dit preadvies ligt de nadruk echter op de punitieve intrekking van een begunstigende beschikking.

### 3.2 Sancties binnen het systeem van certificering

Net zozeer als sancties in de publieke sfeer deel uitmaken van een meeromvattend reguleringsstelsel, maken sancties in de sfeer van certificering deel uit van het meeromvattende systeem van certificering. Het systeem van certificering behelst het door de certificerende instelling gehanteerde stelsel van voorschriften en procedures voor het beheer en de uitvoering van certificering.<sup>51</sup> Deze voorschriften worden met inspraak van belanghebbende partijen uit de betreffende branche vastgesteld en vastgelegd in documenten die meestal worden aangeduid als certificatieschema. Een certificatieschema bevat, naast de materiële eisen die worden gesteld aan het object van certificering, ook bepalingen ten aanzien van de wijze van beoordeling van dit object, de daarbij toegelaten onderzoeksmethoden en de noodzakelijke beoordelingsfrequentie.<sup>52</sup> Daarnaast bevat een certificatieschema een regeling van maatregelen die een certificerende instelling kan treffen indien afwijkingen van de normstelling worden geconstateerd. Meestal zijn in het certificatieschema verschillende maatregelen vastgelegd, die kunnen worden getroffen afhankelijk van de ernst van de geconstateerde afwijkingen, waarbij is vastgelegd welke maatregel bij welke afwijking mag worden opgelegd. De meest gangbare sancties in de sfeer van certificering zijn de opdracht tot herstel, een herinspectie of verzaamd controleregime voor rekening van de certificaathouder en ten slotte de sanctie van schorsing of intrekking van een certificaat. Deze sancties zijn in veel certificatieschema's terug te vinden, hoewel niet altijd alle vormen voorkomen.

---

50. In het wetsvoorstel vierde tranche Awb worden reparatoire sancties aangeduid als herstelsancties en worden punitieve sancties aangeduid als bestraffende sancties. Deze begrippen worden gedefinieerd in art. 5.0.2.

51. Evers 2002, p. 94.

52. Aan gecertificeerde bedrijven wordt meestal het recht toegekend om gebruik te maken van een bepaald beeldmerk. Denk bijvoorbeeld aan het KOMO-keurmerk.

### 3.3 Vergelijking

Het systeem van bestuursrechtelijke handhaving vertoont zowel overeenkomsten als verschillen met het systeem van certificering. Een belangrijk verschil tussen de handhaving van wettelijke voorschriften en certificering is dat wettelijke regelingen in beginsel algemeen verbindend zijn, terwijl een certificatieschema uitsluitend gelding heeft voor personen of instellingen die zich contractueel aan dit schema hebben gebonden. Hierdoor heeft handhaving een meer eenzijdig karakter, terwijl certificering een meer wederkerig karakter heeft. In paragraaf 1 is al opgemerkt dat dit verschil in de praktijk goeddeels wordt opgeheven wanneer certificering deel uitmaakt van een wettelijke regeling, zoals het geval is onder de toelatingsvariant.

De door een certificerende instelling periodiek verrichte conformiteitsbeoordelingen, waarbij wordt gecontroleerd of de certificaathouder aan de gestelde eisen voldoet, vertonen gelijkenis met activiteiten die door een toezichthouder worden verricht in het kader van het nalevingstoezicht. De gelijkenis ziet met name op de feitelijke handelingen die door de certificerende instelling of de toezichthouder in het kader van certificering dan wel nalevingstoezicht worden ondernomen. Zo kan zowel een certificerende instelling als een toezichthouder bijvoorbeeld inlichtingen vorderen of monsters nemen. Belangrijk verschil tussen nalevingstoezicht en conformiteitsbeoordelingen in het kader van certificering is echter dat de beoordelingen in het kader van certificering contractueel zijn overeengekomen en dat hierbij de frequentie van de beoordelingen is vastgelegd. Een certificerende instelling controleert al haar certificaathouders in principe even frequent en op dezelfde manier, terwijl bij de uitvoering van toezichtsactiviteiten kan worden gedifferentieerd, bijvoorbeeld op basis van een risico-analyse.<sup>53</sup> Een ander belangrijk verschil is bovendien dat de uitvoering van conformiteitsbeoordelingen voor rekening van de certificaathouder komt, terwijl dit bij de uitoefening van nalevingstoezicht in de meeste gevallen niet het geval is.

Ook de sanctionering binnen het systeem van certificering vertoont gelijkenis met de sancties in de Awb of in bijzondere wetgeving. In beide systemen bestaat een arsenaal aan sanctiemogelijkheden. Feitelijk vertonen de sancties vaak overeenkomsten. Zo vertoont een door een certificerende instelling gegeven opdracht tot herstel gelijkenis met het opleggen van een last onder dwangsom of het opleggen van een last onder bestuursdwang. In beide situaties wordt aan de overtreder een termijn geboden, waarbinnen deze zelf een einde kan maken aan de overtreding teneinde verder ingrijpen te voorkomen. Het belangrijkste verschil tussen bestuurlijke sancties en sancties in de sfeer van certificering is gelegen in het verschil in oorsprong en doelstelling van beide systemen. De sancties in het kader van certificering staan hoofdzakelijk ten dienste aan het waarborgen van het vertrouwen in het systeem van certificering, terwijl bestuurlijke sancties primair ten dienste staan aan het bewerkstelligen van naleving.<sup>54</sup>

Onderstaande matrix bevat een overzicht van de in deze paragraaf beschreven vergelijking tussen het systeem van certificering en het systeem van bestuursrechtelijke

---

53. R.A.J. van Gestel, Certificatie als alternatief voor toezicht op de naleving van milieuwetten? Over transplantatie van private kwaliteitssystemen naar een publieke context, in: *Certificatie: kansen en risico's* (Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2002), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 11-63.

54. Vgl. Evers 2002, p. 85-86.

handhaving. Voor een scherp onderscheid wordt hierbij uitgegaan van certificering onder de zelfreguleringsvariant. Dit onderscheid kan bij certificering onder de toelatingsvariant en wellicht ook onder de toezichtsondersteuningsvariant vervagen. De vergelijking behoudt echter ook in dat geval relevantie, aangezien de oorsprong van certificering onder de toezichtsondersteuningsvariant en de toelatingsvariant is gelegen in certificering onder de zelfreguleringsvariant.

	<b>certificering</b>	<b>handhaving</b>
<b>partijen</b>	certificerende instelling certificaathouder	bestuursorgaan (toezichthouder) normadressaat
<b>grondslag</b>	contractueel overeengekomen certificatieschema	algemeen verbindende wettelijke regelingen
<b>controle</b>	documentonderzoek praktijkonderzoek	bevoegdheden afdeling 5.2 Awb
	contractueel/vrijwillig	eenzijdig/hiërarchisch
	geen/weinig differentiatie tussen certificaathouders	differentiatie tussen normadressaten is mogelijk (bijv. risico-analyse)
	voor rekening certificaathouder	voor rekening overheid
<b>sanctionering</b>	sancties geregeld in certificatie- schema	sancties geregeld in wetgeving
	ten dienste van het waarborgen van vertrouwen in het systeem	ten dienste van het bewerkstelligen van naleving



## 4 Een vergelijking van sancties

In deze paragraaf wordt de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking vergeleken met de schorsing of intrekking van een certificaat. Deze vergelijking vindt plaats aan de hand van een drietal factoren. In paragraaf 4.1 worden de juridische en feitelijke gevolgen vergeleken, waarna in paragraaf 4.2 het oogmerk van beide sancties wordt vergeleken. Tot slot worden in paragraaf 4.3 de waarborgen die aan het opleggen van beide sancties zijn verbonden vergeleken. In paragraaf 4.4 wordt de vergelijking afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste overeenkomsten en verschillen tussen beide sancties in de vorm van een matrix.

### 4.1 Vergelijking juridische en feitelijke gevolgen

De intrekking van een begunstigende beschikking kan worden aangemerkt als een bestuurlijke sanctie wanneer zij plaatsvindt als reactie op onrechtmatig gedrag of een onrechtmatige situatie. De intrekking kan geschieden voor bepaalde of onbepaalde tijd. Voor de intrekking voor bepaalde tijd wordt in dit preadvies de term schorsing gebruikt. Het rechtsgevolg van de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking, bijvoorbeeld een vergunning, is dat de juridische grondslag voor de vergunde activiteiten komt te vervallen. Door het verstrekken van een vergunning wordt iets toegestaan wat anders verboden zou zijn en dat betekent dat door schorsing of intrekking van de vergunning de voorheen vergunde activiteiten opnieuw voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd verboden zijn.<sup>55</sup>

Het rechtsgevolg van de schorsing of intrekking van een certificaat is afhankelijk van het certificatiesysteem en van de tussen de certificerende instelling en certificaathouder gesloten overeenkomst, maar ook van de variant van certificering. In ieder geval betekent de schorsing of intrekking van een certificaat dat de certificaathouder (tijdelijk) geen gebruik mag maken van het certificaat en het bijbehorende beeldmerk. Onder de zelfreguleringsvariant betekent dit dat de voormalig certificaathouder zich niet langer op de markt kan onderscheiden door middel van het certificaat. Dit heeft financiële consequenties, omdat hij hierdoor naar alle waarschijnlijkheid afnemers van zijn product of dienst verliest. Onder de toezichtsondersteuningsvariant betekent het bovendien dat de voormalig certificaathouder geconfronteerd kan worden met intensiever overheidstoezicht. De gevolgen zijn echter het grootst onder de toelatingsvariant, zoals ook blijkt uit het praktijkvoorbeeld van de zeescheepvaart. Hier kan de

---

55. H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, p. 190.

intrekking van het certificaat tot gevolg hebben dat een begunstigende beschikking wordt ingetrokken.

## 4.2 Vergelijking oogmerk

Bij de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking moet onderscheid worden gemaakt tussen een reparatoire intrekking en een punitieve intrekking. Het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties is primair gelegen in het oogmerk waarmee de sanctie wordt opgelegd. Een intrekking is reparatoir wanneer zij slechts is gericht op herstel, dus op het zo veel mogelijk ongedaan maken van de overtreding. Een intrekking is punitief wanneer deze erop is gericht om de overtreder leed toe te voegen en verder gaat dan voor herstel van de rechtmatige toestand nodig is.<sup>56</sup> Aangezien punitieve sancties worden aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), moeten bij de oplegging van punitieve sancties de waarborgen in acht worden genomen die voortvloeien uit de artikelen 6 en 7 EVRM en de artikelen 14 en 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Zo moet de zwaarte van punitieve sancties vol worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel.

De jurisprudentie met betrekking tot de intrekking als sanctie is erg casuïstisch. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kwalificeert een intrekking als punitief wanneer zij (mede) is gericht op het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet leed aan de overtreder en als reparatoir wanneer deze uitsluitend is gericht op het herstel van een onrechtmatige toestand.<sup>57</sup> Zo wordt de tijdelijke intrekking van een vergunning voor een marktstandplaats, omdat de vergunninghouder een collega-standplaatshouder lichamelijk letsel had toegebracht, aangemerkt als een punitieve intrekking.<sup>58</sup> De tijdelijke intrekking van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen wordt in de regel eveneens als punitief gekwalificeerd.<sup>59</sup> Onlangs is een intrekking van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen door de Afdeling echter als reparatoir aangemerkt. Het betrof in dit geval een voorwaardelijke intrekking die kon worden voorkomen, wanneer de keurmeester op tijd met goed gevolg een vakbekwaamheidsexamen zou opleggen. Omdat de sanctie naar het oordeel van de afdeling is gericht op het zeker stellen dat de keurmeester over adequate kennis zou beschikken, wordt de intrekking aangemerkt als reparatoir.<sup>60</sup> De intrekking van een drank- en horecavergunning ter bescherming van de openbare orde wordt ook als een reparatoire sanctie aangemerkt, aangezien deze uitsluitend geschiedt ter bescherming van de openbare orde en niet (mede) is gericht

---

56. Vgl. art. 5.0.2 wetsvoorstel vierde tranche Awb en C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?, NJB 2001-25, p. 1160. Zie bijvoorbeeld ook W. Duk, *Recht en slecht. Beginselen van een algemene rechtsleer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 212-215 en B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties en bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering*, Den Haag: Raad van State 2003, p. 17-20.

57. Bijvoorbeeld JB 2004, 208, JB 2002, 124 en AB 2002, 195.

58. ABRvS 30 maart 2001, JB 2001, 129.

59. Bijvoorbeeld ABRvS 4 juni 1996, RAwb 1996, 110 en ABRvS 31 januari 2003, JB 2003, 94.

60. ABRvS 20 juli 2005, nr. 200406223/1.

op het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel.<sup>61</sup> De tijdelijke intrekking van een vergunning voor de uitoefening van de IJsselmeer-visserij wegens het meermalen overtreden van de betreffende visserijregeling werd eveneens aangemerkt als een reparatoire sanctie, aangezien deze maatregel naar het oordeel van de Afdeling is gericht op het alsnog realiseren van de vangstbeperkingen en het teniet doen van ten onrechte genoten voordeel.<sup>62</sup>

Het oogmerk waarmee tot de intrekking van een begunstigende beschikking wordt overgegaan is derhalve het enige harde criterium dat door de Afdeling wordt gehanteerd om te beoordelen of deze een reparatoir of punitief karakter heeft. Helaas wordt de invulling van dit criterium in de jurisprudentie nauwelijks nader gemotiveerd. Er kan wel worden geconstateerd dat een tijdelijke intrekking (in dit preadvies aangeduid als schorsing) vaker als punitief wordt gekwalificeerd dan een intrekking voor onbepaalde tijd.<sup>63</sup> Dit is echter zeker geen wet van Meden en Perzen, zoals ook blijkt uit de gegeven voorbeelden. Tot slot kan worden geconstateerd dat een intrekking die een reactie vormt op een verwijtbare onrechtmatige gedraging van de vergunninghouder eerder wordt gekwalificeerd als punitief. Ook dit kan echter niet worden beschouwd als een hard criterium. Hoewel verwijtbaarheid aan de zijde van de overtreder een voorwaarde is voor het opleggen van een punitieve sanctie,<sup>64</sup> kan niet worden gesteld dat alle sancties die volgen op een verwijtbare gedraging als punitief moeten worden gekwalificeerd. Op een verwijtbare gedraging kan immers ook een reparatoire sanctie volgen.

Het oogmerk van de intrekking van een certificaat moet worden beredeneerd aan de hand van de achterliggende motieven voor het systeem van certificering. In het systeem van certificering staat het waarborgen van het vertrouwen dat het object van certificering voldoet aan de vooraf gestelde eisen centraal. Dit vertrouwen bepaalt de economische waarde van het certificaat. De sancties in het systeem van certificering hebben dan ook tot doel om dit vertrouwen te waarborgen.<sup>65</sup> In de eerste plaats geschiedt dit door de certificaathouder een opdracht tot herstel van de geconstateerde afwijkingen te geven. Deze sanctie is gericht op het ongedaan maken van de afwijking en lijkt daarmee op een reparatoire sanctie in het bestuursrecht. Wanneer niet wordt voldaan aan de opdracht tot herstel kan het certificaat worden geschorst of ingetrokken. De schorsing of intrekking van het certificaat heeft tot gevolg dat (tijdelijk) geen gebruik mag worden gemaakt van het certificaat of het bijbehorende beeldmerk. De schorsing of intrekking van het certificaat heeft derhalve de signaalfunctie dat het object van certificering niet langer voldoet aan de gestelde eisen. Wanneer het certificaat wordt ingetrokken, wordt in de meeste gevallen tevens de overeenkomst tot dienstverlening ontbonden. De schorsing of intrekking van een certificaat moet worden geplaatst binnen de ratio van het systeem van certificering welke is gericht op het waarborgen van het vertrouwen in het systeem. Om deze reden is het moeilijk om de schorsing of intrekking van een certificaat te kwalificeren als een reparatoire dan wel punitieve sanctie. De schorsing of intrekking van een certificaat kan zowel reparatoire als punitieve karaktertrekken kan hebben.

---

61. Bijvoorbeeld ABRvS 27 maart 2002, JB 2002, 124.

62. ABRvS 14 april 2004, JB 2004, 208.

63. Zie ook B.J. van de Griend, Het oogmerk als ijkpunt, Den Haag: Raad van State 2003, p. 36.

64. Dit is een regel die geldt in het strafrecht. Zie echter ook art. 5.4.1.2 van het wetsvoorstel vierde tranche Awb.

65. Ph. Eijlander, G.J.M. Evers & R.A.J. van Gestel, Certificatie binnen kaders. Naar een verantwoorde en consistente toepassing van certificatie en accreditatie in het overheidsbeleid, Beleidswetenschap 2003, p. 368-370.

### 4.3 Vergelijking waarborgen

Het besluit tot intrekking van een begunstigende beschikking kan op zichzelf eveneens worden aangemerkt als een beschikking. Derhalve zijn alle normen die voor beschikkingen in het algemeen gelden van toepassing op het besluit tot intrekking.<sup>66</sup> Een prominente plaats wordt hierbij ingenomen door het evenredigheidsbeginsel als sanctienorm. Dit geldt met name wanneer het een punitieve intrekking betreft. In dat geval wordt door de rechter namelijk niet terughoudend getoetst aan het in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel, maar wordt volledig getoetst of er evenredigheid bestaat tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.<sup>67</sup>

De schorsing of intrekking van een certificaat vindt in beginsel plaats binnen een privaatrechtelijke context. Daardoor gelden privaatrechtelijke randvoorwaarden die zijn vastgelegd in het certificatieschema. In het certificatieschema is gedetailleerd vastgelegd wanneer het certificaat mag worden geschorst of ingetrokken. De schorsing of intrekking van een certificaat kan binnen het systeem van certificering worden beschouwd als de meest vergaande sanctie. Alleen wanneer minder vergaande maatregelen, zoals de opdracht tot herstel en/of een verhoogd controleregime geen resultaat hebben opgeleverd, wordt tot de schorsing of intrekking van een certificaat overgegaan.<sup>68</sup> In zoverre zit het evenredigheidsbeginsel dus min of meer ingebakken in het systeem van certificering.

### 4.4 Samenvatting

Onderstaande matrix bevat een overzicht van de in deze paragraaf beschreven vergelijking. Voor een scherp onderscheid wordt ook in deze matrix uitgegaan van certificering onder de zelfreguleringsvariant (vergelijk paragraaf 3.3).

	<b>schorsing of intrekking begunstigende beschikking</b>	<b>schorsing of intrekking certificaat</b>
<b>juridische en feitelijke gevolgen</b>	voorheen vergunde activiteiten zijn opnieuw verboden	certificaathouder mag niet langer gebruik maken van het certificaat
<b>oogmerk</b>	reparatoir → gericht op het herstel van de overtreding punitief → gericht op de bestraffing van de overtreder	gericht op het waarborgen van het vertrouwen in het systeem van certificering
<b>waarborgen</b>	publiekrechtelijke normen voor beschikkingen (Awb) m.n. evenredigheidsbeginsel als sanctienorm	privaatrechtelijke normen vastgelegd in certificatieschema en/of overeenkomst

66. H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, p. 379.

67. ABRvS 4 juni 1996, RAwb 1996, 110 (Keuringsplaats Scheerwolde).

68. De regeling van sancties binnen het systeem van certificering verschilt per certificatieschema. De hier gebruikte beschrijving is gebaseerd op de bestudering van een aantal certificatieschema's. Zie ook Evers 2002, p. 83.

## 5 Cumulatie van sancties

In 1992 heeft het Nederlands Juristenblad in een speciale aflevering aandacht besteed aan het thema cumulatie van sancties. Hierbij werd de vraag gesteld: ‘Vormt cumulatie van sancties een vraagstuk?’.<sup>69</sup> Alleen al het gegeven dat aan dit onderwerp indertijd een speciale uitgave is gewijd, lijkt te duiden op een bevestigende beantwoording van deze vraag. Dit betekent echter niet dat cumulatie van sancties altijd problematisch is. Volgens het WRR-rapport ‘Rechtshandhaving’ uit 1988 behoort handhaving, en dus ook het opleggen van sancties, net zo zeer bij de rechtsstaat als het bieden van waarborgen ter bescherming van de burger. Enerzijds behoren er waarborgen te bestaan om de burger te beschermen tegen onevenredig sanctionerend optreden (rechtsstaat als waarborg). Anderzijds bestaat de verplichting om ervoor te zorgen dat het binnen de rechtsstaat geldende recht wordt gehandhaafd (rechtsstaat als resultaat).<sup>70</sup> Bij het opleggen van sancties dient derhalve te worden gestreefd naar evenwicht tussen een doelmatige handhaving van de rechtsorde en een proportionele rechtstoepassing. Het niet of onvoldoende effectief opleggen van sancties tast de rechtsstaat in even grote mate aan als disproportionele sanctieoplegging. Tegen deze achtergrond moeten de juridische randvoorwaarden aan cumulatie van sancties worden beschouwd. In paragraaf 5.1 worden de randvoorwaarden aan cumulatie die voortvloeien uit de anti-cumulatiebepalingen die zijn opgenomen in het wetsvoorstel vierde tranche Awb geanalyseerd. In paragraaf 5.2 wordt vervolgens aandacht besteed aan randvoorwaarden aan cumulatie voortvloeiend uit beginselen. Paragraaf 5.3 bevat een samenvatting van de naar mijn mening belangrijkste randvoorwaarden.

### 5.1 Randvoorwaarden aan cumulatie in het wetsvoorstel

In het wetsvoorstel vierde tranche Awb zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van cumulatie van herstelsancties, cumulatie van bestuurlijke boeten en cumulatie van bestuurlijke boeten met strafrechtelijke sancties. In paragraaf 1 is reeds uiteengezet dat er in het wetsvoorstel vierde tranche Awb geen bepalingen zijn opgenomen ten aanzien van cumulatie van bestuurlijke sancties met privaatrechtelijke sancties. De beschrijving van de anti-cumulatiebepalingen in deze paragraaf heeft tot doel de achterliggende gedachten in kaart te brengen die aan de wel in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen ten grondslag liggen. Op deze wijze kan in de paragrafen 6 en 7 worden getoetst in hoeverre deze gedachten ook een rol zouden moeten spelen bij

---

69. A.F.M. Brenninkmeijer, J.M. Polak & I.C. van der Vlies, Samenloop van sancties, NJB 1992, p. 1322.

70. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Rapport Rechtshandhaving, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1988, p. 19-21.

cumulatie van de intrekking van een begunstigende beschikking met de intrekking van een certificaat en bij cumulatie van een bestuurlijke boete met een contractuele boete.

Artikel 5.0.6 bevat het verbod om een herstelsanctie op te leggen zolang een andere wegens dezelfde overtreding opgelegde herstelsanctie van kracht is. Dit verbod is thans neergelegd in de artikelen 5:31 en 5:36 Awb met betrekking tot cumulatie van bestuursdwang met de last onder dwangsom. Artikel 5.0.6 verbiedt de gelijktijdige oplegging van twee of meer herstelsancties. De formulering van deze bepaling impliceert naar mijn mening dat ook de gelijktijdige toepassing van bestuursdwang of de last onder dwangsom met de reparatoire intrekking van een begunstigende beschikking is uitgesloten. In de memorie van toelichting wordt echter – onder verwijzing naar de toelichting bij de huidige artikelen 5:31 en 5:36 Awb – slechts gesproken over de gelijktijdige toepassing van bestuursdwang met een last onder dwangsom. Herstelsancties kunnen derhalve niet gelijktijdig, maar wel na elkaar worden toegepast. In zoverre verschilt het verbod van artikel 5.0.6 met de hierna te bespreken verboden om twee bestuurlijke boeten op te leggen of om een bestuurlijke boete te combineren met een strafrechtelijke sanctie. Deze verboden betreffen namelijk niet de *gelijktijdige* oplegging van sancties, maar het *volgtijdelijk* opleggen van sancties voor dezelfde overtreding. Cumulatie van een herstelsanctie met een punitieve sanctie is naar het oordeel van de wetgever geoorloofd, omdat beide typen sancties naar doel en strekking verschillen. Een herstelsanctie strekt ertoe de overtreding te beëindigen of ongedaan te maken, terwijl een bestraffende sanctie ertoe strekt de overtreder te straffen. Het verschil in oogmerk tussen beide sancties brengt naar het oordeel van de wetgever met zich mee dat cumulatie mogelijk is.<sup>71</sup>

Artikel 5.4.1.4 bevat het verbod om voor dezelfde overtreding herhaald een bestuurlijke boete op te leggen. Artikel 5.4.1.5 bevat een vergelijkbaar verbod voor het opleggen van een bestuurlijke boete indien wegens dezelfde overtreding reeds een strafvervolging is ingesteld. Deze artikelen bevatten het bestuursrechtelijke equivalent van het in artikel 68 Sr neergelegde *ne bis in idem*-beginsel. De wetgever acht het na elkaar opleggen van gelijksoortige punitieve sancties niet wenselijk. Zowel de bestuurlijke boete als de strafrechtelijke sanctie zijn er naar het oordeel van de wetgever op gericht om de overtreder te bestraffen door middel van een geldboete. Wanneer de overtreding ernstig genoeg is om een strafrechtelijke vrijheidsstraf te overwegen, zal bestuurlijke afdoening namelijk in de meeste gevallen niet aan de orde zijn. Het na elkaar opleggen van deze sancties is daarom door de wetgever uitgesloten.<sup>72</sup> Aan het gelijktijdig opleggen van punitieve sancties zijn minder beperkingen gesteld. Het gelijktijdig opleggen van punitieve sancties is binnen het strafrecht zelfs gebruikelijk in de vorm van hoofd- en nevenstraffen. Zo kan het opleggen van een geldboete in de meeste gevallen worden gecombineerd met een vrijheidsstraf. Ook in het bestuursrecht is het gelijktijdig opleggen van punitieve sancties denkbaar. Zo wordt in de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb gesteld, dat het onder omstandigheden redelijk kan zijn dat wegens dezelfde overtreding zowel de vergunning wordt ingetrokken als een bestuurlijke boete wordt opgelegd, net zoals in het

---

71. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 88-89.

72. Ibidem, p. 136-139.

strafrecht de ontzegging van de rijbevoegdheid kan worden gecombineerd met een geldboete. Het gelijktijdig opleggen van punitieve sancties is naar het oordeel van de wetgever toelaatbaar, zolang het ongelijksoortige sancties betreft. De ongelijksoortigheid lijkt, gezien de gegeven voorbeelden, te worden beoordeeld aan de hand van de aard van de sancties.<sup>73</sup>

Samenvattend kan worden gesteld dat het volgtijdelijk opleggen van reparatoire sancties geoorloofd is, terwijl het volgtijdelijk opleggen van punitieve sancties, voorzover het bestuurlijke boeten of strafrechtelijke sancties betreft, is uitgesloten. Daarentegen is de gelijktijdige oplegging van punitieve sancties, voorzover het naar aard ongelijksoortige sancties betreft, geoorloofd, terwijl de gelijktijdige oplegging van reparatoire sancties in alle gevallen is uitgesloten. Gelijktijdige dan wel volgtijdelijke cumulatie van reparatoire sancties en punitieve sancties is geoorloofd, aangezien beide sancties naar oogmerk verschillen.

## 5.2 Randvoorwaarden aan cumulatie voortvloeiend uit beginselen

Randvoorwaarden aan cumulatie van sancties vloeien niet in de eerste plaats voort uit de wet, maar vinden hun oorsprong in fundamentele rechtsbeginselen. De in paragraaf 5.1 besproken anti-cumulatiebepalingen kunnen mijns inziens worden beschouwd als een codificatie van het evenredigheidsbeginsel en het *ne bis in idem*-beginsel. Deze beginselen hebben echter een grotere reikwijdte dan de in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen en worden daarom in deze paragraaf nader toegelicht.

Het evenredigheidsbeginsel als sanctienorm brengt met zich mee dat er evenredigheid dient te bestaan tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie. Dit beginsel geldt voor alle sanctiebesluiten, maar is mijns inzien van extra groot belang bij de gelijktijdige oplegging van meerdere sancties vanwege dezelfde overtreding. De sancties tezamen dienen in dat geval in een evenredige verhouding te staan tot de ernst van de verweten overtreding. Het evenredigheidsbeginsel vloeit voort uit artikel 6 EVRM. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft uitgesproken dat de rechter bij de beoordeling van punitieve sancties bevoegd moet zijn om de evenredigheid van de sanctie integraal te beoordelen.<sup>74</sup> Ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap toetst sancties in het kader van de uitvoering van het gemeenschapsrecht aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>75</sup> In het nationale bestuursrecht is een meer algemeen evenredigheidsbeginsel gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb, dat behelst dat een bestuursorgaan bij alle besluiten beoordeelt of er evenredigheid bestaat tussen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit en de met het besluit te dienen doelen. In het wetsvoorstel vierde tranche Awb wordt het evenredigheidsbeginsel bovendien specifiek voor het besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete gecodificeerd in artikel 5.4.1.7 lid 2. Uit deze bepaling en de bijbehorende toelichting blijkt dat de mate waarin de overtreding aan

---

73. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 88.

74. EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven, De Meyere) en EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte).

75. HvJEG 21 juni 1979, zaak 240/78, Jur. 1979, 2137 (Atlanta).

de overtreder kan worden verweten alsook in voorkomende gevallen de draagkracht van de overtreder in de evenredigheidsbeoordeling kunnen worden betrokken.<sup>76</sup> Het evenredigheidsbeginsel omvat naar mijn mening ook het vereiste van subsidiariteit. Wanneer het beoogde doel van de sanctionering ook kan worden bereikt door het opleggen van een minder zware sanctie, dient in eerste instantie voor de minder ingrijpende sanctie te worden gekozen. Pas wanneer het opleggen van deze sanctie niet tot het gewenste resultaat leidt, kan een zwaardere sanctie worden opgelegd.<sup>77</sup> Ook voor privaatrechtelijke sancties is wel bepleit dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is.<sup>78</sup> Voor het privaatrecht is het beginsel echter niet gecodificeerd, hoewel zou kunnen worden beargumenteerd dat het evenredigheidsbeginsel deel uitmaakt van het vereiste van redelijkheid en billijkheid (artikel 3:12 BW).

De rechter toetst besluiten tot oplegging van een punitieve sanctie op een andere manier aan het evenredigheidsbeginsel dan andere besluiten. De reden hiervoor is gelegen in de op artikel 6 EVRM gebaseerde bijzondere waarborgen die worden gesteld aan de toetsing van punitieve sancties (het vereiste van *full jurisdiction*). In het algemeen vergt artikel 3:4 lid 2 Awb een terughoudende toetsing.<sup>79</sup> Punitieve sancties moeten echter, zoals al in paragraaf 4.3 is beschreven, integraal aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst.<sup>80</sup> Dit geldt niet alleen voor de oplegging van een bestuurlijke boete, maar ook voor de punitieve intrekking van een begunstigende beschikking.<sup>81</sup>

Terwijl het evenredigheidsbeginsel vooral van belang is bij de gelijktijdige oplegging van sancties, is het *ne bis in idem*-beginsel van belang bij het volgtijdelijk opleggen van meerdere sancties voor dezelfde overtreding. Het beginsel vindt zijn oorsprong in het strafrecht en is neergelegd in artikel 68 Sr. Internationaal is het beginsel neergelegd in artikel 14 lid 7 IVBPR en artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM, doch hierbij zijn door Nederland de nodige voorbehouden gemaakt.<sup>82</sup> Naar huidige opvattingen wordt echter aangenomen dat ook in het bestuursrecht behoort te gelden dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding.<sup>83</sup> Het wetsvoorstel vierde tranche Awb bevat dan ook een voorstel voor codificatie van het *ne bis in idem*-beginsel met betrekking tot het volgtijdelijk opleggen van bestuurlijke boeten (artikel 5.4.1.4) en met betrekking tot het opleggen van een bestuurlijke boete, nadat een strafsanctie is opgelegd (artikel 5.4.1.5). Voorgesteld wordt om daarnaast in het Wetboek van Strafvordering een bepaling op te nemen die het Openbaar Ministerie verbiedt tot vervolging over te gaan, nadat een bestuurlijke boete is opgelegd.<sup>84</sup> Op deze wijze wordt met betrekking tot de bestuurlijke boete eveneens het door Rogier bepleite *una via*-beginsel gecodificeerd.<sup>85</sup>

---

76. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 140-142.

77. Zie ook F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 20.

78. C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 7.

79. ABRvS 9 mei 1996, JB 1996, 158 (Maxis-Praxis).

80. ABRvS 4 juni 1996, RAwb 1996, 110 (Keuringsplaats Scheerwolde).

81. CBB 25 februari 1998, AB 1998, 257 en CBB 17 juni 1998, AB 1998, 275.

82. Bij art. 14 lid 7 IVBPR heeft Nederland het voorbehoud gemaakt dat deze bepaling geen verdere bescherming biedt dan art. 68 Sr. Het Zevende Protocol bij het EVRM is vooralsnog niet door Nederland geratificeerd.

83. Ook het EHRM legt het *ne bis in idem*-beginsel ruim uit. Zie EHRM 23 oktober 1995, A328-C (Gradinger v. Austria), EHRM 19 december 2000, 34186/96 (Freunberger v. Austria) en EHRM 29 mei 2001, 37950/97 (Franz Fischer v. Austria).

84. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 136-139.

85. L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via beginsel*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 174.



Het *ne bis in idem*-beginsel behelst een materiële en een formele component. De materiële component ziet erop dat niemand tweemaal bestraft mag worden voor hetzelfde feit (*nemo debet bis in idem inpuniri*). De formele (processuele) component ziet erop dat niemand tweemaal in een sanctieprocedure mag worden betrokken (*nemo debet bis vexari*).<sup>86</sup> De werking van het *ne bis in idem*-beginsel is beperkt tot punitieve sancties. Voor reparatoire sancties geldt het *ne bis in idem*-beginsel niet. Evenmin wordt aangenomen dat het beginsel van toepassing is op privaatrechtelijke sancties.

### 5.3 Samenvatting

Uit de anti-cumulatiebepalingen die zijn opgenomen in het wetsvoorstel vierde tranche Awb blijkt dat het volgtijdelijk opleggen van herstelsancties geoorloofd is, terwijl het volgtijdelijk opleggen van punitieve sancties in bepaalde gevallen is uitgesloten. Daarentegen is de gelijktijdige oplegging van ongelijksoortige punitieve sancties geoorloofd, terwijl de gelijktijdige oplegging van herstelsancties in alle gevallen is uitgesloten. De belangrijkste beginselen die naar mijn mening aan de in het wetsvoorstel vierde tranche Awb opgenomen bepalingen ten grondslag liggen, zijn het evenredigheidsbeginsel en het *ne bis in idem*-beginsel. Het evenredigheidsbeginsel is vooral van belang bij de gelijktijdige oplegging van sancties. Hierbij dient te worden beoordeeld of de zwaarte van de sancties niet onevenredig is in verhouding tot de ernst van de verweten overtreding. Het *ne bis in idem*-beginsel is uitsluitend van belang bij volgtijdelijke oplegging van sancties. Dit beginsel geldt uitsluitend voor punitieve sancties en beoogt te voorkomen dat iemand tweemaal wordt gestraft of aan een sanctieprocedure wordt onderworpen.

---

86. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 530 en G.A.M. Strijards, *De internationale erkenning van strafgevoelens*, in: *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmeling*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 590-591.



## 6 Cumulatie van bestuurlijke sancties en sancties bij certificering

In deze paragraaf wordt cumulatie van bestuurlijke sancties, met name de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking, met sancties in de sfeer van certificering, met name de schorsing of intrekking van een certificaat, getoetst aan de in paragraaf 5 beschreven randvoorwaarden. In paragraaf 6.1 wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. In paragraaf 6.2 wordt getoetst aan het *ne bis in idem*-beginsel. In paragraaf 6.3 worden de belangrijkste bevindingen samengevat.

### 6.1 Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel

De toetsing van cumulatie van sancties aan het evenredigheidsbeginsel dient te geschieden aan de hand van de zwaarte van de sancties tezamen. Door de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking is het verboden de vergunde activiteiten nog langer te verrichten. Dit betreft een zeer ingrijpende sanctie die vaak tot gevolg heeft dat de voormalig vergunninghouder niet langer (in ieder geval een deel van) zijn beroep of bedrijf kan uitoefenen. Bekende voorbeelden zijn de intrekking van de erkenning om APK-keuringen te mogen verrichten of de intrekking van een drank- en horeca-vergunning. Aan de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking dienen met het oog op het subsidiariteitsvereiste als onderdeel van het evenredigheidsbeginsel, minder vergaande sancties, zoals het opleggen van een last onder dwangsom, vooraf te gaan. Pas wanneer deze minder vergaande sancties niet tot beëindiging van de overtreding hebben geleid, kan een begunstigende beschikking worden geschorst of uiteindelijk ingetrokken. De intrekking van een begunstigende beschikking heeft daarmee een ultimum remedium-karakter.

Voor wat betreft de schorsing of intrekking van een certificaat beperk ik me tot de in paragraaf 1 beschreven toelatingsvariant. Binnen de zelfreguleringsvariant en de toezichtondersteuningsvariant hangt de schorsing of intrekking van een certificaat naar mijn mening namelijk niet zodanig samen met de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking, dat kan worden gesproken van cumulatie van sancties. Deze samenhang is wel aanwezig in geval van verplichte certificering onder de toelatingsvariant. In dat geval heeft de intrekking van een certificaat namelijk tot gevolg dat een bedrijf of beroep niet langer kan worden uitgeoefend of dat een product niet langer wordt toegelaten op de markt. Onder de toelatingsvariant moet voor de vraag naar de toelaatbaarheid van cumulatie van sancties onderscheid worden gemaakt

tussen de situatie waarin het certificaat in de plaats treedt van de vergunning en de situatie waarin naast of in plaats van het certificaat nog vergunningen zijn vereist. Wanneer het certificaat in de plaats treedt van de vergunning, kan cumulatie van sancties niet aan de orde zijn. Wanneer naast of in plaats van het certificaat nog vergunningen zijn vereist (zoals in het praktijkvoorbeeld van de zeescheepvaart), kan er naar mijn mening wel sprake zijn van cumulatie.

In dat geval dient cumulatie van de schorsing of intrekking van het certificaat met de schorsing of intrekking van de vergunning te worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Bij deze toetsing dient te worden gekeken naar de zwaarte van de sancties tezamen. Deze toetsing dient mijns inziens in eerste instantie te worden verricht door het bestuursorgaan dat de sanctie oplegt. Het verdient daarom aanbeveling dat wordt gewaarborgd dat het bestuursorgaan op de hoogte wordt gesteld van de door de certificerende instellingen verrichte activiteiten. In ieder geval dient het bestuursorgaan door de certificerende instelling in kennis te worden gesteld van de geschorste of ingetrokken certificaten. Op deze manier wordt het bestuursorgaan in de gelegenheid gesteld om te beoordelen of de zwaarte van de schorsing of intrekking van de vergunning in combinatie met de schorsing of intrekking van het certificaat nog in evenredigheid staat tot de ernst van de verweten overtreding. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat de zwaarte van de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking vaak groot is doordat de schorsing of intrekking van een vergunning tot gevolg kan hebben dat niet langer een bepaald beroep of bedrijf kan worden uitgeoefend. De zwaarte van de schorsing of intrekking van een certificaat is er in de eerste plaats in gelegen dat de certificaathouder zich niet langer door middel van het certificaat op de markt kan onderscheiden, maar heeft onder de toelatingsvariant verdergaande gevolgen, aangezien binnen deze variant het certificaat een voorwaarde vormt om bepaalde activiteiten te mogen verrichten of om toegelaten te worden tot een markt. Bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel moet worden beoordeeld in hoeverre de schorsing of intrekking van het certificaat voor wat betreft de zwaarte van de sanctie nog iets toevoegt aan de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking. Dit is niet altijd het geval. In het in paragraaf 2 geschetste praktijkvoorbeeld voegt de intrekking van de publiekrechtelijke certificaten, bijvoorbeeld voor wat betreft de zwaarte van de sanctie, niet veel toe aan de intrekking van het klassencertificaat en vice versa. Het schip kan zowel vanwege de schorsing of intrekking van een publiekrechtelijk certificaat als vanwege de schorsing of intrekking van een klassencertificaat uit de vaart worden genomen en dit wordt in principe niet erger, wanneer beide certificaten worden geschorst of ingetrokken.

## 6.2 Toetsing aan het *ne bis in idem*-beginsel

De werking van het *ne bis in idem*-beginsel is tot op heden beperkt tot strafrechtelijke sancties en wordt na de invoering van de vierde tranche Awb uitgebreid ten aanzien van bestuurlijke boeten. Ten aanzien van privaatrechtelijke sancties heeft het beginsel geen gelding. Dit valt te verklaren vanuit zowel de materiële als de formele component van het *ne bis in idem*-beginsel. De materiële component van het beginsel ziet erop dat niemand tweemaal bestraft mag worden voor hetzelfde feit. Het beginsel geldt

derhalve uitsluitend voor punitieve sancties. De schorsing of intrekking van een certificaat moet worden geplaatst binnen de ratio van het systeem van certificering. Het is daarom moeilijk om de schorsing of intrekking van een certificaat te kwalificeren als een reparatoire dan wel punitieve sanctie. In de meeste gevallen kan aan de schorsing of intrekking van een certificaat geen punitief karakter worden toegedicht, waardoor het *ne bis in idem*-beginsel geen toepassing hoeft te vinden.

De formele component van het *ne bis in idem*-beginsel ziet erop dat niemand tweemaal in een sanctieprocedure mag worden betrokken. Oorspronkelijk behelste de formele component het voorkomen van een herhaalde vervolging voor hetzelfde feit. Onder de vierde tranche zal het beginsel ook toepassing krijgen ten aanzien van het herhaald opleggen van bestuurlijke boeten. De procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete kan echter niet worden aangemerkt als een vervolging. De formele component behelst daarom niet alleen het voorkomen van een herhaalde vervolging, maar ook het voorkomen van een herhaalde sanctieprocedure. Het is de vraag of er in geval van privaatrechtelijke sanctiëring kan worden gesproken van een sanctieprocedure. Procedureel verschilt privaatrechtelijke sanctiëring naar mijn mening van strafrechtelijke en bestuurlijke punitieve sanctiëring. In de eerste plaats worden privaatrechtelijke sancties opgelegd door burgers of privaatrechtelijke rechtspersonen, terwijl in geval van strafrechtelijke of bestuurlijke sanctiëring de overheid de sancties oplegt vanuit een monopoliepositie. Verder verschilt de procedure tot privaatrechtelijke sanctiëring van de procedure tot strafrechtelijke of bestuurlijke sanctiëring wat betreft de regeling van rechtsbescherming en de opstelling van de rechter.<sup>87</sup> Om deze reden ligt het naar mijn mening niet voor de hand om het *ne bis in idem*-beginsel door te trekken naar het privaatrecht.

Wanneer in de toekomst zou worden aangenomen dat het *ne bis in idem*-beginsel wel een ruimere werking dient te hebben en ook moet worden toegepast ten aanzien van privaatrechtelijke punitieve sancties, blijft de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel met betrekking tot sancties in de sfeer van certificering naar mijn mening beperkt tot verplichte certificering onder de toelatingsvariant. Wanneer onder deze variant naast het bezit van het certificaat nog vergunningen nodig zijn, zou kunnen worden gesteld dat de schorsing of intrekking van de vergunning, nadat reeds een certificaat is geschorst of ingetrokken in strijd is met het *ne bis in idem*-beginsel. Dit zou echter uitsluitend het geval zijn, wanneer zowel de schorsing of intrekking van de vergunning als de schorsing of intrekking van een certificaat een punitief karakter zouden hebben. Deze situatie zal zich gezien de in paragraaf 4 gegeven voorbeelden, naar mijn mening niet snel voordoen.

### 6.3 Samenvatting

Bij cumulatie van de schorsing of intrekking van een certificaat onder de toelatingsvariant met de schorsing of intrekking van een vergunning dient het bestuursorgaan

---

87. G.J.M. Corstens, *Civilrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging 1984-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 24-27.

dat de vergunning intrekt beide sancties tezamen te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Het *ne bis in idem*-beginsel is vooralsnog niet van toepassing op cumulatie van de schorsing of intrekking van een certificaat met de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking. Toepassing van dit beginsel ligt ook niet voor de hand. Zou het beginsel in de toekomst een ruimere uitleg krijgen, dan blijft de toepassing van het beginsel naar mijn mening beperkt tot verplichte certificering onder de toelatingsvariant en dan nog uitsluitend tot de zeldzame gevallen waarin zowel de schorsing of intrekking van het certificaat als de schorsing of intrekking van de vergunning een punitief karakter hebben.

## 7 Cumulatie van bestuurlijke en contractuele boeten?

In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre de randvoorwaarden aan cumulatie van sancties toepassing kunnen vinden bij cumulatie van een bestuurlijke boete met een contractuele boete ex artikel 6:91 BW. In paragraaf 7.1 wordt ingegaan op de kenmerken van de contractuele boete ex artikel 6:91 BW. In paragraaf 7.2 wordt geïnventariseerd in hoeverre cumulatie van de contractuele boete met een bestuurlijke boete mogelijk is. In paragraaf 7.3 wordt ten slotte kort aandacht besteed aan de figuur van de *punitive damages*.

### 7.1 De contractuele boete ex artikel 6:91 BW

Artikel 6:91 BW regelt het boetebeding. Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of andere prestatie te voldoen, ongeacht of deze strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan (artikel 6:91 BW). Het Nederlandse boetebeding kenmerkt zich door de gecombineerde functie van schadefixatie en aansporing tot nakoming. De schadefixerende functie houdt in dat het boetebeding op voorhand de schade die partijen verwachten te lijden indien tekort wordt geschoten in de nakoming van de verbintenis wordt fixeert. De aansporende functie behelst dat het boetebeding de wederpartij aanspoort haar contractuele verplichtingen na te komen door een tekortkoming financieel te sanctioneren. Voor de kwalificatie als boetebeding volstaat de aanwezigheid van één van beide functies. Het boetebeding kan echter ook beide functies combineren. Deze combinatie van functies komt overigens niet in alle Europese landen voor. Het Engelse recht accepteert bijvoorbeeld uitsluitend de schadefixeringsfunctie van het boetebeding.<sup>88</sup> Aan het boetebeding wordt soms een punitief karakter toebedicht. De contractuele boete kan namelijk worden vastgesteld op een bedrag dat de compensatie van de door niet-nakoming geleden schade te boven gaat. In zoverre kan worden gesteld dat de contractuele boete verder gaat dan voor herstel van de onrechtmatige situatie noodzakelijk is en in zoverre punitief is. Het oogmerk van de

---

88. H.N. Schelhaas, *Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De ware aard van het boetebeding*, in: E.M. Hooger-  
vorst e.a., *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105-107.

contractuele boete is echter niet gelegen in de bestraffing van onrechtmatig gedrag door middel van leedtoevoeging, maar in het voorkomen van contractbreuk door middel van een financiële stimulans. Daar komt bij dat een contractuele boete niet eenzijdig vanuit de overheid wordt opgelegd, maar vrijwillig tussen partijen overeen wordt gekomen. Schelhaas heeft daarom betoogd dat de contractuele boete niet kan worden aangemerkt als een punitieve sanctie.<sup>89</sup> In principe staat het partijen vrij om een boetebeding overeen te komen. De rechter heeft echter een matigings- of aanvullingsbevoegdheid voor excessieve gevallen (artikel 6:94 BW).

## 7.2 Cumulatie van bestuurlijke en contractuele boeten?

De overheid is in verband met de doorkruisingsleer van de Hoge Raad beperkt in het bedingen van contractuele boeten.<sup>90</sup> De doorkruisingsleer geldt echter niet wanneer de contractuele boete niet door de overheid, maar door een burger wordt opgelegd. De vraag kan in dat geval worden gesteld, wanneer zich cumulatie van een bestuurlijke boete met een contractuele boete kan voordoen. Aan het begin van dit preadvies heb ik gesteld dat de problematiek van cumulatie van sancties ruim moet worden opgevat en dat ook kan worden gesproken van cumulatie van sancties wanneer binnen hetzelfde regelgevingscomplex meerdere sancties worden opgelegd die, ook al zijn deze het gevolg van de overtreding van verschillende voorschriften, zodanig nauw met elkaar samenhangen, dat deze desalniettemin in hun onderlinge samenhang dienen te worden beoordeeld. Bij een ruime invulling van de problematiek kan van cumulatie van sancties worden gesproken wanneer vanwege een overtreding door een bestuursorgaan een bestuurlijke boete wordt opgelegd, terwijl deze overtreding nauw samenhangt met de niet-nakoming van een verbintenis welke is gesanctioneerd door een tussen de overtreder en zijn wederpartij (niet zijnde de overheid) overeengekomen boetebeding.

Gesteld dat deze vorm van cumulatie tussen een bestuurlijke boete en een contractuele boete denkbaar is, dan zal deze dienen te worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Met het oog op artikel 3:4 lid 2 Awb, ligt het ook in dit geval voor de hand dat deze toetsing wordt verricht door het bestuursorgaan dat de sanctie oplegt. De vraag is echter hoe het bestuursorgaan ervan op de hoogte kan zijn dat de overtreder reeds is geconfronteerd met een contractuele boete. En wat te doen als de contractuele boete volgt op de bestuurlijke boete? In geval van verplichte certificering onder de toelatingsvariant, is het mogelijk dat het sanctionerende bestuursorgaan waarborgt dat het wordt geïnformeerd over de door de certificerende instelling opgelegde sancties. Op deze manier wordt het bestuursorgaan in de gelegenheid gesteld om in geval van cumulatie van sancties te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Een dergelijke informatiestroom ligt echter minder voor de hand bij de opleggen van contractuele boeten. Het bestuursorgaan zal daarom doorgaans niet op de hoogte zijn van een tussen de overtreder en zijn wederpartij overeengekomen boetebeding. De overtreder zal daarom

---

89. Ibidem, p. 112. Zie ook H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europees contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

90. HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill).



zelf moeten aangeven dat hij vanwege dezelfde overtreding reeds is geconfronteerd met een contractuele boete. Slechts dan is het bestuursorgaan in de gelegenheid cumulatie van sancties te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Hetzelfde geldt voor een eventuele toetsing aan het *ne bis in idem*-beginsel, wanneer de werking van dit beginsel in de toekomst zou worden uitgebreid tot punitieve privaatrechtelijke sancties. Het is echter, gezien hetgeen in paragraaf 7.1 is uiteengezet, de vraag of een contractuele boete kan worden aangemerkt als een punitieve sanctie.

### 7.3 Punitive damages

In deze paragraaf krijgt de figuur van de *punitive damages* aandacht. Van *punitive damages* wordt gesproken wanneer een slachtoffer van onrechtmatig handelen een vergoeding kan vorderen die de door het slachtoffer geleden schade overstijgt en die erop is gericht om de dader te straffen. Hierbij bepalen de aard van de onrechtmatige gedraging en de afkeuringswaardigheid van deze gedraging de omvang van de vergoeding. Deze vorm van sanctionering behoort niet tot het schadevergoedingsrecht in Nederland, hoewel hiervoor soms een aanknopingspunt wordt gezien in artikel 6:106 BW, welke bepaling voorziet in een regeling voor immaterieel nadeel. De figuur van de *punitive damages* behoort wel tot het geldende recht in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Invoering van deze figuur in het Nederlandse recht wordt wel bepleit.<sup>91</sup>

Van cumulatie van een bestuurlijke boete met *punitive damages* zou sprake kunnen zijn wanneer aan een overtreder door een bestuursorgaan een bestuurlijke boete wordt opgelegd, terwijl deze overtreding tevens kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, welke na een vordering door het slachtoffer (niet zijnde de overheid) door de rechter wordt gesanctioneerd in de vorm van *punitive damages*. Overigens geldt dit ook voor de 'normale' vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Deze heeft echter mijns inziens een uitsluitend reparatoir karakter. De figuur van de *punitive damages* heeft daarentegen een duidelijk punitief karakter. Wanneer deze figuur in de Nederlandse rechtsorde zou worden ingevoerd, noodzaakt dit tot de beantwoording van de vraag of cumulatie van deze sanctie met bestuurlijke of strafrechtelijke punitieve sancties dient te worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel en het *ne bis in idem*-beginsel. Bij de toetsing van cumulatie van *punitive damages* met bestuurlijke boeten aan deze beginselen speelt echter het in paragraaf 7.2 geconstateerde probleem dat het bestuursorgaan niet automatisch op de hoogte is van het feit dat de overtreder reeds is geconfronteerd met *punitive damages*. De overtreder zal derhalve zelf moeten aangeven dat hij vanwege dezelfde overtreding reeds is geconfronteerd met *punitive damages*.

---

91. F.C. Schirmeister, *Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?*, in: E.M. Hoogervorst e.a., *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-159.



## 8 Conclusie

Hoewel in dit preadvies de nadruk heeft gelegen op cumulatie van de schorsing of intrekking van een begunstigende beschikking met de schorsing of intrekking van een certificaat en cumulatie van bestuurlijke boeten met contractuele boeten, kan het geschetste toetsingskader naar mijn mening ook breder worden toegepast.

Cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties dient in de eerste plaats door het bestuursorgaan te worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Het bestuursorgaan is hiertoe verplicht, aangezien het alle besluiten en derhalve ook sanctiebesluiten dient te toetsen aan artikel 3:4 lid 2 Awb. Knelpunt is dat het bestuursorgaan om deze toetsing te kunnen verrichten ervan op de hoogte moet zijn dat er reeds een privaatrechtelijke sanctie is opgelegd. Bij sancties in de sfeer van verplichte certificering onder de toelatingsvariant, kunnen hierover afspraken worden gemaakt met de certificerende instellingen. Dit ligt echter moeilijker bij andere vormen van privaatrechtelijke sanctionering. Laat het bestuursorgaan de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel achterwege, dan kan het sanctiebesluit door de gesanctioneerde aan de rechter worden voorgelegd. De rechter dient mijns inziens ook in geval van cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen.

Het *ne bis in idem*-beginsel geldt op dit moment alleen voor het strafrecht, maar zal na de invoering van de vierde tranche van de Awb ook gelden voor bestuurlijke boeten. Het ligt niet voor de hand dat de werking van dit beginsel kan worden doorgetrokken naar het privaatrecht. In de eerste plaats ontberen privaatrechtelijke sancties meestal een punitief karakter. In de tweede plaats verschilt privaatrechtelijke sanctionering, zowel wat betreft de hoedanigheid van de sanctie-oplegger als wat betreft de aard van de procedure, van strafrechtelijke en bestuurlijke punitieve sanctionering. Toetsing van cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties aan het *ne bis in idem*-beginsel ligt daarom naar mijn mening niet voor de hand.



# Stellingen

1. Het vraagstuk van cumulatie van sancties wordt in de meeste gevallen door juristen te eng geïnterpreteerd.
2. De Awb-wetgever heeft vooralsnog ten onrechte weinig aandacht besteed aan cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties.
3. De in het wetsvoorstel vierde tranche Awb opgenomen bepalingen ten aanzien van cumulatie zijn te beperkt.
4. Het verdient aanbeveling het evenredigheidsbeginsel en het *ne bis in idem*-beginsel een duidelijke plaats te geven in hoofdstuk 5 van de Awb, waarbij de werking van de beginselen niet wordt beperkt tot de bestuurlijke boete.
- 5a. Het evenredigheidsbeginsel geldt wel ten aanzien van cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties.
- 5b. Het *ne bis in idem*-beginsel geldt niet ten aanzien van cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties.



# De Mededingingswet als boetewet

*Mr. J.A.M.A. Sluysmans\**

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>99</b>
1.1	Plaatsbepaling	99
1.2	Kapstok	100
1.3	Indeling	102
<b>2</b>	<b>De Mededingingswet</b>	<b>105</b>
2.1	Ontstaan	105
2.2	Inhoud	105
2.3	Aansluiting bij de Awb	107
<b>3</b>	<b>De Mededingingswet als boetewet</b>	<b>109</b>
3.1	Inleiding	109
3.2	Terminologie	109
3.3	Boetebevoegdheid	110
3.4	Rapport	110
3.5	Horen	113
3.6	Sanctiebesluit	115
3.6.1	Aard	115
3.6.2	Beslistermijn	116
3.6.3	Vervaltermijn	117
3.6.4	Redelijke termijn	118
3.6.5	Inhoud	119
3.6.6	Omvang boete	120
3.6.7	Afzien van boete	120
3.6.8	Bekendmaking	121
3.7	Rechtsmiddelen	121
3.7.1	Termijn	121
3.7.2	Schorsende werking	122
3.8	Omvang rechterlijke toets	126
3.9	Invordering	130
3.9.1	Betalingstermijn	130
3.9.2	Aanmaning	130
3.9.3	Dwangbevel	131

\* Jacques Sluysmans is advocaat bij de Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag.

3.9.4	Verzet	132
3.9.5	Schorsende werking	133
3.9.6	Verjaring	133
3.10	Ontvangst	135
<b>4</b>	<b>Aanbevelingen</b>	<b>137</b>
	<b>Stellingen</b>	<b>139</b>



# 1 Inleiding

## 1.1 Plaatsbepaling

Ziliberberg is student in Chisinau, Moldavië. Op 18 april 2000 neemt hij deel aan een demonstratie van studenten die is gericht tegen de beslissing van de lokale overheid om privileges voor studenten in het openbaar vervoer te beëindigen. De overheid heeft echter geen toestemming gegeven voor deze demonstratie en Ziliberberg wordt – als deelnemer aan een illegale demonstratie – beboet<sup>1</sup> wegens overtreding van de Moldavische Wet op de administratieve overtredingen. Ziliberberg gaat tegen deze veroordeling in beroep, maar krijgt in die instantie geen goede gelegenheid zijn standpunt naar voren te brengen, aangezien hij pas een dag vooraf bericht ontvangt van datum en tijd van de beroepszitting. Overigens blijft de boete ook in beroep in stand. Ziliberberg legt zijn zaak voor aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat op 1 februari 2005 in zijn voordeel beslist.<sup>2</sup>

Het feit dat het Hof oordeelt dat de procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete valt onder de bescherming van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) is niets nieuws. Het is vaste jurisprudentie van het Hof dat de vraag of artikel 6 in een bepaald geval van toepassing is, moet worden beoordeeld aan de hand van drie criteria die zijn ontwikkeld in het Engel-arrest.<sup>3</sup> In de eerste plaats moet worden beoordeeld of de overtreding in het nationale recht als *criminal* wordt aangemerkt, in de tweede plaats wat de aard van de overtreding is en in de derde plaats wat de aard en omvang zijn van de straf die kan worden opgelegd. Die laatste twee criteria zijn overigens alternatief en niet cumulatief bedoeld,<sup>4</sup> hetgeen niet wegneemt dat in geval die criteria afzonderlijk beschouwd niet tot een bepaalde heldere conclusie leiden zij alsnog in samenhang mogen worden beoordeeld.<sup>5</sup>

In het geval van Ziliberberg was duidelijk dat zijn overtreding binnen het nationale recht van Moldavië moest worden aangemerkt als een administratieve overtreding. Het

---

1. De boete bedraagt € 3,17.

2. EHRM 1 februari 2005 inzake Ziliberberg/Moldavië. Deze en de hierna verder te noemen uitspraken van het EHRM zijn te vinden op [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr).

3. EHRM 8 juni 1976 inzake Engel e.a./Nederland.

4. EHRM 25 augustus 1987 inzake Lutz/Duitsland.

5. Zie r.o. 31 van het arrest Ziliberberg/Moldavië, waarmee duidelijk wordt dat de interpretatie die E.M. de Koning-de Jong ('Handhaving door bestuurlijke boeten' op de keper beschouwd, in: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht (SI-EUR-reeks deel 3)*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 185) aan het arrest Bendenoun/Frankrijk geeft, onjuist is.

Hof constateert vervolgens dat Ziliberg is veroordeeld vanwege overtreding van een gebod met een algemeen karakter en bestraft met een – in relatie tot zijn maandelijkse inkomen – zeer aanzienlijke boete. Die boete was ook niet bedoeld als geldelijke compensatie voor veroorzaakte schade, maar bestraffend van aard.<sup>6</sup> Het Hof benadrukt dat in beginsel het algemene karakter van de verbodsbepaling en het afschrikwekkende en bestraffende (*deterrent and punitive*) doel van een sanctie volstaan om te kunnen spreken van een *criminal charge*.<sup>7</sup> Ziliberg kan dus aanspraak maken op de bescherming van artikel 6 EVRM. Dat artikel beschermt mede het recht van een verdachte om effectief deel te nemen aan zijn proces, hetgeen een recht met zich brengt om niet enkel fysiek bij dat proces aanwezig te zijn, maar ook om daarin te kunnen participeren.<sup>8</sup> Een notificatie van behandeling ter zitting die minder dan een dag voordien geschiedt, betekent een ontoelaatbare frustratie van dat recht.

De zaak Ziliberg is een recente, treffende illustratie van de bijzondere plaats van de bestuurlijke boete: in het nationale rechtsstelsel een onderdeel van het administratieve recht, in het licht van het EVRM van vrijwel gelijke statuus als een strafrechtelijke boete.<sup>9</sup> Daarmee balanceert de bestuurlijke boete onvermijdelijk op het snijvlak van enerzijds de juist met het administratieve karakter daarvan beoogde efficiency en anderzijds de noodzakelijke, soms minder efficiënte waarborgen ter bescherming van de positie van de overtreder.

Ik wil die spanning proberen zichtbaar te maken door een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving te geven van de wijze waarop de bestuurlijke boete functioneert in de rechtspraktijk van alledag. Om de kans van slagen van deze exercitie zo groot mogelijk te maken, is uiteraard van belang als voorbeeld een wet te kiezen waarvan je mag verwachten dat die spanning bij toepassing daarvan tot uitdrukking komt. In dat verband is mijn keuze gevallen op de Mededingingswet.

## 1.2 Kapstok

Begin 1994 heeft de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (hierna: CTW) op verzoek van de Minister van Justitie het advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten' uitgebracht.<sup>10</sup> Kern van dit advies was om de bestuurlijke boete in te voeren in een groot aantal wetten op het terrein van het economische orderingsrecht. Een half jaar na het verschijnen van dit CTW-advies werd het op hoofdlijnen door het

---

6. EHRM 24 februari 1994 inzake Bendenoun/Frankrijk.

7. EHRM 2 september 1998 inzake Lauko/Slowakije.

8. EHRM 23 februari 1994 inzake Stanford/Verenigd Koninkrijk en EHRM 6 december 1988 inzake Barbéa e.a./Spanje. Overigens strekt dat recht zich dan weer niet uit tot de zitting waarop enkel juridische vragen aan de orde komen, zoals blijkt uit de arresten van het EHRM van 21 september 1993 inzake Kremzow/Oostenrijk en 19 december 1989 inzake Kamasinski/Oostenrijk.

9. Zie bijvoorbeeld A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen* (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 159: 'De eerste en volgens mij ook enige bestuurlijke sanctie waarvan in Nederland onomstotelijk vaststaat dat die als *criminal charge* moet worden aangemerkt, is de bestuurlijke boete.'

10. Het advies is uitgebracht op 12 januari 1994; zie Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48. Zie ook De Koning-De Jong 1994, p. 173-189 en J.M. Reijntjes, *Steeds meer bestuursstrafrecht*, *Strafblad* 2004, p. 160.

kabinet overgenomen en vormde het de aanzet voor het opnemen van boeteregelingen in een heel scala aan bijzondere wetten.<sup>11</sup>

In dit belangrijke advies heeft de CTW een tweetal boetemodellen ontwikkeld.<sup>12</sup> Deze modellen, aangeduid als model A en model B, verschillen op twee belangrijke punten: de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht en de wijze van vaststelling van de omvang van de boete.

In model A treedt de bestuurlijke boete in de plaats van het strafrecht. De gedragingen waarvoor bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd, worden niet langer als strafbare feiten aangemerkt, met dien verstande dat daarop uitzonderingen kunnen worden gemaakt voor het geval zich strafverzwarende omstandigheden voordoen.<sup>13</sup> Een strafsanctie in plaats van het opleggen van een bestuurlijke boete is in deze gevallen dus niet meer mogelijk. Daarnaast is in model A het bedrag van de boete voor een bepaalde overtreding in (een bijlage bij) de wet gefixeerd. Het bestuursorgaan heeft daarmee in beginsel geen beoordelingsvrijheid ten aanzien van de hoogte van de boete.

In model B daarentegen worden de beboetbare feiten juist niet gedecriminaliseerd, zodat in concrete gevallen kan worden gekozen tussen het opleggen van een bestuurlijke boete of het opleggen van een strafrechtelijke sanctie. Ten aanzien van deze feiten legt de wet, zoals in het strafrecht gebruikelijk, slechts het maximum van de op te leggen boete vast. Het bestuursorgaan heeft op die manier de nodige beoordelingsvrijheid ten aanzien van de hoogte van de boete.

De CTW sprak in haar advies een voorkeur uit voor model A,<sup>14</sup> maar in het kabinetsstandpunt over dit advies werd deze voorkeur niet volmondig overgenomen. Het kabinet erkende dat model A het 'voordeel van de eenvoud' had, maar achtte model B een bruikbaar alternatief.<sup>15</sup> Model B zou bijvoorbeeld beter van dienst kunnen zijn indien behoefte bestaat om rekening te houden met de omstandigheden van het concrete geval, zoals recidive, de ernst van het feit, het berokkende nadeel of het behaalde voordeel. Een stelsel van gefixeerde boetes biedt daarvoor soms te weinig flexibiliteit. Daarnaast zijn er gevallen waarin achter een delictsomschrijving gedragingen van sterk uiteenlopende ernst schuilgaan, waardoor het wenselijk is zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk te kunnen handhaven.

Als kapstok voor mijn excursie door de praktijk heb ik gekozen voor een wet die wat het boetestelsel betreft een mengvorm vertoont van de twee voorgaande (ideale) modellen, namelijk de Mededingingswet (hierna: Mw). De Mw wordt uitsluitend bestuursrechtelijk gehandhaafd (en volgt in zoverre model A), maar hanteert tevens een systeem waarin slechts het maximum van de op te leggen boeten in de wet is neergelegd (en volgt in zoverre model B). Die mengvorm verleent de Mw een bijzonder karakter,

---

11. Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

12. CTW, Handhaving door bestuurlijke boeten, CTW 94/1, 12 januari 1994, p. 68 e.v.

13. Bijvoorbeeld recidive of het toebrengen van letsel aan personen of schade aan goederen.

14. CTW 1994, p. 70.

15. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 120.

waarbij (extra) interessant is om te bezien of de praktijkervaringen met de boeteoplegging krachtens deze wet enige invloed hebben gehad op de inrichting van het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht<sup>16</sup> (hierna kortweg: vierde tranche), waarin is voorzien in een algemene regeling van de bestuurlijke boete.

Daarnaast biedt het boetestelsel van de Mw interessant onderzoeksmateriaal omdat deze wet de mogelijkheid kent tot het opleggen van bijzonder hoge boetes, van welke mogelijkheid overigens ook dikwijls gebruik wordt gemaakt.<sup>17</sup> Juist de omvang van die boetes – en dus de zwaarte van de bestuurlijke sanctie – maakt eens te meer de vraag klemmend met welke waarborgen een dergelijke sanctietoemeting dient te worden omgeven.

In de derde plaats – maar zeker niet minder belangrijk – is de Mw een wet die veel aandacht krijgt, niet alleen in de media, maar ook in de juridische literatuur. Met name dat laatste maakt dat er voldoende grondstof aanwezig is om een analyse van het boetesysteem van de Mw op te baseren.

Hoewel natuurlijk evenzeer verdedigbaar is om een andere (boete)wet als onderzoeks-terrein te nemen,<sup>18</sup> meen ik dat de hiervoor weergegeven omstandigheden voldoende grond opleveren om de keuze voor de Mw te rechtvaardigen.

### 1.3 Indeling

Ik zal in dit advies in de eerste plaats voor de nog onbevangen lezer zeer in het kort een schets geven van de Mw opdat de plaats van de boete in het systeem van die wet beter kan worden bepaald.

Vervolgens zal ik – meer uitgebreid – het huidige boetestelsel van de Mw stap voor stap onder de loep nemen. Waar dat opportuun is, besteed ik aandacht aan de relevante jurisprudentie en trek ik vergelijkingen met de boeteregelingen zoals die worden voorgesteld in de vierde tranche. Die vergelijking is met name relevant nu de vierde tranche grotendeels de onderwerpen bestuurlijke geldschulden en bestuurlijke handhaving uit de bijzondere wetten – dus ook de Mw – beoogt te gaan vervangen. Volgens de wetgever behoeft een bijzondere wet na inwerkingtreding van de vierde tranche voor wat betreft de bestuurlijke boete nog maar vier aspecten te regelen: de aanwijzing van het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het opleggen van de bestuurlijke boete, de omschrijving van de beoefbare gedragingen, de hoogte van de op te leggen boete, alsmede (in voorkomende gevallen) de keuze tussen de zogenoemde lichte of de zware procedure.<sup>19</sup> Ook het onderdeel invordering van de titel over bestuursrechtelijke geldschulden – waaronder bestuurlijke boetes – zal, als het aan de wetgever ligt, moeten leiden tot het schrappen van een groot aantal bepalingen in bijzondere wetten.

---

16. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2.

17. In 1998 werd onder de Mw geen enkele boete opgelegd, in 1999 waren dat twee boetes van samen € 6.492.743, in 2000 één boete van € 226.900, in 2001 vier boetes van in totaal € 158.823, in 2002 zes boetes van in totaal € 99.600.000, in 2003 veertien boetes van in totaal € 135.500.000, in 2004 twaalf boetes van in totaal € 78.700.000. De jaarverslagen van de NMa zijn in te zien via [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

18. Uit bijlage 2 bij de MvT bij de vierde tranche blijkt dat er op 18 juni 2004 maar liefst 54 wetten waren op grond waarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 168-169.

19. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 7-8.

De bijzondere wet zou moeten kunnen volstaan met het toekennen van de bevoegdheid tot invordering bij dwangbevel, terwijl de vierde tranche alle overige aspecten regelt.<sup>20</sup>

De analyse van het boetesysteem van de Mw – in relatie tot de voorstellen van de vierde tranche – vormt de hoofdmoot van dit preadvies. Aan die analyse zal ik uiteindelijk – aan het slot van deze bijdrage – ook mijn stellingen ontleenen.

---

20. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 8.



# 2 De Mededingingswet

## 2.1 Ontstaan

De Mw is een wet met sterke wortels in Europa. De invoering van deze wet per 1 januari 1998 strekte ertoe om haar voorganger – de Wet op de economische mededinging<sup>21</sup> – zo veel als mogelijk te vervangen door een wettelijk systeem dat aansluit bij de Europees-rechtelijke regels op het gebied van de mededinging.<sup>22</sup> Die regels zijn neergelegd in de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag en in de zogenoemde concentratieverordening 139/2004<sup>23</sup> (de opvolger van verordening 4067/89) en de verordening 1/2003<sup>24</sup> (de opvolger van verordening 17/62). Belangrijk verschil tussen de Mw en haar voorganger is dat de Wet op de economische mededinging voor de aan overtreding van die wet verbonden punitieve sancties een verwijzing kende naar de Wet op de economische delicten en langs die weg op strafrechtelijke wijze werd gehandhaafd.

## 2.2 Inhoud

De Mw kent vijftien hoofdstukken.

Hoofdstuk 1 bevat de begripsbepalingen. Dit hoofdstuk – dat enkel bestaat uit artikel 1 Mw – biedt meteen een goede illustratie van de met de Mw beoogde aansluiting bij het systeem van het communautaire mededingingsrecht. In artikel 1 Mw wordt namelijk voor de definitie van een aantal kernbegrippen – zoals ‘overeenkomst’ en ‘onderneming’ – rechtstreeks verwezen naar de definities zoals die worden gehanteerd in het EG-verdrag.<sup>25</sup>

Hoofdstuk 2 besteedt aandacht aan de uitvoeringsinstantie van de Mw, namelijk de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: NMa).

Bij de invoering van de Mw is vanwege de onbekendheid met de nieuwe wet en de uitvoering daarvan gekozen voor het onderbrengen van de NMa bij het ministerie van Economische Zaken, waarbij de minister de bevoegdheid behield om in individuele gevallen desgewenst een aanwijzing aan de NMa te kunnen geven. Deze individuele

---

21. Wet van 28 juni 1956 houdende regelen omtrent de economische mededinging, Stb. 1958, 413.

22. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3.

23. PbEG 2004, L 24/1.

24. PbEG 2003, L 1/1.

25. C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht, Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de Mededingingswet, Mededingingsmonografieën deel 7*, Deventer: Kluwer 2002, p. 5.

aanwijzingsbevoegdheid was bedoeld als een soort vangnet indien zich in de initiële fase na de invoering van de wet aanloopproblemen zouden voordoen. Daarbij werd direct al aangegeven dat met het geven van een aanwijzing in individuele gevallen met de grootst mogelijke terughoudendheid zou worden omgegaan.<sup>26</sup> Na drie jaar zou worden gezien of het noodzakelijk was deze bevoegdheid te handhaven of dat overgegaan kon worden tot verdere verzelfstandiging van de NMa.<sup>27</sup>

In de afgelopen jaren is gebleken dat het niet nodig was een aanwijzing in een individueel geval te geven en dat de NMa op bevredigende wijze haar taak vervult.<sup>28</sup> Daarmee is het moment gekomen voor het wegnemen van de bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken tot het kunnen geven van aanwijzingen in individuele mededingingszaken en dus de verzelfstandiging van de NMa. Sinds 1 juli 2005 is de NMa dan ook een zelfstandig bestuursorgaan met aan het hoofd een driekoppige raad van bestuur.<sup>29</sup> De regering zag deze wijziging als een logische stap in het proces naar een 'robuuste' NMa die op onafhankelijke wijze doeltreffend en doelmatig een goed functionerende Mededingingswet kan uitvoeren.<sup>30</sup>

De hoofdstukken 3, 4 en 5 vormen samen de kern van de Mw. Hoofdstuk 3 behelst het verbod op afspraken die de mededinging in Nederland kunnen 'verhinderen, beperken of vervalsen'. Hoofdstuk 4 ziet op het misbruik van economische machtsposities, met een subhoofdstuk 4A inzake financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen. In hoofdstuk 5 is de zogenoemde concentratie geregeld. Voor al deze gedragingen geldt een zogenoemd verbodsstelsel met uitzonderingen.<sup>31</sup>

In hoofdstuk 6 komen de onderwerpen toezicht en onderzoek aan de orde. Met name van belang is de omschrijving van de bevoegdheden die aan de toezicht- en onderzoeksambtenaren toekomen bij de uitoefening van hun werkzaamheden. Over de samenloop van toezicht en onderzoek (opsporing) is bijzonder veel geschreven, maar deze materie gaat de reikwijdte van deze bijdrage (helaas) te buiten.<sup>32</sup>

De hoofdstukken 7 en 8 zien op (het optreden tegen) overtredingen van de Mw. Hoofdstuk 7 behandelt de overtredingen van de verboden inzake mededingingsafspraken en misbruik van economische machtspositie, terwijl in hoofdstuk 8 de 'overige overtredingen' aan de orde komen.

---

26. Kamerstukken I 1996/97, 24 707, nr. 232b, p. 4.

27. Conform de motie-Van der Ploeg, Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 39.

28. Dekker 2002, p. 48-50.

29. Zie de betrekkelijk moeizaam tot stand gekomen Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Stb. 2005, 172.

30. Kamerstukken II 2000/01, 27 639, nr. 5.

31. De Wet op de economische mededinging kende een misbruiksstelsel, hetgeen inhoudt dat in alle gevallen eerst moet worden bepaald of er sprake is van misbruik alvorens de aan die vaststelling verbonden rechtsgevolgen intreden. In een verbodsstelsel daarentegen hoeft enkel te worden vastgesteld dat een gedraging onder de verbodsnorm valt om het verbod *ex tunc* – vanaf het moment dat de gedraging aan de omschrijving voldeed – te laten werken.

32. Zie bijvoorbeeld: P. de Hert, De bestuursstrafrechtelijke bevoegdheden van de NMa, M&M 2005, p. 55-59; H.M.J. Quaedvlieg, De tanden van een waakhond, Straffblad 2004, p. 198-207 en De NMA: een autoriteit en haar bevoegdheden, O&S 2003, p. 149-157; M.M. Slotboom, De NMa staat voor de deur, TVVS 1997, p. 323-324; O.J.D.M.L. Jansen, De bestuurlijke boete in het wetsvoorstel Mededingingswet, NJB 1996, p. 1251.



De afsluitende hoofdstukken besteden aandacht aan de voorlopige last onder dwangsom (hoofdstuk 9), de decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels (hoofdstuk 10) en het gebruik van gegevens (hoofdstuk 11), wijzigingen in andere wetten (hoofdstuk 13), overgangsbepalingen (hoofdstuk 14) en slotbepalingen (hoofdstuk 15).

Interessant voor de bestuursrechtjurist is natuurlijk nog hoofdstuk 12 dat het systeem van rechtsbescherming beschrijft. Belangrijk is dat de rechtbank te Rotterdam wordt aangewezen als bij uitstek bevoegde beroepsrechter (in eerste aanleg).<sup>33</sup> Daarbij gold als overweging dat het mededingingsrecht een onderwerp is waarbij economische begrippen een belangrijke rol spelen. Toepassing daarvan vergt een specifieke deskundigheid, zodat concentratie van rechtspraak bij één rechtbank met het oog op het opbouwen van die deskundigheid een aantrekkelijke optie is, zeker in het licht van de verwachting dat het aantal beroepszaken zodanig beperkt zou zijn, dat voor overbelasting van die rechtbank niet behoefde te worden gevreesd.<sup>34</sup>

Uit artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (en de bijlage waarnaar dit artikel verwijst) blijkt dat het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBB) is aangemerkt als hoger beroepsinstantie tegen uitspraken van de rechtbank Rotterdam betreffende besluiten van de (raad van bestuur van de) NMa. Aanvankelijk was het de bedoeling dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die rol zou gaan vervullen, maar bij nota van wijziging is daar toch vanaf gezien om de bestaande expertise van het CBB op dit terrein (opgedaan onder de oude Wet op de economische mededinging) te behouden.<sup>35</sup>

### 2.3 Aansluiting bij de Awb

De hiervoor al gesignaleerde wens van de wetgever om zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de communautaire mededingingsregels kon natuurlijk alleen worden verwezenlijkt op het terrein van het materiële recht. Het overnemen van communautaire regels op het gebied van procesrecht behoort om voor de hand liggende redenen niet tot de mogelijkheden. De besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures in de Mw hebben dan ook een inbedding gekregen in het systeem van de Awb. Een belangrijk gevolg van deze ontwikkeling is dat mededingingsrechtjuristen de voorbije jaren in toenemende mate zijn geconfronteerd met het gegeven dat de interpretatiemogelijkheden van de in het mededingingsrecht geldende Awb-begrippen worden beperkt door het algemene karakter van de Awb.<sup>36</sup> Het mededingingsrecht is – kort gezegd – voor een belangrijk deel onderdeel geworden van het algemene bestuursrecht.

---

33. In de Wet op de economische mededinging stond slechts beroep open bij het CBB.

34. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 102.

35. Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 8.

36. R.J.G.M. Widdershoven, Woord vooraf, in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven (red.), Handhaving van de Mededingingswet, Mededingingsmonografieën deel 4, Deventer: Kluwer 2001, p. viii.



# 3 De Mededingingswet als boetewet

## 3.1 Inleiding

Hiervoor is in het kader van de schets van de inhoud van de Mw al (kort) iets gezegd over de mogelijkheid voor de raad van bestuur van de NMa (hierna kortweg: de raad) om in geval van overtreding van bepalingen uit de Mw aan de overtreder een boete op te leggen. In dit centrale hoofdstuk zullen de wijze waarop die boete wordt opgelegd en ingevorderd, alsmede de rechtsbescherming die de overtreder daarbij wordt geboden stap voor stap worden geanalyseerd.<sup>37</sup>

Er bestaan enkele verschillen tussen het boetesysteem van hoofdstuk 7 en dat van hoofdstuk 8. Kort gezegd is het systeem van hoofdstuk 7 uitgebreider dan dat van hoofdstuk 8. Waar de verschillen zich voordoen, zal dat expliciet worden aangegeven.

## 3.2 Terminologie

Het eerste dat een buitenstaander opvalt in de boetebepalingen van de Mw is de zorgvuldige aanduiding van de (rechts)persoon die in de sfeer van het strafrecht als ‘verdachte’ zou worden aangemerkt. De Mw gebruikt termen als ‘belanghebbende’, ‘degene tot wie de beschikking is gericht’ of ‘degene die de boete is verschuldigd’. Die aanduidingen acht ik in zoverre zuiver, nu daaruit duidelijk blijkt dat niet bij voorbaat al als uitgangspunt wordt genomen dat een verdachte ook daadwerkelijk een schuldige is.

In schril contrast met deze benadering in de Mw staat de terminologie van de vierde tranche.<sup>38</sup> Artikel 5.0.1 lid 2 bepaalt dat onder ‘overtreder’ wordt verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Vervolgens wordt in afdeling 5.4.2 – waarin de procedure leidende tot boeteoplegging wordt beschreven – in alle artikelen de verdachte aangemerkt als ‘overtreder’. Dat betekent, meer concreet, dat een ‘verdachte’ in het systeem van de vierde tranche al als overtreder door het leven moet gaan alvorens zelfs maar een bestuursorgaan dat oordeel in een (boete)beschikking heeft neergelegd.

---

37. In dit verband past een belangrijke opmerking. De Mw biedt de mogelijkheid om over een (beweerde) overtreding van de wet door een ander te klagen. De klager heeft een zelfstandige positie in de boeteprocedure en hem staan in bepaalde gevallen ook rechtsmiddelen ten dienste. In het kader van dit onderzoek laat ik de (positie van de) klager evenwel geheel buiten beschouwing.

38. Ik realiseer mij terdege dat hoofdstuk 5 Awb ook de term ‘overtreder’ hanteert ter zake van de onderwerpen bestuursdwang en bestuurlijke dwangsom. Aangezien dit bestuurlijk optreden niet direct een punitief karakter heeft, heb ik in dat verband minder moeite met die terminologie.

Die situatie acht ik onwenselijk, zowel vanuit het oogpunt van de onschuldpresumptie als vanuit de gedachte dat de negatieve (publieke) beeldvorming die kan voortvloeien uit een vroegtijdige stigmatisering als overtreder voor de betrokkene tot grote schade kan leiden. Op beide aspecten zal ik hierna nog nader ingaan. In elk geval zou ik ervoor willen pleiten om de kwalificatie ‘overtreder’ in de vierde tranche te vervangen door ‘verdachte’, ten minste zo lang de verdachte niet bij boetebeschikking daadwerkelijk is ‘veroordeeld’.

### 3.3 Boetebevoegdheid

Aan de hand van de gegevens die doorgaans zullen zijn verkregen met gebruikmaking van de bevoegdheden van de NMa ter zake van toezicht en onderzoek – zoals beschreven in hoofdstuk 6 Mw – zal de raad zich een oordeel moeten vormen over de vraag of er in een voorliggend geval een overtreding van de Mw heeft plaatsgevonden.<sup>39</sup>

Is dat naar het oordeel van de raad het geval, dan wordt zowel in hoofdstuk 7 als in hoofdstuk 8 Mw de raad de bevoegdheid gegeven om die overtreding van de Mw te bestraffen met een bestuurlijke boete.

Krachtens de artikelen 56 lid 1 (voor overtredingen van hoofdstuk 7) en 69 lid 1 Mw (voor overtredingen van hoofdstuk 8) *kan* de raad in geval van een overtreding een boete opleggen. De raad heeft dus discretionaire bevoegdheid ten aanzien van deze toepassing van deze sanctie. Dat heeft zijn weerslag op de wijze waarop de sanctieoplegging door de rechter zal moeten worden getoetst, zoals hierna in het kader van de rechtsbescherming nog aan de orde zal komen.

### 3.4 Rapport

Is uit enig onderzoek het ‘redelijk vermoeden’ ontstaan van een beboetbare overtreding als aangeduid in hoofdstuk 7 (een verboden mededingingsafspraken of misbruik van een economische machtspositie) dan bepaalt artikel 59 lid 1 Mw dat de raad eerst (door de ambtelijke dienst) een rapport doet opmaken. Bestaat het vermoeden van een andersoortige overtreding – een overtreding aangeduid in hoofdstuk 8 Mw – dan ligt volgens artikel 77 lid 1 Mw het initiatief voor het opstellen van een rapport bij de onderzoeksambtenaar. Het onderscheid tussen beide artikelen kan ik niet goed verklaren. De memorie van toelichting geeft aan in artikel 59 lid 1 Mw het ‘opportuiniteitsbeginsel’ tot uitdrukking te willen brengen.<sup>40</sup> Dat beginsel zal de raad – gezien de discretionaire vrijheid waarover hij bij de uitoefening van zijn boetebevoegdheid beschikt – echter hoe dan ook kunnen hanteren. De verschillende redactie van voornoemde artikelen voegt daar weinig aan toe.<sup>41</sup>

---

39. Dekker 2002, p. 313.

40. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 96.

41. Zie hierover ook Jansen 1996, p. 1252.

Artikel 59 lid 2 (voor hoofdstuk 7) en artikel 77 lid 2 (voor hoofdstuk 8) bepalen welke gegevens in ieder geval in het boeterapport vermeld moet worden: de feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan, waar en wanneer die feiten zich hebben voorgedaan, de persoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend en een aanduiding van het overtreden voorschrift. Niet op basis van een wettelijke bepaling, maar op grond van een bestendige praktijk wordt tevens in het rapport vermeld of de raad van zins is om een boete op te leggen.<sup>42</sup>

Indien het gaat om een overtreding als bedoeld in artikel 56 Mw wordt doorgaans in het rapport aangegeven of de overtreding wordt aangemerkt als 'minder zwaar' ('licht'), 'zwaar' of 'zeer zwaar'. Die aanduiding zoekt aansluiting bij de Richtsnoeren boetetoe-meting<sup>43</sup> – waarover later meer – waarin sub 10 een dergelijk onderscheid tussen over-tredingen wordt geïntroduceerd.

Hoewel het rapport slechts de weergave is van een voorlopig oordeel van de raad, is het toch van cruciaal belang voor het vervolg van de procedure. Het rapport bepaalt namelijk de grenzen van het daaropvolgende onderzoek en vervult daarmee een verge-lijkbare rol als de tenlastelegging in de zin van artikel 261 van het Wetboek van Straf-vordering (Sv). In beginsel kunnen in de sanctiebeschikking namelijk geen feiten in aanmerking worden genomen waarvan in het rapport geen melding is gemaakt, behalve als die feiten zijn aangedragen door de betrokken onderneming in de zienswijzen naar aanleiding van het rapport.

Is aanvullend onderzoek noodzakelijk, dan dient ook een aanvullend rapport te worden opgesteld.<sup>44</sup>

Artikel 59 lid 3 en artikel 77 lid 3 Mw bepalen dat het rapport na afronding daarvan wordt toegezonden aan de van de overtreding beschuldigde onderneming (of onder-nemingsvereniging). Intern wordt het overgedragen aan de Juridische Dienst, die verantwoordelijk is voor de verdere afhandeling van de zaak.

In de vierde tranche wordt ook de mogelijkheid van een boeterapport gecreëerd.<sup>45</sup> Eveneens in het systeem van de Mw, stelt de vierde tranche een dergelijk rapport alleen in de 'zware gevallen' verplicht, namelijk indien er sprake is van een boete van meer dan € 340, aldus artikel 5.4.2.6 lid 2.<sup>46</sup> In dat verband overweegt de memorie van toelichting dat een rapport weliswaar nuttig kan zijn voor de bewijsvoering en de toetsing door de rechter, alsook om te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM (waar-over hierna meer), maar dat het verplicht opmaken van een rapport bij alle overtredingen tot onnodige lasten zou leiden.<sup>47</sup>

De inhoud van het rapport zoals voorgesteld in de vierde tranche wordt omschreven in artikel 5.4.2.1: de naam van de overtreder, de overtreding, het overtreden voor-schrift en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de over-treding is geconstateerd.

---

42. Dekker 2002, p. 323.

43. Stcrt. 2001, 148.

44. Dekker 2002, p. 322-326; L.E.J. Korsten, *Memo Mededinging 2002/2003*, Deventer: Kluwer 2002, p. 190.

45. Zie art. 5.4.2.1 Awb, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2.

46. De grens van € 340 is ontleend aan de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder). Het boetemaximum van deze wet bedraagt thans € 340. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 150.

47. MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 147.

Artikel 5.4.2.1 lid 3 bepaalt dat een afschrift van het rapport uiterlijk bij de bekendmaking van de boetebeschikking aan ‘de overtreder’ wordt toegezonden.

De functie van het rapport is tweeledig. Ten eerste kan het rapport gezien worden als in kennisstelling van de aard en de reden van de beschuldiging, zoals verlangd door artikel 6 lid 3 onder a EVRM.<sup>48</sup> In die zin betekent toezending van het rapport ook het begin van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM. Ten tweede dient het rapport – overeenkomstig ingevolge artikel 6 lid 3 onder b EVRM – de betrokkene in staat te stellen zich een standpunt te vormen ten opzichte van de beschuldiging(en). Beide vereisten zijn nauw met elkaar verbonden, zoals het EHRM voor het eerst duidelijk heeft uitgesproken in het arrest *Sadak e.a./Turkije*.<sup>49</sup>

‘Lastly, as regards the complaint under Article 6 § 3 (b) of the Convention, the Court considers that sub-paragraphs (a) and (b) of Article 6 § 3 are connected and that the right to be informed of the nature and the cause of the accusation must be considered in the light of the accused’s right to prepare his defence (see *Pélissier and Sassi*, cited above, § 54).’

Indien een rapport achterwege wordt gelaten – zoals bijvoorbeeld bij lichte overtredingen volgens de vierde tranche het geval zal zijn – is het in het licht van de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM zaak dat in elk geval de boetebeschikking zodanig duidelijk is dat de belanghebbende zich een voldoende oordeel kan vormen over de (aard van de) hem verweten overtreding.

Uit de wetsgeschiedenis van de Mw blijkt dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om de boetebeschikking zelf als het voor beroep vatbare besluit aan te merken en derhalve geen beroep open te stellen tegen het rapport. In de visie van het CBB<sup>50</sup> is de vaststelling van het rapport dan ook te beschouwen als een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit, welke beslissing niet vatbaar is voor bezwaar of beroep.<sup>51</sup> De bij de opstelling van het rapport gemaakte keuzes zijn immers niet definitief en grenzen niet onomkeerbaar de inhoud van het daaropvolgende besluit af. Zij kunnen daarom niet geacht worden een partij rechtstreeks in zijn belang te treffen. Daarmee kwalificeert het CBB het rapport als een voorbereidingshandeling en niet als een (appellabel) besluit. Die kwalificatie lijkt mij juist en zal ook hebben te gelden voor het rapport dat wordt voorgesteld in de vierde tranche.

---

48. Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 91.

49. EHRM 17 juli 2001, zaken met nummers 29900/96, 29901/96, 29902/96 en 29903/96.

50. CBB 17 november 2004, AB 2005, 81 m.nt. GC inzake *Glasgarage/Carglass*.

51. Zie art. 6:3 Awb.

### 3.5 Horen

Op grond van artikel 60 lid 1 en artikel 78 lid 1 Mw wordt de belanghebbende in alle gevallen schriftelijk opgeroepen om naar keuze schriftelijk dan wel mondeling zienswijzen naar voren te brengen omtrent de inhoud van het rapport.<sup>52</sup>

Deze regeling wijkt in zoverre af van de bepalingen in afdeling 4.1.2 Awb dat de Awb voor die hoorplicht enkele uitzonderingen kent en de Mw niet. De afwijking vloeit voort uit de wens van de wetgever – in navolging van de CTW – om belanghebbenden voorafgaande aan een punitieve sanctie steeds in de gelegenheid te stellen mondeling of schriftelijk hun zienswijze naar voren te brengen.<sup>53</sup>

In artikel 5.4.2.6 lid 3 van de vierde tranche wordt slechts een hoorplicht geïntroduceerd in gevallen waarin sprake is van een boete van meer dan € 340, dus voor ‘zware’ overtredingen.

In de memorie van toelichting bij artikel 60 Mw is aangegeven dat de NMa zelf kan bepalen op welke wijze het horen zal geschieden.<sup>54</sup> Doorgaans wordt voor het mondeling naar voren brengen van de zienswijze een formele hoorzitting georganiseerd, al is dit niet wettelijk voorgeschreven.

De vraag of de organisatie van de hoorzitting – en dan met name de bepaling van de datum daarvan – in overleg met de belanghebbende moet plaatsvinden, vindt noch in de wetsgeschiedenis, noch in de wet (Mw en Awb) zelf een antwoord, maar werd aan de orde gesteld in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Nationale Ombudsman van 27 oktober 2004.<sup>55</sup> Op de klacht dat de datum van de hoorzitting zonder voorafgaand overleg met de betrokkenen was vastgesteld, oordeelt de Ombudsman dat in beginsel een voorafgaand overleg bij de planning van de hoorzitting voor de hand lijkt te liggen. Op die manier kan namelijk worden verzekerd dat alle betrokkenen daadwerkelijk aanwezig zullen en kunnen zijn. Daar staat tegenover dat de volle agenda van de NMa, de doorlooptijden van de NMa en het feit dat de NMa meestentijds te maken heeft met professionele partijen gezichtspunten zijn die een andersluidende opvatting ondersteunen. In dit licht acht de Ombudsman het aanvaardbaar dat de NMa in eerste instantie eenzijdig een datum voor de hoorzitting vaststelt, hetgeen ook – zoals de Ombudsman terecht signaleert – in administratiefrechtelijke procedures in het algemeen niet ongebruikelijk is. De gedraging van de NMa wordt op dit punt dan ook behoorlijk geacht.<sup>56</sup> Zo lang er bij de eenzijdige bepaling van die datum een redelijke termijn in acht wordt genomen,<sup>57</sup> lijken mij daartegen weinig bezwaren te bestaan.

Artikel 60 lid 2 Mw bepaalt dat het rapport en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken gedurende een periode van ten minste vier weken voor belangheb-

---

52. Voor de goede orde wijs ik erop dat de handelingen die na toezending van het rapport aan de betrokken onderneming worden verricht, geschieden door andere ambtenaren dan de onderzoeksambtenaren. Tussen onderzoeksprocedure en sanctieprocedure is een duidelijke scheiding aangebracht. Zie Dekker 2002, p. 313.

53. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 91.

54. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 91.

55. AB 2005, 22 m.nt. PJS.

56. Zie ook de uitspraken van de Nationale Ombudsman van 10 maart 2000, AB 2000, 198 m.nt. PJS en 31 maart 2000, AB 2000, 321 m.nt. PJS.

57. Vergelijk het hiervoor al besproken arrest Ziliberberg/Moldavië.

benden ter inzage worden gelegd. Bij de oproeping voor de hoorzitting wordt vermeld waar en wanneer die stukken ter inzage zullen liggen.

Artikel 78 Mw kent een dergelijke bepaling niet. Ook voor deze afwijking geldt dat ik haar niet goed kan verklaren, anders dan vanuit overwegingen van kostenbesparing. De hiervoor al genoemde eisen van artikel 6 lid 3 sub b EVRM brengen in elk geval met zich dat de verdachte moet kunnen beschikken over alle faciliteiten die nodig zijn om zijn verdediging te kunnen voorbereiden, hetgeen met zich kan brengen dat hij inzage moet krijgen in zijn dossier. Het is daarom wenselijk dat artikel 60 en artikel 78 op dit punt worden gelijkgeschakeld.<sup>58</sup>

Dit klemt te meer nu artikel 5.4.2.2 van de vierde tranche bepaalt dat de relevante gegevens desgevraagd aan ‘de overtreder’ ter inzage worden gegeven. Dat lijkt mij een mooie tussenweg. Het bestuursorgaan hoeft op die manier geen nodeloze formaliteiten te vervullen, maar voor de verdachte bestaat wel de garantie dat hij desgewenst zijn dossier kan inzien. Het verdient daarbij de voorkeur dat het bestuursorgaan de verdachte ook (schriftelijk) van deze mogelijkheid op de hoogte stelt, aangezien laatstgenoemde niet altijd met de mogelijkheid van inzage bekend zal zijn.

In lid 3 van artikel 60 Mw worden de artikelen 3:11 leden 2 en 3 en 3:16 Awb van toepassing verklaard.<sup>59</sup> Dat betekent dat bepaalde gevoelige stukken niet ter inzage hoeven worden gelegd, dat de belanghebbende van de ter inzage gelegde stukken een afschrift moet kunnen verkrijgen en dat de termijn voor het indienen van zienswijzen in elk geval niet verstrijkt voor het einde van de inzagetermijn.

Het behoeft geen toelichting dat een dergelijke afzonderlijke bepaling in de vierde tranche niet is opgenomen.

De vraag of tegen de terinzagelegging bezwaar of beroep openstaat, is aan de orde gesteld in een zaak die is voorgelegd aan de voorzieningenrechter te Rotterdam. Deze oordeelde dat de terinzagelegging een feitelijke handeling is die niet is gericht op enig publiekrechtelijk rechtsgevolg, zodat daartegen ook geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel openstaat.<sup>60</sup>

Het horen zelf geschiedt – zo vloeit voort uit artikel 3 lid 2 Mw – door ambtenaren die niet bij het voorafgaande onderzoek en het opstellen van het rapport zijn betrokken. Doorgaans zijn dit ambtenaren van de Juridische Dienst, die worden bijgestaan door een secretaris.<sup>61</sup>

Op grond van artikel 2:1 Awb kan een belanghebbende zich ter zitting laten vergezellen door een raadsman.<sup>62</sup>

---

58. Jansen 1996, p. 1252.

59. Art. 60 lid 3 Mw.

60. Vzng. Rb. Rotterdam 24 december 2002, AB 2004, 65 m.nt. GC.

61. Dekker 2002, p. 328.

62. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 91.



Na afloop van het horen wordt door de bij de hoorzitting aanwezige secretaris een verslag opgesteld, zoals ook voorgeschreven is in artikel 61 lid 2 Mw.<sup>63</sup>

### 3.6 Sanctiebesluit

#### 3.6.1 Aard

Na het opstellen van het rapport en het horen, beslist de raad bij beschikking omtrent het opleggen van een boete (artikel 62 lid 1 en artikel 78 lid 1 Mw). De raad beschikt bij deze beslissing, zoals hiervoor al aangegeven, over discretionaire bevoegdheid.

In het wetsvoorstel voor de vierde tranche wordt een nieuw lid 4 toegevoegd aan artikel 10:3 Awb, welke bepaling voorschrijft dat in geval van 'zware gevallen' het mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verleend aan degene die het rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.<sup>64</sup>

In de vierde tranche is in artikel 5.4.2.3 lid 2 uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid een besluit te nemen om ondanks de aanwezigheid van een overtreding geen boete op te leggen. De memorie van toelichting vermeldt terecht dat de kennisgeving dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb, nu die beslissing naar haar objectieve strekking gericht is op het rechtsgevolg dat de bevoegdheid om voor deze overtreding een bestuurlijke boete op te leggen komt te vervallen.<sup>65</sup> De regering voegt daaraan toe dat deze kwestie slechts van praktisch belang is in geval er een derdebelanghebbende bestaat die moeite heeft met de beslissing geen boete op te leggen. Mijns inziens miskent de regering daarmee dat niet uit te sluiten valt dat ook de direct-belanghebbende (de mogelijke overtreder) er een (bijvoorbeeld publicitair, en langs die weg ook financieel) belang bij kan hebben een besluit te bestrijden waarin hij als overtreder wordt aangemerkt, ook al wordt afgezien van het beboeten van die overtreding.

Dát is namelijk ook de reden waarom wel wordt aangenomen dat de raad van bestuur van de NMa na het opmaken van een rapport in alle gevallen dient vast te stellen of een overtreding is begaan, ook al legt hij geen boete op.<sup>66</sup> Tegen zowel een veroordeling met als tegen een veroordeling zonder strafoplegging zou een rechtsmiddel moeten openstaan, evenals dat in het strafrecht het geval is. Slechts in geval van een 'vrijspraak' is dat (althans voor de voormalige verdachte) anders. Het zou daarom aanbeveling verdienen om ook die 'vrijspraak' in een afzonderlijk besluit neer te leggen.

---

63. Zie over dit horen ook uitgebreid: P.J.M. de Koning & N.U.N. van den Heuvel-Kien, *Formeel mededingingsrecht*, Den Haag: Elsevier 2000, p. 237-239.

64. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 154.

65. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 149-150.

66. Dekker 2002, p. 330.

### 3.6.2 *Beslistermijn*

De Mw schrijft in geval van een boeteoplegging op grond van hoofdstuk 7 geen beslistermijn voor. In geval van een boeteoplegging op basis van hoofdstuk 8 bevat artikel 79 lid 4 Mw een termijn van dertien weken na opmaking van het boeterapport.

De CTW adviseerde in haar hiervoor al genoemde rapport het opnemen van een termijn van twaalf weken na het opmaken van een rapport waarbinnen een beschikking moet worden gegeven. Bij overschrijding van die termijn zou de bevoegdheid daartoe vervallen. De CTW beoogde met dit voorstel invulling te geven aan het in artikel 6 lid 1 EVRM vervatte vereiste van berechting binnen een redelijke termijn. Voor de boeteoplegging op grond van hoofdstuk 7 achtte de wetgever van de Mw die termijn echter doorgaans te kort, omdat er een grote variëteit kan zitten in de ingewikkeldheid van een overtreding en het aantal belanghebbenden dat bij de procedure moet worden betrokken.<sup>67</sup> Voor dit hoofdstuk is daarom geen termijn opgenomen.

Waarom in artikel 79 lid 4 Mw is gekozen om de door de CTW geadviseerde termijn van twaalf weken met een week te verlengen, wordt in de parlementaire geschiedenis verder niet toegelicht.

In de vierde tranche is een aparte regeling opgenomen voor de beslistermijn bij het opleggen van bestuurlijke boeten. Die termijn zoekt evenals artikel 79 lid 4 Mw aanknopng bij het boeterapport.

Voor het geval er geen rapport is – hetgeen uitsluitend bij lichte boeten kan voorkomen – is geen beslistermijn geregeld, omdat het niet mogelijk is daarvoor een eenvoudig vast te stellen beginpunt aan te wijzen.

In geval er wel een rapport voorhanden is, bedraagt de beslistermijn volgens artikel 5.4.2.4 lid 2 dertien weken, te rekenen vanaf het tijdstip waarop van de overtreding een rapport is opgemaakt.<sup>68</sup> Binnen deze dertien weken dient dus de gehele procedure, inclusief het eventuele horen van de overtreder, te worden afgehandeld.<sup>69</sup>

Voor de boetebesluiten op grond van hoofdstuk 7 Mw zal deze beslistermijn nog steeds (veel) te kort zijn. Zoals Dekker al opmerkt, zal bij invoering van de vierde tranche voor hoofdstuk 7 Mw dus een afzonderlijke beslistermijn moeten worden bepaald.<sup>70</sup>

De opvatting van de wetgever dat overschrijding van de beslistermijn leidt tot het vervallen van de bevoegdheid tot boeteoplegging is mijns inziens onjuist.<sup>71</sup> De beslistermijn is, net als andere beslistermijnen in het bestuursrecht, een termijn van orde. Overschrijding van de beslistermijn heeft – behoudens in geval van overschrijding van

---

67. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 92.

68. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2.

69. De termijn wordt opgeschort zodra de gedraging ingevolge art. 5.4.1.5 lid 2 Awb aan het Openbaar Ministerie wordt voorgelegd, tot op de dag waarop het bestuursorgaan ingevolge art. 5.4.1.5 lid 3 Awb, weer bevoegd wordt om een boete op te leggen. Aangezien het Openbaar Ministerie eveneens dertien weken heeft om te beslissen of strafrechtelijk optreden gewenst is, bedraagt de totale beslistermijn dan ten hoogste zesentwintig weken, dus een half jaar.

70. Dekker 2002, p. 331.

71. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 96.

de in paragraaf 3.6.4 genoemde redelijke termijn – niet tot gevolg dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt.<sup>72</sup> Daarvoor gelden de hierna nog te bespreken vervaltermijnen.

### 3.6.3 *Vervaltermijn*

De Mw bevat naast een beslistermijn in hoofdstuk 8, zowel in hoofdstuk 7 als in hoofdstuk 8 zogenoemde vervaltermijnen. Naar analogie van artikel 70 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is bepaald dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete door een zeker tijdsverloop vervalt. Het woord verjaring is vermeden, omdat dit in de context van de Awb het misverstand zou kunnen wekken dat overschrijding van de termijn slechts aan het opleggen van een boete in de weg zou staan indien de overtreder zich op de overschrijding beroept. Dat zou echter niet in het stelsel van het bestuursrecht passen. Het bestuursorgaan zal ook ambtshalve moeten nagaan of de vervaltermijn niet is verstreken.<sup>73</sup> Anders kan het immers voorkomen dat een overtreder bezwaar moet maken louter om zich op overschrijding van de termijn te kunnen beroepen.

De bevoegdheid tot het opleggen van een boete ex artikel 56 lid 1 Mw vervalt vijf jaar nadat de overtreding is begaan.<sup>74</sup> Hetzelfde geldt ingevolge artikel 82a Mw voor boetes als bedoeld in artikel 70a lid 1 Mw. Voor minder ernstige overtredingen zoals overtredingen van de medewerkingsplicht en bepalingen betreffende het concentratietoezicht geldt een vervaltermijn van twee jaar (artikel 82 Mw).<sup>75</sup> Deze termijnen zoeken aansluiting bij de termijnen van Verordening nr. 2988/74/EEG van 26 november 1974.<sup>76</sup>

Ook de vierde tranche kent in artikel 5.4.1.6 een regeling betreffende vervaltermijnen. Voor de termijn gedurende welke bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd, is aansluiting gezocht bij bestaande verjaringstermijnen. Voor de lichte overtredingen is gekozen voor een termijn van twee jaar. Dit komt overeen met de verjaringstermijn voor strafrechtelijke overtredingen. Voor de zware overtredingen is gekozen voor een termijn van vijf jaar, een termijn die thans reeds geldt voor bestuurlijke boeten op grond van de sociale zekerheidswetgeving.<sup>77</sup>

---

72. Zie voor een andersluidende opvatting Dekker 2002, p. 331.

73. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 139.

74. In het wetsvoorstel Wijziging Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 2, wordt art. 64 lid 1 Mw gewijzigd en worden er vier leden aan het artikel toegevoegd: '1. De bevoegdheid tot het opleggen van een boete als bedoeld in artikel 56, eerste lid, onder a, vervalt vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden.' De nieuwe leden 2, 3 en 4 betreffen stuiting van de vervaltermijn. Lid 5: 'Indien tegen een besluit tot het opleggen van een boete als bedoeld in het eerste lid bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld, wordt de verjaringstermijn opgeschort tot onherroepelijk op het bezwaar of beroep is beslist.'

75. In het voornoemde wetsvoorstel wordt ook art. 82 Mw gewijzigd. De termijn in lid 1 wordt uitgebreid tot drie jaren voor overtredingen van art. 69 en 70b lid 1 Mw. In lid 2 wordt de termijn voor overtredingen van art. 71, 72, 73, 74 lid 1, onder a, 75 lid 1, onder a, en 75a vastgesteld op vijf jaren. De nieuwe leden 3, 4 en 5 betreffen de stuiting en opschorting van de vervaltermijn.

76. PbEG 1974, L 319, zie Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 93 en 97.

77. Bijvoorbeeld art. 27e lid 2 Werkloosheidswet en art. 17e lid 2 Algemene Kinderbijslagwet.

Het derde lid van dit artikel biedt een voorziening voor het geval de boete binnen de termijn is opgelegd en de overtreder vervolgens met succes bezwaar maakt of beroep instelt.<sup>78</sup> Om buiten twijfel te stellen dat in geval de vervaltermijnen op het moment dat naar aanleiding van dat succesvolle bezwaar of beroep een aangepaste, nieuwe boete moet worden opgelegd zijn verstreken de bevoegdheid daartoe nog wel bestaat, bepaalt het derde lid dat in deze gevallen de termijn voor het opleggen van de boete wordt opgeschort tot onherroepelijk op het bezwaar of beroep is beslist.

In de vierde tranche is niet voorzien in een stuiting van deze vervaltermijnen. In het hiervoor al genoemde voorstel tot wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet wordt om redenen die verband houden met EG-verordening 1/2003 wél geopteerd voor een stuitingsmogelijkheid die aansluit bij de regeling voor de stuiting van de verjaringstermijn voor de Europese Commissie in artikel 25 van die verordening.

De NMa heeft op grond van de artikelen 3 en 5 van EG-verordening 1/2003 niet alleen de bevoegdheid, maar zelfs de plicht om in individuele gevallen de artikelen 81 en 82 EG zelf toe te passen. Afwijking van het regime van stuiting van de vervaltermijnen dat geldt voor de Europese Commissie, in die zin dat verval op grond van de Mw eerder zou intreden, werd onwenselijk geacht. De mogelijkheid tot uitoefening van de bevoegdheid tot decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels door de NMa, zou dan in vergelijking met de mogelijkheden van de Europese Commissie tekortschieten. Dat zou afbreuk doen aan het zogenoemde nuttig effect van het systeem van decentrale toepassing. Bovendien kunnen zich dan gevallen voordoen waarbij de Europese Commissie bevoegd is tot optreden, terwijl de NMa door verval op grond van de Mw niet meer bevoegd zou zijn om op te treden.<sup>79</sup> Om zulks te voorkomen, zal de Mw op dit punt dus moeten (blijven) afwijken van de vierde tranche.

### 3.6.4 *Redelijke termijn*

Artikel 6 lid 1 EVRM vereist in geval van punitieve sancties een beslissing binnen een redelijke termijn. Die termijn zou wel eens eerder kunnen verstrijken dan de hiervoor genoemde vervaltermijnen. Voor de beantwoording van die vraag is richtinggevend het belangrijke arrest van 3 oktober 2000 waarin de Hoge Raad de kaders heeft geschetst voor wat betreft de doorwerking van het vereiste van artikel 6 lid 1 EVRM in het nationale (straf)recht.<sup>80</sup> De redelijke termijn begint volgens de Hoge Raad te lopen vanaf het moment dat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat tegen hem ter zake van een bepaald strafbaar feit een strafvervolging zal worden ingesteld.

In het kader van de bestuursrechtelijke boeteoplegging zal dat moment mijns inziens in elk geval ontstaan op het moment van het ontvangen van de boetebeschikking, althans – daaraan voorafgaand – het ontvangen van een uitnodiging voor een hoorzitting naar aanleiding van een voorgenomen boetebeschikking en/of de ontvangst van een boeterapport. Het is voor de positie van de verdachte van groot belang om duide-

---

78. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 140.

79. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 25.

80. HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721 m.nt. JdH.

lijk het beginmoment van de redelijke termijn te kunnen bepalen. Om die reden heeft het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) in zijn commentaar op de vierde tranche de dringende aanbeveling gedaan in de wet een uitdrukkelijke ‘voornemenskennisgeving’ in te voeren.<sup>81</sup> Die kennisgeving zou dan buiten discussie stellen dat met de ontvangst daarvan de redelijke termijn begint te lopen. Met die aanbeveling ben ik het van harte eens.

De vraag of de duur van de procedure leidende tot de oplegging van een bestuurlijke boete in het licht van de eisen van artikel 6 EVRM door de beugel kan, is afhankelijk van onder meer de ingewikkeldheid van de zaak, de invloed van de verdachte en/of zijn raadsman op het procesverloop en de wijze waarop de zaak door de bevoegde autoriteiten is behandeld.

Voor wat betreft het doorlopen van een procedure leidende tot de primaire boeteplegging zal – naar analogie met de maximale duur van de behandeling van een strafzaak in eerste aanleg – als uitgangspunt hebben te gelden dat die boeteplegging in beginsel dient te zijn afgerond binnen twee jaar nadat de op zijn redelijkheid te beoordelen termijn is aangevangen, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.

In een geval waarin de termijn tussen het moment waarop een partij een bestuurlijke sanctionering kan verwachten en de daadwerkelijke oplegging van die sanctie bijzonder lang is, zal het bestuursorgaan (onder de Mw dus de raad) een rechtvaardiging moeten (kunnen) geven voor dat tijdsverloop. Die rechtvaardiging zou kunnen zijn gelegen in bijvoorbeeld de houding van de overtreder of de ingewikkeldheid van de zaak. Slaagt de raad daarin niet, dan is er sprake van *undue delay*, hetgeen kan meebrengen dat de raad in het geheel geen boete meer kan opleggen, dan wel de boete moet matigen.<sup>82,83</sup>

### 3.6.5 Inhoud

De boetebeschikking moet – aldus de artikelen 62 lid 2 en 79 lid 2 Mw – in elk geval bevatten de gegevens die op wettelijk voorschrift in het rapport dienen te worden opgenomen,<sup>84</sup> alsmede de omvang van de boete en een toelichting daarop.

De vereisten met betrekking tot de ‘aankleding’ van de boetebeschikking zijn verspreid in de vierde tranche te vinden. Artikel 5.4.2.5 bepaalt dat die beschikking de naam van de overtreder en de omvang van de boete moet bevatten. Krachtens artikel 5.0.9 moet de beschikking ook een omschrijving van de verboden gedraging en van de overtreding geven. Ten slotte moet op grond van artikel 4.4.1.2 lid 2 de betalingstermijn in de beschikking worden opgenomen.

---

81. NJCM-commentaar op het voorontwerp vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, kenbaar via [www.njcm.nl](http://www.njcm.nl).

82. Dekker 2002, p. 330-331.

83. Voor de goede orde benadruk ik dat de in het voorafgaande weergegeven termijnen uitsluitend betrekking hebben op het opleggen en niet op het invorderen van de boete. Een bestuurlijke boete levert een bestuursrechtelijke geldschuld op. Op de betaling en invordering daarvan zijn derhalve afzonderlijke (invorderings)bepalingen van toepassing. Die bepalingen komen hierna nog aan de orde.

84. Zie hiervoor paragraaf 3.4.

### 3.6.6 *Omvang boete*

De Mw hanteert een systeem van boetemaxima waarbinnen de raad kan variëren. In beginsel kan een vijftal boetecategorieën worden onderscheiden.<sup>85</sup>

In de Mw wordt het maximum door de raad op te leggen bedrag op twee manieren bepaald. Ten eerste door middel van een absoluut bedrag, bijvoorbeeld in artikel 57 lid 1 Mw: € 450.000. Ten tweede wordt wel een aan de omzet gerelateerd bedrag gebruikt, bijvoorbeeld in artikel 57 lid 1 Mw: 10% van de omzet, wanneer dat bedrag hoger is dan € 450.000.

De raad dient in ieder specifiek geval af te wegen hoe hoog de boete dient te zijn. Belangrijk ijkpunt daarbij zijn de zogenoemde Richtsnoeren boetetoemeting van 22 december 2001.<sup>86</sup>

Verder zijn er bepaalde boeteverhogende omstandigheden, zoals recidive, een leidinggevende rol, het gebruik van controle of dwangmiddelen ter handhaving van het verboden gedrag en belemmering van het onderzoek.<sup>87</sup> Schadeloosstelling van getroffen ondernemingen dan wel meer medewerking verlenen dan wettelijk voorgeschreven is, kan boeteverlagend werken. Ook het op eigen initiatief beëindigen van de overtreding kan de boete verlagen.

Ten slotte hanteert de NMa een clementieregeling.<sup>88</sup> Op grond van deze regeling is het mogelijk dat een onderneming boetevermindering dan wel boete-immuniteit krijgt, vanwege het inlichten van de raad over een overtreding van artikel 6 Mw of artikel 81 van het EG-Verdrag.

De vierde tranche bevat geen boetebepalingen. Die zullen nu juist moeten worden opgenomen in de bijzondere wetgeving.

### 3.6.7 *Afzien van boete*

In de artikelen die de raad de bevoegdheid geven een boete op te leggen, is ook steeds bepaald dat van deze bevoegdheid geen gebruik wordt gemaakt indien de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt (zie bijvoorbeeld artikel 56 lid 3, 69 lid 2 en 76 lid 1 Mw).<sup>89</sup>

Ten aanzien van de vraag of in die gevallen toch een appellabel besluit moet of kan worden genomen, verwijst ik korthedshalve naar hetgeen daarover wordt opgemerkt in paragraaf 3.6.1.

---

85. Boetes tot € 450.000 of, als dit meer is, tot 10% van de omzet van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging; boetes tot € 4500; boetes tot € 4500 die gecombineerd kunnen worden met een last onder dwangsom; boetes tot € 22.500; boetes tot € 22.500 die gecombineerd kunnen worden met een last onder dwangsom.

86. Kenbaar via [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

87. Boeterichtsnoeren, randnr. 27.

88. Richtsnoeren Clementietoezegging, gewijzigd bij besluit van de d-g NMa van 28 april 2004.

89. Dekker 2002, p. 343-344; zie ook art. 6 lid 2 EVRM.

### 3.6.8 *Bekendmaking*

De boetebeschikkingen dienen om in werking te kunnen treden volgens de algemene regels van artikel 3:41 lid 1 Awb bekend te worden gemaakt door middel van toezending of uitreiking daarvan aan degene tot wie de beschikking is gericht.

Een beschikking op grond van artikel 62 lid 1 Mw wordt daarnaast – aldus artikel 65 Mw – ter inzage gelegd bij de NMa en gepubliceerd in de Staatscourant.

In de memorie van toelichting<sup>90</sup> wordt gesuggereerd dat die publicatie een verplichting is die voortvloeit uit artikel 3:41 lid 2 juncto artikel 3:42 Awb. Die suggestie lijkt mij in zijn algemeenheid onjuist. Slechts als bekendmaking aan belanghebbenden niet kan geschieden door toezending van de beschikking is publicatie van die beschikking immers aan de orde.

Belangrijkere reden voor publicatie lijkt mij de in de Toelichting eveneens uitgesproken verwachting van de wetgever dat dergelijke publiciteit bevorderlijk kan zijn voor eerbiediging van de mededingingsregels van het EG-verdrag. Met Doorenbos<sup>91</sup> ben ik van oordeel dat een aldus gemotiveerde publicatie – zeker op de hiervoor genoemde grond – zozeer verbonden is met de boetebeschikking zelf, dat zij eveneens onder de bescherming van artikel 6 lid 2 EVRM dient te vallen. Op de consequenties van die bescherming kom ik hierna nog terug.

Voor wat betreft de boetebeschikkingen als bedoeld in de vierde tranche geldt (uiteraard) het bekendmakingsregime van de Awb.

## 3.7 **Rechtsmiddelen**

### 3.7.1 *Termijn*

Tegen een boetebesluit staat in beginsel bezwaar open met vervolgens beroep bij de rechtbank te Rotterdam en hoger beroep bij het CBB. De bezwaar- en beroepstermijnen bedragen telkens zes weken.

Per 1 september 2004 is de Wet rechtstreeks beroep<sup>92</sup> in werking getreden op grond waarvan de bezwaarde zich – aldus artikel 7:1a Awb – rechtstreeks tot het bestuursorgaan kan richten met het verzoek de bezwaarfase te mogen overslaan. Indien het bestuursorgaan de zaak daarvoor geschikt acht, kan het instemmen met het verzoek en zendt het bestuursorgaan het bezwaarschrift door aan de rechter.<sup>93</sup> Overigens heeft ook in dat geval de rechter alsnog op voet van artikel 8:54a Awb de mogelijkheid de zaak terug te wijzen naar het bestuursorgaan ter afdoening op bezwaar indien de rechtbank van oordeel is dat het bestuursorgaan ‘kennelijk ten onrechte’ heeft ingestemd

---

90. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 93.

91. D.R. Doorenbos, Schandpaal en onschuldpresumptie, NJB 1993, p. 2193.

92. Stb. 2004, 220. In werking getreden per 1 september 2004.

93. R. Wesseling & E.J. Offers, De toepassing van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2004, M&M 2005, p. 70.

met een rechtstreeks beroep. Dat die toets in de praktijk ook wel degelijk ertoe kan leiden dat de rechtbank de tot bezwaarschriften getransformeerde beroepschriften terugzendt aan het bestuursorgaan blijkt onder meer uit de recente uitspraken inzake Drimmelen,<sup>94</sup> Wymbritseradiel<sup>95</sup> en Almelo.<sup>96</sup>

Aanvankelijk was voor de Mw voorzien in een afwijkende regeling inzake rechtstreeks beroep.<sup>97</sup> Artikel 93 lid 3 Mw<sup>98</sup> zou de mogelijkheid moeten gaan bieden om in afwijking van artikel 7:1 Awb tegen een boetebesluit rechtstreeks beroep in te stellen bij de rechtbank te Rotterdam.<sup>99</sup> De rechtbank zou de raad van een eenmaal ontvangen rechtstreeks beroepschrift in kennis stellen, waarna de raad acht weken de tijd zou hebben om de rechtbank te verzoeken het beroepschrift toch als bezwaarschrift te mogen behandelen. Overigens kon de rechtbank ook zelf binnen die termijn van acht weken daartoe besluiten indien de rechtbank de zaak kennelijk ongeschikt achtte voor een rechtstreeks beroep. Bij besluit van 24 maart 2005 is deze regeling evenwel weer uit de wet gehaald nog voordat die wet in werking is getreden.<sup>100</sup>

Het verschil tussen beide regelingen is niet bijster groot. Voordeel van de geschrapte regelingen van de Mw is dat binnen een termijn van acht weken duidelijkheid zal bestaan over de vraag of de zaak daadwerkelijk direct in beroep zal worden behandeld. Uit de hiervoor al genoemde jurisprudentie inzake de Wet rechtstreeks beroep blijkt evenwel dat ook zonder die wettelijke termijn de bestuursrechter binnen betrekkelijk korte tijd over deze kwestie uitsluitel geeft.

### 3.7.2 *Schorsende werking*

Hoofddregel van het bestuursprocesrecht – neergelegd in artikel 6:16 Awb – is dat het instellen van bezwaar of beroep geen schorsende werking heeft en dat een beschikking al tijdens de termijnen voor het instellen van deze rechtsmiddelen rechtsgevolgen heeft. Dat systeem is ook als hoofddregel in de Awb neergelegd.

In afwijking daarvan is in de artikelen 63 lid 1 en 80 lid 1 Mw bepaald dat de werking van een sanctiebeschikking wordt opgeschort tot na de beroepstermijn of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.<sup>101</sup> In die gevallen is de beschikking wel in werking getreden, maar is de werking opgeschort. Deze opgeschorte werking geldt ook tijdens de bezwaarfase. Bij dwangsbeschikkingen kan de raad van de NMa gemotiveerd afwijken van deze regel, maar bij boetebeschikkingen in elk geval niet.<sup>102</sup> Dat is niet zo vreemd indien voor ogen wordt gehouden dat de boete geldt als een punitieve

---

94. Gst. 2005, 86.

95. Gst. 2005, 99.

96. Rb. Almelo 29 april 2005, Gst. 2005, 115 m.nt. R.J. van Dam.

97. Zie hierover ook L.F.M. Verhey & N. Verheij, De macht van de marktmeesters, preadvies NJV 2005, p. 301.

98. Stb. 2005, 172.

99. Die mogelijkheid is in de wet opgenomen naar aanleiding van een amendement Bolhuis/Van den Akker, Kamerstukken II 2000/01, 27 639, nr. 56.

100. Besluit van 24 maart 2005 tot vaststelling van het tijdstip van vervallen van enkele bepalingen in de Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet met betrekking tot rechtstreeks beroep, Stb. 2005, 179.

101. Hoewel de Mw dat niet met zoveel woorden bepaalt, wordt aangenomen dat de schorsende werking zich ook uitstrekt tot het hoger beroep. Zie Koning & Van den Heuvel 2000, p. 186-187.

102. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 13.



sanctie en dus onder hetzelfde regime zal vallen als strafrechtelijke boetes, hetgeen betekent dat een straf pas ten uitvoer kan worden gelegd nadat de veroordeling onherroepelijk is geworden.<sup>103</sup> De CTW adviseerde om bij bestuurlijke boeten aan bezwaar schorsende werking te verlenen, maar de wetgever van de Mw achtte het, gelet op het ingrijpende karakter van de sanctiebeschikkingen waar het in de Mw om kan gaan, gewenst om ook aan beroep schorsende werking te verlenen.<sup>104</sup>

Kennelijk hebben de opvattingen van de wetgever sindsdien een ontwikkeling doorgemaakt, want in het voorontwerp voor de vierde tranche wordt nu als uitgangspunt geïntroduceerd de regel dat bezwaar en beroep tegen een boetebesluit géén schorsende werking heeft.

De commissie-Scheltema heeft wel in haar voorstellen aandacht geschonken aan de vraag hoe een dergelijk systeem zich verhoudt tot de eisen van het EVRM, maar met een beroep op de beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak Källander<sup>105</sup> geoordeeld dat een systeem zoals neergelegd in het voorontwerp alleszins door de beugel kan.<sup>106</sup>

Hoewel ook ik van oordeel ben dat het ontbreken van een schorsende werking in geval van bezwaar en beroep niet zonder meer in strijd is met de door artikel 6 EVRM gegarandeerde onschuldpresumptie,<sup>107</sup> acht ik de in de vierde tranche gemaakte keuze toch onwenselijk.<sup>108</sup> Dat is met name zo nu heel wel denkbaar is dat een boete al wordt ingevorderd alvorens een onafhankelijke rechter zich daar (in beroep) over heeft kunnen uitlaten.<sup>109</sup>

De zaak Källander biedt in elk geval minder houvast voor het standpunt van de commissie-Scheltema dan zij zelf denkt. Het moge inderdaad zo zijn dat de Commissie in Källander weinig problemen lijkt te hebben met een invordering van een boete die nog niet onherroepelijk is geworden, maar belangrijk aspect van die zaak was wel dat een onafhankelijke (administratieve) rechter zich al over die boete had uitgelaten.

Een aanwijzing dat het EHRM het ontbreken van schorsende werking, zolang een onafhankelijke rechter zich niet over de punitieve sanctie heeft uitgelaten, in voorkomende gevallen inderdaad wel eens onaanvaardbaar zou kunnen oordelen, kan worden gevonden in het arrest Janosevic/Zweden:<sup>110</sup>

‘The Court notes that neither Article 6 nor, indeed, any other provision of the Convention can be seen as excluding, in principle, enforcement measures being

---

103. Zie art. 557 Wetboek van Strafvordering inzake de schorsende kracht van rechtsmiddelen.

104. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 92.

105. ECRM 6 maart 1989 inzake Källander/Zweden.

106. Voorontwerp voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, 7 september 1999, p. 96 (in te zien o.a. via [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)).

107. EHRM 25 maart 1983 inzake Minelli/Zwitserland.

108. Zie ook de aanbeveling op p. 16 van het rapport ‘Met straffende hand’, rapport van de werkgroep ‘Handhaving door bestuurlijke boeten’ van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, mei 1995.

109. Zie ook C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, Den Haag Sdu Uitgevers 2002, p 193.

110. EHRM 23 juli 2002.

taken before decisions on tax surcharges have become final. (...) However, considering that the early enforcement of tax surcharges may have serious implications for the person concerned and may adversely affect his or her defence in the subsequent court proceedings, as with the position with the use of presumptions in criminal law, the States are required to confine such enforcement within reasonable limits that strike a fair balance between the interests involved. This is especially important in cases like the present one in which enforcement measures were taken on the basis of decisions by an administrative authority, that is, before there had been a court determination of the liability to pay the surcharges in question.

In assessing whether, in the present case, the immediate enforcement of the surcharges exceeded the limits mentioned above, the Court first notes that the financial interests of the State, which are such a prominent consideration in maintaining an efficient taxation system, do not carry the same weight in this sphere. (...) Surcharges are a means of ensuring that the State receives taxes due under the relevant legislation. Accordingly, whereas a strong financial interest may justify the State's applying standardised rules and even legal presumptions in the assessment of taxes and tax surcharges and collecting taxes immediately, it cannot by itself justify the immediate enforcement of tax surcharges.

Another factor to be taken into account is whether the tax surcharges can be recovered and the original legal position restored in the event of a successful appeal against the decision to impose the surcharges. (...) A system that allows enforcement of considerable amounts of tax surcharges before there has been a court determination of the liability to pay the surcharges is therefore open to criticism and should be subjected to strict scrutiny.<sup>7</sup>

In het geval van Janosevic waren de autoriteiten in de praktijk niet overgegaan tot het innen van de boete, zodat mede om die reden een schending van artikel 6 EVRM niet aan de orde was.

Uit de uitspraak blijkt weliswaar dat de tenuitvoerlegging van een punitieve sanctie niet zonder meer strijd oplevert met de onschuldpresumptie, maar het EHRM eist in dat geval wel dat er een afgewogen keuze wordt gemaakt tussen de belangen van enerzijds de verdachte en anderzijds de Staat. Er moet sprake zijn van een *fair balance*. Bij die afweging legt het financiële belang van de Staat geen gewicht in de schaal, omdat de boete niet is bedoeld als inkomstenbron. Daarnaast zal vooral de omvang van de boete – en daarmee de mate van onomkeerbaarheid – een belangrijke factor vormen.<sup>111</sup>

Ik zie geen goede en zwaarwegende reden om in het strafrecht als uitgangspunt te hantieren dat tenuitvoerlegging van de straf niet zal plaatsvinden zolang het strafvonnis geen kracht van gewijsde heeft verkregen, terwijl in het geval van sanctiebeschikkingen de strafoplegging niet wordt opgeschort voor de periode dat tegen die beschikkingen rechts-

---

111. R.J.G.M. Widdershoven, Boekbeschuwing van de dissertaties van Lenos en Albers, RM Themis 2004, p. 156.

middelen worden aangewend. De stelling dat in elk geval ten aanzien van geringe boetes voor schorsende werking geen aanleiding bestaat,<sup>112</sup> kan ik niet onderschrijven om de eenvoudige reden dat niet in alle gevallen al op het tijdstip van de boeteoplegging afdoende kan worden bepaald of voor de specifieke overtreder de boete al dan niet gering is. Het antwoord op die vraag is namelijk afhankelijk van de financiële situatie van de overtreder, die op haar beurt weer door een groot aantal factoren wordt bepaald. Zo kan er meer reden zijn voor schorsende werking in het geval van de bijstandsmoeder die niet tijdig een zorgverzekering afsluit en op grond van artikel 96 Zorgverzekeringswet 110% van de ten onrechte onbetaald gebleven premie moet voldoen dan in geval van een multinational die een boete van € 100.000 krijgt opgelegd door de NMa.

Er zijn daarentegen ten minste twee belangrijke argumenten om wél een schorsende werking te hanteren.

In de eerste plaats is niet goed denkbaar dat er gevallen zijn waarin het belang van het bestuursorgaan tot directe invordering van de bestuurlijke boete zwaarder weegt dan het belang van de overtreder om een definitief (rechterlijk) oordeel inzake de boeteoplegging af te (mogen) wachten. Een financieel belang kan het bestuursorgaan in elk geval niet hebben om de eenvoudige reden dat de boete niet is bedoeld als bron van inkomsten. Daar komt bij dat de overtreder over de boete uiteindelijk ook (wettelijke) rente zal moeten betalen. Het belang van het bestuursorgaan om aan de overtreder een einde te maken zal evenmin in het gedrang (hoeven) komen door schorsende werking. Zo het bestuursorgaan niet (ook) bestuursdwangmogelijkheden heeft, zal de dreiging van cumulatie van boetes bij voortdurende of herhaalde overtreding voldoende zijn om de overtreder te weerhouden van nieuwe overtredingen.

In de tweede plaats is het belang van de overtreder bij schorsende werking dikwijls niet eens zozeer gelegen in het voorkomen van betaling van een mogelijk ten onrechte opgelegde boete – die immers achteraf, vermeerderd met rente, door het bestuursorgaan kan worden terugbetaald – maar in de negatieve uitstraling die (invordering, althans) betaling van een bestuurlijke boete heeft op de positie en naam van de betrokken overtreder.<sup>113</sup> Meestal zal dat belang voelbaar zijn in geval de overtreder een bedrijf is, maar ook natuurlijke personen kunnen door een geur van illegaliteit bijzonder veel nadeel ondervinden.<sup>114</sup>

Op grond van voornoemde argumenten zou mijn voorstel dan ook zijn om de thans in de vierde tranche voorgestelde regeling aan te passen en alsnog de schorsende werking van bezwaar en beroep tegen een bestuurlijke boete als uitgangspunt te introduceren.<sup>115</sup> Die werking zou zich ook moeten uitstrekken tot de publicatie(mogelijkheden), aangezien met name ook publicatie de belanghebbende grote schade kan berokkenen. In bijzondere regels kan dan desgewenst van dat uitgangspunt worden afgeweken.<sup>116</sup>

---

112. Blomberg 2004, p. 175.

113. Zie bijvoorbeeld D.R. Doorenbos, Schandpaal en onschuldpresumptie, NJB 2003, p. 2190-2196.

114. Het zou hierom overigens ook de voorkeur genieten indien de schorsende werking die thans wel in de Mw is voorzien zich ook zou uitstrekken tot de publicatie van de boetebeschikking, zoals met goede argumenten bepleit door Doorenbos 2003, p. 2190-2196.

115. Zie ook de aanbevelingen van de NJCM.

116. L.J.J. Rogier, De bestuurlijke boete in de Awb?, in: De Doelder & Rogier 1994, p. 169.

### 3.8 Omvang rechterlijke toets

Zoals hiervoor is geschetst, beschikt de NMa over de nodige discretionaire bevoegdheid zowel voor wat betreft de vraag of een boete moet worden opgelegd als wat betreft de omvang van die boete. De vraag is dan aan de orde hoe intensief de rechterlijke toets ten aanzien van de boetebesluiten van de NMa moet zijn.

Ik wil op deze plaats niet uitgebreid stilstaan bij de overvloedige literatuur inzake de verschillen tussen enerzijds beoordelingsvrijheid en anderzijds beleidsvrijheid, alsmede de bijbehorende omvang van de rechterlijke toetsing.<sup>117</sup> Ik signaleer wel – met Verhey en Verheij<sup>118</sup> – dat een wettelijke bevoegdheidsomschrijving soms beleidsvrije én beoordelingsvrije elementen kan bevatten. Een goed voorbeeld biedt artikel 56 Mw op grond waarvan de raad een boete kan opleggen wegens misbruik van een economische machtspositie. De begrippen ‘economische machtspositie’ en ‘misbruik’ impliceren een zekere beoordelingsvrijheid (die dan in beginsel vol getoetst zou moeten worden),<sup>119</sup> terwijl ‘kan’ weer beleidsvrijheid veronderstelt (die om een terughoudende toetsing vraagt).

Meer specifiek geldt voor de (toetsing van) de boetebeschikking de invloed van het evenredigheidsbeginsel, dat is verankerd in artikel 3:4 lid 2 Awb<sup>120</sup> en artikel 6 EVRM.<sup>121</sup> De reikwijdte van artikel 3:4 lid 2 wijkt bij punitieve sancties namelijk af van de toepassing bij andere besluiten, zoals blijkt uit het voorontwerp voor de vierde tranche:

‘In het algemeen vergt artikel 3:4, tweede lid, van de rechter een terughoudende toetsing: de rechter mag niet geheel zelfstandig beoordelen of de gevolgen van een besluit evenredig zijn aan de daarmee te dienen doelen, maar slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid kon komen tot het oordeel dat deze niet onevenredig waren (...). Bij besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een andere punitieve sanctie ligt dat anders. Dergelijke besluiten dient de rechter niet marginaal, maar volledig te toetsen. (...) Dat wil zeggen dat de rechter zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag stellen van het oordeel van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan heeft bij punitieve sancties geen beleids-, maar slechts beoordelingsvrijheid. Dat betekent ook, dat eventuele beleidsregels over de hoogte van de boete het karakter hebben van wetinterpretierende beleidsregels, waaraan de rechter niet is gebonden, hetgeen overigens onverlet laat dat uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zeer gewenst kan zijn dat het bestuursorgaan beleidsregels over de hoogte van de op te leggen boeten opstelt en bekend maakt.’<sup>122</sup>

---

117. S.A.C.M. Lavrijsen, De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging, SEW 2004, 03 en P. Kalbfleisch, Intensiteit rechterlijke toetsing van besluiten van marktautoriteiten, speech op seminar ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het CBB, 1 juli 2005, kenbaar via [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl), Verhey & Verheij 2005, p. 312-313.

118. Verhey & Verheij (2005), p. 313-314.

119. In navolging van Verhey & Verheij (2005, p. 315) realiseer ik mij overigens dat begrippen als ‘economische machtspositie’ of ‘aanmerkelijke marktmacht’ soms complexe economische beoordelingen vergen die de rechter dan weer niet vol zal (kunnen) toetsen.

120. O.J.D.M.L. Jansen, Bestuurlijke leedtoevoeging, duivenhokken en lachen zonder voorwetenschap, O&S 2003, p. 66.

121. EHRM 23 juni 1981 inzake *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, en EHRM 23 september 1998 inzake *Malige*.

122. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127.

Deze uitgebreide reikwijdte van artikel 3:4 lid 2 Awb vloeit voort uit de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de rechterlijke toetsing van een punitieve sanctie. Die toetsing moet met zich brengen dat er sprake is van een zogenaemde *full jurisdiction*.<sup>123</sup> Dat wil zeggen dat de rechter de omvang van de boete indringend moet kunnen toetsen en zo nodig zijn oordeel in de plaats van het oordeel van het bestuursorgaan kan stellen.<sup>124</sup> Die opvatting is door de Rechtbank Rotterdam voor het eerst neergelegd in een vonnis van 26 november 2002<sup>125</sup> en nadien door het CBB bevestigd in een uitspraak van 12 maart 2004.<sup>126</sup>

De bevoegdheid van de rechter om zelfstandig te beslissen omtrent de hoogte van een op te leggen boete vindt thans dus zijn grondslag in het bepaalde in artikel 6 EVRM, zoals dat door het EHRM wordt uitgelegd, in het bijzonder voor wat betreft de eis van *full jurisdiction*.<sup>127</sup> Als men ervan uitgaat dat de evenredigheidstoets – want daar gaat het hier om – slechts een boete van een bepaalde hoogte toelaat (zodat iedere andere boete onjuist zou zijn) dan zou deze bevoegdheid ook geground kunnen worden op artikel 8:72 lid 4 Awb zoals dat in vaste jurisprudentie (gebaseerd op de wetsgeschiedenis) wordt uitgelegd (alleen zelf in de zaak voorzien als na de vernietiging rechts nog maar één beslissing mogelijk is). Alsdan zou immers aan die eis zijn voldaan.<sup>128</sup>

In artikel 8:72a van de vierde tranche wordt evenwel uitdrukkelijk bepaald dat indien de rechter een boetebesluit vernietigt, hij een beslissing neemt omtrent het opleggen van de boete en bepaalt dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.<sup>129</sup> De bevoegdheid van artikel 8:72 lid 4 is hier dus tot een *verplichting* geworden. Bovendien beoogt het voorgestelde wetsartikel tevens uitdrukkelijk vast te leggen dat de rechter, na vernietiging van het boetebesluit, zich erover moet uitspreken óf naar zijn oordeel wel een boete moet worden opgelegd.<sup>130</sup> Mijns inziens wordt met die opvatting echter miskend dat – zoals hiervoor overwogen – de vraag *of* een boete moet worden opgelegd juist onderdeel vormt van de beleidsvrijheid van de NMa, in die zin dat bijvoorbeeld vanuit opportuiniteitsoverwegingen door de raad kan worden besloten om af te zien van een boeteoplegging. Dat element van het boetebesluit zal de rechter juist niet vol, maar meer terughoudend dienen te toetsen. Anders gezegd, de vraag of een boete *kan* worden opgelegd en de omvang van die boete kunnen vol worden getoetst, maar de vraag of een boete *moet* worden opgelegd niet.

Aan het slot van deze paragraaf wil ik nog enige aandacht besteden aan een aantal recente geschillen inzake de boeteoplegging in mededingingszaken.

---

123. Zie bijvoorbeeld EHRM 10 februari 1983 inzake *Albert en Le Compte/België*.

124. Koning & Van den Heuvel 2000, p. 251-252.

125. Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ.

126. AB 2004, 170 m.nt. GC.

127. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005, p. 442 e.v. en de aldaar genoemde jurisprudentie.

128. CBB 28 mei 2004, AB 2004, 449 m.nt. GC.

129. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2.

130. Zie de MvT op art. 8:72a, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152.

De eerste zaak betreft de hiervoor al genoemde zaak van de Bredase notarissen,<sup>131</sup> de eerste zaak waarin het CBB een uitspraak doet met betrekking tot de omvang van de door de NMa opgelegde boetes.<sup>132</sup>

Vijftien notarissen hadden afspraken gemaakt met betrekking tot de verdeling van het passeren van akten. Dit achtte de NMa in strijd met artikel 6 Mw. Bij besluit van 14 september 1999 heeft de NMa daarom aan ieder van de notarissen boetes opgelegd variërend van f 15.000 tot f 20.000. Bij de bepaling van deze boetes hield de NMa rekening met de ernst en duur van de overtreding, de omstandigheid dat de notarissen zelf een einde hebben gemaakt aan de overtreding, de omstandigheid dat het voor elk van de notarissen de eerste overtreding van een mededingingsrechtelijk voorschrift was en het feit dat de overtreding slechts betrekking had op een deel van de activiteiten van de notarissen.

In bezwaar oordeelde de NMa dat het onderzoek rechtmatig was verlopen. De opgelegde boetes werden echter gematigd.

De notarissen gingen desalniettemin in beroep. De rechtbank verklaarde het beroep gegrond voor wat betreft de omvang van de boete maar voor het overige ongegrond. De rechtbank oordeelde dat de NMa niet voldoende alle feiten en omstandigheden had afgewogen met betrekking tot de vraag of er onevenredigheid bestond tussen de overtreding van de notarissen en de opgelegde boete. Hierbij achtte de rechtbank van belang dat de kans op herhaling gering was, het ging om een overtreding waarmee een gering percentage van de totale omzet was gemoeid en de afspraak slechts gold in het geval dat de koper niet van zijn vrije notariskeuze gebruik maakte. Duidelijk is dus dat de rechtbank een volle toetsing heeft losgelaten op de omvang van de boete. De rechtbank acht de straf onevenredig ten opzichte de overtreding en de met die straf te bereiken doelen.

Het CBB gaat eveneens over tot een volle toetsing, maar deelt de visie van de rechtbank niet. Het college stelt vast dat het notarisambt in vergelijking met andere beroepsgroepen niet zodanige kenmerken kent of met zodanige waarborgen is omgeven dat overtreding van de mededingingsregels in de toekomst is uitgesloten, of dat het begaan van een overtreding nagenoeg onmogelijk is gemaakt waardoor herhaling zeer onaannemelijk zou zijn. Wat betreft de andere factoren die de rechtbank heeft genoemd bij de motivering van de verlaging van de boetes, stelt het college vast dat deze factoren reeds door de directeur-generaal NMa in zijn besluitvorming zijn meegenomen. Het college is van oordeel dat aan die factoren geen groter gewicht toekomt dan de directeur-generaal NMa eraan heeft toegekend en dat derhalve geen lagere boetes hadden moeten worden opgelegd dan in het besluit op bezwaar is gebeurd:

‘Het college komt dan ook tot het oordeel dat de door de directeur-generaal NMa bij het besluit op bezwaar opgelegde boetes niet onevenredig hoog zijn ten opzichte van de begane overtreding en dat de rechtbank deze ten onrechte heeft verlaagd.’

---

131. CBB 12 maart 2004, AB 2004, 170 m.nt. GC.

132. M.A. de Jong & M.L. Pigmans, Rechtspraak over de Mededingingswet in 2004, M&M 2005, p. 104.

Een tweede interessante boetezaak is de zaak NEA,<sup>133</sup> waarin Norsk Hydro aan NEA, voorheen Samenwerkende Energie Producenten, verzocht om gelegenheid tot transport van elektriciteit, maar NEA aan die toestemming voorwaarden verbond die verder gingen dan de Elektriciteitswet 1989. Dit achtte de NMa in strijd met artikel 24 Mw en om die reden werd aan NEA bij besluit van 26 augustus 1999 een boete opgelegd van € 14 miljoen. Hiertoe heeft de NMa, in lijn met de communautaire rechtspraak en de richtsnoeren van de Commissie,<sup>134</sup> overwogen dat sprake is van een zeer zware inbreuk, waarbij een zeer hoge boete met een generaal-preventieve werking past. Het tegen het besluit ingestelde bezwaar werd verworpen. De rechtbank verwierp het beroep en nam de door de NMa gehanteerde overweging betreffende de schadevergoeding over.

Het CBB oordeelde dat bij de vaststelling van de hoogte van boetes onder meer gezamenlijke regelingen en economische omstandigheden waaronder het gedrag heeft plaatsgevonden in aanmerking moeten worden genomen. Het CBB kwam op grond hiervan tot het oordeel dat de opgelegde boete wel degelijk in aanmerking kwam voor matiging. Allereerst diende volgens het CBB in aanmerking te worden genomen dat NEA uit hoofde van de Elektriciteitswet verantwoordelijk was voor de openbare energievoorziening. Zij moest een afweging maken tussen de belangen van de openbare energievoorziening enerzijds en haar verplichting om een aanbod tot transport te doen anderzijds. NEA heeft daarbij weliswaar een onjuiste afweging gemaakt, maar van een opzettelijke inbreuk op artikel 24 Mw was geen sprake.

Ten tweede was er geen kans op herhaling omdat onder de nieuwe Elektriciteitswet 1998 een dergelijke overtreding zich niet meer kon voordoen. Ook uit het oogpunt van speciale preventie bestond daarom ook reden om de boete te matigen.

Het CBB verlaagt op deze gronden de boete tot € 3,5 miljoen.

Ten slotte verdient in dit verband nog aandacht de zaak Texaco.<sup>135</sup>

Drie pompstationhouders van Texaco en een tankstation van Texaco in de regio Nijmegen namen deel aan een overleg voor onder meer gezamenlijke reclameacties en het schoonhouden van de stations. De NMa achtte op grond van verklaringen van de pompstationhouders een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging aanwezig die in strijd was met artikel 6 Mw. Bij besluit van 25 juni 2002 heeft de NMa de drie pompstationhouders boetes variërend van € 25.000 tot € 48.500 opgelegd. Texaco werd een boete van € 1.000.000 opgelegd.

Tegen het boetebesluit werd bezwaar ingesteld. Aangevoerd werd dat een overeenkomst of een onderling afgestemde gedraging niet was bewezen. Voorts werden bezwaren geuit tegen de wijze waarop de verklaringen tot stand zijn gekomen. Ook zou geen waarde zijn gehecht aan onderdelen van de verklaringen die zijn aannames ontkrachten. Het boetebesluit zou gebaseerd zijn op vermoedens en speculaties. De NMa verklaarde het bezwaar ongegrond, maar in beroep oordeelde de rechtbank dat op grond van de verklaringen niet kon worden staande gehouden dat er wilsovereenstemming is bereikt over een gezamenlijke kortingsactie. Ook uit de advertentie bleek

---

133. CBB 28 mei 2004, AB 2004, 449.

134. Mededeling van 14 januari 1998, PbEG 1998, nr. C 9, p. 3.

135. Rb. Rotterdam 24 juni 2005, LJN AT8817.

volgens de rechtbank geen wilsovereenstemming. Het uniforme prijsgedrag liet zich verklaren door de verticale relatie tussen Texaco en de pomphouders waarbij Texaco een adviesprijs vaststelde.

Derhalve oordeelde de rechtbank dat er geen horizontale overeenkomst was aange- toond die ertoe strekte de mededinging te beperken. De rechtbank vernietigde derhalve het boetebesluit.

In de zaak van de Bredase notarissen en in de zaak NEA toetste de rechter vol de omvang van de boete. In de zaak Texaco toetste de rechter vol de vraag of er wel van een overtreding van de Mw sprake was. Op die onderdelen behoort de rechter ook vol te toetsen. Ten aanzien van de vraag of er bij overtreding van de Mw een boete moet worden opgelegd, dient hij zich echter terughoudend op te stellen.

### **3.9 Invordering**

#### *3.9.1 Betalingstermijn*

Op grond van artikel 67 lid 1 Mw – via artikel 81 Mw ook van toepassing op boetes op grond van hoofdstuk 8 Mw – dient een boete binnen dertien weken betaald te worden nadat de sanctiebeschikking in werking is getreden.

Artikel 4.4.1.3 lid 1 van de vierde tranche bepaalt dat betaling moet plaatsvinden binnen zes weken na bekendmaking van de boetebeschikking, tenzij de beschikking een ander tijdstip vermeldt.

In de wijzingen van de Mw naar aanleiding van de evaluatie van die wet is voorgesteld om in de Mw aansluiting te zoeken bij de vierde tranche en dus de inwerkingtreding als startpunt voor de betalingstermijn te vervangen door de bekendmaking.<sup>136</sup>

#### *3.9.2 Aanmaning*

Op grond van artikel 67 lid 2 Mw wordt na het verstrijken van bovengenoemde beta- lingsstermijn de boete vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag waarop de wettelijke betalingstermijn is verstreken.

Deze toevoeging is door de wetgever uitdrukkelijk opgenomen met het oog op de schorsende werking van bezwaar of beroep. Het aanwenden van rechtsmiddelen zou bij een ontbreken van lid 2 immers alleen al aantrekkelijk kunnen zijn vanwege het daarmee te behalen rentevoordeel.<sup>137</sup>

Dekker is van oordeel dat deze bepaling haar doel voorbij schiet. Zij constateert terecht dat de wet het begin van de betalingstermijn – en daarmee dus indirect ook de verplichting tot betaling van wettelijke rente – koppelt aan de inwerkingtreding van de boetebeschikking. In de visie van Dekker brengt de schorsing van de werking van de

---

136. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 2, p. 6.

137. MvT, p. 93-94.



boetebeschikking die volgt uit het instellen van rechtsmiddelen<sup>138</sup> met zich dat de betalingstermijn en de renteverplichting evenmin een begin nemen, want evenzeer geschorst worden.

Ik meen dat deze opvatting, hoewel origineel, toch niet juist is. De schorsende werking van bezwaar en beroep maakt namelijk niet dat de inwerkingtreding, maar slechts dat de werking van een besluit wordt geschorst. Het tijdstip van de inwerkingtreding van een besluit kan per besluit verschillen. Indien het besluit niet zelf een tijdstip van inwerkingtreding aangeeft en de regeling die aan het besluit ten grondslag ligt evenmin, mag worden aangenomen dat de inwerkingtreding samenvalt met de bekendmaking van het besluit. Vanaf dat moment van inwerkingtreding krijgt het besluit werking, hetgeen betekent dat het ook daadwerkelijk ten uitvoer kan worden gelegd. Het is deze tenuitvoerlegging – het handelen op basis van en binnen de grenzen van het in werking getreden besluit – die door een schorsende werking wordt gedwarsboomd en niet de inwerkingtreding zelf.<sup>139</sup>

Zoals hiervoor al is gesignaleerd, wordt in de vierde tranche de betalingstermijn – en daarmee aldus artikel 4.4.2.2 ook de verplichting tot rentebetaling – gekoppeld aan het moment van bekendmaking van de boetebeschikking.

Artikel 4.4.2.3 bepaalt dat het bestuursorgaan het bedrag aan wettelijke rente bij afzonderlijke beschikking vaststelt. Uit de toelichting op dit artikel blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is dat het bestuursorgaan verplicht is tot het nemen van een dergelijke beschikking wanneer het zelf rente moet betalen, maar dat een beschikking *mag* worden genomen indien de burger de rente moet voldoen. Om misverstanden te voorkomen lijkt het mij wenselijk indien die bedoeling ook met zoveel woorden wordt neergelegd in de wet.

Lid 3 van artikel 76 Mw bepaalt dat een aanmaning wordt verzonden met aanzegging alsnog binnen twee weken de boete, vermeerderd met voornoemde rente en de aanmaningskosten, te betalen.

De vierde tranche bevat eveneens een regeling inzake aanmaning. Die regeling is meer uitgebreid dan de bepalingen in de Mw. Zo is in artikel 4.4.4.1.1 het beginpunt van de tweewekentermijn neergelegd, namelijk de dag na die waarop de aanmaning is toegezonden. In artikel 4.4.4.1.2 zijn zelfs de aanmaningskosten gespecificeerd, namelijk € 6 indien de schuld minder dan € 454 bedraagt en € 14 indien de schuld € 454 of meer bedraagt.

### 3.9.3 *Dwangbevel*

Om de doelmatigheid van de inning te vergroten voorzien diverse bijzondere wetten thans in de mogelijkheid dat het bestuursorgaan zichzelf een executoriale titel verschaft, door middel van het uitvaardigen van een dwangbevel. Zo voorziet artikel

---

138. Uit CBB 9 april 2003, LJN AF7441 blijkt dat niet ook het hoger beroep hieronder wordt begrepen.

139. C.T. Dekker, Boete en wettelijke rente: vanaf wanneer verschuldigd?, M&M 2003, p. 203.

68 Mw in de mogelijkheid van invordering bij dwangbevel, welk dwangbevel op grond van lid 2 een executoriale titel oplevert.

In de vierde tranche is er uitdrukkelijk voor gekozen om deze bijzondere bevoegdheid niet door middel van een algemene bevoegdheidsgrondslag in de Awb voor alle gevallen aan alle bestuursorganen toe te kennen.<sup>140</sup> Het gaat om een vérgaande bevoegdheid, omdat met behulp daarvan – anders dan in het civiele recht – zonder tussenkomst van de rechter betaling kan worden afgedwongen. Invordering bij dwangbevel blijft daarom slechts mogelijk indien de bevoegdheid daartoe bij bijzondere wet, dan wel in de Awb voor een bijzondere categorie van gevallen, is toegekend. Dat is dan het geval bij de invordering van kosten van bestuursdwang, bestuurlijke dwangsommen en bestuurlijke boeten.

### 3.9.4 *Verzet*

Om fouten in het dwangbevel en bij de tenuitvoerlegging daarvan te voorkomen of te herstellen, kennen bijna alle desbetreffende wetten een specifieke regeling inzake verzet. Een opvallend verschil daarbij is dat een deel van deze wetten (onder meer in artikel 5:26 Awb) verzet openstelt tegen het dwangbevel – vaak gebonden aan een termijn die begint te lopen op het moment van betekening – terwijl andere wetten het verzet koppelen aan de tenuitvoerlegging van het dwangbevel. In het laatste geval is het verzet in beginsel niet aan een termijn gebonden. Een voorbeeld van een op deze wijze ingerichte regeling is te vinden in de Invorderingswet 1990.

De Mw is een voorbeeld van de eerstgenoemde regeling, nu op grond van artikel 68 lid 3 Mw tegen het dwangbevel gedurende zes weken na de dag van betekening daarvan verzet kan worden aangetekend door dagvaarding.

In de vierde tranche is onder ogen gezien dat het dwangbevel een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan is, die wordt gegeven krachtens een op de wet gebaseerde publiekrechtelijke bevoegdheid. Het rechtsgevolg bestaat uit de titel die het bestuursorgaan zich door het dwangbevel verschafft om een krachtens een publiekrechtelijke regeling ontstane schuld met dwang in te vorderen. Aldus komt het dwangbevel in beginsel in aanmerking voor bezwaar en beroep bij de bestuursrechter. Er is in de vierde tranche niettemin voor gekozen om de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op dit terrein te handhaven. In executiegeschillen gaat het vooral om praktische vragen die niet of nauwelijks verschillen van de vragen die zich voordoen bij de executie van privaatrechtelijke geldvorderingen. In verband met de bestaande expertise daaromtrent bij de burgerlijke rechter verdient het in de ogen van de regering de voorkeur diens bevoegdheid inzake die geschillen te handhaven.

Wat betreft de verzetstermijn, die is gekoppeld aan de betekening van het dwangbevel, kan het natuurlijk wel eens voorkomen dat de executie pas plaatsvindt op een tijdstip waarop geen verzet meer mogelijk is. Uit een oogpunt van rechtsbescherming is dat

---

140. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 23.

ongewenst. In de vierde tranche wordt daarom een voorkeur uitgesproken voor de verzetregeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waar in artikel 438 Rv niet met zoveel woorden wordt gesproken over de mogelijkheid van ‘verzet’, maar een regeling wordt gegeven inzake ‘geschillen die in verband met een executie rijzen’. Een termijn wordt daarbij niet genoemd.<sup>141</sup>

Verzet vindt dus plaats bij de gewone (burgerlijke) rechter. Tegen de uitspraak op het verzet staan hoger beroep en beroep in cassatie open.<sup>142</sup>

### 3.9.5 *Schorsende werking*

Het verzet schorst de tenuitvoerlegging, aldus ondubbelzinnig artikel 68 lid 4 Mw.

In de vierde tranche is van schorsende werking van het verzet geen sprake. Desnoods moet de overtreder maar een executie-kort geding aanhangig maken om die schorsing alsnog te bewerkstelligen.<sup>143</sup>

### 3.9.6 *Verjaring*

Zoals hiervoor al uitgebreid besproken, kent de Mw enkele vervaltermijnen voor wat betreft de bevoegdheid om voor bepaalde overtredingen een boete op te leggen. Deze vervaltermijnen moeten duidelijk worden onderscheiden van de verjaringstermijnen die gelden voor het kunnen innen van een eenmaal (binnen de vervaltermijn) opgelegde boete.

De Mw bevat – evenals de meeste andere administratiefrechtelijke regelingen<sup>144</sup> – omtrent deze verjaring geen specifieke regels.

In de praktijk wordt voor de bepaling van de verjaringstermijn terzake van bestuursrechtelijke geldschulden aansluiting gezocht bij de regeling in het Burgerlijk Wetboek. Daartoe dient als kapstok artikel 3:326 BW dat bepaalt dat de ‘voorafgaande artikelen’ – bedoeld is titel 11 van boek 3 BW waarin het onderwerp ‘rechtsvorderingen’ aan de orde is – buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing vinden, voor zover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Deze schakelbepaling geldt, hoewel zij niet is ontworpen met het oog op het bestuursrecht, in beginsel ook voor dit rechtsgebied.

Over de reikwijdte van artikel 3:326 BW, in het bijzonder omtrent de toepasselijkheid van de regeling van titel 11 van boek 3 BW over bevrijdende verjaring in het bestuursrecht, bestaat in rechtspraak en literatuur geen eenstemmigheid.<sup>145</sup>

---

141. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 24.

142. Het verzet kan uitsluitend betrekking hebben op de executorialie titel, niet op de geldigheid van de boete als zodanig. Tegen deze beschikking heeft immers reeds bezwaar en beroep opengestaan op grond van de Awb.

143. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 63.

144. Een uitzondering is art. 27 Invorderingswet 1990.

145. Zie bijvoorbeeld B.P.M. van Ravels, Recente ontwikkelingen op het gebied van het schadevergoedingsrecht in ambtenarenzaken, TAR 1996, p. 421-437; C. Bollen, De Centrale Raad van Beroep en (privaatrechtelijke) verjaringstermijnen, JB 1997, p. 495-500; CRvB 19 oktober 1995, Gst. 1997, 3; HR 28 juni 2002, AB 2003, 102, JB 2002, 265.

Recent is met name de vraag gerezen op welke wijze stuiting van een verjaring van bestuursrechtelijke geldschulden moet plaatsvinden. Op grond van de bepalingen in het BW kan stuiting voortvloeien uit een erkenning door de schuldenaar van het recht van de schuldeiser, een schriftelijke aanmaning of mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt, of een daad van rechtsvervolging (voor de burgerlijke rechter) instelt. Deze stuiting betekent dat in beginsel de oorspronkelijke verjaringstermijn opnieuw gaat lopen. Bestaat de stuiting evenwel uit het instellen van een eis die vervolgens wordt toegewezen, dan geldt op grond van artikel 3:24 BW een verjaringstermijn van twintig jaar.

In het arrest Hashish/Haarlemmermeer<sup>146</sup> heeft de Hoge Raad beslist dat een dwangbevel tot invordering, dat ondanks verzet (of bij gebreke daarvan) stand houdt, niet gelijk te stellen valt met het instellen van een eis die toegewezen wordt zoals bedoeld in artikel 3:24 BW.

In zijn noot onder dit arrest betoogt Snijders dat het dwangbevel als executoriale titel een zelfde status zou moeten krijgen als de rechterlijke toewijzing van een vordering. Dat de overheid vanwege haar speciale positie daarmee gemakkelijker dan de burger een executoriale titel kan verkrijgen, is zijns inziens een politieke beslissing in het licht waarvan het voor de hand zou liggen om aan te sluiten bij de status die andere executoriale titels in het verjaringsrecht hebben gekregen, derhalve die van artikel 3:324 BW, dat voor rechterlijke uitspraken een verjaringstermijn van twintig jaren hanteert.

De vierde tranche lijkt de visie van de Hoge Raad echter te ondersteunen. In artikel 4.4.3.2 worden als gronden voor stuiting aangegeven de erkenning en het instellen van een daad van rechtsvervolging. In artikel 4.4.3.3 worden daaraan toegevoegd een aanmaning (als bedoeld in artikel 4.4.4.1.1), een beschikking tot verrekening en een dwangbevel. Na een dergelijke stuiting gaat de oorspronkelijke termijn opnieuw lopen.

Artikel 4.4.3.7 acht de bijzondere termijn van artikel 3:324 BW echter alleen van toepassing als de stuiting geschiedt door de instelling van een eis die door toewijzing is gevolgd.

‘Het derde lid regelt dat geen nieuwe verjaringstermijn begint te lopen als de verjaring is gestuit door het instellen van een eis (bij de burgerlijke rechter) die door toewijzing is gevolgd. In dat geval is artikel 3:324 BW van toepassing, dat voor rechterlijke uitspraken een verjaringstermijn van in beginsel twintig jaren regelt, waarover HR 28 juni 2002, AB 2003, 102, JB 2002, 265.’

De door Snijders eveneens in voornoemde annotatie aan de orde gestelde vraag of de verjaringstermijn gestuit of geschorst wordt door het instellen van verzet tegen een dwangbevel<sup>147</sup> kan eenvoudig worden beantwoord. Voor stuiting bestaat geen ruimte nu deze handeling naar haar aard slechts door de schuldeiser verricht kan worden. Schorsing

---

146. HR 28 juni 2002, NJ 2003, 676 m.nt. HJS, AB 2003, 102 m.nt. FvO, JM Milieurecht 2003, p. 4 (Jobine A.B. van 't Westeinde) en JB 2003, 265 m.nt. GEvM.

147. Zoals J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, Deventer W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 282 en 289 betoogt.

in de zin van verlenging voor (minimaal) de duur van de verzetprocedure, is wel aan de orde, dit van rechtswege op de voet van artikel 5:35 lid 2 juncto artikel 5:26 lid 4 Awb. De Hoge Raad heeft dit recent onderstreept in het arrest Ploegmakers/Maasdonk,<sup>148</sup> niettegenstaande de andersluidende opvatting die in de literatuur is verdedigd.<sup>149</sup>

Daarmee lijken de vragen rondom de verjaring en stuiting grotendeels beantwoord.

### **3.10 Ontvangst**

De eenmaal ontvangen boetes zullen toekomen aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, aldus artikel 5.0.10 van de vierde tranche.<sup>150</sup> De Mw bevat terzake geen bijzonder voorschrift.

---

148. HR 18 februari 2005, RvdW 2005/33.

149. C. IJdema, De invordering van (verbeurde) bestuurlijke dwangsommen, Gst. (2002) 7174, p. 588.

150. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2, p. 10.



## 4 Aanbevelingen

De hiervoor gegeven beschrijving van de werking van het boetesysteem in de Mw en de vergelijking van dat systeem met de voorstellen uit de vierde tranche heeft diverse interessante gezichtpunten opgeleverd, met name op de onderdelen waar beide regelingen voor verschillende benaderingen hebben gekozen. De – in mijn ogen – meest belangrijke aandachtspunten wil ik nog kort aanstippen.

Ik heb grote moeite met de stigmatiserende aanduiding ‘overtreder’ die de vierde tranche al toekent aan een verdachte alvorens zelfs maar een bestuursorgaan – laat staan een rechter – enige beslissing ter zake heeft genomen. Ik voel veel meer voor de genuanceerde (neutrale) bewoordingen die de Mw in dit opzicht hanteert. Ik wil dan ook voorstellen om in de boetebepalingen van de vierde tranche het woord ‘overtreder’ te vervangen door ‘verdachte’.

In de tweede plaats acht ik onwenselijk de onduidelijkheid die in het systeem van de vierde tranche kan bestaan ten aanzien van het begin van de in artikel 6 EVRM bedoelde redelijke termijn. Waar in de Mw in alle gevallen een boeterapport wordt opgemaakt en de toezending van dat rapport aan de verdachte het begin van die termijn betekent, kan in de vierde tranche de termijn op verschillende momenten beginnen te lopen. Teneinde verwarring te vermijden, stel ik voor in de vierde tranche voor het bestuursorgaan de verplichting op te nemen om bij het begin van de vervolging de verdachte daarvan schriftelijk in kennis te stellen.

Zowel in de Mw als in de vierde tranche bestaat niet alleen de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om een boete op te leggen, maar ook om te beslissen dat ondanks het feit dat een verdachte een overtreding heeft begaan ter zake toch geen boete zal worden opgelegd. Mijn voorstel is om bij wet te bepalen dat in geval tegen een verdachte enige bestuursrechtelijke vervolging heeft gelopen, dit vervolgingstraject moet worden afgesloten met een beschikking waaruit blijkt ofwel een boeteoplegging, ofwel een afzien van boeteoplegging ofwel een vrijspraak. Tegen die laatste beschikking zal voor de verdachte uiteraard geen rechtsmiddel open hoeven staan, tegen de eerste beschikking uiteraard wel, maar ook tegen de tweede beschikking moet kunnen worden opgekomen, nu de verdachte er wel degelijk belang bij kan hebben om niet als overtreder te worden gekwalificeerd.

Ten slotte ben ik van oordeel dat evenals in de Mw in de vierde tranche het beginsel van schorsende werking van bezwaar en beroep tegen boetebeschikkingen moet worden geïntroduceerd. Er zijn geen goede gronden om van die schorsende werking af

te zien, terwijl er wel zeer goede gronden zijn om haar in te voeren. Voor wat de Mw betreft, zou die schorsing zich overigens ook moeten uitstrekken tot de bekendmaking van de boetebeschikking, nu die een integraal onderdeel uitmaakt van de strafoplegging zelf.



# Stellingen

1. In de boetebepalingen van de vierde tranche, afdeling 5.4.2, moet het woord 'overtreder' worden vervangen door 'verdachte'.
2. In de vierde tranche moet worden bepaald dat in geval tegen een verdachte enige bestuursrechtelijke vervolging heeft gelopen dit vervolgingstraject in alle gevallen moet worden afgesloten met een beschikking.
3. Evenals in de Mededingingswet moet in de vierde tranche het beginsel van schorsende werking van bezwaar en beroep tegen boetebeschikkingen worden geïntroduceerd.



# Verlag Jonge VAR Bijeenkomst 2005

Hierna volgt een verkorte weergave van de discussies naar aanleiding van de preadviezen. De discussie werd geleid door Lex Michiels, voorzitter van de VAR. Het verslag is opgesteld door Jerfi Uzman (Universiteit Leiden).

Na korte inleidingen door de drie preadviseurs opent de *voorzitter* de discussie.

Als eerste vraagt de heer *Caderius van Veen* het woord. Inzake het pleidooi in het preadvies van mevrouw Den Houdijker, om de begrippen *criminal charge* en *punitieve sanctie* gelijk te trekken, wijst hij erop dat nogal moeilijk is vast te stellen wat precies een 'lichte' bestuurlijke boete is en wat niet. Is het gevaar niet te groot dat men zo op een glijdende schaal gaat belanden? Hij pleit daarom, onder verwijzing naar literatuur van Duk en Damen, voor het 'oude systeem' waarin het criterium van leedtoevoeging centraal staat. Slechts wanneer aan een sanctie geen enkel punitief aspect kleeft, is sprake van een reparatoire sanctie.

Mevrouw *Den Houdijker* wijst erop dat in de rechtspraak, anders dan volgens de door Duk geformuleerde gedachten, sancties met leedtoevoegende elementen desalniettemin regelmatig worden aangemerkt als reparatoire maatregel. Zij erkent dat de vraag of en wanneer sprake is van een *criminal charge* een moeilijke is, maar pleit ervoor om de beantwoording van deze vraag aan het EHRM te laten.

Ter aanvulling op zijn eerdere betoog wijst *Caderius van Veen* er nog op dat, recenter dan Duk, Albers het leedtoevoegend criterium als een *materieel criterium* heeft aangemerkt. Volgens *Caderius van Veen* is dit criterium duidelijk.

De *voorzitter* wijst erop dat, wanneer het oogmerk van een sanctie tweeledig is, de maatregel mede, maar niet uitsluitend punitief hoeft te zijn.

Volgens mevrouw *Den Houdijker* worden bij de intrekking van een vergunning diverse elementen afgewogen. Zij wijst op de APK-jurisprudentie waarbinnen de intrekking van een vergunning voorheen als punitief, maar recent als reparatoir werd aangemerkt. Zij signaleert een tendens dat de rechter vaker het reparatoire 'etiket' op maatregelen plakt.

De heer *Verwayen* vraagt zich af hoe in concreto door de bestuursrechter moet worden vastgesteld dat sprake is van een punitieve sanctie. Hij wijst erop dat het bestuurs-

orgaan maatregelen veelal als puur reparatoir presenteert, ook wanneer bijvoorbeeld de intrekking van een vergunning voor een zekere periode aan de orde is.

Mevrouw *Blomberg* stelt vast dat men er in de literatuur tot dusver van uitgegaan is, dat wanneer sprake is van een *punitieve sanctie*, óók gesproken kan worden van een *criminal charge*. Zij signaleert dat mevrouw Den Houdijker deze situatie omdraait en vraagt zich af of dat zinnig is. Bereikt men daarmee wel de gewenste aansluiting bij de jurisprudentie van het EHRM? Het begrip *criminal charge* omvat immers elke strafvervolgning, óók die sancties die in het Nederlandse recht als reparatoire maatregel worden aangemerkt. In de visie van mevrouw Den Houdijker zouden deze maatregelen plotseling als punitief worden aangemerkt. Gelijkstelling lijkt mevrouw Blomberg daarom niet de oplossing. Wanneer het uitgangspunt is dat niet alle bestuurlijke boeten dezelfde rechtsbescherming moeten genieten, en dus niet elke (lage) boete een punitieve sanctie is, hoe rijmt men dat dan, zo vraagt zij zich af, met het feit dat het enige oogmerk en doel van de boete bestaat uit leedtoevoeging?

Mevrouw *Den Houdijker* kiest, zo onderstreept zij, een andere benadering. De etiketten *punitief en reparatoir* geven in haar visie inderdaad vooral een verschillend niveau van bijbehorende rechtsbescherming weer. Een lage bestuurlijke boete zou in haar model inderdaad niet als *criminal charge* en dus ook niet als punitieve sanctie worden aangemerkt. Maar is dat dan zo nodig, zo vraagt zij zich af. De etiketten *punitief en reparatoir* zijn immers geen doel op zich.

Mevrouw *Blomberg* is desalniettemin van mening dat mevrouw Den Houdijker de zaken nodeloos ingewikkeld maakt. Haar model sluit in de visie van Blomberg niet aan bij het strafrecht, en dat zou, in een tijd van harmonisering, wel wenselijk zijn. De heer *Sluysmans* geeft, onder verwijzing naar zijn eigen preadvies, aan met beide opties moeite te hebben. Liever wat te veel rechtsbescherming bij lichte bestuurlijke boeten, dan de, zijns inziens gevaarlijke, weg te gaan van bepaalde sancties van minder rechtsbescherming te voorzien. Men heeft bij het bepalen van de grens tussen 'lichte' en 'zware' boeten immers nauwelijks houvast. De heer *Caderius van Veen* sluit zich daar bij aan.

De *voorzitter* concludeert dat het zowel mevrouw Blomberg als mevrouw Den Houdijker niet gaat om het etiket 'punitief', maar om het niveau van rechtsbescherming.

Mevrouw *Van der Sande* vraagt zich af of de rechtsbescherming in het geval van reparatoire maatregelen nu werkelijk tekort schiet. Buiten het vreemdelingenrecht toetst de bestuursrechter normaal gesproken toch niet erg marginaal bij reparatoire maatregelen?

Mevrouw *Den Houdijker* denkt daar anders over. In het geval van ingrijpende reparatoire maatregelen schiet de toetsing van de rechter op sommige punten, zoals de vaststelling van feiten en de evenredigheidstoetsing, tekort.

Mevrouw *Ohoioloen* voert een voorbeeld uit de praktijk van het ministerie van EZ aan. Volgens haar worden bij overtredingen van de Telecommunicatiewet steeds vaker de

instrumenten van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom ingezet. Het oogmerk van het bestuursorgaan is daarbij niet leedtoevoeging. Overtreders zullen een dergelijke (vaak hoge) boete, wel als leedtoevoegend ervaren. Naar haar mening is het criterium van leedtoevoeging dus niet valide om te bepalen of van een punitieve, danwel van een reparatoire sanctie sprake is.

Het is volgens mevrouw *Den Houdijker* ook niet zo dat per definitie elke, als leedtoevoegend ervaren sanctie een *punitieve* sanctie is. Zij wijst erop dat het besef langzamerhand begint door te dringen dat er meer oog dient te zijn voor de effecten van leedtoevoeging. Zij wijst op hetgeen Hazewindus heeft opgemerkt, namelijk dat de enkele ingrijpendheid van een sanctie een mooi, maar onwerkbaar uitgangspunt zou zijn. Mevrouw Den Houdijker ziet meer in een model dat aansluit bij de Straatburgse jurisprudentie, waarbij zowel aard als zwaarte van de sanctie een rol spelen bij de vraag welk niveau van rechtsbescherming nodig is.

Mevrouw *Van der Sande* blijft zich afvragen wat er nu dan in het arsenaal van de rechter ontbreekt. Toetst het CBB dan niet behoorlijk intensief in gevallen van handhaving van mededingingsrecht?

De heer *Shuysmans* is van mening dat de wenselijk te achten rechterlijke toetsing in de praktijk niet altijd wordt toegepast. Hij verwijst daarbij naar een voorbeeld uit de eigen praktijk waarin ten onrechte verleende subsidie werd teruggevorderd met vergaande consequenties voor de subsidie-ontvanger, die uiteindelijk zelfs zijn woning moest verkopen. Deze justitiabele probeerde in meerdere instanties de rechter ertoe te bewegen een volle evenredigheidstoets uit te voeren, maar tevergeefs.

Naar de mening van mevrouw *Blomberg* mag de subjectieve ervaring van de justitiabele dat sprake is van (behoorlijk wat) leedtoevoeging niet de doorslag geven. Anders zou immers bestuursdwang óók als punitief kunnen worden aangemerkt. Inzake subsidies is het in haar visie voor de burger vaak niet duidelijk waaróm de rechter intrekking van de subsidiebeschikking als reparatoir aanmerkt. Het gaat haar echter te ver om de rechter een volle evenredigheidstoets te laten uitvoeren wanneer de sanctie ingrijpende gevolgen heeft. De rechter zou dan op de stoel van het bestuur gaan zitten. Bij enkele incidentele gevallen, zoals het door mevrouw Den Houdijker aangehaalde voorbeeld van de ongewenstverklaring van vreemdelingen, zou actie van de wetgever gewenst kunnen zijn.

Mevrouw *Den Houdijker* benadrukt dat zij slechts bepleit dat de rechter de hoogte van een bestuurlijke boete aan een volle evenredigheidstoets onderwerpt, niet de oplegging ervan.

Ook de heer *Verwayen* onderstreept het belang van het feit dat de bestuursrechter, anders dan de strafrechter, een terughoudender rol is toebedeeld. Hij mag zijn oordeel niet in de plaats van dat van het bestuursorgaan stellen.

De *voorzitter* wijst er ten slotte op dat niet het (subjectieve) oogmerk, maar de strekking van een bestuurlijke maatregel bepalend is voor de vraag of van een punitieve sanctie

gesproken kan worden. Juridisch is evenmin relevant hoe de justitiabele de maatregel ervaart. Het draait in feite om een verschil in waarborgen, waarbij met name de volle toetsing en het zwijgrecht centraal staan. Eén van de kernpunten van het preadvies is volgens de voorzitter de vraag naar de mate van rechtsbescherming die moet worden geboden bij bepaalde maatregelen die qua strekking, ongeacht hoe betrokkenen de maatregel ervaren, méér inhouden dan slechts reparatoire elementen. De vraag is nu waar men de grens moet trekken. Hoe bepaal je die maatstaf zonder in subjectieve redeneringen te vervallen? Wanneer is iets ingrijpend en wanneer niet?

Mevrouw *Den Houdijker* meent dat die vraag wel te beantwoorden is, maar niet in zijn algemeenheid. Een pasklaar antwoord heeft zij niet, alleen een aantal voorbeelden. Zij pleit ervoor beantwoording van die vraag over te laten aan de rechter. Deze kan oordelen over concrete gevallen en zo een rechtsontwikkeling op gang brengen.

De *voorzitter* vraagt zich af of de rechter de ingrijpendheid van bepaalde maatregelen niet reeds verdisconteert in zijn beoordeling. Wil men nog een stap verder gaan en *formele* waarborgen introduceren, dan doet zich de vraag voor waar de grens dan moet liggen.

*Pauze*

Na de pauze deelt de heer *Caderius van Veen* mee dat hij zeer te spreken is over de ruime interpretatie van het *ne bis in idem*-beginsel in het preadvies van mevrouw Gabriël, nu dit beginsel naar zijn mening doorgaans veel te beperkt wordt opgevat. Hij wijst op de noodzaak van een universeel criterium bij de cumulatie van sancties. Is het een idee om het strafrechtelijke begrip 'hetzelfde feit' ook in bestuursrecht en privaatrecht te hanteren?

Mevrouw *Gabriël* is het eens met de stelling dat bij een ruime interpretatie van het *ne bis in idem*-beginsel behoefte is aan een universeel criterium. Zij heeft daarvoor geen sluitende oplossing. Wel ziet zij, onder verwijzing naar de parlementaire behandeling van de vierde tranche Awb, aanknopingspunten in de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van artikel 68 Sr. Die aanknopingspunten zijn echter wel sterk strafrechtelijk georiënteerd.

Men moet zich volgens haar vooral de vraag stellen of er tussen twee gedragingen voldoende juridische samenhang bestaat. Is sprake van hetzelfde toepasselijke regelcomplex? Is het object hetzelfde, en hangen de feitelijke gedragingen samen? Bijkomend probleem is de veelheid aan hoogste rechters in het bestuursrecht.

De *voorzitter* noemt een voorbeeld waarin een gedraging zowel door een contractspartij, als door B&W wordt gesanctioneerd. Is in zo'n geval, volgens mevrouw Gabriël, nu sprake van strikt hetzelfde feit? Hoe ruim is de opvatting van mevrouw Gabriël wanneer eenzelfde feit onder twee rechtsnormen valt?

Mevrouw *Gabriël* gebruikt liever het voorbeeld van de certificering van zeeschepen. Daarbij is sprake van zowel een publiekrechtelijk certificaat (de vergunning), als een

privaatrechtelijk (klasse)certificaat. Beide garanderen de veiligheid van het schip. Wanneer het klassecertificaat wordt ingetrokken, leidt dat automatisch tot intrekking van de vergunning.

Een ander voorbeeld is de samenloop van de bestuurlijke boete en de contractuele boete voor hetzelfde feit. Men moet dan kijken naar het complex van toepasselijke regels en de gedraging. Zij voegt daar aan toe dat cumulatie niet per definitie problematisch is, maar dat in een dergelijk geval wel getoetst moet worden op evenredigheid.

De heer *Barkhuysen* vraagt zich af of de private partij zich ook om de evenredigheid dient te bekommeren.

Volgens mevrouw *Gabriël* zou dit wellicht wel moeten, maar aangezien de private partij niet gebonden is aan beginselen van behoorlijk bestuur, vraagt zij zich af hoe dit dan geregeld zou moeten worden. Zij overweegt dat daarbij misschien een rol voor de beginselen van redelijkheid en billijkheid binnen procedures voor de civiele rechter is weggelegd.

Mevrouw *Smits* signaleert in het mededingingsrecht de opkomst van bestuursrechtelijke handhaving naast civielrechtelijke aansprakelijkheid. Zij vraagt zich af hoe de evenredigheidstoets hier vorm dient te krijgen, nu beide fenomenen niet noodzakelijkerwijs gelijktijdig plaats hebben. Hoe dient men bij de bestuursrechtelijke handhaving rekening te houden met eventuele civielrechtelijke schadeclaims?

De heer *Shuysmans* meent dat het feit dat de normovertreder schade dient te vergoeden, diens strafbaarheid niet wegneemt. De schadevergoeding is herstel, de straf punitief. De rechter die de omvang van de straf toetst hoeft dus niet automatisch tot matiging over te gaan. Wel kan met die betaalde schadevergoeding rekening worden gehouden. Mevrouw *Gabriël* sluit zich daar bij aan.

Mevrouw *Van Heukelom* vraagt zich af wat precies het probleem van cumulatie is. Wanneer het bestuursorgaan 'met twee petten op' handhaaft, is de tweewegenleer gewoon van toepassing. Een andere mogelijkheid is dat een derde náást het bestuursorgaan de mogelijkheid heeft om te sanctioneren op basis van een contractuele relatie. Zij acht cumulatie in een dergelijk geval geen probleem.

Mevrouw *Gabriël* is eveneens van mening dat het eerste geval, dankzij de tweewegenleer, geen problemen oplevert. In het tweede geval echter hecht men, althans in haar optiek, te veel waarde aan de veronderstelling dat de burger voor een contractuele relatie heeft gekozen. Met name in de sfeer van certificering kan dat soms tot schrijnende situaties leiden.

De *voorzitter* voegt daar aan toe dat het mogelijk is dat de overheid de burger dwingt tot het aangaan van bepaalde civiele overeenkomsten. In een dergelijk geval is het niet meer dan normaal dat diezelfde overheid daarmee rekening houdt wanneer cumulatie aan de orde is.

Mevrouw *Van Heukelom* is het daarmee eens, maar wijst er ter afsluiting nog op dat de evenredigheid aan de orde komt bij de vraag wat het bestuursorgaan met de oplegging van de sanctie wil bereiken.

De heer *Lauwerier* is het niet met mevrouw Gabriël eens wanneer zij stelt dat het intrekken van een publiekrechtelijke vergunning tijdens of na de intrekking van een civielrechtelijk certificaat zou kunnen leiden tot strijd met het beginsel van *ne bis in idem*. De wetgever heeft er in zijn optiek immers expliciet voor gekozen de publiekrechtelijke vergunning afhankelijk te maken van het certificaat, juist omdat de overheid zélf de expertise mist die de certificeerder wél in huis heeft. Wanneer men hier dus van dubbele sanctionering spreekt, is dat de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest. De cumulatie volgt uit het systeem.

Mevrouw *Gabriël* geeft aan dat de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel moeilijkheden oproept in het geval van bestuursrechtelijke sancties. Zij maakt een onderscheid tussen toepassing van dit beginsel en de vraag of op evenredigheid getoetst moet worden. Dat laatste moet, naar haar mening, inderdaad gebeuren in gevallen waarin sprake is van afzonderlijke certificaten en vergunningen, en beide worden ingetrokken.

De heer *Caderius van Veen* wijst erop dat de wetgever in de toelichting bij de vierde tranche Awb uitdrukkelijk heeft aangegeven het voorkomen van cumulatie als uitgangspunt te hanteren.

Mevrouw *Blomberg* zegt dat dit uitgangspunt betrekking heeft op het voorkomen van zich opstapelende procedures. Het doel van een certificaat is volgens haar, het waarborgen van betrouwbaarheid. Een intrekking daarvan omdat men niet aan bepaalde eisen voldoet is daarom, in haar optiek, altijd reparatoir.

Mevrouw *Van Blommestein* vraagt zich af of een belangenafweging bij de intrekking van een certificaat en een vergunning nog wel noodzakelijk is, wanneer het certificaat een noodzakelijke voorwaarde was voor de vergunning. Deze dubbele intrekking zou dan toch al verdisconteerd zijn in de belangenafweging van de wetgever?

Mevrouw *Blomberg* heeft een vraag ten aanzien van de stelling van mevrouw Gabriël, dat het evenredigheidsbeginsel een duidelijker plaats verdient in hoofdstuk 5 van de Awb. Biedt artikel 3:4 lid 2 Awb niet voldoende garanties? Wel is het de vraag welke niet-bestuursrechtelijke sancties in een belangenafweging met betrekking tot een bestuursrechtelijke sanctie relevant kunnen zijn. Strafrechtelijke sancties zijn dat wel, civiele volgens mevrouw Blomberg niet, althans niet voorzover de overheid de binding van de burger aan civiele sancties niet verplicht heeft gesteld. Aanvulling van hoofdstuk 5 lijkt haar dan ook niet noodzakelijk.

Overgegaan wordt tot bespreking van het preadvies van de heer Sluysmans.

De heer *Barkhuysen* geeft aan dat hij het preadvies van de heer Sluysmans met veel plezier heeft gelezen. Hij vraagt zich echter af hoe ver Sluysmans gaat met zijn plei-



doei tegen ‘*naming and shaming*’. Moet de Nma, wanneer onderzoek wordt gedaan en een sanctie wordt opgelegd, dergelijke informatie gedurende het gehele besluitvormingstraject onder de pet houden?

Volgens de heer *Sluysmans* vraagt dit onderwerp om een genuanceerde benadering. Het zou af kunnen hangen van de vraag of er derdebelanghebbenden in het geding zijn. Het merendeel van de boetes die de NMa oplegt, heeft betrekking op zaken waarin slechts sprake is van één betrokkene. In dat geval kan men zich afvragen welk belang met openbaarmaking wordt gediend.

De heer *Barkhuysen* wijst erop dat het volgens Straatburgse jurisprudentie onder artikel 6 EVRM mogelijk is dat bestuursorganen, wanneer zij overtredingen vaststellen, dergelijke constatering openbaar kunnen maken. Wel gelden in dat geval strenge eisen inzake zorgvuldigheid. Hij vraagt zich af of het niet mogelijk is het beste van twee werelden te combineren: het zo spoedig mogelijk informeren van de markt, zonder de gesanctioneerde onnodig te criminaliseren en daardoor schade toe te brengen.

De heer *Sluysmans* is het met die conclusie eens, zij het dat hij aangeeft meer waarborgen voor de overtreder te willen zien dan die volgen uit de jurisprudentie van het Straatburgse Hof.

Mevrouw *Ohoioeloen* vraagt zich af of informatie over geconstateerde overtredingen en opgelegde sancties niet via de Wob is op te vragen bij de NMa.

De *voorzitter* wijst erop dat het probleem meestal in de onderzoeksfase speelt, nog vóór er een beschikking is. Het enkele bekendmaken van het feit dat er een handhavingsonderzoek loopt kan al leiden tot schade.

Hij vraagt zich verder af of schorsende werking voor alle boeten wel een verstandig voorstel is.

Volgens de heer *Sluysmans* gaat het idee om in beginsel *geén* schorsende werking toe te kennen aan boetebeschikkingen uit van een verkeerde veronderstelling. Het instrument van de schorsing wordt in het strafrecht en in de Mededingingswet gebruikt. Waarom zou men van dat systeem in de vierde tranche Awb afwijken? En welk belang is gediend met onmiddellijke invordering?

De heer *Hes* geeft aan dat bij grote bedragen veelal al geschorst wordt.

De *voorzitter* wijst op het belang van effectieve handhaving. Het ontbreken van schorsing past in een lik-op-stukbeleid, en heeft inderdaad minder de strekking van rechtsbescherming.

De heer *Hes* voegt daar aan toe dat men invordering van de boete middels een procedure jaren kan rekken wanneer de boete schorsende werking zou hebben.

De heer *Sluysmans* vraagt zich in dat geval af of de traagheid van rechterlijke instanties voor rekening van de burger dient te komen. Hij meent – de vraag stellen is hem beantwoorden – uiteraard van niet.

Vervolgens begint de stemming inzake de verschillende stellingen van de preadviseurs.

**Stelling 1 (Den Houdijker)**

*‘Om te bepalen of een sanctie punitief van aard is, dient de Nederlandse bestuursrechter aansluiting te zoeken bij de criteria van het EHRM waarmee laatstgenoemde bepaalt of het opleggen van een bestuurlijke sanctie een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM vormt. Het begrip punitief dient aldus te worden voorbehouden als vertaling van het begrip criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM.’*

Een grote meerderheid is het met deze stelling niet eens.

**Stelling 2 (Den Houdijker)**

*‘De “ingrijpendheid” van een sanctie zou een grotere rol moeten spelen bij het bepalen van het vereiste niveau van rechtsbescherming ten aanzien van de desbetreffende sanctie.’*

Een meerderheid is vóór deze stelling.

**Stelling 3 (Den Houdijker)**

*‘Lichte bestuurlijke punitieve sancties dienen te worden uitgesloten van de bescherming van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM, en komen alleen in aanmerking voor de basale “civil rights and obligations”-rechtsbescherming van artikel 6 lid 1 EVRM. Het EHRM moet hiertoe de Morel-jurisprudentie verder uitbouwen.’*

Bij deze stelling staken de stemmen.

**Stelling 4 (Den Houdijker)**

*‘Ten aanzien van ingrijpende bestuurlijke sancties, die niet als criminal charge kunnen worden aangemerkt, dient een hoger niveau van rechtsbescherming te gelden dan het basale, zoals dat thans op grond van artikel 6 lid 1 EVRM “civil rights and obligations” vereist is, zonder echter dat de leden 2 en 3 van deze bepaling van toepassing worden. Het Hof moet daartoe een gedifferentieerde uitleg geven aan de rechtsbeschermingvereisten op grond van artikel 6 lid 1 EVRM “civil rights and obligations”.’*

Met deze stelling is een meerderheid het niet eens.

**Stelling 5 (Den Houdijker)**

*‘Het toepassingsregime van artikel 6 EVRM dient te worden verruimd. Alle bestuursrechtelijke procedures dienen onder de bescherming van artikel 6 EVRM (civil rights and obligations) te vallen. De Nederlandse wetgever en waar mogelijk de rechter zouden daarvan in ieder geval moeten uitgaan.’*

De stemmen staken bij deze stelling.

**Stelling 1 (Gabriël)**

*'Het vraagstuk van cumulatie van sancties wordt in de meeste gevallen door juristen te eng geïnterpreteerd.'*

Bij deze stelling staken de stemmen (met veel onthoudingen).

**Stelling 2 (Gabriël)**

*'De Awb-wetgever heeft vooralsnog ten onrechte weinig aandacht besteed aan cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties.'*

Een meerderheid is het met deze stelling niet eens.

**Stelling 3 (Gabriël)**

*'De in het wetsvoorstel vierde tranche Awb opgenomen bepalingen ten aanzien van cumulatie zijn te beperkt.'*

Een meerderheid is het met deze stelling niet eens.

**Stelling 4 (Gabriël)**

*'Het verdient aanbeveling het evenredigheidsbeginsel en het ne bis in idem-beginsel een duidelijke plaats te geven in hoofdstuk 5 van de Awb, waarbij de werking van de beginselen niet wordt beperkt tot de bestuurlijke boete.'*

Een grote meerderheid is het met deze stelling niet eens.

**Stelling 5a (Gabriël)**

*'Het evenredigheidsbeginsel geldt wel ten aanzien van cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties.'*

Een kleine meerderheid is het met deze stelling niet eens.

**Stelling 5b (Gabriël)**

*'Het ne bis in idem-beginsel geldt niet ten aanzien van cumulatie van bestuurlijke sancties en privaatrechtelijke sancties.'*

Een grote meerderheid is het met deze stelling eens.

**Stelling 1 (Sluysmans)**

*'In de boetebepalingen van de vierde tranche, afdeling 5.4.2, moet het woord "overtreder" worden vervangen door "verdachte".'*

Een kleine meerderheid is het met deze stelling niet eens.

**Stelling 2 (Sluysmans)**

*In de vierde tranche Awb moet worden bepaald dat in geval tegen een verdachte enige bestuursrechtelijke vervolging heeft gelopen, dit vervolgingstraject in alle gevallen moet worden afgesloten met een beschikking.'*

Na enige discussie tussen preadviseur en voorzitter blijken de stemmen te staken.

**Stelling 3 (Sluysmans)**

*Evenals in de Mededingingswet moet in de vierde tranche het beginsel van schorsende werking van bezwaar en beroep tegen boetebeschikkingen worden geïntroduceerd.'*

Een grote meerderheid is het met deze stelling niet eens.