

Vergaderjaar 2003–2004

29 702

Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING¹

Inhoudsopgave			
I. Algemeen	3	III Bestuurlijke handhaving	73
1. De Awb als aanbouwwet	3	1. De handhaving van het bestuursrecht	73
2. De inhoud van de vierde tranche	4	2. Privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke sancties	75
2.1 Bestuursrechtelijke geldschulden	4	3. De indeling van hoofdstuk 5	75
2.2 Bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete	4	4. Algemene bepalingen over handhaving (Titel 5.1)	76
2.3 Attributie	5	Artikelsgewijs	77
2.4 Openbaarheid van bestuur	6	IV. Herstelsancties	100
2.5 Bestuursrecht, burgerlijk recht en strafrecht	6	1. Inleiding	100
3. Gevolgen voor de bestaande wetgeving	7	2. Van bestuursdwang naar last onder bestuursdwang	100
4. Bestuurslasten	8	3. Wijzigingen voortvloeiend uit titel 4.4 (Bestuursrechtelijke geldschulden)	101
5. Budgettaire gevolgen	9	4. Verhouding van de positie van de derde die om handhaving vraagt	102
6. Opbouw van deze memorie van toelichting	9	5. Cumulatie van besluitmomenten	103
		6. De zelfstandige dwangsombevoegdheid	104
II. Bestuursrechtelijke geldschulden	10	Artikelsgewijs	105
1. Inleiding	10	V. De bestuurlijke boete	117
2. Noodzaak van een algemene regeling	11	1. Aanleiding	117
2.1 Huidige situatie	11	2. Verschillende boetestelsels	120
2.2 Algemene regeling of bijzondere wetgeving	12	3. De opzet van de regeling	121
3. De verhouding van de Awb tot het BW	14	3.1 Algemeen	121
3.1 Algemene uitgangspunten	14	3.2 De procedure	121
3.2 Toepasselijkheid van het BW in het bestuursrecht	14	4. Verdragsrechtelijke eisen	122
3.3 Geen nodeloze verschillen tussen BW en Awb	16	5. Verhouding tot het strafrecht	124
4. Verhouding tot het gemeenschapsrecht	17	6. De bijzondere positie van de rechter bij toetsing van boetebesluiten	127
5. Reikwijdte van de regeling	18	7. De positie van derdebelanghebbenden	128
5.1 Bestuursrechtelijke verplichtingen tot betaling van een geldsom	18	8. Een bestuursrechtelijke transactie?	130
5.2 Twee categorieën van geldschulden	20	9. Bewijs	131
6. De opzet van de regeling	21	10. De bestuurlijke boete en het gemeenschapsrecht	132
7. Rechtsbescherming tegen (dwang)invordering	24	Artikelsgewijs	132
8. Overige wijzigingen	26	VI. Attributie	133
Artikelsgewijs	27	1. Algemeen	155
		2. Attributie aan een persoon of college, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan	155
		3. Politieke verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan	156
		4. Doel van deze regeling	157
		5. De instructiebevoegdheid	158
		6. Inlichtingenplicht	159

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

7. Overige juridische aspecten van attributie aan ondergeschikten	159	VII. Overgangs- en slotbepalingen	165
8. Plaats van de regeling	161	Bijlage 1 Overzicht van wetgeving waarin een dwangbevel-procedure ter invordering van een geldschuld voorkomt	166
9. Schakelbepaling delegatie	161	Bijlage 2 Overzicht van wetgeving waarin een bevoegdheid tot het opleggen Van een bestuurlijke boete voorkomt	168
Artikelsgewijs	161	Bijlage 3 Lijst van adviezen	170
		Register op de artikelen van de Algemene wet bestuursrecht	171
		Register op de artikelen van het wetsvoorstel	174

I. ALGEMEEN

1. De Awb als aanbouwwet

Artikel 107, tweede lid, van de Grondwet draagt de wetgever op algemene regels van bestuursrecht vast te stellen. In de memorie van toelichting bij het eerste gedeelte van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3) is uiteengezet dat deze opdracht wegens haar omvang en complexiteit niet in één keer, maar gefaseerd zal worden uitgevoerd. De Algemene wet bestuursrecht wordt in een aantal «tranches» tot stand gebracht. Men spreekt wel van aanbouwwetgeving. De eerste en de tweede tranche zijn in werking getreden op 1 januari 1994, de derde tranche op 1 januari 1998.

Dit wetsvoorstel bevat de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Het is gebaseerd op een voorontwerp van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Den Haag 1999). Over dit voorontwerp zijn een groot aantal adviezen uitgebracht¹ (zie bijlage 3 voor een lijst). Op deze adviezen wordt waar nodig ingegaan in de desbetreffende onderdelen van deze toelichting. Ook in de literatuur is veel aandacht aan het voorontwerp besteed.

Er zijn ook onderdelen van de Awb die geen deel hebben uitgemaakt van één van deze grote tranches, maar bij afzonderlijke wet aan de Awb zijn toegevoegd. Zo traden tegelijk met de eerste en de tweede tranche twee wetten in werking waarbij de Awb werd aangevuld met een titel 1.2 inzake implementatie van EU-regelgeving, en een afdeling 3.5 inzake de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure. Anderhalf jaar later, op 1 juli 1995, trad in werking de wet tot aanvulling van de Awb met een afdeling 2.2 inzake het gebruik van de Nederlandse en de Friese taal in het openbaar bestuur. Op 1 juli 1999 is de Awb uitgebreid met een hoofdstuk 9, inzake de behandeling van klachten door bestuursorganen. Ook mag niet onvermeld blijven de op 1 september 1999 in werking getreden wet tot herziening van het fiscaal procesrecht, die het uniforme bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Awb ook van toepassing verklaart op de belastingrechtspraak. Hoewel strikt genomen geen uitbreiding van de Awb zelf, betekent laatstgenoemde wet een belangrijke uitbreiding van de werkingssfeer van de Awb en daarmee een belangrijke bijdrage aan de met de Awb beoogde harmonisatie van het bestuursrecht.

Sedert het verschijnen van het voorontwerp voor deze vierde tranche van de Awb (september 1999) zijn voorts nog in werking getreden de Wet kosten bestuurlijke voorprocedures (12 maart 2002), die de Awb aanvulde met een regeling voor de vergoeding van de kosten van rechtsbijstand in bezwaar en administratief beroep en de Eerste evaluatiewet Awb (1 april 2002), waarin een aantal uit de eerste evaluatie van de Awb voortvloeiende kleinere wijzigingen was bijeengebracht. In het Staatsblad verscheen tenslotte nog de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb (Stb. 2002, 54), die de beide thans in de Awb opgenomen openbare voorbereidingsprocedures zal vervangen door één uniforme procedure. Recent bereikten het Staatsblad de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer (Stb. 2004, 214; beoogde inwerkingtreding 1 juli 2004) en de Wet rechtstreeks beroep (Stb. 2004, 220; beoogde inwerkingtreding 1 september 2004).

Naar verwachting zullen ook in de toekomst zowel meeromvattende tranches als afzonderlijke wetsvoorstellen tot aanvulling of wijziging van de Awb tot stand komen. De keuze om een onderwerp afzonderlijk te regelen, dan wel op te nemen in een meeromvattende tranche, kan op diverse gronden berusten. De maatschappelijke of politieke urgentie van een onderwerp kan een reden zijn om niet op het gereedkomen van andere onderwerpen te wachten. Zo betroffen de wetsvoorstellen inzake de taal van het openbaar bestuur en het klachtrecht belangrijke beleidsprioriteiten van de toenmalige bewindslieden van Binnenlandse Zaken en

¹ De adviezen zijn ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer. Zie bijlage 3 van de Memorie van toelichting voor een lijst van instanties die advies hebben uitgebracht.

zijn thans enkele wetsvoorstellen in procedure die voortvloeien uit beleidsprioriteiten van de regering. Omgekeerd kan het gegeven dat een onderwerp naar verwachting omvangrijke aanpassingswetgeving vergt, een indicatie zijn om het te combineren met andere onderwerpen, opdat niet voor elk onderwerp afzonderlijk de gehele bestuursrechtelijke wetgeving behoeft te worden nagelopen.

2. De inhoud van de vierde tranche

De vierde tranche van de Awb omvat drie onderwerpen:

- bestuursrechtelijke geldschulden (titel 4.4);
- bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete (titels 5.1 en 5.4);
- attributie (afdeling 10.1.3).

Bij elk van deze drie onderwerpen gaat het om uitvoering van reeds eerder aangekondigde voornemens. Een en ander wordt hierna per onderwerp toegelicht. Naast deze drie nieuwe onderwerpen bevat deze vierde tranche een groot aantal daaruit voortvloeiende wijzigingen van bestaande Awb-bepalingen. In de meeste gevallen gaat het daarbij om technische wijzigingen, maar in een enkel geval ook om een meer inhoudelijk punt. Vooral in de afdelingen inzake de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom worden de nodige wijzigingen aangebracht; in verband daarmee is daarover een afzonderlijk hoofdstuk in deze memorie van toelichting opgenomen. Tenslotte is een kleine aanvulling van de afdeling over delegatie (afdeling 10.1.2) opgenomen.

2.1 Bestuursrechtelijke geldschulden

In het Nader rapport bij de Derde tranche van de Awb (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, A, punt 8.18), kondigde de regering aan, naar aanleiding van een opmerking in het advies van de Raad van State over de rechtsbescherming bij de invordering van dwangsommen, de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht te zullen verzoeken een uniforme regeling te ontwerpen voor de invordering van geldschulden door de overheid. Deze regeling is opgenomen in de thans voorgestelde afdeling 4.4.4. De nu voorgestelde regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden beperkt zich echter niet tot het aspect van de invordering. Bij het ontwerpen van de regeling bleek, dat de invordering niet los kon worden gezien van andere aspecten van de betaling van geldschulden aan de overheid, zoals betalingstermijnen, verschuldigdheid van wettelijke rente, enzovoort. Voorts bleek naast een regeling voor betaling van geldschulden *aan* de overheid ook behoefte te bestaan aan een regeling voor de betaling van geldschulden *door* de overheid; in veel gevallen bleken voor beide typen schulden zelfs dezelfde regels te kunnen gelden. Daarom wordt thans een algemene regeling inzake de betaling van geldschulden aan en door bestuursorganen voorgesteld (titel 4.4), waarvan de regeling van de invordering deel uitmaakt.

2.2 Bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete

In de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht was een regeling opgenomen van het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften, alsmede van twee belangrijke bestuurlijke sancties, te weten de bestuursdwang en de last onder dwangsom. Tijdens de parlementaire behandeling van deze bepalingen werd er vanuit de Tweede Kamer op gewezen, dat ook behoefte zou kunnen bestaan aan codificatie van algemene regels of beginselen inzake bestuurlijke handhaving (Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 7, vragen 6.9 en 6.14). Daarop is door de regering geantwoord, dat de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht in het

kader van de vierde tranche zou nagaan of het wenselijk en mogelijk was dergelijke algemene bepalingen te formuleren (Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 8, antwoorden 6.9 en 6.14). Gebleken is dat aan een beperkt aantal algemene bepalingen inderdaad behoefte bestaat; deze zijn opgenomen in de thans voorgestelde titel 5.1. Het betreft onder meer een codificatie van het zogenaamde legaliteitsbeginsel, een regeling van het zwijgrecht en bepalingen over samenloop van voorschriften en cumulatie van sancties.

Naast deze algemene bepalingen inzake handhaving bevat deze vierde tranche een algemene regeling inzake de bestuurlijke boete (titel 5.4). Als bekend is het aantal wetten dat voorziet in door bestuursorganen op te leggen geldboeten sterk toegenomen, als gevolg van het kabinetsbeleid dat is gericht op versterking van de bestuurlijke handhaving van de ordeningswetgeving. Reeds in het kabinetsstandpunt «Handhaving door bestuurlijke boeten» van 1 juli 1994 (Kamerstukken II, 1993/94, 23 400 VI, nr. 48), waarmee deze ontwikkeling werd ingezet, werd aangekondigd dat in verband hiermee op termijn een algemene regeling inzake bestuurlijke boeten in de Awb zou worden opgenomen. Sedertdien is vanuit de Staten-Generaal bij herhaling aangedrongen op een spoedige totstandkoming van deze algemene regeling. Inmiddels is met de wetgeving inzake bestuurlijke boeten voldoende ervaring opgedaan om ook een algemene regeling te kunnen ontwerpen. De behoefte daaraan wordt ook steeds sterker gevoeld, nu met het aantal boetewetten ook de kans op nodeloze verschillen daartussen toeneemt. Daarnaast past een algemene regeling in het streven naar versterking van de bestuurlijke handhaving, onder meer door de inzet van bestuurlijke boeten, dat ook in het Hoofdlijnenakkoord van het huidige kabinet (Kamerstukken II 2002/03, 28 637, nr. 19) wordt onderstreept.

Naast de algemene bepalingen en de regeling inzake de bestuurlijke boete bevat dit wetsvoorstel één belangrijke aanvulling van de regeling inzake de bestuursdwang en de last onder dwangsom. Indien een bestuursorgaan op verzoek van een derde één van deze sancties oplegt, maar deze vervolgens niet effectueert, kan deze derde dit niet-effectueren thans niet bij de bestuursrechter aanvechten. Voorgesteld wordt om dit laatste wel mogelijk te maken door de introductie van twee nieuwe typen beschikkingen, te weten de beschikking omtrent tenuitvoerlegging bij bestuursdwang en de beschikking omtrent invordering bij de last onder dwangsom. Ook aldus wordt een bijdrage geleverd aan een adequaat niveau van bestuurlijke handhaving.

Op advies van de Raad van State is ten slotte de afdeling inzake bestuursdwang iets anders opgezet, zonder dat daarmee inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd. In de praktijk gaat het ook bij bestuursdwang veelal om een «last onder bestuursdwang»: bestuursdwang, in de zin van het met feitelijke maatregelen optreden tegen een overtreding, kan in de regel niet rauwelijks worden toegepast, maar pas nadat een last tot het beëindigen van de overtreding of het wegnemen van de gevolgen daarvan niet is nageleefd. In de thans voorgestelde systematiek wordt dit explicieter tot uitdrukking gebracht.

2.3 Attributie

Bij de parlementaire behandeling van de in de derde tranche opgenomen regeling inzake mandaat en delegatie is er door verschillende fracties voor gepleit ook een regeling inzake attributie in de Awb op te nemen (Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 7, vraag 7.1). Daarbij werd met name gedacht aan de problematiek van attributie aan ondergeschikten. De regering was toen van oordeel dat uit een oogpunt van rechtszekerheid inderdaad behoefte bestond aan een regeling van deze problematiek en zegde toe dat de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht daaraan in het kader van de vierde tranche aandacht zou schenken. Met

de nu voorgestelde afdeling 10.1.3 wordt deze toezegging ingelost. De voorgestelde regeling beperkt zich tot de problematiek van attributie aan ondergeschikten; andere aspecten van het leerstuk attributie lenen zich naar hun aard niet voor een algemene regeling. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk noch wenselijk in algemene regels vast te leggen welke bevoegdheden aan welke bestuursorganen kunnen worden toebedeeld; die beslissing blijft aan de bijzondere wetgever voorbehouden. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in de afdeling over delegatie een schakelbepaling op te nemen voor het geval een andere bevoegdheid dan een bevoegdheid tot het nemen van besluiten wordt gedelegeerd. Kortheidshalve zij daarvoor verwezen naar hoofdstuk VII van deze toelichting.

2.4 Openbaarheid van bestuur

Het voorontwerp voor deze vierde tranche bevatte ook regels inzake openbaarheid van bestuur. Het ging daarbij om het – zonder inhoudelijke wijzigingen – overbrengen van de Wet openbaarheid van bestuur naar hoofdstuk 2 Awb. Dit onderwerp is niet in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen, omdat beter eerst de uitkomst van de evaluatie van de Wob kan worden afgewacht. Afhankelijk van de besluitvorming daarover kan dit onderwerp in een afzonderlijk wetsvoorstel worden ondergebracht. De evaluatie van de Wob is aangekondigd bij de begroting van het ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties voor 2003 (Kamerstukken II 2002–2003, 28 600 VII, nr. 2) en het werk daaraan is inmiddels bijna afgerond. Na de nodige consultaties zal waarschijnlijk in de loop van 2004 een kabinetsstandpunt kunnen worden vastgesteld.

2.5 Bestuursrecht, burgerlijk recht en strafrecht

De twee meest omvangrijke onderdelen van dit wetsvoorstel, de regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden en die inzake bestuurlijke boeten, betreffen beide onderwerpen, die voorheen vooral in andere rechtsgebieden dan het bestuursrecht waren geregeld. Tot voor betrekkelijk kort was het voor juristen vanzelfsprekend dat men voor regels inzake de betaling en verdere afwikkeling van geldschulden het Burgerlijk Wetboek moest openslaan en voor regels inzake de bestraffing van normovertredingen het Wetboek van Strafrecht. Thans stellen wij voor over beide onderwerpen ook regels op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht. Dat is een belangrijke stap in de ontwikkeling van het algemeen bestuursrecht.

Het komt regelmatig voor, dat een bepaald verschijnsel of een bepaalde rechtsfiguur in het bestuursrecht niet is geregeld, terwijl dezelfde of een verwante figuur in het privaatrecht of in het strafrecht wel is geregeld. Dit komt doordat het algemeen bestuursrecht veel jonger en daardoor minder ver ontwikkeld is dan de beide andere rechtsgebieden. Hoewel het bijzondere, materiële bestuursrecht zeer veel regels kent, zijn in het algemeen bestuursrecht toch nog veel zaken niet geregeld.

Dit betekent dat men in bestuursrechtelijke verhoudingen regelmatig moet terugvallen op regels uit één van de andere rechtsgebieden; vooral uit het privaatrecht, maar in mindere mate ook wel uit het strafrecht. Vaak kan dat zonder problemen, maar soms blijken de privaatrechtelijke en strafrechtelijke regels minder geschikt, omdat zij niet primair voor bestuursrechtelijke verhoudingen zijn geschreven en daardoor soms onvoldoende rekening houden met de specifieke kenmerken daarvan, zoals de machtsongelijkheid tussen burger en overheid. Soms kan dit worden opgelost door aanpassing van de desbetreffende regels. Zo kan bijvoorbeeld de Wet op de economische delicten worden begrepen als een aanvulling van het straf(proces)recht met het oog op de handhaving van bestuursrechtelijke ordeningswetgeving. Maar soms ook heeft het bestuursrecht

behoefte aan eigen regels. In het verleden werden die dan veelal neergelegd in bijzondere bestuursrechtelijke wetten. Zo kent bijvoorbeeld het belastingrecht voor de twee in dit wetsvoorstel geregelde onderwerpen – afwikkeling van geldschulden en bestraffing van overtredingen – al heel lang eigen, deels van het privaatrecht, respectievelijk strafrecht afwijkende regels. Indien de behoefte aan eigen bestuursrechtelijke regels zich op meer beleidsterreinen doet gevoelen, is het tegenwoordig echter vaak aantrekkelijker om deze regels in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Daarom zal zich ook in de toekomst van tijd tot tijd de vraag voordoen of in de Algemene wet bestuursrecht regels moeten worden opgenomen over een onderwerp, waarvoor het privaatrecht of het strafrecht reeds regels geeft. Voor de nabije toekomst valt bijvoorbeeld te denken aan het onderwerp schadevergoeding.

Vaak zal de reden om een elders geregeld onderwerp ook in de Awb te regelen ook gelegen zijn in onduidelijkheid over het antwoord op de vraag in hoeverre regels uit andere rechtsgebieden in het bestuursrecht kunnen worden toegepast. Juist omdat de eigen aard van het bestuursrecht met zich meebrengt dat andere regels dan in het strafrecht en het privaatrecht nodig kunnen zijn, behoort de wetgever daarover zoveel mogelijk duidelijkheid te verschaffen. Dit geldt zowel voor het geval dat niet als voor het geval dat wel bij die andere rechtsgebieden kan worden aangesloten. In het laatste geval kan het aangewezen zijn om duidelijkheid te verschaffen door de bewuste bepalingen van het Burgerlijk Wetboek of van het Wetboek van Strafrecht uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing te verklaren op bestuursrechtelijke verhoudingen. Het onderhavige wetsvoorstel biedt daarvan diverse voorbeelden.

Uitgangspunt moet daarbij zijn, dat nodeloze verschillen tussen de rechtsgebieden moeten worden voorkomen. Wanneer de privaatrechtelijke of strafrechtelijke regels ook voor bestuursrechtelijke verhoudingen goed voldoen, moet daarbij worden aangesloten. Dat moet en dat kan ook, omdat veel van wat op het eerste gezicht typisch bestuurs-, straf- of privaatrechtelijk lijkt, bij nadere beschouwing een uitwerking is van aan de verschillende rechtsgebieden gemeenschappelijke rechtsbeginselen. Zo berust ook de thans voorgestelde regeling inzake de bestuurlijke boete op beginselen als «geen straf zonder schuld», *ne bis in idem* en *nulla poena sine lege*. Bestrafing door het bestuur in plaats van door de rechter vraagt een iets andere uitwerking op het niveau van de precieze regels, maar de dragende beginselen zijn dezelfde.

Het gaat in deze gevallen dus steeds om het vinden van een evenwicht tussen enerzijds het geven van eigen, afwijkende regels voor het bestuursrecht waar dat nodig is en anderzijds het aansluiten bij bestaande privaatrecht- of strafrechtelijke regels waar dat mogelijk is. Het wiel hoeft niet opnieuw te worden uitgevonden, maar het moet soms wel op de bestuursrechtelijke maat worden gemaakt.

3. Gevolgen voor de bestaande wetgeving

De drie onderwerpen van de vierde tranche zullen in verschillende mate aanleiding geven tot aanpassing van de bestaande wetgeving. De bepalingen over de attributie zullen niet of nauwelijks aanpassingswetgeving vergen, omdat het onderwerp in de bestaande wetgeving doorgaans in het geheel niet is geregeld.

De onderdelen bestuursrechtelijke geldschulden en bestuurlijke handhaving zullen aanzienlijk meer aanpassingswetgeving vergen. Er zijn thans enkele tientallen wetten die voorzien in een bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten (zie bijlage 2 bij deze memorie van toelichting). Daaruit zal een groot aantal bepalingen kunnen worden geschrapt. Na inwerkingtreding van de vierde tranche behoeft de bijzondere wet in beginsel 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 beboetbare gedragingen, de hoogte van de op te leggen boete, alsmede in een voorkomend geval de keuze tussen de lichte of de zware procedure (vgl. art. 5.4.2.6). Andere procedurele bepalingen, bepalingen inzake de samenloop met strafrechtelijke sancties, inzake het zwijgrecht van de overtreder en dergelijke, kunnen vervallen, omdat de Awb een en ander reeds regelt.

Het onderdeel invordering van de titel over bestuursrechtelijke geldschulden zal eveneens leiden tot het schrappen van een groot aantal bepalingen. Vele tientallen wetten (zie voor een overzicht bijlage 1) regelen thans procedures voor de invordering van geldschulden bij dwangbevel. In plaats daarvan zal de bijzondere wetgever voortaan kunnen volstaan met het toekennen van de bevoegdheid tot invordering bij dwangbevel; de Awb regelt de overige aspecten.

De gevolgen voor de bestaande wetgeving van de overige onderdelen van de regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden zijn moeilijker te overzien, omdat bestaande regelingen op dit punt variëren van zeer uitvoerig (bijvoorbeeld in de fiscale wetgeving) tot zeer summier. Enerzijds zullen soms bepalingen kunnen vervallen, anderzijds zullen soms bepalingen – bijvoorbeeld over betalingstermijnen – moeten worden toegevoegd.

Voor het werk aan de aanpassingswetgeving zal, gelet op de goede ervaringen die daarmee bij de aanpassing aan de derde tranche zijn opgedaan, wederom een leidraad worden ontwikkeld, waarin de noodzakelijke aanpassingen zoveel mogelijk worden gestandaardiseerd en waarin waar nodig en mogelijk ook modelbepalingen zullen worden opgenomen. Deze leidraad zal vervolgens worden opgenomen in de memorie van toelichting bij de aanpassingswet.

4. Bestuurslasten

De gevolgen van dit wetsvoorstel voor de uitvoeringslasten van het openbaar bestuur zullen beperkt zijn. Het onderdeel attributie brengt geen wijziging in het geldende recht en derhalve ook niet in de daaruit voortvloeiende bestuurslasten. De bepalingen inzake de bestuurlijke boete verschillen in dit opzicht evenmin wezenlijk van reeds geldende bepalingen. De procedurele vereisten en de verplichtingen tot het zo nodig zorgdragen voor tolken en vertalingen gaan niet verder dan hetgeen thans reeds uit artikel 6 EVRM volgt.

Voor de bepalingen inzake bestuursrechtelijke geldschulden ligt een en ander genuanceerder. De voorschriften inhoudende dat het vaststellen van de kosten van bestuursdwang, alsmede het verlenen van uitstel van betaling, bij voor beroep vatbare beschikking geschiedt, zouden tot een zekere stijging van de bestuurslasten kunnen leiden, evenals de voorschriften inzake de invorderingsbeschikking bij de last onder dwangsom en de beschikking omtrent tenuitvoerlegging bij de last onder bestuursdwang. De voorschriften omtrent de verschuldigdheid van wettelijke rente bij te late betaling door het bestuursorgaan zouden, hoewel strikt genomen een codificatie van hetgeen reeds door de jurisprudentie wordt aangenomen, een zekere aanzuigende werking kunnen hebben. Datzelfde geldt echter, en wellicht zelfs in nog sterkere mate, voor het voorschrift dat ook de burger bij te late betaling de wettelijke rente over het te laat betaalde bedrag verschuldigd is. Bovendien betekent de voorgestelde regel dat geen wettelijke rente verschuldigd is indien het bedrag daarvan minder dan € 20 of, indien het bestuursorgaan de schuldenaar is, minder dan € 10 bedraagt (artikel 4.4.2.2, tweede lid) in de praktijk een niet onaanzienlijke verlichting van de uitvoeringslasten ten opzichte van de huidige jurisprudentie. Deze bepaling brengt immers mee, dat in het gros van de gevallen van te late betaling de rente geen punt van discussie behoeft te zijn.

Een belangrijke verlichting van de bestuurslasten kan voorts uitgaan van

de voorgestelde afdeling 4.4.4 inzake de invordering bij dwangbevel. In plaats van enkele tientallen invorderingsprocedures die onderling allerlei kleine verschillen vertonen, heeft het openbaar bestuur voortaan te maken met één uniforme, relatief eenvoudige invorderingsprocedure. Dit zal een gunstig effect hebben op de kosten verbonden aan de daadwerkelijke invordering van geldschulden door de overheid. Dit geldt ook voor het voorgestelde artikel 4:57, dat bij terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidies de gang naar de burgerlijke rechter ter verkrijging van een executoriale titel overbodig maakt. Om te voorkomen dat de introductie van nieuwe typen beschikkingen tot een opeenstapeling van bezwaar- en beroepsprocedures leidt, is tenslotte op een aantal plaatsen in dit wetsvoorstel bepaald dat bezwaren tegen een bijkomende beschikking kunnen worden «meegenomen» in een lopende procedure tegen de hoofdbeschikking. Men zie de toelichting bij de voorgestelde artikelen 4.4.5.1, 5:31c en 5:39.

Het is niet doenlijk de hiervoor vermelde effecten voor het gehele openbaar bestuur te kwantificeren. Globaal mag worden verwacht, dat het effect van de voorgestelde regeling op de uitvoeringslasten van bestuursorganen beperkt zal zijn.

5. Budgettaire gevolgen

Hetgeen in paragraaf 4 is gesteld, brengt met zich dat ook de budgettaire effecten van het voorstel niet goed te kwantificeren zijn. Als gezegd mag worden verwacht, dat de directe uitvoeringskosten grosso modo niet zullen toenemen. Gelet op de voorzieningen die zijn getroffen om opeenstapeling van procedures tegen te gaan, zal de belasting van de rechterlijke macht naar verwachting evenmin toenemen.

Aangezien het voorstel niet regelt voor welke overtredingen bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd (dat is aan de bijzondere wetgever) heeft het geen rechtstreekse invloed op de opbrengsten daarvan. Het netto-effect van de verplichting van enerzijds bestuursorganen en anderzijds burgers tot vergoeding van wettelijke rente bij te late betalingen kan niet worden gekwantificeerd, nu niet bekend is wie er hoe vaak en hoe veel te laat betaald.

6. Opbouw van deze memorie van toelichting

Evenals bij de derde tranche het geval was, wijkt de opbouw van deze memorie van toelichting enigszins af van het voor wetsvoorstellen gebruikelijke patroon. De gebruikelijke opzet met één algemeen deel gevolgd door een artikelsgewijze toelichting, zou in dit geval betekenen dat de algemene beschouwingen over elk van de drie hiervoor genoemde onderwerpen zouden worden gescheiden van de toelichting op de bijbehorende artikelen. Dit zou de overzichtelijkheid niet ten goede komen. In plaats daarvan is per onderwerp een hoofdstuk in de toelichting opgenomen. Elk van deze hoofdstukken bevat zowel de algemene beschouwingen als de artikelsgewijze toelichting met betrekking tot het desbetreffende onderwerp. Het onderwerp bestuurlijke handhaving is daarbij, alweer terwille van de toegankelijkheid, anders dan in het voorontwerp verdeeld over drie hoofdstukken, te weten Algemene bepalingen inzake bestuurlijke handhaving (hoofdstuk III), herstelsancties (hoofdstuk IV) en bestuurlijke boete (hoofdstuk V). Deze hoofdstukken corresponderen met respectievelijk de titels 5.1, 5.3 en 5.4 van de Algemene wet bestuursrecht.

Naast deze vijf hoofdstukken bevat deze toelichting nog twee hoofdstukken, te weten het onderhavige inleidende hoofdstuk en een hoofdstuk waarin de overgangs- en slotbepalingen worden toegelicht. Om de toegankelijkheid verder te vergroten is de toelichting voorts voorzien van een register op zowel de nieuwe of gewijzigde artikelen van de Algemene wet bestuursrecht als de artikelen en onderdelen van dit wijzigingsvoorstel.

II. BESTUURSRECHTELIJKE GELDSCHULDEN

1. Inleiding

In het nader rapport bij de Algemene wet bestuursrecht (Awb), derde tranche (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, A, blz. 63) is geconcludeerd dat het wenselijk is om te streven naar harmonisatie en systematisering op het terrein van de invordering van geldschulden door de overheid. Aan de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht zou worden verzocht, aldus de regering, om bij gelegenheid van de vierde tranche van de Awb een uniforme regeling te ontwerpen die voorziet in bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de invordering van geldschulden door de overheid.

Naar aanleiding van deze toezegging is onderzocht hoe een dergelijke regeling gestalte zou kunnen krijgen. Het resultaat daarvan is uitgemond in het voorstel om aan hoofdstuk 4 – dat bijzondere bepalingen over besluiten bevat – een nieuwe titel 4.4 over bestuursrechtelijke geldschulden toe te voegen.

Het voorstel heeft een ruimere opzet dan het regelen van de invordering van geldschulden door de overheid. De invordering kan niet goed los worden gezien van de regels over de fasen die daaraan vooraf gaan. Wil immers tot (dwang)invordering kunnen worden overgegaan, dan behoort voldoende vast te staan dat de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Daardoor bestaat er een samenhang tussen de regels over het ontstaan en de afwikkeling van verplichtingen tot het betalen van een geldsom en de bepalingen over de invordering. De regeling van eerstgenoemde onderwerpen vormt tot dusverre een nogal ondoorzichtig geheel. Dat komt voor een deel doordat daarover in vele wetten bepalingen zijn opgenomen en voor een ander deel omdat voor de niet geregelde onderwerpen regelmatig een beroep op het privaatrecht wordt gedaan zonder dat voldoende vaststaat hoever dit beroep precies kan gaan.

Een en ander heeft ertoe geleid een ontwerp op te stellen met algemene regels over het ontstaan en de inhoud van de verplichting tot betaling van een (bestuursrechtelijke) geldsom, over het intreden en de gevolgen van het niet voldoen aan die verplichting, en over de invordering.

Bij het ontwerpen van bepalingen over deze onderwerpen, voorzover niet betrekking hebbend op de dwanginvordering, bleek dat er niet alleen behoefte bestaat aan algemene regels over geldschulden van de burger aan de overheid, maar andersom ook voor schulden van de overheid aan de burger. Ook daar spelen dezelfde soort vragen over zaken als betalingstermijn, verzuim en wettelijke rente, en is de onduidelijkheid in het huidige recht soortgelijk. Daar komt nog bij dat de regels voor beide soort schulden – schulden van de overheid en schulden aan de overheid – voor een groot deel dezelfde behoren te zijn. Zo zal de overheid evenzeer als de burger wettelijke rente moeten voldoen bij te late betaling.

Een en ander heeft geresulteerd in een titel die algemene regels geeft over bestuursrechtelijke geldschulden. Zij omvat vier afdelingen:

- 4.4.1 Ontstaan en inhoud van de verplichting tot betaling
- 4.4.2 Verzuim en wettelijke rente
- 4.4.3 Verjaring
- 4.4.4 Aanmaning en invordering bij dwangbevel

De eerste drie afdelingen hebben betrekking op zowel geldschulden van de burger aan de overheid als geldschulden van de overheid aan de burger. Alleen de laatste afdeling is beperkt tot invordering door de overheid.

2. Noodzaak van een algemene regeling

2.1 Huidige situatie

Een algemene regeling over de betaling en invordering van geldschulden door en aan de overheid kent het huidige bestuursrecht nog niet. Wel is in verschillende wetten een regeling van specifieke onderwerpen te vinden. Het meest frequent zijn de regelingen over invordering: tientallen bestuursrechtelijke wetten (zie bijlage 1 voor een opsomming) kennen de mogelijkheid om schulden aan de overheid door middel van een dwangbevel te innen. De voorschriften die daaraan zijn verbonden zijn niet steeds dezelfde; ook de rechtsbescherming is vaak uiteenlopend geregeld. Daarnaast komen regels over andere onderwerpen voor. Het meest uitgebreid op dit punt is de Invorderingswet 1990, die een gedetailleerde regeling bevat van de betaling en invordering van belastingen.

Het privaatrecht kent wel een algemene regeling. Deze is in hoofdzaak te vinden in Boek 6, titel 1, afdelingen 6 en volgende van het Burgerlijk Wetboek (BW) en in het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Voor een deel kunnen deze bepalingen ook goed voor publiekrechtelijke geldvorderingen worden gebruikt. Zo wordt in alle wettelijke regelingen met een dwangbevel als executoriale titel, Boek II Rv van (overeenkomstige) toepassing verklaard op de tenuitvoerlegging van het dwangbevel, zij het steeds in andere bewoordingen. Voorts blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat de regels over onverschuldigde betaling en over verrekening – voorzover uit de wet of de aard van de rechtsverhouding niet het tegendeel voortvloeit – in het bestuursrecht van overeenkomstige toepassing zijn (HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299, resp. HR 28 mei 1993, NJ 1994, 435). Niet in alle gevallen zijn de privaatrechtelijke regels echter bruikbaar; in verschillende wetten zijn – onder andere voor de hierboven genoemde onderwerpen – aparte regels opgenomen. Zo kent de Invorderingswet 1990 bijvoorbeeld een van het BW afwijkende regeling inzake verrekening.

Aan een afwijkende regeling van de verrekening bestaat inderdaad behoefte. Niet goed voorstelbaar is immers dat een burger met een beroep op de regels inzake verrekening uit het BW (artikelen 6:127 e.v.) het betalen van een geldboete zou kunnen weigeren, omdat hij nog recht heeft op huursubsidie van de staat. De publiekrechtelijke taken die door verschillende bestuursorganen binnen een en hetzelfde openbare lichaam worden verricht, zijn zo divers dat verrekening van uit die taken voortvloeiende geldvorderingen in beginsel niet aan de orde kan zijn.

Een ander voorbeeld is de wettelijke rente. Een eerste vraag is of in een publiekrechtelijke rechtsbetrekking überhaupt recht bestaat op wettelijke rente als gevolg van te late betaling van een geldsom. De jurisprudentie was daarover verdeeld. Anders dan de burgerlijke rechter was de Centrale Raad van Beroep lange tijd van oordeel dat het enkele feit dat een ambtenaar door te late betaling rente heeft gederfd, ontoereikend is om een schadevergoedingsplicht van het desbetreffende bestuursorgaan aan te nemen. Naar het oordeel van de Raad kon van betaling van wettelijke rente slechts sprake zijn indien het bestuursorgaan een verwijt kon worden gemaakt van een zodanige ernst dat de financiële schade in redelijkheid niet voor rekening van de ambtenaar kon worden gelaten (vgl. CRvB 7 december 1989, AB 1990, 194; vgl. ook zaak C-66/95 (Sutton), HvJEG 22 april 1997, Jur. 1997, p. I-2163, waarin het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat richtlijn 79/7 (gelijke behandeling bij wettelijke sociale zekerheid) niet verplicht tot het vergoeden van wettelijke rente over achterstallige sociale-zekerheidsuitkeringen die in strijd met de richtlijn niet zijn toegekend. Het Hof verwijst hiervoor naar het gewone aansprakelijkheidsrecht).

Inmiddels heeft de Raad in zijn op grond van artikel 8:73 Awb ontwikkelde jurisprudentie zijn koers gewijzigd en aansluiting gezocht bij de in het

burgerlijk recht gegeven regeling van de wettelijke rente (CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334, JB 1995, 99; CRvB 8 november 1995, AB 1996, 191; CRvB 19 oktober 1995, TAR 1995, 267, vgl. ook: ABRS 21 april 1995, AB 1995, 422 en CBb 20 februari 2002, AB 2002, 150). Ingevolge artikel 6:119, eerste lid, BW bestaat de schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, in de wettelijke rente van die som. De wettelijke rente is verschuldigd over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening van de geldsom in verzuim is geweest.

Bij de overeenkomstige toepassing van artikel 6:119, eerste lid, BW rees vervolgens de vraag op welk moment het bestuursorgaan in verzuim is en dus vanaf welk moment wettelijke rente moet worden betaald. De jurisprudentie heeft ook op dit punt aansluiting gezocht bij het civielrechtelijk schadevergoedingsrecht. Wettelijke rente is verschuldigd vanaf het moment waarop de vordering tot schadevergoeding wegens rentederving opeisbaar is geworden. Uit artikel 6:83 BW volgt dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad terstond opeisbaar is. De vordering is daarmee dus opeisbaar vanaf de dag waarop de ten onrechte niet betaalde geldsom had moeten worden uitbetaald. In gevallen waarin een bepaling omtrent de betalingstermijn in de bijzondere wet ontbreekt, gaat de jurisprudentie ervan uit dat maandelijks uit te betalen lonen en uitkeringen uiterlijk op de laatste dag van de maand moeten zijn uitbetaald. Daaruit volgt dat de wettelijke rente verschuldigd wordt op de eerste dag van de maand volgend op die waarin de datum valt van de bekendmaking van het bestreden besluit (o.m. CRvB 9 januari 1996, JB 1996, 36; CRvB 28 maart 1996, TAR 1996, 102).

De hiervoor geschetste ontwikkelingen nemen niet weg dat in sommige bijzondere wetten aparte voorzieningen zijn getroffen. Zo kent bijvoorbeeld het belastingrecht een aparte regeling over de rente die verschuldigd is bij te late betaling.

Een ander probleem bij de toepassing van de privaatrechtelijke regels is het gebrek aan efficiëntie. Indien een burger zijn schuld aan de overheid niet wil voldoen, is de overheid op grond van het privaatrechtelijke systeem genoodzaakt de burgerlijke rechter in te schakelen, teneinde een vonnis te verkrijgen waarin de schuldenaar tot nakoming wordt veroordeeld. Bij publiekrechtelijke schulden is dit te meer een bezwaar, aangezien in veel gevallen een procedure bij de bestuursrechter aan de invorderingsprocedure zal zijn voorafgegaan. In elk geval heeft de belanghebbende de gelegenheid gehad om een dergelijke procedure aan te spannen. Een belangrijk nadeel is dat door deze opeenhoping van procedures ernstige vertraging optreedt. Ook uit een oogpunt van rechtshandhaving kan dit bezwaarlijk zijn.

De hiervoor beschreven knelpunten zijn wellicht de belangrijkste, maar niet de enige. Met betrekking tot andere aspecten doen zich eveneens problemen voor. Punten die in het huidige bestuursrecht vragen opleveren, betreffen in ieder geval het tijdstip waarop betaald moet worden, de vraag of een aanmaning nodig is voordat het bestuur tot invordering kan overgaan, de positie van derden-belanghebbenden en de verjaring.

2.2 Algemene regeling of bijzondere wetgeving

Bij de conclusie dat er – in aanvulling op het BW – behoefte bestaat aan een aantal bestuursrechtelijke regels, rijst de vraag of deze de vorm moeten krijgen van een algemene regeling in de Awb. De genoemde knelpunten worden op dit moment immers, althans in bepaalde gevallen, opgelost door het opnemen van regels in bijzondere wetgeving. Denkbaar is dat dit geen problemen oplevert of zelfs als de meest wenselijke situatie moet worden beschouwd.

Het blijkt echter dat de betalingsregelingen en met name de invorderingsprocedure in de bijzondere wetten zonder aanwijsbare redenen zowel qua omvang als inhoud zeer sterk uiteenlopen. Uit een oogpunt van rechts-

eenheid en rechtszekerheid verdient een uniforme regeling voorzover mogelijk de voorkeur. Veel regels in bijzondere wetten kunnen als gevolg hiervan worden geschrapt, hetgeen een aanzienlijke vereenvoudiging zou betekenen.

Dit geldt niet alleen voor de regels die de invordering betreffen, meer in het bijzonder de invordering bij dwangbevel (afdeling 4.4.4), maar ook de regels betreffende het ontstaan en de inhoud van de betalingsverplichting, het verzuim en de wettelijke rente en de verjaring (afdelingen 4.4.1 tot en met 4.4.3). Omdat algemene bestuursrechtelijke regels op dit gebied ontbreken dient in de huidige praktijk, bijvoorbeeld door het bestuursorgaan dat een beschikking tot betaling van een geldsom vaststelt of de burger die uitstel van betaling wil verzoeken, telkens beoordeeld te worden welke regels van toepassing zijn: zijn er bijzondere bestuursrechtelijke regels van toepassing, is het algemene regime in het BW van overeenkomstige toepassing verklaard of dient te worden aangenomen dat het privaatrechtelijk regime van toepassing is? In dat laatste geval dient ook getoetst te worden of de aard van de rechtsverhouding of de bijzondere wet zich niet verzet tegen het toepassen van dit regime. Daarnaast biedt een algemene bestuursrechtelijke regeling de gelegenheid op punten af te wijken van de privaatrechtelijke regeling en invulling te geven aan de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen. Ook de Raad van State wijst in zijn advies op het eigen karakter van het bestuursrecht. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de regeling van de verrekening en de verjaring. Deze algemene regeling is daarmee niet slechts ingegeven door problemen die zich in de invorderingspraktijk kunnen voordoen, zij beoogt ook tegemoet te komen aan de behoefte aan duidelijkheid over het toepasselijke recht betreffende bestuursrechtelijke geldschulden en de toegankelijkheid daarvan.

Een en ander werkt door in de invorderingspraktijk. Indien steeds voor elk concreet geval weer andere regels gelden, is de inning van geldvorderingen nodeloos ingewikkeld. Dit nadeel doet zich sterker gevoelen indien men de inning om redenen van efficiency op één plaats geconcentreerd wil laten plaatsvinden. Harmonisatie van de invorderingsregels zou aldus de doelmatigheid van de invordering kunnen bevorderen. Wij wijzen in dit verband op het actieprogramma «Andere overheid», waarin plannen worden ontwikkeld om te komen tot een meer rijksbrede incasso voor publiekrechtelijke geldschulden door alle rijks-incasso's te bundelen (Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr. 1, p. 34).

Voorts geldt voor de toekomst dat de wetgever niet steeds opnieuw het wiel hoeft uit te vinden. Steeds zal de algemene regeling in de Awb kunnen dienen als uitgangspunt. In een aantal gevallen zal het nodig blijken dat naast een algemene regeling in de Awb in de bijzondere wetten een beperkt aantal specifieke voorschriften blijft gelden. Zulks kan ook het geval zijn indien het onderwerp zich niet leent voor regeling in de Awb. Zo is het uitgangspunt dat schulden dienen te worden betaald. Een regeling met betrekking tot kwijtschelding kan beter worden gereserveerd voor een bijzonder rechtsgebied, zoals bijvoorbeeld de Invorderingswet 1990. Een dergelijke regeling leent zich niet voor een algemene regeling in de Awb. Ten slotte kan in een algemene regeling een aantal aanvullende regels worden gegeven, die thans in bijzondere wetten veelal niet voorkomen. Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat een algemene regeling in de Awb omtrent bepaalde aspecten van de betaling en invordering van publiekrechtelijke geldschulden van en door de overheid voorziet in een in de praktijk levende behoefte. Deze regeling wordt urgenter naarmate er in het bestuursrecht meer specifieke regels komen, er meer onzekerheid ontstaat over belangrijke rechtsvragen en de door het privaatrecht geboden oplossingen niet toepasbaar zijn of minder geschikt lijken. Overigens is met dit laatste niet gezegd dat de algemene regeling in de Awb steeds moet afwijken van de privaatrechtelijke regels. Integendeel: in dit voorstel wordt daar waar mogelijk aangesloten bij de

regels van het privaatrecht. Dit noopt tot enige algemene beschouwingen over de verhouding tussen de Awb en het BW.

3. De verhouding van de Awb tot het BW

3.1 Algemene uitgangspunten

Nu de betaling van geldschulden voor het privaatrecht in het BW is geregeld en deze bepalingen voor een deel ook in het bestuursrecht bruikbaar zijn, komt vanzelf de meer principiële vraag aan de orde hoe de Awb en het BW zich precies tot elkaar verhouden. Ook bij de regeling van andere onderwerpen in de Awb is die verhouding al aan de orde geweest.

Verwezen zij bijvoorbeeld naar de regeling van het mandaat in de Awb, derde tranche, waarbij voorzover mogelijk is aangesloten bij de bepalingen over de volmacht. Aangezien deze problematiek bij verschillende onderwerpen kan spelen, is het goed daarover enige opmerkingen te maken van algemene aard.

Praktisch gezien gaat het om de vraag hoe in de wetgeving de verhouding tussen het BW en de Awb moet worden geregeld. Tot op zekere hoogte betreft het dus een vraag van wetstechniek, vergelijkbaar met de vraag naar de verhouding tussen de Awb en andere wetgeving op het terrein van het bestuursrecht. De problematiek is echter in zoverre anders dat het hier gaat om algemeen geldende regels, gecodificeerd voor verschillende rechtsgebieden. De centrale vraag is welke de relatie is tussen beide wetten indien voor een onderwerp dat in het BW is geregeld, in de Awb een bestuursrechtelijke equivalent wordt gecreëerd.

Voor een nadere bepaling van de onderlinge relatie tussen het BW en de Awb is allereerst van belang om te onderstrepen dat de verhouding tussen overheid en burger niet in alle gevallen van bestuursrechtelijke aard is. Er zijn situaties waarin het privaatrecht rechtstreeks van toepassing is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij gewone koop- of huurovereenkomsten waarbij de overheid partij is. In dergelijke gevallen maakt het in de regel geen enkel verschil of de overheid dan wel een particulier als contractspartij optreedt. In die gevallen gelden in beginsel de toepasselijke privaatrechtelijke regels, zij het dat de rechter rekening kan houden met het feit dat de overheid één van de partijen is. Anders wordt het echter op terreinen waarop de overheid handelt ter uitvoering van haar publieke taak, en dientengevolge de relatie tussen overheid en burger door of althans mede door bestuursrechtelijke regels en beginselen gestalte krijgt.

Tegen deze achtergrond laat onze benadering van de verhouding tussen het BW en de Awb bij de totstandkoming van bestuursrechtelijke wetgeving zich samenvatten in twee uitgangspunten. In de eerste plaats geldt dat de regels in het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Dit brengt met zich dat deze regels niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht. In de tweede plaats dient als leidraad dat ondanks dit onderscheid nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moeten worden vermeden. Deze twee punten kunnen als volgt verder worden uitgewerkt.

3.2 Toepasselijkheid van het BW in het bestuursrecht

De vraag in hoeverre de bepalingen van het BW ook gelden voor het bestuursrecht, is in belang toegenomen toen de administratieve rechtspraak zich sterk is gaan ontwikkelen en tegelijkertijd ook de rol van de burgerlijke rechter bij het verlenen van aanvullende rechtsbescherming meer betekenis heeft gekregen. Doordat de verhoudingen in het bestuursrecht daarmee een meer juridische inbedding kregen dan vroeger het geval was en de burgerlijke rechter daarbij een aanzienlijke rol speelde, kwam de vraag naar de toepasbaarheid van de regels van het BW ook

sterker naar voren. Opvallend is daarbij dat zeer verschillend werd en ook nog wel wordt geoordeeld over de vraag of een bepaald artikel van het BW van toepassing is op bestuursrechtelijke verhoudingen. De bepalingen over de onrechtmatige daad worden tegenwoordig welhaast vanzelfsprekend van toepassing geacht op onrechtmatig overheidsoptreden. Dat is niet altijd zo geweest: vóór het Ostermann-arrest (HR 20 november 1924, NJ 1925, blz. 89) werd het BW niet op onrechtmatige overheidsbesluiten toegepast. Overigens heeft de toepasselijkheid van het BW niet verhinderd dat het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad altijd een speciaal leerstuk is gebleven.

Bij andere onderwerpen is de toepasselijkheid van het BW minder vanzelfsprekend. Met betrekking tot de onverschuldigde betaling, ook een onderwerp dat is geregeld in Boek 6 BW, heeft de Hoge Raad beslist dat de privaatrechtelijke regels niet zonder meer op de verhouding tussen overheid en burger van toepassing zijn, maar dat zij uitdrukking geven aan een beginsel dat in beide gebieden van het recht toepassing vindt (HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299; vgl. ook ABRS 21 oktober 1996, AB 1996, 496). Zij komen daarom voor overeenkomstige toepassing in het bestuursrecht in aanmerking, voorzover althans uit de toepasselijke bestuursrechtelijke wet niet het tegendeel voortvloeit. Het oordeel van de Hoge Raad impliceert dat het BW in dit geval niet rechtstreeks van toepassing is, doch wel doorwerkt in bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen via de aan beide rechtsgebieden ten grondslag liggende algemene beginselen. Toepassing van het in artikel 6:203 BW neergelegde beginsel in die rechtsbetrekkingen kan in verband met de bestuursrechtelijke context soms tot andere uitkomsten leiden.

Bij de totstandkoming van het BW is eerst in een later stadium uitdrukkelijk aandacht besteed aan de vraag of de werking van de bepalingen zich ook uitstrekt tot het bestuursrecht. Dit is met name het geval geweest bij de schakelbepalingen, zoals die in Boek 3 zijn opgenomen. De titels over rechtshandelingen, volmacht en rechtsvorderingen in dat boek eindigen ieder met een artikel dat de bepalingen van de betrokken titel «buiten het vermogensrecht» van overeenkomstige toepassing verklaart, «voorzover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet» (vgl. art. 3:59, 3:79 en 3:326 BW). Daarnaast kent Boek 3 in de eerste titel een artikel dat bepaalt dat de in die titel verankerde algemene beginselen van goede trouw, redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid buiten het vermogensrecht toepassing vinden «voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet» (art. 3:15).

Met de zinsnede «buiten het vermogensrecht» wordt mede het bestuursrecht bedoeld. Een en ander betekent dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de betrokken titels niet rechtstreeks op het terrein van het bestuursrecht van toepassing zijn, maar dat zij zich althans in bepaalde gevallen wel voor overeenkomstige toepassing op dat rechtsgebied lenen. In andere gevallen kan de publiekrechtelijke aard van de rechtsverhouding zich tegen toepassing van regels uit het BW, bijvoorbeeld over verjaring, verzetten (o.m. CRvB 19 oktober 1995, JB 1996,11; CRvB 23 januari 1997, TAR 1997, 42). In dezelfde zin is geoordeeld met betrekking tot cessie (HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766; AB 1991, 430). Aldus valt het bestuursrecht in elk geval niet binnen het terrein dat rechtstreeks door Boek 3 wordt geregeld. Dit geldt dan uiteraard ook voor de bepalingen in de daarop volgende boeken, met name ook voor Boek 6.

Deze benadering – die ook overeenkomt met het standpunt dat de Hoge Raad in het reeds genoemde arrest inzake onverschuldigde betaling heeft ingenomen – dient naar onze mening ook te worden gevolgd bij het bepalen van de verhouding tussen het BW en de Awb. In beginsel gelden de bepalingen die in het BW en de Awb zijn opgenomen, ieder voor de terreinen die door deze wetten worden bestreken. Evenzeer als de regels in de Awb slechts voor het bestuursrecht zijn bedoeld, zijn die in het BW opgesteld voor het privaatrecht. Dat neemt niet weg dat regels in het ene

rechtsgebied van overeenkomstige toepassing kunnen zijn in het andere rechtsgebied. De reeds genoemde schakelbepalingen in het BW bieden een uitdrukkelijke grondslag voor toepassing van de BW-regels in het bestuursrecht. Ook het omgekeerde is mogelijk. In artikel 3:1, tweede lid, Awb wordt bepaald dat de afdelingen 2 tot en met 5 van hoofdstuk 3 van de wet van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, «voorzover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet». Deze bepaling vormt althans gedeeltelijk het spiegelbeeld van de genoemde schakelbepalingen uit het BW.

3.3 Geen nodeloze verschillen tussen BW en Awb

Het voorgaande laat onverlet dat in het privaatrecht en in het bestuursrecht veelvuldig rechtsfiguren voorkomen die sterke onderlinge gelijkenis vertonen. Het past dan in het streven naar eenheid en systematiek in het recht – die juist het doel zijn van codificaties – dat geen onnodige verschillen tussen beide rechtsgebieden ontstaan of blijven bestaan. Onnodige verschillen maken het recht ingewikkelder en minder geloofwaardig. Bevorderd moet daarom worden dat voor beide rechtsgebieden zoveel mogelijk gemeenschappelijke regels gelden. Voor de wettelijke uitwerking van dit uitgangspunt is van belang dat het privaatrecht een veel algemener en vollediger codificatie kent dan het bestuursrecht. Ook kent de codificatie van het privaatrecht een aanzienlijk langere geschiedenis met als gevolg dat het ontwikkelen van algemene regels kan geschieden op een degelijke en weldoordachte basis. Dit betekent dat voor onderwerpen waarvoor een gemeenschappelijke regeling in aanmerking komt, meestal reeds een regeling in het BW is te vinden.

Het voorgaande heeft voor de verhouding van de Awb tot het BW tot gevolg dat bij het opstellen van bepalingen voor het bestuursrecht over onderwerpen die tegenhangers in het privaatrecht hebben, moet worden nagegaan in hoeverre de regels van het BW ook voor het bestuursrecht bruikbaar zijn. Daarbij geldt aan de ene kant dat deze regels voor een privaatrechtelijke context zijn bedoeld en derhalve niet vanzelfsprekend ook voor het bestuursrecht de meest geschikte zijn, maar aan de andere kant dat nodeloze afwijkingen van de privaatrechtelijke regels vermeden moeten worden. Indien de eigen aard van het bestuursrecht geen argumenten oplevert voor een andere regeling, moet in beginsel bij het BW worden aangesloten.

Met de Raad van State zijn wij van oordeel dat bovenstaande met zich brengt, dat mag worden verwacht dat de bestuursrechter de jurisprudentie van de burgerlijke rechter met betrekking tot de bepalingen van het BW waarvan artikelen van titel 4.4 zijn afgeleid of waarnaar de Awb verwijst, zoveel mogelijk zal volgen.

Voor de wijze waarop dit in de tekst van de Awb tot uitdrukking moet worden gebracht, geldt het volgende. Uitgangspunt is dat de regels van het BW gelden voor het privaatrecht. Voor een aantal titels van Boek 3 is de werkingssfeer mede tot bestuursrechtelijke verhoudingen uitgebreid voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Dit betekent dat de overige bepalingen van het BW – voorzover dit gewenst wordt – in de Awb uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing verklaard moeten worden. Voor de regels van de genoemde titels van Boek 3 geldt dat niet: het BW voorziet in beginsel reeds zelf in die overeenkomstige toepassing. Wel kan het bij de regeling van een bepaald onderwerp uit die titels nodig zijn nader te preciseren in hoeverre die bepalingen voor het bestuursrecht de meest geschikte zijn. Bij de regeling van het mandaat in de derde tranche is op die wijze rekening gehouden met de titel over de volmacht, maar is toch een eigen – meer nauwkeurig bij het bestuursrecht aansluitende – regeling getroffen. Evenzo is thans voor de verjaring met betrekking tot bestuursrechtelijke geldschulden in afdeling 4.4.3 van dit wetsvoorstel een eigen regeling getroffen, waarbij uiteraard wel rekening

is gehouden met de titel over verjaring in het BW. In afdeling 4.4.4 is voorts uitdrukkelijk bepaald dat een bestuursorgaan – naast de eventueel toegekende bestuursrechtelijke invorderingsbevoegdheden – ook beschikt over de invorderingsbevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft.

Bepalingen uit het BW zijn soms letterlijk overgenomen of van overeenkomstige toepassing verklaard. Het is van verschillende factoren afhankelijk of voor de ene of de andere methode is gekozen. Uitgangspunt is dat de tekst zo eenvoudig mogelijk te lezen moet zijn. Algemene regels uit het BW kunnen in de Awb vaak meer nauwkeurig worden geformuleerd, aangezien zij in die wet alleen betrekking hebben op bestuursrechtelijke geldschulden. Wanneer het om meer juridisch-technische punten gaat is verwijzing echter nuttig, omdat anders vaak een betrekkelijk uitvoerige en ingewikkelde regeling moet worden herhaald. Een verwijzing impliceert direct dat ook de wijzigingen van die bepaling als vanzelf worden gevolgd. Voorts brengt verwijzing met zich dat de jurisprudentie bij de betreffende bepaling dient te worden gevolgd; dat is vooral bij de meer juridisch-technische onderwerpen aangewezen. Wanneer naar het BW wordt verwezen, gebeurt dit niet zonder de context, maar is voor de leesbaarheid van de bepaling van belang dat in de Awb is aangegeven waarop die regel betrekking heeft.

Voor onderwerpen waarover de wetgever zich noch in het BW noch in de Awb uitdrukkelijk uitspreekt, zal de rechter zelfstandig een oplossing moeten vinden. Uit de jurisprudentie blijkt ook dat de rechter in gevallen waarin dat goed mogelijk is, in bestuursrechtelijke verhoudingen aansluiting pleegt te zoeken bij de regels van het privaatrecht.

4. Verhouding tot het gemeenschapsrecht

Zoals in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Derde tranche Awb (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 29) is gesteld, laat het gemeenschapsrecht ruimte voor toepassing van de Awb voorzover het zelf niet in een regeling voorziet en geen afbreuk wordt gedaan aan rechten die burgers aan het gemeenschapsrecht onttelen. Op het door de voorgestelde titel bestreken gebied zijn slechts op enkele beperkte gebieden gemeenschappelijke regels tot stand gebracht, bijvoorbeeld op dat van de invordering, terugvordering en navordering van in- en uitvoerrechten in ruime zin (Verordening (EEG) nr. 2913/92 tot vaststelling van het Communautair Douanewetboek (PbEG L 302)), op dat van EU-premies en uitvoerrestituties (o.m. Verordening (EG) nr. 800/1999, houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten, Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen) en op dat van de terugvordering van staatssteun (Verordening (EG) nr. 659/99 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 (thans: 88) van het EG-Verdrag (PbEG L83)). De in titel 4.4 Awb gegeven bepalingen kunnen derhalve mede strekken tot uitvoering van het gemeenschapsrecht zolang en voorzover het gemeenschapsrecht terzake geen eigen voorzieningen kent. Voorzover de regeling van titel 4.4 Awb ruimte biedt om in de bijzondere wetgeving anders te bepalen, kan deze ruimte tevens dienen om -waar nodig- uitvoering te geven aan secundair gemeenschapsrecht (zie bijv. art. 4.4.2.7 van dit voorstel). Zo nodig zal ook de voorrang van het gemeenschapsrecht op een in titel 4.4 Awb gegeven regel in de nationale regelgeving ter uitvoering van het (secundaire) gemeenschapsrecht tot uitdrukking worden gebracht.

In dit wetsvoorstel is bijvoorbeeld bepaald dat wettelijke rente niet verschuldigd is indien het bedrag ervan bij enige of laatste betaling minder bedraagt dan € 20, dan wel, indien het bestuursorgaan de schuldenaar is, € 10 (art. 4.4.2.2, tweede lid). Wanneer het gemeenschapsrecht

de verschuldigdheid van wettelijke rente voorschrijft, ook voorzover de rente minder dan € 20 respectievelijk € 10 bedraagt, is dit bedrag toch verschuldigd, omdat het gemeenschapsrecht voorrang heeft. Een ander voorbeeld biedt de verjaringstermijn. In dit wetsvoorstel is de verjaringstermijn gesteld op vijf jaar nadat de voorgeschreven betalingsstermijn is verstreken (art. 4.4.3.1, eerste lid). Deze termijn kan afwijken van de verjaringstermijnen die in het gemeenschapsrecht worden gehanteerd. Op grond van artikel 15 van de Verordening (EG) nr. 659/1999 bijvoorbeeld verjaart de bevoegdheid van de Commissie een lidstaat het bevel te geven onrechtmatige staatssteun terug te vorderen na tien jaar. Daarnaast zijn er gemeenschapsrechtelijke verplichtingen die geen verjaringstermijn kennen. Ingevolge artikel 17, tweede lid, van de Verordening (EG) nr. 1552/89 blijft de belastingschuld altijd bestaan en is de bevoegde instantie bij hernieuwde solvabiliteit van de belastingplichtige, verplicht de inning te hervatten. Zodra en voorzover het gemeenschapsrecht zelf in een regeling voorziet, wijkt het nationale recht en dus het onderhavige artikel 4.4.3.1 op grond van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht. Artikel 4.4.3.1 beoogt de diverse verjaringstermijnen in bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving te harmoniseren. In een regeling die op nationaal niveau uniform wil zijn, valt een dergelijke afwijking niet te voorkomen, mede omdat communautaire verjaringstermijnen niet uniform zijn of niet bestaan ten aanzien van bepaalde verplichtingen. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van de verjaringstermijnen die zijn opgenomen in artikelen 4:57, vierde lid, (terugvordering van subsidie) en 5.4.1.6, eerste lid, (opleggen bestuurlijke boete).

5. Reikwijdte van de regeling

5.1 Bestuursrechtelijke verplichtingen tot betaling van een geldsom

Het onderhavige voorstel heeft betrekking op bestuursrechtelijke verplichtingen tot betaling van een geldsom. Verplichtingen tot betaling van een geldsom doen zich in maatschappelijke verhoudingen en dus ook in de verhouding tussen overheid en burgers zeer vaak voor. In de eerste plaats komt het voor dat bestuursorganen en burgers een relatie hebben die vanaf het begin op het ontstaan of het effectueren van een financiële verplichting is gericht. Het kan daarbij gaan om een geldschuld van een bestuursorgaan aan een burger, zoals bij subsidies en sociale uitkeringen het geval is. Als – willekeurig gekozen – voorbeeld kan worden genoemd het recht op huursubsidie, de subsidie die het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen aan een werkgever verstrekt ter bevordering van deelname van gehandicapten aan arbeid in zijn bedrijf en het recht op een WAO- of WW-uitkering. Ook de nadeelcompensatie die een bestuursorgaan biedt aan een burger valt als zodanig aan te merken. Ook kan het gaan om een geldschuld van een burger aan een bestuursorgaan, zoals bij belastingen en premieheffing het geval is.

Daarnaast ontstaan er vaak financiële verplichtingen als gevolg van de niet-naleving van bestuursrechtelijke rechtsnormen, door bijvoorbeeld de bestuurlijke boete, de kosten die met de toepassing van bestuursdwang zijn gemoeid en de terugvordering van overschuldigd betaalde subsidie in het geval de subsidie-ontvanger zich niet aan de opgelegde verplichtingen heeft gehouden.

In de derde plaats scheidt het gebruikmaken van tal van collectieve voorzieningen financiële verplichtingen zoals eigen bijdragen, leges als ook het les- en cursusgeld op basis van de Les- en cursusgeldwet. Verhoudingen tussen overheden onderling zijn ook vaak financieel van aard. Voorbeelden zijn de financiering van een uit 's Rijks kas bekostigde school,

de uitkering die een gemeente op grond van de Financiële-verhoudingswet uit het gemeentefonds krijgt of de financiële regeling tussen besturen van deelnemende gemeenten in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Het is derhalve van groot maatschappelijk belang dat de regels omtrent de afwikkeling van dergelijke verplichtingen voor alle betrokkenen helder en toegankelijk zijn. Benadrukt wordt dat de voorgestelde regeling niet regelt *in welke gevallen* geldschulden ontstaan, maar slechts *hoe* zij ontstaan (voortvloeiend uit een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift of uit een appellabel besluit), alsmede hoe zij worden afgewikkeld.

De reikwijdte van de voorgestelde regeling is beperkt tot de bestuursrechtelijke geldschulden. Kenmerk van een bestuursrechtelijke betalingsverplichting is dat de grondslag van de betalingsverplichting van bestuursrechtelijke oorsprong is. In beginsel kan deze oorsprong zowel in het geschreven als in het ongeschreven bestuursrecht zijn gelegen. Anders dan in het voorontwerp is de regeling dus niet beperkt tot betalingsverplichtingen die uit het geschreven bestuursrecht voortvloeien. Voorzover de betalingsverplichting voortvloeit uit het ongeschreven bestuursrecht, is de voorgestelde regeling eerst van toepassing indien de betalingsverplichting zich heeft geconcretiseerd in een appellabel besluit van een bestuursorgaan.

Voor de toepassing van de hier voorgestelde regeling is derhalve vereist dat de betalingsverplichting ofwel voortvloeit uit een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift ofwel uit een daartoe strekkend besluit dat vatbaar is voor bezwaar of voor beroep bij de bestuursrechter. Aldus wordt voor het onderscheid tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke geldschulden in beginsel aangesloten bij de afbakening tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandelingen op grond van artikel 1:3. Om praktische redenen is de voorgestelde regeling echter niet van toepassing op geldschulden die voortvloeien uit besluiten die niet onder de competentie van de bestuursrechter vallen. Vereist is dat het besluit waaruit de geldschuld voortvloeit appellabel is. Voor de toepasselijkheid van de voorgestelde regeling op buitenwettelijke geldschulden wordt aangesloten bij het vereiste van processuele connexiteit, zoals dat in het bijzonder ook kenbaar is uit de jurisprudentie inzake zuivere schadebesluiten (o.a. ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229). De regeling is ook van toepassing indien tegen het besluit nog geen beroep bij de rechter kan worden ingesteld omdat eerst nog bezwaar moet worden gemaakt.

De Raad van State vraagt naar de verhouding tussen de subsidietitel en de titel over bestuursrechtelijke geldschulden. Deze verhouding is als volgt. Titel 4.2 van de Awb bevat specifieke voorschriften voor subsidies. Op grond van artikel 4:21 Awb wordt onder subsidie verstaan de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten. In het tweede en derde lid worden belasting- en premiefaciliteiten alsook uitkeringen aan overheden uitgezonderd van het toepassingsbereik van titel 4.2, het vierde lid brengt de bekostiging van onderwijs en onderzoek uitdrukkelijk onder het bereik van de subsidietitel. Ingevolge artikel 4:52 wordt het subsidiebedrag overeenkomstig de subsidievaststelling betaald. De titel inzake bestuursrechtelijke geldschulden, titel 4.4., bevat regels voor de afwikkeling van de betaling. Voor de toepasselijkheid van deze titel is niet relevant of de betaling al dan niet voortvloeit uit een subsidie die valt onder het bereik van titel 4.2. Bepalend is slechts of de betaling van het subsidiebedrag voortvloeit uit een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift dan wel een appellabel besluit. Derhalve is de titel over bestuursrechtelijke geldschulden ook van toepassing op de betaling van subsidies die buiten het bereik van de subsidietitel vallen.

De beperking van de reikwijdte van het voorstel tot bestuursrechtelijke geldschulden betekent dat niet alle betalingsverplichtingen waarbij een van beide partijen een bestuursorgaan is, door het wetsvoorstel worden bestreken. Betalingsverplichtingen die hun grondslag vinden in het privaatrecht vallen er niet onder. Hierbij moet worden gedacht aan betalingsverplichtingen uit overeenkomst, onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling, althans voorzover de bestuursrechter niet bevoegd is om van geschillen hieromtrent kennis te nemen. Voor het ontstaan en de inhoud hiervan zij naar de titels 3, 4 en 5 van boek 6 van het BW verwezen. Op de afwikkeling van deze verplichtingen zijn de reguliere privaatrechtelijke bepalingen omtrent de betaling van geldsommen van toepassing (art. 6:111 e.v. BW). De regeling heeft evenmin betrekking op uit het strafrecht voortvloeiende geldschulden. Deze geldschulden ontstaan als gevolg van het niet-naleven van strafrechtelijke rechtsnormen en worden bij uitspraak van de strafrechter vastgesteld. Het kan gaan om een geldboete, een ontnemings- of schadevergoedingsmaatregel als bedoeld in artikel 36e en 36f WvSr. Overigens geldt dat de uitvoering van een door de strafrechter opgelegde straf – dus ook als het gaat om de invordering van een geldschuld – plaatsvindt door het openbaar ministerie. Voor dit systeem is destijds gekozen omdat bij de tenuitvoerlegging van straffen nogal wat beleidsruimte voor de uitvoerder van de straf nodig werd geacht. Indien een door de strafrechter opgelegde boete of maatregel niet wordt betaald, kan op twee manieren dwanginvordering plaatsvinden: op grond van een door het openbaar ministerie uit te vaardigen dwangbevel (art. 575 Sv), dat ten uitvoer gelegd wordt als een vonnis van de burgerlijke rechter, of zonder dwangbevel door middel van een schriftelijke kennisgeving van het openbaar ministerie (art. 576 Sv). De in artikel 575 Sv geregelde dwangbevelprocedure valt niet onder de hier voorgestelde regeling omdat deze laatste zich beperkt tot bestuursrechtelijke geldschulden. Bovendien is de Awb op grond van artikel 1:6 niet van toepassing op de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. De met het strafrecht overeenkomende dwangbevelprocedure voor de invordering van een bestuurlijke boete op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften zou daarentegen wel onder het bereik van de regeling in de Awb vallen. Bij de aanpassingswetgeving die nodig is in verband met dit wetsvoorstel zal dan ook nog nader bezien moeten worden of de verschillende regelingen meer op elkaar afgestemd dienen te worden. Wij menen dat onnodige verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht bij de inning van een boete hoe dan ook vermeden moeten worden. Ingevolge artikel 1:6, onderdeel d, van de Awb valt de tenuitvoerlegging van geldboeten in het kader van het militaire tuchtrecht buiten het bereik van deze regeling. Buiten het terrein van het *militaire* tuchtrecht vallen tuchtrechtelijke boeten wel onder de regeling, voorzover de boete aan een bestuursorgaan verschuldigd is.

5.2 Twee categorieën van geldschulden

Een geldschuld kan in het bestuursrecht in hoofdzaak op twee manieren ontstaan. Een geldschuld kan bij beschikking worden vastgesteld of rechtstreeks uit de wet ontstaan. Het voorstel heeft op beide categorieën betrekking.

In veel gevallen steunt een verplichting tot betaling van de overheid of van de burger op een beschikking. Een beschikking tot vaststelling van een uitkering of een subsidie dan wel tot oplegging van een bestuurlijke boete roept een verplichting tot betaling in het leven. Hetzelfde geldt voor een belastingaanslag. Weliswaar wordt in het belastingrecht tot uitgangspunt genomen dat de materiële belastingenschuld rechtstreeks uit de wet ontstaat, maar de verplichting tot betaling – waar het in dit wetsvoorstel

om gaat – ontstaat bij verschillende belastingen eerst nadat een aanslag is opgelegd.

Daartegenover staan de gevallen waarin een betalingsverplichting – en ook de omvang daarvan – rechtstreeks uit een wettelijk voorschrift voortvloeit. In het belastingrecht komt het voor dat een dergelijke verplichting niet op een beschikking, maar direct op de wet is gebaseerd: de burger is dan tot betaling verplicht indien zich een bepaald feit heeft voorgedaan. Men denke aan de omzetbelasting die op aangifte moet worden voldaan zonder dat er van de kant van de belastingdienst eerst een besluit behoeft te worden genomen. Hetzelfde geldt voor premies voor sociale verzekeringen die een werkgever moet betalen. Voor les- en cursusgelden volgt de wet eveneens dit systeem.

Bezien is, of de regeling ook zou moeten gelden voor geldschulden die bij uitspraak van de bestuursrechter worden vastgesteld. Het betreft uitspraken waarbij – meestal – het bestuursorgaan tot vergoeding van bepaalde kosten wordt veroordeeld en waarbij de rechter dus zelf een financiële verplichting vaststelt. Concreet betreft het de in artikel 8:76 Awb bedoelde uitspraken tot vergoeding van schade, griffierecht of proceskosten als bedoeld in de artikelen 8:73, 8:73a, 8:74, 8:75 en 8:75a Awb. In het huidige artikel 8:76 Awb is aangesloten bij het systeem dat geldt voor de invordering van geldschulden die door de burgerlijke rechter worden vastgesteld. De grosse van een vonnis of een beschikking van de burgerlijke rechter is een executoriale titel in de zin van artikel 430 Rv. Aldus kan de tenuitvoerlegging terstond plaatsvinden met toepassing van de bepalingen van Boek II Rv. In artikel 8:76 Awb – dat is overgenomen uit oudere regelingen als artikel 99 Wet RvS (oud) – is bepaald dat voorzover een uitspraak van de bestuursrechter strekt tot betaling van een bepaald geldbedrag, zij ten uitvoer kan worden gelegd overeenkomstig de bepalingen van Boek II Rv. Voor bestuursrechtelijke geldschulden die bij rechterlijke uitspraak worden vastgesteld lijkt dit ons het juiste systeem. Dit heeft ons ertoe gebracht om in de definitiebepaling van de nu voorgestelde titel te bepalen dat de regeling niet van toepassing is op bij rechterlijke uitspraak vastgestelde geldschulden. Overigens is de aansluiting in artikel 8:76 Awb op het civiele recht nog voor verbetering vatbaar. In dit wetsvoorstel wordt daarom tevens voorgesteld om uitspraken van de bestuursrechter waarbij een financiële verplichting als hier bedoeld wordt vastgesteld, expliciet als een executoriale titel in de zin van artikel 430 Rv aan te merken.

6. De opzet van de regeling

De regeling is in hoofdstuk 4 geplaatst en bestaat uit één titel (titel 4.4). Hoofdstuk 4 bevat bijzondere bepalingen over besluiten. De nu voorgestelde titel bouwt in belangrijke mate voort op de regeling over beschikkingen van titel 4.1. Bestuursrechtelijke geldschulden worden in de regel bij beschikking vastgesteld. Daarnaast houdt het voorstel rekening met de mogelijkheid dat zij rechtstreeks uit de wet ontstaan. Uit een oogpunt van wetssystematiek verdient het wellicht de voorkeur, om de nieuwe titel aan de regeling van de subsidies (als bijzondere categorie geldschulden) vooraf te laten gaan. Het onaantrekkelijke daarvan is echter dat een titel zou moeten worden tussengevoegd. Anderzijds is vanuit een procesmatige benadering ook wat te zeggen voor een plaatsing na de regeling van de subsidies omdat de regeling over bestuursrechtelijke geldschulden voor een belangrijk deel op de afwikkeling van betalingsverplichtingen betrekking heeft. Wij hebben daarom gemeend om de regeling aan het eind van hoofdstuk 4 te moeten plaatsen.

De voorgestelde titel 4.4 valt uiteen in vier afdelingen. De eerste drie afdelingen hebben betrekking op zowel geldschulden van de burger aan de overheid als geldschulden van een bestuursorgaan aan een burger. De

laatste afdeling geldt alleen voor de invordering van geldschulden door de overheid. Afdeling 4.4.1 bevat bepalingen inzake het reguliere betalingstraject (o.m. wijze van ontstaan van de betalingsverplichting, betalingstermijn, wijze van betaling, verrekening en uitstel van betaling). Afdeling 4.4.2 regelt de gevolgen van niet-tijdige betaling (verzuim, wettelijke rente). Afdeling 4.4.3 regelt de verjaring: hoe lang kan degene die verzuimd heeft om tijdig te betalen nog tot nakoming worden gedwongen. Afdeling 4.4.4 tenslotte regelt de bijzondere bevoegdheden van de overheid om betaling te verkrijgen (aanmaning en invordering bij dwangbevel).

Bij de vaststelling en de nakoming van betalingsverplichtingen zijn verschillende fasen te onderscheiden. Aan de hand van het chronologisch verloop laat de voorgestelde regeling zich – in hoofdlijnen – als volgt weergeven.

De regeling onderscheidt twee wijzen waarop een bestuursrechtelijke betalingsverplichting kan ontstaan. De eerste – meest voorkomende – is dat de betalingsverplichting bij beschikking wordt vastgesteld. De tweede wijze is die waarbij de betalingsverplichting rechtstreeks uit de wet voortvloeit. In beide gevallen kan het zowel om geldschulden van de overheid als om geldschulden aan de overheid gaan.

De beschikking tot vaststelling van een verplichting tot betaling dient degene die moet betalen, duidelijkheid te verschaffen over de hoogte van het bedrag en over de termijn waarbinnen hij voor betaling moet zorgen. In het wetsvoorstel is gekozen voor een uniforme betalingstermijn van zes weken, behoudens de mogelijkheid van afwijking bij wettelijk voorschrift. Wanneer bij wettelijk voorschrift wordt bepaald dat de betalingsverplichting rechtstreeks uit de wet ontstaat, zal de betalingstermijn eveneens in dat wettelijke voorschrift moeten worden geregeld. Wanneer een op de overheid rustende betalingsverplichting rechtstreeks uit de wet voortvloeit, kan de burger overigens steeds om een beschikking vragen, o.a. met het oog op de mogelijkheid om bezwaar en beroep in te stellen. De betaling dient in beginsel giraal te geschieden. Wanneer dit voor één van beide partijen bezwaarlijk is, is het bestuursorgaan bevoegd om op andere wijze te ontvangen of te betalen, bijvoorbeeld contant of per chèque. De burger hoeft alleen dan niet binnen de voorgeschreven termijnen te betalen indien hij een verzoek heeft ingediend om uitstel van betaling en het bestuursorgaan dit verzoek heeft toegewezen. Verrekening van een geldschuld met een vordering is slechts mogelijk voorzover de bevoegdheid daartoe in de bijzondere wet is toegekend.

Wordt niet binnen de reguliere betalingstermijn betaald, dan treedt in beginsel verzuim in en is de schuldenaar vanaf dat moment wettelijke rente verschuldigd. De wettelijke rente wordt bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. Uit praktische overwegingen is bepaald dat onder de € 20 of, als het bestuursorgaan de schuldenaar is, € 10, geen wettelijke rente verschuldigd is. De wettelijke rente wordt door het bestuursorgaan bij beschikking vastgesteld, zowel wanneer het zelf wettelijke rente moet vergoeden omdat het in gebreke is, als wanneer de wederpartij dit moet doen.

Wanneer niet tijdige betaling door het bestuursorgaan het gevolg is van het onjuist vaststellen van een beschikking tot betaling, is het bestuursorgaan gehouden de daardoor voor de burger ontstane schade (renteverschiet) te vergoeden. In dit geval gaat de wettelijke rente lopen vanaf het tijdstip waarop het bestuursorgaan met de betaling in verzuim zou zijn geweest indien de beschikking op de laatste dag van de daarvoor gestelde termijn zou zijn gegeven. Met deze regel wordt aansluiting gezocht bij de eerder in deze memorie van toelichting aangehaalde jurisprudentie van met name de Centrale Raad van Beroep.

Daarnaast wordt in het wetsvoorstel voorgesteld om niet tijdige besluitvorming op dezelfde wijze te behandelen als onjuiste besluitvorming. Ook

wanneer het bestuursorgaan te laat beslist of een besluit zelfs geheel uitblijft, dient rente te worden vergoed en wel vanaf het moment waarop uiterlijk had moeten zijn beslist en betaald. Met deze regeling wordt voorkomen dat de overheid voordeel trekt van het te laat of onjuist beslissen over financiële aanspraken. Tegenover het nadeel van de burger (renteverlies) staat immers het rentevoordeel van de overheid omdat zij ten onrechte langer over het geld heeft kunnen beschikken. Om diezelfde reden is bepaald dat in gevallen waarin de overheid de burger een te hoge betalingsverplichting heeft opgelegd, de overheid wettelijke rente dient te vergoeden over de termijn tussen de betaling en de terugbetaling. Er zij op gewezen dat het voor het verschuldigd zijn van wettelijke rente volgens deze regeling in beginsel niet uitmaakt of in de bezwaarschrift-procedure dan wel bij het beroep bij de bestuursrechter komt vast te staan dat het bestuursorgaan de betalingsverplichting onjuist heeft vastgesteld. Bij financiële besluiten staat in beide gevallen tegenover het rentenadeel van de burger een rentevoordeel van de overheid. Compensatie hiervan is billijk.

Het recht om nakoming van een betalingsverplichting af te dwingen gaat door tijdsverloop teniet. In aansluiting op de meest gebruikelijke termijn in het BW is gekozen voor een verjaringstermijn van vijf jaar. De bijzondere bevoegdheden die de overheid in sommige gevallen heeft om betaling te verkrijgen, met inbegrip van de bevoegdheid van de overheid om te verrekenen, kunnen na deze vijf jaar niet meer worden benut. Het voorstel biedt voorts de mogelijkheid van stuiting en verlenging van de verjaring.

Wanneer een burger verzuimt om tijdig te betalen, maant het bestuursorgaan hem aan om binnen twee weken alsnog te betalen. De aanmaning is niet meer dan een herinnering tot betalen. De aanmaning heeft geen betekenis voor het ontstaan van het verzuim; de aanmaning is immers pas mogelijk nadat de burger in verzuim is. Dat betekent ook dat de wettelijke rente inmiddels is gaan lopen. Wel heeft de aanmaning betekenis voor de mogelijkheid om verdergaande invorderingsmaatregelen te nemen: invordering bij dwangbevel is doorgaans eerst mogelijk indien tevoren een aanmaning is verzonden. Het bestuursorgaan mag voor de kosten van de aanmaning een forfaitair bedrag in rekening brengen dat afhankelijk is van de hoogte van de schuld. Om geschillen over betrekkelijk geringe, forfaitaire bedragen te voorkomen, is de aanmaning van bezwaar en beroep in de zin van de Awb uitgesloten.

Om de doelmatigheid van de inning te vergroten voorzien diverse bijzondere wetten thans in de mogelijkheid dat het bestuursorgaan zichzelf een executoriale titel verschafft, door middel van het uitvaardigen van een dwangbevel. In het voorstel is er uitdrukkelijk voor gekozen om deze bevoegdheid niet door middel van een algemene bevoegdheidsgrondslag in de Awb voor alle gevallen aan alle bestuursorganen toe te kennen. 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 Algemene wet bestuursrecht voor een bijzondere categorie van gevallen, is toegekend. Zo kent het voorgestelde artikel 4:57, tweede lid, de bevoegdheid tot invordering bij dwangbevel toe voor onverschuldigd betaalde subsidiebedragen.

Het bestuursorgaan kan daarnaast gebruik blijven maken van de bevoegdheden die een schuldeiser in het privaatrecht ook heeft, tenzij de bijzondere wet daaraan in de weg staat.

Soms heeft een bestuursorgaan de bevoegdheid tot kwijtschelding van een geldschuld aan een bestuursorgaan. Voorzover de geldschuld daardoor tenietgaat, is sprake van een besluit (zie impliciet ook Nationale ombudsman 5 december 1990, AB 1991, 95; CRvB 27 maart 1996, AB 1996, 248; vgl. ook het voorgestelde artikel 4.4.5.1, eerste lid). Het onder-

havige wetsvoorstel voorziet met opzet niet in een algemene bevoegdheid tot kwijtschelding. Kwijtschelding komt er in veel gevallen op neer dat een burger wordt ontslagen van wettelijke verplichtingen tot betaling. Dit dient uitzondering te blijven en kan daarom zo nodig beter door de bijzondere wetgever worden geregeld. Van kwijtschelding moet worden onderscheiden het staken van de invordering omdat de schuldenaar onvoldoende verhaal biedt of omdat invordering een onevenredige inspanning zou vergen. Dat is een feitelijke handeling, geen besluit.

Het voorstel bevat regels voor het geval een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft de betaling van een geldsom door middel van een dwangbevel af te dwingen. Daarbij is in belangrijke mate aangesloten bij de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bepaald wordt dat een dwangbevel een executoriale titel is als bedoeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het kan derhalve volgens de in dat wetboek opgenomen procedureregels ten uitvoer worden gelegd. Wegens de samenloop van Awb en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een aantal bepalingen van de Awb buiten toepassing verklaard. De belangrijkste afwijking houdt in dat tegen het dwangbevel geen bezwaar en beroep openstaat in de zin van de Awb.

Op het aspect van de rechtsbescherming en de keuze voor de civiele rechtsgang wordt in de volgende paragraaf afzonderlijk ingegaan.

7. Rechtsbescherming tegen (dwang)invordering

Een belangrijk aspect bij de invordering van geldschulden is de rechtsbescherming. Betaling van een bestuursrechtelijke geldschuld door de overheid kan – indien dat noodzakelijk zou zijn – uiteindelijk via de civielrechtelijke weg worden afgedwongen. De vraag doet zich voor welke rechtsgang voor de schuldenaar open dient te staan bij invordering bij dwangbevel door de overheid.

Om fouten in het dwangbevel en bij de tenuitvoerlegging te voorkomen of te herstellen, kennen bijna alle bestaande wetten een specifieke regeling inzake verzet. Een opvallend verschil daarbij is dat een deel van deze wetten (o.m. art. 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.

Verzet vindt krachtens de genoemde wetten plaats bij de gewone (burgerlijke) rechter. Volgens de meeste regelingen is de rechtbank bevoegd, maar soms is uitdrukkelijk de sector kanton aangewezen. Tegen de uitspraak op het verzet staan hoger beroep en beroep in cassatie open. Een gemeenschappelijk element van alle procedures is dat – voorzover de betalingsplicht bij beschikking is vastgesteld – daarin niet meer kan worden opgekomen tegen de oorspronkelijke beschikking waarbij de verplichting tot betaling is vastgesteld. Tegen deze beschikking heeft immers reeds bezwaar en beroep opengestaan op grond van de Awb. Vergelijking met de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering laat zien waarop de rechtsbescherming bij invordering van geldschulden in het civiele recht is gericht. Artikel 438 Rv spreekt niet met zoveel woorden over de mogelijkheid van «verzet», maar geeft een regeling inzake «geschillen die in verband met een executie rijzen». Een termijn wordt ook hier niet genoemd.

Een zodanige regeling van executiegeschillen ligt voor de hand. Het recht op invordering van een geldschuld verjaart volgens het wetsvoorstel pas na vijf jaren. Een bestuursorgaan is niet verplicht om na betekening van het dwangbevel op korte termijn tot de daadwerkelijke executie over te gaan. Bij een verzetstermijn die is gekoppeld aan de betekening van het dwangbevel, kan het derhalve voorkomen dat de executie pas plaatsvindt

op een tijdstip waarop geen verzet meer mogelijk is. Uit een oogpunt van rechtsbescherming is dit uiteraard ongewenst. Uit de praktijk van de Invorderingswet 1990 blijkt dat nauwelijks verzet wordt aangetekend tegen het dwangbevel zélf, maar bijna altijd tegen de feitelijke tenuitvoerlegging. Juist tijdens de executie kunnen veel dingen misgaan en is er behoefte aan rechtsbescherming. Indien dan door het verloop van de termijn geen verzet meer mogelijk zou zijn, zou de schuldenaar alsnog een executiegeschil aanhangig moeten maken bij de burgerlijke rechter. Aldus zou een reeks van proceduremogelijkheden ontstaan. Tegen de beschikking waarbij de betalingsverplichting is vastgesteld staat bezwaar en beroep open, tegen het dwangbevel kan verzet worden aangetekend en tegen de uitvoering van het dwangbevel kan ten slotte een geding bij de burgerlijke rechter worden gestart. Een dergelijke situatie is nodeloos ingewikkeld.

Nu executiegeschillen gedurende de gehele executiefase kunnen ontstaan, rijst de vraag welke rechter het meest geschikt is om dergelijke geschillen te behandelen indien het een bestuursrechtelijke geldschuld betreft. Eerder is het standpunt ingenomen dat de procedures inzake verzet tegen een dwangbevel moeten worden gekwalificeerd als administratieve rechtspraak (Kamerstukken II 1992/93, 22 495, nr. 10, p. 28). Voorts moet het dwangbevel worden beschouwd als een besluit in de zin van de Awb. Het is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan die wordt gegeven krachtens een publiekrechtelijke bevoegdheid die op de wet is gebaseerd. 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.

Niettemin is er in het wetsvoorstel voor gekozen om de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op dit terrein te handhaven. Van belang is dat in een executieprocedure bestuursrechtelijke vragen die verband houden met de rechtmatigheid van de – doorgaans aanwezige – onderliggende beschikking, in beginsel geen rol meer mogen spelen. Dergelijke vragen horen thuis in de bezwaar- en beroepsprocedures, die mogelijk aan de tenuitvoerlegging van het dwangbevel zijn voorafgegaan. 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 de voorkeur diens bevoegdheid inzake die geschillen te handhaven. Dit brengt tevens met zich dat het in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procesrecht van de civiele rechter op deze «bestuursrechtelijke» executiegeschillen van toepassing is.

Overigens vloeit uit het voorgaande voort dat wanneer een beschikking tot betaling aan de overheid ontbreekt (art. 4.4.1.4), de burger in een executiegeschil wél de bestuursrechtelijke verplichting tot betaling aan de orde kan stellen.

In reactie op het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten naar aanleiding van het voorontwerp, waarin de toepasbaarheid van dit artikel op bestuursrechtelijke geldschulden wordt betwijfeld, merken wij op dat ingevolge artikel 438 Rv de tenuitvoerlegging in ruimste zin van het woord onderwerp van het executiegeschil kan zijn, niet slechts de bepaalde executiewijze, maar ook de executie zelf zoals zij wordt toegepast. Artikel 438 ziet op situaties waarin de schuldeiser weliswaar over een executoriale titel beschikt, maar deze op een onrechtmatige wijze ten uitvoer legt. Deze situaties kunnen zich ook voordoen bij invordering bij dwangbevel van bestuursrechtelijke geldschulden.

Hoewel artikel 438, eerste lid, Rv de gewone dagvaardingsprocedure voorop stelt, is het in de praktijk gebruikelijk dat executiegeschillen in kort geding worden behandeld. Ingevolge het derde lid van artikel 438 kan de

voorzieningenrechter echter, voorzover hij vindt dat de zaak zich niet leent voor behandeling in kort geding, deze verwijzen naar de terechtzitting van de rechtbank. Van deze bevoegdheid kan hij ook gebruik maken als een bestuursrechtelijke betalingsverplichting in kort geding aan de orde wordt gesteld. De woorden «voorzover» in de aanhef van het eerste lid geven aan dat tegen een partiële verwijzing geen bezwaar bestaat. Van belang is verder dat – zoals zojuist is opgemerkt – de rechtsbescherming zich moet kunnen uitstrekken tot de gehele executiefase. Met name bij de feitelijke gang van zaken bij de executie kunnen zich problemen voordoen en is rechtsbescherming nodig. In dat licht is het minder juist de rechtsbescherming te fixeren op een beslismoment in bestuursrechtelijke zin – te weten het dwangbevel – met de daarbij behorende termijnen. De bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsconstructie is aldus voor de beslechting van executiegeschillen minder geschikt. Ook dit pleit voor handhaving van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op dit punt. De gevolgen van deze keuze zijn in het wetsvoorstel uitgewerkt. Bepaald wordt dat een dwangbevel een executorialie titel oplevert als bedoeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Aldus wordt aangesloten bij de aldaar opgenomen procedure voor de beslechting van executiegeschillen bij de burgerlijke rechter. Voorts wordt aan artikel 8:4 een onderdeel m toegevoegd waardoor Awb-beroep (en daarmee ook Awb-bezwaar) tegen een dwangbevel wordt uitgesloten.

8. Overige wijzigingen

In de voorgestelde titel 4.4 wordt, overeenkomstig de terminologie van artikel 1:1 Awb, steeds gesproken over bestuursorganen. Een bestuursorgaan is in de regel evenwel geen privaatrechtelijk rechtssubject. In het privaatrecht kunnen immers de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling uitsluitend worden toegerekend aan natuurlijke of rechtspersonen. Blijkens artikel 2:1 BW komt – behoudens specifieke gevallen bij of krachtens de wet bepaald – uitsluitend rechtspersoonlijkheid toe aan de Staat en de openbare lichamen als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet. Om de koppeling te leggen tussen de onderhavige regeling en het rechtspersonenrecht zoals neergelegd in het BW, wordt in het wetsvoorstel bepaald dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan worden toegerekend aan de rechtspersoon waarvan het desbetreffende bestuursorgaan deel uitmaakt. Deze regel geldt vanzelfsprekend ook indien een bestuursorgaan zélf rechtspersoonlijkheid bezit langs de weg van artikel 2:1, tweede lid, BW. Dit kan zich voordoen bij zelfstandige bestuursorganen.

Daarnaast behelst het wetsvoorstel enkele andere wijzigingen van de Awb. In artikel 4:57 wordt vastgelegd dat beslissingen tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen, besluiten zijn in de zin van de Awb (vgl. ABRS 21 oktober 1996, AB 1996, 496, JB 1996, 232). Het gewijzigde artikel 4:57 schept een wettelijke grondslag voor besluiten tot terugvordering van subsidie. Daarbij is voorzien in de mogelijkheid van invordering van onverschuldigd betaalde subsidies bij dwangbevel. Artikel 8:76 wordt in redactionele zin verduidelijkt door te bepalen dat een uitspraak van een bestuursrechter in een aantal specifiek omschreven gevallen een executorialie titel oplevert in de zin van artikel 430, eerste lid, Rv. Voorts wordt voorgesteld om aan de in artikel 8:4 opgesomde categorieën van besluiten waartegen geen beroep openstaat, de aanmaning en het dwangbevel toe te voegen. Verwezen zij naar de toelichting bij dit artikel.

Tenslotte noopt de regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden tot enige wijzigingen in de bepalingen over de bestuursdwang en de last onder dwangsom. Deze zijn toegelicht in hoofdstuk IV van deze memorie van toelichting.

Artikelsgewijs

Artikel 1:1

Het nieuw voorgestelde vierde lid is hiervoor in paragraaf 8 van het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting reeds kort toelicht. De bepaling is er op gericht een koppeling te leggen tussen de Awb en het rechtspersonenrecht zoals neergelegd in het BW, door te bepalen dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon treffen waartoe het bestuursorgaan behoort. Overigens is dit ook thans al geldend recht. De winst van deze bepaling is dat in de Awb niet steeds hoeft te worden gesproken in termen van «een betaling aan of door de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt». Thans kan worden volstaan met de zinsnede «een betaling aan of door het bestuursorgaan». Wettelijke bepalingen waarin betalingen aan of door een bestuursorgaan zijn voorgeschreven, dienen derhalve steeds te worden gelezen in samenhang met artikel 1:1, vierde lid. Dit geldt zowel voor bepalingen in de Awb als in de bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving. Aldus bestrijkt deze bepaling de gehele bestuursrechtelijke wetgeving.

De formulering van de bepaling sluit aan bij artikel 3:66, eerste lid, BW waarin de verhouding tussen volmachtgever en gevolmachtigde wordt geregeld. Dat neemt niet weg dat de hier voorgestelde bepaling een grotere reikwijdte heeft. Overeenkomstig de systematiek van de Awb omvat het begrip «handeling» in deze bepaling ook een «besluit», alsmede andere rechtshandelingen en feitelijke handelingen.

In het civiele recht kan als regel slechts de rechtspersoon, niet het bestuursorgaan optreden als procespartij. Derhalve dient bij de burgerlijke rechter de rechtspersoon te worden gedagvaard. Wordt onverhoopt het bestuursorgaan gedagvaard, dan zal deze dagvaarding dienen te gelden als gericht aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. De onderhavige bepaling brengt daarin geen verandering. Het belastingrecht maakt op deze regels overigens een uitzondering voor de ontvanger (zie artikel 3, derde lid, Invorderingswet 1990).

Artikel 4:52

De regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden brengt mee dat de bestaande bepalingen over de betaling van subsidies (artikel 4:52 e.v.) kunnen worden vereenvoudigd. Het huidige artikel 4:52, eerste lid, bepaalt onder meer dat voorschotten op subsidies kunnen worden verrekend met het subsidiebedrag. Deze zinsnede kan vervallen, omdat de verrekening van voorschotten in meer algemene zin wordt geregeleid in het voorgestelde artikel 4.4.1.11, vierde lid, eerste volzin. Het huidige tweede lid van artikel 4:52 regelt een betalingstermijn en kan vervallen in verband met het voorgestelde artikel 4.4.1.3.

Het voorgestelde tweede lid komt overeen met het huidige derde lid. Het geeft bij subsidies die niet op een wettelijk voorschrift berusten de mogelijkheid om in de subsidiebeschikking een afwijkende betalingstermijn vast te stellen. Dat is een aanvulling op – of eigenlijk: een toepassing van – artikel 4.4.1.3, tweede lid, die daarom met enige redactionele aanpassingen wordt gehandhaafd.

Artikelen 4:54 en 4:55

De huidige artikelen 4:54 en 4:55 regelen enkele aspecten van de verlening en betaling van voorschotten bij subsidies. Zij kunnen vervallen nu het voorgestelde artikel 4.4.1.11 een meer algemene regeling voor bevoorschotting geeft.

Artikel 4:57

Eerste lid

In ABRS 21 oktober 1996 (AB 1996, 496, JB 1996, 232) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak uitgemaakt dat een beslissing omtrent terugvordering van een onverschuldigd betaalde subsidie of een andere bestuursrechtelijke financiële verstrekking, een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is, ook wanneer de terugvorderingsbeslissing niet op een uitdrukkelijk wettelijke bevoegdheid tot terugvordering berust. Het publiekrechtelijke rechtsgevolg van een dergelijke beslissing ontleent de Afdeling aan het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Deze uitspraak heeft tevens tot gevolg dat terugvorderingsbesluiten die voortvloeien uit een eerder subsidiebesluit vatbaar zijn voor bezwaar en beroep bij de bestuursrechter. Voorheen nam de Afdeling aan dat niet op een uitdrukkelijke wettelijke grondslag gebaseerde besluiten omtrent terugvordering van subsidie rechtshandelingen naar burgerlijk recht waren, waarover slechts de burgerlijke rechter kon oordelen. Met de uitspraak van 21 oktober 1996 heeft de Afdeling zich aangesloten bij de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (26 februari 1987, AB 1987, 438) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb 27 december 1977, AB 1978, 344; CBb 15 juni 1990, AB 1991, 301).

In het licht van meergenoemde uitspraak van de Afdeling is aanpassing van artikel 4:57 gewenst. Hoewel de tekst van deze bepaling ruimte biedt om de terugvordering van subsidie als een besluit in de zin van de Awb te zien, was de regering blijkens de memorie van toelichting een andere opvatting toegegaan (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 84/85). Ter vermijding van misverstand wordt daarom voorgesteld om de bevoegdheid tot het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiebedragen in een nieuw eerste lid van artikel 4:57 neer te leggen. Voor onverschuldigd betaalde voorschotten is dit in artikel 4.4.1.11 geregeld.

Opgemerkt zij nog, dat het terugvorderingsbesluit valt onder de uitzondering op de hoorplicht voor financiële beschikkingen van artikel 4:12, eerste lid. Gelet op het accessoire karakter van het terugvorderingsbesluit lijkt het niet nodig daarin verandering te brengen. Het terugvorderingsbesluit wordt immers altijd voorafgegaan door een lagere vaststelling of intrekking waarbij op grond van het tweede lid van 4:12 in principe steeds moet worden gehoord. Uit een oogpunt van doelmatige rechtsbescherming verdient het in de praktijk aanbeveling om de beslissing tot lagere vaststelling of intrekking en die tot terugvordering in één beschikking te combineren en voorafgaand aan het nemen daarvan de belanghebbende te horen. Deze mogelijkheid is met name van belang omdat de bevoegdheid tot terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen een discretionaire bevoegdheid is die moet worden uitgeoefend met inachtneming van de algemene bestuursrechtelijke eisen die de aanwending van discretionaire bevoegdheden beheersen (met name art. 3:4 en 3:46).

Tweede lid

In het tweede lid is bepaald dat de terugvordering kan geschieden bij door het bestuursorgaan uit te vaardigen dwangbevel, op de tenuitvoerlegging waarvan afdeling 4.4.4 van toepassing is. Het bestuursorgaan kan zich voortaan dus buiten de rechter om een executoriale titel verschaffen. Deze extra bevoegdheid betekent overigens niet een verplichting voor het bestuursorgaan om uitsluitend die weg te volgen. Het kan gebruik blijven maken van de gewone bevoegdheden van een schuldeiser (zie art. 4.4.4.2.11).

Derde lid

Het derde lid houdt verband met het voorgestelde artikel 4.4.1.9. Laatstgenoemd artikel bepaalt, dat verrekening van een bestuursrechtelijke geldschuld met een bestaande vordering slechts mogelijk is voorzover daarin bij wettelijk voorschrift is voorzien. Bij subsidies is er voor één geval reden een dergelijke wettelijke voorziening te treffen. Het komt vaak voor dat een bestuursorgaan ieder jaar opnieuw een subsidie verstrekt aan dezelfde subsidie-ontvanger voor dezelfde activiteiten. In die gevallen ligt het voor de hand een eventuele terugvordering van voor het jaar x betaalde subsidiebedragen te verrekenen met nog voor het jaar x + 1 (of in voorkomende gevallen, een later jaar) uit te betalen subsidiebedragen. Het voorgestelde derde lid voorziet in de bevoegdheid daartoe, mits het gaat om dezelfde subsidie-ontvanger en dezelfde gesubsidieerde activiteiten. Deze vereisten komen qua strekking overeen met de in het privaatrecht geldende vereisten voor verrekening (vgl. artikel 6:127, tweede lid, BW).

De bepaling ziet op subsidies die jaarlijks worden verstrekt voor voortdurende activiteiten. Zij is niet van toepassing indien een subsidieontvanger toevallig in twee achtereenvolgende jaren in aanmerking blijkt te komen voor projectsubsidies op grond van dezelfde regeling. Te denken valt aan een veehouder die in jaar x subsidie ontvangt voor de aanpassing van een stal en in het daaropvolgende jaar voor de aanpassing van een tweede stal. Verrekening ligt dan niet voor de hand, omdat de opeenvolging van subsidies aan dezelfde ontvanger min of meer toeval is. Dat laat onverlet dat, indien de aard van de projectsubsidie meebrengt dat opeenvolging van subsidies aan dezelfde ontvanger geregeld voorkomt en dus geen toeval is, de bijzondere subsidieregeling in een bevoegdheid tot verrekening kan voorzien.

Vierde lid

Het vierde lid is, behoudens een redactionele aanpassing, gelijk aan het huidige artikel 4:57, waarin de verjaring van de bevoegdheid om terug te vorderen is geregeld.

TITEL 4.4 BESTUURSRECHTELIJKE GELDSCHULDEN

Afdeling 4.4.1 Ontstaan en inhoud van de verplichting tot betaling

Artikel 4.4.1.1

Eerste lid

Deze bepaling regelt de reikwijdte van titel 4.4. In het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting is daaraan reeds aandacht besteed. De regeling is vanzelfsprekend beperkt tot bestuursrechtelijke geldschulden. Op privaatrechtelijke geldschulden is zij niet van toepassing, zoals ook in het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting is uiteengezet. Geldschulden zijn bestuursrechtelijk van aard voorzover zij voortvloeien uit een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift of uit een besluit. Om praktische redenen is de hier voorgestelde regeling niet van toepassing op geldschulden die voortvloeien uit besluiten die niet appellabel zijn. Dat het wettelijk voorschrift bestuursrechtelijk van aard dient te zijn, betekent dat de geldschuld dient voort te vloeien uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt.

Bestuursrechtelijke geldschulden die niet voortvloeien uit een daartoe strekkend bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift, maar slechts gebaseerd zijn op een buitenwettelijk besluit, kunnen een verschillende oorsprong

hebben. De rechtspraak laat daarvan verschillende voorbeelden zien. In de eerste plaats zijn er besluiten die voortkomen uit een daaraan voorafgaand besluit en hun basis mede vinden in een bestuursrechtelijk rechtsbeginsel. Te denken valt hierbij in het bijzonder aan het zogeheten zelfstandige of zuivere schadebesluit (o.a. ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229) en aan het buitenwettelijke terugvorderingsbesluit (ABRS 21 oktober 1996, 496 en ABRS 26 augustus 1997, 461). Soms volstaat de rechter met de constatering dat het besluit nauw samenhangt met een eerder besluit, dan wel binnen het kader van de door een eerder besluit ontstane rechtsbetrekking blijft (o.a. CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 133 en CBB 19 februari 1997, AB 1997, 144). De Afdeling maakt in de genoemde jurisprudentie onderscheid tussen schadebesluiten die wel en niet vatbaar zijn voor beroep. Zoals gezegd, is titel 4.4 echter niet van toepassing op geldschulden die voortvloeien uit besluiten die niet appellabel zijn.

In de tweede plaats zijn er bestuursrechtelijke geldschulden die gebaseerd zijn op een algemeen bekendgemaakte beleidsregel. Ook na de opkomst van de figuur van het zelfstandig schadebesluit is de bestuursrechter schadebesluiten op grond van een beleidsregel blijven accepteren (ABRS 3 april 2000, AB 2000, 222). In de derde plaats zijn er besluiten met een algemene bestuursrechtelijke wettelijke grondslag. Zo vindt de bestuursrechter de rechtsgrond van een besluit tot verstrekking van een financiële bijdrage wel in de algemene publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeenteraad als bedoeld in artikel 108 in samenhang met artikel 147, tweede lid, Gemeentewet (ABRS 11 mei 1998, AB 1998, 298).

In het voorontwerp was de reikwijdte van de voorgestelde regeling beperkt tot geldschulden die voortvloeien uit een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift. In verschillende reacties op het voorontwerp werd betreurd dat de regeling aldus niet op andere bestuursrechtelijke geldschulden van toepassing zou zijn, waarbij in het bijzonder de geldschulden die voortvloeien uit een zelfstandig schadebesluit werden genoemd. Met het bovenstaande wordt aan deze reacties tegemoet gekomen.

De regeling strekt zich zowel uit tot schulden aan als tot schulden van een bestuursorgaan. Een en ander is in artikel 4.4.1.1 tot uitdrukking gebracht door te spreken over «geldschulden die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt». De grondslag van de betalingsverplichting dient derhalve te zijn gelegen in een bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift: een voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt. Kenmerk van een dergelijk voorschrift is dat (ten minste) steeds één van beide partijen (schuldeiser of schuldenaar) een bestuursorgaan moet zijn. Uiteraard is ook mogelijk dat het een betalingsverplichting tussen bestuursorganen onderling betreft. Anders dan bij de subsidietitel het geval is (art. 4:21, derde lid), is de nu voorgestelde titel over het ontstaan en het afwickelen van betalingsverplichtingen eveneens op verhoudingen tussen overheden van toepassing. Ook in deze verhoudingen is behoefte aan dergelijke regels. Het eigen karakter van de financiële verhouding tussen overheden zal naar verwachting voldoende tot uitdrukking kunnen komen door gebruik te maken van de mogelijkheden die het wetsvoorstel biedt om op bepaalde punten bij wettelijk voorschrift een andere regeling te treffen, bijvoorbeeld ten aanzien van de verschuldigheid van wettelijke rente bij te late betaling (artikel 4.4.2.7). De geldschulden waarover de regeling gaat zijn te verdelen in twee categorieën. De eerste categorie omvat de geldschulden die bij beschikking worden vastgesteld. Zowel ingeval de overheid moet betalen als indien de burger dat moet doen, is het geven van een beschikking vaak het uitgangspunt. Subsidies en uitkeringen plegen op basis van een beschikking door de overheid te worden betaald, terwijl aan de betaling van een belasting of een heffing vaak ook een beschikking ten grondslag ligt. De tweede categorie omvat de gevallen waarin de betalingsverplichting

rechtstreeks uit een wettelijk voorschrift voortvloeit. De verplichting is in die situaties niet afhankelijk van een door een bestuursorgaan gegeven beschikking, maar wordt rechtstreeks veroorzaakt door een wettelijk voorschrift dat aan een bepaald feit rechtsgevolgen verbindt. Indien zich dat feit voordoet, ontstaat automatisch op grond van de wet een betalingsverplichting waarvan ook de omvang door de wet wordt bepaald. Een besluit van een bestuursorgaan is voor het ontstaan van dat rechtsgevolg niet nodig.

Een bekend voorbeeld van deze categorie is de betaling van belastingen die op aangifte moeten worden voldaan. Een ander voorbeeld vormen de les- en cursusgelden voor zestien- tot achttienjarigen in het onderwijs die rechtstreeks op grond van de Les- en cursusgeldwet verschuldigd zijn en die betaald moeten worden aan de Informatie Beheer Groep. Voor gemeentelijke belastingen zoals leges kan op grond van artikel 233a Gemeentewet in de gemeentelijke belastingverordening worden bepaald dat moet worden betaald op het moment dat mondeling kennis wordt gegeven van het op grond van de verordening verschuldigde bedrag.

Ten aanzien van de in art. 8:41 en 8:82 Awb geregelde griffierechten – een bijzondere categorie van bestuursrechtelijke geldschulden – wordt opgemerkt dat deze niet onder de voorgestelde regeling vallen. Aangezien de griffier die het griffierecht heft van het begrip bestuursorgaan in de Awb is uitgezonderd (art. 1:1, tweede lid, onderdeel g), is hier niet sprake van een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling aan of door een bestuursorgaan regelt. De uit het heffen van een griffierecht voortvloeiende betalingsverplichting zou ook niet goed in te passen zijn in het stramien van het ontwerp. Zo is bijvoorbeeld de sanctie op niet tijdige betaling van het griffierecht niet-ontvankelijkheid van het beroep.

Tweede lid

Het tweede lid bepaalt dat titel 4.4 niet van toepassing is op verplichtingen tot betaling van een geldsom voor het in behandeling nemen van een aanvraag (vaak leges genoemd). Dit zijn bestuursrechtelijke geldschulden, die veelal uit een wettelijk voorschrift voortvloeien. Ook deze geldschulden passen niet goed in het stramien van titel 4.4. De sanctie op niet of niet tijdig betalen is in deze gevallen dat de aanvraag niet in behandeling wordt genomen. Aan bepalingen over verzuim, wettelijke rente en dwanginvordering bestaat dan geen behoefte. Eventuele geschillen over de verschuldigdheid of de hoogte van de leges kunnen zo nodig aan de orde worden gesteld in bezwaar of beroep tegen het besluit op de aanvraag, dan wel een besluit om de aanvraag niet in behandeling te nemen.

Derde lid

Het derde lid zondert bestuursrechtelijke geldschulden die bij uitspraak van de bestuursrechter worden vastgesteld uit. Deze uitspraken zijn in het huidige systeem, evenals uitspraken van de burgerlijke rechter waarbij een geldschuld wordt vastgesteld, terstond voor tenuitvoerlegging op de voet van boek II Rv vatbaar (art. 8:76 Awb). Overigens wordt in onderdeel BB van dit wetsvoorstel een redactionele verduidelijking van het huidige artikel 8:76 voorgesteld, waarvoor naar de toelichting op dat onderdeel wordt verwezen.

De uitzondering van het derde lid betreft in het algemeen uitspraken die hun grondslag vinden in hoofdstuk 8 Awb, zoals uitspraken tot vergoeding van schade, griffierecht of proceskosten als geregeld in de artikelen 8:73, 8:74, 8:75 en 8:75a. De uitzondering heeft geen betrekking op de gevallen waarin een bestuursrechter met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, dan wel het voorgestelde artikel 8:72a, zelf in de zaak voorziet door de inhoud

van een financiële beschikking bij zijn uitspraak te bepalen. In dat geval stelt hij niet een verplichting tot betaling bij zijn uitspraak vast, maar bepaalt hij hoe het bestuursorgaan had dienen te beslissen. De inning of betaling van deze geldschulden door het bestuursorgaan behoort op dezelfde wijze te geschieden als ingeval de beschikking door het bestuursorgaan aanstonds op de juiste wijze was vastgesteld.

Artikel 4.4.1.2

Eerste lid

De hoofdregel, neergelegd in dit artikel, is dat een verplichting tot betaling eerst ontstaat nadat een beschikking tot stand is gekomen. Dit geldt zowel voor gevallen waarin de overheid moet betalen, als voor gevallen waarin zij schuldeiser is.

Wanneer de burger moet betalen, ligt het voor de hand dat hij eerst door middel van een beschikking op de hoogte wordt gesteld van zijn verplichting. In de meeste gevallen kan van de burger niet worden verlangd dat hij op grond van de wet alleen weet dat hij een geldschuld heeft. Bovendien kan hij de hoogte van die schuld zelf veelal niet vaststellen. Het bestuur zal dus in het algemeen verplicht zijn om bij beschikking vast te stellen hoe hoog de schuld precies is, voordat het aanspraak kan maken op betaling daarvan.

Ook bij betalingen door de overheid behoort terwille van de rechtszekerheid als regel een beschikking vooraf te gaan aan de verplichting tot betaling. Men zou kunnen menen dat van die hoofdregel bij betalingen door de overheid eerder kan worden afgeweken dan bij betalingen aan de overheid: bestuursorganen zullen beter dan de burgers de wet kennen, en dus ook de daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen. Zij zouden dus ook zonder beschikking tot betaling kunnen overgaan. Maar omdat het bestuursorgaan toch steeds een beslissing moet nemen om tot betaling over te gaan, en ook de ontvanger op de hoogte moet stellen van de reden van betaling, wordt meestal aangenomen dat aan iedere betaling een beschikking ten grondslag moet liggen.

Door het geven van de beschikking komt vast te staan wat de grondslag voor de betaling is en welk bedrag betaald moet worden. Onduidelijkheid over de betaling wordt daarmee vermeden, terwijl bij meningsverschil over de hoogte van de betalingsverplichting de beschikking de grondslag voor een procedure bij de bestuursrechter kan zijn. In de praktijk gaat dan ook aan de uitbetaling van bijvoorbeeld een uitkering of subsidie bijna altijd een beschikking vooraf. Artikel 4.4.1.4 maakt overigens een uitzondering op deze hoofdregel mogelijk.

Tweede lid

In het tweede lid zijn enkele elementen opgesomd die in ieder geval in de beschikking moeten zijn vermeld. Het gaat dus zowel om beschikkingen op grond waarvan een burger moet betalen als om beschikkingen die voor het bestuursorgaan een plicht tot betaling met zich meebrengen. In de eerste plaats moet vanzelfsprekend worden aangegeven hoeveel moet worden betaald. In een enkel geval zal de betrokkene reeds uit andere hoofde weten hoe hoog het verschuldigde bedrag precies is, maar in de regel zal dat toch niet het geval zijn. Onderdeel a verplicht om die reden tot uitdrukkelijke vermelding van de te betalen geldsom. Bij periodieke betalingen door een bestuursorgaan, zoals bijvoorbeeld sociale zekerheidsuitkeringen, zal naast het verschuldigde bedrag uiteraard ook een tijdvak moeten worden genoemd.

In het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht kan de vraag rijzen of met «de te betalen geldsom» een bruto dan wel een netto bedrag – dat wil zeggen zonder de bedragen die het bestuursorgaan uit hoofde van

andere wetten daarop moet inhouden – wordt bedoeld. Het antwoord op deze vraag is voor de praktijk met name van belang omdat het netto-bedrag herhaaldelijk wijzigt als gevolg van allerlei wijzigingen in de inhoudingsverplichtingen.

Het betreft hier de interpretatie van de wetgeving waaruit de verplichting tot betaling voortvloeit. Bij het betalen van salaris of van een uitkering zal de wet verplichten tot het betalen van het bruto bedrag, zij het dat dit bedrag niet in zijn geheel wordt betaald aan de ambtenaar of uitkeringsontvanger. Voor een deel – namelijk voorzover bedragen moeten worden ingehouden – geschiedt de betaling aan anderen, zoals aan de belastingdienst. De inhoudingen zullen doorgaans ofwel rechtstreeks uit de wet voortvloeien, ofwel berusten op een andere beschikking. Dit betekent dat de betalingsbeschikking in ieder geval het bruto-bedrag moet vermelden. Dit neemt echter niet weg dat wijziging van het netto-bedrag een besluit kan inhouden. In voorkomende gevallen dient dit bedrag te worden vermeld. Van het bestuursorgaan mag overigens worden verwacht dat het toelicht welke inhoudingen hebben plaatsgevonden. Het is vaste jurisprudentie dat aan elke betaling van salaris of een uitkering een besluit tot zodanige betaling ten grondslag ligt. Wanneer een (ander) geschrift van het bestuursorgaan waarin de daartoe strekkende beslissing is neergelegd, ontbreekt, wordt een dergelijke besluit zichtbaar in een salaris- of uitkeringspecificatie. De Centrale Raad van Beroep heeft overwogen dat indien bij een periodieke betaling een wijziging ten opzichte van de vorige betaling optreedt, in beginsel slechts sprake is van een besluit voorzover een beslissing is genomen met betrekking tot de wijziging. Indien bij een gebruikelijke periodieke betaling geen wijziging optreedt ten opzichte van de vorige betaling, is in het algemeen geen sprake van een besluit. Dit laatste is alleen anders indien en voorzover die niet-wijziging een weigering impliceert van een besluit dat genomen had behoren te zijn (CRvB 1 maart 2001, NJB 2001, p. 1004; CRvB 24 mei 2002, AB 2002, 338).

Voorts ligt het voor de hand in de beschikking te vermelden binnen welke termijn de betaling moet geschieden. Onderdeel b voorziet daarin. In beginsel is deze termijn blijkens artikel 4.4.1.3 zes weken na bekendmaking. Uit datzelfde artikel volgt evenwel dat bij of krachtens wettelijk voorschrift een andere termijn kan worden bepaald. De betalingstermijn kan dus per geval verschillen. Het is wenselijk om de betrokkene duidelijk te informeren over de betalingstermijn die in dat concrete geval geldt. Wanneer de betalingstermijn niet is vermeld, kan dat reden zijn om een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten. Voorzover dat laatste het geval is, is de betrokkene niet in verzuim.

Niet is uitgesloten dat de betalingstermijn na overleg met de schuldenaar wordt vastgesteld. Het kan wenselijk zijn de schuldenaar de ruimte te geven een met redenen omkleed voorstel voor een betalingsregeling te doen. Dat kan voorkomen dat de schuldeiser nader onderzoek moet verrichten naar de betalingsmogelijkheden die de betrokkene nog heeft, zoals het verrichten van een inkomensonderzoek. Ook is het mogelijk eerst een (nadere) betalingsregeling te treffen in de beschikking tot uitstel van betaling (artikel 4.4.1.10).

Uiteraard kan het bestuursorgaan in de beschikking tot betaling ook een datum vermelden waarop uiterlijk betaald moet zijn. Bij het bepalen daarvan dient rekening te worden gehouden met de Algemene termijnenwet, voorzover deze althans niet is uitgezonderd, zoals in het belastingrecht voor bepaalde termijnen is gebeurd (artikel 9, tiende lid, Invorderingswet 1990). Toepasselijkheid van de Algemene termijnenwet houdt in dat een betalingstermijn die op een zaterdag, zondag of een algemeen erkende feestdag eindigt, wordt verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of een algemeen erkende feestdag is.

Uit de artikelen 3:46 en 3:47 vloeit reeds voort dat de burger moet weten waarom hij moet betalen of geld ontvangt. De beschikking zal voorzover mogelijk het wettelijk voorschrift moeten vermelden waarop de betalingsverplichting is gebaseerd. Indien de verplichting gebaseerd is op een samenstel van bepalingen waarvan vermelding niet als zinvol mag worden beschouwd, kan volstaan worden met een globale aanduiding van de reden die aan de betalingsverplichting ten grondslag ligt. Voorts volgt uit deze voorschriften dat niet kan worden volstaan met de enkele vermelding van een of meer wettelijke voorschriften indien de betrokkene alleen op grond van die vermelding in redelijkheid niet geacht kan worden te weten waarom hij moet betalen. In dat geval dient in aanvulling daarop ook de aard van de schuld worden weergegeven.

De regeling schrijft niet voor dat het bestuursorgaan ook de sanctie op niet-tijdige betaling in de beschikking zou dienen te vermelden: het mag bekend worden verondersteld dat men noch in het bestuursrecht noch in het privaatrecht straffeloos kan verzuimen tijdig te betalen. Voor het geval het tot meer ingrijpende maatregelen komt volgt wel uit de regeling van de aanmaning dat dan op de mogelijkheid van die maatregelen moet worden gewezen.

Een verplichting om te vermelden op welke wijze de schuldenaar zijn schuld kan of zal voldoen, is evenmin opgenomen. In de meeste gevallen zal dit geen enkel probleem zijn. In de beschikking zal vaak standaard worden medegedeeld op welk bank- of gironummer betaling kan of zal plaatsvinden of wordt – indien het geldschulden aan de overheid betreft – een acceptgiro bijgesloten met behulp waarvan het bedrag kan worden overgemaakt.

Artikel 4.4.1.3

Eerste lid

Het eerste lid stelt als hoofdregel de betalingstermijn voor schulden die op grond van een beschikking betaald moeten worden op zes weken. Die termijn geldt zowel voor schulden van als aan de overheid.

De lengte van de termijn is daarmee gelijk aan die voor het instellen van bezwaar of beroep in artikel 6:7. Ook het tijdstip van ingang van de termijn wordt in beginsel op dezelfde wijze bepaald als bij de bezwaar- en beroepstermijn. In aansluiting op artikel 6:8, eerste lid, wordt daartoe geregeld dat de betalingstermijn gaat lopen nadat de beschikking op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt.

Het voordeel van eenzelfde termijn voor betaling en voor bezwaar en beroep is dat de regeling voor de betrokkenen eenvoudiger is: men zal zich minder snel in de termijn vergissen. Indien het gaat om een schuld die de burger moet betalen is voorts nog een voordeel dat het verrichten van de betaling en het beslissen over de vraag of men bezwaar of beroep wil instellen binnen dezelfde termijn moet geschieden.

Omdat bezwaar en beroep volgens de hoofdregel van artikel 6:16 geen schorsende werking hebben, blijft ook bij instelling van bezwaar of beroep de verplichting tot betaling bestaan. Het renteverlies dat voor de burger kan optreden wanneer hij eerst betaalt, en vervolgens na bezwaar of beroep in het gelijk wordt gesteld, moet het bestuursorgaan echter vergoeden ingevolge artikel 4.4.2.6. Indien de belanghebbende betaling in afwachting van de beslissing over het bezwaar of het beroep toch bezwaarlijk vindt, kan hij het bestuursorgaan om uitstel verzoeken. Eventueel kan de rechter de beschikking schorsen.

De hoofdregel gaat ervan uit dat de betalingstermijn gaat lopen op het moment van de bekendmaking van de beschikking. Dat is echter niet altijd de bedoeling. Soms volgt uit de wettelijke regeling dat er met ingang van een bepaalde datum een aanspraak bestaat. Men denke aan leeftijd-

gebonden aanspraken van burgers. Ook kan bij de verstrekking van een overbruggingskrediet of een voorschot bepaald zijn dat terugbetaling eerst na een bepaalde datum behoef te geschieden. Het behoort in die gevallen mogelijk te zijn om de beschikking die de betalingsverplichting vaststelt op een eerder tijdstip te geven, bijvoorbeeld indien een leeftijdgebonden uitkering ruim tevoren wordt aangevraagd. De betalingstermijn behoort dan echter op het door de wet aangegeven tijdstip in te gaan. Om die reden opent artikel 4.4.1.3, eerste lid, de mogelijkheid om in de beschikking te bepalen dat de betalingstermijn op een later tijdstip ingaat. De betaling moet binnen de gestelde termijn geschieden. Bij overschrijving op een bank- of girorekening betekent dit, overeenkomstig hetgeen ook in het privaatrecht geldt, dat tijdig is betaald indien het verschuldigde bedrag binnen de termijn op de rekening van de schuldeiser is bijgeschreven. Indien niet tijdig is betaald, treedt verzuim in met als gevolg dat de wettelijke rente verschuldigd wordt, zoals geregeld in artikel 4.4.2.2. Is het bestuursorgaan schuldeiser, dan zal het na het intreden van verzuim in beginsel een aanmaning zenden en vervolgens verdere invorderingsmaatregelen kunnen treffen.

Tweede lid

Ingevolge het tweede lid bestaat de mogelijkheid om in afwijking van de termijn van zes weken bij wettelijk voorschrift een andere regeling te treffen. Daartoe kan aanleiding bestaan indien de termijn van zes weken als te kort moet worden beschouwd. Denkbaar is ook dat de termijn van zes weken te lang is, al zal voor een verkorting meestal minder redenen bestaan dan voor een verlenging. Onder omstandigheden kan een schuld zelfs direct invorderbaar worden verklaard, dat wil zeggen zonder betalingstermijn (vgl. art. 10 Invorderingswet 1990). Soms is ook een betaling in termijnen aangewezen; dit komt bijvoorbeeld in het belastingrecht veelvuldig voor.

Ook bij betaling door een bestuursorgaan komen termijnregelingen voor, zoals in artikel 4:53 voor subsidies het geval is. Bij lonen en uitkeringen heeft de rechter – bij gebreke van een bepaling omtrent de betalingstermijn in de bijzondere wet – aangenomen dat deze uiterlijk op de laatste dag van de desbetreffende maand dienen te worden betaald (o.a. CRvB 9 januari 1996, JB 1996, 36). Bij betalingen aan een bestuursorgaan kan het bestuursorgaan door het verlenen van uitstel van betaling voor gedeelten van het te betalen bedrag ook een termijnregeling treffen. Gaat het om een algemeen toegepaste gedragslijn, dan verdient het uit een oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur een dergelijke regeling in een wettelijk voorschrift op te nemen.

Krachtens artikel 4.4.1.2 zal de beschikking steeds moeten vermelden binnen welke termijn betaald moet worden, dus zowel in de gevallen waarin de hoofdregel van toepassing is als in de gevallen waarin die termijn afwijkt van de hoofdregel (zes weken na bekendmaking).

Artikel 4.4.1.4

Eerste lid

Dit artikel geeft de mogelijkheid om bij wettelijk voorschrift af te wijken van de regel dat een verplichting tot betaling moet berusten op een beschikking. Voor een aantal belangrijke geldschulden, met name voor geldschulden die met grote regelmaat moeten worden betaald, ligt het voor de hand dat niet iedere keer een beschikking moet worden gegeven. Dit komt met name voor wanneer het gaat om schulden aan de overheid. Men denke aan belastingen als de omzetbelasting of aan premies of belastingen die door werkgevers verschuldigd zijn. In veel van die gevallen kan de hoogte van het te betalen bedrag in eerste instantie beter

door de schuldenaar dan door het bestuursorgaan worden vastgesteld, en vindt de betaling ook geautomatiseerd plaats.

Evenals bij betalingen aan een bestuursorgaan, kan het bij veel voorkomende of regelmatige betalingen door een bestuursorgaan weinig doelmatig zijn om steeds een beschikking in de daarvoor vereiste vorm te verlangen. Om die reden is in een aantal wetten op het gebied van de sociale zekerheid een specifieke regeling opgenomen om «vereenvoudigde» beschikkingen te kunnen geven. Deze regeling ziet op beschikkingen die «min of meer automatisch» worden gegeven en waarover in de praktijk zelden of nooit problemen ontstaan. In de kern komt de vereenvoudiging erop neer dat de beschikking ofwel niet hoeft te worden bekendgemaakt ofwel op andere dan de op de 3:41 Awb voorgeschreven wijze kan worden bekendgemaakt. In de praktijk betekent dit laatste veelal dat de bekendmaking plaatsvindt door bijschrijving van het (gewijzigde) bedrag op een bank- of girorekening van de betrokkene. Om duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop beroep tegen een niet bekendgemaakte beslissing moet worden ingesteld, is in de desbetreffende wetten bepaald dat de betrokkene alsnog binnen redelijke termijn om de bekendmaking van de beschikking kan vragen, waarna op de gebruikelijke wijze bezwaar en beroep kan worden ingesteld (zie o.m. artikel 22, derde en vierde lid, Werkloosheidswet). Deze regelingen doen nogal gekunsteld aan. Het is eenvoudiger en doorzichtiger om in deze gevallen te bepalen dat betaald kan worden zonder dat een beschikking voorafgaat. Het hierna te bespreken derde lid zorgt ervoor dat daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de bestaande mogelijkheden tot rechtsbescherming.

Tweede lid

Het wettelijk voorschrift dat tot directe betaling zonder voorafgaande beschikking verplicht zal uiteraard moeten vaststellen binnen welke termijn moet worden betaald. Dat wordt dan ook in het tweede lid voorgeschreven. Zo zal de wet bij aangifteryegelingen vaak bepalen dat binnen een bepaald aantal weken na aangifte betaling moet hebben plaatsgevonden. Een uniforme termijn valt daarvoor niet te geven: dit is sterk afhankelijk van de betrokken materie. In sommige andere wettelijke bepalingen wordt geen termijn vanaf een bepaald tijdstip vermeld, maar wordt aangegeven dat voor een bepaald ogenblik moet worden betaald – bijvoorbeeld vóór 1 januari of voor het eind van een bepaalde maand.

Derde lid

Het derde lid geeft een speciale regel voor het geval betaling door een bestuursorgaan zonder voorafgaande beschikking mogelijk is gemaakt. Een gevolg van het achterwege laten van een beschikking is dat onzekerheid kan ontstaan over de juistheid van de betaling, terwijl ook een besluit waartegen een eventuele procedure zich zou kunnen richten, ontbreekt. Met het oog daarop wordt in het derde lid bepaald dat de belanghebbende binnen redelijke termijn kan vragen om een beschikking. Hij kan dit zowel doen indien hij een betaling heeft ontvangen als indien hij die (nog) niet heeft ontvangen, wellicht omdat het bestuursorgaan meent dat het in het geheel niets verschuldigd is. Van het bestuursorgaan mag worden verlangd dat het deze beschikking zo spoedig mogelijk afgeeft. De bezwaar- of beroepstermijn gaat op de gebruikelijke wijze in nadat de beschikking op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. Deze regeling is niet nodig voor het geval de burger moet betalen: voor dergelijke gevallen pleegt op andere wijze in de mogelijkheid tot rechtsbescherming te worden voorzien. Zo opent artikel 24 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen de mogelijkheid bezwaar te maken tegen het bedrag dat als belasting op eigen aangifte is voldaan of afgedragen, of door bijvoorbeeld de werkgever van hem is ingehouden. Voor gemeente-

lijke belastingen, zoals leges, waarbij in sommige gevallen moet worden betaald op het moment dat mondeling van de belastingschuld wordt kennisgegeven, biedt art. 233a Gemeentewet een voorziening.

Artikel 4.4.1.5

Eerste lid

Hoofregel is dat de schuldenaar giraal betaalt, bijvoorbeeld door storting of overschrijving op een bankrekening. Aan dergelijke betalingen zijn de minste kosten verbonden en zij leveren het minste risico van misbruik op. Girale betalingen zijn inmiddels volledig geaccepteerd. Het bestuursrecht gaat daarom uit van girale betaling. In het BW is chartale betaling nog wel het uitgangspunt, doch is de debiteur ingevolge artikel 6:114, eerste lid, in beginsel tot girale betaling bevoegd. De schuldeiser kan de schuldenaar tot girale betaling verplichten door zijn bankinstelling als plaats van betaling aan te wijzen. Betaling dient te geschieden op een daartoe bestemde rekening ten name van de schuldeiser. De geldschuld is daarmee, net als in het BW (artikel 6:116, eerste lid) een brengschuld. Van het bestuursorgaan mag worden verlangd dat het duidelijk maakt, bijvoorbeeld in de beschikking waarbij de verplichting tot betaling wordt vastgesteld, op welk rekeningnummer de betaling dient te geschieden, omdat soms nogal wat verschillende bestuursorganen tot eenzelfde rechtspersoon behoren. Om die reden spreekt het eerste lid van een «daartoe door de schuldeiser bestemde» rekening.

Bij wettelijk voorschrift kan anders worden bepaald. Dit is bijvoorbeeld voor betalingen tussen bestuursorganen onderling gebeurd in het KB van 28 maart 1925, Stb. 1925, 125 («Rijksverrekening») op grond waarvan in opdracht van het Rijk op naam van elke gemeente bankrekeningen zijn geopend. Aangezien deze rekeningen in opdracht van het Rijk zijn geopend, berust de zeggenschap daarover, hoewel zij op naam van een gemeente staan, formeel bij het Rijk. Dit betekent dat Rijk voor het crediteren en debiteren van deze rekeningen geen machtiging van de gemeente behoeft. Het is gezien het omvangrijke betalingsverkeer tussen rij en gemeenten om doelmatigheidsredenen niet gewenst dat het de gemeenten en provincies vrij zou staan voor deze betalingen een andere bankrekening te bestemmen.

Tweede lid

In het tweede lid is als hoofregel bepaald dat betalingen plaatsvinden in euro. Aangezien geldschulden brengschulden zijn, is deze regel in het bijzonder van belang indien de wederpartij van het bestuursorgaan is gevestigd in een land waar de euro geen wettig betaalmiddel is. De ratio van deze regel is dat in het bestuursrechtelijk betalingsverkeer de plaats van vestiging in beginsel tot de risicosfeer van de wederpartij van het bestuursorgaan behoort. Op deze hoofregel kan een uitzondering worden gemaakt. Het bestuursorgaan is hiertoe ook bevoegd indien deze uitzondering geen grondslag heeft in een wettelijk voorschrift. Aan een uitzondering kan bijvoorbeeld behoefte bestaan in het geval dat het ook voor het bestuursorgaan aantrekkelijker is de betaling in lokale valuta te voldoen. In de internationale betalingspraktijk is betaling in andere valuta in bepaalde gevallen goedkoper, in het bijzonder indien het om meer omvangrijke of kwantitatief veel voorkomende betalingen gaat. Voorts is het wenselijk een uitzondering op deze regel te kunnen maken voor betalingen aan een Nederlands bestuursorgaan dat (mede) buiten Europa is gevestigd (bijvoorbeeld op ambassades of consulaten).

Derde lid

Het derde lid bepaalt, overeenkomstig artikel 6:114, tweede lid, BW, dat bij bijschrijving op de rekening als tijdstip van betaling geldt het moment waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd. Eerst dan kan de schuldeiser of de ingevolgde het vierde lid bij wettelijk voorschrift aangewezen andere persoon immers over het geld beschikken.

Vierde lid

Sommige wettelijke regelingen kennen de mogelijkheid dat aan een ander dan de schuldeiser wordt uitbetaald, zoals bijvoorbeeld het geval is in de artikelen 75 en 76 van de Algemene bijstandswet. Het vierde lid voorziet hierin. Het vierde lid derogeeft niet aan de bepalingen over volmacht van titel 3.3 BW. Op grond van de schakelbepaling van art. 3:79 BW gelden deze bepalingen ook in bestuursrechtelijke verhoudingen. Het is dus bijvoorbeeld mogelijk dat in de executiefase – rechtsgeldig – wordt betaald aan een deurwaarder die door de schuldeiser gemachtigd is de betaling in ontvangst te nemen.

Artikel 4.4.1.6

Eerste lid

In sommige situaties is girale betaling bezwaarlijk en daarom minder geschikt. Deze bepaling maakt in zulke gevallen mogelijk dat het bestuursorgaan, in afwijking van de hoofdregel, betaling in een andere vorm verricht dan wel ontvangt. Het bestuursorgaan beoordeelt of de girale betaling bezwaarlijk is. Betaling kan dan bijvoorbeeld geschieden met contant geld, door middel van een chèque of met een chippas (zoals bij parkeergeld). Overeenkomstig het bepaalde in artikel 4.4.1.5, tweede lid, vindt betaling in beginsel plaats in euro.

Bij betalingen door de overheid kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de uitbetaling in contant geld van bijstand aan personen zonder vaste woon- of verblijfplaats. In het algemeen zal betaling door middel van contant geld voor de overheid al gauw bezwaarlijk zijn, gelet op de rentederving als gevolg van het aanhouden van contant geld en vanwege de risico's van verlies en diefstal die de fysieke bewaring, aanvulling en afstorting van contant geld met zich brengen. In dat verband zij ook verwezen naar de voor de ministeries geldende regeling in het Besluit Kasbeheer 1998. Bij betalingen aan de overheid kan men denken aan situaties waarin de overheid, ter voorkoming van invorderingsproblemen, terstond betaling verlangt, bijvoorbeeld bij de voldoening van een boete. In dergelijke gevallen kan met girale betaling – bijschrijving op de rekening van het desbetreffende bestuursorgaan – al gauw een paar dagen gemoeid zijn, hetgeen vanzelfsprekend bezwaarlijk kan zijn.

Tweede lid

Ingevolge het tweede lid is de schuldeiser verplicht – behoudens anders luidend wettelijk voorschrift – om bij contante betaling een kwitantie af te geven. Voor betalingen in contant geld is aldus aangesloten bij artikel 6:48, eerste lid, BW. Artikel 6:47, tweede lid, BW dat de kosten daarvan bij de schuldenaar legt, is niet overgenomen. Veelal zal het bestuursorgaan de kwitantie afgeven. Gezien het zeer geringe bedrag is het niet doelmatig dit in rekening te brengen.

Artikel 4.4.1.7

Eerste lid

Het eerste lid komt overeen met artikel 6:47, eerste lid, BW. Hoofregel is overeenkomstig het privaatrecht, dat de kosten van betaling voor rekening komen van de schuldenaar (degene die de betaling verricht). Bij betalingen aan de overheid staat deze regel er vanzelfsprekend niet aan in de weg dat het bestuursorgaan de kosten van betaling voor zijn rekening neemt. Overigens zijn de kosten van het binnenlands betalingsverkeer doorgaans gering of nihil. Maar aan een grensoverschrijdende betaling zijn in het algemeen hogere kosten verbonden. Het betreft onder meer porto- en bankkosten.

Tweede lid

Betalingen door en aan Nederlandse bestuursorganen vinden hun grond doorgaans in binnen Nederland gesitueerde rechtsverhoudingen. Indien de wederpartij van een bestuursorgaan zich buiten Nederland vestigt, ligt het niet voor de hand dat het bestuursorgaan daarvan de kosten moet dragen, aangezien in het bestuursrechtelijke betalingsverkeer de plaats van vestiging in beginsel in de risicosfeer van de wederpartij ligt. Dat zou het geval zijn indien de regel van het eerste lid zou gelden. Daarom is in het tweede lid voor betalingen die buiten de Europese Unie geschieden, bepaald dat de kosten op de betaling in mindering kunnen worden gebracht. Aangezien geldschulden brengschulden zijn, geldt voor betalingen vanuit het buitenland aan bestuursorganen in Nederland het eerste lid: de kosten komen voor rekening van de schuldenaar. Degene die in het buitenland aan de consequenties van het tweede lid wil ontkomen, kan een rekening binnen Nederland als betaaladres aanwijzen, zij het dat ook daaraan bepaalde kosten kunnen zijn verbonden, met name om daarvan vanuit het buitenland gebruik te kunnen maken. Om redenen van praktische aard – betalingen binnen de Europese Unie zijn minder kostbaar – en Europeesrechtelijke aard geldt het tweede lid uitsluitend voor betalingen buiten de Europese Unie. Door de SER (Bestuurskamer) is de vraag opgeworpen of een dergelijk onderscheid tussen betalingen binnen en buiten de Europese Unie wel geoorloofd is, in het bijzonder in het licht van de akkoorden van de Wereld Handelsorganisatie (WTO). De WTO laat echter ruimte voor uitzonderingen op haar principes wanneer een regio een vrij handelsverdrag heeft gesloten, zoals in de Europese Unie.

Bij wettelijk voorschrift kan een uitzondering op het tweede lid worden gemaakt. Onder een wettelijk voorschrift zijn ook te verstaan de bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden (vgl. artikel 93 van de Grondwet). In dit verband valt in het bijzonder te denken aan verdragen die erin voorzien dat de betaling van uitkeringen plaatsvindt zonder dat daarvoor kosten in rekening worden gebracht.

Artikel 4.4.1.8

Eerste lid

Indien de schuldenaar eerst na het verstrijken van de reguliere betalings termijn betaalt, kan het verschuldigde bedrag inmiddels zijn opgelopen met eventuele aanmanings- en invorderingskosten, alsmede wettelijke rente. In die situatie kan vervolgens onduidelijkheid ontstaan als de schuldenaar het verschuldigde bedrag niet volledig betaalt. Indien niet de volgorde vaststaat aan welke posten de betaling achtereenvolgens moet

worden toegerekend, kan ook niet worden bepaald welk bestanddeel van de schuld al dan niet volledig is voldaan.

Uit een oogpunt van rechtszekerheid wordt daarom uitdrukkelijk in de wet bepaald welke volgorde van toerekening geldt. Daarbij is aangesloten bij Boek 6 BW. Krachtens artikel 6:44, eerste lid, BW geldt dat betaling van een op een bepaalde verbintenis toe te rekenen geldsom in de eerste plaats strekt in mindering van de kosten, vervolgens in mindering van de verschenen rente en ten slotte in mindering van de hoofdsom en de lopende rente. Onder verschenen rente wordt de reeds vervallen, opeisbare rente verstaan. Onder lopende rente wordt verstaan de sinds de vorige vervaldatum van de rente weer ontstane en geleidelijk aangegroeide, maar nog niet opeisbare rente. Door deze volgorde in artikel 4.4.1.8 over te nemen, geldt zij ook voor de bestuursrechtelijke geldschulden die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen.

In de praktijk betekent dit dat betaling allereerst strekt tot betaling van de mogelijk berekende aanmanings- en/of executiekosten. Daaronder vallen bij schulden aan de overheid de aanmaningsvergoeding en de kosten van het dwangbevel die op grond van de artikelen 4.4.4.1.2 en 4.4.4.2.7 in rekening kunnen worden gebracht, alsmede de executiekosten. Vervolgens wordt de verschuldigde wettelijke rente van artikel 4.4.2.2 in mindering gebracht voorzover deze opeisbaar is. Indien bovengenoemde posten zijn voldaan, wordt tenslotte het resterende bedrag dat is betaald afgetrokken van de verschuldigde hoofdsom en daarna van de nog niet opeisbare rente.

In artikel 13 van het Besluit Tica inzake betaling, terugvordering en tenuitvoerlegging van boeten en onverschuldigd betaalde uitkering is een afwijkende regeling van toerekening van betalingen neergelegd. Daarbij wordt een betaling in eerste instantie toegerekend aan een verschuldigde boete, tenzij de schuldenaar een andere vordering aanwijst. Het opleggen van een boete gaat in de sociale zekerheid veelal gepaard met de terugvordering van te veel of ten onrechte betaalde uitkering. Omdat de terugvordering als zodanig niet kan worden beschouwd als een sanctie wordt het wenselijk geacht de sanctie van de boete zo snel mogelijk te effectueren om het gedrag van de schuldenaar te bestraffen. Om die reden dient de boete in de sociale zekerheidswetten in tegenstelling tot andere vorderingen reeds in één jaar te worden voldaan en wordt een betaling ter voldoening van een geldschuld in eerste instantie aan de verschuldigde boete toegerekend. De achtergrond van deze regeling geldt specifiek de sociale zekerheid en kan niet ten grondslag worden gelegd aan de algemene regeling die artikel 4.4.1.8 beoogd te zijn.

Het belastingrecht kent in artikel 7 Invorderingswet 1990 een meer gedetailleerde regeling voor de toerekening van betalingen. Deze zal in aanvulling op artikel 4.4.1.8 voor het belastingrecht worden gehandhaafd, omdat zij daar in een behoefte voorziet. Voor het overige bestuursrecht volstaat de regeling van artikel 4.4.1.8.

Tweede lid

Ingevolge het tweede lid kan de schuldenaar die verschillende geldschulden bij hetzelfde bestuursorgaan heeft, bij de betaling aangeven ter voldoening van welke geldschuld zijn betaling geschiedt. Op deze wijze kan hij voorkomen dat de betaling wordt toegerekend aan een geldschuld die hij nog betwist. Dit voorschrift is ontleend aan de hoofdregel die in artikel 6:43, eerste lid, BW ten aanzien van de toerekening van privaatrechtelijke geldschulden is neergelegd.

Artikel 4.4.1.9

Eerste lid

Door verrekening gaat de geldschuld teniet. Ingevolge het BW (art. 6:127, tweede lid) heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening wanneer hij een prestatie heeft te vorderen van dezelfde wederpartij en die prestatie beantwoordt aan zijn schuld. Voorts is vereist dat de schuldenaar zowel bevoegd is de schuld te betalen als de betaling van zijn vordering af te dwingen. Voor verrekening is geen executoriale titel noodzakelijk.

In het eerste lid is bepaald dat verrekening van een geldschuld met een bestaande vordering slechts geschiedt voorzover in de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien. Er zijn vele bestuursrechtelijke wettelijke voorschriften die de bevoegdheid tot verrekening toekennen. Voorbeelden daarvan zijn onder meer te vinden in artikel 24

Invorderingswet 1990 dat de ontvanger de bevoegdheid verschafft rijksbelastingen en andere belastingen en heffingen met elkaar te verrekenen en in artikel 7.4 Wet studiefinanciering 2000 dat de bevoegdheid toekent te veel toegekende en uitbetaalde studiefinanciering te verrekenen.

Voor de sociale zekerheidswetgeving valt in het bijzonder ook te wijzen op de veel voorkomende voorziening om een in dat kader opgelegde bestuurlijke boete ten uitvoer te leggen door verrekening met de uitkering of het pensioen, men zie bijvoorbeeld artikel 14f Algemene bijstandswet en artikel 17i Algemene Ouderdomswet. Voor de financiële verhouding tussen Rijk en gemeenten valt te wijzen op het (niet op een wettelijke grondslag gebaseerde) KB van 28 maart 1925, Stb. 1925, 125, waarin is bepaald dat betalingen van het Rijk aan de gemeenten en van de gemeenten aan het Rijk, voorzover zij door de Minister van Financiën daartoe zijn aangewezen, geschieden door vorderingen en schulden over en weer te vereffenen.

De publiekrechtelijke taken die door verschillende bestuursorganen binnen een en hetzelfde openbaar lichaam worden uitgeoefend, lopen in zodanige mate uiteen dat het in algemene zin toestaan van verrekening van met die taken samenhangende geldvorderingen – zonder daaraan nadere beperkingen te stellen – in beginsel ongewenst is. Het is om die reden van belang dat verrekening slechts kan plaatsvinden indien daarvoor in bijzondere wetgeving een voorziening is getroffen. In het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting is reeds uiteengezet dat de regels inzake verrekening uit het BW daarom minder geschikt zijn om in publiekrechtelijke verhoudingen te worden toegepast. Derhalve wordt hier afstand genomen van de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de regels inzake verrekening uit het BW in beginsel ook op bestuursrechtelijke geldschulden van toepassing worden geacht (HR 28 mei 1993, NJ 1994, 435).

Tweede lid

Het tweede lid heeft betrekking op de terugwerkende kracht. Voor de terugwerkende kracht van de verrekening wordt aangesloten bij het privaatrecht. De verrekening werkt terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan. Is over een vordering reeds opeisbare rente betaald, dan werkt de verrekening niet verder terug dan tot het einde van de laatste termijn waarover rente is voldaan.

Derde lid

Het derde lid heeft betrekking op de verrekeningsvrije voet. Evenals in het privaatrecht geldt dat verrekening niet is toegestaan voorzover beslag op de vordering van de wederpartij niet geldig zou zijn. De beslagvrije voet is

dus niet vatbaar voor verrekening. Volledigheidshalve zij erop gewezen dat ingevolge artikel 4.4.3.5 jo. 4.4.3.6 de bevoegdheid tot verrekening van de schuldeiser van het bestuursorgaan niet eindigt door verjaring van de rechtsvordering, tenzij de schuldeiser van het bestuursorgaan zelf een bestuursorgaan is.

Artikel 4.4.1.10

Eerste en tweede lid

In de praktijk kunnen zich situaties voordoen waarin de schuldenaar van een bestuursorgaan de verschuldigde geldsom niet binnen de gestelde termijn kan voldoen en betaling van hem ook in redelijkheid niet kan worden geveerd. In dergelijke situaties biedt het onderhavige artikel de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om bij beschikking uitstel van betaling te verlenen. De betekenis daarvan is dat de schuldenaar wordt toegestaan de verschuldigde geldsom later dan de in de wet gestelde termijn te betalen, zodat maatregelen om hem overeenkomstig afdeling 4.4.4 tot betaling aan te manen of te dwingen niet kunnen worden getroffen ofwel – indien de dwanginvordering reeds is aangevangen – worden opgeschort. Dit is in het tweede lid tot uitdrukking gebracht.

Opmerking verdient dat de bevoegdheid tot verrekening in het tweede lid niet is genoemd en derhalve (voorzover zij aanwezig is) blijft bestaan. Dit ligt ook voor de hand omdat er tegenover de schuld aan het bestuursorgaan dan tevens een vordering op datzelfde bestuursorgaan bestaat. Ook kan het bestuursorgaan gedurende het uitstel natuurlijk wel vrijwillige (deel-)betalingen in ontvangst nemen. Slechts de aanmaning en de dwanginvordering zijn uitgesloten. Het begrip «invorderen» heeft hier dus een beperktere betekenis dan in de Invorderingswet 1990. Om zeker te stellen dat het bestuursorgaan geen uitstel aan zichzelf – als schuldenaar – verleent wordt in het eerste lid uitdrukkelijk bepaald dat het uitstel uitsluitend aan de wederpartij van het bestuursorgaan kan worden verleend.

Uitstel van betaling betekent overigens niet dat de wettelijke rente niet gaat lopen of niet doorloopt. Over de termijn van uitstel blijft in beginsel wettelijke rente verschuldigd, aangezien het verzuim is ingetreden. De schuldenaar is immers overeenkomstig artikel 4.4.2.1 in verzuim wanneer hij niet binnen de reguliere termijn heeft betaald. Wanneer het desalniettemin niet de bedoeling is dat de wettelijke rente gedurende het uitstel doorloopt, kan het bestuursorgaan op grond van artikel 4.4.2.5 in de beschikking anders bepalen.

Uitstel van betaling, alsmede de weigering om desgevraagd uitstel te verlenen zijn beschikkingen waartegen bezwaar en beroep openstaan. Overigens zal het niet altijd om een afzonderlijke beschikking gaan: ook bij de beschikking waarbij de verplichting tot betaling wordt vastgesteld kan een beslissing omtrent uitstel zijn opgenomen.

De bepaling bevat geen antwoord op de vraag wanneer uitstel van betaling moet worden verleend. De omstandigheden die uitstel van betaling kunnen rechtvaardigen zijn zo divers dat regeling daarvan in de Awb niet mogelijk is. Niet uitgesloten is bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan uitstel van betaling verleent om de belanghebbende de gelegenheid te geven de periode van bezwaar en beroep te kunnen overbruggen. Dit kan wenselijk zijn aangezien volgens de hoofdregel van artikel 6:16 bezwaar en beroep geen schorsende werking hebben.

Derde lid

In het derde lid is bepaald dat de beschikking tot uitstel van betaling de termijn vermeldt waarvoor het uitstel geldt. Het is van essentieel belang

dat de schuldenaar die uitstel heeft verkregen weet wanneer de schuld dan wel moet worden voldaan. De termijn kan wel afhankelijk worden gesteld van een toekomstige gebeurtenis. In het belastingrecht komt het bijvoorbeeld nogal eens voor dat de ontvanger uitstel verleent totdat de inspecteur op een bezwaarschrift heeft beslist. Een dergelijke termijnstelling is niet bezwaarlijk, want zij schept voor de schuldenaar voldoende duidelijkheid.

Vierde lid

Op grond van het vierde lid kan het bestuursorgaan aan het uitstel van betaling voorschriften verbinden. Met name in het geval waarin langdurig uitstel is verleend voor grote bedragen is dit gewenst. De voorschriften kunnen behelzen dat de schuld in verschillende termijnen wordt voldaan of dat zekerheid voor de betaling moet worden gesteld. Het vierde lid biedt dus tevens de mogelijkheid een betalingsregeling te treffen. Dit sluit echter niet uit dat reeds in de beschikking waarin de betalingsplicht wordt vastgesteld een betalingsregeling wordt getroffen.

Artikel 4.4.1.11

Eerste lid

Dit artikel geeft het bestuursorgaan de mogelijkheid een voorschot te verlenen indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een verplichting tot betaling zal worden vastgesteld.

De mogelijkheid van voorschotverlening komt op veel terreinen in de wetgeving voor. Bij een betalingsverplichting van de overheid kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de bevoegdheid van burgemeester en wethouders om, indien de noodzaak daartoe aannemelijk is, bij wijze van voorschot bijstand te verlenen in de vorm van een renteloze geldlening. Anderzijds ontbreekt soms de mogelijkheid om een voorschot te verlenen en wordt dit in de praktijk wel als een gemis beschouwd (bijvoorbeeld bij artikel 49 WRO). Door het verlenen van een voorschot kan het bestuursorgaan de wettelijke rente, die onderdeel uitmaakt van de schadeberekening, beperken (zie ook de toelichting op artikel 4.4.2.2). In Vz. ABRS 18 november 1997, AB 1998, 60, oordeelde de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak zelfs dat het (zelfstandige) schadebesluit onrechtmatig was om de enkele reden dat de regeling waarop het gebaseerd was, geen mogelijkheid kende om een voorschot te verlenen. Het eerste lid stelt in ieder geval de eis dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een betalingsverplichting zal worden vastgesteld. Daarnaast is het denkbaar dat een bestuursorgaan ten aanzien van het verlenen van voorschotten een terughoudend beleid voert. Zo kan worden verlangd dat aannemelijk wordt gemaakt dat het gevraagde voorschot voor de aanvrager op korte termijn noodzakelijk is om onvermijdelijke uitgaven te kunnen doen, waartoe hem anders de middelen ontbreken en waarvoor niet langs een andere weg een oplossing kan worden gevonden.

Blijkens het slot van het eerste lid kunnen bij wettelijk voorschrift aanvullende eisen aan de verlening van een voorschot worden gesteld of kan voorschotverlening zelfs worden uitgesloten. Deze bepaling biedt de ruimte om bij wettelijk voorschrift de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan om een voorschot te verlenen te verkleinen of om onder omstandigheden een verplichting tot verlening van een voorschot in het leven te roepen. Artikel 31 Werkloosheidswet bijvoorbeeld schrijft voor dat het bestuursorgaan een voorschot betaalt indien uitsluitend onzekerheid bestaat omtrent de hoogte van de uitkering, de hoogte van het van die uitkering aan de werknemer te betalen bedrag of omtrent het nakomen van bepaalde verplichtingen.

Tweede lid

Het tweede lid is ontleend aan het huidige artikel 4:54, tweede lid. Daar is bepaald dat in een beschikking tot verlening van een voorschot op een subsidie niet altijd een nominaal bedrag behoeft te worden vermeld, maar desgewenst kan worden volstaan met het aangeven van de wijze waarop het voorschotbedrag zal worden bepaald. Bij subsidies komt het bijvoorbeeld voor dat bij wijze van voorschot maandelijks een percentage van het maximale subsidiebedrag wordt verleend of dat het bedrag van de voorschotten afhankelijk wordt gesteld van de door de ontvanger nader aan te geven liquiditeitsbehoefte. Nu een algemene regeling inzake bevoorschotting wordt getroffen, is het nuttig deze mogelijkheid ook voor andere betalingen dan subsidies te bieden.

Derde lid

Het derde lid is ontleend aan het huidige artikel 4:55, tweede lid. Dat maakt het mogelijk om in de individuele voorschotbeschikking afwijkende betalingstermijnen te stellen. Aan die flexibiliteit bestaat bij voorschotten behoefte, ook bij andere betalingen dan subsidies. Enerzijds kan behoefte bestaan aan een korte betalingstermijn, omdat de ontvanger snel liquide middelen nodig heeft. Anderzijds kan het wenselijk zijn om bijvoorbeeld in één beschikking te bepalen dat een voorschot op een subsidie in twaalf maandelijkse termijnen wordt uitbetaald. Dit impliceert dat er dan ook twaalf betalingstermijnen van verschillende lengte zijn. Aldus wordt voorkomen dat iedere maand een nieuwe appellabele voorschotbeschikking moet worden gegeven.

Vierde lid

De voorschotten worden verrekend met de te betalen geldsom. Voorts bepaalt het vierde lid dat te veel betaalde voorschotten kunnen worden teruggevorderd. De terugbetaling dient – zoals in artikel 4.4.1.3 tot uitdrukking is gebracht – plaats te vinden binnen zes weken nadat de terugvorderingsbeschikking is bekendgemaakt, tenzij die beschikking een later tijdstip vermeld of bij of bijzonder wettelijk voorschrift een andere termijn is vastgesteld.

Vijfde lid

In het vijfde lid is bepaald dat de terugvordering van te veel betaalde voorschotten kan geschieden bij door het bestuursorgaan uit te vaardigen dwangbevel, op de tenuitvoerlegging waarvan afdeling 4.4.4 van toepassing is. De bevoegdheid een terug te vorderen voorschot bij dwangbevel in te vorderen bestaat alleen voorzover deze bevoegdheid ook is toegekend voor de terugvordering van de geldsom ter voldoening waarvan het voorschot is verleend.

Zesde lid

Het bestuursorgaan kan op grond van het zesde lid aan de beschikking tot voorschotverlening in ieder geval voorschriften met betrekking tot het stellen van zekerheid verbinden.

Artikel 4.4.1.12

Indien daartoe aanleiding bestaat kan het bestuursorgaan het uitstel tussentijds beëindigen. Het bestuursorgaan kan op dezelfde gronden de beschikking tot voorschotverlening intrekken of wijzigen. Gronden daarvoor zijn dat de belanghebbende zich niet aan de aan het uitstel

verbonden voorschriften houdt, de wederpartij onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt die hebben geleid tot een andere beschikking of een wijziging van de omstandigheden die voortdurend van het uitstel onaanvaardbaar maken. Beëindiging van het uitstel doet de betalingsverplichting onverkort herleven en vergt aldus een nieuwe beschikking. Pas na bekendmaking van die beschikking kan de invorderingsprocedure worden gestart of worden hervat. Ingeval een aan het uitstel verbonden voorschrift deels niet wordt nagekomen – bijvoorbeeld door het niet tijdig voldoen van één termijnbetaling – kan er voor worden gekozen dit gedeelte na aanmaning in te vorderen. Art. 4.4.1.10, tweede lid, staat daaraan niet in de weg, aangezien het uitstel van betaling voor dat gedeelte is verstreken en de schuldenaar derhalve ten aanzien daarvan in verzuim is. De uitstelbeschikking behoeft daarvoor niet te worden ingetrokken.

Afdeling 4.4.2 Verzuim en wettelijke rente

Deze afdeling heeft betrekking op het verzuim dat intreedt indien niet binnen de voorgeschreven betalingstermijn is betaald. Zij geeft regels voor het geval van overschrijding van de termijn die ingevolge afdeling 4.4.1 is gesteld en die in de betalingsbeschikking wordt vermeld. De voorgeschreven termijn bedraagt in de regel zes weken, te rekenen vanaf de bekendmaking van de betalingsbeschikking. Bij of krachtens wettelijk voorschrift kan een andere betalingstermijn worden vastgesteld. De artikelen 4.4.2.4 en 4.4.2.6 bevatten een voorziening voor het geval de betalingsbeschikking niet tijdig dan wel onjuist is vastgesteld. Op wettelijke rente die eventueel kan worden berekend over de periode voorafgaand aan de betalingsbeschikking – rente over de periode die loopt vanaf de gebeurtenis waarop de betalingsbeschikking betrekking heeft tot aan het tijdstip van de bekendmaking van de betalingsbeschikking -, heeft deze regeling geen betrekking. Die «voorafgaande» rente kan worden verdisconteerd in de betalingsbeschikking. Voorts laat deze regeling onverlet dat wanneer de betalingsbeschikking onjuist is vastgesteld, indien daarvoor gronden zijn, nog verdere schadevergoeding mogelijk is.

Artikel 4.4.2.1

Deze bepaling regelt het tijdstip waarop de schuldenaar geacht wordt in verzuim te zijn. Met het begrip «verzuim» is aangesloten bij artikel 6:81 e.v. BW. De regeling is vooral van belang voor het bepalen van het begin van de termijn waarover wettelijke rente moet worden betaald, maar het verzuim heeft ook andere gevolgen. Zo kan het bestuursorgaan eerst een aanmaning sturen wanneer het verzuim is ingetreden.

Het verzuim ontstaat wanneer de schuldenaar niet tijdig heeft betaald. Een dergelijk geval doet zich voor wanneer op grond van een beschikking moet worden betaald en de in artikel 4.4.1.3, eerste lid, geregelde termijn van zes weken zonder betaling is verstreken. Een dergelijk geval doet zich eveneens voor indien op grond van een beschikking moet worden betaald en op de voet van artikel 4.4.1.3, tweede lid, bij of krachtens wettelijk voorschrift een andere termijn voor betaling is vastgesteld, welke zonder betaling is verstreken.

De regeling van het verzuim sluit aan bij die in het privaatrecht, waar eveneens geldt dat verzuim intreedt wanneer de betalingstermijn verstrijkt zonder dat de schuld is voldaan. Een ingebrekestelling is daarvoor niet nodig: men zie artikel 6:83, aanhef en onderdeel a, BW.

De regeling laat onverlet dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad terstond opeisbaar is, zoals geregeld is in artikel 6:83, aanhef en onderdeel b, BW. De toepasselijkheid van titel 4.4 op schadebesluiten brengt met zich dat ook dit soort besluiten in ieder geval de te

betalen geldsom en de termijn waarbinnen de betaling moet plaatsvinden, dient te vermelden. Het bestuursorgaan is in verzuim indien het niet binnen de voorgeschreven termijn heeft betaald. De ingangsdatum van de wettelijke rente vangt op grond van het bepaalde in deze afdeling aan op het tijdstip dat het bestuursorgaan met de betaling in verzuim is. De reikwijdte van deze afdeling is beperkt tot de wettelijke rente die ontstaat door overschrijding van de betalingstermijn. De regeling heeft geen betrekking op de omvang van de financiële aanspraak, die zelf ook een rentecomponent kan bevatten. De regeling laat de vaststelling van de omvang van de schade onverlet, met inbegrip van de eventueel daarbij behorende rentecomponent. De regeling heeft alleen betrekking op het verzuim dat ontstaat indien niet binnen de voorgeschreven termijn is betaald.

Artikel 4.4.2.2

Eerste lid

In dit artikel worden de gevolgen van het intreden van verzuim geregeld, voorzover deze zijn gelegen in de verplichting tot betaling van wettelijke rente.

Bepaald wordt dat het verzuim in dat opzicht de gevolgen heeft als bedoeld in artikel 6:119, eerste en tweede lid, en 6:120, eerste lid, BW. Aldus is voor de betaling van wettelijke rente eveneens bij het privaatrecht aangesloten. In artikel 6:119, eerste lid, BW is bepaald dat de schadevergoeding die verschuldigd is wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar daarvan in verzuim is geweest. De wettelijke rente begint te lopen op het tijdstip dat de schuldenaar met de betaling in verzuim is. Ingevolge het tweede lid van art. 6:119 BW wordt het bedrag waarover de wettelijke rente wordt berekend, steeds na afloop van een jaar verhoogd met het bedrag dat bestaat uit de over dat jaar verschuldigde rente (berekening van rente op rente). Op grond van artikel 6:120, eerste lid, BW wordt de wettelijke rente bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. De datum van ingang van de wettelijke rente is in artikel 4.4.2.1 geregeld. Wettelijke rente is verschuldigd met ingang van de dag volgend op die waarop de betalingstermijn – zes weken of een bij wettelijk voorschrift gestelde andere termijn – is verstreken. Uit artikel 4.4.1.2 vloeit voort dat onder de geldsom met de betaling waarvan het bestuursorgaan in verzuim is en waarover het dientengevolge wettelijke rente moet vergoeden een brutobedrag wordt verstaan. Dit sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en de CRvB (o.m. HR 24 juni 1994, NJ 1994, 596; CRvB 8 november 1995, AB 1996, 191, JB 1995, 296). Op dit bruto-bedrag mag volgens de jurisprudentie overigens in mindering worden gebracht de eventuele – andere – uitkering die door hetzelfde of een ander uitvoeringsorgaan is verstrekt in plaats van de uitkering die de betrokkene had behoren te genieten (CRvB 17 april 1997, RSV 1997, 218; HR 22 september 1995, NJ 1995, 56, JB 1995, 275). Wanneer een voorschot is ontvangen zou hetzelfde dienen te gelden. Het ontvangen van loon kan volgens de CRvB in dit opzicht overigens niet op een lijn worden gesteld met het ontvangen van een sociale-zekerheidsuitkering (CRvB 10 juli 1997, RSV 1997, 305). Bij deze laatste uitspraak neemt de CRvB in aanmerking dat voor de aanspraak op wettelijke rente niet vereist is, dat het daadwerkelijk bestaan of de omvang van de schade moet zijn bewezen.

Tweede lid

Het tweede lid bevat het voorschrift dat beneden een bepaald bedrag – gekozen is voor € 20 – geen wettelijke rente is verschuldigd. Het voorschrift is ingegeven door de praktische overweging dat het niet zinvol is

om wettelijke rente in rekening te brengen indien het slechts gaat om een gering bedrag. Daarenboven is het ondoelmatig om als het dergelijke kleine bedragen betreft, steeds een exacte berekening te moeten maken van het totaal verschuldigde bedrag. In dergelijke gevallen werkt het doorberekenen van de wettelijke rente onnodig complicerend. Voor veel burgers is € 20 echter een aanzienlijk bedrag. Om die reden geldt dat het bestuursorgaan als schuldenaar geen wettelijke rente is verschuldigd beneden de € 10. Uiteraard dwingt het voorschrift bestuursorganen er niet toe om vergoeding van rente onder het drempelbedrag van € 10 in alle gevallen achterwege te laten.

Met de clausule «bij enige of laatste betaling» wordt buiten twijfel gesteld dat in gevallen waarin aflossing van de schuld in gedeelten plaatsvindt – terwijl de bijzondere wet niet in betaling in termijnen voorziet – het drempelbedrag moet worden toegepast op de rente die verschuldigd is op het moment waarop de schuld in zijn geheel is voldaan. Voor een nadere toelichting op de wijze waarop de wettelijke rente wordt berekend zij verwezen naar de toelichting op artikel 4.4.2.4.

In paragraaf 4 «Verhouding tot het gemeenschapsrecht» in het algemeen deel van de toelichting van dit hoofdstuk is reeds aangegeven dat regels van gemeenschapsrecht voorrang kunnen hebben op een in titel 4.4 Awb gegeven regel. Dat kan ook bij deze bepaling het geval zijn. Wanneer het gemeenschapsrecht de verschuldigdheid van wettelijke rente voorschrijft, ook voorzover de rente minder dan € 20 respectievelijk € 10 bedraagt, is dit bedrag verschuldigd. Het gemeenschapsrecht heeft dan immers voorrang.

Derde lid

Het voorgestelde derde lid opent de mogelijkheid om het bij de renteberekening te hanteren drempelbedragen bij algemene maatregel van bestuur te wijzigen. Daartoe kan aanleiding bestaan bij een algemene stijging van het prijspeil.

Vierde lid

In het vierde lid is artikel 6:125 BW is van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat artikel kent de schuldeiser ingeval van betalingsverzuim naast wettelijke rente een recht op vergoeding van koerswijzigingsschade toe. Koerswijzigingsschade kan zich in het bestuursrecht met name voordoen indien de schuldeiser buiten de Europese Unie is gevestigd en de koers van de euro is gedaald sedert het tijdstip waarop tijdig zou zijn betaald. In het bestuursrecht geldt als hoofdregel dat ook internationale betalingen in euro plaatsvinden (artikel 4.4.1.5, tweede lid). Ook bij betaling in andere valuta kan echter schade ontstaan doordat na het intreden van het verzuim de koers zich heeft gewijzigd.

Artikel 4.4.2.3

De schuldenaar is verplicht wettelijke rente te vergoeden over de tijd die hij met het betalen van een geldsom in verzuim is. Op grond van deze bepaling stelt het bestuursorgaan het bedrag van de verschuldigde wettelijke rente bij beschikking vast. De beschikking bevat tevens de berekening van het bedrag. Het bestuursorgaan moet een beschikking geven wanneer het zelf die rente moet betalen; het mag dit doen wanneer de burger moet betalen. Het bestuursorgaan is niet verplicht de aan hem te betalen rente in rekening te brengen. Onder omstandigheden kan het wenselijk zijn geheel of gedeeltelijk af te zien van het in rekening brengen van de verschuldigde rente. Wanneer zowel de schuldeiser als de schuldenaar bestuursorgaan zijn, stelt om die reden de crediteur het bedrag van de verschuldigde wettelijke rente vast. De crediteur is immers degene die

moet beslissen of al dan niet wordt afgezien van het in rekening brengen van wettelijke rente.

In de praktische gang van zaken bestaat overigens verschil tussen de vergoeding van wettelijke rente aan of door een bestuursorgaan. Wanneer het bestuursorgaan zelf rente moet vergoeden omdat het te laat betaalt, wordt het bedrag daarvan bij beschikking vastgesteld alvorens tot betaling van de vertraagde geldsom en de wettelijke rente wordt overgegaan. Wanneer het bestuursorgaan wettelijke rente aan de burger in rekening brengt, wordt de hoogte daarvan doorgaans *achteraf* – dat wil zeggen na ontvangst van een (gedeeltelijke) betaling – bij beschikking vastgesteld, omdat op dat moment pas duidelijk is hoe lang en met welk deel van de geldsom de burger in verzuim is geweest. Deze gang van zaken vloeit voort uit artikel 4.4.1.8, waar in navolging van het BW is geregeld dat een betaling eerst wordt afgeboekt van de invorderingskosten, daarna van de verschenen rente, vervolgens van de hoofdsom en tenslotte van de lopende rente. Denkbaar is uiteraard, dat een burger alvorens tot voldoening van een schuld waarmee hij in verzuim is over te gaan, bij het bestuursorgaan informeert hoe hoog de wettelijke rente inmiddels is opgelopen. Het bestuursorgaan kan daarop een informatieve mededeling doen. In andere gevallen zal het bestuursorgaan de schuldenaar, tenzij deze onvindbaar is, op gezette tijden eigener beweging informeren over het bedrag dat op dat moment aan wettelijke rente verschuldigd is.

Artikel 4.4.2.4

Dit artikel bevat een specifieke regel voor het bepalen van het moment waarop de wettelijke rente gaat lopen indien het bestuursorgaan niet tijdig beslist over een financiële aanspraak. De verplichting tot betaling ontstaat op grond van de hoofdregel van artikel 4.4.1.2 met het vaststellen van de beschikking. Teneinde te voorkomen dat degene aan wie een bestuursorgaan moet betalen, nadeel lijdt door een te late vaststelling van de beschikking door dat bestuursorgaan, bepaalt dit artikel dat de wettelijke rente in dat geval eerder ingaat. Die rente gaat lopen vanaf het tijdstip waarop het bestuursorgaan met de betaling in verzuim zou zijn geweest indien de beschikking op de laatste dag van de daarvoor gestelde termijn zou zijn vastgesteld en bekendgemaakt. In andere bewoordingen: wanneer aan de zijde van het bestuursorgaan van een «beslisverzuim» sprake is, ontstaat de verplichting om wettelijke rente te vergoeden niet later dan wanneer wel tijdig besloten zou zijn. Wettelijke rente gaat in dit geval in nadat de beslis- en betalingstermijn tezamen zijn verstreken. Een voorbeeld kan een en ander verduidelijken. Indien de beschikking uiterlijk op 1 maart gegeven had moeten zijn, dan zal de termijn van zes weken voor de betaling op 2 maart aanvangen. De laatste dag van de termijn zou dan 12 april zijn, zodat het verzuim na die dag in zou gaan. Wordt de beschikking later dan op 1 maart bekend gemaakt, dan blijft de dag waarop het verzuim intreedt toch dezelfde: het bestuursorgaan had tijdig moeten beschikken.

Het gevolg van de bepaling is niet dat altijd wettelijke rente verschuldigd is: indien de beschikking te laat tot stand komt, maar de betaling zodanig snel daarna volgt dat die toch voor 12 april is geschied, gaat de wettelijke rente niet lopen. Dat is ook juist: als de beschikking tot stand was gekomen op de laatste dag dat dit nog tijdig kon, had ook geen recht op wettelijke rente bestaan. Maar is op 12 april nog niet betaald, dan is die rente wel verschuldigd, zowel in het geval de beschikking er al wel is, maar nog niet door betaling is gevolgd, als in het geval de beschikking er ook dan nog niet is. Mocht het zo zijn, dat de beschikking er weliswaar niet tijdig is, maar intussen wel voor 12 april een voorschot is betaald dan is evenmin wettelijke rente verschuldigd.

Indien niet bij wettelijk voorschrift een termijn is gesteld voor het nemen van een besluit, wordt aangesloten bij artikel 4:13, dat een redelijke

termijn vereist na ontvangst van de aanvraag. De eventueel verschuldigde wettelijke rente begint in dat geval te lopen vanaf het moment dat de uit artikel 4:13 voortvloeiende redelijke termijn voor het nemen van een besluit en de betalingstermijn (van in beginsel zes weken) tezamen zijn verstreken.

Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt dat deze bepaling uitsluitend ziet op een te late vaststelling van de beschikking tot betaling, en niet op een vaststelling die in eerste instantie tijdig is, maar naar later blijkt onjuist te zijn. Hiervoor biedt artikel 4.4.2.6 een specifieke regeling.

Tot slot verdient vermelding dat in de regeling in de Awb geen specifieke regel is geformuleerd die ziet op het eventueel verschuldigd zijn van wettelijke rente indien de burger niet tijdig een aanvraag om een beschikking tot het vaststellen van een financiële aanspraak doet. Deze kwestie hangt zozeer samen met de vraag of en zo ja, in hoeverre het wettelijk voorschrift waarop deze aanspraak is gebaseerd voorziet in de mogelijkheid dat een financiële aanspraak kan bestaan over de periode voorafgaand aan het indienen van een aanvraag, dat deze vraag in het kader van de bijzondere wetgeving dient te worden beantwoord en niet in het kader van de Awb. Zo is bijvoorbeeld in artikel 35, tweede lid, van de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering de toekenning van een uitkering «met terugwerkende kracht» in beginsel beperkt tot een jaar (vlg. CRvB 3 november 1998, RSV 1999, 20, inzake een met terugwerkende kracht toegekende AAW-uitkering, waarin rentevergoeding wordt afgewezen). Voorzover rente wordt vergoed over de periode voorafgaand aan de betalingsbeschikking, maakt deze deel uit van de te betalen geldsom, hetgeen tot uitdrukking komt in de betalingsbeschikking zelf.

Artikel 4.4.2.5

Dit artikel heeft betrekking op de situatie waarin hetzij het bestuur uitstel van betaling heeft verleend, hetzij de rechter de betalingsverplichting heeft geschorst. Opschorting van de betalingsverplichting brengt evenwel niet vanzelfsprekend met zich dat de schuldenaar over de periode waarvoor de opschorting geldt ook geen wettelijke rente hoeft te betalen. Het feit dat niet binnen de normaal geldende betalingstermijn wordt betaald, zal niet zelden worden veroorzaakt door omstandigheden die binnen de risicosfeer van de schuldenaar liggen. Het is om die reden goed denkbaar dat het bestuursorgaan slechts uitstel wil verlenen, indien de daardoor ontstane vertragingsschade voor rekening van de schuldenaar komt. Om dezelfde reden kan er niet zonder meer van worden uitgegaan dat de rechter bij schorsing van een betalingsverplichting voor dezelfde periode ook de verplichting tot betaling van wettelijke rente niet heeft willen laten gelden.

In dit artikel is derhalve als hoofdregel geformuleerd dat de schuldenaar over de periode waarin de betalingsverplichting door het bestuur of de rechter is opgeschort, wettelijke rente is verschuldigd. Dat laat onverlet dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen waarin het redelijk is om te bepalen dat over de periode waarvoor het uitstel geldt, in afwijking van de hoofdregel geen wettelijke rente is verschuldigd. Het artikel laat dan ook de ruimte om bij het uitstel of de schorsing zulks expliciet te bepalen.

Denkbaar is dat het bestuursorgaan bij het verlenen van uitstel nader specificeert over welke periode geen wettelijke rente is verschuldigd. De termijn waarvoor de betalingsverplichting is opgeschort hoeft niet automatisch dezelfde te zijn als de periode waarover geen wettelijke rente hoeft te worden betaald. Indien uitstel van betaling is verleend voor de periode hangende bezwaar en beroep, kan het bestuursorgaan – in verband met de lange periode die in totaal met bezwaar en beroep kan zijn gemoeid – bepalen dat de periode waarover geen wettelijke rente is

verschuldigd zich uitstrekt over een kortere termijn. Voor het geval het bezwaar of beroep gegrond blijkt, treft het volgende artikel een regeling.

Artikel 4.4.2.6

Eerste lid

Dit artikel bevat specifieke regels inzake de betaling van wettelijke rente indien komt vast te staan dat een verplichting tot betaling aan of door een bestuursorgaan door het bestuursorgaan onjuist is vastgesteld. Doorgaans zal dit na het instellen van bezwaar of beroep blijken. Het bestuursorgaan kan echter ook ambtshalve tot correctie overgaan. Hierbij kunnen zich de volgende situaties voordoen.

In de eerste plaats kan het zo zijn dat de burger bezwaar heeft gemaakt en eventueel later beroep heeft ingesteld tegen een jegens hem bij beschikking opgelegde betalingsverplichting, maar niettemin hangende het bezwaar of beroep heeft betaald. Bezwaar en beroep hebben immers in beginsel geen schorsende werking. In dat geval kan achteraf blijken dat de burger ten onrechte dan wel te veel heeft betaald doordat hij in de bezwaar- of beroepsprocedure alsnog in het gelijk wordt gesteld. Dan blijkt achteraf dat de burger ten onrechte renteverlies heeft geleden, terwijl het bestuur ten onrechte over het geld heeft kunnen beschikken. Om dit te compenseren bepaalt het eerste lid dat het bestuursorgaan de wettelijke rente moet betalen over het te veel betaalde bedrag gerekend vanaf het tijdstip dat de burger heeft betaald tot aan het tijdstip van terugbetaling.

Tweede lid

Het tweede lid heeft betrekking op het geval dat een beschikking tot betaling door een bestuursorgaan te laat komt doordat aanvankelijk was beslist dat de burger geen aanspraak op betaling had, maar daarin als gevolg van bezwaar of beroep verandering is gekomen.

Deze bepaling is zowel van toepassing op de geheel afwijzende betalingsbeschikking als op de beschikking tot betaling die wordt vervangen door een beschikking tot betaling van een hoger bedrag. Voor die gevallen behoort het bestuursorgaan de wettelijke rente over dezelfde termijn te betalen als in artikel 4.4.2.4 is bepaald voor het «gewoon» te laat beschikken. De belanghebbende mag immers rekenen op een tijdige beschikking, en het maakt daarbij geen verschil of een vertraging is veroorzaakt doordat het bestuur in het geheel geen beschikking tot stand heeft gebracht, dan wel doordat het eerst een verkeerde beschikking heeft gegeven.

Wanneer een onjuiste beschikking na bezwaar of beroep wordt vervangen door een nieuwe beschikking, dient het bestuursorgaan over een eventuele nabetaling wettelijke rente te vergoeden vanaf het moment waarop beslis- en betalingstermijn tezamen zijn verstreken. In reacties op het voorontwerp is de vraag gesteld of dit niet een breuk betekent met de huidige jurisprudentie, waarin terzake van onrechtmatige besluiten de wettelijke rente wordt berekend vanaf de datum van het onjuist gebleken besluit. Voorzover het onderliggende besluit een schadeveroorzakend besluit is, zij er aan herinnerd dat de hier voorgestelde regeling de vaststelling van de omvang van de schade, met inbegrip van de eventueel daarover te betalen rente, onverlet laat. Van de jurisprudentie wordt hier dus geen afstand genomen.

Derde en vierde lid

Het vierde lid ziet op de situatie dat het bestuursorgaan, nadat een besluit waarbij een betalingsverplichting is vastgesteld formele rechtskracht heeft

gekregen, met terugwerkende kracht deze betalingsverplichting in het voordeel van de burger wijzigt of intrekt. Ook zulke ambtshalve correcties kunnen leiden tot een teruggaaf van het door de burger te veel betaalde bedrag of door een nabetaling aan de burger. Op grond van het vierde lid moet het bestuursorgaan ook in die gevallen in beginsel wettelijke rente vergoeden. De termijn waarover die rente verschuldigd is, moet met behulp van het eerste en tweede lid van dit artikel worden bepaald. Wettelijke rente is volgens het derde lid echter niet verschuldigd voorzover het wijzigen van de betalingsverplichting wordt veroorzaakt door het feit dat de burger onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt, dan wel aan hem is toe te rekenen dat onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt, waardoor de beschikking waarbij de betalingsverplichting is vastgesteld onjuist was. Het risico van een onjuiste aanvraag of van onjuiste gegevensverschaffing is daarmee voor rekening van de belanghebbende.

In het voorontwerp was dit slechts bepaald voor de situatie, bedoeld in het vierde lid. In commentaren op het voorontwerp is echter op gewezen, dat het ook kan voorkomen dat een betalingsbeschikking in bezwaar of beroep moet worden gecorrigeerd omdat de belanghebbende pas in de bezwaar- of beroepsfase gegevens aandraagt die hij in een eerder stadium had kunnen en moeten verstrekken. Met diverse commentaren op het voorontwerp menen wij, dat het redelijker is te bepalen dat het bestuursorgaan ook in die gevallen geen wettelijke rente is verschuldigd. Daarbij zij aangetekend, dat dit de verschuldigdheid van wettelijke rente bij niet tijdig beslissen (artikel 4.4.2.4) onverlet laat. Als een burger pas in zijn bezwaarschrift de gegevens verstrekt waaruit blijkt dat hij recht heeft op een betaling die hem bij het primaire besluit was geweigerd, is het bestuursorgaan geen wettelijke rente verschuldigd indien het tijdig op het bezwaarschrift beslist. Maar als het bestuursorgaan te laat op het bezwaarschrift beslist, is het wettelijke rente verschuldigd vanaf de dag waarop het in verzuim zou zijn geweest als op de laatste dag van de termijn op het bezwaarschrift zou zijn beslist.

Voor het verschuldigd zijn van wettelijke rente op grond van deze bepaling is in beginsel niet van belang of de onjuiste beschikking een primair besluit dan wel een beslissing op bezwaarschrift betreft. In beide gevallen heeft het bestreden besluit als gevolg van het daartegen ingestelde bezwaar of beroep geen formele rechtskracht gekregen en staat tegenover het door het bestuursorgaan genoten rentevoordeel een renteverlies van de burger. Ook wanneer een bezwaar- of beroepschrift wordt ingetrokken omdat het bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk aan de indiener is tegemoetgekomen, is het bestuursorgaan op grond van dit artikel vanzelfsprekend gehouden om over een teruggaaf of nabetaling rente te vergoeden.

Tenslotte kan de vraag rijzen, in hoeverre naast de hier geregelde wettelijke rente nog verdere schadevergoeding mogelijk is indien de betalingsbeschikking onjuist is vastgesteld. Onderhavig artikel laat onverlet dat, indien daarvoor gronden zijn, nog vergoeding van andere schade mogelijk is. Volgens de Hoge Raad valt vergoeding van belastingschade – als gevolg van nabetaling van lonen of uitkeringen in de vorm van een bedrag ineens – buiten de regeling van art. 6:119 BW (HR 8 december 1995, NJ 1997, 163; idem CRvB 28 juni 2002, AB 2003, 9, JB 2002, 232). Het is de cumulatie en niet uitsluitend de vertraging in de betaling die de belastingschade veroorzaakt. Belastingschade als hier bedoeld komt derhalve voor afzonderlijke vergoeding in aanmerking. Voorts is niet uitgesloten dat wegens nabetaling van een geldsom nog andere schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen. Te denken valt onder meer aan misgelopen huursubsidie of een niet-ontvangen studietoelage (vgl. ook CRvB 3 november 1998, RSV 1999, 20).

Artikel 4.4.2.7

Artikel 4.4.2.7 bepaalt dat «bij de wet» – dat wil zeggen: de wet in formele zin – een andere regeling met betrekking tot verzuim en de daaraan te verbinden gevolgen kan worden getroffen. De bepaling is opgenomen om de verhouding tot de bijzondere wetgeving te verduidelijken. De gekozen formulering geeft aan dat uitzonderingen op de regeling omtrent verzuim en wettelijke rente mogelijk zijn, maar sluit tegelijkertijd uit dat deze uitzonderingen door een lagere wetgever worden gemaakt. Bij het opstellen van de regeling van afdeling 4.4.2 is onder ogen gezien dat op verschillende terreinen bij wet andere regelingen zijn getroffen, die zozeer met de eigen aard van die bijzondere wetgeving samenhangen, dat het niet goed mogelijk is de regeling in de Awb daarop zonder meer toe te passen. In paragraaf 2 van het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting is reeds gewezen op de aparte regeling in het belastingrecht. Deze gecombineerde regeling inzake heffings- en invorderingsrente sluit aan bij de systematiek van de belastingheffing waarin niet, zoals in artikel 4.4.2.4 en 4.4.2.6 van deze regeling, met (uiterste) beslistermijnen wordt gewerkt maar met tijdvakken waarover belasting wordt geheven. Dit hangt samen met het feit dat de belastingschuld rechtstreeks uit de wet ontstaat.

Andere verschillen betreffen onder andere het in het belastingrecht gehanteerde rentepercentage (voor het merendeel van de heffingen geldt niet de wettelijke rente, maar een lager percentage) en de berekening van rente (enkelvoudig, dat wil zeggen geen rente op rente). Daarnaast kan in sommige gevallen een bestuurlijke boete worden opgelegd bij niet tijdige betaling van belastingen welke op aangifte of afdracht moet worden voldaan (artikel 67c Algemene wet inzake rijksbelastingen).

Ook op andere terreinen komt het voor dat financiële sancties worden opgelegd bij niet tijdige betaling, al dan niet in combinatie met verschuldigdheid van rente. Zo kent bijvoorbeeld de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften als sanctie op het niet tijdig betalen van een opgelegde boete de verschuldigdheid van een verhoging van rechtswege (en geen wettelijke rente). In het secundaire gemeenschapsrecht komen soortgelijke bepalingen ook voor. Afdeling 4.4.2 is derhalve in deze gevallen niet van toepassing. Bij de aanpassingswetgeving die nodig is in verband met dit wetsvoorstel zal de afstemming van de bijzondere wetgeving op afdeling 4.4.2 in het bijzonder aandacht verdienen.

Afdeling 4.4.3 Verjaring

1. Inleiding

Het is gewenst dat er een algemene wettelijke regeling komt voor verjaring van vorderingen aan of door een bestuursorgaan. Thans bestaat een dergelijke regeling slechts voor enkele deelgebieden van het bestuursrecht, zoals het belastingrecht (artikel 27 Invorderingswet 1990). Mede doordat in literatuur (zie o.m. B.P.M. van Ravels, *Recente ontwikkelingen op het gebied van het schadevergoedingsrecht in ambtenarenzaken*, TAR 1996, pp. 421–437; J.H.M.F. Teunissen, *Afrekening met de gemene rechtsleer en de tweewegenleer (I)*, Gemeentestem 7048, 1; Carlos Bollen, *De Centrale Raad van Beroep en (privaatrechtelijke) verjaringstermijnen*, JB 1997, pp. 495–500) en rechtspraak (zie o.m. CRvB 19 oktober 1995, Gemeentestem 7048, 3; HR 28 juni 2002, AB 2003, 102, JB 2002, 265) geen eenstemmigheid bestaat omtrent de reikwijdte van de schakelbepaling van artikel 3:326 van boek 3 BW en in het bijzonder niet omtrent de toepasselijkheid van de bepalingen in titel 11 van boek 3 BW omtrent de bevrijdende verjaring in het bestuursrecht, bestaat op dit gebied een voor

de praktijk ongewenste mate van onzekerheid. De termijn wordt in het algemeen wel op vijf jaar gesteld, maar de vraag blijkt vooral te zijn in hoeverre de bepalingen in het BW zich lenen voor toepassing op bestuursrechtelijke geldschulden. De in deze paragraaf voorgestelde regeling beoogt aan deze onzekerheid een einde te maken door een voor het gehele bestuursrecht geldende regeling te treffen.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het in deze afdeling niet gaat om de vraag binnen welke termijn een bestuursorgaan nog rechtsgeldig een verplichting tot betaling kan vaststellen, dus bijvoorbeeld een belastingaanslag kan opleggen. Die termijn zal in het algemeen in een bijzonder wettelijk voorschrift zijn opgenomen. Het gaat hier om de vraag hoe lang degene die verzuimd heeft tijdig aan een verplichting tot betaling van een bestuursrechtelijke geldschuld te voldoen, nog in rechte tot nakoming kan worden gedwongen.

2. Uitgangspunten nieuwe regeling

Bij het ontwerpen van de regeling is in de eerste plaats wederom tot uitgangspunt genomen, dat niet onnodig afgeweken moet worden van het Burgerlijk Wetboek en dat niet onnodig onderscheid gemaakt moet worden tussen de positie van belanghebbende enerzijds en bestuursorgaan anderzijds.

Deze uitgangspunten zijn goed bruikbaar waar het betreft de verjaring van de bevoegdheid om via de burgerlijke rechter de nakoming van de vordering tot betaling af te dwingen. Voor de burger is dit de enige mogelijkheid om zijn vordering op het bestuursorgaan af te dwingen, zij het dat het slechts zelden nodig zal zijn om bestuursorganen voor de rechter te dagen. Voor bestuursorganen geldt eveneens dat zij bij niet betaling door hun schuldenaar een vordering tot nakoming bij de burgerlijke rechter kunnen instellen. In een aantal gevallen is dat de enige mogelijkheid. In de meeste gevallen bestaat daarnaast de mogelijkheid om door het uitvoerdigen van een dwangbevel tot dwanginvordering over te gaan.

Voor de bevoegdheid tot het instellen van een vordering bij de burgerlijke rechter voorziet de regeling in bepalingen die sterke gelijkenis vertonen met de regeling in het Burgerlijk Wetboek. Deze bevoegdheid verjaart na vijf jaar. Daarna blijft – evenals in het privaatrecht – een natuurlijke verbintenis bestaan (de zogenoemde zwakke werking van de verjaring). Wat na afloop van de verjaringstermijn wordt betaald, kan dus niet als onverschuldigd worden teruggevorderd. Voorts is de stuiting geregeld op zodanige wijze dat de burger stuiting kan bewerkstelligen op dezelfde wijze als hij dat ook in het privaatrecht kan. Voor het bestuursorgaan, dat door zijn specifieke bevoegdheden – het doen uitgaan van een aanmaning en het uitvoerdigen van een dwangbevel – in een enigszins andere positie verkeert, is ter wille van de rechtszekerheid bepaald dat stuiting slechts mogelijk is door het gebruik van die bevoegdheden of door het instellen van een vordering bij de rechter of de erkenning van de schuld door de schuldenaar.

Waar echter aan het bestuursorgaan bij wet de bevoegdheid is toegekend om overeenkomstig afdeling 4.4.4 buiten de rechter om betaling af te dwingen middels een dwangbevel, is een specifieke regeling nodig. Deze bevoegdheid, evenals die tot het doen uitgaan van een aanmaning, kunnen na het voltooien van de verjaring niet meer worden uitgeoefend.

Ten slotte wordt hier, in aansluiting op paragraaf 3 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van deze toelichting, opgemerkt, dat afdeling 4.4.3 een volledige regeling van de verjaring van bestuursrechtelijke geldschulden beoogt te geven. Derhalve heeft de schakelbepaling van artikel 326 van Boek 3 BW voor de in deze titel geregelde materie in beginsel geen betekenis meer. Ter voorkoming van misverstanden wordt opgemerkt dat de titel van het BW inzake rechtsvorderingen – evenals de

toepasselijke bestuursrechtelijke wetgeving – buiten deze materie zijn relevantie blijft behouden. Titel 4.4 heeft immers alleen betrekking op de afwikkeling van de bestuursrechtelijke geldschuld zelf; hij geeft geen inhoudelijke regels over de grondslag van de geldschuld, zoals regels over onverschuldigde betaling. Hij bevat bijvoorbeeld geen regels over de termijn waarop met terugwerkende kracht onverschuldigd betaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd. Afdeling 4.4.3 laat dan ook onverlet dat, tenzij uit de toepasselijke bestuursrechtelijke wet het tegendeel voortvloeit, artikel 3:309 BW van toepassing is indien met terugwerkende kracht een uitkering wordt herzien of ingetrokken. Voor onverschuldigd betaalde subsidiebedragen kent de Awb een eigen bepaling die afwijkt van het BW, men zie het huidige artikel 4:57 (4:57, vierde lid, nieuw).

Artikel 4.4.3.1

Eerste lid

Dit artikel bevat de hoofdregel voor de verjaring van geldschulden. Het stelt de verjaringstermijn op vijf jaar, in aansluiting op de meest gebruikelijke termijn in het Burgerlijk Wetboek. Het gevolg van de verjaring in het BW is dat geen rechtsvordering meer kan worden ingesteld. Dit is de zogenaamde zwakke werking van de verjaring. Dat gevolg behoort ook hier voorop te staan. Zowel voor schulden van de overheid als voor die van de burger geldt immers dat betaling in beginsel via het instellen van een vordering voor de burgerlijke rechter kan worden afgedwongen. Voor de burger bestaat er geen andere mogelijkheid. Overigens zal het niet vaak voorkomen dat hij, wanneer bijvoorbeeld op grond van een beschikking blijkt dat hij een vordering op het bestuursorgaan heeft, tot gerechtelijke stappen zal moeten overgaan. Meestal zal de overheid vrijwillig betalen indien over de verplichting tot betaling – eventueel na een bestuursrechtelijke procedure – geen meningsverschil meer bestaat. Voor bestuursorganen bestaat eveneens de mogelijkheid om tegen de onwillige wederpartij bij de burgerlijke rechter een procedure tot betaling te beginnen. In een aantal gevallen is dat ook de enige mogelijkheid voor bestuursorganen. Dat betreft de gevallen waarin het bestuursorgaan niet de bevoegdheid heeft een dwangbevel uit te vaardigen. Daartoe moet steeds een specifieke wettelijke grondslag bestaan; men zie ook artikel 4.4.4.2.2.

Indien het bestuursorgaan wel een dwangbevel kan uitvaardigen, heeft het de mogelijkheid om zich buiten de rechter om een executoriale titel te verschaffen. Deze extra bevoegdheid betekent overigens niet een verplichting voor het bestuursorgaan om die weg te volgen. Het kan gebruik blijven maken van de gewone bevoegdheden van een schuldeiser. De in het eerste lid gestelde termijn kan afwijken van de verjaringstermijnen die in het gemeenschapsrecht worden gehanteerd. Zodra en voorzover het gemeenschapsrecht zelf in een regeling voorziet, wijkt het nationale recht en dus het onderhavige artikel 4.4.3.1 op grond van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht. Men zie over de verhouding met het gemeenschapsrecht in algemene zin reeds paragraaf 4 van het algemeen deel van dit hoofdstuk.

Tweede lid

Het tweede lid ziet op de gevallen waarin bestuursorganen de bevoegdheid hebben zelf voor een executoriale titel te zorgen door het uitvaardigen van een dwangbevel. Die bevoegdheid kunnen zij niet meer uitoefenen wanneer de verjaring is voltooid. Dit geldt ongeacht of de schuldenaar zich op verjaring heeft beroepen. Hetzelfde behoort te gelden voor het doen uitgaan van een aanmaning, waarvan de kosten voor reke-

ning van de burger kunnen worden gebracht, alsmede voor de bevoegdheden tot verrekening en tot tenuitvoerlegging van een dwangbevel. In het belang van de rechtszekerheid mag van het bestuursorgaan worden verwacht dat het de bevoegdheden tot aanmaning, verrekening of toepassing van dwangmiddelen het voor het voltooien van de verjaring heeft benut. Deze regeling komt overeen met die van artikel 27 Invorderingswet 1990.

Op grond van het tweede lid is het niet meer mogelijk de bevoegdheid tot aanmaning en verrekening uit te oefenen als de verjaring is voltooid. Het is daarbij niet van belang of de schuldenaar zich heeft beroepen op de verjaring; de bevoegdheden gaan na voltooiing van de verjaring van rechtswege teniet. De verjaring van de rechtsoverdracht tot betaling van een geldsom kan daarentegen worden gestuit door handelingen van de schuldeiser of schuldenaar, geregeld in de artikelen 4.4.3.2 e.v. Het gevolg van de verjaring is, zoals gezegd, dat de rechtsoverdracht teniet gaat, maar niet dat de schuld ook teniet gaat. Dit betekent dat bij voorbeeld de belastingschuldige die na meer dan vijf jaar zijn nog openstaande schuld voldoet, of de overheid die een achterstallige uitkering betaalt, dit niet onverschuldigd doet. Eenmaal betaald kunnen deze bedragen niet als onverschuldigd worden teruggevorderd.

Het komt voor dat een geldschuld accessoir is aan een andere schuld. Zo kunnen op grond van hoofdstuk VI van de Invorderingswet 1990 anderen dan de belastingplichtige – bij beschikking – aansprakelijk worden gesteld voor diens belastingschuld. Met betrekking tot de verjaring geldt enerzijds dat de aansprakelijkheid van de derde de hoofdschuld veronderstelt: als de hoofdschuld verjaart, verjaart de accessoire schuld ook.

Artikel 4.4.3.2

Dit artikel regelt twee gronden voor stuiting van de verjaring: het instellen van een daad van rechtsvervolging (voor de burgerlijke rechter) (lid 1) of de erkenning van het recht van de schuldeiser (lid 2). De hier geregelde stuitingsgronden gelden gelijkelijk voor burger en bestuursorgaan en zijn hetzelfde als in het privaatrecht (vgl. art. 3:316 en 3:318 BW). Stuiting breekt een lopende verjaring af. Nadat de verjaring is gestuit begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen (art. 4.4.3.7, zie hierna).

Eerste lid

Onder een «daad van rechtsvervolging» als bedoeld in het eerste lid moet, blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 3:316 BW (MvA II, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek 3* (Vaststellingswet), Deventer 1981, p. 934), worden begrepen het instellen van een vordering bij de civiele rechter (dagvaarding, eis in reconventie, vermeerdering van eis), maar ook het leggen van conservatoir beslag of het indienen van een vordering ter verificatie bij faillissement. Evenals in het privaatrecht geldt dat een daad van rechtsvervolging die wordt ingetrokken, geen stuiting van de verjaring tot gevolg heeft. Daartoe is artikel 3:316, tweede lid, BW in het eerste lid van toepassing verklaard. Uit artikel 3:316, tweede lid, BW vloeit tevens voort dat indien de bij de rechter ingestelde vordering niet tot toewijzing leidt, de stuiting niet geacht wordt te hebben plaatsgevonden, tenzij tijdig – dat wil zeggen binnen zes maanden nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd – een nieuwe eis is ingesteld en deze wél tot toewijzing leidt. In geval de ingestelde vordering wél tot toewijzing door de rechter leidt, is artikel 3:324 BW van toepassing (art. 4.4.3.7, tweede lid, zie hierna). Artikel 3:324 BW regelt de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken. Onder het «instellen van eis» is overigens steeds te verstaan het instellen

van een eis bij de burgerlijke rechter; de bestuursrechter komt hier niet in beeld. Betreft het een vordering van een bestuursorgaan op de burger, dan kan het bestuursorgaan immers niet bij de bestuursrechter terecht omdat aldaar alleen tegen besluiten van bestuursorganen kan worden opgekomen. Maar ook als het een vordering van de burger op het bestuursorgaan betreft, is de bestuursrechter niet bevoegd. Het niet-betalen is geen besluit in de zin van de Awb, aangezien het geen rechts-handeling betreft; en ook de weigering om te betalen kan niet als zodanig worden aangemerkt. Hoewel de vaststelling van de verplichting tot betaling een besluit is (vgl. art. 4.4.1.2), moet aan gewone uitvoerings-handelingen, zoals betalingshandelingen, dit karakter worden ontzegd. Dit betekent dat als de schuldenaar weigerachtig is om te betalen, uiteindelijk door het instellen van eis bij de burgerlijke rechter de verjaring kan worden gestuit.

Tweede lid

Voor de erkenning als grond voor stuiting geldt dat het niet noodzakelijk is dat de schuld uitdrukkelijk wordt erkend. Elke handeling of gedraging van de schuldenaar waaruit blijkt dat hij de schuld erkent, stuit de verjaring. Indien een burger in een brief aan het bestuursorgaan een verrekenings-voorstel doet, dan beoogt hij daarmee de schuld aan het bestuursorgaan, al dan niet volledig, te voldoen. Daarin ligt tegelijkertijd een erkenning van zijn schuld aan dat bestuursorgaan besloten. Zo kan ook het vragen van uitstel van betaling of van kwijtschelding onder omstandigheden een erkenning van de schuld impliceren. Dat is echter niet steeds het geval: wie vraagt om uitstel van betaling voor de duur van de behandeling van een bezwaarschrift tegen de betalingsbeschikking, erkent daarmee de schuld natuurlijk niet. Het zal dus van de omstandigheden van het geval afhangen, wanneer van erkenning kan worden gesproken.

Artikelen 4.4.3.3 en 4.4.3.4

Naast de beide in artikel 4.4.3.2 geregelde stuitingsgronden kent het BW nog een stuitingsgrond: de schriftelijke aanmaning (een brief) of schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317, eerste lid, BW). Deze stuitingsgrond is voor het bestuursorgaan in artikel 4.4.3.3 beperkt tot specifieke bestuurs-rechtelijke middelen. In het belang van de rechtszekerheid bepaalt dit artikel dat het bestuursorgaan de verjaring, behoudens door het instellen van een eis voor de burgerlijke rechter (art. 4.4.3.2), alleen kan stuiten door een aanmaning als bedoeld in artikel 4.4.4.1.1, een beschikking tot verrekening of door (betekening of tenuitvoerlegging) van een dwang-bevel. Gaat het daartoe over, dan is de bedoeling om alsnog tot invordering over te gaan duidelijk tot uitdrukking gebracht. Een beschikking tot verrekening heeft alleen stuitende werking voorzover na de verrekening een schuld blijft bestaan. In het geval een rechtsoverdracht tot betaling van een geldsom als gevolg van de verrekening volledig te niet gaat, valt er immers niets meer te stuiten.

Voor de schuldeiser van het bestuursorgaan, tenzij deze zelf een bestuurs- orgaan is, is stuiting mogelijk op dezelfde manier als in het Burgerlijk Wetboek is geregeld (art. 3:317, eerste lid, BW). In artikel 4.4.3.4 jo. 4.4.3.6 wordt, voor het geval de schuldeiser een burger is, bepaald dat de schuldeiser de verjaring ook kan stuiten door een schriftelijke aanmaning of een schriftelijke mededeling waarin hij zich ondubbelzinnig zijn recht op beta- ling voorbehoudt.

Artikel 4.4.3.5

Deze bepaling komt overeen met artikel 6:131 BW en geldt slechts voor rechtsvorderingen tot betaling door de overheid aan een burger. Een eventueel recht tot verrekening verjaart dus niet voor de burger als schuldeiser van het bestuursorgaan, maar wel voor het bestuursorgaan; dit laatste vloeit voort uit art. 4.4.3.6. Bestuursorganen kunnen het recht tot verrekening in het algemeen na vijf jaar niet meer uitoefenen (zie artikel 4.4.3.1, tweede lid). Dit geldt zowel wanneer het bestuursorgaan moet betalen aan een burger als aan een ander bestuursorgaan.

Er zij op gewezen dat artikel 4.4.3.5 alleen geldt voorzover sprake is van een bestaande mogelijkheid van verrekening; een verjaarde vordering kan niet meer worden verrekend met een na de verjaring ontstane schuld. De ratio van deze bepaling is immers dat iemand die vertrouwend op een verrekeningsbevoegdheid zijn vordering laat verjaren, daarvan niet het slachtoffer mag worden als zijn vordering eerder verjaart dan de tegenvordering. Ontstaat de tegenvordering later, dan kan er van zodanig vertrouwen geen sprake zijn geweest. Daarom blijft deze regel beperkt tot bestaande vorderingen. Men zie artikel 4.4.1.9 dat eveneens spreekt over een «bestaande» vordering.

Artikel 4.4.3.6

De artikelen 4.4.3.4 en 4.4.3.5 zijn voor de burger als schuldeiser van het bestuursorgaan geschreven. Zij behoren niet te gelden indien de schuldeiser van het bestuursorgaan een ander bestuursorgaan is. Om te voorkomen dat in beide artikelen gesproken moet worden over «de schuldeiser van het bestuursorgaan die niet zelf een bestuursorgaan is» is in artikel 4.4.3.6 bepaald dat genoemde artikelen niet gelden indien de schuldeiser van het bestuursorgaan zelf een bestuursorgaan is.

De aanmaning van een bestuursorgaan dient te voldoen aan het bepaalde in artikel 4.4.4.1.1. Derhalve ligt het in de rede dat een bestuursorgaan als schuldeiser de verjaring niet kan stuiten door een schriftelijke aanmaning die daaraan niet voldoet of door een schriftelijke mededeling waarin het zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Artikel 4.4.3.4 is dan ook niet van toepassing als de schuldeiser een bestuursorgaan is. Wel kan een bestuursorgaan ingevolge artikel 4.4.3.3 de verjaring onder andere stuiten door een aanmaning als bedoeld in artikel 4.4.4.1.1.

Het is redelijk dat alleen voor de schuldeiser niet zijnde een bestuursorgaan de bevoegdheid tot verrekening blijft bestaan. Deze zal zich veelal door het enkele bestaan van de tegenvordering op het bestuursorgaan als bevrijd beschouwen en slechts tot verrekening overgaan op het moment dat hij zelf wordt aangesproken door het bestuursorgaan. Op grond van artikel 4.4.3.5 zal hij dit ook kunnen doen als zijn vordering op het bestuursorgaan reeds verjaard is. Hij kan zich dan op zijn «natuurlijke vordering» beroepen bij wijze van verweer tegen de vordering tot nakoming van het bestuursorgaan. Dit geldt niet voor het bestuursorgaan aangezien het bestuursorgaan op grond van het tweede lid van artikel 4.4.3.1 zijn bevoegdheid tot verrekening is kwijtgeraakt. In het belang van de rechtszekerheid mag van het bestuursorgaan worden verwacht dat het voor het voltooien van de verjaring de bevoegdheid tot aanmaning, verrekening of toepassing van dwangmiddelen heeft benut.

Artikel 4.4.3.7

Dit artikel regelt de gevolgen van de stuiting op dezelfde wijze als in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:319 BW). Stuiting breekt een lopende verjaring af. Door stuiting van de verjaring begint een nieuwe termijn te lopen met

de aanvang van de volgende dag. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke, maar niet langer dan vijf jaren. In afwijking van artikel 4.4.3.1 kan een andere oorspronkelijke verjaringstermijn zijn voorgeschreven, zoals bijvoorbeeld in artikel 5:35. 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.

Artikel 4.4.3.8

Deze gronden voor verlenging van de verjaring komen overeen met die, genoemd in artikel 27, tweede lid, van de Invorderingswet 1990. Het overnemen van de grond onder a (opgenomen in het eerste lid van artikel 4.4.3.8) strekt ertoe een milde beoordeling door het bestuursorgaan van verzoeken om uitstel van betaling te bevorderen. De overige gronden, faillissement, surséance van betaling en toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (opgenomen in het tweede lid van artikel 4.4.3.8) zijn om vergelijkbare redenen overgenomen. De verjaringstermijn wordt in de gevallen genoemd in het tweede lid, onderdelen a, b en c, verlengd met de duur waarin de schuldenaar verkeert in de daar aangeduide situatie.

Anders dan in het voorontwerp is thans in onderdeel d ook de verlengingsgrond van artikel 27, tweede lid, onderdeel b, Invorderingswet 1999 overgenomen. Als de schuldenaar een executiegeschil aanhangig maakt en dit tot gevolg heeft dat de tenuitvoerlegging van het dwangbevel wordt geschorst, is het redelijk dat de verjaringstermijn wordt verlengd met de periode gedurende welke het executiegeschil aanhangig is.

Afdeling 4.4.4 Aanmaning en invordering bij dwangbevel

Paragraaf 4.4.4.1 De aanmaning

Artikel 4.4.4.1.1

Eerste lid

Indien niet tijdig is betaald en de schuldenaar dus in verzuim is, laat het bestuursorgaan alvorens over te gaan tot het uitvaardigen van een dwangbevel een schriftelijke aanmaning volgen waarin wordt verzocht om op korte termijn alsnog te betalen. Het primaire oogmerk van de aanmaning is de schuldenaar in de gelegenheid te stellen alsnog de vordering te voldoen. De schuldenaar wordt tevens gewaarschuwd voor mogelijke invorderingsmaatregelen. Hij krijgt nog twee weken om zijn schuld te voldoen. Na het verstrijken van de aanmaningstermijn heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om tot dwanginvordering over te gaan. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of het bestuursorgaan terstonds tot invordering over zal gaan.

Artikel 4.4.4.1.1 is dwingend van karakter, maar zelfs zonder een daartoe strekkende regeling is het gebruikelijk om de schuldenaar eerst aan te manen voordat tot dwanginvordering wordt overgegaan. Er kunnen diverse – soms goed begrijpelijke – redenen zijn waarom de burger niet binnen de gestelde termijn heeft betaald. Uit een oogpunt van behoorlijk bestuur is het daarom gewenst dat het bestuursorgaan de betrokkene er nogmaals op attendeert dat hij tot betaling dient over te gaan. Het bestuursorgaan kan zich er daarbij van vergewissen dat betrokkene niet

om voor het bestuursorgaan onbekende, maar wellicht goed verklaarbare, redenen weigert te betalen.

Ook op praktische gronden verdient dit aanbeveling. Het is voor het bestuursorgaan niet doelmatig om na het verstrijken van de reguliere betalingstermijn voetstoots tot dwanginvordering over te gaan. Voordat de kostbare invorderingsfase wordt ingegaan, dient het bestuursorgaan er zeker van te zijn dat de schuldenaar weigerachtig is te betalen.

De aanmaning heeft dan ook geen betekenis voor het ontstaan van verzuim: integendeel, een aanmaning is slechts mogelijk indien de schuldenaar al in verzuim is. Dat betekent ook dat de wettelijke rente inmiddels is gaan lopen. Op het tijdstip van aanmaning zal deze doorgaans nog niet verschuldigd zijn aangezien het bedrag ervan minder dan € 20 zal bedragen (artikel 4.4.2.2, tweede lid). De in de aanmaning opgenomen termijn van twee weken, die de schuldenaar alsnog in de gelegenheid stelt zijn schuld te voldoen, moet dus niet worden opgevat als een uitstel van het tijdstip waarop het verzuim van de schuldenaar intreedt. De aanmaning heeft wel betekenis voor de mogelijkheid verdergaande – civielrechtelijke, dan wel bestuursrechtelijke – invorderingsmaatregelen te nemen: het bestuursorgaan kan daar eerst toe overgaan indien het tevoren een aanmaning heeft toegezonden en niet binnen de daarin gestelde termijn is betaald. Verwezen zij naar artikel 4.4.4.2.4. Indien de schuldenaar in verzuim is dient hij te worden aangemaand, ongeacht of vervolgens al dan niet bij dwangbevel wordt ingevorderd.

Voor de formulering van het eerste lid is aansluiting gezocht bij artikel 11 Invorderingswet 1990. Artikel 4.4.4.1.1 staat er niet aan in de weg dat de aanmaning betrekking heeft op verschillende verplichtingen tot betaling van een geldsom door de schuldenaar aan het bestuursorgaan. De aanmaningstermijn is in beginsel gesteld op twee weken. Dit ligt in de lijn met de thans veel gebruikte termijnen van twee weken, tien of veertien dagen. Wat de duur van de termijn betreft moet bedacht worden dat de schuldenaar op grond van artikel 4.4.1.3 reeds zes weken heeft om zijn schuld te voldoen. Evenals bij artikel 4.4.1.3 is voor de vaststelling van het begin van de betalingstermijn aangesloten bij artikel 6:8 Awb.

De vraag kan rijzen of de aanmaning een beschikking is. De aanmaning is in beginsel niet meer dan een herinnering tot betalen. Anderzijds heeft artikel 4.4.3.3 tot gevolg dat het zenden van een aanmaning een lopende verjaring stuit. In elk geval moet worden aangenomen dat voorzover voor de aanmaning een vergoeding in rekening wordt gebracht (vgl. artikel 4.4.4.1.2, eerste lid), van een beschikking sprake is (vgl. ook art. 7 Kostenwet invordering). Aangezien de hoogte van deze vergoeding in artikel 4.4.4.1.2 op een forfaitair bedrag is gesteld, leent een aanmaningsbeschikking zich ons inziens niet voor bezwaar en beroep. Om die reden wordt in onderdeel J voorgesteld de aanmaning van bezwaar en beroep uit te zonderen.

Artikel 4.4.4.2.4 biedt de mogelijkheid om het zenden van een aanmaning achterwege te laten (zgn. versnelde invordering), indien bij wet is bepaald dat een schuld onmiddellijk invorderbaar is. Tenslotte zij opgemerkt, dat het mogelijk is om een schuldenaar in één geschrift aan te manen tot betaling van meer dan één geldschuld, mits de schuldenaar bij al die schulden in verzuim is. Onder meer in het belastingrecht komt dit vaak voor.

Tweede lid

Krachtens het tweede lid kan in afwijking van het eerste lid een andere termijn worden bepaald waarbinnen betaling moet plaatsvinden. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en uniformiteit verdient het de voorkeur de termijn wettelijk te regelen. Het belastingrecht kent een termijn van tien

dagen (artikel 11 Invorderingswet 1990), waarop de Algemene termijnenwet van toepassing is.

Derde lid

In het derde lid wordt bepaald dat de aanmaning vermeldt dat bij niet tijdige betaling tot dwanginvordering kan worden overgegaan. De vermelding van dit feit zal in veel gevallen een belangrijke stimulans zijn om alsnog te betalen. Onder «invorderingsmaatregelen» worden niet alleen begrepen de maatregelen die in afdeling 4.4.4 Awb zijn uitgewerkt, zoals het dwangbevel, maar ook de middelen uit het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In dit verband zij verwezen naar de toelichting bij artikel 4.4.4.2.3. Afhankelijk van de concrete omstandigheden kan in de aanmaning concreet worden aangegeven welke maatregel bij niet-tijdige betaling zal worden genomen.

Artikel 4.4.4.1.2

Eerste lid

Artikel 4.4.4.1.2, eerste lid, kent het bestuursorgaan de bevoegdheid toe om een vergoeding voor de gemaakte aanmaningskosten in rekening te brengen. De hoogte van deze vergoeding is op een forfaitair bedrag gesteld. De vergoeding bedraagt € 6 indien de schuld minder dan € 454 bedraagt en € 14 voor schulden groter dan € 454. Deze tarieven zijn ontleend aan artikel 2 van de Kostenwet invordering rijksbelastingen. De Kostenwet zal overigens naast de Awb gehandhaafd moeten blijven, omdat zij, vanuit het streven de invordering kostendekkend te doen zijn, een veel meer gedetailleerde regeling voor de kosten van invordering geeft. Voor het overige bestuursrecht is een zo gedetailleerde regeling niet nodig.

Gekozen is voor forfaitaire bedragen teneinde bij kleine vorderingen te verzekeren dat hoge aanmaningskosten geen onnodige drempel zouden kunnen opwerpen om tot invordering over te gaan. Het bestuursorgaan is niet verplicht om de vergoeding in rekening te brengen: mogelijk overweegt men dat het in rekening brengen van de vergoeding in verband met de geringe hoogte daarvan te veel administratieve lasten met zich meebrengt. Anderzijds gaat het te ver om de aanmaningskosten zonder meer voor rekening van het bestuursorgaan te laten. In beginsel vallen de gevolgen van niet-tijdige betaling binnen de risicosfeer van de schuldenaar en is het uit dien hoofde redelijk om de daaruit voortvloeiende kosten bij hem in rekening te brengen.

Tweede lid

Op grond van het tweede lid moet het bestuursorgaan de in rekening te brengen vergoeding in de aanmaning vermelden.

Derde lid

Het derde lid geeft de mogelijkheid de bedragen die voor de aanmaning in rekening kunnen worden gebracht bij algemene maatregel van bestuur te wijzigen. Daartoe kan aanleiding zijn bij een algehele stijging van het prijspeil.

Artikel 4.4.4.2.1

In de bijzondere wetten waarin het dwangbevel voorkomt, is dit begrip thans niet gedefinieerd. Omdat het voorstel beoogt paragraaf 4.4.4.2 van toepassing te doen zijn op elke beschikking die materieel als dwangbevel moet worden aangemerkt, is het nodig het dwangbevel hier te definiëren. In deze definitie wordt buiten twijfel gesteld dat het uitvaardigen van een dwangbevel een exclusieve overheidsbevoegdheid is: zij komt uitsluitend toe aan bestuursorganen. In enkele bijzondere wetten komen thans ook niet-bestuursorganen met dwangbevelbevoegdheid voor. In de aanpassingswetgeving worden de desbetreffende bijzondere wetten zodanig gewijzigd, dat ofwel de voorgestelde artikelen 4.4.4.2.1 tot en met 4.4.4.2.11 Awb van overeenkomstige toepassing zijn, ofwel, voorzover het materieel niet om dwangbevelen gaat, de zogenaamde dwangbevelen anders worden aangeduid.

Het dwangbevel is een besluit in de zin van de Awb. In de voorgestelde aanvulling op artikel 8:4 worden bezwaar en beroep tegen het dwangbevel uitgesloten, maar de overige bepalingen – met uitzondering van de artikelen 3:41 tot en met 3:45 en artikel 4:8 – van de Awb inzake besluiten zijn op het dwangbevel onverkort van toepassing. Door de verwijzing naar artikel 4.4.1.1 wordt geregeld, dat het bestuursorgaan met een dwangbevel uitsluitend «bestuursrechtelijke schulden» kan invorderen en dus geen privaatrechtelijke. De bepaling geeft ten slotte aan, dat met het dwangbevel de executie wordt ingeleid. De betaling kan nu worden afgedwongen door middel van bijvoorbeeld beslag op onroerend goed (of eigenlijk worden omgezet in het op andere wijze innen van de vordering, namelijk door bijvoorbeeld vermogensbestanddelen van de schuldenaar te verkopen en de schuld uit de koopprijs te voldoen).

Artikel 4.4.4.2.2

De bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel is dermate ingrijpend – het bestuursorgaan kan zich zonder tussenkomst van de burgerlijke rechter zelf een executoriale titel verschaffen –, dat deze slechts bij formele wet dient te kunnen worden geattribueerd. Er is geen reden om thans als hoofdregel in de Awb de dwangbevelbevoegdheid toe te kennen voor alle bestuursrechtelijke geldvorderingen en eventuele uitzonderingen aan de bijzondere wetten over te laten. Het aantal uitzonderingen zou te groot zijn.

Artikel 4.4.4.2.3

In deze bepaling wordt het dwangbevel «bij de wet als executoriale titel aangewezen» in de zin van artikel 430, eerste lid, Rv. Artikel 430 luidt:

- «1. De grossen van in Nederland gewezen vonnissen, van beschikkingen van de Nederlandse rechter en van in Nederland verleden authentieke akten alsmede van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken kunnen in geheel Nederland worden ten uitvoer gelegd.
2. Zij moeten aan het hoofd voeren de woorden: In naam des Konings.
3. Zij kunnen niet worden ten uitvoer gelegd dan na betekening aan de partij tegen wie de executie zich zal richten.»

Aldus wordt de essentie weergegeven van het dwangbevel, te weten de bevoegdheid van een bestuursorgaan om zichzelf – zonder tussenkomst van de (burgerlijke) rechter – een executoriale titel te verschaffen.

De voorgestelde verwijzing heeft tot gevolg dat ook de andere bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering die – direct en indirect – bij de totstandkoming en tenuitvoerlegging van executoriale titels een rol spelen (onder meer vormvoorschriften, betekening, wijzen van tenuitvoerlegging, executiegeschil, procesrecht, kostenveroordeling, procesvertegenwoordiging, rechtsmiddelen) hier van toepassing zijn. Na de betekening van het dwangbevel aan de schuldenaar overeenkomstig artikel 4.4.4.2.10 Awb volgt de fase waarin het dwangbevel ten uitvoer wordt gelegd (artikel 430 Rv). Artikel 4.4.4.2.3 Awb bevat het kader op grond waarvan de tenuitvoerlegging (executie) van een dwangbevel plaatsvindt.

Deze tenuitvoerlegging geschiedt zoals gezegd overeenkomstig de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met betrekking tot de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten zoals neergelegd in het tweede Boek van dat Wetboek. De tenuitvoerlegging vangt doorgaans aan met het bevel tot betaling aan de schuldenaar door de (gerechts-)deurwaarder. Dit bevel tot betaling houdt in een bevel om de in het dwangbevel vermelde schuld binnen twee dagen te betalen. Het bevel tot betaling wordt in de regel tegelijk gedaan met de betekening van het dwangbevel. Indien niet binnen twee dagen aan het bevel tot betaling wordt voldaan, wordt de tenuitvoerlegging van het dwangbevel voortgezet. Alsdan gaat de gerechtsdeurwaarder bijvoorbeeld over tot het leggen van beslag. Voor de beslaglegging komen in aanmerking alle mogelijkheden die de schuldeiser op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten dienste staan. Wat betreft de verhaalsmiddelen die mogelijk zijn, worden als voorbeeld de volgende beslagen genoemd:

- executoriaal beslag op roerende zaken die geen registergoederen zijn (artikelen 439 tot en met 474 Rv);
- executoriaal beslag onder derden (artikelen 475 tot en met 479g Rv);
- executoriaal beslag op onroerende zaken (artikelen 502 tot en met 513aRv);
- executoriaal beslag op schepen (artikelen 562a tot en met 584Rv).

De tenuitvoerlegging van het dwangbevel door beslaglegging wordt, bij gebreke van vrijwillige betaling, voortgezet door verkoop van de in beslag genomen goederen door de gerechtsdeurwaarder teneinde de opbrengst van die verkoop aan te wenden voor voldoening van de schuld waarvoor beslag is gelegd.

Tenzij anders wordt bepaald zijn dus, anders dan – onder het oude recht – in Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 1986, NJ 1987, 473, werd geoordeeld, ook de bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende het executiegeschil op het dwangbevel van toepassing. In de huidige bijzondere wetgeving wordt steeds anders bepaald: tegen (de tenuitvoerlegging van) het dwangbevel wordt het rechtsmiddel van verzet opengesteld. Thans wordt voorgesteld de bepalingen in de bijzondere wetten met betrekking tot het verzet te schrappen en aldus het verzet te vervangen door, of liever: te laten opgaan in, het executiegeschil van artikel 438 Rv.

Deze verandering lijkt groter dan zij is. Het verzet wijkt thans reeds zowel procedureel als inhoudelijk niet wezenlijk af van het executiegeschil in de zin van artikel 438 Rv. Ook nu is het gebruikelijk dat een verzetprocedure tegen een dwangbevel niet door de sector bestuursrecht, maar door een civiele kamer van de rechtbank wordt behandeld. Er is geen goede reden meer om een executiegeschil in verband met de tenuitvoerlegging van een dwangbevel nog een andere naam te geven dan andere executiegeschillen. Voor een uitgebreide toelichting op de regeling van het executiegeschil in artikel 438 Rv wordt verwezen naar Kamerstukken II 1981/82, 16 593, nrs. 3 en 5.

Kort gezegd houdt de regeling het volgende in. In het eerste lid van artikel 438 Rv worden de absolute (rechtbank) en relatieve (vier mogelijkheden) competentie met betrekking tot de bodemprocedure geregeld. De gewone dagvaardingsprocedure van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing, zowel in de bodemzaak als in kort geding. Het aanhangig maken van een executiegeschil bij de rechtbank schorst, anders dan het verzet in sommige van de huidige bijzondere regelingen, de executie niet. Schorsing en diverse andere specifieke uitspraken kunnen worden gevraagd in het in het tweede lid geregelde «executie-kort-geding». Dit moet worden opgevat als een species van het algemene kort geding van artikel 289 Rv. Extra bevoegdheden van de voorzieningenrechter ingevolge artikel 438, tweede lid, Rv zijn: de executie schorsen voor een bepaalde tijd of totdat het geschil zal zijn beslist, bepalen dat executie slechts tegen zekerheidsstelling mag plaatsvinden of worden voortgezet, het opheffen, al dan niet tegen zekerheidsstelling, van beslagen, het gedurende de executie bevelen van herstel van verzuimde formaliteiten en bepalen te wiens laste de kosten daarvan zullen komen, het bepalen dat een in het geding geroepen derde de voortzetting van de executie moet gedogen of daaraan moet meewerken, al dan niet tegen zekerheidsstelling door de executant.

Het derde lid van artikel 438 Rv bevat een bijzondere regeling voor verwijzing van de kort geding- naar de bodemprocedure. Het vierde lid geeft ook de (gerechts-)deurwaarder die met de executie is belast de mogelijkheid om bij problemen de kort gedingrechter te adiëren (het zogenaamde «deurwaardersrenvooi»).

Zowel de geëxecuteerde (doorgaans de schuldenaar) als een belanghebbende derde kan een executiegeschil aanhangig maken. Dit in tegenstelling tot bij voorbeeld artikel 17 Invorderingswet 1990, dat als mogelijke opposant slechts de belastingschuldige noemt. De derde dient daartoe overigens ingevolge het vijfde lid van art 438 Rv zowel de executant als de geëxecuteerde te dagvaarden.

Het executiegeschil richt zich tegen de tenuitvoerlegging van de executoriale titel. Dit heeft in geval van executie van een dwangbevel twee gevolgen. Ten eerste kunnen gebreken in het dwangbevel zelf ook aan de orde komen, aangezien het dwangbevel als onderdeel van de tenuitvoerlegging moet worden beschouwd. Dit is overeenkomstig (de uitleg in de praktijk van) artikel 17 Invorderingswet 1990.

Ten tweede betekent het, dat gebreken in de onderliggende beschikking (de betalingstitel) in het executiegeschil in beginsel niet ter discussie staan. De beoordeling daarvan behoort in een procedure voor de bestuursrechter te geschieden. Dit geldt ook indien die beschikking nog geen formele rechtskracht heeft. Ook uit een dergelijke beschikking vloeit immers een verplichting tot betaling voort. Het risico dat de beschikking, nadat de executie is aangevangen, in een bodemprocedure tegen die beschikking wordt vernietigd en de tenuitvoerlegging achteraf onrechtmatig moet worden geacht, kan het bestuursorgaan ertoe brengen de executie vrijwillig op te schorten. Zo nodig kan de geëxecuteerde in een executie-kort-geding op grond van artikel 438, tweede lid, Rv schorsing van de executie vorderen. Algemeen wordt aangenomen dat het in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om een evident onrechtmatig besluit ten uitvoer te leggen. Indien aan de verplichting tot betaling geen beschikking ten grondslag ligt, zal de betalingsverplichting wel in het executiegeschil aan de orde kunnen komen.

Het executiegeschil behoeft, anders dan enkele van de bestaande verzetprocedures, niet binnen een bepaalde termijn aanhangig te worden gemaakt. Aangezien het tenuitvoerleggen niet gebonden is aan een termijn (afgezien van een redelijke termijn ingegeven door algemene beginselen van behoorlijk bestuur), heeft een wettelijke «verzetstermijn» geen zin. Overigens is het denkbaar dat het aanhangig maken van een

geschil na het verstrijken van een redelijke termijn als misbruik van (proces)recht wordt aangemerkt.

Artikel 4.4.4.2.4

Eerste lid

De mogelijkheid om in een concreet geval van niet (volledige) betaling een dwangbevel uit te vaardigen, ontstaat op het tijdstip dat de tweede, dat wil zeggen de in de aanmaning genoemde, betalingstermijn is verstreken. Aanmaning overeenkomstig artikel 4.4.4.1.1 is dus een ontstaansvoorwaarde voor de dwangbevelbevoegdheid. Het tijdstip waarop deze ontstaat zal doorgaans ten minste acht weken (zes weken ingevolge artikel 4.4.1.3, eerste lid, plus twee weken ingevolge artikel 4.4.4.1.1, eerste lid) na de beschikking liggen. Het is mogelijk dat de betalingsbeschikking dan al formele rechtskracht heeft gekregen – bij voorbeeld als de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken –, maar dat hoeft niet (indien wèl een procedure aanhangig is).

Voor het tijdstip van ontstaan van de dwangbevelbevoegdheid is het einde van de aanmaningstermijn gekozen en niet bijvoorbeeld het moment waarop de betalingsbeschikking formele rechtskracht heeft verkregen. Hoewel deze laatste mogelijkheid de complicaties voorkomt die ontstaan indien de beschikking wordt vernietigd nadat het dwangbevel is uitgevaardigd, is hiervoor toch niet gekozen, omdat het instellen van een rechtsmiddel, evenmin als bij een bij voorraad uitvoerbaar verklaard civiel vonnis, de bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel niet opschort. Overigens kan ook een civiel vonnis dat nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, worden geëxecuteerd. Zoals gezegd, kan wel in een executiegeschil ex artikel 438 Rv de schorsing van de executie worden gevraagd.

Een alternatieve mogelijkheid was nog het moment van ontstaan van de dwangbevelbevoegdheid te laten samenvallen met het moment waarop het verzuim is ingetreden. Daarvoor is niet gekozen, omdat in het belang van de schuldenaar een laatste waarschuwing op zijn plaats is bij een dergelijk ingrijpend middel. Overigens mag op grond van de huidige praktijk worden aangenomen, dat ook het bestuursorgaan zelf behoefte heeft aan de aanmaning, en wel als laatste mogelijkheid om eventuele missers (onjuiste adressering e.d.) te herstellen of te voorkomen en zo het aansprakelijkheidsrisico te beperken.

Tweede lid

Het tweede lid van artikel 4.4.4.2.4 opent de mogelijkheid dat de wet bepaalt dat een dwangbevel onmiddellijk na het ontstaan van de betalingsverplichting kan worden uitgevaardigd. In dat geval is geen aanmaning nodig. Is reeds een aanmaning verzonden, dan kan zo nodig nog vóór het verstrijken van de daarin gestelde betalingstermijn tot uitvaardiging en tenuitvoerlegging van het dwangbevel worden overgegaan. Tenslotte kan een dwangbevel zo nodig voor het verstrijken van de in het bevel tot betaling genoemde termijn worden tenuitvoergelegd (vgl. de artikelen 10 en 15 Invorderingswet 1990). Al deze mogelijkheden zijn bedoeld voor gevallen waarin aanwijzingen bestaan dat de schuldenaar de betalingstermijn zal misbruiken om activa buiten het bereik van de overheid te brengen of zich anderszins aan betaling te onttrekken. Er kan dan behoefte bestaan aan een mogelijkheid om terstond tot invordering over te gaan; vooral in het fiscale recht kan de bevoegdheid daartoe niet worden gemist. Het gaat echter wel om een zodanig ingrijpende bevoegdheid, dat het wenselijk is om haar niet in het algemeen toe te kennen, maar

de beslissing in welke gevallen zij onmisbaar is, aan de bijzondere formele wetgever over te laten.

Artikel 4.4.4.2.5

Dit artikel voorkomt dat de schuldenaar voorafgaand aan het doen uitgaan van een aanmaning zou moeten worden gehoord. Een hoorplicht is niet verenigbaar met de aard en de wijze van totstandkoming van de aanmaning en van het dwangbevel in de nieuw voorgestelde regeling. Verwezen zij ook naar de toelichting op artikel 4.4.4.1.1 over de aanmaning en naar het voorstel om bezwaar en beroep tegen de aanmaning en het dwangbevel uit te sluiten (onderdeel U).

Artikel 4.4.4.2.6

Eerste lid

Uit het eerste lid, in samenhang met artikel 4.4.4.1.2, volgt welke posten bij dwangbevel kunnen worden ingevorderd, namelijk: hoofdsom, aanmaningsvergoeding, wettelijke rente en de kosten van het dwangbevel. Dit geldt uiteraard slechts indien verschuldigd en opeisbaar en voorzover nog niet voldaan. Voor de executiekosten (kosten van executiebeslag, aanplakking, advertentie, veiling, etc.) volgt reeds uit de artikelen 277, 253 en 270 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, dat zij ten laste komen van de zogenaamde geëxecuteerde: de kosten van executie worden uit de geëxecuteerde goederen voldaan. Dit komt eveneens tot uiting in de artikelen 474, 477, tweede lid, 480 en 524 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Het is mogelijk dat in bijzondere wetgeving is voorzien in de mogelijkheid aanvullende posten bij dwangbevel in te vorderen. Artikel 4.4.4.2.6 staat daar niet aan in de weg. Zo kan wat betreft het fiscale recht gewezen worden op de artikelen 6 van de Kostenwet invordering rijksbelastingen (de aan derden toekomende bedragen) en 28 van de Invorderingswet 1990 (de invorderingsrente).

Tweede lid

Het tweede lid voorziet erin, dat verschillende vorderingen tussen dezelfde partijen die bij dwangbevel kunnen worden ingevorderd, in één dwangbevel kunnen worden gebundeld. Dit is, in verband met de kosten, in het belang van beide partijen. Onder omstandigheden kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelfs hiertoe verplichten (HR 29 mei 1996, BNB 1996, 249). De bepaling is ontleend aan artikel 12 Invorderingswet 1990.

Artikel 4.4.4.2.7

Eerste lid

Zoals opgemerkt in de toelichting bij artikel 4.4.4.2.6, komen de kosten van de executie in beginsel ten laste van de geëxecuteerde. Hoe deze kosten worden betaald en aan wie volgt uit het BW en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Uit art 3:277, eerste lid, BW volgt, dat de executiekosten als eerste uit de executieopbrengst worden betaald. De deurwaarder is verantwoordelijk voor de opbrengst en voldoet daaruit onverwijld de kosten van de executie (artikelen 474 en 524 Rv). Vervolgens wordt uit de netto-opbrengst de executant, als er geen andere rechthebbenden zijn, betaald (artikelen 480 en 551 Rv). Over dit alles behoeft dus niets in de Awb te worden bepaald. Wel dient uitdrukkelijk te worden

bepaald dat de kosten van de tenuitvoerlegging van een dwangbevel worden gedragen door degene tegen wie het dwangbevel is uitgevaardigd. Dat gebeurt in het voorgestelde eerste lid van artikel 4.4.4.2.7 Dat de kosten van betekening van een dwangbevel voor rekening van de schuldenaar komen volgt reeds uit het op artikel 434a Rv gebaseerde Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders. De kosten van betekening van een dwangbevel door een belastingdeurwaarder zijn geregeld in de Kostenwet invordering.

Tweede lid

Onder de «kosten van tenuitvoerlegging van een dwangbevel» vallen niet alleen de gerechtelijke maar ook de buitengerechtelijke kosten. De gerechtelijke kosten worden berekend met toepassing van het Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders. Als uitgangspunt geldt de vergoeding van de kosten van de ambtshandelingen van de gerechtsdeurwaarders. Deze moeten ruim worden uitgelegd. Artikel 1 van het besluit stelt dat de vergoedingen mede de werkzaamheden omvatten die rechtstreeks met de ambtshandeling samenhangen en voor de goede uitvoering van die ambtshandeling nodig zijn (voorbereidende, uitvoerende en afrondende werkzaamheden). Het besluit noemt ten aanzien van verschillende werkzaamheden vaste bedragen die gebaseerd zijn op werkelijk gemaakte kosten. Daarnaast voorziet het tweede lid in een vergoedingsbasis voor buitengerechtelijke kosten. Gedacht kan worden aan het voorafgaand aan de gerechtelijke tenuitvoerlegging treffen en administreren van een betalingsregeling met de schuldenaar. De tarieven voor de buitengerechtelijke kosten zullen bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld.

Derde lid

Het derde lid komt overeen met het huidige artikel 5:25, vijfde lid, Awb, (in dit voorstel vernummerd tot vierde lid) waarin is bepaald dat de kosten van bestuursdwang ook verschuldigd zijn indien de bestuursdwang door opheffing van de onwettige situatie niet of niet volledig is uitgevoerd.

Artikel 4.4.4.2.8

In dit artikel wordt een praktische voorziening getroffen voor het specifieke geval, dat krachtens dwangbevel beslag gelegd wordt tot invordering van een in termijnen betaalbare schuld.

Een dwangbevel kan in de regel pas worden uitgevaardigd als een schuld invorderbaar is. Bij geldvorderingen die in termijnen worden betaald betekent dit, dat het dwangbevel alleen op de tot de datum van uitvaardiging vervallen termijnen betrekking zou kunnen hebben. Voor een nadien vervallen termijn zou een nieuw dwangbevel moeten worden uitgevaardigd en opnieuw (bij voorbeeld) beslag moeten worden gelegd. Om onnodige kosten en procedures te vermijden voorziet dit artikel er daarom in, dat de na het dwangbevel maar vóór beslaglegging vervallen termijnen eveneens in het beslag kunnen worden betrokken. Voorwaarde is uiteraard wel, dat op het moment dat het beslag wordt gelegd, de omvang van de invorderbare termijnen ondubbelzinnig uit het dwangbevel blijkt. Deze bepaling is ontleend aan artikel 16 Invorderingswet 1990.

Artikel 4.4.4.2.9

In deze en de volgende bepaling zijn de aan het dwangbevel te stellen vormvereisten opgenomen die niet reeds volgen uit de – niet in afdeling 4.4.4 uitgesloten – algemene wettelijke voorschriften in Awb en Rv voor beschikkingen, executoriale titels en exploiten. Bestudering van genoemde

wettelijke voorschriften leert ten eerste, dat moet worden onderscheiden tussen de eisen die moeten worden gesteld aan de beschikking (het dwangbevel) en aan de bekendmaking (exploot) ervan. Ten tweede blijkt, dat in aanvulling op Awb en Rv in ieder geval nog geregeld moeten worden dat het dwangbevel inhoudt:

- het opschrift «dwangbevel»
- de te betalen bedragen
- de bevoegdheid van het bestuursorgaan tot tenuitvoerlegging op kosten van degene die tot betaling verplicht is (in de huidige praktijk wordt dit bovendien in het exploit vermeld).

Dit betekent onder meer dat in het onderhavige wetsvoorstel niet nogmaals wordt voorgeschreven dat het dwangbevel de voor executoriale titels essentiële woorden «In naam des Konings» aan het hoofd dient te voeren, aangezien dit voorschrift reeds geldt op grond van artikel 430, tweede lid, Rv. Overigens is bij de wet van 22 juni 1891, Stb. 1891, 125, bepaald dat zolang een koningin de kroon draagt, in plaats van het woord «Koning» het woord «Koningin» moet worden gebezigd. Ook is niet afzonderlijk bepaald, dat naast het wettelijk voorschrift of de beschikking, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, zo nodig een nadere aanduiding van de schuld in het dwangbevel moet worden vermeld. Dit volgt immers reeds uit afdeling 3.7 Awb (motivering). Evenmin is in dit voorstel bepaald, dat een dwangbevel niet kan worden ten uitvoer gelegd voordat het is betekend. Deze regel volgt immers reeds uit artikel 430, derde lid, Rv. De pendant daarvan in de Awb, artikel 3:40, is daarmee overigens in overeenstemming.

Ten slotte wordt erop gewezen dat voor het leggen van beslag op roerende of onroerende zaken vereist is dat bij deurwaardersexploot bevel wordt gedaan om binnen twee dagen aan de executoriale titel (i.c. het dwangbevel) te voldoen (artikelen 439 en 502 Rv). Het bevel tot betaling is de eerste daad van executie. In de praktijk pleegt men ofwel de betekening van het dwangbevel en het bevel tot betaling bij hetzelfde exploit te doen, ofwel het bevel tot betaling in het dwangbevel op te nemen.

Artikel 4.4.4.2.10

Verwezen zij in de eerste plaats naar de toelichting op artikel 4.4.4.2.9. Daarnaast is in het bijzonder met betrekking tot artikel 4.4.4.2.10 nog het volgende van belang.

Eerste lid

In het eerste lid wordt bepaald dat een dwangbevel niet als andere beschikkingen overeenkomstig de artikelen 3:41 e.v. Awb wordt bekendgemaakt, maar evenals andere executoriale titels door middel van betekening, dat wil zeggen door het doen van een deurwaardersexploot conform het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Ingevolge artikel 45, tweede lid, Rv. moeten in een exploit ten minste worden vermeld:

- a. de datum van de betekening;
- b. de naam, en in het geval van een natuurlijke persoon tevens de voornamen, en de woonplaats van degene op wiens verzoek de betekening geschiedt;
- c. de voornamen, de naam en het kantooradres van de deurwaarder;
- d. de naam en de woonplaats van degene voor wie het exploit is bestemd;
- e. degene aan wie afschrift van het exploit is gelaten, onder vermelding van diens hoedanigheid.

In deze opsomming in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden de kosten van het exploit niet vermeld. Voor gerechtsdeurwaarders geldt op grond van de Gerechtsdeurwaarderswet de verplichting om de kosten van een exploit aan de voet van het origineel van het exploit te vermelden. Het ligt voor de hand in de regelgeving met betrekking tot de belastingdeurwaarders naar deze verplichting te verwijzen.

Tweede lid

Het tweede lid van artikel 4.4.4.2.10 schrijft het vermelden van een rechtsmiddelclausule in het exploit voor (naar analogie van art. 3:45 Awb). Het exploit vermeldt in ieder geval de rechtbank waarbij tegen het dwangbevel en de tenuitvoerlegging ervan overeenkomstig de artikelen 438 en 438a Rv kan worden opgekomen. In het exploit kan worden volstaan met de vermelding van één van de rechtbanken die op grond van genoemde artikelen bevoegd is. Met het «opkomen tegen het dwangbevel» wordt niet alleen bedoeld op (evidente) fouten in het dwangbevel, maar ook op gevallen waarin de betalingsverplichting niet bij beschikking is vastgesteld. Voorzover de betalingsverplichting bij beschikking is vastgesteld heeft bezwaar en beroep op grond van de Awb opengestaan. In verband hiermee wordt de Awb-rechtsgang tegen het dwangbevel in dit voorstel uitgesloten (wijziging van artikel 8:4).

Overigens wordt opgemerkt dat een executiegeschil – volgens de regels van het burgerlijk procesrecht – wordt aangespannen door dagvaarding van de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt.

Artikel 4.4.4.2.11

Dit artikel strekt ertoe tot uitdrukking te brengen dat een bestuursorgaan ten aanzien van de invordering gebruik kan blijven maken van de gewone bevoegdheden van een schuldeiser. Dit is niet anders indien de bevoegdheid tot uitvaardiging van een dwangbevel is toegekend.

Bij de totstandkoming van de Invorderingswet 1990 heeft zich de vraag voorgedaan of moet worden uitgegaan van een «open» dan wel van een «gesloten» systeem van bevoegdheden. Een gesloten systeem houdt in dat de ontvanger uitsluitend de middelen mag hanteren die hem expliciet ter beschikking zijn gesteld. Een open systeem houdt in dat de ontvanger de bevoegdheden heeft die een crediteur in het privaatrecht ook heeft, maar dat hij daarenboven nog de beschikking heeft over de bijzondere bevoegdheden die zijn neergelegd in de Invorderingswet (Kamerstukken II 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 7). De Invorderingswet 1845 kende een gesloten systeem. In de Invorderingswet 1990 is uitdrukkelijk gekozen voor een open systeem; men zie artikel 3, tweede lid, van die wet. Het open systeem brengt met zich dat de ontvanger ook beschikt over privaatrechtelijke bevoegdheden zoals het aanvragen van het faillissement van de belastingschuldige, de actio pauliana, het bedingen van cessies tot zekerheid en het leggen van conservatoir beslag.

In dit wetsvoorstel is eveneens gekozen voor een open systeem van bevoegdheden tot invordering van bestuursrechtelijke geldschulden. Een bestuursorgaan heeft de bevoegdheden die een schuldeiser ingevolge het privaatrecht toekomen en het beschikt bovendien over de bevoegdheden die hem op grond van enig bestuursrechtelijk wettelijk voorschrift zijn toegekend. Volledigheidshalve zij vermeld dat de privaatrechtelijke bevoegdheden van het bestuursorgaan strikt genomen bevoegdheden zijn van de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt. Zulks wordt ook in het voorgestelde vierde lid van artikel 1:1 tot uitdrukking gebracht.

Met betrekking tot de verhouding tussen de bestuursrechtelijke en de privaatrechtelijke bevoegdheden zij opgemerkt dat in een open systeem de bevoegdheden naast elkaar kunnen worden aangewend. Het is dus niet

zo dat het gebruik van de bestuursrechtelijke bevoegdheden het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden uitsluit. Dit is slechts anders indien zulks uitdrukkelijk is geregeld. Ook in dit opzicht wordt aangesloten bij het systeem van de Invorderingswet 1990.

Afdeling 4.4.5 Bezwaar en beroep

Artikel 4.4.5.1

Eerste lid

In verschillende reacties op het voorontwerp is opgemerkt dat titel 4.4, nu hij naast de beschikking tot betaling nogal wat andere soorten beschikkingen kent, meer aanknopingspunten biedt voor bezwaar en beroep dan voor een effectieve rechtsbescherming noodzakelijk is. Uit een oogpunt van proceseconomie is het inderdaad wenselijk indien niet tegen iedere afzonderlijke beschikking bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld. Artikel 4.4.5.1 beoogt hiervoor een voorziening te bieden, die is ontleend aan het huidige artikel 6:19 Awb. Het eerste lid van dit artikel brengt mee dat bezwaar of beroep tegen een betalingsbeschikking zich mede richt tegen een bijkomende beschikking, zoals een beschikking omtrent verrekening, uitstel van betaling en dergelijke, voorzover de belanghebbende deze bijkomende beschikking betwist.

Deze laatste voorwaarde is opgenomen, omdat het natuurlijk ook kan voorkomen dat de belanghebbende die de betalingsbeschikking aanvecht, er geen behoefte aan heeft om de bijkomende beschikking aan te vechten, bijvoorbeeld omdat daarbij het gevraagde uitstel van betaling wordt verleend onder voorschriften waarbij de belanghebbende zich neerlegt.

De belanghebbende zal dus aan het bestuursorgaan of de rechter moeten laten blijken, dat hij zich niet in de bijkomende beschikking kan vinden. Hij kan dit doen op dezelfde wijze als waarop hij enig ander standpunt in de procedure inneemt: in een schriftelijk processtuk, maar – binnen de grenzen van een goede procesorde – onder omstandigheden ook nog mondeling ter zitting. De implicatie van een en ander is, dat de bijkomende beschikking niet rechtens onaantastbaar wordt zolang het bezwaar of beroep tegen de hoofdbeschikking nog aanhangig is.

De regeling geldt slechts als de bijkomende beschikking afkomstig is van hetzelfde bestuursorgaan als de hoofdbeschikking. Doorgaans is dat het geval, maar in het belastingrecht zal als regel de hoofdbeschikking worden gegeven door de inspecteur en de bijkomende beschikking door de ontvanger. Het combineren van procedures tegen twee verschillende bestuursorganen zou te veel complicaties geven.

Het bestuursorgaan dient de belanghebbende te wijzen op de mogelijkheid om de bijkomende beschikking te betwisten; dit volgt uit de strekking van artikel 3:45 Awb. Indien de belanghebbende hangende een beroep tegen de betalingsbeschikking toch gewoon een bezwaarschrift tegen de bijkomende beschikking indient, dient het bestuursorgaan dit ingevolge artikel 6:15 Awb door te zenden naar de instantie waarbij het beroep aanhangig is; daaruit blijkt dan tevens dat de belanghebbende de bijkomende beschikking betwist. De strekking van artikel 4.4.5.1 is immers dat hangende de procedure tegen de betalingsbeschikking geen afzonderlijk beroep tegen een bijkomende beschikking meer mogelijk is; alleen dan wordt de proceseconomische doelstelling bereikt. Dit is in overeenstemming met de uitleg die in de jurisprudentie is gegeven aan het vergelijkbare artikel 6:19 Awb (CRvB 24 maart 1998, JB 1998, 134). Als echter op het tijdstip waarop de bijkomende beschikking wordt gegeven, geen procedure tegen de betalingsbeschikking (meer) aanhangig is, kan tegen de bijkomende beschikking wel afzonderlijk bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld.

Zoals reeds gezegd sluit de redactie van artikel 4.4.5.1 aan bij die van

artikel 6:19. De vraag kan rijzen wat de verhouding is tussen beide artikelen. Artikel 6:19 voorziet in de mogelijkheid een wijzigings- of intrekkingbesluit in een lopende bezwaar- of beroepsprocedure mee te nemen indien het wijzigings- of intrekkingbesluit valt binnen de grondslag en de reikwijdte van het bestreden besluit. Ook hier geldt als uitgangspunt dat het nieuwe besluit afkomstig moet zijn van hetzelfde orgaan als dat welke het bestreden besluit heeft genomen. De bijkomende beschikkingen, bedoeld in artikel 4.4.5.1 zijn niet aan te merken als beschikkingen die vallen binnen de grondslag en reikwijdte van de bestreden beschikking, te weten de beschikking waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom is vastgelegd. Om deze reden is behoefte aan een aparte bepaling waarin dit is geregeld en wordt in artikel 4.4.5.1 expliciet bepaald dat de bijkomende beschikking afkomstig moet zijn van hetzelfde bestuursorgaan als dat dat de beschikking, inhoudende de verplichting tot betaling van een geldsom, heeft vastgesteld.

Er kan sprake zijn van een samenloop tussen de beide artikelen in de gevallen dat in een procedure waarbij de beschikking tot betaling van een geldsom op grond van artikel 4.4.5.1 tezamen met een of meer bijkomende beschikkingen aan de orde is, het betrokken bestuursorgaan besluit tot wijziging of intrekking van een bijkomende beschikking. Alsdan zal in de lopende procedure op grond van artikel 6:19 dit wijzigings- of intrekkingbesluit ook meegenomen kunnen worden. Wanneer bijvoorbeeld de hoogte van een voorschot wordt gewijzigd, dan kan het bezwaar of beroep tegen de betalingsbeschikking tevens zijn gericht tegen die wijziging. Zulks volgt uit de samenhang van artikel 4.4.5.1 met artikel 6:18 jo. 6:19. Dat het beroep tegen de betalingsbeschikking, wanneer daartoe een verzoek wordt gedaan, tevens is gericht tegen de verlening van het voorschot, volgt uit het hier voorgestelde artikel. Op grond van artikel 6:18, eerste lid, brengt het aanhangig zijn van bezwaar of beroep geen wijziging in de bestaande bevoegdheid tot intrekking of wijziging. Uit artikel 6:19, eerste lid, volgt dat het bezwaar of beroep van rechtswege wordt geacht mede te zijn gericht tegen de intrekking of wijziging, tenzij de intrekking of wijziging aan het bezwaar of beroep geheel tegemoet komt.

Goed mogelijk is dat de bijkomende beschikking eerst wordt genomen op een tijdstip dat de beschikking tot betaling al niet meer vatbaar is voor bezwaar of beroep. Artikel 4.4.5.1 staat in dit soort gevallen niet aan een afzonderlijk bezwaar of beroep in de weg. Wanneer bijvoorbeeld een beschikking tot uitstel van betaling wordt ingetrokken, terwijl de betalingsbeschikking zelf al formele rechtskracht heeft, dan blijft de mogelijkheid bestaan om separaat beroep in te stellen tegen de intrekking van het uitstel. Evenmin staat dit artikel in de weg aan bezwaar of beroep tegen de nadere beschikking indien de verplichting tot betaling van rechtswege is ontstaan, zonder dat dit bij beschikking is vastgesteld (vgl. art. 4.4.1.4).

Tweede lid

Wanneer bezwaar of beroep wordt ingesteld tegen een bijkomende beschikking, wordt dit bezwaar of beroep geacht mede te zijn gericht tegen eventuele andere bijkomende beschikkingen, voorzover de belanghebbende deze betwist. Dit is niet anders indien de betalingsbeschikking reeds formele rechtskracht heeft gekregen. Het tweede lid bevat hiervoor een voorziening. Wanneer bijvoorbeeld beroep wordt ingesteld tegen de weigering van kwijtschelding van een geldschuld, richt dit beroep zich mede tegen de verrekening van die geldschuld, voorzover deze verrekening wordt betwist. Het maakt daarvoor geen verschil of de beschikking waarbij de verplichting tot betaling van de geldsom is vastgesteld, al formele rechtskracht heeft. Voorwaarde is wel dat de andere bijkomende beschikking op een later moment is gegeven. Het gaat bijvoorbeeld niet aan dat wanneer tegen de weigering van een kwijtschelding geen beroep

is ingesteld, men vervolgens door beroep in te stellen tegen de weigering van het uitstel van betaling, alsnog tegen de weigering van de kwijtschelding kan opkomen.

Derde lid

Denkbaar is dat de rechter het geschil verwijst naar een ander orgaan waarbij het bezwaar of beroep tegen de bijkomende beschikking aanhangig is, dan wel kan of kon worden gemaakt. Het derde lid bevat hiervoor een voorziening. Zo kan de rechtbank het beroep verwijzen naar de bezwaarschriftprocedure om het eerst te doen behandelen als bezwaar, indien de rechtbank zulks nuttig acht. Een vergelijkbare voorziening is opgenomen in artikel 6:19, tweede lid.

Vierde lid

Om toepassing te kunnen geven aan het hier bepaalde, is het van belang dat de rechter waarbij beroep wordt ingesteld, op de hoogte is van de bijkomende beschikking. Het vierde lid bevat hiervoor een voorziening. Met de woorden «zo mogelijk» wordt er rekening mee gehouden dat de belanghebbende niet altijd beschikt over de tekst van de bijkomende beschikking. Dit zal zich met name voordoen indien het beroep gericht is tegen het uitblijven van de bijkomende beschikking.

Vijfde lid

Het vijfde lid brengt tot uitdrukking dat het bovenstaande ook geldt voor het verzoek om een voorlopige voorziening.

Artikel 8:4

Voorgesteld wordt om aan de in artikel 8:4 opgesomde categorieën van besluiten waartegen geen beroep openstaat, de aanmaning en het dwangbevel toe te voegen. De aanmaning is van beroep uitgezonderd in verband met het forfaitaire karakter van de in rekening te brengen vergoeding. Een beroepsmogelijkheid tegen het dwangbevel is overbodig omdat in de regel tegen het besluit waaruit de betalingsverplichting voortvloeit reeds bezwaar en beroep heeft opengestaan en bovendien het dwangbevel in rechte kan worden aangevochten in het kader van een executiegeschil bij de burgerlijke rechter op grond van artikel 438 Rv. In paragraaf 7 van het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting is reeds ingegaan op de redenen waarom er voor is gekozen de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op dit terrein te handhaven.

Artikelen 8:41, 8:72, 8:73, 8:73a, 8:74, 8:75, 8:82, 8:87

De voorgestelde wijzigingen van de artikelen 8:41, 8:72, 8:73, 8:73a, 8:74, 8:75, 8:82 en 8:87 vloeien voort uit het voorgestelde nieuwe vierde lid van artikel 1:1 Awb (onderdeel A). Daarin wordt bepaald dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van het bestuursorgaan de rechtspersoon treffen waartoe het bestuursorgaan behoort. Het is daarom niet meer noodzakelijk om in elk van de genoemde bepalingen uit te schrijven dat de verplichting om griffierecht, schade of proceskosten te vergoeden, de rechtspersoon treft waartoe het (verwerende) bestuursorgaan behoort. Hoewel de tekst van de artikelen 8:72, 8:73, 8:73a, 8:74 en 8:75 strikt genomen de ruimte biedt om een andere rechtspersoon, dan de rechtspersoon waartoe het verwerende bestuursorgaan behoort, aan te wijzen, is voor een dergelijke toepassing in de parlementaire geschiedenis noch in de jurisprudentie steun te vinden. De nieuw voorgestelde tekst kent dan

ook niet de mogelijkheid om een ander dan het verwerende bestuursorgaan in de kosten te veroordelen.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in artikel 8:41, vijfde lid, de verouderde benaming «prijsindexcijfer voor de gezinsconsumptie» te vervangen door de thans door het CBS gehanteerde benaming «consumentenprijsindex».

Artikel 8:76

Het huidige artikel 8:76 bepaalt dat voorzover een uitspraak strekt tot betaling van een bepaald geldbedrag zij ten uitvoer kan worden gelegd overeenkomstig de bepalingen van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Met de voorgestelde wijziging wordt ten eerste verduidelijkt om welke bestuursrechtelijke uitspraken het gaat. Concreet betreft het de in artikel 8:73, 8:74, 8:75 en 8:75a bedoelde bestuursrechtelijke uitspraken tot vergoeding van schade, griffierecht of proceskosten. Het artikel heeft geen betrekking op uitspraken waarin een bestuursrechter op grond van artikel 8:72 of het voorgestelde artikel 8:72a zelf in de zaak voorziet door de inhoud van een financiële beschikking bij zijn uitspraak te bepalen. In dat geval stelt hij niet een verplichting tot betaling bij zijn uitspraak vast, maar bepaalt hij hoe het bestuursorgaan had dienen te beslissen. Tevens wordt met de wijziging de aansluiting op het civiele recht verbeterd door de uitspraken ex artt 8:73, 74, 75 en 75a «bij de wet als executoriale titel aan te wijzen» in de zin van art 430, eerste lid, Rv. Daarmee zijn de op executoriale titels toepasselijke bepalingen van Rv omtrent onder meer vorm, betekening, wijzen van tenuitvoerlegging, executiegeschil, procesrecht, kostenveroordeling en proces-vertegenwoordiging op deze uitspraken van toepassing.

III BESTUURLIJKE HANDHAVING

1. De handhaving van het bestuursrecht

Hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht is gewijd aan de handhaving van het bestuursrecht. Voor deze handhaving, in de ruime betekenis van bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften, worden in de praktijk velerlei middelen gebruikt. Sommige daarvan behoeven geen wettelijke regeling. Goede voorlichting over de inhoud van voorschriften, bijvoorbeeld, is in de praktijk een belangrijk middel om de naleving van deze voorschriften te bevorderen, maar hoeft niet in de wet te worden geregeld, omdat de overheid daartoe ook zonder wettelijke grondslag bevoegd is.

Andere handhavinginstrumenten, zoals toezichts- en opsporingsbevoegdheden en sanctiebevoegdheden, behoeven wel een wettelijke regeling, maar niet altijd in de Algemene wet bestuursrecht. De handhaving van het bestuursrecht geschiedt vanouds deels met bestuursrechtelijke en deels met strafrechtelijke middelen. De Algemene wet bestuursrecht is niet de geschikte plaats om de strafrechtelijke handhaving te regelen. De reikwijdte van hoofdstuk 5 is derhalve beperkt tot de handhaving van het bestuursrecht met bestuursrechtelijke middelen, kortweg bestuurlijke handhaving.

Als bekend is, nadat lange tijd vooral op het strafrecht was vertrouwd, het belang van deze bestuurlijke handhaving de laatste vijftien jaar sterk toegenomen. Vanaf het einde van de jaren tachtig werd duidelijk, dat de handhaving van de bestuursrechtelijke wetgeving te wensen overliet. Het beleidsplan Recht in beweging (Kamerstukken II 1990/91, 21 829, nrs. 1–2) constateerde dat bij de handhaving van ordeningswetgeving een toenemend beroep werd gedaan op de strafrechtelijke handhaving. Doordat tegelijk ook het commune strafrecht een steeds grotere handhavinginszette vergde, kwam het strafrechtelijk handhaving apparaat hierdoor onder druk te staan. In de nota Met vaste hand (Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nrs. 1–2) werd deze stand van zaken benoemd als het «handhavingstekort». Dit tekort vloeit voort uit het gegeven dat enerzijds een steeds ingewikkelder samenleving voor steeds meer aspecten van het maatschappelijk leven steeds meer regels vraagt, terwijl anderzijds diezelfde samenleving steeds minder geneigd is zich spontaan aan die regels te houden. Daarnaast schoten, zoals de nota Zicht op wetgeving (Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1–2) constateerde, de handhaafbaarheid en de kwaliteit van de regels soms tekort.

Het terugdringen van dit handhavingstekort is evident van groot belang. Onvoldoende handhaving tast de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van de burgers aan en leidt er toe dat de overheid de met de ordeningswetgeving beoogde doelen onvoldoende bereikt, of anders geformuleerd: dat de door die wetgeving gediende belangen onvoldoende worden beschermd. Tenslotte kan het accepteren van niet of onvoldoende naleving van regels zijn weerslag hebben op de naleving van andere regels. Het gezag van het recht is in het geding.

Thans wordt in brede kring erkend, dat dit handhavingstekort niet met louter strafrechtelijke middelen kan worden teruggedrongen. De genoemde regeringsnota's pleiten veeleer voor een versterking van de rechtshandhaving in de eerste lijn, onder meer door het daadwerkelijk benutten en verder ontwikkelen van het bestuursrechtelijk handhavingstelsel. Benadrukt werd dat naast de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie voor de strafrechtelijke rechtshandhaving en voor de kwaliteit van de rechtshandhaving in algemene zin, ook (andere) bestuursorganen een eigen verantwoordelijkheid dragen voor de handhaving van de wetgeving met de uitvoering waarvan zij zijn belast. Juist deze eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving behoeft versterking. Deze analyse is in grote lijnen onderschreven en verder onderbouwd

door de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke rechts-handhaving (Commissie-Michiels), waarbij de Commissie overigens benadrukt dat in de praktijk van de handhaving juist een combinatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke middelen de beste kans op resultaat biedt (Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Handhaven op niveau, Deventer 1998; zie ook het kabinetsstandpunt over dit rapport, Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67). Ook in het veiligheidsprogramma Naar een veiliger samenleving (Kamerstukken II 2002/03, 26 684, nr. 1 en in het hoofdlijnenakkoord van het huidige kabinet (Kamerstukken II 2002/03, 28 637, nr. 19) wordt het belang van bestuurlijke handhaving opnieuw onderstreept.

De Algemene wet bestuursrecht kan aan de gewenste versterking van de bestuurlijke handhaving een bescheiden, maar wezenlijke bijdrage leveren, door te zorgen voor een goede regeling van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden, voorzover dit past in de doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht. Dit laatste betekent, dat het moet gaan om bevoegdheden die een algemene betekenis hebben in die zin, dat deze betekenis niet tot slechts één of enkele deelterreinen van het bestuursrecht beperkt is.

Bestuurlijke handhavingsbevoegdheden vallen in hoofdzaak uiteen in toezichtsbevoegdheden en sanctiebevoegdheden. In een regeling van de toezichtsbevoegdheden is reeds bij de derde tranche van de Awb voorzien. Dezelfde derde tranche gaf ook een regeling voor twee belangrijke bestuursrechtelijke sancties, te weten de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Thans wordt voorgesteld hoofdstuk 5 van de Awb aan te vullen met twee titels: een titel 5.4, betreffende de bestuurlijke boete, en een titel 5.1, houdende enkele algemene bepalingen inzake handhaving.

De bestuurlijke boete is, juist als gevolg van het regeringsbeleid gericht op versterking van de bestuurlijke handhaving, het laatste decennium sterk in opkomst. Zowel in de literatuur als vanuit de Staten-Generaal is er bij herhaling op aangedrongen om in verband daarmee zo spoedig mogelijk een algemene regeling in de Awb te treffen. De regering heeft dit toegezegd; deze toezegging wordt met dit wetsvoorstel ingelost.

Bij de totstandkoming van de derde tranche is de vraag aan de orde gekomen, in hoeverre het wenselijk zou zijn in de Algemene wet bestuursrecht enkele algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving op te nemen (Kamerstukken II 1994/1995, 23 700, nr. 5, pp. 42 en 43 (vragen 6.9 en 6.14)). Daarbij werd onder meer gedacht aan bepalingen over samenloop van sancties. De regering heeft toen gesteld dat deze vraag het beste in samenhang met de regeling van de bestuurlijke boete onder ogen kon worden gezien. Daarbij is gebleken, dat aan een beperkt aantal algemene bepalingen inderdaad behoefte bestaat. Naast bepalingen omtrent cumulatie en samenloop gaat het daarbij onder meer om een vastlegging van het zogenoemde legaliteitsbeginsel voor bestuurlijke sancties.

Ook met deze twee aanvullingen biedt hoofdstuk 5 geen volledige regeling van het bestuurlijk handhavingsrecht. Het bestuursrecht kent naast de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete nog diverse andere sancties, zoals de intrekking van een begunstigende beschikking, de bestuurlijke waarborgsom, de uitsluiting, de maatregel in het sociale zekerheidsrecht en de disciplinaire straf in het ambtenarenrecht. Of deze sancties in de toekomst voor regeling in de Algemene wet bestuursrecht in aanmerking komen, hangt allereerst af van het antwoord op de vraag, of hun betekenis een specifiek deelterrein van het bestuursrecht ontstijgt. Thans luidt dit antwoord slechts voor de intrekking van de begunstigende beschikking zonder meer bevestigend. Het voornemen is dan ook om daarvoor in een volgende tranche van de Awb een regeling te treffen, zij het dan in het bredere kader van de intrekking van beschikkingen in het algemeen.

2. Privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke sancties

In een beperkt aantal gevallen worden bestuursrechtelijke voorschriften gehandhaafd door middel van tuchtrecht. Dat is bijvoorbeeld het geval bij voorschriften gesteld door de organen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, en overigens bij regels inzake vrije en medische beroepen. Vraagstukken van cumulatie en samenloop betreffen in die context vooral de verhouding tussen straf- en tuchtrecht, en komen daarom niet voor regeling in de Algemene wet bestuursrecht in aanmerking.

Zoals bij de totstandkoming van de derde tranche is aangekondigd (Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 42 (vraag 6.10)), is wel overwogen of in de Algemene wet bestuursrecht een regeling moest worden getroffen voor de samenloop tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sancties. Daarvan is echter afgezien. Het is niet helemaal duidelijk wat onder privaatrechtelijke sancties moet worden verstaan. Te denken valt aan bepalingen inhoudende dat bedingen in strijd met bestuursrechtelijke wetgeving nietig zijn (vgl. bijv. artikel 23 Colportagewet of artikel 4:4 Arbeidstijdenwet). Dat is een materie die zich naar zijn aard niet voor algemene regeling leent. Voorts valt te denken aan handhaving door civielrechtelijke acties van de overheid. Daarvoor bestaat, zoals door de Commissie-Michiels uiteengezet, naar geldend recht slechts in beperkte mate ruimte en daaraan bestaat ook nauwelijks behoefte (zie hoofdstuk 8 van het eerdergenoemde rapport Handhaven op niveau, i.h.b. p. 138). Tenslotte valt te denken aan contractuele boeten. In bestuursrechtelijke verhoudingen zal het bedingen daarvan door de overheid in de meeste gevallen afstuiten op het legaliteitsbeginsel (vgl. Afd. rechtspraak 4 november 1993, AB 1994, 182) of op de doorkruisingsleer van de HR, welke inhoudt dat het de overheid niet is toegestaan gebruik te maken van het privaatrecht indien dit een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht zou opleveren (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393; AB 1990, 408 (Windmill)). Al met al is de rol van privaatrechtelijke sancties bij de handhaving van het bestuursrecht dus zodanig beperkt, dat er geen reden is daarvoor thans een regeling te treffen, daargelaten of de Awb daarvoor de juiste plaats zou zijn.

3. De indeling van hoofdstuk 5

Zoals reeds opgemerkt vallen bestuurlijke handhavingsbevoegdheden uiteen in toezichtsbevoegdheden en sanctiebevoegdheden. Hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht, zoals dit bij de derde tranche is tot stand gekomen, bestaat thans uit drie afdelingen. Afdeling 5.2 is gewijd aan het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. De afdelingen 5.3 en 5.4 bevatten bepalingen over twee bestuurlijke sancties, te weten respectievelijk de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Afdeling 5.1 was bij de derde tranche gereserveerd voor toekomstige algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving. Deze afdeling wordt bij dit wetsvoorstel ingevuld, met dien verstande dat er voor is gekozen hoofdstuk 5 in titels onder te verdelen.

Bestuurlijke sancties vallen uiteen in twee soorten, tot dusver veelal aangeduid als reparatoire respectievelijk punitieve sancties. In dit wetsvoorstel wordt voor het begrip reparatoire sanctie de Nederlandse term «herstelsanctie» geïntroduceerd. Punitieve sancties worden in dit wetsvoorstel aangeduid als bestraffende sancties. Voor een nadere toelichting op de inhoud van het onderscheid zij verwezen naar de toelichting op artikel 5.0.2. Gelet op dit onderscheid zijn de bestaande afdelingen over de bestuursdwang en de last onder dwangsom (beide herstelsancties) bijeengebracht in één titel. In verband daarmee is ook de rest van hoofdstuk 5 in titels onderverdeeld. Deze herindeling van hoofdstuk 5 maakt het noodzakelijk de bestaande afdelingen van hoofdstuk 5 te vernummeren. Van het vernummeren van de afzonderlijke artikelen is afgezien. Laatstgenoemde

vernummering zou de praktijk voor onnodige problemen stellen, aangezien in wetgeving, jurisprudentie en literatuur veelvuldig naar de betrokken artikelen wordt verwezen. Het bezwaar dat hoofdstuk 5 nu hier en daar een niet-doorlopende nummering krijgt, weegt daartegen niet op.

Een en ander betekent, dat thans de volgende indeling van hoofdstuk 5 wordt voorgesteld:

Hoofdstuk 5 HANDHAVING
Titel 5.1 Algemene bepalingen
Titel 5.2 Toezicht op de naleving
Titel 5.3 Herstelsancties
Afdeling 5.3.1 Last onder bestuursdwang
Afdeling 5.3.2 Last onder dwangsom
Titel 5.4 Bestuurlijke boete
Afdeling 5.4.1 Algemene bepalingen
Afdeling 5.4.2 De procedure

De nieuwe titel 5.1, houdende algemene bepalingen, alsook titel 4.4 over bestuursrechtelijke geldschulden, nopen tot enige wijzigingen in de bestaande afdelingen over de bestuursdwang en de last onder dwangsom. In sommige gevallen zijn deze wijzigingen inhoudelijk van aard, in andere gevallen kunnen artikelen of onderdelen daarvan vervallen omdat het desbetreffende punt elders in de Awb meer algemeen wordt geregeld. Op advies van de Raad van State is voorts van de gelegenheid gebruik gemaakt om de afdeling over bestuursdwang iets anders op te zetten, in die voege dat daarin steeds wordt gesproken over een *last onder* bestuursdwang. Daarnaast worden enkele aanvullingen voorgesteld ter versterking van de positie van de derde die het bestuur om handhavend optreden heeft gevraagd. Deze wijzigingen worden toegelicht in hoofdstuk IV (Herstelsancties) van deze memorie van toelichting.

4. Algemene bepalingen over handhaving (Titel 5.1)

De thans voorgestelde titel 5.1 bevat een beperkt aantal algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving. Het betreft onder meer definitiebepalingen, bepalingen over de eisen waaraan sanctiebeschikkingen moeten voldoen, over de opbrengst en de invordering van financiële sancties, over het legaliteitsbeginsel en over de samenloop van sancties. Deze bepalingen over bestuurlijke sancties zijn in zoverre algemeen dat zij gelden voor de drie bestuurlijke sancties die thans in de Awb zijn of worden geregeld: de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Zij gelden niet rechtstreeks voor andere bestuurlijke sancties, die (nog) niet in de Awb zijn geregeld. Deze keuze berust op praktische overwegingen. In dit stadium valt niet goed te overzien, of de algemene bepalingen ook op buiten de Awb geregelde sancties onverkort kunnen worden toegepast. Om dat te beoordelen zou een uitvoerige inventarisatie van in de wetgeving voorkomende bestuurlijke sancties nodig zijn. Gelet op het belang van een regeling van de bestuurlijke boete heeft een dergelijke inventarisatie thans geen prioriteit. Gelet hierop is er voor gekozen de reikwijdte van de artikelen 5.0.4 tot en met 5.0.10, betreffende bestuurlijke sancties, in ieder geval vooralsnog te beperken tot de uitdrukkelijk in hoofdstuk 5 Awb geregelde sancties (artikel 5.0.3, onderdeel a). Daarnaast is echter de mogelijkheid geopend, dat de bijzondere wetgever deze artikelen van toepassing verklaart op een nog niet in de Awb geregelde sanctie (artikel 5.0.3, onderdeel b). Indien bij de aanpassingswetgeving blijkt, dat genoemde artikelen zich voor toepassing op een bepaalde sanctie lenen, zal daartoe worden overgegaan. Aldus kan de harmoniserende werking van de titel worden vergroot,

zonder dat onduidelijkheid ontstaat over de sancties waarop zij van toepassing is.

Van de drie genoemde sancties hebben de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom het karakter van reparatoire sancties of herstel-sancties; alleen de bestuurlijke boete is een bestraffende of punitieve sanctie. Gelet daarop zijn beginselen die slechts (onverkort) gelden voor bestraffende sancties, zoals het beginsel «geen straf zonder schuld» en het beginsel van de evenredigheid tussen de ernst van de gedraging en de zwaarte van de sanctie, niet in titel 5.1 gecodificeerd, maar in de titel over de bestuurlijke boete. Een meer algemene formulering van deze beginselen heeft in dit stadium geen meerwaarde. Wel is ook hier de mogelijkheid geopend, dat de bijzondere wetgever de regels over de bestuurlijke boete van overeenkomstige toepassing verklaart op andere bestraffende bestuurlijke sancties (artikel 5.4.2.7).

Artikelsgewijs

TITEL 5.1 ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 5.0.1

Eerste lid: het begrip overtreding

Artikel 5.0.1, eerste lid, definieert het begrip «overtreding». Twee elementen zijn daarbij van belang. In de eerste plaats moet sprake zijn van een «gedraging». Het begrip «gedraging» moet in de ruimst mogelijke zin worden opgevat. Het omvat mede een nalaten, zoals bijvoorbeeld het niet doen van een wettelijk verplichte aangifte. Ook het laten bestaan van een verboden toestand kan een gedraging in de zin van dit artikel zijn. Ook kan een gedraging in de wet aan de hand van het gevolg zijn omschreven (men zie bijvoorbeeld artikel 67e Awr: een boete kan worden opgelegd indien het aan de opzet of grove schuld van de belastingplichtige is te wijten dat een aanslag te laag is vastgesteld). Het begrip «gedraging» wordt in deze zelfde ruime betekenis gebruikt in hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht, in de Wet Nationale ombudsman (zij het dat het in deze twee wetten gaat om gedragingen van bestuursorganen) en in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften. Het tweede belangrijke element is dat een gedraging slechts een overtreding kan zijn, indien zij in strijd is met het bij of krachtens enig wettelijk voorschrift bepaalde. Dit betekent bijvoorbeeld, dat niet rechtstreeks met bestuurlijke sancties kan worden opgetreden tegen gedragingen in strijd met buitenwettelijke voorschriften, zoals voorwaarden verbonden aan gedoogbeschikkingen (vgl. bijv. Vz. Afd. geschillen RvS 19 november 1992, AB 1993, 240). Overigens zal dan onder omstandigheden wel kunnen worden opgetreden tegen de aanvankelijk gedoogde overtreding, omdat de overtreder zich door het niet-naleven van de voorwaarden niet meer kan beroepen op de gedoogbeschikking (vgl. P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, tweede druk, Deventer 1999, blz. 86).

Tweede lid: het begrip overtreder

Indien een overtreding wordt geconstateerd, kan vervolgens de vraag rijzen aan wie daarvoor een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. Daarbij gaat het niet alleen om het praktische probleem dat soms onbekend is wie de verboden gedraging heeft verricht. Er kunnen zich ook drie te onderscheiden juridische vragen voordoen:

- (a) tot wie richt de overtreder norm zich (de problematiek van de *norm-adressaat*);

- (b) aan wie kan de gedraging zoals deze feitelijk heeft plaatsgevonden, worden toegerekend (de problematiek van het *daderschap*);
- (c) kan de sanctie uitsluitend worden opgelegd aan de overtreder of ook aan anderen?

De omschrijving van artikel 5.0.1, tweede lid, heeft op zichzelf slechts betrekking op het aspect van het *daderschap*. Dit hangt echter zo nauw samen met de beide andere aspecten, dat hierna ter wille van de duidelijkheid op alle drie de aspecten wordt ingegaan.

De normadressaat

Voor het antwoord op de vraag wie als overtreder kan worden aangemerkt, is in de eerste plaats van belang tot wie het overtreden voorschrijf zich richt. Slechts degene tot wie een voorschrijf zich richt, kan dit voorschrijf overtreden. Dit is van belang, omdat veel, zo niet de meeste, bestuursrechtelijke voorschriften zich niet richten tot een ieder, maar slechts tot degene die een bepaalde kwaliteit bezit, bijvoorbeeld die van vergunninghouder, van werkgever, van ondernemer of van ontvanger van een uitkering. Wie geen bijstandsuitkering ontvangt, kan niet op grond van de artikelen 14a jo. 65 Algemene bijstandswet worden beboet voor het niet aan burgemeester en wethouders melden van inkomsten. Het kan voorkomen, dat in een concreet geval niet helemaal duidelijk is tot wie de overtreden norm zich richt. Zo richten veel milieuvoorschriften voor inrichtingen zich primair tot «degene die de inrichting drijft» (vgl. art. 18.18 jo. 8.20 Wet milieubeheer). Over de reikwijdte van dit begrip bestaat enige discussie (vgl. C.L. Knijff, G.T.J.M. Jurgens, Ch. W. Backes, *De normadressaat van milieuregels voor inrichtingen*, Publikatiereeks milieubeheer 1998/8, Den Haag 1998; zie ook ABRS 28 april 1998, AB 1999, 43; ABRS 25 juni 1998, AB 1999, 44 en VzABRS 31 juli 1998, AB 1999, 45). Evenzo kan in grensgevallen wel eens twijfel bestaan of iemand «ondernemer» is. Het gaat in deze gevallen steeds om vragen van uitleg van het desbetreffende wettelijke voorschrijf. Een algemene regeling in de Awb kan daarvoor geen oplossing bieden.

Daderschap

Artikel 5.0.1, tweede lid, merkt als overtreder aan degenen die de overtreding plegen of medeplegen. Uitgangspunt is, net als in het strafrecht, dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene of degenen, die de gedraging «pleegt» of «plegen». Dat kan zijn degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult. Een voorbeeld is de particulier die zijn aangiftebiljet voor de inkomstenbelasting in strijd met de waarheid invult, ondertekent en indient (vgl. art. 67d Awr). Sedert het befaamde IJzerdraad-arrest (HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378) staat evenwel vast dat ook de zogenoemde functionele dader een strafbaar feit kan plegen: een ondernemer kon worden gestraft voor fraude bij de export van ijzerdraad, ook al had niet hij zelf, maar één van zijn werknemers daadwerkelijk de formulieren onjuist ingevuld. Vereist is dan enerzijds dat de fysieke handelingen die het delict opleveren in de machtsfeer van de functionele dader lagen – bijvoorbeeld omdat zij werden verricht door zijn ondergeschikten –, anderzijds dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden, waarbij van dit laatste in beginsel reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Kort gezegd: in het strafrecht kan een sanctie niet alleen worden opgelegd aan degene die de gedraging in fysieke zin verricht, maar ook door degene die daarvoor maatschappelijk gezien verantwoordelijk is. Men zie HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605, waarin wordt aangesloten bij het aan

het civiele recht ontleende daderschaps criterium, op grond waarvan wordt bezien of de betreffende handeling in het maatschappelijk verkeer als handeling van de rechtspersoon heeft te gelden. Zie voor een verwant bestuursrechtelijk geval HR 19 januari 2001, AB 2002, 382, waarin één van drie economisch en bestuurlijk nauw verweven BV's als overtreder werd aangemerkt, hoewel overtreden vergunning formeel op naam stond van één van de andere BV's.

In het bestuursrecht behoort dit niet anders te zijn. Dit betekent dat in veel gevallen een bedrijf of instelling of de leiding van een bedrijf of instelling als overtreder zal kunnen worden aangemerkt, ook al is de gedraging in fysieke zin gepleegd door een werknemer (vgl. ABRs 27 maart 2001, AB 2002, 102) of of opdrachtnemer (vgl. ABRs 3 juli 2002, AB 2002, 311; JB 2002, 243; ABRs 17 juli 2002, AB 2003, 78). Het behoeft geen betoog dat dit voor de handhaving van grote delen van het bestuursrecht van groot belang is. Opgemerkt zij overigens, dat het voorgaande niet betekent dat bijvoorbeeld een bestuurlijke boete nooit aan een werknemer in persoon zou kunnen worden opgelegd; zulks is in ieder geval wel mogelijk als de overtreden norm zich mede of uitsluitend tot die werknemer richt. Ingevolge artikel 47 WvSr. kunnen niet alleen degenen die een delict – al dan niet «functioneel» – plegen, daarvoor worden gestraft, maar ook degenen die het delict doen plegen, medeplegen of uitlokken. Artikel 48 WvSr. voegt daar nog aan toe dat voor misdrijven ook medeplichtigen kunnen worden gestraft. Medeplichtigheid aan overtredingen is dus niet strafbaar. Gelet daarop is geen aanleiding de figuur van de medeplichtigheid in het bestuurlijke sanctierecht te introduceren. Aan een bestuursrechtelijke regeling van doen plegen of uitlokking bestaat evenmin veel behoefte (aldus ook J.T.K. Bos, *De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht*, pre-advies VAR 1995, VAR-Reeks 114, Alphen a/d Rijn 1995, blz. 150). Doen plegen – het plegen van een delict door middel van een ander die zelf niet strafbaar is (vgl. J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, 15e druk, Arnhem 1996, blz. 428) is ook in het strafrecht een zeldzame figuur; de problemen die zij beoogt op te lossen kunnen veelal ook wel met de leer van het functioneel daderschap worden opgelost. Uitlokking – het een ander door giften, beloften, bedreiging enzovoort bewegen tot het plegen van een delict – komt bij lichtere delicten evenmin veel voor en vergt bovendien veelal een uitvoerig feitenonderzoek waarvoor de bestuursrechtelijke procedure zich minder goed leent.

Aan de figuur van het medeplegen kan daarentegen wel behoefte bestaan. Medeplegen doet zich voor als twee of meer personen gezamenlijk een delict plegen. Voor strafbaarheid als medepleger is dan niet vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen, mits sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijk uitvoering (zie bijvoorbeeld HR 17 november 1981, NJ 1983, 84). Dit kan in een bestuursrechtelijke context bijvoorbeeld van belang zijn als een groep werknemers gezamenlijk een machine gebruikt op een wijze die onnodig gevaarlijk is voor derden (art. 11 Arbeidsomstandighedenwet 1998). Zij kunnen dan ieder een overtreding plegen, ook al verricht ieder van hen maar een deel van de fysieke handelingen die het gevaar veroorzaken. Ook in het milieurecht heeft de rechter beslist dat in een situatie waarin meer (rechts)personen gezamenlijk een inrichting drijven, aan ieder van hen bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd (VzABRS 31 juli 1998, AB 1999, 45).

Net als in het strafrecht kunnen in het bestuursrecht personen die geen adressaat zijn van de geschonden norm, omdat de daarvoor noodzakelijke kwaliteit ontbreekt (bijvoorbeeld die van vergunninghouder), als medepleger en dus als overtreder worden aangeduid ingeval zij een handeling verrichten waarmee een deel van de delictsomschrijving wordt vervuld, mits de geadresseerde ook deelneemt aan de overtreding. Dit betekent dat onder omstandigheden, bijvoorbeeld, een werknemer die een

vergunningvoorschrift overtreedt of een belastingadviseur die tot de belastingplichtige gerichte normen overtreedt als medeplegers en daarmee als overtreders zouden kunnen worden beschouwd, ondanks het feit dat de overtreden norm niet tot hen is gericht (zie in dit verband A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht*, diss. UU, Den Haag 2000, p. 50–51).

Voor een aanzienlijke uitbreiding van het aantal gevallen waarin bestuurlijke boetes zullen worden opgelegd aan andere dan de normadressaat behoeft overigens geen vrees te bestaan (Blomberg, a.w., p. 417). Voor medeplegen is immers vereist dat de fysieke dader en de normadressaat bewust samenwerken en de normschending gezamenlijk uitvoeren.

Bovendien moet voor de oplegging van de bestuurlijke boete sprake zijn van verwijtbaarheid (zie art. 5.4.1.2 van het wetsvoorstel). Ter vermijding van misverstand zij voorts opgemerkt, dat het het bestuursorgaan natuurlijk vrijstaat om te volstaan met het opleggen van een boete aan de normadressaat (bijvoorbeeld de belastingplichtige), indien aan het bestraffen van andere betrokkenen geen behoefte bestaat.

Medeplegen onderscheidt zich van medeplichtigheid doordat bij medeplegen sprake moet zijn van een min of meer gelijkwaardige samenwerking, terwijl de medeplichtige slechts een ondergeschikt aandeel in het delict heeft: hij helpt slechts de eigenlijke dader. Dit onderscheid is van belang omdat, zoals hiervoor uiteengezet, aan de medeplichtige geen bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd.

Aan wie kan de sanctie worden opgelegd?

Uit het voorgaande volgt, dat als overtreder kan worden aangemerkt degene tot wie de overtreden norm zich richt en die de overtreding – al dan niet «functioneel» – pleegt of medepleegt. Resteert de vraag, of een bestuurlijke sanctie ook aan anderen dan overtreders kan worden opgelegd. Het antwoord op deze vraag ligt voor verschillende bestuurlijke sancties verschillend.

Een bestuurlijke boete kan, gezien haar bestraffende karakter, uitsluitend aan een overtreder worden opgelegd. Bij de last onder bestuursdwang daarentegen ligt het accent op de overtreding, niet op de overtreder. Een last onder bestuursdwang moet worden bekendgemaakt aan de overtreder, maar ook aan de rechthebbende op het gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang wordt toegepast (art. 5:24, derde lid). De kosten kunnen echter slechts op de overtreder worden verhaald (art. 5:25, eerste lid; vgl. ABRS 17 juli 2002, AB 2003, 78; ABRS 29 september 2000, G.St. 7149/5; HR 19 januari 2001, AB 2002, 382). Een voorbeeld ter illustratie: als A zonder bouwvergunning een schuur bouwt en deze vervolgens in eigendom overdraagt aan B, kan B niet worden aangemerkt als overtreder van het verbod van artikel 40 Woningwet. De wet verbiedt immers slechts het *bouwen* zonder bouwvergunning, niet het houden van een zonder vergunning gebouwd bouwwerk (ABRS 26 juni 2002, LJJN-nr. AE4626; ABKort, 2002, 495; ABRS 30 oktober 1998, JB 1998, 262, AAe 48(1999)3, blz. 169). Niettemin dient de beschikking ook aan B te worden bekendgemaakt. B heeft het immers in zijn macht de overtreding ongedaan te maken door de schuur af te breken. Doet B dit niet, dan zal hij moeten dulden dat het bestuursorgaan zelf tot afbraak overgaat. De kosten daarvan kunnen dan echter niet op B, maar slechts op A worden verhaald.

Een ander voorbeeld uit de jurisprudentie: in ABRS 25 juni 1998, AB 1999, 44 had een onderhuurder van een loods daarin zonder vergunning afvalstoffen opgeslagen. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State was de aanschrijving bestuursdwang terecht mede bekendgemaakt aan de verhuurder van de loods, omdat deze het in zijn macht had om de overtreding te beëindigen (artikel 5:24, derde lid, was in deze zaak nog niet van toepassing). Of de verhuurder ook als overtreder

kon worden aangemerkt, was echter afhankelijk van het antwoord op de vraag of de verhuurder ook feitelijk betrokken was geweest bij de opslag van de afvalstoffen. Overtreder is naar vaste jurisprudentie immers slechts «degene die het te handhaven voorschrift daadwerkelijk schendt». Een last onder dwangsom kan weer uitsluitend aan de overtreder worden opgelegd (art. 5:32, eerste lid); anders zou in het hiervoor gegeven voorbeeld B immers in feite worden gedwongen tot afbraak op eigen kosten, terwijl die kosten bij bestuursdwang nu juist niet op hem kunnen worden verhaald. In het gegeven voorbeeld kan echter ook aan A geen last onder dwangsom worden opgelegd, omdat hij door de eigendomsoverdracht niet langer in staat is de overtreding ongedaan te maken. Het bestuur kan iemand niet dwingen tot iets waartoe hij feitelijk of juridisch niet in staat is.

Het voorbeeld illustreert overigens wederom, dat het antwoord op de vraag aan wie een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd, in de eerste plaats afhangt van de inhoud van de overtreden norm. Als een voorschrift niet alleen het in de grond *brengen*, maar ook het in de grond *houden* van afvalstoffen verbiedt, kunnen zowel degene die de grond met afvalstoffen en al heeft gekocht, als degene die de afvalstoffen heeft gestort als overtreder van dit verbod worden aangemerkt, met dien verstande dat de omstandigheden van het geval dan kunnen meebrengen dat van kostenverhaal jegens de verkrijger moet worden afgezien (vgl. ABRS 26 september 1996, BR 1996, blz. 122).

Derde lid: rechtspersonen

Of een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan een rechtspersoon, wordt wederom in de eerste plaats bepaald door de inhoud van het overtreden voorschrift. Sommige voorschriften richten zich zowel tot natuurlijke personen als tot rechtspersonen, andere uitsluitend tot rechtspersonen, terwijl weer andere – bijvoorbeeld sommige voorschriften in de sociale zekerheid – naar hun aard slechts door natuurlijke personen kunnen worden overtreden. Ook zijn er voorschriften, bijvoorbeeld in de Mededingingswet, die zich richten tot «ondernemingen» of, in de Wet milieubeheer, «degene die de inrichting drijft». Een onderneming of de «drijver» van een inrichting kan bestaan uit één of meer natuurlijke en/of rechtspersonen. Omdat een financiële sanctie – een betalingsverplichting – uiteindelijk slechts kan rusten op een bepaald vermogen in de civielrechtelijke betekenis van dat woord, moet dan zo nodig worden bepaald aan welk(e) rechtssubject(en) de overtreding kan worden toegerekend (vgl. artikel 56 Mededingingswet).

Als de gedraging door een rechtspersoon kan worden gepleegd – er is dan uiteraard altijd sprake van functioneel daderschap – waarborgt artikel 5.0.1, derde lid, dat de bestuurlijke sanctie ook aan die rechtspersoon kan worden opgelegd. In artikel 5.0.1, derde lid, wordt artikel 51 WvSr van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit betekent onder meer dat bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd aan de in artikel 51, derde lid, WvSr afzonderlijk genoemde entiteiten die geen rechtspersoon in civielrechtelijke zin zijn, zoals onder meer de maatschap en de vennootschap onder firma. Een en ander is voor het bestuursrecht vanzelfsprekend van groot belang: veel bestuursrechtelijke voorschriften richten zich tot ondernemingen of instellingen en dan behoort de rechtsvorm van de onderneming of instelling niet van invloed te zijn op de mogelijkheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen.

Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, kan de bestuurlijke sanctie daarnaast of in plaats daarvan ook worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Zulks wordt, naar analogie van artikel 51 WvSr, in de bestuursrechtelijke jurisprudentie reeds aanvaard (Vz. Afd. rechtspraak RvS 24 februari 1984, AB 1984, 480 (Booy Clean); ABRS

22 maart 1995, AB 1995, 538. Het ligt in de rede deze jurisprudentie thans te codificeren. Overigens staat het het bestuursorgaan natuurlijk vrij om te volstaan met het opleggen van een boete aan de rechtspersoon.

Wat betreft de mogelijkheid om bestraffende bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal vooralsnog aansluiting moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie. Dit betekent sedert HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II), dat in ieder geval bij decentrale overheidslichamen een dergelijke sanctie-oplegging in beginsel mogelijk is, tenzij de gedraging werd verricht ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak. Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 april 2002 (JB 2002, 164). De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid had aan een gemeente een bestuurlijke boete opgelegd wegens overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met een arbeidsongeval in het gemeentehuis.

In 2002 heeft de Commissie-Roelvink op verzoek van het kabinet een rapport uitgebracht over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat (Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen, Kamerstukken II 2001/02, 25 294, nr. 15). Hierin pleit de Commissie voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van zelfstandige onderdelen van de staat en van publiekrechtelijke rechtspersonen op decentraal niveau, ook als er sprake is van de uitoefening van een exclusieve overheidstaak. Bij zelfstandige onderdelen van de staat denkt de Commissie in het bijzonder aan diensten, instellingen en andere organisatorische eenheden van de staat die met voldoende mate van zelfstandigheid aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen. De Staat als zodanig blijft uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van onderdelen van de staat zou volgens de Commissie in het bijzonder kunnen spelen op het terrein van ordeningswetgeving, zoals regelgeving met betrekking tot milieu en arbeidsomstandigheden. Op het terrein van de ordeningswetgeving worden thans al op ruime schaal bestuurlijke boeten toegepast. Een definitief oordeel over de mogelijkheid om bestraffende bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal worden uitgesproken in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de bevindingen van de Commissie-Roelvink.

Artikel 5.0.2

Eerste lid

a. Het begrip bestuurlijke sanctie

Onderdeel a van artikel 5.0.2, eerste lid, definieert een bestuurlijke sanctie als een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak. Drie elementen zijn in deze omschrijving van belang. In de eerste plaats moet het gaan om een door een bestuursorgaan opgelegde sanctie; dit sluit door de straf- of tuchtrechter opgelegde sancties uit.

Wat door het openbaar ministerie opgelegde sancties betreft, moet nader onderscheid worden gemaakt. Op zichzelf is de officier van justitie, als orgaan van de Staat der Nederlanden en dus van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon (artikel 1:1, eerste lid, onderdeel a) een bestuursorgaan in de zin van de Awb. Dit betekent dat de boeten die het OM in administratief beroep kan opleggen krachtens de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (in de wandeling bekend als de Wet Mulder), bestuurlijke sancties in de zin van dit wetsvoorstel zijn.

Het aanbieden van een transactie door het openbaar ministerie is daarentegen geen bestuurlijke sanctie; het ingevolge artikel 37 van de Wet op de economische delicten of artikel 76 Awr aanbieden van een strafrechtelijke

transactie door een bestuursorgaan evenmin. Een transactie is het afzien van strafvervolgning onder de voorwaarde dat de verdachte een geldbedrag aan de Staat betaalt. Het is dus een handeling in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten, waarop hoofdstuk 5 van de Awb ingevolge artikel 1:6 niet van toepassing is. Indien de in het thans bij de Raad van State aanhangige wetsvoorstel OM-afdoening opgenomen bevoegdheid van de officier van justitie om in bepaalde gevallen bij beschikking een sanctie op te leggen wegens een strafbaar feit, tot wet wordt verheven, zal hetzelfde gelden. In de tweede plaats behelst een sanctie hetzij een verplichting, die door het bestuursorgaan wordt opgelegd, hetzij het geheel of gedeeltelijk onthouden van een aanspraak door een bestuursorgaan. Deze verplichting kan zijn een verplichting om een geldsom te betalen, zoals bij de bestuurlijke boete, maar ook een verplichting om een overtreding te beëindigen in combinatie met een voorwaardelijke verplichting om een geldsom te betalen, zoals bij de last onder dwangsom. de woorden «of onthouden aanspraak» zijn opgenomen omdat in de sfeer van de sociale zekerheid en de subsidies sancties voorkomen die niet zozeer een nieuwe verplichting voor de overtreder inhouden, maar een vermindering (eventueel tot nihil) van de (financiële aanspraken die de overtreder zonder de overtreding zou hebben gehad. In de derde plaats is slechts sprake van een sanctie als een bestuursorgaan een verplichting oplegt of een aanspraak onthoudt als reactie op een overtreding, dat wil zeggen een gedraging die in strijd is met het bij of krachtens enig wettelijk voorschrift bepaalde (artikel 5.0.1, eerste lid). Dit element van de omschrijving onderscheidt bestuurlijke sancties van verplichtingen, zoals heffingen, die bestuursorganen kunnen opleggen naar aanleiding van gedragingen die op zichzelf niet in strijd met enig bestuursrechtelijk voorschrift behoeven te zijn.

b. Het begrip herstelsanctie

Bestuurlijke sancties worden doorgaans onderscheiden in reparatoire en punitieve sancties, in dit wetsvoorstel aangeduid als herstelsancties, respectievelijk bestraffende sancties. Bestraffende sancties zijn gericht op het bestraffen van de dader, herstelsancties zijn gericht op het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding of de gevolgen daarvan, dan wel het voorkomen van herhaling. De omschrijving is in hoofdzaak ontleend aan de huidige omschrijving van bestuursdwang. In dit verband dient te worden opgemerkt dat ook bestraffende sancties mede gericht kunnen zijn op het voorkomen van herhaling (vgl. de speciale en generale preventie bij de klassieke strafrechtelijke sancties).

Met de woorden «geheel of gedeeltelijk» is beoogd aan te geven dat ook zogenaamde «partieel handhaving» onder omstandigheden denkbaar is. Uitgangspunt blijft dat een handhavingsbesluit gericht moet zijn op het volledig beëindigen of ongedaan maken van (de gevolgen van) een overtreding. Partieel handhaven is immers per definitie ook partieel gedogen. Een besluit tot partieel handhaven zal dus in ieder geval moeten passen binnen de beleidskaders voor gedogen (vgl. nog steeds de nota Gedogen in Nederland, Kamerstukken II 1996/97, 25 085, nr. 2). Maar ook binnen deze kaders is partieel handhaven niet altijd aanvaardbaar. Het legaliteitsbeginsel brengt mee, dat onder omstandigheden wel aanvaardbaar kan zijn dat een bestaand voorschrift in afgezwakte vorm wordt gehandhaafd, maar niet dat in een handhavingsbesluit geheel nieuwe voorschriften in het leven worden geroepen. Het kan niet zo zijn, dat het besluit dat een overtreding sanctioneert, zelf het overtreden voorschrift in het leven roept, zelfs niet als ditzelfde voorschrift in de gedaante van bijvoorbeeld een vergunningvoorschrift inhoudelijk alleszins aanvaardbaar zou zijn. Ook dan zou immers de procedure voor het opleggen van vergunningvoorschriften worden omzeild.

Een en ander spoort met de jurisprudentie inzake voorschriften bij gedoogbesluiten. Bij gedoogbesluiten worden soms wel nieuwe voorschriften in het leven geroepen, maar juist omdat dit op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel is het vaste jurisprudentie, dat het bestuur tegen overtreding van deze «gedoogvoorschriften» niet rechtstreeks handhavend kan optreden. Indien gedoogvoorschriften worden overtreden, kan het bestuur slechts optreden tegen de oorspronkelijke aanvankelijk gedoogde, overtreding, dat wil zeggen het gedogen beëindigen.

Een voorbeeld kan een en ander verduidelijken. Stel dat een vergunningvoorschrift bepaalt dat het door een inrichting veroorzaakte geluidsniveau de 40 dB niet mag overschrijden. Bij controle blijkt dat dit niveau ruimschoots wordt overschreden, maar dat volledige naleving forse investeringen vergt die niet op korte termijn kunnen worden gerealiseerd, terwijl het door enkele provisorische voorzieningen wel mogelijk is het niveau op korte termijn terug te brengen tot 45 dB. Onder omstandigheden is dan denkbaar dat in afwachting van een definitieve oplossing een last wordt opgelegd met een dwangsom voor iedere keer dat de 45 dB wordt overschreden. In die zin wordt het voorschrift dat maximaal 40 dB voorschrijft, dan partieel gehandhaafd. Dat is onder omstandigheden toelaatbaar.

Maar stel nu dat het bestuursorgaan tegen de geluidsoverlast wil optreden met een last onder dwangsom inhoudende dat de inrichting, in afwachting van een definitieve oplossing, tussen middernacht en zes uur 's ochtends moet worden gesloten. Dat is slechts toelaatbaar, als de wet of de vergunning ook reeds voorschriften bevatten omtrent de tijdstippen waarop de inrichting in bedrijf mag zijn. Anders zou zich immers het geval voordoen, dat de sanctiebeschikking zelf de te handhaven norm creëert, hetgeen als gezegd in strijd komt met het legaliteitsbeginsel.

Van het voorgaande moet weer worden onderscheiden de situatie dat een vergunningplichtige inrichting geheel zonder vergunning in bedrijf is. Voor die situatie heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld, dat uitgangspunt moet zijn dat het handhavingsbesluit gericht moet zijn op het volledig opheffen van de overtreding. Een handhavingsbesluit dat strekt tot het slechts gedeeltelijk opheffen van de overtreding is slechts onder bijzondere omstandigheden toegestaan (ABRS 10 april 2002, JB 2002, 163). De Afdeling noemt geen voorbeeld van die bijzondere omstandigheden, maar men zou bijvoorbeeld kunnen denken aan het – uitzonderlijke – geval waarin een inrichting zowel technisch als bedrijfseconomisch kan worden gesplitst in twee onderdelen, waarvan het ene wel en het andere niet kan worden gelegaliseerd.

c. Het begrip «bestraffende sanctie»

Bestuurlijke sancties die geen herstelsancties zijn, worden thans veelal «punitieve» sancties genoemd. In het wetsvoorstel worden zij aangeduid als bestraffende sancties. Het kenmerk van bestraffende sancties is dat zij wordt opgelegd met het oogmerk om de overtreder leed toe te voegen. Over de vraag wanneer aan dit criterium is voldaan, bestaat veel jurisprudentie en literatuur. Deze kan in dit verband echter buiten beschouwing blijven, nu de voorgestelde bepalingen vooralsnog slechts van toepassing zullen zijn op de bestuurlijke boete – die in ieder geval bestraffend van aard is – en eventueel op andere als zodanig aangeduide bestraffende sancties (zie de artikelen 5.0.3 en 5.4.2.7).

Tweede lid

Een aantal bestuursrechtelijke wetten geeft aan een bestuursorgaan de bevoegdheid om een burger of een onderneming de verplichting op te leggen bepaalde handelingen ter naleving van wettelijke voorschriften te verrichten. Men spreekt dan wel van een zelfstandige of enkelvoudige last.

Bekende voorbeelden zijn de aanschrijving tot woningverbetering ingevolge artikel 14 Woningwet, de eis tot naleving ingevolge artikel 27 Arbeidsomstandighedenwet 1998 en de bindende aanwijzing van de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie ingevolge artikel 5a Elektriciteitswet 1998. Tegen het niet uitvoeren van een dergelijke last kan veelal met bestuurlijke sancties worden opgetreden. In veel gevallen wordt echter ook de last zelf opgelegd naar aanleiding van een overtreding. De wetgever heeft het in deze gevallen echter wenselijk geacht, dat het bestuur eerst nader zou concretiseren welke verplichtingen voor de burger uit de overtreden norm voortvloeien, alvorens naleving van die verplichtingen daadwerkelijk door het bestuur kan worden afgedwongen. Gelet hierop is het niet wenselijk ook de enkelvoudige last zelf als een bestuurlijke sanctie aan te merken. Nu de omschrijving van het eerste lid daaromtrent enige twijfel zou kunnen doen rijzen, is in het tweede lid uitdrukkelijk bepaald dat een enkelvoudige last geen bestuurlijke sanctie is.

Artikel 5.0.3

Om redenen die in het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting zijn uiteengezet, is de reikwijdte van de artikelen 5.0.4 tot en met 5.0.10 vooralsnog beperkt tot de in de Algemene wet bestuursrecht geregelde sancties, met dien verstande dat de bijzondere wetgever bestuurlijke sancties kan aanwijzen waarop de titel eveneens van toepassing is.

Artikel 5.0.4

Het strafrecht kent het beginsel «*nullum crimen sine praevia lege criminali, nulla poena sine praevia lege poenali*»: geen strafbaar feit en geen straf zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling. Hoewel het in Nederland slechts voor het strafrecht is gecodificeerd (in art. 16 Grw. en art. 1 WvSr), geldt dit beginsel ook voor bestuurlijke sancties. Voor bestraffende sancties volgt dit uit artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR; voor herstelsancties – althans voor de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom – geldt het beginsel naar algemene opvatting evenzeer, maar is het nergens vastgelegd. Het ligt daarom voor de hand, dit beginsel in titel 5.1 te codificeren.

Aan het legaliteitsbeginsel kunnen verschillende aspecten worden onderscheiden. In de eerste plaats dient de bevoegdheid om wegens een gedraging een bepaalde sanctie op te leggen, uitdrukkelijk bij of krachtens de wet in formele zin te zijn toegekend. Voor de last onder bestuursdwang was dit reeds vastgelegd in artikel 5:22; het voorgestelde artikel 5.0.4, eerste lid, breidt deze regel uit tot de overige sancties.

In de eerste plaats kan een sanctie slechts worden opgelegd wegens een gedraging die bij of krachtens een *wettelijk* voorschrift is verboden. Buitenwettelijke voorschriften, zoals voorwaarden verbonden aan gedoogbeschikkingen, kunnen dus niet rechtstreeks door middel van bestuurlijke sancties worden gehandhaafd (aldus ook Vz. Afd. geschillen RvS 19 november 1992, AB 1993, 240), op een wettelijk voorschrift steunende vergunningvoorschriften daarentegen in beginsel wel. Dit aspect is neergelegd in het tweede lid van artikel 5.0.4, tezamen met een ander belangrijk aspect: het verbod van sanctieoplegging met terugwerkende kracht. Uit deze bepaling mag men overigens niet *a contrario* afleiden dat bij andere besluiten terugwerkende kracht wel is toegestaan. De vraag in hoeverre dit het geval is, wordt tot dusver niet door de Awb beantwoord. Het verbod van sanctieoplegging met terugwerkende kracht brengt bovendien mee, dat niet alleen de gedragsnorm, maar ook deze bevoegdheidsnorm ten tijde van de overtreding reeds moet bestaan. Dit is eveneens neergelegd in het tweede lid. Een voorbeeld kan een en ander verduidelijken. Stel dat de wetgever besluit om de strafrechtelijke handha-

ving van een bepaald gedragsvoorschrift te vervangen door bestuursrechtelijke handhaving. Op 1 januari 2005 treedt een wet in werking, waarbij aan een bestuursorgaan de bevoegdheid wordt toegekend om bij overtreding van het gedragsvoorschrift een bestuurlijke boete op te leggen. Dit bestuursorgaan kan dan geen boeten opleggen voor overtredingen die in 2004 plaatsvonden, ook al was de desbetreffende gedraging ook toen al verboden. De burger moet immers niet alleen uit de wet kunnen afleiden wat hem verboden is, maar ook met welke sancties hij bij overtreding van het verbod wordt bedreigd.

Aan laatstgenoemde voorwaarde is voldaan, indien de bevoegdheid om voor een bepaalde overtreding een bestuurlijke sanctie op te leggen, ongewijzigd overgaat van het ene bestuursorgaan naar een ander bestuursorgaan. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als twee zelfstandige bestuursorganen worden samengevoegd of bij een gemeentelijke herindeling. In dat geval kan het «nieuwe» bestuursorgaan zonder bezwaar een bestuurlijke sanctie opleggen voor een overtreding die plaatsvond toen het «oude» bestuursorgaan nog bestond. De overtreding en de sanctie zijn immers niet gewijzigd.

Uit het legaliteitsbeginsel volgt voorts ook, dat een voorschrift dat door bestuurlijke sancties wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn (ook wel genoemd het «*lex certa*»-beginsel). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens leidt dit af uit artikel 7 EVRM (vgl. EHRM 25 mei 1993, Publ. ECRM, Ser. A, Vol. 260 (Kokkinakis/Griekenland) en EHRM 27 september 1995, NJ 1996, 49 (G./Frankrijk)). Zie voor voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak waarin een bestuurlijke boete werd vernietigd omdat het overtreden voorschrift onvoldoende duidelijk was Rb.'s-Gravenhage 23 december 1998, JB 1999, 57 en ABRS 20 november 2002, AB 2003, 173.

Een laatste aspect, namelijk dat de wet ook de maximale hoogte van de sanctie moet bepalen, is specifiek voor de bestuurlijke boete en daarom neergelegd in artikel 5.4.1.7. Hetzelfde geldt voor de problematiek van verandering van wetgeving; daarvoor zij verwezen naar de toelichting bij artikel 5.4.1.7, vierde lid.

Artikel 5.0.5

Het Wetboek van Strafrecht regelt in de artikelen 39 en volgende een aantal gevallen waarin geen straf kan worden opgelegd: de zogenoemde strafuitsluitingsgronden. Deze vallen uiteen in rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Indien zich een rechtvaardigingsgrond voordoet, is het feit niet strafbaar en kan er dus niemand voor worden gestraft. Schulduitsluitingsgronden daarentegen zien op de schuld van de individuele dader. De dader die zich op een schulduitsluitingsgrond kan beroepen, kan niet worden gestraft, maar daarmee is niets gezegd over de strafbaarheid van eventuele mededaders.

Rechtvaardigingsgronden zijn voor alle bestuurlijke sancties van belang, schulduitsluitingsgronden daarentegen alleen voor bestuurlijke boeten. Voor het kunnen opleggen van een herstelsanctie is immers niet vereist dat de overtreder iets te verwijten valt (vgl. bijv. ABRS 4 juli 2001, AB 2002/6). Derhalve wordt hier slechts ingegaan op de rechtvaardigingsgronden. De schulduitsluitingsgronden komen aan de orde in de toelichting op artikel 5.4.1.2, waarin het beginsel «geen straf zonder schuld» is neergelegd.

De klassieke rechtvaardigingsgronden zijn overmacht, noodweer, handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift en handelen ter uitvoering van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Overwogen is, of deze catalogus van strafuitsluitingsgronden in het bestuursrecht zou moeten worden overgenomen. Om een aantal redenen is daarvan afgezien. Sommige klassieke strafuitsluitingsgronden missen voor het bestuursrecht praktische betekenis: een geval waarin de pleger van een

met een bestuurlijke boete gesanctioneerde overtreding zich op noodweer zou kunnen beroepen, is niet goed voorstelbaar. Wel voorstelbaar zijn gevallen waarin de pleger van een dergelijke overtreding zich zou kunnen beroepen op overmacht, een wettelijk voorschrift of een ambtelijk bevel. De strafrechtspraktijk heeft echter geleerd, dat het wettelijk benoemen van deze strafuitsluitingsgronden slechts in beperkte mate zou bijdragen aan de rechtszekerheid. Het is ook in het strafrecht overwegend de jurisprudentie geweest, die aan een begrip als overmacht inhoud heeft gegeven. Daarom is volstaan met de bepaling, dat geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd indien voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond. Aldus wordt erkend dat er omstandigheden zijn waaronder een verboden gedraging niet wederrechtelijk is en wordt ook het onderscheid tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden overgenomen, maar worden bestuur en rechter niet onnodig gebonden aan een bepaalde onderverdeling van deze rechtvaardigingsgronden. Het is aan het bestuur en uiteindelijk aan de rechter om het begrip rechtvaardigingsgrond voor het bestuursrecht nader in te vullen.

Daarbij ligt het natuurlijk wel voor de hand, dat het bestuur en de rechter de strafrechtelijke jurisprudentie en de klassieke strafuitsluitingsgronden tot uitgangspunt zullen nemen. In het algemeen zal zulks in een bestuursrechtelijke context niet snel tot het aannemen van een rechtvaardigingsgrond leiden. Als gezegd kunnen de rechtvaardigingsgronden overmacht en handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of een bevoegd gegeven ambtelijk bevel ook in het bestuursrecht een rol spelen, maar die rol zal bescheiden zijn. Situaties van fysieke overmacht zijn natuurlijk nooit uit te sluiten, maar zijn schaars. Gegeven de regeldichtheid in het bestuursrecht kan evemin geheel worden uitgesloten dat naleving van het ene wettelijk voorschrift onder bijzondere omstandigheden in strijd komt met een ander wettelijk voorschrift of, in het verlengde daarvan, met een ambtelijk bevel, maar dit komt minder vaak voor dan wel eens wordt gesuggereerd. Niettemin kan men zich in een bedrijf bijvoorbeeld situaties voorstellen waarin de naleving van voorschriften gericht op de bescherming van de veiligheid van omwonenden of van het milieu het noodzakelijk maakt om te handelen in strijd met voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden of arbeidstijden. Daarvoor behoort dan geen bestuurlijke sanctie te kunnen worden opgelegd, mits is voldaan aan de – ook in het strafrecht gestelde – eis van proportionaliteit: men moet uit twee kwaden wel het minste kiezen. Vaak zullen dergelijke conflicten overigens in een eerder stadium kunnen worden opgelost door een redelijke interpretatie van de overtreden voorschriften of doordat deze zelf uitzonderingsclausules kennen voor bijzondere situaties.

Het onderhavige artikel impliceert niet dat het bestuursorgaan bij iedere bestuurlijke sanctie moet onderzoeken of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is en moet motiveren waarom dat niet het geval is. Daartoe is slechts aanleiding indien de overtreder een onderbouwd beroep doet op een rechtvaardigingsgrond of anderszins aanwijzingen bestaan dat mogelijk een rechtvaardigingsgrond aanwezig is.

Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat het enkele feit dat een illegale situatie kan worden gelegaliseerd, op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond in de zin van dit artikel oplevert. Dit is vooral voor herstelsancties van belang. Op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht komt het nogal eens voor dat een bouwwerk bijvoorbeeld in strijd met het bestemmingplan is gebouwd of wordt gebruikt, maar dat daarvoor alsnog vrijstelling kan worden verleend. In dat geval kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de in artikel 3:4, tweede lid, neergelegde eis van een evenwichtige belangenafweging, zich tegen het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom verzetten. Dit betekent echter niet dat de overtreding gerechtvaardigd was, maar vloeit veeleer voort uit het gegeven dat, ook al staat vast dat een overtreding heeft plaatsgevonden en daarvoor geen rechtvaardigings-

grond bestond, de daadwerkelijke toepassing van sancties vervolgens nog een belangenafweging vergt. Wel kan het natuurlijk voorkomen, dat de rechter in het midden kan laten of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, omdat de sanctie reeds wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moet worden vernietigd. Zie voor enkele voorbeelden van dit laatste ABRS 18 december 2002, AB 2003, 85; ABRS 6 november 2002, G.St. 7182/56.

Artikel 5.0.6

Deze bepaling regelt de mogelijkheid van cumulatie van herstelsancties. Cumulatie van sancties doet zich voor, als op overtreding van één bepaald voorschrift meer dan één sanctie is gesteld. De vraag rijst dan, in hoeverre deze sancties gelijktijdig kunnen worden toegepast. Dit vraagstuk moet dus wel worden onderscheiden van de toepassing van het «*ne bis in idem*»-beginsel (dan gaat het immers niet om het gelijktijdig, maar om het achtereenvolgens opleggen van twee of meer sancties voor dezelfde overtreding; zie daarvoor art. 5.4.1.4), alsook van de vraag wat dient te geschieden indien door één gedraging twee of meer voorschriften worden overtreden (het vraagstuk van de samenloop, zie art. 5.0.8) Het voorgestelde artikel 5.0.6 is zakelijk gelijk aan de huidige artikelen 5:31 en 5:36. Het verbiedt slechts de cumulatie van twee of meer herstelsancties. Dat wil zeggen: voor één overtreding kan niet gelijktijdig zowel een last onder bestuursdwang als een last onder dwangsom worden opgelegd.

Verwezen zij naar de toelichting bij de huidige artikelen 5:31 en 5:36 (destijds genummerd 5.2.12 resp. 5.3.5, Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, pp. 133, 159 en 164).

Beide sancties kunnen echter wel na elkaar worden toegepast. Voor herstelsancties geldt niet het beginsel «*ne bis in idem*». Het is dus mogelijk voor één overtreding achtereenvolgens meer herstelsancties op te leggen. Herstelsancties zijn immers mogelijk omdat en zolang de onrechtmatige situatie blijft bestaan. Zo kan bijvoorbeeld voor een overtreding eerst een last onder dwangsom worden opgelegd, en vervolgens, als deze dwangsom niet effectief blijkt, een last onder bestuursdwang. Zie voor voorbeelden ABRS 19 juni 2002, G.St. 7177,4 en ABRS 19 februari 2003, JB 2003, 100.

Cumulatie van twee of meer bestraffende sancties is in het strafrecht heel gewoon: regelmatig wordt voor een feit zowel een geldboete als een vrijheidsstraf opgelegd. Het gaat dan immers om ongelijksoortige sancties. Ook in het bestuursrecht behoeft cumulatie van ongelijksoortige bestraffende sancties niet bij voorbaat te worden uitgesloten. Onder omstandigheden kan het redelijk zijn, dat wegens een overtreding bijvoorbeeld zowel een vergunning wordt ingetrokken als een bestuurlijke boete wordt opgelegd, zoals ook in het strafrecht bijvoorbeeld ontzegging van de rijbevoegdheid kan worden gecombineerd met een geldboete.

Iets anders is de combinatie van een bestuurlijke boete met een strafrechtelijke sanctie. Omdat de laatste veelal ook een geldboete zal zijn (als de overtreding ernstig genoeg is om een vrijheidsstraf te overwegen, zal bestuurlijke afdoening veelal niet aan de orde zijn), zou dit leiden tot een ongewenste cumulatie van gelijksoortige sancties. Daarom is deze cumulatie uitgesloten; omdat het probleem alleen bij de bestuurlijke boete speelt, is dit echter niet in titel 5.1 maar in titel 5.4 geschied.

Cumulatie van een bestraffende sanctie (een bestuurlijke boete of een strafrechtelijke sanctie) met een herstelsanctie is in beginsel mogelijk, omdat beide typen sancties naar doel en strekking verschillen. Een herstelsanctie strekt er toe (de gevolgen van) de overtreding te beëindigen of ongedaan te maken, een bestraffende sanctie strekt er toe de overtreder te straffen. Er kan zeer wel aanleiding zijn om beide te doen: als een werkgever door een onvoldoende beveiligde machine zijn werknemers in gevaar heeft gebracht, kan het wenselijk zijn dat hij daarvoor met een

bestuurlijke boete wordt gestraft en hem tevens onder dwangsom wordt gelast de machine alsnog deugdelijk te beveiligen. Het onderhavige wetsvoorstel sluit een dergelijke cumulatie dan ook niet uit.

Artikel 5.0.7

In het algemeen kan een bestuurlijke sanctie slechts worden opgelegd nadat een overtreding heeft plaatsgevonden. Voor de twee belangrijkste herstelsancties, de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom, heeft de rechtspraak echter aanvaard, dat zij onder bijzondere omstandigheden ook «preventief» kunnen worden opgelegd (Afd. rechtspraak 1 februari 1985, AB 1985, 587; ABRS 24 februari 1995, AB 1995, 527; ABRS 4 september 1997, AB 1997, 396). In de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever zich bij deze opvatting aangesloten (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, blz. 150–152), maar werd nog het standpunt ingenomen dat een uitdrukkelijke wettelijke regeling niet wenselijk was en de kwestie aan de rechtspraak moest worden overgelaten. Nu echter de wetgever overgaat tot codificatie van algemene bepalingen over bestuurlijke sancties en daarmee – zie in het bijzonder artikel 5.0.4 – uitdrukkelijker en exacter dan voorheen vastlegt in welke gevallen bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd, is het gewenst dat de wetgever ook op dit punt zelf duidelijkheid schept. Daarbij is gekozen voor codificatie van het door de rechtspraak ontwikkelde criterium, inhoudende dat een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Dit betekent, dat met een grote mate van waarschijnlijkheid moet vaststaan dat de overtreding zal plaatsvinden. Onder die omstandigheid kan niet in alle gevallen van de overheid worden verwacht, dat zij lijdzaam toeziet totdat de overtreding is gepleegd. Een voorbeeld uit de jurisprudentie (ABRS 24 februari 1995, AB 1995, 527) is het geval waarin, na een lange reeks van overtredingen, de vergunning voor een inrichting voor het bewerken van autowrakken werd ingetrokken onder gelijktijdige aanzegging van bestuursdwang indien de bedrijfsactiviteiten niet binnen een maand zouden zijn beëindigd. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State achtte deze preventieve aanzegging toelaatbaar, waarbij naast de in het verleden herhaaldelijk gebleken weigerachtige houding van de exploitant ook de door de inrichting veroorzaakte bodemvervuiling een rol speelde.

Benadrukt zij, dat het hier gaat om een ingrijpende bevoegdheid, die slechts in bijzondere gevallen kan worden gebruikt. In dat verband is van belang, dat ook een preventieve herstelsanctie moet voldoen aan alle eisen die de wet aan herstelsancties stelt. Zo geldt onverkort de uit een oogpunt van rechtszekerheid gestelde eis van artikel 5.0.9, dat de beschikking tot oplegging van een bestuurlijke sanctie de overtreding concreet moet omschrijven en het overtreden voorschrift moet noemen. Bovendien geldt, zoals ook de rechtspraak terecht heeft benadrukt, evenzeer onverkort de eis (zie artikel 3:4, eerste lid, Awb) dat de toepassing van een bestuurlijke sanctie dient te berusten op een concrete en volledige afweging van alle betrokken belangen. Dit impliceert dat nauwkeurig moet vaststaan welke overtreding zal plaatsvinden, alsook dat de beslissing tot het opleggen van een sanctie pas kan worden genomen op een tijdstip waarop de betrokken belangen volledig kunnen worden overzien, dus veelal pas kort voor de overtreding vgl. ABRS 22 augustus 2001, AB 2002, 138. Het is derhalve niet nodig dit laatste als afzonderlijke eis in de wet neer te leggen. Tenslotte is van groot belang de in artikel 3:4, tweede lid, neergelegde eis van een evenwichtige belangenafweging.

In de jurisprudentie is aan de preventieve toepassing van herstelsancties gedurende enige tijd de eis gesteld, dat het moest gaan om een overtreding waardoor ernstige schade zal ontstaan (zie ABRS 4 september 1997, AB 1997, 396 en VzABRS 1 februari 1999, AB 1999, 302). Op dit vereiste is

in de literatuur de nodige kritiek uitgeoefend (zie laatstelijk A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, Handhaving van milieurecht onder de vierde tranche Awb, Den Haag (Ministerie van VROM), 2001, blz. 39). In meer recente jurisprudentie keert het ook niet terug (zie o.m. ABRS 29 september 2000, AB 2000, 474; ABRS 7 november 2001, AB 2002, 177, G.St. 7157, 6 en ABRS 19 juni 2002, JB 2002, 206. Ook wij zijn, anders dan de opstellers van het voorontwerp, van oordeel dat preventieve toepassing van herstelsancties onder omstandigheden ook mogelijk behoort te zijn als niet vaststaat dat ernstige schade zal ontstaan. Ook in andere gevallen kan er aanleiding zijn om in te grijpen in plaats van lijdzaam toe te zien tot de overtreding is gepleegd. Daarbij komt, dat vaak niet voorzienbaar is of zich als gevolg van de overtreding schade zal voordoen, noch hoe ernstig die zal zijn als zij zich voordoet.

Uiteraard kan en moet de dreiging van ernstige schade wel een rol spelen bij de ingevolge artikel 3:4 Awb te verrichten belangenafweging. Maar het ontbreken van dergelijke schade betekent niet zonder meer, dat niet preventief kan worden opgetreden.

Bij een last onder bestuursdwang kan het zowel gaan om een preventieve last als om de preventieve toepassing van bestuursdwang. Soms wordt volstaan met een preventieve *last*. Met de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang wordt dan gewacht tot het tijdstip waarop met de overtreding een aanvang wordt gemaakt. Soms ligt dit ook in de rede. Indien iemand aankondigt vuurwerk te gaan verkopen op een plaats of een tijdstip waarop dit niet is toegestaan, kan, indien waarschuwingen niet helpen, op een gegeven moment preventief bestuursdwang worden aangezegd, om daadwerkelijk in te grijpen zodra de verkoop een aanvang neemt. Er zijn echter ook gevallen, bijvoorbeeld bij dreigende ernstige schade aan het milieu, waarin het noodzakelijk is nog voor de aanvang van de overtreding maatregelen te nemen die de overtreding verhinderen. Zo moest in ABRS 29 september 2000, AB 2000, 474 preventief bestuursdwang worden toegepast om een – niet opzettelijke, maar daarom niet minder schadelijke – lozing van met bestrijdingsmiddelen vervuild bluswater te voorkomen. In dat geval moest overigens wel van kostenverhaal worden afgezien. In ABRS 19 juni 2002, JB 2002, 206 werd preventief bestuursdwang toegepast om het in strijd met de afvalstoffenregelgeving uitvaren van het met asbest vervuilde schip Sandrien te voorkomen. Daarom is in de wettekst geen onderscheid gemaakt tussen de aanzegging en de uitvoering van bestuursdwang. Beide zijn onder omstandigheden mogelijk.

Artikel 5.0.8

Samenloop van gedragsvoorschriften doet zich voor indien door een bepaald feitelijk handelen of nalaten twee of meer voorschriften worden overtreden. De vraag rijst dan, of de op overtreding van beide voorschriften voorziene sancties gewoon bij elkaar kunnen worden opgeteld, dan wel dat een keuze moet worden gemaakt.

Dit probleem speelt in de eerste plaats bij bestuurlijke boeten. Dan is het antwoord op de vraag of beide voorschriften kunnen worden toegepast, dan wel slechts één van beide, van belang voor de hoogte van de sanctie. Als een wet een gedraging bedreigt met een bestuurlijke boete van ten hoogste € 500, terwijl een andere wet op dezelfde gedraging een bestuurlijke boete van ten hoogste € 1000 stelt, rijst in het concrete geval de vraag of nu maximaal € 500, € 1000 of zelfs € 1500 kan worden opgelegd. Het strafrecht maakt in deze gevallen onderscheid tussen meerdaadse samenloop en eendaadse samenloop. Van meerdaadse samenloop is sprake, indien een gedraging (een fysieke handeling) meer overtredingen oplevert, die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en die verschillende belangen schenden. Een voorbeeld is het geval dat bij controle van een bedrijf een machine wordt aangetroffen, die zowel

onveilig is voor werknemers (overtreding van de arbeidsomstandighedenwetgeving) als geluidhinder veroorzaakt voor omwonenden (overtreding van de milieu-wetgeving).

Meerdaadse samenloop is veruit de meest voorkomende vorm van samenloop. Artikel 5.0.8 bepaalt dat dan voor iedere overtreding afzonderlijk de daartoe bedreigde bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. Indien voor beide overtredingen een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, kunne deze boeten dus cumuleren. Dit is in overeenstemming met de regeling in het strafrecht, waar geldboeten krachtens artikel 57, tweede lid, WvSr eveneens kunnen cumuleren. Het strafrecht stelt slechts grenzen aan de cumulatie van vrijheidsstraffen. Indien voor twee of meer samenhangende overtredingen verschillende bestuursorganen bevoegd zijn, kan ingeval van meerdaadse samenloop ieder bestuursorgaan dus in beginsel zelfstandig een bestuurlijke sanctie opleggen. Vgl. ABRS 10 februari 1997, AB 1997, 427, waarin in een geval waarin inkomsten zowel in het kader van de Algemene bijstandswet als in het kader van de Wet op de individuele huursubsidie waren verzwegen, werd overwogen dat sancties op grond van de ene wet los stonden van die op grond van de andere wet. Dit laat echter onverlet, dat ook bij meerdaadse samenloop het totaal van de opgelegde bestuurlijke sancties in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel. Een bestuursorgaan dat voor te onderscheiden, maar wel samenhangende overtredingen twee of meer bestuurlijke boeten oplegt, zal zich dan ook moeten afvragen of het totaal van de boeten nog wel aansluit bij de ernst van de overtreding. Evenzo zal een bestuursorgaan dat een boete oplegt voor een overtreding die samenhangt met een overtreding waarvoor reeds door een ander bestuursorgaan een boete is opgelegd, dan wel een strafsancie is opgelegd of een strafrechtelijke transactie heeft plaatsgevonden, zo nodig rekening moeten houden met eerder door andere organen opgelegde straffen. Artikel 5.4.1.7 biedt daartoe de ruimte. Toepassing van dit artikel kan er dus toe leiden dat een bestuurlijke boete die voor de betreffende overtreding in het algemeen redelijk is, in het concrete geval als onevenredig moet worden beschouwd in verband met door andere bestuursorganen of de strafrechtelijke autoriteiten voor samenhangende overtredingen opgelegde bestraffende sancties.

Het voorontwerp maakte op de hoofdregel van artikel 5.0.8 een uitzondering voor wat in het strafrecht eendaadse samenloop heet. Daarvan is kort gezegd sprake als door één gedraging twee of meer voorschriften worden overtreden die naar hun strekking zodanig nauw samenhangen dat in wezen slechts één overtreding plaatsvindt (vgl. art. 55, eerste lid, WvSr). De wijze waarop deze uitzondering in het voorontwerp was vormgegeven en toegelicht, heeft blijkens de reacties op het voorontwerp nogal wat vragen opgeroepen. Nu eendaadse samenloop in de praktijk – ook in de strafrechtspraktijk – maar zelden voorkomt, is het uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving beter daarvoor in het bestuursrecht geen afzonderlijke regeling te treffen. Het door de opstellers van het voorontwerp beoogde doel – het tegengaan van onredelijke cumulatie van sancties – kan ook door toepassing van het evenredigheidsbeginsel worden bereikt. In de schaarse gevallen waarin eendaadse samenloop zich voordoet, zal steeds ook moeten worden gezegd dat het evenredigheidsbeginsel zich in concreto verzet tegen de door artikel 5.0.8 in abstracto toegelaten cumulatie van sancties. Bij bestuurlijke boeten geeft artikel 5.4.1.7, tweede en derde lid, het bestuursorgaan dan de bevoegdheid en de verplichting om met één sanctie te volstaan. Het ligt in de rede dat de bestuursrechter bij de beantwoording van de vraag of sprake is van eendaadse samenloop, aansluiting zal zoeken bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake artikel 55, eerste lid, WvSr. In dat geval zal eendaadse samenloop zich, als gezegd, in de praktijk slechts uiterst zelden voordoen.

Artikel 5.0.8 geldt ook voor herstelsancties. Het is dus – uiteraard weer binnen de grenzen van het evenredigheidsbeginsel – ook mogelijk om bij

overtreding van twee voorschriften een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van het ene voorschrift en een herstelsancties wegens overtreding van het andere voorschrift (vgl. art. 58 WvSr over cumulatie van ongelijksoortige hoofdstraffen). Ook is het bij overtreding van twee voorschriften in beginsel mogelijk om twee herstelsancties op te leggen, één wegens overtreding van het ene voorschrift en de tweede wegens overtreding van het andere voorschrift. Artikel 5.0.6 verzet zich daar niet tegen, omdat de sancties niet wegens dezelfde overtreding worden opgelegd.

Aan de cumulatie van herstelsancties is echter naast het evenredigheidsbeginsel wel een tweede grens gesteld, die zich laat illustreren aan de hand van het eerder gegeven voorbeeld van een machine die zowel onveilig is voor werknemers als geluidhinder veroorzaakt voor omwonenden. Denkbaar is dat het bestuursorgaan dan op grond van beide voorschriften de buitengebruikstelling van de machine wil afdwingen. In dat geval kan een gebod daartoe niet met zowel bestuursdwang als een dwangsom worden gesanctioneerd. Het bestuur kan immers, indien de overtreder de machine blijft gebruiken, niet zowel zelf de machine buiten werking stellen op kosten van de overtreder, als ook nog eens een dwangsom innen. Bestuursdwang en dwangsom veronderstellen beide een last, een bevel aan de overtreder, en kunnen niet tegelijk worden toegepast ter sanctionering van twee bevelen van dezelfde inhoud. Anders gezegd: als twee gelijktijdige overtredingen leiden tot hetzelfde bevel aan de overtreder, kan niet gelijktijdig met bestuursdwang en met een dwangsom worden bedreigd, want dat zou op hetzelfde neerkomen als de door artikel 5.0.6 verboden gelijktijdige toepassing van bestuursdwang en dwangsom bij één overtreding.

Het ligt echter anders, indien het bestuursorgaan, in het gegeven voorbeeld, enerzijds met toepassing van bestuursdwang de machine beveiligd door het plaatsen van een hek, anderzijds de overtreder beveelt om op straffe van een dwangsom binnen twee weken de nodige geluidwerende voorzieningen te treffen. Dit is wel mogelijk, omdat het om twee te onderscheiden overtredingen en bevelen gaat.

Het is ook nog denkbaar, dat op één gedraging zowel een meer specifiek als een meer algemeen voorschrift van dezelfde strekking van toepassing is. Niet uitgesloten is bijvoorbeeld dat overtreding van een specifiek gedragsvoorschrift tevens een schending van een meer algemene zorgplicht oplevert. In dat geval ligt het in de rede dat het bestuursorgaan een eventuele sanctie primair baseert op het meer specifieke voorschrift (vgl. art. 55, tweede lid, WvSr). Voor het antwoord op de vraag wanneer twee voorschriften zich verhouden als een «specialis» en «generalis» kan zo nodig wederom aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van de strafrechter.

Artikel 5.0.9

Artikel 5.0.9 bevat enkele eisen waaraan elke beschikking waarbij een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd, moet voldoen. In alle gevallen dient de beschikking een omschrijving van de gedraging, alsmede de overtreden bepaling te vermelden. Voorzover dit nodig is om de gedraging te identificeren, dient de beschikking tevens een aanduiding te bevatten van de plaats waar en het tijdstip waarop de gedraging plaatsvond.

Voor beschikkingen waarbij een bestuurlijke boete wordt opgelegd, gelden enkele aanvullende eisen, die zijn neergelegd in artikel 5.4.2.5. Voorzover de sanctiebeschikking de verplichting tot betaling van een geldsom inhoudt, moet zij voorts voldoen aan de eisen die het voorgestelde artikel 4.4.1.2, tweede lid, aan dergelijke beschikkingen stelt. Deze eisen betreffen onder meer de betalingstermijn.

Voor het besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete zijn de genoemde bepalingen van essentieel belang, nu zij voor de betrokkene de

kennisgeving van de reden en aard van de beschuldiging en de op te leggen boete vormen. De eis van kennisgeving volgt onder meer uit artikel 6, derde lid, aanhef en onderdeel a, EVRM. Het bepaalde in deze verdragsbepaling brengt mee dat de gronden waarop het opleggen van de boete berust, in bijzonderheden en uiterlijk op het tijdstip van de oplegging van de boete aan de betrokkene moeten worden medegedeeld (zie bijv. HR 20 december 1989, BNB 1990/102 en CRvB 29 juni 2000, JB 2000, 254). Opmerking verdient overigens dat artikel 6, derde lid, aanhef en onderdeel a, EVRM zelf geen sanctie geeft voor het niet-nakomen van het in deze bepaling neergelegde recht. Uitgangspunt van deze bepaling is dat de betrokkene in staat wordt gesteld zijn verdediging adequaat voor te bereiden. Dit betekent dat schending van de mededelingsplicht niet zonder meer hoeft te leiden tot het vervallen van de boete. Waar het om gaat is dat de overtreder door de schending niet in zijn verdediging wordt geschaad. De belastingkamer van de Hoge Raad is zeer streng op dit punt: schending van de kennisgevingsplicht leidt tot vernietiging van de boetebeschikking. De boete vervalt en er kan geen nieuwe boetebeschikking worden genomen (zie HR 19 december 1990, BNB 1991/176). Deze strenge opstelling van de Hoge Raad wordt gemotiveerd met een verwijzing naar artikel 6, derde lid, aanhef en onderdeel a, EVRM. In recente jurisprudentie lijkt de Hoge Raad zich wat soepeler op te stellen. Volgens de Hoge Raad mag de inspecteur de juridische kwalificatie van de feitelijke gedraging waarvoor de boete is opgelegd in de loop van de bezwaarprocedure aanpassen, zelfs nog tijdens een beroepsprocedure voor de rechter, mits de toegang tot de rechter daardoor niet wordt belemmerd en mits de betrokkene niet zodanig in zijn verdediging wordt geschaad dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak (HR 4 april 2001, BNB 2001, 272). Deze uitspraak is naar het oordeel van de regering meer in overeenstemming met het uitgangspunt van artikel 6, derde lid, aanhef en onderdeel a, EVRM, namelijk dat de betrokkene niet in zijn verdediging wordt geschaad. Indien de beschikking niet aan genoemde eisen voldoet, hoeft dat derhalve niet zonder meer tot vernietiging van de boetebeschikking te leiden. Met toepassing van artikel 6:22 Awb kan de rechter een beschikking ondanks schending van deze vormvoorschriften in stand laten, indien de overtreder door de schending niet in zijn belangen – bij sancties betekent dit vooral ook: in zijn verdediging – is geschaad (vgl. ook ABRS 28 augustus 2002, ABKort 2002, 661).

Artikel 5.0.10

Eerste lid

Voorzover een bestuurlijke sanctie verplicht tot het betalen van een geldsom, komt deze geldsom toe aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd, behoort. Dit geldt voor de bestuurlijke boete en voor verbeurde dwangsommen, maar ook voor de kosten van bestuursdwang. De last onder bestuursdwang verplicht immers tot betaling van de kosten en vermeldt dit ook (artikel 5:25, tweede lid), zij het dat het bedrag van die kosten veelal pas op een later tijdstip kan worden vastgesteld.

Een en ander is in overeenstemming met het geldende recht. Voor verbeurde dwangsommen is dit neergelegd in het huidige artikel 5:33, eerste lid. Voor de kosten van bestuursdwang is een en ander thans niet met zoveel woorden bepaald, maar het spreekt vanzelf dat die kosten verschuldigd zijn aan de rechtspersoon die de kosten heeft gemaakt. Wat de bestuurlijke boeten betreft bevatten de meeste bestaande boeteregelingen een bepaling die overeenkomt met het voorgestelde artikel 5.0.10.

Van diverse zijden (onder meer de Hoge Raad en het openbaar ministerie)

is opgemerkt dat de voorgestelde regeling mogelijk leidt tot misbruik door het bestuursorgaan, nu het bestuur een financieel belang heeft bij de oplegging van een boete. De regering is niet overtuigd van dit mogelijke misbruik en ziet juist voordelen in de voorgestelde regeling, nu daarmee de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving wordt benadrukt. Met de opbrengst van de bestuurlijke boetes kunnen bovendien de kosten van handhaving deels worden gecompenseerd. Onder meer de VNG ziet dit als een groot voordeel. Doorgaans zal deze compensatie overigens slechts gedeeltelijk zijn: op de meeste beleidsterreinen overtreffen de kosten van handhaving de opbrengsten daarvan. Reeds daarom hoeft niet te worden gevreesd dat bestuursorgaan handhavingsbevoegdheden louter uit financieel gewin zouden gaan inzetten. De voorgestelde regeling komt voorts overeen met het geldende recht, zowel voor bestuurlijke dwangsommen als voor bestuurlijke boeten. Niet is gebleken dat deze thans reeds geldende regelingen hebben geleid tot oneigenlijk gebruik van handhavingbevoegdheden of zelfs maar de schijn daarvan. Bovendien staat tegen financiële sanctiebesluiten altijd beroep open bij de bestuursrechter, die niet alleen kan en moet toetsen of de overtreding bewezen is, maar ook of de daarvoor opgelegde sanctie evenredig is. Ook kan hij toetsen of de sanctie past binnen het door het bestuursorgaan gevoerde handhavingsbeleid. Voor dit handhavingsbeleid gelden ten slotte de normale vormen van politieke controle. De jaarlijkse raming en verantwoording van de opbrengsten in het kader van de begrotingscyclus levert ook een bijdrage aan deze controle. Gelet hierop bestaan er naar ons oordeel voldoende waarborgen tegen misbruik.

In sommige gevallen kan er echter aanleiding zijn de bestemming van de opbrengst anders te regelen; zo komen bijvoorbeeld boeten krachtens de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften niet toe aan de politieregio's, maar aan de Staat. Daarom is de mogelijkheid geopend bij wettelijk voorschrift van de hoofdregel af te wijken.

Tweede lid

Het tweede lid bepaalt, dat uit de oplegging van bestuurlijke sancties voortvloeiende geldschulden kunnen worden ingevorderd bij dwangbevel. Ook dit is overeenkomstig het geldende recht. De invordering geschiedt dan overeenkomstig de regels van afdeling 4.4.4. Een en ander geldt niet slechts voor sancties die zelf een financieel karakter hebben, zoals de bestuurlijke boete en de dwangsom, maar ook voor de kosten van bestuursdwang.

Artikel 5.0.11

Eerste lid

Artikel 14, derde lid, onderdeel g, IVBPR bepaalt dat niemand gehouden is tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen, het zogenoemde «*nemo tenetur*»-beginsel. Sinds het arrest Funke (EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485) is het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel dat het zwijgrecht en het recht zichzelf niet te beschuldigen tevens besloten liggen in het «*fair trial*»-beginsel van artikel 6, eerste lid, EVRM. Ook het Hof van Justitie van de EG erkent dit recht (HvJEG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur. 3283, NJ 1991, 687 (Orkem)). Dit zwijgrecht geldt niet alleen in het strafrecht, maar ook bij door bestuursorganen op te leggen bestraffende sancties.

In dit wetsvoorstel is het zwijgrecht neergelegd in artikel 5.0.11 voor de fase van de voorbereiding van de boetebeschikking en de bezwaarfase en in het nieuwe artikel 8:28a voor een eventuele beroepsprocedure tegen de boetebeschikking. Gekozen is voor plaatsing in titel 5.1, omdat het zwijg-

recht onder meer derogeert aan de in artikel 5:16 jo. 5:20 neergelegde verplichtingen om inlichtingen te verschaffen aan toezichthouders. Ter vermijding van misverstand zij er overigens op gewezen, dat de betekenis van het zwijgrecht daartoe niet is beperkt. Het zwijgrecht geldt evenzeer tegenover bestuursorganen en tegenover ambtenaren die geen toezichthouder in de zin van artikel 5:11 zijn.

Tegenover dit recht om te zwijgen staat dat de bestuursrechtelijke wetgeving burgers vaak verplichtingen oplegt om inlichtingen aan bestuursorganen te verstrekken, bijvoorbeeld ten behoeve van de belastingheffing. Dit roept de vraag op waar de inlichtingenplicht ophoudt en het zwijgrecht begint.

In dat verband is allereerst van belang, dat het «*nemo tenetur*»-beginsel volgens het Hof niet inhoudt dat iemand op geen enkele wijze kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken (EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders)). Zo kan een burger ook in een strafprocedure worden gedwongen materiaal over te leggen dat onafhankelijk van zijn wil bestaat, zoals geschriften, ademlucht en lichaamsmateriaal. Artikel 6 EVRM garandeert slechts het zwijgrecht in strikte zin: het recht om niet te worden gedwongen een bekentenis of een verklaring tegen zichzelf af te leggen. Ook het Nederlandse recht kent geen onvoorwaardelijk beginsel dat iemand op generlei wijze kan worden verplicht tot medewerking aan het verkrijgen van mogelijkterwijs bezwarend bewijsmateriaal (HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 629).

Uit de arresten Funke en Saunders kan worden afgeleid dat het zwijgrecht in ieder geval geldt vanaf het tijdstip waarop kan worden gesproken van een «*criminal charge*». Veelal wordt aangenomen dat sprake is van een «*criminal charge*» vanaf het tijdstip waarop de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een boete zal worden opgelegd. Vanaf dat tijdstip is hij derhalve niet (meer) verplicht ten behoeve van de boeteoplegging enige verklaring over de overtreding af te leggen. De formulering «uit handelingen van het bestuur redelijkerwijs kan afleiden dat...» is ontleend aan rechtspraak van de Hoge Raad, in lijn met uitspraken van het EHRM over de vraag wanneer sprake is van een «*criminal charge*» (HR 17 februari 1987, NJ 1987, 951, HR 23 juni 1993, BNB 1993/271; zie ook EHRM 27 februari 1980, NJ 1980, 561 (Deweert) en EHRM 15 juli 1982, Publ. ECHR Ser. A, Vol. 51 (Eckle)). Volgens het EHRM is sprake van een «*criminal charge*» wanneer de overheid een officiële kennisgeving aan de betrokkene richt, inhoudende dat hij een wetsovertreding heeft begaan die «*criminal*» is in de zin van het EVRM, of wanneer de overheid naar aanleiding van een dergelijke overtreding handelingen verricht die de positie van de betrokkene wezenlijk beïnvloeden. Het zwijgrecht bestaat dus niet bij iedere vraag die belastende informatie zou kunnen opleveren, maar slechts bij vragen die daarop zijn gericht. In lijn met een en ander was in het voorontwerp bepaald dat het zwijgrecht toekwam aan «degene die aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie zal worden opgelegd». Vergelijkbare formuleringen waren eerder opgenomen in een reeks bijzondere wetten die in de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten voorzien (bijvoorbeeld artikel 67j Algemene wet inzake rijksbelastingen).

Niettemin heeft deze formulering vrij veel kritiek opgeroepen. Van strafrechtelijke zijde (zie onder meer G.J. Knigge, RM Themis 2000, p. 83–96) is opgemerkt dat er geen goede redenen zijn om op dit punt onderscheid te maken tussen bestuursrecht en strafrecht. De problematiek van de verhouding tussen zwijgrecht en inlichtingenplicht, bijvoorbeeld, doet zich in het strafrecht ook voor, omdat veel bestuursrechtelijke wetten (mede) strafrechtelijk worden gehandhaafd. Daarom zou het bestuursrecht op dit punt aansluiting moeten zoeken bij het strafrecht. In het strafrecht geldt het zwijgrecht voor degene die als verdachte wordt gehoord (artikel 29

Wetboek van Strafvordering). Voordat de vervolging is aangevangen, geldt als verdachte degene ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit (artikel 27 WvSv).

Ook de Raad van State heeft in diverse adviezen kritiek geuit op de in de desbetreffende wetsvoorstellen overgenomen formulering van het voorontwerp. De Raad suggereerde daarbij om het zwijgrecht te laten gelden vanaf het tijdstip waarop de betrokkene aan een jegens hem verrichte handeling vanwege de overheid in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij *wordt ondervraagd* ter zake van een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete *kan leiden* (zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 1998/99, 26 363 A, p. 4, wijziging Postwet, de cursiveringen geven de verschillen aan ten opzichte van het voorontwerp). De Raad van State overwoog hierbij dat de jurisprudentie van het EHRM op dit punt nog niet is uitgekristalliseerd. Daarom verdient het volgens de Raad aanbeveling te kiezen voor een formulering die zowel handhavingsoogpunt als uit oogpunt van waarborging van de rechten van de belanghebbenden verantwoord is. De Raad was er derhalve niet zeker van, dat de formulering van het voorontwerp in overeenstemming was met artikel 6 EVRM.

De regering heeft destijds deze adviezen van de Raad van State niet gevolgd. Een belangrijk argument daarvoor was dat de gebruikte formulering reeds in een aantal wetten voorkwam en dat het in ieder geval onwenselijk was om in verschillende bestuursrechtelijke wetten verschillende formuleringen te gebruiken. Daarbij werd aangetekend dat het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb een geschikt kader zou zijn om de kwestie voor de gehele bestuursrechtelijke wetgeving opnieuw te bezien.

Derhalve heeft de regering zich bij de voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel opnieuw op de problematiek van het zwijgrecht bezonnen. Dat heeft geleid tot de conclusie dat het wenselijk is om een van het voorontwerp afwijkende regeling voor te stellen. Deze aanleiding ligt vooral in de wens om onnodige verschillen met het strafrecht te vermijden. Dit klemmt temeer nu de regelingen van het zwijgrecht in het bestuursrecht en in het strafrecht beide moeten voldoen aan de eisen van hetzelfde artikel 6 EVRM. Daarbij doet zich overigens wel het probleem voor, dat de jurisprudentie van het EHRM geen volstrekte duidelijkheid biedt over de eisen die het EVRM stelt.

De door de Raad van State in het hiervoor aangehaalde advies over het ontwerp-Postwet voorgestelde formulering van het zwijgrecht achten wij in ieder geval te ruim. Als reeds voldoende zou zijn dat de ondervraging betrekking heeft op een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete *kan leiden*, zou het zwijgrecht ook reeds bestaan in een fase waarin nog niet gekozen is tussen het optreden met een herstelsanctie of met een bestraffende sanctie en zelfs wanneer al is gekozen voor een herstelsanctie. Dat gaat veel verder dan artikel 6 EVRM eist en ook verder dan het strafrecht en zou de handhaving tezeer belemmeren.

Alles afwegende stellen wij daarom voor te bepalen dat aan een persoon het zwijgrecht toekomt, zodra hij met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord. Deze formulering maakt in de eerste plaats duidelijk dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding «punitief» af te doen. Het bestuursorgaan overweegt derhalve niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. De terminologie «wordt verhoord» in plaats van «wordt ondervraagd» sluit aan bij het strafrecht en het fiscale recht. Zij onderstreept mede daardoor nog eens dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) zijn gericht op andere bestuurstaken, zoals bijvoorbeeld de belasting- of premieheffing. Dit is van belang voor de afbakening tussen het zwijgrecht en bestuursrechtelijke inlichtingenplichten.

Daarnaast bieden de woorden «wordt verhoord» een objectiever aanknopingspunt dan de formulering uit het voorontwerp, die aanknoopte bij een door de (vermeende) overtreder te maken gevolgtrekking. In de nieuwe formulering gaat het erom dat naar objectieve omstandigheden door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een «verhoor» met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Het subjectieve inzicht van de verhorende ambtenaar is dus niet doorslaggevend. Deze objectieve omstandigheden maken dat het bestuursorgaan ook niet zomaar «straffeloos» de toezichtsfase kan uitrekken teneinde de vermoedelijke overtreder bepaalde waarborgen te onthouden. De rechter zal zich uiteindelijk – mede in het licht van artikel 6 EVRM – een oordeel moeten vormen over de vraag wanneer van dergelijke omstandigheden sprake is. Praktisch zal dat overigens vaak niet tot een ander resultaat leiden dan toetsing aan de bestaande formulering. Het «verhoor» is immers ook een «handeling waaraan betrokkene redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een boete zal worden opgelegd» en zal in veel gevallen de eerste zodanige handeling zijn waarmee de overtreder wordt geconfronteerd.

Het zwijgrecht laat – zoals ook uit het bovenstaande al blijkt – verplichtingen om inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de uitvoering of het toezicht op de naleving van voorschriften in het algemeen onverlet. Het zwijgrecht heeft slechts betrekking op het afleggen van verklaringen over de overtreding waarvan iemand wordt beschuldigd. Een belastingplichtige kan bijvoorbeeld niet weigeren een ten behoeve van de belastingheffing gestelde vraag over een aangifte te beantwoorden op de enkele grond, dat uit het antwoord zou kunnen blijken dat de aangifte niet geheel conform de waarheid is. Evenzo laat de omstandigheid dat bijvoorbeeld een aanslagregelende ambtenaar overweegt een boete op te leggen omdat de aangifte inkomstenbelasting over jaar X in strijd met de waarheid is gedaan, de verplichting van de belastingplichtige om naar waarheid aangifte te doen over volgende jaren geheel onverlet, ook als uit die aangifte feiten zouden blijken die het vermoeden staven dat de aangifte over jaar X onjuist is.

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt wel dat onder omstandigheden verklaringen die voorafgaand aan de *criminal charge* op grond van een plicht tot informatieverstrekking zijn afgelegd, niet mogen worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestraffende sanctie staat. Men zie naast het reeds genoemde Saunders-arrest ook EHRM 3 mei 2001, EHRC 2001, nr. 45; BNB 2002, nr. 26; AB 2002, 343 (J.B./Zwitserland); vgl. ook HR 27 juni 2001, AB 2002, 342. Dit betekent echter niet dat ter naleving van een inlichtingenplicht verstrekte informatie nooit mag worden gebruikt ter onderbouwing van een daaropvolgende bestraffende sanctie. Dit mag in ieder geval wel indien het gaat om informatie die onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat. Zo kunnen bloed- en urinemonsters en gegevens die de overheid in handen krijgt op basis van eigen handelen, zoals een boekenonderzoek, huisbezoek of een huiszoeking, wel voor de bewijsvoering ter onderbouwing van de bestuurlijke boete worden gebruikt.

Maar ook los daarvan volgt uit de arresten Saunders en J.B./Zwitserland niet, dat onder dwang verkregen verklaringen nooit voor het bewijs van een overtreding mogen worden gebruikt. Beide arresten betroffen enigszins atypische casusposities, hetgeen noopt tot voorzichtigheid bij het trekken van algemene conclusies. Het Hof geeft, zoals gebruikelijk, ook aan dat het zich beperkt tot een beoordeling van de concrete voorliggende zaak. In Saunders had een aanklager ten overstaan van een jury langdurig voorgelezen uit in de toezichtsfase onder dwang verkregen verklaringen, met het oogmerk om de geloofwaardigheid van de verdachte te ondermijnen.

Het arrest J.B./Zwitserland betrof een procedure wegens vermeende belastingontduiking. De Zwitserse fiscale autoriteiten vorderden van de

klager op straffe van boeten een verklaring over de herkomst van geïnvesteerde bedragen die hij in zijn aangiften verzwegen had, alsmede afgifte van alle documenten over die investering waarover hij beschikte. Deze informatie werd gevraagd met het oog op een juiste vaststelling van de aanslag, maar er zou ook een boete op kunnen worden gebaseerd. J.B. weigerde herhaaldelijk de gevraagde informatie te verstrekken. Voor deze weigeringen werden hem enkele bestuurlijke boeten opgelegd.

Volgens het EHRM was in dit geval sprake van een «*criminal charge*», nu vanaf het begin van de procedure duidelijk was dat een boete wegens belastingontduiking in het verschiet lag. Het opleggen van een boete wegens het niet voldoen aan de inlichtingenplicht acht het Hof in de omstandigheden van het geval in strijd met het «*nemo tenetur*»-beginsel. Daarbij wijst het Hof er op dat in dit geval geen sprake was van bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de J.B. bestond, dat J.B. rekening moest houden met de mogelijkheid dat de gevraagde documenten zouden worden gebruikt voor het opleggen van een boete wegens belastingontduiking, alsmede dat er maar liefst vier keer een forse geldboete was opgelegd wegens het niet verschaffen van deze informatie. Ook hier ligt de nadruk dus op de bijzondere omstandigheden van het geval. Naar het oordeel van de regering dwingt dit arrest daarom geenszins tot de uitleg dat een belastingplichtige zich in het kader van de normale belastingheffing kan beroepen op een zwijgrecht ten opzichte van de belastinginspecteur op de enkele grond dat hij een straf wegens belastingontduiking riskeert. Op deze manier zouden (vermoedelijke) fraudeurs in een bevoorrechte positie komen vergeleken met belastingplichtigen die niet van fraude worden verdacht (vgl. M.W.C. Feteris in BNB 2002/27c, p. 214 en NJCM-Bulletin 2002, p. 48). Ook de Hoge Raad is van oordeel dat een belastingplichtige de bij een controleonderzoek gevraagde gegevens, inlichtingen en bescheiden niet kan weigeren te geven met een beroep op het «*nemo-tenetur*»-beginsel, voorzover het de vaststelling van de belastingschuld betreft. Hij kan derhalve wel gedwongen worden vragen te beantwoorden die mede voor de belastingheffing van belang zijn (HR 27 juni 2001, BNB 2002, 27c).

Het kan wel zo zijn dat wegens de bijzondere omstandigheden van een bepaald geval bepaalde informatie uiteindelijk niet kan worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestuurlijke boete staat. De arresten Saunders en J.B./Zwitserland wijzen er op, dat in dat verband ook de wijze waarop het bewijs is verkregen en wordt gebruikt een rol kan spelen (aldus ook O.J.D.M.L. Jansen en M.J.J.P. Luchtman in AB 2002, 343). Een en ander zal in een concreet geval door de rechter moeten worden beoordeeld, mede in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 6 EVRM.

Het zwijgrecht kan ook van belang zijn in de bezwaarfase. De Hoge Raad heeft in een belastingzaak overwogen dat de aanduiding van de gronden van het bezwaar (in de zin van artikel 6:5, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Awb) tegen een fiscale boete summier mag zijn en onder omstandigheden ook erin kan bestaan dat de belastingplichtige aangeeft het niet eens te zijn met de voor de boete gegeven gronden en daarbij stelt dat standpunt niet nader te kunnen motiveren zonder zichzelf te incrimineren (zie HR 8 maart 2002, AB 2002, 353).

Tweede lid

Naast het zwijgrecht is ook de zogenoemde «cautie» van belang. De cautie (letterlijk: waarschuwing) is de uitdrukkelijke mededeling aan de overtreder, dat hij op te stellen vragen geen antwoord hoeft te geven. Een verplichting tot het geven van een cautie kan niet direct uit de mensenrechtenverdragen worden afgeleid, doch het is van belang dat de betrokkene door het bestuursorgaan op zijn zwijgrecht wordt gewezen. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 29, tweede lid, van het Wetboek van

Strafvordering en artikel 67m, tweede lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen. Evenals in het strafrecht kan het immers voorkomen dat de overtreder zich in directe confrontatie met het bestuursorgaan verplicht voelt te antwoorden, terwijl hij daartoe juridisch niet gehouden is. Met het oog daarop dient de overtreder in deze gevallen op de hoogte te worden gesteld van het feit dat hij niet langer verplicht is verklaringen af te leggen. De artikelen 5.0.11 en 8.28a voorzien hierin.

De plicht om de cautie te geven geldt indien sprake is van een verhoor. Een verhoor is een mondelinge ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. De achtergrond van de cautieplicht is immers het ervaringsgegeven, dat van een mondelinge ondervraging een zekere psychische druk om te antwoorden kan uitgaan. De cautie wil voorkomen, dat de ondervraagde onder deze druk verklaringen aflegt, waarvan niet meer kan worden gezegd dat zij in vrijheid zijn afgelegd.

Van schriftelijke vragen gaat, door het ontbreken van de directe confrontatie met de ondervrager, veel minder druk om te antwoorden uit. Bij schriftelijke vragen is als regel geen sprake van een verhoor en behoeft dus geen cautie te worden gegeven. Dit is slechts anders indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor.

Indien verzuimd is de cautie te geven, betekent dit niet zonder meer dat een vervolgens afgelegde verklaring niet voor het bewijs mag worden gebruikt. Volgens de strafrechtelijke jurisprudentie kan een dergelijke verklaring niettemin aan het bewijs bijdragen, indien de overtreder door het ontbreken van de cautie niet is benadeeld. Bij de beantwoording van de vraag of de overtreder door het ontbreken van de cautie is benadeeld, is onder meer van belang of de overtreder tijdens het verhoor werd bijgestaan door een rechtsgeleerd raadsman (zie o.m. HR 16 november 1982, NJ 1983, 283; HR 13 september 1988, NJ 1989, 454).

IV. HERSTELSANCTIES

1. Inleiding

De Awb bevat sedert 1 januari 1998 een regeling van de twee belangrijkste herstelsancties die ons bestuursrecht kent: de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Thans is er aanleiding om enkele wijzigingen van deze regeling voor te stellen. Deze wijzigingen vloeien voor een deel voort uit de in dit wetsvoorstel opgenomen algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving en de bepalingen inzake bestuursrechtelijke geldschulden. Daarnaast is in de commentaren op het voorontwerp vierde tranche aandacht gevraagd voor enkele andere kwesties betreffende herstelsancties. Aan twee daarvan, te weten de zogenoemde partiële handhaving en de preventieve handhaving, is reeds aandacht besteed in de artikelsgewijze toelichting bij respectievelijk de artikelen 5.0.2 en 5.0.7. De overige worden in dit hoofdstuk toegelicht. Tenslotte is, op advies van de Raad van State, van de gelegenheid gebruik gemaakt om de afdeling over bestuursdwang beter te doen aansluiten bij de afdeling over de last onder dwangsom en bij de praktijk, door daarin voortaan te spreken van een last onder bestuursdwang (zie hierna, paragraaf 2).

Om redenen die in paragraaf 3 van het algemeen deel van hoofdstuk III van deze toelichting zijn uiteengezet, wordt voorgesteld hoofdstuk 5 van de Awb onder te verdelen in titels en de bestaande afdelingen iets anders te groeperen. Onderdeel G zet de bestaande afdeling 5.2 om in een titel, onderdeel H bevat de nieuwe titel 5.3 inzake herstelsancties, onderverdeeld in afdeling over de last onder bestuursdwang en een afdeling over de last onder dwangsom. In verband met het aantal wijzigingen is er voor gekozen titel 5.3 ter wille van de leesbaarheid geheel opnieuw uit te schrijven.

2. Van bestuursdwang naar last onder bestuursdwang

De regeling van de last onder dwangsom, zoals deze in 1998 in de Awb werd opgenomen, komt materieel grotendeels overeen met eerdere regelingen in de Provincie-, Gemeente- en Waterschapswet. Waar echter de organieke wetten het begrip «dwangsom» gebruikten, introduceerde de Awb het begrip «last onder dwangsom». Dit is geen materiële wijziging, maar geeft nauwkeuriger aan wat er aan de hand is. De kern van de herstelsanctie «last onder dwangsom» is het bevel (de last) aan de overtreder om iets te doen of na te laten; de dwangsom is de stok achter de deur voor het geval dit bevel niet wordt nageleefd.

Bij bestuursdwang is het in wezen niet anders. Ook bij bestuursdwang gelast het bestuursorgaan als regel eerst de overtreder om maatregelen te nemen om de overtreding te beëindigen of haar gevolgen weg te nemen. Pas als deze last niet wordt nageleefd, kan het bestuursorgaan op kosten van de overtreder zelf de nodige maatregelen nemen. In de praktijk fungeert dus ook bestuursdwang vooral als stok achter de deur voor het geval een voorafgaande last niet wordt nageleefd. In de praktijk hoeft het in de meeste gevallen niet tot daadwerkelijk optreden van het bestuursorgaan te komen. Alleen in (zeer) spoedeisende gevallen ontbreekt deze voorafgaande last.

De huidige wettelijke regeling stelt echter het optreden van het bestuursorgaan voorop en vermeldt slechts terloops dat de overtreder dit optreden kan voorkomen door zelf maatregelen te nemen. Dat doet voorkomen alsof optreden door het bestuursorgaan de regel is en herstel door de overtreder zelf de uitzondering. In werkelijkheid is het andersom. Gelet hierop is, op advies van de Raad van State, van de gelegenheid gebruik gemaakt om de wettelijke regeling meer met deze werkelijkheid in overeenstemming te brengen door (ook) daarin de last centraal te stellen. Dit

heeft tevens als voordeel dat de parallel tussen de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom duidelijker tot uitdrukking komt. Een ander leidt tot een groot aantal technische wijzigingen van de afdeling over bestuursdwang. Daarom is de regeling met het oog op de leesbaarheid opnieuw uitgeschreven. Benadrukt zij dat daarmee op zichzelf geen materiële wijziging van het recht is beoogd.

3. Wijzigingen voortvloeiend uit titel 4.4 (Bestuursrechtelijke geldschulden)

De voorgestelde regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden heeft gevolgen voor de regeling van de herstelsancties. De toepassing van bestuursdwang geschiedt in beginsel op kosten van de overtreder (artikel 5:25) en leidt in zoverre dus tot het ontstaan van een bestuursrechtelijke geldschuld. De geldschuld die ontstaat als een door een bestuursorgaan opgelegde dwangsom wordt verbeurd, is eveneens bestuursrechtelijk van aard.

De in artikel 4.4.1.2 neergelegde hoofdregel is dat een bestuursrechtelijke verplichting tot betaling van een geldsom bij beschikking wordt vastgesteld. Dit uitgangspunt heeft een belangrijke rol gespeeld bij de in afdeling 4.4.4 neergelegde regeling van de rechtsbescherming tegen dwanginvordering. Indien de bestuursrechter kennis kan nemen van uit de beschikking voortvloeiende geschillen over bijvoorbeeld de hoogte van de betalingsplicht, is er geen aanleiding om wijziging aan te brengen in de (bestaande) bevoegdheid van de burgerlijke rechter om kennis te nemen van geschillen die uit de executie van een bestuursrechtelijke geldschuld voortvloeien. In dat geval komen in deze executiegeschillen immers geen bestuursrechtelijke vragen meer aan de orde.

De geldschulden die kunnen voortvloeien uit het opleggen van een herstelsanctie worden naar huidig recht echter juist niet bij beschikking vastgesteld. De last onder bestuursdwang is een beschikking (artikel 5:24, eerste lid), maar het in rekening brengen van de kosten wordt thans niet als een publiekrechtelijke rechtshandeling beschouwd. Daardoor kunnen geschillen over de hoogte van de kosten thans slechts aan de burgerlijke (executie-)rechter worden voorgelegd, terwijl het in een dergelijk geschil vaak zal gaan over de bestuursrechtelijke vraag naar de redelijkheid en proportionaliteit van de wijze waarop de bestuursdwang is toegepast. Systematisch zou het juist zijn als de bestuursrechter over deze geschillen zou oordelen. Daarom wordt voorgesteld artikel 5:26 in die zin te wijzigen, dat een aparte kostenbeschikking in het leven wordt geroepen. Voor de burgerlijke rechter blijven dan over de «zuivere» executiegeschillen, bijvoorbeeld over de vraag of op bepaalde goederen of rekeningen beslag kan worden gelegd.

Bij de last onder dwangsom doet zich een enigszins vergelijkbare, maar meer gecompliceerde problematiek voor. Naar huidig recht wordt de dwangsom van rechtswege verbeurd als de last niet wordt nageleefd, dus als opnieuw een overtreding wordt gepleegd of de oorspronkelijke overtreding niet (tijdig) wordt beëindigd. De verbeurde wordt dus niet uitdrukkelijk bij beschikking vastgesteld. Dit heeft twee nadelen. In de eerste plaats betekent het, dat geschillen over de vraag of de last nu wel of niet is nageleefd bij de burgerlijke (executie-) rechter terechtkomen, hoewel daarin bij uitstek bestuursrechtelijke vragen aan de orde zijn. In de tweede plaats betekent het dat derden zich niet tot de bestuursrechter kunnen wenden als zij van oordeel zijn dat het bestuursorgaan ten onrechte meent dat geen dwangsom is verbeurd of een verbeurde dwangsom ten onrechte niet invordert. Op dit laatste punt wordt in de volgende paragraaf van deze toelichting ingegaan.

In verband met deze nadelen hebben de opstellers van het voorontwerp overwogen een zogenaamde «verbeurdverklaringsbeschikking» te introduceren. Zij hebben daar echter van afgezien omdat deze figuur, kort gezegd, nogal wat procedurele complicaties oplevert (voorontwerp, blz. 137). In diverse reacties op het voorontwerp werd dit betreurd en zijn alternatieve oplossingen gezocht. Het Ministerie van VROM heeft daartoe door de Universiteit Utrecht een onderzoek doen verrichten (A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, Handhaving van milieurecht onder de vierde tranche Awb, Den Haag (Ministerie van VROM) 2001). Op basis van dit onderzoek stellen de onderzoekers voor om in plaats van een «verbeurdverklaringsbeschikking» een «invorderingsbeschikking» te introduceren.

Ook wij zijn van oordeel dat het, zowel uit systematisch oogpunt als ter versterking van de positie van derden, wenselijk is om voor vragen rond het verbeuren en invorderen van dwangsommen een rechtsingang bij de bestuursrechter te creëren. De door de Commissie Wetgeving algemene regels van bestuursrecht gesignaleerde procedurele complicaties kunnen naar ons oordeel door wettelijke voorzieningen worden ondervangen (zie hierna paragraaf 4).

Gelet hierop introduceert het wetsvoorstel, in navolging van de suggestie van Blomberg c.s., de figuur van de invorderingsbeschikking. Indien het bestuursorgaan tot invordering wil overgaan, dan wel een belanghebbende daarom verzoekt, moet het eerst een invorderingsbeschikking geven. Deze beschikking behelst een gemotiveerde beslissing omtrent de invordering. Dit impliceert dat het bestuursorgaan in de invorderingsbeschikking ook een oordeel moet geven over de vraag in hoeverre dwangsommen zijn verbeurd. Men kan immers slechts invorderen wat verbeurd is. Aldus wordt bereikt, dat geschillen over de vraag in hoeverre dwangsommen zijn verbeurd, aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. In vergelijking met de figuur van de verbeurdverklaringsbeschikking heeft de invorderingsbeschikking echter het voordeel, dat tevens een oordeel moet worden gegeven over de vraag, of de verbeurde dwangsommen zullen worden ingevorderd. De vraag of dwangsommen verbeurd zijn en de vraag of zij zullen worden ingevorderd, vallen namelijk niet geheel samen. Als regel zal dat wel het geval zijn, maar het bestuursorgaan heeft blijkens de jurisprudentie enige ruimte om wegens bijzondere omstandigheden geheel of gedeeltelijk van invordering af te zien (vgl. Hof Leeuwarden 27 februari 2002, JB 2002, 136).

Naar huidig recht worden dwangsommen van rechtswege verbeurd zodra de last wordt overtreden. Ter vermijding van misverstand zij opgemerkt, dat de introductie van een invorderingsbeschikking hierin geen verandering brengt. Als gezegd zal het bestuursorgaan bij de motivering van de invorderingsbeschikking een oordeel moeten geven over de vraag in hoeverre dwangsommen zijn verbeurd, maar dit oordeel heeft een declaratoir karakter: de betalingsverplichting ontstaat reeds door het niet naleven van de last en niet pas door de invorderingsbeschikking.

4. Versterking van de positie van de derde die om handhaving vraagt

Het komt vaak voor dat burgers het bestuur op een overtreding attenderen en daarbij verzoeken om een herstelsanctie toe te passen. Indien het bestuursorgaan zo'n verzoek afwijst, kunnen burgers daartegen in bezwaar en beroep komen voorzover zij belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb zijn. Het komt echter voor dat naar aanleiding van een dergelijk verzoek wel een herstelsanctie wordt opgelegd, maar deze vervolgens niet wordt geëffectueerd: verbeurde dwangsommen worden niet ingevorderd of de aangezegde bestuursdwang wordt niet daadwerkelijk toegepast. Naar huidig recht heeft de belanghebbende die om handhaving heeft verzocht dan geen bestuursrechtelijke mogelijkheden om het

bestuur tot daadwerkelijk optreden te bewegen. In theorie is wel mogelijk dat hij zich tot de burgerlijke rechter wendt met een vordering strekkende tot een bevel om op te treden, maar in de praktijk blijkt de drempel voor deze procedure veelal te hoog.

In de literatuur is er reeds herhaaldelijk op gewezen dat deze stand van zaken noch uit een oogpunt van rechtsbescherming van de derde, noch uit een oogpunt van effectieve handhaving bevredigend is (zie recent *Blomberg c.s., a.w.*, blz. 16/17). De Raad van State heeft in zijn advies over de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht eveneens op deze problematiek gewezen (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, A, punten 8.17 en 8.18).

Ook wij zijn van oordeel dat de positie van de derde die om handhaving heeft gevraagd, op dit punt moet worden versterkt. Het is van algemene bekendheid, dat de bestuurlijke handhaving van wettelijke voorschriften helaas soms nog tekortschiet. Verzoeken tot handhaving van benadeelde burgers kunnen een bijdrage leveren aan verbetering van het handhavingsniveau. Maar dan dient de burger ook een effectief middel te hebben om het bestuur zo nodig tot daadwerkelijk optreden te bewegen. Aan louter papieren sancties heeft de benadeelde immers niets.

Daarmee is niet gezegd, dat het bestuur nimmer goede gronden kan hebben om van de effectuering van een eenmaal opgelegde sanctie af te zien. Het oordeel van het bestuur, dat dergelijke gronden aanwezig zijn, dient echter wel door de rechter te kunnen worden getoetst. Als gezegd zou dit nu in theorie door de burgerlijke rechter kunnen geschieden, maar het is systematisch juist en ook effectiever om daarvoor een rechtsingang bij de bestuursrechter te openen. Het gaat immers ook in dit geval om typisch bestuursrechtelijke vragen.

Gelet hierop menen wij dat een derde die om handhaving heeft gevraagd, ook bij geschillen omtrent de effectuering van herstelsancties toegang tot de bestuursrechter behoort te hebben. Bij geschillen over het al dan niet invorderen van dwangsommen wordt dit reeds gerealiseerd door de introductie van de in de vorige paragraaf van deze toelichting besproken invorderingsbeschikking. De derde-belanghebbende die om handhaving heeft verzocht, zal als regel immers ook belang hebben bij de beslissing omtrent de effectuering van de herstelsanctie, tenzij dit belang door wijziging van de feitelijke situatie is weggevallen (bijvoorbeeld doordat de omwonende die overlast ondervond, inmiddels is verhuisd). Indien deze derde meent dat ten onrechte niet wordt ingevorderd, zal hij bij het bestuursorgaan dus een invorderingsbeschikking kunnen aanvragen en tegen de beslissing op deze aanvraag zo nodig bezwaar en beroep kunnen aantekenen.

Bij een last onder bestuursdwang kan zich een vergelijkbare problematiek voordoen. Het komt voor dat een bestuursorgaan naar aanleiding van een klacht van een derde een last onder bestuursdwang oplegt, maar vervolgens niet daadwerkelijk bestuursdwang toepast, hoewel de overtreding voortduurt. Naar huidig recht is dit niet-toepassen van bestuursdwang geen besluit, maar een feitelijke handeling, zodat voor de benadeelde derde de weg naar de bestuursrechter is afgesloten. Om dezelfde reden als bij de last onder dwangsom is deze situatie onbevredigend. Daarom stellen wij – wederom in navolging van meergenoemde publicatie van *Blomberg c.s.* – voor om het bestuursorgaan te verplichten om op verzoek van een derde die om handhaving heeft gevraagd een beschikking omtrent de toepassing van de bestuursdwang te geven. Deze beschikking kan zo nodig door de bestuursrechter worden getoetst.

5. Cumulatie van besluitmomenten

Dit wetsvoorstel creëert in de sfeer van de herstelsancties drie nieuwe typen (bijkomende) beschikkingen: de kostenbeschikking en de beschikking omtrent toepassing bij de last onder bestuursdwang en de

invorderingsbeschikking bij de last onder dwangsom. Deze bijkomende beschikkingen zijn vatbaar voor bezwaar en beroep. Dat is ook wenselijk, want het is immers juist de bedoeling om de toegang tot de bestuursrechter te openen. Indien echter zowel tegen de hoofdbeschikking (waarbij de herstelsanctie is opgelegd) als tegen de bijkomende beschikking(en) telkens afzonderlijk bezwaar en beroep zou moeten worden aangetekend, zou dit tot een ongewenste opeenstapeling van procedures kunnen leiden. Degene die beroep instelt tegen een beschikking waarbij een last onder dwangsom is opgelegd, zal zich immers ook niet kunnen verenigen met de beschikking waarbij wordt vastgesteld dat dwangsommen zijn verbeurd en zullen worden ingevorderd.

Bij beschikkingen tot het vaststellen van een geldschuld doet zich een vergelijkbaar probleem voor. Daarvoor is een voorziening getroffen die er op neerkomt dat een nog aanhangig bezwaar of beroep tegen de hoofdbeschikking geacht wordt mede betrekking te hebben op de bijkomende beschikking(en) (zie het voorgestelde artikel 4.4.5.1). In de voorgestelde artikelen 5:31c en 5:39 wordt een soortgelijke voorziening getroffen voor de bijkomende beschikkingen bij respectievelijk bestuursdwang en de last onder dwangsom. Aldus wordt bereikt, dat de verschillende aspecten van het geschil zoveel mogelijk in één procedure worden behandeld. Dat is immers voor alle betrokkenen (burger, bestuur én rechter) het meest efficiënt.

6. De zelfstandige dwangsombevoegdheid

De last onder dwangsom is in ons bestuursrecht geïntroduceerd als een alternatief voor bestuursdwang. Aanvankelijk was de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom dan ook steeds gekoppeld aan de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang. Ook het huidige artikel 5:32, eerste lid, Awb volgt nog dit systeem.

De laatste jaren kennen bijzondere wetten echter steeds vaker ook zelfstandige – dat wil zeggen niet aan een bestuursdwangbevoegdheid gekoppelde – dwangsombevoegdheden toe. Het gaat dan om gevallen waarin het voor een adequate handhaving nodig is de naleving van verplichtingen door burgers of bedrijven meer rechtstreeks af te dwingen dan met een boete mogelijk is, maar waarin bestuursdwang niet denkbaar of niet uitvoerbaar is. Men zie bijvoorbeeld artikel 56 Mededingingswet, artikel 90b Wet toezicht kredietwezen 1992, artikel 48b Wet toezicht effectenverkeer 1995 en artikel 94 Wet personenvervoer 2000.

Gelet hierop wordt voorgesteld om de Awb zodanig aan te passen, dat met deze zelfstandige dwangsombevoegdheden rekening wordt gehouden. Dit vergt geen grote aanpassingen. Uit het voorgestelde artikel 5.0.4, eerste lid, vloeit voort dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, dus ook de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom, bij formele wet kan worden toegekend. Dat kan een bijzondere wet zijn, zoals de Mededingingswet, maar ook de Awb zelf. Van laatstgenoemde mogelijkheid wordt thans reeds gebruik gemaakt in artikel 5:32, eerste lid. Daar wordt de dwangsombevoegdheid toegekend aan ieder bestuursorgaan dat reeds over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt.

De bestaande regel, dat ieder bestuursorgaan dat over een bestuursdwangsombevoegdheid beschikt, tevens bevoegd is om in plaats van bestuursdwang toe te passen een last onder dwangsom op te leggen, blijft dus gehandhaafd. Daarnaast wordt erkend, dat er ook gevallen zijn waarin de dwangsombevoegdheid niet van een bestuursdwangbevoegdheid is afgeleid. In laatstgenoemde gevallen is er uiteraard geen behoefte aan een criterium voor de keuze tussen bestuursdwang en dwangsom. Daarom geldt dit criterium slechts in de gevallen waarin een bestuursorgaan over beide bevoegdheden beschikt (zie het voorgestelde

artikel 5:32, tweede lid, dat voor het overige overeenkomt met het bestaande artikel 5:32, derde lid).

Indien de bijzondere wet een zelfstandige dwangsombevoegdheid toekent, is het dus niet meer nodig om, zoals thans veelal geschiedt (zie bijvoorbeeld artikel 58, derde lid, Mededingingswet), de dwangsom-bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing te verklaren. Deze zijn voortaan gewoon rechtstreeks van toepassing.

Artikelsgewijs

Afdeling 5.3.1 Bestuursdwang

Artikel 5:21

Als gevolg van de in artikel 5.0.2, eerste lid, onderdeel b, opgenomen definitie van het begrip herstelsanctie en de in artikel 5.0.1, eerste lid, opgenomen definitie van het begrip overtreding dient de definitie van het begrip bestuursdwang te worden aangepast. Een inhoudelijke wijziging is met deze aanpassing niet beoogd. Het begrip overtreding komt overeen met de thans in artikel 5:21 gebruikte woorden «hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten». De thans in het artikel voorkomende woorden «door of vanwege een bestuursorgaan» zijn niet meer nodig, nu bestuursdwang is gedefinieerd als een herstelsanctie en een herstelsanctie per definitie wordt opgelegd door een bestuursorgaan. Dat daarbij mandaat mogelijk is, volgt reeds uit artikel 10:3, eerste lid; dat het bestuursorgaan anderen kan machtigen om de feitelijke handelingen namens het bestuursorgaan te verrichten spreekt vanzelf.

Zoals in paragraaf 2 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de toelichting is uiteengezet, wordt, op advies van de Raad van State, niet langer het begrip «bestuursdwang», maar het begrip «last onder bestuursdwang» gebruikt. Aan de toepassing van bestuursdwang gaat immers vooraf een last aan de overtreder om de overtreding te beëindigen of de gevolgen daarvan geheel of gedeeltelijk weg te nemen. Derhalve is in de definitie tot uitdrukking gebracht dat de last onder bestuursdwang, net als de last onder dwangsom, bestaat uit twee elementen: een last tot herstel van de overtreding en een verplichting die intreedt als deze last niet wordt nageleefd.

Het eerste element, de last, is gemeenschappelijk aan de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Het is in de definities van beide sancties dan ook in dezelfde bewoordingen omschreven (vgl. het voorgestelde artikel 5:31d voor de definitie van de last onder dwangsom). De last moet strekken tot «herstel van de overtreding». Deze uitdrukking verwijst naar de definitie van herstelsanctie in artikel 5.0.2, eerste lid, onderdeel b. Dit betekent dat de last kan strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.

Artikel 5:22

Artikel 5:22 regelt thans, dat de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang slechts bestaat, indien zij bij of krachtens de wet is toegekend. Deze bepaling kan vervallen, omdat het nieuwe artikel 5.0.4, eerste lid, reeds voor bestuurlijke sancties in het algemeen (en dus ook voor bestuursdwang) een wettelijke grondslag eist.

Artikel 5:23

Dit artikel is ongewijzigd.

Artikel 5:24

Het eerste en het tweede lid van het huidige artikel 5:24 kunnen vervallen. Dat een last onder bestuursdwang een beschikking is, volgt uit de aard van die last in combinatie met de omschrijving van het beschikkingsbegrip in artikel 1:3, tweede lid. Dat de last onder bestuursdwang moet vermelden welk voorschrift is of wordt overtreden, volgt reeds uit het voorgestelde artikel 5.0.9, aanhef en onderdeel a.

Het nieuwe eerste lid komt materieel overeen met de tweede volzin van het huidige vierde lid, het nieuwe tweede lid met de eerste volzin van het huidige vierde lid. Het derde lid is, behoudens een redactionele aanpassing gelijk aan het huidige derde lid.

Het huidige vijfde en zesde lid van artikel 5:24, inzake spoedeisende bestuursdwang, zijn om systematische redenen verplaatst naar het voorgestelde artikel 5:31. Spoedeisende bestuursdwang vormt de uitzondering op de hoofdregel dat aan de bestuursdwang een last voorafgaat. Deze uitzondering kan beter in een aparte bepaling worden neergelegd.

Artikel 5:25

Dit artikel regelt de kosten van de bestuursdwang. Het komt materieel overeen met de huidige artikelen 5:25 en 5:26. Het eerste lid komt overeen met het huidige artikel 5:25, eerste lid, maar is redactioneel aangepast. In het tweede lid zijn het huidige tweede en derde lid samengenomen. Het derde tot en met het vijfde lid komen overeen met het huidige vierde tot en met zesde lid.

Het tweede tot en met het vierde lid van het huidige artikel 5:26 Awb kunnen vervallen. Deze bepalingen geven voorschriften omtrent de dwangbevelprocedure en het verzet. Zij worden overbodig, omdat de voorgestelde afdeling 4.4.4 voorziet in een geharmoniseerde invorderingsprocedure en de (bestaande) regeling van het executiegeschil in artikel 438 Rv de plaats gaat innemen van de verzetsprocedure. Tevens kunnen in het huidige eerste lid de bevoegdheid om de aan de toepassing van bestuursdwang verbonden kosten bij dwangbevel in te vorderen, alsmede de mogelijkheid om de op de invordering vallende kosten in te vorderen, vervallen. Uit de algemene bepalingen over bestuurlijke sancties (artikel 5.0.10, tweede lid) volgt reeds dat de uit de toepassing van bestuursdwang voortvloeiende geldschulden bij dwangbevel kunnen worden ingevorderd. In de mogelijkheid om de met de invordering gemoeide kosten in te vorderen voorziet het wetsvoorstel via de artikelen 4.4.4.8 en 4.4.4.9.

Thans behoeft alleen nog te worden bepaald dat de hoogte van de kosten die verbonden zijn aan de toepassing van bestuursdwang, door het bestuursorgaan wordt vastgesteld. Dit is geschied in het voorgestelde artikel 5:25, zesde lid. Op grond van artikel 5:25, eerste lid, komen deze kosten in beginsel voor rekening van de overtreder. In de huidige situatie wordt een (niet appellabele) nota gestuurd. Wanneer de overtreder het daar niet mee eens is, kan hij – behalve niet betalen – niets ondernemen. Voor het bestuur levert dit niet-betalen geen eenduidig signaal op. Het kan zowel op betalingsonmacht duiden als op inhoudelijke bezwaren tegen de wijze waarop de bestuursdwang is uitgevoerd. Pas bij de daadwerkelijke (dwang)invordering komt het bestuursorgaan de werkelijke reden op het spoor, bijvoorbeeld door het al dan niet aantekenen van verzet (waardoor de dwanginvordering van rechtswege wordt opgeschort). Door een betalingsbeschikking te creëren, kunnen eventuele inhoudelijke geschillen

in een eerdere fase beslecht worden en kan het invorderingstraject efficiënter verlopen.

Zoals in paragraaf 3 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de toelichting is uiteengezet, heeft het introduceren van een betalingsbeschikking bovendien uit systematisch oogpunt het voordeel, dat geschillen over de hoogte van de kosten – en daarmee over de redelijkheid en de proportionaliteit van het bestuursdwangoptreden – voortaan door de bestuursrechter zullen kunnen worden beslecht. De op artikel 5:25, zesde lid, Awb gebaseerde vaststelling van de kosten door het bestuursorgaan is immers een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat. Het is daarmee dezelfde rechter die mogelijk eerder al over de bestuursdwangaanzegging heeft geoordeeld die voortaan over de redelijkheid en de proportionaliteit van het bestuursdwangoptreden gaat oordelen.

Artikelen 5:27 en 5:28

Deze artikelen komen overeen met de huidige artikelen 5:27 en 5:28, maar zijn redactioneel aangepast aan de nieuwe terminologie en aan het voorgestelde artikel 1:1, vierde lid.

Artikel 5:29

Dit artikel komt materieel overeen met het huidige artikel 5:29, maar is redactioneel vereenvoudigd, waarbij het huidige vierde lid in twee leden is gesplitst.

Artikel 5:30

Dit artikel komt materieel overeen met het huidige artikel 5:30, maar is redactioneel vereenvoudigd. De regeling is in eerste instantie beperkt tot de verkoop van meegevoerde zaken die niet kunnen worden teruggegeven. De alternatieven van eigendomsoverdracht om niet en vernietiging zijn ondergebracht in een nieuw vijfde lid.

Artikel 5:31

Het huidige artikel 5:31 verbiedt het toepassen van bestuursdwang zolang een terzake van dezelfde overtreding opgelegde last onder dwangsom niet is ingetrokken. Deze bepaling kan vervallen, omdat het verbod van het gelijktijdig opleggen van twee herstelsancties voor dezelfde overtreding reeds uit het voorgestelde artikel 5.0.6 volgt.

Het nieuwe artikel 5:31 regelt bestuursdwang in spoedeisende situaties. Deze regeling komt materieel overeen met het huidige artikel 5:24, vijfde en zesde lid. Het eerste lid bepaalt dat in spoedeisende gevallen bestuursdwang kan worden toegepast zonder voorafgaande last. Er moet dan nog wel een besluit worden genomen en bekendgemaakt, waarin de door het bestuursorgaan te nemen maatregelen worden omschreven. Het tweede lid ziet op de situaties die zo spoedeisend zijn, dat zelfs het opstellen van een besluit niet kan worden afgewacht. In dat geval kan het bestuursorgaan terstond bestuursdwang toepassen, maar moet wel achteraf zo spoedig mogelijk een besluit worden opgesteld en bekendgemaakt. Daardoor kan de beslissing om bestuursdwang toe te passen achteraf door de bestuursrechter worden getoetst, hetgeen van belang kan zijn in verband met eventuele schadeclaims.

Artikel 5:31a

Eerste lid

Zoals in paragraaf 4 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van deze toelichting is uiteengezet, is er behoefte aan versterking van de positie van de derde die een verzoek tot handhaving heeft gedaan. Meer in het bijzonder is het wenselijk, dat deze derde zich tot de bestuursrechter kan wenden indien het bestuursorgaan wel een sanctie heeft opgelegd, maar deze vervolgens niet effectueert. Daartoe wordt de figuur van de «toepassingsbeschikking» geïntroduceerd. Deze beschikking omtrent de toepassing bevat een – vanzelfsprekend gemotiveerde – beslissing van het bestuursorgaan om al dan niet tot toepassing van de reeds aangezegde bestuursdwang over te gaan. Daaruit volgt, dat een toepassingsbeschikking slechts kan worden gegeven terzake van een overtreding waarvoor reeds een last onder bestuursdwang is opgelegd. Voor een positieve beschikking op het verzoek tot toepassing van bestuursdwang is voorts natuurlijk vereist, dat de overtreding of haar gevolgen nog bestaan, alsmede dat de termijn die aan de overtreder is gegund om de overtreding te beëindigen of haar gevolgen weg te nemen, inmiddels is verstreken.

Als aan deze voorwaarden is voldaan, zal het bestuursorgaan het verzoek tot toepassing in beginsel moeten inwilligen. Als regel mag van een bestuursorgaan dat bestuursdwang aanzegt, worden verwacht dat het de bestuursdwang ook effectueert als de overtreder niet bereid blijkt binnen de gestelde termijn aan zijn verplichtingen te voldoen. Zowel de door de overtreden voorschriften beschermde belangen als de geloofwaardigheid van de overheid nopen tot dit uitgangspunt. Slechts in bijzondere omstandigheden kan er aanleiding zijn om bijvoorbeeld de overtreder nog iets meer tijd te gunnen dan aanvankelijk was voorzien.

Een beschikking omtrent toepassing van bestuursdwang kan slechts op verzoek worden gegeven. Het is nodig noch wenselijk dat een bestuursorgaan dat tot uitvoering van aangezegde bestuursdwang wil overgaan ambtshalve een beschikking tot toepassing geeft. Dat zou een voortvarende handhaving eerder belemmeren dan bevorderen.

Het verzoek om toepassing van bestuursdwang kan in de eerste plaats worden gedaan door degene op wiens aanvraag de last onder bestuursdwang is opgelegd. In aanvulling daarop achten wij het wenselijk dat ook een andere belanghebbende die door de overtreding wordt benadeeld om toepassing van bestuursdwang kan vragen. Te denken valt aan een omwonende die hinder of overlast ondervindt van de overtreding, maar zelf destijds niet om het opleggen van de sanctie heeft gevraagd. Dat laatste hoeft immers niet te betekenen dat de kwestie hem niet raakt. Het is mogelijk dat hij destijds niet om optreden heeft gevraagd omdat een ander het bestuur al op de overtreding had geattendeerd, dan wel omdat hij destijds nog ergens anders woonde en dus nog geen belanghebbende was. Denkbaar is ook dat de oorspronkelijke verzoeker inmiddels geen belanghebbende meer is, bijvoorbeeld omdat hij is verhuisd. In al deze gevallen is het wenselijk dat een beslissing van het bestuur om de reeds aangezegde bestuursdwang niet toe te passen, door de bestuursrechter kan worden getoetst. Het zou merkwaardig zijn als dit wel mogelijk zou zijn als de oorspronkelijke klager om toepassing vraagt, maar niet als diens buurman met precies hetzelfde belang daar om vraagt. Vereist is slechts dat degene die om toepassing vraagt door de overtreding en daarmee door de beslissing om niet daadwerkelijk op te treden rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen.

Anders dan bij de last onder dwangsom (zie de toelichting bij artikel 5:37), achten wij het echter niet wenselijk dat ook de overtreder om een beschikking omtrent toepassing zou kunnen vragen (aldus ook Blomberg c.s., a.w., blz. 23). Dat zou alleen zin hebben als dit verzoek de tenuitvoerleg-

ging van de last schorst en dat zou het voor de overtreder wel erg gemakkelijk maken om daadwerkelijk ingrijpen door het bestuur te voorkomen, althans uit te stellen. Dat is hoogst ongewenst, omdat bestuursdwang naar zijn aard vaak spoedeisend is. De reden waarom het bestuur niet voor een last onder dwangsom, maar voor het (voor het bestuur potentieel meer bewerkelijke en duurdere) alternatief van de last onder bestuursdwang kiest, is immers vaak dat de overtreding zo ernstig is dat het bestuur zekerheid wil hebben dat zij op korte termijn wordt beëindigd. Bij de dwangsom spelen dergelijke problemen veel minder, reeds omdat een verzoek van de overtreder op zichzelf niet verhindert dat dwangsommen worden verbeurd.

Bij bestuursdwang kunnen behalve de overtreder ook (andere) rechthebbenden zijn betrokken (bijvoorbeeld de eigenaar/verhuurder van het perceel of het pand waar de overtreding plaatsvindt), wier belangen parallel lopen met die van de overtreder. Derhalve behoren zij om dezelfde reden ook niet bevoegd te zijn om om een beschikking omtrent toepassing te vragen. De strekking van de regeling is derhalve dat de belanghebbenden die het bestuur tot handhaving willen bewegen om een beschikking omtrent toepassing kunnen vragen en aldus toegang tot de bestuursrechter krijgen, maar belanghebbenden die handhaving juist willen voorkomen niet. Dit laat onverlet, dat laatstgenoemden wel bezwaar kunnen maken en beroep kunnen instellen als het bestuur op verzoek van een derde tot toepassing van de bestuursdwang besluit. Dit bezwaar of beroep schorst de toepassing echter niet op (artikel 6:16 Awb). Een beschikking omtrent toepassing van bestuursdwang veronderstelt uiteraard een last onder bestuursdwang. Deze last behoeft echter geenszins onherroepelijk te zijn, want bezwaar en beroep tegen de last schorsen niet de werking daarvan (art. 6:16 Awb). Indien echter de last onder bestuursdwang op verzoek van de overtreder door de voorzieningenrechter is geschorst, kan zolang de schorsing duurt uiteraard niet tot toepassing van de bestuursdwang worden besloten. Een verzoek tot toepassing van een derde dient dan reeds op die grond te worden afgewezen.

Tweede lid

Een verzoek om toepassing is pas mogelijk als de last niet is nageleefd, dus als de termijn die de overtreder is gegund om zelf de overtreding te beëindigen, casu quo haar gevolgen weg te nemen, is verstreken. Voor dat tijdstip is het bestuur immers nog niet bevoegd om bestuursdwang toe te passen. Het tweede lid onderstreept dit en maakt tevens duidelijk, dat het niet mogelijk is om reeds bij voorbaat een verzoek tot toepassing te doen «voor het geval dat». Het bestuursorgaan kan een dergelijk verzoek buiten behandeling laten en moet dit in beginsel zelfs doen, omdat pas na het verstrijken van de termijn kan worden beoordeeld of toepassing van bestuursdwang nog nodig is en of er bijzondere omstandigheden zijn die zich tegen toepassing van bestuursdwang verzetten.

Derde lid

Het derde lid regelt ten eerste de termijn binnen welke het bestuursorgaan op het verzoek om toepassing van bestuursdwang moet beslissen. Gekozen is voor een relatief korte beslistermijn van vier weken. Het gaat immers om situaties waarin de derde meent dat het bestuur talmt met de tenuitvoerlegging van een reeds genomen handhavingsbesluit. In zo'n geval moet de derde kunnen rekenen op een spoedige reactie van het bestuur. Dat is ook mogelijk, omdat eerder reeds is vastgesteld dat een overtreding heeft plaatsgevonden en dat er aanleiding is om daartegen zo nodig met bestuursdwang op te treden, alsmede welke maatregelen de overtreder binnen welke termijn moet nemen (vgl. art. 5:24, derde lid). Het

bestuursorgaan behoeft dus nog slechts te beoordelen of deze maatregelen zijn genomen. Indien dit niet het geval is, kan bestuursdwang worden toegepast en zal deze in beginsel ook moeten worden toegepast. Slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen zal nog van toepassing van de bestuursdwang kunnen worden afgezien. Het ligt op de weg van de overtreder om deze bijzondere omstandigheden aan te voeren.

De tweede volzin van het derde lid stelt buiten twijfel dat de beslissing omtrent de toepassing in de hier bedoelde gevallen moet worden aangemerkt als een beschikking in de zin van artikel 1:3, tweede lid, Awb en derhalve vatbaar is voor bezwaar en beroep. De formulering is ontleend aan het huidige artikel 5:24, eerste lid, tweede volzin.

Artikel 5:31b

Een beschikking omtrent de toepassing van de bestuursdwang kan slechts worden gegeven als eerst een last onder bestuursdwang is opgelegd. Als geen last is opgelegd, valt er immers ook niets ten uitvoer te leggen. Om dezelfde reden dient intrekking of vernietiging van de last onder bestuursdwang ook gevolgen te hebben voor de beschikking omtrent de toepassing van bestuursdwang. Daarom is in artikel 5:31b bepaald dat de beschikking omtrent de toepassing van rechtswege vervalt als de last onder bestuursdwang wordt ingetrokken of vernietigd. Dit geldt ook voor een eventuele beschikking waarbij van toepassing van bestuursdwang is afgezien. Ook deze heeft immers geen betekenis meer als de last onder bestuursdwang niet meer geldt.

Het komt in de praktijk regelmatig voor dat de (vermeende) overtreder de bestuursrechter verzoekt om een last onder bestuursdwang bij wege van voorlopige voorziening (art. 8:81 Awb) te schorsen. Doorgaans gebeurt dit zo kort na de bekendmaking van de last, dat er nog geen beschikking omtrent de toepassing is. In de zeldzame gevallen waarin dit anders is, heeft het verzoek om voorlopige voorziening op verzoek van de overtreder mede betrekking op de beschikking tot toepassing (zie het voorgestelde artikel 5:31c). Als de voorzieningenrechter de last onder bestuursdwang schorst, ligt het in de rede dat hij tevens de beschikking tot toepassing schorst. Een afzonderlijke regeling voor deze situatie is derhalve niet nodig.

Artikel 5:31c

Eerste lid

Ingevolge dit wetsvoorstel kunnen na een last onder bestuursdwang onder omstandigheden nog twee bijkomende beschikkingen volgen: een beschikking tot toepassing van bestuursdwang en een kostenbeschikking. Elk van deze beschikkingen is in beginsel vatbaar voor bezwaar en beroep. Om de daaruit voor bestuur, burger en rechter voortvloeiende procedurelasten te beperken, zorgt artikel 5:31c, eerste lid, er voor dat eventuele procedures over de bijkomende beschikkingen waar mogelijk worden gecombineerd met een nog aanhangige procedure tegen de last onder bestuursdwang, zodat de rechter het gehele geschil in één keer kan beslechten.

De regeling van artikel 5:31c, eerste lid, is ontleend aan de regeling van het huidige artikel 6:19 voor intrekking- en wijzigingsbesluiten en komt zoveel mogelijk overeen met het voorgestelde artikel 4.4.5.1 voor bijkomende beschikkingen inzake geldschulden. Indien hangende een bezwaar of beroep tegen een last onder bestuursdwang een bijkomende beschikking wordt gegeven en deze door degene die het bezwaar of beroep heeft ingesteld, wordt betwist, wordt het reeds aanhangige bezwaar of beroep automatisch uitgebreid tot de betwiste bijkomende beschikking. Dat hij de

bijkomende beschikking betwist, kan de belanghebbende doen blijken op dezelfde wijze als waarop hij enig ander standpunt in de procedure inneemt; men zie ook de toelichting bij artikel 4.4.5.1.

De belanghebbende kan tegen de bijkomende beschikking niet meer afzonderlijk bezwaar maken of beroep instellen. Doet hij dat toch, dan dient het bezwaar- of beroepschrift ingevolge artikel 6:15 Awb te worden doorgezonden naar de instantie waar het beroep tegen de last onder bestuursdwang aanhangig is. Indien geen procedure tegen de last onder bestuursdwang (meer) aanhangig is, is de bijkomende beschikking uiteraard wel afzonderlijk vatbaar voor bezwaar en beroep.

Artikel 5:31c, eerste lid, ziet in de eerste plaats op een beschikking die strekt tot toepassing van bestuursdwang. De verplichting om binnen vier weken op een verzoek van een derde te beslissen, brengt mee dat het bestuursorgaan soms verplicht zal zijn een dergelijke beschikking tot toepassing van bestuursdwang te geven, hoewel nog niet is beslist op het beroep van de overtreder tegen de last onder bestuursdwang. In zo'n geval kan de (vermeende) overtreder door betwisting van de toepassingsbeschikking bereiken dat de rechter in de lopende procedure ook daarover een oordeel geeft. In de praktijk wellicht nog belangrijker is, dat de overtreder daardoor zo nodig ook een voorlopige voorziening tegen de toepassingsbeschikking kan vragen.

Artikel 5:31c geldt niet voor een beschikking die inhoudt dat van toepassing van bestuursdwang wordt afgezien. Daartegen zal immers slechts de derde die om toepassing heeft gevraagd in voorkomende gevallen willen opkomen, terwijl de lopende bezwaar- of beroepsprocedure tegen de last onder bestuursdwang bijna altijd door de (vermeende) overtreder is aangespannen. Het ligt niet in de rede dat een derde die een beschikking tot niet-toepassing wil aanvechten, daartoe gratis kan «meeliften» in een door een ander met tegengestelde belangen ingesteld beroep. Dit zou anders liggen in het in theorie denkbare geval dat de derde ook zelf beroep heeft ingesteld tegen de last onder bestuursdwang, bijvoorbeeld omdat hij de begunstigingstermijn te lang of de voorgeschreven maatregelen onvoldoende vindt. Dit komt echter in de praktijk zo weinig voor, dat van een afzonderlijke regeling voor dat geval is afgezien.

Artikel 5:31c ziet voorts op een eventuele kostenbeschikking. Doordat een derde straks toepassing van de bestuursdwang kan afdwingen, zal het vaker dan thans voorkomen dat de bestuursdwang wordt toegepast en de kosten worden vastgesteld voordat de last onder bestuursdwang onherroepelijk is. In dat geval kan de overtreder door betwisting bereiken dat de rechter of het bestuursorgaan waarbij het beroep of bezwaar tegen de last onder bestuursdwang aanhangig is, meteen een oordeel geeft over de hoogte van de door het bestuursorgaan in rekening gebrachte kosten van de bestuursdwang.

Tweede lid

Het eerste lid kan meebrengen dat in de procedure tegen de beschikking tot toepassing van bestuursdwang of de kostenbeschikking één of zelfs twee instanties worden overgeslagen. Als de bijkomende beschikking bijvoorbeeld wordt gegeven op een tijdstip waarop de procedure tegen de last onder bestuursdwang zich reeds in de fase van het hoger beroep bevindt, is het gevolg dat de toepassings- of kostenbeschikking in eerste en enige aanleg door de appèlrechter wordt beoordeeld. Als regel is dit niet bezwaarlijk, omdat het proceseconomisch voordeel zwaarder moet wegen – en in de meeste gevallen ook in de ogen van de belanghebbende zwaarder zal wegen – dan het verlies van instantie. Niet uit te sluiten valt echter dat in bijzondere gevallen – bijvoorbeeld als alsnog ingewikkelde feitelijke geschilpunten rijzen – eerst een behandeling in lagere instantie gewenst is. Daarom geeft het tweede lid de rechter de bevoegdheid om

het geschil over de bijkomende beschikking zo nodig terug te wijzen naar deze lagere instantie. Een vergelijkbare bepaling is thans reeds opgenomen in artikel 6:19, tweede lid.

Derde lid

Bij betwisting van een bijkomende beschikking moet zo mogelijk een afschrift van deze bijkomende beschikking worden overgelegd. Deze verplichting geldt niet in de bezwaarfase, want de bijkomende beschikking is per definitie afkomstig van het bestuursorgaan dat het bezwaarschrift behandelt en dat derhalve geacht moet worden de inhoud van deze bijkomende beschikking te kennen.

Vierde lid

Het vierde lid stelt buiten twijfel dat de regeling van artikel 5:31c ook kan worden toegepast indien tegen de last onder bestuursdwang een voorlopige voorziening is gevraagd en de bijkomende beschikking wordt gegeven voordat op dit verzoek is beslist. Dat geval zal zich uit de aard der zaak niet vaak voordoen, maar uitgesloten is het niet.

Afdeling 5.3.2 Last onder dwangsom

In verband met de verdeling van hoofdstuk 5 in titels wordt de afdeling over de last onder dwangsom vernummerd. Tevens wordt de terminologie van het opschrift in overeenstemming gebracht met die van de artikelen.

Artikel 5:31d

Een definitie van de last onder dwangsom ontbrak tot dusver in de Algemene wet bestuursrecht. Uit oogpunt van systematiek is het wenselijk deze thans toe te voegen; een inhoudelijke wijziging is daarmee niet beoogd. Vastgelegd is slechts, dat de last onder dwangsom uit twee elementen bestaat. Het eerste element is een bevel (de last) tot het herstel van de overtreding. Het woord herstel verwijst naar de definitie van herstelsanctie in artikel 5.0.2, eerste lid, onderdeel b. De last kan dus strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van de overtreding. Het tweede element is de verplichting tot betaling van een geldsom. Deze verplichting heeft een voorwaardelijk karakter. Zij ontstaat pas als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. De bedoeling van een last onder dwangsom is immers juist dat de verschuldigdheid van de dwangsom wordt voorkomen doordat de dreiging daarvan bewerkstelligt dat de overtreder de overtreding beëindigt.

In vergelijking met het voorontwerp zijn in onderdeel b de woorden «geheel of gedeeltelijk» toegevoegd om buiten twijfel te stellen dat partiële handhaving onder omstandigheden mogelijk is. Verwezen zij naar de toelichting bij artikel 5.0.2.

Artikel 5:32

Het eerste lid van deze bepaling blijft ongewijzigd. Het geeft ieder bestuursorgaan dat bevoegd is om een last onder bestuursdwang op te leggen, tevens de bevoegdheid om in plaats daarvan een last onder dwangsom op te leggen (zogenaamde afgeleide dwangsombevoegdheid). Het tweede lid komt zakelijk overeen met het huidige derde lid van artikel 5:32. Het bepaalt dat een bestuursorgaan niet voor een last onder dwangsom mag kiezen, indien de door het overtreden voorschrift

beschermden belangen zich daartegen verzetten. Dit keuzecriterium heeft uiteraard slechts betekenis voor de gevallen waarin het bestuursorgaan zowel over een bestuursdwang- als over een dwangsombevoegdheid beschikt («afgeleide» dwangsombevoegdheid). Impliciet wordt daarmee tevens erkend, dat er ook gevallen zijn waarin het bestuursorgaan uitsluitend over een dwangsombevoegdheid beschikt (zogenaamde zelfstandige dwangsombevoegdheid; zie paragraaf 5 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de memorie van toelichting).

Het huidige tweede lid van artikel 5:32 kan vervallen. Het bepaalt dat een last onder dwangsom er toe strekt de overtreding ongedaan te maken, dan wel verdere overtreding of herhaling van de overtreding te voorkomen. Een en ander volgt reeds uit de algemene definitie van herstelsanctie (artikel 5.0.2, onderdeel b), in samenhang met de definitie van last onder dwangsom (artikel 5:31d).

Het huidige vierde en vijfde lid van artikel 5:32 zijn overgebracht naar de nieuwe artikelen 5:32a, tweede lid, en 5:32b. Daarmee wordt beter tot uitdrukking gebracht dat deze bepalingen gelden voor alle dwangsombevoegdheden en niet slechts voor de afgeleide dwangsombevoegdheid van artikel 5:32.

Artikel 5:32a

Het eerste lid bepaalt dat de last de maatregelen moet omschrijven die de overtreder moet nemen om verbeurte van een dwangsom te voorkomen. Dit is een voor de hand liggende eis van rechtszekerheid. De huidige wet expliciteert deze eis voor de bestuursdwang (art. 5:24, vierde lid, tweede volzin; in dit wetsvoorstel verplaatst naar art 5:24, eerste lid) maar opmerkelijk genoeg niet voor de last onder dwangsom. Dat is bij nader inzien een omissie, die thans wordt hersteld.

Het tweede lid komt overeen met het huidige artikel 5:32, vijfde lid. Voor alle duidelijkheid zij nog opgemerkt dat bij een last onder dwangsom die strekt tot het voorkomen van herhaling uit de aard der zaak geen termijn behoeft te worden gegund (vgl. ook ABRS 24 oktober 2001, AB 2002, 47).

Artikel 5:32b

Dit artikel komt, behoudens een redactionele aanpassing, overeen met het huidige artikel 5:32, vierde lid. Het is ter wille van de leesbaarheid in drie leden gesplitst.

Artikel 5:33

Artikel 5:33 wordt vervangen door een nieuwe bepaling. Het nieuwe artikel 5:33 regelt slechts de termijn voor betaling van een dwangsom. Dat is nodig omdat de algemene betalingstermijn van artikel 4.4.1.3 hier niet rechtstreeks van toepassing is. De hoofdregel van artikel 4.4.1.3 geldt voor betalingsverplichtingen die bij beschikking worden vastgesteld. Bij verbeurte van een dwangsom ontstaat de betalingsverplichting echter van rechtswege door de overtreding van de last en niet pas door de latere invorderingsbeschikking. Derhalve moet ook voor de aanvang van de betalingstermijn worden aangeknoopt bij het tijdstip van verbeurte. Voor de lengte van de betalingstermijn – zes weken – is wel aansluiting gezocht bij de hoofdregel van artikel 4.4.1.3. Nadat de verplichting om de verbeurde geldsom te betalen – van rechtswege – is ontstaan en de betalingstermijn is verstreken, zal het bestuursorgaan op grond van artikel 5:37 eerst een invorderingsbeschikking moeten geven, alvorens een aanmaning te kunnen versturen en eventueel een dwangbevel te kunnen uitvaardigen.

De huidige tekst van artikel 5:33 kan vervallen. Het huidige eerste lid bepaalt dat verbeurde dwangsommen toekomen aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort dat de dwangsom heeft vastgesteld, alsmede dat het bestuursorgaan het verschuldigde bedrag, verhoogd met de op de invordering vallende kosten, bij dwangbevel kan invorderen. Deze bepaling is overbodig in verband met artikel 5.0.10 van de algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving en de voorgestelde afdeling 4.4.4, die in een geharmoniseerde dwangbevelprocedure voorziet. Uit artikel 5.0.10 vloeit reeds voort dat voorzover de oplegging van een last onder dwangsom verplicht tot betaling van een geldsom, deze geldsom toekomt aan het bestuursorgaan dat de dwangsom heeft opgelegd, alsook dat deze geldsom bij dwangbevel kan worden ingevorderd. Het huidige tweede lid verwijst naar artikel 5:26, tweede tot en met vierde lid, welke artikelliden betrekking hebben op de dwangbevelprocedure en het verzet tegen het dwangbevel. Het tweede lid kan eveneens vervallen in verband met de voorgestelde afdeling 4.4.4.

Artikel 5:34

Dit artikel is ongewijzigd.

Artikel 5:35

Artikel 5:35 wordt opnieuw geformuleerd. Voorgesteld wordt om te bepalen dat de bevoegdheid om tot invordering van verbeurde bedragen over te gaan verjaart door verloop van een jaar na de dag waarop zij – van rechtswege – zijn verbeurd. Een en ander in afwijking van artikel 4.4.3.1, dat een termijn van vijf jaren kent.

Het huidige eerste lid van artikel 5:35 kent een verjaringstermijn van zes maanden. Deze wordt in de praktijk als te kort ervaren, onder meer omdat men soms de uitkomst van een eventueel beroep tegen de dwangsomoplegging wil afwachten. Dit laatste zal na inwerkingtreding van dit voorstel in ieder geval niet meer kunnen als een derde om invordering verzoekt. Niettemin is zes maanden bij nader inzien ook los daarvan aan de korte kant. Ook tussen het tijdstip van verbeurde en het tijdstip waarop bij controle wordt vastgesteld dat de overtreding voortduurt, kan immers enige tijd verstrijken. Daarom wordt voorgesteld de praktijk enigszins tegemoet te komen door een verlenging van de termijn tot een jaar.

De verjaringstermijn voor het invorderen van verbeurde dwangsommen in artikel 5:35 vormt een afwijking van artikel 4.4.3.1, dat voor de rechtsvordering tot betaling een verjaringstermijn kent van vijf jaren, nadat de voorgeschreven betalingstermijn is verstreken. De overige bepalingen van afdeling 4.4.3 inzake stuiting en verlenging van de verjaringstermijn zijn wel van toepassing. In verband met dit laatste kan het huidige tweede lid van artikel 5:35 vervallen. Opgemerkt zij, dat uit het voorgestelde artikel 4.4.3.7, tweede lid, voortvloeit dat na stuiting van de verjaring opnieuw een verjaringstermijn van een jaar begint te lopen.

Artikel 5:36

Het huidige artikel 5:36 verbiedt het opleggen van een last onder dwangsom zolang een terzake van dezelfde overtreding genomen beschikking tot toepassing van bestuursdwang niet is ingetrokken. Deze bepaling kan vervallen, omdat het verbod van het gelijktijdig opleggen van twee herstelsancties voor dezelfde overtreding reeds uit het voorgestelde artikel 5.0.6 volgt.

Artikel 5:37

Eerste lid

Artikel 5:37 regelt de in de paragrafen 3 en 4 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van de toelichting besproken invorderingsbeschikking. Deze regeling komt deels overeen met die van de beschikking tot toepassing van bestuursdwang (artikel 5:31a), maar verschilt daarvan ook op een aantal punten. Deze verschillen houden onder meer verband met het gegeven dat de dwangsom een financiële sanctie is, die derhalve een bestuursrechtelijke geldschuld in de zin van titel 4.4 doet ontstaan. Het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, dient in de eerste plaats een invorderingsbeschikking te geven, indien het van oordeel is dat dwangsommen zijn verbeurd en het daarom tot invordering wil overgaan (eerste lid). Nauwkeuriger: de invorderingsbeschikking dient te worden gegeven alvorens het bestuursorgaan een aanmaning tot betaling van de dwangsommen in de zin van artikel 4.4.4.2 kan doen uitgaan. Aangezien invordering bij dwangbevel pas mogelijk is nadat is aangevraagd (artikel 4.4.4.6), wordt aldus bereikt dat dwanginvordering pas kan plaatsvinden nadat de geldschuld bij beschikking is vastgesteld. Dit betekent, overeenkomstig de hoofdregel van de nieuwe titel 4.4, tevens dat de bestuursrechter voortaan zal oordelen over geschillen over het bestaan en de omvang van de geldschuld. Dat is juist bij de last onder dwangsom van groot belang, omdat geschillen over het bestaan van de geldschuld hier niets anders zijn dan geschillen over de vraag of de last is overtreden. Bij een last die strekt tot het voorkomen van herhaling van de overtreding gaan deze geschillen doorgaans over de vraag of na de overtreding naar aanleiding waarvan de last onder dwangsom is opgelegd, opnieuw een overtreding heeft plaatsgevonden. Over deze typisch bestuursrechtelijke geschillen kan thans slechts de civiele (executie-) rechter oordelen, hetgeen, zoals elders in deze toelichting uiteengezet, uit systematisch oogpunt, maar ook uit een oogpunt van rechtsbescherming van de (vermeende) overtreder, ongewenst is. Het dictum van de invorderingsbeschikking behelst in dit geval de beslissing om over te gaan tot invordering van een bepaald bedrag aan verbeurde dwangsommen. Ter motivering van deze beslissing zal het bestuursorgaan allereerst moeten aangeven op welke gronden het van oordeel is dat dwangsommen zijn verbeurd (dus: dat de last is overtreden), alsmede tot welk bedrag deze zijn verbeurd. Nogmaals zij benadrukt, dat de invorderingsbeschikking in zoverre een declaratoir karakter heeft. De dwangsommen worden van rechtswege verbeurd door de overtreding van de last. De vaststelling bij beschikking dat en tot welk bedrag dit is geschied, is nodig om de geldschuld te kunnen invorderen, maar doet haar niet ontstaan. Naast dit oordeel over de verbeurde dient het bestuursorgaan de beslissing om tot invordering over te gaan te motiveren. Doorgaans zal daartoe echter kunnen worden volstaan met de overweging, dat er geen redenen zijn om van invordering af te zien. Een adequate handhaving vergt immers, dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen ook worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien; het ligt op de weg van de overtreder om dergelijke omstandigheden onder de aandacht van het bestuursorgaan te brengen. Daarbij zij overigens aangetekend, dat het treffen van een betalingsregeling, waarbij bijvoorbeeld gedeeltelijk uitstel van betaling wordt verleend, iets anders is dan het afzien van invordering.

Tweede lid

Het bestuursorgaan dient voorts een beschikking omtrent de invordering

te geven, indien een belanghebbende daarom vraagt. Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan de derde op wiens verzoek in een eerder stadium de last onder dwangsom is opgelegd. In dat geval kan de beschikking ook inhouden, dat niet wordt ingevorderd, hetzij omdat het bestuursorgaan van oordeel is dat geen dwangsommen zijn verbeurd, hetzij omdat het van oordeel is dat op grond van bijzondere omstandigheden van invordering van de verbeurde dwangsommen moet worden afgezien. De verplichting om dit oordeel in een beschikking vast te leggen, verschafft de derde dan de mogelijkheid om dit oordeel door de bestuursrechter te laten toetsen. De functie van de beschikking omtrent invordering is dan vergelijkbaar met die van de beschikking omtrent tenuitvoerlegging bij bestuursdwang: zij geeft de derde de mogelijkheid om het bestuur via de bestuursrechter tot daadwerkelijk optreden te bewegen. Bepaald is dat iedere belanghebbende om een invorderingsbeschikking kan vragen. Dat kan de derde zijn die in een eerder stadium om handhaving heeft verzocht of een andere derde-belanghebbende (zie de toelichting bij artikel 5:31c), maar ook de overtreder. De overtreder zal als regel echter geen behoefte hebben om een invorderingsbeschikking te vragen, omdat het bestuursorgaan die toch al moet geven voordat het tot invordering kan overgaan. Als bestuur en overtreder van mening verschillen over de vraag of de last correct is uitgevoerd, is echter denkbaar dat de overtreder om een invorderingsbeschikking vraagt om het geschil snel aan de rechter te kunnen voorleggen. Ook dat is uit een oogpunt van handhaving niet bezwaarlijk, omdat zo'n verzoek niet voorkomt dat dwangsommen worden verbeurd.

Derde lid

Om dezelfde reden als bij de beschikking omtrent toepassing van bestuursdwang is bepaald dat op het verzoek om een invorderingsbeschikking binnen vier weken moet worden beslist. Korthedshalve zij verwezen naar de toelichting bij artikel 5:31a, tweede lid.

Artikel 5:38

Deze bepaling komt overeen met artikel 5:31b. Als de last onder dwangsom door intrekking of vernietiging haar rechtskracht verliest, dient ook de invorderingsbeschikking te vervallen. Verwezen zij naar de toelichting bij artikel 5:31b.

Artikel 5:39

Artikel 5:39 komt overeen met artikel 5:31c. Indien een beschikking tot invordering (dat wil zeggen een beschikking die inhoudt dat wel wordt ingevorderd) wordt gegeven, terwijl nog een bezwaar of beroep tegen de last onder dwangsom aanhangig is, kan de overtreder door betwisting van de invorderingsbeschikking bewerkstelligen dat deze in het kader van het reeds aanhangige bezwaar of beroep tevens de dwangsombeschikking wordt getoetst. Aldus wordt een afzonderlijke procedure over de invorderingsbeschikking voorkomen. Voor het overige zij korthedshalve verwezen naar de toelichting bij artikel 5:31c.

V. DE BESTUURLIJKE BOETE

1. Aanleiding

Sedert het midden van de jaren negentig is een groot aantal wettelijke regelingen totstandgekomen, waarin bestuursorganen de bevoegdheid krijgen om aan burgers boeten op te leggen. Op zichzelf is deze bestuurlijke boete geen nieuw verschijnsel. Het belastingrecht kent haar sinds jaar en dag, tot 1998 onder de naam verhoging. Vanaf de jaren vijftig is de niet door de rechter, maar door de uitvoerende macht opgelegde boete daarnaast door een aantal Europese regelingen in de Nederlandse rechtsorde geïntroduceerd.

Buiten deze twee gebieden kwam de bestuurlijke boete lange tijd maar sporadisch voor. In het begin van de jaren negentig kwam daar verandering in. Eerst werd door de introductie van de Wet administratief-rechtelijke handhaving verkeersvoorschriften de handhaving van het verkeersrecht voor een belangrijk deel van het strafrecht naar het bestuursrecht overgebracht. Vervolgens werd, tegen de achtergrond van de hiervoor gesignaleerde discussie over het handhavingstekort, gezocht naar mogelijkheden om ook op andere terreinen de strafrechtelijke handhaving te vervangen door, dan wel aan te vullen met, bestuursrechtelijke handhaving.

In dit kader heeft de Minister van Justitie in 1993 aan de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) advies gevraagd over de mogelijkheden van handhaving door bestuurlijke boeten. Begin 1994 adviseerde de CTW in haar advies «*Handhaving door bestuurlijke boeten*» om de bestuurlijke boete in te voeren in een groot aantal wetten op het terrein van het economisch ordeningsrecht. Een half jaar na het verschijnen van het CTW-advies werd dit op hoofdlijnen door het kabinet overgenomen (Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48). Sindsdien zijn in een reeks van wetten de strafrechtelijke sancties vervangen door of aangevuld met bestuurlijke boeten. Enkele voorbeelden zijn de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet, de Postwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de Warenwet en de meeste sociale verzekeringswetten (zie bijlage 2 bij deze memorie van toelichting voor een overzicht). Het ligt in de lijn der verwachtingen, dat de komende jaren nog meer wetsvoorstellen zullen volgen. Het hoofdlijnenakkoord van het kabinet-Balkenende-II (Kamerstukken II 2002/03, 28 637, nr. 19) onderstreept het belang van de bestuurlijke handhaving. In dat kader is onder meer aangekondigd dat gemeentebesturen de bevoegdheid zullen krijgen om bestuurlijke boetes op te leggen teneinde de zogenaamde «kleine ergernissen» (graffiti, verkeerd geplaatste vuilniszakken e.d.) aan te kunnen pakken (Kamerstukken II 2002/03, 28 684, nr. 1, p. 37).

Deze toegenomen aandacht voor de bestuursrechtelijke handhaving is in beginsel positief. Het bijzondere bestuursrecht is de neerslag van door democratisch gelegitimeerde organen in het algemeen belang geformuleerd overheidsbeleid. Wil dit beleid zijn doel bereiken, dan zal dit bijzondere bestuursrecht voldoende moeten worden gehandhaafd. Daarvoor zijn veelal bestraffende sancties nodig. Het opleggen daarvan was vanouds de taak van de strafrechtelijke autoriteiten. Zoals hiervoor uiteengezet heeft de ervaring echter geleerd dat het wenselijk kan zijn ook het bestuur een aandeel in de bestraffende handhaving te geven. Dat kan zijn omdat het wenselijk is om uitvoering en handhaving, dan wel reparatoire en bestraffende handhaving, gedeeltelijk in één hand te brengen, en aldus te benadrukken dat het bestuur ook voor de handhaving verantwoordelijkheid draagt. Dit is bijvoorbeeld een overweging geweest bij de introductie van de bestuurlijke boete in de sociale zekerheid.

Een andere reden kan zijn, dat de handhaving specialistische deskundigheid vergt, terwijl het, gelet op de relatief geringe aantallen zaken, voor het strafrechtelijk apparaat niet lonend is deze deskundigheid op te

bouwen. Dit is bijvoorbeeld een overweging geweest om de handhaving van het mededingingsrecht geheel naar het bestuursrecht over te brengen.

Een derde reden kan zijn dat de geringe ernst van de overtredingen de inzet van strafrechtelijke procedures niet rechtvaardigt. Dit heeft destijds bijvoorbeeld een rol gespeeld bij de beslissing om het niet betalen van de – inmiddels afgeschafte – omroepbijdrage bestuursrechtelijk af te doen. Tenslotte kan de massaliteit van de overtredingen een argument zijn voor bestuursrechtelijke afdoening. Het bestuursrecht is nu eenmaal meer ingesteld op het nemen van grote aantallen routine-beslissingen dan het strafrecht. Dit argument speelt vanouds een rol in het belastingrecht, en meer recent ook in het verkeersrecht. Vaak gaat het ook om een combinatie van de genoemde argumenten.

Dit alles laat vanzelfsprekend onverlet, dat, hoe sterk ook de doelmatigheidsargumenten voor bestuurlijke handhaving mogen zijn, een rechtsstaat bij het opleggen van bestraffende sancties dient te voorzien in voldoende, aan het strafrecht gelijkwaardige, rechtsbescherming van de burger. Dit volgt ook uit artikel 6 EVRM. Om die reden zijn in het verleden wel principiële bezwaren geuit tegen het opleggen van bestraffende sancties door het bestuur. Sederdient heeft de bestuursrechtelijke rechtsbescherming zich echter in hoog tempo verder ontwikkeld. Heden ten dage biedt het bestuursrecht de burger een aan het strafrecht gelijkwaardige rechtsbescherming. Met name is thans ook in het bestuursrecht gewaarborgd, dat een opgelegde sanctie altijd door de onafhankelijke rechter kan worden getoetst. Daardoor behoeft het toekennen van bestraffende sanctiebevoegdheden aan het bestuur thans niet meer op rechtsstatelijke bezwaren te stuiten.

Uiteraard dient de wetgever bij het toekennen van dergelijke bevoegdheden wel zekere grenzen in acht te nemen. Zo is onomstreden dat het opleggen van vrijheidsstraffen aan de rechter blijft voorbehouden (art. 113, derde lid, Grw.).

Voorts zijn in de wetgevingspraktijk van de laatste tien jaar, voortbouwend op het CTW-advies van 1994, gaandeweg enige criteria ontwikkeld die een rol spelen bij de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Deze criteria hebben veelal het karakter van indicaties pro of contra de keuze voor één van beide rechtsstelsels. Met uitzondering van het hierna als eerste te noemen criterium (vrijheidsstraffen) is geen van de afzonderlijke criteria op zichzelf doorslaggevend. Evenmin is uitgesloten dat ook nog andere gezichtspunten een rol spelen; het onderstaande is niet limitatief bedoeld. Om duidelijk te maken waarvoor de thans voorgestelde regeling is bedoeld, is het echter nuttig om op deze plaats aan te geven dat bij de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving in ieder geval de volgende criteria een rol spelen.

- a. Voorzover voor een adequate handhaving vrijheidsstraffen nodig zijn, komt uitsluitend het strafrecht in aanmerking.
- b. Naarmate de te handhaven norm meer aansluit bij in de maatschappij levende fundamentele waarden, komt strafrechtelijke handhaving eerder in aanmerking. In het verlengde daarvan geldt, dat naarmate meer behoefte bestaat aan openbare berechting van een normovertreding, het strafrecht eerder in aanmerking komt.
- c. Als de kans groot is dat de overtreding rechtsreeks leidt tot individuele schade of letsel, is dit een indicatie voor toepassing van het strafrecht.
- d. Indien ingrijpende dwangmiddelen nodig zullen zijn om tot oplegging van een sanctie te kunnen komen, is dat een indicatie voor toepassing van het strafrecht. Dit geldt in ieder geval als vrijheidsbenemende dwangmiddelen nodig zijn.

- e. Een indicatie voor handhaving door bestuurlijke boeten bestaat indien:
 - voor de vaststelling van de feiten, waaronder de identiteit van de overtreder, geen ingrijpende dwangmiddelen nodig zijn, en
 - verwacht mag worden dat in de praktijk in de meeste gevallen geen beroep bij de rechter zal worden ingesteld.
- f. Een contra-indicatie voor handhaving door bestuurlijke boeten bestaat, indien te verwachten is dat in de praktijk veelvuldig strafrechtelijke middelen (bijvoorbeeld het opmaken van proces-verbaal wegens het niet opvolgen van een ambtelijk bevel (art. 184 WvSr.)) zullen moeten worden ingezet om de bestuurlijke boete te kunnen opleggen en effectueren. Als politie en justitie toch veelvuldig zullen moeten worden ingeschakeld, is het efficiënter om ook de onderliggende norm strafrechtelijk te handhaven.
- g. Voorwaarde voor handhaving door bestuurlijke boeten is dat het bestuursorgaan over voldoende deskundigheid beschikt. Dit betekent niet dat uitsluitend eenvoudige normen voor bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. Juist als de handhaving specialistische deskundigheid vergt, kan dit een argument zijn om daarmee een gespecialiseerd bestuursorgaan te belasten, hetzij door attribuite van de bevoegdheid om bestuurlijke boeten op te leggen, hetzij door de strafrechtelijke transactiebevoegdheid aan dit bestuursorgaan over te dragen (vgl. art. 37 WED), hetzij door ambtenaren van het betrokken bestuursorgaan aan te wijzen als buitengewoon opsporingsambtenaar (art. 142 WvSr.).
- h. Indien plaatselijke verschillen in handhaving ongewenst zijn of de plaatselijke situatie niet relevant is voor de handhaving, is bestuursrechtelijke handhaving door decentrale bestuursorganen niet aangewezen.
- i. Indien bij de handhaving regelmatig een algemeen leerstuk of rechtsinstrument moet worden toegepast dat specifiek op één van beide rechtsgebieden is uitgewerkt, is dat een indicatie om de handhaving geheel in dat rechtsgebied onder te brengen. Als veel moet worden samengewerkt met buitenlandse autoriteiten, kan dat een indicatie zijn voor strafrechtelijke handhaving, omdat het strafrecht het instrument van de internationale rechthulp kent en het bestuursrecht niet.

Het is aan de bijzondere wetgever om met behulp van deze criteria de keuze te maken voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving of een combinatie van beide. De criteria hebben echter wel gevolgen voor de opzet van onderhavige algemene regeling. Zo voorziet deze niet in verdergaande onderzoeksbevoegdheden en dwangmiddelen dan die, welke aan toezichthouders reeds op grond van de huidige afdeling 5.2 Awb toekomen. Ook betekenen deze criteria, zo leert inmiddels de ervaring, dat bij veel wetten zal worden gekozen voor een combinatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Daarom is een regeling getroffen voor samenloop tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties. Een andere voorwaarde voor de rechtsstatelijke aanvaardbaarheid van bestuurlijke boeten is dat voldoende waarborgen voor de burger worden opgenomen. Deze waarborgen vloeien voor een belangrijk deel voort uit voor Nederland bindende mensenrechtenverdragen. Op deze verdragsrechtelijke eisen wordt hierna afzonderlijk ingegaan. Nu deze waarborgen op alle terreinen van het bestuursrecht in acht moeten worden genomen, ligt het voor de hand daarvoor een algemene regeling in de Awb te treffen. Reeds de CTW adviseerde daarom op den duur een algemene regeling inzake de bestuurlijke boete op te nemen in de Awb. Ook vanuit de Staten-Generaal is daar herhaaldelijk op aangedrongen. De bestuurlijke

boete was echter tot voor kort ook voor de wetgever relatief onontgonnen terrein. Daarom moest eerst enige ervaring worden opgedaan met regelingen in bijzondere wetten, alvorens een goede algemene regeling kon worden ontworpen. Thans is echter het moment aangebroken, dat met vrucht een algemene regeling kan worden beproefd. Daaraan bestaat ook steeds meer behoefte, nu met het aantal boeteregelingen ook het gevaar van nodeloze verschillen tussen die regelingen toeneemt.

De thans voorgestelde regeling inzake bestuurlijke boete is voornamelijk harmoniserend. Veel bepalingen inzake handhaving uit het wetsvoorstel staan nu reeds her en der verspreid in bijzondere wetten die de mogelijkheid van de oplegging van een bestuurlijke boete voorzien. De formuleringen van deze bepalingen lopen soms uiteen in deze bijzondere wetten, terwijl de thans in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen niet in alle bijzondere boetewetten zijn opgenomen. Het wetsvoorstel harmoniseert deze diverse bepalingen en voorkomt daarmee dat er onnodige verschillen tussen bestaan. Vanuit het perspectief van doorzichtigheid voor burgers biedt de algemene regeling voordelen: her en der verspreide regels worden samengebracht en een aantal regels uit de jurisprudentie wordt gecodificeerd. Bovendien wordt een aantal procedurele waarborgen gegeven. Ook voor het bestuur en de rechtstoepassing in het algemeen levert een uniforme regeling voordelen op.

2. Verschillende boetestelsels

De CTW heeft in haar advies twee modellen gegeven voor inrichting van een bestuurlijke-boeteregeling. Deze modellen, aangeduid als model A en model B, verschillen op twee punten: de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht en de vaststelling van de hoogte van de boete.

In model A komt 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, bijvoorbeeld recidive of het toebrengen van letsel aan personen of schade aan goederen. Een strafsanctie in plaats van het opleggen van een bestuurlijke boete is in deze gevallen dus niet meer mogelijk. Een voorbeeld van dit model is de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften. In model B daarentegen blijven de beboetbare feiten tevens strafbaar, zodat in concrete gevallen kan worden gekozen tussen het opleggen van een bestuurlijke boete of het opleggen van een strafrechtelijke sanctie. De boeteregelingen in de sociale zekerheidswetgeving en de fiscale wetgeving bieden hiervan voorbeelden.

In model A is het bedrag van de boete voor een bepaalde overtreding in (een bijlage bij) de wet gefixeerd. Het bestuursorgaan heeft dus in beginsel geen beoordelingsvrijheid ten aanzien van de hoogte van de boete. Dit stelsel vinden wij bijvoorbeeld in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften en in de financiële toezichtswetgeving. In model B daarentegen legt de wet, zoals in het strafrecht gebruikelijk, slechts het maximum van de op te leggen boete vast; het bestuursorgaan heeft dus in concreto beoordelingsvrijheid ten aanzien van de hoogte van de boete.

De CTW sprak in haar advies een voorkeur uit voor model A, maar in het kabinetsstandpunt over dit advies werd deze voorkeur enigszins gerelativeerd. Het kabinet erkende dat model A het voordeel van de eenvoud had, maar achtte model B een bruikbaar alternatief. Model B zou bijvoorbeeld 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 delictomschrijving gedragingen

van sterk uiteenlopende ernst schuilgaan, waardoor het wenselijk is zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk te kunnen handhaven. De keuze tussen de verschillende modellen dient derhalve aan de bijzondere wetgever te worden overgelaten. In de bestaande of in voorbereiding zijnde wetgeving komen beide modellen voor. Ook komen mengvormen voor: de Mededingingswet wordt uitsluitend bestuursrechtelijk gehandhaafd (in zoverre model A), maar bepaalt slechts het maximum van de op te leggen boeten (in zoverre model B). Dit betekent dat de regeling in de Awb op beide punten met beide modellen rekening dient te houden.

3. De opzet van de regeling

3.1 Algemeen

Evenmin als de afdeling inzake de last onder bestuursdwang bepaalt welke bestuursorganen in welke gevallen een last onder bestuursdwang kunnen opleggen, bepaalt de thans voorgelegde regeling welk bestuursorgaan in welke gevallen een bestuurlijke boete kan opleggen, noch hoe hoog die boete dan is. Het legaliteitsbeginsel eist voor bestuurlijke boeten een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag. Het is derhalve de bijzondere wetgever die zal moeten bepalen of voor een bepaalde gedraging een boete kan worden opgelegd en zo ja, hoe hoog die boete is en door welk bestuursorgaan zij kan worden opgelegd. Daarmee kan de bijzondere wetgever voortaan echter ook volstaan; de Awb regelt de procedure die bij het opleggen van de boete moet worden gevolgd en de overige aspecten van de boeteoplegging.

Titel 5.4 is verdeeld in twee afdelingen. Afdeling 5.4.1 bevat bepalingen over een aantal materieelrechtelijke onderwerpen, afdeling 5.4.2 betreft de procedure die bij het opleggen van de boete dient te worden gevolgd.

3.2 De procedure

De in de bestaande wetgeving voorkomende bestuurlijke boeten lopen in zwaarte sterk uiteen. Op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersovertredeningen kunnen boeten van enkele tientallen tot enkele honderden euro's worden opgelegd, maar in de Mededingingswet bedraagt de maximale boete € 450 000 of, als dat meer is, 10 % van de omzet van de onderneming. In het belastingrecht kan de boete voor een vergrijp tot 100 % van de ten onrechte niet geheven belasting bedragen. In beide laatstgenoemde gevallen kan de boete in de praktijk oplopen tot vele miljoenen euro's.

In verband hiermee zijn in afdeling 5.4.2 twee procedures neergelegd: een meer eenvoudige voor de lichtere boeten en een meer uitvoerige voor de zwaardere boeten. Wetstechnisch gezien is dit vormgegeven door eerst de eenvoudigere procedure uit te schrijven, waarna in een slotartikel is geregeld welke elementen daaraan bij zware boeten worden toegevoegd. Dat zijn er drie: de verplichting om een rapport op te maken, de hoorplicht, en het vereiste van de zogenaamde functiescheiding. Krachtens artikel 5.4.1.6 geldt voorts bij zwaardere boeten een langere verjaringstermijn.

De keuze tussen beide procedures is geregeld in artikel 5.4.2.6, eerste lid. De zware procedure geldt bij overtredingen waarvoor een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift een andere grens is bepaald. Bij boeten van minder dan € 340 zou de zware procedure in de meeste gevallen tot onevenredige lasten leiden. Daarom geldt voor deze boeten in beginsel de lichte procedure. De grens van € 340 is ontleend aan de maximale boete die op grond van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften kan worden opgelegd (art. 2, derde lid, tweede volzin, geeft een maximum van € 340). Of een boete als licht of als zwaar moet worden beschouwd, hangt echter mede af van de context waarin zij wordt opgelegd. Een boete van € 500 is

in de context van de Algemene bijstandswet een zware sanctie, maar in de context van het toezicht op financiële instellingen een lichte. Daarom is de mogelijkheid geopend dat de bijzondere wetgever een andere grens bepaalt. Aldus wordt bereikt dat de wetgever bij boeten hoger dan € 340 wel kan kiezen voor de lichte procedure, maar dit steeds bewust moet doen. De positie van de overtreder wordt daarmee het best gewaarborgd. Het opleggen van een bestuurlijke boete is een beschikking, zodat de voorschriften van hoofdstuk 3 en titel 4.1 van toepassing zijn. Afdeling 5.4.2 geeft daarnaast een aantal aanvullende voorschriften. In grote lijnen verloopt de zware procedure als volgt. De overtreding zal als regel door een ambtenaar worden geconstateerd. Dat kan een toezichthouder zijn, maar ook een andere door het bevoegde bestuursorgaan met handhavingstaken belaste ambtenaar of – indien de gedraging tevens een strafbaar feit is – een opsporingsambtenaar. Deze ambtenaar maakt van de geconstateerde overtreding een rapport op. Dit rapport is de bestuursrechtelijke tegenhanger van het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar, met dien verstande dat het geen bijzondere bewijskracht heeft. Is de constaterende ambtenaar (tevens) opsporingsambtenaar, dan treedt zijn proces-verbaal in de plaats van het rapport.

Het rapport wordt toegezonden aan het bestuursorgaan dat bevoegd is de boete op te leggen. Dit bestuursorgaan zal veelal een ambtenaar belasten met de voorbereiding van de boetebeschikking. Deze mag niet de ambtenaar zijn die de overtreding heeft geconstateerd. Indien deze tweede ambtenaar van oordeel is dat een bestuurlijke boete moet worden opgelegd, stelt hij de overtreder in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen. Uiterlijk op dat tijdstip wordt het rapport aan de overtreder toegezonden of uitgereikt, zodat deze weet tegen welke beschuldiging hij zich moet verweren. De overtreder is in ieder geval in dit stadium niet meer verplicht omtrent de gedraging inlichtingen ten behoeve van de boeteoplegging te verstrekken. Hij heeft tevens het recht op inzage in en afschrift van stukken die aan het voornemen tot boeteoplegging ten grondslag liggen.

Nadat de overtreder is gehoord, zijn er twee mogelijkheden. Indien het voornemen tot boeteoplegging wordt gehandhaafd, wordt een beschikking van die strekking gegeven. Wordt van het opleggen van een boete afgezien, dan wordt de overtreder daarvan schriftelijk in kennis gesteld. In de lichte procedure bestaat wel de bevoegdheid, maar niet de verplichting om van de gedraging een rapport op te maken. Ook de hoorplicht en de eis van functiescheiding gelden niet. Uiteraard blijft het bestuursorgaan wel bevoegd de overtreder in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen. Maakt het bestuursorgaan van deze bevoegdheid gebruik en is er een rapport, dan dient dit ook uiterlijk op dat tijdstip aan de overtreder te worden toegezonden. In het andere geval ontvangt deze het rapport tegelijk met de boetebeschikking. Indien de zienswijze van betrokkene er toe leidt dat van het voornemen tot boeteoplegging wordt afgezien, dan wordt hem dit medegedeeld.

4. Verdragsrechtelijke eisen

De artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en de artikelen 14 en 15 van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR) bevatten een aantal belangrijke rechten en waarborgen voor degene tegen wie een «strafvervolgning» (in de authentieke Engelse tekst: «*a criminal charge*») wordt ingesteld. De belangrijkste daarvan zijn het recht op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, het legaliteitsbeginsel, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht van de beschuldigde, het «*ne bis in idem*»-beginsel en een aantal rechten van de verdediging.

Deze rechten en waarborgen zijn ook bij het opleggen van bestuurlijke boeten van groot belang. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgt namelijk, dat het begrip «*criminal charge*» een autonoom begrip is (EHRM 8 juni 1976, Publ. ECHR, Ser. A, Vol. 22 (Engel); EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Oztürk)). Dat wil zeggen, dat voor de toepasselijkheid van de door het verdrag gegarandeerde rechten en waarborgen niet van belang is of een bepaalde sanctie naar nationaal recht als strafrechtelijk of bestuursrechtelijk wordt gekwalificeerd. Beslissend is slechts, of de sanctie materieel het karakter van een straf heeft. Volgens het Öztürk-arrest hangt dit vooral af van de al dan niet algemene aard van de overtreden norm en het karakter van de sanctie, in het bijzonder of deze bestraffend en afschrikwekkend is.

De vraag wat deze criteria precies inhouden, heeft heel wat pennen in beweging gebracht. Niettemin kan deze discussie hier blijven rusten. Inmiddels is in Nederland namelijk onomstreden, dat het opleggen van een bestuurlijke boete in (zo goed als) alle gevallen een «*criminal charge*» oplevert. Ook de nationale jurisprudentie gaat daar van uit (zie voor de fiscale boete HR 22 juni 1988, NJ 1988, 955; voor de verkeersboeten HR 10 november 1992, NJ 1993, 181).

Anderzijds blijkt uit de Europese jurisprudentie evenzeer, dat het opleggen van boeten door bestuursorganen op zichzelf niet in strijd is met artikel 6 EVRM (zie het zojuist aangehaalde Oztürk-arrest, alsmede EHRM 24 februari 1994, Publ. ECHR Ser. A, Vol. 284, NJ 1994, 496 (Bendenoun)), mits de door dat artikel gegarandeerde rechten en waarborgen worden gerespecteerd. Daarbij is van belang, dat niet iedere afzonderlijke fase in de procedure aan alle eisen van artikel 6 EVRM behoefte te voldoen; voldoende is, dat de procedure als geheel daaraan voldoet (EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meijere); EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte)).

In verband met de verdragsrechtelijke eisen is in de voorgestelde regeling van de bestuurlijke boete een aantal bepalingen opgenomen. Daarop wordt in het artikelsgewijze gedeelte van deze toelichting nader ingegaan. Enkele andere waarborgen behoeven geen regeling meer, omdat de Awb daar reeds in voorziet. Het belangrijkste voorbeeld is het recht op een openbare behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige instantie. Omdat het opleggen van de bestuurlijke boete een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is, opent artikel 8:1 daartegen reeds beroep op de onafhankelijke rechter, waarbij artikel 8:62 de openbaarheid van de behandeling verzekert. Het recht op bijstand door een raadsman behoefte evenmin regeling, want dat volgt reeds uit de artikelen 2:1 en 8:24.

Artikel 6 EVRM vereist niet, dat beroep in twee instanties openstaat. Artikel 14, vijfde lid, IVBPR stelt die eis wel, maar knoopt daarbij niet aan bij het begrip «*criminal charge*», maar bij het begrip «*crime*». Hoewel jurisprudentie schaars is, is minst genomen verdedigbaar dat daarmee alleen de wat zwaardere overtredingen zijn bedoeld (zo ook G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A Michiels, *Bestuurlijke boeten in het milieurecht*, Publikatiereeks milieubeheer 1997/5, Ministerie van VROM, Den Haag, 1997).

Niettemin zal in ieder geval tegen de wat zwaardere boeten beroep in twee instanties moeten openstaan. In de meeste gevallen voorziet ons bestuursprocesrecht daarin reeds. De hoofdregel is immers, dat tegen een besluit beroep open staat bij de rechtbank, gevolgd door hoger beroep bij hetzij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, hetzij de Centrale Raad van Beroep. Ook het belastingrecht kent van oudsher rechtspraak in twee instanties, zij het dat, zoals opgemerkt, de tweede instantie (de Hoge Raad) niet over de feiten oordeelt. Op sommige deelterreinen van bestuursrecht is echter beroep in één instantie regel. Op die terreinen zal bij invoering van (zwaardere) bestuurlijke boeten tevens invoering van een tweede instantie moeten worden overwogen. Om die reden is bijvoorbeeld in een aantal wetten (de Mededingingswet, de Postwet, de Wet op

de telecommunicatievoorzieningen en de Warenwet) het vanouds bestaande beroep in één instantie vervangen door beroep op de rechtbank Rotterdam, gevolgd door hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie). In het belastingrecht was geruime tijd in discussie in hoeverre artikel 14, vijfde lid, IVBPR eist dat de tweede rechter ook over de feiten moet kunnen oordelen. Deze discussie zal binnenkort haar belang verliezen door de voorgenomen invoering op 1 januari 2005 van een tweede feitelijke instantie voor belastingzaken (zie het wetsvoorstel Belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties, Kamerstukken II 2003/04, 29 251, nrs. 1-3).

Ten slotte is relevant de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 13 februari 1991 (No. R (91) 1) inzake bestuurlijke sancties. De (niet-bindende) aanbeveling bevat een aantal beginselen dat door het bestuur in acht moet worden genomen bij de oplegging van een bestraffende bestuurlijke sanctie, dat wil zeggen een boete of een andere bestraffende maatregel. Maatregelen die het bestuur moet nemen naar aanleiding van een strafprocedure en tuchtrechtelijke sancties vallen niet onder het toepassingsbereik van de aanbevelingen. Het gaat hier om beginselen die voor een belangrijk deel ook besloten liggen in artikel 6 EVRM en de daarop gebaseerde Straatsburgse jurisprudentie, zoals het legaliteitsbeginsel, het verbod van bis in idem en het recht van de persoon die een bestuurlijke boete krijgt opgelegd om de aard van de beschuldiging te vernemen en genoeg tijd te hebben teneinde zichzelf adequaat te kunnen verdedigen. Binnen de Nederlandse rechtsorde worden deze beginselen reeds gerespecteerd en het onderhavige wetsvoorstel werkt de beginselen op een aantal punten nog nader uit.

5. Verhouding tot het strafrecht

In dit wetsvoorstel is gekozen voor een eigen regeling van de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht, mede met het oog op de kenbaarheid van de regeling naar het bestuur en de burger toe. Het EVRM noopt niet tot één uniform regime voor alle sancties. Het feit dat de eisen van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR op bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties gelijkelijk van toepassing zijn, brengt wel mee dat de regeling van de bestuurlijke boete op enkele wezenlijke punten moet overeenkomen met het strafrecht. De regeling van de bestuurlijke boete in het bestuursrecht behoeft derhalve geen exacte kopie te zijn van de regeling in het Wetboek van Strafrecht. Waar het om gaat is dat in het geval van bestraffende sancties bepaalde minimumwaarborgen gelden, ongeacht de classificatie naar nationaal recht.

Meer in het algemeen roept de omstandigheid dat het opleggen van een bestuurlijke boete in essentie niet verschilt van het opleggen van een straf, de vraag op in hoeverre allerlei onderwerpen uit het algemeen deel van het strafrecht een parallelle regeling moeten vinden in het bestuursrecht.

In commentaren op het voorontwerp is vooral vanuit strafrechtelijke hoek de vraag gesteld waarom het nodig is om in de Algemene wet bestuursrecht strafrechtelijke leerstukken opnieuw te regelen en niet te volstaan met een verwijzing naar de betreffende bepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Zo vraagt Knigge zich af waarom het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht niet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Knigge is van oordeel dat het strafrecht en het bestuursrecht steeds meer naar elkaar toe groeien en dat van gescheiden werelden geen sprake meer kan zijn. Enerzijds is de opsporing en vervolging van strafbare feiten bestuursrecht voorzover het daarbij gaat om het handelen van bestuursorganen (politie, openbaar ministerie). Anderzijds gaat het bij de oplegging van een bestuurlijke boete volgens Knigge om strafrecht. Een en ander betekent volgens Knigge dat regels van bestuursrecht

kunnen worden toegepast op strafrechtelijk terrein en omgekeerd dat regels van strafrecht kunnen worden toegepast bij de oplegging van bestuurlijke boetes (G.J. Knigge, De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, RM Themis 2000/3, 83–96, in het bijzonder op p. 96). Ook de Hoge Raad vraagt zich af waarom in het voorontwerp enkele uit het strafrecht bekende vraagstukken afzonderlijk worden geregeld. De Hoge Raad adviseert te verwijzen naar de desbetreffende bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht dan wel die bepalingen integraal over te nemen, zoals de artikelen inzake daderschap, samenloop en het verbod van bis in idem. Ook Jansen pleit voor een betere afstemming met een aantal algemene leerstukken uit het strafrecht, in het bijzonder door strakker aan te sluiten bij het strafrechtelijke regime voor overtredingen (O.J.D.M.L. Jansen, De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht, preadvies NJV 2002, p. 169–254, in het bijzonder op p. 228–230).

Er bestaan inderdaad overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht; van gescheiden werelden kan dan ook geen sprake zijn. Uitgangspunt dient dan ook te zijn, dat het bestraffende bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht, en daarvan gelet op artikel 6 EVRM op een aantal punten ook niet kan afwijken. Op een aantal essentiële punten wordt dan ook aangesloten bij het strafrecht. Toch is het integraal overnemen, dan wel het in algemene zin van overeenkomstige toepassing verklaren van de relevante bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht om een aantal redenen niet de aangewezen weg.

In de eerste plaats zijn de betreffende bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht in een geheel andere context geschreven en vooral gericht tot de rechter die zich, nadat het onderzoek ter terechtzitting is gesloten, op grondslag van de tenlastelegging moet beraden over het te wijzen vonnis (zie de artikelen 348 e.v. Wetboek van Strafvordering). De bepalingen inzake de bestuurlijke boete zullen zich vooral tot het bestuur moeten richten, nu het in eerste instantie het bestuursorgaan is dat de bestuurlijke boete oplegt.

In de tweede plaats brengt het gegeven dat de bestuurlijke boete vooral bedoeld is voor relatief eenvoudige feiten (zowel wat betreft hun aard als de wijze waarop zij kunnen worden geconstateerd) mee dat een aantal bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht niet of onvoldoende toegevoegd is op de bestuurlijke boete en dat aan bepaalde leerstukken in het bestuursrecht geen behoefte bestaat. Zo bestaat bijvoorbeeld in het bestuursrecht geen behoefte aan een regeling voor onvoltooide delicten. Ook in het strafrecht is poging tot overtreding niet strafbaar, en de meeste gedragingen waarop bestuurlijke boeten zijn gesteld, komen naar zwaarte overeen met strafrechtelijke overtredingen. Aan het opleggen van boeten voor voorbereidingshandelingen bestaat *a fortiori* geen behoefte; deze zijn ook in het strafrecht slechts bij de zwaarste misdrijven strafbaar gesteld.

Evenmin is behoefte aan een speciale regeling voor het opleggen van sancties aan jeugdigen vergelijkbaar met het jeugdstrafrecht; deze kwestie speelt in de praktijk van de bestuurlijke handhaving geen grote rol. Bij de oplegging van een bestuurlijke boete zou de leeftijd van de overtreder wel een factor kunnen zijn: het evenredigheidsbeginsel kan meebrengen dat in de bijzondere omstandigheden van het geval een lagere boete zou moeten worden opgelegd. De bijzondere wet waarin de mogelijkheid van een bestuurlijke boete wordt geïntroduceerd, kan ten aanzien van de hoogte van de op te leggen boete ook rekening houden met minderjarigen. Zo bepaalt artikel 2, vierde lid van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften dat de op grond van deze wet op te leggen boetes worden gehalveerd voor personen die ten tijde van de beboetbare gedraging nog geen zestien jaar oud waren.

Vraagstukken van opzet en schuld spelen in het bestuursrecht, met uitzondering van het fiscale recht, ook geen grote rol, omdat de bestuursrechtelijke

lijk gesanctioneerde gedragingen, net als de overtredingen in het strafrecht, veelal materieel zijn omschreven en geen opzet of schuld als bestanddeel kennen. Derhalve kon worden volstaan met het vastleggen van het beginsel, dat geen boete kan worden opgelegd voor een gedraging waarvan de dader geen verwijt kan worden gemaakt. Om soortgelijke redenen is niet voorzien in een regeling van specifieke dwangmiddelen. Het zou in theorie wel mogelijk zijn bestuursrechtelijke equivalenten, zo nodig compleet met rechterlijke tussenkomst, te creëren van de strafrechtelijke inbeslagneming of zelfs de voorlopige hechtenis en de telefoontap, maar als uit een oogpunt van handhaving aan dergelijke ingrijpende middelen behoefte bestaat, verdient het in het algemeen de voorkeur te kiezen voor strafrechtelijke handhaving. In deze constatering ligt een aanwijzing aan de bijzondere wetgever besloten: deze dient er bij de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving rekening mee te houden dat de mogelijkheden van het bestuursrecht in dit opzicht beperkt zijn gehouden. Als de hiervoor geformuleerde criteria (zie paragraaf 5.1) worden gehanteerd, is een goed onderscheid gewaarborgd tussen het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke regime. Enkele andere uit het strafrecht bekende vraagstukken spelen wel een rol in het bestuursrecht. In de artikelsgewijze toelichting zal worden ingegaan op de cumulatie van sancties en samenloop van feiten, op de vraag aan wie voor een bepaalde gedraging een bestuurlijke boete kan worden opgelegd (daderschap en deelnemingsvormen; artikel 5.0.1, tweede lid), alsmede op de vraag in welke gevallen wegens bijzondere omstandigheden van boeteoplegging moet worden afgezien (rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden; artikelen 5.0.5 en 5.4.1.2). Het voorontwerp deed al in aanzienlijke mate recht aan het uitgangspunt zoveel mogelijk aan te sluiten bij regelingen in het strafrecht en om slechts op onderdelen waar dat echt nodig is een eigen regeling in het bestuursrecht te formuleren. Bij nadere beschouwing van de kritieken op het voorontwerp zijn wij van oordeel dat het wetsvoorstel op drie punten nog nauwer zou kunnen aansluiten bij de regeling in het strafrecht. In de eerste plaats betreft dit de regeling van het zwijgrecht en de cautie in artikel 5.0.11, die in dit wetsvoorstel nauwer aansluit de regeling in artikel 29 Wetboek van Strafvordering. In de tweede plaats betreft dit artikel 5.4.1.7, vierde lid: de overtreder dient te profiteren van een na het plegen van de overtreding ten gunste van hem gewijzigde boete regeling, ook al is de zaak inmiddels voor de rechter. Deze regeling sluit beter aan bij het bepaalde in artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht. In de derde plaats is wat het opleggen van sancties aan rechtspersonen betreft artikel 51 WvSr. van overeenkomstige toepassing verklaard, in plaats van een eigen regeling te geven. Voor een nadere uitwerking wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting.

In de literatuur is wel bepleit om een algemene regeling van bestuurlijke boetes op te nemen in een aparte Wet op het Bestuursstrafrecht. Een belangrijk argument hiervoor is dat de bestuurlijke boete wordt beheerst door zowel regels van het strafrecht als van het bestuursrecht. Het zogenoemde bestuursstrafrecht is in deze visie een van het strafrecht en het bestuursrecht te onderscheiden deel van het recht waarin publiekrechtelijke bestuursorganen zonder tussenkomst van de betrokkene of een onafhankelijke rechter, sancties met een bestraffend karakter kunnen opleggen (zie onder meer A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998, p. 74). Ook Albers pleit in haar dissertatie voor een aparte wettelijke regeling inzake de oplegging van bestraffende bestuursrechtelijke sancties. Een belangrijke reden voor dit pleidooi is, dat het bestaande bestuursprocesrecht volgens deze auteurs onvoldoende zou zijn toegesneden op procedures tot oplegging van bestraffende sancties, zeker waar het betreft het bieden van voldoende rechtsbescherming aan de vermoedelijke overtreder. In deze regeling zouden dan bestuursstraf(proces)rechtelijke regels neergelegd moeten

worden, waarin ten minste wordt voldaan aan de uit het EVRM en IVBPR voortvloeiende waarborgen en waarin zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de relevante bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering (C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, Balanceren op een magische lijn?, diss. Maastricht 2002, Den Haag 2002, met name op p. 413–414 en 445–447).

Wij delen niet de opvatting dat voor de oplegging van bestraffende bestuursrechtelijke sancties een aparte – los van de Algemene wet bestuursrecht staande – wettelijke regeling noodzakelijk is. Bestuurlijke boetes maken onderdeel uit van het bestuursrecht, zij het dat gezien het bestraffende karakter ervan een aantal bijzondere regels nodig is. Uitgangspunt blijft echter dat de algemene regels van het bestuursrecht gelden: zo is een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete een besluit (nog preciezer: een beschikking) in de zin van art. 1:3 Awb, zodat de in hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht opgenomen algemene regels over besluiten (onder meer over zorgvuldige voorbereiding, motivering en bekendmaking) en de in Hoofdstuk 4 opgenomen bijzondere bepalingen over besluiten van toepassing zijn (onder meer met bepalingen over beschikkingen, zoals de voorbereiding en de beslistermijnen). Verder is op het bestuurlijke boetebesluit het in de Algemene wet bestuursrecht voorziene stelsel van rechtsbescherming van toepassing (bezwaarschrift, beroep op de bestuursrechter), dus ook zonder verplichte procesvertegenwoordiging. Voorzover er behoefte bestaat aan enige algemene regels inzake bestuurlijke boeten, is regeling in de Algemene wet bestuursrecht passend (vgl. O.J.D.M.L. Jansen in zijn preadvies voor de NJV 2002, De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht, Deventer 2002, p. 190). Bovendien kan er ook een aantal algemene regels worden opgenomen dat geldt voor de drie in de Awb opgenomen of op te nemen sancties, te weten bestuursdwang, dwangsom en bestuurlijke boete. Een en ander neemt niet weg dat voor (de voorbereiding van) een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete enige bijzondere eisen gelden en dat de rechter bij de toetsing van boetebesluiten een bijzondere positie inneemt (vgl. C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?, NTB 2002, p. 187–198). In verband daarmee zijn in dit wetsvoorstel de nodige voorzieningen getroffen.

6. De bijzondere positie van de rechter bij toetsing van boetebesluiten

De toetsing van bestuurlijke boetebesluiten vindt plaats volgens de algemene regels van het bestuursprocesrecht, zoals opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht. Bepalingen van strafprocesrecht en strafrechtelijke leerstukken zijn niet rechtstreeks van toepassing in een bestuursrechtelijke context. Onder omstandigheden kunnen zij wel door de bestuursrechter analoog worden toegepast, met name indien de bestuursrechtelijke verhouding tussen partijen sterke overeenkomsten vertoont met een strafrechtelijke verhouding (vgl. CRvB 5 april 2002, JB 2002, 173). De bestuursrechter kan zich uiteraard laten inspireren door de uitspraken van zijn strafrechtelijke collega (voor voorbeelden zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting).

Zoals reeds vermeld, verzet het EVRM zich er niet tegen dat een bestraffende sanctie in eerste instantie door het bestuur wordt opgelegd, mits daarna maar een beroep op een onafhankelijke rechter openstaat dat voldoet aan alle vereisten van artikel 6 EVRM. Het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete moet wel terdege worden onderbouwd. Er worden extra eisen gesteld aan de voorbereiding, in het bijzonder aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit (zie bijv. ABRS 15 februari 2001, JB 2001, 88 en ABRS 7 augustus 2002, NJB 2002, p. 1808, nr. 49). Zoals de bestuurlijke beslissing aan

bepaalde eisen moet voldoen, zo moet ook de toetsing door de rechter aan bepaalde extra eisen voldoen. Deze eisen worden voor een belangrijk deel gegeven door artikel 6 EVRM. De bestuursrechter neemt een bijzondere positie in in dit verband: enerzijds oordeelt hij als «gewoon» bestuursrechter, anderzijds is zijn positie enigszins vergelijkbaar met die van een strafrechter.

De toetsing door de rechter van de bestuurlijke boete moet op grond van artikel 6 EVRM volledig zijn («full jurisdiction»). De Nederlandse jurisprudentie laat zien dat bij bestraffende sancties indringend wordt getoetst op evenredigheid: de zwaarte (hoogte) van de sanctie moet zijn afgestemd op de ernst van de gedraging. De rechter laat dan zijn in het algemeen terughoudende opstelling bij de toetsing van bestuursbesluiten varen (zie bijv. ABRS 4 juni 1996, JB 1996, 172 en CRvB 1 november 2001, JB 2001, 329). Bij deze evenredigheidstoets dient ook de verwijtbaarheid van het beoetbare feit te worden betrokken (zie bijv. ABRS 17 april 2002, JB 2002, 164, ABRS 7 augustus 2002, NJB 2002, p. 1808, nr. 49 en CRvB 13 juni 2001, RSV 2001, 242). Naast de hoogte van de boete dient ook een volle toetsing plaats te vinden ten aanzien van het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren. De onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM kan meebrengen dat de rechter bij de beoordeling ook feiten meeneemt die het bestuursorgaan niet kon kennen op het moment van het nemen van het boetebesluit. De bewijslast ten aanzien van deze feiten rust op het bestuur (zie bijvoorbeeld ABRS 15 april 1999, RAwb, 146). Ook dient de rechter een inmiddels ten gunste van de overtreder gewijzigd voorschrift in zijn beoordeling mee te nemen (zie nader de toelichting bij art. 5.4.1.7. lid 4).

Een ander bijzonder aspect van de rol van de rechter is dat hij, indien hij een boetebesluit vernietigt, de zaak zoveel mogelijk zelf afdoet. Indien de rechter constateert dat de hoogte van een bestuurlijke boete onevenredig hoog is, kan hij op grond van art. 8:72, vierde lid, Awb zelf in de zaak voorzien en een lagere boete opleggen. In de jurisprudentie zijn hier reeds voorbeelden van te vinden (zie bijv. CRvB 23 januari 1997, RSV 1997, 108 en CvBSf 15 december 2000, JB 2001, 19). In de belastingrechtspraak is dit reeds lang vaste jurisprudentie, niet alleen op het terrein van boetebesluiten (zie bijv. HR 28 maart 1990, BNB 1990, 194). Een en ander is ook in lijn met de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de toetsing van een bestraffende sanctie («full jurisdiction»). Dit uitgangspunt, dat recht doet aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, wordt in het onderhavige wetsvoorstel voorgeschreven.

Naast de mogelijkheid om het boetebesluit te vernietigen, kan de rechter met toepassing van artikel 6:22 Awb de schending van vormvoorschriften passeren indien de betrokkene niet in zijn belangen (dat wil zeggen zijn verdediging) wordt geschaad. Verder zou de bestuursrechter kunnen volstaan met de vermindering van de boete (vgl. I. de Raat en R.J.G.M. Widdershoven, *De bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht*, NJCM-Bulletin 2000, p. 771–788, op p. 783–784). De bestuursrechter past deze methode reeds toe bij schending van het vereiste van de redelijke termijn (zie bijv. CbB 28 maart 1995, AB 1995, 513) en volgt hiermee de Straatsburgse jurisprudentie ter zake. Deze methode kan worden gebruikt in geval van inbreuken op procedurele waarborgen die niet kunnen worden gepasseerd, maar waarbij het ook te ver gaat om het gehele boetebesluit te vernietigen.

7. De positie van derdebelanghebbenden

Het komt voor dat iemand een bestuursorgaan verzoekt een boete op te leggen aan een ander. Een dergelijk verzoek kan – mits voldoende concreet en onderbouwd – voor het bestuursorgaan uiteraard aanleiding zijn om een onderzoek in te stellen naar de volgens de verzoeker gepleegde overtreding. Het bestuursorgaan kan daarvan echter ook

afzien, bijvoorbeeld omdat het voor de inzet van de beperkte handhavingscapaciteit andere prioriteiten heeft gesteld.

Voor de wijze waarop een dergelijk verzoek moet worden behandeld, is van belang of de verzoeker kan worden aangemerkt als een belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid Awb: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Als dat het geval is, is het verzoek namelijk een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, Awb, waarop met inachtneming van de regels van titel 4.1 moet worden beslist.

Volgens vaste jurisprudentie is voor het zijn van belanghebbende vereist, dat de verzoeker door het besluit wordt getroffen in een eigen, persoonlijk belang, waarbij bovendien voldoende causaal verband moet bestaan tussen het besluit en de aantasting van het belang. Bij veel overtredingen waarvoor bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd, zijn echter geen individuele burgers aan te wijzen die rechtstreeks worden benadeeld: wie zijn belastingaangifte of het aanvraagformulier voor een uitkering in strijd met de waarheid invult, benadeelt de gemeenschap, niet (rechtstreeks) een individuele burger.

Een rechtstreeks belang bij een boetebesluit kan onder omstandigheden, bijvoorbeeld, wel worden aangenomen voor de directe concurrent van de overtreder van mededingingsregels. De overtreder kan zich door de overtrekking een economisch voordeel hebben verschafte ten opzichte van zijn concurrenten en de boete heeft mede tot effect dat dit wederrechtelijk verkregen economisch voordeel geheel of gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt. Een dergelijke casus speelde bijvoorbeeld voor de rechtbank Rotterdam. Op verzoek van de derde (Norsk Hydro) had de NMa aan de N.V. Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) een bestuurlijke boete van veertien miljoen gulden opgelegd wegens het maken van misbruik van een economische machtspositie (in strijd met artikel 24 Mededingingswet). Het bezwaar van SEP tegen dit boetebesluit werd afgewezen en de rechtbank verklaarde het beroep van de SEP ongegrond. Norsk Hydro was destijds beoogd contractpartij van de SEP in verband met de doorlevering van elektriciteit. De SEP weigerde echter een dergelijke overeenkomst aan te gaan. De rechtbank erkende Norsk Hydro als belanghebbende en daarmee als procespartij in de zin van artikel 8:26, eerste lid, van de Awb (Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385; op dit punt bevestigd door CBB 28 mei 2004, LJN-nr. AP 1336). In deze zaak had de derde derhalve een direct, rechtstreeks belang bij de oplegging van de boete. (Zie voor een vergelijkbare zaak ABRS 18 februari 2004, AB 2004, 113 (Commissariaat voor de Media, Radio 538). Een dergelijk direct, rechtstreeks belang ligt voor consumenten in een dergelijke casus niet voor de hand (zie ook A.T. Ottow, Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie, pre-advies VAR 2003, VAR-geschrift 130, Den Haag 2003).

Het voorgaande laat vanzelfsprekend onverlet, dat een bestuursorgaan in een verzoek van een derde aanleiding kan zien om een onderzoek naar een mogelijke overtrekking in te stellen, alsook dat een klacht van een derde over het niet optreden tegen een overtrekking een klacht kan zijn die met toepassing van hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht moet worden behandeld.

Indien een gedragsvoorschrift niet alleen door middel van bestuurlijke boeten, maar ook strafrechtelijk kan worden gehandhaafd, kan het voorkomen dat een derde-belanghebbende het niet eens is met een beslissing om een overtrekking bestuursrechtelijk af te doen en zich daarom op grond van artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering bij het gerechtshof beklagt over het niet strafrechtelijk vervolgen van de overtrekker. Vóór dat geval bepaalt dit wetsvoorstel dat de bestuurlijke boete vervalt indien het gerechtshof oordeelt dat de overtruweder alsnog strafrechtelijk moet worden vervolgd (zie het voorgestelde artikel 5.4.1.8). Dit komt overeen met de regeling die het strafrecht reeds kent voor het geval de persoon

wiens vervolging wordt bevolen reeds een transactie is aangegaan met het openbaar ministerie (art. 74b WvSr).

8. Een bestuursrechtelijke transactie?

In de literatuur (G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke boeten in het milieurecht*, Publikatiereeks milieubeheer 1997/5, Ministerie van VROM, Den Haag 1997, pp. 64 e.v.; A.B. Blomberg, F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, VUGA, Den Haag 1997, p. 346; zie ook Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer 1998, p. 81) is er voor gepleit om in het kader van een algemene regeling inzake bestuurlijke boeten tevens de invoering van de zogenaamde bestuursrechtelijke transactie te overwegen.

De bestuursrechtelijke transactie moet worden onderscheiden van de strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur. Een strafrechtelijke transactie is het afzien van strafvervolging in ruil voor het betalen van een geldbedrag door de verdachte. Een strafrechtelijke transactie kan worden aangeboden door het openbaar ministerie, in sommige gevallen door de politie, en in een enkel geval door een bestuursorgaan (vgl. bijvoorbeeld artikel 85, derde lid, Waterschapswet en artikel 76, tweede lid, Awr).

Artikel 37 van de Wet op de economische delicten biedt daarnaast de mogelijkheid dat de transactiebevoegdheid van het OM voor bepaalde delicten aan een bestuursorgaan wordt overgedragen. Thans loopt daarmee een experiment op het terrein van het milieurecht. Op 1 november 2000 is in werking getreden het Transactiebesluit milieudelicten (Stb. 2000, 320). Dit besluit biedt aan een aantal bestuursorganen de mogelijkheid om bij bepaalde – doorgaans eenvoudige – milieudelicten een transactie voor te stellen aan de overtreders, binnen daartoe in het besluit gestelde grenzen en onder toezicht van het openbaar ministerie. Het Project Bestuurlijke Transactie Milieudelicten stelt het bestuur in een zestal proefarrondissementen in staat te experimenteren met de strafrechtelijke transactie.

De bestuursrechtelijke transactie is echter een andere figuur dan de strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur. Zoals de strafrechtelijke transactie een alternatief is voor strafvervolging, zou de bestuursrechtelijke transactie een alternatief moeten zijn voor het opleggen van een bestuurlijke boete. In plaats van een bestuurlijke boete te betalen, zou de overtreder kunnen volstaan met het betalen van een lager bedrag, mits hij in ruil daarvoor afziet van bezwaar en beroep.

Uit een oogpunt van beperking van bestuurslasten en «lik-op-stuk»-beleid zou een dergelijke regeling ontegenzeggelijk voordelen kunnen hebben. Zij roept echter ook de nodige vragen op. Mede doordat op veel beleids-terreinen nog maar beperkte ervaring met de bestuurlijke boete is opgedaan, is niet duidelijk of een bestuursrechtelijke transactie voor de overtreder voldoende aantrekkelijk zou zijn om tot een substantiële beperking van bestuurslasten te leiden. De strafrechtelijke transactie is voor burgers en bedrijven mede aantrekkelijk, omdat daardoor een strafvervolging, met alle negatieve publiciteit van dien, wordt vermeden. Omdat een bestuurlijke boete als minder stigmatiserend wordt ervaren, is onzeker of dit voor de bestuursrechtelijke transactie wel in dezelfde mate zou gelden.

Voorts zou een regeling van de bestuursrechtelijke transactie waarschijnlijk relatief uitvoerig moeten zijn. De bevoegdheid van het bestuursorgaan om betaling van een lager bedrag te verlangen zou in de wet neergelegd en genormeerd moeten worden. Daarbij zou ook het afstand doen van bezwaar en beroep nader moeten worden ingekaderd. Hoewel afstand van rechtsbescherming onder omstandigheden mogelijk is, zouden wel zekere waarborgen nodig zijn om te voorkomen dat burgers zich onder druk gezet voelen om afstand van rechtsbescherming te doen.

Gelet hierop is er thans onvoldoende aanleiding om een algemene regeling van de bestuursrechtelijke transactie voor te stellen. Dit sluit niet uit

dat dit standpunt wordt heroverwogen als in de praktijk een duidelijke behoefte aan deze figuur zou blijken te bestaan.

9. Bewijs

Anders dan in de literatuur (zie met name A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, diss. EUR 1998, Arnhem 1998) en op onderdelen ook door de Raad van State (zie punt 15 van het advies) wel is bepleit, bevat dit wetsvoorstel geen afzonderlijke regeling voor het bewijs in zaken waarin een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Hoewel voor bestuurlijke boeten enige specifieke bewijsregels gelden, kunnen die niet los worden gezien van het bestuursrechtelijk bewijsrecht als geheel. Codificatie van bewijsregels voor bestuurlijke boeten zou daarom slechts goed mogelijk zijn in de context van een meeromvattende codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Dat zou een omvangrijke wetgevingsoperatie vergen, waaraan naar ons oordeel thans geen behoefte bestaat. Uit artikel 3:46 Awb volgt reeds, dat een besluit – dus ook een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete – dient te berusten op een deugdelijke motivering. Deze eis van een deugdelijke motivering omvat onder meer de eis van een juiste feitelijke grondslag. Het bestuursorgaan mag dus geen bestuurlijke boete opleggen, zolang het niet de overtuiging heeft dat de overtreding daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Het bestuursorgaan zal zich er dus steeds, maar in ieder geval bij gemotiveerde betwisting, terdege van moeten vergewissen dat daarvoor voldoende bewijs bestaat.

Indien beroep wordt ingesteld, zal het bestuur zo nodig de rechter van de juistheid van de aan de boetebeslissing ten grondslag gelegde feiten moeten overtuigen. Dit volgt uit het gegeven, dat in het Nederlandse bestuursproces in beginsel de materiële waarheid centraal staat, met het oog waarop de bestuursrechter de feitelijke grondslag van het bestreden besluit volledig kan toetsen. Een en ander betekent, dat reeds toepassing van het algemene bestuurs(proces)recht er in overeenstemming met artikel 6, tweede lid, EVRM toe leidt, dat geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd als de overtreding niet, zo nodig ten genoegen van de rechter, is bewezen. Afzonderlijke bepalingen zijn daarvoor niet nodig. Uit artikel 3:2 Awb volgt voorts reeds, dat het onderzoek naar de feiten op een zorgvuldige wijze moet plaatsvinden. Gelet daarop zijn nadere regels omtrent de bewijsgaring en de keuze en de waardering van de bewijsmiddelen niet nodig. Ook in beroep is er geen reden voor bestuurlijke boeten een inbreuk te maken op de traditioneel in het bestuursprocesrecht geldende vrij-bewijs-leer. De beoordeling van de toereikendheid van het bewijs kan aan de rechter worden overgelaten.

Ditzelfde geldt voor de vraag of het bewijs rechtmatig is verkregen. De vrijheid van de bestuursrechter ten aanzien van de bewijswaardering brengt mee dat het aan de rechter is te beoordelen in hoeverre bewijsmateriaal bij de vergaring waarvan enig voorschrift is geschonden, aan het bewijs van de overtreding kan bijdragen, aldus HR 1 juli 1992, BNB 1992, 306. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat het enkele feit dat bewijs strafrechtelijk gezien onrechtmatig is verkregen, niet zonder meer meebrengt dat dit bewijs ook in een bestuursrechtelijke procedure niet mag worden gebruikt. De eigen aard van bestuursrecht en strafrecht verzetten zich tegen een dergelijk eenvoudige gelijkstelling. Daarbij is bijvoorbeeld van belang dat in het bestuursrecht relatief veel fouten bij de bewijsgaring – bijvoorbeeld het niet horen van de overtreder – in de bezwaarschriftprocedure kunnen worden hersteld (aldus ook Hartmann, a.w., blz. 196), terwijl vormfouten met toepassing van artikel 6:22 Awb ook door de rechter kunnen worden gepasseerd.

Een en ander neemt vanzelfsprekend niet weg, dat het ook in het bestuursrecht kan voorkomen dat bij de bewijsgaring zodanig fundamentele normen – te denken valt aan de essentiële normen van artikel 6 EVRM

– zijn geschonden en de overtreder daardoor zozeer in zijn belangen is geschaad, dat het verkregen bewijs niet kan worden gebruikt om een boete op te leggen.

10. De bestuurlijke boete en het gemeenschapsrecht

Ook het gemeenschapsrecht kent de figuur van de bestuurlijke boete. Zo is de Europese Commissie op het gebied van het mededingingsrecht bevoegd om bestuurlijke boeten (en ook bestuurlijke dwangsommen) op te leggen (vgl. m.n. art. 83, tweede lid, EG-Verdrag (art. 87, tweede lid-oud), uitgewerkt in Vo. (EG) 1/2003). Deze bevoegdheid kan hier buiten beschouwing blijven, nu de Algemene wet bestuursrecht daarop vanzelfsprekend niet van toepassing is.

In veruit de meeste gevallen is de handhaving van het gemeenschapsrecht echter opgedragen aan de lidstaten. Daarbij zijn de lidstaten in beginsel vrij in de keuze van het handhavingssysteem en de op te leggen sancties (HvJEG 10 juli 1990, zaak C-326/88, Jur. I-2911 (Hansen); HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95 (Draempaehl)). Het gemeenschapsrecht stelt aan deze vrijheid echter wel duidelijke grenzen. In de eerste plaats is er de plicht van de lidstaten tot effectieve handhaving van het gemeenschapsrecht, welke door het Hof van Justitie wordt afgeleid uit het beginsel van de gemeenschapstrouw (art. 10 (art. 5-oud) EG-Verdrag) (HvJEG 21 september 1989, zaak 68/88, Jur. 2965 (Griekse maïs)). Deze plicht kan de naar Nederlands recht veelal bestaande beleidsvrijheid om van het opleggen van een boete af te zien in bepaalde gevallen beperken. In de tweede plaats geldt het assimilatiebeginsel, hetgeen inhoudt dat tegen schendingen van het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze en met dezelfde intensiteit moet worden opgetreden als tegen vergelijkbare schendingen van nationaal recht (HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, Jur. 1908 (Von Colson en Kamann); HvJEG 2 augustus 1993, zaak C-276/91, Jur. I-4413 (Commissie/Frankrijk)).

Naast deze algemene beginselen bevat het (secundaire) gemeenschapsrecht in toenemende mate ook meer specifieke voorschriften inzake de handhaving en sanctionering van communautaire regelingen. Diverse verordeningen verplichten de lidstaten om voor bepaalde overtredingen bestuurlijke sancties, waaronder ook bestuurlijke boeten, op te leggen (zie bijv. Vo. (EG) 3007/84, Pb 1984 L 283, gewijzigd bij Vo. (EG) 1260/90, Pb 1990 L 124). Het Hof van Justitie heeft in ieder geval voor het terrein van de landbouw erkend dat de Gemeenschap daartoe bevoegd is (HvJEG 27 oktober 1992, zaak C-240/90, Jur. I-5383 (Duitsland/Commissie)), maar ook op andere terreinen wordt deze bevoegdheid inmiddels door de gemeenschapswetgever verondersteld. Dit blijkt met name uit Vo. (EG) 2988/95, Pb 1995 L, inzake de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Dit is een kaderverordening, die regels geeft voor het opleggen van bestuurlijke sancties, waaronder bestuurlijke boeten, voor nader bij sectorverordeningen te bepalen overtredingen. Hoewel deze sectorverordeningen thans nog niet tot stand zijn gekomen, valt te verwachten dat de kaderverordening in de toekomst van steeds groter belang zal worden voor de bestuurlijke handhaving.

Dit roept de vraag op naar de verhouding tussen de Awb en de communautaire regelingen. In beginsel is deze helder: bij strijdigheid gaat het gemeenschapsrecht voor. Voorzover echter het gemeenschapsrecht bepaalde aspecten ongeregeld laat, of daarvoor zelfs uitdrukkelijk naar het nationale recht verwijst, is de Awb wel (aanvullend) van toepassing. Dit kan in sommige situaties leiden tot een nogal gecompliceerd rechtsregime, maar dat is het onvermijdelijke gevolg van de interferentie tussen harmonisatie van wetgeving op nationaal niveau en harmonisatie op Europees niveau. Het is niet doenlijk om in de Awb bij voorbaat rekening te houden met allerlei regels in specifieke verordeningen, temeer daar deze onderling ook weer verschillen. Wel is waar mogelijk rekening

gehouden met de meer algemene Verordening (EG) 2988/95, zij het dat de afstemming, mede door de verschillen in de gehanteerde begrippenkaders, nooit volledig sluitend kan zijn.

Bovendien moeten ook hier soms keuzen worden gemaakt tussen verschillende vormen van harmonisatie. Een voorbeeld kan dit illustreren. Artikel 3, eerste lid, eerste alinea, van de Verordening (EG) 2988/95 bepaalt dat de verjaringstermijn voor de overtredingen waarop zij betrekking heeft, vier jaar bedraagt, met dien verstande dat de sectorverordeningen een kortere termijn van tenminste drie jaar kunnen bepalen. Het onderhavige wetsvoorstel (artikel 5.4.1.6) werkt met termijnen van twee jaar ingeval de lichte procedure van toepassing is, en vijf jaar indien de zware procedure van toepassing is. Laatstgenoemde termijnen kunnen derhalve in een concreet geval in strijd komen met de Verordening. In een regeling die op nationaal niveau uniform wil zijn, valt dit echter niet te voorkomen, nu de communautaire verjaringstermijn zelf binnen het toepassingsbereik van de Verordening niet uniform zal zijn. Wel is naar aanleiding van de Verordening overwogen de korte vervaltermijn in dit wetsvoorstel op drie in plaats van twee jaar te stellen, doch daarvan is afgezien, omdat dit weer zou kunnen leiden tot een disharmonie tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke vervalrespectievelijk verjaringstermijnen voor dezelfde overtreding, terwijl samenloop tussen nationaal bestuurs- en strafrecht vooralsnog aanzienlijk vaker voorkomt dan samenloop tussen nationaal en communautair bestuursrecht. Het gevolg, dat artikel 5.4.1.6 in een voorkomend geval buiten toepassing zal moeten worden gelaten ten faveure van het gemeenschapsrecht, is daarbij als onvermijdelijk aanvaard.

Artikelsgewijs

TITEL 5.4 BESTUURLIJKE BOETE

Afdeling 5.4.1 Algemene bepalingen

Artikel 5.4.1.1

Eerste lid

De bestuurlijke boete wordt in dit wetsvoorstel gedefinieerd als de bestuurlijke sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom, die is gericht op bestraffing van de overtreder. Een bestuurlijke boete is een sanctie, en kan derhalve slechts worden opgelegd voor een overtreding, een verboden gedraging. Daarin onderscheidt zij zich van verplichtingen tot betaling van een geldsom die door de overheid worden opgelegd ter zake van gedragingen die op zichzelf niet in strijd met het bestuursrecht zijn, zoals heffingen, retributies en (andere) belastingen.

Een bestuurlijke boete is voorts een sanctie met een punitief karakter; daarin onderscheidt zij zich van de bestuurlijke dwangsom. Een dwangsom strekt tot het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie. Dit komt tot uiting in het feit dat een dwangsom slechts kan worden opgelegd in combinatie met een last om iets te doen of na te laten. Bij een bestuurlijke boete is van zo'n last geen sprake. De boete maakt de overtreding ook niet ongedaan – hoogstens indirect, door het afromen van door de overtreding verkregen economisch voordeel – en is slechts indirect, door haar afschrikkende werking, gericht op het voorkomen van verdere overtredingen.

De gekozen omschrijving brengt mee, dat een bestuurlijke boete niet voorwaardelijk kan worden opgelegd. Aan een boete onder de opschortende voorwaarde dat de overtreder binnen een bepaalde periode niet opnieuw een overtreding pleegt, bestaat geen behoefte, nu zij op

hetzelfde neerkomt als een last onder dwangsom. Ook van andere vormen van voorwaardelijke boeteoplegging is niet gebleken dat daaraan in de praktijk behoefte bestaat.

Tweede lid

Het komt regelmatig voor dat een door de overheid verleende financiële aanspraak – een uitkering of subsidie – wegens niet-naleving van de daaraan verbonden voorschriften wordt verminderd of ingetrokken. Een dergelijke sanctie heeft een ander karakter dan een bestuurlijke boete. In de meeste gevallen wordt een dergelijke sanctie in de rechtspraak zelfs niet als een bestraffende sanctie aangemerkt. vgl. ABRS 23 maart 1998, Rechtspraak bestuursrecht: de annotaties 1997/98, blz. 119 (Renovatie-subsidie Diemen); ABRS 8 februari 2000, JB 2000, 91, AB 2001, 118 (woningverbeteringssubsidie Den Haag); ABRS 20 maart 2002, JB 2002, 159). Onder omstandigheden is echter niet uitgesloten dat een de vermindering of intrekking van een financiële aanspraak wel een bestraffend karakter heeft (zie voor een voorbeeld ABRS 20 november 2002, JB 2003, 18 en idem AB 2003, 173). Dan zou de vraag kunnen rijzen of een dergelijke sanctie een bestuurlijke boete is, waarop de bepalingen van titel 5.4 van toepassing zijn. Om onduidelijkheid daarover te vermijden, bepaalt het tweede lid dat de bepalingen over de bestuurlijke boete niet van toepassing zijn. Aldus wordt voorkomen dat de toepasselijkheid van titel 5.4 afhangt van de in concreto soms moeilijk te bepalen grens tussen een bestraffende en een niet-bestruffende «korting» op een aanspraak.

Artikel 5.4.1.2

Deze bepaling beoogt het beginsel «geen straf zonder schuld» ook voor bestuurlijke boeten te codificeren. Thans is het te vinden in een aantal bijzondere wetten, zoals de Wet bescherming persoonsgegevens (artikel 66, tweede lid). Net als bij strafrechtelijke overtredingen is schuld in de zin van verwijtbaarheid bij bestuursrechtelijk gesanctioneerde overtredingen doorgaans geen bestanddeel van het delict. Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Dit laat echter onverlet, dat ook in deze gevallen het beginsel «geen straf zonder schuld» geldt (zo reeds HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681 (Melk-en-water-arrest)). Om aan het opleggen van een boete te ontkomen, zal de overtreder dan echter een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld, en deze afwezigheid aannemelijk moeten maken. Een en ander is neergelegd in artikel 5.4.1.2. Binnen het kader van deze bepaling kunnen zo nodig ook de klassieke schulduitsluitingsgronden uit het strafrecht (ontoerekeningsvatbaarheid, noodweerexces, overmacht en handelen ter uitvoering van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) aan de orde komen. In de praktijk van de bestuurlijke handhaving zal men dan vooral aan de laatste twee moeten denken. Om dezelfde reden als bij de rechtvaardigingsgronden (zie de toelichting op artikel 5.0.5) is er van afgezien in de Awb een catalogus van geschreven schulduitsluitingsgronden op te nemen.

De voorgestelde regeling is in overeenstemming met artikel 6 EVRM. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat een ieder voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld wettig is bewezen. Schuld moet hier niet worden opgevat als verwijtbaarheid, maar als daderschap. Als het daderschap vaststaat, mag schuld in de zin van verwijtbaarheid worden verondersteld, mits tegenbewijs mogelijk is (EHRM 7 oktober 1988, Publ. ECHR, Ser. A, Vol 141-A, NJ 1991, 351 (Salabiaku); EHRM 25 september 1992, Publ. ECHR, Ser. A, Vol. 207, NJ 1995, 593 (Pham Hoang)). Nu de overtreder te allen tijde een beroep kan doen op afwezigheid van alle schuld, is aan deze laatste voorwaarde voldaan.

In het licht van de onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM,

rijst voorts nog de vraag of de hoofdregel van het bestuursrecht (artikel 6:16 Awb), inhoudende dat aan bezwaar en beroep geen schorsende werking toekomt, ook voor boetebeschikkingen kan gelden. Met het oog op de slagvaardigheid van de handhaving is schorsende werking van bezwaar en beroep immers soms minder gewenst. Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt dat de onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM niet uitsluit dat de tenuitvoerlegging van besluiten plaatsvindt, voordat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist. Deze bevoegdheid tot onmiddellijke executie moet wel binnen redelijke grenzen worden toegepast, waarbij een redelijk evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen.

Bij deze beoordeling moet onder meer worden betrokken of in het geval van een succesvol beroep de reeds betaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd en de oorspronkelijke rechtspositie van de betrokkene kan worden hersteld (zie EHRM 23 juli 2002, Janosevic tegen Zweden, EHRC 2002, nr. 88). Bij gebleken onschuld zal de boete moeten worden terugbetaald. Het bestuursorgaan zal ook rente over dit bedrag moeten vergoeden, zo volgt uit artikel 4.4.2.6 van dit wetsvoorstel. Het gaat immers om een betaling aan een bestuursorgaan op grond van een beschikking die in bezwaar of in beroep is gewijzigd of vernietigd. Dit betekent dat ook rente moet worden betaald, indien een reeds betaalde boete in bezwaar of beroep wordt verlaagd. Daarnaast is van belang, dat naar Nederlands bestuursrecht steeds de mogelijkheid bestaat om de voorzieningenrechter te verzoeken een boetebeschikking te schorsen (art. 8:81 Awb) Artikel 6:16 Awb biedt de bijzondere wetgever de mogelijkheid om van de hoofdregel dat bezwaar en beroep geen schorsende werking hebben, af te wijken. In specifieke gevallen kan hiervoor aanleiding bestaan. Indien in de primaire fase geen hoorplicht geldt, kan schorsende werking van het bezwaar nuttig zijn om feitelijke onjuistheden nog voor het invorderbaar worden van de boete te kunnen herstellen. Daarnaast kan er reden voor schorsende werking zijn als de opgelegde boeten zeer hoog zijn en het direct invorderen voor de overtreder tot onevenredige financiële lasten zou leiden. Om die reden wordt dan ook in enkele bestaande boeteregelingen wel schorsende werking aan het beroep toegekend (bijv. artikel 63, eerste lid, Mededingingswet).

Om de aanzuigende werking van een dergelijke uitzondering op het aantekenen van bezwaar en beroep te beperken, kan in de bijzondere wet worden voorzien in een zekerheidsstelling bij het instellen van beroep (zie artikel 11 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften), dan wel in de verschuldigdheid van wettelijke rente als de opgelegde boete in beroep in stand blijft (zie artikel 67, tweede lid, Mededingingswet en HR 9 oktober 1996, BNB 1997/6). Bij eerstgenoemde variant dient er voor gewaakt te worden dat dit niet tot een te grote beperking van de toegang tot de rechter leidt (HR 31 januari 1995, NJ 1995, 598). Bij de tweede variant doet dit probleem zich minder voor, nu de overtreder gedurende de procedure ook zelf rente kan genieten over het bedrag van de verschuldigde boete.

Artikel 5.4.1.3

In navolging van het strafrecht (art. 69 WvSr.), het fiscale recht (artikel 67i Awr) en het sociaal zekerheidsrecht bepaalt artikel 5.4.1.3 dat geen boete meer kan worden opgelegd indien de overtreder is overleden. Wanneer de boete slechts de nalatenschap zou treffen, kan zij immers het beoogde bestraffende effect niet hebben. In lijn daarmee is bepaald dat een boete vervalt als zij op het tijdstip van overlijden nog niet onherroepelijk is, alsmede dat een boete vervalt voorzover zij op het tijdstip van overlijden van de overtreder nog niet is betaald. Dit laatste geldt ook als de executie al een aanvang heeft genomen door de betekening van het dwangbevel; de executie zal dan moeten worden gestaakt.

Artikel 5.4.1.4

Dit artikel codificeert het zogeheten «*ne bis in idem*»-beginsel voor bestuurlijke boeten. Voor de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties is hetzelfde beginsel neergelegd in artikel 5.4.1.5. Het strafrecht kent het beginsel, dat niemand ten tweede male kan worden vervolgd indien de rechter reeds onherroepelijk uitspraak heeft gedaan over hetzelfde feit (art. 68 WvSr.). Voor bestuurlijke sancties is dit beginsel voor Nederland nog niet gecodificeerd, ook niet in internationaal verband. Het beginsel is neergelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM, dat echter door Nederland niet is geratificeerd. Het is eveneens neergelegd in artikel 14, zevende lid, IVBPR, maar Nederland heeft bij deze bepaling een voorbehoud gemaakt, inhoudende dat geen verdergaande verplichtingen worden aanvaard dan reeds uit artikel 68 WvSr. voortvloeien, welk voorbehoud in de jurisprudentie ruim wordt uitgelegd (zie voor een overzicht P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht*, diss. EUR 1998, Arnhem 1998, blz. 294 e.v.). Niettemin wordt algemeen aangenomen, dat ook in het bestuursrecht behoort te gelden dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding. Dit standpunt werd reeds ingenomen in het CTW-advies, terwijl ook de bestaande boeteregelingen waar nodig steeds voorzieningen kennen om dubbele bestraffing te voorkomen. Derhalve wordt voorgesteld dit beginsel voor het bestuursrecht in het onderhavige artikel te codificeren.

Het beginsel houdt in, dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor *dezelfde* overtreding. Indien iemand gelijktijdig twee of meer overtredingen pleegt, kan hij wel voor beide afzonderlijk worden gestraft. Derhalve is ook in dit verband cruciaal, of een handeling die in strijd komt met twee of meer voorschriften moet worden opgevat als één overtreding, dan wel kan worden uiteengelegd in twee of meer zelfstandige overtredingen. In het eerste geval kan immers wegens die overtreding slechts eenmaal een bestraffende sanctie worden opgelegd. Als aan die sanctie slechts één van de geschonden voorschriften ten grondslag is gelegd, is een tweede sanctie ook wegens schending van het andere voorschrift niet meer mogelijk. In het tweede geval daarentegen kan voor iedere overtreding een afzonderlijke sanctie worden opgelegd.

De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake artikel 68 WvSr komt er op neer, dat sprake is van «hetzelfde feit», indien «blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking van het artikel meebrengt dat zij in de zin van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken» (HR 21 november 1961, NJ 1962, 89; HR 5 februari 1963, NJ 1963, 320). Dit criterium heeft zowel een feitelijke als een juridische dimensie. Overtreding van twee voorschriften levert pas één feit op als de overtredingen niet alleen feitelijk nauw samenhangen, maar ook kan worden gezegd dat de dader van beide overtredingen een verwijt van dezelfde strekking kan worden gemaakt; dat wil zeggen: als de overtreden voorschriften soortgelijke belangen beschermen. Aan het tweede vereiste was bijvoorbeeld niet voldaan in het bekende arrest betreffende de persoon die dronken achter het stuur werd aangetroffen op een autoloze zondag tijdens de eerste oliecrisis (HR 8 april 1975, NJ 1975, 296). De strekking van beide voorschriften (het toenmalige artikel 26 Wegenverkeerswet en artikel 1 van de toenmalige Beschikking verbruiksbeperking motorbrandstoffen tijdens het weekeinde) was zodanig verschillend, dat de verdachte twee verschillende feiten had gepleegd en derhalve voor elk van beide afzonderlijk kon worden vervolgd.

Het ligt in de rede dat bestuursorganen en de bestuursrechter bij de uitleg van het begrip «dezelfde overtreding» in het voorgestelde artikel 5.4.1.4 aansluiting zullen zoeken bij deze strafrechtelijke jurisprudentie. Ook ten aanzien van de verhouding van het verbod van *ne bis in idem* tot

het daderschap van rechtspersonen en natuurlijke personen kan aansluiting worden gezocht bij het strafrecht. De vraag kan zich immers voordoen of het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon wel mogelijk is, wanneer aan de directeur(en) van de rechtspersoon in kwestie reeds als natuurlijke persoon een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) boete is opgelegd. De vraag staat dan centraal wie er feitelijk wordt geraakt door de boete: in hoeverre kunnen de directeuren worden vereenzelvigd met de rechtspersoon. De Centrale Raad van Beroep heeft in een dergelijk geval overwogen dat het bestuursorgaan bij de belangenafweging of aan de rechtspersoon een boete moet worden opgelegd, zal moeten bezien of, en in hoeverre aan de boeteoplegging dezelfde feiten ten grondslag liggen als waarvoor de directeur-groootaandeelhouder strafrechtelijk is veroordeeld en of deze door het opleggen van de boete tweemaal in zijn vermogen wordt geschaad (CRvB 21 maart 2002, AB 2002, 280, JB 2002, 151). De Centrale Raad van Beroep verwijst hierbij ook naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad (HR 20 juni 1990, NJ 1990, 811, m.nt. Van Veen).

Aandacht verdient nog, dat het in het bestuursrecht kan voorkomen dat een gedraging twee voorschriften schendt, tot handhaving waarvan twee verschillende bestuursorganen bevoegd zijn. Dat hoeft in de praktijk geen grote problemen te geven. Het feit dat de wetgever verschillende bestuursorganen met de handhaving heeft belast, is immers op zichzelf reeds een indicatie dat de overtreden voorschriften verschillende belangen beogen te beschermen. Eendaadse samenloop zal zich dan niet licht voordoen. Om dezelfde reden zal het niet snel voorkomen dat de oplegging van een sanctie door het ene bestuursorgaan tot gevolg heeft dat sanctie-oplegging door het andere bestuursorgaan in strijd komt met het verbod van dubbele bestraffing. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak in een geval, waarin iemand zowel in het kader van de Algemene bijstandswet als in het kader van de Wet op de individuele huursubsidie inkomsten had verzwegen, dat de krachtens laatstgenoemde wet opgelegde bestuurlijke boete los kon worden gezien van de reeds eerder wegens overtreding van eerstgenoemde wet opgelegde sancties (ABRS 10 februari 1997, AB 1997, 427). Dit laat natuurlijk onverlet, dat het gewenst kan zijn dat bestuursorganen hun sanctiebeleid op verwante terreinen onderling afstemmen. Voorts biedt artikel 5.4.1.7 altijd de ruimte om de boete te mitigeren als het opleggen van sancties door verschillende bestuursorganen in een concreet geval evident onbillijk zou uitwerken.

Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat het bestuursorgaan na vernietiging door de rechter van het boetebesluit geen nieuwe boetebesluit voor hetzelfde feit kan nemen. Dit uitgangspunt wordt reeds door de belastingrechter gehanteerd. Het is wenselijk dit voor het gehele bestuursrecht te laten gelden. De betrokken burger heeft er zeker in het geval van bestraffende sancties recht op dat de zaak door de rechter definitief wordt afgedaan. Een en ander doet ook recht aan de eisen van artikel 6 EVRM om een «criminal charge» binnen redelijke termijn te behandelen. Daartoe is in artikel 8:72a de verplichting voor de rechter opgenomen zelf in de zaak te voorzien nadat hij een boetebesluit heeft vernietigd (zie nader de toelichting bij dat artikel).

Artikel 5.4.1.5

Eerste lid

Artikel 5.4.1.4 beoogt het herhaald opleggen van bestuurlijke boeten voor dezelfde overtreding te voorkomen. Het onderhavige artikel 5.4.1.5 ziet op de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties. Ook dan geldt het beginsel «*ne bis in idem*»: als voor een overtreding aan iemand reeds een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, kan hem voor

dezelfde overtreding niet ook nog eens een bestuurlijke boete worden opgelegd, en omgekeerd (zie HR 12 januari 1999, NJ 1999, 289). Het punt is van groot belang, omdat het, zoals in het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van deze memorie van toelichting is uiteengezet, nogal eens voorkomt dat de wet op overtreding van een voorschrift zowel een strafsancie als een bestuurlijke boete stelt. In dat geval zal de overheid moeten kiezen. Het gaat er niet slechts om, dat geen twee straffen worden opgelegd. Ook moet worden voorkomen dat iemand nodeloos tweemaal in een sanctieprocedure wordt betrokken voor dezelfde overtreding («*nemo debet bis vexari*»).

De keuze voor een van beide wegen dient op enig moment definitief te zijn; het kan niet zo zijn, dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt, de overheid het dan zonder meer nog eens langs de andere weg kan proberen. Artikel 5.4.1.5 regelt dit «*una-via*» stelsel (vgl. L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel*, diss. EUR, Arnhem 1992) voor het geval, dat aanvankelijk voor de strafrechtelijke weg is gekozen. Besluit de officier van justitie een strafvervolgning in te stellen, dan is de bestuursrechtelijke weg definitief afgesloten zodra het onderzoek ter terechtzitting is begonnen. Een eventuele vrijspraak, ontslag van rechtsvervolgning of niet-ontvankelijkheid van het OM doet de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete dus niet herleven.

De bestuursrechtelijke weg is eveneens definitief afgesloten indien de officier van justitie een transactie aanbiedt en de overtreder deze aanvaardt. Dan is immers een sanctie opgelegd, en dient geen tweede sanctie voor hetzelfde feit meer mogelijk te zijn. Ziet de officier van justitie echter, anders dan wegens aanvaarding van een transactievoorstel, nog voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting af van strafvervolgning, dan krijgt het bestuursorgaan alsnog de gelegenheid te beslissen of wel een bestuursrechtelijke sanctie wordt opgelegd.

Tweede lid

Een en ander impliceert uiteraard dat het OM en het bestuursorgaan met elkaar in overleg zullen moeten treden over de vraag, of de overtreding strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk zal worden afgedaan. Daarom bepaalt het tweede lid dat het bestuursorgaan – dat bij overtredingen waarvoor bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd in de praktijk veelal als eerste op de hoogte is van de overtreding – in beginsel gehouden is de overtreding aan de officier van justitie voor te leggen. Bij grotere aantallen overtredingen is het echter niet doelmatig en uit oogpunt van een consistent beleid ook minder gewenst dat dit overleg over iedere individuele overtreding plaatsvindt. De praktijk is dan ook dat OM en bestuur in dergelijke gevallen in onderling overleg criteria formuleren voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening. Deze criteria plegen te worden neergelegd in een convenant en/of in vervolgingsrichtlijnen van het OM. Daarom bepaalt het tweede lid dat van het aan het OM voorleggen van de overtreding kan worden afgezien in de gevallen waarvoor zulks tussen bestuur en OM is overeengekomen. Daarnaast is rekening gehouden met de mogelijkheid dat de wetgever zelf criteria voor de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht formuleert.

Derde lid

Het derde lid bevat het sluitstuk van de regeling: indien de overtreding aan de officier van justitie is voorgelegd, wordt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete opgeschort. De officier van justitie heeft vervolgens dertien weken de tijd om te beslissen of strafrechtelijk optreden gewenst is. Als de officier van justitie binnen deze dertien weken mededeelt dat de overtreding strafrechtelijk zal worden afgedaan, kan

geen bestuurlijke boete worden opgelegd. Wij gaan er niet van uit, maar het valt niet geheel uit te sluiten dat het bestuursorgaan in kwestie in een dergelijk geval toch overgaat tot de oplegging van een bestuurlijke boete. Het openbaar ministerie heeft in zijn commentaar op het voorontwerp aan de orde gesteld wat hiervan de gevolgen moeten zijn. In het belang van de rechtszekerheid van de betrokken burger menen wij dat het openbaar ministerie hiermee zijn vervolgingsrecht verliest.

Als het OM niet binnen dertien weken reageert, herleeft de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Deze bevoegdheid herleeft eveneens, indien het OM aan het bestuursorgaan mededeelt van strafvervolgning af te zien. De praktische betekenis daarvan zal uiteraard afhangen van de reden waarom het OM van strafvervolgning afziet. Indien het OM om redenen van prioriteitstelling van vervolging afziet, staat niets er aan in de weg dat het bestuur wel handhavend optreedt. Indien echter het OM niet vervolgt omdat de overtreding naar zijn oordeel niet kan worden bewezen of gerechtvaardigd is, zal het bestuursorgaan in de praktijk niet snel tot het opleggen van een bestuurlijke boete overgaan. Uitgesloten is dit echter niet: het feit dat de wetgever aan het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft toegekend om een bestuurlijke boete op te leggen, brengt met zich dat het bestuursorgaan zelf verantwoordelijk is voor de uitoefening van deze bevoegdheid, en derhalve ook bij de beoordeling van aspecten als bewijsbaarheid en wederrechtelijkheid niet gebonden is aan het oordeel van het OM.

Artikel 5.4.1.5 betreft de bevoegdheid van het bestuursorgaan om een bestuurlijke boete op te leggen indien een strafrechtelijke sanctie is opgelegd of mogelijk is. De spiegelbeeldige bevoegdheid van het OM om te vervolgen indien een bestuurlijke boete is opgelegd of had kunnen worden opgelegd, is geregeld in het voorgestelde tweede lid van artikel 243 van het Wetboek van Strafvordering. Verwezen zij naar de toelichting bij artikel II.

Artikel 5.4.1.6

Zoals strafbare feiten door tijdsverloop verjaren, behoort ook in het bestuursrecht de bevoegdheid van de overheid om overtredingen te bestraffen in de tijd begrensd te zijn. Voor de termijn gedurende welke bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd, is aansluiting gezocht bij bestaande verjaringstermijnen. Voor de lichte procedure is gekozen voor een termijn van twee jaar; dit komt overeen met de verjaringstermijn voor strafrechtelijke overtredingen. Voor de zware procedure is gekozen voor een termijn van vijf jaar, een termijn die thans reeds geldt voor bestuurlijke boeten op grond van de sociale zekerheidswetgeving (bijv. art. 27e, tweede lid, Werkloosheidswet, artikel 17e, tweede lid, AKW), de fiscale wetgeving (artikelen 67c, derde lid, en 67f, vierde lid, Awr). Zie voor andere voorbeelden artikel 15.16 Telecommunicatiewet, artikel 15k Postwet, en artikel 79 Spoorwegwet (nog niet in werking getreden). Op verschillende deelgebieden van het bestuursrecht bestaat aan deze langere termijn behoefte, omdat overtredingen soms pas na verloop van tijd aan het licht komen of uitgebreid onderzoek vergen. Het gaat daarbij ook niet meer uitsluitend om lichte overtredingen.

In aansluiting bij artikel 70 van het Wetboek van Strafrecht is bepaald dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete door tijdsverloop *vervalt* (aldus ook de artikelen 67c, derde lid, en 67f, vierde lid, Awr). Het woord verjaring is vermeden, omdat dit in de context van de Algemene wet bestuursrecht (vgl. het voorgestelde artikel 4.4.3.1) 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 ons bestuursrecht passen. Het bestuursorgaan zal ook ambtshalve moeten

nagaan of de termijn van twee, onderscheidenlijk vijf jaar niet is verstreken. Anders zou het immers kunnen voorkomen dat een overtreder bezwaar moet maken louter om zich op overschrijding van de termijn te kunnen beroepen.

Het derde lid biedt een voorziening voor het geval de boete binnen de termijn is opgelegd en de overtreder vervolgens bezwaar maakt of beroep instelt. Dit bezwaar of beroep kan onder omstandigheden leiden tot het oordeel dat een lagere boete moet worden opgelegd. Het bestuursorgaan dient dan bij de beslissing op bezwaar een nieuwe, lagere boete op te leggen, de rechter dient de opgelegde boete te vernietigen en kan vervolgens een lagere boete opleggen door met toepassing van het voorgestelde artikel 8:72a jo. artikel 8:72, vierde lid, zelf in de zaak te voorzien. Indien ten tijde van de beslissing op bezwaar, onderscheidenlijk de uitspraak van de rechter, de termijn van twee of vijf jaar inmiddels is verstreken, zou twijfel kunnen rijzen of nog wel de bevoegdheid bestaat om enige boete op te leggen. Om buiten twijfel te stellen dat in dat geval die bevoegdheid 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.

Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat de termijnen van artikel 5.4.1.6 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 waarvan derhalve de bepalingen van titel 4.4 van toepassing zijn. De verjaringstermijn voor invordering is geregeld in het voorgestelde artikel 4.4.3.1.

Opgemerkt zij nog, dat in het fiscale recht afwijkende termijnen gehandhaafd zullen blijven, omdat de termijn voor het opleggen van een boete daar gekoppeld is aan de termijnen voor de belastingheffing zelf.

Artikel 5.4.1.7

Eerste lid

Dit artikel ziet op de hoogte van de op te leggen bestuurlijke boete. Het eerste lid zegt dat de wet het maximale bedrag van de op te leggen boeten «bepaalt». Deze formulering is ontleend aan artikel 89 van de Grondwet. Zij houdt, overeenkomstig de gangbare uitleg van artikel 89 Grw., slechts in dat de wet het maximum van de op te leggen boete moet aangeven.

De eis dat de maximaal op te leggen boete voor een bepaalde overtreding in de wet wordt vastgelegd, betekent niet dat letterlijk per overtreding het maximum moet worden vastgelegd. Evenals bij via de Wet op de economische delicten strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen is het mogelijk dat het boetemaximum voor een aantal verschillende krachtens het desbetreffende wetsartikel gepleegde overtredingen geldt. Ter illustratie: als artikel X bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over een bepaalde handeling en artikel Y dat bij overtreding van artikel X een boete wordt opgelegd van maximaal € 750,-, dan geldt dat maximum voor alle bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur verboden gedragingen.

Tweede lid: het evenredigheidsbeginsel

In de meeste gevallen schrijft de wet niet exact voor hoe hoog de bestuurlijke boete in een concreet geval moet zijn, maar geeft zij slechts een maximum («model B»). Derhalve zal het bestuursorgaan bij iedere concrete overtreding moeten beoordelen, welk boetebedrag in dat geval passend is. Het tweede lid van artikel 5.4.1.7 bevat de belangrijkste maatstaf die daarbij moet worden aangelegd: de hoogte van de boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin zij

aan de overtreder kan worden verweten (vgl. bijv. ABRS 17 april 2002, AB 2002, 253, JB 2002, 164), waarbij zo nodig rekening moet worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Dit zogenaamde evenredigheidsbeginsel vloeit in de eerste plaats voort uit artikel 6 EVRM. Het EHRM heeft uitgesproken, dat de rechter bij de beoordeling van bestraffende sancties bevoegd moet zijn tot een «*assessment of the proportionality of the sanction*» (EHRM 10 februari 1983, Ser. A, Vol. 58 (Albert en Le Compte)). Ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap heeft bij herhaling geoordeeld dat de toepassing van sancties in het kader van de uitvoering van het gemeenschapsrecht in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel (zie bijvoorbeeld HvJEG 21 juni 1979, zaak 240/78, Jur. 2137 (Atalanta) en voor een voorbeeld van toepassing door de nationale rechter CBb 31 januari 1996, RAwb 1996, 63). Tenslotte maakt het evenredigheidsbeginsel sedert lang deel uit van ons nationale bestuursrecht. De Centrale Raad van Beroep toetste disciplinaire sancties jegens ambtenaren al voor de Tweede Wereldoorlog aan het evenredigheidsbeginsel; dit beginsel was voorheen neergelegd in artikel 58, derde lid, van de Ambtenarenwet 1929. Sedert 1 januari 1994 leiden de verschillende bestuursrechters dit specifieke evenredigheidsbeginsel af uit artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Daarbij is van belang, dat artikel 3:4, tweede lid, bij bestraffende sancties een iets andere inhoud heeft dan bij andere besluiten. 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 wel evenredig zijn aan de daarmee te dienen doelen, maar slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid kon komen tot het oordeel dat deze gevolgen niet onevenredig waren (ABRS 9 mei 1996, JB 1996, 158 (Maxis-Praxis)). Bij besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een andere bestraffende sanctie ligt dit anders. Dergelijke besluiten dient de rechter niet marginaal, maar volledig aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen (HR 20 december 1989, BNB 1990, 102; CBb 27 april 1990, AB 1990, 508; ABRS 4 juni 1996, JB 1996, 172; CRvB 11 maart 1992, AB 1992, 462). Dit 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 bestraffende sancties geen beleids-, maar slechts beoordelingsvrijheid. Dit betekent ook, dat eventuele beleidsregels over de hoogte van de boete het karakter hebben van wetsinterpreterende beleidsregels, waaraan de rechter in beginsel niet is gebonden. Dit laat overigens onverlet dat het 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 bekendmaakt. Een goed voorbeeld van dergelijke beleidsregels is het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst 1998 (het BBBB).

Op één punt is de vrijheid van de bestuursrechter wel beperkt: hij kan geen hogere boete opleggen dan het bestuursorgaan heeft gedaan. Dit volgt, behoudens uitdrukkelijk andersluidende wetsbepaling, uit het in de Awb, in het bijzonder ook in artikel 8:69, neergelegde stelsel dat de rechtsbescherming van de burger de voornaamste functie van het bestuursprocesrecht is. Daarin past niet, dat de rechter buiten het geschil tussen partijen treedt door een uitspraak te doen die de burger in een nadeliger positie brengt dan wanneer hij geen beroep had ingesteld (het zogenaamde verbod van «*reformatio in peius*»).

Bij de beoordeling van de evenredigheid van de in concreto op te leggen of opgelegde boete moeten bestuur en rechter zo nodig rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. In voorkomende gevallen kan daarbij, in lijn met artikel 24 WvSr, ook de draagkracht van de overtreder een rol spelen. Dit betekent niet, dat het bestuursorgaan steeds een onderzoek naar deze draagkracht moet instellen. In de meeste gevallen zal het bestuursorgaan er van mogen

uitgaan dat de draagkracht geen beletsel vormt voor het opleggen van een boete. Maar zeker bij hogere boeten zal het bestuursorgaan zich er van moeten vergewissen dat de boete, mede gelet op de draagkracht van de overtreder, geen onevenredige gevolgen heeft. Wat een hoge boete is, zal daarbij mede van de context afhangen. Het ligt voor de hand dat de draagkracht bijvoorbeeld bij boeten op het gebied van de sociale zekerheid eerder en vaker een rol zal spelen dan op veel andere terreinen.

Derde lid

Het derde lid ziet op de situatie waarin de wet voor iedere overtreding exact voorschrijft hoe hoog de bestuurlijke boete moet zijn («model A»). In dat geval heeft de wetgever zelf de afweging gemaakt, welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig moet worden beschouwd. Bestuur en rechter hebben dan in beginsel geen vrijheid meer om een andere boete op te leggen. Anders dan wel wordt gesteld (zie bijvoorbeeld C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?*, diss. Maastricht 2002, Den Haag 2002), is dit geenszins in strijd met artikel 6 EVRM. De jurisprudentie van het EHRM inzake de toetsingsbevoegdheid van de rechter heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter enerzijds en het bestuur of de vervolgende instantie anderzijds, niet op de verhouding tussen rechter en wetgever. De rechter moet een bestraffende sanctie volledig aan het recht kunnen toetsen, maar is daarbij natuurlijk zelf ook gebonden aan het recht, met inbegrip van eventuele wettelijke bepalingen over de hoogte van de op te leggen sanctie. Het EHRM heeft dan ook nimmer bezwaar gemaakt tegen de verplichte minimumstraffen voor bepaalde delicten, die in het strafrecht van sommige lidstaten van de Raad van Europa voorkomen. In theorie is wel denkbaar, dat de rechter tot het oordeel moet komen dat de door de wetgever voorgeschreven sanctie als regel zo onevenredig is, dat de wet wegens strijd met het EVRM of het communautaire evenredigheidsbeginsel buiten toepassing moet worden gelaten. Dat is echter iets anders dan dat de rechter in het geheel niet aan de keuze van de wetgever zou zijn gebonden. Dat is hij wel, mits kan worden gezegd dat in de wettelijke regeling zelf rekening is gehouden met het evenredigheidsbeginsel (vgl. EHRM 23 september 1998, NJCM-bull. 2000, blz. 873 e.v. (Malige v. Frankrijk)).

Wij kunnen ons dan ook niet vinden in de opvatting van de Raad van State dat een indringende rechterlijke toetsing op evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete ook dient plaats te vinden bij wettelijk vastgestelde boeten. Een en ander zou er immers op neer komen dat de rechter geen rekening hoeft te houden met een wettelijk tariefstelsel. Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt als gezegd niet dat een dergelijk wettelijk gefixeerd boetestelsel in strijd is met artikel 6 EVRM. Vereist is wel dat de wetgever bij de totstandkoming van de regeling de evenredigheid in acht heeft genomen. Naast de genoemde zaak Malige wijst ook de recentere zaak Göktaş/Frankrijk (EHRM 2 juli 2002, EHRC 2002, nr. 72) in deze richting. In deze zaak overweegt het Hof met zoveel woorden dat het EVRM wettelijk gefixeerde sancties niet verbiedt en de rechter evenmin dwingt tot het aanpassen van deze sancties naar de omstandigheden van het geval.

Een en ander betekent dat de rechter in beginsel uit kan gaan van de afweging door de wetgever (zie ook CBb 29 april 2004, LJN-nr. AO 9910). Het EVRM dwingt niet tot een ambtshalve toets op evenredigheid door de rechter, de klager zal hier derhalve uitdrukkelijk een beroep op moeten doen (zie in dit verband ook T. Barkhuysen in zijn VAR-pleidvies 2004, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, VAR-reeks 132, Den Haag 2004, met name p. 61–64 en 90). Ook het bestuur dient in beginsel uit te gaan van deze afweging door de wetgever, tenzij het bestuur sterke aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in

een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld vanwege de geringe draagkracht van de overtreder. Een dergelijke aanwijzing zal het bestuur in de meeste gevallen krijgen doordat de betrokkene een beroep doet op dergelijke bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij het geven van zijn zienswijze over een voorgenomen boete-oplegging. Dit betekent dat het bestuur in het overgrote deel van de gevallen niet gehouden is ambtshalve te toetsen of de wettelijk gefixeerde boete evenredig is. Het valt echter niet geheel uit te sluiten dat uit het «dossier» in kwestie sterke aanwijzingen blijken die zouden moeten leiden tot een matiging van de hoogte van de bestuurlijke boete, zonder dat de betrokkene hier expliciet een beroep op heeft gedaan.

Resumerend betekent dit, dat een door de wetgever voorgeschreven sanctie als regel wel evenredig is, maar dat niet kan worden uitgesloten dat deze sanctie in een concreet geval wegens bijzondere omstandigheden onbillijk uitwerkt. De afweging door de wetgever is nu eenmaal naar zijn aard een abstracte, waarbij niet altijd met alle bijzondere omstandigheden rekening kan worden gehouden. Voor dergelijke gevallen bevat het derde lid van artikel 5.4.1.7 een «anti-hardheidsclausule»: het bestuursorgaan is dan bevoegd een lagere boete op te leggen dan de wet voorschrijft. Overigens is de «anti-hardheidsclausule» niet bedoeld voor het geval dat de overtreder door de bijzondere omstandigheden geen enkel verwijt van de overtreding kan worden gemaakt; in dat geval volgt reeds uit artikel 5.4.1.2 dat geen boete kan worden opgelegd.

Wij delen derhalve niet het standpunt van de Raad van State dat deze «anti-hardheidsclausule» betekent dat het bestuursorgaan steeds ambtshalve moet nagaan of zich bijzondere omstandigheden voordoen. De overtreder zal daar in beginsel een voldoende onderbouwde beroep op moeten doen. Op deze wijze biedt de anti-hardheidsclausule voldoende ruimte om de mede door artikel 6 EVRM vereiste evenredigheid in concreto te waarborgen.

Ten slotte is het mogelijk dat een EU-verordening het bedrag van de boete fixeert op (een percentage van) het verschil tussen het geclaimde en het rechtens juiste bedrag. De desbetreffende EU-verordening valt dan te beschouwen als een wettelijk voorschrift in de zin van artikel 5.4.1.7, derde lid. De vraag of in een concreet geval wegens bijzondere omstandigheden niettemin een lagere bestuurlijke boete moet worden opgelegd, dient in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te worden beantwoord. Daarbij is van belang, dat het Hof van Justitie reeds vele malen heeft geoordeeld, dat de grondrechten, zoals deze voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en de internationale verdragen waarbij zij partij zijn, in het bijzonder ook het EVRM, deel uitmaken van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, met de handhaving waarvan het Hof van Justitie is belast. Anders gezegd: hoewel de Europese Unie geen partij is bij het EVRM, acht zij zich daar in vérgaande mate aan gebonden en pleegt het Hof van Justitie bij grondrechtelijke vraagstukken ook aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Derhalve zal in een gemeenschapsrechtelijke context in beginsel een zelfde evenredigheids-toets gelden als in een puur nationaalrechtelijke casus.

Vierde lid

Artikel 15, eerste lid, derde volzin, IVBPR bepaalt: «Indien, na het begaan van het strafbare feit de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren.»

De authentieke Engelse tekst van het verdrag gebruikt voor «strafbaar feit» de woorden «*criminal offence*». Hoewel deze woorden wellicht iets beperkter moeten worden uitgelegd dan de woorden «*criminal charge*», in die zin dat lichte overtredingen er wellicht buiten vallen, moet worden

aangenomen dat ook aan het begrip «*criminal offence*» een autonome, materiële uitleg moet worden gegeven. Dat wil zeggen dat niet beslissend is of het feit naar nationaal recht als strafbaar feit wordt gekwalificeerd. Ware dit anders, dan zou de betekenis van artikel 15 per verdragsstaat uiteen kunnen gaan lopen, hetgeen in strijd zou zijn met de bedoeling van het verdrag.

Dit betekent dat in ieder geval bij zwaardere bestuurlijke boeten sprake is van een «*criminal offence*» en dat daarmee de regel van artikel 15, eerste lid, derde volzin, IVBPR geldt. Ook artikel 2, tweede lid, tweede volzin, van Vo. (EG) 2988/95, Pb 1995 L 312, is relevant in dit verband. Indien de wetgever besluit de boete of maximale boete voor een bepaalde overtreding te verlagen, geldt deze verlaging ook voor overtredingen die voor de inwerkingtreding van de verlaging hebben plaatsgevonden.

Nu kan zich het geval voordoen dat een verlaging van een bestuurlijke boete in werking treedt nadat een boete is opgelegd, maar voordat op een beroep daartegen is beslist. De vraag rijst dan of de bestuursrechter de beschikking tot oplegging van een boete moet vernietigen omdat zij te hoog is. Naar ons oordeel is dat het geval. Het past bij de bijzondere rol van de bestuursrechter in geval hij boetebesluiten toetst dat hij rekening houdt met een dergelijke wijziging ten gunste van de overtreder. Dit sluit aan bij het bepaalde in artikel 15, eerste lid, IVBPR en artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht. Op grond van deze regel kan de overtreder niet alleen in de bezwaarfase maar ook in de fase van beroep voor de rechter profiteren van een verlaging van de bestuurlijke boete. Deze regel wordt in de jurisprudentie reeds aanvaard (zie bijv. CRvB 1 maart 2000, JB 2000, 107, RSV 2000, 87, CRvB 7 december 2000, JB 2001, 18, RSV 2001, 84 en CRvB 14 februari 2001, AB 2001, 151, JB 2001, 80 en RSV 2001, 108 en 109; CRvB 17 december 2002, G.St. 2002, 7182, nr. 52).

In het vierde lid van artikel 5.4.1.7 wordt artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing verklaard. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat bij «verandering van wetgeving» de voor de verdachte meest gunstige bepalingen worden toegepast. Daarbij gaat het dus niet alleen om wijzigingen in de aard of hoogte van de sanctie, maar ook om wijzigingen in het overtreden voorschrift, zij het dat de rechtspraak heeft uitgemaakt dat artikel 1, tweede lid, WvSr in dat geval slechts toepassing vindt indien de wijziging berust op gewijzigd inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van het feit (zie bijv. HR 11 oktober 1989, NJ 1989, 455 tegenover HR 24 november 1987, NJ 1988, 931). Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake indien een systeem van strafrechtelijke handhaving wordt vervangen door een bestuurlijke boete, omdat de wetgever laatstgenoemd systeem van wetshandhaving effectiever acht (zie HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 240: het betrof hier de vervanging van strafsancities door bestuurlijke boeten in de Wet op de particuliere beveiligingsorganisaties). De rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld, dat het in artikel 15, eerste lid, IVBPR neergelegde beginsel ook toepassing moet vinden indien beleidsregels inzake de hoogte van de boete ten gunste van de overtreder zijn gewijzigd (Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385).

De wetgever – dit kan ook de lagere wetgever zijn – kan overigens bij de wijziging van de boeteregeling in kwestie zelf een overgangsregeling treffen. Een voorbeeld biedt HR 14 mei 2002, NJ 2002, 369: na het plegen van het strafbare feit in kwestie was een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering aangepast, waardoor – kort gezegd – iets ruimere mogelijkheden bestonden voor de oplegging van een taakstraf. De verdachte beroept zich op artikel 15 IVBPR, nu het gerechtshof ten onrechte niet deze nieuwe regeling heeft toegepast en het aanbod tot het verrichten van een taakstraf heeft afgewezen.

De Hoge Raad overweegt echter dat zich hier niet de in artikel 15 IVBPR bedoelde situatie voordoet, nu de nieuwe regeling bepaalt dat de wet geen gevolgen heeft voor strafzaken die voor de inwerkingtreding

daarvan bij wege van verkorte dagvaarding, oproeping of dagvaarding aanhangig zijn gemaakt. De Hoge Raad hoeft zich derhalve niet over de vraag uit te spreken of door de invoering van de nieuwe regeling sprake is van een lichtere straf, doordat nu een taakstraf in plaats van gevangenisstraf kan worden opgelegd. De wetgever dient zich op dat moment uit te spreken over de vraag of op het terrein in kwestie overtreders van de desbetreffende boeteregeling van de wijziging al dan niet moeten profiteren. Indien deze wetgever hier niets over regelt, geldt de regel zoals neergelegd in het vierde lid.

Artikel 5.4.1.8

Indien een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, tevens een strafbaar feit is, kan het voorkomen dat, nadat een bestuurlijke boete is opgelegd, een derde zich op de voet van artikel 12 Wetboek van Strafvordering tot het gerechtshof wendt met een klacht wegens niet-vervolgving van de overtreder voor datzelfde feit. In wezen beklagt de derde zich dan over de keuze om de overtreding bestuursrechtelijk af te doen. Een voorbeeld biedt ABRS 10 september 2003, nr. 200204238/1 (te vinden op www.raadvanstate.nl): aan een bedrijf was op grond van de Arbeidsomstandighedenwet een bestuurlijke boete opgelegd naar aanleiding van een arbeidsongeval met dodelijke afloop. De ouders van het slachtoffer begonnen vervolgens een art. 12 WvSv. procedure. Er rijzen dan twee vragen: kan het gerechtshof alsnog, zonder strijd met het beginsel *ne bis in idem*, de vervolging bevelen voor een feit, waarvoor al een boete is opgelegd en zo ja, wat betekent dat dan voor de reeds opgelegde boete?

Een vergelijkbare situatie kan zich binnen het strafrecht voordoen indien het beklag wegens niet-vervolgving betrekking heeft op een feit waarvoor het openbaar ministerie met de verdachte een transactie is aangegaan. Ingevolge artikel 74b Wetboek van Strafrecht herleeft dan, indien het gerechtshof vervolging beveelt, het recht op strafvervolgving en moeten eventueel reeds in het kader van de transactie betaalde bedragen onverwijld worden terugbetaald.

Voor de bestuurlijke boete stellen wij een analoge regeling voor. Daartoe is in de tweede volzin artikel 74b, eerste lid, WvSr van overeenkomstige toepassing verklaard op het geval waarin een bestuurlijke boete is opgelegd, maar vervolgens het gerechtshof vervolging beveelt. Dit betekent dat het recht tot strafvervolgving, dat door de bestuurlijke boete in beginsel was vervallen, door het bevel van het gerechtshof weer herleeft. Daardoor kan betrokkene alsnog worden vervolgd. Dit laat onverlet, dat dubbele bestraffing uiteraard ook in deze situatie moet worden voorkomen. Daarom bepaalt artikel 5.4.18, eerste volzin, dat het bevel tot vervolgving van het gerechtshof van rechtswege tot gevolg heeft, dat een reeds opgelegde bestuurlijke boete vervalst. Dit geldt ook als deze bestuurlijke boete reeds onherroepelijk is geworden.

Dit brengt mee dat, voorzover de bestuurlijke boete reeds is betaald, deze betaling achteraf gezien onverschuldigd is geweest. Het bestuursorgaan dient de betaalde bedragen dus aan de overtreder terug te betalen. Behoorlijk bestuur vereist, dat dit met bekwame spoed gebeurt.

Een en ander veronderstelt uiteraard, dat het bestuursorgaan van het bevel van het gerechtshof op de hoogte is. Het is echter niet nodig daarvoor een regeling te treffen. De overtreder heeft er immers zelf alle belang bij om het bestuursorgaan zo spoedig mogelijk van het bevel op de hoogte te stellen.

Artikel 5.4.2.1

Voor het vaststellen van overtredingen zijn waarnemingen en andere handelingen door of vanwege het bestuursorgaan nodig. In strafrechtelijke termen: overtredingen moeten worden opgespoord. Indien bij invoering van een bestuurlijke boete de strafbaarstelling van een bepaalde gedraging vervalt, vervallen daarmee ook de opsporings- en andere strafvorderlijke bevoegdheden van de overheid. Daarvoor in de plaats komen de bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden van titel 5.2 Awb, zoals de bevoegdheid om plaatsen te betreden, inlichtingen te verlangen en inzage in gegevens en bescheiden te vorderen, de bevoegdheid om zaken te onderzoeken et cetera. Deze bevoegdheden kan de toezichthouder uitoefenen voorzover dat voor de uitoefening van zijn taak redelijkerwijs nodig is. Een concrete verdenking is niet noodzakelijk.

In de meeste gevallen zullen deze bevoegdheden voldoende zijn om adequaat te kunnen handhaven. Soms zullen aanvullende bevoegdheden nodig zijn, zoals de bevoegdheid tot het in beslag nemen van voorwerpen of het nemen van andere conservatoire maatregelen. Deze bevoegdheden zullen dan in de bijzondere wet moeten worden opgenomen. De Awb laat daarvoor ruimte. Er is dus uitdrukkelijk niet voor gekozen om in deze algemene regeling regels te stellen omtrent een «onderzoek» naar door bestuurlijke boeten te handhaven overtredingen, als een soort aparte «opsporingsfase» na het toezicht.

Overigens kunnen ook andere ambtenaren dan toezichthouders in de zin van titel 5.2 taken verrichten ten behoeve van de vaststelling van overtredingen, bijvoorbeeld door eenvoudig administratief na te gaan of een burger tijdig aangifte heeft gedaan of andere verplichte bescheiden heeft ingediend. In sommige gevallen zijn met het oog daarop aan het bestuursorgaan zelf al rechtstreeks bevoegdheden toegekend, bijvoorbeeld tot het vorderen van inlichtingen. Vooral in de sociale zekerheids- en fiscale regelgeving doet zich dit voor. Zowel deze ambtenaren als toezichthouders kunnen van een geconstateerde overtreding een rapport opmaken. Indien voorschriften tevens strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, zullen naast toezichthoudende ambtenaren ook opsporingsambtenaren de overtreding kunnen vaststellen. Deze ambtenaren moeten, indien zij een strafbaar feit constateren, in plaats van een rapport een ambtsedig proces-verbaal opmaken (art. 152 WvSv).

Vanzelfsprekend zal in deze gevallen in afspraken tussen bestuur en OM zo duidelijk mogelijk moeten worden vastgelegd in welke gevallen de strafrechtelijke en in welke gevallen de bestuursrechtelijke weg wordt bewandeld. Het opmaken van een proces-verbaal impliceert echter nog geen keuze voor de strafrechtelijke weg. Als proces-verbaal is opgemaakt, kan later zonder problemen alsnog voor de bestuursrechtelijke weg worden gekozen. Dit proces-verbaal bevat immers soortgelijke informatie als het rapport en vervult dezelfde functie. Daarom is bepaald dat een proces-verbaal zo nodig voor het rapport in de plaats kan treden.

Omgekeerd is een proces-verbaal geen absolute voorwaarde voor een strafvervolgning. Weliswaar heeft een rapport strafrechtelijk gezien het nadeel dat het geen bijzondere bewijskracht heeft, maar dat behoeft in de praktijk geen probleem te zijn als er ander bewijs is of als het feit wordt erkend. Wel verdient het in verband hiermee de voorkeur om bij twijfel of strafrechtelijke afdoening wenselijk is, zo mogelijk voor een proces-verbaal te kiezen.

De artikelen 155 tot en met 157 van het Wetboek van Strafvordering bepalen, kort gezegd, dat opsporingsambtenaren hun processen-verbaal dienen toe te zenden aan de officier van justitie. In de praktijk geschiedt dit bij buitengewone opsporingsambtenaren ook wel door tussenkomst van het bestuursorgaan onder verantwoordelijkheid waarvan zij werk-

zaam zijn. Artikel 5.4.1.5, tweede lid, waarborgt dat het proces-verbaal dan uiteindelijk toch bij de officier terecht komt, tenzij de wetgever heeft bepaald dan wel het OM er mee heeft ingestemd, dat daarvan wordt afgezien.

Het is niet altijd noodzakelijk een rapport op te maken van een gedraging waarvoor een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Een rapport kan nuttig zijn voor de bewijsvoering en de toetsing door de rechter, alsook om te voldoen aan de eis van artikel 6 EVRM, dat de betrokkene zo snel mogelijk wordt geïnformeerd over de tegen hem gerezen verdenking. Het verplicht opmaken van een rapport bij overtredingen van meer administratieve aard (te laat aangifte doen of andere gegevens verstrekken) zou echter tot onnodige lasten leiden. Daarnaast zou het niet stroken met artikel 3:2 Awb om het bestuursorgaan bij het nemen van de boetebeschikking te beperken in zijn informatiebronnen. Ook het beginsel van vrije bewijsvoering in het bestuursrecht verzet zich ertegen het rapport teveel status te geven. Fouten in het rapport moeten niet desastreus zijn voor het vervolg van de procedure. Het rapport moet echter wel duidelijk zijn.

Er is dus voor gekozen om het rapport alleen verplicht te stellen bij het opleggen van een zwaardere boete (zie art. 5.4.2.6, tweede lid).

Indien van de overtreding een rapport wordt opgemaakt, dient dit rapport een omschrijving van de overtreding, het overtreden voorschrift, en zo nodig de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding plaatsvond te bevatten. Het vereiste van omschrijving van de overtreding komt overeen met de thans wel in de wetgeving voorkomende eis van melding van «de gronden waarop het voornemen om een boete op te leggen berust (vgl. artikel 67k Awr). Wat de overtreder betreft kan zo nodig worden volstaan met een functionele aanduiding van de overtreder, aangezien in dit stadium nog niet altijd over de volledige gegevens zal kunnen worden beschikt. Dit speelt met name als de overtreder een rechtspersoon is. Gegevens als rechtsvorm, statutaire zetel en precieze verantwoordelijke voor de overtreding zullen dan niet altijd direct voorhanden zijn.

Artikel 5.4.2.2

Eerste lid: inzage dossier

Het eerste lid van deze bepaling, dat is ontleend aan artikel 67m Awr, voorziet erin, dat de overtreder op zijn verzoek ter voorbereiding van zijn verdediging inzage kan verkrijgen in zijn dossier. Onder het dossier dient in dit verband te worden verstaan alle stukken die relevant zijn voor de besluitvorming over de bestuurlijke boete. Daaronder vallen in ieder geval alle stukken die moeten dienen tot onderbouwing van de beslissing tot het opleggen van een bestuurlijke boete, maar ook stukken die informatie bevatten die ten voordele van de overtreder strekt (EHRM 16 december 1992, Publ. ECHR Ser. A. Vol 247 (Edwards)). Indien het bestuursorgaan meent ten aanzien van enig stuk tot geheimhouding verplicht te zijn, dan kan het dit stuk onder omstandigheden buiten het dossier laten, maar dan kan het stuk ook niet meer ter motivering van de boete worden gebruikt; een bestraffende sanctie kan niet worden gebaseerd op stukken waartegen de overtreder zich niet kan verweren. Als gezegd kunnen bovendien stukken, die ten voordele van de overtreder strekken, niet buiten het dossier worden gehouden. Dit recht op inzage geldt ook in de bezwaarfase, en derogeert in zoverre aan artikel 7:4, zesde lid (vgl. ook Rb. Rotterdam 26-11-2002, AB 2003, 385 (SEP/NMa)).

Tweede lid: taalhulp

Het tweede lid is opgenomen in verband met de onderdelen a en e van het derde lid van artikel 6 EVRM. Onderdeel a bepaalt dat de overtreder onverwijld en in bijzonderheden op de hoogte moet worden gesteld van

de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Voorzover dit niet reeds bij het opmaken van een rapport of proces-verbaal is geschied, waarborgt de onderhavige regeling dat dit geschiedt door de overtreder in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen (zware procedure; art. 5.4.2.6, derde lid, jo. 5.4.2.3, eerste lid, onderdeel a), dan wel uiterlijk bij de bekendmaking van de beschikking waarbij de boete wordt opgelegd (lichte procedure; art. 5.0.9 jo. art. 3:46). Artikel 6, derde lid, onderdeel a, EVRM eist daarnaast dat de mededeling van de gronden van de beschuldiging geschiedt in een taal die de overtreder verstaat. Onderdeel e geeft de overtreder voorts recht op kosteloze bijstand door een tolk, indien hij de ter terechtzitting gebezigde taal niet verstaat. Het EHRM heeft beide bepalingen in hun onderlinge samenhang zo uitgelegd, dat de overtreder recht heeft op mondelinge vertolking en schriftelijke vertaling telkens wanneer, maar ook alleen wanneer en voorzover, dit nodig is om een adequate verdediging te kunnen voeren (vgl. EHRM 28 november 1978, Ser. A, Vol. 29 (Luedicke, Belkacem en Koç); EHRM 19 december 1989, Ser. A, Vol. 168 (Kamasinki)).

Een en ander is in de onderhavige bepaling en in artikel 5.4.2.3, eerste lid, onderdeel b, uitgedrukt door het criterium «voorzover blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt». Op de overheid rust een inspanningsverplichting om alles te doen hetgeen redelijkerwijs geveerd kan worden om de betrokkene in staat te stellen om zich adequaat te verdedigen. Dit betekent dus niet, dat een overtreder die het Nederlands niet beheerst, zonder meer recht heeft op vertaling van het gehele dossier (aldus ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem 1993, blz. 139). Waar het om gaat is of de overtreder materieel een adequate verdediging kan voeren (vgl. ook HR 26 mei 1992, NJ 1992, 676). Onder omstandigheden kan een mondelinge toelichting op een schriftelijke stuk daartoe voldoende zijn (vgl. het zojuist aangehaald Kamasinski-arrest). Onder omstandigheden kan het eventueel voldoende zijn dat de advocaat of adviseur van de betrokkene de Nederlandse taal begrijpt. Uitgangspunt blijft echter dat de overtreder in staat wordt gesteld om een adequate verdediging te voeren. Zeker bij de kennisgeving van de aard van de beschuldiging, is het van belang dat zij in een voor de betrokkene begrijpelijke taal plaatsvindt en kan niet te snel worden aangenomen dat aan de verplichtingen van artikel 6 EVRM is voldaan door het feit dat de advocaat of adviseur van de betrokkene het Nederlands beheerst. Bij schending van de in dit artikel opgenomen waarborgen is toepassing van art. 6:22 Awb minder waarschijnlijk, nu de overtreder door schending van deze voorschriften doorgaans in zijn verdediging zal zijn geschaad. Schendingen van de in afdeling 5.4.2. genoemde procedurevoorschriften kunnen overigens in de bezwaarfase worden goedge maakt. De rechter moet inhoudelijk beoordelen of de totale procedure (primaire fase en bezwaarfase) met voldoende waarborgen is omkleed.

Overige rechten van de verdediging

Degene tegen wie een vervolging is ingesteld – of, in het onderhavige geval, aan wie een bestuurlijke boete is of zal worden opgelegd – heeft een aantal rechten met het oog op zijn verdediging. Deze rechten volgen uit artikel 6, derde lid, van het EVRM en artikel 14, derde lid, van het IVBPR. De meeste van deze rechten zijn in het bestuursprocesrecht al gegarandeerd voor het beroep op de rechter, bijvoorbeeld het recht om getuigen op te roepen (artikelen 7:8, eerste lid, 7:22, eerste lid, en 8:60, vierde lid, Awb) en het recht op bijstand door een raadsman (artikelen 2:1 en 8:24 Awb). Voorts komt de verplichting om beschikkingen te motiveren (artikel 3:46 Awb) tegemoet aan artikel 6, derde lid, onderdeel a, EVRM. In de onderhavige regeling zijn enige aspecten nog nader geregeld. Zo voorziet artikel 5.4.2.6, derde lid, in een hoorplicht in de primaire fase bij het opleggen van zwaardere boeten. Voor lichtere boeten is in een

mogelijkheid tot horen voorzien. Zo nodig draagt het bestuursorgaan daarbij zorg voor bijstand van de overtreder door een tolk (artikel 5.4.2.3, eerste lid, onderdeel b). Uit de artikelen 5.4.2.1, derde lid, jo. 5.4.2.6, tweede lid, vloeit voort dat de gronden voor het voornemen om een boete op te leggen aan de overtreder worden medegedeeld. Artikel 5.4.2.2, tweede lid, waarborgt dat dit zo nodig geschiedt in een taal die de overtreder begrijpt.

Artikel 5.4.2.3

Eerste lid

Artikel 5.4.2.6 bepaalt dat, indien de zware procedure van toepassing is, de indiener steeds in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen. De in afdeling 4.1.2 neergelegde beperkingen op deze hoorplicht zijn dan niet van toepassing. Voor de lichte procedure geldt afdeling 4.1.2 wel. Omdat de bestuurlijke boete een financiële beschikking in de zin van artikel 4:12 is, vloeit uit dat artikel voort dat in de lichte procedure geen hoorplicht geldt.

Uiteraard blijft het bestuursorgaan ook in de lichte procedure wel bevoegd om de overtreder te horen. Daartoe kan onder omstandigheden aanleiding bestaan, bijvoorbeeld omdat de feiten nog niet geheel duidelijk zijn. De in artikel 3:2 neergelegde verplichting tot zorgvuldig onderzoek blijft immers wel van toepassing.

Voor het geval de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen – onverschillig of dit verplicht of onverplicht gebeurt –, geeft artikel 5.4.2.3 een aantal bijzondere regels, die verband houden met het bestraffende karakter van de boete.

In de eerste plaats dient in dit geval het rapport of proces-verbaal – als dat er is – reeds bij de uitnodiging voor het horen aan de overtreder te worden gezonden. De betrokkene weet dan waartegen hij zich moet verweren. Opgemerkt zij, dat het natuurlijk denkbaar is dat een rapport is opgemaakt van twee of meer overtredingen, maar dat het bestuursorgaan slechts voor één daarvan het opleggen van een boete overweegt. In dat geval ligt het natuurlijk in de rede dat ook dit aan de overtreder wordt medegedeeld.

In de tweede plaats dient het bestuursorgaan, indien de overtreder daarom vraagt of anderszins blijkt dat hij de Nederlandse taal onvoldoende begrijpt, zo nodig zorg te dragen voor een tolk. Dit vloeit voort uit artikel 6 EVRM. De kwalificatie «zo nodig» is van belang: artikel 5.4.2.3 geeft niet onder alle omstandigheden recht op een officiële tolk. Waar het om gaat is dat bestuursorgaan en overtreder met elkaar kunnen communiceren. Als de overtreder niet het Nederlands, maar bijvoorbeeld wel het Engels machtig is, zal daarvoor in veel gevallen geen tolk nodig zijn. Verwezen zij naar de toelichting bij artikel 5.4.2.2, tweede lid.

Tweede lid

Het tweede lid houdt verband met het gegeven, dat na het opmaken van een rapport niet in alle gevallen een boetebeschikking volgt. Het is immers mogelijk dat het bestuursorgaan besluit geen boete op te leggen. Dat kan ook nog na het horen van de overtreder gebeuren, juist naar aanleiding van door de overtreder verstrekte informatie. In dat geval dient de overtreder echter wel zo spoedig mogelijk te weten, dat de beschuldiging die hem boven het hoofd hangt, is ingetrokken. Daarom dient hij hiervan schriftelijk in kennis te worden gesteld. Het is ook mogelijk dat tijdens het horen informatie op tafel komt, die het bestuursorgaan tot de conclusie leidt dat bij nader inzien strafrechtelijke afdoening wenselijk is. Ook daarvan dient de overtreder dan op de hoogte te worden gesteld. De kennisgeving dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, is een

besluit in de zin van artikel 1:3; zij is naar haar objectieve strekking immers gericht op het rechtsgevolg, dat de bevoegdheid om voor deze overtreding aan deze overtreder een bestuurlijke boete op te leggen, komt te vervallen. Dit is overigens slechts van praktisch belang, indien een derde-belanghebbende aanwezig is, die dit besluit eventueel zou willen aanvechten. Zoals in paragraaf 5.7 van het algemeen deel van dit hoofdstuk van de memorie van toelichting uiteengezet, is dit bij bestuurlijke boeten als regel niet het geval. Of de kennisgeving dat de gedraging alsnog aan het openbaar ministerie wordt voorgelegd, een besluit is, is zonder praktisch belang, nu een derde daardoor in ieder geval niet rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen. Door deze kennisgeving wordt immers nog niets beslist over het al dan niet opleggen van een sanctie.

Artikel 5.4.2.4

Dit artikel regelt de beslistermijn bij het opleggen van bestuurlijke boeten. Deze knoopt aan bij het rapport. 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. Men bedenke overigens, dat het uit artikel 6, eerste lid, EVRM voortvloeiende vereiste van afdoening binnen een redelijke termijn ook dan onverkort geldt.

De beslistermijn bedraagt dertien weken, te rekenen vanaf het tijdstip waarop van de overtreding een rapport is opgemaakt. Binnen deze dertien weken dient dus de gehele procedure, inclusief het eventuele horen van de overtreder, te worden afgehandeld. De termijn wordt opgeschort zodra de gedraging ingevolge artikel 5.4.1.5, tweede lid, aan het openbaar ministerie wordt voorgelegd, tot op de dag waarop het bestuursorgaan ingevolge artikel 5.4.1.5, derde lid, bevoegd wordt om een boete op te leggen. Aangezien het OM 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.

Opgemerkt zij, dat de beslistermijn, net als andere beslistermijnen in het bestuursrecht, een termijn van orde is. Overschrijding van de beslistermijn heeft dus niet tot gevolg dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt. Daarvoor geldt de langere termijn van artikel 5.4.1.6. Wel zou de rechter de overschrijding van de beslistermijn kunnen verdisconteren in de hoogte van de bestuurlijke boete.

Artikel 5.4.2.5

De boetebeschikking moet in de eerste plaats voldoen aan de eisen die artikel 5.0.9 aan bestuurlijke sanctiebeschikkingen in het algemeen stelt. Artikel 5.4.2.5 voegt daar nog aan toe het bedrag van de boete en de naam van de overtreder. Een functionele aanduiding van de overtreder, zoals in het rapport, volstaat hier niet. De beschikking moet uitdrukkelijk de naam van de overtreder vermelden; de rechtszekerheid eist immers dat ondubbelzinnig vaststaat wie de boete moet betalen. Opgemerkt zij nog, dat de oplegging van een boete tevens een bestuursrechtelijke geldschuld creëert, zodat de beschikking tevens moet voldoen aan de eisen genoemd in artikel 4.4.1.2, tweede lid.

Artikel 5.4.2.6

Eerste lid: procedure bij zware boeten

De grens van € 340 is ontleend aan de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder). Het boetemaximum van deze wet bedraagt thans € 340. Een lagere grens zou kunnen betekenen dat voor het opleggen van boeten voor verkeersovertredingen twee verschil-

lende procedures zouden gaan gelden, hetgeen, gelet op de gelijksoortigheid van de overtredingen en de zeer grote aantallen verkeersboeten, voor deze wet ongewenst zou zijn.

Bij wettelijk voorschrift kan een ander criterium voor de toepasselijkheid van de lichte procedure worden gegeven. Dat kan een andere financiële grens zijn (in de sfeer van het markttoezicht, bijvoorbeeld, zal de grens van wat als een lichte boete wordt ervaren aanzienlijk hoger liggen dan € 340), maar ook een kwalitatief criterium, zoals het fiscale onderscheid tussen verzuimen en vergrijpen.

Er zijn drie verschillen tussen de lichte en de zware procedure: in de zware procedure is het opmaken van een rapport of proces-verbaal verplicht, geldt altijd een hoorplicht en moet worden voldaan aan de eis van functiescheiding tussen degene die de overtreding constateert en degene die beslist omtrent het opleggen van een boete. De eerste twee regels zijn neergelegd in het tweede en derde lid van artikel 5.4.2.6. De eis van functiescheiding is vormgegeven als een mandaatverbod en is daarom om wetssystematische redenen neergelegd in artikel 10:3.

Tweede lid: rapport of proces-verbaal

Het eerste element van de zwaardere procedure is dat van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal moet worden opgemaakt. Anders gezegd: degene die een overtreding constateert dient deze constatering op schrift te stellen voordat daarvoor een boete kan worden opgelegd. Dit schept een extra waarborg dat duidelijk is waarvan de overtreder wordt beschuldigd.

Het rapport of proces-verbaal speelt in het vervolg van de procedure een belangrijke rol. Het zal veelal één van de belangrijkste bewijsmiddelen zijn. Het verschaft de overtreder voorts belangrijke informatie over hetgeen waartegen hij zich moet verweren. Het rapport of proces-verbaal vormt daarbij de «buitengrens»: de verdere procedure kan uitsluitend betrekking hebben op overtredingen waarvan een rapport of proces-verbaal is opgemaakt, maar hoeft geenszins betrekking te hebben op alle overtredingen waarvan rapport of proces-verbaal is opgemaakt. Het bestuursorgaan kan er immers voor kiezen om tegen bepaalde overtredingen niet op te treden. Dat kan zijn omdat het bestuursorgaan, anders dan de opsteller van het rapport of proces-verbaal, van oordeel is dat de gedraging geen overtreding oplevert, niet verwijtbaar is of niet bewezen kan worden. Behoudens andersluidende wetsbepaling is het bestuursorgaan daarnaast, binnen de in paragraaf 5.10 van het algemeen gedeelte van dit hoofdstuk van deze memorie van toelichting genoemde grenzen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien, ook bevoegd om op grond van prioriteitstelling binnen het handhavingsbeleid van het opleggen van een boete af te zien.

Derde lid: hoorplicht bij zware boeten

Bij zwaardere boeten is het gewenst dat de overtreder in alle gevallen de gelegenheid krijgt om zich tegen de tegen hem ingebrachte beschuldigingen te verweren voordat een boete wordt opgelegd. Daarom is voorgescreven dat de overtreder in alle gevallen in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen. Hij kan dat naar keuze schriftelijk of mondeling doen (artikel 4:9).

Teneinde zich op het naar voren brengen van zijn zienswijze te kunnen voorbereiden, dient de overtreder vooraf op de hoogte te worden gesteld van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Daarvoor is in ieder geval vereist dat hij de beschikking krijgt over het rapport of proces-verbaal (artikel 5.4.2.3, eerste lid, onderdeel a). Zo nodig dient het bestuursorgaan tevens zorg te dragen voor bijstand door een tolk (artikel 5.4.2.3, eerste lid, onderdeel b). Voorts heeft de overtreder het recht op inzage in het

dossier (artikel 5.4.2.2), en tenslotte kan hij zich door een raadsman laten bijstaan (artikel 2:1).

Artikel 5.4.2.7

Andere bestraffende bestuurlijke sancties dan de bestuurlijke boete worden vooralsnog niet in de Awb geregeld. Het is echter denkbaar dat bij de aanpassingswetgeving of op een later tijdstip blijkt dat bepaalde (financiële) bestraffende sancties zoveel verwantschap vertonen met de bestuurlijke boete, dat de bepalingen van titel 5.4 ook daarvoor geschikt zijn. Artikel 5.4.2.7 biedt dan een aanknopingspunt om titel 5.4 op eenvoudige wijze ook op die sancties van toepassing te doen zijn.

Artikel 8:28a

Ingevolge de artikelen 8:27 en 8:28 van de Algemene wet bestuursrecht zijn partijen in een beroepsprocedure bij de bestuursrechter verplicht de door de rechter gevraagde inlichtingen te verstrekken. Deze inlichtingenplicht behoort, evenals inlichtingenplichten jegens bestuursorganen, uitzondering te lijden voorzover het geschil een bestuurlijke boete betreft en de partij door het verstrekken van de inlichtingen een verklaring tegen zichzelf zou afleggen. Hoewel artikel 5.0.11 zich naar de letter ook tot de rechter richt, is er duidelijkshalve voor gekozen deze uitzondering uitdrukkelijk neer te leggen in het voorgestelde artikel 8:28a. Voor de reikwijdte van het zwijgrecht zij verwezen naar de toelichting bij artikel 5.0.11. De vraag vanaf welk tijdstip het zwijgrecht geldt, doet zich bij toepassing van artikel 8:28a niet voor. Beroep tegen een bestuurlijke boete kan immers per definitie pas worden ingesteld nadat die boete is opgelegd, en dan is in ieder geval reeds sprake van een «*criminal charge*».

Artikel 8:72a

In het algemene deel van deze toelichting is reeds aangegeven dat de bijzondere positie van de rechter bij de toetsing van besluiten met zich brengt dat de rechter na vernietiging van een dergelijk besluit de zaak zoveel mogelijk zelf afdoet. Thans gebeurt dit reeds vaak, met name indien de rechter constateert dat de opgelegde boete onevenredig hoog is: de rechter legt dan zelf een lagere boete op (zie bijv. CRvB 23 januari 1997, RSV 1997, 108: de door de bedrijfsvereniging opgelegde boete van 41 263 gulden wordt door de rechter vastgesteld op 1000 gulden). Ook op het terrein van bestuurlijke boeten in het belastingrecht is dit vaste jurisprudentie (zie bijv. HR 28 maart 1990, BNB 1990, 194). Het is ook denkbaar dat de rechter het boetebesluit vernietigt en de boete op nul stelt, nu de feiten die de boete constitueren onvoldoende bewezen zijn. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals onder meer voortvloeiend uit artikel 6 EVRM, brengt met zich dat de rechter de zaak zoveel mogelijk zelf afdoet. De burger heeft er, in het bijzonder in het geval van bestraffende sancties, recht op dat de zaak binnen redelijke termijn definitief wordt beslist. Dit artikel schrijft dan ook voor dat de rechtbank na vernietiging van het boetebesluit een beslissing neemt omtrent het opleggen van de boete. De formulering van de bepaling regelt derhalve twee zaken. In de eerste plaats moet de rechter na vernietiging van het boetebesluit expliciet aangeven of naar zijn oordeel een boete moet worden opgelegd en, zo ja, hoe hoog die zou moeten zijn. In de tweede plaats volgt uit deze bepaling dat de uitspraak van de rechter in de plaats treedt van het vernietigde besluit, indien de rechter van oordeel is dat een (lagere) boete moet worden opgelegd. Het bepaalde in artikel 8:72a geldt ook in hoger beroep. Dit volgt uit de bepalingen in de desbetreffende wetten, waarin hoofdstuk 8 van de Alge-

mene wet bestuursrecht, met enkele uitzonderingen, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard (zie artikel 39 Wet op de Raad van State, artikel 21 Beroepswet en artikel 19 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie). Dit betekent dat ook de rechter in hoger beroep na vernietiging van een boetebesluit de zaak zoveel mogelijk zelf afdoet.

Er kunnen echter redenen zijn om in uitzonderlijke gevallen de zaak terug te wijzen naar de rechtbank. Deze situatie kan zich met name voordoen indien de rechtbank zich nog helemaal niet inhoudelijk over de zaak heeft uitgesproken, bijvoorbeeld in geval van een niet-ontvankelijkverklaring wegens termijnoverschrijding. Indien de hoger beroepsrechter een dergelijke beslissing vernietigt, ligt het voor de hand de zaak ter inhoudelijke beoordeling terug te wijzen naar de rechtbank. Deze bevoegdheid berust op artikel 44, eerste lid, onderdeel a, van de Wet op de Raad van State, op grond waarvan de Afdeling een zaak terugwijst indien de rechtbank haar onbevoegdheid of de niet-ontvankelijkheid van het beroep heeft uitgesproken en de Afdeling deze uitspraak vernietigt met bevoegdverklaring van de rechtbank onderscheidenlijk ontvankelijkverklaring van het beroep. In deze gevallen kan de Afdeling zonder terugwijzing uitspraak doen, indien zij naar haar oordeel geen nadere beoordeling door de rechtbank behoeft (artikel 45 Wet op de Raad van State).

Overigens dient de hoger beroepsrechter in geval van boetebesluiten terughoudend gebruik te maken van de mogelijkheid de zaak terug te wijzen naar de rechtbank (het gaat hier om de in artikel 44, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op de Raad van State genoemde mogelijkheid om vanwege andere redenen dan bedoeld in onderdeel a de zaak naar de rechtbank terug te wijzen). Voor de andere hoger beroepsrechters (Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het Bedrijfsleven) gelden vergelijkbare bepalingen als de artikelen 44 en 45 van de Wet op de Raad van State, namelijk de artikelen 26 en 27 Beroepswet en de artikelen 28 en 29 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie).

Artikel 10:3

In het strafrecht zijn constatering van de overtreding en strafoplegging als regel ondergebracht bij verschillende instanties. Politie en bijzondere opsporingsdiensten voeren de opsporende taken uit en stellen de overtreding van wettelijke voorschriften vast, de rechter oordeelt uiteindelijk over de strafwaardigheid van het feit en de eventueel op te leggen straf. Het openbaar ministerie fungeert als schakel tussen beide. Het bepaalt mede de prioriteiten in de opsporing en het aanbrengen ter zitting dan wel het transigeren of seponeren van zaken.

Bij het opleggen van bestuurlijke sancties is deze scheiding tussen de verschillende taken en bevoegdheden minder duidelijk aanwezig. Vaak is het bestuursorgaan dat een bestuurlijke boete kan opleggen tevens verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de voorschriften. Reeds in het CTW-advies werd betoogd dat het tegen de achtergrond van het streven naar vergroting van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving in de rede zou liggen om het bestuursorgaan zelf met de boeteoplegging te belasten. De CTW achtte het echter toch ongewenst dat degene die de overtreding van het wettelijk voorschrift constateert, tevens degene is die de boete oplegt. Een feitelijke distantie tussen betrokkenheid bij het constateren van het feit en de boeteoplegging achtte de CTW noodzakelijk.

Het kabinet heeft dit uitgangspunt onderschreven, doch achtte het niet opportuun dit in een algemene regeling vast te leggen. De mate waarin de bedoelde feitelijke distantie gerealiseerd kan worden, kan namelijk per geval sterk verschillen. Het zal vaak niet efficiënt en ook niet nodig zijn om twee afzonderlijke instanties met de constatering van het feit en boeteoplegging te belasten.

Het is vaak wel mogelijk een scheiding tussen deze activiteiten binnen de

organisatie te realiseren, of waarborgen te bieden voor een onafhankelijke positie bij de boeteoplegging. Zo was in het wetsvoorstel fiscale boeten oorspronkelijk voorzien in oplegging van de boete door een speciale boete-inspecteur, die daartoe aangewezen zou worden door het hoofd van de desbetreffende eenheid binnen de belastingdienst. Daarmee werd aan de boetefunctionaris een zelfstandige positie gegeven ten opzichte van de met heffing en invordering belaste functionaris. Tegen de figuur van de boete-inspecteur zijn echter bij de behandeling van het wetsvoorstel zowel vanuit de Tweede als de Eerste Kamer bedenkingen geuit. De vrees bestond dat de introductie van de boete-inspecteur een nadelige invloed zou kunnen hebben op de relatie tussen de belastingdienst en de belastingplichtige.

Een heroverweging van de desbetreffende bepalingen heeft geleid tot schrapping van de figuur van de boete-inspecteur (Kamerstukken II 1996/97, 24 800, nr. 5). De aanslagregelende ambtenaar kan tevens een boete opleggen. De eenheid in het boetebeleid wordt gewaarborgd door de aanstelling van in het boete- en strafrecht gespecialiseerde medewerkers binnen de belastingdienst, die de aanslagregelende ambtenaren de kaders van dit boetebeleid aangeven.

In het vierde lid van artikel 10:3 is voor de zware procedure de regel neergelegd dat degene die de overtreding constateert, niet tevens in mandaat kan worden belast met de boeteoplegging. In belastingzaken zou deze regel tot problemen kunnen leiden, aangezien de oplegging van de boete doorgaans immers in mandaat plaatsvindt. De inspecteur doet dit derhalve niet zelf. De bezwaren van met name de Eerste Kamer tegen de introductie van een boete-inspecteur strekken zich ook uit tot de functiescheiding die het in het vierde lid geformuleerde mandaatverbod in de belastingpraktijk met zich mee zou brengen. In de Algemene wet inzake rijksbelastingen zal de afwijking op deze hoofdregel moeten worden neergelegd (middels de clausule «in afwijking van artikel 10:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht»).

Artikel II (Artikel 243 WvSV)

Deze bepaling bevat het spiegelbeeld van artikel 5.4.1.5. Zij vloeit evenals laatstgenoemd artikel voort uit het «*ne bis in idem*»-beginsel. Zoals geen bestuurlijke boete meer behoort te kunnen worden opgelegd indien tegen de overtreder voor dezelfde overtreding een strafvervolging is ingesteld of een transactie is overeengekomen, dan wel daarvan definitief is afgezien, zo behoort ook geen strafvervolging meer mogelijk te zijn als voor hetzelfde feit een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel daarvan definitief is afgezien. Indien echter zonder meer zou worden bepaald dat het recht tot strafvordering vervalt indien voor het feit een bestuurlijke boete is opgelegd, zou het openbaar ministerie geen enkele mogelijkheid hebben om een zaak te heropenen, ook niet als uit nieuwe informatie blijkt dat zij bij nader inzien te ernstig is om bestuurlijk te worden afgedaan. Daarom is gekozen voor de variant dat aan het opleggen van een bestuurlijke boete dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden als aan een kennisgeving van niet verdere vervolging door het OM zelf. Dit betekent dat het OM een beperkte mogelijkheid heeft om de zaak te heropenen, namelijk als tegen de verdachte nieuwe bezwaren in de zin van artikel 255 WvSv. bekend worden, alsmede in de toekomst als het gerechtshof naar aanleiding van een klacht op grond van artikel 12 WvSv. vervolging beveelt. Het spreekt vanzelf dat de strafrechter in dergelijke gevallen bij de straftoemeting rekening zal houden met de reeds opgelegde bestuurlijke boete. Op de gelijkstelling met de kennisgeving van niet verdere vervolging is een uitzondering gemaakt voor artikel 245a WvSv, dat betekening van de kennisgeving eist. Die eis voert voor het bestuursrecht te ver.

VI. ATTRIBUTIE

1. Algemeen

Attributie is het bij wettelijk voorschrift in het leven roepen en toedelen van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Attributie kan betrekking hebben op bevoegdheden tot regelgeving en bestuur, maar ook op de bevoegdheid tot feitelijk handelen.

Attributie onderscheidt zich van delegatie, doordat bij attributie door de wetgever een nog niet bestaande bevoegdheid in het leven wordt geroepen en toegedeeld, terwijl bij delegatie door een bestuursorgaan een reeds bestaande bevoegdheid wordt overgedragen. Beide, attributie en delegatie, onderscheiden zich van mandaat, doordat in het laatste geval geen bevoegdheid wordt toegedeeld of overgedragen, maar een bevoegdheid wordt uitgeoefend in naam van het bestuursorgaan dat deze bevoegdheid juridisch bezit. Bij attributie en delegatie wordt – anders dan bij mandaat – de toegedeelde respectievelijk overgedragen bevoegdheid op eigen naam uitgeoefend.

De Algemene wet bestuursrecht kent wel bepalingen over mandaat en delegatie, maar nog niet over attributie. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de derde tranche, waarin de regeling van mandaat en delegatie was opgenomen, werd vanuit de Tweede Kamer gewezen op de wenselijkheid een regeling met betrekking tot attributie van bestuursbevoegdheden aan ondergeschikten in titel 10.1 op te nemen. Dit mede in verband met het verbod van delegatie aan ondergeschikten van artikel 10:14 (Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 4, blz. 37–38). In reactie daarop heeft de regering aangegeven dat er weliswaar op het eerste gezicht alle aanleiding is met name het vraagstuk van attributie aan ondergeschikten te regelen, maar dat er in het belang van de voortgang van de derde tranche van werd afgezien bij die gelegenheid voorstellen voor een dergelijke regeling te doen (Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, blz. 83–84). Zoals hieronder meer uitgebreid zal worden aangegeven, moet de conclusie thans luiden dat een regeling van attributie, meer in het bijzonder van attributie aan een persoon of college, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, mogelijk en wenselijk is. De regeling heeft een beperkte strekking. Anders dan bij mandaat of delegatie bestaat er geen aanleiding voor bepalingen over grondslag voor en anderszins mogelijkheden tot het attribueren van bevoegdheden. Zij heeft uitsluitend betrekking op attributie aan personen of colleges die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn, omdat op dat punt sprake is van een knelpunt dat door de wetgever in de Algemene wet bestuursrecht kan en moet worden opgelost. Voor een meer algemene regeling over de toedeling van bestuursbevoegdheden ontbreekt de noodzaak.

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat de regeling onverlet laat dat attributie kan geschieden aan een instelling of organisatie zoals bijvoorbeeld het geval is bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen en de Sociale Verzekeringsbank.

2. Attributie aan een persoon of college, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan

In de regel heeft een persoon of college, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, geen eigen bestuursbevoegdheden. Indien een persoon of college, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, bevoegdheden uitoefent, gebeurt dit doorgaans op grond van mandaat, waarbij de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid bij het bestuursorgaan blijven berusten. Mandaat is in het algemeen

de meest geschikte vorm van spreiding van bevoegdheid binnen hiërarchische organisaties.

De wetgever heeft er niettemin in diverse gevallen voor gekozen om bevoegdheden te spreiden door middel van attributie aan ondergeschikten, bijvoorbeeld om wettelijk te garanderen dat de uitoefening van een bevoegdheid geografisch wordt gespreid, dat een speciaal daarvoor opgerichte of anderszins geschikte dienst met de uitoefening wordt belast, dan wel dat degene die de betrokken bevoegdheid uitoefent, aan bijzondere wettelijke eisen van bekwaamheid (opleiding, ervaring) voldoet. Deze spreiding is bij mandaat niet gegarandeerd, omdat het daar in beginsel aan de top van de bestuurlijke organisatie wordt overgelaten door wie de bevoegdheid wordt uitgeoefend.

De vraag of attributie aan ondergeschikten in een concreet geval is toegelaten, leent zich niet voor beantwoording in een algemene regeling als de Awb. De grondslag van de attributie zal – evenals in alle andere gevallen waarin bevoegdheden worden geattribueerd – moeten worden gevonden in de toepasselijke bijzondere regeling.

Een bekend voorbeeld van attributie van bestuursbevoegdheden aan ondergeschikten is de toekenning van deze bevoegdheden aan ambtenaren van gedeconcentreerde rijksdiensten, zoals in artikel 11 Algemene wet inzake rijksbelastingen, dat aan de inspecteur de bevoegdheid tot het vaststellen van belastingaanslagen toekent, en artikel 27 juncto artikel 29, tweede lid, Wet op de Ruimtelijke Ordening, waarin aan de inspecteurs van de ruimtelijke ordening de bevoegdheid is verleend om bedenkingen tegen een bestemmingsplan in te brengen. Een ander voorbeeld betreft de aanwijzing van toezichthouders bij wettelijk voorschrift, waarop de artikelen 5:11 e.v. Awb zien (bijvoorbeeld de Algemene Inspectiedienst, de Belastingdienst/FIOD-ECD en de Onderwijsinspectie).

Naast deze, in de discussie regelmatig terugkerende, gevallen kunnen bijvoorbeeld ook de hoofden van diplomatieke of consulaire posten genoemd worden. Op grond van artikel 26, derde lid, respectievelijk artikel 40, zesde lid, Paspoortwet zijn de bevoegdheden tot het in ontvangst nemen van aanvragen voor en het verstrekken van reisdocumenten in het buitenland aan hen geattribueerd.

Als voorbeeld van attributie van de bevoegdheid tot feitelijk handelen aan personen en colleges, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, kan onder andere worden gewezen op de bevoegdheid om geweld te gebruiken, toegedeeld aan politieambtenaren (artikel 8, eerste lid, Politiewet). Een ander voorbeeld is de attributie aan Rijkswaterstaat van de uitoefening van onder meer het oppertoezicht over de waterstaat, aanleg, beheer en onderhoud van werken en het verzamelen van gegevens over de waterstaatkundige toestand van het land (artikel 2 Organiek Besluit Rijkswaterstaat).

3. Politieke verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan

Politieke verantwoordelijkheid voor de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid bestaat voorzover het orgaan dat verantwoordingsplichtig is, de uitoefening van die bevoegdheid rechtens kan beïnvloeden. Zie hieromtrent de conclusies van het rapport Steekhoudend ministerschap van de Eerste Externe commissie ministeriële verantwoordelijkheid (Commissie-Scheltema) die door parlement en regering zijn overgenomen (*Steekhoudend ministerschap. Betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid*, Kamerstukken II 1992/93, 21 427, nr. 41, blz. 24; motie-Jurgens c.s., Kamerstukken II 1993/94, 21 427, nr. 69).

In het voorgaande is erop gewezen dat degene aan wie een bevoegdheid is geattribueerd deze bevoegdheid op eigen naam uitoefent. De vraag rijst (vgl. artikel 10:1, 10:2 en 10:13) of zij ook wordt uitgeoefend onder verantwoordelijkheid van degene aan wie zij is geattribueerd, indien deze laatste

ondergeschikt is aan een (ander) bestuursorgaan. Heeft de attributie zodanige gevolgen voor de juridische zeggenschap van het bovengeschatte bestuursorgaan over de betrokken bevoegdheid, dat zijn externe verantwoordelijkheid daarmee wordt verminderd? Anders gezegd, doorbreekt attributie de ondergeschiktheidsrelatie, hetgeen van de (voormalig) ondergeschikte een zelfstandig bestuursorgaan zou maken? Of doet de attributie geen afbreuk aan bestaande ondergeschiktheidsrelaties en blijft de (politieke) verantwoordelijkheid van het hiërarchisch bovengeschatte bestuursorgaan volledig in stand?

Voorop moet worden gesteld dat de formele wetgever de gevolgen van attributie aan ondergeschikten kan regelen. Hij kan derhalve expliciet bepalen of anderszins laten blijken dat de ondergeschiktheid gehandhaafd blijft, ook voor de uitoefening van de geattribueerde bevoegdheid, (zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de Mededingingswet ten aanzien van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit), maar in theorie kan hij ook het tegendeel bepalen.

De wetgever laat echter bij attributie van bevoegdheden aan een ambtenaar dikwijls na om dit punt uitdrukkelijk te regelen. Het gevolg daarvan is dat daardoor onzekerheid zou kunnen ontstaan of hij met die attributie het gewone staatsrechtelijke patroon heeft willen doorbreken, dan wel een dergelijke afwijking niet heeft gewenst. Dit leidt regelmatig tot problemen. Met name de implicaties van bevoegdheidstoedelingen aan inspecteurs der belastingen en ambtenaren van het openbaar ministerie hebben tot politieke en wetenschappelijke discussie geleid. In 1985 hield de Tweede Kamer een hoorzitting naar aanleiding van een beslissing van de Staatssecretaris van Financiën, waarbij deze inzake een bepaalde belastingaanslag een aanwijzing aan de inspecteur had gegeven. De juridische verhouding tussen de Minister van Justitie en het openbaar ministerie terzake van de opsporing en vervolging van strafbare feiten, overigens door artikel 1:6 van de werking van de Awb uitgezonderd, is ook bij diverse gelegenheden voorwerp van debat geweest. Deze verhouding werd beheerst door artikel 5 (oud) van de Wet op de rechterlijke organisatie en is bij de wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie in het kader van de reorganisatie van het openbaar ministerie weer bevestigd in artikel 127 van de gewijzigde Wet op de rechterlijke organisatie.

Het enerzijds bestaan van een zelfstandige, geattribueerde bevoegdheid bij een ambtenaar, en anderzijds de ondergeschiktheidsrelatie waarin deze ambtenaar verkeert, maakt het – mede gezien de hierboven geschetste politieke verantwoordelijkheid – noodzakelijk om de gevolgen van de attributie te regelen voor de verhouding tussen het bestuursorgaan en de persoon of het college, dat onder diens verantwoordelijkheid werkzaam is. Indien een bevoegdheid aan zo'n persoon of college is geattribueerd, kan het bestuursorgaan deze bevoegdheid uiteraard niet zelf uitoefenen. De wetgever heeft de bevoegdheid immers niet aan het bestuursorgaan maar aan een ander toegedeeld. Bovendien wordt de betrokkene voor de uitoefening van de toegedeelde bevoegdheden zelf bestuursorgaan.

4. Doel van deze regeling

De strekking van de voorgestelde afdeling is om buiten twijfel te stellen dat bij attributie van een bevoegdheid aan een persoon of college, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een ander bestuursorgaan, het gewone staatsrechtelijke patroon niet wordt doorbroken. Het feit dat de onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame betrokkene naar buiten toe de bevoegdheid op eigen naam uitoefent, laat de bestaande relatie tot het bovengeschatte bestuursorgaan onverlet. De bevoegdheid van de minister, het college van burgemeester en wethouders of een ander verantwoordelijk orgaan om per geval of in het algemeen instructies te geven, blijft derhalve ook voor de toegedeelde bevoegdheid bestaan.

Deze keuze sluit aan bij de heersende opvatting in de bestuursrechtelijke literatuur. De commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht heeft in de in 1984 uitgebrachte vijfde druk van het Rapport Algemene bepalingen van administratief recht (Abar) het standpunt ingenomen, dat de keuze voor attributie van bepaalde bestuursbevoegdheden aan een ambtenaar (in plaats van mandaat) in beginsel slechts impliceert dat de betrokken ambtenaar bij het nemen van zijn beslissingen op eigen naam kan optreden. Het zou, aldus de commissie, te ver gaan uit die keuze af te leiden dat voor die ambtenaar het gezag van het bestuursorgaan waaraan hij ondergeschikt is, niet meer geldt en dat hij niet meer gebonden is aan instructies van dat bestuursorgaan. De commissie concludeert: «Indien bij wettelijk voorschrift aan een ambtenaar de bevoegdheid is toegekend een bepaalde beschikking te geven, volgt daaruit niet dat het bestuursorgaan waaraan hij ondergeschikt is, hem terzake van de uitoefening van die bevoegdheid geen (algemene of bijzondere) instructies zou kunnen geven» (*Rapport Abar*, vijfde druk, Alphen aan den Rijn 1984 blz. 17. Vgl. ook P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*. Deel II, tweede druk, Zwolle 1970 blz. 430).

Deze opvatting – voorheen nog wel aangevochten (met name door F.A.M. Stroink, *Het leerstuk der deconcentratie*, diss. Utrecht 1978, blz. 154–155, alsmede door P. de Haan en H.J. de Ru in hun adviezen aan de Federatie van verenigingen van inspecteurs en adjunct-inspecteurs van 's Rijks belastingen, Delft/Amsterdam 1985) – wordt thans vrij algemeen onderschreven (zie o.a. H.G. Lubberdink, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*, diss. RUG 1982, blz. 43–78; idem, *Moet attributie in de Awb worden geregeld?*, in: M. Herweijer, K.F. Schuiling, H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer 1997, blz. 337–345; H.G. Warmelink, *Ministeriële verantwoordelijkheid voor ambtelijk handelen*, in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle 1994, blz. 103–115 en H.G. Warmelink, *Het gezag van de minister staat voorop; dat spreekt vanzelf!* NJB 1998, blz. 1343; D.J. Elzinga, *Een volle ministeriële verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie*, NJB 1994, blz. 529–537; Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, veertiende druk, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen. Zwolle 2001 blz. 522–523; P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, vijfde druk, Deventer 2001 blz. 245–246; P. Nicolai e.a., *Bestuursrecht*, zesde druk, Amsterdam 1997 blz. 104; H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, twaalfde druk, bewerkt door W. Konijnenbelt en R.M. van Male, 's-Gravenhage 2002, blz. 110; M.M. den Boer, *Zelfstandige bestuursorganen uit de zelfkant van de democratie?* Preadvies VAR 1997, VAR-geschrift nr. 118, Alphen aan den Rijn 1997 blz. 143). Zij wordt ook in de jurisprudentie gevolgd: zie met name HR 28 oktober 1980, NJ 1981, 172 (Krijgstucht-ondermijnend affiche). Zij vormt de centrale achterliggende gedachte van de voorgestelde afdeling 10.1.3. Hetgeen daarin wordt geregeld, heeft geen ruimere strekking dan implementatie van deze visie, te weten bepalingen over de instructiebevoegdheid en de inlichtingenplicht.

5. De instructiebevoegdheid

In de hier voorgestelde regeling wordt vastgelegd, dat de ondergeschiktheidsrelatie door de attributie aan de ondergeschikte niet wordt doorbroken. Dit geschiedt door de bevoegdheid tot het geven van instructies ondubbelzinnig vast te leggen in de Awb. Het gaat daarbij zowel om algemene instructies als om instructies voor een enkel geval. Het bestuursorgaan heeft daarmee alle mogelijkheden tot sturing inzake de uitoefening van een geattribueerde bevoegdheid door een persoon of college, onder

zijn verantwoordelijkheid werkzaam. De sturingsmogelijkheden bestaan zowel ten aanzien van het beleid (zoals door middel van interne instructies van algemene aard of beleidsregels) als met betrekking tot individuele gevallen (door middel van instructies in concrete situaties). Hierdoor is het bestuursorgaan, onder wiens verantwoordelijkheid de bevoegdheid wordt uitgeoefend, tevens in staat de rechtseenheid en de rechtsgelijkheid te bewaken.

Zoals gezegd kunnen – evenals dat bij mandaat het geval is – de instructies, indien zij algemeen van aard zijn, worden neergelegd in beleidsregels (art. 4:81, eerste lid, Awb). Op de vraag, wanneer dat wenselijk is, alsmede voor de vraag, wanneer precies van een beleidsregel in de zin van de Awb kan worden gesproken, is reeds uitgebreid ingegaan tijdens de parlementaire behandeling van de derde tranche Awb.

6. Inlichtingenplicht

Een ambtenaar is op grond van zijn ondergeschiktheidsrelatie tot het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid hij werkt, *ipso facto* verplicht aan dit bestuursorgaan op diens verzoek de gevraagde inlichtingen te verstrekken. Evenals dat bij de instructiebevoegdheid het geval is, achten wij het gewenst, de inlichtingenplicht in het kader van de regeling inzake attributie uitdrukkelijk in deze afdeling vast te leggen.

In ons staatsbestel geldt als richtsnoer dat de algemeen vertegenwoordigende organen, om hun wetgevende en controlerende taak te kunnen waarmaken, moeten kunnen beschikken over in beginsel alle informatie betreffende het handelen van personen en colleges binnen het (relevante deel van het) openbaar bestuur. Zij verkrijgen deze informatie in het algemeen via de inlichtingenplicht van de politiek verantwoordelijke organen. Deze laatste moeten dan ook op hun beurt kunnen beschikken over de relevante informatie. Deze gedachte ligt ten grondslag aan de inlichtingenplicht zoals die voortvloeit uit de ambtelijke rechtspositie, de inlichtingenplicht van artikel 10:6, tweede lid, Awb (mandaat), en 10:16, tweede lid, Awb (delegatie) en het voorschrift van aanwijzing 124t van de Aanwijzingen voor de regelgeving, ingevolge welke in de instellingswet van een zelfstandig bestuursorgaan moet worden bepaald, dat het orgaan desgevraagd de minister de voor de uitoefening van zijn taak benodigde inlichtingen verstrekt. De inlichtingenplicht is tevens een noodzakelijke voorwaarde voor een adequate uitoefening van de instructiebevoegdheid jegens de ondergeschikte.

Het is daarom van belang, dat de wetgever ondubbelzinnig uitspreekt dat de inlichtingenplicht ook bij attributie aan ondergeschikten niet wordt doorbroken. De onderhavige afdeling voorziet daarin. Daarmee wordt onderstreept dat de betrokkene – ook op het terrein waarop hij met openbaar gezag is bekleed – zich niet kan onttrekken aan de relatie waarin hij staat tot het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid hij werkzaam is.

Eerder werd al gewezen op de inlichtingenplicht van artikel 10:6 en 10:16 Awb. Een aanvullend argument voor opneming van een bepaling over de inlichtingenplicht in afdeling 10.1.3 is, dat op die manier een ongewenste *a contrario*-redenering wordt voorkomen.

7. Overige juridische aspecten van attributie aan ondergeschikten

Het feit dat aan een ondergeschikt persoon of college bevoegdheden zijn geattribueerd betekent voor sommige juridische aspecten van de bevoegdheidsuitoefening een verandering, terwijl wat betreft andere aspecten de situatie in juridische zin gelijk blijft.

Zo brengt het feit dat de betrokkene binnen de kring van zijn toegedeelde bevoegdheid zelf als bestuursorgaan optreedt, ingevolge het stelsel van

de Awb mee dat hij eveneens bevoegd- en verplicht – is om in het kader van deze wet als zodanig op te treden, met de bijbehorende (procesrechtelijke) bevoegdheden en verplichtingen. Met name is hij, en niet het hiërarchisch bovengeschikte bestuursorgaan, procespartij in bezwaar en in beroep bij de bestuursrechter.

Ook is het ondergeschikte bestuursorgaan bevoegd beleidsregels vast te stellen over de hem toekomende bevoegdheid (art. 4:81, eerste lid). Zoals eerder werd opgemerkt, kan op basis van datzelfde wetsartikel ook het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid de betrokkene werkzaam is, over de geattribueerde bevoegdheid beleidsregels vaststellen. Degene aan wie de bevoegdheid is geattribueerd dient bij het vaststellen van zijn eigen beleidsregels, de bijzondere of algemene instructies (eventueel beleidsregels) van het hiërarchisch hogere bestuursorgaan in acht te nemen.

Is dus het ondergeschikte bestuursorgaan toerekenpunt in bestuursrechtelijke rechtsgeschillen, in ander verband is het soms zo dat zijn gedragingen worden toegerekend aan het bestuursorgaan dat hiërarchisch aan de top van de organisatie staat. Belangrijkste voorbeeld hiervan is het feit, dat niet de ondergeschikte maar het hogere bestuursorgaan verantwoordings- en inlichtingenplichtig is jegens het algemeen vertegenwoordigend orgaan op het betrokken bestuursniveau. Omdat het politiek verantwoordelijke bestuursorgaan aanspreekbaar is voor alle gedragingen van de personen en colleges die onder zijn verantwoordelijkheid werken, berust de bevoegdheid tot het beslissen over informatieverzoeken op basis van de Wet openbaarheid van bestuur en het optreden in het kader van onderzoeken van de Nationale ombudsman bij dit bestuursorgaan.

Ditzelfde geldt voor de interne klachtvoorziening. Ingevolge artikel 9:1, tweede lid, wordt een gedraging van een persoon, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, aangemerkt als een gedraging van dat bestuursorgaan. Artikel 9:2 draagt daarom aan dat bestuursorgaan de zorg voor een behoorlijke behandeling van klachten ook op bij klachten over gedragingen van bestuursorganen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn. Dit staat er overigens niet aan in de weg dat het hiërarchisch hogere bestuursorgaan de behandeling van klachten vervolgens weer mandateert aan het ondergeschikte bestuursorgaan. Hiermee wordt aangesloten bij de thans bestaande bestuurspraktijk. In civiele rechtsgeschillen treedt niet het ondergeschikte bestuursorgaan op, maar de vertegenwoordiger in rechte van de rechtspersoon, waarvan het ondergeschikte bestuursorgaan deel uitmaakt. De positie van de ontvanger in het belastingrecht vormt hierop een uitzondering.

De VAR-werkgroep Vierde tranche Awb heeft terecht opgemerkt, dat de ondergeschikte ambtenaar bij attributie ook een aantal accessoire bevoegdheden krijgt. Dit betekent echter niet dat zijn positie daardoor zelfstandiger wordt. Het ondergeschikte bestuursorgaan krijgt zelfstandige bevoegdheden, doch het wordt niet zelfstandig in die zin dat de hiërarchische relatie met het verantwoordelijke bestuursorgaan wordt doorbroken. In artikel 10:17 is bepaald dat het bestuursorgaan de gedelegeerde bevoegdheid niet meer zelf kan uitoefenen. Bij attributie kan het verantwoordelijke bestuursorgaan de bevoegdheid evenmin zelf uitoefenen, omdat hij deze niet bezit en nooit heeft bezeten. Er is van afgezien in afdeling 10.1.3 een met artikel 10:17 vergelijkbare bepaling op te nemen. Het risico dat de delegans de overgedragen bevoegdheid zelf gaat uitoefenen is niet denkbeeldig, omdat hij de bevoegdheid ooit zelf bezat. Dit ligt anders bij attributie, omdat daar de bevoegdheid immers bij wettelijk voorschrift rechtstreeks aan de ondergeschikte wordt toegedeeld.

8. Plaats van de regeling

De bepalingen over attributie zijn geplaatst na die over mandaat en delegatie. Hoewel dogmatisch gezien attributie vooraf gaat aan mandaat en delegatie, en dus een eerdere plaats in de Awb op zichzelf fraaier zou zijn, is hiervan afgezien. Plaatsing aan het begin van hoofdstuk 10 zou immers tot gevolg hebben dat de bepalingen over mandaat en delegatie, waar in de rechtspraak al enige tijd mee wordt gewerkt, zouden moeten worden vernummerd, dan wel dat de bepalingen over attributie zelf weinig aantrekkelijk nummers zouden krijgen (10:0 en 10:0a). Daarenboven is de strekking van bepalingen over attributie aanzienlijk beperkter dan de strekking van de bepalingen over mandaat en delegatie.

9. Schakelbepaling delegatie

Anders dan afdeling 10.1.1 (mandaat) en de voorgestelde afdeling 10.1.3 (attributie) voorziet afdeling 10.1.2 (delegatie) niet in een schakelbepaling naar andere handelingen dan het nemen van besluiten. In een aantal – met name organieke – wetten is voorzien in overdracht van bevoegdheden in ruime zin, waaronder niet alleen de bevoegdheid tot het nemen van besluiten maar ook tot het nemen van beslissingen tot het verrichten van rechtshandelingen en feitelijke handelingen moet worden begrepen. Het is niet ondenkbaar dat zich in de praktijk problemen voordoen doordat discussie mogelijk is over vragen als het mogen stellen van beleidsregels (artikel 10:16, eerste lid), privatieve werking (artikel 10:17), intrekking-bevoegdheid (artikel 10:18 Awb) etc. Het is uit een oogpunt van rechtszekerheid en consistentie dan ook goed als afdeling 10.1.2 voorziet in een schakelbepaling, die deze afdeling van overeenkomstige toepassing verklaart op overdracht van de bevoegdheid tot het verrichten van andere handelingen dan besluiten. Een dergelijke schakelbepaling is aanbevolen in het in het kader van de tweede evaluatie van de Awb verrichte evaluatie-onderzoek naar de bepalingen over mandaat en delegatie (L.J.J. Rogier, S.E. Zijlstra e.a., Algemeen bestuursrecht 2001: mandaat en delegatie).

Artikelsgewijs

Artikel 10:21

Dit artikel bevat de schakelbepaling die de bepalingen inzake delegatie van overeenkomstige toepassing verklaart op de overdracht van een bevoegdheid tot het verrichten van andere handelingen dan besluiten. Verwezen zij naar paragraaf 9 van het algemeen deel van dit hoofdstuk van deze toelichting.

Artikel 10:19 is slechts van overeenkomstige toepassing verklaard, voorzover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Artikel 10:19 schrijft voor dat bij een krachtens delegatie genomen besluit het delegatiebesluit en de vindplaats daarvan worden vermeld. Bij andere handelingen dan besluiten zal dit niet altijd praktisch mogelijk zijn.

Afdeling 10.1.3

Artikel 10.1.3.1

Eerste lid

Anders dan bij de regeling over mandaat en delegatie is afgezien van een definitie van het begrip attributie. Voor het doel van deze afdeling – regeling van de bevoegdheden van een bestuursorgaan ten opzichte van een onder diens verantwoordelijkheid werkzame persoon of college, met

geattribueerde bevoegdheden toegerust – is een definitiebepaling niet nodig. Anders dan bij mandaat en delegatie pleegt de bijzondere wetgever het woord attributie niet te gebruiken, waarmee een bepaling met het oogmerk het begrip attributie een voor de wetgeving meer algemeen geldende inhoud en strekking te geven, betekenis mist. Volstaan kan daarom worden met een materiële omschrijving. Het kern-element van de rechtsfiguur attributie, namelijk dat het gaat om de toedeling door de wetgever van een nieuwe bevoegdheid en niet om het opdragen of overdragen van een reeds bestaande bevoegdheid, wordt tot uitdrukking gebracht door te spreken van een bevoegdheid die bij wettelijk voorschrift is toegedeeld. Daarmee is ook het onderscheid met mandaat en delegatie duidelijk.

De uitdrukking «bevoegdheid tot het nemen van besluiten» is in deze afdeling op dezelfde wijze toegepast als in de afdelingen 10.1.1 en 10.1.2. Zij omvat derhalve dezelfde bestuursbevoegdheden (vergelijk artikel 10:1 en 10:13 met betrekking tot respectievelijk mandaat en delegatie).

De uitdrukking persoon of college, «werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan» heeft dezelfde betekenis als in artikel 10:4, eerste lid. Wellicht ten overvloede zij hier opgemerkt, dat het daarbij per definitie nooit kan gaan om zelfstandige bestuursorganen. «Zelfstandig» en «werkzaam onder verantwoordelijkheid van» sluiten elkaar uit. Ook zij er nog op gewezen dat «verantwoordelijkheid» niet altijd ook politieke verantwoordelijkheid betekent. Het is in theorie denkbaar dat een bevoegdheid wordt geattribueerd aan een ondergeschikte van een zelfstandig bestuursorgaan. In dat geval gaat het ook om «werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid» in de zin van de onderhavige bepalingen, hoewel van politieke verantwoordelijkheid van het zelfstandig bestuursorgaan aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan (eveneens per definitie) geen sprake is.

De uitdrukking «persoon of college» sluit aan bij de definitie van het begrip bestuursorgaan in artikel 1:1, eerste lid, onderdeel b, Awb. De persoon of het college wordt immers zelf bestuursorgaan voorzover het de uitoefening van de aan hem geattribueerde bevoegdheid betreft. Nochtans is het gebruik van de term «bestuursorgaan» als aanduiding vermeden. In de eerste plaats zou gebruik van deze term, wetstechnisch gezien, verwarring kunnen opleveren. In de tweede plaats wordt de persoon of het college juist bestuursorgaan door de attributie van de bevoegdheid – als het dit niet al was – zodat veelal niet kan worden gezegd dat de bevoegdheid wordt verleend aan een bestuursorgaan (vgl. ook artikel 10:13).

Het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid wordt gewerkt, heeft de bevoegdheid, per geval of in het algemeen instructies aan de persoon of het college te geven. Door de woorden «per geval» is de bevoegdheid vastgelegd tot het geven van bijzondere instructies. Bij instructies «in het algemeen» gaat het om interne instructies van algemene aard of beleidsregels (vgl. artikel 10:6, eerste lid). Waar in bijzondere wetten bepalingen van dezelfde strekking zijn opgenomen kunnen deze in de aanpassingswetgeving bij de vierde tranche worden geschrapt. Dit geldt niet voor wettelijke regelingen waarin de instructiebevoegdheid procedureel is geclausuleerd. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in artikel 4 van de Mededingingswet, waarin is bepaald dat de minister zijn algemene aanwijzingen aan de directeur-generaal moet neerleggen in beleidsregels (te publiceren in de Staatscourant), dat een bijzondere aanwijzing schriftelijk moet worden gegeven, alsmede dat zo'n aanwijzing in het desbetreffende dossier wordt gevoegd. Dergelijke clausuleringen, waarin alleen de bijzondere wetgever kan voorzien, worden door het voorgestelde artikel 10.1.3.1, eerste lid, ongemoeid gelaten.

De inlichtingenplicht is opgenomen op grond van de in het algemene deel van dit hoofdstuk van deze toelichting gegeven redenen. Op verzoek van het bestuursorgaan onder wiens verantwoordelijkheid de betrokkene werkzaam is, moeten aan dat bestuursorgaan inlichtingen worden verschaft over de uitoefening van de geattribueerde bevoegdheid. Door de inlichtingenplicht wordt onderstreept dat de bestaande – hiërarchische – relatie tussen het bestuursorgaan en degene die onder diens verantwoordelijkheid werkt, gehandhaafd blijft, ook indien laatstgenoemde geattribueerde bevoegdheden uitoefent. Bovendien wordt door de inlichtingenplicht verzekerd dat het bestuursorgaan, onder wiens verantwoordelijkheid de betrokkene werkt, in staat is om de plichten die uit zijn politieke verantwoordelijkheid voortvloeien, te kunnen nakomen. Dat artikel 10.1.3.1, tweede lid, evenals artikel 10:6, tweede lid, dat doet, spreekt van het geven van inlichtingen aan het verantwoordelijke bestuursorgaan «op diens verzoek», laat onverlet de staatsrechtelijke en ambtenaarrechtelijke plicht van ambtenaren om ook actief, dat wil zeggen zonder dat daaraan een verzoek ten grondslag ligt, het verantwoordelijke orgaan die gegevens te verschaffen die dat orgaan nodig heeft om zijn verantwoordelijkheid jegens het algemeen vertegenwoordigend orgaan waar te kunnen maken. Wij verwijzen naar de nota van toelichting bij het koninklijk besluit houdende regeling van de functie en verantwoordelijkheid van de secretaris-generaal (besluit van 18 oktober 1988, Stb. 499). Voor de inlichtingenplicht zijn nog van bijzonder belang de eventuele algemene of bijzondere, wettelijke of ongeschreven geheimhoudingsplichten waaraan de persoon die of het college dat de geattribueerde bevoegdheid uitoefent, in bepaalde gevallen gebonden kan zijn. De algemene geheimhoudingsplicht van artikel 2:5 Awb voorziet in een uitzondering, namelijk voorzover enig wettelijk voorschrift de betrokkene tot mededeling verplicht of uit zijn taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit. Bij de hier voorgestelde inlichtingenplicht op verzoek speelt deze uitzondering, evenals bij de eerderbedoelde actieve informatieplicht, een belangrijke rol.

Naast deze algemene geheimhoudingsplicht zijn in verschillende wetten en andere regelingen bijzondere geheimhoudingsverplichtingen opgenomen voor gevallen waarin van een gevoelige materie sprake is. Zo stelt artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen dat het een ieder verboden is hetgeen hem in enige werkzaamheid bij de uitvoering van de belastingwet, of in verband daarmee, nopens de persoon of de zaken van een ander blijkt of medegedeeld wordt, verder bekend te maken dan nodig is voor de uitvoering van de belastingwet of voor de heffing of de invordering van enige rijksbelasting. Hiermee wordt de geheimhouding van gegevens gewaarborgd, doch de inlichtingenplicht niet doorbroken. Wel geldt dat bij het voldoen aan de inlichtingenplicht steeds rekening zal moeten worden gehouden met de eisen van artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Andere voorbeelden zijn hoofdstuk 7 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 en de door de raad van een gemeente of provinciale staten op te leggen geheimhoudingsplicht met betrekking tot het in een besloten vergadering behandelde, die zich tevens uitstrekt tot allen – waaronder ook ambtenaren zijn begrepen (zie de memorie van toelichting bij de herziene Gemeentewet, Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nr. 3, blz. 83–84) – die van het behandelde of van de stukken kennis dragen (artikel 25 Gemeentewet en artikel 25 Provinciewet).

Tenslotte zijn er op specifieke beroepscode gebaseerde geheimhoudingsverplichtingen, zoals voor artsen en geestelijken. Indien personen in deze hoedanigheid onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn (bijvoorbeeld geestelijke verzorgers in de krijgsmacht en in

penitentiaire inrichtingen, keurings- en bedrijfsartsen in overheidsdienst), dan zijn zij ook gebonden aan hun professionele geheimhoudingsplicht. In sommige gevallen waarbij aan een bijzondere geheimhoudingsplicht gebonden personen of colleges, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, bevoegdheden zijn geattribueerd, kan de vraag rijzen in hoeverre deze geheimhoudingsplicht in de weg staat aan het naleven van de inlichtingenplicht jegens dit bestuursorgaan. Deze vraag zal verschillend moeten worden beantwoord voor de beroepsgeheimhouders en voor degenen die onderworpen zijn aan een ambtelijke geheimhoudingsplicht.

Een geheimhoudingsplicht die met een bepaald beroep te maken heeft, staat als zodanig los van de verantwoordelijkheid van het betrokken bestuursorgaan, terwijl dit voor de ambtelijke geheimhoudingsverplichtingen niet geldt. Dit zal betekenen dat de beroepsgeheimhouder niet het belang van de dienst, maar zijn professionele (ere)code als referentiekader moet gebruiken bij het beantwoorden van de vraag, in hoeverre de inlichtingenplicht de geheimhoudingsplicht geheel of gedeeltelijk opheft. Behalve in geval van evident misbruik zal het bestuursorgaan niet in deze persoonlijke afweging kunnen treden.

Een ambtelijke geheimhoudingsplicht heeft te maken met de dienstvervulling als zodanig. Uit de relatie tussen de ambtenaar en het bestuursorgaan vloeit voort, dat de ambtenaar die inlichtingen moet geven welke nodig zijn in het belang van de dienst en van een goede werking van het mechanisme van de politieke verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. De ambtenaar die aan een ambtelijke geheimhoudingsplicht is onderworpen, zal daarom het belang van de dienst als referentiekader moeten hanteren. Als regel zal dit meebrengen dat de ambtenaar de inlichtingen zal moeten geven waarom het bestuursorgaan verzoekt.

Artikel 10.1.3.3

Ingevolge dit artikel zijn de bepalingen van deze afdeling van toepassing indien aan een persoon of college, werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, bij wettelijk voorschrift andere bevoegdheden zijn toegedeeld dan de bevoegdheid tot het nemen van besluiten. Dit betekent dat artikel 10.1.3.1 tevens van toepassing is op de bevoegdheid tot het nemen van beslissingen die geen besluiten zijn, zoals beslissingen tot het verrichten van feitelijke handelingen. Zo geldt artikel 10.1.3.1 voor alle handelingen van bijvoorbeeld de inspecteurs van de volksgezondheid die zij in het kader van het toezicht op de naleving van wetten verrichten. Voor de handelingen die zijn aan te merken als besluiten geldt artikel 10.1.3.1 direct, voor de overige handelingen geldt artikel 10.1.3.1 via de onderhavige schakelbepaling.

VII. OVERGANGS- EN SLOTBEPALINGEN

ARTIKEL III

Dit artikel bevat het overgangsrecht behorende bij de nieuwe titel 4.4 inzake bestuursrechtelijke geldschulden. Er is voor gekozen de nieuwe regeling eerbiedigende werking te geven: op geldschulden die voor de inwerkingtreding van de vierde tranche bij beschikking zijn vastgesteld, dan wel rechtstreeks uit een wettelijk voorschrift zijn ontstaan, blijft het oude recht van toepassing.

Het tweede lid geeft om praktische redenen een aanvullende voorziening voor subsidies: het oude recht blijft ook van toepassing op betalingsverplichtingen die weliswaar na inwerkingtreding van de wet zijn ontstaan, maar samenhangen met voor inwerkingtreding verleende subsidies. Dit is met name van belang als een voor inwerkingtreding verleende subsidie na inwerkingtreding wordt vastgesteld. Het tweede lid waarborgt dat in zo'n geval op het gehele subsidieproces hetzelfde recht van toepassing is.

ARTIKEL IV

Dit artikel bevat het overgangsrecht behorende bij de regeling inzake bestuurlijke sancties. Er is voor gekozen de nieuwe regeling slechts van toepassing te doen zijn op overtredingen die plaatsvinden na de inwerkingtreding van deze wet. Voor de bestuurlijke boete wordt aldus voorkomen dat gedurende het proces van toezicht of opsporing – boeteoplegging – bezwaar en beroep een ander rechtsregime van toepassing wordt. Ook voor herstelsancties is het praktischer, als in een lopend handhavingproces het oude recht van toepassing blijft.

ARTIKEL V

Deze bepaling machtigt de Minister van Justitie om bij de plaatsing van deze wet in het Staatsblad de noodzakelijke vernummeringen aan te brengen. De in het voorontwerp opgenomen opdracht tot plaatsing van de volledige tekst van de Algemene wet bestuursrecht in het Staatsblad is geschrapt. De publicatie van doorlopende teksten van de Nederlandse wetgeving op het internet heeft dergelijke tekstplaatsingen inmiddels overbodig gemaakt.

ARTIKEL VI

Deze vierde tranche zal in werking treden op een koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat onder meer afhankelijk zal zijn van het gereedkomen van de aanpassingswetgeving. Nu de vierde tranche uit een aantal zelfstandige onderwerpen bestaat, is de mogelijkheid opgehouden dat, zo daartoe aanleiding mocht bestaan, de verschillende onderdelen op verschillende tijdstippen in werking treden.

ARTIKEL VII

Omdat naar dit wetsvoorstel naar verwachting veelvuldig zal worden verwezen, is een citeertitel opgenomen.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
J. W. Remkes

Overzicht van wetgeving waarin een dwangbevelprocedure ter invordering van een geldschuld voorkomt (per 18 juni 2004)**Rijkswet**

Belastingregeling voor het Koninkrijk

Wetten

1. Algemene wet bestuursrecht
2. Arbeidsomstandighedenwet 1998
3. Coördinatiewet sociale verzekering
4. Elektriciteitswet 1998
5. Flora- en faunawet
6. Gaswet
7. Gezondheids- en welzijnswet voor dieren
8. Goedkeuringswet Benelux-Invorderingsverdrag
9. Herinrichtingswet Oost-Groningen en de Gronings-Drentse Veenkoloniën
10. Huursubsidiewet
11. Infectieziektenwet
12. Invorderingswet 1990
13. Landbouwwet
14. Les- en cursusgeldwet
15. Loodsenwet
16. Luchtvaartwet
17. Mededingingswet
18. Mediawet
19. Meststoffenwet
20. Mijnwet continentaal plat
21. Monumentenwet 1988
22. Noodwet voedselvoorziening
23. Pachtwet
24. Pensioen- en spaarfondsenwet
25. Prijzennoodwet
26. Tabakswet
27. Telecommunicatiewet
28. Uitvoeringswet Nederlands-Duits Grensverdrag
29. Warenwet
30. Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
31. Wet bescherming persoonsgegevens
32. Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling
33. Wet bevordering eigenwoningbezit
34. Wet financiële betrekkingen buitenland 1994
35. Wet geneesmiddelenprijzen
36. Wet goederenvervoer over de weg
37. Wet inburgering nieuwkomers
38. Wet inzake de geldtransactiekantoren
39. Wet luchtvaart
40. Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996
41. Wet op de Accountants-Administratieconsulenten
42. Wet op de bedrijfsorganisatie
43. Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
44. Wet op de jeugdhulpverlening
45. Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997
46. Wet op de Registeraccountants
47. Wet op de uitoefening van de diergeneeskunde 1990
48. Wet op het Centraal bureau voor de statistiek
49. Wet studiefinanciering 2000
50. Wet tarieven in burgerlijke zaken

51. Wet tarieven in strafzaken
52. Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten
53. Wet toezicht beleggingsinstellingen
54. Wet toezicht effectenverkeer 1995
55. Wet toezicht kredietwezen 1992
56. Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf
57. Wet toezicht trustkantoren
58. Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993
59. Wet tot invoering van een leeftijdsgrens voor het notarisambt en oprichting van een notarieel pensioenfonds
60. Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000
61. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
62. Wetboek van Strafvordering
63. Zuiderzeesteunwet 1925

Overzicht van wetgeving waarin een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete voorkomt (per 18 juni 2004)

1. Algemene bijstandswet
2. Algemene Kinderbijslagwet
3. Algemene nabestaandenwet
4. Algemene Ouderdomswet
5. Algemene wet inzake rijksbelastingen
6. Arbeidsomstandighedenwet 1998
7. Coördinatiewet sociale verzekering
8. Douanewet
9. Huursubsidiewet
10. Infectieziektenwet
11. Mededingingswet
12. Mediawet
13. Pensioen- en spaarfondsenwet
14. Postwet
15. Sanctiewet 1977
16. Spoorwegwet
17. Tabakswet
18. Telecommunicatiewet
19. Toeslagenwet
20. Warenwet
21. Werkloosheidswet
22. Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
23. Wet arbeid en zorg
24. Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
25. Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
26. Wet belasting zware motorrijtuigen
27. Wet bescherming persoonsgegevens
28. Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling
29. Wet financiële betrekkingen buitenland 1994
30. Wet geneesmiddelenprijzen
31. Wet inburgering nieuwkomers
32. Wet inkomensvoorziening kunstenaars
33. Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen
34. Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers
35. Wet inzake de geldtransactiekantoren
36. Wet luchtvaart
37. Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996
38. Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten
39. Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
40. Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992
41. Wet op de internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen
42. Wet op de motorrijtuigenbelasting 1994
43. Wet op de omzetbelasting 1968
44. Wet op het Centraal bureau voor de statistiek
45. Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus
46. Wet toezicht beleggingsinstellingen
47. Wet toezicht effectenverkeer 1995
48. Wet toezicht kredietwezen 1992
49. Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf
50. Wet toezicht trustkantoren
51. Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993

52. Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen
53. Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000
54. Ziektewet

Lijst van instanties die advies hebben uitgebracht over het voorontwerp

Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg,
brief van 16 december 1999, kenmerk HL/mt/A/99/151
College van procureurs-generaal
advies van 18 januari 2000, kenmerk 2000010501
College van toezicht sociale verzekeringen
advies van 20 december 1999, kenmerk 1999/5442
College voor zorgverzekeringen
advies van 23 december 1999, kenmerk JA/99060826
Hoge Raad der Nederlanden
advies van 24 december 1999, kenmerk 172/99/SM/RK
Interprovinciaal overleg
advies van 23 december 1999
Landelijk instituut sociale verzekeringen
advies van 14 december 1999, kenmerk SB/AJZ/36408
Nationale ombudsman
advies van 30 december 1999, kenmerk 19992365
Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
advies van 2002, ook verschenen in NJCM-bulletin (2002)7, blz. 950
Nederlandse Orde van Advocaten
advies van 21 januari 2000
Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
advies van 21 januari 2000, kenmerk 7.19
Sociaal Economische Raad
advies van 25 januari 2000, kenmerk 0001574/EvB/vth
Sociale Verzekeringsbank
advies van 22 december 1999, kenmerk HD.261/99/PS/wv
Vereniging van Nederlandse Germeenten
advies van 4 januari 2000, kenmerk BJZ/1999006697
Vereniging voor bestuursrecht VAR
advies van 26 januari 2000, ook verschenen als VAR-geschrift, Den Haag
2000

Register op de artikelen van de Algemene wet bestuursrecht

Artikel 1:1	26
Artikel 4:52	26
Artikel 4:54	26
Artikel 4:55	26
Artikel 4:57	26
Artikel 4.4.1.1	28
Artikel 4.4.1.2	30
Artikel 4.4.1.3	32
Artikel 4.4.1.4	33
Artikel 4.4.1.5	34
Artikel 4.4.1.6	35
Artikel 4.4.1.7	36
Artikel 4.4.1.8	37
Artikel 4.4.1.9	38
Artikel 4.4.1.10	39
Artikel 4.4.1.11	40
Artikel 4.4.1.12	41
Artikel 4.4.2.1	42
Artikel 4.4.2.2	42
Artikel 4.4.2.3	43
Artikel 4.4.2.4	44
Artikel 4.4.2.5	45
Artikel 4.4.2.6	45
Artikel 4.4.2.7	47
Artikel 4.4.3.1	49
Artikel 4.4.3.2	50
Artikel 4.4.3.3	51
Artikel 4.4.3.4	51
Artikel 4.4.3.5	51
Artikel 4.4.3.6	52
Artikel 4.4.3.7	52
Artikel 4.4.3.8	52
Artikel 4.4.4.1.1	53
Artikel 4.4.4.1.2	54
Artikel 4.4.4.2.1	55
Artikel 4.4.4.2.2	55
Artikel 4.4.4.2.3	55
Artikel 4.4.4.2.4	57
Artikel 4.4.4.2.5	58
Artikel 4.4.4.2.6	58
Artikel 4.4.4.2.7	69
Artikel 4.4.4.2.8	60
Artikel 4.4.4.2.9	60
Artikel 4.4.4.2.10	60
Artikel 4.4.4.2.11	61
Artikel 4.4.5.1	62
Artikel 5.0.1	70
Artikel 5.0.2	74
Artikel 5.0.3	77
Artikel 5.0.4	77

Artikel 5.0.5	78
Artikel 5.0.6	79
Artikel 5.0.7	80
Artikel 5.0.8	82
Artikel 5.0.9	83
Artikel 5.0.10	84
Artikel 5.0.11	85
Artikel 5:21	95
Artikel 5:22	95
Artikel 5:23	95
Artikel 5:24	95
Artikel 5:25	96
Artikel 5:26	96
Artikel 5:27	96
Artikel 5:28	96
Artikel 5:29	96
Artikel 5:30	96
Artikel 5:31	97
Artikel 5:31a	97
Artikel 5:31b	99
Artikel 5:31c	99
Artikel 5:31d	101
Artikel 5:32	101
Artikel 5:32a	102
Artikel 5:32b	102
Artikel 5:33	102
Artikel 5:34	102
Artikel 5:35	102
Artikel 5:36	103
Artikel 5:37	103
Artikel 5:38	104
Artikel 5:39	104
Artikel 5.4.1.1	121
Artikel 5.4.1.2	121
Artikel 5.4.1.3	123
Artikel 5.4.1.4	123
Artikel 5.4.1.5	125
Artikel 5.4.1.6	126
Artikel 5.4.1.7	127
Artikel 5.4.1.8	131
Artikel 5.4.2.1	132
Artikel 5.4.2.2	133
Artikel 5.4.2.3	135
Artikel 5.4.2.4	136
Artikel 5.4.2.5	136
Artikel 5.4.2.6	136
Artikel 5.4.2.7	137
Artikel 8:4	64
Artikel 8:28a	137
Artikel 8:41	64
Artikel 8:72	64
Artikel 8:72a	138
Artikel 8:73	64
Artikel 8:73a	64

Artikel 8:74	64
Artikel 8:75	64
Artikel 8:76	64
Artikel 8:82	64
Artikel 8:87	64
Artikel 10:3	139
Artikel 10:21	148
Artikel 10.1.3.1	148
Artikel 10.1.3.3	150

Register op de artikelen en onderdelen van dit wetsvoorstel

ARTIKEL I

Onderdeel A	26
Onderdeel B	26
Onderdeel C	26
Onderdeel D	26
Onderdeel E	10
Onderdeel F	66
Onderdeel G	68
Onderdeel H	90
Onderdeel I	105
Onderdeel J	64
Onderdeel K	137
Onderdeel L	64
Onderdeel M	64
Onderdeel N	138
Onderdeel O	64
Onderdeel P	64
Onderdeel Q	64
Onderdeel R	64
Onderdeel S	64
Onderdeel T	64
Onderdeel U	148
Onderdeel V	139
Onderdeel W	148
Onderdeel X	148

ARTIKEL II (Artikel 243 Sv)	139
------------------------------------	-----

ARTIKEL III	151
--------------------	-----

ARTIKEL IV	151
-------------------	-----

ARTIKEL V	151
------------------	-----

ARTIKEL VI	151
-------------------	-----

ARTIKEL VII	151
--------------------	-----