

Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht

H.E. Bröring & H.K. Naves*

I Inleiding

Deze bijdrage gaat over een van de nieuwe loten aan de stam van de Awb: de regeling van bestraffende bestuurlijke sancties, met name de bestuurlijke boete. In tegenstelling tot de regeling van bijvoorbeeld het gebruik van het Fries als bestuurstaal (volslagen onzin), van rechtstreeks beroep (overbodig) en straks de bestuurlijke lus (omstreden nut), zal vrijwel niemand de wenselijkheid van een algemene regeling van de bestuurlijke boete in de Awb betwisten. Met de brede schaal waarop de bestuurlijke boete inmiddels is ingevoerd, is het belang van een dergelijke regeling gegeven. Er is enige tegenstand. Deze betreft echter niet zozeer de regeling van de bestuurlijke boete in de Awb, als wel de bestuurlijke boete zelf. In elk geval is een beschouwing in deze bundel over (de Awb-regeling van) bestraffende bestuurlijke sancties, met name de bestuurlijke boete, op haar plaats.

Ons onderwerp wordt behandeld vanuit het perspectief van de waarborgen. In lijn met het spraakgebruik wordt met 'waarborgen' bedoeld op normen en procedures ter bescherming van de individuele rechtspositie van burgers (en hun organisaties zoals bedrijven). Hierbij wordt meteen aangetekend dat ook de verzekering van doelmatige rechtshandhaving als waarborg kan worden aangemerkt. In dit opzicht kunnen bestraffende bestuurlijke sancties, met het oog op bepaalde categorieën normschendingen, als alternatief voor of aanvulling op strafrechtelijke handhaving aantrekkelijk zijn.¹ Deze kant van de zaak blijft hier verder onbesproken.

De recente regeling in de Awb van de bestuurlijke boete heeft de kritiek op de bestuurlijke boete als zodanig niet kunnen verstommen; de discussie over de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is nog springlevend. Illustratief is de nota Keuze sanctiestelsel, met haar onderscheid tussen handhaving in een gesloten (bestuursrechtelijk) respectievelijk open (strafrechtelijk) context.² Een nota waarmee de regering oude wijn in nieuwe zakken schonk omdat

* Prof. mr. H.E. Bröring en mr. H.K. Naves zijn hoogleraar respectievelijk promovenda bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij danken Hester Lange, studente research master, voor haar ondersteunende werkzaamheden.

1 Niet voor niets dankt de bestuurlijke boete haar opkomst aan een geconstateerd handhavingstekort.

2 Kamerstukken II, 2008/09, 31 700, VI, D en J, alsmede nr. 69. Over de kabinetsnota Philip Boer en Dennis de Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties', *NJB* 2009, p. 671-676.

de politiek behoefte aan een verhaal had. Een nota bovendien met zulke opvallende uitzonderingen op het gemaakte onderscheid, dat een ongemakkelijk gevoel achterblijft. Thans lijkt sprake te zijn van een soort competitie tussen de bestuurlijke boete en de OM-afdoening ofwel strafbeschikking waarbij, in de woorden van F.C.M.A. Michiels, de 'toekomst moet leren of daarmee de bestuurlijke boete aan een terugtocht begint'.³

Meer specifiek is de bestuurlijke strafbeschikking als alternatief voor de bestuurlijke boete in beeld. Belangrijk aandachtspunt bij dit type strafbeschikking is de opportuniteitsvraag wie beslist in welke gevallen een strafsancie wordt opgelegd: het bestuur of het openbaar ministerie (dat oog heeft voor de instroom in de strafrechtelijke handavingsketen)? Ook op deze kwestie wordt niet nader ingegaan, met de aantekening dat men voor zover het opportuniteitsaspect van de bestuurlijke strafbeschikking feitelijk onder de regie van het openbaar ministerie zou staan gerede twijfel over deze figuur kan hebben; dit gezien ervaringen uit het verleden dat niet zelden politiek-bestuurlijke prioriteiten van andere overheden door het openbaar ministerie, op basis van diens eigen rationaliteit, worden gedefinieerd.⁴

De bespreking van de bestraffende bestuurlijke sancties vanuit het waarborgperspectief vindt hieronder plaats binnen het raamwerk van het EVRM met bijbehorende rechtsbeginselen, op enkele punten mede aan de hand van een vergelijking van bestuursrechtelijke met strafrechtelijke waarborgen. Overigens moet worden gesignaleerd dat het naast elkaar bestaan van twee punitieve handavingsstelsels met afstemmingsproblemen gepaard gaat en dat reeds daarom extra waarborgen noodzakelijk zijn.⁵

3 F.C.M.A. Michiels, 'Bestraffende bestuurlijke handhaving onder de Awb-IV', *Trema* 2009, p. 288. Vgl. ook C.L.G.F.H. Albers, 'De Wet OM-afdoening. Nagel aan de kist van de bestuurlijke boete?', *Gst.* 2008, p. 333-344. Nadat de Eerste Kamer het wetsvoorstel Bestuurlijke boete foutparkeren en andere lichte verkeersovertredingen (30 098) als financieringsbron voor de boetes op grond van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte (30 101, eerst in de Aanpassingswet (31 127) is de tekst op de vierde tranche van de Awb afgestemd) volkomen terecht had afgeschoten, is deze competitie op vlak van de kleine ergernissen in het voordeel van de strafbeschikking beslecht. Gezien de open context van de betrokken normschendingen, had ook de nota Keuze sanctiestelsel tot die slotsom moeten voeren.

4 Illustratief is Kamerstukken II 2008/09, 32 128, nr. 3, p. 36 (Belastingplan 2010), waarin wordt geconstateerd dat handhaving van zowel de verplichtingen uit de AWR als de afzonderlijke wetten via het strafrecht niet effectief is. Naar schatting laten bijvoorbeeld enkele duizenden belastingplichtigen per jaar na om te verzoeken om een uitnodiging tot het doen van aangifte. Strafrechtelijke vervolging komt echter nagenoeg niet voor. De voornaamste oorzaak daarvoor is dat deze specifieke strafbare feiten – mede gelet op de beperkte capaciteit van het openbaar ministerie – als 'te licht' worden beschouwd.

5 Zie bijvoorbeeld CRvB 8 juli 2009, AB 2009, 379, m.nt. H.E. Bröring. In deze zaak kwam het openbaar ministerie in verband met de persoonlijke omstandigheden van betrokkene tot een voorwaardelijk sepot. De voorwaarde luidde: terugbetaling van hetgeen ten onrechte was ontvangen. De SVB zag hierin geen bestraffende sanctie, omdat betrokkene toch al gehouden was hetgeen ten onrechte was ontvangen terug te betalen (herstelbeslissing, gebaseerd op een gebonden bevoegdheid tot herziening en terugvordering), en legde daarom alsnog een bestuurlijke boete op. Ten onrechte, aldus de Centrale Raad, omdat ook bij een voorwaardelijk sepot door het openbaar ministerie voorwaarden worden opgelegd die bij niet-nakoming ervan kunnen leiden tot verdere vervolging.

Over de waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties is al veel geschreven.⁶ Daarom blijft deze bijdrage beperkt tot recente ontwikkelingen. Een nadere toespitsing is echter noodzakelijk.

Zo wordt voorbij gegaan aan de eventuele betekenis van ‘Sandor en Panovits’ voor bestraffende bestuurlijke sancties.⁷ Het in CRvB 7 september 2009, *JB* 2009/242, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, ingenomen standpunt brengt mee dat deze EHRM-jurisprudentie voor bestuurlijke boetes zonder consequenties is.⁸ Een duidelijk en juist oordeel, reden waarom er verder geen aandacht aan wordt geschonken. Evenzo wordt voorbij gegaan aan recente jurisprudentie over de vraag in hoeverre er op het terrein van bestraffende sancties (onderdelen-, gronden- en bewijs)fuiken bestaan.⁹ Dergelijke fuiken bestaan amper meer, afgezien van beperkingen die uit een goede procesorde voortvloeien.¹⁰ Akkoord; voldoende reden om ook daar niet langer bij stil te staan.¹¹ Voorts wordt voorbij gegaan aan de – uitvoerige – jurisprudentie met betrekking tot undue delay; jurisprudentie die bestempeld kan worden als voor betrokkenen niet onbelangrijk, maar in het algemeen niet spectaculair.¹²

6 Zie onder meer: H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer 2005, C.L.G.F.H. Albers, ‘De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraving van een goede strafvordering’, *DD* 2006, p. 17-38, C.L.G.F.H. Albers, ‘De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht’, *JBPlus* 2006, 143-161, N.J.M. Kwakman, ‘De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting’, *NTB* 2006, p. 331-339, G.T.J.M. Jurgens en H.E. Bröring, ‘De bestuurlijke boete is zo gek nog niet’, *NTB* 2006, p. 340-348, C.L.G.F.H. Albers, ‘De Wet OM-afdoening. Nagel aan de kist van de bestuurlijke boete?’, *Gst.* 2008, p. 333-344. Grosso modo komt uit deze literatuur naar voren dat het bestuursrecht vergeleken met het strafrecht, meer specifiek de OM-afdoening, betere waarborgen biedt op het punt van het horen van betrokkene, het hem verschaffen van relevante stukken en de motivering van boetebeschikkingen. Op het punt van het bewijsrecht biedt het strafrecht duidelijk extra waarborgen. Het vroeger allerbelangrijkste verschil, namelijk dat het in het bestuursrecht in beginsel een bestuursorgaan is maar in het strafrecht altijd de rechter die de schuld van betrokkene vaststelt, is sinds de invoering van de OM-afdoening verleden tijd.

7 EHRM 27 november 2008, 36391/01, LJN BH0679 (Salduz) en EHRM 11 december 2008, 4268/04, LJN BH0680 (Panovits).

8 Volgens de Centrale Raad blijkt uit deze EHRM-jurisprudentie met betrekking tot art. 6 EVRM slechts dat een door de politie aangehouden verdachte in de gelegenheid moet worden gesteld voorafgaand aan het verhoor een advocaat te raadplegen (dus geen recht op aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor zelf), maar dat er geen aanknopingspunten zijn voor het standpunt dat de strafrechtelijke waarborgen zo ver gaan dat het recht om een advocaat te consulteren ook moet gelden in een situatie waarin geen sprake is van een aangehouden verdachte op wie een vrijheidsbenemend dwangmiddel is toegepast.

9 In geval van een bestuurlijke boete is een splitsing van het besluit in ‘losse’ onderdelen c.q. een onderdelenfuik overigens moeilijk voorstelbaar. Gedacht zou wellicht nog kunnen worden aan een splitsing tussen de boete voor de latere overtreding en de waarschuwing zonder wettelijke grondslag voor een voorafgaande overtreding (over welke waarschuwing par. 5).

10 Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 augustus 2009, LJN BJ6103. Het recht om zichzelf niet te incrimineren, brengt mee dat in geval van een bestraffende sanctie de gronden van bezwaar en beroep in het algemeen summier mogen blijven. Gronden- en bewijsfuiken zouden zich daar ook niet goed mee verdragen.

11 Wel moet in dit verband nog worden opgemerkt dat onjuist is de opvatting dat verwijtbaarheid een bevoegdheidsvoorwaarde vormt, zodat de rechter ambtshalve dient te onderzoeken of betrokkene een verwijt valt te maken. Vgl. de noten van O.J.D.M.L. Jansen onder ABRvS 17 juni 2009, *AB* 2009, 350, en C.L.G.F.H. Albers onder ABRvS 30 september 2009, *JB* 2009/234.

12 Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 december 2008, LJN BG8313, alsmede CBB 3 juli 2008, *AB* 2009, 177, m.nt. G.J.M. Cartigny. Meer in het algemeen voorts HR 19 december 2008, *AB* 2009, 230, m.nt. A.M.L. Jansen.

Evenmin wordt ingegaan op de – ook in het kader van de vierde tranche van de Awb bediscussieerde – vraag in hoeverre de Pikmeer-jurisprudentie voor de bestuurlijke boete van betekenis is; het blijft hier bij het oordeel dat er geen aanwijzing in de jurisprudentie en ook overigens geen reden te vinden is om voor welk onderdeel van de overheid dan ook een bestuurlijke boete-immuniteit aan te nemen.

Meer omstreden is het vraagstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Op dit punt kan het zeer worden toegejuicht dat tegenwoordig niet alleen op zeer onbehoorlijke wijze verkregen bewijs maar ook bewijs dat is verkregen in strijd met fundamentele rechten als dat van artikel 8 EVRM buiten beschouwing moet worden gelaten; een kwestie die speelt bij onaangekondigde huisbezoeken,¹³ maar eventueel ook bij observaties.¹⁴ Ook de problematiek van de sfeerovergang van rechtmatigheids- naar boeteonderzoek blijft lastig, zo al niet omstreden (zeker in vergelijking met het strafrecht); niet alleen in de primaire fase, maar ook in de fase van bezwaar, wanneer in een en dezelfde procedure bijvoorbeeld zowel een besluit over een uitkering als over een bestuurlijke boete aan de orde zijn (moeten dan bijvoorbeeld twee aparte hoorzittingen worden gehouden?).

Aan de hand van enkele opvallende uitspraken uit 2009, het laatste jaar van de jaren nul, spitst deze bijdrage zich toe op een aantal punten die de komende vijf jaar extra aandacht verdienen. Het gaat om aspecten van achtereenvolgens legaliteit (par. 3), ne bis in idem (par. 4) en toegang tot en toetsing door de rechter (par. 5). In paragraaf 6 volgen enkele slotopmerkingen. Duidelijk is dat de belangrijkste van de recente ontwikkelingen wordt gevormd door de invoering per 1 juli 2009 van de Awb-regeling over handhaving in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder. Hieronder wordt eerst stilgestaan bij de vraag in hoeverre deze regeling iets nieuws heeft gebracht.

2 Modificatie: de medepleger als overtreder

Voor de bestuurlijke boete draagt de nieuwe Awb-regeling bij aan eenheid en systematisering en aan vereenvoudiging.¹⁵ Zij is in hoge mate een kwestie van codificatie, met dien verstande dat kleine verschillen tussen bijzondere wetten – doorgaans slechts in formulering – zijn gladgestreken. Onderwerpen als rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, una via, zwijgrecht en cautieplicht, rapport en procesverbaal, inzagerecht, verhoor en de inhoud van de boetebeschikking zijn thans in de Awb geregeld, zodat de bijzondere wet zich kan beperken tot een omschrijving van het beboetbare feit en de normadressaat (wat en wie zijn beboetbaar?), het tot boeteoplegging bevoegde bestuursorgaan en de maximale hoogte van de boete (vgl. art. 5:46, eerste lid, Awb).

Op één punt brengt de nieuwe Awb-regeling een belangrijke wijziging. Het gaat om de algemene introductie in artikel 5:1, tweede lid, Awb van het medeplegen. In potentie betekent de algemene invoering van de figuur van de medepleger een aanzienlijke uitbreiding van gevallen waarin aan anderen dan de normadressaat

13 CRvB 11 april 2007, AB 2007, 149, m.nt. H.E. Bröring.

14 CRvB 20 oktober 2009, LJV BK1261.

15 Als bekend, zijn dit twee van de officiële hoofddoelstellingen van de Awb; zie PG Awb I, p. 19.

bestuurlijke boetes zullen worden opgelegd.¹⁶ Hierbij speelt een rol dat de medepleger niet zelf aan alle bestanddelen van het beboetbare feit hoeft te voldoen. Volgens de regering zal het met de uitbreiding van de kring van beboetbare personen loslopen.¹⁷ In de praktijk zal het opleggen van een bestuurlijke boete doorgaans, althans voorlopig, inderdaad tot de normadressaat beperkt blijven. Daarbij zal een rol spelen dat het bewijs ten aanzien van de medepleger vaak minder eenvoudig is rond te krijgen. Het is echter niet uitgesloten dat op termijn, na opgedane ervaringen, medeplegers vaker in beeld komen en vaker een boete wordt opgelegd. Wat nu is, hoeft immers niet altijd zo te blijven.

Het komt erop neer dat het bestuur, in het kader van zijn beleidsvrijheid (opportu-niteit) bij de vraag of en wie een boete wordt opgelegd meer keuzemogelijkheden heeft gekregen.¹⁸ Moet alleen de pleger c.q. normadressaat een boete worden opgelegd, alleen een medepleger of alle overtreeders? In hoeverre mag bij de keuze het kostenaspect een rol spelen? Wat is in dit verband de betekenis van het gelijkheidsbeginsel? In hoeverre dient het bestuur hier (kenbaar?) beleid te voeren? Hoe ver gaat zijn motiveringsplicht? Verondersteld zou kunnen worden dat in het bestuursrecht, waar de rechter als besluitentoeser fungeert, meer dan in het strafrecht de nadruk op gelijke behandeling en consistentie wordt gelegd, en dat in het verlengde daarvan in het bestuursrecht hogere motiveringseisen worden gesteld, waar het openbaar ministerie in het strafrecht veel vrijheid wordt gelaten. Op dit moment ontbreken duidelijke aanwijzingen voor de juistheid van deze stelling. Dit neemt niet weg dat de waarborgen rond het medeplegerschap nader aandacht zullen vergen.

3 Legaliteit

Met betrekking tot het in de vorige paragraaf besproken onderwerp – de algemene invoering van het medeplegen – kan men zich afvragen of de nieuwe Awb-regeling niet te ver gaat. Op een ander punt kan men zich juist afvragen of deze regeling wel ver genoeg gaat. Dit ziet op het gegeven dat in de huidige Awb, afgezien van een aantal algemene bepalingen in titel 5.1, voorbij wordt gegaan aan andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete. Blijkens artikel 5:3 Awb zijn de artikelen 5:4-5:10 Awb alleen van toepassing op de in hoofdstuk 5 Awb geregelde sancties (ad a), dus op de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete, alsmede op de bij wettelijk voorschrift aangewezen andere bestuurlijke

16 Idem de fiscale literatuur. Zie bijvoorbeeld M.W.C. Feteris e.a., *Aan wie kan een bestuurlijke boete worden opgelegd?*, Deventer 2007, p. 47-61, F.J.P.M. de Haas en D.N.N. Jansen, 'De vierde tranche Awb; de opmars van het strafrecht in het belastingrecht', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2009, p. 5-14, alsook de Brief van Nederlandse Orde van Belastingadviseurs d.d. 23 april 2009 aan de Eerste Kamer.

17 Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 80.

18 Dit betreft de hoofdregel dat boetebevoegdheden discretionaire bevoegdheden zijn. Uitzonderingen zijn aan te treffen in de sfeer van de sociale verzekeringen en de inburgering van nieuwkomers. Overigens is de gebondenheid van boetebevoegdheden op laatstgenoemde gebieden betrekkelijk. Zo wordt in de praktijk lang niet altijd een boete opgelegd waar daartoe gelet op de wettelijke formulering een verplichting bestaat. Bovendien is er ook in geval van gebonden boetebevoegdheden altijd keuzevrijheid in het kader van nalevingscontrole en boe-tonderzoek.

sancties (ad b). Blijkens de memorie van toelichting bestaat het voornemen om in een volgende tranche van de Awb een regeling te treffen voor de intrekking van een begunstigende beschikking, met inbegrip van de intrekking als strafsanctie.¹⁹ Andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete en de intrekking van een begunstigende beschikking lijken vanwege hun uitzonderlijke karakter niet voor een algemene regeling in de Awb in aanmerking te komen. Nu hoeft men aan het ontbreken van een algemene regeling niet zwaar te tillen. Immers, op grond van het EVRM en rechtsbeginselen zijn op de andere bestraffende sancties soortgelijke normen als die van de Awb van toepassing, terwijl bovendien deze Awb-normen zich voor overeenkomstige toepassing lenen; dit nog afgezien van de mogelijkheid dat de bijzondere wetgeving de vereiste waarborgen regelt.

Interessanter dan de vraag welke normen op andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete van toepassing zijn, is de daaraan voorafgaande vraag wanneer van een bestraffende sanctie gesproken moet worden. In de literatuur wordt uitvoerig stilgestaan bij de vraag wanneer bij de intrekking van een begunstigende beschikking het oogmerk van leedtoevoeging voorzit en deze intrekking dus een bestraffend karakter heeft. 'Uitgaande van een materieel criterium is er sprake van leedtoevoeging als de sanctie verder gaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt', zo kan men met Albers aannemen.²⁰ Bij de intrekking draait het dan om de vraag voor welke periode zij noodzakelijk is voor het kunnen bereiken van herstel; duurt de intrekking langer, dan is zij in zoverre bestraffend.

Prealabele en allerbelangrijkste vraag is evenwel of een intrekking *überhaupt* een bestraffend karakter kan hebben wanneer voor de intrekking in haar hoedanigheid van bestraffende sanctie geen duidelijke wettelijke basis is te vinden. Het argument dat artikel 5:4 Awb niet op de intrekking van toepassing is, is niet beslissend. Bestuursbevoegdheden, zeker die tot het opleggen van bestraffende sancties, vergen een uitdrukkelijke grondslag in de wet. Denk in dit verband naast artikel 5:4 Awb aan artikel 1 Sr. Beginselen van rechtszekerheid en *lex certa* brengen mee dat voor de burger *op voorhand* duidelijk dient te zijn wanneer hij het risico van welk type sanctie belooft. De enkele wettelijke mogelijkheid tot intrekking van een beschikking rechtvaardigt daarom niet dat tevens bedoeld is de bevoegdheid tot het opleggen van een bestraffende sanctie te introduceren.²¹ Laat staan dat de intrekkingsbevoegdheid geacht wordt besloten te liggen in de bevoegdheid tot (positieve) beschikkingverlening, en dat daarin op haar beurt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestraffende sanctie geacht wordt besloten te liggen. Onder andere in termen van het specialiteitsbeginsel kan uit een bepaalde bevoegdheid niet

19 Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 74.

20 C.L.G.H.F. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, p. 175 (citaat zonder cursivering).

21 Zie bijvoorbeeld de artikelen 31 Drank- en horecawet, 59 Woningwet, 8.25 Wet milieubeheer, alsmede art. 4:49 Awb.

zo maar een ander type bevoegdheid, met een ander oogmerk (i.c. leedtoevoeging), worden afgeleid.²² Bestuursrecht is meer dan een spel met Russische poppetjes. In geval een bevoegdheid tot bestraffende intrekking van een begunstigende beschikking niet kenbaar aanwezig is, komt men niet toe aan de vraag wanneer een intrekkingbeschikking een bestraffende aard krijgt en of de bij bestraffende sancties behorende normen in acht zijn genomen. In dat geval kan hooguit een bevoegdheid tot het opleggen van herstelsancties worden aangenomen. Vervolgens spitst de rechtmatigheidsvraag zich toe op de vraag of de duur van de intrekking in het licht van de functie van herstel niet te lang is. Voor zover de intrekking te lang is, is de herstelsanctie onrechtmatig. Aan de vraag of tevens sprake is van een bestraffende sanctie en, zo ja, of de desbetreffende eisen in acht zijn genomen, wordt helemaal niet toe gekomen. In een andere opvatting zakt ons bestuursrecht door de rechtstatelijke bodem van het legaliteitsbeginsel.

De kwestie van een voldoende wettelijke grondslag voor bestraffing is naast de bestraffende intrekking van een begunstigende beschikking aan de orde bij de openbaarmaking van boetes met het oogmerk van *naming and shaming*.²³ Allereerst is er de vraag of voor een dergelijke openbaarmaking een wettelijke grondslag valt aan te wijzen. Zo ja (denk bijvoorbeeld aan de publicatiemogelijkheden van afdeling 1.5.2 Wet op het financieel toezicht en aan art. 65 Mededingingswet), dan rijst de vraag of deze ook een voldoende basis biedt voor de gehanteerde wijze van openbaarmaking.²⁴ In deze context verdient openbaarmaking met het oogmerk van *naming and shaming* op basis van de Wet openbaarheid van bestuur bijzondere aandacht. Verschaft de in artikel 8 van deze wet vervatte bevoegdheid tot actieve informatieverstrekking de mogelijkheid tot openbaarmaking met het oogmerk van *naming and shaming*? Het belang van 'een goede en democratische bestuursvoering' is zeer ruim, maar ook zo ruim dat het zonder meer ook dit oogmerk impliceert? Betekent het adagium 'eens openbaar, altijd openbaar' dat in plaats van de bekendmakingswijze van artikel 3:41 Awb even goed die van artikel 3:42 Awb gekozen mag worden?

Opgemerkt moet worden dat het attribueren van bevoegdheden tot het opleggen van bestraffende sancties en het expliciteren van de aard van deze sancties een taak voor de bijzondere wetgever is. In dit opzicht schiet de bijzondere wetgeving, niet de Awb, tekort. De Awb schiet tekort waar zij in artikel 5:3 de reikwijdte van artikel 5:4 heeft beperkt. Wat betreft het vereiste van een wettelijke grondslag

22 Zijdelings wordt dit punt ook door Albers 2009, p. 179 aangestipt ('Wie zegt dat de wetgever bij de totstandkoming van de betreffende regelgeving stil heeft gestaan bij de vraag of met intrekking bij wijze van sanctie (mede) aan bestraffing werd beoogd?'). Zij brengt dit punt evenwel aan de orde met het oog op de vraag of sprake is van een bestraffende sanctie.

23 Voorts bij andere sancties, zoals de maatregel in het kader van de Wet werk en bijstand (met name als er geen enkel verband is tussen het wangedrag van de betrokkene en de mogelijkheid van het vaststellen van het recht op uitkering; zie ook Kamerstukken I, 2003/04, 28 870 en 28 960, B, p. 59), en het door de burgemeester gegeven verwijderingsbevel (zie bijvoorbeeld ABRvS 24 oktober 2007, LJN BB6294).

24 Zie bijvoorbeeld G.P. Roth, De publicatie van boetes door de AFM en DNB, Ondernemingsrecht 2009, p. 612-620, met name p. 617, waar de vraag wordt opgeworpen of de artikelen 1:97 en 1:98 Wet op het financieel toezicht een voldoende basis bieden voor openbaarmaking in de vorm van een persbericht. Zie voorts CBB 5 juni 2008, AB 2009, 88, m.nt. C.J.M. Cartigny.

gaat de Awb dus niet ver genoeg. In elk geval wordt waar het gaat om andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete de meest fundamentele waarborg van het legaliteitsbeginsel verzaakt.²⁵ Het is wonderlijk dat de jurisprudentie dit – zonder onderbouwing – laat passeren. Het is de hoogste tijd dat zij op dit punt het roer omgooit.

Waar het gaat om de vraag naar de geoorloofdheid in de bestraffende sfeer van een richtlijnconforme uitleg wordt in de jurisprudentie aan legaliteit en *lex certa* en de daarmee nauw samenhangende rechtszekerheid juist voldoende recht gedaan. Blijkens onder meer HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86 (Kolpinghuis), vindt een dergelijke interpretatie van bepalingen van nationaal strafrecht haar begrenzing in algemene beginselen van gemeenschapsrecht, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel. Dit brengt mee dat een dergelijke interpretatie niet mag resulteren in uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In ABRvS 4 maart 2009, AB 2009, 156, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en JB 2009/99, m.nt. N. Verheij, wordt daaraan in verband met onduidelijkheid van het begrip arbeidstijd – valt het woonwerkverkeer er eveneens onder? – de conclusie verbonden dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete ontbreekt. Eerdergenoemde acceptatie van het ontbreken van een duidelijke wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van een bestraffende sanctie staat haaks op (de ratio van) deze door het Europees recht geïnspireerde uitspraak.

Evenzo is er een discrepantie met de jurisprudentie over de vraag of een waarschuwing als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb is aan te merken. In CRvB 5 januari 2009, AB 2009, 120, m.nt. F.C.M.A. Michiels, en CRvB 24 november 2009, RSV 2010, 17, m.nt. R. Stijnen,²⁶ is een schriftelijke waarschuwing van een bestuursorgaan aan de orde waarin een bijstandsgerechtigde werd gewezen op het schenden van een verplichting die verbonden was aan het uitkeringsrecht op grond van de Wet werk en bijstand. In de uitspraak van 5 januari 2009 had de waarschuwing een wettelijke grondslag, namelijk in de op deze wet gebaseerde Maatregelenverordening, reden waarom de Centrale Raad de waarschuwing als een besluit kwalificeerde. In de uitspraak van 24 november 2009 berustte de waarschuwing op beleidsregels; een wettelijke grondslag voor de waarschuwing ontbrak. Om die reden oordeelde de Centrale Raad dat de waarschuwing niet als besluit kan worden aangemerkt.

25 Wanneer in een volgende tranche van de Awb een regeling wordt getroffen voor de intrekking van een begunstigende beschikking verdient niet alleen aandacht dat een dergelijke intrekking een uitdrukkelijke wettelijke grondslag moet hebben, maar ook of de wet de maximale duur van de intrekking dient te bepalen (vgl. art. 5:46, eerste lid, Awb).

26 Binnen het bestuursrecht is al langer aandacht voor de waarschuwing. Zie ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 122, JB 2006/59: Een waarschuwing die is gebaseerd op een op schrift gesteld en bekend gemaakt beleid, is geen besluit in de zin van de Awb. Een waarschuwing die geen wettelijke grondslag heeft, brengt geen wijziging in de rechtspositie van degene die wordt gewaarschuwd. Zie verder ABRvS 21 maart 2007, AB 2007, 223, waarin een waarschuwing aan de orde was die niet op beleid was gebaseerd. Zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Centrale Raad lijkt te hebben gebroken met de oude jurisprudentielijn waarin een waarschuwing als besluit werd aangemerkt voor zover die op grond van beleid fungeerde als voorwaarde voor het kunnen toepassen van een sanctie bij herhaling van de overtreding. Zie voor deze 'oude' jurisprudentie ABRvS 29 oktober 2003, AB 2004, 361, en CRvB 11 mei 1995, JB 1995/164.

Dat de Centrale Raad duidelijk uitspreekt dat alleen waarschuwingen met een wettelijke grondslag als bestraffend besluit worden aangemerkt, kan positief worden genoemd. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad lijken nu met elkaar in overeenstemming te zijn.²⁷ Deze jurisprudentie verhoudt zich ook goed met het beginsel van legaliteit: geen strafbaar feit en geen straf zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling. Zij is in overeenstemming met de uit dit beginsel afgeleide opvatting dat beleidsregels – laat staan beleidsvormen die geen rechtshandeling inhouden – over een al bestaande bevoegdheid gaan en niet zelf een bevoegdheid vermogen te creëren.²⁸

4 Ne bis in idem

De begrippen ‘dezelfde overtreding’ (art. 5:43; binnen-bestuursrechtelijk) en ‘dezelfde gedraging’ (art. 5:44; tussen bestuursrecht en strafrecht), die in het kader van het ne bis in idem-beginsel een centrale rol vervullen, zijn lastige begrippen.²⁹ Weliswaar biedt de strafrechtelijke jurisprudentie rond het begrip ‘hetzelfde feit’ (art. 68 Sr) houvast, maar zij leert tevens hoe lastig de onderhavige materie is. Maatstaf is volgens de memorie van toelichting, onder verwijzing naar HR 21 november 1961, *NJ* 1962, 89, en HR 5 februari 1963, *NJ* 1963, 320, of ‘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’.³⁰ Dit wil zeggen dat overtreding van twee voorschriften alleen dan hetzelfde feit oplevert wanneer de overtredingen feitelijk nauw samenhangen (feitelijke component) én beide overtreden voorschriften strekken ter bescherming van soortgelijke belangen, althans – volgens recentere strafrechtelijke jurisprudentie – de strekking van de betrokken voorschriften niet wezenlijk uiteenloopt (juridische component). Dit onderwerp verdient extra aandacht in het licht van EHRM 10 februari 2009 (*Zolotukhin t. Rusland*), *AB* 2009, 309, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Volgens dit arrest is de feitelijke component (weer) bepalend.³¹ ‘the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same’.³² Hoewel dit protocol door Nederland niet is geratificeerd, kan het EHRM-arrest van 10 febru-

27 ABRvS 18 januari 2006, *AB* 2006, 122, m.nt. F.R. Vermeer.

28 Wanneer na waarschuwing zonder wettelijke grondslag een sanctie wordt opgelegd, blijft de rechtsbescherming met betrekking tot die waarschuwing overigens gewaarborgd. Zo kan de belanghebbende aanvoeren dat de eerdere waarschuwing ten onrechte is gegeven, zodat met die eerdere waarschuwing geen rekening mag worden gehouden. Bestuursorgaan en bestuursrechter zullen bij de heroverweging, respectievelijk de toetsing van het sanctiebesluit, ten volle moeten beoordelen of die eerdere waarschuwing terecht was gegeven.

29 Zie nog ABRvS 25 maart 2009, *AB* 2009, 165, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, in verband met eendaadse samenloop.

30 Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 136.

31 Vergelijk EHRM 23 oktober 1995, *Gradinger t. Oostenrijk* (zaaknr. 15963/90).

32 *Rov.* 82.

ari 2009 voor Nederland wel degelijk van belang zijn, mede gezien artikel 50 EU Handvest voor de Grondrechten.

Het voorgaande betreft de vraag wanneer sprake is van 'idem'. Interessant is voorts de vraag wanneer sprake is van 'bis', met name met het oog op de mogelijkheid van terugverwijzing na een vernietiging door de rechter van een boetebesluit en het voorschrift van artikel 8:72a Awb, dat de rechter er na een vernietiging van een boetebesluit toe verplicht zelf een beslissing omtrent het opleggen van een boete te nemen. In de memorie van toelichting bij artikel 5:43 Awb wordt opgemerkt 'dat het bestuursorgaan na vernietiging door de rechter van het boetebesluit geen nieuw boetebesluit voor hetzelfde feit kan nemen. Dit uitgangspunt wordt reeds door de belastingrechter gehanteerd. Het is wenselijk dit voor het hele bestuursrecht te laten gelden.'³³ Het *ne bis in idem*-beginsel lijkt terugverwijzing echter helemaal niet uit te sluiten, omdat na terugverwijzing geen sprake is van een tweede, maar van een voortgezette procedure over dezelfde kwestie.³⁴ Ook uit genoemd EHRM-arrest van 10 februari 2009 komt naar voren dat terugverwijzing geen inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel inhoudt. Volgens het hof komt het aan op de vraag of een beslissing definitief ('final') is geworden. Dat is het geval 'if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them.'³⁵ Naar huidig nationaal recht, als gevolg van artikel 8:72a Awb, is terugverwijzing in beginsel niet meer toegestaan. Zie over artikel 8:72a Awb verder paragraaf 5.

Ook een *ne bis in idem*-onderwerp, maar dan vanuit een omgekeerd perspectief, betreft de verzoeken om terug te komen van rechtens onaantastbaar geworden boetebesluiten (art. 4:6 Awb c.a.). Op dit punt pleegt in de jurisprudentie geen verschil te worden gemaakt tussen boete- en andersoortige besluiten.³⁶ Vermeldenswaard is nog CRvB 11 februari 2009, AB 2009, 135, m.nt. A.T. Marseille. Nadat de Centrale Raad in zijn uitspraak van 11 december 2001, USZ 2002/19, had geoordeeld dat het Besluit boete ZW/WAO werkgevers 1997 deels buiten toepassing moest

33 Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 137.

34 De 'knip' die tussen de OM-afdoening en de rechterlijke procedure bestaat, brengt evenmin een tweede vervolging voor hetzelfde mee. Sprake is van een 'vervolging in etappes', aldus de memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2006/07, 29 702, A. Zie ook M. Kessler, B.F. Keulen, *De strafbeschikking*, Deventer 2008, p. 12.

35 Rov. 107, onder aanhaling van het Explanatory Report to Protocol No. 7.

36 Zie bijvoorbeeld CRvB 16 februari 2006, LJN AV2104, en CBB 26 maart 2009, LJN BI0948. Voorafgaand aan laatstvermelde uitspraak was in Rb. Rotterdam 29 november 2007, LJN BB9344, overwogen: 'Dat aan het verzoek ten grondslag ligt terug te komen van een besluit dat een strafvervolgning als bedoeld in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden behelst, [maakt geen verschil].' Een opvallende uitzondering biedt Rb. Breda 20 mei 2005, LJN AT5925. Door CRvB 6 november 2001, USZ 2002/19, was achteraf komen vast te staan dat de bestuurlijke boete zonder de vereiste wettelijke grondslag, en dus in strijd met het legaliteitsbeginsel, is opgelegd. Naar het oordeel van de rechtbank is dat een dermate fundamenteel en zwaarwegend gebrek dat het verweerder in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten om de aanvraag om herziening af te wijzen op de grond dat geen sprake is van evidente onjuistheid van het eerdere besluit. Hierbij zoekt de rechtbank aansluiting bij art. 457 Sv.

worden gelaten, formuleerde het UWV beleid over hoe om te gaan met in het licht van deze rechterlijke uitspraak onrechtmatige boetebesluiten. Volgens de Centrale Raad in zijn uitspraak van 11 februari 2009 is het UWV gehouden die besluiten te herzien welke zijn genomen na de uitspraak waarbij is uitgemaakt dat een regeling buiten toepassing moet worden gelaten (of bepaalde besluiten anderszins in strijd met het recht zijn). Er zijn overigens geen aanwijzingen dat dit alleen voor boetebesluiten geldt. Met de uitspraak van 11 februari 2009 is gezegd dat er geen verplichting bestaat om terug te komen van besluiten die zijn genomen voordat door de rechter was uitgemaakt dat soortgelijke besluiten onrechtmatig zijn. In geval van een veroordeling van Nederland door het EHRM lijkt het niet anders te zijn. Op dit punt is er een verschil met het strafrecht: door een wijziging per 2003 van artikel 457 Sv bestaat in het strafrecht na een EHRM-veroordeling de mogelijkheid tot herziening.³⁷ In het bestuursrecht (inclusief het belastingrecht) heeft men daar niet aan gewild, wat in geval van bestraffende bestuurlijke sancties echter niet vanzelfsprekend is. Wat betreft het rechtsmiddel herziening kan worden gesignaleerd dat dit rechtsmiddel in het strafrecht (art. 457 e.v. Sv) een groter bereik heeft dan in het bestuursrecht (art. 8:88 Awb), en daar bovendien in het middelpunt van de belangstelling staat.³⁸ In dit licht is het huidige bestraffende bestuursrecht waar het gaat om verzoeken om terug te komen van en tot herziening geen rustig bezit.

5 Toegang en toetsing

De toegang tot de bestuursrechter wordt onder andere gereguleerd door de in de Awb neergelegde termijnen voor bezwaar en beroep. Hoe deze termijnen zich verhouden tot het recht op toegang en hoe de bewijslast in dat kader door de rechter wordt verdeeld, komt onder meer aan de orde bij vragen over verschoonbare termijnoverschrijding (art. 6:11 Awb). Opvallend blijft hierbij de afwijkende jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad ten aanzien van de verdeling van bewijslast in zaken over bestraffende sanctiebesluiten.³⁹ Een recent voorbeeld vormt HR 10 april 2009, LJN BI0550. De Hoge Raad oordeelt hier dat de belanghebbende slechts behoefde te stellen dat hij het beroepschrift tijdig ter post had bezorgd, dan wel dat en op welke grond een eventuele termijnoverschrijding niet aan hem was toe te rekenen. De niet-ontvankelijkheid kon volgens de Hoge Raad

37 Zie nader H. Pijl, 'Herziening in belastingzaken en human rights', *WFR* 2005/1328.

38 Wetsvoorstellen nrs. 32 044 en 32 045, over herziening ten voordele en ten nadele.

39 In de literatuur wordt wel aangegeven dat de Hoge Raad deze lijn inzette met het arrest van 22 juni 1988, *BNB* 19998/292, m.nt. Scheltens. Zie F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag 2007, p. 106. De jurisprudentie van de ABRvS en CRvB over termijnoverschrijding wegens de te late ontvangst van een besluit komt erop neer dat als voldoende vaststaat dat het besluit door het bestuursorgaan is verzonden, aangenomen wordt dat het de geadresseerde ook niet veel later heeft bereikt. Alleen als er problemen met de postbezorging bekend zijn of in geval de geadresseerde 'op niet ongeloofwaardige wijze' heeft ontkend, kan termijnoverschrijding verschoonbaar worden geacht. Zie voor deze lijn recent nog ABRvS 16 december 2009, LJN BK6734. De CRvB lijkt de bewijspositie van de geadresseerde iets te vergemakkelijken. Zie voor het criterium recent nog CRvB 2 december 2009, LJN BK5752, rov. 4.4

slechts dan worden uitgesproken indien de onjuistheid van deze stellingen was bewezen.

Deze jurisprudentie wordt ingegeven door de betekenis die de Hoge Raad toekent aan het de eerbiediging van het recht op toegang tot de rechter. Bij twijfel over de vraag of het besluit een belanghebbende heeft bereikt, dient die onzekerheid niet voor rekening van de belanghebbende te komen. Ook de werking van het in artikel 6, tweede lid, EVRM neergelegde onschuldvermoeden biedt een verklaring.⁴⁰ Anders dan de Centrale Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak, trekt de Hoge Raad de werking van het onschuldvermoeden door naar ontvankelijkheidsvragen die in criminal charge-zaken aan de orde zijn. Bij deze lijn kunnen vraagtekens worden gezet.

Zo noopt de jurisprudentie van het EHRM er niet toe de bewijslast bij bestraffende besluiten volledig bij het bestuursorgaan te leggen, maar biedt zij ruimte deze te verdelen overeenkomstig de jurisprudentie van de andere bestuursrechters.⁴¹ Er is ook geen noodzaak om het onschuldvermoeden naar de ontvankelijkheidsvragen met betrekking tot termijnoverschrijdingen door te trekken. Dergelijke vragen zien op een ander feitencomplex dat zich op een ander moment voordoet. Het sanctiebesluit (de criminal charge) speelt in dit verband geen rol, zo ook het onschuldvermoeden van artikel 6 EVRM niet. Van een daadwerkelijke *verdeling* van de bewijslast kan ook niet worden gesproken. In veel gevallen zou de bewijslast uitsluitend bij het bestuursorgaan rusten. Daarbij zijn legio situaties denkbaar waarin het bestuursorgaan niet in staat zal zijn om bewijs te leveren van stellingen die zich buiten diens invloedssfeer bevinden. Daarmee zou de bestuurlijke boetepraktijk op onaanvaardbare wijze onder druk kunnen komen te staan.⁴²

De Hoge Raad (belastingkamer) lijkt dus roomser te zijn dan de EVRM-paus. Mogelijk heeft hij zich in plaats van door het EVRM vooral door het strafrecht laten inspireren. In het strafrecht wordt in het algemeen gewerkt met striktere bekendmakingseisen dan in het bestuursrecht. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat het strafrecht op het onderhavige punt zeer gedifferentieerd is. Zo wijkt het strafrecht waar het gaat om strafbeschikkingen waarbij een lichte straf is opgelegd op dit punt niet wezenlijk af van hetgeen in het bestuursrecht gangbaar is.

Omdat deze bijdrage zich toespitst op enkele opvallende uitspraken uit het jaar 2009 en de evenredigheidstoets bij bestraffende sancties in een afzonderlijke bijdrage aan de orde komt, wordt wat betreft deze toetsing volstaan met een paar opmerkingen naar aanleiding van ABRvS 17 juni 2009, AB 2009, 350, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat bij de toetsing van de hoogte van de opgelegde boete niet uitsluitend in geval van het ontbreken van dan wel een verminderde mate van verwijtbaarheid of bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb van de in de Tarieflijst neergelegde boetenormbedragen dient te worden afgeweken. Artikel 6 EVRM brengt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak met zich dat de rechter

40 Zie Michiels en De Waard 2007, p. 106-107.

41 EHRM 6 december 1988, Series A, vol. 146 (Barberà, Messengué en Jabardo).

42 Maatregelen als aangetekende verzending van boetebesluiten zouden dat kunnen ondervangen, maar dan wel tegen veel extra kosten.

dient te toetsen of de bestuurlijke boete in overeenstemming is met de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en die waarin de overtreder verkeert. In dit verband kan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel volgens haar eventueel aanleiding geven de beleidsregels, die wanneer zij gaan over de hoogte van de op te leggen boete volgens haar als wets-interpreterende regels vol dienen te worden getoetst, in het concrete geval buiten toepassing te laten en een lagere boete op te leggen. De Afdelingsuitspraak van 17 juni 2009 maakt de moeizame relatie zichtbaar tussen de indringende toets waartoe artikel 6 EVRM noopt en de situatie dat er door het bestuursorgaan beleidsregels worden gehanteerd.

De uitspraak is opvallend omdat zij afwijkt van de in de jurisprudentie gebruikelijke wijze van toetsing bij beboeting.⁴³ Gewoonlijk worden de beleidsregels zelf over de hoogte van de boete marginaal getoetst, waarna de rechter, wanneer toepassing van de beleidsregels tot een onevenredige boete leidt, in het kader van de inherente afwijkingsbevoegdheid tot een maatwerkbeslissing komt.⁴⁴ Het komt erop neer dat de rechter als het ware terugredeneert door de evenredigheid van de beslissing in het concrete geval voorop te stellen en bij een onevenredig resultaat van de toepassing van de beleidsregel aanleiding te zien voor toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid. Dusdoende maakt de rechter zich niet druk over de evenredigheid van de beleidsregel zelf. Waar artikel 4:84 Awb wat betreft de afwijkingsbevoegdheid vergt ten eerste dat er bijzondere omstandigheden zijn en ten tweede dat de toepassing van de beleidsregel in de context van deze bijzondere omstandigheden tot een onevenredig resultaat voert, laat de rechter zich bij deze afwijkingsbevoegdheid primair – en, zo lijkt het, vaak ook uitsluitend – door het evenredigheidsbeginsel leiden. Anders gezegd, in de jurisprudentie plegen onevenredige gevolgen van de toepassing van de beleidsregel niet alleen een noodzakelijke, maar ook een voldoende rechtvaardiging voor het afwijken van de beleidsregel te vormen.⁴⁵

De marginale toetsing van beleidsregels over de hoogte van de boete, waarbij de rechter als het ware met een boogje om de beleidsregels heen loopt, lijkt in het licht van de in geval van bestraffende sancties vereiste indringende toets merkwaardig. Zij kan worden verklaard vanuit de gedachte dat de rechter liever geen algemene regel als een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel onderuit haalt (buiten toepassing laat, laat staan onverbindend verklaart),⁴⁶ dat het uiteindelijk is te doen om een evenredige beslissing in het individuele geval en dat de driefasentoetsing – eerst toetsing van de beleidsregel zelf, daarna van de toepassing van de

43 Een voorbeeld biedt ABRvS 16 januari 2008, AB 2008, 59, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (rov. 2.3.3: 'geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris [...] tot een onredelijke beleidsbepaling is gekomen'). Zie nader Michiels en De Waard 2007, p. 94-98.

44 De inherente afwijkingsbevoegdheid als ontsnappingsclausule waardoor beleidsregels meer dan algemeen verbindende voorschriften 'judge proof' zijn.

45 Conform de Raad van State in zijn Advies, pt. 7.6, over het wetsvoorstel ter zake van art. 4:84 Awb had voorgesteld (in het algemeen, dus niet alleen voor wat betreft bestuurlijke boetes); zie PG Awb III, p. 297.

46 Voorbij wordt gegaan aan de vraag of beleidsregels, die niet algemeen verbindend zijn, net als algemeen verbindende voorschriften onverbindend kunnen worden verklaard.

beleidsregel en ten slotte van het gebruik van de inherente afwijkingsbevoegdheid – in geval van bestraffende sancties onwerkbaar is. Met het met een boogje om de beleidsregels heenlopen en zich dus toeleggen op de omstandigheden van het geval sluit de bestuursrechter aan bij de voor de strafrechter kenmerkende aanpak. Ook het openbaar ministerie voert voor wat betreft de hoogte van de boete beleid, namelijk in de vorm van de zogeheten Polaris-richtlijnen, maar de strafrechter houdt alleen indirect, via de strafvordering van de officier van justitie, rekening met deze beleidsregels. Hij toetst de beleidsregels zelf niet, maar legt zelf – al dan niet met gebruikmaking van rechterlijke oriëntatiepunten – de straf op. Het probleem waarvoor de bestuursrechter zich ziet gesteld (hoe de beleidsregels zelf te toetsen?), doet zich in het strafrecht niet voor.⁴⁷

De Afdelingsuitspraak van 17 juni 2009 past goed bij het bestuursrechtelijke model van de zojuist gememoreerde drie fasen-toetsing, waarbij een volle toetsing van de beleidsregels zelf, nu het gaat om de hoogte van de boete, voor de hand lijkt te liggen.⁴⁸ Verdient deze uitspraak daarom brede navolging? Neen. In de benadering van de Afdeling is het noodzakelijk om heel precies te weten welke omstandigheden in de beleidsregels zelf zijn verdisconteerd en welke niet en dus als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb zijn te kwalificeren. Het buiten toepassing laten van een beleidsregel kan immers alleen plaatsvinden in verband met een onevenredige sanctie die aan verdisconteerde omstandigheden verbonden is. In geval van niet-verdisconteerde omstandigheden en onevenredigheid komt toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid in beeld. Maar is de rechter wel in staat om een scherp onderscheid tussen wel en niet verdisconteerde omstandigheden te maken? En hoe actief moet de rechter zijn om het beleid op dit punt helder te krijgen? Deze vragen rijzen overigens niet alleen bij bestraffende sancties, maar meer in het algemeen waar beleidsregels en de daaraan inherente afwijkingsbevoegdheid in geding zijn. Bij bestraffende sancties zijn deze vragen echter extra pregnant.

Vertrekpunt is dat beleidsregels een hulpmiddel zijn bij het nemen van – doorgaans – beschikkingen. Als een beschikkingsbevoegdheid veelvuldig moet worden toegepast, is het om allerlei redenen verstandig om tevoren na te denken over welke omstandigheden en belangen bij het gebruik van die bevoegdheid aan de orde kunnen zijn. Op die basis kan op voorhand een belangenafweging *in abstracto* worden verricht of bijvoorbeeld een wettelijke bepaling worden uitgelegd. Dan is het bestuur in een concrete situatie met de besluitvorming al een eind op weg, en in standaardgevallen al helemaal klaar. Doen zich bijzondere omstandigheden voor, dat wil zeggen omstandigheden die niet in die abstracte besluitvorming op voorhand zijn meegenomen, dan is aanvullende besluitvorming noodzakelijk. In zoverre is er geen verschil met de situatie waarin beleidsregels maar een deel van

47 Zie over het verschil in plaats en rol van beleidsregels tussen bestuursrecht en strafrecht ook H.E. Bröring, Rationele 'willekeur'. Enkele opmerkingen over discretionaire boetebevoegdheden, <http://irs.ub.rug.nl/ppn/296307858> (14 juni 2005).

48 Het vereiste van een volle toetsing valt uit een oogpunt van art. 6 EVRM en 'full jurisdiction' te nuanceren. Zie uitgebreid Michiels en De Waard 2007, p. 68-104.

beoordelingsruimte of -vrijheid en/of beleidsvrijheid bestrijken. Ook dan is additionele besluitvorming aangewezen.⁴⁹

De aanwezigheid van niet-verdisconteerde omstandigheden speelt relatief vaak bij bestraffende sancties. In die context kunnen beleidsregel en daarin verdisconteerde factoren als relevant voor de hoogte van de straf worden meegewogen. Omdat gezien de betrokken sanctiebevoegdheid, in het belang van een evenredige sanctie, met alle feiten en omstandigheden van het geval rekening dient te worden gehouden (met alle factoren betreffende de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en die waarin de overtreder verkeert), zal hier niet altijd met toepassing van de beleidsregel kunnen worden volstaan. Dan is afwijking van de beleidsregel c.q. aanvullende (maatwerk)besluitvorming geboden. Wanneer de beleidsregel vanuit deze gedachtegang is vastgesteld, lijkt er geen bezwaar tegen dat de rechter, in de met het bestuur gedeelde wetenschap dat deze regel hulpmiddel is en geen absolute waarheid vertegenwoordigt, de beleidsregel zelf marginaal toetst. Hierbij is niet alleen van betekenis dat lang niet altijd duidelijk is welke omstandigheden wel en welke niet in de beleidsregel zijn verdisconteerd; ook is relevant dat in de beleidsregel verdisconteerde en daarin niet-verdisconteerde omstandigheden vaak moeilijk los van elkaar kunnen worden gezien, en dat dus ook de *combinatie of cumulatie* van betrokken omstandigheden – al dan niet in de beleidsregel verdisconteerd – op de evenredigheid van de straf van invloed is.⁵⁰

Voor het buiten toepassing laten van een beleidsregel zoals de Afdeling bestuursrechtspraak heeft gedaan, is enkel plaats wanneer in de betrokken beleidsregel die omstandigheden zijn verdisconteerd welke in het concrete geval precies (en uitsluitend) aan de orde zijn, terwijl toepassing van de beleidsregel tot een onevenredig resultaat leidt.⁵¹ De Afdelingsuitspraak blinkt op dit punt niet uit in duidelijkheid. Parten speelt dat bij de stellingname van de minister door elkaar loopt of bepaalde

49 De in het kader van art. 4:84 Awb gangbare term inherente afwijkingsbevoegdheid is eigenlijk misplaatst. Vertrekpunt is dat het bestuur met het oog op bepaalde, in beleidsregels verdisconteerde omstandigheden belooft zus en zo te handelen, dat zich echter andere, niet-verdisconteerde omstandigheden aandienen en dat het bestuur vervolgens dient af te wijken van zijn belofte. Echter, die belofte had juist helemaal niet – per definitie niet – op die bijzondere omstandigheden betrekking. Vandaar dat ook in geval van bijzondere omstandigheden gezegd zou kunnen worden dat de beleidsregel niet van toepassing is omdat zij met het oog op andere gevallen is vastgesteld, of wel van toepassing is, maar dan alleen in combinatie met andere, niet-verdisconteerde omstandigheden. Om een louter semantische discussie te vermijden, wordt ook hier de gangbare term inherente afwijkingsbevoegdheid maar aangehouden. Vergelijk verder de Richtlijn voor strafvordering bestuurlijke strafbeschikking overlastfeiten van 19 december 2009 (2009R010; *Stcrt.* 2 december 2009, nr. 18415, iwtr. 1 januari 2010). In de samenvatting wordt het doel en de reikwijdte van deze beleidsregel weergegeven: de beleidsregel ziet op doorsneegevallen die gelijk moeten worden behandeld. Buiten deze gevallen wordt ernaar gestreefd om via de officier van justitie een boete op maat vast te stellen. Dit wordt niet zozeer als een afwijking van de beleidsregel beschouwd, maar als het op maat geven van een boete waar de beleidsregel een vacuüm laat.

50 Zie Michiels en De Waard 2007, p. 94-98, en Michiels 2009, p. 287, die een niet-volle toetsing van de beleidsregels zelf verstandig vinden, onder meer omdat anders de rechter genoodzaakt zou kunnen zijn zelf beleidsregels vast te stellen.

51 Evenzo is een beleidsregel onrechtmatig in zoverre daarin is voorgeschreven dat bij het vaststellen van de zwaarte van de straf slechts met een beperkt aantal factoren, dus met uitsluiting van andere factoren, rekening mag worden gehouden.

omstandigheden van belang zijn bij de vraag of sprake is van werkgeverschap dan wel voor de hoogte van de boete.⁵² Het buiten toepassing laten van beleidsregels zal praktisch gesproken alleen aanbeveling verdienen in situaties waarin op voorhand, los van de omstandigheden van het geval, duidelijk is dat toepassing van de beleidsregel een inbreuk op het evenredigheidsbeginsel betekent.

De bestuursrechter is er steeds meer op gericht om geschillen finaal te beslechten. Illustratief is de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak die de rechter voorschrijft om bij vernietiging van een besluit de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting te onderzoeken, ook indien meer dan één beslissing mogelijk is.⁵³ Het met ingang van 1 juli 2009 ingevoerde artikel 8:72a Awb, dat de rechter verplicht om bij vernietiging van een boetebesluit zelf een beslissing over de op te leggen boete te nemen, sluit op zich goed op deze ontwikkeling naar finale geschillenbeslechting aan. De wetgever heeft de invoering van dit artikel gemotiveerd met een verwijzing naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat uit artikel 6 EVRM voortvloeit. De burger heeft er volgens de wetgever, in het bijzonder in het geval van bestraffende sancties, recht op dat de zaak binnen redelijke termijn definitief wordt beslist. Dit impliceert volgens de wetgever dat de rechter een lagere boete kan opleggen of deze zelfs op nul kan stellen.⁵⁴

Het is echter nog de vraag of artikel 6 EVRM ertoe noopt de rechter te verplichten om een geschil in boetezaken definitief te beslechten. Voor een dergelijke verplichting lijkt alleen aanleiding te bestaan in situaties waarin de redelijke termijn is overschreden of dreigt te worden overschreden. In gevallen waarin die vertraging zich niet voordoet, verschaft de jurisprudentie van het EHRM geen handvat voor de door de wetgever aan artikel 6 EVRM gegeven uitleg. Wat wel een dragend argument voor deze verplichting kan zijn, is het streven naar rechtseenheid. Met het oog op de eenheid tussen het strafproces- en het bestuursprocesrecht trekt aandacht dat, in bestuursrechtelijke terminologie, ook de strafrechter altijd zelf in de zaak voorziet. Een verschil is echter dat de strafrechter, voor wie de materiële waarheid belangrijker pleegt te zijn dan voor zijn bestuursrechtelijke collega, bij de feitenvaststelling een actievere rol vervult waarbij het door de rechter verrichte onderzoek voor betrokkene ook ongunstig kan uitpakken. Rechterlijke feitenver-

52 Zie nader ABRvS 16 september 2009, AB 2009, 362, m.nt. O.J.M.L. Jansen. Dat de aard, intensiteit en duur van de werkzaamheden aandacht hebben gekregen bij de uitleg van het begrip werkgever (ruime opvatting van dit begrip, van belang voor de vraag of sprake is van een overtreding), wil nog niet zeggen dat deze factoren niet van invloed zijn op de hoogte van de boete van invloed (evenredige verhouding tot de ernst van de overtreding). Voor zover dit laatste met de beleidsregels is uitgesloten, moeten deze regels buiten toepassing worden gelaten.

53 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 juli 2009, LJN BJ2636, ABRvS 18 november 2009, LJN BK3612, ABRvS 30 december 2009, LJN BK9774. Een uitspraak die minder goed is te plaatsen, is ABRvS 29 juli 2009, LJN BJ4135.

54 Memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152.

garing 'a charge' lijkt niet goed te passen bij het bestuursprocesrecht,⁵⁵ aangezien het daar gaat om de toetsing van bestuursbesluiten.⁵⁶

Een bijzonder aandachtspunt is nog in hoeverre de rechter bij gebruikmaking van artikel 8:72a Awb rekening moet houden met beleidsregels. Mag hij zich tegenover deze regels net zo vrij opstellen als de rechter in het strafrecht? Mag hij vergeleken met die beleidsregels ook ten nadele van betrokkene zelf in de zaak voorzien?⁵⁷ Deze vragen zijn relevant omdat artikel 8:72a Awb niet uitsluitend in beeld komt wanneer de betrokken beleidsregels buiten toepassing dienen te blijven. Denk bijvoorbeeld aan vernietiging van een boetebesluit op grond van eisen van zorgvuldigheid en motivering (en in verband met bewijsaspecten).

In aansluiting hierop nog een opmerking over de Wet bestuurlijke lus.⁵⁸ Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is aandacht besteed aan de vraag of de bestuurlijke lus kan worden toegepast in een beroep tegen de bestuurlijke boete. Men was het er over eens dat in het geval de verplichting van artikel 8:72a Awb van toepassing is er voor de rechter in beginsel geen ruimte is om de bestuurlijke lus toe te passen. De initiatiefnemers voorzagen vooral problemen in de situatie dat de bestuursrechter tot het oordeel zou komen dat het bewijs voor de overtreding ontoereikend was. Het verdedigingsbeginsel, zoals dit onder meer is neergelegd in artikel 6 EVRM, zou zich er tegen verzetten dat het bestuur via de bestuurlijke lus alsnog aanvullend bewijs zou kunnen leveren.⁵⁹

Ook voor wat betreft deze gedachtegang rijst de vraag of men niet roomser is dan de EVRM-paus. Er lijkt in beginsel niets aan in de weg te staan om het instrument van de bestuurlijke lus bij bestraffende besluiten toe te passen, mits het verdedigingsbeginsel en de redelijke termijn maar zijn gewaarborgd. Dat het aanhouden

55 In het licht van de cautiebepaling van art. 8:28a Awb is een andere opvatting mogelijk. Bovendien is de praktijk gelet op art. 20 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften genuanceerd. Maar deze wet is een buitenbeentje.

56 Het is deze toetsing die een van de redenen vormt voor de uitsluiting van *reformatio in peius* in het bestuursrecht, terwijl een dergelijke *reformatio* wel is geoorloofd in het strafrecht.

57 Het verbod van *reformatio in peius* impliceert geen verbod van afwijking van beleidsregels ten nadele van betrokkene. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat betrokkene een boete heeft gekregen ad € 500, de beleidsregels leiden tot een boete ad € 300, terwijl gezien de bijzondere omstandigheden van het geval een boete ad € 400 evenredig geacht kan worden. Dat het bestuursorgaan niet ten nadele mag afwijken, is op grond van het vertrouwensbeginsel verdedigbaar (idem in het strafrecht, waar afwijking ten nadele – door de officier van justitie van het OM-beleid – alleen wordt geaccepteerd wanneer de beleidsregels zelf de mogelijkheid van afwijking ten nadele bevatten. In elk geval is gezien ook art. 1:2, tweede lid, Awb het in ABRvS 10 juli 2002, JB 2002/269, vervatte standpunt onjuist dat een bestuursorgaan niet tot de 'belanghebbenden' als bedoeld in art. 4:84 Awb behoort. In deze zaak had de Afdeling bestuursrechtspraak niet aan de inherente afwijkingsbevoegdheid moeten toekomen, maar het bestuursorgaan gewoon aan zijn beleidsregels moeten houden.

58 Initiatiefwet van de leden Vermeij, Koopmans en Neppéus tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet bestuurlijke lus Awb). Kern van de regeling is dat de rechter de mogelijkheid krijgt om hangende een beroepsprocedure het bestuursorgaan de gelegenheid te geven om gebreken in een besluit te herstellen. De rechter giet deze 'lus' in de vorm van een (formele) tussenuitspraak. De rechter is bij de einduitspraak aan die tussenuitspraak gebonden.

59 Memorie van antwoord, Kamerstukken I, 2008/09, 31 352, C. p. 6, Handelingen 2009/10, 31 352, nr. 7, p. 160-171.

van de zaak en het bestuur in de gelegenheid stellen nader onderzoek te verrichten bij een boetebesluit goed kan uitpakken, wordt geïllustreerd door CBB 22 januari 2009, AB 2009, 186. In deze zaak werd het onderzoek heropend en werd het bestuursorgaan, juist met het oog op finale geschilbeslechting binnen een redelijke termijn, in de gelegenheid gesteld nader onderzoek te verrichten. Deze oplossing spreekt meer aan dan het rondmaken van het bewijs door de bestuursrechter dan wel het vrijuit laten gaan van een overtreder die via een bestuurlijke lus – uiteraard binnen de begrenzing van eisen van finale geschilbeslechting en redelijke termijn en anderszins van een goede procesorde – de correcte sanctie had kunnen worden opgelegd. Terwijl het nut van de bestuurlijke lus hier en daar in twijfel wordt getrokken, lijkt deze figuur bij de bestuurlijke boete juist een goede dienst te kunnen bewijzen.

6 Slotopmerkingen

Deze bijdrage gaat over de waarborgen bij bestraffende sancties in het algemeen. Gezien de vele literatuur over dit onderwerp is een beperking aangebracht tot recente ontwikkelingen. De ruimte ontbrak om al die ontwikkelingen te bespreken. Reeds het in de inleidende paragraaf gegeven – niet uitputtende⁶⁰ – overzicht van onderwerpen die het afgelopen jaar gespeeld hebben maar in deze bijdrage verder buiten beschouwing moesten blijven, maakt duidelijk dat het met het de bestraffende bestuurlijke sancties niet zo z'n gangetje gaat. Dit vormt echter nog een onvoldoende draagkrachtige motivering voor de ondertitel van deze bijdrage: onvoldoend bestuursrecht. Het recht is immers als resultaat van een evolutionair proces altijd onvoldoend.⁶¹ De gekozen ondertitel beoogt te benadrukken dat bepaalde waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties de komende vijf jaar, dus in de periode naar het volgende Awb-lustrum, meer dan het gebruikelijke onderhoud vergen. Voor sommige deelonderwerpen, zoals het bewijsrecht, is dat in de literatuur al voldoende benadrukt.

Deze bijdrage beoogt meer aandacht te vragen voor de uitbreiding van de aansprakelijkheid door de invoering van het medeplegerschap. De Awb-wetgever gaat ervan uit dat de aansprakelijkheid niet wordt uitgebreid. Op langere termijn, wanneer meer duidelijkheid over en ervaring met de aansprakelijkheidsfactoren bij medeplegers is verkregen, kan het echter anders uitpakken. Dan rijzen nieuwe vragen, waaronder de (opportunitets)vraag wie in geval van meerdere overtredders bestraft dient te worden en de vraag hoe de rechter op dit punt dient te toetsen. Een minstens zo belangrijke bevinding betreft het legaliteitsbeginsel. Geconcludeerd moet worden dat dit beginsel bij bepaalde bestraffende bestuurlijke sancties – denk vooral aan de bestraffende intrekking van een begunstigende beschikking – schromelijk tekort wordt gedaan. Daarmee schiet ook de fraaie slagzin 'Het

60 Zie bijvoorbeeld nog CBB 19 januari 2009, LJN BH0436, waarin is uitgemaakt dat in het kader van bestraffende sancties geen onbeperkte aanspraak op vertaling van stukken bestaat. Of de kwestie van de normering van de controlekeuzes in het traject voorafgaande aan de beboeting zelf, en die het onderscheid tussen de discretionaire (hoofdregel) en gebonden (uitzondering; sociale zekerheid, inburgering nieuwkomers) boetebevoegdheden sterk relativeren.

61 In het Darwin-jaar (2009) mag deze evidentie vast uitgesproken worden.

oogmerk als ijkpunt' tekort.⁶² De boodschap luidt: niet bij het oogmerk van het bestuur alleen; ook het (kenbare!) oogmerk van de wetgever is van essentieel belang. Het veronachtzamen van het legaliteitsbeginsel is des te opvallender omdat het scheppen of verruimen van een bevoegdheid tot bestraffing door middel van richtlijnenconforme interpretatie, gelet op dit beginsel en daarmee samenhangende waarborgen zoals het rechtszekerheidsbeginsel, niet wordt geaccepteerd. Ook bij de vraag of een waarschuwing als besluit is aan te merken, wordt juist nauw aan het legaliteitsbeginsel vastgehouden.

Een andere essentiële bevinding betreft beleidsregels over de hoogte van de bestuurlijke boete en de toetsing van de rechter terzake. Ofschoon het nog nadere doordenking behoeft, is goed verdedigbaar dat dergelijke beleidsregels marginaal mogen worden getoetst, tenzij het gaat om beleidsregels waarin alle omstandigheden van het voorliggende geval zijn verdisconteerd en daarom met de toepassing van die beleidsregels is volstaan. Dit punt, waarmee artikel 4:84 Awb op de korrel wordt genomen, geldt overigens ook buiten het bestraffende bestuursrecht. Denk in het algemeen aan wetsinterpreterende en feiten kwalificerende beleidsregels en beleidsregels over de feitenvaststelling. Het is voor het bestraffende deel evenwel van extra betekenis.

Voorts verdienen *ne bis in idem*-vragen nader aandacht. Dit in het licht van ontwikkelingen in het kader van het EVRM, waarbij op het punt van de begrippen 'dezelfde overtreding', 'dezelfde gedraging' en 'hetzelfde feit' sprake lijkt te zijn van een verlegging van het accent naar de feitelijke component. Ook de door het EVRM geïnspireerde verruiming in het strafrecht van de herzieningsmogelijkheid stemt voor de bestraffende bestuurlijke sancties, mede met het oog op artikel 4:6 Awb c.a., tot nadenken.

Een andere bevinding is dat het Nederlandse bestraffende bestuursrecht op het punt van de waarborgen soms roomser is dan de EVRM-paus. Hierbij valt te denken aan de jurisprudentie van de Hoge Raad (belastingkamer) met betrekking tot artikel 6:11 Awb, en aan de opvatting van de wetgever met betrekking tot het nieuwe artikel 8:72a Awb. Wat betreft dit laatste lijkt de bestuurlijke lus juist, anders dan in het kader van de wetsgeschiedenis is betoogd, goed bij bestraffende sancties te passen.

Tot slot: Met de vierde tranche van de Awb wordt wat betreft de bestuurlijke boete recht gedaan aan twee hoofddoelstellingen van deze wet: de bevordering van eenheid en systematisering en van vereenvoudiging. Aan het eind van het laatste jaar (2009) van de jaren nul – vijftien jaar na de inwerkingtreding van de eerste twee tranches en een half jaar na die van de vierde tranche van de Awb – kan op het punt van de waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties echter met recht worden geconcludeerd dat sprake is van onvoltooid bestuursrecht.

62 Naar B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering*, <http://www.raadvanstate.nl/publicaties/publicaties> (28 april 2003).