

Basic instinct

De vierde tranche en de waarborgen in de rechtspraak van de bestuursrechter

J.J. Bade & L.H. Waller*

Een rechtszaal ergens in Nederland.

De zaak El H. wordt uitgeroepen. Een justitiabele met een Noordafrikaans uiterlijk komt aarzelend binnen.

Bestuursrechter (Br): U bent meneer El H.?

El H.: jawel

Br: Gaat u zitten, ik wijs u erop dat u niet hoeft te antwoorden op vragen. Het mag wel.

El H: Hoe bedoelt u? (*kijkt verbaasd*)

Br: Nou u bent niet gehouden bewijs voor de eigen overtreding aan te dragen. (*korste stilte*) Wilt u wat zeggen?

El H: eh (*op z'n hoede*)

Br: Of zal ik de mevrouw van het bestuursorgaan eerst maar eens het woord geven over het boetebesluit?

El H: is goed.

Verweerder: Ik denk dat de zaak vanzelf spreekt, wij blijven bij ons standpunt.

Br: Is duidelijk. Meneer El H., wilt u nog wat zeggen? Ik wijs u er nogmaals op, dat het niet hoeft.

El H: is goed. Wij willen graag rechtvaardige beslissing.

Br: Goed. Ik hoor het u zeggen. Dan zal ik nu meteen maar de zaak finaal beslechten, dan weet u waar u aan toe bent. Ik doe mondelinge uitspraak en die komt erop neer dat ik de opgelegde boete evenredig vind. Uw beroep wordt dus ongegrond verklaard. Hebt u het begrepen?

El H.: Mijn beroep?

Br: Ja, dat wordt ongegrond verklaard. Dat is mijn uitspraak. Daar moet u het mee doen.

* Mr. J.J. Bade is rechter in de Rechtbank Amsterdam. Mr. L.H. Waller is rechter in de Rechtbank Amsterdam.

El H: Is niet mijn beroep.

Br (enigszins in verwarring): hoe bedoelt u?

El H: Is beroep van mijn broer. Is niet hier. Is in Marokko. Hij heeft gevraagd om rechtvaardige beslissing van U.

(...)

Bij de uitnodiging om iets te schrijven over *De vierde tranche, sancties en geldschulden, waarborgen in de rechtspraktijk* is de verleiding (zeker voor een rechter) groot om direct maar heel praktisch te worden.

Bij nadere bestudering van het onderwerp, gezien de hele dynamische ontwikkeling in het bestuursrecht¹, groeit echter al gauw het gevoel van verlies aan overzicht. Behoeftte om wat analytische hoogte te winnen ontstaat dan bijna vanzelf. Dan ontstijgt dit verhaal ook enigszins de kaders van het aangereikte onderwerp.

Deze bijdrage is opgenomen in een bundel ter gelegenheid van 15 (+1) jaar Awb waarvan ondergetekenden ambtshalve² getuigen mochten zijn. Ook dat maakt wat beschouwend.

Het verhaal begint – na het vermelden van de ‘nieuwe loten’ – met een schets van de maatschappelijke omstandigheden waaronder de rechter werkt (met een aanzet tot een analyse daarvan). Dan volgt een korte schildering van de ontwikkelingen in de juridische context van het bestuursrechterlijk werk.

In het tweede deel van deze bijdrage wordt nader ingezoomd op de toetsing door bestuurs- en strafrechter, de integrale toetsing van punitieve sancties en de waarborgen die de bestuursrechter (ook daarbuiten) dient te bieden.

I Achtergronden

1.1 De nieuwe loten-rij

De jongste aanbouw (per 1 juli 2009) aan de Awb omvat kort gezegd een regeling van bestuurlijke geldschulden (titel 4.4), uitbouw van de bestuurlijke handhaving (hoofdstuk 5) en toevoeging van bepalingen omtrent attributie (afdeling 10.1.3). Dit laatste onderwerp laten we geheel rusten.

1.1.1 Geldschulden

De regeling van de bestuurlijke geldschulden geniet aanmerkelijk minder aandacht binnen de sectoren bestuursrecht bij de rechtbanken dan de handhabingsbepalingen en dat terwijl de nieuwe regeling deels codificerend is maar ook belangrijke vernieuwingen brengt. Een verklaring zou daarvoor kunnen zijn dat de bestuursrechter in de dagelijkse praktijk maar mondjesmaat geconfronteerd wordt met

1 In de aanbiedingsbrief bij het prachtige boek ‘Oude meesters’ beschrijft de voorzitter van de VAR de roerige tijden van het bestuursrecht. Misschien is het wel een rustgevende gedachte dat het recht door de juristenstand vaak wordt beschreven als ‘geen rustig bezit’.

2 Als bestuursrechter te Amsterdam, Breda en Utrecht (LW) respectievelijk afwisselend als bestuurs- en strafrechter te Amsterdam (JB).

bijvoorbeeld verjaringsperikelen. De daadwerkelijke betaling van de schuld door de burger onttrok zich zelfs helemaal aan het blikveld van de bestuursrechter. Bij problemen over de (wijze van) inning van de geldvordering moest de burger zich wenden tot de burgerlijke rechter. Dat is zo gebeven.³

1.1.2 Herstelsancties

Hier is het rechterlijk handwerk aan de orde en kan de bestuursrechter zich als het ware uitleven. Drie nieuwe soorten beschikkingen in het kader van herstelsancties zijn geïntroduceerd (de kosten- en toepassingsbeschikking bestuursdwang en de invorderingsbeschikking dwangsom), waarbij de geschillen over de tenuitvoerlegging nu bij de bestuursrechter terechtkomen en niet langer bij de burgerlijke rechter als verzetsrechter, terwijl ook de positie van de derde belanghebbende wordt versterkt.⁴

1.1.3 Bestuurlijke boete

Ons verhaal is vooral beperkt tot het onderwerp dat de toetsenborden het meest heeft beroerd: de bestuurlijke bestraffende sanctie, die volgens artikel 5:2, eerste lid, aanhef en onder c Awb: 'beoogt de overtreder leed toe te voegen' in de praktijk: de (bestuurlijke) boete.

We onthouden ons dan van beschouwing van een reeks interessante nieuwe loten die later (al dan niet aan de Awb-boom, maar nooit ver daarvan) ontspruiten of zullen ontspruiten: de Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen (art 4:17), de Dienstenwet, de positieve fictieve beschikking, de Wet bestuurlijke lus (art 8:51a e.v.) en de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter (afdeling 2.3 zal ook gelden voor het verkeer met de rechtbank)

Wel is sprake van een opvallend hoge vlucht van bestuursprocessuele regelgeving. Enige turbulentie voor bestuur en bestuursrechter is voorspelbaar. Maar er zijn meer hoge druk-gebieden

1.2 De rechterlijke praktijk, een sitrap⁵

1.2.1 Druk van buiten

Kijkend naar de Nederlandse rechtspraak, dan is wel gemeengoed dat ons rechtsbestel in de zestien jaar Awb ingewikkelder is geworden en de regelgeving – in ieder geval in deze ingewikkeldheid – is meegegroeid. Het is vervolgens een opvallende tendens dat de overheid in de laatste jaren tot het uiterste wordt geroepen de veiligheid te garanderen en daarmee te reguleren. Zij reageert op roepen uit de samenleving om openbare orde(ning), om het verminderen van risico's. De overheid reageert met regels en met scherpere eisen van bedrijfsleven tot

3 Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr 3, p 25. Zie artikel 8:4, onder m, Awb waarin aanmaning en dwangbevel worden uitgesloten van beroep op grond van deze wet.

4 F.C.M.A. Michiels, 'Bestraffende bestuurlijke handhaving onder de Awb-IV', *Trema*, 2009, p. 282 e.v.

5 Managersjargon voor 'situatie rapport'.

dierenwelzijn, van horeca tot kinderdagverblijven, van voor de deur tot achter de voordeur. Maatschappelijke ophef noopt tot een reactie van politici, Kamerleden en burgemeesters. Kamerleden nemen 'met verbijstering' kennis van rechterlijke uitspraken, benoemen 'dwalingen' en vragen om vergroting van de mogelijkheden van het ontslag van rechters. De rechter wordt vaak neergezet of ervaren als losgezongen van de maatschappij, bewoner van zijn ivoren toren die – mogelijk moedwillig – de plank van tijd tot tijd mislaat en daarbij te licht straft.

De rol van de media en de communicatieve rol van de rechter zijn binnen de gerechten in deze jaren veel besproken. De statige danspassen van weleer die de Zittende Magistratuur in een zekere zelfgenoegzaamheid naar buiten toe kon uitvoeren ('Men leze de uitspraak/'de rechter spreekt door zijn uitspraken') voldoen niet meer in het hiphop-tempo van Nu.nl en webbytes. De rechters moeten pro-actief met media-aandacht omgaan, in een steeds sneller ritme van persberichten en samenvattingen van uitspraken,⁶ in een samenspel met de (daarvoor gedegen getrainde) persrechter. In het strafrecht opent de overheid bij monde van het Openbaar Ministerie dikwijls de dans met een media-offensief waar de rechter soms hijgend achteraan loopt.⁷ De bestuursrechter kent ook de plotseling opkomende aandacht van de pers. In een paar uur tijd kan een zich juridisch als niet gecompliceerd aandienende zaak opbollen van een eenvoudige voorlopige voorziening tot een hype waar iedereen een mening over heeft.⁸ Parallel daarmee wordt gevraagd om duidelijke uitspraken, heldere en hapklare oordelen, goed gemotiveerd in als het kan begrijpelijk Nederlands.⁹

1.2.2 ... en van binnen

De roep om effectievere rechtspleging kan in justitieel verband worden vertaald in de verkorting van doorlooptijd van zaken, maar brengt in de praktijk enige relativisering van de professionele ruimte en vrijheid.¹⁰ Dit spanningsveld heeft niet zozeer de aandacht van de buitenwacht, maar wordt binnen de beroepsgroep wel met enige zorg aangezien en ook wel als belastend ervaren. Er moet voor gewaakt worden dat de aandacht voor de waarborg van de onafhankelijke rechter niet verwordt

6 En soms zelfs samenvattingen van samenvattingen, zoals in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de strafzaken Millecam, 12 juni 2009, BI7445.

7 Op de ochtend van de eerste zo genoemde 'themazitting geweld tegen ambtenaren' belegde het OM te Amsterdam om 8.30 uur een persconferentie met de aankondiging dat dubbele strafreizen zouden worden gesteld. De politierechterzitting begon om 9.00 uur.

8 Zo meldden zich in (wat leek te zijn) een eenvoudige kapzaak van een kastanjeboom na een persconferentie van een belanghebbende stichting op vrijdag, de volgende maandag 10 cameraploegen bij de Rechtbank Amsterdam.

9 Binnen de bestuursrechtsectoren van de rechtbanken wordt sinds enige jaren gewerkt aan projecten die de begrijpelijkheid van uitspraken ten goede moeten komen, en waarbij de bestrijding van hardnekkig archaisch taalgebruik ('onderhavig', 'derhalve', 'mitsdien') en volzinnen met tangconstructies *mitsgaders* ter hand wordt genomen. Men spreekt ook wel van 'Jip en Janneke-taal'. Dat we ons daarvan niet teveel moeten voorstellen betoogt collega G. Vrieze in *Trema*, 2009, p. 289 e.v., die in plaats van taalkundige versimpeling meer rechterlijk 'oogcontact' met de maatschappij, en uitleg over de rechterlijke bijdrage daaraan bepleit.

10 De rechter (bestuur en straf) kent sinds vele jaren het managers mantra waarbij eens in de paar jaar wordt getracht het aantal aanhoudingen ter zitting te reduceren en daarmee de productie te verhogen. De doorlopende vooronderstelling is daarbij dat dit aantal 'onnodig hoog' is.

tot 'waar voor het (publieks)geld' dat vooralsnog met name in kwantitatieve (want begrootbare) resultaten wordt gemeten. Uit de literatuur blijkt dat de motivatie van professionals (en daarmee de kwaliteit van hun werk) moet worden gewaarborgd, als outputsturing en financiering de boventoon voeren; voor rechters is dit niet anders.¹¹

1.3 Gulzig bestuur

De voorgaande korte beschrijving geeft het beeld van wat je zou kunnen omschrijven als een toenemende 'koortsachtigheid' in de maatschappij als het gaat om de publieke ervaring van de rechtspraktijk. Deze groeiende koortsachtigheid (zuiver metaforisch) zou in verbinding gebracht kunnen worden met de diagnose die Willem Trommel in zijn recente oratie heeft gesteld voor de maatschappij als geheel.¹² Terwijl het geloof in de maatschappelijke maakbaarheid achterhaald is verklaard, bemoeit het bestuur zich volgens Trommel steeds indringender met de leefwereld van burgers: achter de voordeur, in de wijken, op de arbeidsmarkt, in de vrije tijd. Daarbij worden maatschappelijke organisaties, marktpartijen en burgers zelf medeverantwoordelijk gemaakt voor de uitvoering van alsmaar meer bestuurstaken, waarbij het bestuur erop gericht is burgers en organisaties tot grotere trouw en toewijding aan de publieke zaak te bewegen. Maar intussen: het verzorgingsstaat-ideaal vervliegt, het overheidsgezag erodeert, en het zelfordenende vermogen van de samenleving lekt weg. Gulzig bestuur duidt dan op een angstige poging dit tijt keren en maatschappelijke orde te realiseren waar dit juist steeds problematischer wordt.

Tegenover de ambities van het bestuur klinken waarschuwingen voor de ongebreidelde uitbreiding van diverse orde-, handavings- en veiligheidsbevoegdheden.¹³ De spectaculaire groei van het aantal toezichthouders, inspecteurs en handhavers, waarvan de maatschappelijke effectiviteit overigens onvoldoende onderzocht en wellicht kwestieus is, zou ook hieronder gebracht kunnen worden.¹⁴ Misschien is het ook wel een verdere illustratie van de door Trommel beschreven pathologie dat de overheid door haar veelheid van ambities niet meer toekomt aan een doeltreffende uitvoering van een aantal van haar klassieke regulerende en controlerende taken. Zo wordt wel voorgesteld de strafrechtelijke vervolging van ambtenaren in functie te vergemakkelijken, maar hoe te oordelen over het (soms systematisch) gedogen van inbreuken op veiligheids- en milieuregeling?¹⁵

11 A.M. Weimar, *Trema* 2008, nr. 9, p 384 e.v. naar aanleiding van vragenlijsten en interviews onder de rechterlijke beroepsgroep.

12 Prof. dr. W. Trommel, Gulzig bestuur, aanvaardingsrede als hoogleraar Beleids- en bestuurswetenschappen aan de VU, 17 september 2009. >dare.ubv.vu.nl/bitstream/1871/15359/1/Oratie_Trommel.pdf.

13 C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?', *NJB* 2006, p. 2522.

14 In 2006 in Amsterdam geschat op 1600 fte. F. de Leeuw en F. Willemsen, 'Toezicht en inspectie', *NJB* 2006, p. 2108 e.v.

15 W. Jong spreekt hier van 'Algemeen toezichtsfalen' waarvoor immuniteit zou moeten gelden in: 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid in tijden van incidentenpolitiek', *NJB*, 2007, p. 2075 e.v.

Uit de analyse kun je opmaken dat het gezag van de overheid in een staat van kwetsbaarheid verkeert. Dit raakt ook de rechter, immers 'zonder rechter geen recht, zonder gezag geen rechter'.¹⁶

1.4 De juridische context van de bestuursrechter

Tijd om naar de Awb te kijken.

1.4.1 Vruchten van 16 jaar Awb

De rechtstatelijke notie van de bestuursrechter was van oudsher vooral gelegen in het bewaken van het objectieve recht; noties als het verschil tussen een grievensstelsel (al dan niet in een trechtermodel) en ambtshalve toetsing speelden nauwelijks een rol.¹⁷ De Awb heeft ons veel geleerd. Er is naar onze overtuiging bij de bestuursrechters over de hele linie een vergroting van de formele bestuursrechtelijke bagage opgetreden in 16 jaar tijd. De kennis van besluiten, processuele regels, civiele uitstapjes over schadevergoeding en wettelijke rente is toegenomen. Handboeken- en jurisprudentiële kennis is gerangschikt in de – in eerste aanzet in ieder geval – tamelijk logische opbouw van de wet, die daarmee ook de bedding werd van stromen van discussies over allerhande onderwerpen van procesrecht. Bij een aantal onderwerpen in de rechterlijke 'gereedschapkast' van hoofdstuk 8 gaat het daarbij ook om specialistische kennis en know-how, die zelfs onder de kenners van het bestuursrecht die niet bekend zijn met de wondere wereld binnen de sectoren bestuursrecht van rechtbanken en hoger beroepscolleges, geen gemeengoed is.¹⁸ Daarbij kan van de toetsing door in ieder geval de Afdeling bestuursrechtspraak worden gezegd, dat de nadruk in de eerste jaren lag op het ontwikkelen van de hoger beroepstaak.¹⁹ Het beeld zou kunnen worden geschilderd van een voor 1994 trots rondstruinende maar vrijgezelle Hen. Met de komst van de sectoren bestuursrecht bij 19 rechtbanken was meer sprake van een strenge Moederkloek die haar in alle richtingen uiteenschietende kuikens maar met moeite bij de les kon houden. Wie in de eerste jaren de rechtspraak over de hele breedte in kaart bracht moest het opvallen dat op vele rechtsgebieden (formeel en materieel) soms in stevige bewoordingen de punten op de 'i' werden gezet. Het is onze indruk dat die ontwikkeling met enkele uitzonderingen (zoals de soms opspelende spanning tussen eerste lijn en Afdeling binnen het vreemdelingenrecht) grotendeels tot

16 Paul Scholten, *Verzamelde geschriften*, Zwolle 1949, deel 2, Rechtsbeginselen, p. 410; en heel mooi over het gezag van de rechter, deel 1, Kenmerken van het recht, p. 60: 'Gelijk het beginsel der gelijkheid der gemeenschapsgenoten voor het recht ligt in zijn karakter als regel, ligt het gezag in het karakter van het recht als beslissing.'

17 Wij spreken dan over onze begintijd als stafjuristen bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State eind jaren tachtig.

18 Hierbij wordt verwezen naar bijvoorbeeld de terreinen van de vereenvoudigde afdoening op grond van artikel 8:54 Awb ('de poortwachters van de ontvankelijkheid') en het schriftelijke maar vooral telefonische 'voorspel' voorafgaand aan de zitting bij de afdelingen voorlopige voorzieningen ex artikel 8:81.

19 In zoverre was de Afdeling bestuursrecht, en in mindere mate het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (voor enige specialistische zaken) een 'nieuwe loot aan de stam', waar de Centrale Raad van Beroep in het pre-Awb-tijdperk al heel lang 'waakte' over de Raden van Beroep en de Ambtenarengerechten.

bedaren is gekomen, zodat de Moederkloek ook meer rust vindt om (bijvoorbeeld) haar Awb-broedgedrag af te stemmen op dat van haar 'broedbroeders' in Utrecht en Den Haag.²⁰

In al die jaren heeft ook een duidelijke ontwikkeling plaatsgevonden van formele vernietigingen naar een meer materieel gekleurde, 'finalere' geschilbeslechting.²¹ De dooie mussen op de eeuwige jachtvelden van de formele vernietiging uit de 'arob-tijd'²² raakten onder de Awb langzaam uit de gratie. Aandacht ontstond voor de situatie na de vernietiging.²³ Schikken is 'hot' en daarmee – enigszins baderend – 'cool', hoewel de mediationpraktijk niet zo'n hoge vlucht lijkt te nemen als wel was bepleit.

Voor het terrein van Afdelingsjurisprudentie heeft deze tendens tot materiële geschilbeslechting als duidelijke piketpaal de uitspraak van 10 december 2008 waarin de Afdeling heeft aangegeven dat ingeval een besluit wordt vernietigd, de rechtbank de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil dient te onderzoeken. Daarbij dient zij onder meer te beoordelen of er grond is om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen is niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is.²⁴ Overigens werd in de grote meerderheid van de gevallen het geschil altijd al finaal beslecht.²⁵

Volgens de vrij kritische derde evaluatie van de Awb is bestuursrechter voorts te passief in de feitenvaststelling.²⁶ De bestuursrechter wordt dan ook opgeroepen om meer te doen met zijn onderzoeksinstrumentarium. Gedoeld wordt dan op de mogelijkheden om in het vooronderzoek ambtshalve tot feitenonderzoek over te gaan, door middel van het horen van getuigen, deskundigen, inwinnen van ambtsberichten of het geven van bewijsopdrachten.²⁷ In aansluiting hierop wordt aangedrongen op verdere ontwikkeling (en benutting door de rechter) van

20 Het overleg tussen de hoger beroepscolleges over Awb-onderwerpen is inmiddels volledig 'ingeburgerd', waarbij zelfs raadsheren van de Hoge Raad aanschuiven.

21 J. Polak, 'Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht', *Trema* 2009, nr. 9, p. 382.

22 Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen van 1 mei 1975; ook de term 'papieren tijgers' was in zwang.

23 B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss), Zwolle 1994.

24 BG6401. Dit speelde in een geval waarin het besluit werd vernietigd wegens het ontbreken van een deugdelijke belangenafweging. Uit een oogpunt van proceseconomie kan het aangewezen zijn de rechtsgevolgen in stand te laten, indien het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit, het besluit alsnog voldoende motiveert en de andere partij zich daarover in voldoende mate heeft kunnen uitlaten. Daarbij is beslissend of de inhoud van het vernietigde besluit na de kenbaar gemaakte motivering de rechterlijke toets kan doorstaan. Laatstelijk ABRS 12 augustus 2009, BJ5099. De ABRS had al eerder uitgemaakt dat voor toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb niet vereist is dat nog slechts één beslissing mogelijk is; 26 maart 2008, BC7627, 26 oktober 2008.

25 Als het gaat om ongegrondverklaring van het beroep.

26 Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006, Evaluatie Awb III, maart 2007, Commissie IJnsink en Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht, Eindrapport.

27 Hoewel deze kritiek ook niet over de linie kan gelden. Polak noemt bouwzaken waarin de feiten waarover discussie is, steeds worden opgehelderd versus meer normatieve feitencomplexen waar de ontwikkeling van het bewijsrecht gewenst is, *Trema* 2009, p. 382.

het bestuursrechtelijk bewijsrecht²⁸ en is er meer aandacht voor de zorgvuldige onderbouwing van rechterlijke uitspraken.²⁹ Voorts is tijdige rechtspraak niet alleen een verlangen van de kritische burger, maar ook een eis die uit artikel 6 EVRM voortvloeit (*effective remedy*).³⁰

1.4.2 Hogere verwachtingen

Duidelijk is dat er op het terrein van het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting meer verwacht wordt van de bestuursrechter.

Als bestuursrechters weten we dankzij Marseille en anderen nu ook meer over de verwachtingen van de justitiabele.³¹ Over wat de rechtzoekende zich voorstelt van zijn beroep en de behandeling ter terechtzitting – of beter: zijn onbekendheid met wat er van hem wordt verwacht. Ook de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan is vaak onzeker over de vragen die hij ter zitting zal moeten beantwoorden; de zitting heeft wat dat betreft trekken van een zwarte doos. In feite is dit wetenschappelijke veldwerk van grote waarde voor de beroepsattitude van de bestuursrechter. Immers, als de bevindingen al nieuw waren, is aannemelijk dat de beschreven onzekerheid voor de procespartijen al decennia heerste, zonder dat de bestuursrechter zich daarvan systematisch rekenschap gaf. Hij zou zich nog in een recent verleden vermoedelijk als tamelijk afstandelijk toetsers van overheidsbesluiten ook weinig aan die verwachtingen gelegen hebben laten liggen. Ook op dit moment is naar onze inschatting de vraag of – ondanks de bepleite en toegenomen aandacht voor het feitenonderzoek – het verwachtingspatroon van rechtzoekenden zo'n belangrijke rol kan spelen in de reguliere zaaksbehandeling van de bestuursrechter, gelet op de wenselijke doorlooptijden en productiedruk in de meerderheid van de zaken.³² Mede in het licht van het vergroten van de voorspelbaarheid voor procespartijen is het dan ook toe te juichen dat rechtbanken experimenteren met

28 Zie de preadviezen van de VAR 2009 over 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?'. In de uitvoerige bijdrage van R.J.N. Schlössels, wordt de bestuursrechter aangevuurd zijn 'passiviteit' bij ambtshalve feitenonderzoek af te werpen. Y.E. Schuurmans legt meer nadruk op een hoog niveau van bewijsrechtelijke waarborgen in de bezwaarfase en gedifferentieerd procesrecht. D.A. Verburg ziet motivering van bewijsvraagstukken in de uitspraken en communicatie over die bewijsvraagstukken met partijen door de bestuursrechter als de werkelijke oplossing.

29 Over onderbouwing van uitspraken door een van de appèlrechters is een studie verschenen van J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, te downloaden via www.raadvanstate.nl/publicaties.

30 Zie T. Barkhuysen en M. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, 1579 e.v. na ABRS 4 juni 2008, BD3121.

31 Zie A.T. Marseille in onder meer: 'De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?)', *Trema* 2007, nr. 10, p 428. Zie verder P. Ippel en S. Heeger, *Sprekend de rechter*, rapport van december 2006, Utrecht, over communicatie in de zittingszaal.

32 Het leek in 2008 nog niet haalbaar om twee aanbevelingen op dit gebied van de Commissie Il-sink in de Procesregeling bestuursrecht 2008 op te nemen: het stellen van vragen aan partijen voorafgaande aan de zitting en het reageren op een verzoek van een partij over het gebruik van een vooronderzoeksinstrument; zie A. Verburg en R. Kroes, *NJB* 2008, p. 2062.

regiezittingen waarop in een vroeg stadium aan partijen kan worden aangegeven wat er van ze verlangd kan worden aan stukken en onderbouwing.³³

2 De waarborgen in de rechtspraktijk van de bestuursrechter

2.1 Grenzen aan het maatwerk

Intensievere toetsing, deformalisering van het bestuursrechtelijk geschil, oplossingsgericht denken – het lijkt een eenparige beweging richting een hoopvolle toekomst voor de bestuursrechter als geschilbeslechter. Hier valt wel een kanttekening bij te plaatsen.

In het strafrecht is juist, temidden van het vereiste maatwerk, de aandacht voor uniformiteit in de sanctietoepassing en de ontwikkeling van normen voor de straftoemeting in nagenoeg dezelfde 16 jaren opvallend. In reactie op de richtlijnen van het OM voor de strafeis, hebben de rechtbanken in de laatste vijf jaar hun oriëntatiepunten ontwikkeld waarmee de uniformiteit en voorspelbaarheid van straffen is verhoogd.³⁴ Als de rol van de bestuursrechter als formele toetser (en – zeker in het geval van de hoger beroepscolleges – bewaker van de gelijkheid voor de wet en hoeder tegen ongewenste ad hoc-oplossingen) verschuift naar een meer individuele en oplossingsgerichte maatwerkbenadering van de rechtsbescherming, richt de aandacht in het strafrecht zich in zekere zin dus in de omgekeerde richting. Hier is ook meteen het risico voor de bestuursrechter, gelegen in een al te actieve opstelling op zitting: hoe ver mag hij gaan in het ‘forceren’ van een beslissing die in het individuele geval misschien sympathiek oogt, maar vanuit de optiek van de voorspelbaarheid voor *het bestuur* een probleem kan opleveren? De bestuursrechter kan een voor de justitiabele acceptabele uitkomst tot stand brengen ter zitting, maar zal ook de precedentwerking in de gaten moeten houden. Het bestuur zal de gekozen oplossing toch ten minste mogen beschouwen als de maat – zoniet richtinggevend – voor de beoordeling van een vergelijkbaar ander geval. De strafrechter daarentegen is natuurlijk bedacht op de ongewenstheid van het ongelijk behandelen van gelijke gevallen, maar zal toch makkelijker – als het gaat om het straffen – het argument van het individuele (straf)maatwerk kunnen aanvoeren.

In die zin is moet ook de kritiek op de geringe mate van indringendheid waarmee de bestuursrechter punitieve sancties toetst genuanceerd worden als het gaat om een vergelijking met de strafrechter. Hoewel een pleidooi voor meer samenwerking binnen de gerechten van straf- en bestuursrechters applaus verdient,³⁵ is de bestuursrechter ondanks de verplichting om integraal te toetsen ook in een andere staatsrechtelijke positie dan de strafrechter: het bestuursrechterlijk handwerk

33 Zie de beschrijving bij Verburg, preadvies VAR 2009, p. 243 over de Rechtbanken Utrecht en Dordrecht. Ook in Amsterdam loopt op dit moment een experiment met het binnen een aantal weken op een regiezitting zetten van bijstandszaken, waardoor de doorlooptijd aanzienlijk wordt bekort en partijen snel weten waar ze aan toe zijn. Dit vereist van de rechter een actieve en sturende opstelling.

34 Daarvoor heeft de totstandbrenging van centrale elementen in de organisatie (Raad voor de Rechtspraak, het landelijk sectorvoorzittersoverleg) zeker ook een platform gegeven.

35 B.J. van Etkhoven, vz van de VAR, vraaggesprek *Trema*, 2009, nr. 4, p. 145.

blijft de rechtmatigheidstoetsing van overheidshandelen, de strafrechter beoordeelt het handelen van burgers. Om een beeld uit horeca te gebruiken: de strafrechter kijkt rechtstreeks in het glas, de bestuursrechter kijkt door het (dubbel³⁶) glas van de bestuurlijke beoordeling.

2.2 Bestuur en/of straf

De discussie over de aanvaardbaarheid van punitieve sanctie-bevoegdheden van het bestuur is beslecht met de inwerkingtreding van de vierde tranche. Daarmee zijn de uitdagingen nog niet de wereld uit. Er was destijds systematische kritiek (onder meer van G.J.M. Corstens³⁷) op het voorontwerp, bijvoorbeeld op de opname van afzonderlijke, naar hun aard strafvorderlijke definitie-bepalingen in de Awb, met als gevaar dat door net iets afwijkende formuleringen het klassieke strafrecht en de nieuwe tak in het boeterecht uiteen gaan lopen. Met de doorontwikkeling van het bestuursrechtelijk boeterecht en de indringender toets is denkbaar dat er een moment komt, dat ook de bestuursrechter geroepen wordt tot een nauwkeuriger bepaling van begrippen als 'pleger' en 'medepleger', een beoordeling van rechtvaardigingsgronden.³⁸ De wetgever heeft getracht verwarring met het begrip 'overtreding' uit het strafrecht te voorkomen door in bijzondere wetten alleen dan de term overtreiding op te nemen als geen onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of het gaat om een bestuursrechtelijke of strafrechtelijke aanduiding en anders te spreken van een gedraging, die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens de wet.³⁹ Het is de vraag of hiermee wordt tegemoetgekomen aan de klacht van Sluysmans over de stigmatiserende aanduiding 'overtreder' die de vierde tranche al toekent aan een verdachte alvorens zelfs maar een bestuursorgaan – laat staan een rechter – enige beslissing ter zake heeft genomen.⁴⁰

Er is sprake van doorwerkende verfijning en afstemming op het grensgebied van bestuur en straf.⁴¹ Waar het strafrecht het bestuursrecht van oudsher ondersteunde met strafbaarstelling van bestuursrechtelijke normen, wordt het bestuursrecht op dit grensgebied steeds meer een ondersteuning in aanvulling op of als alternatief voor het strafrecht.⁴² Van belang zijn wel de keuzes die de regelgever maakt, en welke criteria worden gehanteerd voor de toebedeling aan het straf- of bestuursrechtelijk domein.⁴³ Pregnant is dit sinds 1 januari 2009 met de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte, waarbij gemeenten kunnen kiezen uit twee nieuwe handhavingsvarianten ter bestrijding van over-

36 Als het gaat om de bezwaarschriftprocedure moet de bestuursrechter ex tunc toetsend ook de rol van het primaire besluit en de ex nunc-beoordeling door het bestuursorgaan van de bezwaarprocedure in zijn weging betrekken.

37 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *NJB* 2000, p. 1185 e.v.

38 Kamerstukken I 2007-2008, 29 702, C. p. 40.

39 S. van Heukelom-Verhage en M. Scheltema, 'Aanpassingswetgeving bij de vierde tranche: eenheidsstreven bereikt?', *NJB* 2008, p. 1642, vinden die 'een voor de praktijk zeer herkenbaar en goed hanteerbaar onderscheid'.

40 J.A.M.A. Sluysmans, *De Mededingingswet als boetewet*, VAR-pleadvies 2007, p. 137.

41 En overigens ook op het grensgebied van bestuurs- en civiel recht.

42 E.A. Mulder e.a., *Bestuur, recht en veiligheid: bestuursrechtelijke bevoegdheden voor openbare orde-handhaving en terrorismebestrijding*, Boom Juridische uitgevers 2008, p. 59 e.v.

43 Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 117.

last op lokaal niveau: de bestuurlijke strafbeschikking en de bestuurlijke boete: hier schurken straf en bestuur zeer dicht tegen elkaar aan. Met het gevaar van grensvervaging en onoverzichtelijkheid. Er is nu een uiteenlopende reeks sancties en sanctieopleggers; waarbij de mogelijkheid voor de wetgever van maatwerk aanwezig is, maar ook het aloude probleem van verschillende rechters nieuw leven wordt ingeblazen.⁴⁴ Ook wordt in het kader van het opleggen van punitieve sancties door het bestuur steeds weer gewezen op het gevaar van bestuursrechtelijke eigenrichting, het ontbreken van een magistratelijke toets en spanning met de triasleer.⁴⁵

2.3 De bestuursrechter en de integrale toetsing

Van de bestuursrechter wordt verlangd dat hij komt tot een integrale toetsing van de hoogte van punitieve sancties aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid Awb maar ook het feitenonderzoek 'vol' toetst. Ook als de bestuursrechter – om in de eerdere metafoor te blijven – steeds meer van bovenaf in het glas van de besluitvorming kijkt (of dit zelf vult), zou het weleens kunnen zijn dat hij niet op dezelfde voet als de strafrechter de rol van strafoplegger aanneemt waartoe sommigen hem aanmoedigen.⁴⁶ Ons vermoeden is dat de bestuursrechter uiteraard de wettelijke vormen in acht neemt⁴⁷, maar zijn onderzoek wel op de eigen wijze zal willen verrichten – kort gezegd als aanvulling en zonodig correctie op het bestuurlijk onderzoek.

2.3.1 Cautie

De dialoog waarmee ons stuk begon is wat zwaar aangezet, maar illustreert wel enigszins de (andere) sfeer van een zitting van de bestuursrechter. De term van artikel 8:28a, tweede lid, Awb, dat spreekt van 'verhoren' op zitting, markeert de andere opstelling die de bestuursrechter moet kiezen. Maar in de praktijk wordt hier een transformatie van het zittingswerk, van de habitus van de bestuursrechter gesuggereerd,⁴⁸ waarvan de vraag is of de bestuursrechter zover zal komen. Er zijn immers in vergelijking met de strafzitting duidelijke verschillen tussen de 'mindset' waarmee de deelnemers een bestuursrechtzitting ingaan. Opgemerkt is dat de cautie bij de bestuursrechter op grond van artikel 8:28a Awb eigenlijk te laat klinkt om de rechten voor de burger te laten ingaan.⁴⁹ In feite is de verdachte (kunnen we hem nog wel als 'rechtzoekende' aanduiden?) al 'veroordeeld' door het be-

44 De bestuurlijke strafbeschikking staat ter beoordeling van de kantonrechter.

45 N. Kwakman, 'Twee nieuwe sanctiestelsels ter bestrijding van overlast in de openbare ruimte op lokaal niveau', *NJB* 2009, p. 9 e.v., waaraan de Wet OM-afdoening (buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten) nog moet worden toegevoegd.

46 Ter gelegenheid van een discussiebijeenkomst op de Rechtbank Amsterdam op 23 juni 2009 heeft prof. mr. L.J.J. Rogier de – mogelijk niet alleen als prikkelend bedoelde – stelling ingenomen dat de bestuursrechters zelf straftoemingskaders dienen te ontwikkelen.

47 Hoewel dat nog in 2007 tegenviel volgens de weergave van Michiels, *Trema* 2009, p. 286. Hier zou recent empirisch zittingsonderzoek wel gewenst zijn.

48 Zoals een collega opmerkte: wij zijn nooit verder gekomen dan iemand 'uithoren'(!)

49 A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel vierde tranche Awb', *NJB* 2004, 1878-1879.

stuursorgaan. Hij wendt zich vervolgens op eigen initiatief (niet middels een dagvaarding door het openbaar ministerie) tot de rechter om '(rechts)bescherming'. Als die hem confronteert met de mededeling dat hij verdachte is en vervolgens met de beschuldiging⁵⁰ kan zelfs de indruk ontstaan van een vooringenomen bestuursrechter. Het is op zitting de toon die de muziek maakt en de bestuursrechter zingt accusatief gesproken in een lagere toonsoort dan het duet van strafrechter en officier van justitie.

De cautie vloeit voort uit het *nemo tenetur*-beginsel en vormt ook een centrale waarborg voor het bestuursrechtelijk geding. Denkbaar is dat die waarborg vanuit de optiek van de bestuursrechter vooral is gelegen in het bestuurlijk voortraject als de feiten door het bestuur worden vastgesteld.⁵¹ Op het terrein van het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht is bijvoorbeeld de wettelijke verplichting om inlichtingen te verstrekken de pendant van het rechtmatigheidsonderzoek. Dan speelt de vraag welke gegevens bij een boeteonderzoek mogen worden gebruikt.⁵² Ons vermoeden is dat de belangstelling van de bestuursrechter daarnaar vooral uit zal blijven⁵³ gaan. Interessant is bijvoorbeeld de vraag hoe de cautie in dit opzicht zal inwerken op de wens om meer vooronderzoek door de bestuursrechter te laten doen. Al ter gelegenheid van het voorontwerp van de vierde tranche werd erop gewezen dat het noodzakelijk is dat een regeling van de cautie ook geldt bij het stellen van schriftelijke vragen.⁵⁴ Het punt is in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof nog niet beslecht.⁵⁵

2.3.2 Feitenonderzoek

Voorspelbaar is dat het accent voor de bestuursrechter in de beoordeling van bestuurlijke boetes vooral zal liggen in de toepassing van de 'nieuwe' waarborgen uit hoofdstuk 5 door het bestuur – conform zijn gebruikelijke routine.⁵⁶ In het verlengde van deze wijze van toetsing ligt als vanzelf de neiging van de bestuursrechter om dit feitenonderzoek door het bestuursorgaan, hoezeer hij dit ook 'vol' moet toetsen, eerder na te lopen op rechtmatigheid en zorgvuldigheid dan dat onderzoek in zijn vooronderzoek of ter zitting over te doen.⁵⁷

50 Moet bij het ontbreken van een vervolgende derde partij de rechter die overigens niet zelf herhalen?

51 Zie het pleidooi van A.C. van 't Hek, voor cautie als 'De absolute afbakening van controle naar opsporing', *NJB* 2007, 332-334.

52 H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Kluwer, 2005, p. 168, die verder op dit punt het proefschrift aanhaalt van E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid*, Leiden 1998.

53 De verhouding van *nemo tenetur* en medewerkingsplicht was al onderwerp van het Saunders-arrest, EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 en bekend terrein voor de CRvB, bijvoorbeeld 18 februari 2003, *USZ* 2003, 115.

54 Zie *De vierde tranche Awb, commentaar en vraagpunten*, VAR-werkgroep, Boom Juridische uitgever, Den Haag, 2000. Art 8:28a Awb regelt de afwijking van de verplichting ex art. 8:28 schriftelijke inlichtingen te geven.

55 Michiels, *Trema* 2009, p. 284.

56 Te denken valt dan (mede afhankelijk van de vraag of de boete 'licht' of 'zwaar' is) aan vooral de procedurele waarborgen van artikel 5:48 e.v.

57 Zie bijvoorbeeld ABRS 28 januari 2009, BH1129, waarin het onderscheid in de Arbeidstijdenwet tussen toezichthouder en boeteoplegger nauwkeurig wordt nagelopen.

2.3.3 Sanctie

De volgende stap is dan om de door het bestuur opgelegde sanctie te beoordelen. Daarbij zal in de regel eerst het door het bestuursorgaan gehanteerde sanctiebeleid aan de orde komen. Hierbij is het goed te beseffen dat de integrale toetsing van sancties door de bestuursrechter ten opzichte van de strafrechter al zeer wordt beperkt door artikel 8:69 Awb en het reformatio-verbod. Dat relativeert de omvang van het eigen feitenonderzoek van de rechter naar andere gedragingen dan de boete, en ook artikel 8:72a dat de rechter dwingt tot ambtshalve vaststelling van de hoogte van de boete: die kan in de praktijk slechts gelijk of lager zijn.⁵⁸

In de uitvoerige jurisprudentie op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) wordt veelvuldig de hoogte van de opgelegde boete getoetst. Dit heeft geleid tot beoordeling van een reeks omstandigheden die niet⁵⁹ of wel⁶⁰ tot matiging (of nihilstelling) van de boete leiden, waarbij de Afdeling in het laatste geval ook overgaat tot het zelf vaststellen van de (verlaagde) boete. In de zomer van 2009 is de Afdeling 'om' gegaan en heeft in haar oordeel de consequentie getrokken uit de 'full jurisdiction'-verplichting die de Awb-wetgever heeft opgelegd om de hoogte van de boetes rechtstreeks te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.⁶¹ Daarbij duikt artikel 4:84 nog wel op in de overwegingen.⁶² In strikt logische zin is een beroep op dit artikel niet nodig om te komen tot een afwijking van de beleidsregels van bestuursorgaan, nu de rechter zijn eigen oordeel voor dat van het bestuursorgaan in de plaats moet stellen en het tarief van de boete moet vaststellen in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. De kennelijke behoefte van de ABRS om in de eigen⁶³ tariefstelling te blijven refereren aan de wetsinterpreterende beleidsregels zal ook wel te maken hebben met de aarzeling om die beleidsregels geheel terzijde te stellen. Dat zou namelijk betekenen dat de rechter in feite tot een eigen vaststelling van beleidsregels zou moeten overgaan.⁶⁴ Dat is een 'breiwerkje' waarin de bestuursrechter, voor zover wij zien, de strafrechter nog niet is gevolgd – naar ons bescheiden inzicht ook wel begrijpelijk in het licht van de eerder beschreven andere 'insteek' van de bestuursrechter.

Al met al is de aandacht die (met name) de bestuurlijke boete in het wetgevingsproces van de vierde tranche sinds het voorontwerp van 1999 heeft opgeëist van overheid, wetenschap en jurisprudentie voordat deze na tien jaar in werking mocht treden, begrijpelijk (gezien het grensverleggende aspect). Naar onze indruk zijn hiermee in ieder geval de randvoorwaarden voor een afgewogen oordeelsvorming

58 Je kunt je in het licht van deze waarborg zelfs afvragen welk risico de cautie bij de rechter nu eigenlijk indamt. De procedurele risico's in eerste aanleg (en dan appèl) bij de strafrechter zijn zo beschouwd aanzienlijk groter.

59 3 juni 2009, BI6078, 17 juni 2009, BI8491, 9 september 2009, BJ7214.

60 17 september 2008, BF0955, 15 oktober 2008, BF8951, 28 oktober 2008, BF7230 (in alle gevallen halvering), 17 december 2008, BG7170 (5/7 van de boete).

61 Of dit in de praktijk van de sanctietoetsing werkelijk verschil maakt ten opzichte is onzeker.

62 Zie ABRS 17 juni 2009, BI8488 en de noten van O.J.D.M.L. Jansen in de AB en MT in JV 2009, 376.

63 Vaak sluit zij zich ook aan bij de door de rechtbank vastgestelde lagere hoogte.

64 Zie Michiels, *Trema* 2009, p. 287, en Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag 2007, p. 68-104.

door de bestuursrechter wel geschapen. We treden nog een keer buiten de oevers van de vierde tranche.

2.4 Niet-punitief maar wel ingrijpend

Leedtoevoegende overheidsbesluitvorming is omgeven met waarborgen. Omgekeerd kan niet-punitief overheidshandelen zeer ingrijpend zijn. Als het gaat om de waarborgen in de rechtspraktijk, wordt ook dan van de bestuursrechter alertheid gevraagd. Met name als het ambitieuze bestuur bevoegdheden uitoefent waarbij fundamentele rechten in het spel zijn. We noemen wat voorbeelden.

2.4.1 Wet werk en bijstand (WWB)

Het huisbezoek in het kader van de bijstand vereist een afweging met de privacy of het huisrecht van artikel 8 EVRM. In april 2007⁶⁵ heeft de bestuursrechter grenzen gesteld aan de voortvarendheid waarmee bijstandsfraudeurs werden opgespoord en aangepakt. Bijstandontvangers die nieuwsgierige ambtenaren buiten de deur houden weten sindsdien wat hun opstelling voor gevolgen heeft voor hun uitkering. Geen vage noties maar een redelijke grond voor het afleggen van een huisbezoek is nodig wil de overheid gevolgen verbinden aan het feit dat bijstandsontvanger weigert ambtenaren zijn huis binnen te laten. Ontbreekt die dan kan dat zelfs leiden tot uitsluiting van het bewijs dat tijdens het huisbezoek is verzameld.

Bij herziening of intrekking van bijstand wegens overtreding van de inlichtingenplicht kunnen flinke bedragen op het spel staan, met als gevolg dat de 'overtreder' jarenlang dient af te lossen op de aldus ontstane vordering. Omdat het hier gaat om 'herstel van de rechtmatige toestand' zijn deze besluiten niet aan te merken als een punitieve sanctie.⁶⁶ Alleen de verlaging van de bijstand vanwege schending van de informatieplicht boven op zo'n herziening (of intrekking) en terugvordering wordt gekwalificeerd als een bestraffende sanctie.⁶⁷

Ook verdienen aandacht de verplichtingen die aan de bijstand kunnen worden verbonden. Met name springen de in artikel 9 van de WWB opgenomen arbeidsverplichtingen in het oog. Op de weigering een aangeboden baan te accepteren wordt vaak gereageerd met pittige maatregelen in de vorm van gehele of gedeeltelijke verlaging van de bijstand voor één of meer maanden.⁶⁸ De vraag is of hier

65 11 april 2007, BA2410. Deze huisbezoekjurisprudentie is nadien verfijnd. Zie 24 november 2009, BK4060. De implicaties van deze uitspraken blijven niet beperkt tot de WWB. Deze jurisprudentie geldt ook voor andere sociale zekerheidswetten zoals bijvoorbeeld de AOW.

66 11 april 2007, BA2410 en 28 oktober 2008, BG3682.

67 2 juni 2009, BI7437. 5 juni 2007, BA7556. Vergelijk in dit geval ook de recente jurisprudentiewijziging bij verzwegen vermogen net boven de vermogensgrens. 21 april 2009, BH9423. Het bedrag wat werd teruggevorderd stond in geen verhouding tot het aanwezige vermogen. Het hoeft geen betoeg dat zo'n terugvordering haar doel (herstel van de rechtmatige toestand) voorbyschiet.

68 Zie bijvoorbeeld 10 maart 2009, BH6483: 100% verlaging van de bijstand gedurende 4 maanden bij stelselmatig weigeren aangeboden werk te aanvaarden. De bestuursrechter toets de gedragingen overigens vol in weerwil van de tekst van de wet (art. 18 lid WWB). Dit heeft de Centrale Raad van Beroep kort na invoering van de WWB al uitgemaakt. Zie 6 december 2005, AU7664. In diezelfde uitspraak heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat de verlagin- gen van de uitkering gedurende 1 maand met 5% en 10% wegens niet verschijnen op oproepen bij gemeente en het reïntegratiebedrijf niet punitief van aard zijn.

sprake is van ‘dwangarbeid’ in de zin van artikel 4 EVRM of 8 IVBPR.⁶⁹ Ten slotte wijzen we op de programma’s die de afgelopen jaren zijn ontwikkeld door of in samenspraak met reïntegratiebureaus voor bijstandsontvangers die ‘op flinke afstand van de arbeidsmarkt’ staan. De enige voorwaarde die de wet stelt is dat de voorziening gericht moet zijn op arbeidsinschakeling.⁷⁰ Niet meedoen betekent ook hier dat (een deel van) de uitkering moet worden ingeleverd. In het kader van deze sociale activering ontstaat de indruk dat het bestuur de grenzen verkennt.⁷¹ Enigszins nieuw gegeven bij de overheid is het geprononceerder optreden van burgemeesters die meer behoefte tot sturing uit openbare orde en veiligheidsmotieven lijken te voelen en daarvoor ook instrumenten aangereikt krijgen.

2.4.2 Wet Bibob

Met de Wet integriteitsbeoordelingen openbaar bestuur van 2002 heeft de wetgever een verfijnd maar tamelijk ingewikkeld sturingsinstrument ingevoerd om criminaliteit (de ‘onderwereld’) uit de bovenwereld van vergunningen en subsidies te weren. De toepassing van deze wet balanceert ook op het grensvlak van bestuurs- en strafrecht. Vereist is nauwkeurige wetsuitleg, waarbij het jurisprudentiebouwwerk met kleine stappen wordt uitgebouwd.⁷²

In de praktijk van de geschillen rond de inzet van dit niet-punitieve⁷³ instrument door burgemeesters staat de spanning met de onschuldpresumptie centraal. Waar de feitelijke onderbouwing van weigeringsbesluiten leunt op het voorbereidend en soms tekortschietend werk van het landelijk of plaatselijk Bibob-buro kunnen steken vallen en moet de bestuursrechter soms tot vernietiging overgaan, tot groot verdriet van burgemeesters.⁷⁴

2.4.3 Wet tijdelijk huisverbod

Opmerking verdient de Wet tijdelijk huisverbod, waarbij aan de burgemeester de bevoegdheid wordt toebedeeld tot het treffen van een concrete individuele maatregel ter bestrijding van huiselijk geweld achter de voordeur. Deze maatregel wordt niet als criminal charge of punitief van aard gezien.⁷⁵ Dat de burgemeester wordt belast met criminaliteitsbestrijding in de privésfeer is uit het oogpunt van staats-

69 ‘Drang’arbeid of ‘dwang’arbeid? De Rechtbank Arnhem oordeelde dat geen sprake is van dwangarbeid. Wegens ontbreken van voldoende procesbelang kwam de Centrale Raad van Beroep er niet toe om hierover een oordeel te geven, 1 oktober 2009, BJ8854.

70 Art. 9 lid 1, b, WWB.

71 In de sector bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam zijn zo bijvoorbeeld gesignaleerd een gezinscoach en een cursus die onder andere gaat over de positie van de vrouw binnen het gezin. Een aantal zaken staat voor 2010 geagendeerd waarbij de vraag aan de orde is of de aangeboden voorziening nog wel past binnen de WWB.

72 Zie bijvoorbeeld ABRs 27 februari 2008, BC5259 en 5256 over het gebruik van CIE-info.

73 ABRs 22 november 2006, AZ2786 en 16 juli 2008, BD7378 waarin is geoordeeld dat de intrekking of weigering van een vergunning op grond van deze wet niet is aan te merken als een criminal charge in de zin van artikel 6, tweede lid, EVRM.

74 Bijvoorbeeld naar aanleiding van Rechtbank Alkmaar 12 november 2009, BK2970. Om hier richting de wetgever dan maar om krachtiger instrumenten te vragen gaat voorbij aan de gevoeligheid van de materie die het betreft.

75 Vz ABRs 26 juni 2009, BJ1118, Vzrtr Zwolle-Lelystad 16 maart 2009, BH6472. Overigens is de toetsing van deze huisverboden om begrijpelijke redenen bij de familierechter (sector civiel recht) ondergebracht.

rechtelijke bevoegdheids- en verantwoordelijkheidsverdeling niettemin vreemd te noemen⁷⁶ en noopt ook tot een kritische toets of voldaan wordt aan het gevaarscriterium van de wet.⁷⁷ De vraag is welk motief (openbare orde vanuit een gepercipieerd veiligheidsrisico of concrete criminaliteitsbestrijding) voor het opleggen van deze maatregel kan worden aangevoerd.⁷⁸

2.4.4 Gemeentewet

Die vraag kan ook gelden bij twee acties van burgemeesters om een pedofiel uit hun gemeente te weren. In beide gevallen zijn de burgemeesters, die een verwijderingsbevel hadden gegeven aan dezelfde persoon, door de voorzieningenrechter teruggefloten. De slotoverweging ten overvloede in de Utrechtse uitspraak is niet als mogelijkheid voorzien in artikel 8:84 Awb, maar een mooi voorbeeld van een poging om het bestuur na de schorsing van zijn besluit de weg te wijzen voor een constructievere oplossing van zijn dilemma.⁷⁹

3 Afrondend, una via

Als we onze indrukken van de rechterlijke praktijk en de jurisprudentie zien in het licht van de analyse van Trommel en anderen dan is de 'smalle weg van de waarborg' wel duidelijk: de bestuursrechter moet in een bangere samenleving, met een nerveuzere overheid scherp blijven op de beginselen van behoorlijke rechtspleging, de onafhankelijkheid, het oplossen van conflicten waar het kan, met ook aandacht voor de precedentwerking. Waar vrijheidsrechten beknot worden, moet hij niet aarzelen om in te grijpen, en daarbij de aangereikte nieuwe instrumenten en normen aangrijpen. Bestuursrecht in plaats van (of naast) strafrecht is ook een *kans* voor zorgvuldigheid, voor herhaalde en herhaaldelijk getoetste besluitvorming in een ordelijke procedure.

En als het gaat om de communicatie met de samenleving moet de rechter voor alles gewoon zijn werk blijven doen, integer en betrouwbaar zijn. Lerend van het gulzige bestuur is de gezagscrisis niet te dempen door overspannen in de maatschappelijke dans mee te gaan. Hij moet zijn 'basic instinct' maar volgen: waken over fundamentele rechten (waaronder artikel 6 EVRM) en ieder het zijne geven, zoals de Romeinse juristen al schreven. *What else is new?*

76 L.J.J. Rogier, *De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht*, VAR-preadvies 2007, p. 44.

77 Zie Vzrtr Rotterdam 15 december 2009, BK6574.

78 K. Lünneke, R. Römkens, Th. De Roos, 'Wie slaat die gaat, kanttekeningen bij het huisverbod als nieuw instrument in de aanpak van geweld achter de voordeur', *NJB* 2009, p. 940 e.v.

79 Vzrtr Den Bosch 27 oktober 2009, BK1271, Vzrtr Utrecht 3 december 2009, BK5246, zie r.o. 2.20.