

Vergaderjaar 2003–2004

29 702

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

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 11 november 2004 en het nader rapport d.d. 8 juli 2004, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie, mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 14 juli 2003, no.03.002941, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht).

Het wetsvoorstel omvat drie onderwerpen: bestuursrechtelijke geldschulden, bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete, en attributie. De Raad van State maakt per onderwerp algemene opmerkingen, gevolgd door artikelsgewijs commentaar.¹ De Raad is van oordeel dat enige aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 14 juli 2003, nr. 03.002941, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij en in afschrift aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 11 november 2003, nr. W03.03.0272/1, bied ik U hierbij, mede namens mijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, aan.

I. INLEIDING

1. Bestuursrecht, burgerlijk recht en strafrecht

Het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) illustreert met de twee belangrijkste onderdelen die het bevat, de bestuursrechtelijke geldschulden en de bestuurlijke handhaving, het krachtenveld waarbinnen het algemene bestuursrecht zich ontwikkelt. Dat wordt enerzijds bepaald door de dynamiek van het bestuursrecht zelf, anderzijds door de verhouding van het bestuursrecht tot andere rechtsgebieden, in dit geval in het bijzonder het burgerlijk recht en het strafrecht. De ontwikkelingen binnen het bestuursrecht betreffen in het bijzonder de bijzondere wetgeving, de jurisprudentie en de rechtsgeleerde literatuur, die aanleiding kunnen geven om in de Awb algemene regels op te nemen over een onderwerp, om voor bepaalde rechtsfiguren of bepaalde bevoegdheden een «algemeen deel» te formuleren dat in bijzondere wetgeving kan worden aangevuld of uitgewerkt,

¹ Voor de inhoudsopgave van dit advies, zie bijlage 2.

of om in enkele duidelijke regels vast te leggen wat anders met meer moeite en soms onzekerheid moet worden gedestilleerd uit een groot aantal rechterlijke uitspraken.

Wat de bestuursrechtelijke geldschulden aangaat blijkt dat er tientallen wettelijke regelingen zijn die invordering door het bestuur bij dwangbevel mogelijk maken. Veelal zijn deze geënt op de Invorderingswet 1990, maar die regeling is wel ontworpen voor een specifiek terrein. Ook bestaan er diverse, uiteenlopende wettelijke regelingen op het stuk van de verjaring van bestuursrechtelijke geldschulden. Het is begrijpelijk dat bij het ontwerpen van een algemene regeling in de Awb niet alleen is gelet op de bestaande bijzondere bestuursrechtelijke wetten maar ook op de bepalingen die het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geven voor de betrokken onderwerpen met betrekking tot civielrechtelijke geldvorderingen. Als het niet nodig is, moet niet van de civielrechtelijke regels en het daarin vervatte stelsel worden afgeweken. Anderzijds zijn er in de sfeer van het bestuursrecht fundamentele verschillen en eigen vragen. Worden in civielrechtelijke verhoudingen rechten en verplichtingen bindend vastgesteld door de rechter op verzoek van één van de partijen, in bestuursrechtelijke verhoudingen is het (bijna) altijd een bestuursorgaan dat rechten en verplichtingen bindend vaststelt, en komt de rechter pas in het vizier als een belanghebbende het bestuursbesluit aanvecht door er beroep tegen in te stellen. Dat biedt een heel ander perspectief, met andere vragen, die eigen oplossingen behoeven. Zo moet de wetgever per saldo een evenwicht zoeken tussen wat nodig is in verband met de in de bestuursrechtelijke context levende vragen en behoeften, en wat mogelijk is ten aanzien van een passende afstemming tussen civielrechtelijke en bestuursrechtelijke regels voor verwante onderwerpen.

Over de regeling van de bestuurlijke handhaving kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt. Kende de bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving reeds lang sancties met een punitief of bestraffend karakter – met de fiscale verhoging en punitieve intrekking van een begunstigende beschikking als meest bekende voorbeelden –, pas de opmars van de bestuurlijke boete maakte duidelijk dat zich binnen het bestuursrecht een eigen stelsel van punitief sanctierecht aan het ontwikkelen is. Deze figuur heeft weliswaar al een lange geschiedenis in de vorm van de fiscale verhoging, maar eerst in de loop van de jaren '90 van de vorige eeuw werd dit type bestuurlijke sanctie in een groot aantal bijzondere wetten opgenomen, en pas sedertdien heeft deze boete ook in jurisprudentie en literatuur prominente aandacht gekregen. Dit sanctierecht, niet onvergelijkbaar met het in het Duitse recht sinds lang bekende Ordnungswidrigkeiten-recht, heeft met het commune strafrecht gemeen dat het gaat om een vorm van leedtoevoeging van overheidswege als reactie op een overtreding, en met het «gewone» bestuursrecht dat de sanctie wordt opgelegd (niet door de strafrechter maar) door een bestuursorgaan, terwijl de rechter alleen in het spel komt als beroep wordt ingesteld tegen de bestraffende beschikking. Net als het strafrecht moet dit onderdeel van het bestuursrecht in elk geval voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Voor het overige zal – in het bijzonder in de sfeer van waarborgen voor «verdachten» – moeten worden gezien welke uit het strafproces bekende waarborgen rechtstreeks of in aangepaste vorm kunnen worden overgenomen. Daarbij speelt ook de vraag in hoeverre soms met lichtere waarborgen kan worden volstaan in de Awb, ervan uitgaande dat de van bestuurswege beboetbare feiten doorgaans gemiddeld lichter zullen zijn dan strafbare feiten in enge zin, en dat de bijzondere wet eventueel aanvullende waarborgen kan geven waar dat nodig wordt geacht in verband met de zwaarte van de beboetbare delicten of de hoogte van de daar voorziene maximumboeten. En ten slotte moet ook hier ten volle rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van de bestuursrechtelijke context waarin de bevoegdheid tot boeteoplegging speelt.

Zo geldt voor de twee hoofdonderwerpen van het wetsvoorstel dat ze gemeen hebben de spanning tussen wat nodig en wenselijk is omdat het gaat om een bestuursrechtelijke regeling en in hoeverre kan worden aangesloten bij of kan worden geharmoniseerd met verwante regelingen in het burgerlijk recht en het strafrecht.

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel bevat niet een algemene beschouwing van deze aard, maar wel geven de meer algemene paragrafen van de hoofdstukken II (bestuurlijke geldschulden) en III (bestuurlijke handhaving) op verschillende punten blijk van een verwante aanpak. De Raad achtte het nuttig het vorenstaande voorop te stellen, enerzijds om daarmee een problematiek te schetsen die de twee hoofdonderwerpen van het voorstel gemeen hebben, anderzijds om daarmee duidelijk te maken vanuit welke benadering een groot aantal van de nu te bespreken kwesties aan de orde wordt gesteld.

1

Naar aanleiding van deze beschouwing van de Raad van State is de memorie van toelichting aangevuld met een korte beschouwing van dezelfde strekking.

II. BESTUURSRECHTELIJKE GELDSCHULDEN

Algemeen

2. Plaats van het onderdeel «Bestuursrechtelijke geldschulden» in de Algemene wet bestuursrecht

Na invoeging van de titel over geldschulden zal hoofdstuk 4 Awb, Bijzondere bepalingen over besluiten, de volgende titels kennen:

4.1 Beschikkingen (15 artikelen)

4.2 Subsidies (60 artikelen)

4.3 Beleidsregels (4 artikelen)

4.4 Bestuursrechtelijke geldschulden (40 artikelen)

In de opzet van hoofdstuk 4 zijn – zij het tentatief – nog titels voorzien voor plannen en voor bestuursovereenkomsten; ook valt nog een regeling voor het intrekken en wijzigen van beschikkingen te verwachten.

Daarmee krijgt het hoofdstuk een onevenwichtige opbouw. Enerzijds zijn er titels van bescheiden omvang over bepaalde categorieën besluiten (beschikkingen, beleidsregels; in de toekomst wellicht ook plannen en bestuursovereenkomsten), anderzijds twee omvangrijke titels over financiële rechtsverhoudingen met de overheid¹, waarbij het deels gaat over specifieke typen beschikkingen (subsidiebesluiten, besluiten tot vaststelling en tot invordering van bestuurlijke geldschulden), deels ook om bepalingen die rechtsbetrekkingen met de overheid betreffen zonder dat daarbij een besluit rechtstreeks aan de orde is (bijvoorbeeld de voorgestelde artikelen 4.4.1.3 – 4.4.1.9, 4.4.2.1, 4.4.2.2, 4.4.2.5, diverse artikelen uit de afdelingen 4.4.3). De titels over subsidies en over bestuursrechtelijke geldschulden hebben in feite een soortgelijke verhouding tot de meer algemene bepalingen over (categorieën) besluiten – dat wil zeggen hoofdstuk 3 en de titels 4.1 en 4.3 van hoofdstuk 4 – als het geval is met de bepalingen over sancties en die over bestuursorganen, die zijn ondergebracht in afzonderlijke hoofdstukken.

Daarom geeft de Raad in overweging de bepalingen over subsidies en die over bestuurlijke geldschulden uit hoofdstuk 4 te lichten en ze onder te brengen in een afzonderlijk hoofdstuk, dat bijvoorbeeld «Financiële betrekkingen met het bestuur» zou kunnen heten.

2

Het voorstel van de Raad zou tot gevolg hebben, dat de gehele subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht zou moeten worden vernummerd. Dit zou voor de praktijk veel ongemak en kosten met zich brengen. Allerlei literatuur, handleidingen, standaardformulieren en dergelijke zouden immers in één klap verouderd zijn. De door de Raad gesignaleerde onevenwichtigheid is naar ons oordeel niet ernstig genoeg om deze grote praktische nadelen voor lief te nemen. Dat sommige titels van hoofdstuk 4 omvangrijker zijn dan andere is op zichzelf niet bezwaarlijk. Dat de volgorde van de titels van hoofdstuk 4 geen voorbeeld van streng volgehouden systematiek is, is juist, maar geeft in de praktijk geen problemen. Beperkte inbreuken op de systematiek zijn een vrijwel onvermijdelijk gevolg van de keuze om de codificatie van het algemeen bestuursrecht gefaseerd aan te pakken («aanbouwwetgeving»). Weliswaar is bij het begin van het codificatieproces een schema voor de indeling van de gehele wet ontworpen, maar sedertdien hebben zich in en om het bestuursrecht nieuwe ontwikkelingen voorgedaan, die destijds niet konden worden

¹ Vergelijk ook hierna, punt 6, onderdeel b, over de vraag in hoeverre het louter over rechtsverhoudingen met bestuursorganen gaat.

voorzien. Soms blijken deze nieuwe ontwikkelingen heel goed in de bestaande systematiek te kunnen worden ingepast. De regeling van het elektronisch bestuurlijk verkeer, maar ook de regeling van de bestuurlijke boete, zijn daarvan sprekende voorbeelden. Soms, zoals bij de bepalingen inzake geldschulden, is dat wellicht iets minder het geval, maar dat is onvoldoende reden om tot grootscheepse vernummeringen over te gaan, gelet op de grote nadelen die de praktijk daarvan zou ondervinden.

3. Belang van de regeling

De voorgestelde titel over bestuurlijke geldschulden kent naast een afdeling over invordering bij dwangbevel (4.4.4) nog afdelingen betreffende ontstaan en inhoud van de verplichting tot betaling (4.4.1), verzuim en wettelijke rente (4.4.2) en verjaring (4.4.3). De vijfde afdeling, bezwaar en beroep, vormt een aanhangsel bij de vier voorafgaande.

Het belang van een algemene regeling van de invordering, in het bijzonder de invordering bij dwangbevel, laat zich – onverminderd wat daarover bij het volgende punt nog zal worden opgemerkt – indenken, tegen de achtergrond van de diversiteit aan bestaande regelingen. Bij de drie daaraan voorafgaande afdelingen is dat belang echter minder evident, zeker nu die diverse beroepbare besluiten in het leven roepen, en de concentratieregeling van artikel 4.4.5.1 alleen werkt als er beroep wordt ingesteld tegen de beschikking waarbij de betalingsplicht is vastgesteld. De toelichting – die op zichzelf wel iets zegt over de wenselijkheid van regeling van enkele punten – maakt niet duidelijk welke grote problemen thans bestaan. Ze gaat ook niet in op problemen die kunnen rijzen als die onderwerpen nu worden geregeld op de voorgestelde wijze en er in de vijfde tranche een regeling zal worden voorgesteld over zelfstandige (zuivere) schadebesluiten, waarbij het denkbaar is dat daarbij een verzoekschriftprocedure zal worden geïntroduceerd. Tegen deze achtergrond adviseert de Raad nader in te gaan op de opportuniteit van de thans voorgestelde afdelingen 4.4.1, 4.4.2 en 4.4.3.

3

Naar aanleiding van de vraag van de Raad over de opportuniteit van de afdelingen 4.4.1 tot en met 4.4.3 merken wij op dat er bewust voor is gekozen in de Awb een integrale regeling over bestuurlijke geldschulden op te nemen en de regeling niet te beperken tot de dwanginvordering waar de noodzaak van een harmonisatie het grootste is. De voorgestelde titel over geldschulden is immers niet alleen ingegeven door de behoefte aan harmonisatie van diverse bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving op dat gebied. Bij de afdelingen over het ontstaan en inhoud van de betalingsverplichting, verzuim en wettelijke rente en de verjaring heeft veeleer de maatschappelijke behoefte aan duidelijkheid over het toepasselijke recht en toegankelijkheid daarvan een rol gespeeld. Omdat algemene bestuursrechtelijke regels op dit gebied ontbreken dient in de praktijk, bijvoorbeeld door het bestuursorgaan dat een beschikking tot betaling van een geldsom vaststelt of de burger die uitstel van betaling wil verzoeken, telkenmale beoordeeld te worden welke regels van toepassing zijn: zijn er bijzondere bestuursrechtelijke regels van toepassing, is het algemene regime in het BW van overeenkomstige toepassing verklaard of dient te worden aangenomen dat het privaatrechtelijk regime van toepassing is? In dat laatste geval dient ook getoetst te worden of de aard van de rechtsverhouding of de bijzondere wet zich niet verzet tegen het toepassen van dit regime. Een algehele codificatie is daarmee niet zozeer slechts ingegeven door problemen die zich in de invorderingspraktijk zouden voordoen – zoals de Raad in zijn advies suggereert – zij komt echter veeleer tegemoet aan een behoefte aan duidelijkheid over het toepasselijke recht. Die behoefte zal in de toekomst eerder groter dan kleiner worden, doordat steeds vaker bepaalde gespecialiseerde taken leidraad zullen zijn bij de (re-)organisatie van het overheidswerk teneinde dat werk efficiënter en professioneler te kunnen verrichten. Voor de invorderingsfase is een dergelijke reorganisatie al in studie: in het kader van het actieprogramma «Andere overheid» worden plannen ontwikkeld om te komen tot een meer rijksbrede incasso van publiekrechtelijke geldschulden (Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr. 1, p. 34). Daarnaast biedt codificatie de gelegenheid op punten af te wijken van de privaatrechtelijke regeling en invulling te geven aan de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen. Ook de Raad van State wijst in zijn advies op het eigen karakter van het bestuursrecht. Als voorbeeld kunnen worden

genoemd de regeling van de verrekening en de verjaring. Tot slot kunnen door middel van de codificatie nodeloze verschillen die thans bestaan tussen het BW en bijzondere bestuursrechtelijke wetten worden opgeheven dan wel in de toekomst worden voorkomen. In die zin heeft de voorgestelde regeling over geldschulden een harmoniserende werking voor de toekomst.

De Raad ziet in het feit dat de afdelingen 4.4.1 tot en met 4.4.3 diverse voor beroepbare vatbare besluiten in het leven roepen en dat de concentratieregeling van artikel 4.4.5.1 alleen van toepassing is als er beroep wordt ingesteld tegen een beschikking waarbij de betalingsplicht is vastgesteld, extra aanleiding om te twijfelen aan het belang van codificatie van de afdelingen 4.4.1 tot en met 4.4.3. Echter, de vraag kan worden gesteld in hoeverre de afdelingen 4.4.1 tot en met 4.4.3 daadwerkelijk meer beschikkingen in het leven roepen dan thans al genomen kunnen worden. Door de algehele codificatie van bestuursrechtelijke geldschulden is het mogelijk de voorgestelde concentratieregeling van artikel 4.5.1 een ruim bereik te geven ten gevolge waarvan diverse beschikkingen die onderling nauw met elkaar verweven zijn onderwerp kunnen uitmaken van een en dezelfde procedure. Naar aanleiding van het advies van de Raad is in de toelichting nader ingegaan op de opportuniteit van de voorgestelde afdelingen 4.4.1, 4.4.2 en 4.4.3.

4. Noodzaak van de regeling; harmonisatie

De verhouding van de Awb tot bijzondere wetten komt tot uitdrukking in de vier typen bepalingen die de Awb kent. Naast de aanvullende normen (voor de gevallen waar de bijzondere wetgever heeft nagelaten een regeling te treffen) en enkele facultatieve regelingen (die slechts van toepassing zijn als een bijzondere wettelijke regeling of een besluit dat bepaalt) bevat de Awb vooral normen die gelden tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (in dat geval zegt de betrokken bepaling zelf dat daarvan bij of krachtens wettelijk voorschrift kan worden afgeweken¹) en bepalingen die dwingend normen opleggen. Het laatstgenoemde type bepaling in de Awb geeft een standaardregeling waarvan niet behoort te worden afgeweken. De voorgestelde titel 4.4 bevat vrijwel uitsluitend bepalingen van het laatste type; een enkele keer is voorzien in de mogelijkheid van afwijking. Daarmee kan grote harmoniserende werking worden bereikt. Van de Awb moet naar het oordeel van de Raad slechts worden afgeweken in uitzonderingsgevallen.

De Raad is zich ervan bewust dat pas de aanpassingswetgeving geheel duidelijk zal maken in hoeverre de beoogde harmonisering met betrekking tot de regeling van bestuursrechtelijke geldschulden daadwerkelijk zal worden bereikt. Het is blijkbaar de bedoeling dat in bijzondere wetten alleen van titel 4.4 zal worden afgeweken op het geringe aantal punten waarin die mogelijkheid uitdrukkelijk is geboden; aanvullende regels zullen natuurlijk wel mogelijk zijn. Belangrijke «bijzondere wetten» zijn in dit verband de Invorderingswet 1990 en de socialeverzekeringswetten. Om te kunnen beoordelen in hoeverre een grote mate van harmoniserende werking daadwerkelijk zal kunnen worden bereikt, beveelt de Raad aan om aan de memorie van toelichting een bijlage toe te voegen met een proeve van aanpassing aan titel 4.4 van de Invorderingswet 1990² en van een representatieve socialeverzekeringswet. Dat acht de Raad van belang om voldoende zekerheid te scheppen over de mate waarin de voorgestelde regeling daadwerkelijk harmonisatie zal kunnen bewerkstelligen (en dus over de noodzaak van het voorstel) en om na te gaan of met het geringe aantal thans voorziene afwijkingmogelijkheden kan worden volstaan.

De Raad adviseert de toelichting aan te vullen en aan de hand van de dan voorhanden zijnde proeven van aanpassing het voorstel te herijken met betrekking tot de vraag op welke punten de bijzondere wetgever enige vrijheid moet worden geboden. De Raad acht deze exercitie tevens nodig om te kunnen beoordelen of met de voorgestelde titel 4.4 een zodanige mate van harmonisatie zal worden bereikt dat opnemingsverantwoord is.

4

De Raad stelt terecht dat pas de aanpassingswetgeving geheel duidelijk zal maken in hoeverre de beoogde harmonisering met betrekking tot de regeling van de bestuursrechtelijke geldschulden daadwerkelijk zal worden bereikt. Een eerste interne proeve van aanpassing van enkele belangrijke wetten leert echter, dat waarschijnlijk inderdaad een substantieel harmoniserend effect

¹ Bijvoorbeeld de artikelen 6:16 en 10:3 Awb.

² Met betrekking tot de Invorderingswet 1990 zou ook moeten worden gelet op de versoepelingen die de Leidraad Invordering 1990 biedt, soms zelfs contra legem.

optreedt; er kunnen nogal wat bepalingen worden geschrapt. Zekerheid daarover kan echter pas worden geboden als de aanpassingswet bij de Tweede Kamer kan worden ingediend. Het voorstel van de Raad om een proeve van aanpassing bij de memorie van toelichting te voegen, is niet gevolgd. Dat zou licht de onjuiste indruk wekken, dat deze proeve de status van een regeringsvoorstel heeft, die zij niet kan hebben zoalng het normale wetgevingsproces – waaronder interdepartementaal overleg en advisering door de Raad – niet is doorlopen.

5. Bestuursrechtelijke geldschulden en het burgerlijk recht

De voorgestelde regeling berust voor een belangrijk deel op de bestaande privaatrechtelijke regeling in het BW, zoals ook tot uitdrukking komt in de wettekst en in de toelichting. De Raad maakt daarover twee opmerkingen.

a. Belang jurisprudentie burgerlijke rechter

Paragraaf II.3 van de memorie van toelichting stelt als één van de gehanteerde uitgangspunten voorop dat het bestuursrecht niet meer dan nodig mag afwijken van het burgerlijk recht. Dit impliceert naar het oordeel van de Raad dat verwacht mag worden dat de administratieve rechter de jurisprudentie van de burgerlijke rechter met betrekking tot de bepalingen van het BW waarvan artikelen van titel 4.4 zijn afgeleid of waarnaar de Awb verwijst, zoveel mogelijk zal volgen.

De Raad adviseert daarop in de memorie van toelichting te wijzen.

b. Overnemen of verwijzen

Het wetsvoorstel geeft op verschillende punten een eigen regeling; zo ten aanzien van het ontstaan en de inhoud van de verplichting tot betaling, verzuim en wettelijke rente, verjaring, aanmaning en invordering bij dwangbevel en bezwaar en beroep. Op diverse plaatsen haakt het wetsvoorstel aan bij bepalingen uit het burgerlijk recht (Boek 3 en Boek 6 BW). Dit gebeurt soms door letterlijk de bepalingen of een deel daarvan over te nemen, soms door bepalingen uit het BW van overeenkomstige toepassing te verklaren (bijvoorbeeld artikel 4.4.3.2). De memorie van toelichting verklaart niet aan de hand van welke criteria is gekozen voor de ene of de andere methode. De Raad adviseert de toelichting aan te vullen.

5

a. De Raad constateert terecht dat verwacht mag worden dat de administratieve rechter de jurisprudentie van de burgerlijke rechter met betrekking tot bepalingen van het BW waarvan artikelen van titel 4.4 zijn afgeleid of waarnaar de Awb verwijst, zoveel mogelijk zal volgen. De memorie van toelichting is op dit punt aangepast.

b. De Raad constateert dat bepalingen uit het BW soms voor een deel letterlijk zijn overgenomen, soms echter van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. De memorie van toelichting is aangevuld met een uitleg over wanneer voor de ene of de andere methode is gekozen. Naar aanleiding van deze opmerking van de Raad van State zijn de overnemingen en verwijzingen in titel 4.4 nogmaals gezien. Dit heeft geleid tot redactionele aanpassing van artikel 4.4.1.6, tweede lid, artikel 4.4.1.8, eerste lid, artikel 4.4.1.9, tweede lid, en artikel 4.4.3.4.

6. De reikwijdte van de regeling

a. Reikwijdte – algemeen

De reikwijdte van de voorgestelde regeling inzake bestuurlijke geldschulden is niet zonder meer duidelijk. Artikel 4.4.1.1 bepaalt op welke geldschulden titel 4.4 van toepassing is: het gaat om geldschulden waarbij één van de betrokken partijen bestuursorgaan is; bovendien moeten de geldschulden voortvloeien uit een wettelijk voorschrift of een appellabel besluit. Buiten de regeling vallen de betalingsverplichtingen voor het in behandeling nemen van een aanvraag en de door de rechter opgelegde betalingsverplichtingen.

De memorie van toelichting bevat geen overzicht van de geldschulden waarop het wetsvoorstel ziet; daardoor valt het niet gemakkelijk zich daarvan een enigszins nauwkeurige voorstelling te maken.

De Raad adviseert een dergelijk overzicht – dat alleen illustratief kan zijn bedoeld – in de toelichting op te nemen. Het verdient daarbij aanbeveling onderscheid te maken tussen geldschulden aan een bestuursorgaan, geldschulden van een bestuursorgaan en geldschulden tussen bestuursorganen onderling. Ook is het wenselijk dat in de memorie van toelichting een vergelijking wordt opgenomen van de reikwijdte van de voorgestelde titel 4.4 met de reikwijdte van de subsidietitel die voortvloeit uit in artikel 4:21 Awb.¹

b. Bestuursorganen en rechtspersonen

In titel 4.4 (onder andere artikel 4.4.1.1, eerste lid) wordt gesproken van betaling aan een bestuursorgaan. Strikt genomen is dit niet mogelijk, behoudens bijzondere wettelijke regeling.² Slechts de (rechts)persoon kan een schuld aan of een vordering op een (rechts)persoon hebben. Aan de openbare lichamen, zoals de staat, de gemeente, de politieregio, heeft de wet juist rechtspersoonlijkheid toegekend onder meer om te bewerkstelligen dat deze lichamen vermogensrechtelijke rechten en plichten kunnen hebben. Het bestuursorgaan treedt in zoverre op als vertegenwoordiger of orgaan van deze rechtspersoon- hetzij door rechtshandelingen hetzij door feitelijke handelingen te verrichten namens deze rechtspersoon – en oefent derhalve deze rechten en plichten slechts in zoverre uit. De betaling geschiedt in juridische zin aan of door de rechtspersoon waartoe het desbetreffende (bestuurs)orgaan behoort. De voorgestelde toevoeging aan artikel 1:1 ondervangt dit probleem niet.³ De Raad adviseert de voorgestelde regeling aan te passen, bijvoorbeeld door in artikel 4.4.1.1 te bepalen dat de rechtspersoon waartoe een bestuursorgaan behoort, voor de toepassing van titel 4.4 wordt gelijkgesteld met dat bestuursorgaan.

c. Verhouding tot gemeenschapsrecht

In paragraaf 4 van hoofdstuk II van de toelichting wordt de verhouding van de voorgestelde titel 4.4 tot het recht van de Europese Unie besproken. Daarin wordt echter geen aandacht besteed aan de vraag of de titel toepassing zou moeten vinden op besluiten tot terugvordering van ten onrechte aan een onderneming verleende steun die de overheid krachtens een beschikking van de Europese Commissie (artikel 87 van het EG-Verdrag) moet terugvorderen. De Raad adviseert deze vraag alsnog te bespreken.

6

a. Naar aanleiding van het advies van de Raad om ter illustratie in de toelichting een overzicht van de geldschulden waarop het wetsvoorstel ziet op te nemen, is paragraaf 5.1 van deel II van het algemeen deel van de toelichting uitgebreid met meer voorbeelden van mogelijke geldschulden van en aan bestuursorganen. Tevens is een vergelijking van de reikwijdte van titel 4.4 met de reikwijdte van de subsidietitel ex artikel 4:21 Awb opgenomen.

b. De Raad van State wijst erop dat betalingen in juridische zin geschieden aan of door de rechtspersoon waartoe het desbetreffende (bestuurs)orgaan behoort. Volgens de Raad ondervangt de toevoeging van het voorgestelde vierde lid aan artikel 1:1 dit niet. De Raad adviseert de voorgestelde regeling aan te passen, bijvoorbeeld door in artikel 4.4.1.1. te bepalen dat de rechtspersoon waartoe een bestuursorgaan behoort, voor de toepassing van titel 4.4 wordt gelijkgesteld met dat bestuursorgaan.

In het rechtspersonenrecht zoals neergelegd in het BW wordt uitsluitend de natuurlijke persoon of de rechtspersoon aangemerkt als rechtssubject. De (rechts)persoon is de drager van rechten en plichten. Betalingen dienen daarom in het privaatrecht te worden gedaan aan of door de (rechts)persoon. In het bestuursrecht is daarentegen het bestuursorgaan het rechtssubject. Het bestuursorgaan is de drager van rechten en plichten. De verplichting tot betaling van een geldsom aan of door een bestuursorgaan wordt dan ook niet door de rechtspersoon maar door het bestuursorgaan vastgesteld. Dit levert voor het doen van betalingen aan of door een bestuursorgaan een spanningsveld op. Dit is slechts anders indien een bijzonder wettelijk voorschrift zulks regelt.

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt een algemene voorziening te bieden. Ingevolge het voorgestelde vierde lid bij artikel 1:1 treffen de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. Met deze bepaling is beoogd

¹ Artikel 4:21 verklaart de subsidietitel van toepassing op aanspraken op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (eerste lid), maar niet op a. aanspraken of verplichtingen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift inzake belasting of de heffing van een premie dan wel een premieervangende belasting ingevolge de Wet financiering volksverzekeringen (tweede lid) en b. de aanspraak op financiële middelen die wordt verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (derde lid).

² Voorzover de Raad kon nagaan, bestaat er één uitzondering op de algemene regel, dat is de betaling aan de Ontvanger, waarop de toelichting ook wijst (toelichting op artikel 1:1).

³ «De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan treffen de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.»

een koppeling te leggen tussen privaatrecht en bestuursrecht en aldus het genoemde spanningsveld weg te nemen. In titel 4.4 wordt in meerdere bepalingen gesproken van betaling aan of door een bestuursorgaan. Vanwege de gelaagde structuur van de Awb dient een dergelijke bepaling te worden gelezen in samenhang met artikel 1:1, vierde lid: indien een betaling geschiedt aan of door een bestuursorgaan dan treffen de vermogensrechtelijke gevolgen van die betaling de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. Dit geldt ook voor de buiten titel 4.4 genoemde betalingen. Het huidige artikel 5:33, eerste lid, schrijft voor dat verbeurde dwangsommen toekomen aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort dat de dwangsommen heeft vastgesteld. Het voorgestelde artikel 5.0.10, eerste lid, schrijft voor dat, behoudens bijzondere wettelijke regeling, de geldsom toekomt aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd. Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 1:1, vierde lid. De vermogensrechtelijke gevolgen van de betaling aan het bestuursorgaan treffen de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort. Derhalve komt ook onder de voorgestelde regeling de verbeurde dwangsom toe aan de rechtspersoon. Een materiële wijziging is dus niet beoogd. Iets soortgelijks geldt ook voor de betalingen van subsidiebedragen door een bestuursorgaan (afdeling 4.2.7): de vermogensrechtelijke gevolgen van de subsidiebetaling treffen de rechtspersoon waartoe het subsidiebetalende bestuursorgaan behoort. Vergelijkbare wijzigingen worden voorgesteld in een aantal bepalingen in hoofdstuk 8: in art. 8:72 en volgende kan, vanwege de samenhang met art. 1:1, vierde lid, met betrekking tot betalingen aan de rechtspersoon het woord «rechtspersoon» worden vervangen door «bestuursorgaan».

Ook om die reden achten wij het niet wenselijk het advies van de Raad op te volgen om een gelijkstelling in artikel 4.4.1.1 op te nemen. De reikwijdte van die gelijkstelling zou immers beperkt blijven tot titel 4.4. Mede vanwege de ruime reikwijdte achten wij het raadzaam te volstaan met een algemene bepaling in hoofdstuk 1, zoals het voorgestelde artikel 1:1, vierde lid. In de memorie van toelichting bij artikel 1:1 is de ruime reikwijdte van deze bepaling verder verduidelijkt.

c. De Raad heeft aandacht gevraagd voor de situatie waarin de Europese Commissie de Nederlandse overheid opdraagt om aan een onderneming verleende steun, die in strijd is met de bepalingen inzake staatssteun in het EG-verdrag, terug te vorderen. In de eerste plaats zij opgemerkt dat het begrip staatssteun volgens vaste jurisprudentie omvat «alle maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden» (o.a. HvJ EG 22 november 2001, Ferring, C-53/00, Jur. 2001, blz. I-9067; HvJ EG 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jur. 1994, blz. I-877; HvJEG 17 juni 1999, Piaggio, C-295/97, Jur. 1999, blz. I-3735). Gelet op de reikwijdte van dit begrip, staat vast dat steunverlening in Nederland op zeer uiteenlopende juridische wijze kan geschieden. Behalve steunverlening met behulp van het bestuursrecht (subsidie) of het fiscale recht (bijv. vrijstelling, verlaging of kwijtschelding van belasting) kan sprake zijn van steunverlening met behulp van privaatrechtelijke en ondernemingsrechtelijke middelen (zoals verkoop en huur van grond onder de marktprijs, niet-marktconforme deelnemingen in ondernemingskapitaal of infrastructurele voorzieningen die alleen bepaalde bedrijven ten goede komen). Terugvordering van met het EG-verdrag strijdige steun zal in beginsel derhalve langs bestuursrechtelijke, dan wel fiscaalrechtelijke of privaatrechtelijke weg geschieden. Dit is in overeenstemming met Verordening (EG) nr. 659/99 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 (thans: 88) van het EG-verdrag (PbEG L83) (de zgn. Procedureverordening), die bepaalt dat terugvordering onverwijld en overeenkomstig de nationaalrechtelijke procedures dient te geschieden. Aangezien de Awb, en ook titel 4.4 Awb, niet van toepassing is op door het privaatrecht beheerste verhoudingen zal deze titel in beginsel slechts van toepassing kunnen zijn op terugvordering langs bestuursrechtelijke of fiscaalrechtelijke weg. De toepasselijkheid van titel 4.4 veronderstelt echter wel dat de desbetreffende wettelijke voorschriften waarop de steunverlening is gebaseerd, de terugvordering van met het EG-verdrag strijdige steun mogelijk maken. Zoals ook in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awb is vermeld, onderzoekt een ambtelijke werkgroep

momenteel in hoeverre de nationale wetgeving- waaronder de Awb – aanpassing behoeft om de terugvordering van met het EU-recht strijdige steun te verbeteren. In dat rapport zal de toepasselijkheid van titel 4.4 Awb – waarnaar de Raad heeft gevraagd – meer uitgebreid aan de orde komen. Wat betreft de memorie van toelichting bij titel 4.4 Awb willen wij volstaan met het toevoegen van de Procedureverordening aan de opsomming van verordeningen waarvoor geldt dat titel 4.4 Awb mede strekt tot uitvoering daarvan zolang en voorzover het gemeenschapsrecht terzake geen eigen voorzieningen kent.

Artikelsgewijs

7. Artikel 4.4.1.2

Artikel 4.4.1.2 regelt in meer algemene zin een materie die voor beschikkingen tot subsidievaststelling reeds is geregeld in artikel 4:42 en afdeling 4.2.7 Awb. In de toelichting wordt de verhouding daartussen niet besproken. De Raad adviseert die verhouding alsnog onder ogen te zien en zo nodig de subsidie-titel aan te passen.

7

Artikel 4.4.1.2 bepaalt dat een beschikking waarbij een geldschuld wordt vastgesteld het bedrag van de schuld en de betalingstermijn moet vermelden. Dat is een vormvoorschrift, gesteld met het oog op de rechtszekerheid. Artikel 4:42 heeft een ander karakter: het legt de strekking en het rechtsgevolg van de beschikking tot subsidievaststelling vast. Artikel 4:42 is dus geen dubblure van artikel 4.4.1.2 en kan derhalve niet worden gemist. Afdeling 4.2.7 behoeft inderdaad op enige punten aanpassingen, maar daarin voorziet het wetsvoorstel reeds (Artikel I, onderdelen B, C en D).

8. Artikel 4.4.1.6

a. Artikel 4.4.1.6 geeft een afwijking van de hoofdregel dat betaling giraal geschiedt en verklaart tevens de BW-bepaling (artikel 6:48 lid 1) inzake het verstrekken van een kwitantie bij contante betaling van overeenkomstige toepassing. Het eerste lid geeft onvoldoende aan wie de bezwaarlijkheid van girale betaling beoordeelt.

De Raad adviseert de bepaling in dit opzicht te verduidelijken door afwijking van de hoofdregel van girale betaling mogelijk te maken «bij wettelijk voorschrift» of indien «naar het oordeel van het bestuursorgaan» girale betaling bezwaarlijk is.

b. Het tweede lid van artikel 4.4.1.6 verklaart artikel 48 lid 1 van Boek 6 BW «van overeenkomstige toepassing». Deze uitdrukking pleegt te worden gebruikt indien de bepaling waarnaar wordt verwezen, niet geheel letterlijk kan worden toegepast, maar misverstand over de toe te passen tekst uitgesloten is.¹ De Raad acht van-overkomstige-toepassingverklaring in dit geval bezwaarlijk. Hij adviseert dit lid te vervangen door: De schuldeiser is verplicht voor iedere contante voldoening een kwitantie af te geven, tenzij uit een wettelijk voorschrift anders voortvloeit.

8

a. De Raad van State is van opvatting dat art. 4.4.1.6, eerste lid, onvoldoende aangeeft wie de bezwaarlijkheid van girale betaling beoordeelt. Wij delen deze mening en hebben derhalve deze bepaling aangepast, daarbij is ook het eerste lid van het voorafgaande artikel gewijzigd. Het is het bestuursorgaan dat beoordeelt of de girale betaling bezwaarlijk is.

b. De van-overeenkomstige-toepassingverklaring van art. 48 lid 1 BW is hier inderdaad minder gelukkig. Wij hebben de bepaling aangepast. Zie in algemene zin reeds onder punt 5b.

9. Artikel 4.4.1.8

Artikel 4.4.1.8 regelt de toerekening van de betaling ter voldoening van een bepaalde geldschuld: de volgorde van toerekening geschiedt overeenkomstig artikel 6:44 BW. In artikel 6:43 BW wordt geregeld hoe de toerekening gaat bij verschillende geldschulden aan één schuldenaar. Ingevolge artikel 13 van het Besluit Tica inzake betaling, terugvordering en tenuitvoerlegging van boeten

¹ Aanwijzing 83 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar).

en onverschuldigd betaalde uitkering wordt een betaling eerst toegerekend aan een verschuldigde boete, vervolgens, conform de artikelen 6:43 en 6:44 BW, aan de oudste vordering, en ten slotte aan de kosten, de verschenen rente, de hoofdsom en de lopende rente; dit alles tenzij de debiteur een andere vordering aanwijst (artikel 6:43 lid 1 BW). Het Landelijk instituut sociale verzekeringen wijst erop dat het met het lik-op-stukbeleid van de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid beter spoort dat een betaling eerst aan een boete wordt toegerekend.¹ De Raad adviseert aandacht te besteden aan de plaats van de boete bij de toerekening van betaling van een geldschuld. Ook adviseert de Raad in de memorie van toelichting in te gaan op de vraag welke regels gelden bij verschillende schulden aan één bestuursorgaan, en eventueel artikel 6:43 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren.

9

Naar aanleiding van het advies van de Raad in het kader van de toerekening van de betaling ter voldoening van een bepaalde geldschuld ook aandacht te besteden aan de plaats van de boete, is de toelichting van artikel 4.4.1.8 dienovereenkomstig aangevuld. Voorts is artikel 4.4.1.8 uitgebreid met een regeling voor de toerekening van de betaling voor het geval een schuldenaar verschillende geldschulden bij dezelfde schuldeiser heeft.

10. Artikelen 4.4.1.10 en 4.4.1.11

a. Wijziging of intrekking van een uitstel- en van een voorschotbeschikking is slechts mogelijk indien de voorschriften niet worden nageleefd of voorzover veranderde omstandigheden zich tegen het uitstel of de verlening van het voorschot verzetten (artikelen 4.4.1.10, vijfde lid, en 4.4.1.11, zevende lid). De Raad adviseert wijziging of intrekking van deze beschikkingen ook mogelijk te maken als de wederpartij onvolledige of onjuiste inlichtingen heeft verstrekt en de verstrekking van deze gegevens tot een onjuiste beschikking heeft geleid. Hij wijst in dit verband op artikel 4:48, eerste lid, aanhef en onder c, Awb.

b. Volgens het voorgestelde artikel 4.4.1.10, vierde lid, alsmede artikel 4.4.1.11, zesde lid, kunnen aan een uitstel- en aan een voorschotbeschikking «voorschriften» worden verbonden. Het is niet duidelijk of hier «voorschriften» worden bedoeld, dat wil zeggen verplichtingen, dan wel «voorwaarden». Is het eerste het geval, dan is het van belang dat de toelichting daarvan enkele mogelijke voorbeelden geeft. Is het tweede bedoeld, dan verdient de tekst van beide bepalingen aanpassing. De Raad adviseert de kwestie te bezien.

10

a. De Raad adviseert wijziging of intrekking van de beschikking tot uitstel van betaling en de beschikking tot verlening van een voorschot mede mogelijk te maken als de wederpartij onvolledige of onjuiste inlichtingen heeft verstrekt. De wettekst is dienovereenkomstig aangepast.

b. De Raad vraagt zich af of in art. 4.4.1.10, vierde lid, respectievelijk art. 4.4.1.11, zesde lid, niet alleen over «voorschriften» maar ook over «voorwaarden» had moeten worden gesproken. Voor zover het zich al zou laten denken, achten wij het niet wenselijk aan dit soort beschikkingen opschortende of ontbindende voorwaarden te verbinden. Een bezwaar van een ontbindende voorwaarde is dat de beschikking, indien de gebeurtenis zich voordoet waarop de ontbindende voorwaarde betrekking heeft, van rechtswege zijn rechtskracht verliest. Dit leidt tot onzekerheden. De bestuursrechtelijke weg is dat de beschikking door het bestuur uitdrukkelijk wordt ingetrokken. Artikel 4.4.1.12 (voorheen: art. 4.4.1.10, vijfde lid, en 4.4.1.11, zevende lid) biedt hiervoor de grondslag. Voor zover opschortende voorwaarden bij uitstel van betaling en het verlenen van een voorschot al in aanmerking zouden komen, is het gebruik van dit soort voorwaarden onwenselijk aangezien het eveneens tot onzekerheden leidt. Onzeker is immers of de toekomstige gebeurtenis waarop deze voorwaarde betrekking heeft, zich zal voordoen. Het is beter dat het bestuursorgaan wacht met het nemen van de beschikking totdat de voorwaarde is vervuld. De term «voorschriften» is ingevolge de Aanwijzingen voor de regelgeving gereserveerd voor het aan beschikkingen verbinden van verplichtingen. In

¹ Zie het nagekomen commentaar van het Landelijk instituut sociale verzekeringen op het Voorontwerp Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht van 23 december 1999.

beide bepalingen is alleen op voorschriften in deze zin bedoeld. Voorbeeld bij uitstek van aan een beschikking tot uitstel van betaling verbonden voorschriften vormen de voorschriften van een betalingsregeling. Voorschriften die worden verbonden aan de beschikking tot voorschotverlening hebben bijvoorbeeld betrekking op het stellen van zekerheden. Deze voorbeelden zijn ook in de memorie van toelichting genoemd.

11. Artikel 4.4.2.3

De verschuldigde wettelijke rente wordt door het bestuursorgaan vastgesteld (artikel 4.4.2.3). De toelichting bij dit artikel stelt dat het bestuursorgaan een beschikking moet geven als het zelf die rente moet betalen. Het bestuursorgaan is echter niet verplicht rente in rekening te brengen. Niet duidelijk is hoe het stelsel van artikel 4.4.2.3 werkt als het gaat om een bestuursrechtelijke geldschuld van een bestuursorgaan aan een bestuursorgaan. De Raad adviseert hierin te voorzien.

11

De Raad merkt op dat het niet duidelijk is hoe het stelsel van art. 4.4.2.3 werkt als het gaat om een bestuursrechtelijke geldschuld van een bestuursorgaan aan een bestuursorgaan. Wanneer zowel de schuldeiser als de schuldenaar bestuursorgaan zijn, stelt de crediteur het bedrag van de verschuldigde wettelijke rente vast. Wij hebben de memorie van toelichting op dit punt aangepast.

12. Artikel 4.4.3.2.

In artikel 4.4.3.2, eerste lid, wordt bepaald dat de verjaring wordt gestuit door een daad van rechtsvervolgning overeenkomstig artikel 316 lid 1 van Boek 3 BW en dat artikel 316 lid 2 van Boek 3 van overeenkomstige toepassing is. Genoemd artikel 316 lid 1 ziet op stuiting als gevolg van het instellen van een eis. Het tweede lid ziet op het instellen van een nieuwe eis. Niet duidelijk is hoe deze bepaling gelezen dient te worden voor de bestuursrechtelijke procedure. De memorie van toelichting besteedt hier geen aandacht aan. De Raad adviseert tot verduidelijking van de verwijzing.

12

De Raad vraagt hoe artikel 4.4.3.2 – dat onder meer betrekking heeft op de stuiting van de verjaring door middel van instelling van een eis – gelezen moet worden voor de bestuursrechtelijke procedure. Naar aanleiding van deze vraag merken wij op dat onder het «instellen van eis» is te verstaan het instellen van een eis bij de burgerlijke rechter. Betreft het een vordering van een bestuursorgaan op de burger dan kan het bestuursorgaan niet bij de bestuursrechter terecht omdat, zoals bekend, alleen tegen besluiten van bestuursorganen bij de bestuursrechter kan worden opgekomen. Maar ook als het een vordering van de burger op het bestuursorgaan betreft komt de bestuursrechter niet in beeld. Het niet-betalen is immers geen besluit in de zin van de Awb, aangezien het geen rechtshandeling inhoudt; en ook de weigering om te betalen kan niet als zodanig worden aangemerkt. Hoewel de vaststelling van de verplichting tot betaling een besluit is (vgl. art. 4.4.1.2), moet aan gewone uitvoeringshandelingen, zoals betalingshandelingen, dit karakter worden ontnomen. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat bijzondere uitvoeringshandelingen, zoals de verlening van uitstel van betaling of de verlening van een voorschot, wel als besluit worden aangemerkt. Het voorafgaande betekent dat als de schuldenaar weigerachtig is om te betalen uiteindelijk alleen de weg naar de burgerlijke rechter openstaat. Daarnaast is het mogelijk dat bij wet aan het bestuursorgaan de bevoegdheid is toegekend het verschuldigde bedrag bij dwangbevel in te vorderen. Maar ook dan komt de bestuursrechter niet in beeld. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat de bevoegde rechter in dezen de burgerlijke rechter is.

13. Artikel 4.4.5.1

De voorgestelde concentratieregeling van artikel 4.4.5.1 is zeker nuttig. De toelichting daarop besteedt echter geen aandacht aan de verhouding tot de verwante bepaling van artikel 6:19 en de vraag waarom de materie wordt geregeld in afdeling 4.4.5 en niet in hoofdstuk 6. De Raad adviseert daarin alsnog te voorzien.

De Raad vraagt naar de verhouding tussen artikel 4.4.5.1 en artikel 6:19 Awb. Artikel 6:19 voorziet in de mogelijkheid een wijzigings- of intrekkingbesluit in een lopende bezwaar- of beroepsprocedure mee te nemen indien het wijzigings- of intrekkingbesluit valt binnen de grondslag en de reikwijdte van het bestreden besluit. Ook hier geldt als uitgangspunt dat het nieuwe besluit afkomstig moet zijn van hetzelfde orgaan als dat welke het bestreden besluit heeft genomen.

Artikel 4.4.5.1 voorziet in de mogelijkheid bijkomende beschikkingen, bijvoorbeeld omtrent verrekening, uitstel van betaling enz., mee te nemen in een lopende bezwaar- of beroepsprocedure tegen een beschikking waarbij een verplichting tot betaling van een geldsom is opgelegd. Deze bijkomende beschikkingen zijn niet aan te merken als beschikkingen die vallen binnen de grondslag en reikwijdte van de bestreden beschikking. Om deze reden is behoefte aan een aparte bepaling waarin dit is geregeld en wordt in artikel 4.4.5.1 ook expliciet bepaald dat de bijkomende beschikking afkomstig moet zijn van hetzelfde bestuursorgaan als dat dat de beschikking, inhoudende de verplichting tot betaling van een geldsom, heeft vastgesteld.

Er kan sprake zijn van een samenloop tussen de beide artikelen in de gevallen dat in een procedure waarbij de beschikking tot betaling van een geldsom op grond van artikel 4.4.5.1 te samen met een of meer bijkomende beschikkingen aan de orde is, het betrokken bestuursorgaan besluit tot wijziging of intrekking van een bijkomende beschikking. Alsdan zal in de lopende procedure op grond van artikel 6:19 dit wijzigings- of intrekkingbesluit ook meegenomen kunnen worden.

De toelichting bij artikel 4.4.5.1 is overeenkomstig het verzoek van de Raad op dit punt aangevuld. Er is van af gezien artikel 4.4.5.1 in hoofdstuk 6 te plaatsen omdat de bepaling te zeer toegespitst is op een bepaald soort besluiten. De concentratie geldt immers alleen in een bezwaar- of beroepsprocedure tegen een beschikking waarbij een verplichting tot betaling van een geldsom is vastgesteld en dan uitsluitend ten aanzien van specifieke, bijkomende beschikkingen, zoals omtrent verrekening, vaststelling van rente enz. Een dergelijke bepaling leent zich niet voor opnemings in een hoofdstuk, bevattende algemene bepalingen ten aanzien van bezwaar en beroep tegen besluiten. In dit geval menen wij dat ondanks het processuele karakter van de bepaling meer gewicht dient te worden gegeven aan de onderlinge samenhang tussen artikel 4.4.5.1 en de overige bepalingen in titel 4.4 van hoofdstuk 4. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van de artikelen 5:31c en 5:39 van het onderhavige wetsvoorstel.

III HANDHAVING

Algemeen

14. Indeling van hoofdstuk 5

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld hoofdstuk 5 aldus in te delen:

Titel 5.1 Algemene bepalingen

Titel 5.2 Toezicht op de naleving

Titel 5.3 Herstelsancties

Afd. 5.3.1 Bestuursdwang

Afd. 5.3.2 Last onder dwangsom

Titel 5.4 Bestuurlijke boete

Afd. 5.4.1 Algemene bepalingen

Afd. 5.4.2 De procedure

Bij deze indeling valt allereerst op dat de volgorde van de titels 5.1 en 5.2 eigenlijk onjuist is, nu titel 5.1 uitsluitend algemene bepalingen van bestuurlijke sanctierecht bevat, niet van toezicht op de naleving.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat verschillende algemene bepalingen over bestuursrechtelijke sancties nu enigszins verspreid zijn opgenomen. Allereerst zijn er te vinden in titel 5.1, maar ook de artikelen 5:31c en 5:39 kunnen worden gerekend tot de algemene bepalingen.

In de derde plaats is titel 5.4 blijkens de slotbepaling mede bedoeld als algemeen deel ten opzichte van (nog) niet in de Awb geregelde bestraffende sancties zoals de bestraffende intrekking van een begunstigende beschikking. In elk geval moeten artikel 5.4.1.2, de artikelen 5.4.1.4 en 5.4.1.5 alsmede artikel

5.4.1.7, tweede lid, worden beschouwd als algemene bepalingen voor bestraffende bestuurlijke sancties, naast artikel 5.0.11, dat wel is opgenomen in titel 5.1.

Dit alles overziende adviseert de Raad, de titel met algemene bepalingen onder te verdelen in drie afdelingen (bestuurlijke sancties in het algemeen/ herstelsancties/ bestraffende sancties) en de titels 5.1 en 5.2 om te wisselen. De indeling van hoofdstuk 5 zou dan worden:

Titel 5.1 Toezicht op de naleving

Titel 5.2 Algemene bepalingen inzake bestuurlijke sancties

Afd. 5.2.1 Algemeen

Afd. 5.2.2 Herstelsancties

Afd. 5.2.3 Bestraffende sancties

Titel 5.3 Bijzondere bepalingen over herstelsancties

Afd. 5.3.1 (Last onder) bestuursdwang¹

Afd. 5.3.2 Last onder dwangsom

Titel 5.4 Bijzondere bepalingen over bestuurlijke boete² (enz.)

14

Het advies van de Raad is niet gevolgd. Herindeling van hoofdstuk 5 zou voor de praktijk soortgelijke nadelen hebben als de door de Raad onder punt 2 voorgestelde herindeling van hoofdstuk 4. Ook op inhoudelijke gronden geven wij er de voorkeur aan, de titel met algemene bepalingen aan het begin van hoofdstuk 5 te plaatsen. Zo is bijvoorbeeld de bepaling over het zwijgrecht ook voor toezichthouders van belang.

Anders dan de Raad menen wij voorts, dat de artikelen 5:31c en 5:39 niet het karakter van algemene bepalingen hebben. Er is bewust niet gekozen voor een algemene regel dat bij een beschikking, inhoudende een bestuurlijke sanctie, alle bijkomende beschikkingen in het bezwaar of beroep tegen de hoofdbeschikking kunnen worden «meebeoordeeld». Dit is namelijk niet voor alle bijkomende beschikkingen wenselijk. Daarom is gekozen voor enumeratie van de beschikkingen die wel kunnen worden «meebeoordeeld». Als gevolg daarvan is artikel 5:31c specifiek toegesneden op de last onder bestuursdwang en artikel 5:39 op de last onder dwangsom.

Tenslotte menen wij dat onderverdeling van titel 5.1 in drie afdelingen, zoals de Raad voorstelt, niet nodig is, nu titel 5.1 slechts elf artikelen telt.

15. Bestuurlijke sancties en het strafrecht

De memorie van toelichting bespreekt in paragraaf V.5 enkele aspecten van de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Zoals blijkt uit punt 1 van dit advies kan de Raad in beginsel instemmen met het uitgangspunt dat in het bijzonder het bestraffende bestuursrecht – in het voorliggende wetsvoorstel gaat het dan meer speciaal om de regeling van de bestuurlijke boete – niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht, en dat het daarvan in verband met (vooral) artikel 6 EVRM op essentiële punten ook niet mag afwijken. Ook onderschrijft hij het uitgangspunt dat het wenselijk is om – nu hoofdstuk 5 van de Awb reeds een aantal bestuurlijke sancties kent en het voor de hand ligt om, na de regeling van bestuurlijke boeten in een betrekkelijk groot aantal bijzondere bestuursrechtelijke wetten, daarvoor thans een algemene regeling in dit hoofdstuk op te nemen – een aantal algemene bepalingen van bestuurlijk sanctierecht vast te stellen en die onder te brengen in dit hoofdstuk.

Het voorstel bevat geen bepalingen inzake bewijsrecht. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het bewijs van een overtreding die kan leiden tot het opleggen van een bestraffende bestuurlijke sanctie aan strengere vereisten moet voldoen dan in het algemeen in het bestuursrechtelijk bewijsrecht het geval is. In het bijzonder mag bij het opleggen van bestraffende sancties geen gebruik worden gemaakt van – in strafrechtelijke zin – onrechtmatig verkregen bewijs. In andere gevallen, ook bij het opleggen van een herstelsanctie, kan zulk bewijs echter wel een rol spelen, tenzij het is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.³

De Raad geeft in overweging een bewijsregel op te nemen die aansluit bij de hiervoor samengevatte jurisprudentie inzake het gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs.

¹ Zie nader punt 18.

² Mochten naderhand nog één of meer andere bestraffende sancties worden opgenomen, dan kan de status van het onderdeel «Bijzondere bepalingen inzake bestuurlijke boete» worden verlaagd tot afdeling en kan titel 5.4 als opschrift krijgen «Bijzondere bepalingen inzake bestraffende sancties».

³ Zie bijvoorbeeld EHRM 12 juli 1988, NJ 851 (Schenk); HR 1 juli 1992, NJ 1994, 621; ABRS 4 februari 2000, AB 242.

Hoewel wij de door de Raad geformuleerde regels inhoudelijk onderschrijven, zou het naar ons oordeel niet verstandig zijn om thans één of twee geïsoleerde bewijsregels in de Awb vast te leggen. Dat zou moeten geschieden in het kader van een meeromvattende codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Het thans opnemen van een enkele bewijsregel voor een specifiek geval roept immers onmiddellijk de vraag op, welke regels dan in andere gevallen gelden. De memorie van toelichting is aangevuld met een opmerking van deze strekking.

16. Definities

De in de voorgestelde artikelen 5.0.2 en 5.4.1.1 opgenomen definities roepen bij de Raad enkele vragen op.

a. Bestuurlijke sanctie

In artikel 5.0.2, eerste lid, aanhef en onder c, wordt de bestraffende sanctie gedefinieerd als de bestuurlijke sanctie die strekt tot bestraffing van de overtreder. Deze definitie heeft slechts een beperkte inhoudelijke betekenis: zij geeft geen antwoord op de vraag wanneer van een strekking tot bestraffing gesproken kan worden. Aangezien binnen de bestuursrechtspraak de bestraffende (of punitieve) sancties op verschillende punten anders worden beoordeeld dan de herstelsancties – er vindt een indringender toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaats en de waarborgen die voortvloeien uit onder meer artikel 6 EVRM worden van toepassing geacht – is juist die vraag van wezenlijk belang. De rechter dient te beschikken over een duidelijk wettelijk criterium aan de hand waarvan de kwalificatie als bestraffend of als niet-bestraftend zo nauwkeurig en objectief mogelijk kan plaatsvinden. De praktijk heeft uitgewezen dat daartoe behoefte bestaat aan duidelijke definiëring van de categorie bestraffende sancties, al was het maar omdat één en dezelfde sanctie soms zowel het aspect van rechtsherstel als dat van bestraffing in zich heeft en de redenen voor oplegging verschillen en dienovereenkomstig moeten worden getoetst.

In de jurisprudentie is ten aanzien van de bestraffende sanctie het criterium van een (geobjectiveerd) oogmerk tot leedtoevoeging ontwikkeld; dit criterium blijkt een voldoende nauwkeurig onderscheid met de herstelsanctie op te leveren.¹ Daarom adviseert de Raad dit aspect in de definitie van de bestraffende sanctie op te nemen. Gelet op het feit dat één sanctiebesluit soms zowel bestraffing als herstel op het oog heeft, verdient het de voorkeur om te bepalen dat van een bestraffende sanctie wordt gesproken voorzover aan genoemd criterium is voldaan.

b. Bestuurlijke boete

Artikel 5.4.1.1, eerste lid, definieert de bestuurlijke boete als de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom. De bestuurlijke boete behoort daarmee tot de bestraffende sancties zoals bedoeld in artikel 5.0.2, eerste lid, aanhef en onder c. Deze boete is overigens niet de enige bestraffende sanctie: zo kan bijvoorbeeld ook de intrekking of wijziging van een begunstigende beschikking onder omstandigheden een bestraffend karakter dragen (zie bijvoorbeeld ABRS 30 maart 2001, AB 2001, 189).

In het tweede lid van artikel 5.4.1.1 wordt vervolgens bepaald dat de intrekking of wijziging van een aanspraak op financiële middelen geen bestuurlijke boete is. Dat is op zichzelf beschouwd geen verrassing: strikt genomen geldt ook zonder het bewuste artikellid dat de intrekking of wijziging van een subsidie, uitkering, of andersoortige financiële bijdrage iets anders is dan de (enkele) oplegging van een verplichting tot betaling van een geldsom. In de toelichting op artikel 5.4.1.1, tweede lid, wordt ook niet ingegaan op het bedoelde verschil, maar wordt gesteld dat beslissingen tot intrekking of wijziging van een aanspraak op financiële middelen geen bestraffende sancties zouden (kunnen) inhouden.² Het feit dat het hier niet gaat om een bestuurlijke boete, zoals de wettekst bepaalt, zegt echter niets over het al of niet bestraffende karakter van de sancties, aangezien de bestuurlijke boete nu eenmaal niet de enige bestuurlijke sanctie met een bestraffend karakter is. Daarbij komt nog dat de vooronderstelling die aan de toelichting ten grondslag lijkt te liggen, namelijk dat een vermindering of intrekking van een financiële bijdrage nooit een bestraffend karakter kan hebben, op zichzelf niet houdbaar

¹ Het meest recente voorbeeld is ABRS 20 november 2002, JB 2003/18. Voor verdere jurisprudentie, zie B.J. van de Griend, «Het oogmerk als ijkpunt; bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering», uitgave Raad van State, Den Haag 2003.

² Memorie van toelichting, bladzijde 107.

is. Het is weliswaar juist dat de jurisprudentie in dit opzicht terughoudend is, maar deze sluit zeker niet de mogelijkheid uit dat een sanctie als hier bedoeld in een concreet geval mede het oog heeft op bestraffing van de overtreder; zie bijvoorbeeld de in de toelichting op artikel 5.4.1.1, tweede lid, genoemde TWAO-uitspraken, alsmede ABRS 20 november 2002, JB 2003/18 en ABRS 20 november 2002, JB 2003/19, waarin de sanctie van artikel 44 van de Huursubsidiewet als punitief werd aangemerkt.

De tekst van de toelichting op artikel 5.4.1.1, tweede lid, spoort al met al niet met de tekst van het artikellid zelf en is bovendien als zodanig niet juist. Uit de wettekst zelf vloeit niet méér voort dan dat de intrekking of vermindering van financiële bijdragen expliciet wordt uitgesloten van de regeling inzake bestuurlijke boeten; daarmee is niets gezegd over het eventuele bestraffende karakter van deze beschikkingen. In ieder geval is dus aanpassing van de toelichting noodzakelijk. Dat geldt temeer nu het wetsvoorstel vooralsnog geen andere in het bijzonder genoemde bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete beoogt te reguleren; er is geen directe noodzaak om hier beschouwingen op te nemen over het al of niet bestraffende karakter van (nog) niet in het wetsvoorstel geregelde, specifieke sancties.

De Raad adviseert voorts de beoogde strekking van artikel 5.4.1.1, tweede lid, te verduidelijken door te bepalen dat de titel inzake de bestuurlijke boete niet van toepassing is op de intrekking of wijziging van een aanspraak op financiële middelen.

c. Disciplinaire sancties

Ziet de Raad het wel, dan vallen onder de definitie van bestuurlijke sanctie ook door bestuursorganen opgelegde disciplinaire sancties; die komen onder meer voor in het ambtenarenrecht en krachtens artikel 104, eerste lid, van de Wet op de bedrijfsorganisatie. Dat lijkt niet de bedoeling te zijn.

De Raad adviseert tot aanpassing van het voorgestelde artikel 5.0.2.

16

a. Het advies van de Raad is gevolgd.

b. Het advies van de Raad is gevolgd.

c. Anders dan de Raad zien wij geen reden om door bestuursorganen opgelegde disciplinaire sancties bij voorbaat van de definitie van bestuurlijke sanctie uit te zonderen. De in artikel 104, eerste lid, van de Wet op de bedrijfsorganisatie bedoelde tuchtrechtelijke maatregelen zijn echter geen bestuurlijke sancties, omdat zij niet door het bestuursorgaan, maar door de tuchtrechter worden opgelegd (zie de nieuwe Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004, Stb. 2004, 35).

17. Afstemming met de officier van justitie

Artikel 5.4.1.5 geeft, in combinatie met artikel 243 van het Wetboek van Strafvordering (WvSv), een regeling voor de situatie waarin een gedraging behalve tot een bestuurlijke boete ook tot strafvervolging kan leiden.

Uitgangspunt is dat dan overleg plaatsvindt met de officier van justitie, waarna ofwel de bestuurlijke boete, ofwel de strafvervolging achterwege blijft. Er ontbreekt dus een duidelijke voorrangregeling. Mede als gevolg daarvan bevat de regeling nog enkele leemten. Hierna volgt een overzicht van mogelijke situaties die in dit verband aan de orde kunnen zijn.

Allereerst kan het voorkomen dat voorafgaand aan een beslissing omtrent strafvervolging of aan het begin van het onderzoek ter terechtzitting moet worden beslist over de oplegging van een bestuurlijke boete. Artikel 5.4.1.5, eerste lid, aanhef en onder a, bepaalt dan dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd indien strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen. Wat nu te doen als de officier van justitie heeft laten weten dat de zaak nog in onderzoek is, of dat weliswaar is besloten tot strafvervolging, maar dat het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen? In deze twee situaties ligt naar het oordeel van de Raad, net als in de situatie bedoeld in artikel 5.4.1.5, eerste lid, aanhef en onder a, het geven van voorrang aan het strafrecht voor de hand. In een aantal bijzondere wetten is eenzelfde formulering terug te vinden als die van artikel 5.4.1.5, eerste lid, aanhef en onder a, maar daar is soms een voorschrift toegevoegd voor de situatie waarin de betrokken gedraging nog door de officier van justitie wordt onderzocht; zo lang dat het geval is blijft het opleggen van een boete eveneens achterwege

(bijvoorbeeld artikel 12c, eerste lid, van de Coördinatiewet Sociale Verzekering). Wellicht vormt zo'n aanvulling ook hier een oplossing. Vervolgens de situatie waarin de strafvervolging reeds is aangevangen als over het opleggen van een bestuurlijke boete moet worden beslist. Daarin voorziet het vorengenoemde artikellid. Terecht wordt (ook) hier voorrang gegeven aan het strafrecht. Hetzelfde geldt voor de in artikel 5.4.1.5, eerste lid, aanhef en onder b, bedoelde situaties. Is reeds een bestuurlijke boete opgelegd, en moet vervolgens nog worden beslist over strafvervolging, dan wordt binnen de thans voorgestelde systematiek – gelet op artikel II, de voorgestelde aanvulling van artikel 243 WvSv – voorrang gegeven aan het bestuursrecht. Die keuze kan echter problemen opleveren, in het bijzonder wanneer een bevel van het gerechtshof ex artikel 12 WvSv is gegeven. Weliswaar lijkt er als de opgelegde boete reeds onherroepelijk vaststaat bij het uitvaardigen van zo'n bevel of bij het uit anderen hoofde nemen van een vervolgingsbeslissing, geen andere oplossing voorhanden dan dat de strafrechter bij de straftoemeting rekening houdt met de boete, maar het ligt anders als de boete nog in geschil is, en derhalve nog niet onherroepelijk is geworden. Die laatste situatie kan zich in de praktijk voordoen; zie bijvoorbeeld ABRS 10 september 2003, 200204238/1.¹ In zo'n situatie lijkt het mogelijk dat de boete alsnog wordt ingetrokken – een oplossing die vanuit het oogpunt van ne bis in idem valt te prefereren.

Al met al adviseert de Raad op basis van het voorgaande tot een duidelijker keuze voor het geven van voorrang aan het strafrecht. In beginsel valt zo'n duidelijker keuze, zoals blijkt uit het voorgaande, te prefereren. Mochten daartegen in bepaalde specifieke situaties bezwaren rijzen, dan zou bij bijzondere wet van de Awb-bepalingen kunnen worden afgeweken; daartoe zou de Awb dan ook uitdrukkelijk de mogelijkheid moeten bieden. Ten slotte vraagt de Raad in verband met de hier aan de orde zijnde afstemmingsproblematiek nog aandacht voor de in de Staatscourant aangekondigde grotere rol voor de officier van justitie als handhavend bestuursorgaan, dat een zogeheten «OM-boete» zal kunnen opleggen.² De onderhavige bepaling ziet op de verhouding van de bestuurlijke boete tot het traditionele strafproces. Mocht het in de toekomst mogelijk worden dat de officier van justitie zelfstandig (bestuurlijke) boeten oplegt ten aanzien van (thans) strafrechtelijk gesanctioneerde gedragingen, dan is wellicht ook in zoverre afstemming noodzakelijk met de in de (bijzondere) bestuursrechtelijke wetgeving geregelde bestuurlijke boeten. De Raad adviseert aan deze kwestie in de toelichting aandacht te besteden.

17

Anders dan de Raad veronderstelt, beoogt de voorgestelde regeling wel een zekere, maar geen absolute voorrang voor het strafrecht. Indien het openbaar ministerie aanvankelijk tot strafvervolging besluit, maar in een later stadium alsnog van (verdere) vervolging afziet, kan dat bijvoorbeeld zijn omdat uit nieuwe informatie blijkt dat de overtreding toch minder ernstig is dan aanvankelijk werd gedacht en daarom bestuurlijk behoort te worden afgedaan. Daarom dient de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete pas definitief te vervallen als het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen. Pas dan kan immers niet meer van vervolging worden afgezien (art. 242, tweede lid, WvSv).

De Raad geeft vervolgens in overweging een aanvullende regeling te treffen voor twee situaties:

- indien strafvervolging is ingesteld, maar het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen, of
- de officier van justitie heeft laten weten dat de zaak nog in onderzoek is. Naar ons oordeel ziet de Raad hier over het hoofd, dat beide situaties reeds zijn geregeld in het voorgestelde artikel 5.4.1.5, derde lid. Dit artikellid heeft betrekking op zaken die door het bestuursorgaan aan de officier van justitie zijn voorgelegd. Het bepaalt dat het bestuursorgaan dan nog maar in twee gevallen een bestuurlijke boete mag opleggen: als de officier van justitie heeft laten weten dat geen strafvervolging wordt ingesteld en als de officier van justitie na dertien weken geen enkele reactie heeft gegeven. Daaruit volgt reeds, dat het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete mag opleggen als de officier binnen dertien weken laat weten dat de zaak nog in onderzoek is, noch

¹ Te vinden op www.raadvanstate.nl.

² Stcrt. van 28 augustus 2003, nr.165. Het daarin aangekondigde voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht tot uitbreiding van de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten is te vinden op de website van het Ministerie van Justitie. Overigens heeft dit wetsvoorstel – anders dan de Staatscourant meldt – de Raad van State nog niet bereikt.

als de officier van justitie heeft laten weten dat strafvervolging is of zal worden ingesteld, ongeacht of het onderzoek ter terechtzitting al dan niet is aangevangen. Anders dan in de gevallen, bedoeld in het eerste lid, kan in zojuist omschreven situaties de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen echter weer herleven, namelijk als de officier van justitie alsnog mededeelt van (verdere) vervolging af te zien.

De Raad vraagt vervolgens terecht aandacht voor de situatie waarin een bestuurlijke boete is opgelegd, maar vervolgens een belanghebbende op grond van artikel 12 WvSv een klacht wegens niet-vervolging indient bij het gerechtshof. Anders dan de Raad menen wij niet dat de enige voorhanden oplossing voor dat geval is dat de strafrechter bij de straftoemeting rekening houdt met de opgelegde boete. Naar ons oordeel is een betere oplossing om de bestuurlijke boete op dit punt op één lijn te stellen met de transactie. Dit betekent dat, als het gerechtshof vervolging beveelt, het recht tot strafvervolging herleeft (art. 74b, eerste lid, WvSr). Een reeds betaalde transactie dient in zo'n geval te worden terugbetaald (art. 74b, tweede lid, WvSr). Voor de bestuurlijke boete kan het zelfde resultaat worden bereikt door te bepalen dat de bestuurlijke boete in zo'n geval van rechtswege vervalt. Een en ander is geregeld in het voorgestelde artikel 5.4.1.8 Awb.

Aan het door de Raad genoemde wetsvoorstel «OM-boete» is in de toelichting aandacht besteed.

18. Last onder bestuursdwang

Bij het «overnemen» van de dwangsomregeling uit de Gemeentewet in de Awb is van de gelegenheid gebruikgemaakt om de figuur van de bestuurlijke dwangsom voortaan niet meer te omschrijven als «het opleggen van een dwangsom», maar als «het opleggen van een last onder dwangsom». Dat was een verbetering, die duidelijker tot uitdrukking brengt wat de essentie is: het geven van een bevel, waarbij de dreiging van het verbeuren van een dwangsom slechts bedoeld is als stok achter de deur.

Een vergelijkbare aanpassing heeft destijds niet plaatsgehad met betrekking tot de figuur van de bestuursdwang. Daar doet de wet het voorkomen of de realiteit is dat een bestuursorgaan «besluit» tot het nemen van bepaalde feitelijke maatregelen, waarbij de betrokkene «slechts» een gelegenheid wordt geboden om de effectuering van dat besluit te voorkómen door die maatregelen zelf te nemen. In vrijwel alle gevallen – de zelden voorkomende spoedbestuursdwang vormt de uitzondering – is dat echter allerminst de realiteit, maar kan een rechtstreekse parallel worden getrokken met de last onder dwangsom.

Bij een bestuursdwangbevoegdheid gaat het allereerst om wat voorheen wel werd aangeduid als de «aanschrijving» of de waarschuwing: het bevel, de last, om één of meer noodzakelijk geachte maatregelen te nemen. Slechts de sanctie bij niet-uitvoering van de last verschilt; in geval van een last onder dwangsom bestaat deze uit het verbeuren van een som geld, in geval van een bestuursdwangbesluit uit (mogelijke) effectuering van bestuurswege, op kosten van de nalatige overtreder.

Ook uit de thans voorgestelde artikelen 5:31a en volgende blijkt dat het dusgenaamde «bestuursdwangbesluit» niet rechtstreeks is gericht op het daadwerkelijk effectueren van de aangekondigde maatregelen: daarvoor is nog een afzonderlijke beslissing vereist, die artikel 5:31a afzonderlijk beroepbaar wil maken bij de bestuursrechter.

Tegen de achtergrond van het voorgaande, en nu ook de regeling van de last onder dwangsom algeheel wordt vernieuwd, adviseert de Raad van de gelegenheid gebruik te maken om ook de bestuursdwangfiguur op te zetten als last onder bestuursdwang. Daarmee zou tevens de quasi-fictie van het huidige artikel 5:24, eerste lid, tweede volzin, kunnen verdwijnen en zou de definitie van de herstelsanctie in het voorgestelde artikel 5.02, eerste lid, onder a, kunnen worden vereenvoudigd.¹ De Raad adviseert tot aanpassing van het wetsvoorstel in deze zin.

18

Het advies van de Raad is gevolgd.

¹ De definitie zou bijvoorbeeld kunnen luiden: «een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting».

Artikelsgewijs

19. Artikel 5.0.4

Artikel 5.0.4. regelt het legaliteitsbeginsel voor bestuurlijke sancties. De Raad constateert dat het legaliteitsvereiste van het tweede lid niet volledig is, nu het niet tevens eist dat de bevoegdheid tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie bestond voorafgaand aan de gedraging. Hij adviseert tot aanvulling van de bepaling.

19

Het advies van de Raad is gevolgd.

20. Artikel 5.0.8

Deze bepaling regelt samenloop van bestuurlijke sancties: indien twee of meer voorschriften zijn overtreden, kan voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een bestuurlijke sanctie worden opgelegd. De toelichting verwijst naar de samenloopregeling in het Wetboek van Strafrecht (WvS) (artikelen 55 en volgende WvS). Over deze bepaling maakt de Raad twee opmerkingen.

a. De strafrechtelijke samenloop betreft de gelijktijdige berechting van hetzij één gebeurtenis die verschillende delictsomschrijvingen vervult, hetzij verschillende gebeurtenissen waarop één of meer strafbepalingen van toepassing zijn. De regeling strekt ertoe cumulatie van sancties te voorkomen.¹ Cruciaal in de strafrechtelijke samenloopregeling is de vraag of sprake is van een eendaadse dan wel van meerdaadse samenloop. Artikel 5.0.8 ziet op meerdaadse samenloop; van het treffen van een regeling voor eendaadse samenloop is afgezien om redenen van eenvoud, nu deze figuur ook in het strafrecht slechts zelden voorkomt. Dat is op zichzelf beschouwd te rechtvaardigen, maar de Raad wijst er wel op dat uit de toelichting bij de bepaling niet duidelijk wordt in hoeverre bij de toepassing van de regeling kan worden aangesloten bij de (straf)rechtspraak over hetzelfde feit in de zin van artikel 55, eerste lid, WvS.² Ook is niet duidelijk waarom de artikelen 57 en 62 WvS in de toelichting niet worden genoemd. Meer duidelijkheid hierover is wenselijk voor bestuursorgaan en rechter. De Raad adviseert de memorie van toelichting aan te vullen.

b. Artikel 55, tweede lid, WvS bepaalt dat indien voor een feit dat onder een algemene strafbepaling valt, een bijzondere strafbepaling bestaat, alleen deze laatste in aanmerking komt. Bij deze zogeheten specialiteitsregeling gaat het om de vraag of er, bij het bestaan van verschillende mogelijkheden om een gedraging onder een strafbepaling te brengen, een materieelrechtelijke rangorde bestaat tussen die bepalingen, zodat in bepaalde gevallen het ene delict vóór het andere gaat.³ Feitelijk is hier geen sprake van samenloop, omdat er maar één gedraging is, waarop dus, gelet op artikel 55, tweede lid, WvS, één bepaling toepasselijk is. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de «logische specialis» en de «systematische» (of juridische) »specialis». Van een logische specialis is sprake wanneer de bijzondere strafbepaling dezelfde bestanddelen bevat als de algemene, maar daarnaast nog enkele andere; bijvoorbeeld eenvoudige diefstal (artikel 310 WvS) ten opzichte van diefstal met braak (artikel 311 WvS).⁴ Van een systematische specialis is sprake als twee strafbepalingen niet in een zuivere verhouding van logische specialiteit tot elkaar staan maar de onderlinge relatie zo is dat eigenlijk slechts één bepaling in aanmerking komt. Daarvan is volgens de rechtspraak maar zelden sprake.⁵ Als de bepalingen zien op enigszins verschillende rechtsgoederen, wordt geen systematische specialis aangenomen.⁶ Niettemin acht de Raad het niet uitgesloten dat het leerstuk van de generalis/specialis onder omstandigheden ook relevant kan zijn voor bestuurlijke sancties; te denken valt aan de situatie dat een bestuursorgaan een bestuurlijke boete oplegt wegens overtreding van een generalis (bijvoorbeeld een algemene zorgplicht) in plaats van wegens overtreding van de specialis, waarop een lagere boete is gesteld. Naar het oordeel van de Raad is er daarom aanleiding dit vraagstuk in de toelichting te bespreken. Daartoe adviseert de Raad.

¹ J. de Hullu, Materieel strafrecht, 2000, bladzijde 498.

² Zie onder meer HR 15 februari 1932, NJ 1932, bladzijde 289 (Oude Kijk in 't Jatstraat). Deze rechtspraak wordt wel aangeduid als de aspectenleer.

³ J. de Hullu, Materieel strafrecht, 2000, bladzijde 506.

⁴ Op grond van het opportuniteitsbeginsel staat het de officier van justitie vrij om een diefstal met braak te vervolgen als eenvoudige diefstal. Artikel 55, tweede lid, WvS is in het bijzonder van betekenis bij geprivilegieerde delicten, zoals kinderdoodslag (artikel 290 WvS).

⁵ Voor een voorbeeld, zie HR 6 december 1960, NJ 1961, 54 (Verhuiswagen).

⁶ De Hoge Raad acht geen specialis-verhouding aanwezig tussen valsheid in geschrift (artikel 225 WvS) en alle bepalingen in bijzondere wetten waarin het verzwijgen van inkomsten in uitkeringsformulieren of belastingaangiften strafbaar is gesteld. Volgens de Hoge Raad beschermt artikel 225 WvS het openbaar vertrouwen in de echtheid van bepaalde geschriften terwijl de bijzondere bepalingen een ander rechtsgoed, te weten de openbare middelen, beschermen.

20

- a. Het advies van de Raad is gevolgd.
- b. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de generalis/specialis-problematiek in de memorie van toelichting kort aangestipt. Voor een uitgebreide bespreking zien wij, gelet op het beperkte praktische belang, geen aanleiding.

21. Artikel 5.0.10

Het eerste lid bepaalt dat voorzover een bestuurlijke sanctie verplicht tot betaling van een geldsom, deze geldsom toekomt aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd. De regering is er niet van overtuigd dat er gevaar bestaat voor misbruik van de regeling en ziet veeleer voordelen in de sfeer van het beklemtonen van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving.

Het waarborgen van de objectiviteit en integriteit van de overheid is echter een zwaarwegend belang. Daarbij gaat het niet alleen om het tegengaan van echt misbruik, maar ook om het voorkomen van de schijn van oneigenlijk gebruik in verband met een financieel belang van de bestraffende overheid bij de beboeting.

De Raad acht het gewenst dat in de toelichting nader wordt uiteengezet op welke wijze kan worden voorkómen dat met de voorgestelde regeling een schijn van oneigenlijk gebruik door de overheid kan ontstaan.

21

Uiteraard zijn wij met de Raad van oordeel dat het waarborgen van de objectiviteit en de integriteit van de overheid een zwaarwegend belang is. Wij menen echter, dat deze objectiviteit en integriteit door de voorgestelde regeling geenszins worden bedreigd. Er zij aan herinnerd, dat de voorgestelde regeling overeenkomt met het geldende recht, zowel voor bestuurlijke dwangsommen als voor bestuurlijke boeten. Niet is gebleken dat deze thans reeds geldende regelingen hebben geleid tot oneigenlijk gebruik van handhavingbevoegdheden of zelfs maar de schijn daarvan. Op de meeste beleidsterreinen levert de inzet van handhavingsbevoegdheden het bestuur ook helemaal geen financieel voordeel op, omdat de kosten van toezicht en sanctieoplegging de «opbrengsten» veelal overtreffen en soms verre overtreffen.

Voorts staat tegen ieder financieel sanctiebesluit beroep open bij de bestuursrechter. Deze kan desgevraagd toetsen of de overtreding bewezen en de sanctie evenredig is. Ook kan hij toetsen of de sanctie past binnen het door het bestuursorgaan gevoerde handhavingsbeleid. Voor dit handhavingsbeleid gelden ten slotte de normale vormen van politieke controle. De jaarlijkse raming en verantwoording van de opbrengsten in het kader van de begrotingscyclus levert ook een bijdrage aan deze controle. Gelet op dit alles bestaan er naar ons oordeel voldoende waarborgen tegen oneigenlijk gebruik van handhavingsbevoegdheden. De memorie van toelichting is aangevuld met een passage van deze strekking.

22. Artikel 5.0.11

Terwijl artikel 5.0.11, tweede lid, de cautieregeling, uitdrukkelijk is beperkt tot mondelinge verklaringen, ziet het aan artikel 29 WvSv ten grondslag liggende beginsel volgens de Hoge Raad ook op schriftelijke inlichtingen.¹ Ook uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het nemo-tenetur-beginsel en het zwijgrecht in bijzondere omstandigheden betrekking kunnen hebben op schriftelijke inlichtingen en bankafschriften.² In verband hiermee adviseert de Raad tot aanpassing van de bepaling.

22

De Raad stelt terecht, dat volgens de jurisprudentie van zowel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als de Hoge Raad het zwijgrecht onder omstandigheden ook bij schriftelijke vragen kan gelden. Daaruit volgt echter niet zonder meer, dat dit ook voor de cautieplicht geldt. Het EVRM kent zelfs geen cautieplicht.

In het strafrecht (art. 29, tweede lid, Sv) en ook in het fiscale boeterecht (art. 67l, tweede lid, Awr) geldt de cautieplicht indien sprake is van een verhoor. Onder verhoor wordt gemeenlijk een mondelinge ondervraging verstaan. De achtergrond van de cautieplicht is immers het ervaringsgegeven, dat van een

¹ Zie HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 173 en HR 22 juni 1999, NJ 1999, 648.

² Zie EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke) en EHRM 3 mei 2001, EHRC 2001/45 (J.B. tegen Zwitserland).

mondelijke ondervraging een zekere psychische druk om te antwoorden kan uitgaan. De cautie wil voorkomen, dat de ondervraagde onder deze druk verklaringen aflegt, waarvan niet meer kan worden gezegd dat zij in vrijheid zijn afgelegd.

Van schriftelijke vragen gaat, door het ontbreken van de directe confrontatie met de ondervrager, veel minder druk om te antwoorden uit. Wij zien dan ook geen aanleiding om, in afwijking van hetgeen sedert decennia in het strafrecht geldt, voor het bestuursrecht een algemene cautieplicht bij schriftelijke vragen te introduceren.

Wel hebben wij in de opmerking van de Raad aanleiding gezien om de formulering van artikel 5.0.11, tweede lid, te verduidelijken door ook daarin het woord verhoor te gebruiken. Daardoor sluit het tweede lid niet alleen beter aan bij het eerste lid, maar ook bij het strafrecht en het fiscale boeterecht. Het begrip verhoor ziet, als gezegd, op een mondelinge ondervraging. Dit is slechts anders indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor.

23. Artikel 5.4.1.6

Tegen de achtergrond van de termijn die artikel 70, aanhef en onder 1o, WvS geeft voor vervolgingsverjaring van overtredingen, te weten twee jaar, is de termijn van vijf jaar voor het vervallen van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete bij overtredingen waarvoor een boete van meer dan 340 euro kan worden opgelegd, lang.

Heeft de Raad het wel, dan komt een zo lange termijn in de bestaande wetgeving ook zelden voor (voorbeelden bieden de artikelen 64 en 82a van de Mededingingswet en artikel 72 van de Wet bescherming persoonsgegevens). Hij adviseert hier te kiezen voor een algemene termijn van twee jaar en afwijking bij de wet mogelijk te maken.

23

Een vervaltermijn van vijf jaar voor het opleggen van een bestuurlijke boete komt in de bestaande wetgeving vaker voor dan de Raad veronderstelt. Gewezen zij bijvoorbeeld op artikel 15.16 Telecommunicatiewet, artikel 15k Postwet, artikel 27e, tweede lid, WW, artikel 17e, tweede lid, AKW en artikel 79 Spoorwegwet (nog niet in werking getreden). Op verschillende deelgebieden van het bestuursrecht bestaat aan deze langere termijn behoefte, omdat overtredingen soms pas na verloop van tijd aan het licht komen of uitgebreid onderzoek vergen. Het gaat daarbij ook niet meer uitsluitend om lichte overtredingen. Wij geven er daarom de voorkeur aan de termijn van vijf jaar te handhaven. Het door de Raad gesuggereerde alternatief achten wij uit een oogpunt van harmonisatie van wetgeving niet aantrekkelijk. Het zou er immers toe kunnen leiden dat de bijzondere wetgever nu eens voor drie jaar, dan weer voor vier of vijf jaar kiest. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

24. Artikel 5.4.1.7

In artikel 5.4.1.7, tweede lid, is ten aanzien van boeten waarvan de hoogte niet in een wettelijk voorschrift is gefixeerd, het evenredigheidsbeginsel neergelegd. De toelichting verwijst naar de gangbare praktijk van indringende rechterlijke toetsing van bestraffende sancties aan dit beginsel. Anders dan in de toelichting op het tweede en derde lid van artikel 5.4.1.7 kennelijk wordt aangenomen, is deze indringende toetsing echter niet beperkt tot niet dwingend voorgeschreven sancties, maar vindt zij ook plaats als een sanctie dwingend is voorgeschreven door de wettelijke regeling – zij het dat de rechter zich er in zo'n geval rekenschap van geeft dat de wetgever zich reeds in algemene zin over de evenredigheid van het sanctiestelsel heeft gebogen; zie bijvoorbeeld ABRS 4 maart 1999, JB 1999/69. De hier bedoelde praktijk van indringende toetsing vloeit onder meer voort uit artikel 6 EVRM. Anders dan in de toelichting wordt gesteld, is zij niet afhankelijk van het bestaan van beoordelingsvrijheid bij het sanctieopleggende bestuursorgaan.¹ De toelichting bij de onderhavige bepaling gaat voorts in op de in het derde lid opgenomen «hardheidsclausule». Anders dan uit de desbetreffende passage zou kunnen worden afgeleid, is de rechter ook gehouden de sanctie «vol» te toetsen op de evenredigheid van de zwaarte daarvan in verhouding tot de ernst van de overtreding als de overtreder niet expliciet een beroep op de «hardheidsclausule» heeft gedaan. Voor het bestuur geldt dus dat het ook bij

¹ Iets anders is dat de aanwezigheid van beleids- of beoordelingsvrijheid tot terughoudendheid in de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel dient te leiden. Gelet op artikel 6 EVRM kan er van een dergelijke terughoudendheid geen sprake zijn als de vraag aan de orde is naar de evenredigheid tussen de ernst van een overtreding en de zwaarte van een op die overtreding betrekking hebbende bestraffende sanctie.

het ontbreken van zo'n beroep gehouden is zorg te dragen voor evenredigheid tussen overtreding en sanctie. Ook «bijzondere omstandigheden» als bedoeld in artikel 5.4.1.7, derde lid, kunnen, afhankelijk uiteraard van hun precieze aard, soms tot de conclusie leiden dat een wettelijke sanctie als onevenredig zwaar moet worden beschouwd. De praktijk wijst uit dat het juist in geval van wettelijk voorgeschreven sancties vaak de bijzondere omstandigheden van het geval zijn die (toch) aanleiding tot een dergelijk oordeel kunnen geven; zie bijvoorbeeld ABRS 15 april 1999, JB 1999/151. De Raad adviseert tot aanpassing van de toelichting.

24

De Raad heeft enige opmerkingen gemaakt over het evenredigheidsbeginsel uit artikel 5.4.1.7 van het wetsvoorstel. Naar het oordeel van de Raad dient een indringende rechterlijke toetsing op evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete niet alleen plaats te vinden bij niet wettelijk gefixeerde boetes maar ook bij wettelijk vastgestelde boeten. Deze praktijk van indringende toetsing vloeit onder meer voort uit artikel 6 EVRM. In de visie van de Raad van State is deze praktijk van indringende rechterlijke toetsing, anders dan in de memorie van toelichting wordt gesteld, niet afhankelijk van het bestaan van beoordelingsvrijheid bij het sanctieopleggende bestuursorgaan. Verder meent de Raad dat het bestuur in geval van wettelijk gefixeerde boetetarieven gehouden is zorg te dragen voor evenredigheid tussen overtreding en sanctie, ook als de overtreder hier niet uitdrukkelijk een beroep op doet.

De opmerkingen van de Raad van State komen er in wezen op neer dat de rechter de vrijheid zou hebben om geen rekening te houden met een wettelijk tariefstelsel. Ook de rechtbank Rotterdam heeft zich in deze zin uitgesproken (20 mei 2003, JB 2003, 204). In deze zaak is de rechtbank van oordeel dat de minister van VWS zich van geval tot geval moet afvragen of het opleggen van een wettelijk gefixeerde boete (in casu op grond van de Warenwet) evenredig is, ook indien daar door de overtreder geen uitdrukkelijk beroep op wordt gedaan.

Wij blijven echter van mening dat uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens niet volgt dat een wettelijk gefixeerd boetestelsel op zich zelf in strijd zou komen met het uit artikel 6 EVRM af te leiden evenredigheidsbeginsel. Integendeel, uit de reeds in de MvT genoemde zaak Malige/Frankrijk (23 september 1998) valt af te leiden dat dit wel geoorloofd is, mits de wetgever bij de totstandkoming van de regeling de evenredigheid in acht heeft genomen. Ook de recentere zaak Göktaş/Frankrijk (2 juli 2002, EHRC 2002, 72) wijst in deze richting. In deze zaak overweegt het Hof met zoveel woorden dat het EVRM wettelijk gefixeerde sancties niet verbiedt en de rechter evenmin dwingt tot het aanpassen van deze sancties naar de omstandigheden van het geval. Verder dient te worden opgemerkt dat het EVRM niet dwingt tot een ambtshalve toets op evenredigheid door de rechter, de klager zal hier derhalve uitdrukkelijk een beroep op moeten doen. Een en ander betekent dat de rechter in beginsel uit kan gaan van deze afweging door de wetgever. Hetzelfde geldt voor het bestuur, tenzij het bestuur duidelijke aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld wegens de geringe draagkracht van de overtreder. Een dergelijke aanwijzing zal het bestuur in de meeste gevallen krijgen doordat de betrokkene een beroep doet op dergelijke bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij het geven van zijn zienswijze over een voorgenomen boeteoplegging. Concluderend betekent dit dat het bestuur in het overgrote deel van de gevallen niet gehouden is ambtshalve te toetsen of de wettelijk gefixeerde boete in evenredig is. Het valt echter niet geheel uit te sluiten dat uit het «dossier» in kwestie duidelijke aanwijzingen blijken die zouden moeten leiden tot een matiging van de hoogte van de bestuurlijke boete, zonder dat de betrokkene hier expliciet een beroep op heeft gedaan. In dat geval brengt reeds het zorgvuldigheidsbeginsel mee, dat het bestuursorgaan dergelijke aanwijzingen niet mag negeren.

Deze benadering wordt ondersteund door CBb 29 april 2004, LJN-nr. AO 9910, betreffende de wettelijke gefixeerde boete op grond van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. De memorie van toelichting is aangevuld met een passage in bovenvermelde zin.

25. Artikel 5.4.2.1

Volgens deze bepaling kunnen personen die zowel toezichthouder als opsporingsambtenaar zijn, in beginsel kiezen of zij een rapport dan wel een ambtsedig proces-verbaal opmaken. Artikel 152 WvSv, waaraan in het vierde lid ook wordt gerefereerd, eist echter dat een opsporingsambtenaar proces-verbaal opmaakt van het door hem opgespoorde strafbare feit of van hetgeen door hem tot opsporing is verricht of gevonden. Daar bestaat dus geen keuzevrijheid.

De Raad adviseert in de toelichting uiteen te zetten waarom bij de hier aan de orde zijnde bestraffende sanctie kan worden volstaan met een rapport.

25

Het is inderdaad niet de bedoeling dat de opsporingsambtenaar vrijelijk kan kiezen tussen een rapport en een proces-verbaal. Dit is in de memorie van toelichting verduidelijkt.

26. Artikel 5.4.2.2

Volgens het eerste lid kan de overtreder op zijn verzoek ter voorbereiding van zijn verdediging inzage verkrijgen in zijn dossier. Onder het dossier verstaat de toelichting «alle stukken die moeten dienen tot onderbouwing van de beslissing tot het opleggen van een bestuurlijke boete».¹

In dit verband wijst de Raad erop dat het recht op een eerlijke behandeling van artikel 6 EVRM vergt dat de vervolgende instantie de verdachte op de hoogte stelt van al het materiaal, niet alleen dat wat ten nadele van de verdachte gebruikt kan worden, maar ook wat te zijnen gunste is.² De Raad acht het noodzakelijk dat de toelichting hierop wijst.

Het tweede lid van artikel 5.4.2.2 bepaalt dat voorzover de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt, het bestuursorgaan er zoveel mogelijk zorg voor draagt dat de gegevens aan die overtreder worden medegedeeld «in een voor hem begrijpelijke taal». Teneinde elk mogelijk misverstand te voorkomen acht de Raad het wenselijk dat de woorden «een voor deze begrijpelijke taal» hier, in lijn met de artikelen 5, tweede lid, en 6, derde lid, EVRM, worden vervangen door «een taal die deze verstaat». Desgewenst kan daaraan het begrijpelijkheidsvereiste worden toegevoegd.

26

In de memorie van toelichting is er, overeenkomstig het advies van de Raad, op gewezen dat artikel 6 EVRM de verplichting meebrengt om de vermeende overtreder inzage te verschaffen in alle voor de oplegging van de boete relevante stukken, waaronder ook stukken die ten voordele van de overtreder strekken.

Wij achten het geen verbetering om in artikel 5.4.2.2, tweede lid, de woorden «een voor hem begrijpelijke taal» te vervangen door «een taal die hij verstaat». Hoewel laatstgenoemde formulering voorkomt in de artikelen 5 en 6 EVRM, wekt het werkwoord «verstaan» ten onrechte de indruk dat alleen mondeling informatie zou behoeven te worden verstrekt. De in het wetsvoorstel gekozen formulering geeft naar ons oordeel de strekking van artikel 6 EVRM beter weer en spoort goed met de authentieke teksten van artikel 6, derde lid, onderdeel a, EVRM («a language which he understands»/ «une langue qu'il comprend»).

27. Artikel 5.4.2.6

Volgens het vierde lid wordt mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet verleend aan degene die van de overtreding een rapport of een proces-verbaal heeft opgemaakt. In de opzet van de Awb zijn de specifieke uitzonderingen op de mogelijkheid tot mandaatverlening te vinden in artikel 10:3, tweede lid, van de wet.

De Raad adviseert de hier aan de orde zijnde uitzondering daar eveneens onder te brengen.

27

Het advies van de Raad is gevolgd.

¹ Memorie van toelichting, bladzijde 117.

² EHRM 16 december 1992, Publ. ECHR Series A vol. 247-B (Edwards). Zie ook HR 7 mei 1996, NJ 1996, 687 en HR 20 juni 2000, NJ 2000, 502.

IV. ATTRIBUTIE

28. Over artikel 10.1.3.1 maakt de Raad de volgende opmerkingen.
a. Het voorgestelde artikel 10.1.3.1, eerste lid, geeft het bestuursorgaan onder welks verantwoordelijkheid een «attributaris» werkzaam is, de bevoegdheid om niet alleen algemene instructies te geven maar ook instructies per geval. Die regeling is in overeenstemming met de thans algemeen aanvaarde opvatting inzake het geldende recht.

De Raad meent echter dat er reden is de zaken voor de toekomst anders te regelen. Terzijde merkt hij op dat de thans als heersend te beschouwen opvatting ook niet geheel onomstreden is.¹

De Awb kent straks drie rechtsfiguren inzake bevoegdheids«verkrijging»: mandaat (opdracht, vertegenwoordiging), delegatie (overdracht) en straks ook attributie (originaire toekenning van een nieuwe bevoegdheid). In die volgorde wordt de betrokken bevoegdheid steeds meer een «eigen» bevoegdheid van het nieuw bevoegde bestuursorgaan. Mandaat levert in feite geen echte eigen bevoegdheid op, maar betreft het uitoefenen van een bevoegdheid die rechtens bij de mandaatgever is gebleven. Delegatie wel, maar het delegerende bestuursorgaan kan de delegatie op elk moment ongedaan maken. Attributie levert een echte eigen bevoegdheid op, die alleen door de betrokken wettelijke regeling ongedaan kan worden gemaakt, niet door het bestuursorgaan onder welks verantwoordelijkheid de «attributaris» werkt. Bij mandaat zijn algemene en bijzondere instructies mogelijk. Bij delegatie zijn alleen instructies in de vorm van beleidsregels mogelijk; bijzondere instructies zijn dus uitgesloten. Tegen deze achtergrond acht de Raad het ongerijmd dat in geval van attributie wèl instructies per geval mogelijk zouden zijn. Wordt een dergelijke verhouding tussen verantwoordelijk bestuursorgaan en eventuele «attributaris», één met instructiebevoegdheid per geval, bij een bepaalde vorm van attributie aan een ondergeschikte wenselijk geacht, dan verdient het de voorkeur de betrokken besluitbevoegdheid aan het verantwoordelijke bestuursorgaan toe te kennen; dit kan de bevoegdheid vervolgens desgewenst mandateren, eventueel onder het instellen van een agentschap. Dat is in veel gevallen thans ook de praktijk.

Intussen moet er rekening mee worden gehouden dat bij de thans bestaande wettelijke gevallen van attributie aan ondergeschikten is uitgegaan van het bestaan van instructiebevoegdheid ook voor concrete gevallen. Daarom beveelt de Raad per saldo aan in artikel 10.1.3.1 de instructiebevoegdheid van het verantwoordelijke bestuursorgaan, net als bij delegatie, te beperken tot de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen, maar tevens te voorzien in de mogelijkheid om bij bijzondere wet een verdergaande instructiebevoegdheid in het leven te roepen. Bij de aanpassingswetgeving die nodig zal zijn ter invoering van de vierde tranche kan dan worden gezien in welke gevallen van deze mogelijkheid gebruik moet worden gemaakt.

Tevens beveelt de Raad aan in artikel 10.1.3.1 te bepalen dat de uitsluitend-beleidsregelbevoegdheid alleen geldt voor attributie bij wettelijk voorschift. Daarmee komt de bijzondere figuur van artikel 8.13, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wet milieubeheer² – waarvan niet zonder meer duidelijk is of de toekenning van een nadere-eisbevoegdheid moet worden beschouwd als attributie dan wel als delegatie – buiten het bereik van de bepaling te vallen.

b. De voorgestelde formulering van het eerste lid («de bevoegdheid tot het nemen van besluiten») kan de indruk wekken dat ook de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften zou kunnen worden geattribueerd aan een ondergeschikte. Dat acht de Raad niet gewenst.³ Daarom adviseert hij het woord «besluiten» te vervangen door: beschikkingen.

Om te voorkomen dat die indruk langs de weg van artikel 10.1.3.3 alsnog zou worden gewekt, zou daar het woord «besluiten» niet moeten worden vervangen door «(het nemen van) beschikkingen».

¹ Zie de adviezen van P. de Haan en H. J. de Ru naar aanleiding van de affaire Wibo van der Linden (1985).

² De bepaling luidt: «Aan een vergunning kunnen in het belang van het milieu andere voorschriften worden verbonden. Die voorschriften kunnen in ieder geval inhouden: [...] (f) dat met betrekking tot in het voorschrift geregelde, daarbij aangegeven onderwerpen moet worden voldaan aan nadere eisen die door een bij het voorschrift aangewezen bestuursorgaan worden gesteld».

³ In dezelfde zin aanwijzing 20 Ar.

In zijn advies stelt de Raad dat de voorgestelde regeling in overeenstemming is met de thans algemeen aanvaarde opvatting inzake het geldende recht voor attributie aan ondergeschikten. De Raad meent echter dat er reden is de zaken voor de toekomst anders te regelen. Wij zijn het op dit punt niet met de Raad eens.

De Raad stelt terecht dat bij een vergelijking van mandaat, delegatie en attributie deze bevoegdheidsverkrijgende rechtsfiguren in deze volgorde steeds meer een «eigen» bevoegdheid verschaffen aan de nieuw bevoegde bestuursorganen. De conclusie die de Raad daaruit trekt – namelijk dat de hoofdregel bij attributie net als bij delegatie zou moeten zijn dat bijzondere instructies zijn uitgesloten – miskent de beperkte strekking van de voorgestelde regeling. In het wetsvoorstel wordt uitsluitend een regeling gegeven voor die gevallen waarin de wetgever een bevoegdheid heeft geattribueerd aan personen of colleges die onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn. Zoals de Raad terecht vaststelt geldt voor die gevallen volgens de heersende leer juist de hoofdregel dat de ondergeschiktheidsverhouding prevaleert en dat dus zowel algemene als bijzondere instructies mogelijk zijn. Met deze regeling wordt tegemoet gekomen aan een wens van de Tweede Kamer en wordt het desbetreffende leerstuk gecodificeerd. Overigens zijn wij het met de Raad eens dat in het algemeen mandaat de meest geschikte vorm is voor de verdeling van bevoegdheden binnen een hiërarchische organisatie.

De aanbeveling die de Raad tevens doet om in de formulering van artikel 10.1.3.1 tot uitdrukking te brengen dat het bij attributie gaat om de toedeling van een bevoegdheid bij wettelijk voorschrift, hebben wij overgenomen.

b. De Raad wijst erop dat de voorgestelde formulering van artikel 10.1.3.1, eerste lid, de indruk kan wekken dat ook de bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften aan ondergeschikten kan worden geattribueerd. Wij zijn met de Raad van mening dat het niet wenselijk is dat de wetgever aan een ondergeschikte de bevoegdheid zou toekennen tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften. Mocht de wetgever daar in een bepaald geval echter anders over denken, dan kan noch de voorgestelde formulering, noch de door de Raad aangedragen formulering hem daarvan weerhouden. Wij zien daarom geen reden de door de Raad voorgestelde formulering over te nemen.

Naar aanleiding van de redactionele kanttekeningen van de Raad merken wij het volgende op:

- De eerste kanttekening is niet overgenomen, omdat de Woordenlijst Nederlandse taal («het Groene Boekje») thans nog slechts de spelling «voorzover» kent. Het is gebruik om bij wijziging van een wet de geldende spelling te volgen, ook als oudere delen van die wet nog een andere spelling volgen.
- Het advies van de Raad de term «geldsom» in artikel 4.4.4.1 (thans: artikel 4.4.4.2.1) te vervangen door «geldschuld» is niet overgenomen omdat de term «geldsom» in dit voorschrift beter aansluit bij de terminologie van dit wetsvoorstel waar telkens gesproken wordt van een verplichting tot betaling van een geldsom dan wel de voldoening van een geldschuld.
- Het advies van de Raad om in artikel 4.4.1.10, eerste lid, «wederpartij» te vervangen door «schuldenaar» is eveneens niet overgenomen teneinde het misverstand te vermijden als zou het bestuursorgaan bevoegd zijn uitstel aan zichzelf – als schuldenaar – te verlenen.
- Het advies van de Raad om in artikel 4.4.4.2 (thans artikel 4.4.4.1.1), eerste lid, de zinsnede «Het bestuursorgaan maant de schuldenaar» te vervangen door: «Alvorens een dwangbevel uit te vaardigen maant het bestuursorgaan de schuldenaar», is niet opgevolgd, omdat de aanmaning van artikel 4.4.4.2 (thans artikel 4.4.4.1.1) ook kan plaatsvinden ingeval de invordering niet met behulp van een dwangbevel geschiedt.
- Het advies van de Raad om artikel 4.4.4.4 (thans artikel 4.4.4.2.2) direct na artikel 4.4.4.1 (thans artikel 4.4.4.2.1) te plaatsen is op andere wijze opgevolgd; afdeling 4.4.4 is gesplitst in twee paragrafen en artikel 4.4.4.1 (thans artikel 4.4.4.2.1) is verplaatst.
- De laatste kanttekening is niet overgenomen, omdat daartoe geen aanleiding is.

De overige kanttekeningen zijn overgenomen.

29. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage 1.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Bijlage 1 bij het advies van de Raad van State van 11 november 2003, no.W03.03.0272/I, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- Overal «voorzover» vervangen door «voor zover», nu deze laatste spelling in de bestaande tekst van de wet is aangehouden.
- De artikelen 4.4.3.3 en 4.4.3.4 in de bedrijvende vorm redigeren.

In artikel 4.4.4.1 de term «geldsom» vervangen door «geldschuld», nu dit het begrip is dat in artikel 4.4.1.1 wordt gebruikt.

- De formulering van artikel 4.4.1.5, derde lid, aanpassen aan die van artikel 6:114 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek: Betaling geschiedt op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd.
- Het voorbeeld van de kinderbijslag in de memorie van toelichting bij artikel 4.4.1.5, vierde lid, vervangen door een ander voorbeeld, nu niet het kind maar ouders rechthebbenden zijn van kinderbijslag.
- In artikel 4.4.1.10, eerste lid, «wederpartij» vervangen door: schuldenaar.
- In artikel 4.4.2.2, eerste lid, de zinsnede «en 120 van Boek 6» vervangen door: en 120 lid 1 van Boek 6.
- In de toelichting op artikel 4.4.2.2 uiteenzetten waarom daar wordt verwezen naar gemeenschapsrecht.
- De artikelen 4.4.3.3 en 4.4.3.4 in de bedrijvende vorm redigeren.
- De bepaling van artikel 4.4.4.2, vierde lid, overbrengen naar artikel 4.4.4.3, eerste lid.
- In artikel 4.4.4.2, eerste lid, de zinsnede «Het bestuursorgaan maant de schuldenaar» vervangen door: Alvorens een dwangbevel uit te vaardigen maant het bestuursorgaan de schuldenaar.
- Artikel 4.4.4.4 direct na artikel 4.4.4.1 plaatsen.
- In artikel 5:31d, onderdeel b, «onder de opschortende voorwaarde dat» vervangen door: indien.
- In artikel 5:32a, derde lid, de verwijzing «, bedoeld in het eerste en het tweede lid» schrappen wegens overbodigheid.
- In artikel 5:38 «indien» vervangen door: voor zover.
- In de memorie van toelichting bij artikel 10.1.3.1 ingaan op de gevolgen van artikel 1:6 voor de bevoegdheid van een bestuursorgaan instructies te geven aan ambtenaren die opsporingsbevoegdheid hebben.

Bijlage 2

Inhoudsopgave

I. INLEIDING	1
1. Bestuursrecht, burgerlijk recht en strafrecht	1
II. BESTUURSRECHTELIJKE GELDSCHULDEN	3
Algemeen	3
2. Plaats van het onderdeel «Bestuursrechtelijke geldschulden» in de Algemene wet bestuursrecht	3
3. Belang van de regeling	4
4. Noodzaak van de regeling; harmonisatie	5
5. Bestuursrechtelijke geldschulden en het burgerlijk recht	5
a. Belang jurisprudentie burgerlijke rechter	6
b. Overnemen of verwijzen	6
6. De reikwijdte van de regeling	6
a. Reikwijdte – algemeen	6
b. Bestuursorganen en rechtspersonen	7
c. Verhouding tot gemeenschapsrecht	7
Artikelsgewijs	9
7. Artikel 4.4.1.2	9
8. Artikel 4.4.1.6	9
9. Artikel 4.4.1.8	9
10. Artikelen 4.4.1.10 en 4.4.1.11	10
11. Artikel 4.4.2.3	11
12. Artikel 4.4.3.2	11
13. Artikel 4.4.5.1	11
III. HANDHAVING	12
Algemeen	12
14. Indeling van hoofdstuk 5	12
15. Bestuurlijke sancties en het strafrecht	13
16. Definities	14
a. Bestuurlijke sanctie	14
b. Bestuurlijke boete	14
c. Disciplinaire sancties	15
17. Afstemming met de officier van justitie	15
18. Last onder bestuursdwang	17
Artikelsgewijs	18
19. Artikel 5.0.4	18
20. Artikel 5.0.8	18
21. Artikel 5.0.10	19
22. Artikel 5.0.11	19
23. Artikel 5.4.1.6	20
24. Artikel 5.4.1.7	20
25. Artikel 5.4.2.1	22
26. Artikel 5.4.2.2	22
27. Artikel 5.4.2.6	22
IV. ATTRIBUTIE	23
28. Artikel 10.1.3.1	23
29. Redactionele kanttekeningen	26