

# De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht in werking

## Twee magische lijnen verschoven

Lodewijk Rogier<sup>1</sup>

MET DE OPNAME VAN DE VIERDE TRANCHE IN DE AWB OP 1 JULI WORDEN DE TWEE MAGISCHE GRENZEN VAN HET BESTUURSRECHT VERSCHOVEN. ENERZIJD DOOR DE REGELING VAN GELDSCHULDEN IN DE RICHTING VAN HET PRIVAATRECHT, EN ANDERZIJD DOOR DE REGELING VAN DE BESTUURLIJKE BOETE IN DE RICHTING VAN HET STRAFRECHT. HOE DE BURGERLIJKE RECHTER ZICH ALS RESTRECHTER EN VERZETSRECHTER ZAL OPSTELLEN BIJ DE INVORDERING VAN BESTUURSRECHTELIJKE GELDSCHULDEN WORDT INTERESSANT. EN EEN BELANGRIJKE VRAAG VOOR DE PRAKTIJK IS HOE DE AFSTEMMING TUSSEN HET OM EN DE VERSCHILLENDE BESTUURSORGANEN MET EEN BOETEBEVOEGDHEID ZAL VERLOPEN. AFGEWACHT MOET OOK WORDEN HOE DE STRAATSBURGSE RECHTER DENKT OVER DE REGELING IN DE AWB MET BETREKKING TOT HET ZWIJGRECHT EN DE CAUTIE.

Op 1 juli a.s. treedt, bijna tien jaar na het verschijnen van het door de commissie-Scheltema daarvoor opgestelde voorontwerp,<sup>2</sup> de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking. Deze tranche bevat een substantiële aanbouw van de Awb. Aan de grens met het privaatrecht wordt het bestuursrecht uitgebreid met een regeling van de geldschulden, aan de grens met het strafrecht met een nadere regeling over handhaving, in het bijzonder over de bestuurlijke boete en in de kern wordt het bestuursrecht versterkt met een paar regels over attributie.

Het voorontwerp bevatte aanvankelijk naast deze drie onderwerpen ook de opname van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) in de Awb. Maar in het wetsvoorstel Vierde tranche dat in 2004 aan de Tweede Kamer is aangeboden<sup>3</sup> is dit onderwerp buiten de Awb gelaten. De regering wilde eerst de evaluatie van de WOB afwachten en

deze evaluatie heeft geleid tot aanpassing van de WOB en tot behoud van haar zelfstandigheid.

Van de drie genoemde onderwerpen zijn de eerste twee het meest omvattend. De regeling van bestuurlijke geldschulden is opgenomen in een nieuwe titel 4.4 Awb. Ze omvat de verplichting tot betaling, het verzuim en de wettelijke rente, de verjaring en het verval, de aanmaning en de invordering en een enkel aspect van bezwaar en beroep over geldschulden. Op deze regeling ga ik in de eerste paragraaf in.

De nieuwe regels over bestuurlijke handhaving bestaan uit een aanpassing en aanvulling van hoofdstuk 5 Awb. Ze bevatten de invoering van een aantal algemene bepalingen, de aanpassing van enkele bestaande bepalingen en een algemene regeling van de bestuurlijke boete. Deze regels komen in de tweede paragraaf aan de orde.

Het derde onderwerp betreft de regeling van attri-

butie. Het omvat twee artikelen die betrekking hebben op de attributie van bevoegdheden aan ondergeschikten tot het nemen van besluiten en tot het verrichten van andere handelingen. Daaraan en aan enkele slotartikelen is de derde paragraaf gewijd.

De behandeling van het wetsvoorstel kampte met forse haperingen in de voortgang omdat andere wetsvoorstellen, zoals de OM-afdoening,<sup>4</sup> en soms ook kleinere aanpassingen van de Awb<sup>5</sup> – om voorrang vroegen. Maar in november 2008 sloot dan toch eindelijk de wetgever de behandeling van de Vierde tranche af. Deze tranche heeft grote gevolgen voor bijzondere wetgeving. Het karakter van de meeste bepalingen is dwingend van aard. Deze bepalingen gelden voor het hele bestuursrecht. Bepalingen in bijzondere wetgeving die daarmee in strijd zijn dienden te vervallen of daarvan moest bij formele wet worden afgeweken. Daarnaast bevat de Vierde tranche regelend recht. Van deze regels mag bij (lager) wettelijk voorschrift worden afgeweken. Eerst in juni 2009 kon de behandeling van de omvangrijke aanpassingswetgeving worden afgesloten.<sup>6</sup>

Hierna geef ik een overzicht van de wijzigingen van de Awb als gevolg van de Vierde tranche. Op enkele punten ga ik wat dieper in.

### 1. Bestuursrechtelijke geldschulden

De regeling van bestuursrechtelijke geldschulden heeft zowel betrekking op de betaling van geldschulden *aan* de overheid als op de betaling van geldschulden *door* de overheid. Hoewel deze geldschulden veelal op basis van publiekrechtelijke wetgeving tot stand komen, hebben ze toch vooral vermogensrechtelijke gevolgen. Ze werden dan ook van oudsher door het privaatrecht beheerd. De nieuwe regeling beoogt tegemoet te komen aan de behoefte aan duidelijkheid over het toepasselijke recht ten aanzien van bestuursrechtelijke geldschulden en de toegankelijkheid daarvan. De huidige bestuursrechtelijke regelingen – die onderling ook vaak verschillen – en het privaatrecht voldoen daaraan niet.<sup>7</sup> Een belangrijke bijkomende reden is dat met de invordering van geldschulden aan en van de overheid veelal de executie daarvan verbonden is. Er was dus reden om te komen tot een eigen bestuursrechtelijke uniforme regeling waarbij wel zo veel mogelijk bij het privaatrecht is aangesloten. De regeling heeft alleen betrekking op *bestuursrechtelijke* betalingsverplichtingen. Geldschulden die hun grondslag hebben in het privaatrecht of het strafrecht vallen er niet onder. Ook betalingsverplichtingen die voortvloeien uit een rechterlijke uitspraak vallen er niet onder.

#### Auteur

1. Prof. mr. L.J.J. Rogier is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

#### Noten

2. Commissie Wetgeving Algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche, Den Haag 7 september 1999.

3. *Kamerstukken II 2003/04, 29 702*.

4. *Stb.* 2006, 330.

5. Zoals de Wet samenhangende besluiten Awb, *Stb.* 2008, 200.

6. *Kamerstukken* 31 124.

7. 'Wij delen niet de opvatting van de VVD-leden dat de afhandeling van bestuursrechtelijke geldschulden via het privaatrecht "goed werkt"', aldus de regering. *Kamerstukken I 2007/08, 29 702*, C, p. 6.

8. In de bijzondere wetgeving worden de

## De overheid is zo omvangrijk en divers dat verrekening van een bestuurlijke boete met een uitkering niet vanzelfsprekend is

Titel 4.4 kent vijf afdelingen. De eerste drie en de vijfde afdeling hebben zowel betrekking op schulden aan de overheid (bijv. boete, belasting, leges) als schulden van de overheid (bijv. subsidie, sociale uitkering). De vierde afdeling heeft alleen betrekking op schulden aan de overheid. De eerste afdeling (4.4.1) gaat over de vaststelling en inhoud van de verplichting tot betaling. De belangrijkste artikelen in deze afdeling betreffen de verplichting dat een geldsom bij beschikking wordt vastgesteld (art. 4:86) tenzij ze rechtstreeks uit de wet voortvloeit (art. 4:88) en dat de betaling geschiedt binnen zes weken na bekendmaking (art. 4:87), tenzij uitstel van betaling wordt verleend (art. 4:94). In deze afdeling is verder bepaald dat de betaling in beginsel giraal dient te geschieden, in euro's, en aan de schuldeiser, tenzij anders is bepaald (art. 4:89). Verrekening van schulden is slechts mogelijk voor zover in de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien (art. 4:93).<sup>8</sup> Hier wordt dus afgeweken van het privaatrecht.<sup>9</sup> De overheid is namelijk zo omvangrijk en divers dat bijvoorbeeld verrekening van een bestuurlijke boete met een uitkering niet vanzelfsprekend is.

De tweede afdeling (4.4.2) gaat over verzuim en wettelijke rente. De belangrijkste bepaling daarin is de verplichting voor de schuldenaar om wettelijke rente te betalen indien niet binnen de betalingstermijn is betaald (art. 4:97). De wettelijke rente wordt bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. Het bestuursorgaan stelt het bedrag van de verschuldigde wettelijke rente bij beschikking vast (art. 4:99). Uit praktische overwegingen is bepaald dat onder de € 20 – of, als het bestuursorgaan de schuldenaar is, € 10 – geen wettelijke rente verschuldigd is (art. 4:98).<sup>10</sup> Deze afdeling is niet van toepassing indien bij wet een andere regeling is getroffen (art. 4:103), zoals bijvoorbeeld in het belastingrecht.<sup>11</sup>

In de derde afdeling (4.4.3) is de verjaring geregeld. In aansluiting op de meest gebruikelijke termijn in het Burgerlijk Wetboek verjaart de geldsom vijf jaren nadat de voorgescreven betalingstermijn is verstreken (art. 4:104). De afdeling bevat voorts regels over stuiting (art. 4:105 – 4:110) en verlenging (art. 4:111) van de verjaring. Voor de verlenging is aangesloten bij de regeling in de Invorderingswet 1990.<sup>12</sup>

mogelijkheden tot verrekening op een aantal terreinen, zoals in het onderwijs,

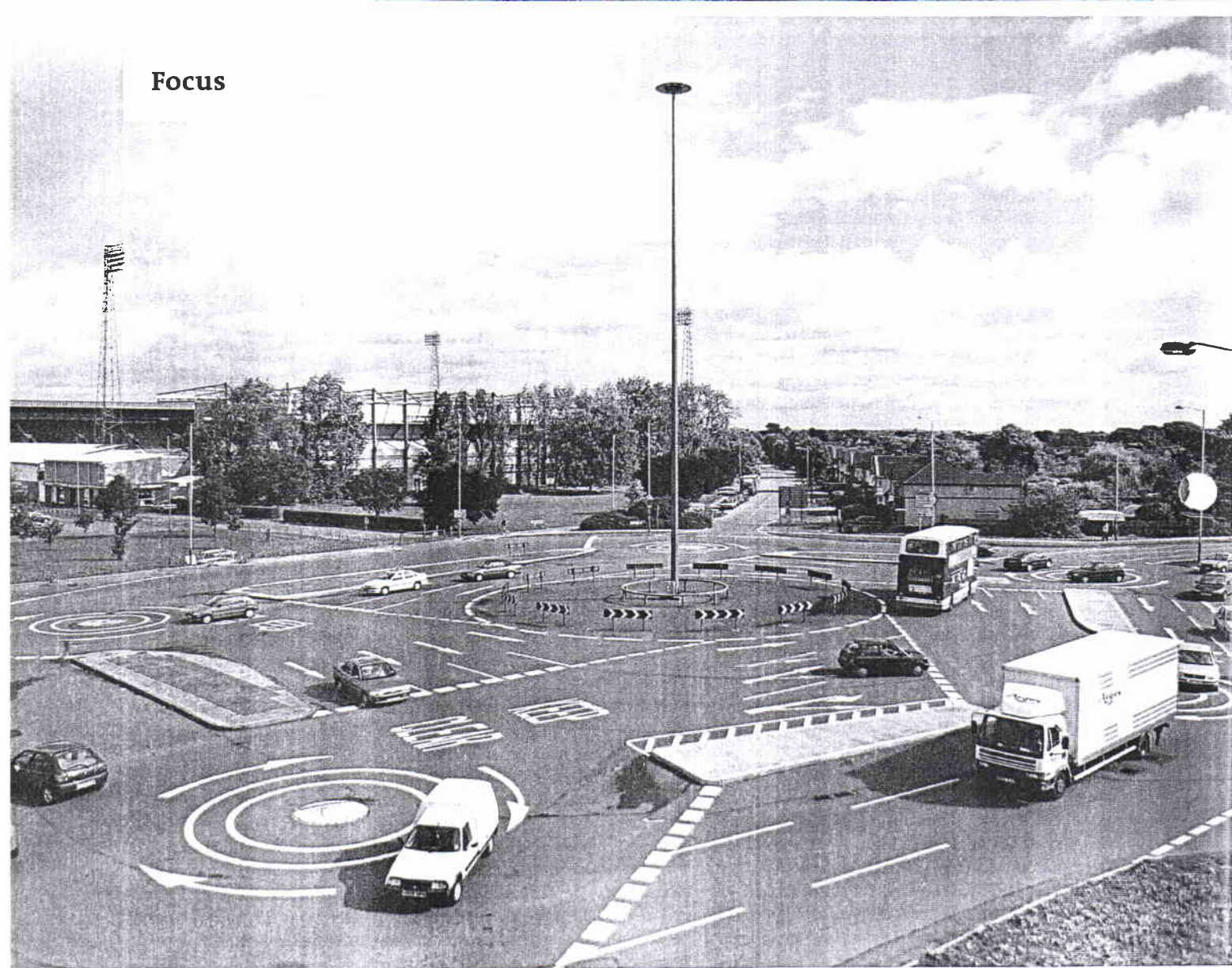
gehandhaafd. Zie daarover Sandra van Heukelom-Verhage en Martijn Scheltema, 'Aanpassingswetgeving bij de vierde tranche; eenheidsstreven bereikt?', *NJB* 2008, 1322, afl. 27, p. 1636-1642.

9. Zie over de afwijkingen van het privaatrecht M.W. Scheltema, 'Publiekrechtelijke geldschulden', *NJB* 2005, afl. 26, p. 1333-1335.

10. *Kamerstukken II 2003/04, 29 702*, nr. 3, p. 22.

11. Zie daarover o.a. in *Kamerstukken II 2003/04, 29 702*, nr. 3, p. 52.

12. Zie daarover H. Vermeulen, 'De bevrijdende verjaring in het invorderingsrecht en de Vierde tranche', *NTB* 2005, 5, p. 146-151.



Magic Roundabout (Adrian Sherratt/Alamy)

De vierde afdeling (4.4.4) bevat regels over aanmaning (afd. 4.4.4.1) en invordering (afd. 4.4.4.2) bij dwangbevel. Deze afdeling heeft, zoals gezegd, alleen betrekking op geldschulden aan de overheid. Alvorens het bestuursorgaan een dwangbevel uitvaardigt, maant het de schuldenaar die in verzuim is schriftelijk aan tot betaling binnen twee weken na de dag waarop de aanmaning is verzonden (art. 4:112). De bevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen is niet automatisch voor alle gevallen toegankelijk. Ze bestaat slechts indien een bijzondere wet daarin voorziet,<sup>33</sup> of de Awb deze voor een bijzondere categorie van gevallen toekent, zoals bij subsidies (art. 4:57) of de geldsom van een bestuurlijke sanctie (art. 5:10). Het bestuursorgaan kan daarnaast gebruik blijven maken van de mogelijkheid om via het privaatrecht de geldschuld in te vorderen. Tegen de aanmaning en het dwangbevel kan geen bezwaar en beroep worden ingediend op grond van de Awb.<sup>34</sup> Er is voor gekozen om de mogelijkheid van verzet daartegen bij de burgerlijke rechter overeenkomstig art. 438 en 438a Rv te handhaven (art. 4:123). In die procedure kan niet de verplichting tot betaling aan de orde worden gesteld, tenzij die verplichting niet bij beschikking wordt vastgesteld, maar direct uit de wet voortvloeit.<sup>35</sup>

De vijfde afdeling (4.4.5) van titel 4.4 bestaat uit één enkele bepaling (art. 4:125). Dit artikel regelt kort gezegd, dat de rechter ingeval van een beroep tegen de hoofdbe-

schikking waarbij de geldschuld wordt vastgesteld, tevens kan oordelen over eventuele nevenbeschikkingen, zoals een beschikking omtrent uitstel van betaling of omtrent de hoogte van de verschuldigde wettelijke rente.<sup>36</sup>

## 2. Handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete

Het onderwerp handhaving in de Vierde tranche omvat behalve een algemene regeling van de bestuurlijke boete ook de opname van een aantal algemene regels over handhaving en de aanpassing van de bepalingen inzake bestuursdwang en de last onder dwangsom.<sup>37</sup> Er is in hoofdstuk 5 Awb een nieuwe titel 5.1 over algemene bepalingen ingevoegd. Titel 5.2 over toezicht (voorheen afdeling 5.2) blijft ongewijzigd. Titel 5.3 gaat over herstelsancties. Daarin zijn de oude afdelingen 5.3 (Bestuursdwang)

**Van de algemene bepalingen riep de regeling over het zwijgrecht en de cautie nog de meeste discussie op**

en 5.4 (Dwangsom) als afdelingen 5.3.1 en 5.3.2 in aangepaste vorm opgenomen. Titel 5.4 gaat over de bestuurlijke boete en bevat een afdeling Algemene bepalingen (5.4.1) en een afdeling Procedure (5.4.2).

## 2.1 Algemene bepalingen

De afdeling Algemene bepalingen bevat onder meer definitiebepalingen (5:1 en 5:2), bepalingen over het toepassingsbereik van de algemene bepalingen (5:4), over rechtvaardigingsgronden (5:5), preventieve toepassing en het verbod van cumulatie bij herstelsancties (5:7 en 5:6), samenloop van sancties (art. 5:8), over de eisen waaraan sanctiebeschikkingen moeten voldoen (5:9), over de invordering en bestemming van financiële sancties (5:10) en over het zwijgrecht en de cautieplicht bij punitieve sancties (5:11). Op enkele punten ga ik nader in.<sup>18</sup>

Het bestuursrechtelijke begrip overtreding is niet hetzelfde als het strafrechtelijke. In het bestuursrecht is een overtreding iedere gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:1 lid 1). Veel bestuursrechtelijke overtredingen zijn ook strafrechtelijke overtredingen of misdrijven, maar er zijn ook bestuursrechtelijke overtredingen die geen strafbaar feit opleveren.<sup>19</sup> Om verwarring te voorkomen wordt in de bijzondere wetgeving het begrip overtreding alleen gebruikt als duidelijk is wat wordt bedoeld.<sup>20</sup> In sommige wetten wordt gesproken van *gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens deze wet*.<sup>21</sup>

Bestuursrechtelijke overtredingen kunnen behalve door natuurlijke personen ook worden begaan door rechtspersonen. Art. 51 Sr is dan van overeenkomstige toepassing.<sup>22</sup> Dat betekent dat het ook mogelijk is om een bestuurlijke boete op te leggen aan een overheidsrechtspersoon. Aan de bestuursrechter wordt overgelaten om op dit punt aansluiting te zoeken bij de zogenoemde Pikmeerjurisprudentie uit het strafrecht.<sup>23</sup>

Ten aanzien van de rechtvaardigingsgronden (art. 5:5) is er van afgezien om de regeling uit het strafrecht in de Awb op te nemen. Het oordeel over de vraag of in een concreet geval een rechtvaardigingsgrond bestaat en of ook op dit punt aansluiting moet worden gezocht bij het strafrecht wordt aan de bestuursrechter overgelaten.<sup>24</sup> Dat geldt ook voor de verwijtbaarheid, die overigens alleen van belang is bij de bestuurlijke boete (art. 5:41).

Resulteert de bestuurlijke sanctie in de verplichting

## Het recht tot strafvervolgning vervalt als er een bestuurlijke boete is opgelegd dan wel door het bestuur is meegedeeld dat er geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd

tot betaling van een geldsom (een bestuurlijke boete, de kosten van bestuursdwang of een dwangsom) dan komt deze toe aan het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. (art. 5:10). Uiteraard komen de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan toe aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort (art. 1:1 lid 4).<sup>25</sup> Er is in dat verband wel gewezen op het gevaar dat het bestuur sancties oplegt met financiële motieven. Maar de regering is daar niet zo bang voor.<sup>26</sup> In een aantal gevallen is expliciet bepaald dat de geldsom toekomt aan de Staat.<sup>27</sup>

Een preventieve herstelsanctie is – zoals ook nu al uit de jurisprudentie blijkt – mogelijk zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt (art. 5:7). Daarbij is nog eens expliciet opgemerkt dat het niet nodig is dat vaststaat dat ernstige schade zal ontstaan.<sup>28</sup>

Van de algemene bepalingen riep de regeling over het zwijgrecht en de cautie nog de meeste discussie op. Die regeling heeft overigens alleen betrekking op punitieve bestuurlijke sancties (tot op heden alleen de bestuurlijke boete). Art. 5:10a bepaalt dat degene die verhoord wordt met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Voor het verhoor wordt aan hem meegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden. Deze regel geldt ook als de zaak voor de rechter komt (art. 8:28a Awb). Eerder is er al op gewezen dat het moment van verhoor wellicht te laat is om deze rechten voor de betrokkene te laten ingaan.<sup>29</sup> Maar de regering is van mening dat met deze bepaling het

### Noten

13. Zie bijv. art. 12 IW 1990, zoals gewijzigd bij de Aanpassingswet Vierde tranche.  
14. Art. 8:4 is op dat punt aangevuld.  
15. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 25.  
16. *Kamerstukken I 2007/08*, 29 702, C, p. 10.  
17. Zie de commentaren op het voorontwerp die betrekking hadden op de handhaving, o.a.: VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, 'De Vierde tranche Awb', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000; L.J.J. Rogier (red.), 'Commentaren op het voorontwerp Algemene wet

bestuursrecht Vierde tranche', SI-EUR-reeks 22, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam/Gouda Quint 2000; 'De Algemene wet bestuursrecht', *NJB-Special 2000*, afl. 24; C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *NTB 2002*, 7, p. 187-198. Zie voor een reactie op het wetsvoorstel: A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB 2004*, afl. 36, p. 1877-1882.  
18. Er is veel meer over te zeggen. Zie de vorige noot.  
19. *Kamerstukken I 2007/08*, 29 702,

C, p. 32.

20. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 124, nr. 3, p. 25. Zie daarover ook Van Heukelom-Verhage en Scheltema, t.a.p., p. 1642.  
21. Bijv. art. 10:6 lid 2 Arbeidstijdenwet.  
22. Aanvankelijk werd in het wetsvoorstel ook verwezen naar art. 51 Sr; later is dat artikel geschrapt, maar via de aanpassingswetgeving is het toch weer opgenomen. Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 124, A, p. 2.  
23. *Kamerstukken I 2007/08*, 29 702, C, p. 31.  
24. *Kamerstukken I 2007/08*, 29 702,

C, p. 40.

25. Zie ook *Kamerstukken II 2005/06*, 29 702, nr. 7, p. 7.  
26. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 94.  
27. Art. 35 lid 2 Metrologiewet en art. 16 lid 5 Wet op de uitoefening van de dierengeneeskunde. Vgl. art. 105 lid 2 Woningwet, waarin is bepaald dat een dwangsom toekomt aan het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting.  
28. *Kamerstukken I 2007/08*, 29 702, C, p. 50.  
29. Hartmann en Rogier, t.a.p., p. 1878-1879.

juiste evenwicht is gevonden tussen voldoende armslag voor de overheid om in de fase van uitoefening van toezicht kennis te vergaren en de nodige rechtsbescherming voor de burgers en dat de onschuldpresumptie uit art. 6 EVRM met deze bepaling niet onder druk staat.<sup>30</sup> Het laatste woord hierover is uiteraard aan het Europese Hof in Straatsburg.<sup>31</sup>

### 2.2 Last onder bestuursdwang en last onder dwangsom

De aanpassing van de bepalingen inzake bestuursdwang en de last onder dwangsom betreft het volgende. Allereerst is de omschrijving van bestuursdwang gewijzigd in last onder bestuursdwang (art. 5:21). De omschrijving stelt – anders dan voorheen – voorop dat moet worden voldaan aan een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, bij niet of niet tijdige uitvoering waarvan het bestuursorgaan deze door feitelijk handelen zelf ten uitvoer legt. Dat de last onder bestuursdwang daarmee ook een beschikking oplevert valt echter te betwijfelen. De onderbouwing van de regering op dat punt overtuigt niet. Van veel praktisch belang is dat echter niet, omdat de bestuursrechter al sinds jaar en dag de beslissing tot toepassing van bestuursdwang als een beschikking aanmerkt.<sup>32</sup>

Nieuw zijn verder de bepalingen dat het bestuursorgaan de hoogte van de verschuldigde kosten van bestuursdwang bij aparte beschikking vaststelt (art. 5:25 lid 6) en dat de aanvrager van een last onder bestuursdwang, dan wel een andere belanghebbende die door de overtreding wordt benadeeld, het bestuursorgaan kan verzoeken bestuursdwang feitelijk toe te passen (art. 5:31a). In een procedure van bezwaar, beroep en hoger beroep tegen de last onder bestuursdwang kunnen bezwaren en beroepen tegen deze laatste twee bijkomende beschikkingen tegelijk worden behandeld (art. 5:31c). Dat is zowel voor de betrokkene als voor het bestuursorgaan efficiënter dan het voeren van aparte procedures. Deze (gestapelde) procedure staat wel los van een (eventueel ook gestapelde) procedure tegen de *invordering* van de kosten van bestuursdwang. (Zie paragraaf 1 hiervoor).

De bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom is niet meer noodzakelijkerwijs gekoppeld aan de bevoegdheid inzake de last onder bestuursdwang. Het is een zelfstandige herstelsanctie, waarvoor wel een aparte wettelijke grondslag vereist is (art. 5:31d jo. 5:4). Maar met de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom blijft wel automatisch de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang gegeven (art. 5:32). Nieuw is verder dat nu wettelijk is bepaald dat de verbeurde dwangsom wordt betaald binnen zes weken nadat zij van rechtswege is verbeurd (art. 5:33). Ook is de verjaringstermijn voor invordering van de verbeurde dwangsom verlengd van zes maanden tot een jaar (art. 5:35). Verder is voorzien in een aparte invorderingsbeschikking alvorens wordt aangemaand tot betaling van de dwangsom of indien een belanghebbende daarom verzoekt (art. 5:37). Ook hier is stapeling van procedures mogelijk. Bezwaar, beroep of hoger beroep kan mede betrekking hebben op een bezwaar beroep of hoger beroep tegen een beschikking tot invordering (art. 5:39).

### 2.3 Bestuurlijke boete

Uit het voorgaande blijkt al dat er in de Vierde tranche bij de invulling van hoofdstuk 5 Awb wordt aangesloten bij het strafrecht. Dat is in nog hogere mate het geval bij de regeling van de bestuurlijke boete. Deze valt onder het begrip *criminal charge* (strafvervolgning) in de zin van art. 6 EVRM. En daarmee begeeft het bestuursrecht zich op het terrein van het strafrecht.<sup>33</sup> In veel opzichten is de regeling van de bestuurlijke boete de uniforme neerslag van wat al eerder in bijzondere wetten was te vinden.<sup>34</sup> Maar de aanpassingswetgeving wijkt daarvan op onderdelen ook weer vanaf.

In afdeling 5.4.1 (Algemene bepalingen) van titel 5.4 Awb zijn bepalingen opgenomen over de definitie van de bestuurlijke boete (art. 5:40), de verwijtbaarheid (art. 5:41), *ne bis in idem* (art. 5:42), verval van de boete bij overlijden van de overtreder (art. 5:43), *una via* (art. 5:44), verjaring (art. 5:45), de hoogte van de boete (art. 5:46) en het vervallen van de boete na een bevel tot vervolging door het Gerechtshof (art. 5:48).

De tweede afdeling (5.4.2, Procedure) bevat regels over (de procedure tot) oplegging van de bestuurlijke boete: het opmaken en de inzage van een rapport (art. 5:48 en 5:49), het naar voren brengen van een zienswijze (art. 5:50), de beslistermijn (art. 5:51), aanvullende vormvoorschriften voor de boetebeschikking (art. 5:52) verplichtingen bij boetes boven de € 340 (art. 5:53) en een bepaling waarin deze titel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op andere bestuurlijke sancties voor zover bij wettelijk voorschrift bepaald (art. 5:54). Ik ga op enkele van deze bepalingen nader in.

De regeling van de bestuurlijke boete is niet zonder meer van toepassing op de intrekking of wijziging van een aanspraak op financiële middelen, zoals een uitkering (art. 5:40 lid 2). Bij deze regel zijn reeds de nodige kanttekeningen gezet.<sup>35</sup> Dat neemt niet weg dat titel 5.4 blijkens art. 5:54 wel van toepassing zou kunnen worden verklaard op deze aanspraak op financiële middelen. En dat geldt ook voor de intrekking van een begunstigende beschikking, als die bestraffend zou zijn bedoeld (wat nog maar zelden voorkomt).

De *una via*-regeling in art. 5:44 beoogt het samenlopen van bestraffende procedures in het bestuursrecht en het strafrecht te voorkomen, indien beide wegen openstaan.<sup>36</sup> De bestuurlijke weg wordt geblokkeerd door het strafrecht indien het strafrechtelijk onderzoek ter terecht-

**De strekking van de regeling is om duidelijk te maken dat bij attributie aan ondergeschikten de gewone staatsrechtelijke verhoudingen niet worden doorbroken**

Wel

zitting is begonnen dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd of indien een strafrechtelijke transactie is aangegaan. Uit het artikel spreekt verder een zekere voorrang voor het strafrecht. Overleg met de officier van justitie is dus geboden. Deze bepaalt als eerste of er wordt vervolgd. In de praktijk bestaan er daartoe vormen van (driehoeks) overleg tussen het OM en het bestuur (en politie). Ziet de officier af van vervolging of bericht hij niet tijdig binnen dertien weken, dan is het bestuur weer aan zet. Het omgekeerde is te vinden in het aangevulde art. 243 Sv. Het recht tot strafvervolging vervalt als er een bestuurlijke boete is opgelegd dan wel door het bestuur is meegedeeld dat er geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Daarmee blokkeert het bestuur dan derhalve de strafrechtelijke weg. Het is zaak dat het OM zich dat realiseert. Ik verwacht dat deze laatste bepaling in de praktijk nog wel de nodige aandacht zal krijgen. Zou het bestuur een bestuurlijke boete hebben opgelegd, dan is daarna alleen via een artikel 12-klachtprocedure bij het gerechtshof nog strafvervolging mogelijk (art. 5:47). In de aanpassingswetgeving is dit probleem soms vermeden door reeds bij wet te kiezen tussen een van beide wegen.<sup>37</sup>

Een ander punt van aandacht betreft de hoogte van de bestuurlijke boete en de matiging daarvan door het bestuur en de rechter. In art. 5:46 is geregeld dat de wet de hoogte van de bestuurlijke boete bepaalt. Dat kan door een gefixeerd bedrag per overtreding aan te geven; of door een bandbreedte aan te geven waarbinnen het bestuur de boete vaststelt. Soms stelt het bestuur beleidsregels dan op om binnen de aangegeven bandbreedte toch vaste bedragen per overtreding vast te stellen. Art. 6 EVRM verzet zich niet tegen (wettelijk) gefixeerde boetes, mits het mogelijk is daarvan in individuele gevallen af te wijken.<sup>38</sup> Het bestuur kan dan ook matigen bij bijzondere omstandigheden. En als het bestuur dat kan, dan kan de bestuursrechter het ook, al is hij niet verplicht tot ambtshalve rechterlijke toetsing van de boete. Wordt een boetezaak aan hem voorgelegd dan is hij wel verplicht een boetezaak zelf af te doen (zie het nieuwe art. 8:72a Awb). Deze regels worden in de praktijk al op grote schaal toegepast.<sup>39</sup>

Een laatste opmerking over de boeteregeling betreft de vraag wanneer de zware procedure moet worden gevolgd (art. 5:53), waarbij steeds een rapport (art. 5:48) of proces-verbaal moet worden opgemaakt, de overtreder steeds in de gelegenheid moet worden gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen (art. 5:50) en waarbij degene die een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt niet

kan worden gemandateerd om de boete ook zelf op te leggen (art. 10:3 lid 4 nieuw). De grens daarvoor ligt bij boetes hoger dan € 340, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.<sup>40</sup> In bepaalde gevallen is bij bijzondere wetgeving ook bepaald dat het instellen van bezwaar en beroep tegen de boetebeschikking, in afwijking van art. 6:16 Awb, schorsende werking heeft.<sup>41</sup>

### 3. Attributie aan ondergeschikten en slotartikelen

In tegenstelling tot de beide hiervoor beschreven onderwerpen, is het derde onderwerp van de Vierde tranche, attributie aan ondergeschikten, vooral van belang voor de interne organisatie van de overheid.

De nieuwe afdeling 10.3.1 waarin dit onderwerp is geregeld bestaat slechts uit twee artikelen. De oorsprong van het onderwerp ligt in een toezegging van de regering bij de parlementaire behandeling van de in de Derde tranche van de Awb opgenomen regeling van delegatie en mandaat ook aandacht te schenken aan attributie. De regering was van oordeel dat uit een oogpunt van rechtszekerheid inderdaad behoefte was aan een regeling van de problematiek van attributie aan ondergeschikten, maar dat andere aspecten van het leerstuk van attributie zich naar hun aard niet lenen voor een algemene regeling.<sup>42</sup>

De strekking van de regeling is om duidelijk te maken dat bij attributie aan ondergeschikten de gewone staatsrechtelijke verhoudingen niet worden doorbroken.

Art. 10:22 regelt alleen de verhouding tussen een bestuursorgaan en een persoon of college werkzaam onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, aan wie of waaraan bij wettelijk voorschrift een bevoegdheid tot het nemen van besluiten is toegekend (geatribueerd). De ondergeschiktheidsrelatie brengt mee dat het bestuursorgaan bevoegd blijft de betreffende persoon of het college algemene of bijzondere instructies te geven. De ondergeschikte persoon of het ondergeschikte college is op zijn beurt verplicht het bestuursorgaan op diens verzoek inlichtingen te geven over de uitoefening van de bevoegdheid. Deze bevoegdheden en verplichtingen gelden ingevolge art. 10:23 ook voor bij wettelijk voorschrift aan een ondergeschikt persoon of college toebedeelde bevoegdheid tot het verrichten van andere handelingen, zoals bijvoorbeeld het uitoefenen van toezicht. In de aanpassingswetgeving is de terminologie aan deze artikelen aangepast.<sup>43</sup>

#### Noten

30. *Kamerstukken I* 2007/08, 29 702, C, p. 34 en 38.

31. Uit een uitspraak van de EU-rechter blijkt al dat het zwijgrecht ook betrekking kan hebben op schriftelijke vorderingen om informatie. GEA 20 februari 2001, T-112/98 (*Mannesmannröhren-Werke*), *Jur.* 2001, p. II-729.

32. *Kamerstukken I* 2007/08, 29 702, C, p. 53. Vgl. Hartmann en Rogier, t.a.p., p. 1879 en het debat van Jurgens en Michiels met Konijnenbelt in het *NJB* 2005, afl. 21, p. 1092-1093 en 1518-

1520.

33. Daarom wordt dit grensgebied van het bestuursrecht ook wel bestuursstrafrecht genoemd. Zie daarover A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van bestuursstrafrecht* (diss. EUR), Rotterdam: SI-EUR/Gouda Quint 1998.

34. Zie de lijst van 69 wetten per 28 januari 2007, Bijlage bij *Kamerstukken I* 2007/08, 29 702, C, p. 57-58.

35. Vgl. Hartmann en Rogier, t.a.p., p. 1881.

36. Zie over de Uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel de gelijka-

mige nota opgenomen in *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D.

37. Zie bijv. art. 10:6 Arbeidstijdenwet waarin is bepaald dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd, indien een gedraging die in strijd is met deze wet of de daarop berustende bepalingen, tevens een strafbaar feit als bedoeld in art. 11:3 lid 1 tot en met 3, oplevert.

38. Vgl. *Kamerstukken I* 2007/08, 29 702, C, p. 35, 40 en 44.

39. Zie o.a. de jurisprudentie terzake in *Administratiefrechtelijke Beslissingen* van de afgelopen jaren.

40. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 44. In het kader van de sociale zekerheidswetgeving ligt de financiële grens van wat als een zware boete wordt ervaren aanzienlijk lager dan bijvoorbeeld in de sfeer van het markttoezicht.

41. Bijv. art. 1:85 Wft. Zie ook *Kamerstukken I* 2008/09, 31 124, C, p. 4-5.

42. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 5.

43. Zie bijv. art. 7 Kadasterwet waar gesproken wordt van richtlijnen en instructies.

Voor het overige bevat de Vierde tranche aanpassingen van artikelen die verband houden met de drie genoemde onderwerpen (genoemd zijn reeds art. 8:28a, 8:72a en 10:3 lid 4 Awb), artikelen van overgangsrecht (art. III en IV) en artikelen betreffende de afkondiging (art. V-VII).

#### 4. Conclusie

We kunnen wel vaststellen dat met de opname van de Vierde tranche in de Awb niet alleen de Awb behoorlijk is uitgebreid, maar ook dat twee magische grenzen van het bestuursrecht, enerzijds door de regeling van geldschulden in de richting van het privaatrecht, en anderzijds door de regeling van de bestuurlijke boete in de richting van het strafrecht zijn verschoven.

De inhoud van de Vierde tranche is echter al voor een groot deel geldend recht. Op een aantal punten wordt het afwachten hoe de regels verder uitpakken. Zo blijft het interessant hoe de burgerlijke rechter zich als restrechter en

verzetsrechter zal opstellen bij de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden. En een belangrijke vraag voor de praktijk is hoe de afstemming tussen het Openbaar Ministerie en de verschillende bestuursorganen met een boetebevoegdheid zal verlopen.

Afgewacht moet ook worden hoe de Straatsburgse rechter denkt over de regeling in de Awb met betrekking tot het zwijgrecht en de cautie.

Intussen dendert de Awb-trein – getrokken door de locomotief van de commissie-Scheltema – door, met wagonladingen nieuwe voorstellen zoals de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (29 934) en voorontwerpen over de Wet elektronisch verkeer met de bestuursrechter, Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad en Aanpassingen bestuursprocesrecht. Zo wordt het bestuursrecht steeds completer en worden de magische grenzen met het privaatrecht en strafrecht opnieuw verkend en soms ook opnieuw verschoven. •