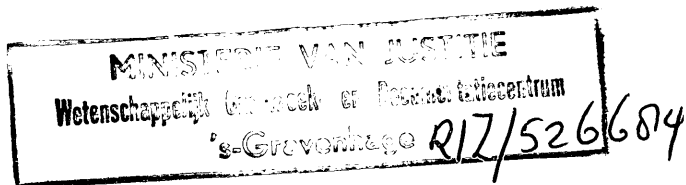


Handhaven op niveau

Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving



W.E.J. Tjeenk Willink
1998
Deventer

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier

© 1998 Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 271 4840 6
NUGI 693/302

Inhoud

Deel A Het rapport van de commissie

1	INLEIDING	17
1.1	Algemeen	17
1.2	Opdracht aan de commissie	18
1.3	Taakopvatting van de commissie	20
1.4	Opzet van het rapport	21
2	AANPAK	23
2.1	Onderzoeken	23
2.1.1	Verslag praktische gang van zaken	23
2.1.2	Keuze beleidsterreinen	24
2.1.3	Begeleiding onderzoeken	32
2.2	Werkzaamheden commissie	33
2.3	Klankbordgroep	33
3	HET HANDHAVINGSTEKORT	35
3.1	Inleiding	35
3.2	Het begrip 'handhavingstekort'	35
3.3	De aanvaardbaarheid van het niet handhaven	41
3.3.1	Het in het algemeen niet handhaven van bepaalde rechtsregels	41
3.3.2	Het niet handhaven in concrete gevallen	44
3.4	In hoeverre is er sprake van een handhavingstekort?	45
3.4.1	Aanwezigheid handhavingstekort per onderzocht beleidsterrein	45
3.4.2	Algemene conclusies	47
3.5	Oorzaken van handhavingstekorten	49
3.5.1	Oorzaken van handhavingstekorten op de onderzochte gebieden	50
3.5.2	Hoofdpijnen inzake de oorzaken van handhavingstekorten	53
3.6	Conclusies	57
4	ALGEMENE REMEDIES	59
4.1	Handhavenswaardige en handhaafbare normstelling	59
4.2	Handhaving langs verschillende lijnen	63

4.3	Samenwerking tussen de handhavingspartners	67
4.3.1	Belang van samenwerking	67
4.3.2	Voorwaarden voor samenwerking	68
4.3.3	Vormen van samenwerking	68
4.3.4	Afspraken over structurele samenwerking	70
4.4	Een goed instrumentarium	74
4.4.1	Beter gebruik van het bestaande instrumentarium	74
4.4.2	Behoeftte aan nieuwe instrumenten?	75
4.5	Professionele handhaving	82
4.5.1	Een goede organisatie	82
4.5.2	Beleid	83
4.5.3	Kennisopbouw; standaardisering en automatisering	83
4.5.4	Slim toezicht	84
4.5.5	Deugdelijke sanctiebesluiten	86
4.5.6	Bestuurlijke krachten bundelen	86
4.6	Kosten van een effectieve handhaving	87
4.7	Conclusies	89
5	ORGANISATIE VAN DE HANDHAVING	91
5.1	Inleiding	91
5.2	Functionele scheidingen binnen een handhavingsorganisatie	93
5.2.1	Scheiding tussen vergunningverlening en handhaving	93
5.2.2	Scheiding tussen vergunningverlening en preventief toezicht enerzijds en repressieve handhaving (inclusief repressief toezicht) anderzijds	95
5.3	Handhaving op afstand	96
5.3.1	Handhaving door externe diensten	96
5.3.2	Handhaving door anderen dan de overheid	97
5.4	Functionele scheidingen tussen handhavingsorganisaties	98
5.4.1	Scheiding tussen vergunningverlening en handhaving	98
5.4.2	Scheiding tussen (vergunningverlening en) toezicht enerzijds en sanctionering anderzijds	100
5.4.3	Scheiding tussen oplegging en tenuitvoerlegging van sancties	101
5.5	Taakverdeling tussen bestuur en OM	102
5.6	De rol van de inspecties	104
5.7	Conclusies	104
6	HANDHAVING EN RECHTSBESCHERMING	107
6.1	Inleiding	107
6.2	Vereisten van rechtsbescherming bij handhaving	108
6.3	Effecten van rechtsbescherming op de handhaving	110
6.4	De rol van de verzekeraar	112
6.5	Optimale rechtsbescherming voor effectieve handhaving	113

6.5.1	Algemeen	114
6.5.2	Verbeteringen in de praktijk binnen huidige systeem van rechtsbescherming	114
6.5.3	Wijzigingen in het systeem van rechtsbescherming	115
6.6	Conclusies	117
7	DE PREVENTIEVE RECHTERLIJKE TOETS	119
7.1	Inleiding	119
7.2	Voor welk probleem zou een preventieve toets een oplossing kunnen bieden?	120
7.3	Verschillende procesrechtelijke varianten onderzocht en gewogen	122
7.4	Algemene bezwaren tegen een preventieve toets	125
7.5	Onzekere factoren	125
7.6	Conclusie	126
8	DE ROL VAN HET PRIVAATRECHT	127
8.1	Inleiding	127
8.2	Privaatrechtelijke handhaving door de overheid	129
8.2.1	Privaatrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen	129
8.2.2	Privaatrechtelijke handhaving van strafrechtelijke normen	133
8.2.3	Zijn bijzondere bevoegdheden voor het OM ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke normen gewenst?	135
8.2.4	Aansprakelijkheid van bestuurders	136
8.3	Handhaving van publiekrechtelijke normen door private personen	136
8.4	Wordt uitbreiding van de privaatrechtelijke handhaving in de praktijk gewenst?	138
8.5	Conclusie	138
9	HANDHAVING JEGENS OVERHEDEN	139
9.1	Inleiding	139
9.2	Wetsgeschiedenis en jurisprudentie	140
9.3	Kritiek op de criteria voor immuniteit	141
9.4	Het kabinetsstandpunt	143
9.5	Voorlopig standpunt van de commissie	145
9.6	Mogelijkheden van bestuurlijk toezicht	147
9.6.1	Inleiding	147
9.6.2	Preventief toezicht	147
9.6.3	Repressief toezicht	148
9.6.4	De taakverwaarlozingsregeling	151

9.6.5	Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders	152
9.7	De rol van inspecties bij de controle op overheidshandelen	153
9.7.1	Inleiding	153
9.7.2	Inspectie Milieuhygiëne	153
9.7.3	Dienst Recherchezaken VROM	154
9.7.4	Inspectie van de Ruimtelijke Ordening	156
9.7.5	Arbeidsinspectie, Inspectie voor de Drankwetgeving en Inspectie van het Onderwijs	157
9.7.6	Het kabinetstandpunt positionering inspecties	158
9.7.7	Beoordeling	159
9.8	Toezicht op de centrale overheid	162
9.8.1	Inleiding	162
9.8.2	De Nationale ombudsman	162
9.8.3	De Algemene Rekenkamer	165
9.9	Is uitbreiding van bevoegdheden gewenst?	168
9.10	Geen volwaardig alternatief voor het strafrecht	169
9.11	Modaliteiten van handhaving	170
9.12	Conclusies	172
10	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	175
10.1	Conclusies	175
10.2	Aanbevelingen	179

Deel B Verkorte versies van de deelrapporten

BESTUURLIJKE HANDHAVING IN DE HORECA: HANDHAVING À LA CARTE? 183

1	Inleiding	183
2	Opzet van het onderzoek	184
3	De handhaving van de horecaregelgeving: praktijk en toekomstmogelijkheden	186
4	Conclusies	208
5	Aanbevelingen	214

HANDHAVING EN FRAUDE BIJ EU-SUBSIDIES 217

1	Onderwerp en probleemstelling	217
2	Onderzoeksopzet; gehanteerde methoden	220
3	Resultaten	220
4	Conclusies	236
5	Aanbevelingen	240

	GELUIDHINDER VEROORZAAKT DOOR VLIEGTUIGEN	247
1	Algemene inleiding	247
2	Juridisch kader	250
3	De praktijkervaringen	267
4	Aanbevelingen	269
	HANDHAVING VAN DE MILIEUREGELGEVING INZAKE AFVALSTOFFEN	273
1	Onderwerp, probleemstelling en indeling	273
2	Aanpak en onderzoeksmethoden	274
3	Onderzoeksresultaten	275
4	Conclusies	295
5	Aanbevelingen	297
	SAMEN STERK MET MAATWERK	301
1	Inleiding	301
2	Het wettelijk handhavingssysteem	302
3	Opzet van het empirisch onderzoek	303
4	Handhavingstekort	303
5	De organisatie van de handhaving in de praktijk; enkele organisatiekenmerken uitgelicht	304
6	Samenwerking bij de handhaving	312
7	Samenwerking op maat	320
	KAMPEREN BINNEN DE PERKEN	329
1	Inleiding	329
2	Handhaving-op-papier: juridisch kader, beleid en organisatie	330
3	De handhavingspraktijk: perspectief van handhavers en beleidsverantwoordelijken	335
4	De handhavingspraktijk: perspectief van ondernemers en illegale kampeerders	340
5	Reflectie en aanbevelingen	345
	HANDHAVING VAN HET BOUWVERGUNNINGVEREISTE	353
1	Onderwerp, probleemstelling; indeling rapport	353
2	Onderzoeksmethode	355
3	Wettelijk kader voor de verlening van bouwvergunningen	356
4	Handhaving van het bouwvergunningvereiste: schets van de problematiek	357
5	Remedies	366
6	Conclusies	375

7	Aanbevelingen	377
EEN KEURIGE HANDHAVINGSPRAKTIJK?		379
1	Inleiding	379
2	De waterschapskeur: introductie	380
3	Beleid en organisatie	382
4	Het handhavingsinstrumentarium in de praktijk	389
5	Naar verbetering van de handhavingspraktijk: reflectie en aanbevelingen	397
HANDHAVING VAN DE ARBEIDSOMSTANDIGHEDENWET		401
1	Achtergrond en vraagstelling van het onderzoek	401
2	Het handhavingssysteem in de praktijk	412
3	De invloed van recente ontwikkelingen op de handhaving	419
4	Nieuwe handhavingsinstrumenten	422
5	Conclusies	425
HANDHAVING VAN DE LEERPlichtWET 1969		429
1	Onderwerp, probleemstelling en uitvoering	429
2	Aanpak, onderzoeksmethoden en uitvoering	431
3	Onderzoeksresultaten/conclusies	432
4	Conclusies met betrekking tot belemmeringen bij de hand- having van de Leerplichtwet	454
5	Aanbevelingen	457
Bijlagen		
Instellingsbeschikking		465
Toespraak van de Minister van Justitie bij de installatie		457
Toespraak van de voorzitter van de commissie bij de installatie		471

Afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABAR	algemene bepalingen van administratief recht
ABk	Administratiefrechtelijke Beslissingen kort
ABR/ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AI	Arbeidsinspectie
AID	Algemene Inspectiedienst
AOG	Aansprakelijkheids-Onderlinge van Gemeenten
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
A.w.	aangehaald werk
amvb	algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B en W	Burgemeester en Wethouders
Bbgl	Besluit beperking geluidhinder luchtvaartuigen
Bggl	Besluit geluidbelasting grote luchtvaart
Bgkl	Besluit geluidbelasting kleine luchtvaart
BIBOB	Bevordering Integere Besluitvorming Openbaar Bestuur
boa	buitengewoon opsporingsambtenaar
BOD	Bijzondere Opsporingsdienst
BUGM	Besluit uitvoering gemeentelijk milieubeleid
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
CB	Centraal Beheer
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CDA	Continuous Descent Approach
CID	Criminele Inlichtingen Dienst
CIP	Coördinatie- en Informatiepunt
CJIB	Centraal Justitieel Incasso Bureau
CRI	Centrale Recherche Informatiedienst
CTW	Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten
Cw	Comptabiliteitswet
DAD	Departementale Accountantsdienst
DGM	Directoraat Generaal Milieubeheer
DRZ	Dienst Recherchezaken van VROM
DUIV	Directoraat-Generaal Milieubeheer van VROM, Unie van Waterschappen, Interprovinciaal Overleg, Vereniging van Nederlandse Gemeenten

ECAC	European Civil Aviation Conference/Europese burgerluchtvaartvergadering
ECD	Economische Controle Dienst
EEX-verdrag	EEG-Executieverdrag
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESF	Europees Sociaal Fonds
EU	Europese Unie
EVOA	Europese verordening betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FANOMOS	Flight track and aircraft noise monitoring system
FIOD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst
GGD	Gemeenschappelijke Gezondheidsdienst
GS	Gedeputeerde Staten
Gw	Grondwet
Hgb	Heffingenbesluit geluidhinder burgerluchtvaart
HR	Hoge Raad
IATA	International Air Transport Association/internationale luchtvaart associatie
ICAO	International Civil Aviation Organization/internationale burgerluchtvaartorganisatie
IDW	Inspectie voor de Drankwetgeving
IMH	Inspectie Milieuhygiëne
ILS	Instrument landing system
IPO	Interprovinciaal overleg
IrC	Instellingsregeling Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving
IRO	Inspectie van de Ruimtelijke Ordening
ITS	Instituut voor Toegepaste Sociale wetenschappen
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake de burgerlijke en politieke rechten
IVH	Inspectie Volkshuisvesting
JAA	Joint Aviation Authorities/Verenigde luchtvaart autoriteiten
JAR's	Joint Aviation Requirements
JV	Justitiële Verkenningen
KB	Koninklijk Besluit
Ke	Kosten-eenheid
LCCM	Landelijke Coördinatiecommissie Milieuwethandhaving
LI	Luchtvaartinspectie
LMA	Landelijk Meldpunt Afvalstoffen
LNV	Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
Lpc	Leerplichtconsulent
Lpw	Leerplichtwet
LVB	Luchtverkeersbeveiligingsorganisatie

LVLA	Landelijke Vereniging voor leerplichtambtenaren
Lvr	Luchtverkeersreglement
Lvw	Luchtvaartwet
MBT	Milieubijstandsteam
MDW	Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit
M en R	Milieu en Recht
NEN	Normen van het Nederlands Normalisatie-instituut
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMP	Nationaal Milieubeleidsplan
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OC&W	Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen
OM	Openbaar Ministerie
OR	ondernemingsraad
OvJ	officier van justitie
Pb	Publicatieblad EG
PBO	publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie
PCA	Projectbureau Certificatie en Accrediatie
PEMBA	Wet Premiedifferentiatie en Marktwerking bij Arbeidsongeschiktheid
PKB	Planologische kernbeslissing
PUL	Platform Uitvoering Leerplichtwet
p.v.	proces-verbaal
RBB	Raad voor het Binnenlands Bestuur
Relus	Regionale luchthavenstrategie
RI&E	risico-inventarisatie en -evaluatie
RIMH	Regionale inspectie milieuhygiëne
Rl	Regeling luchtwaardigheid
RLD	Rijksluchtvaartdienst
RMC	Regionale Meld-en Coördinatiefunctie
RvdK	Raad van de Kinderbescherming
Rtl	Regeling toezicht luchtverkeer
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
S & J	Schuurman & Jordens
SARPS	Standards and recommended practices/standaardnormen en aanbevolen werkwijzen
SER	Sociaal Economische Raad
SGBO	Onderzoeks- en Adviesbureau van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten
Sr	Wetboek van Strafrecht
SSR	Stichting Studiecentrum Rechtspleging
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
T11	Tafel van Elf

TK	Tweede Kamer
VBFW	Veiligheidsbesluit fabrieken of werkplaatsen
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
VvC	Verdrag van Chicago/Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart
VVLA	Vereniging van Leerplichtambtenaren
Vz	Voorzitter
WAO	Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering
WBO	Wet op het Basisonderwijs
WED/Wed	Wet op de economische delicten
Wgh	Wet geluidhinder
WGR	Wet gemeenschappelijke regelingen
Wl	Wet luchtverkeer
Wm	Wet milieubeheer
WNo	Wet Nationale ombudsman
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WOLR	Wet op de Openluchtrecreatie
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening
Wulbz	Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte
Wvo	Wet verontreiniging oppervlaktewateren
Ww	Woningwet

Deel A

Het rapport van de commissie

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Aanleiding voor het instellen van de commissie

Op 18 oktober 1994 werd door de minister van Justitie de commissie Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving ingesteld, onder voorzitterschap van mr. F. Korthals Altes. Aan deze commissie werd gevraagd praktische voorstellen te doen met betrekking tot de handhaving van regelgeving anders dan door middel van het strafrecht en praktische voorstellen te doen met betrekking tot andere vormen van strafrechtelijk sanctioneren dan de vrijheidsstraf. De achtergrond van het instellen van deze commissie vormde de constatering dat de druk op de strafrechtelijke handhaving en de toepassing van vrijheidsstraffen onverminderd groot blijft. De rechtshandhaving omvat evenwel meer dan alleen strafrechtelijke handhaving. Uitgangspunt dient te zijn dat het strafrechtelijke instrumentarium pas aan de orde komt indien andere instrumenten van rechtshandhaving niet adequaat blijken te zijn. Het was daarom wenselijk om ideeën te ontwikkelen over andere vormen van handhaving dan strafrechtelijke sancties.

Het rapport van de commissie Korthals Altes 'Het Recht Ten Uitvoer Gelegd' verscheen in augustus 1995. De commissie Korthals Altes constateert een voortdurend rechtshandhavingstekort, waardoor de bereidheid van de burger tot vrijwillige naleving wordt aangetast en de naleving van het recht in een neerwaartse spiraal dreigt te komen. Eén deel van het rapport betreft de strafrechtelijke handhaving, het andere deel behelst voorstellen omtrent handhaving via het bestuursrecht en het privaatrecht. Ten aanzien van dit tweede deel stelt de commissie dat met name in de ordeningswetgeving het bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk instrumentarium meer adequate handhavingmogelijkheden biedt dan het strafrecht. De commissie constateert tegelijkertijd dat het zicht op het handhavingstekort op het terrein van de bestuurlijke wetgeving gering is. Zij stelt niettemin voor om de verantwoordelijkheid voor uitvoering en toezicht enerzijds en repressieve handhaving anderzijds van elkaar te scheiden. Dit laatste aspect zou volgens de commissie door een bestuurlijke tak van het openbaar ministerie (onder verantwoordelijkheid van de minister van Justitie) dienen te geschieden.

Nadat van verschillende instanties advies was ontvangen verscheen in juli 1996 het kabinetsstandpunt op het rapport van de commissie Korthals Altes, neergelegd in de nota 'In juiste verhouding'.¹ Naar aanleiding van de beschouwingen van de commissie en haar voorstellen zijn bij het kabinet vragen gerezen over de

1 TK 1995-1996, 24 802, nr. 2.

feitelijke kanten van een (eventueel bestaand) handhavingstekort en de wijzen waarop zulk een tekort zou kunnen worden bestreden. Dit heeft het kabinet ertoe gebracht een en ander nader te laten bestuderen door een nieuwe commissie. Op 12 december 1996 werd daartoe de commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving ingesteld.

Samenstelling van de commissie

De commissie stond onder voorzitterschap van prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Lid van de commissie waren:

prof. mr. Th. G. Drupsteen, hoogleraar Staats- en administratief recht aan de Rijksuniversiteit Leiden,

drs. N. Gerzee, lid van gedeputeerde staten van Overijssel,

mw. J.W. van Geuns, (oud-)wethouder Ruimtelijke Ordening en Volkshuisvesting van de gemeente Haarlemmermeer,

prof. mr. M.S. Groenhuisen, hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de katholieke Universiteit Brabant,

mr. A. de Lange, arrondissementsofficier van Justitie te Middelburg,

mw. L.B.M. van Maaren-van Balen, burgemeester van de gemeente Weert, en

mr. P. Neleman, raadshier bij de Hoge Raad der Nederlanden en regeringscommissaris Nieuw Burgerlijk Wetboek.

Het secretariaat van de commissie werd gevormd door mw. mr. M.F.M. de Groot, wetgevingsjuriste bij de sector Strafrecht en sanctierecht van de Directie Wetgeving bij het Ministerie van Justitie en mr. R.G. van de Pol, senior-beleidsmedewerker bij de Directie Bestuurlijke en Financiële Organisatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.

1.2 Opdracht aan de commissie

De Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving heeft blijkens haar instellingsbeschikking tot taak:

- 1) onderzoek te laten verrichten naar de huidige bestuurspraktijk teneinde te achterhalen wat de factoren zijn die in de weg staan aan een adequaat toezicht en aan een duidelijke en consequente handhavingsreactie;
- 2) studie te doen naar de wijze waarop de bestuurlijke repressieve handhaving het best kan worden georganiseerd, in het bijzonder of een zekere scheiding tussen uitvoering en toezicht enerzijds en sanctieoplegging anderzijds wenselijk is, en zo ja op welke wijze die scheiding gestalte moet worden gegeven en zo nee of de organisatie van de bestuursrechtelijke handhaving op andere wijze kan worden verbeterd;
- 3) studie te doen naar de vraag of de invoering van een preventieve rechterlijke toets een bijdrage levert aan een betere hantering van de instrumenten van be-

stuursdwang en dwangsom, en zo ja hoe zo'n toets is in te passen in het stelsel van bestuursrechtelijke handhaving en rechtsbescherming;

4) studie te doen naar de rol die het privaatrecht kan spelen in aanvulling op de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavinginstrumenten van de overheid en de vraag of daartoe nadere wettelijke voorzieningen dienen te worden getroffen en zo ja of de wet restricties moet stellen aan het privaatrechtelijke overheidsoptreden, en

5) terzake van deze onderwerpen waar de commissie dat nodig acht voorstellen te doen.

Bij brief van 7 mei 1997 werd door de Minister van Justitie, naar aanleiding van de zogenaamde Pikmeer-kwestie, aan de commissie een aanvullende vraag gesteld. In de kabinetsnota "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen" die 4 april 1997 aan de Staten-Generaal werd aangeboden², gaat het kabinet in op de situatie die is ontstaan na het Pikmeer-arrest van de Hoge Raad.³ Hierin stuitte de vervolging van een gemeenteambtenaar die verontreinigd slib in het Pikmeer had laten storten vooralsnog af op de onvervolgbaarheid (in dat geval) van de gemeente. Het kabinet stelt zich op het standpunt dat bij de controle op overheidshandelen de politieke en bestuurlijke controle voorop dient te staan en dat strafrechtelijke vervolging van overheidsorganen alleen in aanmerking komt indien hun handelen redelijkerwijs niet meer tot de uitvoering van hun overheidstaak kan worden gerekend. Het kabinet kondigde enkele initiatieven tot verbetering van de andere dan strafrechtelijke controle-mechanismen aan. Onder andere werd daarbij aangekondigd de Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving te vragen uitdrukkelijk aandacht aan deze problematiek te besteden.

Het kabinet ziet duidelijke overeenkomsten tussen de Pikmeer-problematiek en de werkzaamheden van de commissie. Ook het probleem van overtredende overheden komt in de praktijk voor een belangrijk deel neer op een (soms) falende handhaving van het ordeningsrecht (in het bijzonder het milieurecht), aldus de minister in haar brief. Daarbij spelen volgens haar dezelfde factoren een rol die in de nota 'In juiste verhouding' worden genoemd als factoren bij een falende handhaving van het recht *jegens de burger* (een gebrekkige of achterwege blijvend toezicht, het ontbreken van voldoende belang bij overheden om regels na te leven respectievelijk te handhaven, een vermenging van belangen en bevoegdheden). Dit neemt niet weg dat er, volgens de minister, omstandigheden zijn die aparte aandacht rechtvaardigen voor de (gebrekkige) handhaving van het ordeningsrecht *jegens overheden*, onder meer vanwege mogelijke belangenvermenging en de specifieke mechanismen voor de controle op overheidshandelen. Gelet hierop werd de commissie verzocht in haar rapport tevens aandacht te besteden aan de bestuurlijke c.q. bestuursrechtelijke controle op overheidshandelen (bestuurlijk toezicht, toezicht op centrale overheid,

2 TK 1996-1997, 25 294, nrs. 1-2.

3 HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 m.nt. 'tH, AB 1996, 457 m.nt. ThGD.

inspecties, onderzoeksbevoegdheden) en zo mogelijk voorstellen te doen voor verbetering van die controle.

De commissie is dringend verzocht haar werkzaamheden uiterlijk eind 1997 af te ronden. Aan dat verzoek is voldaan: het rapport en de deelrapporten werden op 17 december onderhands aan de ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken ter hand gesteld en op 12 januari 1998 officieel aan de minister van Justitie aangeboden.

1.3 Taakopvatting van de commissie

De commissie zag zich, gezien de breedheid van met name de eerste twee onderdelen van de opdracht geconfronteerd met een moeilijke opgave. 'De' bestuurspraktijk is immers zeer breed; bij het achterhalen van de oorzaken van een gebrekkige handhaving moet men dus rekening houden met een verschillend beeld op de vele terreinen die de bestuurspraktijk rijk is. Iets dergelijks geldt voor het doen van voorstellen voor de ideale repressieve handhaving. Juist omdat de bestuurspraktijk zo breed is en derhalve zeer uiteenlopend kan zijn, kan op voorhand niet worden gezegd dat één bepaalde aanpak van de (repressieve) handhaving overal de beste zal zijn.

Bovendien staat de bestuurlijke repressieve handhaving bepaald niet op zichzelf. Zo is er een direct verband met de strafrechtelijke handhaving; niet voor niets telde de commissie twee leden uit de sfeer van het strafrecht. Er zij evenwel nog eens nadrukkelijk op gewezen dat het primaire onderzoeksobject van de commissie, ook blijkens haar benaming, de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving was. De commissie heeft zich voorts verre gehouden van een strijd om het primaat van de handhaving tussen bestuursrecht en strafrecht. Het was er haar veeleer om te doen na te gaan hoe met gebruik van de bestaande bevoegdheden, in samenwerking en overleg, tot een optimaal handhavingresultaat zou kunnen worden gekomen.

De opdracht was kortom veelomvattend. Zij moest bovendien in een relatief korte tijd worden vervuld, in ogenschouw genomen dat het laten verrichten van onderzoek door derden een goede voorbereiding vergt, de onderzoekers vanzelfsprekend enige tijd voor hun onderzoek nodig hadden en de resultaten vervolgens moesten worden verwerkt in het commissierapport.

De commissie heeft een tiental onderzoeksterreinen geselecteerd. Op de keuze van de terreinen wordt in hoofdstuk 2 uitgebreider ingegaan, maar zij was in algemene zin ingegeven door de wens een redelijk betrouwbaar beeld te kunnen geven van de bestuurlijke handhaving, niet meer en niet minder. Daartoe zijn onderling verschillende terreinen gekozen, zij het met de nadruk op de ordeningswetgeving, waarnaar ook in de nota 'In juiste verhouding' primair de aandacht uitging. Met de gekozen onderzoeksterreinen is echter gezins de hele bestuurlijke handhaving-

praktijk in kaart gebracht. Dat zou ook in de dubbele hoeveelheid tijd niet mogelijk zijn geweest. Noodzakelijkerwijs heeft de commissie dus interessante gebieden moeten laten liggen. Zij hoopte evenwel uit de uitgezette onderzoeken een aantal gemeenschappelijke elementen over de praktijk te kunnen halen. Dit is inderdaad mogelijk gebleken.

Ten aanzien van de mogelijke oplossingen voor de geconstateerde problemen heeft de commissie zich niet strikt gehouden aan de opdracht. Wel is gedaan hetgeen was gevraagd, maar de commissie vond dat het daarbij, mede gegeven de grotendeels ontkennende beantwoording van een aantal in de taakopdracht vervatte vragen, niet kon blijven. De handhavingsproblematiek heeft vele kanten en is niet beperkt tot de organisatie van de handhaving, het al dan niet invoeren van een preventieve toets en het gebruik van het privaatrecht. Getracht is voorstellen te doen waarvan uitvoering de kwaliteit van de handhaving kan verbeteren, terwijl het daarbij niet in de eerste plaats zou hoeven of moeten gaan om geheel nieuwe instrumenten, procedures e.d. Op vele, in het rapport aangegeven, manieren kan van de *bestaande* mogelijkheden beter gebruik worden gemaakt. Het leek niet verstandig om na het afwijzen van een aantal eerder geformuleerde voorstellen zelf allerlei nieuwe instrumenten en procedures voor te stellen zo lang dat voor een adequate handhaving in het gros van de gevallen niet nodig lijkt. Wel zijn enkele suggesties gedaan voor nader onderzoek inzake enkele in Nederland weinig gebruikte handhavinginstrumenten, die een rol kunnen spelen in specifieke omstandigheden, en voor enkele beperkte wijzigingen in het systeem van rechtsbescherming. Als een belangrijke taak zag de commissie het voorts een bijdrage te leveren aan het wegnemen van stereotype denkbeelden die bij de handhavingspartners over elkaar en in de politiek over de handhaving en het handhavingstekort bestaan. Wanneer in de toekomst als gevolg van de verrichte onderzoeken en de daarop door de commissie gebaseerde analyses en conclusies met wat minder gemak en minder in sjablonen wordt gesproken over "het handhavingstekort" en wat daartegen moet worden gedaan, zal een belangrijk doel dat de commissie zichzelf had gesteld, zijn bereikt.

1.4 Opzet van het rapport

Het rapport van de commissie is als volgt opgebouwd. Na de inleidende opmerkingen die in dit hoofdstuk zijn opgenomen, volgt in hoofdstuk 2 een weergave van de wijze waarop de commissie de werkzaamheden heeft aangevat. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op begrip, aanvaardbaarheid, omvang en oorzaken van het handhavingstekort. Daarmee wordt aan de eerste van de vijf oorspronkelijk opgedragen taakonderdelen voldaan. In hoofdstuk 4 zijn algemene remedies voor de geconstateerde problemen gepresenteerd. In hoofdstuk 5 is ingegaan op een aantal aspecten betreffende de organisatie van de handhaving, in het bijzonder de vraag naar de wenselijkheid van scheidingen tussen toezicht, het opleggen van sancties en het effectueren van sancties. In hoofdstuk 6 zijn beschouwingen gewijd aan de relatie tussen handhaving en rechtsbescherming. Het gestelde in de hoofdstukken 4 tot en met 6 heeft betrekking

op het tweede deel van de opdracht. Hoofdstuk 7 gaat over de preventieve rechterlijke toets, welk hoofdstuk daarmee een antwoord geeft op de in onderdeel 3 van de opdracht geformuleerde vragen. In hoofdstuk 8 wordt ingegaan op de mogelijkheden en de wenselijkheid van het privaatrecht als instrument voor de handhaving (onderdeel 4 van de opdracht). Hoofdstuk 9 gaat in op de overheid als object van handhaving; dit betreft de extra opdracht. Hoofdstuk 10 besluit het rapport met conclusies en aanbevelingen. Het vijfde deel van de (oorspronkelijke) opdracht (doen van voorstellen) komt onder meer in het slothoofdstuk, maar ook reeds in een aantal voorgaande hoofdstukken aan de orde.

De instellingen die de aan de deelrapporten ten grondslag liggende onderzoeken hebben verricht, hebben medio november 1997 hun eindrapport ingeleverd; deze rapporten zijn in januari 1998 tegelijk met het rapport van de commissie naar buiten gebracht. Voor mogelijke publicatie van deze rapporten dragen de betrokken onderzoeks- en adviesinstellingen zelf zorg. Wel zijn, als deel B van dit boek – naast de instellingsbeschikking en de uitgesproken installatietoespraken – van alle ten behoeve van de commissie uitgebrachte deelrapporten verkorte versies opgenomen, waarin de essentie van de onderzoeksaanpak, de onderzoeksresultaten en de aanbevelingen op de onderscheiden deelgebieden te vinden is. Aldus kunnen degenen die niet de tijd kunnen of willen nemen alle deelrapporten te lezen toch betrekkelijk snel op de hoogte komen van de kern daarvan. Tevens kunnen zij op die manier de in het rapport van de commissie gemaakte analyses en voorgestelde oplossingen lezen in relatie tot de vele onderzoeksresultaten.

In de opdracht aan de commissie speelde het verwerven van inzicht in de praktijk van de handhaving, in het bijzonder de tekorten en gebreken daarvan, een prominente rol. Dat inzicht is in belangrijke mate door de deelonderzoeken verkregen, ook al is daarmee niet de hele handhavingspraktijk in kaart gebracht. In het rapport wordt veelvuldig verwezen naar de diverse deelonderzoeken.⁴ Uiteraard beschikte de commissie ook over andere bronnen; voor zover gebruikt, zijn die in de voetnoten vermeld.

De commissie prijst zich gelukkig met het gedegen werk dat door de diverse onderzoeksgroepen is geleverd. Behalve inzicht in de handhavingspraktijk bieden de deelrapporten veelal interessante suggesties voor verbetering. De commissie beveelt lezing van de deelrapporten, al dan niet in de verkorte versie, dan ook van harte aan.

4 De volledige rapporten bevatten uiteraard meer informatie dan de verkorte versies die in dit boek zijn opgenomen. Het kan dus (incidenteel) vóórkomen dat naar een onderdeel of aspect van een rapport wordt verwezen dat niet in de verkorte versie is terug te vinden.

2 Aanpak

In dit hoofdstuk wordt aangegeven op welke wijze de commissie de werkzaamheden heeft verricht. In de eerste plaats wordt ingegaan op de wijze waarop de onderzoeken zijn geselecteerd en verricht. In de tweede plaats wordt verslag gedaan van de wijze waarop de commissie zelf haar werkzaamheden heeft ingericht. Ten slotte wordt ingegaan op de klankbordgroep die ten behoeve van de commissie heeft gefungeerd.

2.1 Onderzoeken

In deze paragraaf wordt verslag gedaan van de praktische gang van zaken ten aanzien van de onderzoeken (§ 2.1.1). Voorts wordt aangegeven op basis van welke criteria de commissie de keuze heeft gemaakt voor de onderzochte beleidsterreinen (§ 2.1.2). De commissie heeft onderzoek laten doen naar de handhaving op de volgende terreinen: de horeca, EU-subsidies, geluidhinder en veiligheidsrisico's veroorzaakt door vliegtuigen, het afvalstoffentransport, de samenwerking tussen gemeenten bij handhaving van milieurecht en ruimtelijk bestuursrecht, de Kampeerwet/Wet op de openlucht recreatie, handhaving van het bouwvergunningvereiste, waterschapskeuren, de Arbeidsomstandighedenwet en de Leerplichtwet.¹ Ten slotte wordt in § 2.1.3 omschreven op welke wijze de onderzoekers werden begeleid.

2.1.1 VERSLAG PRAKTISCHE GANG VAN ZAKEN

De eerste opdracht aan de commissie is het (laten) verrichten van empirisch onderzoek op een aantal beleidsterreinen teneinde te achterhalen wat de factoren zijn die in de weg staan aan een adequaat toezicht en aan een duidelijke en consequente handhaving. De voor de commissie verrichte onderzoeken zijn door verschillende onderzoeks- en adviesbureaus en universiteiten verricht.

Na selectie van de onderwerpen werden door de commissie, in samenwerking met het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie, voor alle onderzoeken startnotities opgesteld. Deze startnotities werden (op 7 maart 1997) naar verschillende onderzoeks- en adviesinstellingen verzonden met het verzoek om binnen drie weken een offerte uit te brengen voor het desbetreffende onderzoek. Uitgangspunt is hierbij geweest dat voor elk onderzoek

1 De onderzoeken worden in het vervolg met de volgende verkorte benamingen aangeduid: Horeca, EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen, Samenwerking gemeenten, Kamperen, Bouwvergunningen, Waterschapskeuren, Arbowet en Leerplichtwet.

enkele instellingen werden benaderd. Na ontvangst van de offertes is door de commissie, wederom in samenwerking met het WODC, een keuze gemaakt. De officiële opdrachten tot het doen van de onderzoeken werden door het WODC op 21 april 1997 (voor het onderzoek naar afvaltransporten op 26 mei 1997) gegeven.

In de startnotities werd inzicht gegeven in de taakopdracht van en de redenen voor het instellen van de commissie. Tevens werd per onderzoek een aantal onderzoeksvragen gesteld. Voor een deel betrof het algemene vragen die bij alle onderzoeken werden gesteld, voor een ander deel betrof het specifiek op het beleidsterrein toegesneden vragen.

De algemene vragen luiden als volgt:

- Hoe is het wettelijke handhavingssysteem opgezet? Zijn er knelpunten in de opzet?
 - Doen zich feitelijk handhavingproblemen voor, in de sfeer van het toezicht dan wel bij het opleggen van sancties? Zo ja, van welke aard (juridische, financiële, praktische, politieke) zijn deze problemen?
 - In welke mate is er sprake van handhavingbeleid? In hoeverre is sprake van een spreiding over instanties, welke soorten handhavingbeleid komen voor (algemene, voor specifieke terreinen als het onderhavige) en hoe is dit beleid vormgegeven?
 - Hoe is de handhaving georganiseerd, dat wil zeggen: is er met betrekking tot de materiële kant van de besluitvorming sprake van een functionele dan wel persoonlijke scheiding tussen vergunningverlening en handhaving en/of tussen toezicht en sancties? Zo ja, welke voor de handhaving gunstige of ongunstige effecten hebben deze scheidingen?
 - Werken de diverse instanties vruchtbaar samen? Hoe stemmen zij hun beleid op dat van andere instanties af?
 - Bestaat er behoefte aan de invoering van een preventieve rechterlijke toets als bijdrage aan een betere hantering van de instrumenten bestuursdwang en dwangsom?
 - Bestaat er behoefte om handhaving door de overheid met behulp van privaatrechtelijke instrumenten te laten plaatsvinden? Zo ja, welke instrumenten?
- Bij de in de volgende paragraaf omschreven onderzoeken worden de daarbij specifiek op het beleidsterrein gestelde vragen aangegeven.

Aan de onderzoekers werd gevraagd (vooral empirisch) onderzoek te doen om inzicht te krijgen in de omvang van het handhavingstekort. Voorts werd gevraagd een beschrijving van het juridische systeem en het systeem van de handhaving in kaart te brengen. Daarnaast werd (indien dit voor het beleidsterrein aan de orde was) gevraagd een analyse te geven van reeds bestaand onderzoek, dossieronderzoek te verrichten of interviews met betrokkenen te houden. Voorts werden aanwijzingen gegeven voor de selectie van te benaderen personen en/of instanties.

2.1.2 KEUZE BELEIDSTERREINEN

Bij het kiezen door de commissie van de beleidsterreinen waarop onderzoek is gedaan, is een aantal criteria relevant geweest. In de eerste plaats bleek uit het kabinetsstandpunt 'In juiste verhouding' een voorkeur voor nader onderzoek op het terrein van de ordeningsregelgeving. In het standpunt wordt over het te verrichten onderzoek het volgende vermeld.

“Tot de taakopdracht van deze stuurgroep (later werd tot een commissie besloten, red.) zal behoren om daar waar naar haar oordeel nog onvoldoende inzicht in (knelpunten in de) huidige bestuurspraktijk bestaat, nader empirisch onderzoek te laten verrichten. Gelet op de omvang van het orderingsrecht en de veelheid aan bestuursorganen is het noodzakelijk daarbij beperkingen aan te leggen. Er zal een keuze moeten worden gemaakt uit de verschillende bestuursterreinen, dat wil zeggen uit terreinen waarop hetzij reeds een behoorlijk ontwikkeld bestuursrechtelijk handavingsinstrumentarium bestaat hetzij binnen afzienbare tijd ingevoerd zal worden (vgl. de initiatieven tot invoering van de bestuursrechtelijke boete). Een terrein dat voor de hand ligt is dat van de handhaving van het milieurecht in ruime zin. Dit terrein is van groot maatschappelijk belang en heeft als voordelen dat er verschillende ministeries bij betrokken zijn, dat uitvoering op alle niveaus (Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen) plaatsheeft en dat het beschikbare handavingscriterium goed ontwikkeld is (daargelaten of het goed wordt benut). Een aanpalend terrein dat ook goed in het onderzoek betrokken zou kunnen worden, is dat van de ruimtelijke ordening.”²

Deze vingerwijzing richting milieurecht en ruimtelijk bestuursrecht is door de commissie ter harte genomen (zie (onderdelen van) de onderzoeken Horeca, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen, Samenwerking gemeenten en Bouwvergunningen). De commissie achtte het evenwel noodzakelijk dat er op een breder terrein dan het milieu en de ruimtelijke ordening onderzoek zou worden verricht. Ten eerste maakte dit de kans dat er algemene voorstellen voor verbetering van de handhaving zouden kunnen worden gedaan groter. Ten tweede was er juist op de genoemde gebieden al het nodige empirische onderzoek verricht. Meer in het algemeen heeft de commissie bij haar keuze de omstandigheid dat er op bepaalde (deel)terreinen reeds onderzoek (recentelijk) was verricht, betrokken. Op die terreinen lag het voor de commissie niet zonder meer voor de hand om onderzoek te laten doen, tenzij aanvullend onderzoek gewenst was. Dit neemt niet weg dat niet door de commissie geïnitieerde, eerder of gelijktijdig verrichte onderzoeken zo veel mogelijk wel bij de analyses en voorstellen van de commissie zijn betrokken.

De commissie heeft zich bij de keuze voor beleidsterreinen voorts gericht op onderwerpen waarvan het vermoeden bestond dat van een zeker handavingstekort zou kunnen worden gesproken.

Vanzelfsprekend zijn er vele beleidsterreinen die op grond van de hiervoor omschreven criteria in aanmerking komen voor onderzoek. Omdat de beschikbare tijd en de financiële middelen beperkt waren, heeft de commissie echter moeten besluiten een aantal terreinen te laten liggen. Zo is geen aandacht besteed aan het sociale-zekerheidsrecht en het fiscale recht. Deze (ingewikkelde) rechtsgebieden, die wel in ruime zin (deels) tot het bestuursrecht kunnen worden gerekend, hebben een eigen aard; verwacht werd dat conclusies niet goed generaliseerbaar zouden zijn. De handhaving op deze gebieden is bovendien zeer kort geleden gewijzigd

(Wet Boeten, maatregelen etc.) respectievelijk wordt binnenkort gewijzigd, beide in verband met de invoering van een bestuurlijke-boetenstelsel. Het moment was nog niet daar om de werking van deze instrumenten te evalueren, nog afgezien van de wenselijkheid dit te doen in het kader van de aan de commissie verleende opdracht.

De commissie heeft uiteindelijk een keuze voor een tiental onderwerpen gemaakt. Zij heeft daarbij een groot aantal criteria gehanteerd. Genoemd werden reeds:

- *voorkeur kabinet* voor in elk geval milieu en ruimtelijke ordening;
- het al dan niet *aanwezig zijn van reeds verricht onderzoek*;
- het vermoedelijke *bestaan van een handhavingstekort*.

Daarnaast heeft de commissie de volgende criteria gehanteerd:

- *maatschappelijk belang*; dit speelt in elk geval uitdrukkelijk een rol bij Horeca, EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen, Arbowet en Leerplichtwet, al kan bepaald niet worden gezegd dat dit belang bij de andere onderwerpen in het geheel geen rol speelt;
- *aanwezigheid van meer tot handhaving bevoegde instanties*; het gaat daarbij om zowel bestuurlijke als strafrechtelijke instanties. Dit komt vooral tot uitdrukking in de keuze voor Horeca, Afvalstoffen, Kamperen, Waterschapskeuren, Arbowet en Leerplichtwet;
- *organisatie van de handhaving*; dit criterium betreft zowel het nut van samenwerking als mogelijke vormen van scheiding (zoals in de tweede deelopdracht aan de commissie zijn genoemd). Zie de onderzoeken Horeca, EU-subsidies, Afvalstoffen en Samenwerking gemeenten;
- *eigen belang van de overheid bij het (niet) handhaven*. Zie de onderzoeken EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Bouwvergunningen en Waterschapskeuren. Een bijzondere variant betreft de situatie waarin de handhavende overheidsinstantie zelf de overtreder is (Bouwvergunningen);
- *aard van de regelgeving*. Dit criterium heeft zowel betrekking op de ingewikkeldheid van de regelgeving (Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen en Arbowet) als op de intrinsieke waarde van de regels zoals die door betrokkenen wordt beleefd (Kamperen, Bouwvergunningen, Leerplichtwet);
- *relatie tot Europees recht*. De aard, maar ook de noodzaak van handhaving wordt in toenemende mate medebepaald door internationaalrechtelijke regelgeving, met name in EU-verband. Zie de onderzoeken EU-subsidies en Afvalstoffen;
- *het handavingsinstrumentarium*. Daarbij ging het zowel om de vraag of het instrumentarium toereikend was (vrijwel alle onderzoeken) als om de meer specifieke vraag naar het functioneren van de bestuurlijke transactie (Waterschapskeuren);
- *de mogelijke rol van het privaatrecht*. Dit criterium was mede van belang voor de onderzoeken EU-subsidies en Arbowet;
- *de relatie tot het MDW-project* was een bijkomende factor in de keuze voor de onderzoeken Horeca en Arbowet.

Hieronder wordt per onderzoek nader op de keuze ingegaan, onder vermelding van de specifieke, aanvullende vragen die aan de onderzoekers zijn voorgelegd, naast de in § 2.1.1 genoemde algemene vragen.

Horeca

De horeca is een maatschappelijk belangrijk veld. In deze sector gelden voorts diverse regelcomplexen: vestigingswetgeving (Drank- en Horecawet; Wet op de kansspelen), milieuwetgeving (Wet milieubeheer en amvb's) en openbare-ordewetgeving (Gemeentewet, APV, overlastverordening; ook de Wet op de kansspelen kent een openbare-orde-aspect). De problemen die met het niet naleven van deze regels samenhangen zijn onder meer een gebrek aan bescherming van consumenten en minderjarigen, geluidsoverlast, bedreiging van veiligheid en gezondheid alsmede overlast in verband met handel in en gebruik van drugs. Er kunnen zich dus verschillende problemen voordoen. Interessante factoren zijn het feit dat bij sommige wetten de burgemeester, bij andere het college van B en W bevoegd gezag is en dat er naast bestuurlijke handhaving ook van strafrechtelijke handhaving sprake kan zijn. Bovendien speelt de politie een rol zowel bij de openbare-orde-handhaving als bij de opsporing van strafbare feiten; deze combinatie is bij de horeca zeer zichtbaar. Ten slotte is de relatie tot het MDW-project omtrent de Drank- en Horecawet van belang. Aan dit onderzoek werden de volgende specifieke vragen toegevoegd.

- In hoeverre zal de handhaving op het gebied van de horeca worden beïnvloed door de op stapel staande versoepeling van de milieuwetgeving voor de horeca?
- Wordt de bestuurlijke handhaving beïnvloed door het justitiële gedoogbeleid inzake softdrugs? Welke rol speelt het driehoeksoverleg hierbij?
- In hoeverre leidt handhaving van de overlastverordening tot verplaatsing van de drugshandel naar de straat?
- Welke problemen doen zich met betrekking tot de openbare-orde-handhaving voor ten aanzien van de straathandel in drugs?

Dit onderzoek is verricht door het bureau Eysink Smeets en Etman te Den Haag.

EU-subsidies

Voor wat betreft dit onderwerp ging het primair om de problematiek als gevolg van handhaving van EU-subsidieregels op nationaal niveau. Daarbij zou moeten worden ingegaan op de verhouding tussen handhaving op EU-niveau en op het nationale niveau. Bekend is dat er veel fraude wordt gepleegd ten aanzien van EU-subsidieregels, al is veel minder duidelijk hoe groot die fraude in werkelijkheid is. De vastgestelde omvang is echter al zo groot, dat het belang van dit onderwerp daarmee is gegeven. Er zijn al diverse onderzoeken verricht, overigens van verschillende kwaliteit. Het ten behoeve van de commissie ingestelde onderzoek zou een overzicht van de handhaving moeten geven op het terrein van de EU-subsidiefraude. Gedacht werd aan een verzameling en analyse van alle, met name recente, resultaten van reeds verricht onderzoek; dit betreft zowel onderzoek dat door de EU is geïnitieerd als ander onderzoek. Een bijzonder punt van aandacht is in hoeverre het privaatrecht (bijvoorbeeld een actie op grond van onverschuldigde betaling) een nuttig handhavingsinstrument is of zou kunnen zijn.

Dit onderzoek werd verricht door de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

Vliegtuiglawaaï

Het milieurecht is een uit handhavingsoogpunt belangrijk onderzoeksveld. Het reeds verrichte onderzoek heeft echter grotendeels betrekking op inrichtingen. De commissie vond een onderzoek wenselijk waarbij de blik primair wordt gericht op geluidhinder en veiligheidsrisico's als gevolg van dalende en stijgende vliegtuigen die van de hen voorgeschreven koers afwijken.³ In aanmerking zouden primair de vliegbewegingen bij Schiphol, Maastricht-Aken (Beek) en Rotterdam (Zestienhoven) komen. De indruk bestond dat de regels die door de piloten moeten worden nageleefd niet altijd even ernstig worden genomen en dat met de ingediende klachten ook niet al te veel wordt gedaan. Dit onderzoek heeft in belangrijke mate betrekking op concrete vliegbewegingen. In relatie tot concrete vliegbewegingen is eveneens van belang in welke mate daarmee samenhangende externe-veiligheidsvoorschriften (met betrekking tot aanvliegroutes) worden nageleefd. Bij dit onderzoek werden de volgende specifieke vragen gesteld.

- In hoeverre worden regels die betrekking hebben op het beperken van de geluidhinder van dalende en stijgende vliegtuigen overtreden? In welke mate worden veiligheidsvoorschriften met betrekking tot vliegbewegingen (bijvoorbeeld voorgeschreven aanvliegroutes) overtreden?
- In welke mate en op welke wijze wordt hiertegen opgetreden?
- Welke organen zijn bevoegd op te treden? Waar worden klachten ingediend en wat gebeurt er met ingediende klachten?
- Is er sprake van samenwerking?
- In hoeverre speelt de betrokkenheid van de overheid bij een vliegveld (als aandeelhouder of anderszins) een rol bij dit alles?

Lopende het onderzoek ontstonden de problemen met het vol vliegen van de geluidsruimte op Schiphol (overschrijding geluidscontouren). Daarmee kwamen onder meer de volgende vragen op.

- Wie is verantwoordelijk voor het voorkómen van (verdere) overschrijdingen van de geluidscontouren (de luchthaven of de minister)?
- Kunnen de voorschriften inzake de totale jaarlijkse geluidsruimte wel worden gehandhaafd?
- Hoe zit het juridische systeem ten aanzien van de geluidsruimte in elkaar?

De onderzoekers hebben getracht dergelijke vragen zoveel mogelijk mee te nemen in het onderzoek. Een gelukkige omstandigheid was dat het bureau Berenschot gelijktijdig een onderzoek naar de problematiek van de geluidscontouren (met betrekking tot Schiphol) verrichtte; van de resultaten daarvan kon gebruik worden gemaakt.

Dit onderzoek is verricht door het Instituut METRO, verbonden aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht.

3 In de loop van het onderzoek bleek dat de factoren lawaai en (externe) veiligheid niet tot andere handavingsuitkomsten leidde. Kortheidshalve wordt dit onderzoek daarom aangeduid met de benaming Vliegtuiglawaaï.

Afvalstoffen

Het op het gebied van het milieurecht reeds verrichte onderzoek naar de bestuurlijke handhaving heeft, zoals gezegd, grotendeels betrekking op inrichtingen. In dit onderzoek werd de blik gericht op transporten van afval van de ene naar de andere inrichting. Een veel gehoord geluid op dit terrein is dat de specifieke problemen bij de handhaving van het afvalstoffenrecht worden veroorzaakt door vage normen en begrippen in de wet, de veelheid aan betrokken bestuursorganen en de aard van de activiteit (verplaatsing van afvalstoffen, waardoor het zicht op wat er gebeurt wordt bemoeilijkt, dan wel eenmalige kortdurende activiteiten – respectievelijk lozing of opslag voor korte tijd). Daarbij komen dan nog de algemene problemen van het niet goed omgaan met het handhavingsinstrumentarium, de vertragende werking van de rechtsbescherming, het gebrek aan bestuurlijke durf, de dreiging van schadeclaims e.d. Deze algemene problemen zijn al in eerder onderzoek geconstateerd. Ook de specifieke problemen komen bekend voor. Het was niet nodig een uitgebreid onderzoek op dit punt te verrichten, nu het beeld aansluit bij dat van het recente voor VROM verrichte onderzoek 'Handhaven met effect'.⁴ Wel zou dit onderzoek een en ander verder kunnen onderbouwen en toespitsen op het onderzochte, uit handhavingsoogpunt zeer belangrijke terrein. Bij dit onderzoek was echter vooral beantwoording van de volgende specifieke vraag van belang.

- In hoeverre geeft de aard van de activiteiten aanleiding tot bijzondere problemen?

Dit onderzoek is verricht door het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht.

Samenwerking gemeenten

Aan de samenwerking tussen overheidslichamen bij handhaving van milieurecht en ruimtelijk bestuursrecht is in recente onderzoeken (waaronder Handhaven met effect) reeds enige aandacht geschonken. De commissie wilde meer zicht op de mogelijkheden voor een doelmatige en doeltreffende samenwerking. Daartoe zou gedurende de looptijd van het onderzoek monitoring van enige varianten moeten plaatsvinden. Primair zou moeten worden gekeken naar de samenwerking tussen gemeenten. Tevens diende echter aan de orde te komen de samenwerking van gemeenten met andere overheden, zoals de provincie en de waterschappen, en met de justitiële organen. Het belang van dit onderzoek was in het bijzonder gelegen in de bijdrage die het zou kunnen leveren om het tweede deel van de opdracht aan de commissie bevredigend te volbrengen. Naast de algemene vragen werden bij dit onderzoek de volgende vragen gesteld.

- Welke samenwerkingsvormen doen zich voor op het gebied van het milieurecht?
- Welk samenwerkingsvormen doen zich voor op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht?
- Zijn er samenwerkingsverbanden die beide gebieden bestrijken?
- Hoe wordt de samenwerking tussen de verschillende partners gewaardeerd in termen van handhavingseffect en bestuurslasten?

4 A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect, Den Haag 1997.

Dit onderzoek is verricht door de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Kamperen

Bij het handhaven van de regels inzake kampeervergunningen en het kamperen zelf – thans grotendeels geregeld in de Wet op de openlucht recreatie maar door het overgangsrecht is ook de Kampeewet nog van belang – stuiten overheden op ten minste twee problemen: de naar verwachting voor velen geringe intrinsieke waarde van de regels en de massaliteit van de overtredingen (in bepaalde gebieden in bepaalde perioden). Dat maakte onderzoek hiernaar interessant. Het onderzoek is gericht geweest op verschillende kampeergebieden. Bij dit onderzoek werden de volgende specifieke vragen gesteld.

- In welke mate vindt schending van de wetgeving inzake kamperen plaats?
- Hoe wordt daartegen opgetreden en welke problemen doen zich daarbij voor?
- In hoeverre speelt de overtuiging van het bevoegde gezag met betrekking tot de intrinsieke waarde van de regels daarbij een rol?
- In hoeverre speelt de overtuiging van de overtreeders met betrekking tot de intrinsieke waarde van de regels daarbij een rol?

Dit onderzoek is verricht door de B & A Groep te Den Haag.

Bouwvergunningen

Blijkens recente recherche-onderzoeken worden in sommige gemeenten in een kwart tot de helft van het aantal gevallen bewust en stelselmatig fouten gemaakt bij de verlening van bouwvergunningen. Het is van belang te bezien of deze wetsovertredingen door gemeentebesturen vaker voorkomen. Ook eerder onderzoek naar handhaving van bestemmingsplannen⁵ rechtvaardigde een nader, op bouwvergunningen toegespitst, onderzoek. Van bijzonder belang daarbij is dat de overheid als (potentiële) overtreder zou worden onderzocht. De specifieke vragen bij dit onderzoek luiden als volgt.

- Wat is bekend over schending van regels bij bouwaanvragen door gemeenten?
- Om welke redenen vinden deze schendingen plaats?
- In hoeverre en door wie wordt tegen die schendingen opgetreden?
- Treden burgemeesters, op basis van artikel 273 van de Gemeentewet, tegen deze schendingen op?

Dit onderzoek is verricht door DHV Milieu en Infrastructuur te Amersfoort en het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht.

Waterschapskeuren

Er bestaat wel enig onderzoek naar de handhaving in de sfeer van *waterkwaliteit*

5 J.E. Hoitink en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met beleid, Zwolle 1993.

(Wet verontreiniging oppervlaktewateren)⁶ maar hoegenaamd geen inzicht in naleving en handhaving van waterkwantiteitsregels, in het bijzonder waterschapskeuren. Reeds om deze reden is onderzoek op dit terrein gewenst. Voorts is het interessant om te bezien of het bijzondere middel van de bestuurlijke transactie enige toepassing vindt en zo ja, op welke wijze. De indruk bestaat dat dit gebruik zeer beperkt is en dat dit mede te maken heeft met de geringe bereidheid van het Openbaar Ministerie om in het vervolgtraject (bij het weigeren van de transactie) een rol te spelen. Ten slotte zou het wel eens zo kunnen zijn dat naleving en handhaving zeer verschillen tussen waterschappen in plattelandsgebieden en waterschappen in verstedelijkte gebieden, onder meer in verband met het eigen belang bij het onderhouden van waterlopen en de sterke sociale controle in eerstgenoemde gebieden. Voor dit onderzoek werden aan de algemene vragen de volgende specifieke vragen toegevoegd.

- Bestaat er zicht op de naleving van waterschapskeuren? Hoe intensief is het toezicht?
- Worden de keuren zo nodig met sancties gehandhaafd? Zo ja, welke sancties?
- Welke handhavingsproblemen doen zich voor bij de handhaving van waterschapskeuren?
- Doen zich relevante verschillen voor tussen verschillende typen waterschappen?
- Wordt, en zo ja in welke omvang en op welke wijze, gebruik gemaakt van de transactiebevoegdheid? Welke is de rol van het Openbaar Ministerie in dezen, en hoe wordt deze rol vervuld?

Dit onderzoek is verricht door de B & A Groep te Den Haag.

Arbowet

Goede arbeidsomstandigheden zijn zowel uit een oogpunt van volksgezondheid als economisch gezien van groot belang. Uit een oogpunt van handhaving is interessant dat het toezicht (primair) bestuursrechtelijk is, de sanctionering strafrechtelijk. Aan de toezichthouders zijn enkele tamelijk vergaande bevoegdheden toegekend; naast de gebruikelijke, die nodig zijn om gegevens te verkrijgen, ook enkele bevelsbevoegdheden en de bevoegdheid tot stillegging van het werk bij gevaar (dat kan optreden door het niet naleven van regels). De minister van SZW heeft een aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van certificaathouders (Arbo-diensten). Naar de bestuursrechtelijke handhaving is nog weinig onderzoek verricht. Belangrijk is voorts de mogelijke invloed van buiten de handhaving zelf gelegen recente ontwikkelingen. De navolgende specifieke vragen werden gesteld.

- Hoe is het systeem van toezicht? Vinden de opvattingen van Goudswaard over de werking van het systeem van toezicht (in haar studie uit 1993⁷) dat er veel wordt gepraat maar weinig (door de toezichthouder) wordt opgetreden tegen in verzuim zijnde werkgevers, mede vanwege de te vaag en daardoor multi-

6 Zie R.J. Vroegop, Het gedogen gedoogd?: een bestuurskundig onderzoek naar het verschijnsel gedogen bij de handhaving van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (diss.), Middelburg 1996, F.C.M.A. Michiels, E. Niemeijer en C.T. Nijenhuis, Wie is er bang voor de dwangsom?, Den Haag 1994 alsmede A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect, Den Haag 1997.

7 A. Goudswaard, Justitiële handhaving van de Arbeidsomstandighedenwet, 1993, Amsterdam.

interpretabel geformuleerde normen, bevestiging?

- Hoe verloopt het contact tussen Arbeidsinspectie en Openbaar Ministerie?
- Het Arbo-recht is in beweging: gestreefd wordt naar minder overheidsregels (MDW-project op het terrein van het arbeidsomstandighedenrecht) en meer zelfregulering. Welke gevolgen heeft dit voor de handhaving? Wordt die makkelijker, moeilijker, anders?
- Welke invloed heeft de nieuwe wetgeving inzake ziekteverzuim (doorbetaling door de werkgever) op de naleving van de Arbo-wet gehad?

Dit onderzoek werd verricht door het Hugo Sinzheimer Instituut in samenwerking met de vakgroep bestuursrecht, beide deel uitmakend van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam.

Leerplichtwet

De bestuur(srechtelijke) handhaving van de Leerplichtwet kent geen harde sancties. De toezichthoudend ambtenaar tracht ouders en leerling er toe te bewegen hun verplichtingen na te komen (art. 22); de politie kan een jongere die tijdens lesuren zich elders ophoudt naar school brengen (art. 24). Voor het overige is de handhaving strafrechtelijk. In zoverre is de wet wellicht niet zozeer van belang voor de problematiek van de bestuurlijke handhaving. Maar handhaving (welke dan ook) zou wel eens in het geheel niet kunnen werken gezien de aard van de verplichtingen. Dat zou een uitkomst zijn die ook voor bestuurlijke handhaving van belang is: sommige regels kunnen niet (goed) met toezicht en sancties worden gehandhaafd; naleving moet (vooral) met andere middelen worden bevorderd.

Bij dit onderzoek zijn de werkzaamheden en de bevindingen van het in 1994 door de minister van OC&W ingestelde Platform Uitvoering Leerplichtwet alsmede lopend onderzoek naar de uitvoering van de Leerplichtwet betrokken. Naast de algemene vragen werden de volgende vragen gesteld.

- In hoeverre vindt schending van de leerplichtregels plaats?
- Hoe en door wie wordt daartegen opgetreden?
- Welke problemen worden daarbij ondervonden?
- Zijn de leerplichtregels wel handhaafbaar?
- Geven de scholen overtreding van de Leerplichtwet op aan het college van burgemeester en wethouders?
- Is het probleem de laatste jaren toegenomen?

Dit onderzoek is verricht door het Instituut voor Toegepaste Sociale wetenschappen te Nijmegen.

2.1.3 BEGELEIDING ONDERZOEKEN

De onderzoeken zijn alle door de commissie begeleid. De verschillende onderwerpen zijn over de leden van de commissie verdeeld, zodat bij ieder onderzoek een aanspreekpunt bestond. Er zijn per onderzoek ten minste drie begeleidingsgesprekken geweest. Deze hebben zoveel mogelijk geclusterd plaatsgevonden op 16 mei, 25 juni, 15 augustus en 22 en 23 september 1997. Voor een drietal onderzoeken werd op 24 oktober 1997 nog een vierde begeleidingsbijeenkomst gehouden. Bij de

begeleidingsbijeenkomsten waren, naast het lid dat fungeerde als contactpersoon, steeds de voorzitter en het secretariaat van de commissie aanwezig. Voorts werden de vergaderingen bijgewoond door dr. R.A. Visser van het WODC. Op 24 oktober vond een bijeenkomst plaats met vertegenwoordigers van alle onderzoeksgroepen en de commissie. Aan de hand van enkele vooraf meegeedeelde concrete vraagpunten is een kringgesprek gehouden.

2.2 Werkzaamheden commissie

De commissie is, afgezien van de hiervoor vermelde begeleidingsbijeenkomsten, in totaal 12 maal bijeen geweest: op 12 december 1996, 17 januari, 21 februari, 4 april, 25 juni, 5 september, 3 oktober, 7 november, 21 november, 5 december en 12 december 1997.

De vergaderingen werden de eerste maanden hoofdzakelijk gewijd aan het selecteren van de onderzoeksterreinen, het opstellen van de onderzoeksvragen, het selecteren van instellingen waaraan offertes zouden worden gevraagd en het gunnen van de onderzoeksopdrachten. In de maanden juni tot en met oktober werd, mede aan de hand van de voorlopige resultaten van de onderzoeken, gesproken over de hoofdlijnen van het eindrapport. De vergaderingen in november en december waren gewijd aan de bespreking van concept-hoofdstukken.

2.3 Klankbordgroep

Ten behoeve van de commissie is een ambtelijke klankbordgroep samengesteld. In deze klankbordgroep waren de volgende overheden vertegenwoordigd: ministeries van Justitie, Binnenlandse Zaken, VROM, Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Verkeer en Waterstaat en Algemene Zaken, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg en de Unie van Waterschappen. Het voorzitterschap van de klankbordgroep lag bij mr. J.R.H. Kuiper, Inspecteur-generaal voor de rechtshandhaving bij het ministerie van Justitie. In verband met ziekte werd het voorzitterschap halverwege 1997 overgenomen door drs. J. Swank, werkzaam bij de Directie Strafrechtelijke Handhaving eveneens van het ministerie van Justitie.

De klankbordgroep heeft vier keer vergaderd. Daarbij was steeds de voorzitter van de commissie alsmede het secretariaat aanwezig. De klankbordgroep heeft de commissie ondersteund in haar werkzaamheden door over de ideeën en voorstellen van de commissie kritisch van gedachten te wisselen. Hiermee werd niet alleen beoogd de gedachtenvorming van de commissie te stimuleren, maar is ook getracht ten aanzien van de uiteindelijke voorstellen van de commissie zowel op centraal als decentraal niveau draagvlak te verwerven.

3 Het handhavingstekort

3.1 Inleiding

In haar rapport *Het Recht Ten Uitvoer Gelegd* schrijft de Commissie Korthals Altes dat zij (in het algemeen) een groot tekort op het gebied van de rechtshandhaving heeft vastgesteld (p. 1). Deze constatering heeft met name betrekking op klassieke strafrechtelijke delicten als diefstal, braak en geweldpleging. Ten aanzien van het zogenaamde ordeningsrecht (economisch, sociaal, ruimtelijk en milieurecht) achtte de Commissie Korthals Altes het handhavingstekort niet kwantificeerbaar en het zicht op de omvang ervan beperkt. Voorts meende de Commissie dat op (maatregelen ter verbetering van) de handhaving op deze gebieden eveneens weinig zicht was (p. 61). Dit heeft die Commissie er niet van weerhouden een aantal ingrijpende maatregelen voor te stellen. Nu kan de handhaving ongetwijfeld altijd beter geschieden dan feitelijk gebeurt, maar voor een juiste weging van voor- en nadelen van bepaalde maatregelen is het niet zonder belang dat enig zicht bestaat op de omvang en de ernst van een eventueel handhavingstekort. Ook de eerste in art. 2 Instellingsbeschikking gestelde opdracht om onderzoek te laten verrichten naar de huidige bestuurspraktijk om de factoren te achterhalen die in de weg staan aan een adequaat toezicht en een duidelijke en consequente handhavingsreactie, veronderstelt dat er factoren zijn die in betekenende mate aan goede handhaving in de weg staan en aldus een handhavingstekort veroorzaken. Maar is die veronderstelling wel juist? Is er een handhavingstekort en zo ja op alle of slechts enkele gebieden? Om dergelijke vragen te kunnen beantwoorden, moet eerst een andere vraag worden beantwoord: wat is een handhavingstekort? Deze term wordt namelijk in de literatuur, maar ook in de politiek en 'het beleid' wel vaak gebruikt, maar nooit precies omschreven.

3.2 Het begrip 'handhavingstekort'

In beschouwingen en debatten over 'het handhavingstekort' wordt er vaak stilzwijkend van uitgegaan dat tegen elke overtreding van een rechtsregel (door de overheid) zou moeten worden opgetreden. Wanneer tegen alle overtredingen van een bepaalde regel in 10% van de gevallen wordt opgetreden, is er in die visie een handhavingstekort van 90%. Zo eenvoudig ligt het echter niet, omdat handhaving niet altijd wenselijk is. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de wenselijkheid een bepaalde regel in het algemeen wel of niet te handhaven en de wenselijkheid van handhaving in concrete gevallen (zie § 3.3). Bovendien is het de vraag wie de wenselijkheid bepaalt. Wanneer de wetgever 100% handhaving wil, moet hij handhaving verplicht stellen. Dat gebeurt echter veelal niet. Meestal wordt het bepalen van de wenselijkheid

overgelaten aan bestuur en OM, die ter zake een beleid kunnen voeren, dat uiteraard wel rechtmatig moet zijn en ook rechtmatig moet worden toegepast. Bij de beoordeling op rechtmatigheid van (het afzien van) handhaven kunnen als ijkpunten gelden de tekst en strekking van de norm, andere relevante wettelijke bepalingen, beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder de evenredigheid tussen middel en doel), alsmede de gevolgen van het wel of juist niet handhaven voor algemene belangen en de belangen van derden.

Van een handhavingstekort op een bepaald terrein zou de commissie daarom willen spreken wanneer bij niet-naleving een tot handhaving bevoegde instantie rechtens moet handhaven doch hetzij wel wil, maar niet kan handhaven, hetzij wel kan, maar niet wil handhaven; 'het' handhavingstekort is dan de optelsom van alle tekorten te zamen. In deze omschrijving zitten vijf elementen die een nadere toelichting behoeven:

- handhaving;
- relatie tot naleving;
- tot handhaving bevoegde instanties;
- moeten en wel willen, maar niet kunnen;
- moeten en wel kunnen, maar niet willen.

Handhaving

De term handhaving wordt niet steeds voor hetzelfde begrip gebruikt. Soms wordt vooral op sancties gedoeld, in andere gevallen wordt het begrip veel ruimer opgevat. Voor een heldere discussie is het nodig het begrip handhaving duidelijk te omschrijven.

Naar de mening van de commissie is het zinvol het begrip handhaving ruim op te vatten. Waar het bij handhaving volgens de commissie namelijk om gaat is dat er iets wordt gedaan om te bewerkstelligen dat de bij of krachtens de wet gestelde regels worden nageleefd. Rechtshandhaving kan dus worden omschreven als het doen naleven van rechtsregels. Dit kan geschieden door de overheid, maar ook door anderen. In dit rapport ligt de nadruk, conform de opdracht, op handhaving door de overheid; de handhaving door particulieren komt slechts zijdelings aan de orde.

Wat de bestuurlijke overheid betreft, hebben verschillende instanties bevoegdheden gekregen om te handhaven, met name bevoegdheden tot het uitoefenen van toezicht en het treffen van sancties. Onder het uitoefenen van toezicht valt mede te verstaan het geven van (mondelijke en schriftelijke) waarschuwingen, die wel worden aangeduid als het voortraject van sancties. Bij het strafrechtelijke optreden gaat het om bevoegdheden inzake opsporing, sancties en maatregelen. Met toezicht/opsporing en sancties/maatregelen hebben we de harde kern van de publiekrechtelijke rechtshandhaving te pakken. Bij een ruim handhavingsbegrip kunnen we tevens de op naleving gerichte samenwerking tussen overheidsorganen en voorlichting over wetgeving tot handhaving rekenen. In een minder ruime opvatting van het handhavingsbegrip zijn deze factoren te beschouwen als voorwaarden voor een succesvolle handhaving. Van belang is vooral dat ze behoren tot hetzelfde complex van verschijnselen die kunnen verklaren waarom de naleving

van rechtsregels soms onvoldoende wordt bewerkstelligd. De vraag naar het handhavingstekort moet, gelet op het voorgaande, worden geherformuleerd als de vraag in hoeverre er onvoldoende voor wordt gezorgd dat de rechtsregels worden nageleefd. Onvoldoende verwijst naar een norm die aangeeft wanneer het dan wel voldoende is. Daaraan wordt hierna aandacht besteed onder het kopje 'moeten en wel kunnen, maar niet willen'.

Relatie tot naleving

Handhaving is alleen nodig als er niet wordt nageleefd. Het is dus voor regelgevers allereerst van belang zich te bezinnen op de nalevingsvooruitzichten (zie hoofdstuk 4). In die zin hebben naleving en handhaving alles met elkaar te maken. In de totale beleidscyclus komt de handhaving achteraan en is haar mogelijke succes mede afhankelijk van de totstandkoming en inhoud van regels (en afspraken). Dit neemt niet weg dat, gegeven bepaalde regels, de handhaving ook op zichzelf sommige problemen kent (bijvoorbeeld die met betrekking tot organisatie en instrumentarium) die om specifieke oplossingen vragen. In de opdracht aan de commissie staat deze gedachte ook centraal.

Tot handhaving bevoegde instanties

Tot handhaving bevoegd zijn zowel bestuursorganen (en de onder hun gezag staande ambtenaren) als justitiële organen (politie, OM).¹

Rechters vervullen ook in zekere zin een handhavende functie: de strafrechter heel duidelijk, door het opleggen van straffen en maatregelen, de bestuursrechter wat meer indirect. Deze toetst handhavings- en gedoogbesluiten. Onder omstandigheden kan hij evenwel ook zijn beslissing in de plaats stellen van die van een bestuursorgaan en dan dus rechtstreeks een sanctie opleggen (art. 8:72 lid 4 Awb). De (mogelijke) rol van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter bij de handhaving komen in de hoofdstukken 6 en 7 nader aan de orde.

Het komt vaak voor dat meer dan één instantie tegelijk bevoegd is tot handhaving. Die instanties kunnen dan een verschillende opvatting hebben over de wenselijkheid of de mogelijkheid van handhaving. Zo kan een burgemeester menen dat een coffeeshop die voldoet aan de zogenaamde AHOJ-G-criteria (gedoogcriteria) van het OM niettemin vanwege de aantasting van het woon- en leefklimaat in de omgeving moet worden gesloten. De burgemeester heeft volgens vaste jurisprudentie een eigen verantwoordelijkheid op dit punt.²

1 In de rapportage van de commissie ligt gezien de taakopdracht de nadruk overigens op de bestuurlijke handhaving (via het bestuursrecht en in mindere mate het privaatrecht).

2 Blijkens § 8.5.1 van het deelrapport over het onderzoek Horeca worden de AHOJ-G-criteria overigens meestal onveranderd (76%) of aangescherpt (14%) in het gemeentelijke beleid overgenomen.

Van een verschil in benadering, niet alleen tussen bestuur en OM, maar ook tussen bestuursrechter en strafrechter, bleek heel duidelijk in de Westpoint-zaak. Het gemeentebestuur van Amsterdam gedoogde uitdrukkelijk dat een transportinrichting werd opgericht voorafgaand aan de naar verwachting te verlenen milieuvergunning. De vergunning werd later ook verleend, maar inmiddels was de inrichting geruime tijd in werking geweest zonder de vereiste vergunning. De gedoogverklaring was door de bestuursrechter in stand gelaten (Vz ABRvS 10 maart 1995, AB 1995, 464 m.nt. FM). Het OM vond dat het zonder vergunning handelen niet door de beugel kon (mede omdat het bedrijf in kwestie kon worden gezien als privaatrechtelijk verlengstuk van de gemeente) en vorderde een boete. De rechtbank legde een boete van een miljoen gulden op, in hoger beroep door het hof teruggebracht tot f 100.000,- (Rb Amsterdam 5 maart 1996, AB 1996, 232 m.nt. FM, M en R 1996, 74 m.nt. De Lange en Hof Amsterdam 12 maart 1997, rolnr. 2300/1991/96).

Ook per gemeente (c.q. tussen de burgemeesters van die gemeenten) kunnen er verschillen optreden in het handhavingsbeleid en a fortiori in de uitkomsten in concrete gevallen. Dit is op zichzelf niet bijzonder: ook bij het OM, dat op veel terreinen met landelijke richtlijnen werkt, zijn per arrondissement of zelfs per officier verschillen in zaken die zich als (nagenoeg) identiek voordoen, niet denkbeeldig en hetzelfde ziet men in de beoordeling door rechters van dergelijke zaken. De verklaring zal voor een groot deel zijn dat zaken die op het eerste gezicht (nagenoeg) identiek lijken, bij nadere beschouwing wel degelijk rechtens relevante verschillen vertonen. Voor wat betreft de bestuursorganen komt daarbij dat zij, uiteraard binnen de grenzen van het recht (inclusief de daardoor toegekende vrijheden) een eigen beleid voeren dat mede is ingegeven door politieke voorkeuren. Ook wat betreft het gebruik maken van handhavingsbevoegdheden heeft de wetgever er doorgaans voor gekozen de organen van de decentrale overheden (en soms andere bestuursorganen) een algemene, vrije bestuursbevoegdheid te geven. Negatief gesteld is een eigen beleid dan de prijs van de decentralisatie die moet worden betaald zolang de wetgever niet een andere keuze maakt. Positief gezien is het wenselijk dat bedoelde organen een eigen beleid kunnen voeren. Men kan dan de plaatselijke omstandigheden zo goed mogelijk meewegen. Hoe dan ook is besturen door de overheid, tenzij het om geheel gebonden bevoegdheden gaat, juridisch gesproken in essentie het afwegen van alle relevante belangen en het op basis daarvan binnen een politiek gekleurde beleidscontext nemen van besluiten en het verrichten van andere handelingen.³ In dit idee van besturen door de overheid – welk idee de wetgever gezien het toedelen van discretionaire handhavingsbevoegdheden kennelijk ook heeft – ligt de mogelijkheid besloten dat organen tot een verschillende uitkomst komen, zelfs in gevallen die wat de feiten en omstandigheden betreft eender zijn, maar waarin het verschil wordt gemaakt door de waardering van die feiten en omstandigheden in een beleidsmatig kader. Nu is het echter niet zo dat met de handhavingsbevoegdheden buitengewoon vrij kan worden omgesprongen. De te

3 Politiek is daarbij niet gelijk aan partijpolitiek.

handhaven normen strekken ertoe algemene belangen te beschermen; tot de daadwerkelijke bescherming van die belangen is het bestuur geroepen. Er zal, ingeval handhaving in een concreet geval op bezwaren stuit, zorgvuldig moeten worden gezien of eventueel kan of moet worden gedoogd, dit evenwel tegen de achtergrond van het feit dat handhaving als bestuurstaak voorop staat. Hoewel de grondslagen van de rechtsstaat gedogen niet uitsluiten, vereisen ze wel, zowel procedureel als inhoudelijk, een terughoudend gebruik van de mogelijkheid om te gedogen.⁴

Gezegd is reeds dat handhaving niet alleen een zaak van de overheid is; ook particuliere natuurlijke en rechtspersonen kunnen het recht (trachten te) handhaven, met name door te procederen. Zij hebben echter een andere verantwoordelijkheid dan de overheid. De overheid *dient* (tot op zekere hoogte) met het oog op het algemeen belang het recht te handhaven. Particulieren zijn daartoe niet verplicht; voor hen geldt dat zij in een procedure een eigen belang moeten hebben. Wel kan bescherming van het eigen belang als neveneffect hebben dat tevens het algemeen belang wordt gediend, terwijl voorts particuliere rechtspersonen (verenigingen en stichtingen) zich de behartiging van een algemeen (deel)belang tot doel kunnen stellen en aldus dit belang tot een eigen belang kunnen maken. In relatie tot het normatieve element van de vraag naar de omvang van het handhavingstekort beperkt de commissie zich daarom in haar beschouwingen tot de overheid. Bij het terugdringen van dat tekort kunnen particulieren wel een rol spelen, maar zij kunnen er rechtens niet op worden aangesproken.

Moeten en wel willen, maar niet kunnen

Van een handhavingstekort is sprake wanneer een orgaan moet en ook wel wil, maar niet kan handhaven.

Van niet kunnen handhaven moet worden onderscheiden het handhaven dat onvoldoende effect sorteert (bij voorbeeld omdat de sancties niet zwaar genoeg zijn of de doorlooptijd van zaken te lang is). In het deelrapport *Arbowet* wordt in die gevallen gesproken van een kwalitatief handhavingstekort.

Er kunnen diverse redenen zijn waarom handhaving niet of nauwelijks mogelijk is. Verderop in dit hoofdstuk komt dit nog aan de orde (oorzaken van het handhavingstekort). Hier wijst de commissie er reeds op dat 'niet kunnen' strikt en ruim kan worden genomen. Gebrek aan financiële middelen brengt een 'niet kunnen in ruime zin' mee wanneer door verandering van prioriteiten middelen kunnen worden gevonden, maar om allerlei redenen de prioriteit niet bij de handhaving (op het betreffende beleidsterrein) wordt gelegd. Van een 'niet kunnen in enge zin' is sprake wanneer ook het veranderen van prioriteiten niet helpt of op de gewenste termijn technisch niet mogelijk is. Praktische problemen, zoals bij de opslag van goederen in het kader van de toepassing van bestuursdwang, kunnen

4 Zie G.T.J.M. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen* (diss.), Zwolle 1996, p. 40. Voor deze benadering is ook gekozen door het kabinet in de nota *Grenzen aan gedogen*, TK 1996-1997, 25 085, nr. 2.

tijdelijk tot een strikt 'niet kunnen' leiden, maar blijken op den duur vaak wel oplosbaar.⁵ De commissie gaat uit van een strikte opvatting: als 'slechts' wijziging van beleid of prioriteit nodig is, dan wel wanneer er sprake is van oplosbare praktische problemen (om maar een paar voorbeelden te noemen) gaat het niet om niet kunnen, maar om niet willen.

Moeten en wel kunnen, maar niet willen

Het niet willen handhaven wordt doorgaans aangeduid met de term gedogen. Gedogen kan stilzwijgend of uitdrukkelijk geschieden, mondeling en schriftelijk, vooraf en achteraf. Steeds gaat het echter om situaties waarin het orgaan in beginsel wel kan handhaven (zowel juridisch als feitelijk), maar (om welke reden ook) niet wenst te handhaven; als handhaving feitelijk of juridisch niet mogelijk is, kan er niet van gedogen worden gesproken.

Een bijzonder (maar niet uitzonderlijk!) geval van gedogen doet zich voor wanneer wel een voortraject met waarschuwingen e.d. wordt ingezet maar, ondanks voortzetting van de overtreding, geen sanctie wordt opgelegd of wanneer wel een sanctie wordt opgelegd, maar deze niet ten uitvoer wordt gelegd. Er is dan sprake van handhaving gevolgd door alsnog gedogen.

Door het toekennen van discretionaire handhavingsbevoegdheden heeft de wetgever een zekere ruimte voor bestuurlijk gedogen geschapen (zie § 3.3.2) op het gebruik waarvan controle door de rechter mogelijk is. Wanneer die ruimte rechtmatig wordt gebruikt, is sprake van niet willen en niet hoeven. Van belang in relatie tot het handhavingstekort is dat er in de visie van de commissie bestuurlijk gezien geen handhavingstekort is wanneer er rechtmatig wordt gedoogd. Het bestuursorgaan wil dan immers (alles afwegend) niet handhaven en dat bestuursorgaan is de instantie die bevoegd is te bepalen of er dient te worden gehandhaafd. Als er vrijwillig en binnen de grenzen van het recht niet wordt gehandhaafd, is er dus geen tekort.

De norm die bij het spreken over een tekort wordt verondersteld, is dat er in een bepaalde mate *moet* worden gehandhaafd. Die mate waarin hangt echter af van hetgeen beleidsmatig verantwoord en (anderszins) juridisch toegestaan is. Zo beziens hangt de omvang van het handhavingstekort dus mede af van de handhavingsniveaus die de met handhaving belaste organen stellen en waarvan ze menen (in voorkomende gevallen gecontroleerd door de rechter) dat ze die in redelijkheid kunnen stellen. De niveaus moeten recht doen aan de bedoeling van de wetgever (die evenwel niet altijd even duidelijk is) en ten minste zodanig zijn dat, mits ze worden gehaald, ervan kan worden uitgegaan, dat degene tot wie de verplichting is gericht, die verplichting ook serieus neemt.

Voor het vaststellen en nastreven van rechtens aanvaardbare handhavingsniveaus

5 Zo hebben sommige organen een terrein ingericht voor het bewaren van bij bestuursdwang meegevoerde zaken, waaronder levende have. In het laatste geval moeten er uiteraard aanvullende voorzieningen worden getroffen.

is van belang dat niet tegen alle overtredingen tegelijk optimaal kan worden opgetreden; dat geldt zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht. Met handhaving belaste organen mogen en moeten daarom prioriteiten stellen. Het verdient aanbeveling die ook bekend te maken of, wanneer dat het bereiken van een handhavingsdoel zou kunnen frustreren, in elk geval te voorkomen dat tegen relatief lichte overtredingen, waartegen lange tijd niets is gedaan, plots met harde hand wordt opgetreden. In dat opzicht doet het optreden van OM en strafrechter in de casus van het weggegooide colablikje in Amsterdam (boete van f 50,-) en het op straat gegooid snoeppapiertje in Huissen (4 uur taakstraf) enigszins willekeurig aan (maar wellicht lag er toch enig, de commissie niet bekend, beleid aan ten grondslag). Bij het vaststellen van een handhavingsbeleid is voorts van belang dat handhaving geen doel op zich is. Zij dient enerzijds algemene waarden als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, anderzijds vormt handhaving, althans bij beleidsinstrumentele wetgeving, een van de instrumenten om de in de wettelijke regeling nagestreefde beleidsdoelen te realiseren.

Zoals reeds bleek hebben in bepaalde situaties meestal meer, soms vele, organen een handhavingstaak en hoeven hun doelstellingen niet overeen te komen. Ook kunnen die doelstellingen soms niet in overeenstemming met het recht zijn: dat beleidsmatig tot de conclusie wordt gekomen dat in bepaalde gevallen niet moet worden gehandhaafd, zegt immers nog niets over de aanvaardbaarheid in rechte van die concrete afweging. Wanneer de rechter het beleid (of de toepassing daarvan) niet rechtmatig acht, zal dus toch moeten worden gehandhaafd. Wanneer dit vervolgens niet gebeurt, is er (alsnog) sprake van een handhavingstekort. Kortom: bij rechtmatig gedogen is er niet sprake van een handhavingstekort, bij onrechtmatig gedogen wel. Maar om zeker te weten dat onrechtmatig wordt gedoogd, zal dit wel eerst door de rechter moeten worden vastgesteld.

3.3 De aanvaardbaarheid van het niet handhaven

Het is meestal niet mogelijk, niet nodig en soms zelfs niet wenselijk dat tegen elke overtreding van een bepaalde rechtsregel wordt opgetreden. Niet mogelijk omdat er (althans bij sommige regels) teveel overtredingen worden begaan om daartegen in elke situatie te kunnen optreden; niet nodig omdat steekproefsgewijze controles en sancties een preventief effect kunnen hebben; niet wenselijk omdat er andere, zwaarder wegende belangen kunnen zijn die zich tegen handhaving verzetten. Onvolledige handhaving is dus deels onontkoombaar, deels niet bezwaarlijk. Waar en in de mate waarin handhaving mogelijk is, rijst de vraag naar de aanvaardbaarheid van het niet handhaven. Bij het beantwoorden van die vraag kan onderscheid worden gemaakt tussen het in het algemeen niet handhaven van bepaalde rechtsregels en het in concrete gevallen gedogen van overtredingen.

3.3.1 HET IN HET ALGEMEEN NIET HANDHAVEN VAN BEPAALDE RECHTSREGELS

Een bekende stelling is dat als de overheid regels stelt, ze die ook moet handhaven.

Daarbij wordt gemakshalve niet vermeld, dat de overheid uit vele afzonderlijke instanties bestaat die eigen verantwoordelijkheden hebben. Voorts wordt dan voorbijgezien aan het gegeven dat de wetgever in veel gevallen een discretionaire handhavingsbevoegdheid heeft gegeven. Ook de taakopdracht aan het OM in art. 4 Wet RO – ‘Het OM is bijzonderlijk belast met de handhaving der wetten, met de vervolging van alle strafbare feiten en het doen uitvoeren van alle strafvonnissen’ – is in de loop van de tijd zo uitgelegd dat het wenselijk en gerechtvaardigd kan zijn niet handhavend op te treden.⁶ Bij die veranderde uitleg heeft een omslag van wetshandhaving naar rechtshandhaving plaatsgevonden. De handhaving moet het (hele) recht dienen, niet de letter van de wet volgen. Waar vervolging niet opportuun is, hoeft ook niet te worden opgespoord (ketengedachte).⁷ De in de stelling vervatte handhavingsplicht ligt ook veel minder voor de hand dan de stelling op het eerste gezicht doet voorkomen. Er kunnen zich situaties voordoen waarin handhaving niet aangewezen is, althans waarin volledige handhaving niet gewenst of zelfs niet door de regelgever bedoeld is. Te denken valt aan symboolwetgeving, verouderde wetgeving en gebrekkige wetgeving.

Symboolwetgeving

Symboolwetten kunnen verschillende doelen dienen (zie hierna), maar zijn er niet voor om te worden gehandhaafd. Met dat soort wetgeving moet de wetgever oppassen; een te grote hoeveelheid ervan kan leiden tot onzekerheid over de betekenis van wetgeving, tot de gedachte dat wetten in het algemeen niet (strikt) worden gehandhaafd en dat het niet naleven ervan zonder al te veel bezwaren kan geschieden. Dat zou een verkeerd signaal zijn. Symboolwetgeving heeft daarom ook niet geheel ten onrechte bij velen geen goede naam, zeker niet bij degenen die uitgaan van de eenvoudige gedachte dat regels nu eenmaal moeten worden gehandhaafd. Nu kan men deze vorm van wetgeving al dan niet verwerpen, zij bestaat. Bovendien heeft zij zeker ook goede kanten. Zo kan een symboolwet een jarenlange politieke strijd beslechten, zoals van de Leegstandwet wel wordt gezegd, of een belofte inhouden die niet of moeilijk juridisch afdwingbaar is maar politiek-beleidsmatige aspiraties tot uitdrukking brengt, zoals de sociale grondrechten en de Wet gelijke behandeling.⁸ Voor sommige politieke stromingen is het belangrijk om een bepaalde norm in de wet vastgelegd te krijgen. Het politieke compromis met de tegenstander is dan soms dat de norm er wel in komt, maar niet (krachtig) zal worden gehandhaafd

6 Art. 167 Sv bepaalt al vanaf 1926 dat om redenen van algemeen belang van vervolging kan worden afgezien, maar daarmee is nog slechts een uitzondering gegeven (negatieve opportuniteitsbeginsel).

7 Zie A.C. 't Hart, Om 't OM, Zwolle 1976 (ook opgenomen in A.C. 't Hart, Strafrecht en beleid, Leuven/Zwolle 1983, p. 21-73) over art. 4 Wet RO en A.C. 't Hart, Openbaar Ministerie en rechtshandhaving, Arnhem 1994, p. 117-140 over de geschiedenis van (het denken over) het opportuniteitsbeginsel.

8 Zie uitgebreid over de positieve kanten van deze vorm van wetgeving W. Witteveen e.a. (red.), Wat maakt de wet symbolisch?, Zwolle 1991, waaraan ook de zojuist genoemde voorbeelden zijn ontleend (p. 1-3).

(Wet afbreking zwangerschap). Een andere vorm van symboolwetgeving is de wettelijke norm die in verband met de internationale betrekkingen van Nederland in stand wordt gehouden, maar die door de nationale wetgever niet per se als de meest wenselijke wordt gezien. Het strafrechtelijke verbod op verkoop van kleine hoeveelheden softdrugs is daarvan een voorbeeld. Met zo'n verbod in de hand kan men overigens een duidelijk omlijnd gedoogbeleid voeren, waarin ook voorzien is dat het verbod in bepaalde gevallen strikt wordt gehandhaafd.

Ook kan een wetsbepaling in de loop van de tijd symbolisch *worden*. Zo is de norm van art. 33 Wet op de Ruimtelijke Ordening dat een bestemmingsplan ten minste eens in de tien jaar moet worden herzien in eerste instantie niet symbolisch bedoeld, maar de norm blijkt in de praktijk niet haalbaar. Mede vanwege het feitelijk niet handhaven van de norm is zij symbolisch geworden. Toch is die norm daarmee niet waardeloos. Het effect van het schrappen van art. 33 zou wel eens kunnen zijn dat er (nog) minder bestemmingsplannen regelmatig worden herzien dan thans het geval is.

Nu zou men kunnen stellen dat symboolwetgeving dan haar goede kanten kan hebben, maar dat dit type wetgeving toch in elk geval slecht zou passen in het ordeningsrecht. Wanneer men iets wil ordenen, hoort daar toch de mogelijkheid van afdwingen bij? Hoewel dit in het algemeen wel zo is, moet worden opgemerkt dat zelfs in het ordeningsrecht symboolwetgeving nuttig kan zijn. Dat leert niet alleen het zojuist gegeven voorbeeld inzake art. 33 WRO, maar ook de beroemde studie van V. Aubert over de Noorse Wet op het huishoudelijk personeel.⁹

Verouderde wetgeving

Voor wetgeving kan in de loop van de tijd het draagvlak verminderen of zelfs geheel komen te vervallen door veranderde maatschappelijke opvattingen, zoals het bordeelverbod. Het is dan wenselijk die wetgeving in te trekken, maar zolang dat niet gebeurt, kan het niet of slechts onder voorwaarden handhaven van de wettelijke norm aanvaardbaar zijn. Een bijzondere variant is de wetgeving die op het punt staat te vervallen of te worden ingetrokken. Wanneer de nieuwe norm minder streng is dan de oude, ligt het niet zonder meer voor de hand de 'oude', nog geldende norm onverkort te handhaven. Door het ministerie van VROM bijvoorbeeld wordt ook wel geadviseerd het milieuvergunningvereiste niet te handhaven bij inrichtingen die op korte termijn onder een vergunningplicht opheffende amvb komen te vallen.

Gebrekkige wetgeving

Wetten komen soms tot stand onder partijpolitieke druk of onder grote tijdsdruk. Beide omstandigheden (en andere factoren) kunnen leiden tot onvoldragen of onuitvoerbare en niet handhaafbare wetgeving. Het handhaven van evident inconsistente, onbegrijpelijke, onuitvoerbare of anderszins gebrekkige wetgeving

⁹ Zie V. Aubert, Enkele sociale functies van wetgeving, in: Bram Peper en Kees Schuyt (red.), Proeven van rechtssociologie uit het werk van Vilhelm Aubert, Rotterdam 1971, p. 46-74.

dient geen rechtsstatelijk of ander nastrevenswaardig doel.¹⁰

Bij de behandelde typen wetgeving is handhaving dus vaak niet nuttig en niet gewenst. Maar de situatie waarin geldende wetten helemaal niet worden gehandhaafd, is slecht voor het imago van het recht en in strijd met de rechtszekerheid. Daarom moeten bedoelde wetten of wetsartikelen worden ingetrokken. Dit geldt in elk geval voor verouderde en gebrekkige wetgeving, maar soms ook voor (al te) symbolische wetgeving.

Een grens aan het (stelselmatig) niet handhaven van bepaalde rechtsregels is gelegen in de *beleidsmatige waardering* door met handhaving belaste instanties, die niet zelf de regel in kwestie hebben opgesteld. Een gemeentebestuur mag niet van handhaving van een wettelijke bepaling afzien louter omdat het die bepaling niet apprecieert. Daarmee zou het de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling doorkruisen.

Zoals in § 3.2 al werd opgemerkt, laat dit natuurlijk onverlet dat er prioriteiten kunnen worden gesteld. Die kunnen meebrengen dat tijdelijk weinig of geen actie wordt ondernomen tegen bepaalde typen overtredingen. In het stellen van prioriteiten zit onvermijdelijk een element van waardering. De (niet altijd scherp aan te geven) grens is bereikt wanneer het beleid of de feitelijke praktijk inhoudt dat een regel helemaal niet of voor een lange periode niet wordt gehandhaafd.

Als het om een eigen regel gaat, verdient intrekking weliswaar de voorkeur, maar is een tijdelijk niet handhaven (tot het moment van intrekking), ingeval de regelgever meent dat zijn eigen regel moet worden vervangen, aanvaardbaar.

3.3.2 HET NIET HANDHAVEN IN CONCRETE GEVALLEN

Waar de wetgever een discretionaire handhavingsbevoegdheid heeft toegekend, kan het afzien van handhaving¹¹ in concrete gevallen aanvaardbaar zijn. De rechtsstaat sluit gedogen niet uit.¹² Wel dient er, op grond van rechtsstatelijke uitgangspunten, een behoorlijke rechtsbescherming te zijn. Die is gewaarborgd doordat gedoogbeslissingen als besluiten zijn aangemerkt. Het democratische karakter van onze rechtsstaat vereist vervolgens dat van een eventueel gedoogbeleid melding wordt gemaakt aan het democratisch gelegitimeerde, controlerende orgaan. De wet

10 Op de VAR-vergadering van 1995 gaf Van Buuren het voorbeeld van de praktisch niet te handhaven eis van twee toegangen waaraan woonwagens moeten voldoen ingeval een caravan als woonwagen wordt gebruikt. Zie VAR-reeks 115, Alphen aan den Rijn 1996, p. 22.

11 Let wel: afzien van handhaven; dit betekent niet dat een rechtens relevante *toestemming* wordt gegeven voor het illegale gedrag of de illegale situatie. Het gebruik van de term gedoogtoestemming is dan ook misleidend.

12 Zie uitgebreid over gedogen in het algemeen en de verenigbaarheid met de rechtsstaat in het bijzonder G.T.J.M. Jurgens, Bestuurlijk gedogen (diss.), Zwolle 1996, hoofdstuk 3.

(de Awb) stelt ook een aantal eisen, namelijk alle eisen die voor besluiten (en meer in het bijzonder beschikkingen) gelden. Van essentieel belang is de eis dat alle relevante belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Tot die belangen behoren niet alleen algemene belangen en belangen van derden die bij handhaving zijn gebaat, maar ook de belangen van de overtreder. Onder omstandigheden kunnen die zwaarder wegen dan de belangen die voor handhaving pleiten. Er kan zelfs sprake zijn van overmacht, hetzij voor de overtreder, hetzij voor de handhaver; in beide gevallen kan dan om een goede reden van handhaving worden afgezien.¹³ In de rechtspraak zijn vervolgens nadere eisen aan het gedogen gesteld, zoals die met betrekking tot de te stellen termijn gedurende welke wordt gedoogd, voorwaarden waaronder wordt gedoogd, het geven van inspraak en (onder omstandigheden) het inschakelen van adviseurs. In de nota 'Grenzen aan gedogen' heeft het kabinet de grenzen aangegeven waarbinnen het bestuurlijk gedogen zich volgens het kabinet mag bewegen.¹⁴ Principieel wordt echter ruimte gelaten voor gedogen.

3.4 In hoeverre is er sprake van een handhavingstekort?

De Commissie Korthals Altes merkte op dat de precieze omvang van het handhavingstekort op de terreinen van de ordeningswetgeving niet valt te kwantificeren (p. 61). Dat was zo omdat en voor zover er geen betrouwbare cijfers waren over nalevingsquoten en handhavingsspanningen. Dat 'kennisgat' kon zeker niet helemaal worden gevuld door de tien onderzoeken die de commissie heeft laten verrichten, maar we weten thans wel iets meer over de omvang van de handhavingstekorten op verscheidene terreinen. Ook in bedoelde onderzoeken liepen de onderzoekers echter op tegen het feit dat er in het algemeen weinig registratie plaatsvindt van naleving en handhaving, een gegeven dat reeds uit eerder onderzoek bekend was. Dat maakt het ook op voorhand niet gemakkelijk de juiste remedies aan te geven.

Wat kan nu op basis van de verrichte onderzoeken wèl worden gezegd over de omvang van het handhavingstekort? Ter beantwoording van die vraag wordt hierna, alvorens algemene conclusies worden getrokken, eerst beknopt per onderzoek weergegeven in hoeverre er een handhavingstekort op het onderzochte beleidsterrein is (voor zover de onderzoeken daaromtrent min of meer betrouwbare gegevens opleverden).

3.4.1 AANWEZIGHEID HANDHAVINGSTEKORT PER ONDERZOCHT BELEIDSTERREIN

Horeca

Drie op de tien gemeenten zegt problemen bij de handhaving van de horecaregeling te hebben. Een kwart van de gemeenten ervaart ook een handhavingstekort. Bij

13 Zie Jurgens, a.w., p. 66. Zie voorts het deelonderzoek Afvalstoffen.

14 TK 1996-1997, 25 085, nr. 2.

slechts een op de twintig gemeenten echter is sprake van een *groot* (en hardnekkig) handhavingstekort. De omvang van het (ervaren) handhavingstekort lijkt *niet* samen te hangen met grootte, karakter en functie van de gemeente.

EU-subsidies

Er is sprake van een substantieel handhavingstekort. Er is te weinig fysieke controle. Van degenen die tot overtreding geneigd zijn (grof geschat een kwart van de aanvragers van exportsubsidies en ESF-projecten) wordt slechts de helft afgeschrikt door de handhaving.

Vliegtuiglawaai

Over het optreden tegen het overschrijden van de geluidscontouren voor luchthavens is nog weinig te zeggen vanwege het eerst zeer recent respectievelijk nog niet vastgesteld zijn van dergelijke contouren; bij Schiphol is de overschrijding voor 1997 gedoogd. Ten aanzien van individuele vliegbewegingen is sprake van een te beperkte controle en een nagenoeg volledige afwezigheid van sanctionering.

Afvalstoffen

Ten aanzien van inrichtinggebonden activiteiten is er sprake van een behoorlijke controle; een duidelijk controletekort is er evenwel inzake afvalstoffeninrichtingen die door de overheid zelf worden gedreven.

Bij het afvalvervoer wordt door sommige provincies niet de gehele verwijderingsketen gecontroleerd, door andere wel de hele keten, maar onvoldoende intensief; de naleving van de meldingsplichten wordt volstrekt onvoldoende gecontroleerd. Er lijkt sprake van een in elk geval bestuursrechtelijk sanctioneringstekort, in het bijzonder inzake het meldingenstelsel en ten opzichte van overheidsbedrijven; onduidelijk is in hoeverre dit bestuursrechtelijke 'gat' wordt gedicht door optreden van politie en OM.

Samenwerking gemeenten

Er is ten aanzien van de onder de Wet milieubeheer vallende inrichtingen een bestuurlijk sanctioneringstekort bij een deel van de gemeenten, vooral in complexe en slepende zaken, met name bij gemeenten die de handhaving niet geheel of gedeeltelijk aan een milieudienst hebben uitbesteed. Opgemerkt zij echter dat het allergrootste deel van de overtredingen reeds in het voortraject wordt beëindigd, zodat geen bestuurlijke sanctie nodig is.

Toezicht en sanctionering op het gebied van het ruimtelijke-orderingsrecht schieten, uitzonderingen daar gelaten, ernstig tekort. Voor handhaving op dit terrein wordt weinig belangstelling getoond.

Kamperen

De intensiteit van de controle op illegaal kamperen is in de meeste gebieden gering, maar in sommige gebieden zeer groot; de bereidheid tot sanctionering varieert eveneens. Een aanzienlijk deel van de overtredingen van vergunningvoorschriften blijft onopgemerkt. Ingeval overtredingen worden opgemerkt, wordt meestal wel

een informele actie ondernomen, maar geen sanctie opgelegd, hetzij vanwege een lage prioriteit, hetzij omdat sanctionering als een te zwaar en te complex middel wordt beschouwd.

Bouwvergunningen

In dit onderzoek ging het om de overheid als overtreder. Waar die (gemeentelijke) overheid zelf voor de handhaving verantwoordelijk is, kan worden gesteld dat de mate waarin niet wordt nageleefd, tevens de omvang van het handhavingstekort aangeeft. Er zijn grote verschillen. In sommige gemeenten worden bouwvergunningen slechts bij hoge uitzondering in strijd met de wet verleend; in andere gebeurt dit in meer dan 25% van de gevallen.

Waterschapskeuren

Er is sprake van een regelmatige controle (gemiddeld een tot drie keer per jaar wordt een schouw georganiseerd; daarnaast is er nog ander toezicht). Verreweg de meeste overtredingen worden in het voortraject beëindigd, andere met bestuursdwang of een andere sanctie. Een punitieve sanctionering voor reeds begane overtredingen is zeldzaam. Er is daardoor geen sprake van preventieve, afschrikkende werking. Alleen in die zin kan van een handhavingstekort worden gesproken.

Arbowet

De toezichtsfrequentie is laag. Het toezicht wordt in belangrijke mate gekenmerkt door reactief optreden (naar aanleiding van ongevallen en klachten). De handhaving blijft te lang en te vaak in het informele circuit van het toezicht 'hangen', zonder dat dit tot naleving leidt. Bij ernstige wetsschendingen wordt wel voortvarend opgetreden. Een bijzonder strafrechtelijk handhavingstekort doet zich voor ten aanzien van overheidsbedrijven (in verband met de vermeende consequenties van de Pikmeer-jurisprudentie; zie hoofdstuk 9).

Leerplichtwet

Registratie van het verzuim is gebrekkig; naar schatting 25% van het verzuim wordt niet geregistreerd. Ook wordt te weinig controle uitgeoefend door de leerplichtambtenaren. In het algemeen wordt de duur van het strafrechtelijke deel van de handhaving te lang gevonden (zodat overtredingen lange tijd onbestraft blijven); in kleine gemeenten blijft de strafrechtelijke handhaving achterwege.

3.4.2 ALGEMENE CONCLUSIES

Ten eerste is van belang dat waar geen duidelijke, rechtens aanvaardbare¹⁵ na te streven handavingsniveaus zijn vastgesteld, er weinig kan worden gezegd over een handhavingstekort, al heeft men nog zoveel cijfers over overtredingen en sancties. Voorts wordt er op alle gebieden wel een zeker handhavingstekort ervaren. Voor

15 Zie de ijkpunten genoemd in § 3.2.

zover de feitelijke omvang ervan min of meer objectief kon worden vastgesteld, verschilt die per beleidsterrein, per wet en soms zelfs per wetsbepaling. Het tekort is lang niet overal dramatisch groot: soms is het gering, soms is het groot, vaak zit het er ergens tussen in. Ook verschilt de aard van het tekort: soms betreft het tekort het toezicht, waardoor sancties helemaal niet meer aan de orde kunnen komen, soms is er vooral een sanctioneringstekort.

De algemene lijn die ten aanzien van de aard van de tekorten kan worden getrokken, is dat er kwantitatief en kwalitatief onvoldoende toezicht wordt uitgeoefend, waar toezicht wel en goed wordt uitgeoefend dit meestal leidt tot beëindiging van de illegale situatie, in gevallen waarin toezicht niet dit effect heeft, in onvoldoende mate sancties worden opgelegd en geëffectueerd.

Kwantitatief en kwalitatief onvoldoende toezicht

Hoeveel van de feitelijk gepleegde overtredingen worden geconstateerd? De mate van ontdekking, detectiegraad of hoe men het ook noemen wil, is sterk afhankelijk van de frequentie en de 'slimheid' van het toezicht, twee factoren waaraan op diverse gebieden een duidelijk tekort bestaat.

Zo is het toezicht op het meldingsplichtige vervoer van afvalstoffen niet slim in die zin dat wel alle papieren (afgifte- en ontvangstbewijzen) worden gecontroleerd, maar fysieke controles zeer spaarzaam zijn. Handige ondernemers kunnen aldus een papieren werkelijkheid creëren die het zicht op de feitelijke werkelijkheid volledig ontnemt. De frequentie van fysieke controles zal in dit geval overigens percentueel altijd beperkt moeten zijn gezien het grote aantal van 750.000 meldingsverplichtingen per jaar. Des te belangrijker is het dan een systeem op te zetten waarbij de gepercipieerde pakkans groot is. Zie ook hoofdstuk 4.

De omvang en kwaliteit van het toezicht schiet op diverse gebieden tekort. Zie met name de onderzoeken EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen, Bouwvergunningen, Arbowet en Leerplichtwet. Over de oorzaken daarvan wordt in § 3.5 gesproken.

Beëindiging van de illegale situatie in de toezichtsfase

Naleving wordt bevorderd en ook vaak bewerkstelligd door overreding en in overleg. De meeste geconstateerde overtredingen worden in het 'voortraject' beëindigd, dus voor er een sanctie hoeft te worden getroffen. De (mogelijkheid van een) sanctie werkt dan 'slechts' als stok achter de deur. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat veel bestuursorganen uiteindelijke naleving als belangrijkste, zo niet enige handhavingsdoel¹⁶ zien. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het belang van preventie door afschrikking. In sommige gevallen zou het voorts bijvoorbeeld nuttig kunnen zijn het onrechtmatig verkregen voordeel te ontnemen (langs strafrechtelijke weg) dan wel tot invordering van verbeurde dwangsommen over te gaan óók nadat de

16 Zie over het begrip 'handhavingsdoel' § 4.4.2.

overtreding inmiddels is beëindigd, dit om de geloofwaardigheid van dit instrument geen geweld aan te doen.

In onvoldoende mate opleggen en effectueren van sancties

Het aantal sancties is in absolute zin op veel terreinen laag te noemen.

Zo was al bekend dat het aantal besluiten tot toepassing van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom ter handhaving van het milieurecht en het ruimtelijk recht varieert van nul tot hooguit enkele tientallen per jaar per bevoegd bestuursorgaan (uitzonderingen daargelaten).¹⁷ Intrekking van vergunningen als sanctie komt op deze gebieden zelfs nagenoeg niet voor. Ook op de thans onderzochte gebieden komen we dit patroon tegen. Zie de onderzoeken Horeca, Samenwerking gemeenten (ten aanzien van milieu), Kamperen, Waterschapskeuren en Arboret.

Een belangrijke reden, zij het niet de enige, voor deze lage aantallen is echter het feit dat de meeste geconstateerde overtredingen worden beëindigd in de fase van het toezicht (welke fase soms wel erg wordt uitgerekt door allerlei vormen van ambtelijke en bestuurlijke waarschuwingen en andere stappen die aan een sanctie vooraf plegen te gaan). Gezegd zij evenwel nogmaals, dat mogelijke andere handhavingsdoelen als preventie en voordeelontneming op die wijze onvoldoende worden gediend.

3.5 Oorzaken van handhavingstekorten

De oorzaken van de handhavingstekorten die zich op verschillende gebieden voordoen, zijn talrijk en divers. Zo maakte Michiels al in 1991¹⁸ gewag van maar liefst dertig oorzaken van gebrekkige handhaving op het gebied van het publiekrechtelijk bouwrecht (zonder pretentie van volledigheid!), ingedeeld in zeven hoofdgroepen van oorzaken met betrekking tot de te handhaven normen, de procedures en bevoegdheden en de aard van de overtredingen, alsmede beleidsmatige oorzaken, psychologische oorzaken, financiële oorzaken en oorzaken van praktische aard. Enkele van die oorzaken zijn verdwenen, met name door betere wetgeving inzake de handhavingsbevoegdheden, maar de meeste zijn nog steeds actueel. Niet op elk gebied echter spelen dezelfde oorzaken een rol, zeker niet in dezelfde mate en ook per gebied zijn niet alle oorzaken steeds van belang. Het is dus moeilijk spreken over *de* oorzaken van *het* handhavingstekort.¹⁹ Daarom zal hierna voor elk van de tien onderzochte terreinen puntsgewijs worden opgesomd waarin de (belangrijkste) door de onderzoekers waargenomen oorzaken schuilen van de op die respectieve

17 Zie J.E. Hoitink en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met beleid*, Zwolle 1993 en F.C.M.A. Michiels, E. Niemeijer en C.T. Nijenhuis, *Wie is er bang voor de dwangsom?*, Den Haag 1994 en A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997.

18 F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van het publiekrechtelijk bouwrecht*, Deventer 1991, p. 15-19.

19 Ook deze omstandigheid bemoeilijkt het aangeven van algemene remedies.

terreinen geconstateerde tekorten. De genoemde oorzaken hebben uiteraard alleen op de desbetreffende gebieden betrekking voor zover er tekorten zijn. Als er bijvoorbeeld sprake is van gebrekkige afstemming tussen de handhavingspartners op het horecagebied, wil dat dus niet zeggen dat deze oorzaak zich in elke gemeente voordoet en al helemaal niet in dezelfde mate.²⁰ Het gaat bij de genoemde oorzaken echter wel om factoren die in een substantiële mate invloed uitoefenen op het totale handhavingsbeeld. In § 3.5.2 zullen vervolgens enkele hoofdlijnen worden getrokken.

3.5.1 OORZAKEN VAN HANDHAVINGSTEKORTEN OP DE ONDERZOCHE TE GEBIEDEN

Horeca

- * ondoorzichtige, onvoldoende onderling afgestemde regelgeving;
- * moeilijk handhaafbare regelgeving;
- * grote aantal bij de handhaving betrokken instanties;
- * gebrekkige afstemming (samenwerking, informatievoorziening) tussen de handhavingspartners;
- * onvoldoende mogelijkheden tot preventief optreden;
- * diverse problemen bij sluiten van horecagelegenheden;
- * lange duur van sanctieprocedures;
- * versnipperde organisatie;
- * gebrek aan kennis en deskundigheid;
- * gebrek aan mensen en middelen;
- * onvoldoende bestuurlijke wil tot handhaven;
- * ontbreken van horeca-handhavingsbeleid;
- * bewijsproblemen (bij drugsoverlast);
- * stromannenproblematiek (bij drugsoverlast);
- * verplaatsingseffecten (bij drugsoverlast).

EU-subsidies

- * complexe, onheldere wetgeving;
- * onvoldoende afstemming tussen de vele betrokken Europese en nationale overheidsorganisaties;
- * ontbreken samenhangend beleid;
- * uiteenlopende belangen EU en lidstaat bij de handhaving;
- * onvoldoende legitimiteit van de te handhaven regels, zowel bij de overtreders als de controlerende diensten;
- * gebrek aan bestuurlijke wil;
- * te weinig inzet in mensen en middelen om een goede controle mogelijk te maken;
- * combinatie van geringe pakkans en hoge potentiële fraude-baten;
- * onvoldoende zicht op relevante nalevings- en handhavingsgegevens.

20 Zoals de onderzoekers stellen gaat het om een omvangrijk probleem van een grote minderheid (§ 7.3 van het rapport).

Vliegtuiglawaai

- * ondoorzichtige, gecompliceerde regelgeving, mede door het sterk internationale kader van de burgerluchtvaart;
- * te ongedifferentieerde normstelling (niet of nauwelijks gericht op individuele vliegbewegingen);
- * het ontbreken van een afweging van belangen in de regelgeving ten aanzien van het gebruik van de geluidsruimte (groeit omvang luchtverkeer past, zonder additionele maatregelen, niet binnen de gestelde grenzen);
- * gebrekkig handhavingssysteem (discussie over de vraag of de exploitant voldoende mogelijkheden heeft om het verkeersvolume te beperken; buiten schot blijven luchtvaartmaatschappijen);
- * onduidelijke verdeling van taken en bevoegdheden van diverse bij normstelling en handhaving betrokken instanties;
- * gebrekkige communicatie tussen de vele bij de handhaving betrokken instanties;
- * deels ontbrekend, deels ineffectief sanctie-instrumentarium;
- * ontbreken beleid en ervaring bij bestuursrechtelijke handhaving.

Afvalstoffen

- * onduidelijke, onvoldoende uitgewerkte (begrippen²¹ in) regelgeving;
- * groot aantal afzonderlijke wettelijke verplichtingen verspreid over verschillende adressaten;
- * grote aantal en 'vluchtigheid' van de te controleren handelingen;
- * technische aard van de materie;
- * beperkte financiële en personele middelen in verhouding tot de benodigde intensiteit en de aard van het toezicht (samenwerking tussen veel instanties en grote technische kennis nodig);
- * niet op elkaar aansluiten van gegevensbestanden;
- * ontoereikend bestuursrechtelijk handavingsinstrumentarium;
- * eigen belang bestuurlijke overheid bij niet handhavend optreden tegen eigen inrichtingen.²²

Samenwerking gemeenten

- ten aanzien van milieu:

- * ontbreken bestuurlijke wil of hardheid in sanctioneringsfase;
- * onvoldoende kennis bij kleine gemeenten;
- * een nog te weinig gedifferentieerde uitvoering van het toezicht;
- * zetten van te veel stappen alvorens tot opleggen en eventueel ten uitvoer leggen van een sanctie wordt overgegaan.

21 Het begrip afvalstoffen spant de kroon waar het gaat om onduidelijkheid en geringe handhaafbaarheid.

22 Van de negatieve rol van het eigen overheidsbelang in de afvalstoffenwereld wordt ook gewag gemaakt in de studie 'Schijn bedriegt' van het Kernteam zware milieucriminaliteit (NRC/Handelsblad 6 december 1997).

- ten aanzien van ruimtelijke ordening;
- * handhaving heeft geen prioriteit;
- * er wordt te weinig toezicht uitgeoefend;
- * ontbreken van een handhavingsbeleid.

Kamperen

- * onvoldoende beleidsmatige prioriteit voor handhaving;
- * onvoldoende beschikbaar stellen van toezichthouders;
- * onvoldoende actiebereidheid bij handhavers (in verband met onwenselijke effecten van handhaving bij illegale kampeeders);
- * ervaring van geringe legitimiteit van sommige regels gericht tot kampeeders;
- * concurrerende economische belangen van gemeente bij toerisme;
- * gebrekkige afstemming tussen afdelingen bij de gemeente en met de handhavingspartners;
- * sancties worden als te zwaar, te complex en te tijdrovend beschouwd.

Bouwvergunningen

- * onduidelijkheid regelgeving (driedeling in vrije, meldingsplichtige en vergunningplichtige bouwwerken, meldingsstelsel, Bouwbesluit);
- * instrumentele visie op bestemmingsplan en positieve grondhouding jegens bouwen (materiële benadering planologische voorschriften);
- * geringe normatieve lading van veel planologische voorschriften;
- * invloed sociale en politieke verhoudingen (in kleine gemeenten).

Waterschapskeuren

- * geringe beleidsmatige aandacht voor handhaving²³;
- * dominantie van de reparatoire aanpak bij het optreden tegen overtredingen (het enige doel is, informeel of met sancties, de rechtmatige toestand te herstellen. Regelnaleving wordt niet als doel op zich gezien. Daardoor worden zelden punitieve sancties opgelegd);
- * diverse soorten bezwaren tegen gebruik van de transactiebevoegdheid;
- * tamelijk geringe intrinsieke waarde van de na te leven regels;
- * historische band met agrarische achterban.

Arbowet

- * onduidelijkheid van de te handhaven wettelijke regels;
- * onduidelijkheid over rol inspecteurs (conflict tussen hulpverlening en handhaving);
- * hoge werkdruk inspecteurs;
- * te reactieve werkwijze;
- * bij een deel van de inspecteurs het ontbreken van een handhavingsoptiek.

23 Opgemerkt zij dat het geconstateerde handhavingstekort gering is, zodat er in de ogen van veel waterschapsbesturen ook weinig aanleiding bestaat een handhavingsbeleid te ontwikkelen.

Leerplichtwet

- * ontbreken aanvaardbare (vervangende) onderwijsvoorzieningen;
- * onvoldoende inzet scholen ten aanzien van verzuimregistratie;
- * niet op elkaar aansluiten van gegevensbestanden;
- * geringe prioriteit van handhaving Leerplichtwet bij sommige gemeenten;
- * niet beschikken over opsporingsbevoegdheid bij groot deel van de leerplichtambtenaren;
- * onduidelijkheid over rol leerplichtambtenaren (conflict tussen hulpverlening en handhaving);
- * slechte samenwerking tussen leerplichtambtenaren en OM;
- * lange duur van het strafrechtelijke traject.

3.5.2 HOOFDLIJNEN INZAKE DE OORZAKEN VAN HANDHAVINGSTEKORTEN

Aan de hand van de eerder vermelde indeling in zeven hoofdgroepen van oorzaken, aangevuld met de oorzaak 'tekort aan samenwerking', zijn aan de hand van het voorafgaande de volgende lijnen te trekken. Vooraf zij opgemerkt dat de indeling slechts een ordeningshulpmiddel is. Het gaat meer om het feit dat zich bepaalde oorzaken voordoen dan om de precieze kwalificatie en indeling van die oorzaken; sommige oorzaken zouden ook bij meer dan één groep kunnen worden ingedeeld. Tussen haakjes wordt steeds verwezen naar de op het desbetreffende punt relevante deelonderzoeken.

Oorzaken met betrekking tot de te handhaven normen

Normen zijn niet goed handhaafbaar wanneer ze onduidelijk of ondoorzichtig (Horeca, EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen) of niet actueel zijn dan wel wanneer ze onvoldoende legitimiteit bezitten (EU-subsidies, Samenwerking gemeenten (RO), Bouwvergunningen, Kamperen, Arboret).

Oorzaken met betrekking tot procedures en bevoegdheden

Procedures van besluitvorming en rechtsbescherming duren, ook ten aanzien van handhavingsbesluiten, vaak (deels onvermijdelijk) lang (Horeca, Kamperen, Leerplichtwet). Dat is niet gunstig voor een adequate handhaving. Op dit probleem wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 6.

In een aantal situaties meent het bestuur over onvoldoende handhavingsbevoegdheden te beschikken (Horeca, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen). De justitiële organen vullen dat gat lang niet altijd (om welke reden ook) door gebruikmaking van de hun ten dienste staande bevoegdheden. De samenwerking en afstemming tussen bestuursinstanties onderling (zie Samenwerking gemeenten) en tussen bestuurlijke en justitiële organen is op veel gebieden nog onvoldoende van de grond gekomen (zie Horeca, Vliegtuiglawaai, Kamperen, Leerplichtwet). In geval van grensoverschrijdende effecten van overtredingen ontbreken veelal publiekrechtelijke middelen om op te treden. De internationale afstemming (binnen en buiten EU-verband) is onvoldoende voor effectieve handhaving (EU-subsidies, Vliegtuiglawaai).

Oorzaken met betrekking tot de aard en de massaliteit van de overtredingen

Sommige overtredingen zijn moeilijk waarneembaar of vergen om deze of een andere reden in verhouding te veel inspanning van de handhavende instanties om handhaving lonend te maken (EU-subsidies, Afvalstoffen, Kamperen). De pakkans is dan gering, hetgeen overtredingen bevordert. Tegen overtredingen met onomkeerbare gevolgen kan alleen maar punitief worden opgetreden; een dergelijk optreden wordt door bestuursorganen echter niet altijd verkozen (Waterschapskeuren). Tegen overtredingen die massaal worden gepleegd, kan om fysieke redenen slechts in een beperkt aantal gevallen sanctionerend worden opgetreden; ook is slechts beperkt toezicht mogelijk (Afvalstoffen).

Beleidsmatige oorzaken

Handhaving wordt door veel bestuurlijke overheden niet als beleidsmatige prioriteit gezien (Horeca, EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Samenwerking gemeenten (RO), Kamperen, Waterschapskeuren, Leerplichtwet). Het OM laat bewust bepaalde terreinen liggen; zelfs met het milieu is dat lang gebeurd (maar op dat gebied heeft duidelijk bij het OM een omslag plaatsgevonden) en met diverse andere terreinen (Vliegtuiglawaai, Samenwerking gemeenten (RO), Waterschapskeuren, Leerplichtwet) is dat (uitzonderingen daargelaten!) in zekere mate nog steeds zo. Dit zou geen handhavingstekort veroorzaken wanneer het bestuur op die terreinen optimaal handhaaft, maar het bestuur kan dit soms niet (Leerplichtwet, Arboret) of wil het niet (Samenwerking gemeenten (RO)).

Het komt, op diverse gebieden, nog geregeld voor dat er geen behoorlijk handhavingsbeleid is vastgesteld; dat is globaal genomen zo in dezelfde gevallen als waarin er geen prioriteit aan de handhaving wordt gegeven. Dergelijk beleid, mits deugdelijk bekendgemaakt en consequent toegepast, maakt handhavingsbeslissingen juridisch aanzienlijk steviger, meer 'judgeproof'. Beslissingen tot handhaven of gedogen die niet beleidsmatig zijn ingebed, zijn kwetsbaar in rechtsbeschermingsprocedures omdat ze inhoudelijk moeilijker te verdedigen zijn. Het ontbreken van beleid en de daarin vastgestelde handhavingsdoelstellingen belemmert ook het zicht op een eventueel handhavingstekort en wat daaraan zou kunnen worden gedaan.

Van sommige regels wordt het belang van handhaving niet of onvoldoende ingezien. Zoals ook het naleven van regels waarvan de geadresseerde de intrinsieke waarde niet ziet, problematisch is (men leeft ze hooguit na om geen sanctie opgelegd te krijgen), kan ook de *handhaving* van regels wanneer het *orgaan* de intrinsieke waarde daarvan niet ziet, problematisch zijn. Het ligt voor de hand dat die handhaving op minder enthousiasme kan rekenen dan handhaving van regels die men handhavenswaardig vindt. Bij eigen (niet van bovenaf opgelegde) regels zal in het algemeen de handhavenswaardigheid worden erkend; anders stelt men de eigen regel niet vast of trekt men hem wel in (als dit niet wordt vergeten!). Maar het handhavende orgaan kan een door een ander orgaan vastgestelde regel niet intrekken. Bij dergelijke regels kan een orgaan dus (wettelijk) gedwongen zijn tot een zeker niveau van handhaving over te gaan, terwijl het dat eigenlijk zelf niet zo nodig

vindt. De verantwoordelijkheid voor de handhaving wordt dan niet zo sterk beleefd.²⁴ Dit speelt zowel in de verhouding tussen hogere en lagere overheden in Nederland als tussen de EU en de lidstaat Nederland. Extra gecompliceerd in dit opzicht is de situatie waarin het rijk een EU-regel moet omzetten in Nederlands recht en een orgaan van een lager overheidsverband de omgezette regel moet toepassen en handhaven.

Een aan bestuurlijke handhaving vrijwel inherente omstandigheid is de afweging van belangen (tenzij de wet tot handhaving verplicht). In menig geval staan er tegenover de met handhaving gediende belangen andere belangen die juist tegen handhaving pleiten. Als dat legitieme belangen zijn, kunnen die er, zoals reeds uiteengezet in § 3.3.2, toe leiden dat niet hoeft of zelfs niet mag worden opgetreden.

Een bijzondere, maar niet te onderschatten oorzaak is het hebben van een eigen belang bij het niet handhaven.²⁵ Dat belang is er duidelijk wanneer de eigen organisatie de regels overtreedt. Wanneer bijvoorbeeld provincie-ambtenaren milieuregels overtreden, hebben GS er een zeker belang bij de provincie geen dwangsombeschikking te sturen. Men snijdt niet graag in eigen vlees. Hiermee wil niet gezegd zijn dat in dergelijke gevallen er dus geen maatregelen worden getroffen en/of geen sancties worden opgelegd, want het bedoelde belang *kan* in de afweging van belangen het onderspit delven; maar dat neemt niet weg dat het een rol speelt. Soms zijn de te verwachten, voor de eigen organisatie schadelijke, effecten op financieel-economisch vlak (meer werkloosheid, meer uitkeringen) een reden om terughoudend te handhaven. De factor van het eigen belang bij niet handhaven is in diverse onderzoeken aangetroffen (EU-subsidies, Afvalstoffen, Kamperen, Bouwvergunningen). Overigens mag niet onvermeld blijven dat het eigen belang soms ook positief voor de handhaving is. Zo leidt het belang van het in stand houden van de kwaliteit van een recreatiegebied, nodig om het inkomsten genererende toerisme op peil te houden, er in sommige gemeenten toe dat streng wordt opgetreden tegen illegale kampeerders.

Tekort aan samenwerking

Een niet onbelangrijke oorzaak van gebrekkige handhaving is een tekort aan samenwerking, terwijl de veelheid aan betrokken organisaties daarom vraagt. Dit geldt zowel voor de relatie tussen bestuur enerzijds en politie en OM anderzijds als voor de relatie tussen bestuursorganen onderling, zowel nationaal als internationaal. Op veel gebieden kan in dit opzicht nog het nodige worden gewonnen (Horeca, EU-subsidies, Vliegtuiglawaai, Afvalstoffen, Waterschapskeuren, Samenwerking gemeenten (RO), Kamperen, Leerplichtwet). Daartoe zullen wel de bestaande weerstanden tegen samenwerking moeten worden overwonnen. Die weerstanden hebben onder meer te maken met het feit dat samenwerking in eerste instantie

24 Men zou dit ook een psychologische oorzaak kunnen noemen die een beleidsmatige vertaling krijgt in een handhavingsposterioriteit.

25 Dit moet goed worden onderscheiden van het niet naleven van rechtsregels door de overheid; zie daarover hoofdstuk 9.

soms meer tijd kost dan het oplevert (men moet in elkaar investeren) en met bestaande misvattingen over elkaars houding, opvattingen e.d.

Financiële oorzaken

Een belangrijke oorzaak is een tekort aan financiële en (mede daardoor) personele middelen (Horeca, EU-subsidies, Afvalstoffen, Arbowet, Leerplichtwet). Handhaving kost geld. Wetgevers zijn zich niet altijd scherp bewust van de kosten van adequate handhaving. Die kosten zijn trouwens ook niet altijd te voorzien. Pas wanneer een helder beeld bestaat van de mogelijkheden en waarschijnlijkheden van niet-naleving, kan een raming worden gemaakt van de benodigde omvang van de handhaving (in elk geval in termen van toezicht en sancties) met de bijbehorende kosten. Maar in menig geval bestaat dat beeld niet of wordt het niet gezien.

Een samenhangend probleem betreft de vraag wie voor de kosten van de handhaving moet opdraaien. Vaak wordt een regel op centraal niveau vastgesteld en moet deze op decentraal niveau worden gehandhaafd. Daarbij wordt doorgaans geen financiële toelage gegeven. Dat kan tot een tekort aan middelen bij de handhaving op het decentrale niveau leiden. Een dergelijk tekort kan ook de geestdrift waarmee bedoelde regels worden gehandhaafd verkleinen.

Sommige financiële problemen worden veroorzaakt door een gebrek aan samenwerking. Voor bepaalde taken is een zekere kritische massa aan personeel en know how nodig die voor een kleine organisatie financieel niet is op te brengen (Samenwerking gemeenten). Zie over het kostenaspect ook § 4.6.

Psychologische oorzaken

Handhaving maakt bestuurders niet populair. Met nieuw beleid of het geven van subsidies kan men veel meer bestuurlijke eer inleggen. Sommige bestuurders deinzen terug voor handhaving vanwege het gebrek aan ervaring of de, soms vergaande, implicaties (Horeca, Vliegtuiglawaai, Samenwerking gemeenten). De handhavers op de werkvloer (toezichthouders) hanteren vaak een coöperatieve stijl waarin meepraten en meedenken voorop staat. Die stijl kan in veel gevallen tot een bevredigend resultaat leiden, maar schiet tekort wanneer er sancties moeten worden opgelegd (Kamperen, Leerplichtwet, Arbowet). Wanneer er geen scheiding is tussen de persoon die als vergunningopsteller of als consultant-toezichthouder optreedt en degene die de sanctie voorbereidt en (materieel) oplegt, bestaat het gevaar dat om de goede verhoudingen niet te verstoren, maar geen sanctie wordt opgelegd.

Een psychologische oorzaak voor onvoldoende effectieve handhaving is stellig ook de beeldvorming die er over en weer tussen bestuurlijke en justitiële organen bestaat (zie § 4.3.1).

Oorzaken van praktische aard

Onder deze noemer kunnen vele kwesties worden gebracht. Een voorbeeld is het gebrek aan opvangmogelijkheden voor leerplichtige jongeren die onder geen beding op school te houden zijn. Ook de aard en de massaliteit van de te controleren handelingen of van de overtredingen waartegen men zou moeten optreden kan tot praktische (logistieke) problemen aanleiding geven (EU-subsidies, Afvalstoffen).

In de luchtvaart blijkt het gebruiksplan een gebrekkig instrument: de exploitant lijkt feitelijk onvoldoende mogelijkheden te hebben het gebruik tijdig aan te passen aan de geluidseisen. Een ander voorbeeld is het, om verschillende redenen, niet op elkaar kunnen worden aangesloten van gegevensbestanden (Afvalstoffen, Leerplichtwet). Voorts bestaat er om verschillende redenen onvoldoende zicht op nalevings- en handhavingsgegevens waardoor het maken en evalueren van handhavingsbeleid wordt bemoeilijkt.

3.6 Conclusies

Over het handhavingstekort bestaan veel misverstanden. In dit hoofdstuk is getracht enige orde te scheppen.

Eerst is het begrip, zoals de commissie dit hanteert, omschreven. Van een handhavingstekort (op een bepaald terrein) is slechts sprake voor zover de bevoegde instanties wel moeten handhaven, maar niet kunnen of niet willen handhaven. Er is dus geen handhavingstekort voor zover er rechtmatig wordt gedoogd (niet willen, maar ook niet hoeven).

Dat gedogen rechtmatig kan zijn, zowel in het algemeen ten aanzien van bepaalde regels als in concrete gevallen, na een belangenafweging, staat vast. Discussie is mogelijk over de precieze ruimte die er voor gedogen op onderscheiden gebieden en in afzonderlijke gevallen kan bestaan. In eerste instantie bestaat op het hanteren van de gedoogruimte politiek toezicht; de rechter zal desgevraagd in laatste instantie een oordeel moeten geven.

Over de omvang van het handhavingstekort kan worden gesteld dat dit per terrein verschilt; voor de onderzochte terreinen is, voor zover dat naspeurbaar was, aangegeven in hoeverre er van een tekort sprake is. In het algemeen moet overigens worden opgemerkt dat het, door de afwezige dan wel slechte registratie van nalevings- en handhavingsgegevens, op veel gebieden moeilijk is de precieze omvang van het tekort vast te stellen.

De oorzaken van de tekorten zijn divers en verschillen per gebied. Van de afzonderlijke onderzochte gebieden zijn de belangrijkste oorzaken in kaart gebracht; vervolgens zijn op basis daarvan hoofdlijnen getrokken. Wat daarbij opvalt is dat op veel zeer uiteenlopende beleidsterreinen dezelfde soort problemen bestaan. Bovendien zijn dat vaak problemen die al langer bekend zijn in bijvoorbeeld het milieurecht, waar de aandacht voor bestuurlijke handhaving relatief vroeg is ontstaan. Het gaat dan over onduidelijke normstelling, gebrek aan beleid, te lage prioriteit voor handhaving, te weinig kennis van de verschillende mogelijkheden om te handhaven, gebrek aan samenwerking, een tekortschietend instrumentarium. Dat deze oorzaken een hoog gehalte aan gemeenschappelijkheid bezitten, ondanks de grote verschillen in de inhoud van de beleidsterreinen en de toedeling van handhavingsbevoegdheden, mag wel verrassend worden genoemd. De aangename kant van deze verrassing is dat het daardoor toch mogelijk is min of meer algemene aanbevelingen te doen voor verbeteringen van de handhaving.

In de volgende hoofdstukken zal daarom de kennis over de omvang en de oorzaken van handhavingstekorten worden gebruikt voor het formuleren van waar mogelijk algemene oplossingen voor de geconstateerde problemen. Gelet op de diversiteit van zowel de kwantitatieve als kwalitatieve aspecten van de handhavingstekorten, zullen de oplossingen echter niet overal gelijkelijk toepasbaar kunnen zijn; een zekere mate van 'vertaling' voor de onderscheiden beleidsterreinen is dus nog nodig. Het gaat het bestek van dit rapport echter te buiten om specifieke voorstellen voor de tien onderzochte gebieden te doen. Overigens worden dergelijke, naar de mening van de commissie vaak zeer behartenswaardige, voorstellen wel in een aantal rapporten in het kader van de door de onderzoekers verrichte deelstudies gedaan.

4 Algemene remedies

In het vorige hoofdstuk zijn omvang en oorzaken van handhavingstekorten besproken. De omvang bleek (voor zover kon worden vastgesteld) te wisselen. Ook is vastgesteld dat de tekorten niet allemaal onaanvaardbaar zijn. Maar gezamenlijk vormen die tekorten toch een verontrustend gegeven. Op veel beleidsterreinen is er sprake van ofwel te geringe handhaving ofwel handhaving die op allerlei punten voor verbetering vatbaar is. Dit vraagt om remedies. In dit hoofdstuk worden vijf algemene remedies behandeld: wijzen waarop de handhaving op (vrijwel) elk van de onderzochte en naar alle waarschijnlijkheid ook op veel niet onderzochte terreinen kan worden verbeterd. In hoofdstuk 5 komt een onderwerp aan de orde dat volgens sommigen een belangrijke algemene remedie zou kunnen bevatten, maar dat volgens de commissie slechts in beperkte mate doet: een andere organisatie van de handhaving. In de hoofdstukken 7 tot en met 9 komen meer specifieke remedies aan bod. Daaraan voorafgaand worden, in hoofdstuk 6, aan de verhouding tussen handhaving en rechtsbescherming enige beschouwingen gewijd. Op deze plaats zij reeds opgemerkt dat handhaving en rechtsbescherming geen tegengestelden zijn. De rechtsbescherming stelt in een rechtsstaat grenzen waarbinnen handhaving zich kan bewegen en dat is een groot goed. Bij de hierna te bespreken suggesties ter verbetering van de handhaving moet dit dus steeds in het achterhoofd worden gehouden.

De in dit hoofdstuk behandelde algemene remedies en de in andere hoofdstukken aan de orde gestelde remedies staan uiteraard in verband met de in het vorige hoofdstuk geconstateerde oorzaken van handhavingstekorten. Aan één van de acht onderscheiden groepen oorzaken valt weinig te verhelpen: de aard en de massaliteit van de overtredingen op sommige gebieden (tenzij men de betrokken wetgeving intrekt). Voor de andere groepen wordt hieronder aangegeven waar de remedies ervoor worden besproken:

- de te handhaven normen: § 4.1;
- procedures en bevoegdheden: § 4.2, § 4.4 en de hoofdstukken 5 t/m 9;
- beleid: § 4.5;
- samenwerking: § 4.3 en § 4.5;
- financiën: § 4.5;
- psychologische oorzaken: § 4.3 en § 4.5;
- praktische oorzaken: § 4.5.

4.1 Handhavenswaardige en handhaafbare normstelling

In het verleden werden vaak wetten en regelingen gemaakt zonder dat de regelgever zich afvroeg of de regeling wel handhaafbaar was. Inmiddels lijkt althans de

rijksoverheid wel doordrongen van het belang van handhaafbaarheid. Zo is er een, interdepartementaal ontwikkelde, Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets milieubeleid en milieuregelgeving en een meer algemene Handleiding effectmeting uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, ontwikkeld door het ministerie van Justitie.¹ Ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving worden aanbevelingen gedaan op dit punt (aanwijzing 11). In de literatuur is de aandacht groeiende.² Maar aan de vraag naar de handhaafbaarheid gaat de vraag naar het nut van de te handhaven regeling en daarmee van de handhavenswaardigheid van die regeling vooraf. Zo zijn normstelling en handhaving al in een zeer vroeg stadium met elkaar verbonden en kunnen vragen naar het ontstaan en het bestrijden van handhavingstekorten op verschillende niveaus worden gesteld. Het is voor een goed begrip van de handhavingsproblematiek in elk geval niet voldoende om deze uitsluitend te formuleren als de mate waarin de overheid er feitelijk in slaagt een regel te handhaven. Handhaving heeft, zoals in hoofdstuk 3 al werd gesteld, alles te maken met naleving en die weer met de na te leven norm. Naar de mening van de commissie zou daarom elk orgaan dat zich voorneemt om een wettelijke regel te maken, zich de volgende vragen, in de aangegeven volgorde, moeten stellen.

- 1) Is bescherming van een bepaald belang door de overheid gewenst? Zo ja, is een wettelijke regeling die overtreedbare voorschriften bevat dan de beste manier waarop dit kan gebeuren?

Hoewel wij leven in een sociale rechtsstaat is het uiteraard niet zo dat de overheid alle denkbare belangen moet beschermen. Integendeel: er is een trend naar deregulering en privatisering; de markt en particuliere organisaties moeten en kunnen veel voor hun rekening nemen. Door sommigen wordt er voor gepleit bepaalde wetten of delen daarvan, zoals de Wet geluidhinder en de Arbeidsomstandighedenwet, af te schaffen omdat de door die wetten beschermde belangen even goed of beter door de rechtsgenoten via het privaatrecht zouden kunnen worden behartigd.³ Ook de Aanwijzingen voor de regelgeving gaan er van uit dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen van de samenleving (aanwijzing 8). Ook kan blijken dat de regeldichtheid van een regeling te hoog is. In het kader van de diverse dereguleringsoperaties zijn de vergunningvereisten inzake bouwen en milieu voor heel wat bedrijven en bouwwerken vervangen door algemene regels; ook is er in toenemende mate sprake van zorgplichten en andere open normen in de wetgeving. Deze ontwikkelingen geven aan dat een wet, en zeker een wet met veel gedetailleerde ge- en verbodsbepalingen, niet altijd het instrument bij uitstek is om een belang te behartigen. Handhavingsproblemen (althans die betreffende

1 Vermeldenswaard is ook dat het 'milieu-OM' en de vakdepartementen eind 1997 een door hen opgestelde checklist hebben gepubliceerd met de naam 'Praktijktips OM; toetsing strafrechtelijke handhaafbaarheid regelgeving'.

2 Zie bijvoorbeeld P. Jong, *Handhaafbaar milieurecht* (diss.), Deventer 1997.

3 H.J. de Ru, *De Algemene Wet gaat voor de Bijzondere Wet*, Den Haag 1993.

handhaving door de overheid) kunnen voor een deel worden voorkomen door deregulering. Wil de overheid toch zelf ook direct het belang in kwestie beschermen, dan zijn er bijvoorbeeld ook financiële instrumenten (belastingen, subsidies e.d.) te gebruiken, die evenwel ook handhavingsproblemen kunnen meebrengen.

2) Is het de bedoeling van de regelgever de regeling te (doen) handhaven?

In het vorige hoofdstuk zagen we dat, niettegenstaande het feit dat het bij oppervlakkige beschouwing voor de hand ligt dat als een overheidsinstantie een regel stelt, zij deze ook handhaaft (of door een andere instantie laat handhaven), het helemaal niet vanzelfsprekend is dat elke regel (door de overheid) wordt gehandhaafd. Soms bijvoorbeeld worden regels vooral gesteld om bepaalde waarden tot uitdrukking te brengen. Als handhaving niet bedoeld is, is er ook geen handhavingsprobleem.

3) Kan naleving van de voorschriften in beginsel (in redelijke mate) worden verzekerd?

Wil men een regel die ook werkelijk effect sorteert, dan zal naleving door middel van handhaving moeten kunnen worden afgedwongen. Dat blijkt bij sommige regels zeer moeilijk te zijn. Vooral in de sfeer van de EU-subsidies is er sprake van grote fraudegevoeligheid die controle vergt van een intensiteit die praktisch gesproken niet of nauwelijks kan worden gerealiseerd. Hetzelfde kan worden gezegd van de controles op afvaltransporten en het naar school gaan van leerplichtige kinderen: handelingen die reeds vanwege hun aantal moeilijk controleerbaar zijn. Vormen van 'slim toezicht' (zie § 4.5) kunnen de nalevingsquote ongetwijfeld verhogen, maar bij dit soort regels is een tamelijk grote hoeveelheid overtreders vrijwel onvermijdelijk (een ingebouwde factor dus) en de handhaving dienovereenkomstig moeilijk.

4) Hoe groot is de bereidheid middelen beschikbaar te stellen die nodig zijn om de naleving van de voorschriften (in redelijke mate) te verzekeren?

De regelgever moet zich afvragen wat hij voor de handhaving over heeft; dit geldt evenzeer voor de hogere regelgever wiens regeling door een lager bestuursorgaan wordt uitgevoerd. Daarbij gaat het om personele en materiële middelen, maar in laatste instantie altijd om geld. Krijgt de handhaving, ook als die grotere inspanningen vergt dan aanvankelijk wordt geschat, voldoende beleidsprioriteit en een dito bedrag op de begroting? Elk voorschrift dat wordt vastgesteld, brengt een kleinere of grotere kans op niet-naleving mee. Dit betekent dat men niet ongestraft het aantal voorschriften kan accumuleren zonder dit te combineren met een uitbreiding van de voor handhaving beschikbare middelen. Het rijk laat een grote hoeveelheid ingewikkelde ordeningswetgeving in medebewind uitvoeren door gemeenten en provincies. Wordt daarbij steeds een bijbehorende hoeveelheid middelen voor de handhaving ter beschikking gesteld? Voor zover de commissie heeft kunnen nagaan,

is dat niet het geval. Men moet maar roeien met de riemen die men heeft, maar daar zit wel een grens aan.

- 5) Hoe moet de naleving (in redelijke mate) worden verzekerd? Welke rol moet de overheid daarbij spelen?

Het is niet vanzelfsprekend dat elke wettelijke regeling (geheel) door de overheid wordt gehandhaafd. Ook handhaving door een branche bijvoorbeeld is mogelijk (zoals inzake verwijderingsbijdragen op grond van de Wet milieubeheer geschiedt) of door werknemers (hetgeen bij de Arbwet vooralsnog niet lijkt te zullen werken). Bij regels die niet bedoeld zijn geheel privaatrechtelijk door de rechtsgenoten te worden gehandhaafd, kan een dergelijke handhaving overigens wel een nuttige functie vervullen, zoals het in rechte optreden van individuen en ideële organisaties tegen milieudelicten leert. De overheid mag er dan echter niet op vertrouwen dat de particulieren de handhavingstaak van de overheid (geheel) overnemen. De overheid kan haar eigen taak wel verlichten door derden (financieel of anderszins) te faciliteren, maar moet zelf handhavend ingrijpen als dat nodig is. Inzake de leerplicht kan men zich afvragen of niet de opvoeders de primaire handhavers zouden moeten zijn. De overheid zou dan ten opzichte van hen primair een stimulerende en voorlichtende taak kunnen vervullen en alleen bij bepaalde categorieën (luxe) verzuim moeten straffen. Het probleem daarbij is dat de Leerplichtwet zich juist richt tot de opvoeders; een oproep tot of ondersteuning bij zelfhandhaving door de opvoeders lijkt toch onvoldoende garanties te bieden. Ten aanzien van vliegtuiglawaai zou een grotere handhavende rol voor de luchthavenautoriteiten mogelijk zijn, met een controlerende rol voor de overheid. Dit zijn slechts enkele voorbeelden om duidelijk te maken dat het niet per se de overheid hoeft te zijn die handhaaft, maar dat het de regelgever bij het maken van een regeling wel duidelijk moet zijn wie welke verantwoordelijkheid moet worden toebedeeld.

- 6) Ingeval de overheid zelf voor de handhaving moet zorgen, welke onderdelen van het overheidsapparaat moeten dit dan doen (in termen van het uitoefenen van toezicht/opsporing en het opleggen van sancties)?

Deze vraag betreft de organisatie van de handhaving binnen de overheid. Van belang is de keuze voor een of meer van de volgende handhavingssporen: bestuursrecht, strafrecht, privaatrecht en tuchtrecht (zie § 4.2). Met name de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht dan wel de keuze voor een combinatie van beide is essentieel. Zie hierover uitgebreider § 4.3, § 4.4 en hoofdstuk 5.

- 7) Welke instrumenten zijn nodig?

Het gaat hierbij zowel om juridische instrumenten (bevoegdheden) als om andersoortige middelen (financiën, personeel, meetapparatuur, computers e.d.). Wat nodig is, hangt samen met het gewenste niveau van handhaving.

8) Zijn die instrumenten aanwezig en bruikbaar?

Het is van belang dat deze vraag niet te gemakkelijk ontkennend wordt beantwoord en, als uitvloeisel daarvan, te snel om nieuwe bevoegdheden wordt gevraagd. Worden de bestaande bevoegdheden wel goed en intensief genoeg gebruikt? Is de bruikbaarheid in de praktijk voldoende getest? Bij diverse onderzoeken bleek bekendheid en ervaring met bestaande instrumenten op de betrokken terreinen onvoldoende. De roep om de bestuurlijke boete en (in mindere mate) de waarborgsom en andere relatief nieuwe instrumenten moet in dit licht toch enigszins kritisch worden gezien. Dat neemt niet weg dat als het bestaande instrumentarium niet (in alle typen situaties) voldoet, beheerste uitbreiding gewenst kan zijn (zie § 4.4.2).

4.2 Handhaving langs verschillende lijnen

Bij het denken over handhaving, zowel in abstracto als ten aanzien van een concrete regeling, moeten alle rechtsgebieden een plaats krijgen: strafrecht, bestuursrecht, privaatrecht en tuchtrecht. Het laatste type recht past in zoverre niet helemaal in dit rijtje, dat het ruim genomen zowel publiekrecht als privaatrecht kan omvatten, maar vanwege de geheel eigen aard van het tuchtrecht (handhaving door beroepsgenoten) is het nuttig dit type recht hier ook expliciet te noemen.

Het gaat in deze paragraaf dus over op het eerste oog zuiver juridische lijnen. Niet onvermeld mag blijven dat handhaving, in de door de commissie opgevatte, tamelijk ruime zin (het doen naleven van rechtsregels), ook zaken als voorlichting, communicatie en onderhandeling kan omvatten. Zelfs het maken van risico-analyses kan men als een onlosmakelijk onderdeel van het toezicht zien. Aldus opgevat staan de genoemde activiteiten niet tegenover een juridische handhaving (die dan deels gedejuridiseerd zou moeten worden; zie het onderzoek EU-subsidies), maar maken zij, naast technisch-juridische elementen, deel uit van de totale handhaving. Het is hoe dan ook van belang dat aan de juridische en de andere aspecten van de handhaving in onderling verband aandacht wordt besteed.

Bij het kiezen voor een of meer van deze 'handhavingslijnen' moeten naar het oordeel van de commissie de factoren doelmatigheid en doeltreffendheid een overwegende rol spelen (uiteraard binnen de grenzen van een behoorlijke rechtsbescherming; zie hetgeen daarover aan het begin van dit hoofdstuk werd opgemerkt). Anders gezegd: hoe kan met de minste inspanning het beste resultaat worden bereikt?

Principiële argumenten voor een taakverdeling tussen bestuursrecht en strafrecht zijn niet goed bruikbaar, althans niet doorslaggevend. Zo valt op het door sommigen gestelde primaat van de bestuurlijke handhaving ten aanzien van ordeningswetgeving nogal wat af te dingen. In de literatuur is er voorts al diverse keren op gewezen dat een *principiële* reservering voor het strafrecht van 'ernstige

zaken' of iets dergelijks niet goed verdedigbaar is.⁴ Ernstige delicten kunnen soms ook bestuurlijk worden afgedaan (met hoge boeten of dwangsommen bijvoorbeeld).⁵

Elke lijn heeft zijn eigen bijzonderheden, zijn eigen technicité, zijn eigen voor- en nadelen. Ook de optiek van waaruit wordt gewerkt, verschilt, het instrumentarium is deels verschillend en het effect dat het gebruik daarvan op overtreders kan hebben, kan al evenzeer verschillen. In een handboek over handhavingsrecht zou op een en ander wellicht uitgebreid moeten worden ingegaan. Hier volstaat het geven van een korte, schetsmatige toelichting.

Bestuurlijke handhaving behelst thans in de meeste gevallen reparatoir optreden.⁶ Daarvoor heeft het bestuur een aantal daarop gerichte bevoegdheden. Dit type handhaving ligt veelal sterk in het verlengde van uitvoering. Mede daarom heeft de wetgever in veel gevallen een discretionaire handhavingsbevoegdheid gegeven. De optiek is bestuurlijk, waarbij het afwegen van belangen een grote rol speelt. Uit handhavingsoogpunt kan men het als een nadeel zien dat er vrij veel (rechts)ruimte is voor het afzien van handhaving. De overtreder weet dit en ziet de bestuurlijke overheid meer als partner dan als controleur en corrector.

In de optiek van politie en OM overheerst het handhavingsbelang. Hoewel ook door deze instanties zowel beleidsmatig als incidenteel wordt gedoogd, ligt het accent toch anders omdat zij niet met uitvoering en ook niet primair met het afwegen van belangen zijn belast. Het gaat althans om een andersoortige afweging: niet het handhavingsbelang versus het economisch belang bijvoorbeeld, maar het afwegen van de kosten van handhaving tegen de baten ervan. Het algemene instrumentarium is overwegend punitief. Van het in de Wed geboden reparatoire instrumentarium wordt zeer terughoudend gebruik gemaakt. De inzet van politie, OM en de strafrechter heeft op overtreders vaak een groot psychologisch effect. Dit kan uit handhavingsoogpunt gunstig zijn, maar waar het effect primair stigmatiserend is, kan de handhaving ook doorschieten.

Het privaatrecht in handen van particulieren (al dan niet in tuchtrechtelijk verband) heeft het nadeel dat de overheid op het gebruik daarvan geen greep heeft en dus niet als regisseur van de handhaving kan optreden. Het rechtstreekse verband tussen overtreder en (particuliere) handhaver is echter, gezien het belang dat de handhaver in kwestie zal hebben, gecombineerd met de effectieve mogelijkheden die het privaatrecht biedt in de vorm van rechterlijke vonnissen versterkt met een dwangsom, zeer bevorderlijk voor effectieve handhaving. Bovendien hoeft de overheid dan zelf niets te doen. Kortom: het is voor de overheid goedkoop en potentieel

4 Zie F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie), Zwolle 1994, p. 11 e.v. en J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het gemeenschapsrecht* (oratie), Deventer 1994, p. 13 e.v.

5 Zelfs het uitdelen van vrijheidsstraffen hoeft niet per se wettelijk te worden voorbehouden aan de strafrechter (wel de rechter: zie art. 5 lid 1 sub a EVRM en art. 113 lid 3 Gw).

6 Daaronder wordt doorgaans verstaan het beëindigen van een overtreding, het voorkomen van herhaling ervan en het ongedaan maken van eventuele gevolgen van de overtreding. Het gaat dus om reparatie in ruime zin.

effectief om particulieren te laten handhaven, maar zij is dan wel afhankelijk van de acties van die particulieren. Hier past overigens wel een principiële overweging inzake de verantwoordelijkheid van de overheid. Zij zal zelf moeten zorgen voor een behoorlijk handhavingsniveau. Zij kan daarbij steun krijgen van particulieren en die onder omstandigheden ook het voortouw laten nemen, maar als dat niet voldoende oplevert, zal de overheid zelf moeten optreden.⁷

De genoemde handhavingslijnen werden vroeger veel sterker gescheiden dan nu het geval is. Voor pure bestraffing is, tenzij het om standaardgevallen met bijbehorende tarieven gaat, een afweging vereist die althans in het verleden doorgaans werd toevertrouwd aan de strafrechter. Thans wordt dit echter niet meer vanzelfsprekend geacht, mede vanwege de zeer ver ontwikkelde mogelijkheden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Uit de ontwikkelingen rond de bestuurlijke boete blijkt al wel dat het idee om delen van de strafrechtelijke handhaving te vervangen door bestuursrechtelijke handhaving niet louter theorie is. Op de eventuele wenselijkheid van dergelijke verschuivingen gaat de commissie verderop in dit hoofdstuk en in het volgende hoofdstuk in. Hier wil de commissie slechts wijzen op het feit dat terecht in toenemende mate niet op voorhand van een historisch gegroeide situatie wordt uitgegaan bij de keuze voor een bepaalde handhavingslijn. De osmose tussen de verschillende gebieden toont eigenlijk vooral aan dat er behoefte is aan een combinatie van elementen. De voorlopige conclusie is dan ook dat niet schematisch in klassieke rechtsgebieden moet worden gedacht, maar dat per regeling moet worden uitgegaan van hetgeen doelmatigheid en doeltreffendheid van de handhaving vereisen.

Dit brengt allereerst mee dat de regelgever moet nagaan wie er *belang* heeft bij de naleving en derhalve bij de handhaving. Met name bij regels die de economische ordening betreffen, zijn het in de eerste plaats de concurrenten die er belang bij hebben dat er niemand profiteert van wetsontduiking. Daarom zou privaatrechtelijke handhaving (deels) door branchegenoten heel goed kunnen werken.

Flankerende publiekrechtelijke (mogelijkheden tot) handhaving zullen wel nodig blijven, al was het maar omdat het voor de branchegenoten van de overtreder evenzeer profijtelijk kan zijn ook zelf de wet te ontduiken, maar onder omstandigheden kan een privaatrechtelijk systeem goed werken. Het experiment in de zeevisserij (Biesheuvel-stelsel) werkt goed onder meer omdat er voor alle zeevissers meer inzicht in quota en vangsten is (transparantie), er een private veilplicht is met betrekking tot alle gevangen vis (waarop het stelsel betrekking heeft) en een flexibele benutting van de quota door de deelnemers mogelijk is geworden. Vrijwel iedereen ziet in dat alleen met het naleven van dit systeem de dreiging van een harde opstelling van de overheid kan worden afgewend.⁸ Er worden nog maar weinig (privaatrechtelijke) boeten

7 Vergelijk de overeenkomstige overwegingen in het rapport over het onderzoek Vliegtuiglawaai ten aanzien van de handhaving van geluidsnormen door de exploitant van de luchthaven.

8 Het goede functioneren van het Biesheuvelstelsel is kennelijk reden geweest voorlopig af te zien van de invoering van een stelsel van bestuurlijke boeten.

opgelegd; ook het aantal p.v.'s is drastisch gedaald. De zeevisserij is duidelijk in rustiger vaarwater terecht gekomen.⁹

Het eigen belang kan echter complex zijn: het korte-termijn-belang kan bijvoorbeeld vergen dat een ondernemingsraad de werkgever die de arbo-regels niet naleeft voor de burgerlijke rechter daagt, maar de goede relatie tot de werkgever (lange-termijn-belang) is blijkbaar een groter belang, want de ondernemingsraden blijken van de bevoegdheid om de arboregels privaatrechtelijk te handhaven geen gebruik te willen maken.

Bij het handhaven van algemene belangen als een goede ruimtelijke ordening en een schoon milieu, die niet (steeds) met particuliere belangen samenvallen, is er alle reden om de overheid zelf te laten handhaven. Dit laat de mogelijkheid van aanvullende handhaving door particulieren onverlet, maar als het gaat om het zeker stellen van naleving, moet de overheid volledig de verantwoordelijkheid zelf nemen. Overigens is daarmee nog niet gezegd langs welke lijn de handhaving moet plaatsvinden: strafrecht, bestuursrecht of privaatrecht.¹⁰

Waar het gaat om de plicht tot het naleven van regels door een overheidsinstantie, heeft die instantie er juist belang bij dat tegen overtreding niet wordt opgetreden. De handhavingsbevoegdheid moet dan dus niet (uitsluitend) aan dat orgaan worden gegeven. In hoofdstuk 9 komt het vraagstuk van de handhaving jegens overtredende overheden uitgebreid aan de orde.

Conclusie

Bij de inrichting van de handhaving moet de blik niet eenzijdig op één bepaalde lijn zijn gericht. Een combinatie van handhavingssystemen is vaak aantrekkelijk.¹¹ Daarbij kan worden geprofiteerd van de sterke kanten, zowel wat de kosten als de effecten betreft, van elk van de onderscheiden lijnen. Dit kan er toe leiden dat ten aanzien van een en dezelfde wet of regeling er verschillende, elkaar aanvullende handhavingssystemen van toepassing zijn. Bij een flink aantal wetten is dit thans reeds het geval. Bezien moet worden waar het 'combinatieprincipe' kan worden ingevoerd of versterkt.

9 Het voorgaande is ontleend aan informatie van de AID. Zie voor kritische beschouwingen over de theoretische kant van het Biesheuvelstelsel A.J. Berg, *Vissen met vaste hand?*, NJB 1995, p. 1325-1331.

10 Op de vraag in hoeverre de overheid zelf van het privaatrecht gebruik kan respectievelijk zou moeten kunnen maken bij de handhaving wordt in hoofdstuk 8 ingegaan.

11 Zie voor de handhaving van het milieurecht A.B. Blomberg, *Handhaving in drievoud*, M en R 1997, p. 98-104.

4.3 Samenwerking tussen de handhavingspartners

4.3.1 BELANG VAN SAMENWERKING

Van essentieel belang voor een goede handhaving door de overheid is de samenwerking tussen de handhavingspartners: de bestuurlijke en justitiële organen.¹² Alleen zo kan men optimaal profiteren van het totale pakket aan mogelijkheden dat de diverse instanties hebben.

Een bijzonder samenwerkingsbelang is er waar zich een ketenproblematiek¹³ voordoet. Als voorbeeld kan het afvalvervoer dienen (zie het onderzoek Afvalstoffen). De gemeentebesturen zijn doorgaans het bevoegde gezag bij de primaire ontdoeners van afval. Het provinciebestuur is bevoegd gezag bij de vergunninghoudende inzamelaars en be- en verwerkers. De politie voert grotendeels het toezicht op het binnenlandse vervoer van afvalstoffen uit, terwijl de Inspectie verantwoordelijk is voor het toezicht op het grensoverschrijdend vervoer. In alle onderdelen van de keten is voorts het OM belast met de strafrechtelijke handhaving. Het behoeft geen betoog dat wanneer de in de diverse fasen van bovengeschetst proces bevoegde organen hun activiteiten niet op elkaar afstemmen, de kansen voor overtreders legio zijn.

Een bijzonder samenwerkingsbelang is er ook wanneer op een bepaalde maatschappelijke activiteit, zoals het oprichten en exploiteren van een horecagelegenheid, veel regelingen tegelijk van toepassing zijn die door veel verschillende instanties worden uitgevoerd en gehandhaafd. Zie het onderzoek Horeca.

Het samenwerkingsbelang wordt in de praktijk evenwel lang niet altijd gezien. Van een goede, structurele informatie-uitwisseling is op veel gebieden geen sprake. Men kent voorts niet alleen elkaars *informatie*, maar ook *elkaar* onvoldoende. Er zijn zeker goede initiatieven, maar op te veel gebieden is de samenwerking gebrekkig (Horeca, EU-subsidies, Afvalstoffen, Samenwerking gemeenten, Waterschapskeuren, Arbowet, Leerplichtwet). Dit wordt mede veroorzaakt door de cultuurverschillen (zie uitvoerig het onderzoek Horeca) en stereotype beelden die over en weer bestaan. Zoals reeds in hoofdstuk 1 werd opgemerkt, is het voor een goede samenwerking noodzakelijk dat afstand wordt genomen van dergelijke stereotypen. De weerstand bij het OM tegen bestuurlijke boeten bijvoorbeeld lijkt voor een deel voort te komen uit de verwachting dat het bestuur deze bevoegdheid niet krachtig genoeg zal gebruiken en te veel waarde zal hechten aan andere dan handhavingsbelangen. Anderzijds blijkt uit diverse onderzoeken (Handhaven met effect, Waterschapskeuren) dat bestuursorganen niet beseffen hoeveel ze aan OM en politie kunnen hebben

12 In § 4.3.4, § 4.5.6 en in hoofdstuk 5 (Organisatie van de handhaving) komt de samenwerking tussen bestuursorganen onderling aan de orde.

13 Daarmee wordt in dit verband niet bedoeld op de beleidsketen (of beleidslevenscyclus) waarvan bijvoorbeeld in het onderzoek EU-subsidies sprake is.

en/of de problemen doorschuiven naar deze instanties zonder tot een gezamenlijke aanpak te komen (Arbowet, Leerplichtwet). Het belang van samenwerking is echter evident. Alleen door afstemming en zo nodig gezamenlijk optreden kan optimaal worden geprofiteerd van de bestaande handhavingsmogelijkheden. De commissie is voorts van mening dat samenwerking een beter perspectief biedt dan een grootscheepse verschuiving van handhavingsbevoegdheden richting bestuur. Het gevaar van het laatste is dat het OM op een aantal terreinen in omvang en inhoudelijke capaciteit onder een kritische grens duikt. Bovendien zitten er aan het gebruik van punitieve bevoegdheden door het bestuur nogal wat haken en ogen (zie § 4.4.2).

4.3.2 VOORWAARDEN VOOR SAMENWERKING

Samenwerking kan op allerlei manieren plaatsvinden (zie hierna). Voorwaarde is steeds dat de partners er iets aan hebben en dat ze dat ook zo zien. Om dit te bereiken, moeten ze als het ware (juridisch-organisatorisch) aan elkaar worden geklonken, althans ten aanzien van die onderdelen van de handhaving waarop een dergelijk 'hand in hand' gaan ook een meerwaarde heeft. Dat kan op verschillende manieren: door het maken van afspraken omtrent inhoud en procedure van de samenwerking, door het wettelijk verplicht stellen van informatieverstrekking en consultatie, door het verlenen van elkaar aanvullende bevoegdheden, om maar eens een paar belangrijke varianten te noemen. De twee hier bedoelde voorwaarden voor samenwerking kunnen dus kort worden aangeduid als de gepercipieerde noodzaak en de (vrijwillig aangegane of opgelegde) verplichting.

In het algemeen is het *uitwisselen van informatie* een voorwaarde voor zinvolle samenwerking, doch de informatie-uitwisseling blijkt op vele terreinen gebrekkig te zijn. Men hoeft elkaar zeker niet altijd alles te vertellen; bovendien zijn er privacy-grenzen aan informatie-uitwisseling. Maar terugmeldberichten van politie en OM richting bestuur over wat er in bepaalde situaties is gedaan en gebeurd, zijn beslist geen overbodige luxe. Hetzelfde geldt voor het sturen van afschriften van bestuurlijke sanctiebesluiten aan het OM. Ook zouden politiedagrapporten misschien wat gemakkelijker ter beschikking van bestuursorganen (met name burgemeesters) kunnen worden gesteld. Draaiboeken met informatie-uitwisselingsprotocollen (op welk moment moet wie door wie op welke manier van wat op de hoogte worden gebracht) kunnen een zeer nuttige functie vervullen. Nodig is in elk geval dat duidelijk wordt waartoe de partners op het terrein van informatie-uitwisseling wettelijk dan wel krachtens afspraak gehouden zijn. Van de nakoming van de thans ingevolge art. 162 Sv bestaande plicht voor openbare colleges en ambtenaren tot het doen van aangifte van een aantal categorieën misdrijven die hen ter kennis komen, lijkt weinig terecht te komen alleen al vanwege het gebrek aan kennis van de reikwijdte van deze verplichting.

4.3.3 VORMEN VAN SAMENWERKING

Ondersteuning

Bij de bestuurlijke handhaving kunnen OM en politie een ondersteunende rol spelen.

Zo kan een toezichthouder zich laten vergezellen van de sterke arm, niet alleen als dat per se nodig is om ergens toegang te krijgen, maar ook en zelfs vooral om het justitiële commitment bij een bepaalde handhavingsactie te tonen. Dat maakt nogal eens indruk. Het bestuur zou om een dergelijke ondersteuning vaker kunnen vragen; politie en OM moeten die zo enigszins mogelijk dan ook geven. Bij economische delicten kan het OM ter ondersteuning van bestuurlijke sancties (die niet altijd meteen effect hebben) een voorlopige maatregel nemen. Anderzijds zou het bestuur een belangrijke ondersteunende rol kunnen spelen door het toezichthouden op de naleving van de verplichtingen die bij een door OM of strafrechter getroffen maatregel zijn opgelegd ('nazorg'). Ook is de bestuurlijke know how inzake (het bedrijf van) de overtreder soms onmisbaar voor het treffen van een juiste strafrechtelijke maatregel.

Aanvulling

Op sommige terreinen verzorgt het bestuur het eerste gedeelte van het handhavingstraject en het OM zo nodig de voortzetting in de vorm van de (vordering van) sancties; dit is o.a. het geval bij de handhaving van waterschapskeuren via transacties, bij de Arbeidsomstandighedenwet en bij de Leerplichtwet. Zonder het (bestuurlijk-ambtelijke) toezicht kan het OM niet veel, zonder het vervolg via strafsancities blijft het toezicht krachteloos. Dit is een mooi voorbeeld van aan elkaar geklonken zijn. Deze wijze van aanvulling zou zich op grotere schaal kunnen voordoen wanneer de invoering van bevoegdheden tot het opleggen van bestuurlijke boeten gepaard zou gaan met bestuurlijke transacties, hetzij op grond van art. 37 Wed, juncto een KB, hetzij op grond van een bijzondere wetsbepaling.¹⁴

Het kan in bepaalde gevallen nuttig zijn bestuurlijke en justitiële sancties naast elkaar te gebruiken. Dit is met name zo wanneer het primaire bestuurlijke handhavingsdoel (reparatie, in ruime zin) niet door het bestuur kan worden bereikt en in gevallen waarin met het strafrecht een extra doel kan worden bereikt.¹⁵ Van het eerste is bijvoorbeeld sprake bij eenmalige overtredingen met onomkeerbare gevolgen (tenzij het bestuur een boetebevoegdheid heeft). Het tweede doet zich onder meer voor wanneer het nuttig is de dader te treffen (bijvoorbeeld in verband met recidive).

Een combinatie van sancties met dezelfde strekking, die worden opgelegd om hetzelfde doel te bereiken, wijst de commissie af. De voor Nederland geldende algemene wetgeving laat een dergelijke cumulatie wel toe, maar zij is onwenselijk omdat met de tweede sanctie geen redelijk doel meer wordt gediend (una-via-beginsel).¹⁶ Diverse wetten sluiten een dergelijke combinatie ook expliciet uit, met name voor punitieve sancties. Voor de reparatoire sancties

14 Zie uitgebreider § 4.4.2.

15 A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997, p. 184, alsmede hierna § 4.4.2.

16 Zie hierover L.J.J. Rogier, *Strafsancities, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss.), Arnhem 1992.

bestuursdwang en dwangsom geldt een verbod om gelijktijdig te worden toegepast. De commissie voelt echter niet voor een zodanig ruime *una-via-variant* dat in het geheel geen cumulatie van sancties zou mogen plaatshebben. Cumulatie kan zeer nuttig en wenselijk zijn wanneer de sancties verschillende doelen dienen.

Incidentele versus structurele samenwerking

Op verschillende terreinen blijkt samenwerking tussen personen (die elkaar door de tijd hebben leren kennen als betrouwbare partners in de handhaving) goed mogelijk. Maar een dergelijke vorm van samenwerking is kwetsbaar, want te veel afhankelijk van de persoonlijke invulling. Het volgen van vastgelegde samenwerkingsstrategieën is niet persoonsgebonden. Samenwerking moet dus een structurele basis hebben. Daar bovenop kan uiteraard incidentele extra samenwerking, al dan niet persoonlijk gekleurd, gewenst zijn.

Projectmatige samenwerking

Samenwerking kan heel goed projectmatig plaatsvinden. Projecten hebben iets aantrekkelijks: ze zijn overzichtelijk, duren maar een beperkte periode, de resultaten zijn vaak snel zichtbaar. Daarvoor wil iedereen wel eens om de tafel gaan zitten! Als voorbeelden kunnen het Amsterdamse leerplichtproject, de milieu-handhavingsteams en de Zeeuwse piketteams worden genoemd.¹⁷ Maar projecten gedijen het best op een voedingsbodem van structurele samenwerking.

4.3.4 AFSPRAKEN OVER STRUCTURELE SAMENWERKING

Structurele samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële autoriteiten is op vrijwel alle onderzochte terreinen noodzakelijk om tot een werkelijk effectieve handhaving te komen. De inhoud van de afspraken e.d. kan uiteraard verschillen – zij kan zowel op de beleidsvorming als op de uitvoering van het beleid betrekking hebben – maar dat er een (eventueel lichte) vorm van samenwerking moet zijn, valt moeilijk te loochenen. Hoe moet die samenwerking worden georganiseerd?

De commissie legt hierna de nadruk op samenwerking waarbij ook een bestuur van een gemeente of provincie betrokken is. Veel van hetgeen wordt opgemerkt geldt evenwel *mutatis mutandis* ook voor de noodzakelijke samenwerking tussen OM en rijksinspecties (zie bijvoorbeeld de onderzoeken *Vliegtuiglawaai*¹⁸ en *Arbowet*).

Gemeentebestuur en OM bijvoorbeeld kunnen op tal van gebieden afzonderlijke

17 Zie respectievelijk het onderzoek *Leerplichtwet*, de onderzoeken *Afalstoffen* en *Samenwerking gemeenten*, alsmede het *Jaarplan Handhaving 1996* van de provincie Zuid-Holland, en het onderzoek *Kamperen*.

18 Blijkens dit onderzoek bestaat overigens een behoefte aan samenwerking tussen veel meer organisaties, bijvoorbeeld tussen de *Luchtverkeersbeveiligingsorganisatie* en de *Rijksluchtvaartdienst*.

afspraken maken, maar het is overzichtelijker om gecombineerde afspraken te maken. Zo zou, in elk geval voor zover het de onderzochte terreinen betreft, een gecombineerde samenwerkingsafpraak kunnen worden gemaakt tussen gemeentebestuur, OM en politie ten aanzien van de horeca, de ruimtelijke ordening, het milieu, het kamperen en de leerplicht. Deze 'raamafpraak' op lokaal niveau laat onverlet dat er op deelgebieden gespecificeerde nadere afspraken kunnen worden gemaakt, maar een aantal onderwerpen zou men heel goed gemeenschappelijk kunnen regelen. Vooral de wijze van elkaar informeren, het voeren van overleg en de procedure volgens welke de acties op elkaar worden afgestemd, lenen zich daarvoor. Bij dit alles ligt het voor de hand en is het om redenen van doelmatigheid ook gewenst aan te sluiten bij reeds bestaande, goede overleg- en informatiestructuren. Die kunnen dienen als inspiratie dan wel als kern waaraan het nodige wordt toegevoegd. Zo bestaat al het driehoeksoverleg. Daarmee kan echter in het algemeen niet worden volstaan. Dit overleg wordt in de praktijk gedomineerd door de politie¹⁹ en is sterk gericht op openbare-orde-aspecten en het beleid inzake strafrechtelijke handhaving.²⁰ Art. 14 Politiewet bepaalt ook met zoveel woorden dat het driehoeksoverleg de taakuitvoering van de politie betreft.²¹ Voorts zouden bedoelde raamafspraken, zoals aangegeven, niet alleen overleg inhouden. Ongetwijfeld zal de driehoek in sommige gemeenten meer (zijn gaan) omvatten dan art. 14 Politiewet aangeeft, maar dat is dan geen reden om het idee van een raamafpraak af te wijzen. Integendeel: dit idee zal in die gemeenten gemakkelijker kunnen worden uitgevoerd, hetzij door de driehoek uit te bouwen, hetzij door de driehoek op te nemen in een groter geheel. Hoe dan ook moet er voor worden gezorgd dat de afspraken worden gemaakt door functionarissen die ook de bevoegdheden hebben ervoor te zorgen dat de afspraken worden nagekomen. Aan overleg- en informatiestructuren, naast de bestaande, met een niet-verplichtend karakter is geen behoefte; zij zullen slechts weerstand tegen samenwerking genereren doordat de extra inspanningen niet de meerwaarde hebben die hen zouden kunnen rechtvaardigen. Het serieuze karakter van de afspraken zal waarschijnlijk vergen dat er een of meer ambtelijke en/of bestuurlijke coördinatoren worden aangewezen die de 'samenwerkingskar' trekken.²²

Wanneer gemeenten met elkaar samenwerken, kunnen er ook handhavingsafspraken op regionaal of districtsniveau worden gesloten, al zullen dergelijke afspraken wellicht een minder brede strekking hebben (minder beleidsterreinen omvatten).

19 Zie H.J. Albert, *De ongelijkzijdige driehoek* (diss.), Arnhem 1994.

20 Zo wordt van justitiële zijde gepleit voor convenanten tussen OM, politie en bestuur met een sterk politieke invalshoek. Zie Parket-Generaal Milieu en Nederlands Politie Instituut, *Model strafrechtelijke aanpak inrichtingsgebonden milieucriminaliteit*, Den Haag 1997.

21 Zie ook het commentaar van A.B. Blomberg bij art. 14 Politiewet in: F.C.M.A. Michiels e.a., *Artikelsgewijs Commentaar Politiewet*, Den Haag 1997, p. 105-111.

22 In het verslag over het onderzoek Horeca (§ 9.1.3) wordt voorgesteld een ambtenaar van een van de deelnemende instanties als centrale regisseur aan te wijzen; een probleem daarbij zou kunnen zijn dat dit door de instanties waartoe de regisseur niet behoort als verlies van autonomie wordt ervaren.

Tot regionale samenwerking tussen gemeenten onderling en met andere handhavingpartners is door het kabinet uitdrukkelijk opgeroepen ten aanzien van de handhaving van het *milieurecht*, zelfs met een aangekondigde wettelijke verplichting als stok achter de deur.²³ Per provincie wil het kabinet met 'de betrokken bestuursorganen' een bestuursovereenkomst over (samenwerking bij) de handhaving sluiten. Zonder een wettelijke samenwerkingsplicht principieel te willen verwerpen, meent de commissie dat samenwerking het best tot haar recht komt wanneer zij in vrijheid wordt aangegaan. Dit betekent dat aan partijen (*casu quo* gemeenten) moet worden duidelijk gemaakt wat de handhavingswinst is van samenwerking, zowel met elkaar als met de justitiële partners.

Die winst blijkt overigens vaak het best uit te leggen wanneer de samenwerking financieel aantrekkelijk wordt gemaakt, als er dus ook een financiële winst kan worden geboekt (zie § 4.6). Ter verdediging van de gemeenten moet hierbij worden opgemerkt, dat een groeiende hoeveelheid te handhaven recht om meer middelen vraagt die niet altijd worden verstrekt. Dat men een mogelijke samenwerking dus mede beziet in termen van financiële consequenties is uitermate begrijpelijk.

Voor zover het kabinet mocht menen dat bepaalde vormen van samenwerking tussen gemeenten (en met anderen) noodzakelijk is, bestaat, naast de, minder aantrekkelijke, weg van oplegging daarvan en het financieel en anderszins faciliteren van samenwerking, de mogelijkheid met betrekking tot die samenwerking bestuursovereenkomsten te sluiten (zoals voor de handhaving van het milieurecht zal geschieden). De deelnemers zouden hun inspanningen en resultaten publiekelijk moeten verantwoorden (in rapportages en debatten), zowel ten opzichte van hun eigen democratisch gekozen 'achterban' als in de interbestuurlijke verhoudingen (ten opzichte van elkaar en ten opzichte van rijk en/of provincie). Denkbaar is dat de democratische en bestuurlijke druk om zich aan de afspraken te houden onvoldoende werkt, maar het is de vraag of in die gevallen een wettelijke verplichting tot een beter resultaat zou leiden.

Voor sommige beleidsterreinen, zoals milieu en ruimtelijke ordening, is samenwerking op provinciaal niveau, tussen de provincie en andere handhavingpartners, nodig. Die samenwerking zou deels de eerstelijns handhaving kunnen betreffen (bijvoorbeeld waar GS bevoegd gezag zijn van een Wm-inrichting; het gaat dan om samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële instanties), deels de tweede lijn. Deze tweede lijn betreft de stimulering en begeleiding van gemeenten en waterschappen (bestuurlijk toezicht in ruime zin). Bij die (bestuurlijke) samenwerking zouden zeker ook de inspecties moeten worden betrokken, die op dit terrein ook een duidelijke verantwoordelijkheid hebben.

Op rijksniveau zullen er per departement of groep van departementen, al naargelang het beleidsterrein, (meer en betere) afspraken met OM, bijzondere

23 Zie de brief van de ministers van VROM, Verkeer en Waterstaat en Justitie van 29 augustus 1997 aan de Tweede Kamer, TK 1996-1997, 22 343, nr. 29.

opsporingsdiensten en politie moeten worden gemaakt. Voor de onderzochte terreinen valt te denken aan de EU-subsidies, het vliegtuiglawaai, de afvaltransporten en de arbeidsomstandigheden.

Als stimulans en 'rugdekking' voor de, zoveel mogelijk integrale, afspraken op de lagere niveaus zou er een landelijk handavingsakkoord kunnen worden opgesteld en ondertekend. Partners zouden moeten zijn het kabinet, de VNG, het IPO, de Unie van Waterschappen, het college van P-G's, de Raad van hoofdcommissarissen en het korpsbeheerdersberaad. In dit akkoord zou dan moeten worden vastgelegd dat de deelnemers zich scharen achter het beginsel van het sluiten van handavingsafspraken op de diverse, boven aangeduide niveaus. Eventueel zouden voor die afspraken in het akkoord enige procedureregels kunnen worden gegeven. Dit akkoord heeft een bestuurlijk/politiek karakter en moet naar het decentrale niveau niet dirigistisch, maar stimulerend van aard zijn. Het kabinet is de enige van de deelnemende partijen die ook politiek aanspreekbaar is, maar kan wel zelf bestuurlijke druk uitoefenen op de andere partners, mocht dit nodig zijn, om hen ertoe te bewegen ook hun verantwoordelijkheid waar te maken bij het tot stand doen komen van de andere afspraken.

De commissie hecht eraan duidelijk te stellen dat het echter vooral om die laatste afspraken gaat: de lokale en regionale afspraken over de werkwijzen, taakverdeling, informatieprocedures etc. Als die eenmaal zijn gesloten, dienen ze als kader waarbinnen het 'echte' werk wordt gedaan: de handhaving zelf. Dit betekent dat het maken van de afspraken eenmalig (latere bijstellingen daar gelaten) een extra inspanning vergt, maar daarna handavingswinst oplevert door (betere) samenwerking. Het voorstel van de commissie is er dus geenszins op gericht de vergadercultuur te bevorderen, maar om een vast procedureel handavingskader te scheppen, waardoor het samenwerkingswiel niet steeds opnieuw hoeft te worden uitgevonden, irritaties over en weer (door gebrekkige informatie over elkaars handelen en verkeerde beeldvorming) kunnen worden teruggedrongen, tijd kan worden bespaard en alles bijeen dus doelmatiger en doeltreffender kan worden gehandhaafd. Daarbij moet – het werd voor de gemeenten hierboven al opgemerkt – worden aangesloten bij de goede samenwerkingsvormen die hier en daar al gestalte hebben gekregen.

Denkbaar is ook maatschappelijke organisaties bij de afspraken te betrekken. Te denken valt aan branche-organisaties, algemene organisaties als het VNO-NCW en ideële organisaties als de Stichting Natuur en Milieu. Toch moet daarbij voorzichtigheid worden betracht. Het lijkt zeker zinvol overleg te plegen met bedoelde organisaties om te bezien welke positieve aanvullende rol zij kunnen spelen bij de bevordering van naleving en bij de (civielrechtelijke) handhaving en voor een dergelijk overleg een soort protocol te ontwerpen (hoe vaak, met wie, waarover etc.). De overheid zou in een convenant zelfs afspraken over het verlenen van gerichte subsidies ter bevordering van op naleving gerichte inspanningen van die organisaties kunnen maken. Maar de overheid mag op deze wijze haar eigen verantwoordelijkheid niet afschuiven. Ook moet de overheid de legitieme belangen van derden, die niet bij de afspraken betrokken zijn, in de gaten houden. Als de afspraken met particuliere organisaties meer inhouden dan de wijze van samenwerking, zal men in elk concreet geval, niettegenstaande de verdere inhoud van de afspraken, zorgvuldig moeten

omgaan met *alle* betrokken belangen. Dit vereist de zorgvuldigheid; bovendien kan de rechter in concrete gevallen een streep halen door wat de overheid met een of meer partijen heeft afgesproken als uitvoering van de afspraak op ongerechtvaardigde wijze ten koste van derden gaat.

4.4 Een goed instrumentarium

4.4.1 BETER GEBRUIK VAN HET BESTAANDE INSTRUMENTARIUM

Behalve over toezichts- respectievelijk opsporings- en vervolgingsbevoegdheden, beschikken het bestuur en het OM over een ruim arsenaal aan bevoegdheden tot het opleggen dan wel vorderen van sancties en maatregelen. Wat het OM betreft is dit laatste met name het geval bij economische delicten. Het bestuur beschikt, althans wat de gedecentraliseerde overheden betreft, over de algemene sancties bestuursdwang en dwangsom alsmede doorgaans over de bevoegdheid om begunstigende beschikkingen in te trekken. In de onderzoeken is niet gebleken dat dit instrumentarium belangrijke leemten vertoont, wel dat het op veel gebieden te weinig wordt gebruikt.

Van de dwangsom wordt in het milieurecht langzamerhand meer gebruik gemaakt (maar daar is die sanctie ook al sinds 1981 beperkt en sinds 1990 ruim toepasbaar), op andere gebieden nog weinig. Hetzelfde geldt (al langer) voor bestuursdwang.²⁴ De transactiebevoegdheid van waterschapsbesturen leidt in de meeste waterschappen een onopvallend bestaan. De privaatrechtelijke handhavingsbevoegdheid voor ondernemingsraden in de Arbwet wordt niet gebruikt. Ook de publiekrechtelijke handhaving van die wet staat op een laag pitje. Hetzelfde geldt voor de Leerplichtwet. Van handhaving van de luchtvaartwetgeving is tot nu toe nauwelijks sprake geweest. Ten aanzien van de EU-fraude en het afvalvervoer kan bepaald niet van een bevredigend handhavingsniveau worden gesproken. Voor de gevallen waarin bestuurlijke boeten mogelijk zijn respectievelijk worden gemaakt, kon doorgaans een strafrechtelijke sanctie (bijvoorbeeld) een boete worden opgelegd, maar gebeurde dat vaak niet.

In algemene zin kan voorts worden gezegd dat het strafrechtelijke instrumentarium op terreinen waarop het bestuur duidelijk het primaat van de handhaving had (kreeg toebedeeld), veelal niet aanvullend werd ingezet. Zo lijkt een bestuurlijke boete op milieugebied ook feitelijk niet zozeer tot een verschuiving van handhavingsbevoegdheden als wel tot een aanvulling daarvan te zullen leiden.

Gering gebruik van sancties betekent op zichzelf nog niet een *te* gering gebruik: ook door *dreiging* met sancties bijvoorbeeld kunnen veel resultaten worden geboekt.

24 Bij de waterschapskeuren echter is bestuursdwang favoriet. De ook in het milieurecht aanvankelijk bestaande 'angst' voor toepassing van de dwangsom is daar overigens nog volop aanwezig.

Op die gebieden echter waarop de handhaving onder de maat is (tot onvoldoende naleving leidt), kan het geringe gebruik van sancties bezwaarlijk anders worden uitgelegd dan als een *te* gering gebruik. Alvorens aan nieuwe instrumenten te denken zou dus eerst moeten worden overwogen hoe de bestaande instrumenten beter en intensiever kunnen worden ingezet.

4.4.2 BEHOEFTE AAN NIEUWE INSTRUMENTEN?

Het toezichtsinstrumentarium is met inwerkingtreding van hoofdstuk 5 Awb zeer uitgebreid geworden op vele terreinen. Aan aanvulling bestaat op dit punt geen behoefte. Enigszins anders ligt dit bij het sanctie-instrumentarium. In een aantal gevallen zal beter gebruik daarvan nog onvoldoende soelaas bieden en zijn nieuwe instrumenten nodig. Soms zou het misschien praktischer zijn dat het bestuur over een instrument beschikt dat wel bestaat in het strafrecht maar meestal niet aan het bestuur is gegeven (boete) of wel bestaat in het privaatrecht maar aan het bestuur doorgaans is onthouden (onrechtmatige-daadsactie). In andere gevallen zou de introductie van (op het desbetreffende terrein) geheel nieuwe instrumenten een verbetering van de handhaving teweeg kunnen brengen. De lakmoesproef is gelegen in het beantwoorden van de vraag of door het toekennen van een sanctiebevoegdheid de gestelde handhavingsniveaus beter kunnen worden bereikt.

Van het soms door de wetgever, maar meestal door de 'handhavingsorganen' vast te stellen handhavingsniveau kunnen worden onderscheiden de handhavingsdoelen die de organen kunnen hebben, zowel bij het in algemene zin bereiken van het gestelde handhavingsniveau als in concrete gevallen. Blomberg en Michiels²⁵ onderscheiden zes handhavingsdoelen²⁶ in de volgende voorkeursvolgorde:

- a. Voorkomen van de overtreding
- b. Beëindigen van de overtreding
- c. Ongedaan maken van de gevolgen van de overtreding
- d. Bevorderen van regelnaleving na een overtreding
- e. Eisen van vergoeding voor de veroorzaakte schade
- f. Bestrafen van de overtreding

Ten aanzien van elk van deze doelen, die ook op andere beleidsterreinen kunnen worden gesteld, wordt hierna aangegeven in hoeverre volgens de commissie aanvulling van het instrumentarium gewenst is. Vooraf zij nog opgemerkt dat in een concreet geval meer handhavingsdoelen tegelijk kunnen worden nagestreefd. In algemene zin zou genoemde volgorde echter als voorkeursvolgorde kunnen gelden.

25 In 'Handhaven met effect', Den Haag 1997, p. 34.

26 Het begrip handhavingsdoel, zoals ook de commissie dit hanteert, moet dus scherp worden onderscheiden van het begrip handhavingsniveau. Het handhavingsniveau kan worden gezien als algemene doelstelling, de handhavingsdoelen zijn meer concreet.

a. Voorkomen van de overtreding

Ten aanzien van het voorkomen van overtredingen bestaat een tamelijk stringente jurisprudentie, inhoudend dat een bestuursdwang- of dwangsbesluit alleen preventief mag worden genomen als er een klaarblijkelijk gevaar voor overtreding is; onlangs zijn voor een preventieve dwangsom zelfs nog aanvullende eisen gesteld.²⁷ Nu moet men voor andere gevallen dan waarin een gevaar als bedoeld aanwezig is, ook erg voorzichtig zijn met preventief optreden. Voorts kan in gevallen waarin niet aan de door de bestuursrechter gestelde criteria wordt voldaan nog een verbod bij de burgerlijke rechter worden gevraagd. (Zie over de vraag of het privaatrecht meer mogelijkheden aan de overheid zou moeten bieden hoofdstuk 8.) Ook die zal evenwel bezien of er van een serieuze dreiging van onrechtmatig handelen sprake is. Het bestuur komt er met deze middelen en mogelijkheden niet goed uit wanneer het redenen heeft om aan te nemen dat bijvoorbeeld een vergunninghouder vroeg of laat de voorschriften zal gaan overtreden, maar er geen onmiddellijke concrete dreiging bestaat. Die redenen kunnen te maken hebben met het gedrag van betrokkene in het verleden of in andere gevallen. Wellicht zou het vragen van een waarborgsom hier uitkomst brengen; het vooruitzicht dat een reeds 'ingelegd' bedrag zonder nadere handeling van de overtreder aan de overheid ten goede kan komen, zou preventief kunnen werken. Op dit instrument, dat meerdere functies kan vervullen, wordt hierna sub c nader ingegaan.

In enkele Europeesrechtelijke bepalingen en op EG-recht gebaseerde regelingen²⁸ is de sanctie van uitsluiting te vinden. Zij kent in Nederland geen groot toepassingsbereik.

Wel is in juli 1997 een concept-wetsvoorstel *Bevordering Integere Besluitvorming Openbaar bestuur (BIBOB)* verschenen. Dit voorstel, dat overigens tot nu toe weinig bijval heeft gekregen, strekt ertoe in een aantal wetten een extra weigeringsgrond op te nemen (voor vergunningen, subsidies en aanbestedingen) inhoudend dat de vergunning etc. kan worden geweigerd wanneer, kort gezegd, naar verwachting in het kader van de te verrichten activiteit zwart geld wordt gewit dan wel andere strafbare feiten zullen worden gepleegd.²⁹ De meer gebruikelijke vorm van uitsluiting is gebaseerd op eerder handelen in strijd met voorschriften in het kader van een zelfde soort begunstiging (vergunning, subsidie etc.) als waarvan betrokkene vervolgens wordt uitgesloten. Dit is in zekere zin ruimer dan een BIBOB-weigering (niet alleen betrekking hebbend op strafbare feiten) maar ook enger (gekoppeld aan het verleden met betrekking tot een zelfde soort begunstiging).

Hoewel in de onderzoeken, met uitzondering van het onderzoek *Afvalstoffen*, de

27 ABRvS 4 september 1997, AB 1997, 396 m.nt. FM.

28 Te wijzen valt op de rechtstreeks werkende bepalingen art. 4 lid 3 en art. 7 lid 4 EVOA (zie het onderzoek *Afvalstoffen*) en enkele ministeriële regelingen (genoemd bij R.J.G.M. Widdershoven, *Gemeenschapsrecht bestuursrechtelijk gehandhaafd*, NTB 1993, p. 47-58).

29 De voorzet voor een dergelijke regeling is gegeven in J. Struiksma m.m.v. F.C.M.A. Michiels, *Gewapend bestuursrecht*, Zwolle 1994.

uitsluiting als zodanig niet is genoemd als figuur waaraan behoefte bestaat, zou de commissie toch willen aanbevelen de mogelijkheden van de uitsluiting nader te bezien. Uit preventief oogpunt kan uitsluiting bijvoorbeeld van recidivisten nuttig zijn.³⁰ Gelet op de toegemeten beperkte tijd, de inhoud van de opdracht en de niet gebleken acute behoefte aan dit instrument, heeft de commissie de voor- en nadelen en de mogelijke vormgeving ervan zelf niet nader onderzocht.

b. Beëindigen van de overtreding

Bestuur en justitiële autoriteiten beschikken over voldoende mogelijkheden een overtreding daadwerkelijk te (doen) beëindigen. Weliswaar doen zich bij het opleggen van voorlopige maatregelen en het uitvoeren van bestuursdwang soms praktische problemen voor, maar de oplossing van die problemen is niet primair gelegen in extra juridische instrumenten en zeker niet in extra sancties. Aan het toedelen van Wed-bevoegdheden aan bestuursorganen, zoals besproken in het onderzoek Afvalstoffen, is geen behoefte bij een goede samenwerking tussen bestuur en OM.

c. Ongedaan maken van de gevolgen van de overtreding

Bestuur en justitiële autoriteiten beschikken eveneens over diverse mogelijkheden om de gevolgen van een overtreding ongedaan te maken (wanneer dat praktisch mogelijk is). Te denken valt aan bestuursdwang en dwangsom, maar ook aan Wed-maatregelen. Opgemerkt moet worden dat alleen in het strafrecht de algemene mogelijkheid bestaat tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, terwijl in het bestuursrecht dit slechts in enkele situaties (voornamelijk bij subsidies) mogelijk is. Wel kan bijvoorbeeld bij het vaststellen van de hoogte van het dwangsombedrag voor de effectiviteit van de bedreiging soms rekening worden gehouden met het voordeel dat met het instandhouden van de illegale situatie of het voortduren van de overtreding kan worden verkregen.³¹ Ook hier kan worden opgemerkt dat aan het toedelen van Wed-bevoegdheden aan bestuursorganen, bijvoorbeeld die tot voordeelsontneming, geen behoefte bestaat bij een goede samenwerking tussen bestuur en OM.

Hoewel er dus diverse mogelijkheden bestaan, zij het niet altijd en in dezelfde mate, om de gevolgen ongedaan te maken, rijst hier toch soms wel een probleem dat door een nieuw instrument, te weten de waarborgsom, zou kunnen worden verminderd. De wet kan bepalen (en doet dat reeds in enkele gevallen, met name ter uitvoering van EU-subsidieregels en van art. 10.44a Wet milieubeheer, terwijl art. 8.15 Wet milieubeheer hiervoor de basis legt³²) dat degene die bijvoorbeeld

30 Het bestuur van de provincie Utrecht heeft al geprobeerd een uitsluiting te bewerkstelligen op grond van de huidige tekst van de Wet milieubeheer in een geval van een zeer hardnekkige overtreder. Zie de Casus Joop uit 'Handhaven met effect' alsmede Vz ABRvS 23 mei 1997, AB 1997, 323 m.nt. GJ.

31 Met de dwangsom mag echter niet worden getracht het economisch voordeel af te romen.

32 Art. 10.44a betreft de uitvoering van de EVOA. Art. 8.15 Wm verplicht tot het maken van een amvb die (voor gevallen van ernstige milieuschade) de grondslag moet leggen voor het bij vergunningvoorschrift kunnen eisen dat de vergunninghouder financiële zekerheid stelt

een vergunning of een subsidie krijgt een waarborgsom stort dan wel financiële zekerheid verschaft waarmee de overheid het ongedaan maken van een door betrokkene begane overtreding (in het kader van de vergunde of gesubsidieerde activiteit) kan bekostigen. Het voordeel hiervan boven het voeren van onrechtmatige-daadsprocedures of het opleggen van boeten is, dat het geld als het ware al klaar ligt en de overheid daar niet eerst achteraan hoeft. Anderzijds zou het voor bijvoorbeeld bedrijven zeer bezwaarlijk zijn als men in tal van situaties waarborgsommen zou moeten storten; het zou hun financiële positie wel zeer aantasten.

In diverse deelonderzoeken is aandacht besteed aan de waarborgsom. In het onderzoek EU-subsidies wordt gepleit voor uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van de waarborgsom. In het onderzoek Vliegtuiglawaai wordt de waarborgsom bepleit als instrument jegens maatschappijen die incidenteel op Nederland vliegen. In het onderzoek Afvalstoffen wordt aanbevolen nadere studie te doen naar de figuur van de waarborgsom.

Met dit instrument moet, gezien de potentiële voor- én nadelen, ingeval tot invoering op meer gebieden dan thans het geval is wordt besloten, behoedzaam worden omgesprongen. Te denken valt aan kort durende evenementen en activiteiten die niet plaatsgebonden zijn (zoals vervoer van gevaarlijke stoffen), vooral wanneer ze een grensoverschrijdend karakter hebben. Voorts zou verbeurdverklaring van (een deel van) de waarborgsom ter bereiking van het hier besproken handhavingsdoel alleen mogen dienen ter 'reparatie' en geen punitief karakter moeten hebben. Ook van de waarborgsom beveelt de commissie aan nader te onderzoeken waar en op welke wijze dit instrument de naleving kan verbeteren en de handhaving vergemakkelijken. Gelet op de toegemeten beperkte tijd, de inhoud van de opdracht en de niet gebleken acute behoefte aan dit instrument heeft de commissie ook ten aanzien van de waarborgsom de voor- en nadelen en de mogelijke vormgeving ervan zelf niet nader onderzocht.

d. Bevorderen van regelnaleving na een overtreding

Dit kan geschieden door het uitoefenen van toezicht alsmede door het opleggen van een last onder dwangsom dan wel een voorwaardelijke straf of maatregel. Aan nieuwe instrumenten is geen behoefte.

e. Eisen van vergoeding voor de veroorzaakte schade

Wanneer reparatoir optreden mogelijk is (ook) ten aanzien van de gevolgen, kunnen de bij de toepassing van bestuursdwang of dwangsom gemaakte kosten op de overtreder worden verhaald. Voor zover de schadelijke gevolgen van een overtreding niet ongedaan kunnen worden gemaakt, kan soms schadevergoeding worden geëist

voor nakoming van verplichtingen en ter dekking van aansprakelijkheid. Deze amvb is nog niet vastgesteld.

in een privaatrechtelijke procedure, soms door het opleggen van een daartoe strekkende maatregel (art. 36f Sr).

Men kan zich afvragen of hier nog wel van handhaving sprake is. De commissie meent dat dit het geval is omdat en voor zover het kunnen afdwingen van het geven van een schadevergoeding er mede toe strekt de norm te bevestigen en aldus een preventief effect kan hebben. Ook is er verwantschap met het sub c vermelde doel; de gevolgen worden weliswaar niet ongedaan gemaakt, maar er wordt wel compensatie geboden.

Diffuse, voorbijgaande schade (luchtverontreiniging, vliegtuiglawaai) en immateriële schade (leerachterstand, stressverhogende onveiligheid op de werkplek) kunnen op deze wijze echter niet worden vergoed. In die gevallen resteert financiële bestraffing.

f. Bestrafen van de overtreding

Behalve de strafrechtelijke bestraffing bestaat krachtens enkele wetten de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen. Ten aanzien van waterschapskeuren is er de bevoegdheid voor het waterschapsbestuur een schikking (transactie) voor te stellen. Verreweg de meeste overtredingen waartegen het bestuur kan dan wel zou kunnen optreden, zijn tevens strafbaar gesteld. De introductie van bestuurlijke boeten op bepaalde beleidsterreinen leidt dus niet zozeer tot de mogelijkheid van punitieve handhaving waar die eerst niet bestond, maar tot een extra mogelijkheid van punitief optreden of (bij uitsluiting van het strafrecht) tot een verschuiving van de bevoegdheid. Als reactie op het 'boete-rapport' van de Commissie Kortmann heeft het kabinet het standpunt ingenomen dat de bestuurlijke boete brede invoering verdient.³³ Het is niet aan de commissie alle voors en tegens van bestuurlijke boeten nog eens breed uit te meten, evenmin als zij gedetailleerde voorstellen kan doen voor het invoeren van deze figuur op onderscheiden gebieden. Wel wil de commissie op enige haars inziens belangrijke punten wijzen.

Een gewichtige reden voor invoering van een stelsel van bestuurlijke boeten is de verwachte doelmatigheidswinst. Deze verwachting lijkt vooral gebaseerd op de ervaringen met de Wet Mulder. Het verkeer is echter (in zijn betrekkelijke eenvoud) nauwelijks te vergelijken met andere beleidsterreinen. Bovendien lijkt de Wet Mulder weliswaar tot een beter betaalgedrag te hebben geleid en tot een vermindering van de werklast bij het OM en de kantonrechter, maar daar staat een verhoging van de werklast bij andere instanties tegenover; per saldo lijkt op dat punt zelfs niets gewonnen. Of de verkeersregels *als gevolg van de Wet Mulder* beter worden nageleefd, valt al helemaal niet te zeggen.³⁴ Voorts is een belangrijk argument dat het bestuurlijk handhavingsinstrumentarium completer wordt waardoor het bestuur, dat toch een belangrijke rol bij de handhaving dient te spelen,

33 CTW 1994/1, Handhaven met bestuurlijke boeten, Den Haag 1994 respectievelijk TK 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48 (kabinetsstandpunt).

34 Zie A.W. Onneweer, Effecten van bestuurlijke boetes (diss.), Deventer 1997.

slagvaardiger en geloofwaardiger kan optreden. Het argument van de completering is onmiskenbaar steekhoudend, maar completering kan alleen als een voordeel worden gezien wanneer van het nieuwe instrument ook gebruik wordt gemaakt. Dat weet men tevoren nooit zeker, maar uit de ten behoeve van de commissie gemaakte onderzoeken blijkt niet dat alle bestuursorganen met smart zitten te wachten op de boetebevoegdheid.

In de onderzoeken Horeca en Afvalstoffen staan de meeste respondenten positief tegenover de bestuurlijke boete. In de onderzoeken Vliegtuiglawaai en Arbowet zien enkelen er wel iets in. In het algemeen geldt, dat slechts weinigen er diep over hebben nagedacht. Het is eerder zo dat, geconfronteerd met de gedachte aan dit instrument, men het idee niet meteen verwerpt. Het zou onder omstandigheden misschien iets kunnen opleveren, zo wordt geredeneerd. Maar dan worden er vervolgens wel eisen aan gesteld (het moet snel en eenvoudig werken) die in het licht van de noodzakelijke rechtsbescherming (zie hoofdstuk 6) niet gemakkelijk te verwezenlijken zijn.

Voorts ligt een moeilijkheid besloten in de eventuele decentrale toepassing van het boete-instrument. Hoewel ook in het strafrecht uniformiteit geenszins is verzekerd³⁵, zijn daar in elk geval mechanismen om eenheid te kunnen bevorderen; het OM is althans een landelijke organisatie met het college van P-G's aan het hoofd dat richtlijnen kan verstrekken. Besturen van gemeenten, provincies en waterschappen zijn zelfstandig.

Naar het oordeel van de commissie ligt in het voorgaande niet een absolute, algemene belemmering voor bestuurlijke boeten. Ten eerste kan de boete ook worden ingezet ten behoeve van wetten die *centraal* worden gehandhaafd. Te wijzen valt op de Wet individuele huursubsidie, de Mediawet, de nieuwe Mededingingswet en de nieuwe Telecommunicatiewet, waarvoor in september 1997 een wetsvoorstel is ingediend.³⁶ In die wetten is een gespecialiseerde instantie dan wel afdeling belast met de oplegging en/of voorbereiding van de boetebeslikkingen. Bij *decentrale* toepassing kan deels met vaste wettelijke tarieven worden gewerkt, zoals de Wet Mulder die kent. Verder is het zo dat bedoelde bestuursorganen ook andere sancties zeer verschillend kunnen toepassen. Zoals reeds eerder opgemerkt (in hoofdstuk 3) brengt het systeem van decentralisatie mee dat er bestuurlijk getinte verschillen in de handhaving kunnen optreden. Alleen ligt dat bij punitieve sanctionering toch wel wat moeilijker dan bij reparatoir optreden. De commissie zou daarom terughoudendheid willen aanbevelen bij het toedelen van de bestuurlijke-boetebevoegdheid aan organen van decentrale overheden.

35 Zie hoofdstuk 2 van het onderzoek Arbowet.

36 TK 1997-1998, 25 533.

Een andere benadering kiezen de Commissie Korthals Altes en diverse auteurs³⁷ die uitgaan van de wenselijkheid en wellicht ook de waarschijnlijkheid van een uitgebreid stelsel van bestuurlijke boeten, zich vervolgens afvragen wie die boeten zou moeten opleggen en dan tot de conclusie komen dat het OM dat zou moeten doen. In § 5.4.1 licht de commissie toe waarom zij meent dat er, alles afwegend, geen goede redenen zijn deze bevoegdheid aan het OM te geven. Haar uitgangspunt is echter dat een brede toedeling van bestuurlijke-boetebevoegdheden niet verstandig is en de vraag wie de boeten moet opleggen dan dienovereenkomstig minder van belang is.

Een mogelijkheid om ook de besturen van decentrale overheden een punitief getint instrument in handen te geven, maar dan zonder de uitgebreide rechtsbeschermingsperikelen er om heen, is het verschaffen van de bevoegdheid om transacties voor te stellen. Dit kan in veel gevallen tamelijk eenvoudig door bij KB de transactiebevoegdheid van het OM ook toe te kennen aan bestuursorganen (art. 37 Wed). Bij het niet ingaan op het transactie-aanbod, wordt de zaak naar het OM doorgespeeld. In het overleg (lieftst in de samenwerkingsafpraak) tussen bestuursorgaan en OM moet worden vastgelegd wat het OM vervolgens onder welke voorwaarden met de geweigerde transactie doet. Een andere variant is het in de wet toekennen van een bestuurlijke transactiebevoegdheid, als mogelijk voorstadium van een bestuurlijke boete.³⁸ Bestuurlijke transactiebevoegdheden zijn betrekkelijk eenvoudig toepasbaar. Omdat de overtreder de vrijheid heeft er op in te gaan, hoeven er geen uitgebreide procedurele waarborgen te worden verleend en hoeft er geen rechtsbescherming te worden gegeven. Wanneer de wetgever zou menen dat het doen van een transactievoorstel als een besluit moet worden aangemerkt, hetgeen verdedigbaar is omdat het voorstel tijdelijk de sanctiebevoegdheid blokkeert, zou bezwaar en beroep wettelijk moeten worden uitgesloten. Een voordeel van de 'Wed-transactie'-variant is dat daardoor bestuur en OM met elkaar worden verbonden, hetgeen hiervoor reeds in algemene zin is bepleit.

De huidige transactiebevoegdheid ex art. 85 Waterschapswet wordt niet veelvuldig gebruikt (blijkens het onderzoek Waterschapskeuren gebruikt 87% van de waterschappen deze bevoegdheid nooit of vrijwel nooit). Als oorzaken daarvoor worden genoemd dat de procedure te omslachtig zou zijn, de transactie niet past in het beleid (confronterend middel), een gebrek aan afstemming tussen waterschapsbestuur en OM en het niet beschikken over opsporingsbevoegde ambtenaren. De omslachtigheid is relatief; in vergelijking met de bestuurlijke boete heeft de transactie juist ook procedurele voordelen. De andere argumenten hebben meer te maken met het beleid en de organisatie van de betrokken waterschappen dan dat ze inherent zijn aan de transactie. Al met al vormen de genoemde argumenten

37 Zie o.a. G. Knigge, *Strafvordering in het geding*, preadvies NJV, Zwolle 1994; H. de Doelder, A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Over de alternatieven van de Commissie Korthals Altes*, NJB 1995, p. 1392-1399.

38 Zie over beide varianten uitgebreid G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke boeten in het milieurecht*, Den Haag 1997, hoofdstuk 9.

geen reden om dit instrument niet op andere gebieden te gaan gebruiken, zeker niet omdat waar bedoelde bevoegdheid door enkele waterschappen wel regelmatig wordt gebruikt, dit ook met succes gebeurt.

Conclusie

Veel handhavingsproblemen in de instrumentele sfeer kunnen worden opgelost door de bestaande instrumenten intensiever en beter te gebruiken. Er is in de praktijk geen grote behoefte aan nieuwe instrumenten. Wel kan wellicht een zekere winst worden geboekt met enkele betrekkelijk nieuwe of weinig voorkomende handhavingsbevoegdheden, te weten de uitsluiting, de waarborgsom en de bestuurlijke transactie. Het verdient aanbeveling deze instrumenten de komende jaren aan studie te onderwerpen en het invoeringsnut te onderzoeken. Met verdere invoering van de bestuurlijke boete moet, zeker bij beoogde decentrale toepassing, terughoudendheid worden betracht.

4.5 Professionele handhaving

Handhaving moet professioneel geschieden. Dat wil zeggen dat de handhavende instantie in staat is met de middelen waarover zij beschikt, het geformuleerde handhavingsniveau op doelmatige en doeltreffende wijze te bereiken.

De in hoofdstuk 3 geconstateerde gebreken in de handhaving roepen om verbeteringen. Eén daarvan, maar niet de belangrijkste, is de uitbreiding van het instrumentarium; dat is zojuist besproken. Een andere verbetering, die de commissie zou willen aanduiden als het voeren van een strak time-management en die er toe strekt de handhaving te versnellen, zal later (in hoofdstuk 6) aan de orde komen. In deze paragraaf doet de commissie voorstellen voor het opheffen van de belangrijkste (andere) gebreken door een beter gebruik van de beschikbare mogelijkheden. Die voorstellen betreffen dus een (verdere) professionalisering van de handhaving.

4.5.1 EEN GOEDE ORGANISATIE

Handhaving behoeft inbedding in een goede organisatie. Daartoe moet die organisatie een voldoende omvang (kritische massa) hebben om kennis te kunnen vergaren, te hebben en door te geven; kleine gemeenten hebben soms nog niet één fte voor de handhaving van milieu en ruimtelijke ordening samen; samenwerking met andere gemeenten is dan nodig. Er moet een zekere mate van juridische specialisatie zijn om de ingewikkelde juridische context waarbinnen handhaving plaatsvindt te kunnen doorgronden. Dit kan er toe leiden dat handhaving van bepaalde wetten het best centraal kan plaatsvinden of worden aangestuurd, maar ook samenwerking tussen decentrale overheden kan specialisatie mogelijk maken of bevorderen.

Voorts is een zekere mate van scheiding tussen normstelling en handhaving wenselijk; op dit punt wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan.

De organisatie moet er ten slotte voor zorgen dat het succes niet te zeer

afhankelijk is van de inzet van bepaalde individuen; zie ook reeds § 4.3.3 en hierna § 4.5.3.

4.5.2 BELEID

Het is geen nieuw geluid, maar kennelijk nog steeds nodig om te laten klinken: ook handhaving moet beleidsmatig worden onderbouwd. Om te beginnen moeten na te streven nalevings- en handhavingsniveaus worden vastgesteld en worden aangegeven hoe het orgaan denkt die niveaus te halen. Ook moet worden bedacht op welke wijze het bereikte niveau periodiek kan worden gemeten.³⁹

Het beleid moet worden afgestemd met de handhavingspartners, deugdelijk bekendgemaakt en vervolgens consequent ten uitvoer worden gelegd. Op te veel gebieden schort het nog zowel aan de vorming en publicatie van handhavingsbeleid als aan de uitvoering daarvan (zie onder meer de onderzoeken Vliegtuiglawaai, Waterschapskeuren, Kamperen). Ook aan de bekendmaking van en voorlichting over het beleid kan niet genoeg aandacht worden besteed. Zie over de gunstige, draagvlakvergrotende effecten van beleidsvoorlichting § 5.2.2 van het onderzoek Horeca.

4.5.3 KENNISOPBOUW; STANDAARDISERING EN AUTOMATISERING

De opbouw van kennis moet een organisatie, niet slechts een individu, ten goede komen. De handhaving is vaak te zeer afhankelijk van de persoonlijke inzet, betrokkenheid en deskundigheid van enkele individuen. Het management bij overheidsorganisaties moet er voor zorgen dat de handhaving niet valt of staat met de aanwezigheid van enkelingen (met alle respect uiteraard voor hun voortreffelijke werk). De opbouw van een eigen kennisdatabank op het gebied van de handhaving (waarin bijvoorbeeld gegevens over gevoerde procedures zitten) verdient aanbeveling. Wat de leden van de commissie uit eigen waarneming bekend is, is dat de bibliothecaire voorzieningen bij overheden soms wel te wensen overlaat. Een eerste vereiste om de handhavingskennis op peil te kunnen houden, is de aanwezigheid van wetgeving, jurisprudentie en literatuur in de (fysieke of elektronische) nabijheid van de gebruiker.

Door het aanbieden van opleidingen, na- en bijscholing, het geven van loopbaanperspectieven e.d. moeten handhavingsorganisaties of -afdelingen ervoor zorgen bij de tijd te blijven. Het management dient hierbij een duidelijke, stimulerende rol te vervullen. De opgedane kennis moet (kunnen) worden geïntegreerd in de dagelijkse taakvervulling.⁴⁰

39 Zie: Inspectie voor de Rechtshandhaving, Monitoring van beleidsinstrumentele wetgeving (concept november 1997).

40 Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor een zinnig gebruik van opleidingsfaciliteiten. Cursussen met het karakter van een uitje zijn voor de cursist voor de korte termijn prettig, maar het behoeft geen betoog dat de handhaving daarmee niet echt gediend is.

Er zijn genoeg mogelijkheden tot deskundigheidsbevordering. Naast allerhande opleidingen zijn er ook de inspecties die een vraagbaakfunctie vervullen. Daarvan wordt echter weinig gebruik gemaakt. Vermelding verdient dat de VNG, IPO en Unie van Waterschappen ook een belangrijke vraagbaakfunctie vervullen. Bovendien leveren ze diverse modellen, draaiboeken e.d. (ook) voor de handhaving aan. De indruk bestaat dat daarvan zeker niet door *alle* gemeenten, provincies en waterschappen optimaal gebruik wordt gemaakt.

Op sommige gebieden (zie de onderzoeken Horeca, Kamperen, Waterschapskeuren) bestaat behoefte aan gemakkelijk hanteerbare schema's of draaiboeken voor de handhaving. Bij toepassing van handhavingsinstrumenten (maar vooral bij toezicht en opsporing) is een zekere mate van standaardisering zeer nuttig. Opgemerkt zij dat er op andere gebieden, zoals het milieu en de ruimtelijke ordening, en in het algemeen bij politie en justitie, maar zoals gezegd ook bij VNG, IPO en Unie al veel van dergelijke hulpmiddelen bestaan.⁴¹ Hier past wel enigszins de verzuchting: als de overheid eens wist wat ze weet!

Naar de indruk van de commissie zou de handhaving op diverse terreinen gebaat zijn bij een beter gebruik van automatiseringsinstrumenten als computers en databanken. Het mag natuurlijk niet zo zijn (zoals bij het afvalstoffenvervoer) dat de computers van de verschillende overheidsinstanties niet goed op elkaar aansluiten. Ook werkt het niet (kunnen) koppelen van databestanden belemmerend voor de handhaving (zie het onderzoek Leerplichtwet). In alle gevallen zou automatisering van gegevensinvoer en -opslag een goede analyse van voor de handhaving relevante kenmerken van zaken mogelijk maken. Het gaat daarbij zowel om gegevens van (potentiële) overtreders als om acties in het kader van toezicht en sancties. Aldus kunnen bijvoorbeeld zwartboeken van overtreders worden samengesteld en kan de effectiviteit van handhaving kwantitatief (beter) worden gemeten. Op vele gebieden werd dit door de onderzoekers wenselijk geacht, zoals blijkt uit de onderzoeken Horeca, EU-subsidies, Kamperen, Bouwvergunningen en Leerplichtwet (invoering onderwijsnummer). Natuurlijk kan een en ander alleen werken als de bestanden goed worden bijgehouden en de privacy wordt beschermd. Bovendien veronderstelt automatisering een op handhaving en waar nodig samenwerking gerichte wil van de betrokken autoriteiten.

4.5.4 SLIM TOEZICHT

Het toezicht moet niet uitsluitend worden uitgeoefend aan de hand van vooraf opgestelde tabellen (kengetallen). De ervaring met overtreders moet ook een rol

41 Interessant is bijvoorbeeld het 'pv-oké-project' dat er toe dient de juridische kwaliteit van milieu-p.v.'s te verhogen. Zie Handhaving 1997, nr. 4, p. 14-16. Ook zijn inmiddels enkele 'handhavingdocumenten' verschenen (o.a. het document 'Vuurwerk') waarin wordt aangegeven hoe de handhaving van bepaalde regels het best kan worden aangepakt. Zie over dergelijke documenten het OM-verslag 'De pioniersfase voorbij', Den Haag 1995, p. 18-19.

spelen.⁴² Sommige bedrijven (of overheden: zie onder meer het onderzoek Bouwvergunningen) zullen bij goed gedrag minder vaak hoeven te worden gecontroleerd, andere juist vaker ('handhaving op maat'). Voorts is kennis van de doelgroep vereist. Dit houdt niet alleen in dat men weet wie er onder een regeling 'vallen', maar ook welke kenmerken deze adressaten (negatief gesteld: potentiële overtreders) hebben (bijvoorbeeld de wijze van organisatie, aanwezige belangen).⁴³ Dit maakt preventief optreden beter mogelijk.

Slim toezicht vereist ook een alerte houding. Wanneer een bouwaanvraag is afgewezen, is het verstandig goed in de gaten te houden of de aanvrager niet zonder vergunning gaat bouwen. Evenzo ligt het voor de hand dat de inspectie er op let dat het gemeentebestuur, wanneer een verklaring van geen bedenkingen is afgewezen, niet toch tot verlening van een bouwvergunning overgaat. Het spreekt ook vanzelf dat na een afgewezen verzoek om 'luxe-verzuim' moet worden nagegaan of het desbetreffende leerplichtige kind op school is geweest tijdens de periode waarvoor het verzuim was aangevraagd. Meer in het algemeen verdient het aanbeveling personen waarvan een aanvraag om iets te doen dat zonder toestemming, vergunning etc. verboden is, is afgewezen, enige extra aandacht te geven.

Voorts zou het al dan niet aanwezig zijn van een deugdelijk gecertificeerd zorgsysteem (milieu, arbeidsomstandigheden) of een erkenning van een gespecialiseerde autoriteit (veiligheid van vliegtuigen) de intensiteit van het toezicht mede kunnen bepalen. Een erkenning of certificaat kan tot op zekere hoogte toezicht op afstand mogelijk maken.

Bij toezicht moet het niet (alleen) gaan om het gedrag van de toezichthoudende instantie sec, maar ook, misschien wel vooral om de perceptie van dit gedrag. Wanneer de serieuze indruk wordt gewekt dat permanent wordt gecontroleerd (zoals dat op sommige snelwegen het geval is), kan dit effectiever zijn dan het daadwerkelijk intensiever dan voorheen controleren. In het onderzoek Kamperen bleek dat door de vlucht van een helikopter boven een kampeergebied de schrik er bij de kampeerbazen voor langere tijd goed in zat, ofschoon met bedoelde vlucht helemaal niet de bedoeling voorzat om dit gebied intensief te controleren. Het surveilleren door politieagenten kan in de horeca preventief werken, maar dan moet niet tevoren bekend zijn waar de politie zich op welk moment ophoudt. Hetzelfde geldt voor de bezoeken van milieu-toezichthouders aan bedrijven; die moeten niet ruim tevoren worden aangekondigd.

Ook in het toezicht kan meer worden geautomatiseerd om daardoor een beter inzicht te krijgen in de resultaten en in hetgeen aan toezichtsactiviteiten waar en wanneer nodig is.

Waar mogelijk zou toezicht op verschillende beleidsterreinen (bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden en milieu in grote bedrijven of milieu en ruimtelijke ordening

42 In het verslag van het onderzoek Afvalstoffen wordt terecht opgemerkt dat niet moet worden doorgeslagen naar de andere kant door de kwantitatieve criteria geheel te vervangen door kwalitatieve.

43 Zie ook het onderzoek EU-subsidies.

in het buitengebied) moeten worden gecombineerd teneinde het doelmatiger te maken. Ook dient vaker te worden samengewerkt tussen verschillende disciplines, bijvoorbeeld technici, juristen en accountants (afhankelijk van het betrokken terrein van onderzoek).

4.5.5 DEUGDELIJKE SANCTIEBESLUITEN

De toepassing en effectuering van sancties vereist naast een bestuurlijke wil daartoe ook een zekere juridische vaardigheid. Inmiddels kan van de meest gebruikelijke bestuurlijke sancties niet meer worden gezegd dat over de wettelijke en jurisprudentiële eisen veel onduidelijkheid bestaat. Natuurlijk gaat er nog wel eens een sanctiebesluit onverwacht bij de rechter onderuit. Ligt dat aan een verschil in inzicht ten aanzien van de inhoudelijke kant van de zaak, dan is daar weinig aan te doen. Maar in de praktijk wordt nog wel eens geklaagd over de formalistische opstelling van met name de Raad van State. Wat daarvan ook zij, vernietigingen wegens procedurele of andere formele gebreken kunnen grotendeels worden voorkomen door een goede kennis van de jurisprudentie. Ook op dit vlak zijn er overigens cursussen e.d. te over.

Van belang is ook een zekere kennis over de sancties die de handhavingspartners ter beschikking staan. Deze kennis is een voorwaarde om optimaal van elkaars mogelijkheden te kunnen profiteren. Zoals officieren van justitie moeten weten wat een bestuurlijke dwangsom inhoudt en hoe dit instrument in grote lijnen werkt, moeten (ambtenaren bij) bestuursorganen weten wat de Wed aan mogelijkheden te bieden heeft.

4.5.6 BESTUURLIJKE KRACHTEN BUNDELEN

Sommige van de hiervoor besproken zaken veronderstellen een zekere schaal. Kleine gemeenten kunnen niet alles alleen. Samenwerking met andere gemeenten ligt dan in de rede.

Maar ook voor zover er niet van een harde noodzaak sprake is, biedt samenwerking in elk geval voordelen als de mogelijkheid van (verdergaande) specialisatie, het vergroten van de doelmatigheid, het opbouwen van een handhavingsnetwerk en de uitwisseling van informatie, kennis en ervaring. Die voordelen kunnen evenwel, bij een niet goed lopende samenwerking, teniet worden gedaan door de potentiële nadelen van een verlies aan autonomie in beleid en uitvoering, grotere bestuurslasten en grotere financiële lasten. Zie het onderzoek Samenwerking gemeenten.

De samenwerking tussen gemeenten kan verschillende vormen aannemen (structureel, projectmatig) en kan variëren van heel licht (kennisuitwisseling, incidenteel overleg) tot het zware model van bijvoorbeeld de Dienst Centraal Milieubeheer Rijnmond, waarin alle handhavingsactiviteiten met uitzondering van het nemen van de formele sanctiebesluiten zijn uitbesteed aan een gemeenschappelijke regeling. In het onderzoek

Samenwerking gemeenten wordt hierop uitgebreid ingegaan. Daarnaast zij dus verwezen, maar enkele hoofdpunten verdienen hier vermelding.

Voor een goede structurele samenwerking dient een basis aanwezig te zijn in de vorm van een gemeenschappelijke regeling of een ander geregeld samenwerkingsverband. Er moet een zekere mate van beleidsafstemming en informatie-uitwisseling zijn. Zie uitgebreider § 4.3.2.

Samenwerking tussen gemeenten moet wat vorm en inhoud betreft worden aangepast aan de deelnemers. Wat voor de ene groep gemeenten goed is, is dat voor de andere niet of minder. Er zijn zoals gezegd zeer uiteenlopende, onder verschillende omstandigheden allemaal voortreffelijke vormen van samenwerking: de zware DCMR-variant, de dienstverlenende centrumgemeente waarvan de andere gemeenten kennis kunnen inhuren, de lichte samenwerking op basis van gelijkwaardigheid etc. Waar het om gaat is de juiste, bijpassende vorm te vinden: samenwerking op maat. Wanneer structurele samenwerking er niet in zit of geen meerwaarde heeft, kan incidentele, projectmatige samenwerking (het liefst met alle handhavingpartners) nuttig zijn. Overigens is samenwerking op projectbasis ook heel productief wanneer deze is ingebed in een meer structurele samenwerking.

In § 4.5.1 werd gewezen op de noodzaak van een zekere specialisatie. Zeker kleine gemeenten zullen aan die eis vaak alleen kunnen voldoen door op de een of andere manier samen te werken. Welke manier dat precies is, is minder belangrijk, wanneer die voor de betrokken gemeenten maar werkt, anders gezegd: als het geheel maar meer is dan de som der delen.

Een andere vorm van krachten bundelen dan de zojuist besproken samenwerking tussen gemeenten, betreft die tussen de afdelingen of andere organisatie-eenheden van een en dezelfde bestuursorganisatie. Deze samenwerking ligt eigenlijk zeer voor de hand. Zij wordt evenwel lang niet altijd gepraktiseerd, zoals voor gemeenten bijvoorbeeld blijkt uit het onderzoek Samenwerking gemeenten ten aanzien van milieu en ruimtelijke ordening en het onderzoek Kamperen ten aanzien van de openluchtrecreatie. De integrale samenwerking tussen bestuur en politie/OM, zoals bepleit in § 4.3.4, veronderstelt evenwel samenwerking binnen gemeenten en andere bestuursinstanties.

4.6 Kosten van een effectieve handhaving

Realisering van sommige van de in dit hoofdstuk gepresenteerde voorstellen zal, zeker in de aanvangsfase, geld en moeite kosten. Om met het laatste te beginnen: als de noodzaak en de waarde van additionele inspanningen wordt ingezien, bestaat een redelijke kans dat men daar iets voor over heeft. Een zekere facilitering in de sfeer van voorlichting en begeleiding van rijkswege zal dit proces zeker vergemakkelijken.

Handhaving kost geld, veel geld. Een goede handhaving kan, door betere afstemming en doelmatiger gebruik van bestaande middelen, soms ook geld opleveren, maar het zal ongetwijfeld niet zo zijn dat alle verbeteringen budgetneutraal kunnen worden doorgevoerd. Dat mag evenwel geen bezwaar zijn als de regering en het

parlement de handhaving echt zo belangrijk vinden als zij plegen te zeggen. Er is meer geld nodig dan thans in de bestuursrechtelijke handhaving wordt gestoken. Daarbij dient te worden bedacht dat de omvang van het te handhaven recht, ondanks alle dereguleringsinspanningen, nog steeds lijkt toe te nemen, al valt dat moeilijk exact te meten. Bij die toename van de handhavingstaak horen personele, materiële en (dus) financiële middelen. In de sfeer van het strafrecht wordt de handhaving versterkt door meer politie, meer rechters, meer officieren en meer cellen. Het is noodzakelijk dat ook voor de bestuursrechtelijke handhaving de nodige gelden worden uitgetrokken, voor meer toezichthouders, meer scholing, meer apparatuur etc. Wie handhaving op prijs stelt, zal ook een prijs moeten betalen. Maar waar de commissie slim toezicht bepleit, ligt het in de rede ook te bezien hoe slimme financiering mogelijk is, al was het maar omdat de middelen altijd beperkter zijn dan beleidsmatig wenselijk is. Zonder uitgebreid op financieringsmodellen te kunnen ingaan – hetgeen een expertise zou vereisen die de commissie niet bezit – kan worden opgemerkt dat lump-sumfinanciering niet erg slim lijkt; de garantie dat het geld dan voor het bereiken van adequate handhavingsniveaus wordt gebruikt is er dan geenszins. Doelgerichter zijn bijdragen voor samenwerking op structurele dan wel projectbasis.

In het milieubeleid is onder meer zeven jaar lang een financiële beloning gegeven aan gemeenten die met elkaar samenwerken. Dat heeft goed gewerkt, in elk geval voor het wegwerken van achterstanden en het bereiken van een behoorlijk niveau van vergunningverlening. Nu de handhaving nog maar kort geleden 'aan de beurt is gekomen', dreigt hetgeen inmiddels is bereikt in een aantal regio's te worden tenietgedaan doordat bedoelde vorm van financiering per 1 januari 1998 is stopgezet. Zie het onderzoek Samenwerking gemeenten. Dit voorbeeld kan niet zonder meer veralgemeend worden, maar het laat zien hoe een min of meer gerichte financiering effect kan hebben.

Anderzijds moet het rijk oppassen ook weer niet zodanig gericht te financieren dat men terecht het verwijt van het hanteren van de zogenaamde gouden koorden kan krijgen. Voorwaar geen gemakkelijke opgave!

Een beperkte financieringsmogelijkheid zou kunnen zijn het doorberekenen van handhavingskosten. Het kabinet heeft conform de aanbevelingen in het rapport Maat houden⁴⁴ deze weg niet willen opgaan. De argumentatie in het rapport is echter pover.⁴⁵ Waarom bijvoorbeeld extra toezichtskosten bij notoire probleembedrijven niet zouden moeten kunnen worden doorberekend, ontgaat de commissie. Hooguit zou er een praktisch bezwaar kunnen zijn gelegen in het vaststellen van wat normale toezichtskosten respectievelijk extra kosten zijn. Onmogelijk lijkt dit evenwel zeker niet. Uiteraard mag de handhaving niet afhankelijk worden van

44 MDW-werkgroep doorberekening van handhavingskosten, Maat houden, Een kader voor doorberekening van toelatings- en handhavingskosten, Den Haag 1996.

45 Zie in kritische zin ook A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect, Den Haag 1997, p. 313-314.

doorberekende kosten. Dit kennelijk voor de schrijvers van het rapport en het kabinet doorslaggevend punt is echter geen valide argument om niet door te berekenen. Dat het handhavingsbeleid niet afhankelijk mag zijn van opbrengsten⁴⁶, wil niet zeggen dat dan maar van die opbrengsten moet worden afgezien. Sinds jaar en dag komen ook de opbrengsten van boeten en dwangsommen terecht bij het lichaam waartoe het opleggende orgaan behoort. Het voornemen bestaat zelfs hieraan in de (vierde tranche van de) Awb een algemene wettelijke grondslag te geven. Er is tot nu toe niet gebleken dat bestuursorganen hun handhavingsbeleid afstemmen op het feit dat sommige sancties geld kunnen opleveren en andere niet.

4.7 Conclusies

Een goede handhaving is niet mogelijk zonder normstelling die handhavenswaardig en handhaafbaar is. Regelgevers dienen zich vooraf af te vragen of de regelgeving nodig is, of het de bedoeling is dat handhaving door de overheid plaatsvindt en in hoeverre dit praktisch mogelijk is.

De handhavingsstrategie moet niet eenzijdig op een bepaald systeem zijn gericht, maar langs verschillende lijnen plaatsvinden, zowel met juridische middelen (strafrecht, bestuursrecht en privaatrecht) als met andere middelen (voorlichting, financiële incentives e.d.).

Cruciaal voor een effectieve handhaving is samenwerking tussen de handhavingspartners. Alleen in samenwerking kunnen de sterke kanten van de diverse systemen worden gecombineerd. Er zijn verschillende vormen van samenwerking, maar de commissie acht het van belang dat er een zo integraal mogelijke samenwerking tussen bestuurlijke en justitiële instanties komt op lokaal, regionaal en landelijk niveau.

Belangrijker dan het verschaffen van nieuwe instrumenten is het beter en veelvuldiger gebruiken van het bestaande handhavingsinstrumentarium. Er is in de praktijk ook geen grote behoefte aan nieuwe instrumenten. Wel beveelt de commissie aan enkele in Nederland tamelijk onbekende instrumenten, die in bepaalde gevallen een nuttige aanvulling zouden kunnen vormen, nader te bestuderen. Bij het toedelen van punitieve bevoegdheden, met name die tot boete-oplegging, aan bestuursorganen, moet terughoudendheid worden betracht, zeker waar het decentraal toegepaste bevoegdheden betreft; het strafrecht moet in beginsel niet worden uitgesloten.

Er kan nog veel worden gewonnen aan professionaliteit bij de handhaving. De commissie heeft suggesties gedaan op het vlak van de organisatie en het beleid, ten aanzien van het vergaren en benutten van kennis en informatie, de uitoefening

46 Om deze reden moet men ook buitengewoon voorzichtig zijn met het oormerken van financiële opbrengsten van boeten e.d. voor de afdeling of andere organisatie-eenheid die de opbrengsten feitelijk genereert. Alleen in bijzondere gevallen, waarin er van een afweging van belangen geen sprake is, zoals bij parkeerovertredingen, kan oormerking aanbevelenswaardig zijn.

van toezicht, het toepassen van sancties en met betrekking tot interbestuurlijke samenwerking. Het gevolg geven aan sommige van deze suggesties kost geld, zoals in het algemeen gesproken handhaving, soms aanzienlijke, kosten meebrengt. Dit wordt door de regelgevers vaak onvoldoende in aanmerking genomen. Wie handhaving echt belangrijk vindt, zal echter ook bereid moeten zijn een prijs te betalen.

5 Organisatie van de handhaving

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is al op enige aspecten van de organisatie van de handhaving, met name de relatie van een handhavende organisatie tot andere organisaties (samenwerking) en de werkwijze van handhavingsorganisaties (instrumentarium en professionaliteit), ingegaan. In dit hoofdstuk wordt eerst de vraag aan de orde gesteld of bepaalde vormen van functionele scheiding bij de uitoefening van handhavingsbevoegdheden, met eventueel als gevolg een herverdeling van bevoegdheden, wenselijk is. Daarna wordt kort aandacht besteed aan de taakverdeling tussen bestuur en OM (in aanvulling op hetgeen daarover in het vorige hoofdstuk reeds is opgemerkt) en de rol van de inspecties.

In de tweede deelopdracht aan de commissie wordt gesproken van een mogelijke scheiding tussen uitvoering en toezicht enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds. Zou een dergelijke scheiding wenselijk zijn ter verbetering van de organisatie van de bestuursrechtelijke handhaving? Een andere vraag was of de organisatie op andere wijze zou kunnen worden verbeterd; daarbij zouden ook andere vormen van functionele scheiding aan de orde kunnen komen. Zoals hierna zal blijken kunnen vele vormen van scheiding, zowel in de praktijk voorkomende als andere, op zichzelf realiseerbare, vormen worden onderscheiden.

Het bestuurlijke optreden dat hier van belang is, kan in vier fasen worden ingedeeld:

- vergunningverlening, subsidiebesluiten en andere begunstigende beschikkingen;¹
- toezicht;
- sanctionering;
- tenuitvoerlegging van sancties.

De laatste drie fasen te zamen worden aangeduid met het begrip handhaving. Na elk van de vier fasen (en soms zelfs binnen een fase) kan een scheiding worden aangebracht. Van belang is voorts dat de scheiding kan plaatsvinden binnen een bestuursorganisatie – dan gaat het om een organisatorische scheiding – maar ook tussen handhavingsorganisaties – waarbij het een formele scheiding betreft. Rekening houdend enerzijds met hetgeen in de praktijk voorkomt en anderzijds met de opdracht aan de commissie, onderscheidt de commissie zes vormen van scheiding.

1 Hierna wordt korthedshalve steeds over vergunningen gesproken, maar men leze daarvoor steeds vergunningen, subsidiebesluiten en andere begunstigende beschikkingen.

- 1) Scheidingen binnen een handhavingsorganisatie
 - a) scheiding tussen vergunningverlening en handhaving
 - b) scheiding tussen vergunningverlening en preventief toezicht enerzijds en repressieve handhaving (inclusief repressief toezicht) anderzijds
- 2) Scheidingen tussen handhavingsorganisaties
 - c) scheiding tussen vergunningverlening en handhaving
 - d) scheiding tussen vergunningverlening en preventief toezicht enerzijds en repressieve handhaving (inclusief repressief toezicht) anderzijds
 - e) scheiding tussen vergunningverlening en toezicht enerzijds en sanctionering anderzijds
 - f) scheiding tussen oplegging en tenuitvoerlegging van sancties

Deze mogelijke vormen van scheiding worden in de paragrafen 5.2 en 5.4 besproken. In § 5.4 zal, voor zover van toepassing, de door de commissie Korthals Altes gedane suggestie van een bestuursrechtelijk OM worden meegenomen. De kwestie van een eventuele scheiding staat immers niet los van de vraag aan wie na de scheiding de aanvankelijk in de uitvoering ongescheiden bevoegdheden moeten worden toebedeeld.

Een herverkaveling van handhavingsbevoegdheden kan ook op andere wijze geschieden, namelijk door het toedelen van boetebevoegdheden aan bestuursorganen. Daardoor kan de organisatie in die zin veranderen dat delen van de thans door het OM verrichte taken overgaan naar het bestuur, al dan niet met formele uitsluiting van strafrechtelijk optreden. Op dit perspectief is reeds ingegaan in § 4.4.2 onder f; de commissie heeft zich te dien aanzien op het standpunt gesteld dat met toedeling van bestuurlijke-boetebevoegdheden terughoudendheid moet worden betracht. Zie voorts § 5.5.

Aan scheiding verwant zijn constructies waarbij handhavingstaken worden uitbesteed aan een andere organisatie, maar de formele verantwoordelijkheden blijven waar ze waren; er vindt dus geen delegatie plaats. Het gaat hierbij om een vorm van de facto scheiding tussen organisaties. Aan dit verschijnsel wordt in § 5.3 aandacht besteed. Gelet op de vele typen scheidingen die in dit hoofdstuk worden besproken, leek het de commissie voor de overzichtelijkheid nuttig per scheidings- of organisatievorm reeds aan het eind van de desbetreffende subparagraaf een oordeel te geven.

5.2 Functionele scheidingen binnen een handhavingsorganisatie

5.2.1 SCHEIDING TUSSEN VERGUNNINGVERLENING EN HANDHAVING

Al geruime tijd wordt, in het bijzonder in milieurechtelijke kring, gesproken over de voor- en nadelen van een scheiding tussen vergunningverlening en handhaving binnen bestuursorganisaties. Uit de diverse deelonderzoeken, met name de onderzoeken Afvalstoffen en Samenwerking gemeenten, blijkt dat ten aanzien daarvan het volgende kan worden vastgesteld.

Vormen van scheiding tussen vergunningverlening en handhaving

Er zijn in deze 'scheidingsvariant' grofweg drie vormen te onderscheiden: scheiding op bestuurlijk niveau en twee vormen van scheiding op ambtelijk niveau. Bij scheiding op bestuurlijk niveau zijn de verantwoordelijkheden en de bijbehorende bevoegdheden respectievelijk voor vergunningverlening en handhaving toebedeeld aan verschillende portefeuillehouders binnen het bestuursorgaan, zoals wethouders of gedeputeerden.² Bij de ambtelijke scheiding kan worden onderscheiden tussen een functionele scheiding (in afzonderlijke bureaus of afdelingen) en een personele scheiding (een ambtenaar, werkzaam bij een geïntegreerde afdeling 'vergunningverlening en handhaving', verricht slechts een van beide taken).

Aan een scheiding als hier bedoeld, zitten voor- en nadelen. Die zullen hierna worden opgesomd. Bedacht moet echter worden dat het in de praktijk vóórkomen van de voordelen en de nadelen en de omvang daarvan in concrete situaties en per organisatie enigszins kunnen verschillen. Bovendien kunnen bepaalde potentiële nadelen worden verminderd door passende maatregelen te nemen.

Voordelen

* De handhaver die naar buiten toe, dus waarneembaar voor de vergunninghouder, ook bij de vergunningverlening betrokken is geweest, kan in een loyaliteitsconflict geraken. Enerzijds moet er worden gehandhaafd, anderzijds gebeurt dit dan jegens een bedrijf waarmee veelal een zekere vertrouwensrelatie is opgebouwd door het proces van vergunningverlening. Het zal duidelijk zijn dat dit slechts een rol speelt wanneer de vergunningverlening inderdaad een interactief proces, met intensieve betrokkenheid van beide kanten, is geweest. Bij scheiding speelt dit probleem niet of in veel mindere mate.

* Door scheiding is het voor de overtreder duidelijk in welke rol de ambtenaar optreedt; dit is goed voor een geloofwaardige en voortvarende handhaving.

* Scheiding leidt tot specialisatie waardoor beter handhavingskennis kan worden vergaard en toegepast.

2 Ook de burgemeester kan als portefeuillehouder, met name voor handhaving, optreden; op sommige terreinen (zoals de horeca, inclusief de horeca-gerelateerde milieuwetgeving) zou daarvoor zeker iets te zeggen zijn in verband met de bevoegdheden van de burgemeester ten aanzien van de politie en zijn positie in het driehoeksoverleg.

* De samenwerking met justitiële instanties is gemakkelijker wanneer van de zijde van het bestuur ambtenaren met een specifieke handhavingsoptiek opereren.

Nadelen

* Versnippering van vakinhoudelijke kennis (bij het milieu bijvoorbeeld ten aanzien van geluid of bodem) dreigt wanneer er zowel voor vergunningverlening als voor handhaving personen met een vergelijkbare kennisachtergrond in huis moeten zijn. In kleinere organisaties zal dit zelfs niet mogelijk zijn.

* Vergunningverlening en handhaving vormen twee, zij het goed te onderscheiden, vormen waarin het bestuur beleid voert. Afstemming tussen deze twee vormen is nodig. Scheiding kan afstemming bemoeilijken.³

* Scheiding is bevorderlijk voor en kan leiden tot een te rigoureuze handhaving, waarbij geen afweging van belangen meer plaatsvindt.

Gegevens over deze vorm van scheiding in de praktijk

In de onderzoeken Horeca, Afvalstoffen, Samenwerking gemeenten en Waterschapskeuren en is van een zekere mate van scheiding als hier bedoeld gebleken, met name bij de grotere gemeenten en waterschappen en bij de provincies.

In de horeca is er een in zoverre afwijkende situatie dat een groot deel van de toezichtstaak door de politie wordt verricht, terwijl zowel de vergunningverlening als de bestuursrechtelijke sanctionering bij het bestuur berust. Bij het onderzoek Samenwerking gemeenten is in de onderzochte regio's alleen bij milieu van een scheiding gebleken, niet bij de ruimtelijke ordening. In het onderzoek Vliegtuiglawaai wordt een scheiding tussen ontheffingverlening en toezicht ten aanzien van de RLD node gemist.

Soms gaat het slechts om personele scheidingen, soms om scheiding van afdelingen of bureaus. Ten aanzien van het afvalvervoer bleken sommige provincies een bestuurlijke scheiding te kennen (over twee gedeputeerden). Nadat lange tijd een ontwikkeling te zien is geweest naar het vaker scheiden van vergunningverlening en handhaving, is men in sommige organisaties (bijvoorbeeld de provincies op milieugebied) hierop thans enigszins aan het terugkomen. Een al te scherpe scheiding leidt tot communicatieproblemen. De oplossing wordt gezocht in het mitigeren van de scheiding door het situeren van beide functies wel op één afdeling, maar bij verschillende bureaus (onderafdelingen). De meningen op de werkvloer over de wenselijkheid van scheiding verschillen en lijken vooral te worden bepaald door de mate van tevredenheid met de eigen situatie. Voor nauwkeuriger gegevens per beleidsterrein zij verwezen naar de rapporten over de deelonderzoeken.

3 Dat de steller van voorschriften die tevens handhaver is om die reden altijd handhaafbare voorschriften zal stellen, zoals het ministerie van Verkeer en Waterstaat ten aanzien van de luchtvaart meent (zie het onderzoek Vliegtuiglawaai, deel II, § 2, sub C) is echter een illusie.

Oordeel van de commissie

Scheiding tussen vergunningverlening en handhaving is wenselijk in verband met de vermelde voordelen. Bij organisaties waarin dat gezien hun omvang praktisch mogelijk is, verdient het onderbrengen van deze functies in aparte afdelingen dan wel bureaus de voorkeur, bij kleinere organisaties moet worden volstaan met een personele scheiding. Er moeten werkprocedures worden gehanteerd die een goede afstemming tussen de beide functies garanderen. In elk geval zouden dergelijke procedures moeten voorzien in een wederzijdse consultatieplicht. Daarmee kunnen de nadelen (deels) worden ondervangen.

5.2.2 SCHEIDING TUSSEN VERGUNNINGVERLENING EN PREVENTIEF TOEZICHT ENERZIJD EN REPRESSIEVE HANDHAVING (INCLUSIEF REPRESSIEF TOEZICHT) ANDERZIJD

Deze vorm van scheiding kent slechts dit verschil met de vorige, dat het deel van het ambtelijke toezicht dat niet in verband staat met concrete aanwijzingen voor overtredingen (preventief toezicht) wordt losgemaakt van de rest van de handhaving. Zij is door de onderzoekers niet aangetroffen, maar verdient toch de aandacht. Door vergunningverlening en preventief toezicht bij elkaar te hebben, kunnen normstelling en handhaving elkaar versterken, terwijl de potentiële nadelen van loyaliteitsconflicten en ongeloofwaardig optreden ten minste worden beperkt; het harde (repressieve) handhaven gebeurt immers door anderen. Deze vorm van scheiding wordt bepleit in het onderzoek EU-subsidies.⁴ In het Arbowet-onderzoek bleek een meerderheid van de ondervraagden voor een aparte boete-inspecteur.⁵ Een probleem is wel hoe preventieve en repressieve handhavers met elkaar moeten omgaan. Wordt de preventief-toezichthouder geen 'verklikker' als hij overtredingen doorgeeft en ontstaat dan niet alsnog het probleem van het gebrek aan geloofwaardigheid en dat van de loyaliteitsconflicten? In hoeverre leidt deze constructie tot onderhandelingen tussen bedrijf en preventief-toezichthouder met als stok achter de deur het doorgeven van overtredingen?

Oordeel van de commissie

Gelet op bovengenoemde vragen zou de commissie niet verder willen gaan dan aan te bevelen deze vorm van scheiding aan nader onderzoek te onderwerpen.

4 In het onderzoek Leerplichtwet wordt gepleit voor twee typen leerplichtambtenaren: hulpverleners of leerplichtconsulenten en 'echte' leerplichtambtenaren. Van de voorgestelde leerplichtconsulent kan echter nauwelijks worden gezegd dat die nog toezicht uitoefent.

5 Die lijkt er ook te komen in de nieuwe Arbeidsomstandighedenwet. Curieus is dat van de figuur van de boete-inspecteur in het fiscale recht in een laat stadium van de wetgeving ter invoering van fiscale boeten juist afscheid is genomen. Zie TK 1996-1997, 24 800, nr. 5, p. 14.

5.3 Handhaving op afstand

5.3.1 HANDHAVING DOOR EXTERNE DIENSTEN

Handhavingstaken kunnen tot op zekere hoogte worden uitgevoerd door personen of diensten die niet behoren tot de organisatie waarvan het bestuur de verantwoordelijkheid voor de desbetreffende taken heeft. Er is dan geen sprake van volledige scheiding tussen vergunningverlening en handhaving, maar van het op afstand laten uitvoeren van een deel van de handhavingstaak. In het onderzoek 'Samenwerking gemeenten' zijn daarvan diverse voorbeelden gegeven. Zo kunnen gemeenten behalve het uitoefenen van toezicht zelfs het voorbereiden van sanctiebesluiten uitbesteden aan samenwerkingsverbanden (waarvan de DCMR wel het klassieke en meest vergaande voorbeeld is) zonder dat de bevoegdheden tot het nemen van (sanctie)besluiten worden overgedragen. Ook kunnen besluit-bevoegdheden (inzake toezicht en sanctionering) worden gemandateerd, waardoor de iure de bevoegdheid niet overgaat. De facto echter kan er een tamelijk onafhankelijke uitvoering plaatsvinden van taken die aan het bevoegde orgaan zijn opgedragen. Nu zou het feit dat er de iure geen onafhankelijkheid is, er toe kunnen leiden, dat het bestuur zich niet al te veel aantrekt bijvoorbeeld van het advies van de dienst in een concreet geval om een sanctiebesluit te nemen. Naarmate de dienst in kwestie meer gezag heeft, zal het bestuursorgaan in de (politieke) praktijk echter moeilijk om het advies heen kunnen. Wil men toch afwijken van het advies, dan zal dit in volle openheid en met een expliciete verantwoording moeten geschieden met alle mogelijkheden van publieke controle.

Blijkens het onderzoek Afvalstoffen wordt het overdragen van taken aan regionale samenwerkingsverbanden (voor de handhaving van de afvalstoffenregeling) door de respondenten negatief beoordeeld in verband met te grote communicatie- en coördinatielasten. De onderzoekers merken echter op dat dit vooral lijkt op te gaan voor provincies en grote gemeenten; voor kleine en middelgrote gemeenten kan het bundelen van krachten volgens hen zinvol zijn (§ 6.2), maar die waren niet in het onderzoek opgenomen. In het onderzoek Horeca (§ 9.1.4) wordt juist gepleit voor een regionaal toezichtsteam, opgericht door samenwerkende gemeenten in de regio.

De hier bedoelde vorm van scheiding is bepaald een andere dan in de vorige paragraaf aan de orde was. Het uitbesteden van handhavingstaken kan beperkt blijven tot één taak, bijvoorbeeld het (preventieve) toezicht. Regelmatig is het echter zo dat milieudiensten bijvoorbeeld, naast handhavingstaken, ook de taak krijgen de vergunningverlening te 'doen', dat wil zeggen: alles behalve het formele besluit tot vergunningverlening. Interessant is nu dat waar met name kleinere gemeenten zelf geen scheiding kenden tussen vergunningverlening en handhaving, die scheiding, nadat beide taken zijn opgedragen aan een milieudienst, wél gescheiden worden uitgevoerd. De milieudienst heeft doorgaans ook de daarvoor benodigde omvang.

Oordeel van de commissie

Door de uitbesteding en de daarmee samenhangende mogelijkheden van specialisatie kan, behalve een scheiding tussen vergunningverlening en handhaving, ook een (in andere opzichten) meer professionele handhaving plaatsvinden. Anderzijds blijft het bestuursorgaan in dit model de eindverantwoordelijke voor het resultaat van de afweging van belangen. Maar afwijking van het advies van de dienst behoeft publieke en expliciete verantwoording. De commissie meent daarom dat dit model aanbeveling verdient.

5.3.2 HANDHAVING DOOR ANDEREN DAN DE OVERHEID

Zelfhandhaving

In beperkte mate kan de handhaving worden overgelaten aan branche-organisaties e.d. die dit doen langs privaatrechtelijke weg (zie § 4.2). In deze paragraaf gaat het om de vraag in hoeverre de bestuursrechtelijke handhaving door anderen dan het bestuur kan worden verricht. Juridisch gesproken zijn de mogelijkheden zeer beperkt. Voor delegatie zou de wet expliciet in een toekenning of overdracht van bevoegdheden moeten voorzien (hetgeen zelden gebeurt),⁶ terwijl mandaat aan niet-ondergeschikten die buiten de overheid werkzaam zijn een moeizame figuur is en uitermate riskant voor de mandaatverlener.

Handhaving in dienst van de overheid door particulieren

Soms worden derden ingehuurd om, zonder dat zij ter zake formele wettelijke bevoegdheden hebben, toezichtstaken te verrichten. Die taken kunnen zij dan slechts met goedgevonden van degenen ten aanzien van wie het toezicht wordt uitgeoefend, verrichten. Deze gang van zaken kan in de praktijk wel werken (vooral bij bedrijven die zich redelijk goed aan de regels houden) en kan bijvoorbeeld nuttig zijn wanneer er tijdelijk een gebrek aan capaciteit en deskundigheid is bij het bestuursorgaan. Maar zo gauw iemand niet akkoord gaat met deze wijze van toezicht uitoefenen, moet de echte toezichthouder er alsnog aan te pas komen.

Handhaving door een certificerende instelling

Een belangrijke ontwikkeling betreft het certificeren van milieuzorg- en arbozorgsystemen. Dit kan de handhavingstaak van het bestuur in die zin verlichten dat een erkend certificeringsbedrijf, als het goed is, zodanig toezicht zal uitoefenen dat het gecertificeerde bedrijf zich zal houden aan de door de certificerende instelling gestelde eisen. Vrijwel altijd evenwel zal aanvullend toezicht door de overheid, al dan niet in (zeer) beperkte mate, nodig blijven. De eindverantwoordelijkheid

6 Zo is in de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte de werkgever bevoegd gemaakt 'redelijke voorschriften' te stellen inzake het verstrekken van inlichtingen door de arbeidsongeschikte werknemer. Onduidelijk is overigens hoever deze bevoegdheid strekt. Zie hierover en over zelfhandhaving in het algemeen Marian Leijten, Grondrechten en handhaving van zelfregulering, in: H.R.B.M. Kummeling en S.C. van Bijsterveld (red.), Grondrechten en zelfregulering, Deventer 1997, p. 183-210.

voor de handhaving en de daarbij behorende formele, vergaande overheidsbevoegdheden zijn immers gebleven waar ze waren.

Oordeel van de commissie

Privaatrechtelijke zelfhandhaving, publiekrechtelijke handhaving door particulieren en handhaving door certificerende instellingen kunnen in beperkte mate een bijdrage leveren aan het toezicht en (in privaatrechtelijke verhoudingen) de sanctionering. Het bestuur blijft echter eindverantwoordelijk en zal aanvullend moeten optreden. Met name de handhaving door certificerende instellingen lijkt op een aantal gebieden een praktisch perspectief te bieden om de handhavingsdruk bij de bestuurlijke overheid te verminderen.

5.4 Functionele scheidingen tussen handhavingsorganisaties

In deze paragraaf gaat het om de figuur waarin er een formele bevoegdheidscheiding is in die zin dat vergunningverlening door de ene en handhaving door de andere bestuurlijke organisatie⁷ wordt gedaan, zowel materieel als formeel.

5.4.1 SCHEIDING TUSSEN VERGUNNINGVERLENING EN HANDHAVING

Deze vorm van scheiding is voor zover de commissie bekend thans niet aanwezig binnen het bestuursrecht, althans niet in die zin dat de gehele handhaving, inclusief de sanctiebevoegdheid, door een ander orgaan wordt uitgeoefend. Het voorstel van de commissie Korthals Altes om een bestuursrechtelijk OM of een soortgelijke organisatie te belasten met een deel van de bestuursrechtelijke handhaving strekt ertoe in deze situatie verandering te brengen. De redenen voor dit voorstel waren gelegen in de door die commissie aangenomen oorzaken van 'het' handhavingstekort, te weten het ontbreken van (eenheid in) handhavingsbeleid, soms een tekort aan personele en financiële middelen, het ontbreken van een goede handhavingscultuur (te weinig afstand en onpartijdigheid) en onvoldoende deskundigheid.⁸

Voor de meeste van deze oorzaken geldt dat daaraan heel goed iets kan worden gedaan zonder een ingrijpende bevoegdheden-verschuiving. Zo is het hebben van een handhavingsbeleid althans op een aantal terreinen bepaald geen onbekend verschijnsel meer. Bestuursorganen kunnen en moeten verder worden gestimuleerd en geholpen bij het formuleren van dergelijk beleid, maar het doel (aanwezigheid van handhavingsbeleid bij alle bestuursorganen) kan dan zeker in hoge mate worden bereikt. Het opbouwen van deskundigheid is op sommige terreinen in volle gang, op andere verdient dit nog veel aandacht. Maar een verschuiving van (reparatoire) handhavingsbevoegdheden naar het OM zou vereisen dat juist bij het OM bepaalde

7 De situatie waarin een vergunningvoorschrift wordt gehandhaafd door het OM valt hier dus niet onder. De taakverdeling tussen bestuur en OM komt hierna aan de orde.

8 Het recht ten uitvoer gelegd, p. 84.

bestuurlijke en bestuursrechtelijke deskundigheid moet worden opgebouwd die daar thans nog onvoldoende aanwezig is. Ook het tekort aan mensen en middelen is nu niet direct een oorzaak die wordt weggenomen door (een deel van) de bestuurlijke handhaving naar het OM over te hevelen. De handhavingscultuur ten slotte zou niet goed zijn omdat 'bestuursorganen meer taken en belangen hebben, die kunnen strijden met het belang van een goede handhaving'.⁹ Inderdaad is het zo dat het wettelijke vereiste van een goede bestuurlijke belangenafweging soms moet leiden tot het afzien van handhaving, maar dat zou niet anders zijn wanneer een ander orgaan, zoals het OM, diezelfde, bestuurlijke belangenafweging zou moeten verrichten. Alleen zou zo'n (min of meer) onafhankelijk, geen bestuurlijke verantwoording aflegend, orgaan niet in de positie zijn om een dergelijke afweging te maken. Dit orgaan behartigt immers slechts de 'handhavingsbelangen'. Het soort belangenafweging dat bijvoorbeeld het OM thans verricht, is een andere dan de bestuurlijke; zij betreft het stellen van prioriteiten, het afwegen van werklasten en verwachte handhavingsbaten. Zou men daarentegen de *bestuurlijke* afweging willen schrappen, dan zou het OM uiteraard wel in aanmerking komen om handhavingsbevoegdheden over te nemen, maar het schrappen van die afweging zou tot een wel zeer ingrijpende wijziging van het handhavingsbeeld leiden, waarvoor dienovereenkomstige wetswijzigingen nodig zouden zijn (die veel verder gaan dan de Commissie Korthals Altes heeft voorgesteld en naar wij aannemen ook veel verder gaan dan die commissie heeft bedoeld).

De commissie Korthals Altes wilde de handhaving voor *punitieve* sancties aldus vorm geven, dat er geen bestuurlijke afweging meer zou hoeven plaatsvinden, maar dat oplegging zou geschieden door het onpartijdige, afstandelijke handhavingsorgaan (waarvoor de bestuursrechtelijke poot aan het OM bedoeld was). Voor *reparatoire* sancties zou het OM met het bestuursorgaan moeten overleggen, waarna het bestuursorgaan wellicht nog wel zelf de sanctie zou opleggen, maar de tenuitvoerlegging door het OM zou geschieden.¹⁰ Welke status dat overleg zou moeten hebben is niet bekend, maar zelfs een wettelijke overlegverplichting zou het bestuur niet tot handhaving kunnen dwingen waar het daartoe niet bereid is. Bovendien betreft dit overleg slechts de sanctionering, terwijl het OM pas zelf aan de slag zou moeten bij de tenuitvoerlegging. Per saldo zou het OM dan toch geen grote rol kunnen spelen. Het grootste deel van de reparatoire handhaving bestaat immers uit toezicht; meestal wordt de overtreding in die fase beëindigd. In een relatief klein aantal gevallen, althans vanuit reparatoir oogpunt, moet een sanctie worden opgelegd. Wanneer dit gebeurt, heeft dit meestal tot gevolg dat de overtreding alsnog wordt beëindigd. Slechts in die gevallen waarin wel een sanctie wordt opgelegd, maar deze (en dan ook nog ten onrechte) niet wordt geëffectueerd, zou het OM er aan te pas komen.

9 Ibidem.

10 Het recht ten uitvoer gelegd, p. 86-87. Praktisch gesproken zou het waarschijnlijk vooral om de invordering (van bestuursdwangkosten en dwangsommen) gaan. Of in de ogen van de Commissie Korthals Altes tot de taak van het OM ook de uitoefening van bestuursdwang zou horen, is uit het rapport niet op te maken.

Of en hoe toezicht wordt uitgeoefend en of een sanctie wordt opgelegd, blijft ter beslissing aan het bestuur. Voor een verbetering van de *reparatoire* handhaving zou uitvoering van dit voorstel dus slechts geringe betekenis hebben. Ten aanzien van de *punitieve* handhaving zij opgemerkt, dat decentrale oplegging daarvan, met de mogelijkheid van verschillen die ontstaan door belangenafwegingen, inderdaad bezwaren kent. De commissie heeft in hoofdstuk 4 dan ook terughoudendheid aanbevolen bij het toedelen van bestuurlijke-boetebevoegdheden, in het bijzonder aan decentrale organen. Maar anderzijds kan er niet aan voorbij worden gegaan, dat de decentralisatie het juist mogelijk maakt een bestuurlijke, op de plaatselijke en concrete omstandigheden afgestemde beslissing te nemen en dat dit uit bestuurlijk oogpunt ook wenselijk is. Decentrale toepassing moet dus niet uitgesloten worden geacht. Al met al zijn er geen klemmende redenen om het vergaande voorstel van de Commissie Korthals Altes ten uitvoer te brengen. Sommige problemen worden er niet door opgelost, andere worden er door verschoven. Bovendien gaat het voorstel voorbij aan de goede kanten van een mogelijkheid tot bestuurlijke afweging. Dat het OM en het bestuur een verschillende invalshoek en verschillende bevoegdheden hebben, is een groot goed; door samen te werken kan men van elkaars sterke punten profiteren. Ten slotte merkt de commissie op dat er blijkens de verrichte onderzoeken in de praktijk weinig tot geen animo voor bedoeld voorstel bestaat. De ondervraagden waren tamelijk eenstemmig van oordeel dat handhavers feeling moeten hebben met de vergunningverlening; met name bestuurlijke normstelling (zoals vergunningvoorschriften, bestemmingsplannen) en handhaving zijn nauw met elkaar verweven. Een puur repressief ingestelde dienst zou het gevoel voor die verwevenheid in onvoldoende mate bezitten.

Een andere vorm van scheiding tussen organisaties zou zijn de toedeling van thans gemeentelijke handhavingsbevoegdheden aan regionale, provinciale of landelijke bestuursorganen. Uit de verrichte onderzoeken blijkt dat de praktijk ook voor deze vorm van scheiding geen enthousiasme kan opbrengen. De in § 5.3 besproken externe diensten kunnen uitstekend voldoen aan de behoefte om enige afstand en de benodigde professionalisering tot stand te brengen. Voor een bestuurlijk gezien veel verder gaande scheiding zouden zwaarwegende argumenten moeten bestaan. Die heeft de commissie niet kunnen vinden.

Oordeel van de commissie

De commissie is van oordeel dat de oorzaken van de handhavingstekorten op de onderscheiden terreinen, welke tekorten niet altijd even groot zijn en ook niet steeds dezelfde oorzaken hebben (zie hoofdstuk 3), een formele scheiding tussen uitvoering en handhaving niet rechtvaardigen. Andere, veel minder vergaande, maatregelen kunnen de oorzaken reeds voor een belangrijk deel wegnemen.

5.4.2 SCHEIDING TUSSEN (VERGUNNINGVERLENING EN) TOEZICHT ENERZIJD EN SANCTIONERING ANDERZIJD

Voor deze in de zuiver bestuursrechtelijke praktijk, naar de bevindingen van de commissie, niet voorkomende scheiding geldt in grote lijnen hetzelfde als hierboven

is opgemerkt. Wat wel regelmatig voorkomt en ook zekere voordelen biedt, is dat de handhaving bestaat uit een combinatie van bestuurlijk toezicht en strafrechtelijke sanctionering (zie de onderzoeken Arboret en Leerplichtwet). Die combinatie wordt door de betrokken toezichthouders in die zin prettig gevonden dat als praten niet helpt, men het sanctioneren aan andere organen (OM en rechter) kan overlaten. Daardoor kan de door de toezichthouder met de overtreder opgebouwde vertrouwensrelatie in stand worden gehouden. Dat de preventieve en repressieve rollen van respectievelijk de toezichthouder en de officier niet in elkaar overgaan, is een gegeven dat op bepaalde terreinen blijkbaar een nuttige functie kan vervullen. Over de eventueel te verkrijgen bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten wordt, in verband hiermee, door de toezichthouders die er over hebben nagedacht in lang niet alle gevallen gunstig geoordeeld. Zoals reeds in § 4.4.2 werd opgemerkt, hebben velen in de praktijk echter helemaal nog niet diepgaand nagedacht over de wenselijkheid van deze sanctie.

Oordeel van de commissie

Het oordeel van de commissie wijkt niet af van het oordeel gegeven in de vorige subparagraaf.

5.4.3 SCHEIDING TUSSEN OPLEGGING EN TENUITVOERLEGGING VAN SANCTIES

Zoals reeds werd opgemerkt, komt het wat betreft de *reparatoire sancties* (zoals bestuursdwang en dwangsom) niet vaak tot tenuitvoerlegging, in de meeste gevallen omdat tenuitvoerlegging niet meer aan de orde is, met name in verband met het tijdig alsnog voldoen aan de in een last onder dwangsom of bestuursdwangaanzegging opgelegde verplichtingen. Het lijkt niet verstandig een aparte organisatie in het leven te roepen om een tamelijk bescheiden taak uit te voeren. Effectuering door een bestaande organisatie (het OM of een hoger bestuursorgaan) zou dan nog eerder voor de hand liggen. Ook dit idee is evenwel niet aantrekkelijk. Bestuursorganen zullen zich op het moment dat zij eventueel tot effectuering zouden kunnen overgaan, moeten afvragen of effectuering alles afwegend juist, dat wil zeggen rechtmatig is. Opgemerkt zij dat ook effectuering een bevoegdheid en geen verplichting is (al gaat de rechter er terecht van uit dat als aan een sanctiebesluit geen gevolg wordt gegeven in beginsel behoort te worden geëffectueerd). Voor een goed begrip van het voorgaande is nog van belang dat het moment van effectuering, gelet op de veelal vereiste begunstigingstermijn gedurende welke de aangeschrevene alsnog aan zijn verplichtingen kan voldoen, soms maanden is gelegen na het moment waarop de sanctie is opgelegd. Tenuitvoerlegging door een ander orgaan, dat min of meer mechanisch uitvoert, verhindert dat nog een afweging kan plaatsvinden (met niet alleen een verkeerde eindbeslissing, maar misschien ook schadeclaims tot gevolg). Dat past niet bij het bestuurlijk-reparatoire karakter van het type handhaving waarover het hier gaat. Anderzijds zou het regelmatig terugkomen op het handhavingsbesluit, in de vorm van het niet effectueren daarvan, tot frustratie leiden bij het 'tenuitvoerleggings-orgaan'. De commissie merkt overigens met klem op dat zij er vanzelfsprekend geen voorstander van is dat de tenuitvoerleggingsbeslissing wordt

gebruikt om het handhavingproces als het ware opnieuw te starten, alsof er geen voorafgaand traject is geweest. In beginsel dient een sanctie ten uitvoer te worden gelegd, maar er is ruimte voor een weloverwogen afzien van effectuering.

Wat de *punitieve sancties* betreft (bestuurlijke boeten bijvoorbeeld) ligt de situatie anders omdat in boetebesluiten geen begunstigingstermijn wordt verleend. Voor het niet innen van een opgelegde boete kunnen moeilijk bestuurlijke redenen worden aangevoerd, tenzij het orgaan achteraf van mening is dat de boete niet had moeten worden opgelegd; in dat geval moet echter de boetebeschikking worden ingetrokken.¹¹ Om doelmatigheidsredenen zou de inning van bestuurlijke boeten wellicht aan een organisatie als het Centraal Justitieel Incasso Bureau kunnen worden opgedragen. De commissie kan niet overzien of dat ook voor bijvoorbeeld decentraal opgelegde boeten doelmatig zou zijn. Tegenover een grotere kennis en routine bij het gespecialiseerde orgaan staat de noodzaak van communicatie tussen de decentrale organen en het inningsorgaan. Hoe dit ook zij, voor zover de oplegging decentraal geschiedt, moet men zich met een centrale inning niet 'rijk rekenen' als het gaat om de kwaliteit en de omvang van de handhaving; die worden immers allereerst bepaald door het toezicht en de oplegging van sancties.

Ten slotte merkt de commissie op dat blijkens de verrichte onderzoeken ook voor de hier besproken vorm van scheiding in de praktijk weinig tot geen steun bestaat.

Oordeel van de commissie

De commissie is om bovenvermelde redenen geen voorstander van een scheiding tussen het opleggen en het effectueren van reparatoire sancties. Voor punitieve sancties zou alleen tot scheiding moeten worden overgegaan als dit aantoonbaar praktisch-organisatorische of financiële voordelen heeft.

5.5 Taakverdeling tussen bestuur en OM

Algemeen

De commissie is van mening dat de taakverdeling tussen bestuur en OM bij de handhaving geen ingrijpende wijziging behoeft. Ongetwijfeld zal een beperkte invoering van bestuurlijke-boetebevoegdheden tot een zekere herverdeling van taken kunnen leiden, maar dat zal geen verandering van het systeem teweegbrengen. Anders zou het zijn wanneer met uitsluiting van het strafrecht op grote schaal bedoelde bevoegdheden aan bestuursorganen zouden worden toegekend. De commissie is daarvan geen voorstander, maar heeft ook niet de indruk dat dit zal gebeuren. Hierna gaat de commissie nogmaals in op de wenselijkheid van bestuurlijke boeten.

In de wijze waarop bestuur en OM hun handhavingstaken vervullen, kan wel het nodige worden verbeterd, in de sfeer van de communicatie en samenwerking.

11 Iets anders is dat het boetebesluit kan sneuvelen in de rechtsbeschermingsprocedure, waarna uiteraard geen invordering meer kan plaatsvinden.

In hoofdstuk 4 zijn daarvoor de nodige voorstellen gedaan.

Betekenis van de bestuurlijke boete voor de taakverdeling

In § 4.4.2 werd reeds ingegaan op de vraag of brede invoering van de bestuurlijke boete wenselijk was. De commissie is terughoudend, zeker voor decentraal opgelegde boeten, maar keert zich niet principieel tegen de bestuurlijke boete. Deze sanctie kan op bepaalde gebieden een nuttige, aanvullende rol spelen, naast andere sancties. Tegelijk zijn de mogelijke voordelen van de bestuurlijke boete in het verleden nogal eens te breed uitgemeten. De doelmatigheidswinst bij de incasso van verkeersboeten kan niet zonder meer ook op andere terreinen worden geboekt, nog afgezien van de vraag of de naleving van verkeersregels, zo die bevorderd is, door het nieuwe stelsel is bevorderd. De vereiste rechtsbescherming kan, zeker bij forse bedragen, de slagvaardigheid van het instrument deels teniet doen (zie ook hoofdstuk 6). De oplegging van boeten vereist vervolgens, tenzij een tariefstelsel wordt gebruikt voor een limitatief aantal eenvoudig waar te nemen overtredingen, een bepaalde deskundigheid die wel bij het OM en niet (altijd) bij bestuursorganen aanwezig is en daar dus zal moeten worden ontwikkeld.

Ten slotte is van belang dat in het aanvankelijk door de Commissie Kortmann voorgestelde en voor haar favoriete Model A het strafrecht in beginsel werd uitgesloten voor de bestuurlijk te beboeten feiten.¹² In het kabinetsstandpunt over dit advies wordt al meer ruimte gelaten voor Model B of voor een mix van A en B; model B wordt aangeduid als 'bepaald een bruikbaar alternatief'.¹³ Sindsdien is er meer aandacht ontstaan voor het feit dat het om allerlei redenen (zoals de mogelijke samenhang met andere delicten, gewenst gebruik van opsporingsbevoegdheden) niet erg verstandig is het strafrecht geheel uit te sluiten.¹⁴ Afgezien van de Mededingingswet, die het strafrecht uitsluit en geheel op de bestuursrechtelijke handhavinglijn zit, lijkt de voorkeur voor Model A niet sterk meer of zelfs afwezig, althans op het punt van het al dan niet uitsluiten van het strafrecht. De commissie acht deze ontwikkeling, tegen de achtergrond van het in hoofdstuk 4 bepleite meersporen- en samenwerkingsmodel, een gelukkige.

12 CTW 1994/1, Handhaving door bestuurlijke boeten, Den Haag 1994, p. 68-70. Model A houdt in: a) uitsluiting van het strafrecht behoudens gevallen waarin letsel aan personen of schade aan goederen is toegebracht; b) hanteren van een tariefstelsel waarin het orgaan geen beleidsruimte heeft t.a.v. de hoogte van het bedrag, behoudens gevallen van hardheid. Model B houdt in: a) geen uitsluiting van het strafrecht, maar wel een anticumulatieregeling; b) het orgaan bepaalt de hoogte van de boete aan de hand van enkele ruime, wettelijke criteria (ernst gedraging, verwijtbaarheid, omstandigheden).

13 TK 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48, § 5.2.

14 Zie ook G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke boeten in het milieurecht, Den Haag 1997.

5.6 De rol van de inspecties

Uit een aantal onderzoeken (Vliegtuiglawaai, Samenwerking gemeenten, Bouwvergunningen en Arbowet)¹⁵ blijkt dat het door inspecties verrichte eerste- en tweedelijnstoezicht¹⁶ kan worden versterkt. Vele inspecteurs gedragen zich vooral als consultant, als 'meedenker' en niet als handhaver. Daaraan ligt een bewuste keuze ten grondslag, die op zichzelf begrijpelijk en verdedigbaar is. Wie zichzelf primair als begeleider en adviseur ziet, ten behoeve van een zo goed mogelijke uitvoering van de wet (bijvoorbeeld ten aanzien van vergunningverlening en planvorming) handelt navenant. Uit een oogpunt van handhaving is deze keuze evenwel niet in alle omstandigheden de meest gelukkigste. Zowel in de eerste lijn als in de tweede lijn zou een combinatie van advisering e.d. en een meer repressief optreden heel wel denkbaar zijn. De wet laat daartoe alle ruimte. Deze combinatie vergt wel een zekere lenigheid bij de inspecteurs die beide functies vervullen, maar de mogelijkheid van scheiding in functies zou ook hier een oplossing kunnen bieden. Binnen de inspecties, maar ook binnen de departementale toppen, zou, waar dit niet reeds gebeurt, moeten worden nagedacht over de missie van de inspecties: moet die wel of niet een meer repressief karakter krijgen? Op het door de inspecties te verrichten toezicht zal in hoofdstuk 9, in het kader van de vraag hoe kan worden tegengegaan dat de overheid zelf de regels overtreedt, nader worden ingegaan.

5.7 Conclusies

In deze paragraaf worden de eerder getrokken conclusies nog eens kort samengevat om een totaalbeeld te krijgen.

Voor de organisatie van de handhaving is allereerst het vraagstuk van de scheiding tussen normstelling en handhaving van belang. Er kan niet in algemene zin over scheiding worden gesproken gezien de zeer vele vormen en subvormen. Dit hoofdstuk heeft daarom mede een voorlichtend karakter. Naar het oordeel van de commissie is een of andere vorm van scheiding (organisatorisch of personeel) in de meeste gevallen aanbevelenswaardig. Wel moet er afstemming zijn tussen de gescheiden uitgeoefende functies. Interessante mogelijkheden voor een betere, meer professionele en onpartijdige handhaving biedt een combinatie van het feitelijk uitbesteden van handhavingstaken (aan een gemeenschappelijke externe dienst bijvoorbeeld) met behoud van de formele bevoegdheden. Een formele scheiding in die zin dat bevoegdheden worden overgedragen, wijst de commissie af; deze ingrijpende aanpak is niet noodzakelijk. Het op privaatrechtelijke grondslag uitgevoerde toezicht door certificerende instellingen zal de reguliere handhavingstaak

15 Zie ook A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997 voor het milieurecht en J.E. Hoitink en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met beleid*, Zwolle 1993 voor het ruimtelijk bestuursrecht.

16 Tweedelijnstoezicht is toezicht op de wijze waarop andere organen handhaven.

van de overheid kunnen verlichten waardoor meer tijd vrijkomt voor moeilijke gevallen. De commissie is in het algemeen geen voorstander van scheiding tussen het opleggen en het tenuitvoerleggen van bestuurlijke sancties; alleen bij bestuurlijke boeten zou dit onder omstandigheden nuttig kunnen zijn.

Een tweede belangrijk onderwerp is de taakverdeling tussen bestuur en justitiële organen. De commissie meent dat daarin geen grote veranderingen nodig zijn. Wel moet de relatie tussen bedoelde instanties beter worden. In deze relatie tussen de handhavingspartners moet niet de scheiding, maar de samenwerking centraal staan.

Op de rol van de inspecties ten slotte moet bezinning plaatsvinden. De commissie meent dat de inspecties de repressieve kant van hun wettelijke taakopdracht moeten versterken. Zie hierover voorts hoofdstuk 9.

6 Handhaving en rechtsbescherming

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 zijn voorstellen gedaan om de bestuurlijke handhaving te versterken. Er is in dat hoofdstuk door de commissie op gewezen dat handhaving niet los van rechtsbescherming mag worden gezien. In dit hoofdstuk wordt de relatie tussen deze twee fenomenen nader beschouwd. Uitgangspunt is dat in een rechtsstaat tegen die vormen van handhaving die kunnen worden gezien als ofwel het nemen van besluiten (dat wil zeggen bindende beslissingen) ofwel het uitoefenen van dwang, een behoorlijke vorm van rechtsbescherming moet openstaan, in elk geval voor belanghebbenden. Die rechtsbescherming zal ten minste een beroep op de rechter moeten inhouden. Daarmee wordt handhaving binnen rechtsbeschermingsgrenzen geplaatst. De rechtsstaat stelt ook inhoudelijke grenzen, zoals het moeten eerbiedigen van de grondrechten, die overigens mede van belang zijn voor de vereisten waaraan rechtsbescherming in een aantal soorten gevallen moet voldoen. Rechtsbescherming is echter niet alleen een randvoorwaarde voor handhaving en daarmee een potentiële belemmering, zij is ook een stimulans voor handhaving en soms het middel tot handhaving. Dat laatste is primair het geval bij handhaving door particulieren in gedingen voor de burgerlijke rechter, tegen de overtreder of anderszins onrechtmatig handelende persoon. In het bestuursrecht kan de handhaving door de overheid – en daarover gaat het in dit rapport primair – worden bevorderd door het gebruik van rechtsbescherming door derden die zich verzetten tegen het feit dat het bestuur niet handhavend optreedt tegen de overtreder. Dat is ook het geval wanneer de overheid zelf overtreder is; zie onder meer het onderzoek *Bouwvergunningen*.

Onder rechtsbescherming verstaat de commissie in dit hoofdstuk niet alleen de contentieuze rechtsbescherming, maar ook de wijzen waarop, door inspraak of anderszins, burgers bij de voorbereiding van besluiten kunnen worden betrokken. Wel beperkt zij zich in haar beschouwingen steeds tot de relatie met de handhaving. De vraag bijvoorbeeld of er voor een vijfde startbaan op Schiphol wel of niet een (eventueel sterk verkorte) inspraakprocedure zou moeten gelden, komt dan ook niet aan de orde.

Bij het denken en debatteren over verbeteringen in de handhaving wordt ook de rechtsbescherming niet buiten schot gelaten. Zou de rechtsbescherming een vertragende of anderszins belemmerende uitwerking op de (bestuurlijke) handhaving hebben? Het wordt links en rechts gesuggereerd; de commissie wil deze suggestie aan een kritische beschouwing onderwerpen (§ 6.3). Daaraan voorafgaand moet de vraag worden beantwoord welke vereisten van rechtsbescherming de rechtsstaat aan handhaving stelt (§ 6.2). Met de kennis daarvan en nadat de mogelijk negatieve effecten van rechtsbescherming op de handhaving zijn gewogen, kunnen

voorstellen tot verbetering worden gedaan en reeds gedane voorstellen worden beoordeeld (§ 6.5). Voor een goede beoordeling van die voorstellen is het evenwel ook nodig enige aandacht te besteden aan de rol van verzekeraars in het kader van rechtsbescherming en handhaving (§ 6.4). Eén voorstel tot wijziging van de rechtsbescherming, gedaan door de commissie Korthals Altes, betreft de zogeheten preventieve toets van sanctiebesluiten, uit te voeren door de rechter. Aan dit verstrekkende voorstel, ten aanzien waarvan de commissie om een uitdrukkelijk oordeel is gevraagd, wordt hoofdstuk 7 gewijd.

Op deze plaats merkt de commissie ten slotte en bij voorbaat nog op, dat bij voorstellen tot verandering en/of vermindering van de rechtsbescherming er al snel een afwijking van de Awb optreedt. Ofschoon de Awb 'slechts' een wet (in formele zin) is waarvan in andere wetten (in formele zin) kan worden afgeweken, is het wetgevingsbeleid er terecht op gericht die afwijkingen te beperken tot gevallen waarin daarvoor zeer klemmende redenen bestaan. Dit criterium zal bij de beoordeling dus sterk moeten meewegen.

6.2 Vereisten van rechtsbescherming bij handhaving

Sinds het Benthem-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens¹ en de daarop gevolgde jurisprudentie van de Hoge Raad² kan elk overheidshandelen ter toetsing aan een (overheids)rechter worden voorgelegd, hetzij de bestuursrechter, hetzij de burgerlijke rechter. Zo hoort het ook in een rechtsstaat. Wanneer het een besluit (in de zin van de Awb) betreft, staat in beginsel de rechtsbescherming als voorzien in de Awb open. Bij andere handelingen en beslissingen kan bij de civiele rechter een actie uit onrechtmatige daad worden aangespannen. In de praktijk betreft de vraag om rechtsbescherming in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving in verreweg de meeste gevallen het nemen van sanctiebesluiten dan wel het (expliciet of fictief) weigeren daarvan. Andere handelingen waartegen wordt opgekomen, zijn de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang, hetgeen kan geschieden door verzet bij de rechtbank (dit gebeurt met enige regelmaat), en besluiten van toezichthouders (gebeurt zelden). De Nederlandse wetgeving biedt, algemeen gesproken en voor zover de commissie kan overzien, tegen bestuursrechtelijke handhaving een behoorlijke rechtsbescherming, die globaal genomen voldoet aan internationaalrechtelijke eisen. Voor besluiten waarmee burgerlijke rechten of plichten worden vastgesteld, zijn die eisen te vinden in art. 6 lid 1 EVRM. Het gaat daarbij om toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, die binnen een redelijke termijn, na een in beginsel openbare behandeling, een bindende uitspraak doet. Deze waarborgen zien mede op de rechtsbescherming tegen het treffen van alle sancties.

1 EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin, NJ 1986, 102, m.nt. EAA.

2 HR 12 december 1986, AB 1987, 151 m.nt. FHvdB (Dekker/Barneveld).

In de literatuur en ook in de memorie van toelichting bij de derde tranche Awb³ wordt als het gaat om de toepasselijkheid van art. 6 EVRM louter de vraag gesteld of er sprake is van een criminal charge. Daarmee wordt miskend dat reparatoire sancties, die geen criminal charge zijn, wel de vaststelling van burgerlijke verplichtingen kunnen inhouden. Nu in het Benthem-arrest de weigering van een Hinderwetvergunning als zodanig werd beschouwd, zal de intrekking van een milieuvergunning (als sanctie) zeker ook onder lid 1 vallen. Bij dwangsom en bestuursdwang gaat het (mede) om financiële, vermogensrechtelijke aspecten; bij de dwangsom evident en bij de bestuursdwang via de bevoegdheid tot kostenverhaal. Het lijkt dus ten minste zeer pleitbaar dat de algemene reparatoire sancties onder het eerste lid van art. 6 EVRM vallen.

Voor reparatoire sancties als bestuursdwang, dwangsom en intrekking van een vergunning blijft het bij de vereisten van lid 1. Voor punitieve sancties (criminal charges) als de bestuurlijke boete gelden uiteraard ook de eisen van art. 6 lid 1, maar gelden bovendien de aanvullende eisen van art. 6 leden 2 en 3 (onschuldpresumptie en rechten van de verdediging), alsmede het vereiste van een wettelijke grondslag (art. 7 EVRM lid 1), het zwijgrecht (dat door het EHRM in art. 6 wordt gelezen) en een beroep in twee instanties (art. 14 lid 5 IVBPR), hoewel over dat laatste met name ten aanzien van lage boeten geen eenstemmigheid bestaat. Internationaal geldt ook nog het verbod om twee keer te vervolgen in dezelfde zaak, maar dit geldt niet voor Nederland, in verband met enkele gemaakte voorbehouden. Overigens wordt de wenselijkheid van ne bis in idem wel allerwegen erkend en is dit uitgangspunt ook in diverse wetten terug te vinden. Het voorgaande brengt mee dat Nederland voor alle bestuursrechtelijke sancties, maar in het bijzonder voor punitieve sancties, bij het eventueel verminderen van rechtsbescherming zal moeten blijven binnen de weergegeven verdragsrechtelijke grenzen, hetgeen ten aanzien van de voornemens tot bredere invoering van bestuurlijke-boetebevoegdheden een rol van betekenis dient te spelen. Ingrijpende wijzigingen zijn niet toegestaan dan wel leveren uit een oogpunt van doelmatigheid niets op. Voor het schrappen van beroep op de bestuursrechter tegen sanctiebesluiten (eventueel beperkt tot bepaalde situaties) bijvoorbeeld is weinig aanleiding omdat, gezien het voorgaande, een wat waarborgen betreft vergelijkbare rechtsbescherming dan door de burgerlijke rechter zal moeten worden verleend. De voorbereiding van punitieve sancties zal hoe dan ook aan alle (strengere) eisen van art. 6 EVRM moeten voldoen. Wel kunnen binnen de geschetste internationaalrechtelijke grenzen wijzigingen worden aangebracht bijvoorbeeld ten aanzien van de bestuurlijke voorfase (met name de bezwaarschriftprocedure) en de lengte van de beroepstermijn. Zie daarover § 6.5.

3 TK 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 131.

6.3 Effecten van rechtsbescherming op de handhaving

In het op 13 november 1997 uitgebrachte rapport 'Bestuur in geding' van de Commissie Van Kemenade wordt de stelling betrokken, dat de rechter te zeer de bestuurlijke afweging zou nadoen, anders gezegd op de stoel van het bestuur zou gaan zitten. In elk geval voor de handhaving lijkt die stelling niet houdbaar. Gevallen waarin de rechter een correct voorbereide beslissing afwijst op inhoudelijke gronden zijn gering in aantal. Bovendien betreffen ze niet altijd het resultaat van de belangenafweging *sec*, maar soms ook het handelen in strijd met inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur⁴ als het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Bij sancties wordt voorts terecht zwaar getild aan het evenredigheidsbeginsel. Dat een sanctiebesluit wordt vernietigd wegens een kennelijk onredelijke belangenafweging, moet, gelet althans op de gepubliceerde jurisprudentie, tamelijk zeldzaam worden geacht. De Commissie Van Kemenade meent voorts dat er een overdaad is aan rechtsbeschermingsvoorzieningen en dat er in een aantal gevallen een te ruime beroepsmogelijkheid is (voor een ieder; de *actio popularis*). Naar het oordeel van de commissie is een goede rechtsbescherming juist bij de handhaving in een rechtsstaat onontbeerlijk; in § 6.5.3 wordt bezien in hoeverre aanpassing met behoud van de vereiste kwaliteit mogelijk is. Wat het voorstel tot het schrappen van de *actio popularis* betreft: in het handhavingsrecht kan een dergelijke mogelijkheid⁵ alleen maar gunstig uitpakken. Derden zullen immers doorgaans alleen opkomen tegen de *weigering* een sanctie op te leggen. In het verlengde hiervan zij opgemerkt dat de juridisering van het gedogen voor de handhaving een gunstige kant heeft. Door gedoogverklaringen als besluit aan te merken, kunnen derden er tegen opkomen bij de bestuursrechter.

Een ander, in de bestuurspraktijk⁶ regelmatig gehoord bezwaar, is dat de bestuursrechter, in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, te formalistisch te werk zou gaan. Dit bezwaar, dat enigszins haaks lijkt te staan op het bezwaar van de Commissie Van Kemenade, wordt door sommigen wel erg gemakkelijk gebruikt, maar lijkt anderzijds niet geheel zonder grond. De rechter kiest niet altijd voor de inhoudelijke weg. Soms wordt een sanctiebesluit vernietigd puur op formele gronden, zonder dat de rechter zich verdiept in de vraag of het besluit materieel zou kunnen standhouden. Dat hoeft hij strikt genomen ook niet (ook formele, procedurele fouten leiden tot onrechtmatigheid) maar door een strikt formele opstelling ontstaat er soms een onnodige vertraging in het

4 Waar de commissie Van Kemenade zich lijkt te keren tegen toetsing door de rechter aan beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen, miskent zij de rechtsontwikkeling van de laatste vijftig jaar. Zie ook de kritische reactie van Dick Allewijn en Alex Brenninkmeijer, Ook de overheid moet zich aan de rechtsregels houden, NRC/Handelsblad 14 november 1997, p. 7, alsmede N. Verheij, Rechtsbescherming in Nederland, Justitiële Verkenningen 1997/5, p. 13-27.

5 In het milieurecht bestaat die mogelijkheid feitelijk doordat een ieder wettelijk gerechtigd is om een sanctie te verzoeken (art. 18.14 Wm) en daarmee belanghebbende wordt ten aanzien van de beslissing omtrent dat verzoek.

6 In de meeste onderzoeken kwam dit bezwaar overigens niet geprononceerd naar voren.

handhavingsproces. Wanneer bij inhoudelijke beschouwing zou blijken dat de uitkomst door het helen van het formele gebrek niet zal veranderen, kan dit in een overweging ten overvloede worden aangegeven, waardoor partijen toch een materieel oordeel hebben en weten waar ze aan toe zijn; dat is ook gunstig voor de handhaving.⁷ Voorts kan er aanleiding zijn art. 6:22 Awb toe te passen (passeren vormgebreken), maar daarmee moet men uit een oogpunt van rechtsbescherming wel voorzichtig zijn. Misschien zou genoemd bezwaar uit de praktijk daarom het best door overwegingen ten overvloede kunnen worden weggenomen. Overigens zij opgemerkt, dat voor het maken van procedurele fouten door bestuursorganen niet de schuld aan de rechter moet worden gegeven! Als dergelijke fouten niet worden gemaakt, ontstaat er ook geen onnodige vertraging door vernietigingen op formele gronden.

Daarmee komen we bij de vraag in hoeverre rechtsbescherming in het algemeen vertragend werkt ten aanzien van de handhaving. Rechtsbescherming heeft onmiskenbaar een vertragend effect: er is nu eenmaal tijd nodig om betrokkenen hun belangen in een goed geregelde, met waarborgen omklede procedure te laten behartigen. In een dergelijke procedure moet kunnen worden voorkomen dat er onomkeerbare gevolgen optreden (naar aanleiding) van handhavingsbesluiten. De mogelijkheid een verzoek om schorsing of een andere voorlopige voorziening te doen, kan volgens de commissie tot het standaardpakket van een goede procedure worden gerekend. Dit ligt anders voor het vertraagd in werking treden van sanctiebesluiten, waarin de wet soms voorziet. Een belangrijk voorbeeld daarvan vormden de milieusanctiebesluiten, genomen op grond van hoofdstuk 18 Wet milieubeheer, die in beginsel pas na de bezwaartermijn in werking traden. In het kader van de aanpassingswetgeving derde tranche Awb is deze uitzondering op de 'hoofdregeel' (inwerkingtreding na bekendmaking) echter geschrapt.

Een zekere vertraging brengt de bezwaarschriftprocedure mee, te beginnen met de bezwaartermijn van zes weken. Hoewel met effectivering van een sanctiebesluit niet hoeft te worden gewacht tot op het bezwaar is beslist, ligt het gezien de aard van de bezwaarschriftprocedure wel voor de hand, tenzij het een zeer dringend geval betreft, op de uitkomst van deze procedure te wachten. De lengte van de procedure wordt, zo is gebleken uit de evaluatie van de Awb, evenwel grotendeels bepaald door de werkwijze van het orgaan, dat (als het niet om beschikkingenfabrieken gaat en daar gaat het bij de handhaving doorgaans niet om) vaak een lange periode gebruikt voor de beslissing op bezwaar, zelfs een langere periode dan wettelijk is toegestaan. Ook in de procedure bij de rechter zorgt het bestuursorgaan zelf veelal voor een deel van de (onnodige) vertraging. De commissie haast zich overigens te zeggen dat in die fase regelmatig ook de rechter en de appellant(en) voor vermijdbare vertragingen zorgen.

Wanneer een grote spanne tijds, soms van meerdere jaren, is gelegen tussen het nemen van een handhavingsbesluit en het moment waarop over de rechtmatigheid

7 Voor overwegingen ten overvloede kan overigens ook in andere gevallen aanleiding bestaan, namelijk wanneer er inhoudelijke gebreken aan het besluit kleven.

daarvan zekerheid is gekregen, is dat slecht voor de effectiviteit en de geloofwaardigheid van de handhaving. Maar hierbij passen wel kanttekeningen. Ten eerste kan het bestuur de lengte van die tijdsspanne deels zelf bepalen door een strak procesmanagement.⁸ Ten tweede moet het bestuur zorgen voor handhavingsbesluiten die formeel en materieel volledig in orde zijn; daarvan gaat ongetwijfeld een zekere zelfwerking uit: procedures kunnen worden bekort of voorkomen.⁹ Daartoe zal een aantal in hoofdstuk 4 genoemde maatregelen dienstig kunnen zijn. Ten derde hoeft het bestuur, tenzij er is geschorst, niet te wachten met tenuitvoerlegging totdat de rechter (in hoogste instantie onherroepelijk) heeft beslist. Wie zeker van zijn zaak is, kan rustig tot tenuitvoerlegging overgaan. In de praktijk wacht men evenwel vaak omdat de verzekeraar dit als voorwaarde voor dekking stelt. Dat is echter geen reden voor vertraging die men 'de rechtsbescherming', laat staan de rechter euvel kan duiden. Kortom: de inherent vertragende effecten van rechtsbescherming zijn aanwezig, maar vallen mee, afgezet tegen de gezamenlijke oorzaken van de lengte van de totale periode tot de tenuitvoerlegging van handhavingsbesluiten. En dan hebben we het nog niet eens gehad over het afzien van tenuitvoerlegging om beleidsredenen.

6.4 De rol van de verzekeraar

De commissie heeft geen nieuw onderzoek verricht of laten verrichten naar de (indirecte) rol van de verzekeraar bij de handhaving. Zij zag geen kans ook een dergelijk onderzoek nog in de beschikbare tijd te (doen) verrichten. Over dit onderwerp, waarover uit de literatuur wel een en ander bekend is, maar dat zeker de moeite van een diepgaand onderzoek waard is, zijn echter ook zonder nader onderzoek wel enkele opmerkingen te maken.

Zoals reeds opgemerkt, kan de verzekeraar (*casu quo* zijn pakket aan dekkingsvoorwaarden) feitelijk in belangrijke mate het gedrag van het bestuursorgaan in de rechtsbeschermingsfase bepalen. Zowel Centraal Beheer (CB) als de Aansprakelijkheids-Onderlinge van Gemeenten (AOG) – die samen naar schatting 85 à 90 % van de gemeenten verzekeren – eisen dat met tenuitvoerlegging van bestuursdwang en dwangsom wordt gewacht totdat de bezwaartermijn is verstreken en wanneer schorsing is gevraagd totdat op het verzoek is beslist. Niet zeker is of dit een autonoom vertragend effect heeft, maar een dergelijk effect lijkt wel waarschijnlijk, al moet naar de omvang ervan worden gegist. Interessant is ook dat CB enerzijds gemeenten vrij laat om al dan niet een bezwaarschriftencommissie te hebben, maar eist dat gemeenten die geen (externe) bezwaarschriftencommissie als bedoeld in art. 7:13 Awb hebben, zich ten aanzien van de zogenaamde

8 Aldus ook het kabinet in zijn standpunt over het RBB-advies Besturen op de tast, TK 1997-1998, 25 665, nr. 1, p. 18.

9 Idem het kabinet in het evengenoemde standpunt over Besturen op de tast, p. 18. Ook de Commissie Van Kemenade bepleit een versterking van de juridische functie in het bestuur.

toetsingsbesluiten, waaronder sanctiebesluiten, moeten voegen naar aanwijzingen van een door CB benoemde deskundige. Opvallend is dat gemeenten die wel zo'n commissie hebben niet verplicht zijn het advies te volgen; blijkbaar acht de verzekeraar de enkele aanwezigheid van de commissie voldoende garantie voor een goede (schademijdende) besluitvorming. Volgens de AOG-polis moet het advies van de bezwaarschriftencommissie (bij toetsingsbesluiten) wel worden gevolgd. Is er niet zulk een commissie aanwezig, dan kan in overleg met en na goedkeuring door de maatschappij, voor een andere wijze van toetsing worden gekozen. Dit kan inhouden dat de maatschappij een deskundige aanwijst die dan een vergelijkbare rol vervult als bij CB.

De verzekeraar krijgt met dit alles als derde, in elk geval potentieel, een grote invloed op de inhoud van de bestuursbeslissing. Ook ontstaat aldus een soort schaduwprocesrecht naast de Awb.¹⁰

Onzeker is of de bemoeienis van verzekeraars een positief dan wel negatief effect op de handhaving heeft.¹¹ Enerzijds zou men kunnen denken dat de dekkingsvoorwaarden negatief uitwerken: het bestuur wordt 'gedwongen' voorzichtig en tot op zekere hoogte verplicht traag te werk te gaan. Anderzijds dwingen de verzekeraars de gemeenten (maar hetzelfde zou gelden voor andere decentrale overheden) zorgvuldig te werk te gaan. Dat doen die verzekeraars uiteraard in hun eigen belang, maar zorgvuldig te werk gaan in de fase van besluitvorming en heroverweging (hetgeen natuurlijk ook los van dekkingsvoorwaarden het streven moet zijn) kan leiden tot een goede 'prestatie' bij de rechter. Per saldo kan op die manier wel eens tijd en moeite worden bespaard, hetgeen de kwaliteit en de effectiviteit van de handhaving alsdan ten goede komt. Voorts is van belang dat ook het afzien van een sanctie tot aansprakelijkheid (ten opzichte van derden) kan leiden. Door het (hoe dan ook) verzekerd zijn, zal het bestuursorgaan wellicht eerder een sanctie opleggen dan men anders zou hebben gedaan.

6.5 Optimale rechtsbescherming voor effectieve handhaving

In deze paragraaf gaat het om de vraag of de handhaving zou kunnen worden verbeterd door wijzigingen in de rechtsbescherming. Die wijzigingen moeten dan wel te realiseren zijn binnen de geldende rechtsstatelijke en internationaalrechtelijke grenzen.

10 Zie voorts over de (on)verzekerbaarheid van handhavingsbesluiten F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling, VAR-preadvies, Alphen aan den Rijn 1995, p. 96-97 en Paul Vanderheyden, Bestuursdwang en aansprakelijkheidsverzekering, NTB 1992, p. 185-192.

11 Een complicerende factor hierbij is dat blijkens de betrokken polissen op vermogensschadedekking vaak een eigen risico van f 25.000,- van toepassing is. Dat maakt het extra moeilijk te bepalen in hoeverre overheden zich laten leiden door de verzekeringsrechtelijke kant van bepaalde casus.

6.5.1 ALGEMEEN

In algemene zin is de commissie van mening dat er voor een effectieve handhaving geen grote wijzigingen in het systeem van rechtsbescherming nodig zijn, voor zover die binnen bedoelde grenzen al mogelijk zouden zijn. Zinloze rechtsbescherming, die letterlijk teveel van het goede biedt, zou moeten worden geschrapt, maar van dat soort rechtsbescherming is er ten aanzien van handhavingsbesluiten naar het oordeel van de commissie geen sprake. Niettemin kunnen er enkele verbeteringen worden aangebracht. De rechtsbescherming kan hier en daar worden beperkt met name om snelheid te krijgen, maar er zijn ook gevallen waarin de rechtsbescherming juist zou moeten worden uitgebreid met het oog op een effectieve handhaving.

6.5.2 VERBETERINGEN IN DE PRAKTIJK BINNEN HUIDIGE SYSTEEM VAN RECHTSBESCHERMING

Alvorens enkele concrete voorstellen te bespreken, wijst de commissie er nogmaals op dat het bestuur thans reeds, in het huidige systeem van rechtsbescherming, veel kan doen ter verbetering van de handhaving, juist ook waar het de relatie tussen rechtsbescherming en handhaving betreft. Zo kan een goed proces-management (en in het bijzonder een strak time-management) tot wezenlijke versnelling leiden. Dit betreft onder meer de volgende punten:

- de periode voor het nemen van sanctiebesluiten; zeker nadat de laatste informele stap is gezet, zou die periode heel kort moeten kunnen zijn;
- het horen in de primaire fase; bij sommige gemeenten en provincies is een extra procedurele fase in de voorbereiding ingevoerd, de 'zienswijzenprocedure'¹²; de Awb vereist een dergelijke formele extra stap niet;
- het nemen van een besluit op bezwaar, waarbij niet al te veel coulance hoeft te worden betracht ten aanzien van indieners van pro forma bezwaarschriften; hen zou een betrekkelijk korte periode moeten worden gegund hun bezwaarschrift aan te vullen; verzoeken om uitstel van behandeling door een bezwaarschriftencommissie moeten niet te gemakkelijk worden toegekend; de bezwaarschriftencommissie moet een zodanige werkwijze hanteren dat zaken snel kunnen worden behandeld en vervolgens ook afgehandeld;
- het horen in de bezwaarschriftprocedure zou, althans wanneer er geen derdenbelanghebbenden zijn, vaker telefonisch kunnen geschieden¹³;
- in procedures voor de rechter moeten verweerschriften en andere stukken met spoed worden ingezonden;
- door een betere benutting van vergaarde en bij anderen (inspecties, VNG e.d.)

12 Zie B.J. Schueler, J. Struiksmā e.a., Besluiten over ruimtelijke ordening, milieu en standplaatsen, Deventer 1996.

13 Bij meer-partijen-geschillen lijkt telefonisch horen niet mogelijk gelet op het voorschrift van art. 7:6 Awb dat partijen in elkaars aanwezigheid moeten worden gehoord. Denkbaar is echter een telefonische vergadering; daarin kan iedereen rechtstreeks met elke andere deelnemer communiceren, zij het niet in elkaars fysieke aanwezigheid.

aanwezige handhavingskennis kunnen procedures worden bekort doordat minder fouten worden gemaakt en sneller kan worden gereageerd. Voorts zij nog eens gewezen op de in hoofdstuk 4 gedane aanbevelingen inzake betere samenwerking, informatie-uitwisseling e.d tussen de handhavingspartners, meer scholing, in het bijzonder ten aanzien van handhavingsdeskundigheden als het opstellen van p.v.'s en toezichtsrapporten, automatisering e.t.q.

6.5.3 WIJZIGINGEN IN HET SYSTEEM VAN RECHTSBESCHERMING

Wijzigingen in de bezwaarschriftprocedure?

Een versnelling van handhavingsprocedures zou kunnen worden verkregen door de bezwaarschriftprocedure te schrappen voor handhavingsbesluiten. Daarvoor wordt in de praktijk wel gepleit omdat, zeker bij handhaving, de argumenten toch al gewisseld zouden zijn in de primaire fase en de bezwaarschriftprocedure dus niets zou toevoegen.¹⁴ Met een dergelijke ingreep moet de wetgever echter voorzichtig zijn. Het genoemde argument geldt, voor zover het al geldt, ongetwijfeld niet alleen voor procedures tegen handhavingsbesluiten. De Awb is er juist voor om eenheid te brengen; die eenheid moet niet zonder zeer grondige reden worden verbroken. Voorts is het ook bij de handhaving niet zo dat de bezwaarschriftprocedure nooit iets zou kunnen opleveren. Ten eerste moet het orgaan heroverwegen; het kan als gevolg van die heroverweging een ander standpunt innemen. Ten tweede kan de indiener van het bezwaar na behandeling daarvan zijn bezwaarschrift intrekken of, na een goed gemotiveerde beslissing op bezwaar, niet in beroep gaan (terwijl hij dat anders wel zou hebben gedaan). Ten derde kan tijdens de bezwaarfase om een voorlopige voorziening worden gevraagd; dit leidt er niet zelden toe dat de rechter in dat stadium een uitspraak doet die een bodemprocedure voorkomt. Ten vierde worden doorgaans de contouren van het geschil door de extra bestuurlijke ronde scherper. Kortom: er zijn redenen genoeg om voorzichtig te zijn met het schrappen van de bezwaarschriftprocedure. Anderzijds is het onmiskenbaar zo dat in sommige gevallen (bij de handhaving wellicht vaker dan elders) deze procedure weinig zin heeft. Een oplossing voor dit probleem zou kunnen zijn de bezwaarschriftprocedure in die zin facultatief te maken dat zij met goedvinden van alle betrokken partijen kan worden overgeslagen. Naar aanleiding van de Awb-evaluatie heeft het kabinet het standpunt ingenomen¹⁵ dat deze mogelijkheid van prorogatie, onder andere bepleit door de Nederlandse Orde van Advocaten, zeker niet op voorhand moet worden afgewezen, maar wel nadere bestudering behoeft. Aan de Commissie Scheltema zal advies worden gevraagd. Overigens zal deze mogelijkheid praktisch vooral van belang zijn in twee-partijen-geschillen. Bovendien is het de vraag of overtreders vaak akkoord zullen gaan met het overslaan van een fase in de rechtsbescherming. Een interessante mogelijkheid, die eveneens uit de evaluatie

14 Zie de reeds genoemde studie van Schueler e.a., p. 78.

15 Althans blijktens het bij afsluiten van de tekst van dit boek door het kabinet formeel te accorderen concept-standpunt.

naar voren kwam, is de 'schorsingsrechter' de bevoegdheid te geven met instemming van partijen te bepalen dat de bezwaarschriftprocedure niet hoeft te worden afgemaakt. Ook hier valt echter niet te verwachten dat de overtreder vaak geneigd zal zijn toestemming te geven.

Van meer praktisch belang voor de handhaving is het voornemen van het kabinet de voorbereidingsprocedures op grond van de afdelingen 3.4 en 3.5 Awb ineen te schuiven.¹⁶ Tegen een met toepassing van die nieuwe afdeling voorbereid (sanctie)besluit staat niet eerst bezwaar open, maar meteen beroep. Praktisch gesproken zou dit er (volgens het kabinet) op neerkomen, dat ook tegen besluiten die thans met toepassing van afdeling 3.4 worden voorbereid, straks geen bezwaar meer openstaat. Organen die de bezwaarfase bij handhaving willen overslaan, kunnen dan kiezen voor voorbereiding van sanctiebesluiten met toepassing van wat nu nog afdeling 3.4 is, om daarmee hetzelfde effect te bereiken als waarvoor thans de zwaardere voorbereidingsprocedure van afdeling 3.5 nodig is.

Een of twee rechterlijke instanties?

In een aantal gevallen staat nu, ondanks het in de wetsgeschiedenis van de Awb door de wetgever beleden uitgangspunt van ten minste twee instanties, beroep in slechts één instantie open. Dat is bijvoorbeeld het geval in het milieurecht. Bij handhavingsbesluiten zal het vergroten van het aantal instanties waarschijnlijk niet tot verkorting van de totale procedure leiden.¹⁷ Bij reparatoire sancties valt vergroting van het aantal instanties dan ook niet aan te bevelen. Bij punitieve sancties, in elk geval de wat zwaardere, zijn twee instanties nodig in verband met art. 14 lid 5 IVBPR.¹⁸ Voor de rechtsbescherming inzake boeten op grond van de Mededingingswet is daarom de rechtbank (Rotterdam) onder het CBB geschoven. Iets dergelijks zal ook bij boeten op grond van de nieuwe Warenwet geschieden. Voor (hoge) boeten op grond van de Wet milieubeheer zou de Afdeling bestuursrechtspraak hoger-beroepsrechter moeten worden.

Inkorten dan wel opnemen van wettelijke termijnen?

Uiteraard zou de handhaving enigszins kunnen worden versneld door het inkorten van de bezwaar- en beroepstermijn. Veel zou daarmee niet worden gewonnen: voor een redelijke voorbereiding van de kant van de belanghebbende zal toch minstens enige weken moeten worden gegund. Voor het afwijken van de Awb op het punt dat zo ongeveer het symbool van harmonisatie is geworden, ziet de commissie dan ook geen reden. De commissie ziet evenmin heil in het bekorten van de beslistermijn voor bestuursorganen. Die termijn is op enkele gebieden trouwens al vrij kort (in

16 Ook hier moet het voorbehoud worden gemaakt, dat het om een bij afsluiten van de tekst van dit boek formeel nog te accorderen concept-standpunt gaat.

17 Alleen bij massale sanctionering zou beroep in één instantie het rechterlijke kanaal snel doen dichtslibben.

18 Dit artikel eist twee instanties voor bestraffing van 'crimes'; onzeker is of onder die bestraffing bijvoorbeeld alle bestuurlijke boeten moeten worden verstaan of alleen boeten vanaf een bepaald bedrag en welk bedrag dat dan zou moeten zijn.

art. 18.16 Wm bijvoorbeeld vier weken), maar wordt hoe dan ook nu al zeer vaak niet gehaald. Het is dan niet erg zinvol die situatie te verergeren door de norm aan te scherpen.

Denkbaar is het binden van de rechter aan een termijn waarbinnen hij uitspraak moet doen; ook bestuursorganen zijn immers aan beslistermijnen gebonden. In sommige wetten is al zo'n termijn opgenomen. Het kabinet meent dat, gelet op het internationaalrechtelijke vereiste van berechting binnen een redelijke termijn, een algemene regeling ter zake in hoofdstuk 8 Awb moet worden opgenomen.¹⁹ De commissie ziet daarom geen aanleiding op dit punt concrete aanbevelingen te doen.

Versterken van de rechtspositie van derden

Derden – soms alleen belanghebbenden, soms een ieder – kunnen vragen om oplegging van sancties. Zij kunnen opkomen tegen de weigering een sanctie op te leggen en tegen gedoogbesluiten. Wanneer het orgaan evenwel een sanctie oplegt, maar vervolgens niet ten uitvoer legt, staan derden met betrekkelijk lege handen. De weigering bestuursdwang feitelijk uit te voeren, wordt, tenzij daarmee impliciet van intrekking van het bestuursdwangbesluit sprake is, niet als besluit gezien of daarmee ex art. 6:2 Awb gelijkgesteld. De weigering verbeurde dwangsommen in te vorderen, wordt zelfs nimmer appellabel geacht. In beide gevallen kan de derde zich in theorie wenden tot de burgerlijke rechter, maar die zal dit type stilzitten van de overheid niet snel zien als een onrechtmatige daad jegens die derde. Eerder al had het kabinet de Commissie Scheltema gevraagd een algemene regeling te ontwerpen voor de invordering van geldschulden door de overheid. Naar het zich laat aanzien zal die regeling echter geen verbetering brengen in de rechtspositie van de derde. Het verdient aanbeveling dat het kabinet over die positie hetzij een duidelijk standpunt inneemt, hetzij een advies vraagt. Versterking van de rechtspositie van de derde in handhavingszaken kan ook de handhaving versterken.

6.6 Conclusies

Rechtsbescherming en handhaving zijn communicerende vaten in die zin dat als de rechtsbescherming beter wordt, in veel gevallen ook de handhaving (in zekere mate) aan kwaliteit wint. Afgezien van de internationaalrechtelijke verplichtingen die dwingen tot een kwalitatief hoogwaardige rechtsbescherming, is er dus ook geen inhoudelijke reden om het met minder te willen doen. Wel heeft het hele rechtsbeschermingsproces soms een vertragend effect op de handhaving. Dit is ten dele onvermijdelijk. Een (soms groot) deel van de vertragingen wordt evenwel veroorzaakt door het bestuur; dat kan dit negatieve effect van het gebruik van rechtsbescherming dus ook gedeeltelijk zelf wegnemen.

Onduidelijk is welke invloed de verzekeraars precies uitoefenen. Van een

19 Zie het (concept-)standpunt over de Awb-evaluatie.

negatieve invloed op de handhaving kan niet op voorhand worden gesproken.

De commissie meent dat de rechtsbescherming tegen handhavingsbesluiten niet ingrijpend zou moeten worden gewijzigd. Wel zijn enkele beperkte wijzigingen en aanvullingen wenselijk: meer uitzonderingen dan thans het geval is op de verplichte bezwaarschriftprocedure, bij punitieve sancties beroep in twee instanties, een uitspraaktermijn voor de rechter en versterking van de rechtspositie van derden.

7 De preventieve rechterlijke toets

7.1 Inleiding

Het derde onderdeel van de aan de commissie gestelde taak houdt in: "studie te doen naar de vraag of de invoering van een preventieve rechterlijke toets een bijdrage levert aan een betere hantering van de instrumenten van bestuursdwang en dwangsom, en zo ja hoe zo'n toets is in te passen in het stelsel van bestuursrechtelijke handhaving en rechtsbescherming." Alvorens in te gaan op de vraag naar de wenselijkheid van een preventieve rechterlijke toets, wordt eerst een omschrijving gegeven van wat een dergelijke toets zou (kunnen) inhouden en wat de verschillen met de reeds bestaande mogelijkheid tot schorsing zijn.

Thans is het zo dat wanneer een bestuursorgaan een bestuursdwang- of dwangsbesluit neemt, tegen een dergelijk besluit door belanghebbenden eerst bezwaar kan worden gemaakt en de beslissing op bezwaar vervolgens aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. Reeds tijdens de bezwaarfase echter kan, gelijktijdig met of na het maken van bezwaar, door de bezwaarmaker een voorlopige voorziening worden gevraagd. Ook dan evenwel wordt het besluit pas achteraf door de rechter beoordeeld. Bij de beslissing op een verzoek om schorsing of een andere voorlopige voorziening gaat het om een voorlopig oordeel. Het maken van bezwaar en het verzoeken om schorsing hebben doorgaans¹ geen schorsende werking, zodat zelfs lopende een schorsingsprocedure het besluit niet alleen geldig is, maar ook kan worden geëffectueerd. Dat dit in de praktijk meestal niet gebeurt, doet aan de mogelijkheid ervan niet af. Kortom: het oordeel is voorlopig en wordt gegeven nadat het besluit in werking is getreden. Van een echt preventieve toets is daarbij dus nog geen sprake.² De voorziening kan alleen worden gevraagd door degene die bezwaar maakt (of verderop in de procedure: degene die beroep instelt); het bestuursorgaan zelf kan geen voorlopig oordeel aan de rechter vragen.

Denkbaar is dat de wetgever een voorziening zou treffen waardoor een orgaan wel een rechterlijk oordeel zou kunnen verkrijgen voordat het besluit in werking treedt. Het orgaan neemt dan dus wel al het besluit en maakt het bekend op de door de wet voorgeschreven wijze. Het besluit treedt evenwel nog niet in werking *indien het orgaan dit uitdrukkelijk bepaalt* in verband met het vragen van een

1 In het milieurecht was het tot 1 januari 1998 zo dat het (sanctie)besluit, behoudens terstond-van-kracht-verklaring, niet in werking trad tijdens de bezwaartermijn. De Huisvestingswet kent een afwijkende regeling voor het in werking treden van besluiten tot woonruimtevoorziening.

2 Anders dan de Commissie Korthals Altes in § 8.1.2 van haar rapport opmerkt. Het 'preventieve' van de schorsingsuitspraak is gelegen in de omstandigheid dat in de praktijk meestal met *effectuering* van een sanctiebesluit wordt gewacht totdat de rechter zijn voorlopig oordeel heeft gegeven.

preventieve toets. Dit zou de wet dan mogelijk moeten maken. Vervolgens legt het orgaan het besluit voor aan de rechter. Nadat die een toetsing heeft verricht, geeft hij een oordeel; als dat oordeel inhoudt dat het besluit rechtmatig is, treedt het besluit in werking en kan het ten uitvoer worden gelegd. Luidt het oordeel 'onrechtmatig', dan treedt het besluit niet in werking.

De aard van de rechterlijke toetsing zou dezelfde zijn als de toetsing die thans achteraf wordt verricht door de bestuursrechter, waarbij, afhankelijk van de te kiezen variant (zie § 7.3) sprake is van een toetsing zoals die in de voorlopige-voorzienings-procedure dan wel in de bodemprocedure wordt verricht.³ In de eerste procedure wordt ingevolge art. 8:81 Awb door de rechter een belangenafweging verricht waarbinnen zijn voorlopige rechtmatigheidsoordeel vaak wel een belangrijke, maar op zichzelf niet allesbepalende rol speelt. In het bodemgeschil stelt de rechter (behoudens eventueel hoger beroep) de rechtmatigheid van het besluit vast.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt, dat het preventieve rechterlijke oordeel uitsluitend het besluit zelf betreft (evenals de schorsing en vernietiging achteraf) en niet de effectuering van het besluit. Zo zou de rechterlijke preventieve 'goedkeuring' van een dwangsombesluit niet leiden tot de plicht voor het orgaan om verbeurde dwangsommen ook daadwerkelijk te innen.

7.2 Voor welk probleem zou een preventieve toets een oplossing kunnen bieden?

Bij de beantwoording van de vraag of een preventieve toets in enigerlei vorm moet worden ingevoerd, is van groot belang waarom een dergelijke toets nuttig zou kunnen zijn, anders gezegd voor welk probleem de toets een oplossing zou kunnen bieden. De Commissie Korthals Altes ging er op basis van enkele onderzoeken van uit dat bestuursorganen regelmatig niet tot het nemen van bestuursdwang- en dwangsombesluiten zouden overgaan, omdat ze vreesden achteraf met een schorsing of vernietiging door de rechter te worden geconfronteerd, met mogelijke schadeclaims ten gevolge daarvan. Deze vrees zou het handhavingstekort vergroten. Er werd van uitgegaan dat er een flink handhavingstekort is en dat bedoelde vrees een factor van gewicht bij het veroorzaken van dat tekort zou zijn. In de door de commissie uitgezette en reeds eerder verrichte onderzoeken is echter gebleken dat er slechts op sommige beleidsterreinen sprake is van een groot handhavingstekort, op andere in veel mindere mate. Op terreinen waarop van een betekenisvol tekort kan worden gesproken, is het bovendien niet altijd alleen het bestuur dat tot handhaving bevoegd is. Verder geldt dat de oorzaken van de onderscheiden handhavingstekorten zeer divers zijn. De mogelijk enigszins terughoudende toepassing van de bestuursdwang- en dwangsombevoegdheid uit vrees voor rechterlijk ingrijpen achteraf kan dus hooguit

3 In 'Het recht ten uitvoer gelegd' wordt (op p. 92) gemakshalve gesproken van een vergelijkbare toetsing als die thans achteraf plaatsvindt. In het midden wordt gelaten waarmee nu precies wordt vergeleken.

gelden als een van de oorzaken. Het gewicht van deze factor is waarschijnlijk beperkt.

Waar het bijvoorbeeld gaat om de handhaving van het milieurecht lijken bestuursorganen niet zozeer geremd door een mogelijke rechterlijke schorsing of vernietiging, maar kan dit in theorie altijd dreigende perspectief wel aanzetten tot een extra zorgvuldige (en eventueel lange) voorbereiding van het besluit. Wie echter na alle voorwaarschuwingen en gesprekken uiteindelijk een sanctiebesluit neemt, schrikt niet zo snel terug voor een procedure bij de bestuursrechter. De aanvankelijk bestaande angst voor het gebruik van het dwangsinstrument lijkt op genoemd terrein (het milieurecht, waar dit instrument het langst bestaat) te zijn verdwenen.⁴

Het in absolute aantallen gemeten geringe gebruik van de sanctiebevoegdheden, niet alleen in het milieurecht, maar bijvoorbeeld ook in het ruimtelijk bestuursrecht, heeft veelal belangrijker andere oorzaken waarvan er één is, dat het meestal niet zover hoeft te komen om de overtreding te doen beëindigen. Hooguit kan dus maar een gering deel van het handhavingstekort met een preventieve toets worden bestreden. Bij de ambtenaren bestaat er inmiddels, blijkens de verrichte onderzoeken, in het algemeen gesproken weinig belangstelling voor een preventieve toets. Waar die belangstelling wel bestaat, is er geen sprake van een afgewogen oordeel.

In de onderzoeken Horeca (de meeste respondenten zijn gematigd voorstander) en Waterschapskeuren (40% van de ondervraagden 'ziet er wel iets in') krijgt het idee van de preventieve toets een zekere steun; er worden echter zodanige voorwaarden aan verbonden dat de uitvoerbaarheid ernstig in twijfel kan worden getrokken. In de onderzoeken EU-subsidies, Afvalstoffen en Kamperen wordt de preventieve toets duidelijk afgewezen. De andere onderzoeken bieden op dit punt geen relevante gegevens (bijvoorbeeld omdat de handhaving strafrechtelijk van aard is of omdat er om andere redenen nauwelijks sprake is van bestuursrechtelijke handhaving).

Bij bestuurders lijkt er gezien hun kritiek op de vele rechtsbescherming, meer animo te bestaan voor onorthodoxe middelen om de rechtsbescherming in te dammen. De uitingen van diverse bestuurders op dit punt zijn grotendeels voor kritiek vatbaar,⁵ maar vormen reeds op zichzelf een aanleiding om de preventieve toets toch onder de loep te nemen. Er lijkt bij hen, en ook wel bij sommige andere geïnterviewden, behoefte te bestaan aan de mogelijkheid om op welke wijze dan ook de rechter om een oordeel vooraf te vragen.⁶

De vraag was voor welk probleem de toets een oplossing zou kunnen bieden. Thans wacht men in de praktijk vaak op het verstrijken van de bezwaartermijn.

4 Zie A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997, p. 285.

5 Zie de genuanceerde beschouwingen van N. Verheij, *Rechtsbescherming in Nederland; teveel van het goede?*, Justitiële Verkenningen 1997, nr. 5, p. 13-27.

6 Zie bijvoorbeeld het onderzoek EU-subsidies. Overigens kan de behoefte aan 'zekerheid' tot op zekere hoogte worden verkregen door het voeren van proefprocessen.

Is geen bezwaar ingediend, dan is het besluit onherroepelijk. Is wel bezwaar ingediend, maar geen schorsing gevraagd, dan loopt het orgaan niet al te veel risico; een eventueel later gevraagde en verkregen schorsing of vernietiging zal in de sfeer van de aansprakelijkheid vaak tot eigen schuld aan de kant van de gelaedeerde leiden en op zijn minst tot een flinke beperking van de overheidsaansprakelijkheid. Moeilijker ligt het wanneer bezwaar is ingediend en om schorsing is gevraagd. Van belang daarbij is de opstelling van de verzekeraars (zie hoofdstuk 6). Zij eisen immers dat met tenuitvoerlegging van bestuursdwang en dwangsom wordt gewacht totdat de bezwaartermijn is verstreken en wanneer schorsing is gevraagd totdat op het verzoek is beslist. Het wachten op het de facto preventieve oordeel van de voorzitter wordt in de praktijk evenwel niet als een grote belemmering ervaren.

Het voorgaande leidt tot de voorlopige conclusie dat de preventieve toets naar alle waarschijnlijkheid geen grote bijdrage aan de handhaving zal kunnen leveren. Maar ook kleine beetjes kunnen helpen. Bovendien is het van belang dat wanneer bestuurders (en niet de minste) menen – al dan niet terecht – dat de rechtsbeschermingsprocedures zouden moeten worden ingekort, ook dat een reden kan zijn om te bezien of de preventieve toets in dat opzicht een nuttige rol zou kunnen spelen. Daarom heeft de commissie onderzocht of er, niettegenstaande het voorafgaande, reden is toch voor zo'n toets te pleiten.

7.3 Verschillende procesrechtelijke varianten onderzocht en gewogen

Ter nadere uitwerking van het concept van de preventieve rechterlijke toets moet worden ingegaan op de verschillende procesrechtelijke varianten waarin een dergelijke toets een plaats zou kunnen krijgen. Bij de diverse varianten worden aansluitend enkele evaluerende opmerkingen gemaakt.⁷

Ten eerste moet worden gekozen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Wanneer de toets door de burgerlijke rechter zou worden verricht, zoals voorgesteld door de Commissie Korthals Altes, zou het voor de hand liggen dat de president van de rechtbank bevoegd is, met hoger beroep op het hof en cassatie bij de Hoge Raad.⁸ Dit zou als voordeel hebben dat de procedure kan worden ingepast in het vigerende burgerlijk procesrecht in de vorm van een verzoekschriftprocedure. Een nadeel is dat de burgerlijke rechter aan de hand van publiekrechtelijke maatstaven een oordeel moet vellen over een (publiekrechtelijke) aangelegenheid waarin hij normaliter niet competent is. Op de geldende competentieverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter zou een onlogische inbreuk worden gemaakt.

7 Daarbij, maar ook in de rest van dit hoofdstuk, is dankbaar gebruik gemaakt van de kritische opmerkingen die reeds in het kabinetsstandpunt In juiste verhouding (TK 1995-1996, 24 802, nrs. 1-2) in § 16 over het voorstel inzake een preventieve toets, gedaan in 'Het recht ten uitvoer gelegd', zijn gemaakt.

8 Over cassatie zegt de Commissie Korthals Altes niets, maar er zou ons inziens geen goed argument zijn aan te voeren om cassatie uit te sluiten. De door de Commissie Korthals Altes ten voorbeeld gestelde exequaturprocedure kent ook de mogelijkheid van cassatie (art. 990 Rv).

De bestuursrechter is inhoudelijk zonder meer aangewezen in dit soort kwesties; hij is, doordat hij sinds 1976 (Wet Arob) de bevoegde rechter is geweest ook de meest terzake deskundige rechter. Voorts kent de eenvoudige verzoekschriftprocedure niet de vele procesrechtelijke waarborgen die het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Awb kent. Met name de derde belanghebbende zal ernstig in zijn rechtsbeschermingsmogelijkheden worden beperkt.

De tweede keuzemogelijkheid betreft een preventieve toets door de bestuursrechter. De bevoegde rechter zou dan zijn ofwel de president van de rechtbank met hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak, ofwel de Afdeling zelf, in eerste en enige aanleg in die gevallen waarin zij dat ook thans is bij de toetsing achteraf. Die keuze heeft evenwel als nadeel dat het bestuursprocesrecht, dat is toegesneden op acties van burgers tegen besluiten van bestuursorganen, dan alleen voor een tweetal typen sanctiebesluiten (bestuursdwang en dwangsom) een ingrijpende aanpassing behoeft.

Denkbaar is ook nog een mix waarbij enerzijds wel een preventieve toets aan de burgerlijke rechter kan worden gevraagd, maar dit de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter onverlet laat. Het grote bezwaar daartegen is dat het preventieve oordeel dan weinig zekerheid brengt, terwijl het om het krijgen van zo groot mogelijke zekerheid vooraf nu juist te doen is. Die geringe zekerheid wordt niet alleen veroorzaakt doordat de bestuursrechter een andere benadering kan hebben dan zijn civielrechtelijke collega, maar ook door hetgeen in beroep door derden naar voren kan worden gebracht. De door het instellen van beroep aanwezige inbreng van derden is in de preventieve-toets-procedure allerm minst in dezelfde mate verzekerd. In het gemengde systeem lijkt het preventieve oordeel van de burgerlijke rechter eigenlijk alleen doorslaggevend te zijn (behoudens hoger beroep) wanneer dit oordeel negatief is, maar zelfs dat is niet het geval. Een derde zou tegen de (verplichte) weigering een sanctie op te leggen bij de bestuursrechter kunnen opkomen die vervolgens het vonnis van zijn civielrechtelijke collega zou kunnen aantasten. Al met al valt dit systeem dus niet aan te bevelen.

Om te voorkomen dat dit gemengde systeem feitelijk ontstaat, zouden voor gevallen waarin het orgaan een preventieve toets vraagt en verkrijgt, de mogelijkheden van het verzoeken om voorlopige voorziening en zelfs het instellen van beroep wettelijk moeten worden uitgesloten. Uit een oogpunt van rechtsbescherming heeft dit als nadeel dat de overtreder civielrechtelijk moet procederen met, in elk geval in hoger beroep, aanzienlijke kosten in verband met verplichte procureurstelling e.d.⁹ Voor het orgaan is van belang dat door de mogelijkheid van een andere uitspraak in hoger beroep of cassatie het geen volledige zekerheid verkrijgt, doch slechts minder onzekerheid. Om een gemengd systeem van bevoegdheid te voorkomen zou, behalve de reeds genoemde uitsluiting van schorsing door en beroep op de bestuursrechter, ook moeten worden uitgesloten dat als een derde bij de bestuursrechter opkomt

9 De exequaturprocedure van art. 985 e.v. Rv waarnaar de Commissie Korthals Altes verwijst kent zelfs al een verplichte procureurstelling voor de indiening van het verzoek in eerste aanleg.

tegen een weigering om een sanctiebesluit te nemen en de rechter deze weigering vernietigt, het orgaan vervolgens het te nemen sanctiebesluit voorwerp kan laten zijn van een preventieve toets door de burgerlijke rechter.

Het zal duidelijk zijn dat alle drie besproken systemen (preventieve toets door de burgerlijke rechter respectievelijk door de bestuursrechter en het gemengde systeem) grote bezwaren kennen uit een oogpunt van rechtsbescherming en eenheid van recht. Voor de derde die het niet eens is met een ter preventieve toetsing voorgelegd besluit, omdat deze het besluit niet ver genoeg vindt gaan, is onduidelijk hoe hij zijn belangen en zienswijzen kan inbrengen in de procedure.

Een volgend keuzemoment betreft het verplicht dan wel facultatief stellen van de toets. Een verplichting leidt zonder twijfel tot het inschakelen van de rechter ook waar dat niet nodig is en door bestuursorganen niet wordt gewenst. Bij een facultatieve toets rijst de vraag of het gebruik maken van de mogelijkheid de rechter vooraf in te schakelen moet worden genormeerd en door het orgaan gemotiveerd.

In 'Het recht ten uitvoer gelegd' wordt (op p. 92) gesuggereerd dat de eenvoud van de zaak of de spoedeisendheid een reden kan vormen voor de keuze voor hetzij de huidige procedure, hetzij die van de preventieve toets. Maar voor welke procedure zouden deze factoren in welke gevallen een reden vormen? Het meest waarschijnlijk is dat ze aanleiding zouden geven voor het volgen van de huidige procedure. Maar duidelijk ligt dit niet. Om te beginnen: wat zijn eenvoudige sanctiezaken? Daarover zal door het bestuur soms anders worden gedacht dan door de overtreder (die bezwaar en beroep aantekent), zodat de keuze voor de huidige procedure in die gevallen achteraf niet zo voor de hand liggend zal blijken als vooraf werd gemeend. De spoedeisendheid zal zelden zo groot zijn dat de inbreng van de rechter niet naar voren kan worden gehaald, zeker als die inbreng zo vlot kan worden gerealiseerd als op p. 91 van bedoeld rapport wordt verondersteld (eenvoudige en snelle procedure). Het is dus maar de vraag of organen handzame criteria zouden kunnen ontwikkelen aan de hand waarvan ze al dan niet gebruik zouden maken van de mogelijkheid een preventieve toets te vragen.

Voorts is het in het door de Commissie Korthals Altes voorgestelde systeem zo dat in het ene geval, waarin om de preventieve toets wordt verzocht, de burgerlijke rechter bevoegd is en in een volstrekt identiek ander geval (waarin de toets niet wordt gevraagd) de bestuursrechter. Dit kan niet bepaald als een heldere en logische taakverdeling worden gezien. Ook is het daardoor niet zo dat de burger verzekerd is van een rechterlijke toets vooraf¹⁰ omdat het orgaan immers die toets niet hoeft te vragen.

Wat ten slotte goed zou moeten worden geregeld, is wat er kan of moet gebeuren bij wijziging van omstandigheden ten gunste van de overtreder na het preventieve oordeel van de rechter. Kan hij dan wél alsnog in beroep komen? Dient

10 Het recht ten uitvoer gelegd, p. 91.

het orgaan spontaan een nieuw preventief oordeel te vragen? Maar wat als het die verplichting dan niet nakomt? En hoe zit het met na het preventieve rechterlijke oordeel partieel gewijzigde besluiten? De antwoorden liggen in die zin voor de hand dat er in elk geval opnieuw een rechter zou moeten kunnen worden geadieerd. Als dit echter de bestuursrechter is, hebben we alsnog een gemengd systeem met alle nadelen vandien.

7.4 Algemene bezwaren tegen een preventieve toets

Naast de vele haken en ogen die zitten aan de diverse procesrechtelijke varianten waarin de preventieve toets in beginsel zou kunnen figureren, zijn er ook enkele algemene bezwaren tegen de preventieve rechterlijke toets aan te voeren. Ten eerste neemt de rechter de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de handhaving over van het bestuursorgaan.¹¹ Of zoals het kabinet opmerkt: een preventieve-toets-procedure leidt "tot een wezenlijk andere verhouding tussen bestuur en rechter dan tot dusver in het bestuursrecht gebruikelijk is."¹² Ten tweede wordt een niet gerechtvaardigde uitzonderingspositie geschapen voor twee typen besluiten: bestuursdwang- en dwangsombesluiten. Zelfs binnen de handhaving ontstaat zo nog een onderscheid tussen bestuursdwang en dwangsom enerzijds en andere sanctiebesluiten (zoals intrekking en boete) anderzijds. Maar ook buiten de sfeer van de handhaving kunnen er ingrijpende beslissingen zijn (toekenning of weigering van subsidies en uitkeringen bijvoorbeeld) die vergaande gevolgen kunnen hebben. Waarom zou een preventieve toets daar dan niet moeten worden ingevoerd?

7.5 Onzekere factoren

Alvorens de slotconclusie te trekken, wijst de commissie nog op een aantal onzekere factoren en zich mogelijk voordoende ontwikkelingen.

Onduidelijk is wat de invloed van een preventieve toets op de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming zou zijn. Denkbaar is dat bestuursorganen een deel van het werk aan de rechter overlaten, maar even goed kan de kwaliteit van de besluiten toenemen omdat en voor zover men zeker weet dat die besluiten eerst langs de rechter kunnen of moeten.

Er ontstaat wellicht een grotere druk op de rechter. Die druk ontstaat zeker wanneer de preventieve toets verplicht zou zijn, maar ook bij een facultatieve toets kan dit het geval zijn. Bedacht moet worden dat thans in verreweg de meeste gevallen een overtreding wordt beëindigd alvorens de in het besluit opgenomen begunstigingstermijn is verstreken. In die gevallen wordt of niet geprocedeerd of wordt een ingezette procedure beëindigd. Naast een te verwachten grotere druk

11 Idem J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom (diss.)*, Deventer 1997, p. 73.

12 In juiste verhouding, p. 60.

op de rechter ontstaat voorts (door het vaker inschakelen van de rechter) een verdere juridisering.

NB: volgens het kabinet zou een mogelijke vergroting van de werklast van de rechter moeten worden onderzocht, maar dat zou eigenlijk pas na invoering van de preventieve toets kunnen gebeuren; het hele concept van de preventieve toets is bij eventuele gebruikers nu nog onbekend en onzeker is hoe ze ermee zouden omgaan.

Onzeker is wat de gemiddelde lengte van de verloffprocedure zou zijn, zowel absoluut als in vergelijking bijvoorbeeld met de kort-gedingprocedure (inclusief hoger beroep en cassatie) en de thans bestaande bestuursrechtelijke procedures. Volgens de Commissie Korthals Altes zou de verloffprocedure eenvoudig en snel (moeten) zijn, maar dat lijkt een illusie gezien de procesrechtelijke bevoegdheden die de rechter ook in zo'n procedure zou moeten hebben, de mogelijke wisseling van stukken, bewijsopdrachten e.d. alsmede de mogelijkheden van hoger beroep en cassatie.

Onzeker is of gemeentebesturen en andere bestuursorganen meer van hun handhavingsbevoegdheden gebruik zouden maken. Zoals in § 7.2 werd opgemerkt, lijken bestuursorganen het nemen van sanctiebesluiten of het juist afzien daarvan niet in betekenende mate te laten afhangen van een mogelijke schorsing of vernietiging.

7.6 Conclusie

In § 7.2 werd reeds de conclusie getrokken, dat de preventieve toets in elk geval geen *belangrijke* bijdrage aan de handhaving zou kunnen leveren. Vervolgens is geconstateerd, dat alle procesrechtelijke varianten van de toets grote bezwaren meebrengen. Tegenover een wellicht te bereiken kleine handhavingswinst in enkele gevallen staat de noodzaak van ingrijpende wettelijke voorzieningen die het stelsel van rechtsbescherming en de taakverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter op zijn kop zetten en de rechtsbescherming van de overtreder verminderen. Het idee van de preventieve toets is te eenzijdig vanuit het handhavingsbelang gedacht, alsmede te eenzijdig vanuit het bestuursorgaan en diens relatie tot de overtreder; de derde blijft buiten spel. Van een dergelijke eenzijdige benadering kan niets goeds komen. De commissie meent met de in het voorgaande gepresenteerde overvloed aan argumenten en bezwaren te hebben aangetoond, dat het niet verstandig is de mogelijkheid van een preventieve rechterlijke toets voor bestuursdwang- en dwangsbesluiten in te voeren.

8 De rol van het privaatrecht

8.1 Inleiding

Het instellingsbesluit behelst als taak van de commissie mede:

“studie te doen naar de rol die het privaatrecht kan spelen in aanvulling op de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handavingsinstrumenten van de overheid en de vraag of daartoe nadere wettelijke voorzieningen dienen te worden getroffen en zo ja of de wet restricties moet stellen aan het privaatrechtelijke overheids-optreden.”

Deze formulering doet in de eerste plaats de vraag rijzen hoe eng of ruim dit onderdeel van de taak moet worden opgevat.

De verschillende elementen van taakomschrijving zijn in dit opzicht niet eenduidig. Enerzijds is “de rol die het privaatrecht kan spelen” zeer ruim: daaronder zou op zichzelf ook kunnen worden begrepen het geval dat een werkneemster een haar op grond van haar geslacht gegeven ontslag in rechte aanvecht en aldus een bijdrage levert aan de handhaving van het beginsel van gelijke behandeling. Daarbij verdient evenwel reeds aanstonds opmerking dat in gevallen als deze handhaving niet het primaire doel is, maar eerder als een neveneffect van een om andere redenen ingestelde actie is te beschouwen.

Anderzijds lijkt uit het slot van dit onderdeel van de taakomschrijving te volgen dat het onderzoek gericht dient te zijn tot privaatrechtelijk *overheids*optreden, zodat het zojuist gegeven voorbeeld ook om die reden buiten de taakomschrijving valt. Dit strookt ook met het geheel van de taakomschrijving, waaruit kan worden opgemaakt dat in de eerste plaats moet worden onderzocht hoe de *overheid* met privaatrechtelijke instrumenten kan reageren op ongewenst gedrag. Dit neemt echter niet weg dat in dat kader ook aandacht kan worden besteed aan de vraag of de overheid kan of moet bevorderen dat ook individuele burgers en/of privaatrechtelijke organisaties een bijdrage leveren aan handhaving langs privaatrechtelijke weg van publiekrechtelijke normen.

Ook de formule “in aanvulling op de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handavingsinstrumenten van de overheid” is op zichzelf beschouwd veelomvattend. Daaronder zou ook kunnen vallen bijvoorbeeld dat een overheidslichaam zijn positie als grondeigenaar of contractspartij gebruikt om de naleving van zijn beleidsdoelen te verwezenlijken. Men kan denken aan het geval dat de Staat ter verwezenlijking van het anti-discriminatiebeleid in een met een derde gesloten overeenkomst de clause doet opnemen dat deze derde zich in zijn bedrijf strikt zal houden aan de Wet gelijke behandeling. Hierna zal dit instrument nog nader ter sprake komen; wel kan hier al worden opgemerkt, dat het vooral ertoe strekt in aanvulling op of door concretisering van elders gegeven publiekrechtelijke regels te bevorderen, dat in overeenstem-

ming met het overheidsbeleid wordt gehandeld.

De commissie heeft de taakomschrijving aldus begrepen dat in de eerste plaats bedoeld is haar oordeel te vernemen over mogelijke privaatrechtelijke instrumenten die door de overheid kunnen worden gehanteerd in gevallen waarin een publiekrechtelijke norm is geschonden of dreigt te worden geschonden. Daarom zal hierop het accent liggen en zal in de eerste plaats de vraag onder ogen worden gezien of de overheid, naast of in plaats van het hanteren van publiekrechtelijke (bestuursrechtelijke en strafrechtelijke) handhavinginstrumenten, op grond van onrechtmatige daad kan optreden in geval van (dreigende) schending van publiekrechtelijke normen.

De commissie heeft zich in dit verband afgevraagd of het vervolg van dit hoofdstuk ongeschreven zou kunnen blijven op grond van de, laatstelijk onder meer door Teunissen,¹ ondersteund door Tak,² verdedigde opvatting, dat de overheid voor de handhaving van publiekrecht geen gebruik zou mogen maken van privaatrechtelijke instrumenten.

De commissie stelt voorop dat een enigszins verantwoorde bespreking van het gedachtengoed van genoemde schrijvers het bestek van dit rapport verre zou overschrijden. Zij ziet daarvan dan ook af en meent dit, gelet op de huidige stand van wetgeving, rechtspraak en literatuur, ook te kunnen doen. Niet gezegd kan immers worden dat voormelde opvatting in de literatuur de heersende leer is en ook de rechtspraak staat, zoals blijkt uit onder meer de hieronder nog te vermelden arresten, op een ander standpunt. Te vermelden valt voorts de recente totstandkoming van art. 3:305b BW, waaruit eveneens een andere gedachtengang blijkt. Ten slotte kan nog worden opgemerkt, dat uit de taakopdracht aan de commissie blijkt, dat ook het kabinet van oordeel is dat privaatrechtelijke handhaving door de overheid niet principieel dient te worden afgewezen. Samenvattend kan worden gezegd, dat de rechtsontwikkeling een andere dan de door genoemde schrijvers bepleite richting is uitgegaan en wel in die zin dat de overheid ter behartiging van publiekrechtelijke belangen wel privaatrechtelijke instrumenten mag hanteren, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan.

Van de publiekrechtelijke normen die zich voor privaatrechtelijke handhaving lenen, hebben de (bestuursrechtelijke) normen op het gebied van het milieurecht (in ruime zin) wetenschappelijk de meeste aandacht getrokken. Ook in kwantitatieve zin treden zij in het privaatrecht op de voorgrond: te denken valt aan de vele bodemvervuilingszaken. Andere gebieden waarop privaatrechtelijke handhaving een soortgelijke rol kan spelen, zijn bijvoorbeeld ruimtelijke ordening (verbodsactie ter zake van bouwen zonder vergunning) en economische ordening (prijzenwetgeving, vestigingswetgeving).

Daarnaast bestaan publiekrechtelijke normen waarbij de privaatrechtelijke handhaving een ander aspect vertoont, omdat de wetgever deze normen van een speciaal aansprakelijkheidsregime heeft voorzien. In dit verband valt te denken

1 J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleet van de staat* (diss.), Zwolle 1996, p. 173-190.

2 A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag 1997, p. 411-432.

aan veiligheidsvoorschriften bijvoorbeeld ten aanzien van de arbeid, gevaarlijke stoffen en (weg)verkeer. Op deze gebieden bestaan specifieke aansprakelijkheidsbepalingen, die veelal tot ruimere aansprakelijkheid leiden dan die op grond van de algemene regeling met betrekking tot de onrechtmatige daad; dat wil zeggen dat men in meer gevallen dan uit de algemene regels betreffende onrechtmatige daad voortvloeit, gehouden is tot schadevergoeding.

In verband met deze aansprakelijkheidsbepalingen wordt nogal eens naar voren gebracht dat zij mede dienstbaar (moeten) zijn aan de handhaving van publiekrechtelijke normen. In dit verband verdient opmerking dat de vrees schadevergoeding te moeten betalen, niet in alle gevallen bijdraagt tot zorgvuldiger gedrag. Dit zal, naast andere factoren, zoals de kans op ontdekking, de bewijsbaarheid etc., vooral hiervan afhangen of aan het handelen een – bijvoorbeeld economische – afweging ('calculerende burger') ten grondslag ligt. Daarvan zal sprake zijn bij het in het verkeer brengen van een gebrekkig product, maar niet of veel minder bij beslissingen die, zoals in het verkeer, in fracties van seconden moeten worden genomen (vergelijk de discussie over het wetsvoorstel verkeersongevallen). Een tweede kanttekening is dat het vergoeden van schade weliswaar op zichzelf als handhavingsdoel kan worden aangemerkt, maar dat, afgezien van het geval van schadevergoeding in natura, aansprakelijkheidsregels als hier bedoeld voor wat betreft de naleving van de achterliggende publiekrechtelijke normen uitsluitend preventief werken en dan nog slechts voornamelijk als de overtreder zelf in zijn vermogen wordt getroffen. In zoverre hebben zij een algemene werking hebben en worden zij niet per geval gehanteerd. Ten slotte: veelal is het niet de overheid, maar een burger die schade lijdt door overtreding van deze normen en zich ter zake daarvan op de verzwaaarde aansprakelijkheid kan beroepen.

Bedreiging met en vordering van schadevergoeding kunnen derhalve slechts voor zover zij preventieve werking hebben een bijdrage leveren aan handhaving in de zin van bevordering van de naleving van de (publiekrechtelijke) normen, maar deze vorm van handhaving is hier niet het primaire doel. Dit is wèl het geval bij een vordering strekkende tot een bevel een ongeoorloofde toestand te beëindigen of een verbod in de toekomst onrechtmatig te handelen. Voor deze vordering is niet noodzakelijk dat al schade is geleden of dat onrechtmatig is gehandeld: een dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen is voldoende.

8.2 Privaatrechtelijke handhaving door de overheid

8.2.1 PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN BESTUURSRECHTELIJKE NORMEN

Voor de beantwoording van de vraag of de overheid mogelijkheden ter beschikking staan tot privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke normen door middel van een op (dreigende) onrechtmatige daad gebaseerde vordering – in de praktijk zal dit veelal een vordering in kort geding zijn – dient in de eerste plaats onder ogen te worden gezien of het belang dat de overheid heeft bij naleving van

publiekrechtelijke normen, behoort tot de door art. 6:162 BW (art. 1401 oud) beschermde belangen.

Nadat deze vraag aanvankelijk door de Hoge Raad ontkennend was beantwoord in het arrest Limmen/Houtkoop³, is deze beperking door de Hoge Raad ongedaan gemaakt – ook voor het geval het niet om een vordering tot schadevergoeding gaat – in de arresten Staat/Kabayel⁴ en Van Schaik/Nieuwveen.⁵ In de woorden van annotator Scheltema⁶ is aldus “een volwaardige vordering uit onrechtmatige daad in het bestuursrecht ontstaan”. Specifieke bepalingen die de overheid de bevoegdheid geven in bepaalde gevallen een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen, zijn dus niet nodig.

Dat een overheidslichaam ontvankelijk is in een op grond van onrechtmatige daad gebaseerde vordering tot handhaving van publiekrechtelijke normen, betekent intussen echter nog niet dat een dergelijke vordering ook in alle gevallen zal worden toegewezen. Rekening zal moeten worden gehouden met de beperkingen die voortvloeien uit de zogenaamde Windmill-leer van de Hoge Raad⁷, die zeer kort gezegd hierop neerkomt dat, indien de publiekrechtelijke regeling niet voorziet in privaatrechtelijke bevoegdheden of het gebruik van dergelijke bevoegdheden naar tekst of strekking toelaat, moet worden onderzocht of door het gebruik van die bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist, waarvoor van belang zijn de inhoud en de aard van de regeling, alsmede de wijze waarop de rechtsbescherming van de burgers in het publiekrecht en het privaatrecht is geregeld. Voor de vraag of van onaanvaardbare doorkruising sprake is, is mede van belang of langs de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt; voor een belangrijke illustratie daarvan kan worden verwezen naar het arrest Staat/Magnus⁸, waaruit valt af te leiden dat het kunnen opleggen van een bestuursrechtelijke last onder dwangsom de mogelijkheid van een in kort geding te vorderen bevel uitsluit.⁹

Uit het voorgaande volgt dat de wetgever het al dan niet openstaan van de privaatrechtelijke weg in twee richtingen kan beïnvloeden. In de eerste plaats kan in de publiekrechtelijke regeling de privaatrechtelijke weg met zoveel woorden worden opengesteld. Ten tweede kan de privaatrechtelijke weg worden afgesloten, hetzij door dit uitdrukkelijk te bepalen, hetzij door een publiekrechtelijk instrument beschikbaar te stellen (de bestuursrechtelijke dwangsom) waarmee een vergelijkbaar resultaat als met het privaatrechtelijke kort geding kan worden bereikt, hetgeen zal meebrengen dat hantering van het privaatrechtelijke instrument een onaanvaardbare

3 HR 9 november 1973, NJ 1974, 91 m.nt. WFP, AB 1974, 10 m.nt. St.

4 HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 m.nt. MS, AB 1994, 415 m.nt. G.A. van der Veen.

5 HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 719, AB 1995, 47.

6 In NJ 1995, 718.

7 Zie HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 m.nt. MS, AB 1990, 408 m.nt. G.P. Kleijn, Gemeentestem 6814, 9 m.nt. L.J.A. Damen.

8 HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717 m.nt. MS, AB 1994, 1 m.nt. G.A. van der Veen, M en R 1994, 1 m.nt. P.A. Kottenhagen-Edzes.

9 Wat dit laatste betreft evenzo het hierboven al genoemde arrest Van Schaik/Nieuwveen.

doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert.

Met betrekking tot de aan de commissie verstrekte opdracht is vooral de eerste mogelijkheid, het uitdrukkelijk openstellen van de privaatrechtelijke weg, van belang. De vraag of aldus de uit de rechtspraak van de Hoge Raad voortvloeiende beperking door de wetgever ter zijde moet worden gesteld, kan niet in zijn algemeenheid bevestigend worden beantwoord. Naar het oordeel van de commissie is het uit een oogpunt van rechtsbescherming niet aanvaardbaar dat voor een verbetering van de mogelijkheden van handhaving de in de publiekrechtelijke regeling gelegen waarborgen in alle gevallen kunnen worden ontgaan doordat de overheid een vrije keuze heeft een andere weg dan de publiekrechtelijke weg te volgen. Wil men toch met het oog op de handhaving ruimere bevoegdheden, dan zal door de wetgever *van geval tot geval* moeten worden nagegaan of in een publiekrechtelijke regeling de privaatrechtelijke weg moet worden opengesteld. De privaatrechtelijke weg behoort dan ten minste een rechtsbescherming te bieden die gelijkwaardig is aan die vervat in de publiekrechtelijke regeling, waarbij belangrijke gezichtspunten bijvoorbeeld zijn de mogelijkheid en de modaliteiten van rechterlijke tussenkomst en de mogelijkheden voor de burger daarmee vergelijkbare resultaten te bereiken.¹⁰

Bij dit uitgangspunt zullen het vooral andere aspecten zijn op grond waarvan de privaatrechtelijke weg te verkiezen is, bijvoorbeeld omdat hij sneller of goedkoper is.

Een en ander kwam met zoveel woorden aan de orde in het arrest Staat/Magnus. Met betrekking tot de kosten werd overwogen dat bij de vraag of een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt niet van dit aspect moet worden geabstraheerd, met name voor zover dit erin bestaat dat bij de toepassing van bestuursdwang de overheid de kosten voorshands zelf moet dragen en voor haar rekening moet nemen als zij onverhaalbaar blijken te zijn.

Ook de met de toepassing van het publiekrecht gemoeide tijd en inspanning moeten in de vergelijking worden betrokken. Ofschoon er na de brede invoering van de bestuursrechtelijke dwangsom in 1994 aanzienlijk minder gevallen over zijn gebleven, waarin de privaatrechtelijke weg van het kort geding sneller en goedkoper is, zijn ze er nog wel degelijk.¹¹ Ook lijkt nog een verschil te bestaan in het feit dat een kort geding ook bij een dreigende overtreding kan worden gehanteerd, terwijl de mogelijkheden van het (geheel) preventief opleggen van een dwangsom uiterst beperkt zijn.¹² Een ander belangrijk gezichtspunt op grond waarvan de voorkeur kan worden gegeven aan de privaatrechtelijke weg, is dat een civielrechtelijke beslissing ook

10 Zie voor een dergelijke vergelijking HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Antiekstudio Lelystad), rechtsoverweging 3.4.

11 Niet alle bestuursorganen beschikken over de dwangsombevoegdheid; anders dan de decentrale overheden beschikken ministers en zelfstandige bestuursorganen alleen over deze bevoegdheid wanneer hen in een bijzondere wet hetzij de bestuursdwangbevoegdheid is toegekend (art. 5:32 Awb), hetzij rechtstreeks de dwangsombevoegdheid.

12 Zie ABRvS 4 september 1997, AB 1997, 396 m.nt. FM.

in het buitenland uitvoerbaar kan zijn, op grond van het EEX of een ander rechtsvorderingsverdrag.

Afgezien van deze algemene aspecten lijkt het niet goed mogelijk abstracte criteria te formuleren op grond waarvan aan de ene of de andere weg de voorkeur moet worden gegeven. De vraag kan slechts worden beantwoord tegen de achtergrond van de publiekrechtelijke regeling waar het om gaat.

Aparte vermelding verdient nog dat de bevoegdheid van de overheid een privaatrechtelijke vordering in te stellen ter handhaving van publiekrechtelijke normen ook zou kunnen worden ontleend aan art. 3:305*b* BW, mits aan de daar gestelde vereisten is voldaan: het moet gaan om een vordering van een publiekrechtelijke rechtspersoon, welke vordering "strekt tot bescherming van de belangen van andere personen, voor zover hem" (dit is de publiekrechtelijke rechtspersoon) "de behartiging van deze belangen is toevertrouwd". Hier gaat het dus om een afgeleid belang, en niet (in de eerste plaats) om het eigen belang van de overheid bij naleving van de publiekrechtelijke norm.¹³

Naast handhaving in geval van (dreigende) overtreding heeft de overheid nog andere mogelijkheden, in een eerdere fase, ter beschikking door namelijk van haar positie als grondeigenaar gebruik te maken door bijvoorbeeld bij de uitgifte in erfpacht of bij een verkoopovereenkomst van grond regels te stellen omtrent het gebruik van de grond. Ook in andere gevallen behoort een overeenkomst met een burger tot de mogelijkheden, bijvoorbeeld in het kader van verlening van een vergunning. In de onderzoeksrapporten Kamperen en Waterschapskeuren is op deze mogelijkheden gewezen.

Een voorbeeld uit de rechtspraak is te vinden in het arrest Antiekstudio Lelystad.¹⁴ De gemeente had in de verkoopovereenkomst van grond beperkingen gesteld aan grondgebruik, dat volgens het vigerende bestemmingsplan op zichzelf geoorloofd was. De Hoge Raad verwijst in dit arrest uitdrukkelijk naar het hiervoor genoemde Windmill-arrest als maatstaf voor beantwoording van de vraag of het volgen van de privaatrechtelijke weg geoorloofd is. In gevallen van deze aard zal echter nog wel moeten worden getoetst of gebruikmaking van het privaatrechtelijke instrument niet een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling oplevert. In dit verband verdient vermelding dat de Hoge Raad uitdrukkelijk de (privaatrechtelijke) rechtsbescherming van de burger onder ogen heeft gezien, waarbij hij onder verwijzing naar het arrest Amsterdam/Ikon¹⁵ opmerkt dat de overheid bij hantering van de voorwaarden is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

-
- 13 Een voorbeeld uit het verleden (vóór de invoering van art. 305*b*) waarin een dergelijke vordering is ingesteld, maar is mislukt, is te vinden in HR 15 mei 1970, NJ 1970, 327.
- 14 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS, AB 1991, 659 m.nt. FHvdB, Gemeentestem 6930, 4 m.nt. L.J.A. Damen.
- 15 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, AB 1987, 273.

In bedoelde gevallen gaat het om instrumenten die rechtstreeks ertoe strekken dat de doeleinden van de overheid worden nageleefd; in die zin zijn zij voor het individuele geval tot op zekere hoogte vergelijkbaar met bij algemene regeling (wet in materiële zin) vastgestelde regels. Als hantering van dit instrument ertoe leidt dat de publiekrechtelijke beleidsdoelen van de overheid 'vrijwillig' worden nageleefd, hetgeen vaak het geval zal zijn, komt men aan handhaving in de hiervoor besproken zin niet meer toe.

8.2.2 PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN STRAFRECHTELIJKE NORMEN

De vraag of privaatrechtelijke handhaving van strafrechtelijke normen¹⁶ mogelijk is, zal in de praktijk vermoedelijk minder vaak rijzen dan wanneer het gaat om bestuursrechtelijke normen. Uitgesloten is het evenwel niet, waarbij het echter veelal niet om een rechtstreekse handhaving van strafrechtelijke normen zal gaan, maar eerder om het verkrijgen van een bevel of verbod naast of ter versterking van een strafrechtelijke sanctie. Te denken valt in dit verband aan een vordering in kort geding tot het opleggen van een straatverbod (bijvoorbeeld naast een strafrechtelijke veroordeling ter zake van bedreiging) of aan een vordering tot ontruiming van een kraakpand. In het onderzoek Horeca is gebleken dat er behoefte bestaat aan de mogelijkheid een privaatrechtelijk straat- of lokaalverbod op te leggen.

Vermelding verdient in dit verband het arrest HTM/Eysink Smeets¹⁷, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de op grond van art. 57 Besluit personenvervoer verschuldigde boete en administratiekosten wegens zwartrijden aan de vervoerder verschuldigd zijn en dat de vordering van de vervoerder, ook als zij als publiekrechtelijk moet worden gekwalificeerd, een 'schuldvordering' in de zin van art. (2 RO en) 112 Grondwet oplevert, zodat zij bij de gewone rechter – dat wil zeggen de burgerlijke rechter – kan worden geldend gemaakt. Hier is ongetwijfeld op creatieve wijze gebruik gemaakt van de privaatrechtelijke mogelijkheden, maar naar de mening van de commissie kunnen hieruit geen algemene conclusies worden getrokken: de bijzondere aard van het geval en van de betrokken regeling spelen daarvoor een te grote rol.

Bij het voorgaande passen intussen nog wel enkele kanttekeningen. In de eerste plaats rijst ten aanzien van het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten met het oog op handhaving van strafrechtelijke normen een soortgelijke vraag als bij het hanteren van de privaatrechtelijke weg ter handhaving van bestuursrechtelijke normen, namelijk of de strafrechtelijke en strafvorderlijke waarborgen, die besloten liggen in de beginselen van de art. 1 Sr. en 1 Sv. en in het EVRM, kunnen worden omzeild door van de privaatrechtelijke weg gebruik te maken. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan het nemo-tenetur-beginsel in vergelijking met de stelplicht

16 Met deze term doelt de commissie op in wettelijke regels vervatte normen op schending waarvan een straf is bedreigd.

17 HR 15 oktober 1993, NJ 1995, 721.

en bewijslast van een partij, in casu de gedaagde, in een civiele procedure.

Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak waarin dit probleem een rol speelde het arrest SKV/Buijs¹⁸, waarin onder meer is geoordeeld, kort samengevat, dat een door de Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalversector opgelegde sanctie niet ten doel heeft de binnen de kring van de bij de Stichting aangeslotenen geldende regels te handhaven, doch is gericht op naleving van publiekrechtelijke verbodsbepalingen en dat door SKV aan de aangesloten kalvermesters een sanctie is opgelegd ter zake van een economisch delict, weshalve art. 5 WED geen ruimte laat voor het opleggen van deze sanctie.

Een bevestigende beantwoording van voormelde vraag in algemene zin ligt hier nog minder voor de hand dan bij de bestuursrechtelijke normen: de rechtsbescherming heeft hier een nog pregnanter karakter. Ook hier zal dus slechts van geval tot geval door de wetgever kunnen worden beslist of gebruikmaking van de privaatrechtelijke weg mogelijk moet zijn. Dat het juist hier om een niet gemakkelijk te beantwoorden vraag gaat, wordt geïllustreerd door de discussie over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wegenverkeerswet inzake de bestuursrechtelijke inhouding van het rijbewijs.¹⁹

In de tweede plaats rijst ten aanzien van het ook door de commissie Korthals Altes gegeven voorbeeld van het in kort geding gegeven straatverbod de vraag of de privaatrechtelijke weg inderdaad wel effectiever is dan een voorwaardelijke veroordeling. Te bedenken valt dat een vordering van het OM in kort geding nog wel kan worden toegewezen, maar dat dan de moeilijkheden eigenlijk pas beginnen: er zal intensief moeten worden gecontroleerd, er kunnen zich bewijsproblemen voordoen en in geval van overtreding zal de dwangsom – door het OM – moeten worden ingevorderd, waarbij ook nog van belang is dat een veroordeling op straffe van een dwangsom niet effectief zal kunnen zijn jegens iemand die niet kan betalen.

Ten slotte moet in dit verband nog worden opgemerkt, dat een vordering in kort geding soms al te gemakkelijk wordt gezien als een oplossing voor alle kwalen, zonder dat voldoende is overwogen of niet andere en eenvoudiger middelen bestaan om het gewenste doel te bereiken. Zo lijkt het eenvoudiger dat de eigenaar van een museum iemand die een kunstwerk heeft vernield, de toegang tot het museum verbiedt, dan dat een zodanig verbod in kort geding wordt gegeven; de eerste weg is ten minste even effectief, terwijl ook toetsing door de rechter, maar dan op initiatief van de vernielers, tot de mogelijkheden blijft behoren.

Samenvattend meent de commissie dat de mogelijkheden om privaatrechtelijke middelen op strafrechtelijk terrein te hanteren uiterst beperkt zijn. Zij zal hierna bezien of er redenen zijn om in deze situatie verandering te brengen.

18 HR 28 februari 1997, AB 1997, 314 m.nt. ThGD.

19 TK 1995-1996, 24 112, nrs. 1-2; zie in het bijzonder voorts de Nota naar aanleiding van het Nader Verslag (TK 1996-1997, 24 112, nr. 9, p. 1-7).

8.2.3 ZIJN BIJZONDERE BEVOEGDHEDEN VOOR HET OM TEN BEHOEVE VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN PUBLIEKRECHTELIJKE NORMEN GEWENST?

Bij de vraag of aan het OM bijzondere bevoegdheden moeten worden toegekend voor de privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke normen, moet worden vooropgesteld, dat het hier om een andere positie gaat dan de gevallen waarin het OM in het openbaar belang uit de privaatrechtelijke wetgeving voortvloeiende bevoegdheden heeft, zoals bijvoorbeeld op het gebied van Boek 1 (toezicht op de Burgerlijke stand en bescherming van personae miserabiles) en Boek 2 BW (toezicht op rechtspersonen), alsmede op het gebied van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen.

Voorts kan worden gewezen op de al bestaande bevoegdheid van het Openbaar Ministerie in civiele zaken conclusie te nemen (art. 324 Rv). Anders dan in cassatie, waar in civiele zaken een conclusie van het OM verplicht is, wordt van deze mogelijkheid in feitelijke aanleg weinig gebruik gemaakt. De commissie beveelt het OM aan deze terughoudendheid te laten varen en ook in feitelijke aanleg in zaken die zich daarvoor lenen – wanneer daarin enig aspect van openbaar belang een rol speelt – een conclusie te nemen. Deze werkwijze zou eraan kunnen bijdragen dat de rechter op objectieve wijze wordt voorgelicht over het publieke belang en dat daardoor de privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke belangen wordt bevorderd ook in gevallen waarin de overheid geen partij is. Overigens veronderstelt dit wel dat het OM zijn kennis van het burgerlijk recht op peil houdt, waartoe bijzondere cursussen, bijvoorbeeld van de SSR, dienstig zouden kunnen zijn.

Het is de vraag of naast deze bestaande bevoegdheden voor de privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke regels ten behoeve van het OM bijzondere regels moeten gelden en wat deze regels eventueel zouden moeten inhouden.

In dit verband kan men in de eerste plaats denken aan de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie al dan niet in kort geding een zelfstandige bevoegdheid krijgt in rechte op te treden om reden van openbaar belang, ingeval een burger zelf een procedure achterwege laat. Dit ligt wellicht ten aanzien van strafrechtelijke normen het meest voor de hand, omdat dit het terrein is waarop het OM bij uitstek werkzaam is. De commissie tekent daarbij wel aan dat, zo deze mogelijkheid zou bestaan, daarvan toch een terughoudend gebruik zou moeten worden gemaakt: het is in de eerste plaats aan de belanghebbende om te beslissen of hij prijs stelt op handhaving van een norm door de overtreding waarvan hij wordt geschaad. Ook moet ervoor worden gewaakt dat niet ongewenste complicaties optreden, indien naast de Staat als civiele procespartij ook het OM zou kunnen optreden. Al met al is het de vraag of na het openstellen van deze mogelijkheid daarvan veel gebruik zou (kunnen) worden gemaakt naast het bestaande instrumentarium.

Daarnaast zou men zich kunnen voorstellen dat het Openbaar Ministerie in de interne organisatie van de overheid een functie vervult bij de voorbereiding en het voeren van privaatrechtelijke procedures, ook ter handhaving van bestuursrechtelijke normen. Dit zou kunnen leiden tot betere coördinatie van strafrechtelijk en privaatrechtelijk optreden, maar het is de vraag of het veel toevoegt

aan de bestaande situatie. Bovendien moet ook hier worden gewaakt voor complicaties, met name ten aanzien van de rol die de landsadvocaat speelt bij de voorbereiding van procedures voor de Staat.

8.2.4 AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS

De Commissie Korthals Altes heeft voorgesteld in bepaalde gevallen van overtreding van bestuursrechtelijke regels een persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen in te voeren. Daarbij moet het gaan om specifiek in de wet te regelen gevallen, waarbij drie criteria een rol spelen:²⁰

- er is een groot maatschappelijk belang in het geding en een concrete vorm van schade;
- er is sprake van misbruik althans maatschappelijk nadelig gedrag door rechtspersonen;
- er behoort een mogelijkheid te zijn tot individuele disculpatie van de bestuurder.

Deze benadering, waarin van geval tot geval door de wetgever wordt bezien of aansprakelijkheid van bestuurders op haar plaats is, lijkt op zichzelf aanvaardbaar, al zullen de voorgestelde criteria, die weinig scherp zijn geformuleerd, beslist nader onder ogen moeten worden gezien. De commissie acht het evenwel in theorie niet uitgesloten dat gevallen kunnen worden aangewezen waarin een aansprakelijkheid als hier bedoeld op haar plaats zou kunnen zijn.

In de huidige rechtspraak wordt aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen aangenomen, indien hen persoonlijk onrechtmatig handelen kan worden verweten ('indirecte doorbraak' van aansprakelijkheid); daarbij is evenwel geen sprake van omkering van bewijslast.

Ervan uitgaande dat de Commissie Korthals Altes haar voorstel heeft bedoeld voor sterk sprekende gevallen, meent de commissie echter dat aan dat voorstel weinig behoefte bestaat, nu juist in dat soort gevallen de 'indirecte doorbraak' veelal reeds tot aansprakelijkheid van bestuurders zal leiden. Om die reden heeft zij afgezien van een poging nader te onderzoeken in welke gevallen een wettelijke regeling in de trant als gesuggereerd door de Commissie Korthals Altes nuttig en wenselijk zou zijn.

8.3 Handhaving van publiekrechtelijke normen door private personen

Private personen – waaronder hier te verstaan zowel individuele natuurlijke personen als rechtspersonen (vergelijk wat dit laatste betreft art. 3:305a BW) – kunnen een rol spelen bij de privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke regels, doordat zij met het oog op hun eigen belangen (of de belangen die de rechtspersoon behartigt)

20 Het recht ten uitvoer gelegd, p. 98.

een publiekrechtelijke regel inroepen.²¹ Als de vordering slaagt, is daarmee ook gegeven dat de ingeroepen publiekrechtelijke regel wordt gehandhaafd. Hierbij moet wel voor ogen worden gehouden, dat een voldoende belang moet bestaan (art. 3:303 BW) en dat dit een eigen belang van de eiser moet zijn: de burger die zonder voldoende eigen belang bijvoorbeeld een bevel tot naleving van bepaalde verkeersregels vordert, wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Een en ander betekent dat handhaving van publiekrechtelijke regels hier niet het primaire doel kan zijn, maar hoogstens een neveneffect van het optreden van private (rechts)personen is. De overheid kan er dan ook niet van uitgaan dat handhaving van publiekrechtelijke regels wel aan de burgers kan worden overgelaten. Dit neemt niet weg dat de vraag kan rijzen of de overheid hier stimulerend moet optreden, zoals tot op zekere hoogte voor wat betreft rechtspersonen al is geschied in art. 3:305a BW. Men zou ook kunnen denken aan de situatie waarin de overheid bepaalde rechtspersonen, die zich ten doel stellen bepaalde algemene belangen te behartigen, financieel of anderszins steun biedt.

Aantekening verdient hierbij evenwel dat het probleem kan rijzen dat de belangen die door dergelijke rechtspersonen worden behartigd, weliswaar van algemene aard zullen zijn, maar toch moeten worden gekenschetst als *specifieke* algemene belangen, terwijl het bij de overheid gaat om de behartiging van het algemeen belang in de zin van de resultante van de afweging van alle in aanmerking komende deelbelangen. Anders gezegd: waar het gaat om de behartiging van het algemeen belang als resultante van verschillende in aanmerking komende deelbelangen, ligt er alleen een taak voor de overheid, omdat alleen zij een afweging van alle belangen kan maken. Rechtspersonen die zich de behartiging van een specifiek algemeen belang ten doel stellen, zullen een dergelijke afweging niet kunnen en ook niet willen maken. Als voorbeeld wijst de commissie op de situatie waarin een vereniging zich inzet voor een milieubelang, welk belang echter volgens de overheid in een concreet geval zal moeten wijken voor een ander (specifiek) algemeen belang, bijvoorbeeld dat van de werkgelegenheid.

Het voorgaande betekent intussen niet dat steun aan rechtspersonen als hier bedoeld ongewenst is. Het motief moet dan echter veeleer zijn dat burgers beter in staat worden gesteld hun belangen, die kunnen samenvallen met bepaalde algemene belangen (te denken valt aan een belang als natuurbescherming) te behartigen. Dat dan tevens, als neveneffect, die algemene belangen worden behartigd is een voordeel, maar kan niet als het eigenlijke doel van de steun worden aangemerkt.

De conclusie lijkt dan ook te moeten zijn dat privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke normen door private (rechts)personen als beleidsinstrument niet in de eerste plaats in aanmerking komt.

21 Zie voor een geval van strijd met een bestemmingsplan HR 15 mei 1992, NJ 1992, 510.

8.4 Wordt uitbreiding van de privaatrechtelijke handhaving in de praktijk gewenst?

In de tien deelrapporten komt ten aanzien van de behoefte aan uitbreiding van mogelijkheden tot privaatrechtelijke handhaving door de overheid het volgende naar voren.

De respondenten in de onderzoeken EU-subsidies, Afvalstoffen, Kamperen en Arbowet vinden een dergelijke uitbreiding ongewenst, althans onnodig; een zelfde standpunt wordt ingenomen door de onderzoekers van het onderzoek Leerplichtwet. In het onderzoek Waterschapskeuren wordt gewag gemaakt van handhaving door middel van voorwaarden in erfpachtovereenkomsten. De meeste waterschappen zijn daarvan evenwel geen voorstander. De rapporten van de onderzoeken Vliegtuiglawaai, Samenwerking gemeenten en Bouwvergunningen bevatten geen relevante gegevens ter zake van privaatrechtelijke handhaving door de overheid. In het onderzoek Horeca ten slotte is gebleken dat er een zekere behoefte bestaat aan de mogelijkheid een privaatrechtelijk straat- of lokaalverbod op te leggen; voor het overige wordt privaatrechtelijke handhaving niet gewenst.

Het beeld is duidelijk: er is in de praktijk niet gebleken van een substantiële behoefte aan uitbreiding van privaatrechtelijke handhaving door de overheid.

8.5 Conclusie

De conclusie van dit hoofdstuk is dat er geen plaats is voor het in algemene zin openstellen van een privaatrechtelijke weg ten einde publiekrechtelijk normen te handhaven; slechts van geval tot geval zal door de wetgever kunnen worden overwogen of hiertoe moet worden overgegaan. Daarbij heeft in ieder geval te gelden, dat een motief om deze weg te volgen niet hierin mag zijn gelegen, dat daarmee aan lichtere eisen ten aanzien van de rechtsbescherming behoefte te worden voldaan. Hetzelfde geldt voor wat betreft het hanteren van privaatrechtelijke bevoegdheden als grondeigenaar of bij het sluiten van overeenkomsten.

Bijzondere bevoegdheden voor het OM ten behoeve van privaatrechtelijke handhaving zijn niet nodig en zouden bovendien tot complicaties leiden. Door de overheid gefaciliteerde privaatrechtelijke handhaving door private rechtspersonen kan als beleidsinstrument slechts een zeer bescheiden rol spelen. Uit de onderzoeksrapporten blijkt dat in de praktijk ook nauwelijks behoefte bestaat aan privaatrechtelijke instrumenten voor de handhaving van publiekrechtelijke normen.

9 Handhaving jegens overheden

9.1 Inleiding

Uit verschillende ten behoeve van de commissie verrichte deelonderzoeken, met name het onderzoek Bouwvergunningen, maar ook de onderzoeken Afvalstoffen en Arboret, blijkt dat ook de overheid zelf nogal eens de wettelijke voorschriften niet naleeft; dan is handhaving nodig jegens overheden. Het gaat om een uiterst relevante problematiek omdat de overheid juist het goede voorbeeld zou moeten geven. Handhaving kan in het algemeen op verschillende manieren plaatsvinden, maar waar het gaat om handhaving jegens overheden is in de jurisprudentie van de Hoge Raad de strafrechtelijke weg voor een belangrijk deel afgesloten. Wellicht het meest spraakmakende arrest in dit verband is het Pikmeer-arrest.¹ Onder meer naar aanleiding van dit arrest heeft het kabinet een standpunt bepaald ('De strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidslichamen') waarin wordt ingegaan op de mogelijkheden van controle op en correctie van overheidshandelen in strijd met strafrechtelijke normen.² In het verlengde van dit standpunt heeft de minister van Justitie de commissie verzocht aandacht te besteden aan de bestuurlijke en bestuursrechtelijke controle op overheidshandelen en zo mogelijk voorstellen te doen ter verbetering van deze controle. Hierbij noemt de minister enkele aandachtspunten in de vorm van de volgende vragen:

- hoe verhoudt zich het toezicht door hogere bestuursorganen (bijvoorbeeld het Rijk) tot de decentralisatie van overheidstaken?
- welke problemen en mogelijkheden zijn er bij de handhaving jegens organen die ressorteren onder de centrale overheid?
- wat is de rol van inspecties zoals de Arbeidsinspecties en de Inspectie Milieuhygiëne (vergelijk het idee van een bestuurlijk Openbaar Ministerie)?
- beschikken de bestuurlijke controleorganen over voldoende onderzoeksbevoegdheden teneinde overtredingen van overheden aan het licht te kunnen brengen?

De commissie heeft haar taak aldus opgevat dat de beantwoording van deze vragen met name zou moeten strekken tot het vinden en beoordelen van alternatieven voor strafrechtelijke handhaving jegens overheden. Zij heeft evenwel gemeend ook een meer principieel standpunt over de wenselijkheid van de strafrechtelijke vervolging en bestraffing van overheden te moeten innemen.

Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Na een korte uiteenzetting van de relevante jurisprudentie wordt een aantal bezwaren tegen deze jurisprudentie naar

1 HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 m.nt. 'tH; AB 1996, 457 m.nt. ThGD.

2 TK 1996-1997, 25 294, nr. 2.

voren gebracht. Daarna wordt een samenvatting van het kabinetsstandpunt gegeven, gevolgd door een voorlopige standpuntbepaling van de commissie. In het vervolg van het hoofdstuk gaat de commissie uitvoeriger in op de door de minister gestelde vragen. Diverse (denkbare) mogelijkheden voor controle en correctie passeren de revue. Daarna worden de diverse modaliteiten van handhaving jegens overheden in onderling verband gezien. Hierbij maakt de commissie een onderscheid tussen de principiële vraag of er strafrechtelijke immuniteit voor overheidslichamen moet zijn en de vraag van opportuniteit of bij een ernstige verdenking van een overtreding³ of een gebleken overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen daarop in alle gevallen langs strafvorderlijke en strafrechtelijke weg moet (kunnen) worden gereageerd. Besloten wordt met een aantal conclusies.⁴

9.2 Wetsgeschiedenis en jurisprudentie

Artikel 51 Sr

Nederland kent sinds 1976 een algemene strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, neergelegd in het Wetboek van Strafrecht. Art. 51 Sr bepaalt dat indien een rechtspersoon een strafbaar feit begaat, rechtsvervolgning kan worden ingesteld en de in de wet voorziene straffen en maatregelen kunnen worden uitgesproken tegen die rechtspersoon, dan wel tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel tegen de (hiervoor) genoemden samen. Het artikel maakt geen onderscheid tussen rechtspersonen naar privaatrecht en naar publiekrecht. Wel valt uit de memorie van toelichting bij art. 51 Sr op te maken, dat vervolging van publiekrechtelijke lichamen voor door hen gepleegde feiten weinig opportuun werd geacht. Veelal zal er langs administratieve weg afdoende correctie mogelijk zijn.⁵

Jurisprudentie inzake decentrale overheden

Het gaat in de benadering van de Hoge Raad inzake de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen kort gezegd om twee criteria:

- * is de verdachte een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet?
- * is het tenlastegelegde feit gepleegd in de uitoefening van een aan het openbaar lichaam opgedragen overheidstaak?

Indien aan één van de bovengenoemde criteria niet wordt voldaan, zijn er (formeel) geen belemmeringen om overheidslichamen te vervolgen. In veel gevallen kan echter worden verdedigd dat wel aan beide criteria wordt voldaan.

3 De commissie hanteert de term 'overtreding' in bestuursrechtelijke (neutrale) zin, niet in de specifiek strafrechtelijke zin (waarin overtreding staat tegenover misdrijf).

4 Ten behoeve van de commissie is voor dit hoofdstuk een achtergrondstudie verricht door de vakgroep Staats- en bestuursrecht van de Rijksuniversiteit Leiden. Deze achtergrondstudie zal als afzonderlijk rapport verschijnen.

5 Aldus de memorie van toelichting bij art. 51 Sr., TK 1975-1976, 13 655, p. 21-22.

Met het Pikmeer-arrest heeft de Hoge Raad de strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen uitgebreid. In dit arrest heeft de Hoge Raad, overigens in het verlengde van eerdere jurisprudentie, beslist dat ook tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van een openbaar lichaam geen vervolging kan worden ingesteld, indien zij in die hoedanigheid ter uitvoering van een in de wet aan dat openbaar lichaam opgedragen bestuursstaak feitelijk leiding hebben gegeven.

Jurisprudentie inzake de Staat

De Staat neemt binnen de vervolgbaarheid van overheden een bijzondere positie in. In het Volkel-arrest⁶ verklaarde de Hoge Raad dat als uitgangspunt dient te gelden, dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot behartiging van het algemeen belang: 'Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken'. Voor handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen verantwoording verschuldigd aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij terzake van ambtsmisdriven strafrechtelijk worden vervolgd op voet van de artikelen 483 e.v. Sv. Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, aldus de Hoge Raad.

9.3 Kritiek op de criteria voor immuniteit

Het criterium 'openbaar lichaam'

Zoals hierboven weergegeven, stelt de Hoge Raad als voorwaarde voor strafrechtelijke immuniteit dat er in ieder geval sprake dient te zijn van een gedraging van een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet. Hoewel de Hoge Raad de lijn volgt van de wetgever, sluit dit criterium niet naadloos aan op de wetsgeschiedenis van art. 51 Sr.⁷ De keuze voor dit criterium lijkt enigszins willekeurig te zijn.⁸ De Grondwet maakt immers niet volstrekt duidelijk wat onder openbaar lichaam moet worden verstaan. Wel is duidelijk dat hoofdstuk 7 niet is bedoeld om aan de hand daarvan een strafrechtelijke immuniteit af te bakenen. De Grondwet biedt hier alleen een basis om tot instelling van openbare lichamen te komen. Men kan wel zeggen, dat een openbaar lichaam een breder of een smaller stuk van de overheidstaak vervult (en daarom volgens de Hoge Raad voor strafrechtelijke immuniteit in aanmerking komt), maar dit wil niet zeggen dat instellingen die om één of andere reden het karakter van openbaar lichaam (in de zin van de Grondwet) missen niet een soortgelijke taak kunnen vervullen.⁹

6 HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 m.nt. C; M en R 1994/10, nr. 104 m.nt. De Lange.

7 De memorie van toelichting bevat een beschouwing over de strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, niet over die van openbare lichamen (TK 1975-1976, 13 655, nr. 1-3, p. 20-21).

8 Vgl. C.H. Brants en R. de Lange, *Strafvervolgving van overheden*, Monografieën Strafrecht 22, Deventer 1996, p. 24-31.

9 Th.G. Drupsteen, noot onder AB 1996, 457.

Ondoorzichtigheid van de overheidsorganisatie: privatisering en verzelfstandiging
Het behoren tot de bestuurstaak en het zijn van openbaar lichaam sporen niet altijd met het onder politieke en bestuurlijke controle en verantwoording staan. Zeker bij die bestuurstaken die worden verricht door zelfstandige bestuursorganen is deze controle nauwelijks of niet aanwezig. Juist het ontbreken van een goede politieke en bestuurlijke verantwoording wordt eveneens als een groot bezwaar gezien van vele op gemeenschappelijke regelingen gebaseerde openbare lichamen, terwijl bij PBO's voor politieke verantwoording kennelijk moet worden gelezen: verantwoording aan een algemeen bestuur. Bij het verder privatiseren, (intern) verzelfstandigen of op afstand plaatsen van delen van de overheidsadministratie zal de politieke verantwoording voor het handelen van deze onderdelen evenredig afnemen. De ratio voor strafrechtelijke immuniteit – het primaat van bestuurlijke en politieke controle – is dan dus niet aanwezig, terwijl wel gedeeltelijk wordt voldaan aan de criteria van de Hoge Raad.

Belangenverstrengeling en vervaging van overheidstaken

Bij de uitoefening van een bestuurstaak kan er soms sprake zijn van een belangenverstrengeling. Overheidslichamen kunnen zowel uitvoerder, handhaver en overtreders zijn van (soms eigen) regelgeving. Deze belangenverstrengeling kan ertoe leiden dat overtreding van regels plaatsvindt met volledig medeweten en instemming van politieke organen. Als het 'bestuurlijk beter uitkomt', kunnen de baten van het (strafbaar) handelen de overhand krijgen en kan de zorgvuldigheid van handelen en beslissen in het slop raken.¹⁰ Immers, zelfs indien er sprake is of was van een legale optie, waardoor het plegen van een strafbaar feit achterwege had kunnen blijven, blijft de 'immuniteitsleer' van kracht.¹¹

Daar komt bij dat de grens tussen typische overheidstaken en particuliere taken, en in het algemeen tussen de sfeer van de overheid en particuliere sector, aan het vervagen is. Dit leidt ertoe dat de overheid allerlei taken uitvoert die elders door marktpartijen worden uitgevoerd, waarbij de kosten-effectiviteit en het bedrijfsrendement belangrijke criteria vormen. Het gevaar dreigt dat overheidsorganen, onder de huidige immuniteitsleer, sneller geneigd zullen zijn om een kosten-baten afweging te maken bij het voornemen om strafbare feiten te plegen. Dit geldt zeker ook bij publiekrechtelijke taakverrichting door privaatrechtelijke organisaties. Bij deze organisaties kan er een spanning bestaan tussen het algemeen belang en het eigen belang van de organisatie.¹²

-
- 10 Chr. Brants, *The King can do no wrong*, DD 1996, p. 519; *The King can do no wrong*: naschrift, DD 1996, p. 656.
- 11 Vergelijk de rietbrand-arresten HR 23 april 1996, NJ 1996, 512, AB 1996, 456 (waterschap Westfriesland) en HR 23 april 1996, Gemeentestem 7040,4 m.nt. HH (provincie Noord-Holland).
- 12 C.A. Schreuder, *Privatisering, functionele decentralisatie en de vennootschap als hun probleemkind*, NTB 1991/8, p. 229; C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen* (diss.), Deventer 1994.

De bijzondere positie van de Staat

Bovenstaande bezwaren gelden evenzeer ten aanzien van handelingen van bestuursorganen die ressorteren onder de centrale overheid. Door het intern verzelfstandigen en op afstand plaatsen van rijksdiensten kan de afstand tussen het overtredend orgaan en de uiteindelijk (strafrechtelijk) verantwoordelijke rechtspersoon – de Staat – zeer groot worden. De reden om in algemene zin tot immuniteit van de Staat te besluiten, wordt daardoor minder dwingend. Bovendien kan hierdoor rechtsongelijkheid ontstaan. De uitoefening van een bepaalde taak van (bijvoorbeeld) een gemeente kan tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden, terwijl de uitoefening van een zelfde taak door (een orgaan van) de Staat zou moeten leiden tot niet-ontvankelijk van de officier van justitie.¹³

Voorlopige conclusie

Het bovenstaande leidt tot de (voorlopige) conclusie dat het behoren tot een bestuurstaak en het zijn van openbaar lichaam niet altijd samenvalt met het onder politieke en bestuurlijke controle staan. Door de ondoorzichtigheid van de overheidsorganisatie, de belangenverstremming bij de uitoefening van overheidstaken en de vervaging van overheidstaken is de ratio voor strafrechtelijke immuniteit niet zonder meer overtuigend. Het openbaar-lichaamcriterium van de Hoge Raad levert geen scherpe afbakening op, terwijl de algehele strafrechtelijke immuniteit voor de centrale overheid tot rechtsongelijkheid kan leiden.

9.4 Het kabinetsstandpunt

In deze paragraaf worden de belangrijkste onderwerpen van het kabinetsstandpunt beknopt weergegeven. Besloten wordt met een vraagpunt naar aanleiding van het kabinetsstandpunt.

Algemeen

Bij de controle op en de correctie van het overheidshandelen staan naar de mening van het kabinet de politieke en bestuurlijke controlemechanismen op de eerste plaats. Deze vormen in een democratische rechtsstaat, tegen de achtergrond van de scheiding der machten, de ruggespraak van het staatkundig systeem. Functioneren deze controlemechanismen in bepaalde gevallen gebrekkig, dan dient eerst te worden bezien of de werking ervan kan worden verbeterd, voordat inschakeling van het strafrecht aan de orde kan zijn. Dit betekent overigens niet dat er bij de controle op overheidshandelen geen rol is weggelegd voor het strafrecht.

De gebondenheid aan het recht en het beginsel van gelijke behandeling

De overheid is evenzeer aan het recht gebonden als de burger. Het beginsel van

13 Zie L.E.M. Hendriks en J. Wöretshofer, *Milieustrafrecht*, Zwolle 1995, p. 112; A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997, p. 138.

gelijke behandeling eist dat ook op wetsovertredingen van overheidsorganen een reactie volgt, aldus het kabinet. Dit behoeft echter niet primair een strafrechtelijke reactie te zijn, ook niet waar die in een vergelijkbare situatie bij een burger wel aangewezen zou zijn. Reeds het bestaan van speciale controlemechanismen wijst hierop. Kan het betrokken overheidshandelen, terughoudend getoetst, echter redelijkerwijs niet meer worden gerekend tot de uitvoering van de betrokken overheidstaak, dan behoort een strafbaar feit, gepleegd bij de uitvoering van die taak naar de mening van het kabinet strafrechtelijk gezien niet zonder gevolgen te blijven.

Primair aangewezen controlemechanismen

Het kabinet onderkent dat de bestuurlijke en politieke controle op een aantal punten verbetering behoeft. Bij de toepassing van bepaalde controle-instrumenten zou dit al op korte termijn kunnen worden gerealiseerd. Meer dan nu gebeurt, zal de regering gebruik maken van de bevoegdheid tot schorsing en/of vernietiging van besluiten van decentrale overheidsorganen. Indien er sprake is van strijd met strafrechtelijk gesanctioneerde normen, is een terughoudende toepassing van deze instrumenten niet aan de orde.¹⁴

Verder dient de rol van de inspecties meer te worden geaccentueerd. Het kabinet denkt hier in het bijzonder aan de Inspectie Milieuhygiëne en de Arbeidsinspectie. Indien inspecties overtredingen vaststellen, dient daarop in eerste instantie langs de gebruikelijke bestuurlijke weg te worden gereageerd.¹⁵ Indien dit niet tot een bevredigend resultaat leidt, ligt het in de rede dat de minister die verantwoordelijk is voor de inspectie in overleg treedt met het overheidsorgaan onder wiens verantwoordelijkheid de overtreding plaatsvindt.

De rol van het strafrecht: normbevestiging

Een en ander laat onverlet dat, in aanvulling op deze controlemechanismen, ook een rol is weggelegd voor het strafrecht. Het kabinet is van mening dat er ruimte is voor het inschakelen van het strafrecht indien het handelen van het overheidsorgaan redelijkerwijs niet meer kan worden gerekend tot de uitoefening van zijn overheidstaak. Het strafrecht heeft hier vooral de functie bij te dragen aan het markeren van de grenzen die overheidsorganen bij de uitvoering van hun taak in acht dienen te nemen.¹⁶ De betekenis van het strafrecht is in deze gevallen een normbevestigende. Leedtoevoeging door middel van strafoplegging lijkt het kabinet

14 In de nota 'Vormgeving en toepassing van het instrument van schorsing en vernietiging' (TK 1991-1992, 21 427, nr. 21) is aangegeven dat het instrument van schorsing en vernietiging met de nodige terughoudendheid moet worden toegepast.

15 Via bestuurlijk overleg en zo nodig via de toepassing van bestuurlijke handhavingsbevoegdheden.

16 Het kabinet is zich er overigens van bewust dat het niet voor eens en altijd vast staat wat een typische overheidstaak is. Tenzijmen overheidsorganen strafrechtelijk volledig zou willen stellen aan burgers, is dit probleem echter onvermijdelijk. Door middel van een gericht vervolgingsbeleid zal bevorderd kunnen worden dat de grenzen van de aansprakelijkheid van overheidsorganen zich in de rechtspraak kunnen uitkristalliseren.

dan ook niet noodzakelijk.

Tenslotte merkt het kabinet op dat de vraag of een overheidsorgaan strafrechtelijk kan worden vervolgd, een ontvankelijkheidsvraag betreft. Het OM zal zich niet alleen bij de beoordeling van zijn ontvankelijkheid, maar ook bij de eventuele beslissing tot niet-vervolgung rekenschap moeten geven van het politieke en bestuurlijke primaat en de grotere effectiviteit die van het politiek-bestuurlijke instrumentarium mag worden verwacht.

Uitzondering voor de Staat

Het kabinet onderschrijft het standpunt van de Hoge Raad in het Volkel-arrest dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk niet aansprakelijk kan worden gesteld. Vervolgung van de Staat zou neerkomen op de situatie dat een orgaan van de Staat, namelijk het OM, een vervolgung instelt tegen de rechtspersoon Staat. Geschillen over de rechtmatigheid van door of onder verantwoordelijkheid van een bepaalde minister gepleegde feiten behoren niet te worden beslecht in een confrontatie tussen twee organen van de centrale overheid ten overstaan van de strafrechter, maar allereerst in het beraad binnen het kabinet en verder in het debat met het parlement.

Een en ander betekent overigens niet dat er in het geheel geen strafrechtelijke aansprakelijkheid voor handelingen van de centrale overheid bestaat. Daarvoor heeft de wetgever aparte voorzieningen getroffen die tegemoet komen aan de genoemde bezwaren tegen de aansprakelijkheid van de Staat. Het erkennen van de vervolgbaarheid van de Staat als zodanig zou dit stelsel naar de mening van het kabinet onaanvaardbaar doorkruisen.

Vraagpunt: overheidsorganen of openbare lichamen?

Het kabinet spreekt in zijn nota consequent over 'overheidsorganen'. Het kabinet wijkt hiermee af van de door de Hoge Raad gebruikte term 'openbare lichamen'. Door de keuze voor de term overheidsorganen ontstaat echter een technisch probleem. Art. 51 Sr ziet namelijk slechts op de vervolgung van rechtspersonen en niet (direct) op die van de organen binnen die rechtspersoon. Het is niet duidelijk of het kabinet hier uitgaat van het bestuursorgaan als dader van het (strafbaar) feit¹⁷, of dat het hiermee afstand zou willen nemen van het door de Hoge Raad gehanteerde criterium 'openbaar lichaam'.

9.5 Voorlopig standpunt van de commissie

In aansluiting op het standpunt van het kabinet dat ook overheden zich moeten houden aan de geldende wettelijke regels is er naar het oordeel van de commissie

17 Waarmee het kabinet overigens voorbij lijkt te gaan aan het criterium van de Hoge Raad. Immers niet alle bestuursorganen vallen onder het bereik van een openbaar lichaam in de zin van de Grondwet.

geen principiële reden om uit te gaan van een strafrechtelijke immuniteit voor overheidslichamen en/of voor degenen die bij deze lichamen in dienst zijn bij de uitoefening van een publiekrechtelijke taak. Eerder is het omgekeerde het geval. Juist van overheidslichamen mag worden verwacht dat zij zich aan de wettelijke voorschriften houden. Van het door de overheid overtreden van wettelijke regels gaat een bijzonder slechte voorbeeldwerking uit naar de samenleving. Niet alleen kunnen burgers aan een dergelijk overheidsoptreden een argument ontleen om zich niet aan de geldende voorschriften te houden. Minstens zo bezwaarlijk is dat de overheid haar eigen legitimatie om handhavend op te treden jegens burgers die de wet overtreden op het spel zet.

Deze argumenten gelden even sterk voor de decentrale overheden als voor de centrale overheid. Een onderscheid waarbij decentrale overheden onder omstandigheden wellicht wel, maar de centrale overheid per definitie niet strafrechtelijk vervolgd zou kunnen worden, spreekt de commissie niet aan. Uit het voorgaande blijkt dat de organisatie van de centrale overheid geleidelijk aan zeer diffuus is geworden, terwijl anderzijds de criteria die de Hoge Raad hanteert om strafrechtelijke immuniteit af te bakenen niet steeds even scherp zijn. Alleen al daarom zou het onjuist zijn uit te gaan van een strafrechtelijke immuniteit voor de centrale overheid als geheel. Belangrijker is nog dat er geen doorslaggevende reden is om op dit punt een principiële onderscheid te maken tussen centrale en decentrale overheden. Het argument dat in dit geval een orgaan van de centrale overheid een ander onderdeel van dezelfde overheid zou gaan vervolgen, levert naar de mening van de commissie geen doorslaggevend bezwaar op. Civielrechtelijk is reeds lang erkend dat onderdelen van de overheid elkaar aansprakelijk kunnen stellen.¹⁸ Bovendien is de centrale overheid als geheel dermate gefragmenteerd, dat het onwettelijk voorkomt om haar met het oog op strafrechtelijke immuniteit als één geheel te beschouwen, dat zichzelf niet kan vervolgen.

Dit uitgangspunt van de commissie betekent niet dat nu in alle gevallen waarin een verdenking bestaat of gebleken is van overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen daarop met een strafrechtelijke vervolging en eventueel met een strafrechtelijke veroordeling zou moeten worden gereageerd. De commissie onderschrijft de opvatting van het kabinet dat het strafrecht daarvoor niet in de eerste plaats is bedoeld. Strafrechtelijke vervolging en veroordeling van overheidslichamen brengen een aantal praktische en principiële vragen met zich. Of daartoe moet worden overgegaan is in belangrijke mate een vraag van opportuniteit. Tegen deze achtergrond, maar ook uit meer algemeen staatsrechtelijk oogpunt, is het juist dat politieke en bestuurlijke controle op de eerste plaats wordt gesteld wanneer het gaat om het voorkomen, tegengaan van en reageren op overtreding van wettelijke bepalingen door overheidslichamen. In het navolgende zal de commissie nagaan of de verschillende vormen van politiek en bestuurlijk toezicht voldoende mogelijkheden bieden om overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen op het spoor te komen en op gebleken overtredingen doeltreffend te reageren.

18 HR 9 november 1973, NJ 1974, 351 en 352.

9.6 Mogelijkheden van bestuurlijk toezicht

9.6.1 INLEIDING

Het staatsrechtelijke uitgangspunt van onze gedecentraliseerde eenheidsstaat is dat de decentrale overheidslichamen hiërarchisch niet ondergeschikt zijn aan de centrale overheid. Dit betekent echter niet dat zij een volledig onafhankelijke positie ten opzichte van de centrale overheid innemen. De organen van deze lichamen kunnen worden onderworpen aan diverse vormen van toezicht. Het toezicht door de centrale overheid op lagere overheidsorganen is gericht op het bewaren van eenheid in recht en beleid, waardoor het karakter van de eenheidsstaat gewaarborgd blijft.

De bestaande klassieke toezichtsmogelijkheden zijn het preventieve toezicht in de vorm van goedkeuring e.d. en het repressieve toezicht in de vorm van spontane schorsing en vernietiging.¹⁹

Met beide vormen van bestuurlijk toezicht moet terughoudend worden omgegaan, zoals blijkt uit de algemene beschouwingen over het toezicht op bestuursorganen in de memorie van toelichting bij de Gemeentewet.²⁰ De regeling van goedkeuring en spontane schorsing en vernietiging in de Gemeentewet heeft 'vertaling' gevonden in de Provinciewet, de Waterschapswet en de Algemene wet bestuursrecht. De bredere werking van de Algemene wet bestuursrecht heeft echter tot gevolg dat de in de organieke wetten getroffen regelingen niet zonder meer op alle punten zijn overgenomen.²¹

9.6.2 PREVENTIEF TOEZICHT

De grondslag voor het preventieve toezicht op gemeente- en provinciebesturen ligt in art. 132 lid 3 Grondwet. Dit artikel bepaalt dat besluiten van deze besturen slechts aan voorafgaand toezicht kunnen worden onderworpen in bij of krachtens de wet te bepalen gevallen.²²

In de Gemeentewet en de Provinciewet is een nadere invulling gegeven aan deze grondwettelijke regel, doch daarbij is gekozen voor een beperktere mogelijkheid van voorafgaand toezicht dan de Grondwet op zichzelf toelaat. De Gemeentewet bepaalt dat besluiten en andere beslissingen van gemeentebesturen slechts kunnen worden onderworpen aan voorafgaand toezicht

19 Goedkeuring is een voorwaarde voor het inwerkingtreden van een besluit. Door schorsing of vernietiging wordt een besluit van zijn werking beroofd.

20 TK 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 13-23.

21 TK 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 183.

22 Ten aanzien van waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen bepaalt de Grondwet dat de wet het toezicht regelt; respectievelijk art. 133 lid 3 en art. 134 lid 3. Het toezicht op waterschappen en andere openbare lichamen blijft hier verder buiten beschouwing.

in bij de wet of krachtens de wet bij provinciale verordening bepaalde gevallen.²³ De mogelijkheid tot het stellen van een goedkeuringsvereiste krachtens de wet is derhalve sterk beperkt. De Provinciewet kent slechts voorafgaand toezicht in *bij de wet* bepaalde gevallen.²⁴ Deze regelingen zijn destijds gemotiveerd met de stelling dat het ter bescherming van de gemeentelijke en provinciale beleidsvrijheid gewenst is dat de gevallen waarin besluiten aan preventief toezicht mogen worden onderworpen, in de wet zelf worden genoemd.²⁵

In de Algemene wet bestuursrecht is de grondwettelijke norm van art. 132, derde lid, Grondwet, overgenomen.²⁶ Dit betekent dat in elk geval verzekerd is dat elke goedkeuringsbepaling te herleiden is tot een formeel-wettelijke grondslag. Een ruimere norm dan de genoemde grondwettelijke norm wordt nadrukkelijk afgewezen omdat dit niet zou stroken met het streven naar terugdringing van het voorafgaand toezicht.

Een en ander brengt mee dat preventief toezicht op besluiten en andere beslissingen van gemeenten en provincies altijd op de wet is gebaseerd. Hieruit volgt dat preventief toezicht geen betrekking kan hebben op strafbare feiten, omdat deze laatste niet in de vorm van vooraf goed te keuren besluiten of andere beslissingen plegen te worden gegoten. Bovendien zal in de praktijk de uitoefening van preventief toezicht op besluiten en andere beslissingen die wel in de wet zijn genoemd het plegen van strafbare feiten, aan welke feiten deze besluiten of andere beslissingen mogelijkwijs ten grondslag liggen, niet kunnen voorkomen. Bestuurlijk preventief toezicht kan dus geen middel zijn om strafbaar handelen door decentrale overheden te voorkomen.

9.6.3 REPRESSIEF TOEZICHT

Ook repressief toezicht is te beschouwen als een juridisch element van het fenomeen gedecentraliseerde eenheidsstaat. De grondslag voor de vernietigingsbevoegdheid van de Kroon van besluiten van gemeente- en provinciebesturen ligt in art. 132 lid 4 Grondwet.²⁷

De stellige mening van de regering bij de grondwetsherziening van 1983 was dat er in een gedecentraliseerde eenheidsstaat altijd een zeker toezicht zal moeten zijn van het centrale of naast hogere bestuursniveau op de bestuurlijke activiteiten die op het gedecentraliseerde niveau worden verricht. Anderzijds achtte de regering vernietiging van besluiten een zodanig exceptioneel middel,

-
- 23 Per 1 januari 1998 is art. 259 Gemeentewet in werking getreden; dit artikel bevat thans de toevoeging dat ook 'andere beslissingen' dan besluiten (in de zin van de Awb) aan goedkeuring kunnen worden onderworpen; zie ook TK 1996-1997, 25 280, nr. 3 (MvT), p. 72.
- 24 Zie het per 1 januari 1998 in werking getreden gewijzigde art. 253 Provinciewet.
- 25 TK 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 176.
- 26 Art. 10.26 Algemene wet bestuursrecht.
- 27 Sinds de grondwetsherziening van 1982 is de schorsingsbevoegdheid niet meer expliciet in de Grondwet geregeld. Deze bevoegdheid is sindsdien gedelegeerd aan de wetgever, conform art. 132 lid 2 Grondwet.

dat als waarborg ten behoeve van gemeenten en provincies een grondwettelijke verankering van de gronden van vernietiging en het orgaan dat daartoe bevoegd is, vereist is.²⁸

In het kader van een veranderde visie op de verhouding tussen de bestuurslagen en ter versterking van de positie van decentrale overheden is het instrument van de spontane schorsing en vernietiging een aantal jaren geleden herzien. Een en ander heeft zijn beslag gekregen in de bepalingen die zijn opgenomen in de Gemeentewet, de Provinciewet en de Algemene wet bestuursrecht.²⁹ Spontane schorsing en vernietiging vormen thans het sluitstuk van het toezichtstelsel. Andere instrumenten, zoals preventief toezicht, komen eerder voor toepassing in aanmerking. Het repressieve toezicht dient dan ook terughoudend, als ultimum remedium te worden gebruikt.³⁰

Alles wijst erop dat er in de praktijk, met name de laatste jaren, inderdaad terughoudend van de spontane schorsings- en vernietigingsbevoegdheid gebruik wordt gemaakt.³¹

Hierbij merkt de commissie op dat de afname van het gebruik van dit instrument in de periode na 1980 voor een groot deel wordt bepaald door de afname van schorsing en vernietiging op het terrein van de ruimtelijke ordening. In de periode 1970-1980 zijn er veel besluiten op dit terrein geschorst en/of vernietigd.³² Deze besluiten hadden betrekking op het verlenen of weigeren van een bouwvergunning. De invloed van de Wet Arob en later die van de Algemene wet bestuursrecht, in samenhang met het beleid van terughoudendheid inzake toepassing van het instrument van spontane schorsing en vernietiging, heeft ertoe geleid dat de oneigenlijke rechtsbescherming via het spontane vernietigingsrecht³³ op dit gebied tot het verleden behoort.³⁴

Beperkingen

In het kader van de handhaving jegens overheden heeft de regering aangegeven weer meer gebruik te gaan maken van genoemd instrument.³⁵ Met de regering kan worden ingestemd dat er geen reden is voor terughoudendheid wanneer er

28 TK 1975-1976, 13 990, nrs. 1-4, p. 9 en p. 20.

29 Respectievelijk art. 268-281a Gemeentewet, 261-274a Provinciewet en art. 10:33-10:45 Awb.

30 TK 1991-1992, 21 427, nr. 21, p. 2-4.

31 Idem, Bijlage I, p. 10-11; zie ook P.H. van der Tang-van Loenen, Inventarisatie spontane vernietigingsbesluiten van de Kroon, 1987-1988-1989, Gemeentestem 1990, nr. 6912, p. 525-529 en betreffende de jaren 1990-1991-1992 Gemeentestem 1993, nr. 6966, p. 277-283. Een inventarisatie van de in het Staatsblad gepubliceerde vernietigingsbesluiten over de jaren 1993-1997 bevestigt het beleid van terughoudend gebruik van het instrument.

32 Een kwantitatieve analyse van deze schorsings- en vernietigingsbesluiten gaat het kader van de werkzaamheden van de commissie te buiten; de besluiten zijn gepubliceerd in de jaargangen van het Staatsblad.

33 Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht (ABAR), 5e druk, Alphen aan den Rijn 1984, p. 300.

34 P.H. van der Tang-van Loenen, a.w. voetnoot 29, 1993, p. 283.

35 TK 1996-1997, 25 294, nr. 2, p. 6.

sprake is van strafbare feiten. De vraag is echter in hoeverre bedoeld voornemen realistisch is, omdat het instrument een aantal onzekerheden in zich draagt.

Repressief toezicht heeft betrekking op besluiten en andere (niet-schriftelijke) beslissingen gericht op rechtsgevolg.³⁶

In de praktijk zal een gemeente- of provinciebestuur aan het plegen van een strafbaar feit geen schriftelijk besluit ten grondslag leggen wanneer kan worden volstaan met een mondelinge toezegging, desnoods een bevel, om een handeling te verrichten of juist niet te verrichten. Mondelinge beslissingen kunnen achteraf makkelijk worden ontkend en de vraag is dan hoe de Kroon kan vaststellen dat er aan het geconstateerde strafbare feit een niet-schriftelijke beslissing ten grondslag ligt.

Het doel van het repressieve toezicht is – achteraf – eenheid in recht en beleid te bewerkstelligen. Maar wil de regering gebruik kunnen maken van dit toezichtsinstrument, dan zal zij op de hoogte moeten zijn van een beslissing die in strijd is met het recht of met het algemeen belang. Van de bevoegdheid die burgemeesters en commissarissen van de Koningin hebben³⁷ om de Kroon te attenderen op besluiten die in strijd zijn met het recht of het algemeen belang, wordt in lang niet alle in aanmerking komende gevallen gebruik gemaakt, zoals ook blijkt uit het onderzoek Bouwvergunningen. Het oordeel van de burgemeester of de commissaris van de Koningin of een besluit voor vernietiging in aanmerking komt, is hier immers doorslaggevend. Een dergelijk oordeel berust op een persoonlijke inschatting van de ernst van de feiten en eventueel op een (al dan niet partijpolitiek getinte) afweging van belangen. Zelfs als het gaat om besluiten die een strafbaar feit inhouden, is het niet zeker dat er van bedoelde bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt. De verwachting die de regering uitsprekt dat in de toekomst de burgemeesters en commissarissen van de Koningin in voorkomende gevallen deze bevoegdheid wel zullen gebruiken,³⁸ berust niet op concrete aanwijzingen dat dit inderdaad zal gebeuren. Ook over gebruik van de mogelijkheid die burgers op grond van art. 5 Grondwet hebben om de Kroon te attenderen op een besluit dat een strafbaar feit inhoudt, bestaat geen zekerheid.

Een verdere beperking van het instrument vernietiging betreft de gevolgen ervan. De vernietiging van een besluit beperkt zich immers tot de rechtsgevolgen

36 Art. 268 lid 1 Gemeentewet, respectievelijk art. 261 lid 1 Provinciewet, zoals deze bepalingen per 1 januari 1998 in werking zijn getreden; zie voorts TK 1996-1997, 25 280, nrs. 1-2, p. 9 en 13. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het voor spontane vernietiging wenselijk blijft van een ruimer besluitbegrip uit te gaan dan het besluitbegrip in de Awb (dat alleen schriftelijke beslissingen omvat); zie genoemde Kamerstukken, nr. 3, p. 72. In de praktijk was al gebleken, dat een niet op schrift gesteld besluit (dat overigens wel aan een schriftelijk besluit gekoppeld was) kan worden vernietigd (KB 23 januari 1985, Stb. 92).

37 Op grond van art. 273 Gemeentewet (door tussenkomst van GS), respectievelijk art. 266 Provinciewet.

38 TK 1996-1997, 25 294, nr. 2, p. 6.

van dat besluit.³⁹ Dit betekent dat de feitelijke gevolgen in stand blijven.⁴⁰ Als een besluit wordt vernietigd ten gevolge van welk besluit strafbare feiten zijn begaan, worden deze feiten door de vernietiging niet ongedaan gemaakt. Het is het gemeente- of provinciebestuur dat opnieuw een besluit behoort te nemen over het onderwerp van het vernietigde besluit, waarbij met het koninklijk besluit rekening wordt gehouden,⁴¹ en die, voorzover mogelijk, de feitelijke gevolgen van het vernietigde besluit ongedaan moeten maken.

Een punt van aandacht betreft verder nog de mogelijkheid voor gemeente- en provinciebesturen om tegen een vernietigingsbesluit in beroep te gaan bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en voorafgaand aan dat beroep bezwaar te maken.⁴² Gelet op de tijd die nodig is voor een 'bestuurlijke vernietigingsprocedure'⁴³ en de tijd die gemoeid is met een mogelijk daarop volgende rechtsbeschermingsprocedure, kan er geen sprake zijn van een slagvaardig optreden van de centrale overheid. Omdat vernietiging een uiterste middel van bestuurlijk toezicht is, behoeft dit geen groot bezwaar op te leveren. Als vernietiging echter zou moeten worden ingezet in het kader van de handhaving jegens overheden, is een gebrek aan slagvaardigheid wel bezwaarlijk.

Conclusie

Gezien alle onzekerheden die inherent zijn aan het instrument van de spontane schorsing en vernietiging, de onmogelijkheid van de Kroon om iets te ondernemen tegen de strafbare feiten die het feitelijke gevolg zijn van een besluit en de tijd die de gehele procedure in beslag neemt, is de toepassing van dit instrument als controlemogelijkheid om strafbaar overheidshandelen tegen te gaan of te corrigeren aan belangrijke beperkingen onderhevig. Voorzover het kabinet zijn voornemens op dit punt toch tot uitvoering zou willen brengen, zal het moeten voorzien in een beter mechanisme om besluiten of beslissingen die strafbare feiten inhouden ter kennis te brengen van het tot vernietiging bevoegde orgaan, zal de werking van de vernietiging zich moeten kunnen uitstrekken tot feitelijke gevolgen en zal het instrument met enige slagvaardigheid moeten kunnen worden gehanteerd. Voor zeker twee van deze drie punten zou wetswijziging noodzakelijk zijn.

9.6.4 DE TAAKVERWAARLOZINGSREGELING

Zowel bij het uitoefenen van preventief als van repressief toezicht treedt het hogere bestuursorgaan niet in de plaats van het orgaan waarvan het besluit is goedgekeurd of vernietigd. Dit is wel het geval bij de taakverwaarlozingsregeling,⁴⁴ waarin het juist gaat om een centralisatie van de primaire beslissingsbevoegdheid voor een

39 Art. 10:42 Algemene wet bestuursrecht.

40 HR 28 februari 1975, AB 1975, 128 m.nt. JRSt en KB 3 maart 1992, AB 1992, 466 m.nt. PvB.

41 Art. 281 Gemeentewet respectievelijk art. 274 Provinciewet.

42 Art. 281a Gemeentewet en art. 274a Provinciewet juncto art. 7:1 Algemene wet bestuursrecht.

43 Art. 278 Gemeentewet respectievelijk art. 271 Provinciewet.

44 Art. 132 lid 5 Grondwet juncto art. 124 Gemeentewet (respectievelijk art. 121 Provinciewet).

concreet geval. Uit de plaatsing van de taakverwaarlozingsregeling in de Gemeentewet en de Provinciewet blijkt ook dat deze vorm van ingrijpen niet is bedoeld als een 'normale' vorm van toezicht, maar gezien wordt als een bijzondere voorziening. Van de genoemde regeling wordt pas gebruik gemaakt wanneer er sprake is van een structurele verwaarlozing van autonome of medebewindstaken.⁴⁵

Het is theoretisch denkbaar dat het plegen van strafbare feiten door overheidslichamen een dergelijke vorm heeft aangenomen dat er van een structurele taakverwaarlozing sprake is. Vooralnog is een dergelijke veronderstelling naar het oordeel van de commissie echter niet erg realistisch. Dit betekent dat de taakverwaarlozingsregeling bij het voorkómen van strafbare feiten of op het spoor komen van dergelijke feiten, gepleegd door overheidslichamen, geen functie heeft. Wel is denkbaar dat wanneer een reeds begane ernstige overtreding is geconstateerd van de regeling gebruik wordt gemaakt om zaken weer in het goede spoor te brengen. Dit zou echter wel een verruimde interpretatie van de gangbare strekking van de taakverwaarlozingsregeling betekenen.

9.6.5 PERSOONLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS

Vermelding verdient ten slotte de mogelijkheid dat leden van het college van B en W door de gemeente op grond van art. 201 Gemeentewet voor een gelijk deel persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor uitgaven die door de raad niet in een vastgestelde rekening zijn opgenomen. De raad kan op grond van art. 198 lid 2 Gemeentewet besluiten een bepaalde post niet in de rekening op te nemen wegens kwade trouw, hetgeen blijkens de wetsgeschiedenis inhoudt de aanwezigheid van ernstige tekortkomingen in het financiële beheer en evidente laakbaarheid in het handelen van het college. Een poging tot effectuering van bedoelde bevoegdheid in de gemeente Zandvoort is in het recente verleden door de Kroon afgewezen; het raadsbesluit werd vernietigd.⁴⁶

Naar het oordeel van de commissie gaat het hier om een zeer specifieke regeling, die alleen met het oog op de financiële verantwoording een rol speelt en hoogstens een beperkte bijkomende functie kan vervullen in het kader van de handhaving jegens overheden.

45 Zie ook het onderzoek Bouwvergunningen waaruit blijkt dat in de jurisprudentie niet snel wordt aangenomen dat van taakverwaarlozing sprake is.

46 KB 18 september 1996, Gemeentestem 7042, 3; zie daarover E. Brederveld, Buiten de waard gerekend, Gemeentestem 7042, p. 577-581.

9.7 De rol van inspecties bij de controle op overheidshandelen

9.7.1 INLEIDING

In deze paragraaf worden de volgende inspecties en hun functioneren nader bekeken: Inspectie Milieuhygiëne, Dienst Recherchezaken VROM, Inspectie van de Ruimtelijke Ordening, Arbeidsinspectie, Inspectie voor de Drankwetgeving en Inspectie van het Onderwijs. De keuze voor deze inspecties is enerzijds ingegeven door de aan de commissie gestelde opdracht. Anderzijds is aansluiting gezocht bij de onderzoeken die voor de commissie zijn verricht en die verband houden met de handhaving van verschillende (delen van) wetten, waarbij de genoemde inspecties een toezichhoudende rol vervullen.

Na de beschrijving van de inspecties zal worden ingegaan op het kabinetsstandpunt over de positionering van inspecties, waarna de conclusies volgen met betrekking tot de rol die inspecties (kunnen) spelen bij de controle op het handelen van de overheid.

9.7.2 INSPECTIE MILIEUHYGIËNE

Organisatie

De Inspectie Milieuhygiëne (IMH) bestaat sinds 1 januari 1962 en maakt deel uit van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid. Haar wettelijke grondslag vindt de Inspectie in de Gezondheidswet. Hierin is aangegeven dat haar taken zijn de handhaving van de wettelijke voorschriften, het uitbrengen van adviezen en het verstrekken van inlichtingen aan de Minister en de Directeur-Generaal en de opsporing van overtredingen van wettelijke voorschriften. Sinds 1982 maakt de dienst organisatorisch deel uit van het Directoraat-Generaal Milieubeheer van het ministerie van VROM. Binnen VROM/DGM vervult de dienst een zelfstandige rol. De Inspectie Milieuhygiëne omvat de Hoofdinspectie en vijf regionale inspecties die de hierna te noemen taken uitvoeren. De IMH heeft blijkens het organisatie- en informatierapport IMH 2000 een totale bezetting van 250 fte, waarvan ongeveer 30% wordt ingezet voor het tweedelijns toezicht en ongeveer 40% voor de eerstelijns handhaving.

Taken

a. Handhaving

De handhavingstaak van de inspectie heeft in eerste instantie betrekking op de milieuwetten waarvoor de minister van VROM bevoegd gezag is. Het gaat met name om regelgeving voor milieugevaarlijke stoffen en producten, delen van de Kernenergiewet, de Bestrijdingsmiddelenwet (voor toepassingen buiten de landbouw), grensoverschrijdend vervoer van afval (EVOA), defensie-inrichtingen en de drinkwatervoorziening.⁴⁷ Deze taak wordt aangeduid als 'eerstelijns handhaving'. Hierbij is sprake van een directe relatie tussen potentiële overtreder en handhaver.

47 Commentaar Wet milieubeheer, VUGA (losbladig), Band 2, 18.4-5.

Binnen de Inspectie functioneert het Milieubijstandsteam (MBT), dat in 1985 als speciaal onderdeel is opgericht ten behoeve van de eerstelijns handhaving. Het MBT bestaat uit medewerkers met uiteenlopende deskundigheid, die opsporingsbevoegdheid hebben en die de reguliere politie bijstand verlenen in concrete strafzaken.⁴⁸ Ten behoeve van de bestrijding van de zware milieucriminaliteit is verder in 1995 het Kernteam Zware Milieucriminaliteit opgericht. Dit team is ontstaan uit het onderzoeksteam van de TCR-zaak. Het Kernteam bestaat uit medewerkers van de politie, de CRI en het MBT. Het doel van het Kernteam is de opsporing van mogelijk zware milieucriminaliteit om vervolgens het onderzoek over te dragen.

b. Toezicht

Bij de meeste milieuwetten is niet een minister, maar zijn de besturen van gemeenten, provincies of waterschappen bevoegd gezag. De inspectie ziet erop toe dat deze overheden hun taak op verantwoorde wijze uitvoeren; dit is het zogenoemde 'tweedelijns toezicht'. De IMH is voor vrijwel alle milieuwetten als toezichthouder aangewezen, zodat de inspecteurs binnen alle mogelijke inrichtingen toezicht kunnen uitoefenen. De inspectie voert verschillende onderzoeken per jaar uit; deze kunnen zowel betrekking hebben op het handelen van het bevoegd gezag als op dat van bedrijven. Bij de IMH wordt als regel jaarlijks tien procent van de gemeenten in Nederland op enigerlei wijze doorgelicht. Doorgaans wordt op een projectmatige wijze onderzoek verricht.⁴⁹ Ook wordt toezicht gehouden op de naleving van in convenanten gemaakte afspraken.⁵⁰

c. Verbindende schakel

De derde taak van de inspectie, het vormen van de verbindende schakel, wordt ook wel de 'buitenpost-' of de 'oog- en oorfunctie van de minister' genoemd. Enerzijds pikt de inspectie relevante signalen en ontwikkelingen op uit de regio en legt die via de beleidsdirecties neer bij de minister. Anderzijds draagt de IMH het rijksbeleid uit bij de uitvoerders van de milieuwetten. Het eerste krijgt onder andere vorm door ingezet beleid te evalueren, het laatste door te adviseren en te stimuleren.

9.7.3 DIENST RECHERCHEZAKEN VROM

Organisatie

De Dienst Recherchezaken (DRZ) is een bijzondere opsporingsdienst van het ministerie van VROM, die organisatorisch valt onder de secretaris-generaal. Om verzoeken tot onderzoek doelmatig en doelgericht te kunnen uitvoeren, is het werkter-

48 Inspectie Milieuhygiëne, Jaarverslag 1996, p. 14.

49 De IMH werkt in het kader van de Nota Combizorg ten aanzien van een aantal projecten samen met de Arbeidsinspectie. Eén van de projecten betrof de controle op zowel milieu- als arboreggeving bij bedrijven met een grootschalige opslaginstallatie voor LPG.

50 Zo werd in 1996 door de IMH onderzoek verricht naar bedrijfsmilieuplannen in de chemische industrie. Het opstellen en rapporteren over de voortgang van bedrijfsmilieuplannen vloeide voort uit een gesloten convenant tussen de VNCI en de overheid.

rein van de DRZ verdeeld in drie regio's met steunpunten in Zwolle (regio Noord-Oost), Utrecht (regio West) en 's-Hertogenbosch (regio Zuid).

De minister is eindverantwoordelijk voor de uitoefening van de *bestuursrechtelijke* handhavingstaak en is tevens beheerder van de BOD. De minister van Justitie is verantwoordelijk voor het *strafrechtelijk* optreden van de DRZ. In dat kader stemt de DRZ, zo vaak als nodig, het opsporingsbeleid af met het Openbaar Ministerie.

Taken

a. Opsporen van misbruik en oneigenlijk gebruik op het terrein van de VROM-wet- en regelgeving

In het bijzonder moeten hier de VROM-subsidieregelingen worden genoemd (o.a. huursubsidieregelingen en bijdrage-, subsidie- en heffingsregelingen in het kader van de Wet milieubeheer). Voorts worden onderzoeken verricht bij toegelaten instellingen en institutionele beleggers (woningbouwverenigingen, non-profit organisaties, beleggers in de sociale woningbouw). Van belang zijn voorts de onderzoeken betreffende de uitvoering van de Woningwet en de WRO, met name inzake de toetsing van bouwaanvragen aan bestemmingsplannen en bouwregelgeving, het verlenen van aanlegvergunningen, het gebruik van gronden en de door gemeenten gehanteerde procedures op dit terrein. Zie ook het onderzoek Bouwvergunningen.

b. Verrichten van informatief onderzoek

Hierbij valt te denken aan onderzoekstechnische ondersteuning bij bestuursrechtelijke zaken waarbij informatie wordt gegeven ten behoeve van de bestuurlijke besluitvorming in die zaken. Tevens wordt ten behoeve van door VROM in te stellen civielrechtelijke procedures ondersteunend bewijs geleverd, bijvoorbeeld bij schadeclaims van VROM tegen derden. Ook wordt onderzoek verricht naar de verantwoordelijkheid en de vermogenspositie van de 'vervuiler'.

c. Beleidsadvisering

Het gaat om advisering met betrekking tot de VROM-wet- en regelgeving en de handhaafbaarheid daarvan. De DRZ is verantwoordelijk voor de ontwikkeling, formulering, uitvoering en afwikkeling van het opsporingsbeleid.

Afstemming met andere instanties

De activiteiten die de DRZ onderneemt worden enerzijds afgestemd met de beleidsdirecties die verantwoordelijk zijn voor de betreffende wet- en regelgeving, terwijl anderzijds het merendeel van de DRZ-activiteiten plaatsvindt naar aanleiding van signalen uit 'het veld', zoals andere VROM-onderdelen, Sociale Recherches, FIOD, gemeenten en provincies. Daarnaast voert de DRZ ook op basis van eigen verantwoordelijkheid en bevindingen onderzoek uit, bijvoorbeeld naar aanleiding van eerder ingesteld onderzoek. Voorts maakt de DRZ onderdeel uit van het Platform Bijzondere Opsporingsdiensten waarin vertegenwoordigd zijn de overige, grote bijzondere opsporingsdiensten (ECD, AID, FIOD en de Arbeidsinspectie).

9.7.4 INSPECTIE VAN DE RUIMTELIJKE ORDENING

Organisatie

De Inspectie van de Ruimtelijke Ordening (IRO) maakt deel uit van de Rijksplanologische Dienst (art. 52 lid 2 WRO). Er zijn vier inspecteurs van de ruimtelijke ordening, die in vier verschillende regio's opereren. De inspecteurs worden in de uitoefening van hun taak bijgestaan door toegevoegde ambtenaren (art. 29 lid 5 Bro). Uit een interne notitie (15 mei 1997) van de IRO blijkt dat van de totale bezetting van de IRO (ongeveer 45 fte) 4 fte is gereserveerd voor het tweedelijnstoezicht. Dit betekent dat minder dan tien procent van de capaciteit van de IRO wordt ingezet ten behoeve van deze toezichthoudende taak. Feitelijk houdt dit in dat jaarlijks circa 6 tot 8 gemeenten worden onderzocht. Activiteiten met betrekking tot eerste-lijns handhaving ontbreken.

Taken

De RPD heeft ingevolge art. 52 WRO tot taak om:

- a. de minister bij te staan bij de voorbereiding van het regeringsbeleid inzake de ruimtelijke ordening;
- b. onderzoeken te verrichten en adviezen te verstrekken ten behoeve van de ruimtelijke ordening;
- c. werkzaam te zijn ten behoeve van het algemene toezicht op de uitvoering⁵¹ van de WRO en de krachtens deze wet uitgevaardigde voorschriften.

Met het onder c. genoemde wordt bedoeld op het ondernemen van acties tegen het onjuist gebruik maken van de bevoegdheden tot verlening van vergunningen en vrijstellingen door gemeentebesturen en tegen het 'stilzitten' van gemeentebesturen bij de realisering van activiteiten in strijd met het bestemmingsplan.⁵²

De taken genoemd in art. 52 WRO zijn nader uitgewerkt in art. 30 Bro. Uit het onderdeel d van art. 30 Bro blijkt dat de toezichthoudende taak met name wordt uitgevoerd door de inspecteurs van de ruimtelijke ordening. De toezichthoudende taak van de inspectie heeft vooral betrekking op het tweedelijnstoezicht. Het eerstelijnstoezicht (de feitelijke handhaving) ligt bij het bevoegde gezag. Bij de WRO is dat vrijwel steeds het gemeentebestuur; dit verleent aanlegvergunningen, vrijstellingen, bouwvergunningen en handhaaft het bestemmingsplan.

De taken zoals die hiervoor zijn beschreven kunnen door de IRO worden uitgeoefend doordat burgemeester en wethouders verplicht zijn om aan de inspecteur binnen wiens ambtsgebied hun gemeente ligt, alle door hem verlangde inlichtingen te verstrekken over de uitvoering van de WRO en van verordeningen betreffende de ruimtelijke ordening (art. 52 lid 4 WRO). Bovendien hebben B en W de wettelijke verplichting om van de verlening van aanlegvergunningen en vrijstellingen een afschrift

51 Tot 1 januari 1998 stond op deze plaats in dit artikel de term 'naleving'. Bedoeld was ook toen al 'uitvoering'. De wijziging is tot stand gebracht in het kader van de aanpassingswetgeving Awb (zie voor een toelichting TK 1996-1997, 25 464, nr. 3).

52 Notitie 'Rijksinzet handhaving ruimtelijk beleid', februari 1992, p. 5.

aan de inspecteur van de ruimtelijke ordening te sturen (art. 17 lid 3, art. 19a lid 11, art. 44 lid 3 WRO).

Ongeveer de helft van de beschikbare tijd wordt besteed aan preventieve en stimulerende activiteiten, zoals het overdragen van kennis door middel van cursussen, het initiëren van of deelnemen in proefprojecten, doen van verkennend onderzoek etc. De IRO concludeert zelf dat zij voor de vervulling van het tweedelijns toezicht niet erg zwaar bemenst is en dat de andere VROM-inspecties (zoals de IMH) in verhouding een veelvoud aan capaciteit hebben voor deze taakvervulling. Van een adequaat toezichtsniveau kan thans niet worden gesproken, aldus de IRO. Voor de uitoefening van het toezicht op het bevoegde gezag (tweedelijns toezicht) ontbreekt het de IRO overigens aan wettelijke sancties om corrigerend te kunnen optreden.

9.7.5 ARBEIDSINSPECTIE, INSPECTIE VOOR DE DRANKWETGEVING EN INSPECTIE VAN HET ONDERWIJS

De in deze subparagraaf te bespreken inspectiediensten zijn voor de handhaving jegens overheden minder relevant. De bespreking kan daarom kort zijn.

De Arbeidsinspectie houdt o.a. toezicht op de naleving van wet- en regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden. Hieronder valt ook de wet- en regelgeving op het gebied van gevaarlijke werktuigen en drukhoudende apparatuur, arbeidsvoorziening, arbeidsmarkt, arbeidsverhoudingen en -voorwaarden. Wanneer de overheid wet- of regelgeving op dit gebied overtreedt, doet zij dit niet zozeer in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, maar als werkgever (aldus ook het kabinetstandpunt). In die positie verschilt zij niet van andere werkgevers. Er is dus geen enkele reden om voor de overheid een bijzondere positie te claimen. In haar positie van werkgever is een overheidslichaam dan ook vervolgbaar voor overtreding van wettelijke voorschriften, zoals ook blijkt uit de jurisprudentie.⁵³ Voor de in het onderzoek Arbowet vermelde conclusie van de Arbeidsinspectie dat het op het ogenblik niet mogelijk zou zijn strafrechtelijk op te treden tegen overheidslichamen in hun functie als werkgever, bestaat dan ook geen grond.

De Inspectie voor de Drankwetgeving (IDW) neemt ten opzichte van overheidslichamen een zelfde positie in. De IDW vervult de taken van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, die voortvloeien uit de Drank- en Horecawet. Voor de IDW is in het kader van de handhaving jegens overheden een bescheiden rol weggelegd, omdat horecagelegenheden in de zin van de Drank- en Horecawet niet op grote schaal door overheden worden geëxploiteerd. Belangrijker is echter dat de overheid, indien wel een horecagelegenheid wordt geëxploiteerd, in die rol niet van andere exploitanten verschilt. Ook hier bestaat dus geen aanleiding om voor de overheid een bijzondere positie te claimen.

Ook de Inspectie van het Onderwijs is voor de in dit hoofdstuk besproken problematiek naar de mening van de commissie minder relevant, zij het om andere redenen. Het toezicht door deze inspectie heeft met name betrekking op onderwijsin-

53 HR 19 maart 1991, NJ 1992, 122 m.nt. C (Kraanmachinist gemeente Stein).

stellingen. Deze kunnen tot de overheid behoren (openbare scholen), maar vormen dan binnen de overheid een wel zeer bijzonder onderdeel. Het doet enigszins vreemd aan het overtreden door een schoolhoofd van verzuimbepalingen als overheidsovertreding aan te merken. Hoewel dan strikt genomen wel van een dergelijke overtreding sprake is, betreft het geen overtreding door of namens het gemeentebestuur. Een belangrijker argument om de onderwijsinspectie hier niet uitvoerig te behandelen, is dat de rol van deze inspectie bij de handhaving van de Leerplichtwet (ook waar het de handelingen van het gemeentebestuur als bevoegd gezag betreft) marginaal is (zie het onderzoek Leerplichtwet).

9.7.6 HET KABINETSTANDPUNT POSITIONERING INSPECTIES

Het kabinet heeft in april 1997 een standpunt ingenomen met betrekking tot de positionering van inspecties.⁵⁴ Het kabinet onderscheidt de volgende functies:

- * de ontwikkeling en vaststelling van beleid en regelgeving;
 - * de uitvoering van beleid en regelgeving;
 - * het toezicht op de uitvoering (tweedelijnstoezicht);
 - * het toezicht op de naleving (eerstelijnstoezicht);
 - * de evaluatie van beleid en regelgeving op doeltreffendheid en doelmatigheid.
- Het kabinet stelt dat voor de inspecties, hoewel zij onderling verschillen, als hoofdtaken kunnen worden genoemd het uitvoeren van *onderzoekingen* en *controles* en het verrichten van *keuringen*, waarbij al dan niet over zelfstandige bevoegdheden tot sanctionering of opsporing wordt beschikt.

Om te komen tot een heldere toedeling van verantwoordelijkheden hanteert het kabinet een aantal uitgangspunten. Die komen in grote lijnen op het volgende neer. De bestuurslaag die verantwoordelijk is voor de ontwikkeling en vaststelling van beleid en regelgeving behoort ook bevoegd te zijn inzake de andere bovengenoemde functies. Op het niveau van iedere afzonderlijke bestuurslaag is een zo scherp mogelijke scheiding gewenst tussen de functies die betrekking hebben op de ontwikkeling van beleid en regelgeving en de implementatie daarvan enerzijds en de functies die betrekking hebben op het toezicht, de handhaving en monitoring van beleid en regelgeving anderzijds.

Vanuit dit standpunt is decentralisatie (van rijk naar andere overheden) van toezichthoudende- en inspectietaken (eerstelijnstoezicht) alleen daar aan de orde waar ook primaire bevoegdheden (tot regelgeving en beleid) gelegd zijn op het betreffende bestuursniveau. Toch kan ook in het geval dat aan andere bestuurslagen ruime bevoegdheden tot bestuur en regelgeving zijn overgedragen of overgelaten voor het rijk de functie van (tweedelijns)toezicht van belang blijven, voor zover het rijk tevens beleidsbepalende bevoegdheden heeft behouden. Het toezicht betreft in dat geval de beoordeling of de uitvoering (en veelal ook beleid en regelgeving) door het decentrale bestuur past binnen de kaders van het rijksbeleid en de landelijke regelgeving. Waar er rijksverantwoordelijkheid blijft voor de toezichthoudende

54 TK 1996-1997, 25 226, nr. 2.

en inspectietaken, is deze gekoppeld aan de ministeriële verantwoordelijkheid voor het desbetreffende beleidsterrein, aldus het kabinet.

De uitgangspunten voor de toedeling van verantwoordelijkheden leiden bij toepassing op de departementen tot het volgende beeld. De minister die op een bepaald terrein verantwoordelijk is voor de ontwikkeling van beleid en regelgeving moet ook de bevoegdheden hebben tot aansturing van de andere genoemde functies. De kwaliteit en betrouwbaarheid zijn gebaat bij een zekere onafhankelijke positionering van deze functies ten opzichte van elkaar binnen het departement. Dit betekent dat deze functies in enigerlei mate van elkaar moeten worden gescheiden. Deze scheiding zou tot uiting moeten komen door de desbetreffende bevoegdheden expliciet te regelen en waar nodig aan afzonderlijke organisatorische eenheden binnen het departement toe te delen.⁵⁵

Relatie tot de handhaving jegens overheden

Bij de totstandkoming van dit kabinetsstandpunt speelde het vraagstuk van de handhaving jegens overheden geen rol. Toch is het standpunt in dit verband van belang, omdat het meer duidelijkheid schept in de verhouding tussen (doorgaans centraal) toezicht door inspecties en de uitoefening van bevoegdheden door decentrale lichamen enerzijds en de verhouding van inspecties tot andere onderdelen van dezelfde bestuurslaag anderzijds. Wat het eerste punt betreft, merkt de commissie op dat het (in grote mate) onderbrengen van inspectietaken bij de decentrale overheden, wat daarvan overigens ook zij, bepaald geen bijdrage zal leveren aan de mogelijkheden om langs bestuurlijke weg preventief en corrigerend op te treden tegen decentrale overheden die strafbare feiten begaan. De inspectie die tot de organisatie van de (potentiële) overtreder behoort, kan niet als waarborg tegen overtredingen door die organisatie zelf worden gezien. Ten aanzien van het tweede punt meent de commissie dat het uit een oogpunt van de handhaving jegens overheden gunstig zou zijn dat de inspecties op de departementen een relatief grote zelfstandigheid zouden hebben. Bij toedeling van inspectietaken aan de decentrale overheden zou, onverminderd het hiervoor opgemerkte, zulk een zelfstandige positie om dezelfde reden zeker ook wenselijk zijn.

9.7.7 BEOORDELING

Inspecties zijn er in Nederland in groten getale en in allerlei vormen, op basis van uiteenlopende wetgeving, met verschillende taken en bevoegdheden. De meeste inspecties richten zich op het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften door burgers en bedrijven. Zij hebben geen taak ten opzichte van overheidslichamen, omdat de wettelijke voorschriften waarop zij toezicht houden niet door overheidslichamen *in de uitoefening van hun publiekrechtelijke taak* worden overtreden (Verkeersinspectie, Scheepvaartinspectie, Volksgezondheidsinspectie, Onderwijsinspectie, Arbeidsinspectie, Inspectie voor de Drankwetgeving).

55 TK 1996-1997, 25 226, nr. 2, p. 5.

Van belang uit dit oogpunt zijn wel de Inspectie Milieuhygiëne, de Dienst Recherchezaken en de Inspectie van de Ruimtelijke Ordening. De eerste inspectie maakt een onderscheid tussen eerste- en tweedelijnstoezicht. Het eerstelijnstoezicht richt zich op de bedrijven, het tweede op de (decentrale) overheid en de wijze waarop deze de milieuwetgeving uitvoert en eventueel handhaaft. Op het eerste gezicht zou de inspectie in het kader van de handhaving jegens overheden zijn aandacht op het tweedelijnstoezicht moeten vestigen. Bij nader inzien gaat het echter bij deze problematiek niet om de vraag hoe de overheid de milieuwetgeving uitvoert en handhaaft, maar om de vraag of zij deze zelf naleeft bij de uitoefening van haar overheidstaak. Het gaat hier dus, ook wat betreft de overige inspecties, om eerstelijnstoezicht of -handhaving maar dan gericht op overheden.

De handhaving jegens overheden schiet echter tekort bij het toezicht zoals dat op dit moment door de inspecties wordt uitgeoefend. De IMH heeft wel een eerstelijns handhavingstaak, maar deze richt zich op de handhaving van wetten en regels waarvoor de minister van VROM bevoegd gezag is. Het gaat hier dus niet om de vraag of de centrale overheid zelf deze wetten naleeft, maar of burgers en bedrijven dit doen, terwijl eerstelijnstoezicht jegens decentrale lichamen niet afzonderlijk plaatsvindt en deel uitmaakt van het tweedelijnstoezicht. De IRO onderneemt op het gebied van de eerstelijns handhaving in feite in het geheel geen activiteiten.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat het huidige functioneren van inspecties nauwelijks effect sorteert in het kader van de handhaving jegens overheden.

De Dienst Recherchezaken van VROM neemt wat dit betreft een speciale plaats in. Formeel gezien bestrijkt het werkterrein van de DRZ dat van het vraagstuk van handhaving jegens overheidslichamen. Zoals vermeld, verricht de DRZ onderzoeken naar misbruik en oneigenlijk gebruik van de VROM-wet- en regelgeving. Naast haar zelfstandige werkzaamheden voert deze dienst ook werkzaamheden voor andere inspecties uit (o.a. IMH en IRO). De DRZ verzamelt in veel gevallen de gegevens, waarna de inspecties bijvoorbeeld een advies uitbrengen. De indruk bestaat dat de inzet van de DRZ enerzijds te maken heeft met een capaciteitsgebrek aan de kant van de inspecties, anderzijds met de specifieke kwaliteit en know how van de DRZ in het doen van feitenonderzoek. De werkzaamheden van de DRZ hebben echter met name betrekking op de VROM-*subsidieregelingen*. De DRZ is op dit gebied belast met zowel de handhaving op bestuursrechtelijk als op strafrechtelijk gebied en is bij uitstek geschikt om overtredingen van wettelijke voorschriften door overheden op te sporen en bij een geconstateerde overtreding proces-verbaal op te maken.

Hierbij doen zich echter twee problemen voor. Ten eerste zal er met een dergelijk proces-verbaal in strafrechtelijke zin niets gebeuren, zolang voor overheidslichamen een strafrechtelijke immuniteit blijft gelden. Ten tweede is wat betreft de DRZ de minister van VROM de beheerder van deze bijzondere opsporingsdienst en tevens eindverantwoordelijk voor de uitoefening van de bestuursrechtelijke handhavingstaak. Op het moment dat de DRZ toezicht zou gaan uitoefenen op de naleving van wettelijke voorschriften door de centrale overheid, komt de positie van de dienst, zeker als het gaat om het eigen ministerie, in gedrang. Dit geldt ook voor de posities die alle overige inspecties innemen binnen het eigen

departement.

In een interview dat is opgenomen in het Jaarverslag 1996 van de Inspectie Milieuhygiëne wordt dit als volgt geïllustreerd. In een rapport van de minister aan de Kamer omtrent de uitvoering van de Wet milieubeheer worden slechts twee van de drie bevoegde gezagen genoemd. Terecht stelt de geïnterviewde de vraag waarom de minister niet rapporteert over de uitvoering van vergunningverlening en handhaving door de eigen organisatie (en wel over de uitvoering door provincies en gemeenten).⁵⁶

Het is dan ook een goede ontwikkeling dat het kabinet in zijn standpunt omtrent de positionering van inspecties en de organisatie van departementen opmerkt, dat zij een heroriëntatie noodzakelijk acht op de positionering van die taken en functies die van belang zijn voor een kritische feedback op de ontwikkeling en uitvoering van beleid en regelgeving. De commissie merkte hiervoor al op hoe zeer zij een tamelijk onafhankelijke positionering van de inspectie binnen het departement toejuicht juist met het oog op de mogelijke handhaving jegens de overheid, meer bepaald het departement.

Wat betreft de omvang van het toezichthouden blijkt sprake te zijn van aanzienlijke verschillen. Deze verschillen hebben deels te maken met beschikbare capaciteit, maar ook met prioriteiten bij de inzet van de beschikbare capaciteit. Zo wordt veel tijd gebruikt voor stimulerende activiteiten (cursussen, proefprojecten etc.) en advisering.

Hoewel op dit moment de inspecties dus geen belangrijke rol spelen in het kader van de handhaving jegens overheden, kan een dergelijke rol in de toekomst wel degelijk door de inspecties worden vervuld. Dit vraagt naast een herbezinning op de positionering tevens een cultuuromslag bij de inspecties zelf. Het accent moet verschuiven van stimulering, voorlichting en advisering naar het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften in strikte zin. Voorzover deze voorschriften door overheden in het kader van de uitoefening van hun publiekrechtelijke taak kunnen worden overtreden, zullen ook deze overheden in dit toezicht moeten worden betrokken. Wat betreft de centrale overheid vereist dit voor de inspecties een zekere onafhankelijkheid en zelfstandigheid ten opzichte van de departementen waarbinnen ze opereren. De indruk bestaat dat een cultuuromslag, terug naar de klassieke inspectietaak, bij de inspecties waar dit nodig is, niet op grote weerstanden stuit en dat men daarop bij sommige inspecties ook al anticipeert.

56 Inspectie Milieuhygiëne, Jaarverslag 1996, p. 28.

9.8 Toezicht op de centrale overheid

9.8.1 INLEIDING

Bij de bespreking van het bestuurlijk toezicht bleek reeds dat dit toezicht zich niet richt op de centrale overheid. Bestuurlijk toezicht op de centrale overheid zou een *contradictio in terminis* inhouden. Verder is vastgesteld dat het uitoefenen van toezicht door inspecties op de centrale overheid gemakkelijk een conflict van loyaliteiten kan opleveren. Als er dus met het oog op de handhaving van wettelijke voorschriften behoefte bestaat aan een effectief toezicht op de centrale overheid, dan zullen andere vormen van toezicht mede in beschouwing moeten worden genomen. In beginsel oefenen drie instanties enige vorm van toezicht uit op de centrale overheid:

- a. de rechterlijke macht;
- b. de Nationale ombudsman;
- c. de Algemene Rekenkamer.

Aan het optreden van de rechterlijke macht in de zin van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke controle besteedt de commissie hier geen aandacht omdat dit buiten de in § 9.1 vermelde opdracht valt, terwijl de strafrechtelijke controle op overheden door de rechter nu juist ter discussie staat. In onderstaande paragraaf zal dan ook slechts worden ingegaan op de vraag of de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer een volwaardig alternatief kunnen bieden voor een strafrechtelijke reactie op strafbaar handelen van een overheidslichaam.

9.8.2 DE NATIONALE OMBUDSMAN

Inleiding

De instelling van het instituut Nationale ombudsman vindt haar grondslag in art. 108 Grondwet dat sinds 1983 bepaalt, dat de wetgever één of meer algemene, onafhankelijke organen voor onderzoek van klachten betreffende overheidsgedragingen moet instellen. De Nationale ombudsman biedt bescherming bij geschillen tussen burger en bestuur. Het gaat hierbij om een aanvulling op, maar niet om een aanvulling binnen het stelsel van *rechtsbescherming*.⁵⁷ De staatsrechtelijke positie van de Nationale ombudsman is die van een 'Hoog College van de Staat'⁵⁸, waardoor de Nationale ombudsman onafhankelijk ten opzichte van de regering is. Hij wordt benoemd door de Tweede Kamer. Op deze wijze wordt zijn onafhankelijke positie ten opzicht van het bestuur benadrukt. De benoeming geldt voor een termijn van

57 E. Helder, *Ombudsman en administratieve rechtsbescherming* (diss.) Enschede 1989, p. 199. Zie ook TK 1979-1980, 14 178, nr. 4, p. 29. Nicolai e.a., *Bestuursrecht*, 6e druk, Amsterdam 1997, p. 743 en E.J. Daalder, in: *De Nationale ombudsman*, VAR-geschrift 106, Alphen aan den Rijn 1991, zijn van mening dat er door het ontbreken van een bindend advies niet gesproken kan worden van (echte) rechtsbescherming.

58 TK 1981-1982, 17364, nrs. 1-2, p. 5. Zie ook J.B.J.M. ten Berge, *De betekenis van de Nationale ombudsman voor het bestuursrecht*, VAR-geschrift 106, p. 15.

zes jaar.⁵⁹

Bevoegdheid en toepassingsgebied

De ombudsman heeft tot taak onderzoek te doen naar de wijze waarop bestuursorganen zich in een bepaalde aangelegenheid ten aanzien van een natuurlijke persoon of rechtspersoon al dan niet behoorlijk hebben gedragen. Een gedraging van een ambtenaar, verricht in de uitoefening van zijn functie, wordt aangemerkt als een gedraging van het bestuursorgaan waarbij deze in dienst is.

Op grond van art. 12 Wet Nationale ombudsman (WNo) heeft 'een ieder' het recht de ombudsman schriftelijk te verzoeken een onderzoek in te stellen. Daarnaast is de ombudsman bevoegd uit eigen beweging een onderzoek in te stellen naar gedragingen van bestuursorganen. Er bestaat evenwel geen bevoegdheid tot onderzoek naar aangelegenheden die behoren tot het algemeen regeringsbeleid en naar algemeen verbindende voorschriften. Deze bevoegdheid bestaat evenmin indien er een administratiefrechtelijke voorziening aanwezig dan wel aanhangig is of indien er in een administratiefrechtelijke voorziening reeds een uitspraak is gedaan.

De Nationale ombudsman is vanaf 1994 bevoegd gedragingen te onderzoeken van de rijksoverheid, de politie, de waterschappen⁶⁰, de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en in beginsel alle zelfstandige bestuursorganen⁶¹ en deze gedragingen op behoorlijkheid te toetsen. Globaal gesproken valt dus de hele overheid onder de toets van het ombudsmaninstituut behalve de provincies, de gemeenten en de organen en lichamen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Onder voorwaarden zal de voorziening bij de Nationale ombudsman ook ter beschikking worden gesteld aan mede-overheden.⁶² Aansluiting bij de Nationale ombudsman zal mogelijk worden op vrijwillige basis en tegen vergoeding van de daaraan verbonden kosten. De provincies en een aantal gemeenten zijn bij wijze van 'startproject' per 1 juli 1996 onder de competentie van de Nationale ombudsman gebracht.

Het onderzoek

De ombudsman beschikt over tal van onderzoeksbevoegdheden, zoals het oproepen van overheidsfunctionarissen, verzoekers, getuigen, deskundigen en tolken, het opvragen van schriftelijke stukken en het zonder toestemming, met uitzondering van woningen, betreden van alle plaatsen waar het administratief orgaan (waarvan de gedraging wordt onderzocht) zijn werkzaamheden verricht. Voordat hij het onderzoek afsluit, deelt de ombudsman zijn bevindingen mee aan de betrokkenen en stelt deze in de gelegenheid binnen een door hem te stellen termijn te reageren. Het onderzoek van de ombudsman mondt uit in een rapport, waarin – naast een

59 Zie recent over het werk en de betekenis van de Nationale ombudsman J.B.J.M. ten Berge, M.P. Gerrits-Jansens en R.J.G.M. Widdershoven, *Blik op de toekomst van de Nationale ombudsman*, Deventer 1997.

60 KB van 1 september 1993, Stb. 488.

61 KB van 16 oktober 1993, Stb. 535, zelfstandige bestuursorganen worden in een bijlage genoemd en KB 8 juni 1995, Stb. 340.

62 Notitie van 30 mei 1995 TK 1994-1995, 24 206, nr. 1.

beschrijving van de klacht en de procedure – een overzicht wordt gegeven van de bevindingen, gevolgd door de overwegingen, het oordeel en eventueel één of meer aanbevelingen. De ombudsman hanteert bij zijn onderzoek een aantal eigen, voor zijn positie specifieke, beoordelingsmaatstaven.⁶³ Het behoorlijkheidsoordeel is voor de normontwikkeling inzake de relatie overheid-burger van grote betekenis.⁶⁴

De effecten

Het instituut Nationale ombudsman heeft zich sinds de oprichting een prominente positie verworven door een steeds professioneler en doelmatiger werkwijze en door een effectieve publiciteit. Het heeft in zijn 15-jarig bestaan het vertrouwen gewonnen van klagers, politiek en bestuursorganen.⁶⁵ Hoewel de rapporten niet bindend zijn, worden ze door veel betrokken overheidsorganen wel als zodanig beschouwd. Veel aanbevelingen worden dan ook ongewijzigd overgenomen. Jaarlijks doet de ombudsman verslag van zijn werkzaamheden aan de Tweede Kamer. In elk jaarverslag staan overzichten van de effecten van de rapportages en de aanbevelingen.

Beoordeling

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt, dat de Nationale ombudsman daadwerkelijk invloed uitoefent op het gedrag van bestuursorganen. Toch lijkt de ombudsman geen afdoende rol te kunnen spelen in het kader van de handhaving jegens overheden. Ten eerste komt dat deel van de overheid dat onder de competentie van de ombudsman valt niet overeen met het geheel aan overheidslichamen die voor strafrechtelijke immuniteit in aanmerking komen. Een grote groep (bestuurs)-organen/openbare lichamen valt immers nog altijd buiten de competentie van de Nationale ombudsman. Daarnaast heeft de ombudsman geen bevoegdheid tot onderzoek ten aanzien van een aantal uitgezonderde aangelegenheden en besluiten en in bepaalde situaties. Verder is het de vraag of burgers, als ze al op de hoogte zijn van een door de overheid gepleegde overtreding, zich met een klacht tot de Nationale ombudsman zullen richten. Bovendien behoeft een overtreding van wettelijke voorschriften geen aanleiding te geven tot een onbehoorlijke gedraging jegens burgers. De nadruk zal dus moeten liggen op het onderzoek door de ombudsman uit eigen beweging. Van deze mogelijkheid maakt de Nationale ombudsman echter een beperkt gebruik. In de eerste plaats zal hij door een structureel aantal gelijksoortige klachten attent moeten worden gemaakt op een mogelijke misstand. In de tweede plaats stelt de beschikbare capaciteit van het instituut beperkingen aan het aantal onderzoeken uit eigen beweging en de omvang ervan.

Als laatste bezwaar tegen een rol voor de ombudsman in het hier besproken kader geldt, dat de onderzoeken van de ombudsman niet tot een bindende uitspraak leiden. Hoewel de rapporten door veel betrokken overheidsorganen wel als bindend

63 E. Helder, Nationale ombudsman en bestuursrecht, NJB 1992, p. 134. Zie voor beoordelingscriteria Ten Berge/Gerrits-Janssens/Stolk, Vereisten van behoorlijkheid, Zwolle 1992, p. 9-11.

64 J.B.J.M. ten Berge, a.w., p. 18.

65 J. Timmer en B. Niemeijer, Burger, overheid en Nationale ombudsman, Den Haag 1994, p. 246.

worden beschouwd en aanbevelingen veelal ongewijzigd worden overgenomen, kunnen overheden het oordeel van de ombudsman negeren. Zeker wanneer het gaat om overtreding van wettelijke voorschriften zal er behoefte kunnen bestaan aan een meer bindend oordeel.

Dit alles neemt niet weg dat het toezicht door de Nationale ombudsman – met name wanneer dit uit eigen beweging wordt uitgeoefend – een rol kan spelen bij de handhaving jegens overheden. Van een volwaardig alternatief voor strafrechtelijke vervolgbaarheid kan echter naar het oordeel van de commissie onder de huidige omstandigheden zeker niet worden gesproken.

9.8.3 DE ALGEMENE REKENKAMER

Inleiding

De Algemene Rekenkamer is als onafhankelijke instantie⁶⁶ belast met het onderzoek naar de ontvangsten en de uitgaven van het Rijk. Zij ontleent haar bevoegdheden aan de Grondwet en de daarop gebaseerde Comptabiliteitswet (Cw). Het is de taak van de Rekenkamer om regering en Staten-Generaal in te lichten over de kwaliteit van de beleidsuitvoering en de besteding van publieke middelen. Zij voert een repressieve controle uit. Dit houdt in dat de Rekenkamer de financiële gevolgen van besluitvorming beoordeelt nadat deze is afgerond.

Competentie

De Rekenkamer is behalve tot controle op de rijksbegroting tevens bevoegd controles te verrichten bij instellingen buiten het Rijk. Het gaat hierbij om bedrijven en organisaties waarmee het Rijk een financiële binding heeft⁶⁷ en om rechtspersonen die wettelijke taken uitoefenen en daartoe met publieke middelen worden gefinancierd.⁶⁸

Hoewel lagere overheden, als gevolg van het gevoerde decentralisatiebeleid, de afgelopen jaren steeds meer rijkstaken toebedeeld hebben gekregen, is er uitdrukkelijk van afgezien de taken van de Rekenkamer tot de lagere overheid uit te breiden. Lagere overheden zijn immers instellingen met een eigen democratisch gekozen bestuur, waaraan de bevoegdheid tot regelgeving en bestuur van hun huishouding wordt overgelaten. Een controletaak van de Rekenkamer op decentrale overheden ten behoeve van regering en Staten-Generaal is hiermee niet verenigbaar.⁶⁹

66 Zo worden de leden voor het leven benoemd. Voorts is het lidmaatschap niet verenigbaar met andere openbare betrekkingen waaraan een vaste beloning of toelage is verbonden.

67 Bijvoorbeeld in de vorm van een deelneming, subsidie, garantie of lening. De organisaties en instellingen zullen overigens niet snel voor strafrechtelijke immuniteit in aanmerking komen.

68 Vgl. Jaarverslag Algemene Rekenkamer 1996, TK 1996-1997, 25 286, nrs. 1-2, p. 9.

69 TK 1996-1997, 25 286, nrs. 1-2, p. 11. TK 1989-1990, 21 471, nr. 3, p. 14 (Vijfde wijziging Comptabiliteitswet).

Rechtmatigheidsonderzoek

De Rekenkamer heeft een eigen bevoegdheid tot het instellen van een onderzoek. Daarnaast kan de Rekenkamer op verzoek van elk van de Kamers van de Staten-Generaal bepaalde onderzoeken instellen. De Rekenkamer verricht allereerst controle op de rechtmatigheid van de rijksuitgaven. De administratieve organisatie en de maatregelen van de interne controle moeten in de eerste plaats voldoende waarborgen bevatten voor een rechtmatige inning en besteding van gelden. Gekeken wordt of de verplichtingen, uitgaven en ontvangsten tot stand zijn gekomen in overeenstemming met de begrotingswetten (begrotingsrechtmatigheid) en met andere wettelijke regelingen (beleidsrechtmatigheid) en of ook overigens zorggedragen is voor een ordelijk en controleerbaar financieel beheer. Behalve van de uitkomsten van eigen onderzoek kan de Rekenkamer gebruik maken van de resultaten van door anderen verrichte controles. De bewaking van de rechtmatigheid richt zich met name op de controle van de kwaliteit en de werking van de administratieve organisatie (procescontrole). Indien het financieel beheer niet ordelijk en controleerbaar is, is het niet mogelijk de rechtmatigheid van de uitgaven en ontvangsten met redelijke zekerheid vast te stellen.⁷⁰

Heeft de Rekenkamer bezwaar tegen het gevoerde financiële beheer of de verantwoording daarover, dan deelt zij dit bezwaar mee aan de betrokken minister. Deze is dan verplicht om binnen een maand na ontvangst een voorstel te doen dat tot opheffing van het bezwaar kan leiden. Handhaaft de Rekenkamer haar bezwaar en houdt dit bezwaar in dat er sprake is van strijd met de begrotingswet of met andere wettelijke regelingen, dan wordt binnen twee maanden aan de Tweede Kamer een voorstel tot opheffing van het bezwaar aangeboden. Is er sprake van een ander bezwaar, dan maakt de Rekenkamer daarvan melding in haar rapport, als bedoeld in art 67 Cw. Daarnaast kan de Rekenkamer een aantekening plaatsen bij de financiële verantwoording van het Rijk. De betrokken minister dient in dat geval in een aanvullende toelichting zijn standpunt over het bezwaar kenbaar te maken aan de Staten-Generaal.⁷¹

In het kader van het onderzoek gericht op het financiële beheer en de controle daarop door de Rekenkamer is de kans niet uitgesloten dat strafbare gedragingen aan het licht komen. Deze zullen echter altijd een directe relatie moeten hebben met het financieel beheer en de financiële verantwoording. Daarmee bestrijkt de Rekenkamer maar een beperkt gedeelte van het in het kader van de handhaving jegens overheden potentieel relevante gebied, nog afgezien van het feit dat het financieel toezicht door de Rekenkamer kort gezegd tot de rijksoverheid en daaraan financieel gelieerde instellingen beperkt blijft.

70 Vgl. Rapport Algemene Rekenkamer: Rechtmatigheidsonderzoek 1995, TK 1995-1996, 24 830, nrs. 1-2, p. 246; J. Vos, Controle op het financiële beheer en de doelmatigheid, In: Toegang tot de rijksbegroting (red: Brink, Witteveen), SDU Den Haag 1995, p. 81-82.

71 Vgl. art. 56 lid 3 en lid 4 Cw. Voor overwegingen van de Rekenkamer voor het aanbrengen van een bezwaar zie TK 1995-1996, 24 830, nrs. 1-2, p. 248.

Doelmatigheid

De Rekenkamer wijdt tevens aandacht aan de doelmatigheid van het beheer, de organisatie en het gevoerde beleid van het Rijk. De wetgever heeft hierbij geen integraal onderzoek beoogd.⁷² Gekeken wordt naar de effectiviteit en de efficiëntie van het beleid. Bij dit onderzoek is de doelstelling van het beleid als zodanig een gegeven voor de Rekenkamer. Evenals bij het rechtmatigheidsonderzoek gaat het om een toetsing achteraf.⁷³ De uitkomsten van de doelmatigheidsonderzoeken worden gepubliceerd in het jaarverslag, de juni- en decemberverslagen en tussentijds in verslagen van individuele onderzoeken.

Effecten

Uit het verslag over 1996 kan worden opgemaakt, dat van het onderzoek door de Rekenkamer een zekere preventieve werking uitgaat. In veel gevallen leidt alleen al de voorbereiding en aankondiging van een onderzoek tot gewenste verbetering. Ook tijdens de uitvoering van een onderzoek worden vaak aanpassingen doorgevoerd of extra inspanningen verricht om de beoogde verbeteringen tot stand te brengen. Naar aanleiding van conclusies en aanbevelingen van de Rekenkamer is, na afronding van de onderzoeken, tevens een groot aantal toezeggingen ter verbetering gedaan door betrokken bewindspersonen en bestuurders. De Rekenkamer heeft echter, in die gevallen waarin toezeggingen niet worden nagekomen, geen sanctiebevoegdheid. Het enige dat zij in een dergelijk geval kan doen, is de onwenselijke situatie opnieuw – middels een onderzoek – aan de kaak stellen. Dit geldt met name bij doelmatigheidsonderzoeken. In deze gevallen is de Rekenkamer afhankelijk van de medewerking van het parlement. Als het parlement niet of niet doeltreffend reageert op de rapporten en verslagen, staat de Rekenkamer met lege handen.⁷⁴

Beoordeling

Het rechtmatigheidsonderzoek van de Rekenkamer richt zich met name op het financiële beheer van rijksinstellingen. Mocht de Rekenkamer tot de conclusie komen dat er sprake is van een 'onrechtmatige' handeling, dan houdt dit nog niet in dat er sprake is van een strafrechtelijk vervolgbaar feit. Het onderzoek is ook niet gericht op het aan het licht brengen van strafbare feiten. Het is echter niet uitgesloten dat de Rekenkamer in het kader van haar onderzoeken op dergelijke feiten stuit. Daarnaast kan worden opgemerkt dat, ondanks de veelal positieve effecten van haar onderzoeken, de Rekenkamer voor de effectuering van de uitkomsten van haar onderzoeken afhankelijk is van de medewerking van het parlement. Dat geldt ook in het geval zij wel op een strafbaar feit stuit. Hoewel de Rekenkamer daadwerkelijk toezicht uitoefent op de rechtmatigheid en doelmatigheid van de financiële huishouding van de centrale overheid, leidt het bovenstaande naar de mening van de commissie

72 TK 1973-1974, 13 037, nr. 3.

73 Wijziging Cw, TK 1989-1990, 21 471, nr. 3, p. 13-14.

74 L.J.F. Dolmans, De Algemene Rekenkamer en de doelmatigheid van de Rijksdienst, Beleid & Maatschappij 1987/1, p. 18-28.

tot de conclusie dat zij slechts een beperkte rol kan spelen in het kader van de handhaving van wettelijke voorschriften in het algemeen jegens overheden.

9.9 Is uitbreiding van bevoegdheden gewenst?

In het voorgaande is al naar voren gekomen dat om bepaalde vormen van bestuurlijke controle effectief te laten functioneren ten behoeve van de handhaving jegens overheden, de desbetreffende wettelijke regelingen zouden moeten worden aangepast. Het spontane schorsings- en vernietigingsrecht vormt met zijn huidige beperkingen geen effectief alternatief voor strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen. De controle door inspecties op het handelen van overheidslichamen is beperkt. Deze zou overigens op basis van de bestaande bevoegdheden wel kunnen worden geïntensiveerd.⁷⁵ Ook uit de wettelijke bevoegdheden en taakomschrijving van de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer vloeien bepaalde beperkingen voort met het oog op een rol in het kader van de handhaving jegens overheden.

Natuurlijk kunnen deze beperkingen door wetwijziging worden opgeheven. De commissie beveelt dit echter niet aan. Zo lijkt het niet verstandig een instrument dat als uiterste middel is bedoeld voor bestuurlijk toezicht op decentrale overheden, van karakter te doen veranderen omdat het zou moeten worden ingezet in het kader van de handhaving jegens overheden. Hetzelfde zou gelden voor een uitbreiding van bevoegdheden van de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer. Beide instellingen vormen gerespecteerde colleges die ieder op hun terrein een goede en gewaardeerde rol vervullen. De positie van deze colleges moeten niet ter discussie komen te staan als gevolg van het feit dat zij een andere rol dan zij thans spelen, moeten gaan vervullen in het kader van de handhaving jegens overheden, omdat de strafrechtelijke immuniteit van overheidslichamen gehandhaafd zou moeten blijven.

Dit betekent dat van de onderzochte vormen van bestuurlijk toezicht alleen een ander functioneren van inspecties op korte termijn enig soelaas kan bieden. De commissie beveelt een andere opstelling van sommige inspecties ook aan. Het is de commissie daarbij niet gebleken dat inspecties in dit verband over ruimere bevoegdheden zouden moeten beschikken dan die welke nu aan hen zijn toegekend. Wel valt op dat niet van alle inspecties toegankelijke gegevens zijn te verkrijgen in de vorm van een jaarverslag, waarin afzonderlijk verslag wordt gedaan van hun activiteiten gericht op de handhaving jegens overheden. Naar het oordeel van de commissie vormt een dergelijke verslaglegging een minimumvoorwaarde voor een intensivering van de rol van inspecties ten opzichte van overheden.

75 Het verzelfstandigen van de positie van inspecties ten opzichte van de departementen waartoe ze behoren, vormt vooral een kwestie van interne organisatie (die overigens wel een zekere weerslag kan hebben op de wettelijke omschrijving van taken en positie).

9.10 Geen volwaardig alternatief voor het strafrecht

De bespreking van het bestaande bestuurlijk toezicht, de rol van inspecties en van instanties die toezicht uitoefenen op de centrale overheid, leidt tot de tussentijdse conclusie, dat deze geen volwaardig alternatief voor het strafrecht bieden als reactie op overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen. De beperking van bestaande vormen van bestuurlijk toezicht schuilt vooral in het gebrek aan zekerheid dat langs deze weg overtredingen daadwerkelijk aan het licht komen. Bovendien biedt bestuurlijk toezicht maar beperkte mogelijkheden om gebleken overtredingen te redresseren. De rol van inspecties bij het toezicht op overheidslichamen kan worden versterkt. Zij kunnen bij het aan het licht brengen van overtredingen door overheidslichamen een grotere rol spelen. Dit kan inspecties overigens wel in een rolconflict brengen wanneer het gaat om overtreding door onderdelen van de centrale overheid. Wanneer overtredingen eenmaal aan het licht zijn gebracht, is de rol van inspecties in beginsel uitgespeeld. Dit betekent dat zij voor de effectiviteit van hun toezichthoudend werk jegens overheden afhankelijk zijn van doeltreffende vervolgacties. Van de Rekenkamer is vastgesteld dat haar bevoegdheden liggen binnen de sfeer van het financieel toezicht. Overtredingen die de overheid in dit kader pleegt, kan zij aan de kaak stellen. Voor overtredingen die geen relatie vertonen met financiële controle biedt de Rekenkamer geen soelaas, terwijl haar toezicht zich beperkt tot de centrale overheid. Voor de Nationale ombudsman ligt de situatie genuanceerder. Hij beschikt over een bevoegdheid om uit eigen beweging een onderzoek in te stellen, zij het dat dit onderzoek zich niet primair richt op het opsporen van strafbare feiten, maar op de wijze waarop een bestuursorgaan zich jegens een burger heeft gedragen. Aan de uitkomst van dit onderzoek komt bovendien geen bindende werking toe.

Het voorgaande bevestigt de commissie in haar uitgangspunt dat er geen principiële redenen zijn om strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen uit te sluiten. Gebleken is dat, om uiteenlopende redenen, voor een dergelijke vervolgbaarheid geen volwaardig alternatief wordt geboden door verschillende vormen van bestuurlijke en politieke controle. Ook wanneer deze vormen zouden worden uitgebreid, waartoe naar de mening van de commissie op korte termijn slechts beperkte mogelijkheden aanwezig zijn, blijft er toch behoefte bestaan aan de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen. Dit standpunt van de commissie vindt in de literatuur brede ondersteuning⁷⁶ en het stemt overeen met de opvatting van het College van Procureurs-Generaal.⁷⁷ Bepaalde vormen van bestuurlijke en politieke controle zouden juist aan effectiviteit kunnen winnen wanneer niet bij voorbaat strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen als mogelijk vervolgetraject zou zijn uitgesloten.

76 Zie onder meer A. de Lange, *De dictatuur van de magistratuur*, NJB 1995, p. 441-447; Roel de Lange en Chrisje Brants, *Strafvervolgving tegen overheden*, Deventer 1996; A.M. Fransen, *Crimineel overheidsgedrag in de doofpot*, NJB 1997, p. 10-15.

77 Advies inzake 'strafvervolgving overheden', november 1996.

9.11 Modaliteiten van handhaving

Het uitgangspunt dat strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen mogelijk moet zijn, betekent niet dat naar de mening van de commissie bij iedere ernstige verdenking van strafbare feiten of bij iedere geconstateerde overtreding strafvorderlijk optreden en een strafrechtelijke veroordeling het meest op hun plaats zouden zijn. Aan de toepassing van het strafrecht op overheidslichamen kunnen ook nadelen zijn verbonden. Zo kan een strafvorderlijk optreden door het OM de goede werkrelatie met overheidslichamen, die noodzakelijk is om gezamenlijk te kunnen optreden in het kader van de handhaving, in gevaar brengen. Sommige overtredingen dragen niet een zo ernstig karakter dat een strafrechtelijke vervolging op haar plaats zou zijn, terwijl toch enige (bestuurlijke) reactie wel gewenst kan zijn. Ook kan het vereiste bewijs voor een strafrechtelijke vervolging niet geheel rond te krijgen zijn, terwijl er toch een ernstige verdenking blijft bestaan, die eveneens aanleiding zou kunnen geven tot een bestuurlijke reactie. Ten slotte bestaat de mogelijkheid dat een op te leggen straf niet effectief is. In feite komt als hoofdstraf alleen een geldboete in aanmerking. Het hangt helemaal af van de financiële en budgettaire zelfstandigheid van het betreffende overheidslichaam (of onderdeel daarvan) of een geldboete een effectieve bestraffende functie kan vervullen. Overigens deelt de commissie niet de opvatting die wel eens naar voren wordt gebracht als zou een geldboete ten opzichte van een overheidslichaam principieel uitgesloten of nooit effectief zijn.

Naar het oordeel van de commissie zou – uitgaande van de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging – van geval tot geval moeten worden bezien welke soort reactie het meest aangewezen is bij een ernstige verdenking of een gebleken overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen. Dit heeft in de eerste plaats als voordeel dat strafrechtelijke immuniteit niet langer als drempel functioneert voor de ontvankelijkheid van het OM. Op basis van een reeds geheel of gedeeltelijk uitgevoerd onderzoek kan worden bepaald welk vervolgtraject het meest aangewezen is. Overwegingen daarbij kunnen zijn de ernst van de overtreding, de te verwachten effectiviteit van de reactie en de daarmee naar verwachting samenhangende werking ten opzichte van de samenleving, beleidsmatige prioriteiten bij OM en/of hogere bestuursorganen etc. De vraag naar de vervolging van overheden in een concreet geval wordt dan een opportuniteitsvraag, zoals dit ook het geval is bij de vervolging van burgers. Een tweede voordeel is dat langs deze weg in beginsel op iedere geconstateerde serieuze overtreding van wettelijke voorschriften door een overheidslichaam enige vorm van reactie kan volgen. Daarmee wordt voorkomen dat de in het begin van dit hoofdstuk genoemde slechte voorbeeldwerking ten opzichte van de samenleving ontstaat wanneer op een wetsovertreding door een overheidslichaam in het geheel geen reactie volgt.

De commissie onderscheidt ten aanzien van de overheid een aantal bijzondere modaliteiten (naast de algemeen gebruikelijke) om te reageren op een ernstige verdenking of een geconstateerde overtreding van wettelijke regels.

In de eerste plaats kan er behoefte zijn aan een extra procedurele waarborg

om een vervolging tegen een overheidslichaam door te zetten. Gezien de nadelen die verbonden kunnen zijn aan strafrechtelijk optreden tegen overheidslichamen is niemand gebaat bij een lichtvaardig ingezette vervolging, die vervolgens om welke reden dan ook wordt afgebroken. Een procedurele garantie zou bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in een verplichte inschakeling van het College van P-G's wanneer een opsporingsonderzoek tegen een overheidslichaam voldoende aanknopingspunten biedt om tot vervolging over te gaan.

Een tweede modaliteit ligt in de wijze van bestraffing. Denkbaar is dat de opgespoorde feiten dermate ernstig zijn dat een strafrechtelijke vervolging aangewezen is. Dan kan de strafrechter, indien hij de tenlastelegging bewezen acht, besluiten een strafrechtelijke veroordeling uit te spreken zonder oplegging van straf. De normbevestigende rol van het strafrecht staat in dat geval op de voorgrond. De strafrechter gaat er dan van uit dat de werking van de publiciteit en van de politieke controle de nodige effecten zal sorteren. In het verlengde hiervan ligt de mogelijkheid dat de strafrechter geen hoofdstraf in de vorm van een geldboete oplegt, omdat hij daarvan weinig effect in de zin van leedtoevoeging verwacht, maar zich beperkt tot het opleggen van een bijkomende straf of maatregel, bijvoorbeeld gericht op het afromen van het genoten voordeel of de verplichting om een in strijd met de wettelijke voorschriften uitgevoerde handeling ongedaan te maken. De Wet economische delicten biedt beide mogelijkheden.

Wanneer naar aanleiding van een onderzoek de conclusie moet luiden dat strafrechtelijke vervolging van een overheidslichaam niet aangewezen is, doen zich ook weer verschillende mogelijkheden voor. De eerste is dat de zaak wordt beëindigd, wanneer er geen sprake is van een serieus strafbaar feit. Wanneer er wel sprake is van een serieus te nemen verdenking of overtreding kan het OM het inmiddels verzamelde dossier overdragen aan een bestuursorgaan, dat aan de hand daarvan gebruik kan maken van toezichthoudende bevoegdheden. Daarbij dienen uiteraard de door de privacywetgeving gestelde grenzen in acht te worden genomen.

Volgens het onlangs aangepaste art. 14 lid 1 Besluit politieregisters kunnen gegevens uit een politieregister worden verstrekt aan, kort gezegd, milieu-toezichthouders die deze gegevens voor de goede uitoefening van hun bevoegdheden nodig hebben. Deze toezichthouders werken onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan. In die zin lijkt er geen bezwaar tegen dossier-overdracht aan dat orgaan zelf. Maar 'gegevens uit een politieregister' staat niet gelijk aan een compleet dossier, terwijl genoemd artikellid alleen op het toezicht op milieuwetten betrekking heeft. A contrario geredeneerd zou men voor andere gebieden kunnen menen dat bedoelde gegevensverstrekking niet toelaatbaar zou zijn. Hier moeten duidelijk nog de nodige vragen worden beantwoord. Bezien zou moeten worden in hoeverre het Besluit politieregisters ook voor andere gebieden dan de milieuwetgeving expliciet in de mogelijkheid van informatieverstrekking zou moeten voorzien.

Een algemeen, principieel bezwaar tegen bedoelde handelwijze acht de commissie

echter niet aanwezig.⁷⁸ Ook in het kader van de door haar bepleite samenwerking tussen OM en bestuur kunnen vele gegevens worden uitgewisseld. Het behoeft echter geen betoog dat het OM bij het overdragen van dossiers in de vorenbedoelde gevallen zorgvuldig te werk zal dienen te gaan met het oog op de belangen van bij de zaak betrokken personen.

Een volgende modaliteit is dat het OM het dossier niet overdraagt aan een hoger bestuursorgaan, maar aan een instantie die onafhankelijk van de overheid opereert, zoals de Nationale ombudsman. Deze kan in ieder geval op basis van zijn bestaande bevoegdheden de zaak onderzoeken en tot een oordeel en eventueel aanbevelingen komen. Mochten zijn bevoegdheden in het kader van een passende reactie op de overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen onvoldoende zijn, dan zouden deze kunnen worden uitgebreid. Daarvoor zou een wetwijziging nodig zijn. Dan ligt het echter naar het oordeel van de commissie eerder voor de hand om op de meer ernstige overtredingen door overheidslichamen te reageren met een strafrechtelijke vervolging.

Ten slotte zou, behalve aan het gebruik van de eerder genoemde afwerende toezichtsbevoegdheden in de vorm van schorsing en vernietiging en in het uiterste geval, bij een gebleken reeks van overtredingen, aan de taakverwaarlozingsregeling, kunnen worden gedacht aan de inzet van een positief toezichtsinstrument in de vorm van een algemene aanwijzingsbevoegdheid voor ministers en/of provinciebesturen. In een aanwijzing zou er bijvoorbeeld toe kunnen worden verplicht de overtreding of de gevolgen daarvan ongedaan te maken. Als alternatief voor een strafrechtelijke reactie op strafbare feiten zouden de bestaande, doorgaans tot het nemen van beslissingen beperkte en niet op handhaving gerichte, aanwijzingsbevoegdheden niet toereikend zijn. Voor een algemene aanwijzingsbevoegdheid betreffende feitelijke handelingen voelt de commissie echter weinig. Wanneer naast de vele bestuursrechtelijke mogelijkheden ook de strafrechtelijke weg zou openstaan, is een zo ingrijpende en centraliserende bevoegdheid niet nodig en niet gewenst.

9.12 Conclusies

Algemeen

Naar het oordeel van de commissie is er geen principiële reden om strafrechtelijke vervolging van overheidslichamen uit te sluiten. Eerder is het omgekeerde het geval. Dit geldt zowel voor de centrale als de decentrale overheden. Een hiermee overeenstemmende wijziging van art. 51 Sr is gewenst. Dit standpunt brengt niet mee dat in alle gevallen waarin er sprake is van een ernstige verdenking of gebleken overtreding van wettelijke voorschriften door overheidslichamen langs strafrechtelijke weg zou moeten worden opgetreden. De opvatting van de regering dat in het kader

78 In het kader van het strafrechtelijke onderzoek moet aan degene die is verhoord de cautie worden gegeven (art. 26 Sv); betrokkene kan zich dan niet met recht in het vervolgetraject beklagen over uitspraken die hij in het strafrechtelijke onderzoek heeft gedaan.

van de handhaving jegens overheden de politieke en bestuurlijke controle op de eerste plaats dient te komen, is juist.

Bestuurlijk toezicht

Voor de handhaving jegens overheden is preventief toezicht in de vorm van goedkeuring niet van belang. Aan de toepassing van het repressieve toezicht in de vorm van spontane schorsing en vernietiging zijn in het kader van de handhaving jegens overheden ernstige beperkingen verbonden. Dit toezicht is in zijn huidige vorm dan ook niet effectief als handhavingsmiddel jegens overheden. Uiteraard kunnen deze beperkingen door wetgeving worden opgeheven. De commissie beveelt dit echter niet aan. Het instrument van de spontane schorsing en vernietiging zou daardoor van karakter veranderen. De commissie ziet niet in wat daarvan de meerwaarde zou zijn in vergelijking met de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolgbaarheid. De taakverwaarlozingsregeling is evenmin bedoeld ten behoeve van de handhaving jegens overheden. Zij kan daarvoor wellicht worden toegepast, maar zou dan ook van karakter veranderen.

Inspecties

Het huidige toezicht door inspecties op overheidslichamen loopt sterk uiteen. In het algemeen is dit toezicht niet bijzonder intensief en dus ook niet zeer effectief. Het toezicht door inspecties op overheidslichamen zou zonder verandering van toepasselijke wettelijke regels kunnen worden geïntensiveerd. De indruk bestaat dat daartoe bij de inspecties die daarvoor in aanmerking komen de bereidheid bestaat. Dit vergt echter in eerste instantie een cultuuromslag – van adviseren naar inspecteren – en vermoedelijk ook formatie-uitbreiding. Een minimumvoorwaarde voor een intensivering van het toezicht door inspecties op overheidslichamen vormt een deugdelijke verslaglegging. Om doeltreffend toezicht te kunnen uitoefenen op organen van de centrale overheid, dienen inspecties in hoge mate onafhankelijk en zelfstandig ten opzichte van een departementale organisatie te kunnen opereren. Hun optreden zal wel moeten blijven vallen onder de ministeriële verantwoordelijkheid.

Nationale ombudsman en Algemene Rekenkamer

De invloed die de Nationale ombudsman in het kader van zijn onderzoeken uitoefent op bestuursorganen, is duidelijk aanwijsbaar. Zijn toezicht is echter in het kader van de handhaving jegens overheden aan beperkingen gebonden. Deze beperkingen zouden door wetswijziging kunnen worden opgeheven. De commissie beveelt een dergelijke wetswijziging niet aan, gezien het niet denkbeeldige gevaar dat een betrokkenheid van de Nationale ombudsman bij de handhaving jegens overheden ten koste zou gaan van de gerespecteerde en onomstreden positie die hij thans inneemt. Wel zou de Nationale ombudsman binnen het kader van zijn huidige bevoegdheden, in zaken die daarvoor in aanmerking komen, een taak kunnen vervullen bij de niet-strafrechtelijke afdoening van geconstateerde overtredingen.

Een vergelijkbare conclusie laat zich formuleren voor de Algemene Rekenkamer. Ook hier ligt het niet voor de hand haar bevoegdheden uit te breiden ten behoeve

van de handhaving jegens overheden wanneer dit het risico zou kunnen inhouden, dat uitbreiding van de taken ten koste gaat van de gerespecteerde uitoefening van haar huidige taak op het gebied van de financiële rechtmatigheids- en doelmatigheidscontrole.

Slotconclusies

Het voorgaande leidt ertoe dat de commissie zich op sommige terreinen van bestuurlijk en andersoortig toezicht wel een uitbreiding van bevoegdheden kan voorstellen. Zij acht een dergelijke uitbreiding evenwel niet opportuun gezien de daarvoor benodigde karakterveranderingen van de bestaande instrumenten. Bovendien zou deze aanpak naar het oordeel van de commissie geen duidelijke meerwaarde hebben ten opzichte van de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolgbaarheid.

De uitkomst van het onderzoek naar de mogelijkheden en beperkingen van vormen van toezicht bevestigt de commissie in haar overtuiging dat strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen mogelijk zou moeten zijn.

Uitgaande van de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheidslichamen doen zich bij een ernstige verdenking of een geconstateerde overtreding verschillende modaliteiten van afdoening voor, zowel in de strafrechtelijke als in de bestuurlijk sfeer. Deze benadering biedt twee voordelen ten opzichte van de huidige situatie. Enerzijds wordt voorkomen dat strafrechtelijke immuniteit als een drempel functioneert voor de ontvankelijkheid van een onderzoek door het OM. Op basis van onderzoek en aan de hand van opportuniteitsoverwegingen kan vervolgens worden besloten of er daadwerkelijk strafrechtelijk moet worden vervolgd. Daartoe kan ook nog in bepaalde procedurele waarborgen worden voorzien. In de tweede plaats kan met deze benadering in beginsel op iedere serieuze overtreding van wettelijke voorschriften door de overheid in een adequate vorm worden gereageerd, zodat de slechte voorbeeldwerking van in het geheel niet reageren op wetsovertreding door de overheid kan worden vermeden.

10 Conclusies en aanbevelingen

10.1 Conclusies

In de slotparagrafen van de voorafgaande hoofdstukken zijn conclusies geformuleerd ten aanzien van meer specifieke onderdelen; die zullen hier niet in extenso worden herhaald. In dit slothoofdstuk worden algemene conclusies getrokken. Daarbij maakt de commissie wel een voorbehoud. De conclusies zijn hoofdzakelijk gebaseerd op de verrichte onderzoeken; die konden vanzelfsprekend niet de gehele handhavingspraktijk beslaan. Ondanks deze beperking meent de commissie dat, mede vanwege de diversiteit van de onderzoeksterreinen, een tamelijk representatief beeld van de bestuurlijke handhavingspraktijk kon worden geschetst, in het bijzonder van de factoren die in de weg staan aan een adequate handhaving. Daardoor konden ook een aantal algemene remedies worden aangegeven.

Een zuivere discussie

Debatten over omvang en oorzaken van handhavingstekorten worden vaak gekenmerkt door onzuiverheid van de begripsvorming. De commissie hoopt door haar analyses te hebben bijgedragen aan het wegnemen van deze onzuiverheid. Van een tekort kan pas worden gesproken wanneer er rechtens wel *moet* worden gehandhaafd, maar het bevoegde orgaan niet *wil* of niet *kan* handhaven. De mate waarin moet worden gehandhaafd, dient zichtbaar te worden gemaakt in een beleidsmatig gewenst en rechtens aanvaardbaar handhavingsniveau. Nadat een dergelijk niveau is vastgesteld en dit niveau feitelijk niet wordt bereikt, is sprake van een handhavingstekort. Op veel gebieden is zelfs van vaststelling van een handhavingsniveau echter nog geen sprake.

Bij het vaststellen van een na te streven ('adequaat') handhavingsniveau is van belang dat dit om verschillende redenen lang niet altijd op 100% handhaving hoeft neer te komen. De wetgever laat meestal ruimte voor een beleid waarin prioriteiten kunnen worden gesteld en zelfs om verschillende redenen van handhaving kan worden afgezien (gedogen). Die ruimte hebben de met handhaving belaste organen nodig; volledige handhaving is vaak praktisch ondoenlijk; het is ook de vraag of volledige handhaving wenselijk zou zijn. Soms moeten andere belangen zwaarder wegen dan het met handhaving gediende belang. Het (in beperkte mate) afzien van handhaving, ook waar zij in beginsel feitelijk mogelijk zou zijn, vereist wel bestuurlijke en juridische onderbouwing en publieke verantwoording (respectievelijk aan de democratisch gekozen organen en in voorkomende gevallen de rechter). Maar het is beter een verschijnsel als gedogen juridisch vorm te geven en daardoor te kunnen beheersen dan het eenvoudig te ontkennen of onaanvaardbaar te verklaren.

Eenheid in verscheidenheid

De praktijk van naleving en handhaving is veelkleurig. Dit is (opnieuw) gebleken in de tien onderzoeken die ten behoeve van de commissie zijn verricht. De situatie is op het ene terrein gunstiger dan op het andere; het handhavingstekort wisselt wat omvang betreft per beleidsterrein. De problemen zijn ook wat hun aard betreft niet overal eender. Toch is het mogelijk gebleken patronen te ontdekken in de oorzaken van ontbrekende en gebrekkige handhaving. Op veel gebieden is er (in zekere mate) sprake van moeilijk handhaafbare regelgeving, ontbrekend handhavingsbeleid en een tekort aan samenwerking met de andere handhavingpartners. Van groot belang is voorts dat aan handhaving vaak te weinig prioriteit wordt gegeven. Het maken van wetten en plannen is kennelijk aantrekkelijker of gemakkelijker dan het handhaven van vastgestelde regels. Door de lage prioriteit, mede tot uitdrukking komend in een tekort aan ingezette middelen, wordt er ook te weinig kennis van en ervaring met handhaving opgedaan. Het instrumentarium schiet in de meeste gevallen niet tekort, maar er wordt wel te weinig gebruik van gemaakt.

Samen sterk

De voor de overheid belangrijkste handhavingssystemen worden gevormd door het strafrecht en het bestuursrecht. Justitiële en bestuurlijke organen hebben veelal een verschillende optiek, hetgeen samenhangt met hun verschillende opdracht. Politie en OM zijn primair handhavinginstanties, bestuursorganen hebben een veel bredere opdracht. Hun instrumentarium kent ook verschillende accenten (punitief versus reparatoir). Die diversiteit wordt in de praktijk nogal eens als hindernis ervaren. Maar dat hoeft ze niet te zijn, integendeel. Mede doordat men te stereotype denkbeelden over en weer heeft en elkaar niet goed genoeg kent, wordt weinig gebruik gemaakt van de in potentie vruchtbare combinatie van de verschillende handhavingssystemen. Om een optimaal handhavingresultaat te kunnen bereiken, is in elk geval nodig dat de systemen als complementair worden gezien, elkaar versterkend en niet uitsluitend, en dat tussen alle handhavingpartners wordt samengewerkt. Hoewel dit laatste voor de hand lijkt te liggen, gebeurt het in nog volstrekt onvoldoende mate. Ook de bestuurlijke samenwerking bij de handhaving laat (in de ene regio meer dan in de andere) te wensen over. Naast angst voor een verlies aan autonomie speelt daarbij een belangrijke rol dat de meerwaarde van samenwerking niet altijd wordt ingezien. De commissie meent dat die meerwaarde zich in het bijzonder zal voordoen wanneer er heldere procedurele en inhoudelijke afspraken worden gemaakt, primair op lokaal en regionaal niveau, ondersteund door een akkoord op landelijk niveau.

Toereikende bevoegdheden

Hoewel voor een goede handhaving meer nodig is dan toezichts- en sanctiebevoegdheden, moeten deze bevoegdheden wel in zodanige mate voorhanden zijn dat er effectief kan worden gecontroleerd en naleving zo nodig kan worden afgedwongen. Globaal genomen is het beeld dat het niet zozeer ontbreekt aan handhavingsbevoegdheden, maar dat ze om diverse redenen te weinig en onvoldoende op elkaar afgestemd worden gebruikt. De oorzaken daarvoor liggen in veel geringere mate dan in

bestuurlijke kringen wel wordt aangenomen in procedurele aspecten. Een preventieve toets door de rechter van sanctiebesluiten is dan ook niet nodig. Ook de praktijk heeft er trouwens geen behoefte aan. Ze is bovendien om tal van redenen bezwaarlijk. De commissie wijst introductie van een dergelijke toets dan ook af.

In bepaalde gevallen kunnen thans in Nederland nog betrekkelijk onbekende instrumenten als de waarborgsom, de uitsluiting en de bestuurlijke transactie soelaas bieden. Nadere studie is echter noodzakelijk.

Bij de toedeling van bestuurlijke-boetebevoegdheden dient de wetgever zich te realiseren dat dit er, uitzonderingen daargelaten, niet toe zou moeten leiden dat het strafrecht hetzij formeel wordt uitgesloten, hetzij materieel, doordat er een te geringe taak voor het OM op het desbetreffende terrein overblijft. De samenwerking met het bestuur zou daardoor aan betekenis verliezen. Dit zou haaks staan op wat nu juist nodig is: het als het ware aan elkaar klinken van bestuur en OM. Blijkens de meeste onderzoeken bestaat er overigens in de praktijk ook geen grote behoefte aan nieuwe bevoegdheden tot het opleggen van bestuurlijke boeten. In elk geval mag toedeling van boetebevoegdheden of andere sanctiebevoegdheden niet leiden tot een wezenlijke beperking van rechtsbescherming.

Ook aan uitbreiding van privaatrechtelijke bevoegdheden tot handhaving door de overheid bestaat in de praktijk geen behoefte. De commissie meent dat hooguit per wettelijke regeling zou kunnen worden bepaald of een grotere privaatrechtelijke armslag voor het bestuur of het OM nuttig en gewenst zou kunnen zijn, maar meent dat toekenning van extra privaatrechtelijke bevoegdheden hoe dan ook niet tot een wezenlijke beperking van de rechtsbescherming zou mogen leiden.

Professionaliteit

De handhaving is op veel gebieden in ontwikkeling en op sommige gebieden is men duidelijk verder dan op andere. Algemeen gesproken kan er nog veel aan professionaliteit worden gewonnen door het vaststellen van beleid (inclusief na te streven nalevings- en handhavingniveaus), kennis-management, automatisering, slim toezicht, afstemming binnen en tussen organisaties, samenwerking met andere handhavingpartners en een zekere vorm van scheiding tussen normstelling enerzijds en toezicht en sancties anderzijds. Een scheiding tussen uitvoering en toezicht enerzijds en sanctionering anderzijds, in die zin dat deze taken ook formeel niet binnen één organisatie zouden worden uitgevoerd, wijst de commissie af. Wel ziet de commissie veel in het uitbesteden van een flink deel van de uitvoering van handhavingstaken aan externe instanties, met behoud van de formele bevoegdheden, onder meer in het kader van bestuurlijke (vooral gemeentelijke) samenwerking (handhaving op afstand).

Uiteraard is bij elke met handhaving belaste instantie een goede organisatie vereist, die wordt gekenmerkt door een omvang die specialisatie mogelijk maakt en niet afhankelijk is van de inzet van bepaalde individuen. Van een dergelijke organisatie kan zeker nog niet overal worden gesproken. Van de vele goede initiatieven en ontwikkelingen op sommige gebieden kan echter op andere terreinen worden geprofiteerd.

Handhaving op prijs gesteld

Handhaving kost geld. Deze eenvoudige waarheid wordt niet steeds voldoende betrokken in de overwegingen van wetgevers en beleidsmakers. Wie handhaving op prijs stelt, zal zich moeten realiseren dat handhaving ook een prijs heeft. In vrijwel alle onderzoeken komt naar voren dat er te weinig personele en materiële middelen zijn om adequaat te handhaven.

Waarborgen voor eerlijke handhaving

Handhaving en rechtsbescherming lijken soms met elkaar op gespannen voet te staan. In het algemeen echter is handhaving juist gebaat bij een goede, dat wil zeggen zowel effectieve als behoorlijke, rechtsbescherming. Rechtsbescherming is er immers niet alleen voor de overtreder, maar ook voor derden-belanghebbenden. Grote wijzigingen in het bestaande systeem van rechtsbescherming bij handhaving zijn niet nodig; enkele meer beperkte wijzigingen kunnen de handhaving en de rechtsbescherming evenwel verbeteren (zie § 10.2).

Het goede voorbeeld

Wie geloofwaardig wil handhaven, zal zelf behoorlijk moeten naleven. Helaas heeft het bestuur (maar ook politie en OM) niet altijd een schoon blazoen. De Hoge Raad heeft het bestuur evenwel in verregaande mate van strafrechtelijke immuniteit voorzien. De commissie meent dat dit principieel niet juist is. Er kleven wel enkele bezwaren aan vervolging en bestraffing van de overheid, maar deze zijn niet onoverkomelijk en kunnen bovendien heel goed een plaats krijgen bij de beslissing over de opportuniteit van de vervolging.

Alternatieve mogelijkheden om overtredingen door overheden te voorkomen of om er met sancties op te reageren, zijn er wel en kunnen ook beter worden gebruikt dan thans het geval is, maar daarmee kan niet in alle gevallen een passende reactie worden gegeven op bestuurlijke of ambtelijke illegale praktijken. Het strafrecht kan ook ten opzichte van de overheid niet worden gemist.

Handhaven op niveau

De bestuurlijke handhaving in Nederland kent toppen en dalen. Het streven moet zijn gericht op een egaal, hoog niveau. Voor het bereiken van dat doel zijn niet zozeer wetswijzigingen nodig als wel een verandering in de houding en het handelen van de handhavende instanties: meer en beter gebruik van de bestaande mogelijkheden en meer samenwerking. Naar de mening van de commissie zijn er voldoende mogelijkheden voor handhaving op niveau.

10.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf zijn de belangrijkste aanbevelingen opgenomen die in de voorafgaande hoofdstukken zijn gedaan, uitgesplitst naar de instanties voor welke ze zijn bedoeld. Daarbij vallen sommige instanties onder meer aanduidingen.

Wetgevende instanties

- Om te voorkomen dat er regels worden gesteld die niet handhavenswaardig of niet handhaafbaar zijn, dient voorafgaand aan de vaststelling van wettelijke regels een aantal vragen te worden beantwoord met betrekking tot naleving en handhaving; zie de in § 4.1 ontwikkelde lijst.
- Zorg voor mogelijkheden langs verschillende lijnen (bestuursrecht, strafrecht en eventueel privaatrecht); bouw zoveel mogelijk garanties in dat de handhavende instanties elkaar waar nodig kunnen en zullen aanvullen (§ 4.2).

Wetgever (in formele zin)

- Onderzoek in hoeverre het zinvol is de bezwaarschriftprocedure voor sanctiebesluiten facultatief te maken in die zin dat met goedvinden van beide partijen van deze procedure kan worden afgezien (§ 6.5.3).
- Neem inzake bestuurlijke boeten, eventueel met uitzondering van lage boeten, beroep in ten minste twee instanties als uitgangspunt (§ 6.5.3).
- Versterk de rechtspositie van de derde ingeval een bestuursorgaan weigert een sanctiebesluit te effectueren (§ 6.5.3).
- Voer geen preventieve rechterlijke toets in ten aanzien van bestuursdwang- en dwangsbesluiten (§ 7.6).
- Betrach grote terughoudendheid bij het toekennen van privaatrechtelijke bevoegdheden tot handhaving aan het bestuur of aan het OM (§ 8.2).
- Wijzig art. 51 Sr in die zin dat ook overheidslichamen en de daarbij werkzame personen volledig strafrechtelijk aansprakelijk zijn (§ 9.12).

Rechter

- Geef ook ingeval aan een handhavingsbesluit een formeel gebrek kleeft steeds een zo materieel mogelijk oordeel, bijvoorbeeld door overwegingen ten overvloede (§ 6.3).

Bestuursorganen (algemeen)

- Stel, voor zover dit nog niet is gebeurd, een handhavingsbeleidsnota op met streefniveaus voor naleving en handhaving; geef aan hoe een en ander wordt gemeten (§ 4.5.2 en 4.5.3).
- Zorg voor een bij de schaal van de organisatie passende (organisatorische of personele) scheiding tussen vergunningverlening (en andere begunstigende beschikkingen) en handhaving (§ 5.2.1).
- Verken de mogelijkheden van een vorm van handhaving op afstand (§ 5.3).
- Professionaliseer toezicht en sanctionering (§ 4.5.3 t/m 4.5.6).

- Werk samen met andere bestuurslagen waar dit nodig is, bijvoorbeeld bij de ketenproblematiek (§ 4.5.6).

Gemeenten

- Werk samen met andere gemeenten wanneer dit met het oog op de voor een professionele handhaving vereiste schaal nodig is; kies de samenwerkingsvorm die bij de regio past (§ 4.5.6).

Rijk

- Onderzoek de mogelijkheden van uitgebreidere toepassing van de bestuurlijke waarborgsom, de uitsluiting en de bestuurlijke transactie (§ 4.4.2).
- Herbezie de rol van de inspecties; overweeg of hun taakuitoefening niet meer repressief van aard zou moeten zijn (§ 5.6 en § 9.7.7).

Openbaar Ministerie

- Laat de terughoudendheid bij het gebruiken van de bevoegdheid in civiele zaken een conclusie te nemen, varen (§ 8.2).

Handhavingspartners (bestuursorganen, inspecties, OM, politie)

- Maak lokaal en regionaal samenwerkingsafspraken met elkaar over procedurele en inhoudelijke handhavingskwesties, gestimuleerd en geruggesteund door een te sluiten landelijk handhavingsakkoord; laat de afspraken zo integraal mogelijk zijn (§ 4.3.4).
- Zorg voor goede procedures in het kader van de voor samenwerking benodigde uitwisseling van informatie (§ 4.3.2).
- Stel het handhavingsbeleid zoveel mogelijk in onderling overleg op (§ 4.3.4).
- Maak meer gebruik van het bestaande sanctie-instrumentarium (§ 4.4.1).

Deel B

Verkorte versies van de deelrapporten

Bestuurlijke handhaving in de horeca: handhaving à la carte?

Een inventarisatie van handhavingspraktijken en een verkenning van handhavingsmogelijkheden in de horeca

Anne Elzinga

Karin Merx

Jonathan Verschuuren

Reinier de Wit

1 Inleiding

1.1 PROBLEEM- EN DOELSTELLING ONDERZOEK

In dit rapport wordt verslag gedaan van de resultaten van het onderzoek naar de handhavingspraktijk en de handhavingsmogelijkheden ten aanzien van de horecaregelgeving. Dit rapport is een samenvatting van het onderzoeksrapport Bestuurlijke handhaving in de horeca, ES&E/KUB, november 1997. Doel van ons onderzoek is inzicht te bieden in de (knelpunten in de) huidige handhavingspraktijk en in de optimale organisatiestructuur van de bestuurlijke repressieve handhaving met betrekking tot de horecaregelgeving. Het gaat erom enerzijds de factoren te achterhalen die een adequaat toezicht en een duidelijke en consequente handhavingsreactie in de weg staan en anderzijds inzicht te krijgen in de best mogelijke manier van organiseren van de bestuurlijke repressieve handhaving. De thema's die in het kader van de inventarisatie van de handhavingspraktijken aan de orde zijn gesteld zijn: toepasselijke regelgeving, beschikbaar handhavingsinstrumentarium, handhavingsbeleid, organisatie van de handhaving, uitvoering handhavingstaken en knelpunten in de handhaving. Ten behoeve van het verkrijgen van inzicht in de optimale organisatiestructuur van de bestuurlijke repressieve handhaving is informatie verzameld over het oordeel over de voorstellen van de Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving (Commissie Korthals Altes) op dit punt, alternatieve mogelijkheden, reikwijdte van de toekomstige organisatie, praktisch-organisatorische uitvoering en voorwaarden voor een optimale bestuurlijk repressieve handhaving. Zijdellings is in het onderzoek aandacht besteed aan de wenselijkheid van/mogelijkheden voor invoering van een preventieve rechterlijke toets en aan de mogelijke rol van het privaatrecht bij de handhaving.

Op uitdrukkelijk verzoek van de Commissie Michiels is in het onderzoek specifiek aandacht besteed aan handhavingsproblemen in de horeca in verband met drugsoverlast (case-studie drugs). Gezien de gerichtheid van het onderzoek op de horecasector, gaat het bij de drugsoverlast om drugsoverlast binnen horeca-

voorzieningen, niet om drugsoverlast in drugspannen (woningen) en drugsoverlast op straat.

1.2 LEESWIJZER

De opbouw van het rapport is als volgt. Nadat in hoofdstuk 2 kort is ingegaan op de opzet en de uitvoering van het onderzoek, volgt in hoofdstuk 3 een samenvatting van de belangrijkste resultaten. De daaropvolgende hoofdstukken 4 en 5 bevatten de conclusies en aanbevelingen.

Om de onderzoeksbevindingen op een juiste wijze te kunnen interpreteren is het van belang te weten wat wij verstaan onder een drietal centrale begrippen in het onderzoek, te weten: handhaving, regelgeving en instrumenten. Bij de handhaving kan onderscheid worden gemaakt tussen de regelgeving waarop de handhaving is gebaseerd en de instrumenten die bij de handhaving worden gehanteerd. In het eerste geval spreken wij van het 'juridisch kader' voor de handhaving: de regelingen die aan de uitoefening van handhavingsbevoegdheden ten grondslag liggen. Deze regelgeving biedt het bestuur bevoegdheden die het gemeentebestuur kan of moet hanteren om te kunnen handhaven. Deze bevoegdheden – die berusten op of voortkomen uit het juridisch kader – beschouwen wij als middelen/instrumenten ten behoeve van de handhaving.

2 Opzet van het onderzoek

Analoog aan de tweeledige doelstelling is het onderzoek verdeeld in twee deelonderzoeken, te weten een inventariserend en een verkennend deelonderzoek. In het inventariserend onderzoek staat de inventarisatie van de handhavingspraktijken in gemeenten centraal: het verkennende onderzoek is gericht op het verkrijgen van inzicht in mogelijkheden tot optimalisering van de bestuurlijk repressieve handhaving.

2.1 INVENTARISEREND ONDERZOEK

Doelgroep

In het inventariserende onderzoek is zowel informatie in de breedte (bij alle gemeenten) als in de diepte (bij een selectie van gemeenten met handhavingsproblemen) verzameld. In het laatste geval zijn zeven algemene gemeenten en vier 'drugs'-gemeenten geselecteerd. Bij de zeven algemene gemeenten werd algemene informatie verzameld aangaande de handhaving van de horecaregelgeving. De vier drugsgemeenten (waaronder twee van de algemene gemeentes) werden specifiek bevraagd over de

handhaving in verband met drugsoverlast.¹

Methodieken

Informatie is op vier manieren verzameld:

- via een schriftelijke enquête onder alle gemeenten.

De enquête was bedoeld om een eerste brede indruk te verschaffen van de handhavingspraktijken in Nederland en om een verantwoorde selectie te kunnen maken van gemeenten waarop het vervolg van het onderzoek zich concentreerde.

In totaal zijn 464 vragenlijsten verwerkt (75%). Gezien de hoge respons kunnen de enquêteresultaten representatief worden geacht voor alle Nederlandse gemeenten²;

- via interviews met respondenten uit de zeven algemene en de vier drugsgemeenten. Binnen de zeven gemeenten zijn 44 telefonische en face to face gesprekken gevoerd met in totaal 54 vertegenwoordigers van bij de handhaving betrokken bestuursorganen en overige instanties. Gesprekken werden gevoerd met burgemeesters, officieren van justitie, politie (met name van de afdeling Bijzondere Wetten), vertegenwoordigers van de afdeling Bestuurlijk-Juridische Zaken, vertegenwoordigers van de (regionale) Milieudienst, vertegenwoordigers van specifieke handhavende instanties en met vertegenwoordigers van de lokale horeca.

Om specifieke informatie te verkrijgen over de handhaving van de horecaregeling in geval van drugsoverlast, zijn 21 vertegenwoordigers van de vier drugsgemeenten bevrraagd over drugs en horeca.

- via documentenstudie.

Van alle gemeenten zijn relevante documenten bestudeerd. In de documentenstudie werden onder meer horecanota's, stappenplannen, gemeenteraadsbesluiten, onderzoeksrapporten, krantenknipsels en dergelijke betrokken. In het kader van de casestudies drugs is daarnaast ook jurisprudentie bestudeerd;

- via een expert meeting met een selectie van deskundigen (voornamelijk afkomstig uit de zeven gemeenten).

De expert meeting beoogde een verdieping van een aantal resultaten uit de inventarisatieronde bij de zeven gemeenten met enkele deskundigen. Tijdens de bijeenkomst is aan de hand van de zogenaamde metaplanmethode³ gediscussieerd over de volgende thema's: knelpunten in de handhaving, (drie) meest gewenste

1 Aangezien het er hier om ging zoveel mogelijk informatie te verkrijgen over diverse handhavingsmogelijkheden en -praktijken, zijn uitsluitend gemeenten geselecteerd die hadden aangegeven (in enige mate) handhavingsproblemen te ervaren en/of ideeën/wensen op dit terrein te hebben. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van de (kenmerken van de) geselecteerde algemene en drugsgemeenten.

2 Dit is getoetst ten aanzien van inwonertal en geografische spreiding. Op deze kenmerken heeft zich geen selectieve uitval voorgedaan. Gezien de hoge respons kan worden verwacht dat de onderzoeksgroep ook op andere kenmerken representatief is.

3 'Metaplannen' is een voor groepen deelnemers veelal aansprekende methode van informatieverzameling, waarbij iedereen op gelijke wijze in de gelegenheid wordt gesteld te reageren op vragen of stellingen. Alle reacties worden meegenomen en direct gegroepeerd in clusters. Door middel van het aanbrennen van stickers op een bord wordt de voortgang tijdens de sessie zichtbaar, kunnen hoofd- en bijzaken worden gescheiden en prioriteiten en standpunten worden bepaald.

veranderingen/verbeteringen, aard van de mogelijke oplossingen, mening over een aantal stellingen.

2.2 VERKENNEND ONDERZOEK

Doelgroep

Het verkennende onderzoek richtte zich op een exploratie van de mogelijkheden tot optimalisering van bestuurlijke repressieve handhaving bij deskundigen uit de bestuurlijke praktijk en uit justitiële hoek.

Methodieken

In het kader van het verkennende onderzoek is een tweetal onderzoeksactiviteiten uitgevoerd:

- aanvullende interviews met vertegenwoordigers van de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, het Openbaar Ministerie en de Commissie Korthals Altes;
- een expert kring met deskundigen uit de bestuurlijke praktijk. In totaal hebben elf vertegenwoordigers uit de bestuurlijke praktijk aan deze sessie deelgenomen. In deze sessie werd – eveneens aan de hand van de metaplanmethode – ingegaan op verschillende mogelijkheden tot optimalisering van de bestuurlijk repressieve handhaving.

3 De handhaving van de horecaregeling: praktijk en toekomst-mogelijkheden

3.1 HET JURIDISCH KADER VOOR DE HANDHAVING

Ter handhaving met betrekking tot de horeca staat het bestuur een zeer groot scala aan wettelijke regelgeving ter beschikking, zowel landelijke als gemeentelijke. Genoemd kunnen worden:

Landelijke regelgeving

- Drank- en Horecawet;
- Wet milieubeheer (waaronder Besluit horecabedrijven milieubeheer en Inrichtingen- en vergunningenbesluit);
- Wet op de kansspelen;
- Wet op de Ruimtelijke Ordening;
- Gemeentewet.

Gemeentelijke regelgeving

- Algemene Plaatselijke Verordening (APV);
- drank- en horecaverordening;
- speelautomatenverordening;

- overige gemeentelijke verordeningen (o.a. terrasverordening, overlastverordening);
- bestemmingsplan.

Uit enquête en interviews blijken vooral de APV, de Drank- en Horecawet, de Wet milieubeheer (met name het Besluit horecabedrijven) en het bestemmingsplan 'favoriete' regelgevinginstrumenten voor gemeenten.⁴ De Drank- en Horecawet en de Wet milieubeheer zijn dit vooral omdat deze wetten een aantal belangrijke verplichtende bepalingen hebben. De APV dankt haar populariteit vooral aan de mogelijkheid die zij biedt om redelijk makkelijk uiteenlopende regels te stellen die toegespitst zijn op de lokale 'horecasituatie': maar liefst 89% van alle Nederlandse gemeenten hanteert de APV dan ook. Met name de bepalingen die betrekking hebben op de sluitings- en openingsuren, de exploitatie-eisen, overlast, terrassen, geluidhinder en de 12-dagenregeling⁵ worden vaak bij de handhaving gebruikt. Gemeenten die dergelijke bepalingen niet in de APV hebben opgenomen, stellen voor deze onderwerpen vaak aparte verordeningen op. Uit het onderzoek blijkt dat van deze bevoegdheid ruimschoots gebruik wordt gemaakt: de praktijk kent een heel scala aan verordeningen.⁶ Niet altijd regelen verschillende soorten verordeningen overigens verschillende zaken: wat de ene gemeente in een overlastverordening regelt, regelt een andere gemeente in een verordening die de drank- en horecaverordening wordt genoemd. Met andere woorden: hoewel er diverse soorten verordeningen zijn, gaat het in de praktijk meestal om dezelfde zaken die nader geregeld worden.

3.2 BELEIDSKADER

Anno 1997 blijken zes van de zeven onderzochte gemeenten een integraal horecabeleid te hebben ontwikkeld (twee gemeenten) dan wel een heel eind op streek te zijn met de ontwikkeling van een dergelijk beleid (vier gemeenten); in één gemeente bestaan geen plannen in die richting. Twee gemeenten beschikten op het moment van onderzoek daadwerkelijk over een integrale horecanota. De wijze waarop de nota tot stand komt varieert per gemeente, evenals de mate waarin de diverse handhavingpartners in de opstelling van het beleid participeren (van inspraak tot co-productie).

Het integrale beleid heeft tot doel een richtinggevend kader te bieden waarbinnen de handhaving van de diverse handhavende instanties gestalte moet krijgen of waaraan de concrete handhavingpraktijk getoetst moet worden. De integraliteit richt zich niet zozeer op de concrete wijze of op de uitvoering van de handhaving als wel op de beleidsuitgangspunten die aan de handhaving ten

4 Hoewel de Wet op de kansspelen in de enquête 'hoog scoort', werd deze wet tijdens de gesprekken in de zeven gemeenten vrijwel niet genoemd. Kennelijk beschouwt men deze wet in de praktijk als minder belangrijk als het gaat om handhaving met betrekking tot de horeca. Het wordt wellicht niet als een horecaprobleem gezien.

5 Op twaalf nader aan te wijzen dagen per jaar kan worden afgeweken van de eisen met betrekking tot geluid- en trillinghinder van het Besluit horecabedrijven milieubeheer.

6 Zie het eindrapport Bestuurlijke handhaving in de horeca: handhaving à la carte?, p. 22.

grondslag liggen. Dat houdt in dat de verschillende handhavende instanties in principe hun eigen handhavingspraktijk kunnen voeren, mits die praktijk maar past binnen het door het integrale horecabeleid gestelde kader. Lijkt derhalve (op korte termijn) in veel gemeenten wel sprake te zijn van een geïntegreerd horecabeleid, de *uitvoering* van de handhaving vindt in veel beperktere mate via een geïntegreerde aanpak plaats. Wel wordt in een aantal gemeenten – meestal ten behoeve van het bestuur én de politie – gewerkt met zogenaamde stappenplannen, waarin voor de meest voorkomende overtredingen een handhavingstraject wordt geformuleerd. Vaak wordt hierbij overigens niet aangegeven welke instantie in welke fase van het handhavingstraject verantwoordelijk is: van een echt handhavings*draaiboek* is dan ook meestal geen sprake.

3.3 HANDHAVINGSINSTRUMENTEN

Van de zogenaamde klassieke bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten (handhavingstoezicht en administratieve sancties) blijkt het repressieve toezicht het meest populair (afhankelijk van de regeling waarop de repressieve toezichtbevoegdheden zijn gebaseerd door circa 50% tot 75% van de enquêtgemeenten genoemd). Op de tweede plaats komen combinaties van handhavingsinstrumenten: kennelijk beperken de meeste gemeenten zich vaak niet tot één instrument, maar zoeken zij naar de meest effectieve mix van instrumenten. Vooral de combinatie preventief en repressief toezicht is populair, gevolgd door een mix van repressief en preventief toezicht, reparatoire sancties en waarschuwingen. Daarnaast worden ook alle andere mogelijke combinaties genoemd door een kleiner (1-2%) of groter (4-6%) deel van de gemeenten.

Vaker dan van deze klassieke instrumenten, maakt de praktijk echter gebruik van zogenaamde alternatieve, dat wil zeggen niet op de bestuurlijke horecaregeling gebaseerde instrumenten: toetsingsinstrumenten, regelgevingsinstrumenten, beleidsinstrumenten, maatschappelijke, privaat- of strafrechtelijke instrumenten. De instrumenten worden ingezet ter preventie of repressie.

Preventie

Het meest in trek zijn concrete, eenvoudige instrumenten en preventieve instrumenten; middelen waarmee men problemen kan voorkomen. Een grote mate van preventief toezicht zou in dit kader voor de hand liggen. Toch wordt in de praktijk minder gebruik gemaakt van het preventieve toezichtsinstrument dan men zou verwachten. De oorzaak daarvan ligt niet in het feit dat besturen het nut van dergelijk toezicht niet zouden inzien, maar veeleer in een gebrek aan capaciteit om preventief toezicht uit te kunnen voeren (zie ook § 3.6).

In een dergelijke situatie kiezen veel gemeentebesturen voor 'administratieve' preventie; preventie van achter het bureau. In dit verband moet ook de grote populariteit van het bestemmingsplan of de daarop gebaseerde verordeningen en regelingen worden begrepen. Volgens velen bieden deze regelingen zeer efficiënte handhavings- en toetsingsmogelijkheden voor het bestuur: voldoet een aanvraag voor een exploitatievergunning niet aan de eisen in het bestemmingsplan, dan kan

een vergunning zonder meer geweigerd worden (althans indien dit plan imperatieve weigeringsgronden bevat). In 84% van de gemeenten in Nederland wordt het bestemmingsplan dan ook gebruikt als toetsingskader bij de handhaving van de horecaregels⁷. In dit verband fungeert niet alleen het bestemmingsplan, maar ook het algemene gemeentelijke vestigingsbeleid als (preventief) toetsingskader: ook op grond van – meer of minder vage beleidsuitgangspunten worden vergunningen geweigerd. Tenslotte maken bijna alle gemeenten (98%) gebruik van de bevoegdheid om bij verordening nadere eisen aan de vergunning- of ontheffingsverlening te stellen.

Behalve dergelijke administratieve preventie, is ook ‘communicatieve’ preventie erg in trek bij gemeenten: de helft van de gemeenten in Nederland maakt gebruik van het overleg met de horeca als (preventief) handhavingsmiddel. Door veel respondenten wordt deze informele handhavingsvorm gezien als zeer effectief: het gaat er om een draagvlak te creëren. Als zo’n draagvlak bestaat, zullen de handhavingsproblemen afnemen. Het overleg komt in verschillende vormen voor: structureel of op ad hoc-basis, individueel of met een groep, in een formele of meer informele setting. In sommige gemeenten (9%) wordt dit overleg geformaliseerd in een convenant waarin de afspraken tussen bestuur en horeca worden neergelegd. In sommige gemeenten wordt ook voorlichting expliciet ingezet als (maatschappelijk) instrument om het draagvlak te vergroten en daarmee handhavingsproblemen te voorkomen of te verminderen (soms in samenwerking met de Kamer van Koophandel). Tenslotte is “het creëren en in stand houden van een goede relatie met de horeca” (op wat voor manier ook) door een aantal respondenten genoemd als effectief middel om problemen te voorkomen.

Ontstaan er ondanks dergelijke preventie-inspanningen ‘vooraf’ toch problemen met gevestigde horeca-ondernemers, dan kiest men liefst weer voor preventieve instrumenten. Liever dan (direct) sancties op te leggen, geeft men de overtredende horeca-ondernemer een (in-)formele waarschuwing of dreigt men met sancties, per brief of per telefoon. De ondernemer wordt dan bijvoorbeeld op het gemeentehuis uitgenodigd om over de situatie te praten en de zaak wordt ter plekke uitgepraat. Dit traject werkt in de meeste gevallen uitstekend: de overtreder kiest eieren voor zijn geld en voorkomt daarmee sanctienering.

Repressie

Bieden de preventieve middelen geen soelaas, dan komt de laatste schakel in de handhavingsketen in aanmerking: het inzetten van sanctie-middelen. Vaak kiest men daarbij bij voorkeur voor een combinatie van bestuurs- en strafrechtelijke middelen of zelfs voor uitsluitend strafrechtelijke handhaving, zowel ter handhaving

7 Wel kent de toetsing aan het bestemmingsplan zijn beperkingen volgens veel respondenten. Dat is niet zo verwonderlijk als men bedenkt dat deze toetsing/het bestemmingsplan in principe ook niet bedoeld is als instrument ter handhaving van het horecabeleid. Zo fungeert het bestemmingsplan alleen als regulerend instrument ten aanzien van nieuwe horeca. Bovendien is het bestemmingsplan een vrij grof instrument: het plan biedt (vooralsnog) nauwelijks de mogelijkheid tot differentiatie in het soort horeca dat in een bepaald gebied al dan niet gevestigd/geëxploiteerd mag worden.

van milieu-normen als ter handhaving van openbare-orde regels⁸. Argument is dat via de strafrechtelijke weg sneller opgetreden kan worden; bestuursrechtelijke procedures nemen (te) veel tijd in beslag. Doordat het strafrechtsstelsel veel meer mogelijkheden biedt voor een snelle, 'lik-op-stuk' reactie, is de voorbeeldwerking van het strafrecht veel groter dan van het bestuursrecht: bij bestuursrechtelijke acties "ligt de veroordeling veel te ver weg van de overtreding". Bovendien werkt het strafrecht volgens sommigen afschrikwekkender dan het bestuursrecht. De dreiging van een persoonlijk strafblad en de criminaliserende werking van strafvervolgning is voor sommige horeca-ondernemers veel beangstigender dan een bestuurlijke sanctie. Afgezien hiervan lijkt de populariteit van het strafrecht ook te worden ingegeven door de behoefte aan 'de bekende weg': men is vertrouwd met de 'ins' en 'outs' van het strafrecht (men kent de weg, men kent de procedures en de verantwoordelijke officieren/rechters); bovendien is ook de door de politie vergaarde informatie vaak grotendeels strafrechtelijk georiënteerd: volgen van de strafrechtelijke weg lijkt dan ook vaak het meest voor de hand liggend.

Van de bestaande *bestuursrechtelijke* instrumenten blijken er twee veruit het meest frequent gehanteerd te worden:

- sluiting / intrekken van vergunning. Sluiting en intrekking gaan vaak (automatisch) samen. Bij sluiting gaat het meestal om het opleggen van een sluitingsbevel op grond van de APV of een andere gemeentelijke bepaling (bij openbare orde-verstoringen) of om sluiting op grond van artikel 18.8 lid 2 Wet milieubeheer (bij milieu-overlast). Vaak is alleen sprake van een dergelijke sluiting op papier; alleen bij zeer ernstige overlast (vaak in relatie tot drugsverkoop of -gebruik) gaat men over tot het daadwerkelijk dichttimmeren of verzegelen van horecapanden. De reden is dat een 'papieren sluiting' in het algemeen afdoende is én dat veel gemeenten beducht zijn voor mogelijke schadeclaims als ze tot daadwerkelijke verzegeling overgaan. Van deze daadwerkelijke sluitingsbevoegdheid wordt daarom alleen gebruik gemaakt in 'evidente' gevallen waarbij men bovendien over een goed dossier beschikt;

- dwangsom. Dit sanctie-instrument wordt bijzonder gewaardeerd vanwege het hoge rendement van oplegging van een dwangsom: wil je de horeca echt treffen dan moet je "ze pakken in hun portemonnee", aldus respondenten. Een ander voordeel is dat het opleggen van een dwangsom geen financiële investeringen van de kant van het gemeentebestuur vergt (in tegenstelling tot de kosten van bestuursdwang). Tenslotte is de dwangsom volgens sommigen een lekker eenvoudig instrument: je kunt dingen snel regelen. Nadelen kleven er volgens respondenten ook aan de dwangsom. Deze nadelen komen in hoofdzaak neer op onduidelijkheid/onzekerheid bij het inzetten van het instrument. Zo vindt men het soms niet eenvoudig om

8 De toepasselijke regels zijn onder andere te vinden in de WED (in geval van milieu-overlast), de APV of bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht (in geval van openbare orde problemen of criminaliteit).

te bepalen bij welk bedrag horeca-ondernemers worden afgeschrikt.⁹

Bestuursdwangacties zijn niet erg populair. Als er al sprake is van toepassing van het bestuursdwanginstrument, dan gaat het voornamelijk om sluitingen. Slechts door twee respondenten – in twee van de zeven interviewgemeenten – wordt gewag gemaakt van andere bestuursdwangacties als mogelijk instrument ter handhaving van de horecaregelgeving. In geen van deze gemeenten is dit instrument daadwerkelijk toegepast: men heeft er alleen nog maar mee gedreigd in incidentele gevallen. Belangrijk nadeel van bestuursdwang zijn de financiële consequenties en de financiële risico's. De kosten van bestuursdwangacties komen in de praktijk in eerste instantie ten laste van het gemeentebestuur; pas later kunnen deze kosten worden verhaald. Mogelijk blijkt echter dat de overtreder geen verhaal biedt. Ook kan achteraf blijken dat het bestuur onrechtmatig heeft gehandeld en derhalve schadeplichtig is.

Ook het privaatrechtelijk instrumentarium wordt zelden aangegrepen om overlast in de horeca tegen te gaan. Een inventarisatie onder de zeven gemeenten leverde 'slechts' drie privaatrechtelijke instrumenten op: opzegging huurcontract in geval van een overtredende horeca-ondernemer, kettingbeding en (civielrechtelijke) straat- en lokaalverboden. De eerste twee instrumenten bieden slechts beperkte mogelijkheden, omdat het alleen kan worden ingezet in het geval het horecapand eigendom is van de gemeente.

3.4 DE ORGANISATIE VAN DE BESTUURLIJKE HANDHAVING

Betrokken instanties

In de praktijk zijn gemiddeld zo'n drie (kleine gemeenten) tot vijf (grotere gemeenten) diensten of instanties betrokken bij de bestuurlijke handhaving van de horecaregelgeving. Op beleidsmatig niveau gaat het vaak om de volgende ambtelijke diensten:

- afdelingen Bestuurlijk-Juridische Zaken, Bestuurszaken of Algemene Zaken;
 - afdelingen Bouwzaken of Ruimtelijke Ordening (Bouwtoezicht, Bouw- en Woningtoezicht);
 - afdelingen Milieu (soms overgedragen aan een regionale Milieudienst);
- Op uitvoerend niveau (toezicht/controle) zijn de volgende instanties betrokken bij de bestuurlijke handhaving:
- de basiseenheden politie (algemeen toezichthoudende taken);
 - afdelingen Bijzondere Wetten van de politie (specialistische taken en ondersteuning van de basispolitie ten aanzien van de horeca);
 - ambtenaren van de Milieu-afdelingen of -diensten (milieu-inspectie).

Bovenstaande instanties zijn vaak op min of meer structurele basis bij de handhaving

9 Dit geldt volgens één respondent met name bij drugs-cafés: daar wil je vooral de loop eruit hebben; een dwangsom is dan vaak niet het meest effectieve instrument. Bovendien is het bij coffeeshops soms moeilijk om de hoogte van de dwangsom te bepalen omdat de omzet van soft drugs niet bekend is. Als deze maar hoog genoeg is, trekt een ondernemer zich weinig aan van een dwangsom die daar ver onder ligt.

betrokken. Daarnaast zijn er nog allerlei instanties binnen gemeenten die op meer incidentele basis – in incidentele gevallen of ten aanzien van specifieke aspecten – bij de handhaving betrokken zijn, zoals de brandweer (handhaving gebruiksvergunning) en de Kamer van Koophandel (vergunning basisbedrijf).

Samenwerking en afstemming

Tussen de verschillende handhavingsinstanties bestaan in de *huidige*¹⁰ praktijk in het algemeen geen structurele vormen van samenwerking of afstemming. Als er al sprake is van samenwerking/afstemming, dan heeft deze veelal een incidenteel karakter of komt op ad-hoc basis tot stand. Zo kennen gemeenten geen plenair (alle instanties omvattend) structureel handhavingsoverleg. Wel is er in veel gemeenten sprake van bilateraal regulier overleg, met name tussen bestuur en politie. Hierin worden soms beleidsmatige zaken besproken, soms concrete casus. Daarnaast functioneren op milieugebied de regionale milieu-overlegplatforms.

Ook gezamenlijke uitvoering van de handhaving komt incidenteel voor, veelal in het kader van het integrale veiligheidsbeleid (grootscheepse controle-acties gericht op de opsporing van en toezicht op diverse soorten van overtreding (waaronder overtreding van de horecaregeling)). Van gezamenlijke actie van diverse handhavers binnen één gemeente tegen een bepaalde horeca-overtreder lijkt -afgaande op de situatie in de onderzochte gemeenten – niet vaak sprake te zijn.

Scheiding

Doordat in alle gemeenten het toezicht op horeca-inrichtingen primair door de basis-politie wordt uitgevoerd, is in de praktijk sprake van een zekere scheiding tussen toezicht/uitvoering enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds. Op andere terreinen lopen de toezichts-, regelgevings- en sanctionerende bevoegdheden echter vaak door elkaar:

- in veel gemeenten gaan vergunningverlening, toezicht en sanctionering hand in hand: de instantie die de vergunningen verleent, is tevens de instantie die toezicht houdt (doet houden) en over sanctionering beslist. Soms is zeer bewust voor een dergelijke constructie gekozen vanwege het voordeel dat de handhaving veel persoonlijker – en daarmee effectiever – wordt als degene die de vergunning verleent ook degene is die handhaaft;

- in die gevallen waarin formeel sprake is van een scheiding tussen toezicht en sanctionering, blijkt die scheiding in de praktijk vaak niet zo scherp te zijn. In een dergelijke constellatie is het namelijk vaak zo dat de toezichthoudende instantie vaak adviseert over te nemen sancties: volgens respondenten worden deze adviezen door de instantie die formeel tot sanctionering bevoegd is vaak zonder meer overgenomen.

Ondanks deze centralisatie van bevoegdheden en verantwoordelijkheden is in de praktijk – in ieder geval in de grotere gemeenten – toch sprake van een zekere distantie van het gemeentebestuur als geheel ten opzichte van de horeca. Dat komt

10 Zoals gezegd zijn in veel gemeenten momenteel wel integrale horeca-nota's in de maak.

doordat de concentratie van handhavingstaken niet alle handhavingsterreinen betreft, maar uitsluitend betrekking heeft op één bepaald aspect van de handhaving (bijvoorbeeld alleen de openbare orde-handhaving of alleen de milieu-handhaving). De verschillende (ambtelijke) afdelingen hebben elk hun eigen belangen en zorgen op die manier de facto voor een zekere controle op belangenverstrengeling. Als zodanig is er – in ieder geval in de grotere gemeenten – vaak wel een scheiding tussen de belangen van de gemeente als schepper van voorzieningen ten behoeve van de burger (de verzorgende taak van de gemeente) en de belangen van de gemeente als handhaver van de regelgeving (de handhavende taak van de gemeente). In kleinere gemeenten kan de centralisatie van bevoegdheden wel consequenties hebben voor de vereiste distantie: met name in kleine gemeenten waar ‘ons ons kent’ en de onderlinge controle geringer is (omdat er minder instanties / personen bij de handhaving betrokken zijn of de handhavingsmacht meer geconcentreerd is) bestaat de kans dat politieke of persoonlijke belangen de handhaving doorkruisen.

3.5 KNELPUNTEN BIJ DE HANDHAVING

3.5.1 De omvang van het handhavingstekort

Ongeveer eenderde van de gemeenten in Nederland ervaart problemen bij de bestuurlijke handhaving met betrekking tot de horeca. Tabel 1 laat duidelijk zien dat er een verband is tussen de omvang van de gemeente (inwonertal) en de mate waarmee men met handhavingsproblemen kampt. Ruwweg geldt: hoe groter de gemeente, hoe vaker handhavingsproblemen ervaren worden. Zo ervaart 18% van de gemeenten met minder dan 5.000 inwoners problemen tegenover 63% van de gemeenten met meer dan 100.000 inwoners.

Tabel 1 Handhavingsproblemen naar inwonertal gemeenten in duizendtallen (n=464)

	< 5	5 - 10	10 - 20	20 - 50	50 - 100	> 100	Totaal
Problemen	18%	20%	25%	40%	44%	63%	31%
Geen problemen	82%	80%	75%	60%	56%	37%	69%

Gemeenten met een overwegend stedelijk karakter en gemeenten die een centrumfunctie vervullen ervaren vaker handhavingsproblemen dan plattelandsgemeenten en gemeenten zonder centrumfunctie.

In de meeste gevallen leiden de handhavingsproblemen ook in meer of mindere mate tot een handhavingstekort: 82% van de gemeenten met handhavingsproblemen ervaart een handhavingstekort. In de overgrote meerderheid van de gevallen (84%) gaat het hierbij om een beperkt handhavingstekort; bij 15% daarentegen is – naar eigen zeggen – sprake van een groot handhavingstekort. In totaal gaat het hier om bijna 5% van alle Nederlandse gemeenten (1 op de 20 gemeenten). De omvang van het handhavingsprobleem heeft veel minder met de grootte van de gemeente te maken dan het vóórkomen van handhavingsproblemen: grotere gemeenten spreken

in ongeveer gelijke mate over een groot handhavingstekort als kleinere gemeenten. Ook karakter en functie van de gemeente hangt niet of nauwelijks samen met de mate waarin men een handhavingstekort ervaart, zij het dat plattelandsgemeenten en gemeenten zonder centrumfunctie iets vaker een groot handhavingstekort rapporteren dan stedelijke en centrumgemeenten. Bij iets meer dan een kwart van de gemeenten hebben de handhavingproblemen zeer veel (4%) of enigszins (24,5%) te maken met drugsoverlast.

3.5.2 De aard van het handhavingstekort

De knelpunten die gemeenten ervaren zijn zeer divers. Onderscheid kan worden gemaakt in knelpunten op juridisch, procedureel, organisatorisch, financieel/economisch, praktisch, beleidsmatig en politiek vlak. Onderstaand schema biedt een overzicht van de knelpunten in vogelvucht. Hieronder worden de knelpunten per categorie besproken.

Tabel 2 Overzicht knelpunten bestuurlijke handhaving binnen zeven gemeenten

Juridisch	<ul style="list-style-type: none"> - versnipperde en (daardoor) ondoorzichtige regelgeving - onuitvoerbaarheid regelgeving - leemten in de regelgeving - inconsequente jurisprudentie
Procedureel	<ul style="list-style-type: none"> - langdurige en ingewikkelde procedures - problemen in verband met bewijslast / informatievergaring - rechtsbescherming
Organisatorisch	<ul style="list-style-type: none"> - versnipperde organisatie binnen gemeente / ontbreken van 1-loket - gebrek aan samenwerking/afstemming / communicatie op organisatorisch niveau (zowel binnen gemeente als regionaal) - onvoldoende afstemming aanbod van en vraag naar handhavende capaciteit - ontbreken van een aanspreekpunt vanuit de horeca op lokaal niveau
Praktisch	<ul style="list-style-type: none"> - gebrek aan samenwerking /afstemming / communicatie op operationeel niveau - gebrekkige equipering handhavers - gebrek aan (specifieke handhavings) deskundigheid
Financieel	<ul style="list-style-type: none"> - gebrek aan capaciteit (zowel mensen als middelen) - financiële consequenties van 'foute' handhaving
Politiek	<ul style="list-style-type: none"> - belangentegenstellingen - gebrek aan prioriteit bij sommige partners - competentiestrijd
Beleidsmatig	<ul style="list-style-type: none"> - ontbreken van gemeentelijke visie op horeca - ontbreken van eenduidig horecabeleid - gebrek aan draagvlak gemeentelijk horecabeleid

Knelpunten op juridisch vlak

Bij de in de praktijk ervaren juridische knelpunten gaat het zowel om knelpunten in het juridisch kader (landelijke en gemeentelijke regelgeving) als in het handhavingsinstrumentarium. De versnipperde regelgeving die van toepassing is bij de handhaving in de horecasector ligt volgens velen ten grondslag aan de bestuurlijke handhavingproblemen. De diverse regelingen zijn niet of onvoldoende op elkaar afgestemd en leiden daardoor in de praktijk tot aanzienlijke problemen. Met name

gemeentelijke regelingen kunnen – in relatie tot landelijke regelgeving en tot elkaar – diverse, soms contrasterende, eisen en voorschriften bevatten (bijvoorbeeld verschillende sluitingstijden). De uitvoering van de wetten is daarnaast neergelegd bij verschillende instanties. Unaniem is men van mening dat het versnipperde juridische kader de helderheid en doorzichtigheid van de regelgeving niet ten goede komt¹¹. Voor een horeca-ondernemer is niet zonder meer duidelijk waar hij wel en niet aan moet voldoen. De problemen beginnen al bij de start van zijn bedrijf, wanneer hij diverse vergunningen moet aanvragen bij (soms wel vijf of meer) verschillende gemeentelijke diensten.

Behalve dat de regelgeving vrij ondoorzichtig is, is hij volgens sommigen ook regelrecht onuitvoerbaar, ‘niet handhaafbaar’. Deze klachten betreffen met name de Drank- & Horecawet en de Wet milieubeheer c.q. het daarop gebaseerde Besluit horecabedrijven milieubeheer¹². Bezwaar tegen deze regelingen is onder andere dat zij geen middel- maar doelvoorschriften bevatten. De meeste respondenten achten dit soort regels veel te globaal: in tegenstelling tot wat wordt beoogd met dit soort regelingen, bieden doelregels volgens velen juist geen mogelijkheden voor ‘maatwerk’. Wil een gemeente hiermee in praktijk uit de voeten kunnen, dan zal men zelf nadere eisen moeten stellen waaraan ondernemingen moeten voldoen. Dat is volgens sommigen een bewerkelijke procedure, ‘een moeizame weg’. Zonder middelvoorschriften (of nadere eisen) valt er volgens sommigen echter niet of nauwelijks te handhaven¹³.

Bijkomend knelpunt is dat de jurisprudentie van de Raad van State op dit punt ook vaak weinig helderheid of uitsluitel biedt. Volgens juridisch geschoolde woordvoerders van een grote milieudienst “kun je altijd wel een uitspraak vinden die in je straatje past. En met evenveel gemak kun je een uitspraak vinden die het tegendeel ondersteunt”. Dit leidt bij sommige handhavers nogal eens tot onzekerheid: “je weet niet waar je aan toe bent”.

De strikte geluidseisen krachtens de Wet milieubeheer c.q. het Besluit horecabedrijven milieubeheer kunnen in de praktijk tot een inconsequente – en daarmee in strijd met de rechtsgelijkheid uitgeoefende – handhaving leiden. Volgens een aantal gemeenten zou strikte naleving van deze geluidseisen – zonder dat deze normen gedifferentieerd kunnen worden toegepast – feitelijk betekenen dat een groot deel van de bestaande horeca ofwel enorme investeringen moet doen (soms leidend tot een metamorfose van het pand) ofwel de zaak moet sluiten omdat men niet voldoet aan de stringente normen van de regeling. Als gevolg van de maatschappelijke en economische onwenselijkheid van een dergelijke situatie wordt daarom vaak niet consequent gehandhaafd maar alleen opgetreden volgens een

-
- 11 Overigens vindt men in de praktijk wel vaak zijn weg in de lappendeken van toepasselijke regelingen.
 - 12 De politie zegt bijvoorbeeld dat men bij geluidsoverlast van cafés veel makkelijker kan handhaven op de regel ‘sluit ramen en deuren’ dan op regels in de trant van ‘maak niet meer lawaai dan 60 decibel’, zoals men nu volgens het Besluit Horecabedrijven Milieubeheer moet doen.
 - 13 Volgens een aantal respondenten zal de situatie er in de toekomst niet op vooruit gaan: de nieuwe amvb gaat nog meer dan het ‘oude’ besluit uit van doelvoorschriften.

piepsysteem: als er klachten zijn, wordt getoetst of de inrichting al dan niet aan de eisen voldoet en worden eventuele sancties genomen. Wordt er niet 'gepiept', dan heeft de horeca-inrichting geen last van de bestuurlijke handhaver.

Tenslotte wordt gewezen op een tweetal leernten in de bestaande regelgeving:

- onvoldoende mogelijkheden om preventief op te kunnen treden. Dit knelpunt wordt met name ervaren in verband met de problemen die men heeft om op te kunnen treden tegen 'verdachte' ondernemers. Uit (politie-)bron kent men het dubieuze verleden of de discutabele leefwijze van een aanvrager van een vergunning. Formeel voldoet hij echter aan alle zedelijkheidseisen. Tegen dit soort 'criminele' aanvragers heeft het gemeentebestuur geen verweer: omdat de betrokkene aan alle eisen voldoet, kan het gemeentebestuur de vergunningaanvrager de vergunning niet weigeren. In dit verband klemmt met name de zogenaamde stroman- of katvangerproblematiek. Bijna alle gemeenten kennen dit probleem: een 'malafide' inrichting wordt gesloten of van een 'malafide' ondernemer wordt de vergunning ingetrokken of geweigerd; enige tijd later wordt een stroman als nieuwe vergunningaanvrager opgevoerd. Het gemeentebestuur weet dat de oorspronkelijke malafide ondernemer hier achter zit, maar kan de vergunning niet weigeren omdat de aanvrager aan alle vereisten voldoet;
- onvoldoende mogelijkheden om op te treden tegen de inrichting (in plaats van tegen de persoon van de vergunninghouder). Volgens sommigen is het handhavingsinstrumentarium te persoonsgebonden: je kunt wel optreden tegen de persoon van de vergunninghouder maar niet tegen de inrichting als zodanig (zie ook hiervoor).

Knelpunten op procedureel vlak

Het inzetten van bestuurlijke instrumenten leidt in de praktijk (volgens respondenten) meestal niet direct tot definitieve oplossing van de problemen¹⁴ vanwege de langdurige en ingewikkelde juridische procedures die gevolgd moeten worden. Horeca-ondernemers maken vaak pro forma bezwaar. Hierdoor wordt de uitvoering van het handhavingsbesluit tijdelijk geschorst: in die tussentijd kan bijvoorbeeld de exploitatie van een normoverschrijdende inrichting vaak ongestoord worden voortgezet. Behalve tot persoonlijke frustratie bij gemeente-ambtenaren en (met name) politie leidt dit volgens sommigen ook tot een aantasting van de geloofwaardigheid van het gemeentebestuur als bestuurlijke handhaver: de gemeente als tandenloze tijger. Bovendien wordt op deze manier – tegen de wil van het gemeentebestuur in – de facto een gedoogsituatie gecreëerd. Daarbij komt nog dat het bestaande systeem het gemeentebestuur te weinig weerwoord biedt tegenover kwaadwillende ondernemers: sommigen weten gewoon hoe langzaam bestuurlijke

14 Althans niet bij de kwaadwillende horeca-ondernemer. De meeste ondernemers schikken zich vaak vóór de inzet van sanctie-middelen al naar de wens van het gemeentebestuur.

molens werken, trekken zich weinig aan van gemeentelijke eisen en lachen de gemeenten in hun vuistje uit. In dit verband wordt ook wel gesproken over een 'te ver doorgesloten rechtsbescherming' die tot onaanvaardbare handhavingsbeperkingen leidt. De ervaringen van vele gemeenten op dit vlak onderschrijven de stelling van Van Kemenade dat de democratie bedreigd wordt door de ultieme wolf in schaapskleren. "Het is de rechter die door zijn voortdurende inmenging in de democratische besluitvorming het openbaar bestuur verlamt en het gezag van gekozen bestuurders ondermijnt"¹⁵. 'Verlamming van bestuurlijk optreden' en 'gezags-ondermijning'; het klonk veel van onze respondenten bekend in de oren.

Hiermee samenhangend wordt gewezen op de strenge eisen die worden gesteld aan de bewijslast, de bewijsvoering en de informatievergaring. Het opbouwen van een goed dossier kost veel energie en tijd en vergt specifieke deskundigheid. Het ontbreekt de handhavende instanties nogal eens aan kennis of capaciteit om dergelijke goed onderbouwde dossiers op te bouwen. Het opbouwen van een degelijk dossier – en dus een sterke zaak – wordt ook nogal eens belemmerd door gebrek aan geschikte informatie: vaak wordt voor het bestuur relevante politionele informatie (bijvoorbeeld mutaties uit de dagrapporten, CID-informatie) om privacy-redenen niet aan het bestuur ter beschikking gesteld. Ook vergeet men weleens van dergelijke informatie gebruik te maken.

Knelpunten op organisatorisch vlak

Eén van de consequenties van de versnipperde regelgeving is het bestaan van verschillende instanties die betrokken zijn bij de handhaving van (delen van de) horecaregels. In de meeste gemeenten is momenteel (nog) geen sprake van 1-loket voor horecazaken, maar is de handhaving opgedragen aan twee tot zeven (gemeentelijke) diensten en instanties. De constructie van 'de gemeente als 12-koppig monster' leidt tot een groot aantal knelpunten op organisatorisch vlak. Zo zijn afstemmingsproblemen tussen de diverse bij de handhaving betrokken instanties bijna onontkoombare gevolgen. Afstemmingsproblemen doen zich zowel voor binnen de gemeente tussen diverse bestuurlijke organen (bijvoorbeeld de Milieudienst, de dienst Bouw/ RO, bureau horecaverunningen, de dienst Algemeen-Bestuurlijke Zaken et cetera) als tussen de gemeente en andere handhavingspartners (politie, justitie, regionale milieudienst).

Behalve (organisatorische) afstemmingsproblemen is ook sprake van – soms bijna onoverbrugbare – cultuurverschillen en van communicatie-problemen tussen de diverse handhavingspartners, zowel binnen als buiten het bestuurlijk apparaat.

Binnen het bestuurlijk apparaat doet zich het probleem voor dat de gemeente niet 'met één mond' handhaaft. De diverse diensten kennen allemaal hun eigen werkterreinen, hun eigen belangen, regelgeving, werkwijzen en prioriteiten. Men kijkt 'vanuit zijn eigen kokertjes' en overziet niet het gehele handhavingsterrein. Het gevolg van dit alles kan zijn dat binnen één gemeente 'elke dienst iets anders uitdraagt', hetgeen zowel de effectiviteit en de efficiency van de handhaving in de

15 N. Verheij, Rechtsbescherming in Nederland. Teveel van het goede?, in JV 1997/5, 1997, pp. 13-27.

weg kan staan als zeer verwarrend kan zijn voor iedereen die bij de handhaving betrokken is. Als gevolg van de versnipperde organisatie en het gebrek aan communicatie is soms ook niet duidelijk welke dienst waarvoor verantwoordelijk is en bestaat het gevaar dat niemand uiteindelijk iets doet. Een en ander leidt ertoe dat de bestuurlijke handhaver naar buiten toe 'een modderfiguur slaat' en zich niet erg geloofwaardig maakt.

De problemen die zich tussen de bestuurlijke diensten onderling voordoen, doen zich vaak in nog grotere mate voor in de relatie tussen bestuur en politie. Als gevolg van het feit dat de organisatiestructuur van bestuurlijke handhavende instanties vaak niet is afgestemd op de handhavingspraktijk, fungeert de politie in de meeste gemeenten als voorportaal bij de handhaving in geval van overlast (zowel horecagebonden overlast als openbare orde-problematiek). De communicatie en afstemming tussen dit voorportaal en de bestuurlijke handhaver is echter veelal niet optimaal. De agent weet vaak niet wat de volgende stap in de handhaving moet zijn of kan niet rekenen op een adequate en snelle reactie van bestuurlijke diensten. Als gevolg hiervan stagneert het handhavingsproces.

De problemen tussen politie en bestuur komen voor een belangrijk deel voort uit het feit dat de politie niet alleen een bestuurlijke, maar ook (en vooral) een strafrechtelijke handhavingstaak heeft en in dit kader een andere heer dient. De politie – zeker de generalistische wijkagent – denkt voornamelijk in strafrechtelijke termen en niet zozeer in bestuursrechtelijke. Vanuit het strafrecht is men gewend aan snelle actie. De bestuursrechtelijke molens draaien veelal langzamer. Dit leidt tot onbegrip en frustratie bij de politie, die de indruk krijgt alsof het bestuur niets doet met de p.v.'s die zij ten aanzien van overlast gevende horeca hebben opgesteld en de informatie die zij daaromtrent hebben verzameld.

Knelpunten op praktisch-uitvoerend vlak

De afstemmings- en communicatieproblemen die zich op organisatorisch niveau voordoen, vertalen zich ook in de praktijk van de handhaving. Het gebrek aan afstemming en communicatie leidt in de uitvoering van de handhaving tot vertraging (afhandeling verloopt via verschillende schakels), informatieverlies (de kans op verlies van essentiële informatie bij één van de schakels is aanzienlijk), aansturingsproblemen (door de onduidelijkheid omtrent te volgen stappen en verantwoordelijke instanties) en – als gevolg daarvan – inefficiency. Uiteraard heeft dit alles een negatieve invloed op de duidelijkheid en consistentie van het beleid naar de burger (horeca-ondernemer) en brengt het uiteindelijk wellicht zelfs de legitimiteit van het overheidsoptreden in gevaar.

De uitvoering van de handhaving wordt voorts belemmerd door een gebrekkige equipering van de politie bij de handhaving van de geluidsnormen. Om geluidsmetingen te kunnen doen die aan de eisen van de milieuwetgeving (vooral het Besluit Horecabedrijven Milieubeheer) voldoen, is vrij geavanceerde – en vrij kostbare – meetapparatuur vereist waarover de reguliere politie niet of in onvoldoende mate beschikt.

Een laatste knelpunt in de uitvoering van de handhaving betreft het gebrek aan kennis en deskundigheid om een optimale handhaving te kunnen realiseren.

Vaak wordt in dit verband gewezen op het gebrek aan kennis bij de politie om milieumetingen te verrichten. Niet alleen binnen de politie, maar ook binnen ambtelijk-bestuurlijke diensten ontbreekt het soms aan kennis op bestuursrechtelijk terrein (zowel ten aanzien van de regelgeving zelf als (met name) ten aanzien van de interpretatie daarvan (jurisprudentie)).

Knelpunten op financieel vlak

Veruit het belangrijkste financiële knelpunt betreft het gebrek aan handhavingscapaciteit, zowel in menskracht als in middelen. Capaciteitsgebrek leidt er in de eerste plaats toe dat bestuurlijke handhavende instanties (zoals de milieudienst) voor een groot deel van hun handhavende taken zijn aangewezen op de politie; zij beschikken eenvoudig niet over voldoende mensen om (alle) handhavende taken zelf uit te kunnen voeren. Capaciteitsgebrek bij de politie (gekoppeld aan de geringe prioriteit bij de politie aan bestuursrechtelijke handhaving) leidt er vervolgens toe dat de horecaregelgeving niet optimaal kan worden gehandhaafd. Eén van de meest in het oog springende consequenties van het capaciteitsgebrek is dat in de meeste gemeenten alleen repressief toezicht wordt uitgeoefend en geen – of slechts in beperkte mate – sprake is van preventief toezicht. Men handhaaft volgens een piepsysteem: uitsluitend na klachten wordt opgetreden. Veel respondenten geven toe dat dit niet de meest ideale situatie is, maar dat preventief optreden domweg niet haalbaar vanwege de geringe handhavingscapaciteit. Ook aan nacontroles komt men veelal niet toe.

Een en ander heeft verstrekkende gevolgen voor de kwaliteit en de legitimiteit van de handhaving. Verschillende respondenten geven voorbeelden van inconsequente, inconsistente en/of inadequate handhaving als gevolg van het gebrek aan capaciteit.

Ook in ander opzicht wordt de bestuurlijke handhaving beïnvloed door knelpunten van financiële aard. Zo zouden sommige gemeenten best graag sneller willen optreden (en bijvoorbeeld sneller tot sluiting willen overgaan), maar schrikt men terug voor de eventuele financiële consequenties indien de rechter de bestuurlijke beslissing uiteindelijk terug zou draaien. Met name voor 'arme' gemeenten zijn de risico's vaak te groot.

Knelpunten op politiek vlak

Ook de politiek – in de meest brede zin van het woord – kan een effectieve en consequente handhaving doorkruisen. Belangentegenstellingen – tussen de diverse partijen in de horecasector, maar ook binnen de bestuurlijke diensten – kunnen hun stempel drukken op de handhaving en een snelle en consequente aanpak in de weg staan. Verschillende belangen kunnen met elkaar in botsing komen: openbare orde belangen, economische belangen, maatschappelijke belangen. In sommige gevallen is niet alleen sprake van verschillende belangen, maar zelfs van een regelrechte competentiestrijd tussen de ene en de andere handhavingspartner. In dit verband wordt wel gesproken van een 'loopgravenproblematiek'. Afhankelijk van de 'macht' van de pleitbezorger 'winnen' bepaalde belangen het van andere belangen. Daardoor kan het voorkomen dat de richting van de handhaving sterk bepaald wordt door (partij-)politieke wensen. Dit doet zich voor in de situatie dat 'de politiek' de plaatselijke horeca liever niet tegen zich in het harnas jaagt en daardoor (te) coulant

optreedt. Op het moment dat dit coulante optreden niet de totale horecasector betreft, maar uitsluitend gericht is op een klein deel daarvan is sprake van een willekeurige handhaving. Een dergelijke politiek bepaalde handhaving is zowel ten aanzien van grote als ten aanzien van kleine gemeenten gemeld.

Knelpunten op beleidsmatig vlak

Respondenten van verschillende achtergrond klagen over het gebrek aan visie van gemeenten op de horeca of op de handhaving van de horecaregels. De handhaving wordt ernstig belemmerd door dit gebrek aan visie en/of aan een horeca- of handhavingsbeleid. Het vinden van een geschikt instrument is volgens respondenten meestal niet zo'n probleem; het ontbreken van een heldere, eenduidige visie op de inzet daarvan (wat is wel en niet acceptabel?) daarentegen wel.

Ontbreekt het op gemeentelijk niveau al wel eens aan visie of beleid, helemaal moeilijk is het om op regionaal niveau tot een eenduidige visie te komen. Met name voor de politie heeft dit vervelende consequenties: de handhavingsregels zien er in elke gemeente net weer iets anders uit.¹⁶

3.6 BESTUURLIJKE HANDHAVING BIJ DRUGSOVERLAST IN DE HORECA

3.6.1 De praktijk van de handhaving

Juridisch kader

Ten aanzien van het tegengaan van drugsoverlast in de horeca staan het bestuur dezelfde bestuursrechtelijke regelingen en instrumenten ter beschikking als bij de handhaving van overlast in de horeca in het algemeen. In de praktijk vindt de handhaving van de horecaregelgeving in de drugs gerelateerde horeca met name zijn basis in de Drank- en Horecawet, de Gemeentewet, de Wet op de ruimtelijke ordening, de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing en de APV. Veelal wordt gebruik gemaakt van de bevoegdheid die deze wetten (of daarop gebaseerde verordeningen) bieden tot het stellen van nadere regels of eisen: uit onderzoek onder 116 gemeenten blijkt dat – naast een beleidsnota of-notitie – een vergunningstelsel in één of andere vorm het belangrijkste middel vormt om de drugsproblemen in de horeca te lijf te gaan. In veruit de meeste gevallen (62 van de 116 gemeenten) gaat het hierbij om een exploitatie- of overlastvergunning op basis van de APV of de Drank- en horecaverordening. Daarnaast worden ook bestemmingsplannen en leefmilieuverordeningen ingezet in de strijd tegen drugshoreca (in 9 resp. 13 van de 116 gemeenten)¹⁷.

16 Overigens doet dit probleem zich minder voor ten aanzien van de handhaving van de milieu-regels. Het milieubeleid is vaker regionaal afgestemd.

17 *Cannabis in Nederland, Inventarisatie van de verkooppunten*, IntraVal/SGBO, juli 1997, p. 28. Uit ander onderzoek blijkt dat gemeentebesturen met name enthousiast zijn over het gebruik van APV-bepalingen met betrekking tot sluiting, hinderlijk gedrag, verdovende middelen, samenscholingen en geluidhinder. 36% van de gemeenten geeft aan deze bepalingen succesvol te hebben gebruikt, 3% heeft het niet succesvol gebruikt. Bij het exploitatie-vergunningstelsel (op basis van APV of overlastverordening) liggen de percentages als volgt: 13% succesvol gebruikt,

Beleid

Bijna alle gemeenten in Nederland voeren een meer of minder uitgewerkt (soft-)drugs- of coffeeshopbeleid.¹⁸ Dit beleid heeft in de meeste gemeenten betrekking op de regulering van het *aantal* coffeeshops (vestigingsbeleid). Meestal wordt dergelijke regulering beoogd door middel van het voeren van een nulbeleid (er zijn geen coffeeshops en zij worden ook niet toegelaten) dan wel een maximumstelsel (het aantal coffeeshops dat wordt gedoogd is aan een bepaalde limiet gebonden). Inventarisatie onder 116 gemeenten wijst uit dat het nulbeleid en het maximumstelsel het meeste voorkomen.

Behalve beleid ter regulering van het aantal coffeeshops kunnen gemeenten ook beleid voeren ter regulering van de *aard* van drugshandel en drugsgebruik binnen coffeeshops. Door het stellen van nadere voorwaarden of beleidsregels kunnen gemeenten proberen grip te houden op hetgeen zich in de shops afspeelt. Met het oog hierop worden specifieke eisen gesteld aan de exploitatie/vestiging of de verkoop en het gebruik van (soft)drugs in (nieuwe) coffeeshops. Uit onderzoek¹⁹ blijkt dat 89% van de onderzochte gemeenten dergelijke voorwaarden aan de coffeeshops stellen. Vaak hebben deze gemeenten (tenminste) de AHOJ-G criteria van het Openbaar Ministerie opgenomen in hun beleid.²⁰ Door het opnemen van AHOJ-G criteria bewerkstelligt de gemeente dat niet alleen strafrechtelijk, maar ook bestuursrechtelijk kan worden opgetreden bij overschrijding van de voorwaarden. Behalve de AHOJ-G criteria worden ook tal van andere voorwaarden gesteld, variërend van voorschriften ten aanzien van de exploitatie van de shops (zoals openingstijden), de locatie (niet in de buurt van scholen, bepaalde onderlinge afstand tussen twee shops en dergelijke) tot voorschriften ten aanzien van de bezoekersgroep (geen verkoop aan toeristen/buitenlanders). Dergelijke nadere regels worden zowel in beleidsnota's gesteld als vertaald in vergunningenstelsels op basis van de APV of van andere verordeningen of regelingen (bijvoorbeeld op basis van een leefmilieu- of overlastverordening). Met name exploitatievergunningenstelsels zijn in dit opzicht populair.

Instrumenten

In de meeste gemeenten kan bij de repressieve handhaving van het drugsbeleid – meer nog dan bij de 'gewone' handhaving van de horecaregels – zowel van strafrechtelijke als van bestuursrechtelijke instrumenten gebruik worden gemaakt. Dit komt onder meer doordat veel gemeenten de AHOJ-G criteria in gemeentelijk beleid of daarop gebaseerde regelgeving hebben opgenomen. Daardoor heeft niet alleen het Openbaar Ministerie, maar ook de burgemeester / het gemeentebestuur

2% niet succesvol. Het bestemmingsplan respectievelijk de leefmilieuverordening is door 10% resp. 4% succesvol gebruikt en door 3% resp. 3% niet succesvol gebruikt. *Gemeentelijk drugsbeleid*, stand van zaken, Den Haag, december 1995, p. 28

18 102 van de 116 gemeenten voeren een of andere vorm van beleid, *Cannabis in Nederland*, 1997.

19 Intraval/SGBO, *Cannabis in Nederland*, Inventarisatie van de verkooppunten, juli 1997.

20 Dat betekent dat zij voorwaarden stellen ten aanzien van de affichering, het type drugs (geen hard drugs), het voorkomen van overlast, de leeftijdsgrens en hoeveelheid drugs in voorraad.

de bevoegdheid op te treden in geval van overtreding van deze richtlijn. De keuze voor de ene of de andere weg is per gemeente verschillend.

Ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving wordt daarbij vooral gebruik gemaakt van de 'klassieke' bestuurlijke handhavingsinstrumenten. Populair zijn met name het intrekken van de vergunning, geslotenverklaring (papieren sluiting) en het opleggen van een dwangsom. Evenals bij de algemene handhaving geldt, houdt men het ook bij de drugshandhaving bij voorkeur op een formele waarschuwing; een aanzegging tot het opleggen van bestuursdwang. Dit doet men veel liever dan het formele handhavingsinstrumentarium te moeten aanspreken en de daarbij behorende procedures te moeten doorlopen²¹. Mocht het tot een daadwerkelijke sanctie komen, dan is (papieren) sluiting één van de belangrijkste repressieve maatregelen. Een derde van de gemeenten met een coffeeshopbeleid had in de periode 1993 - 1995 één of meer coffeeshops gesloten²².

Een dwangsom wordt opgelegd bij 'lichte' overtredingen (sluitingsuur, terrassen) in gevallen waar men een sluiting wel een erg zwaar middel acht. Een dwangsom is – volgens één van de respondenten – "gericht op iets tijdelijks; het sluitingsbeleid is daarentegen gericht op structurele sluiting".

De organisatie van de handhaving

Gezien de grote kans op samenloop van strafrechtelijk en bestuursrechtelijk optreden, is de drugshandhaving bij uitstek gebaat bij een goede afstemming tussen Openbaar Ministerie, politie en bestuur. Voor de driehoek is in dit opzicht dan ook een belangrijke rol weggelegd. Hier worden – in de vier door ons onderzochte gemeenten – op beleidsniveau afspraken gemaakt over het overheidsoptreden inzake drugsoverlast. Soms worden hier ook op praktisch niveau afspraken gemaakt (naar aanleiding van concrete gevallen).

3.6.2 De omvang van het handhavingstekort

In absolute termen is de bestuurlijke handhaving in geval van (soft)drugsoverlast in de horeca geen groot probleem in Nederland te noemen: slechts een betrekkelijk klein deel van de Nederlandse gemeenten (26%) heeft te maken met dit soort problemen en een nog kleiner deel (8%) ervaart bestuurlijke handhavingproblemen als gevolg van de softdrugsproblematiek. Veelal geven bestaande coffeeshops geen problemen: de gemeente staat op goede voet met de ondernemers. En als de ondernemers al over de schreef gaan, dan is de dreiging met sanctionering vaak al voldoende om de zaak weer in het gareel te krijgen.

21 Overigens wordt ook in dit verband het gemis aan (voldoende) mogelijkheden om pro-actief of preventief op te treden gevoeld.

22 Gemeentelijke drugsbeleid 1995, p.28.

3.6.3 De aard van het handhavingstekort

Bovenstaande constatering doet geen recht aan de situatie waarin een deel van de Nederlandse gemeenten zich bevindt: zij worden wel degelijk geconfronteerd met (soft-)drugsoverlast en hebben niet altijd voldoende mogelijkheden om deze problematiek voortvarend te lijf te gaan. In beperkte mate wordt dit geweten aan het feit dat het Openbaar Ministerie een justitieel gedoogbeleid voert, dat – volgens enkele respondenten – gemeentebesturen te weinig ruimte laat om een eigen beleid te voeren. Veel vaker liggen de problemen in de sfeer van een gebrek aan capaciteit in geld en menskracht en aan het gebrek aan mogelijkheden om slagvaardig op te kunnen treden tegen kwaadwillende ondernemers in drugshoreca-inrichtingen. De langdurige, ingewikkelde procedures, de problemen met de bewijsvoering, het gebrek (in de praktijk) aan mogelijkheden om definitief te kunnen sluiten, het gebrek aan preventieve instrumenten, de stromannen-problematiek: zij spelen niet exclusief bij de drugshoreca, maar doen zich hier wel ‘pijnlijker’ dan bij de reguliere horeca gelden.

3.7 OPTIMALISERING VAN DE BESTUURLIJK REPRESSIEVE HANDHAVING

3.7.1 De optimale handhavingsorganisatie

In het verkennend onderzoek is een aantal mogelijkheden voor een betere afstemming tussen de diverse diensten en instanties die betrokken zijn bij de handhaving de revue gepasseerd.

Centrale handhavingsorganisatie

Eén van de mogelijkheden om een betere afstemming te realiseren is het instellen van één centrale handhavingsorganisatie. Een groot deel van de hierover door ons ondervraagde respondenten reageerde positief op de vraag naar de wenselijkheid van een dergelijke instantie (65%, n=20). Communicatie- en afstemmingsproblemen zullen afnemen, het gezicht naar de ondernemers zal duidelijker worden, men kan van elkaar leren, zijn enkele van de genoemde voordelen. Toch zien ook de voorstanders wel wat beren op de weg. Met name vraagt men zich af of zo’n centrale handhavingsinstantie in de praktijk – van verschillende, deels autonome, handhavers – wel haalbaar is. Sommigen vinden dat centralisering gevaarlijke kanten heeft omdat de handhaving te eenzijdig bepaald zou kunnen worden.

Coördinatie

Om tegemoet te komen aan de bezwaren tegen centralisering en toch een betere afstemming te kunnen realiseren, zou ook gekozen kunnen worden voor een minder vergaande vorm van centralisering: het aanbrengen van één of andere vorm van coördinatie binnen de bestuurlijke handhaving. Coördinatie kan op twee manieren bewerkstelling worden:

- door het instellen van een ‘werk- of projectgroep handhaving’, waarin de belangrijkste handhavers zitting hebben en die op beleids- en/of operationeel niveau

zorgt voor afstemming van de handhaving;
- door het aanstellen van een ambtenaar (of ambtelijke afdeling) met een coördinerende rol die dient als aanspreekpunt voor de horeca en een verwijzfunctie heeft ten aanzien van de handhaving.

Centrale regie

Het instellen van een coördinatiepunt op zichzelf is volgens sommigen niet voldoende. Wil echt sprake zijn van afstemming van handhaving, dan zal (ook) een 'handhavingsregisseur' moeten worden aangewezen. Mogelijk wordt deze regie rol toebedeeld aan de hierboven genoemde coördinerende ambtenaar: een ambtenaar die mandaat/bevoegdheden heeft om de handhaving daadwerkelijk te sturen (uiteraard in overleg met de diverse handhavende instanties). Ook in de werkgroep-constructie is een regie rol mogelijk, bijvoorbeeld door het aanwijzen van één ambtenaar of organisatie binnen het traject die 'de kar trekt' en daartoe de benodigde bevoegdheden krijgt of door mandatering van bevoegdheden aan een 'projectbureau handhaving horeca' (voorzover overigens mandatering aan een ambtenaar, dienst, werkgroep of projectbureau juridisch mogelijk is).

Organisatieschaal: kleinschaligheid en regionalisering

Kleinschaligheid lijkt de handhaving ten goede te komen: alle handhavers kennen elkaar, de afstemming en communicatie verlopen soepeler. Zeker in grotere gemeenten pleit dit voor het ophakken van de horecagebieden in kleine eenheden (zoals bijvoorbeeld gebeurt in de grote steden die deelgemeenten kennen). Kleinschaligheid kan echter in andere gevallen juist tot (extra) handhavingsproblemen leiden. Dit doet zich – blijkens het inventarisatie-onderzoek – voor in kleine gemeenten die over te weinig toezichthoudende capaciteit beschikken. Om in de toezichtbehoefte te kunnen voorzien, zou de handhaving (althans in ieder geval het toezicht) juist op grotere – regionale – schaal moeten worden georganiseerd, bijvoorbeeld door het instellen van een regionaal toezichtteam.

3.7.2 Het optimale wettelijke kader

De versnipperde wetgeving op het terrein van de horeca wordt door de meeste handhavers als een gegeven beschouwd waarmee men heeft te leven.²³ Men zoekt zijn weg door het geheel aan regelingen en vindt voor zichzelf een werkbare formule. Op dit vlak worden dan ook slechts twee suggesties voor verbetering gedaan, een voorstel voor het invoeren van een geïntegreerde horecavergunning en een voorstel voor het invoeren van een aparte Horecawet, waarin alle gemeentelijke dan wel landelijke regels en eisen ten aanzien van de horeca zijn opgenomen. Door de meeste respondenten worden beide voorstellen overigens als weinig realistisch van de hand

23 Geen van de (11) deelnemers aan één de expertmeetings is het dan ook eens met de stelling dat het uitvoeren van een integraal horecabeleid op lokaal niveau onmogelijk is als gevolg van de versnipperde wet- en regelgeving.

gewezen.

3.7.3 Het optimale instrumentarium

Een aantal praktijkhandhavers heeft de wens uitgesproken tot aanvulling van het bestuurlijk-juridisch instrumentarium met een bestuurlijke boete en/of een preventieve of voorwaardelijke dwangsom.

Bestuurlijke boete

De bestuurlijke boete kan op ruime bijval rekenen in de praktijk van de handhaving. Juist in een commerciële sector als de horeca-sector zijn financiële sancties effectief. Zonder uitzondering wordt echter door bestuurlijke handhavers de kanttekening geplaatst dat invoering van een dergelijk instrument alleen maar zin heeft als het de mogelijkheden tot snel ingrijpen vergroot. De bestuurlijke boete wordt daarom vooral aangegrepen als mogelijkheid om (nu eindelijk eens) lik-op-stuk beleid te kunnen voeren, niet zozeer als een instrument om punitief te kunnen optreden, om 'straf' uit te delen. Als de inzet van de bestuurlijke boete wordt gekoppeld aan allerlei langdurige en ingewikkelde procedures en moet voldoen aan de Awb-eisen, zien velen het verschil niet met de dwangsom. Volgens sommigen is een bestuurlijke boete dan ook niet nodig omdat de dwangsom al in een soortgelijke sanctiemogelijkheid voorziet. Groot voordeel van een dwangsom boven een boete is dat dreiging met het opleggen van een dwangsom vaak al voldoende is; daadwerkelijke inning is dan niet meer nodig. Bij oplegging van een boete ligt dat anders en zal men – zo is de verwachting – te maken krijgen met inningsproblemen. Andere redenen voor afwijzing van de bestuurlijke boete zijn:

- het is niet aan het bestuur, maar alleen aan de rechter om straffen op te leggen;
- eerst zou het bestaande instrumentarium volledig moeten worden benut, voordat men naar een nieuw instrument grijpt.

In justitiële/politieke kringen²⁴ wordt in het algemeen positief gereageerd op invoering van de bestuurlijke boete. Wel worden grenzen aan de reikwijdte van het instrument gesteld. Zo heeft een bestuurlijke boete met name zin ten aanzien van objectief vast te stellen overtredingen (zoals het overtreden van het sluitingsuur, het verkopen van alcohol aan minderjarigen). Tussen bestuur en OM moeten duidelijke handhavingsafspraken (spelregels) worden gemaakt ten aanzien van de inzet van de bestuurlijke boete dan wel andere bestuursrechtelijke instrumenten die eventueel per wetgeving kunnen verschillen. Als kader voor de uitvoering van de bestuurlijke boete wordt gewezen op de Wet Mulder. Het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB) zou ook voor de bestuurlijke boete kunnen fungeren als centrale incasso-instansie. Om tegemoet te komen aan de lik-op-stuk-behoefte zou het instrument moeten worden ingezet onder het motto: 'eerst betalen, dan pas klagen'. Voorstanders hiervan zouden overigens de Nederlandse Vereniging voor

24 Nederlandse Vereniging van Rechtspraak, OM, Nederlandse Orde van Advocaten en de Commissie Korthals Altes.

Rechtspraak (NVvR) wel eens op hun pad kunnen vinden. De NVvR ziet de bestuurlijke boete per definitie als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Derhalve zullen procedures waarbij een bestuurlijke boete (en andere bestuurlijke maatregelen met een punitief karakter) kunnen worden opgelegd, moeten voldoen aan de in artikel 6 EVRM gestelde vereisten.

Preventieve of voorwaardelijke dwangsom

Een aantal respondenten spreekt de wens uit tot invoering van de mogelijkheid om een dwangsom preventief (dus nog voordat sprake is van een overtreding) op te leggen. In feite zou bij vergunningverlening al een soort voorwaardelijke dwangsom moeten worden opgelegd: de vergunninghouder wordt gewaarschuwd dat als hij zich niet aan de gestelde voorschriften houdt, een dwangsom opgelegd zal worden. Ook deze mogelijkheid – die door andere respondenten als juridisch onmogelijk wordt afgedaan²⁵ – wordt geopperd ter tegemoetkoming aan de alom gevoelde behoefte aan lik-op-stuk handhaving.

Privaatrechtelijke instrumenten

Slechts in beperkte mate wordt in de huidige bestuurlijke handhavingspraktijk gebruik gemaakt van privaatrechtelijke instrumenten. In het algemeen lijkt de behoefte hieraan ook niet erg groot en lijkt er zeker geen aanleiding tot *uitbreiding* van de privaatrechtelijke mogelijkheden. Uitzondering is de behoefte/wens om civielrechtelijke straat- of lokaalverboden op te leggen. Behalve dat relatief veel gemeenten – zo ze al privaatrechtelijke instrumenten hanteren – van dit instrument gebruik maken, lijkt er ook draagvlak te zijn voor het voorstel van de Commissie Korthals Altes om het OM (als behartiger van het algemeen belang) de mogelijkheid te geven om bij problemen op horecagebied een straatverbod voor personen te vorderen.

3.7.4 De optimale rechtsgang

Vereenvoudiging van de procedures

Algemeen wordt de behoefte gevoeld aan vereenvoudiging van de bestuursrechtelijke procedures, eventueel gepaard gaand met een verminderde rechtsbescherming van de burger. In dit verband wordt voorgesteld om een openbare voorbereidingsprocedure (in de zin van de Awb) met verkorte termijnen bij handhavingsbesluiten in te voeren. In dat geval vindt geen heroverweging van het besluit plaats, maar wordt het volgende traject doorlopen: ontwerpbesluit, 2 weken bedenkingen mogelijk, definitief besluit met directe beroepsmogelijkheid op de Raad van State. In dit kader wordt ook wel voorgesteld de schorsende werking van de uitvoering van handhavingsbesluiten bij verzoeken om voorlopige voorzieningen op te heffen.

25 Zij pleiten voor het invoeren van een boete om snel te kunnen optreden naar aanleiding van de eerste overtreding in plaats van voor het opleggen van een preventieve dwangsom, nog voordat van enige overtreding sprake is.

Vereenvoudiging bewijslast

Direct gekoppeld aan het bovenstaande zijn de mogelijkheden tot versoepeling van de – in het algemeen als zwaar ervaren – bewijslast voor het inzetten van bestuurlijke instrumenten. Zo zou bijvoorbeeld volgens enkele respondenten – bij de handhaving van de milieuwetgeving in geval van geluidshinder – in principe de bevinding/geluidsmeting van de agent voldoende moeten zijn om bestuurlijke maatregelen op te kunnen baseren.

Vergroting toegankelijkheid informatiebronnen

Bestuurlijke handhavers komen nogal eens in botsing met de privacy-regels rondom met name politionele informatiebronnen: de politie is vaak onwillig / onmachtig om aan het bestuur informatie ter beschikking te stellen. Door bestuurlijke handhavers wordt daarom gepleit voor vergroting van de beschikbaarheid voor het bestuur van niet in p.v.'s opgenomen politionele informatie (zoals de mutaties in de dagraporten).

Preventieve toets

De meeste respondenten zijn (gematigd) voorstander van de invoering van een preventieve rechterlijke toets. Het zou de angst bij gemeentebesturen om op te treden weg kunnen nemen. Aan de mogelijke invoering wordt tegelijkertijd als voorwaarde gekoppeld dat de toets niet mag leiden tot verdere vertraging bij het inzetten van bestuurlijke instrumenten. Een toets werkt alleen als de rechter binnen maximaal een week kan beslissen: anders belemmert het de slagvaardigheid van het bestuurlijk optreden nog meer dan nu reeds het geval is. Sommigen zien geen voordelen aan de invoering van de rechterlijke toets. Belangrijkste bezwaar is – naast de verwachte vertragende werking van de toets – dat men vindt dat de rechter dan op de stoel van de bestuurder gaat zitten.

3.7.5 De optimale uitvoering

Behalve door veranderingen aan te brengen in het systeem van de bestuurlijk repressieve handhaving, is ook op het vlak van verbetering van de uitvoering van de handhaving veel voordeel te behalen. De praktische optimaliseringsmogelijkheden hebben betrekking op de volgende terreinen:

- deskundigheidsbevordering handhavers;
- vergroting toezichtcapaciteit;
- verbetering communicatie;
- één loket.

Deskundigheidsbevordering

Veel handhavingsproblemen kunnen worden opgelost als het inzicht in de diverse handhavingsmogelijkheden en -eisen bij betrokken partijen – op verschillende niveaus – zou worden vergroot. Zo bestaat de indruk dat bestuurlijke handhavers niet altijd zicht hebben op het totale scala aan mogelijke handhavingsinstrumenten en aan de consequenties van de inzet van deze instrumenten. Ook bij

de (basis-)politiezorg lijkt deskundigheidsbevordering op zijn plaats te zijn. Met name zou de politie beter inzicht moeten krijgen in de eisen die de bestuurlijke handhaving aan de informatie-vergaring stelt.

Vergroting toezichtcapaciteit

Behalve door verruiming van de financiële middelen, kan in de behoefte aan vergroting van de toezichthoudende capaciteit (met name in kleinere gemeenten) ook worden voorzien door het toezicht te regionaliseren (regionaal toezichtteam, buiten de al bestaande regionale milieu-inspecties). Hierdoor kan wellicht meer tegemoet gekomen worden aan de toezichtbehoeften van (kleine) gemeenten. Bovendien leidt een speciaal toezichtteam vermoedelijk ook tot een effectievere handhaving omdat het toezicht uitgevoerd wordt door speciaal daartoe ingezette en opgeleide mensen.

Verbetering communicatie

Een betere communicatie tussen diverse handhavers zou de handhaving ten goede kunnen komen, nog afgezien van allerlei organisatorische aanpassingen. Betere communicatie kan volgens respondenten bereikt worden door:

- (structureel) periodiek overleg waarin men elkaar informeert of zaken terugkoppelt zodat iedereen weet wat er in een concreet geval gaat gebeuren of gebeurd is;
- invoeren van een 'parafensysteem': handhavende instanties melden hun voor de handhaving belangrijke acties of plannen. Door hieraan een 'parafen-eis' te koppelen is kennisname door andere handhavingpartners in theorie gegarandeerd.

Eén loket voor horeca-ondernemers

Hoe de interne organisatie ook is geregeld, naar buiten toe dient het bestuur met één mond te handhaven. Dit kan worden bewerkstelligd door instelling van één loket voor de horeca, waarbij de verschillende benodigde vergunningen worden aangevraagd. In veel gemeenten wordt momenteel aan de invoering van zo'n één-loket-functie gewerkt.

4 Conclusies

4.1 OVER HET GEHANTEERDE WETTELIJK KADER EN HET GEBRUIKTE INSTRUMENTARIUM...

- Ter handhaving van de horecaregelgeving staat het bestuur een zeer groot scala aan wettelijke regelgeving, zowel landelijke als gemeentelijke, ter beschikking. In de praktijk spelen de meeste van deze regelingen alleen op de achtergrond een rol bij de handhaving. Bestuurlijke handhavers weten dat de regelingen bestaan en ze staan ongetwijfeld in de boekenkast, maar men maakt er bij de praktijk van de handhaving niet rechtstreeks gebruik van. In de dagelijkse praktijk werkt men meestal maar met twee of drie regelingen, waarvan men de belangrijkste bepalingen uit het hoofd kent. Het gaat hier meestal om regelingen die gemeenten vanuit hun

autonome regelgevingsbevoegdheid hebben opgesteld. Deze gemeentelijke regelingen bevatten specifieke – op de gemeentelijk praktijk toegespitste – bepalingen en bieden als zodanig praktische handhavingshandvatten.

- Het populairst is in dit verband de Algemene Plaatselijke Verordening, gevolgd door het bestemmingsplan en diverse gemeentelijke verordeningen. Op milieugebied maken bestuurlijke handhavers (daarnaast) gebruik van de bepalingen uit het Besluit horecabedrijven milieubeheer, eveneens in het algemeen zeer praktische, concrete bepalingen.

4.2 OVER HET BELEIDSKADER...

- Afgaande op de situatie in de zeven onderzochte gemeenten, lijkt het erop dat in Nederland momenteel hard gewerkt wordt aan het tot stand brengen van een integraal horecabeleid.

- De integraliteit lijkt zich vooralsnog vooral te richten op het beleidskader, de beleidsuitgangspunten, waarbinnen de handhaving door diverse handhavingpartners gestalte moet krijgen en niet zozeer op de *uitvoering* van de handhaving. Is (op korte termijn) binnen gemeenten derhalve vermoedelijk wel vaak sprake van een geïntegreerd horecabeleid, de uitvoering van de handhaving vindt in veel beperktere mate via een geïntegreerde aanpak plaats. In plaats van een integrale aanpak (waarbij ieder vanuit dezelfde uitgangspunten vertrekt en sprake is van één totaalaanpak) is hier veeleer sprake van een afgestemde aanpak, waarbij weliswaar de kaders worden gedeeld maar elke afzonderlijke handhavinginstantie zijn eigen handhavingpraktijk kent: de bestuurlijke handhaving bestaat hier uit de som van de handhavingsocties van alle afzonderlijke handhavers.

- Wel wordt in een aantal gemeenten – meestal ten behoeve van het bestuur én de politie – gewerkt met zogenaamde stappenplannen, waarin voor de meest voorkomende overtredingen een handhavingstraject wordt geformuleerd. Vaak wordt hierbij overigens niet aangegeven welke instantie in welke fase van het handhavingstraject verantwoordelijk is: van een echt handhaving*sdraaiboek* is dan ook meestal geen sprake.

4.3 OVER DE GEHANTEERDE INSTRUMENTEN...

- Analoog aan het brede scala aan wettelijke regelingen staat het gemeentebestuur ook vele bepalingen/instrumenten ter beschikking die in een concreet handhavinggeval gebruikt kunnen worden. Ook hierin heeft de praktijk zijn weg gevonden. Men maakt veelal gebruik van een beperkt standaardpakket aan instrumenten: instrumenten die men steeds weer toepast, omdat men ze kent en omdat ze in de praktijk hun waarde hebben bewezen.

- De meeste gemeenten kennen een bestuurlijk handhavingstraject waarin de volgende schakels zijn te onderkennen: administratieve preventie, communicatieve (informele) preventie, formele waarschuwing of dreiging met sanctionering (formele preventie), sanctionering (repressie).

- Liever dan daadwerkelijk instrumenten in te zetten, trachten gemeentebesturen

problemen met de horeca te voorkomen. Dit doet men door zoveel mogelijk de vestiging of exploitatie van horeca-inrichtingen vooraf te reguleren (door stringente toetsing aan het bestemmingsplan of door bij verordening nadere eisen aan de vergunning- of ontheffingsverlening te stellen (administratieve preventie). Indien toch problemen ontstaan met eenmaal gevestigde horeca, prefereert men een min of meer informele oplossing (overleg, (in) formele waarschuwing, dreiging met sanctionering) boven een repressieve actie. In de meeste gevallen behoeft het niet tot een echte sanctie te komen omdat zaken zich al in dit voortraject oplossen (communicatieve/(in)formele preventie).

Als laatste schakel in de handhavingsketen grijpt men naar repressieve bestuurlijke sanctiemiddelen (repressie).

- Van de repressieve bestuurlijke sanctiemiddelen zijn sluiting/intrekking van de vergunning en het opleggen van een dwangsom veruit het meest populair.
- Vaak gaat het in het eerste geval om een zuiver administratieve actie: de tent wordt meestal niet fysiek dichtgetimmerd. Tot daadwerkelijke (fysieke) sluiting besluit men vooral bij zeer zware (openbare orde-) verstoringen, waarbij het algemeen belang (onmiddellijke) fysieke sluiting vereist, de overtreding evident is, het bewijs (derhalve) makkelijk is te leveren, en er een goed dossier kan worden opgebouwd. Bij minder zware overtredingen (geluidsoverlast, overtreden sluitingsuur en dergelijke) is het bewijs vaak alleen met behulp van intensief (politie-)toezicht te leveren, waarvoor veelal onvoldoende capaciteit beschikbaar is. Bij gebrek aan een goed dossier zijn veel besturen beducht voor latere financiële schadeclaims van horeca-ondernemers en ziet men daarom liever af van fysieke sluiting.
- De dwangsom heeft zijn populariteit te danken aan het feit dat een dergelijke financiële sanctie zeer effectief blijkt in een commerciële sector als de horeca gekoppeld aan het feit dat in de meeste gevallen dreiging met het opleggen van een sanctie al afdoende is en men niet over hoeft te gaan tot de – als lastig ervaren – inning.
- Bestuurlijkrechtelijk optreden is overigens lang niet altijd vanzelfsprekend bij problemen met de horeca. Liever kiest men voor een combinatie van bestuurs- en strafrechtelijk optreden of zelfs voor een uitsluitend strafrechtelijk handhavingstraject. Redenen: het (vermeende) grotere lik-op-stuk karakter van het strafrecht, de angst van horeca-ondernemers voor een strafblad en de neiging van veel handhavers (ambtelijke diensten, politie) om automatisch terug te vallen op het strafrecht als bekend terrein.

4.4 OVER DE ORGANISATIE VAN DE HANDHAVING...

- In de praktijk zijn gemiddeld zo'n drie (kleine gemeenten) tot vijf (grotere gemeenten) instanties of diensten structureel betrokken bij de bestuurlijke handhaving van de horecaregelgeving. Daarnaast is vaak ook nog een aantal instanties op incidentele basis bij de handhaving betrokken.
- Het toezicht wordt in de meeste gevallen uitgevoerd door de basiseenheden politie (vaak ondersteund door de afdeling Bijzondere Wetten van de politie), op milieugebied verder aangevuld met toezichthouders van (regionale) Milieudiensten.

- In de huidige praktijk bestaan in het algemeen geen structurele vormen van samenwerking of afstemming tussen de diverse handhavingsinstanties. Wel kennen veel gemeenten vormen van incidenteel en/of bilateraal overleg (met name tussen politie en bestuur, milieu-overlegvormen).

- Hoewel in de meeste gemeenten vergunningverlening, toezicht en sanctionering formeel (geconcentreerd binnen één persoon of instantie) of informeel (officieel verdeeld over meerdere instanties, maar officieus bepaald door één persoon of instantie) hand in hand gaan, is in de praktijk vaak wel sprake van een zekere scheiding tussen de diverse bestuurlijke handhavings-verantwoordelijkheden. Doordat – in ieder geval in de grotere gemeenten – de concentratie van handhavingstaken niet alle handhavingsterreinen betreft, maar uitsluitend betrekking heeft op één bepaald aspect van de handhaving (bijvoorbeeld alleen de openbare orde-handhaving of alleen de milieu-handhaving) is de facto toch sprake van een zekere distantie van het gemeentebestuur als geheel ten opzichte van de horeca. De verschillende (ambtelijke) afdelingen hebben elk hun eigen belangen en zorgen op die manier voor een zekere controle op belangenverstrengeling. Als zodanig is er – in ieder geval in de grotere gemeenten – vaak wel een scheiding tussen de belangen van de gemeente als schepper van voorzieningen ten behoeve van de burger (de verzorgende taak van de gemeente) en de belangen van de gemeente als handhaver van de regelgeving (de handhavende taak van de gemeente). Doordat daarnaast in alle gemeenten het toezicht op horeca-inrichtingen primair door de basis-politie wordt uitgevoerd, is in de praktijk eveneens sprake van een zekere scheiding tussen toezicht/uitvoering enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds.

- In de praktijk blijkt (dan ook) geen draagvlak voor scheiding te bestaan, noch voor scheiding tussen vergunningverlening en toezicht enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds, noch voor een scheiding tussen vergunningverlening enerzijds en handhaving (toezicht en sanctie) anderzijds en evenmin voor een scheiding tussen toezicht enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds.

4.5 OVER DE KNELPUNTEN BIJ DE HANDHAVING...

- De meeste gemeenten (69%) kennen geen handhavingsproblemen of handhavingstekort. Toch kan wel gesproken worden van een omvangrijk handhavingstekort: de gemeenten die wél handhavingsproblemen kennen (31%) behoren in het algemeen namelijk tot de grotere gemeenten en/of tot de (kleinere) gemeenten die een centrumfunctie vervullen ten aanzien van de horeca. Ook in kwalitatief opzicht kan van een omvangrijk handhavingstekort gesproken worden. In die gemeenten waar handhavingsproblemen zijn, is meestal sprake van een veelomvattende problematiek.

- Het tekort doet zich lang niet ten aanzien van alle horeca-ondernemers in een gemeente voor, maar vooral ten aanzien van een kleine ‘harde kern’ van notoire overtreeders. Het gaat hierbij om horeca-ondernemers die geknipt en geschoren zijn in het ontduiken van de regelgeving, de (mazen van de) wet vaak goed kennen, niet terugschrikken voor juridische procedures, zich in tegenstelling tot ‘reguliere’ ondernemers niet laten afschrikken door informele bestuursacties en vaak – na een

aanvaring met het gemeentebestuur – net zo hard weer opnieuw beginnen (via een stroman).

- Knelpunten worden op diverse niveaus/deelgebieden van de handhaving ervaren: op juridisch, procedureel, operationeel, financieel, organisatorisch, politiek en beleidsmatig vlak. De belangrijkste knelpunten kunnen worden samengevat in de volgende drie sleutelbegrippen: ineffectiviteit, versnippering en capaciteitsgebrek.

- Om verschillende redenen voelt het gemeentebestuur zich vaak een ‘papieren tijger’ waar het gaat om het handhaven van de horecaregelgeving: een tijger zonder tanden. Oorzaken zijn:

- het gebrek aan mogelijkheden om preventief op te kunnen treden tegen horeca-ondernemers of ondernemingen waarmee het bestuur op voorhand problemen voorziet. Voldoen vestiging en/of ondernemer aan de formele vestigingsvereisten, dan dient een vergunning te worden afgegeven.

- het gebrek aan mogelijkheden om slagvaardig op te kunnen treden tegen overtredende ondernemers. Door de strenge eisen omtrent het bestuursrechtelijk bewijs, gecombineerd met de bestuursrechtelijke blinde vlekken van de politie (en het gebrek aan toezichthoudende capaciteit), is het vaak niet goed mogelijk een harde zaak tegen een bepaalde horeca-ondernemer op te bouwen. Bij gebrek aan een goed dossier (soms gekoppeld aan onzekerheid over de juiste juridische weg), gaan bestuurlijke handhavers liever niet over tot de inzet van direct afdoende, ‘harde’ instrumenten (directe fysieke sluiting of andere bestuursdwangacties) of tot het direct van kracht verklaren van handhavingsbesluiten. De kans dat men later door de rechter wordt teruggefloten en met aanzienlijke schadeclaims geconfronteerd wordt, houdt voor veel gemeenten een te groot risico in.

- de noodzaak om de facto ongewenste situaties te moeten gedogen als gevolg van de langdurige en ingewikkeld geachte juridische procedures bij de inzet van bestuurlijke sanctiemiddelen. Doordat aan de uitvoering van het handhavingsbesluit schorsende werking wordt verleend ingeval een verzoek tot een voorlopige voorziening wordt ingediend, kan de exploitatie van een normoverschrijdende inrichting vaak tijdelijk ongestoord worden voortgezet.

- Als gevolg van het gebrek aan communicatie en afstemming tussen de diverse handhavende instanties wordt in de meeste gemeenten niet met één mond/gezicht gehandhaafd, maar laat het gemeentebestuur zich zien als ‘12-koppig monster’. Dit heeft een negatieve invloed op de duidelijkheid en consistentie van het beleid naar de burger (horeca-ondernemer) en brengt uiteindelijk wellicht zelfs de legitimiteit van het overheidsoptreden in gevaar.

- Doordat men in veel (vooral kleinere) gemeenten kampt met een gebrek aan toezichthoudende capaciteit, komt het toezicht in het gedrang. Is het uitvoeren van preventief toezicht of van nacontroles vaak al helemaal niet mogelijk, ook het repressieve toezicht wordt hierdoor beperkt. Zo wordt het repressieve toezicht vaak uitgevoerd volgens een ‘piepsysteem’, waarbij men alleen in actie komt naar aanleiding van klachten. En ook die klachten kunnen lang niet allemaal worden gehonoreerd, zeker niet indien zij op daluren in de toezichtcapaciteit (in het weekend of ’s nachts) zijn geuit.

Bovenstaande knelpunten doen zich ook voor bij de bestuurlijke handhaving van de horecaregelgeving in de drugs gerelateerde horeca (coffeeshops). Gezien de (relatieve) ernst van de drugsoverlast doen de handhavingsproblemen zich hier wel pijnlijker gelden. In absolute termen heeft 26% van de gemeenten in Nederland met drugsoverlast in de horeca te maken en 8% ervaart bestuurlijke handhavingsproblemen als gevolg van de softdrugsproblematiek.

4.6 OVER MOGELIJKHEDEN TOT OPTIMALISERING...

● De meest geuite wensen in de praktijk hebben betrekking op het oplossen van de meeste ervaren knelpunten: ineffectiviteit, versnippering en capaciteitsgebrek. Op het verlanglijstje van de meeste gemeenten staan de volgende wensen:

- aanvulling van het bestuurlijk-juridisch instrumentarium met (makkelijk en snel toe te passen) preventieve instrumenten (bijvoorbeeld preventieve dwangsom);
- vereenvoudiging van de juridische procedures rondom bestuurlijke handhavingsbesluiten (bijvoorbeeld door opheffing van de schorsende werking bij procedures voor voorlopige voorzieningen);

- versoepeling van de eisen omtrent het bewijs (bijvoorbeeld door de geluidshindereisen zo aan te passen dat de politieële meting als bewijs kan dienen);

- creëren van een betere afstemming en communicatie tussen diverse (ambtelijke) handhavende instanties (bijvoorbeeld door het instellen van één of andere vorm van structureel handhavingsoverleg, het instellen van één loket voor de vergunningverlening of door aanstelling/aanwijzing van een coördinerend of regisserend ambtenaar/afdeling (mèt bevoegdheden tot het binden van betrokken handhavingspartners);

- vergroting van de toezichhoudende capaciteit (bijvoorbeeld door het beschikbaar stellen van aanvullende financiële middelen of door het efficiënter organiseren van het toezicht).

● De meeste bestuurlijke handhavers onderschrijven de stelling dat – enkele keren daargelaten – het bestuur in principe voldoende instrumenten ter beschikking staan om te kunnen handhaven. Aan (meer) privaatrechtelijke instrumenten bestaat dan ook geen behoefte. In dezelfde zin moet ook de reactie op het voorstel van de Commissie Korthals Altes tot invoering van een bestuurlijke boete als sanctie-middel worden begrepen: zo'n extra instrument is alleen maar gewenst indien daarmee tegemoet kan worden gekomen aan de behoefte van bestuurlijke handhavers tot snel ingrijpen. Ook het commissie-voorstel tot invoering van een preventieve rechterlijke toets wordt door de bestuurlijke handhavers op het 'lik-op-stuk-gehalte' getoetst: zo'n toets is zinnig om de angst tot optreden weg te halen, maar alleen indien dit niet tot verdergaande vertraging van de toch al lange juridische procedures leidt.

5 Aanbevelingen

De meeste 'praktijkhandhavers' zijn van mening dat het huidige arsenaal aan bestuurlijk-juridische instrumenten in principe voldoende basis biedt voor een effectieve bestuurlijke handhaving. Dat de handhaving in de praktijk lang niet altijd effectief is, ligt niet aan gebrek aan instrumenten, maar aan allerlei andere zaken op organisatorisch, procedureel, financieel, praktisch, politiek en beleidsmatig vlak. Om de bestuurlijke handhaving soepeler te laten verlopen, lijkt een verbetering van de efficiency en effectiviteit van de organisatie en de uitvoering van de handhaving dan ook het meest voor de hand te liggen. Toch valt ook ten aanzien van het bestuursrechtelijk kader/instrumentarium nog wel wat voordeel te behalen.

Omtrent de bestuurlijk-juridische uitgangspunten...

- Aanvulling van het instrumentarium met (meer) instrumenten die tegemoet kunnen komen aan de behoefte aan lik-op-stuk-handhaving van gemeentebesturen lijkt voor de hand te liggen.
- Wij pleiten dan ook voor invoering van de bestuurlijke boete, echter wel binnen bepaalde grenzen. Zo lijkt een bestuurlijke boete (in de horecasector) alleen uitvoerbaar ten aanzien van objectief vast te stellen en makkelijk bewijsbare, kleine overtredingen (overtreding sluitingsuur, overschrijding terrasomvang). De uitvoering van de bestuurlijke boete dient plaats te vinden volgens de systematiek van de Wet Mulder en derhalve volgens het motto 'eerst betalen, dan pas klagen'. Als centrale incasso-instantie kan het Centrale Justitiële Incasso Bureau fungeren.
- De mogelijkheden tot invoering van een preventieve of voorwaardelijke dwangsom dienen nader te worden onderzocht. Mogelijk is een dergelijke modaliteit te realiseren door middel van invoering van een waarborgsom, te storten door beginnende ondernemers.
- Het lik-op-stuk gehalte van de bestuurlijke handhaving zou kunnen worden vergroot indien de juridische procedures die de inzet van bestuurlijke instrumenten vergezellen (nog verder) worden vereenvoudigd en verkort, bijvoorbeeld door invoering van de openbare voorbereidingsprocedure in de zin van de Awb mét verkorting van de termijnen of door opheffing van de schorsende werking bij voorlopige voorzieningen.

Omtrent de organisatie en de uitvoering van de handhaving...

- In de eerste plaats dient de organisatie van de handhaving beter te worden afgestemd. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen afstemming op beleidsniveau en afstemming op operationeel niveau. Ter realisering van de beleidsmatige afstemming lijkt instelling van een werkgroep handhaving voor de hand te liggen: hier worden grote lijnen uitgezet. Voor afstemming van de handhaving in een concreet geval lijkt het zinvol de regie van de afstemming in handen te geven van één ambtenaar of afdeling binnen het bestuurlijk apparaat. Noodzakelijke voorwaarde voor het functioneren van beiden afstemmingsfora is wel dat beiden beschikken over formele bevoegdheden/mandaat om bindende afspraken te maken of besluiten te nemen (voorzover juridisch mogelijk). Voor beide fora zouden

praktische hulpmiddelen, in de vorm van – al dan niet geautomatiseerde – regie-checklists of handhavingsdraaiboeken, kunnen worden ontwikkeld.

- Voorts is veel te zeggen voor regionalisering van de handhaving, ook al weer ingegeven door de behoefte aan een efficiëntere en effectievere handhaving. Regionalisering kan zowel plaatsvinden ten aanzien van het toezicht (bijvoorbeeld door instelling van een regionaal toezichtteam) als ten aanzien van de sanctionering (bijvoorbeeld door de sanctionering te leggen bij een specifiek daarvoor ingesteld regionaal orgaan). Regionalisering 'dwingt' gemeenten tot samenwerking en tot het afstemmen van het horeca- en het handhavingsbeleid. Bovendien biedt regionalisering (met name voor kleinere gemeenten) de mogelijkheid tot uitbreiding van de handhavingscapaciteit, consultatie-mogelijkheden en handhavingsdeskundigheid. Bij de regionalisering moet overigens in het oog gehouden worden dat kleinschaligheid veelal de handhaving ten goede komt. Met andere woorden: binnen de grootschaligheid van regionalisering moet gezocht worden naar het creëren van kleine organisatie-eenheden.

- Niet alleen op organisatorisch, maar ook op uitvoerend niveau dient gestreefd te worden naar efficiency- en effectiviteitsvergroting. Dit wordt onder meer bereikt door een consequente, snelle en adequate reactie op (dreigende) normoverschrijding en door steeds te kiezen voor 'het juiste instrument bij het juiste geval'. Omdat dit lang niet voor alle bestuurlijke handhavers een logische handelwijze is, dient de handhavingsdeskundigheid van bestuurlijke handhavers te worden vergroot. Uit ervaring weten wij dat eenvoudige, concrete instrumenten het meest aanslaan: dus geen ellenlange theoretische cursussen, maar het liefst een concrete 'handhavingsverwijskaart' of iets dergelijks (eventueel op CD-Rom) waaruit een handhavende ambtenaar snel het antwoord op mogelijke handhavingsvragen kan aflezen of waaruit hij – gegeven een bepaald probleemgeval – snel kan opmaken welke weg hij het best kan bewandelen (en wat de consequenties van de diverse mogelijkheden zijn). In deze verwijskaart of handreiking kan met name ook gekeken worden naar 'trucs' om langdurige procedures te ontlopen of om lik-op-stuk te kunnen handhaven.²⁶

- Tenslotte kan de handhaving ook aanzienlijk aan efficiency en effectiviteit winnen indien bestuurlijke handhavers makkelijker dan in de huidige praktijk toegang krijgen tot allerlei (met name politie) informatiebronnen. De politie zou er in dit verband meer dan tot nu toe zorg voor moeten dragen dat het bestuur relevante informatie ter beschikking wordt gesteld (bijvoorbeeld mutaties uit dagrapporten, CID-informatie).

Bij invoering van deze efficiency- en effectiviteitsverbeteringen zal een groot deel van de huidige knelpunten in de bestuurlijke handhaving worden opgelost. Verdergaande aanpassingen lijken – althans op grond van het onderhavige onderzoek – vooralsnog dan ook niet nodig.

26 Dergelijke professionalisering kan uiteraard ook in andere vormen worden gerealiseerd. Zo kan gedacht worden aan een helpdesk bestuurlijke handhaving (horeca) of aan intercollegiale consultatie (bij andere gemeenten met soortgelijke problemen).

Handhaving en fraude bij EU-subsidies

Feitelijke situatie, problemen en suggesties voor verbetering

D. Ruimschotel

C. Damaisjah

1 Onderwerp en probleemstelling

1.1 MAATSCHAPPELIJK PROBLEEM: TOENEMEND GEBREK AAN NALEVING

Het onderwerp van handhaving en naleving van wetgeving is al meer dan tien jaar onderwerp van geïntensiverde discussie, onderzoek en vernieuwingen. Men denke aan onderwerpen als deregulering, de toenemende invloed van Europese regelgeving, integrale handhaving, zelfregulering, de opkomst van het stuurinstrument convenanten, meldingsplicht van privaatrechtelijke instellingen en de toename van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving.

De redenen voor deze gestegen belangstelling zijn gevarieerd maar hebben in ieder geval ook te maken met de stijging van de omvang van het aantal deelnemers aan het economisch verkeer en de onderlinge transacties die plaatsvinden.¹ Tegelijk bestaat er een toenemende (erkenning van) samenhang en complexiteit van maatschappelijke fenomenen; de samenhang tussen economie en milieu, tussen binnen- en buitenland en tussen technische ontwikkelingen en economische groei enerzijds en bescherming van consument, individu en concurrentie anderzijds. De sociaal-economische (beleidsinstrumentele) regelgeving is evenredig toegenomen in omvang en complexiteit met de sociaal-economische werkelijkheid. Eén en ander heeft geleid tot een toenemende mogelijkheid om regels te overtreden, een toename van overtredingen en daarmee een toenemende behoefte aan handhaving (toezicht en sanctionering) van deze regels.

Vergelijkbare problemen hebben zich voorgedaan bij de sterke stijgingen van gevallen van meer klassieke criminaliteit. De reacties hier hebben de vorm aangenomen van een beter geïntegreerde benadering (combinatie van politieke/strafrechtelijke en bestuursmatige/preventieve aanpak),² vroegtijdige en alternatieve sancties (o.a. schikking en HALT) naast een algemene vergroting van het handhavingsapparaat (met name omvang politie).

1 Vergelijk het rapport *Rechtshandhaving*, 1988, van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR).

2 Vergelijk het programma SEC, *Samenleving en Criminaliteit*, dat sinds de Commissie Roethof initiatieven in deze richting stimuleert en coördineert.

1.2 HET ONDERWERP: FRAUDE TEGEN DE EUROPESE GEMEENSCHAP

De omvang van fraude tegen de Europese Gemeenschap (EG), tegenwoordig Europese Unie (EU), is altijd grond voor speculatie en, zeer beperkt, voor onderzoek geweest.³ De toename van de middelen van de EU en het zich voordoen van enkele grote fraudegevallen hebben speculaties hierover aangewakkerd. Binnen de EU zijn het steeds de Europese Rekenkamer en het Europees Parlement geweest, die - naast journalisten en wetenschappers - gewezen hebben op het bestaan van fraude, de noodzaak van versterkte handhaving (controle en sanctionering) en het (falend) anti-fraude beleid van de Commissie. De Europese Commissie heeft al jaren een Eenheid voor Fraude bestrijding (UCLAF) en een fraudebeleid, waarbij, naast de Lidstaten en het Secretariaat-Generaal, verschillende Directoraten Generaal betrokken zijn (o.a. landbouw, DG VI, financial control, DG XX en douane, DG XXI). Voor een deel is de invloed van de Europese Commissie op handhaving en naleving indirect. De EU vaardigt regelgeving uit en de Lidstaten handhaven de regelgeving. Hierin komt verandering of dreigt verandering te komen. Met name de laatste jaren zijn er discussies geweest binnen de EU over uitbreiding van de rechten en mogelijkheden van de Commissie dan wel de Europese Unie:

- a. om bestuurlijke en/of strafrechtelijke sancties toe te delen;
- b. om de handhaving van de Lidstaten voor te schrijven;
- c. om de handhaving van de Lidstaten te controleren;
- d. om economische actoren in de Lidstaten te controleren, ofwel, om rechtstreeks controles uit te oefenen.

Veel van de door de Commissie nagestreefde veranderingen hebben zich feitelijk voltrokken. In steeds meer EU-regelgeving zijn sancties gespecificeerd. In ieder geval bevat veel EU-regelgeving aanwijzingen voor de omvang van het toezicht (percentage te controleren goederen/transacties) en aard van het toezicht (risico-analyse/targeting). Bij het Verdrag van Maastricht is artikel 209A toegevoegd aan het EG-verdrag, met als bepaling, dat de Lidstaten ten behoeve van de bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad dezelfde maatregelen dienen te nemen als zij nemen tegen hun eigen nationale fraudes. Bovendien dienen de te nemen maatregelen van de Lidstaten tegen EG-fraudeurs volgens jurisprudentie van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie te Luxemburg effectief, proportioneel en afschrikwekkend te zijn. Het is dan ook van belang om deze criteria toe te voegen aan de criteria die de Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke handhaving heeft geformuleerd voor het beoordelen van de handhavingssituatie op een bepaald gebied.

Handhaving bestaat uit een keten van uitvoering, toezicht, controle, opsporing en sanctionering, waarin deels dezelfde, deels verschillende actoren opereren. Tussen de schakels in de keten en tussen de actoren kunnen problemen van samenwerking

3 Zie Ruimschotel, EG-fraude, criteria voor nationale handhaving, Justitiële Verkenningen 1993 en The EC-budget, Ten per Cent Fraud: a policy analysis approach, Journal of Common Market Studies, 1994.

optreden. Hoofdvraag is of verbeteringen in handhaving voornamelijk dient plaats te vinden door organisatorische verbeteringen (zoals scheiding van toezicht en sanctionering, samenwerking e.d.) dan wel door verbeteringen in het instrumentarium, met name door verruiming van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen.

1.3 DE ONDERZOEKSPROBLEEMSTELLINGEN

De specifieke onderzoeksvragen aan en van de Commissie zijn gereconstrueerd en toegespitst op het fenomeen van EU-fraude binnen drie clusters.

Cluster 1. Wat is de feitelijke situatie ten aanzien van:

- wettelijk (regels en sancties) ten aanzien van EU-fraude;
- organisatorisch: internationale en nationale partijen, wettelijke en feitelijke vormen van samenwerking;
- bestuurlijke praktijk: uitvoering van de regels;
- handhaving: beleid, instrumenten, samenwerking;
- mate van naleving: nationale en internationale cijfers?

Cluster 2. Hoe is de waardering van de feitelijke situatie met als expliciete criteria:

- consistent;
- voor- en nadelen;
- probleempunten;
- adequaat, met name proportioneel, afschrikwekkend en effectief (toegevoegd)?

Cluster 3. Waardering van alternatieven: zijn er verbeteringen/wat zijn de aanbevelingen met name ten aanzien van:

- scheiding toezicht en sanctionering binnen bestuurlijke handhaving;
- verbeteringen bestuurlijke handhaving;
- preventieve rechtelijke toets;
- privaatrecht en bestuursrecht in aanvulling op strafrecht?

Er bestaan verschillende vormen van EU-subsidiefraude. Bijna de gehele uitgavenkant van het EU-budget bestaat immers uit subsidies. Het onderzoek concentreert zich op de voornaamste subsidie-vormen en corresponderende handhavingssystemen en fraudevormen: uitvoersubsidies (EOGFL-Garantie) en fraude in het kader van de Structuurfondsen, met name ten aanzien van het Europees Sociaal Fonds (ESF). EU-fraude is in zoverre een interessant gebied voor de Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke handhaving, omdat alle drie manieren van rechtshandhaving (strafrechtelijk, bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk) hier een plaats hebben.

2 Onderzoekopzet; gehanteerde methoden

Het onderzoek maakt gebruik van drie methoden:

- *desk research*: analyse van literatuur (rapporten, onderzoek);
- *reconstructie* van bestaande empirische data (interviews) via inhoudsanalyse aan de hand van de Tafel van Elf (T11), op basis van het onderzoek van de Erasmus Universiteit Rotterdam naar EU-fraude; de T11 bestaat uit elf clusters van factoren die spontane en afgedwongen naleving verklaren;
- *expert-sessies* met handhavingsfunctionarissen (beleid/uitvoering, bijzondere opsporingsdiensten, politie), betrokken bij de onderzochte subsidievormen, eveneens met behulp van de T11.

De grote hoeveelheid literatuur ten aanzien van EG-fraude is bijna volledig juridisch van aard of bestaat uit privé-meningen van personen uit hun professionele praktijk (rechters, handhavingsofficials). Echt empirisch onderzoek is buitengewoon schaars. Voor de Nederlandse situatie valt niet meer dan een handvol rapporten te noemen. Half-empirisch onderzoek bestaat uit de resultaten van evaluaties (audits van handhavingssystemen) en controles van transacties rond subsidies. Een bijzondere, recente vorm van onderzoek bestaat uit fenomenen-onderzoek dat door handhavinginstanties als politie en BOD worden verricht. Dit tekort aan empirisch materiaal wordt gedeeltelijk opgevuld door de interviews en expertsessies.

Paragraaf 3.1 geeft vooral de resultaten weer van de literatuur, paragraaf 3.2 van de resultaten van de volgens T11 en ketenbenadering gereconstrueerde interviews die de EUR had afgenomen in eerder onderzoek. Verder worden in paragraaf 3.3 de expertsessies gerapporteerd die met handhavingsofficials zijn gehouden. In paragraaf 4 worden de resultaten van de analyses samengevat en wordt - in paragraaf 5 - op basis van de bevindingen een aantal aanbevelingen gedaan.

3 Resultaten

3.1 LITERATUUR

3.1.1 De politiek, het beleid en de financiën

De oorsprong van de Europese Unie ligt in het optrekken van een gemeenschappelijke landbouwmarkt om deze te beschermen tegen de wereldmarkt. Dit gebeurt deels door tariefbarrières op te richten voor landbouwgoederen van buiten de EU en door landbouw export goederen (als graan, vlees, melkproducten) te subsidiëren zodat ze concurrerend kunnen zijn op die wereldmarkt. Hiermee is het budget van de EU vooral een subsidiebudget geworden en is de politiek van de EU een deels liberaliserende politiek (binnen de EU) en een defensieve politiek (tegen landen van buiten de EU); vrije markt binnen de EU, protectionisme daarbuiten. De wetgeving en de gelden in dit kader worden aangeduid als EOGFL-garantie.

Hoewel het protectionisme het afgelopen decennium wat is verzacht wordt van het uitgaven budget nog voor de helft aan EOGFL-garantie besteed. De nadruk is politiek en budgettair steeds meer komen te liggen bij de sociale en industriële ontwikkeling door subsidies te verlenen aan arme regio's, voor het omvormen van industrieën, infrastructurele projecten en technologische vernieuwing. Deze steun krijgt vorm binnen de zogenaamde Structuurfondsen. Het onderzoek concentreert zich op deze twee brede vormen van subsidiëring.

3.1.2 Handhaving bij exportsubsidies

Handhaving van Europese regelgeving is doortrokken van de dualiteit tussen de Europese instanties, met name de Europese Commissie en de Lidstaten. Het grondprincipe van de Gemeenschap was en is dat Lidstaten voor de handhaving zorgen en onregelmatigheden (een wat neutralere uitdrukking voor fraude) aan de Commissie rapporteren. Bij de uitvoering van regelgeving spelen dan ook deels Europese instanties, deels Nederlandse instanties een rol. In schema 1 wordt uiteengezet hoe de beheers- en controlesituaties inzake exportrestituties is geregeld.⁴

Schema 1. Beheers- en controlesituaties exportrestituties	
Verantwoordelijke minister in Nederland: minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij	
<i>Uitvoerende instanties</i> Produktschappen	<i>Activiteiten:</i> administratieve controles en verrichten van betalingen
<i>Controlerende instanties</i> Douane AID DAD (LNV) Depart. Accountants Dienst (DAD, Financiën)/Intern Acc. Bureau (IAB) Europese Commissie Europese Rekenkamer Algemene Rekenkamer	<i>Activiteiten</i> controle invoeraangifte en boekhoudkundige nacontroles technische administratieve bedrijfscontroles en boekhoudkundige nacontroles controle financiële verantwoording LEF, financial audit bij erkende betaalorganen, beoordeling medebewindsvergoeding, deelname in coördinerende instanties/activiteiten controle Belastingdienst/Douane goedkeuring declaratie EOGFL en controle op juiste uitvoering van de verordeningen controle op de uitbetalingen en goed financieel beheer door Commissie en lidstaten controle LEF-A en LEF-B
<i>Coördinerende instanties</i> Controle Coördinatiegroep Coördinerend Bureau Douane en AID	<i>Activiteiten</i> afstemmen en bewaken voortgang boekhoudkundige nacontroles harmoniseren toepassing regelgeving door betaalde organen en voorkomen kortingen op declaratie EOGFL samenwerking

De controles, die de Lidstaten moeten uitvoeren op de toekenning van uitvoerrestituties en oplegging van heffingen, zijn communautair geregeld. In dit kader zijn er

4 Zie Algemene Rekenkamer, Beheer en Controle EG-geldstromen in Nederland, SDU Uitgevers, Den Haag 1995, p.20.

– zoals reeds eerder aangestipt – twee soorten controles. De fysieke controle aan de grens aan de hand van de douanedocumenten en de boekhoudkundige nacontrole bij bedrijven. In de praktijk levert dit het volgende schema op voor exportsubsidie/uitvoerrestitutie en de andere vormen van landbouwsubsidie.⁵

<i>Soort subsidie</i>	<i>fysieke controle</i>	<i>boekhoudkundige controle</i>
uitvoerrestitutie	douane	AID/Douane
interventiemaatregelen	VIB	VIB (Voedselvoorzienings in- en verkoopbureau van het Ministerie van LNV)
be- verwerkingssteun	Alg. Inspectiedienst	Alg. Inspectiedienst
Landbouweffingen	Douane	Douane/AID
Inkomenssteun	Alg. Inspectiedienst	DUR (Dienst Uitvoering regelingen van het ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij)

Elke dienst kent een interne controleafdeling of interne accountantsdienst. Voorts worden alle diensten ook nog door de accountantsdienst van het ministerie van LNV gecontroleerd.

3.1.3 Handhaving bij structuurfondsen

De structuurfondsgelden die de Commissie ter beschikking stelt aan de ministeries zelf en waarvan de besteding wordt verantwoord in de financiële verantwoording, vallen onder de algemene controle van de DAD's, de Departementale Accountantsdiensten. Dit is het geval voor bepaalde communautaire initiatieven, het doelstelling-4-programma en de steunverlening in het kader van doelstelling 5a. De DAD's besteden tot nu toe weinig aandacht aan de controle op de communautaire initiatieven waarvoor de gelden rechtstreeks aan de belanghebbende worden overgemaakt.

Voor de controle van de regionale programma's heeft het ministerie van Economische Zaken een controleprotocol opgesteld ten behoeve van de bij de provincie fungerende accountant. Bij het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij zijn dergelijke protocollen in voorbereiding. De controlesituatie bij het ESF wordt thans bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid herzien.

Indien de voorgeschreven co-financiering plaatsvindt met gelden ten laste van de rijksbegroting, is de betreffende geldstroom onderworpen aan de reguliere DAD-controle. Het beheer en de controle van de door het Rijk en de Commissie beschikbaar gestelde gelden hangen in de praktijk met elkaar samen. De controlesituatie bij het ESF is verschillend van de andere structuurfondsen.⁶

Het ministerie van SZW is de eindverantwoordelijke met betrekking tot het ESF. Het heeft echter diverse instanties belast met het beheer van de financiële middelen. Dit zijn de directie arbeidsmarkt, het bureau Europese Subsidie-instrumenten en het landelijk bureau arbeidsvoorziening. Via het comité van Toezicht en accountantscontroles worden deze diensten door de minister in de gaten gehouden.

5 Zie voor dit schema de rapportage van het project Sloot van de Politie Midden- en West Brabant Divisie Georganiseerde Criminaliteit, Deelonderzoek Europese subsidies, 1997, p. 28.

6 Dit schema is overgenomen uit Politie Midden- en West Brabant Divisie Georganiseerde Criminaliteit, a.w., pp 29-30.

De subsidie- aanvragers worden gecontroleerd door de uitvoerende instantie door middel van voortgangsrapportages, eindafrekeningen en accountantsverklaringen van openbare accountantsbureaus. Het totaalbeeld vna de verantwoordelijke instanties en de verantwoordelingslijnen is voor ESF in een schema samengenomen.⁷

Schema 2. Beheers- en controlesituatie ESF	
Verantwoordelijke minister in Nederland: minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid	
<i>Uitvoerende instanties:</i> CBA RBA's Bureau Uitvoering Europese subsidie-instrumenten	<i>Activiteiten:</i> uitvoeren van programma's en verrichten van controles uitvoeren van projecten en verrichten van controles uitvoeren van programma's en projecten in het kader van doelstelling 4 en de communautaire initiatieven en het verrichten van controles
<i>Controlerende instanties:</i> Openbare accountants DAD (SZW) Comit�es van Toezicht Europese Commissie Europese Rekenkamer <i>Coördinerende activiteiten:</i> Ministerie en CBA CBA	<i>Activiteiten:</i> controle individuele projecten (ook communautaire initiatieven- projecten), controle jaarrekening CBA en RBA's controle en review CBA; controle departementale uitvoering algemeen toezicht op de uitvoering van programma's en projecten goedkeuring communautaire bestekken en programma's, goedkeuring declaraties en controle op juiste uitvoering controle op de uitbetalingen en het financieel beheer door Commissie en lidstaten bestuursovereenkomst (wordt thans herzien) subsidieregeling ESF

3.1.4 Het handhavinginstrumentarium bij EU-subsidies

Al met al zijn er verschillende handhavingsinstrumenten die gehanteerd worden bij de preventie en bestrijding van EU-fraude. Elk van deze instrumenten past in een bepaald perspectief en heeft vaak zijn eigen procedure. Zie het schema op de volgende pagina.

7 Ook dit schema komt uit het rapport van de Algemene Rekenkamer. Men zie voor handhaving en fraude binnen het ESF: Research voor Beleid: Irregularities of promotors funded by the ESF: the situation in the Netherlands, februari 1997.

<i>Perspectief/benaaiing</i>	<i>Handhavinginstrumenten(sanctiemogelijkheden op grond van wetgeving)</i>	<i>Procedures</i>
Sociale regulering - convenant - voorlichting	geen wettelijke sancties: sociale druk, uitsluiten van overleg, overgaan op directe regulering	overleg publicaties van overtreding
Civielrechtelijk - contract - boetebeding - borg	Ontrechtmatige daad Opleggen van boete uit boetebeding Actie uit onverschuldigde betaling/ongerechtvaardigde verrijking	Via de rechter, al dan niet via kort geding. Mogelijkheid van arbitrage?
Bestuursrechtelijk-sociaaleconomische regulering - vergunningen - subsidies	Bestuursdwang Bestuurlijke boete Sancties uit Mededingingswet Sancties uit Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) Veranderen/aanscherpen/intrekken vergunning(voorwaarden) Verlagen/intrekken nationale subsidies	Door de overheid (productschap) zelf, eventueel beroep betrokkene op administratieve rechter.
Directe regulering: wetgeving	Wetboek van Strafrecht Geen strafbaarstelling subsidiefraude Valsheid in geschrifte (225-227 Sr) Opluchting (326 Sr) Vervalsing levens- of genesmiddelen (330 Sr) Bedrog in jaarstukken (336 Sr) Vervalsing handels- of merknaam (337 Sr) Criminele organisatie (140 Sr) Strafbaarheid rechtspersoon/leidinggevende (51 Sr) Heling/witwassen (416-417bis Sr) Verzuim handelaar in beroep of bedrijf (437 Sr) Strafbepalingen in bijzondere wetten: Wet op de Economische delicten, Wet inzake douane Algemene wet inzake rijksbelastingen In- en uitvoerwet Mededingingswet	Via de strafrechter (al dan niet via ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel 36e Sr) of via het OM in het geval van een transactie. In beide gevallen geldt het territorialiteitsbeginsel: voorwaarde voor vervolgingsrecht OM is dat de EG-subsidiefraude dient te hebben plaatsgevonden op Nederlands grondgebied.

3.1.5 Problemen en oplossingen

In de literatuur wordt een groot aantal problemen opgeworpen, te weten:⁸

- moeilijke regelgeving;
- gebrek aan controle;
- ongelijkheid van handhaving;
- gebrek aan samenwerking;
- ongelijke en niet effectieve straf;
- organisatiecriminaliteit;

8 Zie onder meer J.S. Watson, Fraudebestrijding in de EG-een synthese. In: Fraude in de Europese Gemeenschappen. Achtitiende zitting, 1988. T.M.C. Asser Instituut, 's Gravenhage. J.A.E. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Kluwer-Deventer, 1993. J. van der Hulst (red.), E.C. Fraud, Kluwer Deventer-Boston, 1993. H. de Doelder (red.), Bestrijding van EEG-fraude, Gouda Quint BV, Arnhem, 1990. U. Sieber, Organised Fraud Against the European Community. Background, Phenomena and Preventive Measures, juli 1996. Tweede Kamer der Staten-Generaal, Opzet bestrijding EG-fraude in Nederland, decemberverslag 1992, TK 22 960. Europese Commissie, Com (97) 200 def. Bescherming van de financiële belangen. Jaarverslag 1996, Brussel, 6 mei 1997.

- georganiseerde criminaliteit.

Fundamenteel voor het begrijpen en waarderen van uitvoering en misbruik bij Europese subsidies zijn vier kenmerken, die steeds weer terugkomen in de literatuur, zij het soms onder andere benamingen.

Ketenkarakter

Uitvoering gaat over in toezicht, toezicht in controle, controle in opsporing en controle/opsporing in sanctionering. Enkele van deze functies worden soms door één en dezelfde instantie uitgeoefend; meestal echter bestaan voor de verschillende functies andere organisaties. Deze moeten dan weer samenwerken, informatie uitwisselen, feedback geven e.d., hetgeen niet altijd spontaan goed loopt.

Indirecte bediening

Lidstaten vormen de EU en daarmee indirect de leden (burgers, bedrijven) van die Lidstaten. Formeel zijn het steeds individuele burgers, bedrijven en regio's die de begunstigde zijn van subsidies, maar indirect zijn het steeds de Lidstaten die profiteren en die het belangenspel spelen. De EU gaat zich steeds meer richten op de individuele burgers (directe subsidies) en regio's (het Europa van de regio's) met (politieke) passering van de Lidstaten.

Gelaagdheid

De Lidstaten voeren de regelgeving uit en zorgen voor handhaving, maar er is supervisie van de handhaving. Deze handhaving moet, volgens het Verdrag van Maastricht en eerdere jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie voldoen aan de criteria van effectief, proportioneel en afschrikwekkend.

Primaat van politiek/beleid boven handhaving

Handhaving is in de praktijk het sluitstuk van beleid. Vergeleken met de aandacht, tijd, menskracht en geld gemoeid met het hoofdbeleid (in het geval van bevorderen van werkgelegenheid of het stimuleren van de economische situatie in een regio) of zelfs de uitvoeringsorganisatie (de beoordelende, uitvoerende en uitkerende instanties) komt handhaving(sbeleid) op de laatste plaats: politieke opportuniteit en effectiviteit voor rechtmatigheid. Pas als naleving een politiek probleem wordt (bijv. bij de visquoteringsfraude of bij de varkenspest), krijgt de handhaving de prioriteit die normaal alleen voorbehouden is het regulier beleid.

Deze vier kenmerken hangen subtiel samen; vanwege de gelaagdheid en de lengte van de keten, heeft de Europese Commissie de neiging de handhaving rechtstreeks ter hand te nemen (directe bediening van de handhaving). Het samenspel creëert dus zowel problemen als lost het problemen op.

In dezelfde literatuur domineren enkele oplossingen:

- harmonisering van (straf)wetgeving binnen Lidstaten: creëren van Europees strafrecht;
- meer directe invloed van Commissie;

- uitbreiding van bestuursrechtelijke handhaving.⁹

3.1.6 Laatste ontwikkelingen

Recent zijn een aantal instrumenten voorgesteld waarmee wordt getracht de basis te leggen voor een meer harmonische en gecoördineerde fraudebestrijding door de gemeenschap en lidstaten.¹⁰ Het gaat hierbij om instrumenten die alle meer rechtstreeks (van EU naar doelgroep) ingrijpen of instrumenten die nationale overheden het gebruik van meer en zwaardere vormen van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen moeten afdwingen of vergemakkelijken;

1. de verordening betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (2988/95 van 18 december 1995 (Pb 1995, L312/2);
2. het voorstel voor een algemene verordening inzake controle en verificatie door de Commissie (Pb 1996 C 84/10);
3. de overeenkomst betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (Pb 1995 c 316/49);
4. het aanvullende Protocol bij de overeenkomst welk op 20 december 1995 door de Commissie is ingediend, COM (95) 693 def.

De eerste maatregel is een kaderverordening "inzake controle, maatregelen en sancties ten behoeve van de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, die een gemeenschappelijk juridisch kader voor alle beleidsgebieden schept. In sectorale regelingen wordt bepaald welke feiten door welke maatregelen of sancties kunnen worden bestreden. Bij de sancties gaat het om door bestuursorganen te treffen sancties niet om strafrecht. De verordening geeft een keur aan mogelijkheden waaruit kan worden gekozen, maar deelt zelf geen sanctiebevoegdheden toe. Zij bevat wel algemene regels die op de te treffen sancties van toepassing zijn, een algemeen maatregelbevoegdheid en algemene regels voor de uitvoering van controles, ter aanvulling van bestaande regelgeving."

Artikel 5 van de Verordening noemt verschillende typen bestuursrechtelijke sancties die kunnen worden opgelegd als er sprake is van onregelmatigheden die opzettelijk of uit nalatigheid worden begaan. Het gaat hier om: "boete, betaling van een groter bedrag dan wederrechtelijk is verkregen, intrekking van een toegekend voordeel ook al is dat slechts gedeeltelijk wederrechtelijk verkregen, uitsluiting van een voordeel, intrekking van een goedkeuring of erkenning die nodig is om te profiteren van een steunregeling, verbeurdverklaring van een waarborgsom en andere economische sancties die naar aard en draagwijdte gelijkwaardig zijn. Deze sancties zijn alle geheel of gedeeltelijk punitief van aard."

9 J.A.E. Vervaele, Administratieve sanctiebevoegdheden van en in de Gemeenschap. Naar een systeem van Europese bestuurssancties? In: bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, J.A.E. Vervaele (red.), 1993.

10 Zie F.C.M.A. Michiels, Nieuwe instrumenten ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, in: SEW, november 1996. Aan dit stuk is ook een deel van de tekst ontleend.

Het tweede item, het 'voorstel voor een algemene verordening inzake controle en verificatie door de Commissie' sluit aan bij de vorige verordening en betreft de uitvoering van controles door de Commissie (Euro-inspecteurs) bij overheden en marktdeelnemers. Het gaat hier om het 'opsporen' van onregelmatigheden waarbij het formeel niet gaat om het Nederlandse strafrechtelijke algemene begrip opsporing, waarvoor een verdenking van een strafbaar feit nodig is, maar om toezicht zoals ook bedoeld in hoofdstuk 5 van de Awb. Naar alle waarschijnlijkheid zal dit toezicht veelal plaatsvinden naar aanleiding van vermoedens van onregelmatigheden. De Eurocontroleurs hebben vele bevoegdheden. Lokalen, terreinen, vervoermiddelen en andere plaatsen kunnen worden bezocht en de inspecteurs kunnen onder andere kennis nemen van allerlei soorten bescheiden als facturen, loonstrookjes, gegevens uit de computer, en hebben dezelfde materiële onderzoeksmiddelen als de nationale controleurs. Voor ons land is deze bevoegdheid neergelegd in artikel 5:19 Awb.

Op 26 juli 1995 is in het kader van de derde pijler op grond van artikel K.3 Unieverdrag een *overeenkomst* gesloten tussen de lidstaten die ziet op een strafrechtelijke aanpak van EU-fraude. De lidstaten dienen in hun wetgeving doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende strafrechtelijke sancties tegen fraude te treffen (artikel 2). Bij ernstige fraude (50000 ecu of meer) dient ook gevangenisstraf mogelijk te zijn die aanleiding kan geven tot uitlevering. Wanneer er sprake is van fraude beneden de 4000 ecu kan een lidstaat kiezen voor een niet strafrechtelijke sanctionering. Bij het totstandkomen van de overeenkomst was het de bedoeling dat deze zou worden aangevuld. Dit laatste is ook gebeurd in de vorm van *het aanvullend Protocol* - het vierde item - bij de overeenkomst welk op 20 december 1995 door de Commissie is ingediend.

Het valt te betwijfelen in hoeverre het de EU zal lukken met behulp van bovenstaand instrumentarium de basis te leggen voor een effectieve, succesvolle bestrijding van fraude in de Gemeenschap.¹¹ Het ontbrak en ontbreekt Nederland niet aan strafrechtelijke of bestuursrechtelijke instrumenten. De 'passering' en 'compensering' van de handhaving van de lidstaten is maar heel gedeeltelijk en zal eventuele niet effectieve controle en sanctionering niet compenseren. Echte normering van de controles en straffen via operationalisering van de criteria effectief, proportioneel en afschrikwekkend ontbreekt. Ook ontbreken aanwijzingen hoe kan worden vastgesteld dat handhaving van EU-regelgeving gelijk of ongelijk is aan nationale regelgeving. Kortom, deze laatste ontwikkelingen richting meer straf of normering van straf, controle en directe controle door het centrale orgaan lijken meer bestemd voor andere gebieden dan Nederland, gebieden waar handhaving en Europese politieke wil minder gevormd zijn dan hier.

11 Zo ook Michiels a.w., zij het op iets andere gronden.

3.2 RECONSTRUCTIE VAN INTERVIEWS

3.2.1 De reconstructie-categorieën

De uitvoering en handhaving van EU-beleid zorgen voor een grote mate van ondoorzichtigheid, waardoor de beoordeling van de effectiviteit van de handhaving een moeilijke zaak wordt. Om een zekere transparantie te krijgen, wordt een analytisch schema gehanteerd waarmee alle factoren die te maken hebben met de formele en informele handhaving in kaart gebracht: de *Tafel van Elf* (T11)¹² die dan ook wordt gebruikt als categorieënsysteem voor de reconstructie van de interviews en is een opsomming van factoren of dimensies die samen de naleving bepalen van een bepaalde wet. De elf dimensies bestaan deels uit twee groepen factoren: aan de ene kant zijn er factoren die van invloed zijn op de *spontane nalevingseigenheid* van de betrokken doelgroepen - de naleving zonder invloed van controle en sancties van de overheid. Aan de andere kant zijn er de handhavingsfactoren die samen de *afgedwongen naleving* beïnvloeden. Invulling van de dimensies per wet geeft als het ware een profiel van een doelgroep ten aanzien van naleving van de betrokken wet. Met behulp van T11 kan men naleving of het gebrek daaraan verklaren, voorspellen of inschatten. Men kan ook voor elk van de dimensies indicaties proberen te krijgen voor verbetering; de T11 werkt dan als een soort checklist. Aanvullende factoren, die via de T11-dimensies hun invloed uitoefenen, worden in de zogenaamde Ketenbenadering geschetst. De *ketenbenadering* is een methode die ontwikkeld is om beleid te maken met een hoog nalevingsgehalte.¹³ In het beleidsproces dienen alle schakels van het overheidshandelen onder de loep te worden genomen en op elkaar afgesteld. De onderscheiden schakels in de keten zijn beleidsontwikkeling, regelgeving, uitvoering, handhaving en organisatie. De ketenbenadering is gebaseerd op een analyse naar de problemen en oorzaken van het verschijnsel van niet-naleving van beleid. Met name de oorzaken aan de kant van de overheid krijgen de nadruk. Ze vloeien alle voort uit een soort basisfout, het niet goed op elkaar aan laten sluiten van alle handelingen en activiteiten van het beleidsproces. Als 'oplossing' wordt normatief/ideaaltypisch het Ketenmodel geponeerd. Beleid en wetgeving dienen in vijf stappen te worden ontwikkeld. In elk van die stappen staat de vraag naar de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid centraal. Wij hebben de ketenbenadering vooral *analytisch* gebruikt als overkoepelende term voor oorzaken van fraude die niet in T11-termen te vatten zijn en die vooral te maken hebben met het proces van overleg, samenwerking, coördinatie, informatie, aansturing e.d. Vanuit een T11-perspectief is informatie, communicatie, organisatie, aansturing en samenwerking

12 D. Ruimschotel, P. van Reenen, H.M. Klaasen, De Tafel van Elf, een conceptueel kader en een instrument bij rechtshandavingsvraagstukken, Beleidsanalyse no.3, Den Haag 1996.

13 Project Naleving, ministerie van Verkeer en Waterstaat, Den Haag 1992, Basisrapport Naleving, Het Ketenmodel en Checklist voor resultaat gericht beleid in het kort. Zie ook: Werken met de Ketenbenadering, Procesbeschrijvingen, Verkeer en Waterstaat, Den Haag 1996.

alleen relevant als dit invloed heeft op T11-factoren.¹⁴ Communicatie verbeteren is prima, maar als dit geen invloed heeft op één van de elf dimensies van de T11, dan moet worden aangenomen, dat deze verandering in ieder geval qua naleving geen verbetering zal opleveren. Wel is het mogelijk dat met verbeterde communicatie de efficiency van de uitvoering en handhaving wordt verbeterd, bijvoorbeeld doordat de voorbereiding minder tijd kost of de handhaving goedkoper wordt. Modelmatig kun je zeggen dat het proces, de keten, van invloed is op het beleids- en handavingsprodukt zoals dat objectief wordt neergezet en zoals dat subjectief aankomt bij de doelgroep. Met behulp van de T11 is een set van 35 interviews gereconstrueerd, die in het kader van een vergelijkend onderzoek naar EU-fraude en georganiseerde criminaliteit door de Erasmus Universiteit in 1994 en 1995 waren gehouden; tevens zijn er twee expertsessies georganiseerd.

3.2.2 Uitspraken

Er worden door respondenten een groot aantal oorzaken van fraude genoemd; waarom er fraude is dan wel waarom er meer fraude op het ene EU-gebied is dan op het andere. Zowel T11 factoren als ketenfactoren worden genoemd. Wat betreft T11 factoren liggen verreweg de meeste op het gebied van complexe of onheldere wetgeving (T1b/c) of de - samenhangende - moeilijkheid om fraude te detecteren (T8). Bij de ketenfactoren zijn er erg veel negatieve evaluaties over de informatievoorziening en de samenwerking, zowel nationaal als internationaal. Er is dan ook een hausse van aanbevelingen ('remedies') gedaan. Zo willen veel respondenten dat de Europese Commissie beter luistert naar de praktische expertise van doelgroep en handavingsambtenaren (meer feedback dus, of zo men wil, forwardfeed van uitvoerder naar wetgever), dat het OM beter geëquipeerd wordt en dat er 'explanatory memoranda' komen die de onduidelijkheid van de regelgeving wegnemen. Opvallend genoeg geloven de meeste respondenten, in tegenstelling tot wat de Europese Commissie gelooft, dat fraude niet voortkomt uit gebrekkige strafrechtelijke sanctionering of gebrek aan communautaire harmonisatie. Verbeterde wetgeving (T1b,c) en betere, intelligente controle (T6-9) zouden, als T11-factoren, rechtstreeks van invloed zijn op de omvang van fraude, terwijl meer open en respectvolle communicatie tussen de Commissie en de lidstaten sterk verbeterd kan worden. Wat betreft de samenwerking in Europees verband is men in Nederland redelijk positief gestemd. Echter, er is soms gebrek aan kennis over de organisatie van de rechtshandhaving in het buitenland. Ook bestaan er twijfels over de kwaliteit van de rechtshandhaving

14 Het Ketenmodel is oorspronkelijk ontwikkeld op het Ministerie van Verkeer en Waterstaat in de jaren 1990-1994, maar wordt nu op verschillende ministeries toegepast. De Tafel van Elf werd ontworpen in 1994 en 1995 en wordt nu verder ontwikkeld door het Sanders Instituut van de Erasmus Universiteit, de Inspectie voor de Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie en Compliance Methodology Consultants (CMC). Een vergelijking van de twee benaderingen wordt gegeven in Beleidsanalyse 1996,4, Nieuwe instrumenten voor de rationalisering en optimalisering van beleid en wetgeving: vergelijking van de Ketenbenadering en Tafel van Elf, P. van Reenen, D. Ruimschotel en H.M. Klaasen.

in het buitenland en over de consensus onder Lidstaten aangaande de graad van internationale samenwerking. Opinies over de wenselijkheid van supranationale handhaving lopen nogal uit elkaar.

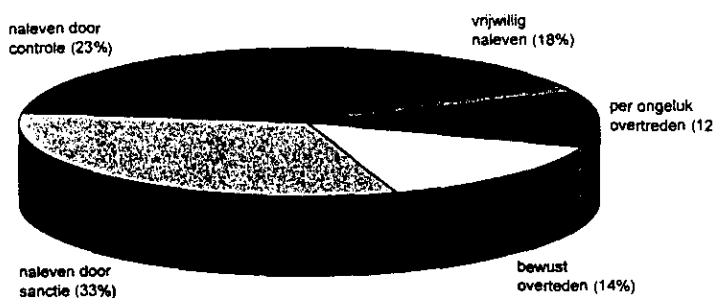
3.3 DE EXPERTSESSIES

Literatuur en interviews geven veel meningen, die vaak uiteen lopen en waarvan het relatief gewicht niet duidelijk is; ze zijn niet te rangordenen, tegen elkaar af te wegen, bij elkaar op te tellen noch af te trekken. Dit gebrek aan 'meetbaarheid' hebben wij geprobeerd te overwinnen door gebruik te maken van expert sessies die gestructureerd zijn met de Tafel van Elf. Uit de omschrijvingen van T11-dimensies volgt al een zekere mate van meetbaarheid, zo niet kwantificering. In het onderzoek dat tot nu toe met de T11 is uitgevoerd wordt dan ook meestal gebruik gemaakt van vraagitems met een vijfpuntsschaal. Zo fungeren de T11-dimensies tegelijk als *kengetallen* voor beleid, handhaving en naleving. Invulling van de dimensies per wet geeft als het ware een profiel van een doelgroep ten aanzien van naleving van de betrokken wet. Met behulp van T11 kan men naleving of het gebrek daaraan verklaren, voorspellen of inschatten. De T11 is op beide onderwerpen, export-subsidies en ESF-subsidies toegepast.

3.3.1 Export subsidies

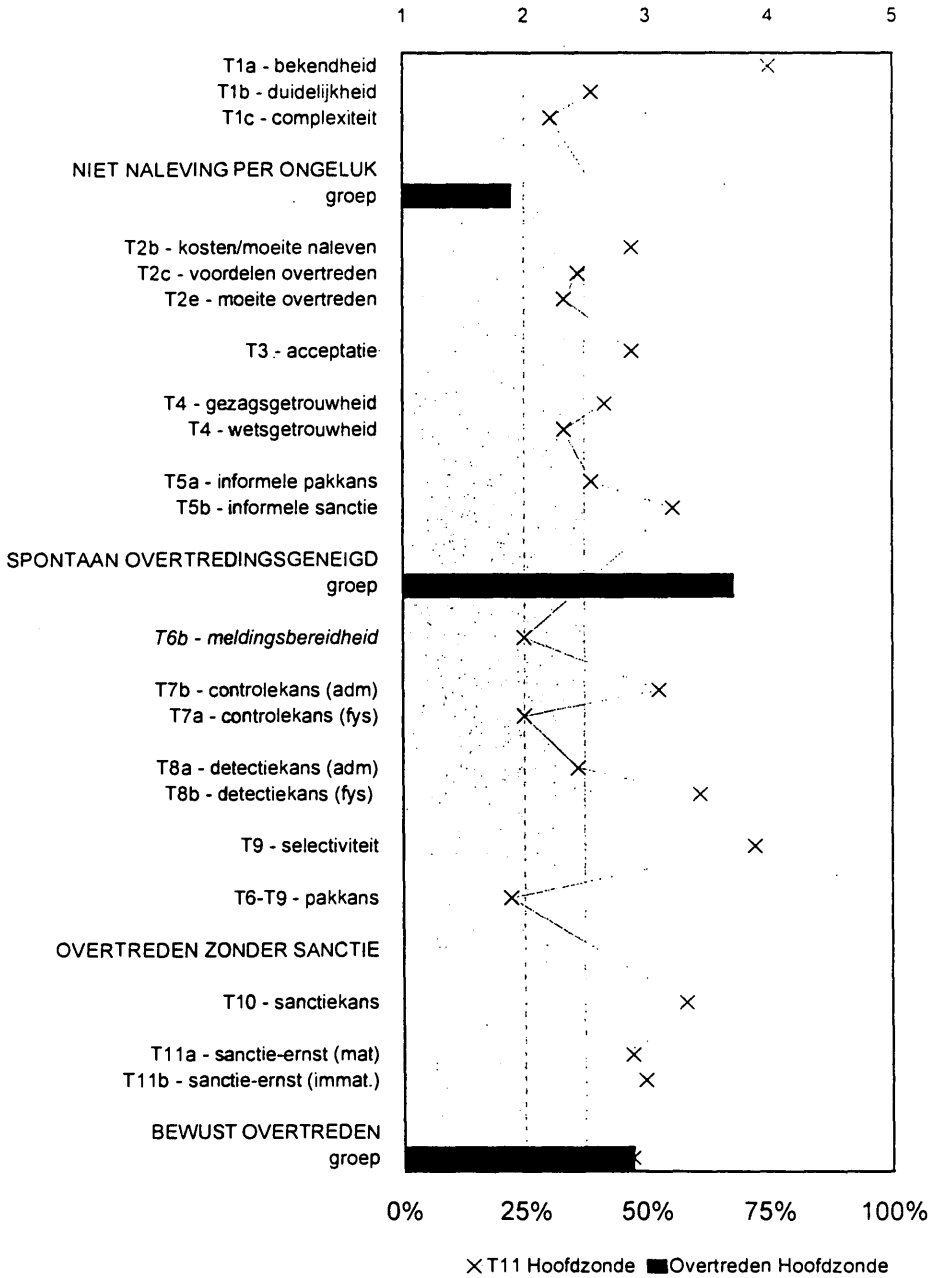
De gemiddelden van de antwoorden zijn in een grafiek in één oogopslag te lezen. Men bedenke dat een lage score overeen komt met hoge kwetsbaarheid van de regel op die dimensie en een hoge score met lage kwetsbaarheid.

Taartschatting exportsubsidies



Expertsessie EU-fraude

Exportsubsidies



Bij de bespreking van de grafiek tijdens de sessie is door de deelnemers een aantal opmerkingen gemaakt. Deze worden tezamen met de beschrijving van de uitkomsten per T11-dimensie behandeld.

T1: De bekendheid met de regelgeving van de doelgroep wordt hoog ingeschat. T1b/c: De onduidelijkheid en complexiteit worden als problematisch voor de doelgroep ervaren. De oorzaak hiervan is de fijnmazigheid van de regelgeving die het gevolg is van de vele uitzonderingen die bedongen zijn door Lidstaten die daar baat bij hebben.

Het percentage ontvangers van exportsubsidies dat per ongeluk overtreedt, wordt op 22% geschat. Toch een vrij groot gedeelte. Het T11-profiel suggereert dat dit niet zozeer aan onbekendheid ligt, maar veel meer aan de complexiteit en onduidelijkheid van de regels.

T2: De kosten / baten-dimensie (T2) is kwetsbaar doordat de kosten en moeite van overtreden laag zijn terwijl de opbrengsten hoog zijn.

T3: De acceptatie van de regels is niet hoog. Deze zou voort moeten komen uit de idee achter de subsidies: wereldmarktprijzen te laag en protectionisme uit autarkisch overwegingen.

T4: Gezagsgetrouwheid is groter dan trouw aan de wet. Controle wordt als redelijk ervaren. De overheid die in gezagsgetrouwheid centraal staat wordt hier waarschijnlijk gelijkgesteld aan de uitvoerende instanties waarmee de doelgroep te maken heeft.

T5a: Informele pakkans is laag, terwijl de sociale afkeuring, bij bekend worden van de overtreding, gemiddeld wordt ingeschat, noch hoog, noch laag.

Deze lage scores impliceren een lage nalevingsgeneigdheid. De experts geven dan ook aan dat als er geen controles en sancties zouden zijn, 68% van de doelgroep zou overtreden.

T6: Er is wel een kliklijn, maar daar komt niet veel uit. Volgens de experts is er geen klikcultuur, maar direct hierna spreken zij zichzelf tegen door (unaniem) te verklaren dat er geklikt wordt door concurrenten als die jaloers zijn.

T7: De kans op administratieve controle wordt niet hoog ingeschat, terwijl de kans op fysieke controle uitgesproken laag wordt ingeschat.

T8: Vooral de administratieve controle heeft weinig effect (detectiekans laag). Overtredingen bestaan uit het onjuist opgeven van kwaliteit of hoeveelheid, controle hierop is alleen mogelijk door fysieke controle ter plaatse. De detectiekans is dan wel hoog, maar nog verre van perfect.

T9: De selectiviteit is hoog, maar de experts verwachten juist door het verder verhogen van de selectiviteit de pakkans te vergroten. Dus verdere risico-analyse en doelgericht controleren. De nadruk op deze selectiviteit, terwijl deze al zo hoog is, heeft waarschijnlijk te maken met de hoge kosten van de (fysieke) controle.

T6-9: Al met al is de pakkans klein, hetgeen vooral op rekening van de lage controledichtheid moet worden geschreven.

T10: De sanctiekans bij administratieve controle, na detectie, is zeer klein. De sanctiekans bij fysieke controle is wel hoog. In dat geval is het mogelijk om 'lik-op-stuk'

beleid te voeren.

T11: Sancties vinden meestal plaats op basis van communautaire wetgeving waarbij het productschap de sanctionerende instantie is.

a. administratieve boetes: hierbij moet, naast terugbetaling van ten onrechte ontvangen gelden, een boete van 50% betaald worden als er geen sprake is van opzet. Als opzet wel aan te tonen is, kan er een boete van 200% van de ten onrechte verkregen bedragen opgelegd worden. Voordeel van deze regel, uit oogpunt van handhaving, is de mogelijkheid tot het geven van een boete als opzet niet aan te tonen is.

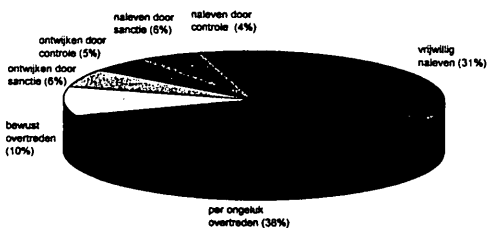
b. bij een strafrechtelijke procedure moet opzet, uiteraard, wel aangetoond worden. Het productschap mag de regels alleen anders toepassen in overleg met LNV. Tegen de sancties die op deze wijze opgelegd zijn bestaan veel beroepsmogelijkheden waardoor het heel lang kan duren voordat uiteindelijk betaald moet worden. Strafrechtelijk vervolgen is niet alleen problematisch doordat opzet aangetoond moet worden. Een ander probleem wordt gevormd door de complexiteit van de regelgeving waardoor de officier van justitie moeilijk te overtuigen is waarom vervolgd moet worden. De zeer gedetailleerde en gespecialiseerde regels leiden ertoe dat de officier niet wil vervolgen. Dit heeft te maken met de complexiteit van de regelgeving (T1) welke niet alleen tot een grote groep per ongeluk overtreden leidt, maar ook tot slechte detectie (T8) en vervolgbaarheid (sanctiekans) van overtredingen (T11). Zodoende werkt het ook bewust overtreden in de hand.

Al met al wordt het percentage dat uiteindelijk bewust overtreedt op 47% geschat. Gegeven dat 68% van de doelgroep aanvankelijk overtredingsgeneigd is (d.w.z. zonder controle of sanctie geacht wordt te overtreden, zou dus, in de ogen van de experts, 21% van de doelgroep zich door handhaving laat afschrikken.¹⁵

3.3.2 ESF-subsidies

Ook de uitkomsten van de T11-afname en de eerste nalevingschatting zijn weergegeven in een grafiek, waarbij een lage score duidt op grote neiging tot overtreding (lage nalevingsgeneigdheid, ofwel een kwetsbare score) en een hoge score op een lage neiging tot overtreden (hoge nalevingsgeneigdheid, ofwel een veilige score).

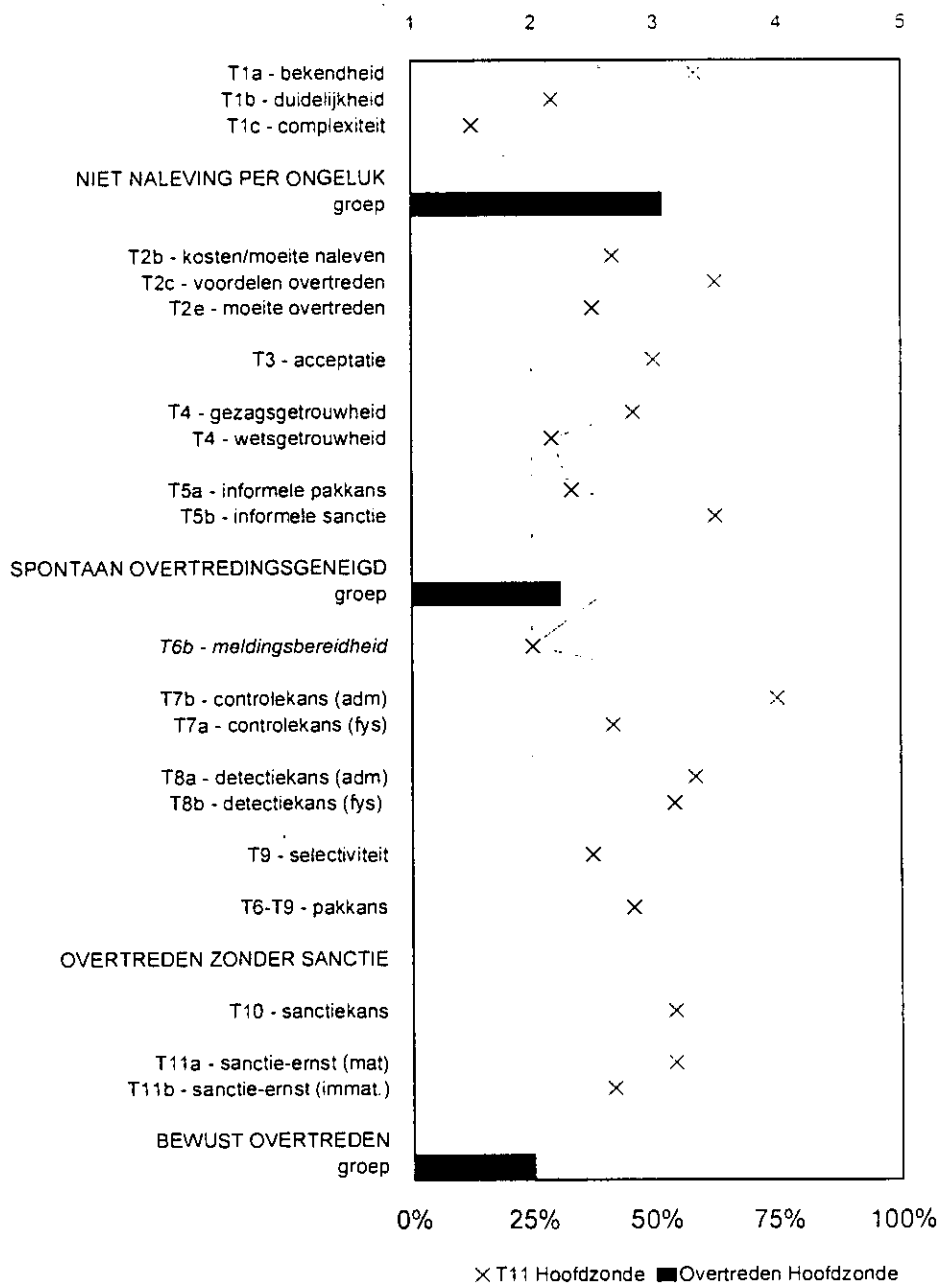
Taartschatting ESF-subsidies



15 In het onderzoek zijn de nalevings- en overtredingsschattingen op twee verschillende manieren onderzocht, die een nogal verschillend resultaat opleveren. Bij de samenvatting hieronder, 'grote lijnen' zijn beide schattingen even serieus genomen door gebruik te maken van een interval tussen de laagste en hoogste schatting, of door de twee schattingen te middelen.

Expertsessie EU-fraude

Structuurfondsen



De meest kwetsbare dimensies zijn T1b (onduidelijkheid), T1c (complexiteit), T4a (wetsgetrouwheid) en T9 (selectiviteit). Alle liggen in de grijze zone, hetgeen aanduidt dat hier een mogelijke oorzaak van overtreden ligt. Niet veel beter staat het met T2b (kosten/moeite naleven), T2e (moeite overtreden), T7a (fysieke controlekans) en T11b (de gevolgen voor de goede naam als men gepakt wordt).

De complexiteit van de regelgeving is zeer groot. Dit leidt echter niet zozeer tot veel per ongeluk overtreden omdat de doelgroep voornamelijk bestaat uit *repetitive players*, die ondanks de complexiteit zeer goed op de hoogte zijn van de regels. Complexiteit leidt hier eerder tot ontwijken en intelligent overtreden omdat de doelgroep de regels zo goed kent. Er wordt of zeer bewust nageleefd, of zeer bewust overtreden.

Desondanks wordt het percentage dat per ongeluk overtreedt op meer dan 50% geschat. Deze overtredingen omvatten ook de vele kleine overtredingen van allerlei administratieve regeltjes. Het betreft hier de helft van de doelgroep en niet de helft van het totale aantal overtreders. Volgens de experts zou er, in het geval van geen controles en sancties, door 31% van de doelgroep overtreden worden. Als hen gevraagd wordt om controles en sancties wel in de overweging te betrekken, verwachten zij dat 25% van de doelgroep bewust overtreedt.

3.4 GROTE LIJNEN VAN DE UITKOMSTEN

In beide expertsessies gaat het om veel fraude, veel problemen met complexiteit/onduidelijkheid (T1ab), met de voordelen van overtreding (T2b) en met pakkans (T6-9) en ook veel moeilijkheden op het 'ketenvlak'; gebrekkige informatie, moeilijke samenwerking en niet systematisch gebruik van feedback van uitvoering en rechtshandhaving naar wetgever.

Er zijn duidelijke verschillen. In het geval van *exportsubsidies* is er sprake van een lage nalevingsgeneigdheid, terwijl van degenen die zouden willen overtreden volgens experts niet meer dan zo'n 55% wordt afgeschrikt.¹⁶ Het resultaat is een betrekkelijk hoge graad van overtreding bij exportsubsidies, die op minimaal 14 en maximaal 47% wordt geschat, een ruime marge maar één die te denken geeft. Het geschatte percentage 'per ongeluk overtreders' bij exportsubsidies van ergens tussen de 12 en 22% 'valt mee'.

Bij de *ESF subsidies* bestaat een andere situatie: een relatief hoge spontane nalevingsgeneigdheid van 70%, maar een betrekkelijk weinig effectieve handhaving; een afschrikingspercentage van ongeveer een kwart. Het geschatte interval overtreders ligt tussen de 10 en 25%. Echter, het geschatte percentage per ongeluk overtreders is bij ESF gigantisch, tussen de 38 en 52%!

16 We hebben hier twee niet samenvallende schattingen voor, namelijk 30 en 80% afschrikking. We hebben het gemiddelde van 55% genomen, een overigens 'normaal' percentage voor beleidsinstrumentele wetgeving (zie ook rapport 'Monitoring beleidsinstrumentele wetgeving', Inspectie voor de Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie, december 1997, in druk).

4 Conclusies

4.1 SAMENVATTING VAN RESULTATEN

De twee onderzochte vormen van subsidiefraude tegen de EU betreffen exportsubsidies (EOGFL-Garantie-Fonds) en de Structuurfondsen, met name het Europees Sociaal Fonds. Het doel van de subsidies is het bevorderen van export door dure producten (als melk, vlees, vruchten) buiten de beschermde EU-markt op de wereldmarkt concurrerend te maken via subsidiëring, dan wel het bevorderen van werkgelegenheid door het (laten) uitvoeren van projecten als scholingsprojecten. Het ESF betreft co-financiering, zodat hier niet alleen indirect maar ook direct, sprake is van fraude tegen Nederland. In beide gevallen is de normstelling niet om iets te doen of te laten, maar om aan bepaalde voorwaarden te voldoen, de aangekondigde handeling (export of project-uitvoering) inderdaad te verrichten en hierover waarheidsgetrouw te berichten in de relevante formulieren/rapportages; als opzet niet aannemelijk is, dan spreekt men van een onregelmatigheid die geredresseerd moet worden. De overtreding bestaat meestal uit fraude, het in strijd met de waarheid berichten dat men iets gedaan heeft; bijvoorbeeld een ander goed, of een andere hoeveelheid hebben uitgevoerd naar een ander land dan wel een project niet volledig hebben uitgevoerd. Handhaving is voor het overgrote deel een Nederlandse zaak; er bestaat vanuit de EU wel enige algemene en specifieke normstellingen voor de handhaving, met name ten aanzien van controles.

Instanties betrokken bij de uitvoering zijn bij exportsubsidie nationaal georganiseerd (de publiekrechtelijke Bedrijfsschappen en enkele diensten van het ministerie van LNV); bij het ESF gaat het naast coördinatie vanuit het Ministerie van Sociale Zaken om initiatieven en uitvoering door veelal lokale (regionale of gemeentelijke instellingen) als de regionale werkgelegenheidsbureaus. Op goed gebruik gerichte (administratieve) controle geschiedt in eerste instantie door de uitvoerende instellingen en accountants. De controle van de uitvoeringsstructuur geschiedt door de Nederlandse Rekenkamer en de Europese rekenkamer, terwijl (verdergaande) opsporing geschiedt door de BOD's, FIOD, ECD, AID (bij exportsubsidies) en politie (bij ESF). Handhaving in de zin van controle geschiedt door douane en de BOD's. Preventie geschiedt door een systeem van registratie en het stellen van een financiële borg (bij exportsubsidies). Sanctionering geschiedt in eerste instantie privaatrechtelijk via terugvordering; verbeurd verklaren van borg of (terugbetaling), in tweede instantie door bestuursrechtelijke boetes, in derde instantie door strafrechtelijke boetes (transacties als schikking of 'afkoop' van boete) en in vierde instantie door strafrechtelijke maatregelen (veroordeling tot boete of gevangenisstraf). Economische sancties als uitsluiting van het economisch verkeer worden maar zelden toegepast.

Algemeen problematische aspecten (blijken te) zijn:

- er is sprake van een sterk gelaagde organisatie; EU, nationale overheid, nationale en regionale diensten van uitvoering en controle, en private bedrijven;

- er is een discrepantie tussen het belang bij handhaving voor de EU en voor de nationale dan wel regionale overheid en dienovereenkomstig een verschil in politieke wil om effectief te handhaven;
- onbegrip over en gebrek aan acceptabiliteit van de regels bestaan zowel bij de uitvoerende en controlerende diensten als bij de doelgroep zelf.

Als specifieke aspecten die direct op de mate van overtreding, fraude of onregelmatigheid van invloed zijn, komen vooral naar voren:

- regelgeving ingewikkeld en onduidelijk,
- vergeleken met de omvang van de transacties en het geld dat met subsidies gemoed is de echte, fysieke controle (in tegenstelling tot administratieve controle) beperkt. Hierdoor is de detectiekans bij fraude gering en daarmee de pakkans.

De schattingen (expert schattingen) over (gebrek aan) naleving zijn:

- Overtreding per ongeluk (onregelmatigheid) ligt tussen de 38 en 50% voor exportsubsidies en 12-22% voor ESF-projecten;
- bewuste overtreding (fraude) ligt op 10-25% voor exportsubsidies en 14 tot 47% voor ESF-projecten;
- de effectiviteit van de rechtshandhaving, gemeten als het percentage afgeschrikten op het geheel van 'spontane overtredingsgeneigden' wordt geschat op 45% voor exportsubsidies en 55% voor ESF-projecten;
- er is substantiële wetsontwijking, dat wil zeggen legaal gebruik/misbruik van de regelgeving in strijd met de geest/opzet van de regeling.

Voorzover naleving het uiteindelijk criterium is, lijkt het erop dat het eerste probleem een probleem van politieke en communicatieve aard is. Men moet de regelgeving veel eenvoudiger maken en veel beter communiceren, uitleggen of toelichten. Hier valt meer dan de helft van de nalevingswinst te halen bij ESF en bij exportsubsidies een substantieel percentage. Men bedenke dat in de complexiteit/onduidelijkheid van regelgeving ook een groot probleem schuilt om de bewijsvoering voor de bewuste overtreders rond te krijgen. Als men overtreedt, is het immers verre van vanzelfsprekend dat men dit bewust doet. Ook ligt er een groot probleem in de tweede lijn, tussen de centrale subsidie- en regelgever, de Europese Commissie, en de nationale uitvoerings- en handhavingsinstanties; interpretaties van belangen, regelgeving en normen voor handhaving lopen verre van parallel.

Stelt men als doel lage overtredingspercentages -en realistisch gezien lijkt een overtredingspercentage tussen 5 en 10% het maximum haalbare- dan dient de handhaving van beide subsidies verbeterd te worden, de exportsubsidies omdat de handhavingsbehoefte zo enorm groot is en de ESF-subsidies omdat de effectiviteit van handhaving op dit moment er matig bij lijkt te staan.

Uit de interviews en expertsessies kwam bijna nooit de suggestie dat het handhavingsinstrumentarium zelf gebrekkig is; problemen lagen meer bij het gebruik van het instrumentarium bij de controle en sanctionering. Op dit moment zijn er, zoals we zagen, voor beide subsidie-gebieden vele mogelijke vormen van handhaving. De vraag rijst of naast al deze concrete mogelijkheden binnen de

bestaande context met niet moet overgaan tot rigoureuus veranderen van perspectief. De probleemstelling van het onderzoek suggereert dat er fundamentele verbetermogelijkheden liggen in de richting van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving.

4.2 SAMENVATTING VAN DE PROBLEEMSTELLINGEN VAN DE COMMISSIE

De Commissie heeft enkele vragen expliciet geformuleerd.

Hoe is de handhaving georganiseerd, is er met betrekking tot de materiële kant van de besluitvorming sprake van een functionele dan wel persoonlijke scheiding tussen vergunningverlening en handhaving en/of tussen toezicht en sancties? Zo ja, welke voor de handhaving gunstige of ongunstige effecten hebben deze scheidingen?

In het algemeen zijn er voor de verschillende fasen verschillende instanties verantwoordelijk. Ten aanzien van twee figuren bestaan nog twijfels. Bij de exportrestituties is de dubbele functie van de produktschappen aan de kaak gesteld; zij hebben zowel een uitvoerende, de regeling en de doelgroep promotende, taak als een controlerende, misbruik voorkomende/ontdekkende taak. Iets soortgelijks geldt voor de Regionale Bureaus voor Arbeidsvoorziening (RBA's), waar de functie van aanvrager, beslisser en belanghebbende dicht bij elkaar liggen. Wellicht is het handig om deze ambiguïteit van toezicht in twee functies te splitsen: uitvoerend toezicht en controlerend toezicht.

Hoe is het wettelijke handhavingssysteem opgezet? Zijn er knelpunten in deze opzet? Doen zich feitelijke handhavingproblemen voor, in de sfeer van het toezicht dan wel bij het opleggen van sancties? Zo ja, van welke aard zijn deze problemen?

Bij handhaving van EU-regelgeving is er sprake van een combinatie van strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten. Zowel bij exportrestituties als bij subsidies in het kader van ESF van de Structuurfondsen wordt gewerkt met terugvorderen van geld bij onregelmatigheden (achteraf) en borgstellingen (privaatrechtelijk); overtredingen worden bestuursrechtelijk met boeten bestraft en opzettelijke, veelal grootschalige fraude wordt strafrechtelijk vervolgd en gestraft.

Of er sprake is van handhavingproblemen hangt af van de positie van de betrokkenen en de normering. Duidelijk is dat de Europese Commissie meer handhavingproblemen ziet dan de Nederlandse handhavinginstanties. Zowel ten aanzien van toezicht (met name controle) als ten aanzien van sancties en terugvordering heeft de Commissie meer zorgen. Door de gelaagdheid van handhaving in Europees opzicht lijkt handhaving wel dubbele handhaving. De Europese regelgeving moet zowel geïntroduceerd en gehandhaafd worden ten aanzien van de Lidstaten als doelgroep als ten aanzien van de burgers en bedrijven als doelgroep.

Dienovereenkomstig zijn alle ontwikkeling gericht op versterken van de handhaving in Nederland door meer rechtstreekse bemoeienis van Brussel of via directere normstelling voor handhaving. Het typisch gelaagde karakter van handhaving bij EU-regelgeving heeft aanleiding gegeven tot Europese normering van nationale handhaving; supervisie van de supervisie of controle van de controle. Hiermee zijn

oorspronkelijk vage, globale commitments van Lidstaten tegenover de supranationale overheid (artikel 5 Verdrag van Rome) aanzienlijk meer geoperationaliseerd en minder vrijblijvend gemaakt.

Het supranationale karakter komt ook tot uiting in het politiek streven om wettelijk en beleidsmatig in de Lidstaten een gelijk handhavingsniveau te bewerkstelligen. De normering van de handhaving kan politiek min of meer kan worden afgedwongen via de Court of Justice, en wordt gesanctioneerd door een kortings/retentierecht op uitkeringen aan Lidstaten in het geval de Lidstaat in gebreke is.

Bestaat er behoefte om handhaving door de overheid via privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke instrumenten te laten plaatsvinden? Zo ja, welke instrumenten?

Op het gebied van EU-fraude en handhaving blijkt de praktijk van terugvordering niet goed te verlopen. Het grootste gedeelte van de gelden die op grond van onregelmatigheden (lees: fraude) niet verschuldigd zijn, zijn jaren na dato nog steeds niet terug ontvangen. Uitbreiding van borgstellingen zou wellicht preventief werken, zodat fraude minder voorkomt, en voorzover het voorkomt, de schade vermindert. In de volgende paragraaf zijn enkele suggesties iets verder uitgewerkt.

Bestaat er behoefte aan de invoering van een preventieve rechtelijke toets als bijdrage aan een betere hantering van de instrumenten bestuursdwang en dwangsom?

Het reparatoire karakter van de sanctie bij misbruik (fraude, onregelmatigheid) van EU-subsidies ligt erin dat geld wordt teruggestort. Bestuursdwang en dwangsom lijken meer opportuun bij het opheffen van wederrechtelijke situaties via handelingen als het afbreken van een bijgebouw of het treffen van adequate maatregelen voor ventilatie. Gebruik bij EU-fraude ligt niet voor de hand. Voorzover de terugvordering niet lukt - en dit is vaak - ligt dit aan de afwezigheid van fondsen. Bestuursdwang en dwangsom liggen daarom niet voor de hand. A fortiori geldt dit voor een ondersteuning van deze instrumenten.

Wellicht dat de preventieve rechtelijke toets nuttig of nodig is bij de legitimering van ander bestuursrechtelijk optreden, zoals de boete? Ook dit ligt niet voor de hand. Het bestuursrecht of liever de bestuursrechtelijke handhaving in de vorm van boeten is vooral bedoeld om de problemen, moeite en kosten van handhaving via het strafrechtelijk instrumentarium te verkleinen en om de snelheid van reactie te vergroten. Ieder uitstel of complicatie bij dit instrument doet af aan de bedoelde werking.

Gelet op de ingewikkeldheid van EU-regelgeving is de handhaving het meest gebaat bij een soort 'preventieve rechtelijke toets' bij de interpretatie van regelgeving. Er zijn veelvuldig meningsverschillen tussen Commissie en Lidstaten of tussen Lidstaten en normadressaten over de uitleg van artikelen. Een dergelijke procedure is nu al voorzien via het Europees Hof van Justitie, maar deze duurt jaren.

5 Aanbevelingen

5.1 PROBLEMEN EN OPLOSSINGEN

Gegeven de analyses van de voorgaande hoofdstukken, wat helpt om EU-fraude tegen te gaan? We onderscheiden totaaloplossingen en deeloplossingen.

Oplossing voor welk probleem?

Voor we tot de oplossingen overgaan, is het goed stil te staan wat nu eigenlijk het probleem is, of er echt wel een probleem is. EU-fraude lijkt een probleem zonder echte probleemeigenaar, althans geen nationale probleemeigenaar. De probleemstelling van het onderzoek gaat uit van een handhavingstekort en vraagt daarom naar moeilijkheden, knelpunten in de handhaving, het toezicht of de sanctionering. Is het echter niet zo, dat men eerst een norm moet hebben voor de naleving voor men van een probleem kan spreken? En is die norm 0% overtreding, minder dan 10% overtreding of is een overtredingspercentage van 30% ook nog net acceptabel? En moeten niet meer personen uit de samenleving of instanties bij de overheid belang hebben bij de normstelling of het erg vinden dat de norm wordt overtreden, voordat we van een echt probleem spreken? Is het niet zo, dat fraude bij EU-subsidies als nevenverschijnsel van een politiek Europees program op de koop toe wordt genomen? Ons dunkt van wel, maar dit is een cynisch standpunt, en we verlaten het op zoek naar een oplossing voor een onbestemd probleem.

Voordat we tot meer concrete verbetermogelijkheden komen, is het goed enkele meer fundamentele zaken aan te roeren, achterliggende problemen, die verhinderen dat handhaving goed wordt aangepakt. We hebben het steeds over handhaving op het punt van EU-fraude maar de problematiek en de oplossingsrichtingen spelen voor het hele vlak van beleidsinstrumentele wetgeving.

Prioritering

Het staat nergens geschreven, maar er lijkt een *pecking order* te bestaan, waar Nederlandse handhaving van Europese regelgeving eerder onderaan dan bovenaan staat; politiek boven beleid, lidstaat boven Europese Unie, beleid boven handhaving, niet-punitieve afdoening boven bestraffing; economie (effectiviteit) boven handhaving (rechtmatigheid). Hoewel er tegenwoordig allerlei handhavings- en uitvoerbaarheids-toetsen bestaan, lijkt men politiek nog steeds niet bereid om handhaving als een vorm van uitvoeringskosten te zien. Positief geformuleerd: de tijd, moeite, geld, aandacht, politiek belangstelling besteed aan handhaving van beleidsinstrumentele wetgeving kan sterk worden vergroot.

Visie op overtreding; achterhaalde assumptie van onschuld

Het lijkt erop dat toezicht in het economisch verkeer nog steeds uitgaat van de onschuld van de doelgroep, de burger, de bedrijven. Mogelijk is dit waar, mogelijk was dit vroeger waar, en mogelijk geldt dit slechts voor een deel van de doelgroep. Uiteraard moet men juridisch/strafrechtelijk steeds uit gaan van onschuld, maar

beleidsmatig is het reëler tegenwoordig uit te gaan van een 'redelijke kans op schuld'. Dit betekent concreet dat iedereen die aan het economisch verkeer meedoet, die profiteert van de infrastructuur van de marktordening en van de gewaarborgde rechtvaardige mededinging, zich moet instellen op een reële controle van de 'systeembeheerders'. A fortiori geldt dit voor iemand die een financiële stimulans als subsidie krijgt.

5.2 TOTAALOPLOSSINGEN EN DEELOPLOSSINGEN

Totaaloplossing 1: complementariteit en accumulatie

Bij totaaloplossing 1 gaat het er om de juiste mix te vinden van alle bestaande instrumenten. Ons inziens is er niets tegen en alles voor om de huidige bestaande handhavingsinstrumenten te 'stapelen'. Dit wil zeggen, ervoor te zorgen dat alle handhavingsinstrumenten juridisch bestaan, administratief geëquipeerd zijn en ook feitelijk gehanteerd worden. Implicatie is dat handhaving ook echt gestuurd wordt. Echter, momenteel zijn ketenprocessen als feedback, feedforward, communicatie, informatie, coördinatie, samenwerking, command en control/decentralisatie verre van geoptimaliseerd. Oplossing kan liggen in gestimuleerde of afgedwongen handhavingsarrangementen, verbetering van ketenbesef en -methodologie, en overall of resultaatgerichte verantwoording voor samenwerkingsprodukt (eventueel uitgedrukt in T11 performance indicatoren). Eén en ander dient dan wel gestoeld te zijn op kennis van de zwakke en sterke zijden van de regeling in kwestie, gehanteerd door bekwame mensen in de hele keten (van politici, wetgevers, uitvoerende ambtenaren, toezichthouders, controleurs, opspoorders, vervolgers en rechtsprekers aan toe) en mogelijk gemaakt door substantiële financiering van de 'rechtshandhaving' in brede zin.

Totaaloplossing 2: subsidies weg

Als er geen EU-subsidies zouden zijn, zou het probleem van fraude en van handhaving ook niet bestaan. Dit lijkt op het kind met het badwater weggooien. Maar is er wel een gezond kind? Hoe gezond is economisch gezien, het protectionisme van de EU, waarop de exportsubsidies gebaseerd zijn, en hoe gezond is het dat subnationale regio's op een Europees hoger, in plaats en kennis verder weg liggende centrum gestimuleerd worden dan de meest nabijliggende bestuurslaag?

Deeloplossing 1. Fundamentele supervisie en normering van de controle (T6-9, T10-11)

Voorzover er onvoldoende handhaving is, ligt deze meer in de feitelijke controle dan in de formele sanctiematen. Het ligt dan ook voor de hand om deze te verbeteren. En voorzover het waar is, dat Nederland zelf hier te weinig animo voor toont, dan ligt het voor de hand om de Europese supervisie en de normering van de controle te verbeteren. De criteria van 'proportioneel, effectief, afschrikwekkend en gelijk' uit het Mais-arrest, die vervolgens in de diverse verdragen en conventies zijn opgenomen, dienen dan ook veel stricter en operationeler op de controle te worden

toegepast.¹⁷ De laatste ontwikkelingen (zie § 3.1.7) gaan in dit opzicht niet ver genoeg. Het conceptueel en meettechnisch instrument van de Tafel van Elf biedt hiervoor aangrijpingsmogelijkheden, omdat al deze vier criteria op operationele wijze kunnen worden gemeten of ingeschat: proportioneel is dan proportioneel aan spontane overtredingsgeneigdheid en effectief is dan hetzij een minimum effectiviteit van rechtshandhaving van een bepaald percentage, bijv. minimaal 50%, dan wel een resulterende overtreding van maximaal 10%.¹⁸

Meer in het algemeen kan men zeggen dat het sturen van handhavingsbeleid en BOD's via kengetallen een goede oplossingsrichting biedt. T11-dimensies lenen zich goed voor een dergelijke sturing. Het is dan ook veelbelovend dat de Inspectie voor de Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie in zijn rapport aanbeveelt om tweejaarlijks een 'Nalevingsmonitor' toe te passen op de meest belangrijke beleidsinstrumentele wetten.¹⁹ Van deze nalevingsmonitor maken verschillende schattingsmethoden voor de omvang van naleving/overtreding deel uit alsook de T11, waardoor er sterkte-zwakke analyse van de betreffende wetten wordt verkregen.

Deeloplossing 2. Depolitiseren (T1, T6-11)

Het politiek compromiskarakter van veel EU-regelgeving is, volgens de respondenten uit de interviews, de reden van veel differentiatie, complexiteit en onduidelijkheid. Wellicht dat het zin heeft om het beleid politiek te houden, maar de regelgeving zoveel mogelijk technisch uit te werken en technisch te handhaven. Dit zou kunnen betekenen om meer met technische, niet politieke, commissies te werken, die meer rekening kunnen houden met aspecten van begrijpelijkheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.²⁰

Een wat verderweg liggende, meer 'mentale' of 'staatsrechtelijke' vorm van depolitiseren van het verschil tussen EU-belangen en nationale belangen van de Lidstaten zou erin kunnen bestaan om alle opsporingsambtenaren EU-status te geven. Dit verhoogt de motivatie om goed op de rechtmatigheid van EU-subsidies te letten. Nog verder weg ligt de suggestie om mensen uit de Lidstaten een soort staatsrechtelijk Europees burgerschap te geven. De EU is dan geen gemeenschap van lidstaten, maar een gemeenschap van mensen. Hiermee zou de afstand tot Brussel afnemen en het gevoel dat het geld van ons allemaal is toenemen; fraude is diefstal van de eigen gemeenschap. Men moet hier geen wonderen van verwachten; Brussel zal altijd verder weg blijven liggen dan Den Haag en Den Haag ligt al zo ver weg.

17 Dit is al eerder betoogd in Ruimschotel 'EG-fraude; criteria voor nationale handhaving', JV jan. 1993.

18 Het criterium 'dissuasive' of 'afschrikwekkend' heeft geen duidelijke zelfstandige betekenis. Zie ook Michiels, a.w.

19 Inspectie voor de Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie. Monitoren beleidsinstrumentele wetgeving, (in voorbereiding) december 1997.

20 Men zie het artikelen van C. Joerges en J. Neyer, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, In: European Law Journal, september 1997.

Deeloplossing 3. Generaliseren van de borg: goede zaaksborg en goede naamsborg

Wie een flesje bier koopt, betaalt statiegeld om te stimuleren dat het glas gerecycled wordt; wie deelneemt aan het verkeer, is verplicht verzekerd omdat de kans reëel is iemand schade te berokkenen, per ongeluk, onzorgvuldig of eventueel zelfs met bewuste schuld. Het is dan ook niet zo gek om van een ondernemer die aan het economisch maatschappelijk verkeer deelneemt, te vragen om een zekere borg te stellen voor eventuele overtredingen door hem zelf of personen in zijn dienst gemaakt. Het is immers verre van denkbeeldig dat een ondernemer (of -ster) één van de vele wetten die op hem rusten zal overtreden; de kans is zelfs een stuk groter dan het maken van een verkeersongeluk. Het is dus evenzeer een realiteit dat ondernemingen de wet overtreden als dat het een realiteit is dat boeten of straffen of terugvorderingen moeilijk te executeren zijn. Het stellen van een financiële borgsom voor het voeren van een goede zaak, we noemen het dan ook de 'goede zaaksborg' is dan te vergelijken met het stellen van zekerheid voor eigen overtredingen. Van een dergelijke borgstelling, die we hier niet zullen uitwerken²¹, verwachten we, bij een zekere verhouding tussen borg en genoten voordeel bij subsidie dan wel mogelijk te berokkenen schade, een redelijke preventieve werking en een vergemakkelijking van de repressieve of reparatoire sanctie.

In dezelfde geest kan men komen tot een 'goede naamsborg'. Men kan aan bedrijven vragen om enkele namen van personen of andere bedrijven te noemen, die min of meer symbolisch 'garant' staan voor het goede gedrag van het betrokken bedrijf. Dit zou inhouden dat bij bewuste of onzorgvuldige overtreding van bepaalde gespecificeerde wetten de persoonsborg op een of andere manier bij de sanctionering betrokken wordt. Minimaal zou dit zijn de publicatie van de namen van de borg bij een eventuele veroordeling. De constructie lijkt enigszins op de figuur van Raad van Bestuur, of van supervisor, curator of de gebruikelijke zakelijke borg, maar gaat minder ver. Omdat er geen bestuurlijke betrokkenheid is, zal er geen directe aansprakelijk van de persoonsborg uitgaan. Ook hier laten we het bij de suggestie. Men kan de twee suggesties ook combineren. Als men geen goede naamsborg kan of wil stellen, dan dient men een goede zaaksborg te stellen.

Deeloplossing 4. De onnozelheidsafbouw

Het bewijzen van opzettelijke overtreding is bij veel overtredingen van beleidsinstrumentele wetgeving moeilijk, al was het alleen al omdat per ongeluk overtreden zo makkelijk is. Het moet mogelijk zijn om in de procedures van economisch handelen bepaalde signalering of drempels te maken, die ervoor zorgen dat van onopzettelijke overtreding geen sprake kan zijn. Wie over een verkeersdrempel is gereden, kan bij overtreding van de maximum snelheid daarna moeilijk volhouden, dat ie het niet wist. De betrokkene kan zich niet meer van de domme houden via uitspraken/excuses als "ik wist het niet, ik was er niet van bewust, ik heb me vergist".

21 Men denke aan zaken als hoogte van borg, vormen waaronder de borg vervallen kan worden verklaard, het behoud van vruchtgebruik/rente en dergelijke. Het niet hoeven stellen van de borg kan men zien als een vorm van positieve beloning die men kan hanteren bij goed gedrag.

Bij overtreden kan dan opzet gevoelig worden aangenomen en hoeft niet apart bewezen te worden anders dan door verwijzing naar de concrete procedure hobbels die de betrokkene genomen hebben. De preciese aard van dit soort bewustwordingsmomenten zal afhangen van het soort regel, product en doelgroep. Omdat een en ander een verzwaring van de administratieve last van naleving met zich mee zal brengen, dient men geraffineerde opzetten te bedenken. De meest voor de hand liggende in een soort vragenlijstje, waarmee men van de betrokkene vraagt de wettelijk vereiste zaken een voor een, al dan niet na het verzoeken om een aparte check, te bevestigen of te ontkennen.

Deeloplossing 5. Specialiseren en dejuridiseren van de conflictbemiddeling

Iedere overtreding is een conflict; verschil van wetsinterpretatie of verschil van mening over de feiten. Men kan overwegen een capaciteitswinst of effectiviteitswinst te boeken door specialisten in wet of feit in te schakelen naast de algemene rechter. In het eerste geval zal er sprake zijn van een gespecialiseerde rechter, in het tweede geval van een vorm van arbitrage. Zo ziet men nu al dat verschillen van mening tussen lidstaten en de Europese Commissie worden voorgelegd aan vormen van arbitrage in plaats van de weg te volgen langs het Europese Hof van Justitie.

Deeloplossing 6. Informele controle 'institutionaliseren': de amicus causae (T5, T7)

Deze deeloplossing bestaat uit het toevoegen aan het subsidiëringsproces van een deskundige, maar niet direct belanghebbende 'buitenstaander', die wij de *amicus causae* zullen noemen. In grote lijnen gaat het om een deskundige die bij de subsidieverlening of het gesubsidieerde project betrokken wordt zonder zelf een belang te hebben. Door de simpele aanwezigheid fungeert deze als een soort informele toezichthouder met vooral preventieve werking. Door een 'ingewijde buitenstaander' bij subsidieverlening te betrekken wordt de invloed van informele handhavers groter.²² Deze *amicus causae* zou ook een rol kunnen spelen

- in de voorbereidende fase
- bij de formulering van een verzoek voor subsidiëring of het vaststellen van de condities voor subsidiëring
- het vlot laten verlopen van de uitvoering
- het zoeken naar niet-punitieve oplossingen bij gerezen conflicten
- het aangeven van oorzaken en oplossingen wanneer een regeling meermalen misbruikt wordt (feedback/signalering).

Met deze figuur wordt de overgang van maatschappelijke effectiviteit van bestuur/beleid en rechtmatigheid van het gedrag van doelgroepsleden, rechtssubjecten vloeiender.

22 Zie voor een fundamenteel-praktische discussie omtrent effectiviteit A.B. Blomberg & F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect. Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het milieurecht, Vuga Uitgeverij B.V., 's-Gravenhage, 1997.

Deeloplossing 7. Hanteren van een doelgroep-perspectief

Er is bij de handhaving onvoldoende zicht op de doelgroep, de markt, de gelegenheden, de subgroepen, de georganiseerdheid, de commerciële en criminele mogelijkheden en intenties. Het is voor handhavingsinstanties vaak moeilijk om simpel een lijst te krijgen van de organisaties die subsidies krijgen. Maar hoe moet men dan selecte en aselechte controles opzetten? Soms heeft zelfs de subsidiërende instantie niet een goed bestand van instanties die subsidies krijgen. Andersom kan men, uitgaande van een bepaalde groep bedrijven, als handhavende instantie willen weten onder welke regelingen deze bedrijven vallen, welke subsidies deze bedrijven krijgen en welke verplichtingen op hen drukken vanuit belastingen, milieu e.d. Het onderzoek Sloot van de Politie Midden West Brabant is een goed voorbeeld van deze benadering.

Het ligt voor de hand om subsidieregels in de sfeer van beleidsinstrumentele wetgeving regelmatig te bekijken, niet vanuit de bedoeling van beleidsmaker en wetgever of de juridische mogelijkheden van handhaver maar vanuit het opereren van de doelgroep, hun organisaties, belangen, ambities en frustraties: dit houdt positief geformuleerd marktonderzoek in of gebruik van marktkennis, en negatief geformuleerd gaat het om fenomenen- of criminaliteitsbeeldanalyse. Methodisch is men met criminaliteitsbeeldanalyses op het vlak van georganiseerde criminaliteit al een eind gevorderd. Het voorstel van de Inspectie voor de Rechtshandhaving om een tweejaarlijkse nalevingsmonitor voor beleidsinstrumentele wetgeving te hanteren, gaat al een eind in deze richting.

Een consortium van regiopolitie Rotterdam Rijnmond, FIOD, AID en ECD heeft onderzoek uitgevoerd waarbij alle gevallen van fraude inzake fraude met export subsidies die bij de diverse instanties in een database werden gestopt.²³ Het gaat hier om een soort fenomenenonderzoek, weliswaar van de beperkte groep die waarschijnlijk in de fout ging, maar toch. Hier kon men aantonen dat er sprake was van recidive en van bepaalde vormen van georganiseerde criminaliteit: namen van personen en economische organisatie die bij fraude met exportsubsidies voorkwamen, correspondeerden met namen uit de daderbestanden van de politie inzake regulier criminaliteit (fraude, drugs e.d.). Ook kan men door op kenmerken van daad (modus!) en daders te focussen bijdragen aan risico-analyse. Een buitengewoon vruchtbare benadering, die een vervolg verdient en navolging.

Deeloplossing 8. Dejuridisering van de handhaving

Net zoals men vanuit het 'wetgevers-ivoren-toren-denken' kan menen dat de simpele afkondiging van een wet tot bekendheid, acceptatie en naleving zou leiden, zo is het handhavingsdenken nu disproportioneel gericht op het handhavingsinstrumentarium van straf, sanctie of remedie. Zaken als onderhandeling, communicatie, draagvlakontwikkeling en targetting (via risico-analyse) maken net zo goed deel uit van het handhavingsinstrumentarium en dragen waarschijnlijk adequater bij

23 Platform Aanpak zware, georganiseerde criminaliteit Rotterdam Rijnmond, Project EU-fraude, november 1996.

tot handhaving, of liever naleving, dan de traditionele middelen. De oplossingsrichting zou *inhoudelijk* meer moeten gaan in de richting van het dejuridiseren van de discussie en het verhogen van het feitelijk inzicht in determinerende factoren. Ook hier kan T11 een rol spelen. *Procesmatig* gezien (ketenfaktoren!) moet men de verantwoordelijkheid voor dit inzicht en voor de juiste mix van beleid en handhaving, repressie en preventie beter situeren. In dit kader zouden de bijzondere opsporingsdiensten (BOD's) een veel hogere status moeten krijgen, met meer zelfstandigheid en verantwoordelijkheid voor rechtmatigheid. Zij kunnen dan als mede- en tegenspeler fungeren van de ministeriële beleidsdiensten en het OM; een soort gelijkwaardige driehoek voor beleidsinstrumentele wetgeving dus.

Deeloplossing 9. Vergroten van zelfverantwoordelijkheid

Zolang het schoonhouden van een regeling of branche alleen de verantwoordelijkheid van de overheid is, blijft het moeilijk. Het ontbreekt de overheid ten enenmale aan het zicht op de naleving en het ontbreekt aan de middelen (capaciteit, geld, organisatie, instrumenten) om alle overtredingen preventief of repressief tegemoet te treden. Analooq aan de verhoogde verantwoordelijkheidsstellingen bij klassieke criminaliteit (informele controle via buurtpreventie, uitbreiding aantal toezichthouders, bestuurlijke preventie e.d.) zou de zelfverantwoordelijkheid van de betrokken groepen vergroot kunnen worden. Men kan een branche vragen om systematisering van sociale controle. Voorzover de branche-inspanning niet voldoende is (toch nog een hoge graad van spontane overtredingsgeneigdheid) zou men in de branche het kostenbesef van de hierdoor benodigde formele handhavingsinspanning kunnen vergroten door de kosten van handhaving aan de branche door te berekenen.²⁴

Al met al kunnen veel deeloplossingen samengevat worden als verdergaande *professionalisering* van de handhaving. De methodologie van handhaving (handhavingsstrategieën, risico-analyse, *dark number* methoden, analyse en rapportagevormen) kan een stuk systematischer en het personeel kan een stuk expertise gebruiken. In deze richting kan men nog een stuk vooruitgang boeken door zaken als het oprichten van een academie voor nieuwe leden van BOD's of een stuk nascholing of expertise-bundeling en -uitwisseling van de huidige handhavingsofficials.

24 Deze suggestie is al eerder gedaan in het kader van een onderzoek naar handhaving bij visquotering: J.A.E. Vervaele, D. Ruimschotel, R. Widdershoven *Rechtshandhaving bij visquotering: een evaluatieve studie naar rechtshandhaving van nationale en Europese regelgeving*. NISER, 1990. Bij de visserij heeft een andere vorm van sociale controle wel zijn beslag gekregen, namelijk groepscontingenten voor vissers, zodat vissers meer op elkaar letten.