

Houdbaar handhavingsrecht

Authors	Michiels,F.C.M.A.
Publication Date	2006-10-03
Document Version	publishersversion
Link	https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/9791573b-f5b8-48ba-9fc7-35bd1624d520
Citation	Michiels , F C M A 2006 , Houdbaar handhavingsrecht . Kluwer , Deventer .
Download Date	2025-02-12 07:42:16
Rights	<p>General rights</p> <p>Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research. - You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain - You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal" <p>Take down policy</p> <p>If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.</p>

Houdbaar handhavingsrecht

Dames en heren

Inleiding

Welke gemeente hoort niet in het volgende rijtje thuis: Enschede, Volendam, Tiel, Maastricht, Haarlemmermeer, Amsterdam, Utrecht, Tilburg? Inderdaad: Tilburg, en dat moeten we vooral zo zien te houden. In alle andere genoemde gemeenten hebben zich de afgelopen jaren incidenten voorgedaan (branden, instortingen) soms met dodelijke afloop, altijd ingrijpend. Deze incidenten hebben enkele dingen gemeen. Afgezien van de personele en materiële schade, die in het ene geval nog groter is dan in het andere, is er steeds sprake van ongeloof en verontwaardiging – hoe heeft dit in hemelsnaam kunnen gebeuren? – en wordt er meteen naar de overheid gewezen als boosdoener – er is te weinig toezicht uitgeoefend, de voorschriften zijn niet gehandhaafd. Meestal wordt er trouwens naar goed vaderlands gebruik een onafhankelijke commissie ingesteld die een diepgaand onderzoek moet verrichten en aanbevelingen moet doen om dit in de toekomst te voorkomen. Het ongeloof en de verontwaardiging over de incidenten zijn begrijpelijk, de commissies getroosten zich grote inspanningen, maar het wijzen naar de overheid die te weinig en niet daadkrachtig genoeg zou optreden: is dát terecht? Men gaat vaak voorbij aan de primaire verantwoordelijkheid van de veroorzakers, waartoe in de meeste van de genoemde gevallen in elk geval niet het openbaar bestuur behoort. Als regels vaker worden nageleefd, ontstaat er minder druk op de handhavingscapaciteit. Dit neemt niet weg dat het bestuur een eigen verantwoordelijkheid heeft om goede vergunningen af te geven, te controleren of conform de vergunning wordt gebouwd en bij overtredingen zo nodig handhavend op te treden. Uit tal van onderzoeken blijkt dat er in de handhaving nog vele verbeterlagen mogelijk zijn. Het handhavingsrecht zal dan wel adequate bevoegdheden en middelen moeten verschaffen om de handhaving doeltreffend en doelmatig en het handhavingsrecht houdbaar te maken, d.w.z. dat het langere tijd mee kan, niet aan bederf in de vorm van ineffectiviteit en onbetaalbaarheid onderhevig is, maar ook niet aan bederf in die zin dat de inhoud en de uitvoering ervan de toets van het internationale, EG- en nationale recht niet zou kunnen doorstaan. Bij het woord ‘houdbaar’ denkt u misschien aan de Afdeling Houdbaar uit de supermarkt. Maar u moet daaruit geen verkeerde conclusies trekken over wat ik met het handhavingsrecht wil. Dat recht moet af en toe ververst worden, niet worden ingeblikt en het zou ook langer mee moeten dan het gemiddelde houdbare voedselproduct uit de supermarkt. Maar een jaar of 5 á 10 is voorlopig al heel wat. Verder kijken heeft geen zin. Omdat ontwikkelingen in het recht zelden schoksgewijs gaan, is dit niet goed mogelijk zonder eerst terug te kijken naar de ontwikkelingen in de uitvoering en handhaving van het bestuursrecht de laatste decennia. Daar begin ik mee. Vervolgens zoom ik in op enkele onderwerpen die de komende jaren een belangrijke rol zullen spelen. De keuze van die onderwerpen was niet gemakkelijk. Er is namelijk zoveel interessants op dit terrein. Ik voelde me een kind dat voor de etalage van een snoepjeswinkel staat: alles is lekker, wat nu te nemen? Maar we hebben maar drie kwartier. De rest kunt u lezen in de schriftelijke versie van deze rede, die over een aantal weken verschijnt, maar reeds vanaf vanmiddag kan worden gevonden op www.uvt.nl (onder experts, onder de M).

Aandacht voor handhaving en het effect daarvan

Sinds de rampen in Enschede en Volendam wordt het belang van handhaving veel sterker gevoeld. Maar niets lijkt zo vluchtig en goedkoop als aandacht, want zes jaar later is er bijvoorbeeld nog nauwelijks sprake van een behoorlijk en goed uitgewerkt brandveiligheidsbeleid bij gemeenten. Maar het gaat niet alleen om gemeenten: de

Onderzoeksraad voor de Veiligheid laat in de casus Schiphol-Oost ook van het optreden van de Dienst Justitiële Inrichtingen (Justitie) en de Rijksgebouwendienst (VROM) geen spaan heel. De eerbiedige respectbetuigingen met name aan het adres van de afgetreden minister van Justitie voor het feit dát hij is afgetreden, begrijp ik dan ook niet zo goed. Mij lijkt het feit dat hij verzuimd heeft iets te doen aan een misstand die al jaren bekend was cruciaal; een misstand die zich ook nog na de ramp in andere tijdelijke penitentiaire inrichtingen is blijven voordoen. Let wel: we hebben het hier, anders dan bij de andere incidenten, over een overheid die zelf overtreder is. Waarom zou de verantwoordelijkheid van de overheid, c.q. van een minister, ondraaglijk zijn als het om de bescherming van mensenlevens gaat? Ministers zijn wel voor minder afgetreden. Maar hoe moet het nu verder? Hoe voorkomen we dat handhaving van de agenda verdwijnt? Men zou haast gaan hopen dat er af en toe iets flink misgaat, zoals de gelovige waterschapsbestuurder die bij het avondmaal bidt “Geef ons heden ons dagelijks brood en af en toe een watersnood”! Maar ook zonder rampen moet die aandacht er zijn.

Relatie handhaving/normstelling

De kabinetten Balkenende hebben, met goedvinden van het parlement, het afschaffen en vereenvoudigen van regels tot geloofsartikel gemaakt. Maar regels zijn meestal niet voor niets gemaakt. Ze worden vereist door de EG, zijn noodzakelijk voor een goede uitvoering etc. Ook vereenvoudiging is als streven prima, maar ingewikkelde dingen kun je niet ongestraft vereenvoudigen. Bovendien willen we ook rechtszekerheid. Deregulering is dus maar in beperkte mate mogelijk. Bij rampen en incidenten vraagt de politiek zelfs meestal om meer en strengere regels. Afschaffing en vereenvoudiging van regels heeft gevolgen voor naleving en handhaving. Uitleg en toepassing van de resterende, ‘eenvoudige’ regels vergt waarschijnlijk meer toezicht en leidt tot meer procedures. Ook de beoogde forse vermindering van het aantal overheidsdienaren kan grote gevolgen hebben voor de handhaving. Bij de eerder vermelde incidenten wordt voetstoots aangenomen dat er te weinig toezicht is uitgeoefend. Maar we kunnen niet een intensief overheidstoezicht willen en tegelijk de daarvoor benodigde mensen wegbezuinigen.

Er moet bij het maken van wetten meer werk worden gemaakt van de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoetsen. De daarop betrekking hebbende passages in memories van toelichting bij wetsvoorstellen hebben een hoog ritueel gehalte. Van serieuze berekeningen van verwachte handhavingslasten is nauwelijks sprake. Die toetsen leiden ook zelden of nooit tot aanpassing van de voornemens. Eerder worden eventuele bezwaren weggeschreven. Ook zou veel vaker gebruik moeten worden gemaakt van simulaties om effecten van wetgeving op naleving en handhaving te kunnen voorspellen en van experimenteerwetgeving.

Toezicht

Toezicht is wellicht hét thema van de afgelopen én de komende jaren. Ik doel dan zowel op het handhavingstoezicht als op het markttoezicht en het bestuurlijk toezicht. Ik zal het vanmiddag hebben over het handhavingstoezicht. Deze toezichtsvorm is wat betreft de normering van de feitelijke uitoefening nog volop in ontwikkeling, zowel Europees- als nationaalrechtelijk, terwijl we wat betreft de normen voor de omvang en de intensiteit van het toezicht nog aan het begin van een noodzakelijke ontwikkeling staan. De discussies over aansprakelijkheid voor falend toezicht hebben duidelijk gemaakt dat er veel beelden bestaan over vermeende tekorten in het toezicht, maar normen zijn er nauwelijks. De jurisprudentie brengt ons niet veel verder bij het antwoord op de vraag wanneer, hoe vaak en hoe intensief toezicht moet worden gehouden. Toch is dit een van de meest cruciale vragen in het huidige handhavingsrecht.

Een tweede belangrijk punt binnen het toezicht is het zogenaamde systeemtoezicht: de overheid gaat vooral na of de private toezichthouder zijn werk wel goed doet. Daarnaast oefent zij steekproefsgewijs zelf controles uit bij personen of bedrijven. Men spreekt in dat verband wel van toezicht op controle of toezicht op toezicht. Ik kom straks op de vraag hoever we hierin kunnen gaan.

Sancties; verhouding strafrecht-bestuursrecht

Er is sprake van een groeiend sanctie-instrumentarium voor bestuursorganen. We kunnen in die ontwikkeling verschillende fasen onderscheiden. Aanvankelijk moesten we het in het bestuursrecht vooral hebben van de intrekking van vergunningen en bestuursdwang. Sinds midden jaren negentig is er voor heel veel gevallen de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen (voor het milieurecht was die er al eerder) en is de bestuurlijke boete in opmars, in tal van varianten. Die laatste bevoegdheid is thans in zo'n 60 wetten te vinden. Een algemene regeling in de Awb, waarvoor ik in mijn Amsterdamse rede in 1994 al pleitte, laat vooralsnog op zich wachten. De eenentwintigste eeuw geeft een explosieve uitbreiding van de zogeheten preventieve handhavingsbevoegdheden te zien. Daarnaast wordt er steeds meer gebruik gemaakt van de openbaarheid als sanctie, bekend onder de term 'naming and shaming', het aan de schandpaal nagelen van overtreders, door publicatie van overtredingen en sancties, bij voorkeur op internet. Daardoor zal het publiek bijvoorbeeld kunnen nagaan of er in de buurt bedrijven zitten die hun milieuvergunning niet naleven.

Welke lijnen zijn hier zichtbaar? Ten eerste is er sprake van een veel groter scala aan sancties dan pakweg 10 jaar geleden. Er zijn andere typen sancties bij gekomen. Er zijn meer financiële sancties, meer bestraffende sancties, meer preventieve sancties. Dat valt volledig te verklaren uit een streven naar een grotere doelmatigheid en effectiviteit.

De opmars van de bestuurlijke boete heeft gezorgd voor verstrafrechtelijking van het bestuursrecht. Andersom komt met de OM-afdoening weer een stukje bestuursrecht het strafrecht binnen. Er wordt wel gesproken van bestuursstrafrecht, maar een geïntegreerd handhavingsrecht is nog ver weg.

Invloed EG-recht en internationaal recht

Er is een ontwikkeling gaande waarin Europa steeds vaker dan voorheen voorschrijft hoe toezicht moet worden uitgeoefend en welke sancties de lidstaten moeten opleggen, punitieve sancties als de boete daaronder begrepen. Een stap verder gaat het voorschrijven van gebruik van het strafrecht, hetgeen inmiddels door het Hof van Justitie is toegestaan. Strafrecht heeft de voorkeur van de Commissie omdat dit, kort gezegd, afschrikwekkender en krachtiger zou zijn en het bovendien door een onafhankelijke instantie wordt toegepast. Daarop valt wel het nodige af te dingen. Strafrechtelijke boeten zijn niet afschrikwekkender dan boeten van een bestuursorgaan, zelfs een gevangenisstraf, zeker een voorwaardelijke, kan te verkiezen zijn boven de intrekking van een milieuvergunning (die tot bedrijfsbeëindiging leidt) en zelfstandige bestuursorganen kunnen als onafhankelijk worden beschouwd. Subtiele handhavingssystemen waarin zelfregulering een belangrijke rol speelt, kunnen door deze wat hoekige benadering van de Commissie onder druk komen te staan. Straffen zijn een noodzakelijk kwaad, maar ze hebben geen herstellvermogen en hebben doorgaans de vorm van een botte bijl. Bij algemene belangen als natuur en milieu bijvoorbeeld zijn juist de op herstel gerichte sancties zo doeltreffend. Die moeten we dus óók blijven gebruiken. Het EG-recht verzet zich er niet tegen dat te doen. Wel kan een en ander leiden tot dubbele sanctionering, maar de sancties hebben dan wel een verschillende strekking. Dat is toegestaan binnen de grenzen van de evenredigheid.

Groeiend is de aandacht voor en de invloed van de eisen van het internationale recht, met name het EVRM. Na de arresten uit de jaren '80 en '90 die vooral betrekking hadden op

de bestuurlijke boete, waaronder Özturk en Bendenoun, hebben meer recente belangwekkende arresten betrekking op het toezicht (Colas Est) en de ruimte om niet te handhaven (Öneryildiz). In het algemeen kunnen we vaststellen dat de rechtspraak van het EHRM voor de handhaving, met name de opsporing, het toezicht en de punitieve sancties, belangrijker is geworden, maar dat nog niet erg duidelijk is welke positieve verplichtingen uit die jurisprudentie voortvloeien.

Kennisbeheer

Een belangrijke trend is dat bij uitvoering (vergunningverlening e.d.) toezicht en sancties meer en meer gebruik wordt gemaakt van informatie- en communicatietechnologie (ict). Weliswaar gebeurt het nog te weinig, maar iedereen begrijpt intussen wel dat dit voor het opzetten, gebruiken en onderhouden van een kennisnetwerk noodzakelijk is. Interessant in dat verband zijn bijvoorbeeld projecten in het buitengebied, waar toezichthouders van diverse instanties elkaars ogen en oren zijn en waar met behulp van handcomputers snel en accuraat wordt gecommuniceerd en geregistreerd. Kennis moet toegankelijk zijn en niet met het vertrek van mensen uit de organisatie verdwijnen. Ict biedt daartoe de mogelijkheden.

Bestudering van handhavingseffecten

Een laatste trend die ik wil noemen betreft de toenemende belangstelling voor andere dan juridische aspecten van handhaving. Werden er al geruime tijd onderzoeken verricht naar de praktijk van de handhaving en de wijze waarop de rechter met handhavingsbesluiten omgaat, inmiddels is nu ook in Nederland een begin gemaakt met de bestudering van de relatie tussen de toepassing van allerhande sancties en het nalevingsgedrag daarna. Ook komt er in Nederland onderzoek op gang dat de kosteneffectiviteit van de handhaving inzichtelijk maakt en verschillende handhavingssystemen op dát punt vergelijkt. Ik heb het over de economische analyse van het recht.

Na bespreking van de belangrijkste ontwikkelingen, wil ik vooruit kijken en van vier kernonderwerpen nagaan welke de belangrijke vragen zijn en wat nodig of nuttig is om het handhavingsrecht houdbaar te doen zijn: toezicht, sancties, organisatie en doelmatigheid.

Toezicht

Er moet een betere en meer uitgewerkte normering van het handhavingstoezicht komen m.b.t. frequenties en aanpak. Voor de praktische hanteerbaarheid van toezichtnormen zouden wettelijk voorgeschreven minimumfrequenties wellicht nuttig kunnen zijn. Maar toezicht moet ook slim zijn en is dit slim? Het antwoord op die vraag luidt zoals u van een jurist kunt verwachten: ja en nee. Ja, in die zin dat die vastlegging een garantie voor een zekere hoeveelheid toezicht beoogt te geven en dat het slimme element van het toezicht, waarbij het juist om de differentiatie gaat, dan voor het meerdere geldt. Ja ook, omdat men bij sommige inspecties met slimheid niet veel verder komt. Neem bijvoorbeeld de voorgeschreven aantallen monsternemingen in de Zwemwaterrichtlijn. Zwemwaters gedragen zich grillig, zonder hun eigen nalevingsverleden te kennen en zonder zich wat aan te trekken van het al dan niet onverwachte karakter van een controle.

Nee, daar waar het niet goed mogelijk is een zinvolle minimumstandaard vast te stellen, vanwege het gebrek aan kennis over omvang en aard van de niet-naleving of waar zelfs een laag minimum de controle-instanties voor een onmogelijke opgave stelt.

In de meeste gevallen zal slim toezicht dus de voorkeur hebben boven het werken met een absoluut minimum. Een interessant voorbeeld is het Toezichtprotocol van de Vereniging BWT Nederland. Daarin worden vijf niveaus van diepgang gehanteerd, variërend van een steekproefsgewijze controle tot een integrale controle van alle onderdelen van een

bouwproject. Ook hier wordt de nadruk gelegd op intensief gebruik van ict. Kennis die tijdens een controle wordt opgedaan, moet voor de hele dienst toegankelijk zijn en niet slechts in het hoofd van die ene toezichthouder zijn opgeslagen (als die het al onthoudt). Ook bij grote bouwprojecten komt het nog altijd voor dat er op het gevoel wordt gewerkt. Als het dan mis gaat, weet niemand meer precies wie wanneer wat heeft gecontroleerd. Het werken volgens vaste maatstaven en een vaste aanpak maakt de kans op fouten kleiner, maakt zinvolle vergelijkingen met andere projecten en andere gemeenten mogelijk en bevordert slim toezicht. Een dergelijk protocol kan men beschouwen als een buitenwettelijke richtlijn, waarvan het juridische gezag nog moet groeien, maar die ook als beleidsregel door gemeenten kan worden vastgesteld. Dat geeft houvast, voor controleurs en gecontroleerden. Inmiddels werken 73 gemeenten met de papieren versie van genoemd protocol. Dat moeten er veel meer worden, zeker als straks de elektronische versie beschikbaar is. Het bouwtoezicht heeft nog wel wat in te halen. Ik zou overheden echter willen adviseren ook op andere beleidsterreinen toezichtsbeleidsregels vast te stellen, zo mogelijk samen met andere overheden. Ja, dames en heren, meer regels dus, om ellende te voorkomen en professioneler te werken! En er moet uiteraard elk jaar een handhavingsprogramma zijn.

Toezicht is reuze belangrijk. Tegelijk heeft een toezichtsrapport niet de bewijskracht van een proces-verbaal. Voor boeten en transacties moeten toezichthouders daarom tevens BOA zijn. Voor de oplegging van een last onder dwangsom is dit niet nodig: waarom daar niet en bij die andere sancties wel? Is het niet vreemd dat toezichthouders goed genoeg zouden zijn om overtredingen aan het licht te brengen, maar dat als het om effectuering van een sanctie gaat diezelfde toezichthouders ineens rapportages blijken te produceren met weinig bewijskracht. Dat is niet alleen vreemd, maar ook ondoelmatig.

Het werk van de toezichthouder wordt moeilijker naarmate de regels, in verband met het vereenvoudigen ervan, algemener en vager worden en daardoor meer uitleg vergen. Er is dus steeds meer reden de toezichthouder beter te belonen. Dan zijn we minder afhankelijk van het idealisme van de personen in kwestie. Maar ja, dát kost geld en het moest juist allemaal goedkoper. Dat staat ook in de weg aan vergroting van het aantal toezichthouders.

Er lijkt dus sprake van een dilemma: we willen meer toezicht met minder mensen. Dat is deels mogelijk door constructies waarin toezicht wordt uitgeoefend door private instellingen met de overheid op de achterhand. Ik ga ervan uit dat veel branches zullen willen betalen voor zo'n eigen controle-instelling. Het nemen van de eigen verantwoordelijkheid van maatschappelijke actoren wordt door het zelftoezicht gestimuleerd en benadrukt, er wordt gebruik gemaakt van in de maatschappij aanwezige deskundigheid en de overheid kan zich op zijn kerntaken concentreren. Maar zonder risico's is dit niet: certificaten kunnen een papieren werkelijkheid scheppen die er prachtig uitziet, maar niet correspondeert met de echte werkelijkheid. Dat heeft te maken met het feit dat certificeringen vaak sterk zijn gericht op processen, maar niet op inhoud. Transparantie staat hoog in het vaandel geschreven, maar daarbij mag het niet blijven. Komt er nog eens iemand kijken wat er feitelijk gebeurt op de bouwplaats of in een bedrijf? Hoe dan ook zal de overheid eerst moeten weten dat een branche het 'zelftoezicht' aankan, vooraleer het eigen toezicht drastisch terug te brengen en zal zij voldoende eigen capaciteit moeten behouden om systeemtoezicht te kunnen uitoefenen en steekproefsgewijs 'primaire' toezicht op de bedrijven e.d. Dat is trouwens óók nodig om zelf voldoende deskundigheid en kennis van zaken te behouden. Het risico van een volledige uitplaatsing van toezichtstaken is, dat je als overheid het zicht op wat er in een branche gebeurt totaal kwijtraakt en die branche je vervolgens ook alles kan wijs maken ten aanzien van de benodigde regelgeving.

Kwalitatief goed toezicht moet worden gehouden tegen zo laag mogelijke kosten. Dat doelmatigheidsvereiste doet de vraag rijzen in hoeverre de kosten van het toezicht zouden

kunnen worden doorberekend aan de justitiabelen. Dat is door opeenvolgende regeringen afgewezen, uitzonderingen daargelaten, bijvoorbeeld voor het geval EG-recht daartoe dwingt. Het argument is dat handhaving een algemeen belang dient. Dat is op zichzelf natuurlijk juist, maar het is geen dragend argument: de beslissing om te handhaven mag uiteraard niet afhankelijk zijn van particuliere financiële bijdragen, maar dat zegt niets over de aanvaardbaarheid van doorberekening van kosten voor optreden waartoe reeds *op inhoudelijke gronden* is besloten.

Het zou mijns wel mogelijk moeten zijn overmatige toezichtskosten door te berekenen. Waarom zou iemand die door zijn illegale gedrag significant meer nalevingstoezicht genereert dan de gemiddelde persoon waarop toezicht wordt gehouden daar de rekening niet voor gepresenteerd mogen krijgen? In het EG-recht zijn voorbeelden van een dergelijke doorberekeningsmaatstaf te vinden. Ik beweer niet dat de handhaving dan van alle financieringsproblemen af is, maar het helpt wel. Bovendien zou dit een positief effect op de nalevingsbereidheid kunnen hebben, waardoor er uiteindelijk minder controles nodig zijn, hetgeen de doelmatigheid bevordert, maar bovenal om inhoudelijke reden gewenst is.

Alles bijeen wordt dit onderdeel van de handhaving houdbaarder door een betere normering, door toezichthouders die meer effect kunnen sorteren, beter beloond worden en in voldoende mate aanwezig zijn, door verstandig gebruik van toezicht op toezicht en door doorberekening van bepaalde toezichtskosten.

Sancties

In het algemeen zou de regeling van de diverse sancties nu toch eens met gezwinde spoed in de Awb moeten komen, evenals een algemene toekenning van de bestuursdwang- en de dwangsombevoegdheid aan alle bestuursorganen. Voorts zouden bestuursorganen in hun handhavingsbeleid vaker en preciezer moeten aangeven hoe zij met hun sanctiebevoegdheden omgaan. Juist als bij het toezicht kunnen plannen, programma's en beleidsregels de door de wet gegeven bestuurlijke ruimte invullen, waardoor een strakkere handhaving mogelijk is, handhavingsbesluiten beter inhoudelijk kunnen worden beoordeeld en de burgers beter weten waar ze aan toe zijn. Overigens is dit niet anders dan bij andere vrije bevoegdheden. Sommigen menen dat juist bij de handhaving van een bijzondere situatie sprake is, omdat er een dilemma zou zijn tussen enerzijds de binding aan de wet en anderzijds de vrije ruimte om wel of niet te handhaven. De bindendheid van de wet zegt echter op zichzelf niets over de eventuele verplichting *van een bestuursorgaan om bestuursrechtelijk* te handhaven. Sterker: de wet, casu quo art. 3:4 Awb, draagt bestuursorganen juist op om belangen af te wegen! Tegelijk moeten bevoegdheden op een duidelijke, redelijke, doelmatige en effectieve wijze worden gebruikt: dat is een rechtsstatelijk vereiste. Dáárom zijn die plannen, programma's en beleidsregels zo van belang!

Houdbaar handhavingsrecht moet ook werkbaar zijn en daarvoor is een zekere overzichtelijkheid gewenst. Die is er thans bij de boete niet. Misschien dat een Awb-regeling ook aanzet tot meer strategische keuzen voor een bestuurlijke boete of iets anders, zoals de OM-afdoening. Het wetsvoorstel Vierde tranche en de Wet OM-afdoening gaan nu geheel eigen wegen, die elkaar soms kruisen, soms parallel lopen, soms uiteengaan en naar het lijkt allemaal toevallig. Van doordacht wetgevingsbeleid is geen sprake. Het wordt nog gekker als de wetgever zou doorgaan met de wetsvoorstellen die de gemeenten in staat stellen boeten op te leggen voor overtredingen die overlast in de openbare ruimte veroorzaken en bepaalde parkeerovertradingen. Die wetsvoorstellen moeten, nu de Wet OM-afdoening er door is en vergelijkbare voorzieningen mogelijk maakt, worden ingetrokken.

Van de last onder dwangsom kan door bestuursorganen beter gebruik worden gemaakt. Tegelijk blijkt uit de jurisprudentie dat er telkens weer nieuwe vragen rijzen. Er is nog genoeg werk aan de winkel dus. Dat geldt in mindere mate ook voor de bestuursdwang.

Aandacht verdient in het bijzonder de spoedshalve toepassing ervan. In de Awb-regeling van bestuursdwang wordt de spoedshalve uitgevoerde variant als een uitzondering benaderd. Dat is op zichzelf begrijpelijk, omdat waar de betrokken belangen geen direct ingrijpen nodig maken, men uit een oogpunt van zorgvuldigheid en het meewegen van de belangen van overtreder en andere belanghebbenden de aangeschrevene(n) nog best even de tijd kan gunnen de overtreding zelf te beëindigen. Dat bespaart het bestuur ook werk. Maar ik denk dat er bij sommige typen overtredingen reden is om minder terughoudend te zijn. Diverse gemeenten passen spoedshalve bestuursdwang toe als wapen in de strijd tegen hennepkwekerijen, die vooral in woonwijken voor veel overlast en gevaar zorgen. Rotterdam is het verst. In 2005 waren er zo'n 600 ontmantelingen, waarbij voor € 16 miljoen euro (straatwaarde) aan hennep werd vernietigd en bijna een miljoen euro via het kostenverhaal in de gemeentekas vloeyde. Daar kun je de 9 fte die Rotterdam hier op heeft gezet wel van betalen. Slechts in 5% van de gevallen werd een bezwaarschrift ingediend tegen het achteraf toegezonden bestuursdwangbesluit. Uiteraard speelt hierbij een rol dat deze categorie overtreeders liever niet bekend wordt (bij binnentreden is er ook zelden iemand thuis). Daarom komen ze ook bijna nooit hun meegevoerde materialen ophalen, die trouwens voor het grootste deel meteen worden vernietigd. Wel wordt enige voorraad aangehouden voor het geval iemand na betaling van de bestuursdwangkosten zijn spullen terug wil hebben. Hij krijgt dan iets vergelijkbaars en dat lijkt bevredigend te werken. Zo kan de bestuursdwang alles bijeen op een offensieve wijze worden ingezet, soms op het randje van het toelaatbare, om een maatschappelijke misstand te bestrijden. Ik denk dat die aanpak nodig én houdbaar is.

Openbaarheid als sanctie: naming and shaming

Naming and shaming is snel populair aan het worden, zowel in de wetgeving als in de bestuurspraktijk. De wet biedt diverse voorbeelden van openbaarheid als sanctie. Ze hebben alle betrekking op overtredende bedrijven. De gedachte achter het openbaar maken van overtredingen en sanctiebeschikkingen als handhavingsinstrument is dat daarvan op de overtreder een heilzaam effect zal uitgaan. Een bedrijf komt niet graag negatief in de publiciteit. Het publiek zal immers, zo is de veronderstelling, daardoor minder vertrouwen hebben in het desbetreffende bedrijf en minder producten daarvan afnemen. Dat zal zo'n bedrijf niet willen en zeker geen tweede keer willen laten gebeuren. Of dat echt zo is, valt trouwens nog te bezien. Leest het publiek de openbare mededeling wel? Als het dat doet, moet vervolgens rekening worden gehouden met het feit dat niet iedereen vindt dat bedrijven zich altijd aan de wet moeten houden. Wanneer een gemeente op haar website zet welke cafés langer open blijven dan de plaatselijke verordening toestaat, valt te vrezen dat die cafés daar niet minder populair van worden! Maar in veel gevallen zal de openbaarheid wel degelijk een sterk effect kunnen hebben. Dat effect wordt ook nog relatief gemakkelijk veroorzaakt: het is een kwestie van iets op internet of in de krant zetten.

Waar naming and shaming een potentieel krachtig handhavingsinstrument is, dient men zich tegelijk af te vragen hoe het met de waarborgen zit. Is voor openbaarmaking van overtredingen en sanctiebeschikkingen een wettelijke grondslag nodig? Mijns inziens is dat zeker het geval wanneer deze openbaarmaking zelf de strekking van een sanctie heeft (en dus niet het louter waarschuwen van het publiek). Een sanctiebevoegdheid dient op de wet te berusten, ook al zou het geen sanctie in de omschrijving van de Awb betreffen, bij voorkeur een specifieke grondslag. Het is voorts van belang eerst het voornemen tot bekendmaking te uiten, waardoor betrokkene de gelegenheid heeft openbaarmaking te voorkomen als dit op onjuiste gronden zou geschieden, en pas tot publicatie over te gaan na het onherroepelijk worden van de sanctie. Dat maakt de openbaarmaking misschien wel wat minder effectief, maar zorgvuldigheid gaat hier voor alles. Dat de bestuursrechter blijkens een recente uitspraak ook in openbaarmaking van informatie uit eigen beweging, als daarbij een belangenafweging

plaatsvindt, een besluit ziet, maakt het mogelijk vooraf naar de bestuursrechter te stappen. Naast procedurele rechten zijn er inhoudelijke grenzen aan openbaarmaking in de vorm van de gronden vermeld in de art. 10 en 11 Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Deze artikelen gelden ook bij openbaarmaking uit eigen beweging, die immers ingevolge art. 2 moet plaatsvinden overeenkomstig de Wob.

Een belangrijk onderscheid ten slotte betreft de ‘slachtoffers’ van de naming and shaming. Hiervoor heb ik steeds gesproken over bedrijven (instellingen daaronder begrepen). Bij natuurlijke personen gelden strenge wettelijke privacyregels, waaronder die van de Wet bescherming persoonsgegevens. Ten aanzien van natuurlijke personen zal naming and shaming daardoor (terecht) van veel minder betekenis kunnen zijn.

Organisatie

Een belangrijk vraagstuk dat ons de komende jaren bezig zal houden, is de gewenste organisatie van de bestuurlijke handhaving. Juist als bij de politie zal de roep om een landelijke organisatie luider worden. Vooraf merk ik op bestuursorganen bij de handhaving van de wetgever de ruimte hebben gekregen een bestuurlijke afweging te maken, die niet goed door een op één doel gerichte handhavingsorganisatie kan worden verricht. Ten tweede is decentralisatie een hoeksteen van ons bestel, die ook een internationaalrechtelijke dimensie heeft in het Handvest voor de Lokale Autonomie.

Op zichzelf is het denkbaar dat voor één sector of voor bepaalde typen handelingen daarbinnen een landelijke organisatie wordt opgezet of een bestaande organisatie als een inspectie of het OM met extra bevoegdheden wordt bekleed. Het OM kan bijvoorbeeld straks de toepassing van OM-afdoeningsbevoegdheden die aan bestuursorganen worden toebedeeld regisseren. Maar één grote organisatie voor het hele ordeningsrecht gaat mij te ver. Lokale aspecten kunnen het best lokaal worden beoordeeld. Het gevaar van bureaucratisering is bovendien groot. De brand op Schiphol-Oost en de recente drama’s met het gifschip en het asbestschip hebben voorts laten zien dat ook de rijksoverheid niet per se beter en professioneler werkt. Een landelijke organisatie is ook niet nodig. Er is echter niet altijd voldoende capaciteit en deskundigheid aanwezig bij al die verschillende (decentrale) overheden. Dáár moeten we dan iets aan doen. Dat kan door samenwerking, op vrijwillige basis, of door samenvoeging, desnoods gedwongen, in gemeenschappelijke regelingen. Ik heb geen moeite met gedwongen gemeenschappelijke regelingen wanneer blijkt dat gemeenten en andere decentrale overheden het afzonderlijk niet aan kunnen. De schaal van het samenwerkingsverband moet hoe dan ook zodanig zijn dat alle benodigde expertise in huis is. Regionale diensten met toezichtsbevoegdheden zijn een prima vorm van samenwerking; zij hebben voldoende afstand en zitten tegelijk nooit ver weg. Zij doen als het goed is eigenlijk al het werk, in grote zelfstandigheid en met een zekere afstandelijkheid, en leggen het dossier panklaar voor aan het bevoegd gezag van gemeente of provincie dat dan beslist of het al dan niet een sanctiebesluit neemt. Dat bevoegd gezag kán ook besluiten om te gedogen, maar dan heeft men wel wat uit te leggen. Dat is goed en controleerbaar voor de eigen volksvertegenwoordiging. Transparant heet dat.

Doelmatigheid

De overheid moet doelmatig handelen, dus ook doelmatig handhaven. Dit betekent dat zij die instrumenten moet inzetten die het doel het best bereiken bij de laagste kosten. Het doel is, voor zover hier van belang, dat regels worden nageleefd. Handhaving is één van de middelen om naleving te bewerkstelligen en vormt één van de motieven voor naleving, naast onder meer sociale en economische motieven. Maar welke invloed heeft handhaving in het algemeen en hebben bepaalde vormen van handhaving in het bijzonder op het gedrag? Hoe

kan een optimaal gedragseffect worden bereikt? Daarvoor moeten we weten welke kosten en baten van naleving en handhaving er zijn.

De *baten* van handhaving zijn er allereerst in ontvangen bedragen, zoals boeten, dwangsommen en verhaalde kosten bij bestuursdwang. Zie de substantiële bedragen aan verhaalde bestuursdwangkosten bij opgerolde hennepkwekerijen; ook de spoedshalve toepassing van bestuursdwang bij het verwijderen van verkeerd aangeboden vuilniszakken brengt het nodige geld binnen, al staan daar, gezien de vele gevoerde procedures, wellicht relatief veel kosten tegenover. Naast bedoelde geldelijke baten zijn er baten in de vorm van bevestiging van normen, tegemoet komen aan het rechtvaardigheidsgevoel, gezondheid, leven, een mooie natuur en een schoon milieu etc. De *kosten* kunnen worden verdeeld in nalevingskosten bij de potentiële overtreder en handhavingskosten bij de overheid (van toezicht, sancties en tenuitvoerlegging). Rechtseconomen tellen die kosten rustig bij elkaar op en hebben het dan over maatschappelijke welvaart, die vervolgens in een bedrag uit te drukken blijkt te zijn, maar vanuit juridisch oogpunt is dat vreemd; de handhaver staat in zijn recht, de overtreder niet. Dat mag gevolgen hebben in de vorm van een scheve verdeling van kosten, al moet de overheid weer wel het principe van de minste pijn (bij de overtreder) hanteren.

In de economische analyse van het recht spelen kosten en baten een cruciale rol. Die benadering is daarom zeer nuttig, maar kent ook kwetsbare plekken. Ten eerste wordt elke handeling en elk effect uitgedrukt in geldbedragen; dat is nodig om vervolgens aan het rekenen te kunnen. Bij schattingen van mogelijke schade door een brand wordt voor een mensenleven 2,1 miljoen euro gehanteerd. Hoe reëel is dat?

Een tweede kwetsbaar punt is dat de mens wordt verondersteld altijd een rationele keuze te maken. Maar de mens handelt ook impulsief, op grond van sociale verplichtingen, onder invloed van anderen etc.; zijn handelen is dus ook sociaal-cultureel en psychologisch bepaald. Rechtseconomen verdedigen zich hiertegen door te stellen dat in een model van het gemiddelde gedrag van mensen wordt uitgegaan en dat allerlei individuele verschillen dan tegen elkaar wegvallen. Ook zouden complexere modellen slechts marginaal betere verklaringen bieden. Of dat, zo het juist is, ook geldt voor toepassingen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht, valt nog te bezien nu het overgrote deel van de rechtseconomische literatuur hierop geen betrekking heeft.

Ten derde realiseren rechtseconomen zich bij de vergelijking van handhavingssystemen soms te weinig hoezeer die systemen elkaar beïnvloeden en door verschillende actoren worden gebruikt (strafrecht door het OM, privaatrecht door particulieren, bestuursrecht door het bestuur). Deze kritische kantekeningen laten onverlet dat de economische analyse van het handhavingsrecht betekenis kan hebben, bijvoorbeeld bij de keuze tussen invoering van een bestuurlijke boetebevoegdheid en de OM-afdoening of tussen een klassiek command-and-control model en een hoge mate van zelfregulering met systeemtoezicht.

Tot besluit

Het is van het grootste belang dat de aandacht op de handhaving als wezenlijk onderdeel van de beleidscyclus gevestigd blijft. Omdat dit blijkbaar niet vanzelf gaat, moet er steeds op worden gewezen. Ik zal daar het mijne aan bijdragen. Van rampen moeten we het niet hebben: die moeten we voorkomen.

Waar veelal naar aanleiding van incidenten wordt geroepen om meer of scherpere handhaving, wordt tegelijk het afschaffen en vereenvoudigen van regelgeving bepleit. De politiek moet zich meer bewust worden van de nadelen van het laatste, mede in het licht van de wensen op het gebied van de handhaving. De komende jaren zullen nog vele procedures worden gevoerd over de aansprakelijkheid voor falend toezicht. Die kunnen door het bestuur

met meer vertrouwen tegemoet worden gezien wanneer het toezicht is gebaseerd op normstelling en een planmatige aanpak. Ik pleit daarom voor meer regels, beleidsregels met name, juist om het toezicht en de sanctietoepassing houvast te geven. Er is ruimte voor meer systeemtoezicht, maar dat moet gepaard gaan met effectief overheidstoezicht. We kunnen niet volstaan met het controleren van de papieren werkelijkheid. Het uitoefenen van handhavingstoezicht moet beter worden beloond om recht te doen aan de specifieke kwaliteiten die daarvoor nodig zijn, zeker bij de snel veranderende en niet eenvoudiger wordende wetgeving. Om het handhavingstoezicht betaalbaar te houden, dient het 'beleidsverbod' op doorberekening van deze toezichtskosten te worden doorbroken. Wie abnormaal veel toezicht nodig maakt, moet daarvoor betalen.

Het EG-recht zal steeds meer de aard en omvang van ons handhavingsrecht beïnvloeden. De komende jaren zullen uitwijzen of we onze eigen keuze tussen strafrecht en bestuursrecht op veel gebieden kwijt raken, maar ik ben daar niet somber over. Een mix van strafrecht en bestuursrecht is vaak aantrekkelijk, waarbij we gebruik kunnen maken van de sterke kanten van beide systemen. Deze integrale aanpak veronderstelt wel een goede afstemming en op dat punt is nog het nodige te winnen.

Bestaande sancties moeten creatiever en gedurfder worden gebruikt, zoals de spoedshalve bestuursdwang. In het boetelandchap dreigt een verrommeling op te treden. Er moet worden gekozen en wat mij betreft wordt de bestuurlijke boete voorbehouden aan nationale instanties. De boetewetsvoorstellen voor de gemeenten moeten worden ingetrokken. Er zal de komende jaren veel meer gebruik worden gemaakt van openbaarheid als instrument in het kader van de handhaving. Dat vraagt om speciale waarborgen, gezien de onomkeerbare effecten van openbaarheid.

Een stevige organisatie is nodig om effectief te kunnen optreden. Om enerzijds recht te doen aan het decentralisatieprincipe, maar anderzijds voldoende kennis en kunde te hebben, moeten handhavingsorganisaties een grootstedelijke of regionale schaal hebben. Die organisaties hoeven echter niet de formele beslissingsbevoegdheid te hebben.

Overheden weten nog steeds te weinig wat ze weten. Het beheer van aanwezige kennis over naleving en handhaving is cruciaal. Alleen op grond van kennis die bij organisaties berust, niet slechts bij individuele personen, én goed ontsloten is, kan intelligent worden opgetreden. Organisaties moeten die kennis ook veel meer en beter aan elkaar ter beschikking stellen. Er moet ook nieuwe kennis worden verworven, kennis die de sociale wetenschappen en de economie kunnen aanreiken. Het handhavingsbeleid moet 'evidence based' worden.

Ten slotte: wat is de rode draad in dit verhaal over houdbaar handhavingsrecht? Ik denk dat er een paar rode draden zijn en eenieder mag er zelf meer weven of ontdekken. De eerste is dat de handhaving onder druk staat (vagere regels, scherpere handhaving; meer bemoeienis EG), maar daardoor ook uitwegen zoekt (in de vorm van systeemtoezicht, meer en andersoortige sancties, een betere organisatie). Een andere rode draad betreft het toegenomen belang van het financiële aspect van handhaving en de noodzaak daar meer mee te doen (meer financiële sancties; doorberekening toezichtskosten; economische analyse van het recht). De derde rode draad die ik zie, betreft het belang van kennis van handhaving en handhavingsrecht (kennisbeheer bij overheden; verwevenheid rechtswetenschap met andere wetenschappen). Met deze drie daden kunnen we een patroon weven dat een handhavingsrecht zichtbaar maakt waarvan de houdbaarheidsdatum nog lang niet is verstreken!

Lex Michiels, Tilburg, 13 oktober 2006