

Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht

A.B. Blomberg*

1. Inleiding

Naarmate het bestuur meer bevoegdheden krijgt tot het opleggen van bestraffende sancties en het deze bevoegdheden ook vaker gebruikt, wordt de vraag naar de mate van rechtsbescherming daartegen prangender. In de praktijk bestaat daarover op een aantal punten onduidelijkheid én discussie, reden waarom het goed is dat is besloten een themanummer aan deze problematiek te wijden. Deze bijdrage heeft betrekking op de fase van het toezicht, waaronder in het bestuursrecht wordt verstaan het traject vóór de sanctieoplegging. Dit voortraject omvat zowel het reguliere, veelal preventieve toezicht op de naleving als het repressieve toezicht, dat wil zeggen toezicht naar aanleiding van het vermoeden dan wel de constatering van een overtreding (toezichtsuitoefening ter voorbereiding van eventuele sanctiebesluiten, hercontroles e.d.). In strafrechtelijke termen is bij dit repressieve toezicht sprake van 'opsporing' (vgl. art. 132a Sv), in het bestuursrecht wordt hiervoor soms wel de term 'onderzoek' gebezigd.¹ Voor degene aan wie (mogelijk) een bestraffende sanctie wordt opgelegd, gelden ook in het bestuursrecht tijdens het voortraject bijzondere waarborgen die samenhangen met het bestraffende karakter van de sanctie en die (mede) voortvloeien uit internationale verdragen als het EVRM en het IVBPR. Zo

wordt uit art. 6 EVRM afgeleid dat degene die wordt geconfronteerd met een *criminal charge*, waaronder bijvoorbeeld ook bestuurlijke boeten worden begrepen, het zwijgrecht toekomt. De klassieke scheiding tussen toezicht en opsporing ligt bij bestraffende sancties in het bestuursrecht dan ook niet zo helder als bij de op herstel gerichte bestuurlijke handhaving enerzijds en strafrechtelijke handhaving anderzijds. Dit brengt allerlei vragen met betrekking tot de rechtsbescherming van betrokkene mee, zoals in hoeverre aan het toezicht moet worden meegewerkt, in hoeverre de overgang van toezicht naar onderzoek (repressief toezicht) kenbaar moet worden gemaakt (en wanneer eigenlijk sprake is van die overgang), in hoeverre er specifieke normen gelden als een bestraffende sanctie aan de orde is etc.

In dit artikel staat centraal welke bescherming de burger geniet dan wel dient te genieten bij toezicht en 'opsporing' in het bestraffende of punitieve bestuursrecht. Daartoe wordt allereerst uit de doeken gedaan over welke bevoegdheden de overheid in de toezichtsfase beschikt en hoe de toezichtsuitoefening is genormeerd (par. 2). Vervolgens zal worden ingegaan op de vraag wanneer toezicht overgaat in wat hiervoor is aangeduid als onderzoek (par. 3). In paragraaf 4 wordt gezien in hoeverre de bestuursrechtelijke benadering verschilt van de strafrechtelijke en zo ja, in hoeverre daarvoor

* Aletta Blomberg is universitair hoofddocent bij het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

1 O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999. Zie bijvoor-

beeld ook de terminologie in de Mededingingswet (ingevolge art. 1 sub k Mw wordt onder 'onderzoek' verstaan 'handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan').

in de aard van het bestuursrecht een rechtvaardiging kan worden gevonden. Besloten wordt met een conclusie (par. 5).²

2. Toezicht op de naleving

2.1 Toezichtsbevoegdheden

Afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geeft een algemene regeling inzake het toezicht op de naleving. Ingevolge art. 5:11 Awb wordt toezicht uitgeoefend door toezichthouders: personen

“bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift”.

De bijzondere wet geeft het tot handhaving bevoegde gezag de bevoegdheid om ambtenaren als toezichthouder aan te wijzen (zie bijvoorbeeld art. 100 Woningwet, art. 18.4 Wet milieubeheer en art. 50 Mededingingswet) of bepaalt in een enkel geval rechtstreeks wie toezichthouders zijn (zoals in art. 104 Flora- en Faunawet). Toezichthouders beschikken in beginsel over de in Afdeling 5.2 Awb opgenomen toezichtsbevoegdheden, tenzij in de bijzondere wet (of in het aanwijzingsbesluit) een beperking is aangebracht (art. 5:14 Awb). Voorts kan de bijzondere wet extra toezichtsbevoegdheden toekennen, wat bijvoorbeeld is gebeurd in art. 54 (verzegelingsbevoegdheid) en art. 55 Mededingingswet (inzage afdwingen met de sterke arm) en art. 100 lid 5 Woningwet (binnentredingsbevoegdheid).

Artikel 5:15 Awb geeft toezichthouders de bevoegdheid om, met medeneming van hun apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van woningen zonder toestemming

van de bewoner. Met deze bevoegdheid kunnen terreinen worden betreden, bedrijfsgebouwen worden binnengegaan en kan binnen gebouwen en omheiningen worden rondgekeken en gemeten (bijvoorbeeld geluid, trilling en geur). De betredingsbevoegdheid strekt zich niet uit tot het doorzoeken van de betreden plaats (wat inhoudt het openen van kasten, laden etc.)³, maar is beperkt tot ‘zoekend rondkijken’. Woningen mogen uitsluitend worden betreden met toestemming van de bewoner. Een eventuele machtiging tot binnentreden zou bij ontstentenis van die toestemming niet mogen worden afgegeven, simpelweg omdat art. 5:15 Awb niet de bevoegdheid tot binnentreden omvat (vgl. art. 4 Algemene wet op het binnentreden).

Bij de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen op grond van artikel 5:16 Awb, gaat het om het stellen van min of meer concrete vragen waarop de justitiabele antwoord moet geven, hetzij mondeling hetzij schriftelijk. De vordering kan in beginsel tot een ieder worden gericht (vgl. ook art. 5:20 Awb, dat *een ieder* verplicht tot medewerking aan het toezicht), zij het dat de bijzondere wet in dezen uitzonderingen kan bevatten. Zo geldt de verplichting om inlichtingen te verstrekken op grond van art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen maar voor een beperkt aantal personen. Daarnaast kan de kring van personen tot wie de vordering mag worden gericht in de praktijk worden beperkt door het ‘taakvervullingscriterium’ van art. 5:13 Awb, op grond waarvan toezichthouders de hen toekomende toezichtsbevoegdheden slechts mogen gebruiken voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is. Zie hierna paragraaf 2.3.

Ingevolge art. 5:17 Awb zijn toezichthouders bevoegd inzage te vorderen van zakelijke

2 Deze bijdrage is deels gebaseerd op A.B. Blomberg, ‘Handhaven binnen EVRM-grenzen’, in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman en J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het*

materiële bestuursrecht, Preadviezen VAR-reeks 132, Den Haag: BJU 2004, p. 115-191.

3 O.J.D.M.L. Jansen, a.w., p. 22.

gegevens en bescheiden. Daarbij kan worden gedacht aan (delen van) de boekhouding, de administratie (contracten, meet- en registratiegegevens, dienstroosters e.d.), onderhoudsrapporten, transportbegeleidingsdocumenten et cetera. Het moet gaan om gegevens die nodig zijn om te kunnen controleren of de regels in kwestie zijn nageleefd. Een belangrijk verschil met de bevoegdheid inlichtingen te vorderen is dat de justitiabele de gegevens alleen hoeft te tonen en dat de toezichthouder zelf het eigenlijke werk verricht door de gegevens vervolgens te bekijken op hun inhoud. Bij regulier toezicht gaat het vaak niet zozeer om losse gegevens, maar om een gegevensverzameling waaruit de toezichthouder de benodigde informatie moet halen of afleiden.

Toezichthouders zijn voorts bevoegd om zaken aan onderzoek en opneming, waaronder ook meting en weging wordt begrepen, te onderwerpen en daarvan monsters te nemen (art. 5:18 Awb). Zonodig kunnen daartoe verpakkingen worden geopend (lid 2). Als deze handelingen niet ter plaatse mogelijk zijn, mogen de zaken waarom het gaat voor korte tijd worden meegenomen tegen afgifte van een schriftelijk bewijs (lid 4). Monsters moeten voorzover mogelijk worden teruggegeven (lid 5). Twee andere verplichtingen van de toezichthouder ontstaan pas na een daartoe strekkend verzoek van belanghebbenden, reden waarom beter kan worden gesproken van *rechten* van belanghebbenden⁴: op verzoek – en indien mogelijk – moet een tweede monster worden genomen voor eventuele contra-expertise (lid 3) en moeten de onderzoeksresultaten zo spoedig mogelijk aan de belanghebbende worden meegedeeld (lid 6).

Ten slotte kunnen vervoermiddelen, alsmede hun lading, worden onderzocht op grond van art. 5:19 Awb. Toezichthouders kunnen daartoe indien nodig van de bestuurder vorderen dat

hij zijn vervoermiddel stilhoudt en naar een door hen aangewezen plaats overbrengt. De bestuurder kan daartoe echter niet worden gedwongen, bijvoorbeeld door middel van een wegversperring. Dat zou neerkomen op bestuursdwangtoepassing, waartoe toezichthouders niet bevoegd zijn. In voorkomende gevallen moet dan ook de hulp van de politie worden ingeroepen.

2.2 Medewerkingsplicht

Een ieder – met uitzondering van ‘wettelijke geheimhouders’ – is verplicht om toezichthouders desgevraagd alle medewerking te verlenen, mits de medewerking redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van hun taak (art. 5:20 Awb). Niet alleen van ‘normadressaten’, maar ook van derden tot wie het toezicht zich niet direct richt kan dus medewerking worden verlangd. Deze derden moeten dan wel op enigerlei wijze betrokken zijn bij de activiteiten waarop het toezicht is gericht. Degene die (ten onrechte) weigert mee te werken, riskeert strafvervolging wegens het opzettelijk niet voldoen aan een ambtelijk bevel (een strafbaar feit op grond van art. 184 Sr). Het mededingingsrecht bevat een uitzondering op deze regel; art. 184 Sr is buiten toepassing verklaard en in plaats daarvan kan een bestuurlijke boete worden opgelegd wegens handelen in strijd met de medewerkingsplicht (una via; zie art. 69 Mededingingswet). Sommige andere wetten voorzien zowel in de mogelijkheid van de bestuurlijke boete als strafrechtelijke handhaving, zij het dat dan een anti-cumulatiebepaling is opgenomen (zie bijvoorbeeld art. 15.4 lid 6 en lid 7 Telecommunicatiewet en art. 15m en 15n Postwet). In het milieurecht kan naleving van de medewerkingsplicht – naast afdoening via het strafrecht – ook nog met bestuursdwang of een last onder dwangsom worden afgedwongen. De bevoegdheid daartoe is neergelegd in art. 18.6

4 A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag 1997, p. 46.

Wm, dat in het kader van de Wet verbetering handhavingsbevoegdheden is ingevoerd omdat er in de praktijk behoefte bestond aan een bestuursrechtelijke handhavingsmogelijkheid.⁵

2.3 Normering van toezicht

Het taakvervullingscriterium

Art. 5:13 Awb bevat een specifieke norm voor toezichthouders: zij mogen de hen toekomende bevoegdheden slechts gebruiken voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is (het zogenoemde taakvervullingscriterium). In deze norm liggen het evenredigheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel besloten. Een toezichtsbevoegdheid mag alleen worden ingezet als dat redelijkerwijs noodzakelijk is, het gebruik mag niet verder gaan dan nodig is voor goed toezicht en moet bovendien op de voor betrokkene minst belastende wijze geschieden; de inbreuken op de rechten van de burger moeten zo beperkt mogelijk blijven. Het taakvervullingscriterium heeft niet alleen consequenties voor de uitvoeringsmodaliteit (welke bevoegdheid en hoe), maar ook voor de kring van personen jegens wie toezicht mag worden uitgeoefend. In geval van toezicht binnen een bedrijf brengen de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit bijvoorbeeld mee dat niet iedere werknemer vanzelfsprekend om medewerking mag worden gevraagd. Daarvoor zijn het doel van het toezicht (gaat het

bijvoorbeeld om de arbeidsomstandigheden of om de naleving van de milieuwetgeving) en de functie van de werknemers (directeur, secretaresse, boekhouder, milieucoördinator etc.) in het bedrijf bepalend. Gezocht moet worden naar de meest gereede persoon of personen. In ieder geval is daarvoor betrokkenheid vereist bij de activiteit waarop het toezicht is gericht.⁶ Het is niet zo dat toezichthouders zich alleen maar mogen richten tot de wettelijke vertegenwoordigers van een bedrijf (of anderen die door het bedrijf zelf naar voren worden geschoven). Als aan bovengenoemd criterium van betrokkenheid is voldaan, kan ook anderen om medewerking worden verzocht, mits dat noodzakelijk is voor het toezicht.⁷ Ten aanzien van de financieel-toezichtswetgeving geldt wel de beperking dat op basis van artikel 5:13 Awb alleen medewerking mag worden gevorderd van degenen van wie de financieel toezichthouder zelf inlichtingen mag vragen; het mag niet zo zijn dat de toezichthoudende ambtenaren in dezen meer is toegestaan dan het bestuursorgaan zelf.⁸

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Naast het taakvervullingscriterium zijn enkele algemene bestuursrechtelijke normen voor het toezicht van belang, namelijk uit hoofdstuk 2 (verbod van vooringenomenheid en geheimhoudingsplicht) en hoofdstuk 3 Awb (zorgvuldigheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel,

5 *Kamerstukken* 1999/2000, 26 929, nr. 3, p. 12. Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 juli 2004, nr. 200308097/1.

6 PG Awb-III, p. 338.

7 Zie bijv. Rb. Rotterdam 7 augustus 2003, AB 2004, 92 m. nt. OJ, maar ook Vzng. Rb. 's-Gravenhage 13 april 2004, AB 2004, 300 m. nt. OJ. In laatstgenoemde uitspraak oordeelt de (civiele!) rechter mijns inziens ten onrechte dat de accountant van een omroepinstelling waarop krachtens de Mediawet toezicht wordt

gehouden, niet valt onder de medewerkingsplicht.

Wel kon in die zaak worden gesteld dat de medewerkingsvordering in strijd was met art. 5:13 Awb (de gevraagde informatie was niet noodzakelijk voor de toezichtsuitoefening). Zie over deze zaak tevens O.J.D.M.L. Jansen, *Het zwijsrecht van ondernemingen in het Nederlandse boeterecht*, TOS 2004, p. 67-77 (i.h.b. p. 76-77).

8 TK 2001-2002, 28 373, nr. 3, p. 7.

vereiste van belangenafweging en verbod van détournement de pouvoir).⁹

Nemo tenetur: zwijgrecht en cautieplicht

Aangenomen wordt – en dat is ook in veel bijzondere wetgeving vastgelegd – dat (ook) personen die met een *bestuurlijke* bestraffende sanctie worden geconfronteerd, zich moeten kunnen beroepen op het zwijgrecht. Art. 6 EVRM, in de uitleg die daaraan door het EHRM wordt gegeven, brengt immers mee dat degene die wordt geconfronteerd met een *criminal charge* zich kan beroepen op het zwijgrecht, als onderdeel van het recht niet te hoeven meewerken aan zijn eigen veroordeling (*nemo tenetur prodere seipsum*).¹⁰ Omdat onder het begrip *criminal charge* niet alleen strafvervolgning valt, maar ook het opleggen van – kort gezegd – bestuurlijke bestraffende sancties¹¹, speelt het zwijgrecht ook in (een deel van) het bestuurlijke handhavingsrecht een rol. Ook wanneer een persoon wordt geconfronteerd met een ‘bestuurlijke’ *criminal charge*, is hij derhalve niet meer verplicht tot medewerking aan het toezicht op de naleving, tenminste wanneer zijn zwijgrecht daarbij in geding is. Dat is het geval bij een vordering om inlichtingen ex art. 5:16 Awb en onder omstandigheden (ik kom hier later op terug) bij de vordering om inzage ex art. 5:17 Awb. Voor de ‘*determination of a criminal charge*’ zet het zwijgrecht de in paragraaf 2.2 beschreven medewerkingsplicht opzij, maar inlichtingenplichten in het kader

van de normale wetstoepassing (het reguliere toezicht, bijvoorbeeld ten behoeve van de vaststelling van een belastingaanslag of de hoogte van een uitkering) laat het zwijgrecht onverlet. Wel is het mogelijk dat de aldus onder druk van de medewerkingsplicht verkregen verklaringen niet mogen worden gebruikt voor een naderhand op te leggen bestraffende sanctie.¹²

Hoewel het nemo-teneturbeginsel vooral een rol speelt in relatie tot de inlichtingenvordering, kan het soms ook aan de orde zijn bij een vordering om inzage ex art. 5:17 Awb. Uit de jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder het arrest J.B. tegen Zwitserland¹³, kan namelijk worden afgeleid dat reeds bestaand bewijsmateriaal zoals documenten of computerfiles – van dit soort materiaal wordt sinds het Saunders-arrest¹⁴ aangenomen dat dit bestaat onafhankelijk van de wil van betrokkene en dus ook onder dwang mag worden opgevraagd – alleen mag worden ingezien als de overheid van het bestaan daarvan op de hoogte is. Het ging in het J.B.-arrest om een Zwitserse skileraar die werd verdacht van belastingontduiking. De Zwitserse autoriteiten wisten niet zeker of de door hen verlangde informatie wel bestond. Ondanks de bewering dat men reeds op de hoogte was van een en ander, bleef men J.B., die weigerde inlichtingen te verschaffen over de herkomst van zijn inkomen, met grote vasthoudendheid – en onder druk van vier boeten – vragen om informatie. De inzagevordering van de Zwitserse autoriteiten was steeds zeer breed, dus kennelijk

9 Hoewel hoofdstuk 3 Awb bepalingen over besluiten bevat, zijn deze ook van toepassing op andere handelingen van bestuursorganen, namelijk voorzover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet (art. 3:1 lid 2 Awb).

10 Het nemo-teneturbeginsel werd voor het eerst in art. 6 lid 1 EVRM gelezen in EHRM 25 februari 1993, Funke t. Frankrijk.

11 EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland. Zie over het begrip *criminal charge* uitvoerig C.L.G.F.H.

Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten (diss. UM), Den Haag 2002, p. 84-120.

12 Een heldere uiteenzetting over de beperkingen van de reikwijdte van het zwijgrecht geeft Adv.-Gen. Wattel in zijn conclusie bij HR 27 juni 2001 (BNB 2002, 27 m. nt. Feteris).

13 EHRM 3 mei 2001, J.B. t. Zwitserland.

14 EHRM 17 december 1996, Saunders t. Verenigd Koninkrijk.

had de overheid onvoldoende bewijs in handen om tot een zaak te komen. Het is dit onder dwang 'vissen' naar informatie – Schalken spreekt van 'een vordering met een speculatief karakter'¹⁵; een andere wel gebruikte term is 'fishing expedition' – dat het EHRM niet toelaatbaar acht; materiaal waarvan het bestaan onzeker is, bestaat 'niet onafhankelijk' van de betrokken persoon.¹⁶ Uit recente jurisprudentie blijkt dat de (Nederlandse) rechter nagaat of de overheid voldoende zekerheid heeft over het bestaan van bepaalde gegevens.¹⁷

De Awb bevat nog geen specifieke normen voor toezichtsuitoefening met het oog op *bestraffende* afdoening van normschendingen, al komt daarin verandering met invoering van de Vierde tranche van de Awb (Awb-IV).¹⁸ Alsdan zal een tweetal specifieke waarborgen worden geïntroduceerd voor het geval oplegging van een bestraffende sanctie aan de orde is, namelijk het *zwijgrecht* en de *cautieplicht* (art. 5.0.11 Awb-IV). Ingevolge art. 5.0.11 lid 1 is degene die met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord, niet verplicht om verklaringen over de overtreding af te leggen. Voor de regeling in de Vierde tranche Awb is aansluiting gezocht bij het strafrecht (vgl. gebruik van het begrip 'verhoor'). Betrokkene komt een beroep op

het zwijgrecht toe "zodra hij met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord", dus "in situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding met een bestraffende sanctie af te doen".¹⁹ Met deze formulering is een objectieve maatstaf beoogd; het subjectieve oordeel van de vragensteller is niet bepalend. Van belang is voorts dat het enkele feit dat een bestraffende sanctie kán worden opgelegd, het zwijgrecht nog niet doet ontstaan. Dat het moet gaan om een verhoor *met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie* betekent ten slotte dat betrokkene in voorkomende gevallen nog wel aan allerlei bestuursrechtelijke inlichtingenplichten moet voldoen, bijvoorbeeld in het kader van het toezicht op de naleving. Zoals gezegd mogen dergelijke verklaringen dan echter niet zonder meer worden gebruikt ten behoeve van de boete-oplegging.²⁰

Het zwijgrecht zou grotendeels illusoir zijn als betrokkene daarop niet zou hoeven te worden gewezen. Lid 2 van het voorgestelde art. 5.0.11 Awb-IV verplicht het bestuur dan ook tot het geven van 'de cautie': vóór het verhoor moet aan betrokkene worden meegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht is. Onder 'verhoor' wordt een mondelinge ondervraging verstaan (MvT p. 99); bij verzoeken om schriftelijke ver-

15 In zijn noot onder EHRM 3 mei 2001 (J.B. t. Zwitserland), NJ 2003, 354.

16 Zie uitvoeriger A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman en J.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, Preadviezen VAR-reeks 132, Den Haag: BJU 2004, p. 147-149.

17 In Vzng. Rb. Leeuwarden 8 juli 2004, NJ 2004, 485 ging het om de schaduwadministratie van een uit de bouwfraudezaak bekend bouwbedrijf. De rechter overwoog dat op basis van de werkwijze van bedoelde bedrijven, zoals beschreven in het eindrapport van de

Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, met voldoende zekerheid was vast te stellen dat ook het betrokken bouwbedrijf over zo'n administratie beschikte.

18 Het wetsvoorstel Awb-IV is momenteel in behandeling bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II*, nr. 29 702), maar naar het zich laat aanzien zal het zeker nog tot 2008 [?] duren voordat deze wetswijziging een feit is.

19 *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 96.

20 HR 27 juni 2001, BNB 2002, 27 m. nt. Feteris, AB 2002, 342 m. nt. OJ en M.J.J.P. Luchtman.

klaringen geldt dus geen cautieplicht.²¹ Thans is de cautieplicht nog in de bijzondere wetten geregeld die in bestraffende sancties voorzien. Zie bijvoorbeeld art. 53 Mededingingswet, art. 48e Wet toezicht effectenverkeer 1995 en art. 35 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet 1998. Ook daar is de cautieplicht steeds beperkt tot situaties waarin betrokkenen mondeling om informatie wordt gevraagd.

Art. 8 EVRM

Art. 8 EVRM beschermt de persoonlijke levenssfeer, waaronder het huisrecht. In paragraaf 2.1 is beschreven dat de Awb-toezichtsbevoegdheden niet het recht omvatten om woningen zonder toestemming van de bewoners binnen te treden. In zoverre lijkt art. 8 EVRM bij het bestuursrechtelijke toezicht op de naleving geen rol te spelen. Maar soms worden ook bedrijfsruimten onder de reikwijdte van art. 8 EVRM gebracht, namelijk als sprake is van een kantoor of praktijk 'aan huis' bij kleine zelfstandigen of vrije-beroepsbeoefenaars.²² In dergelijke gevallen is het onderscheid tussen de werk- en de privé delen van de woning vaak lastig te maken en betekent betreding hoe dan ook een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene. In het Colas Est-arrest heeft het EHRM voorts ook 'gewone', niet aan woningen gerelateerde bedrijfsruimten onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM gebracht. In afwijking van eerdere jurisprudentie oordeelde het Hof:

“qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels”.²³

Hoewel bedrijfsruimten blijkens de zinsnede 'onder omstandigheden' niet automatisch onder art. 8 vallen, heeft het Colas Est-arrest voor nogal wat opschudding gezorgd. Zo zou voortaan een (rechterlijke) machtiging tot binnentreden zijn vereist als geen toestemming wordt verleend de bedrijfsruimte te betreden dan wel zou het bedrijfsbezoek in aanwezigheid van een onderzoeksrechter moeten plaatsvinden.²⁴ De Awb (juncto de Awbi) voorziet in geen van deze voorwaarden. Uit het Ernst-arrest kan voorts worden afgeleid dat zo'n voorafgaande rechterlijke machtiging geen 'carte blanche' mag zijn, maar dat daarin een zekere concretisering van de bevoegdheidsuitoefening moet worden gegeven.

3. Wanneer wordt toezicht 'opsporing'?

De gelding van de bijzondere, in het punitieve sanctierecht geldende waarborgen is als gezegd (zie paragraaf 2.3) niet gekoppeld aan het enkele mogen opleggen van een bestraffende sanctie, maar aan het moment dat de 'charge' aanvangt. Het EHRM zegt daarover:

21 Ook door de Hoge Raad wordt geen cautieplicht aangenomen bij schriftelijk verhoren (vgl. HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405 m. nt. ThWvV), maar op deze beperking bestaat kritiek. Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (vierde druk), Deventer: Kluwer 2002, p. 270.

22 Zie EHRM 30 maart 1989, Chappell t. Verenigd Koninkrijk en EHRM 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland.

23 EHRM 16 april 2002, Colas Est e.a. t. Frankrijk, r.o. 41.

24 Zie onder meer T. Barkhuysen, *Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?*, NTB 2002, p. 237-238; G. van der Wal, *EHRM: het kantoor als woning*, NTER 2002, p. 194; H.M.J. Quaedvlieg, Stés Colas, *Bouwstenen voor een stevige rechtsbescherming*, TOS 2003, p. 90; E.J. Dommering in zijn noot onder het Colas Est-arrest in NJ 2003, 452.

“Whilst ‘charge’, for the purpose of Article 6 § 1, may in general be defined as ‘the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence’, it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.”²⁵

In het Nederlandse bestuursrecht kan het moment waarop van een bestuurlijke *criminal charge* sprake is en het zwijsrecht dus aanvangt, langs twee wegen worden gevonden. Naar analogie van art. 27 juncto art. 29 Sv is dat wanneer het redelijk vermoeden bestaat dat een overtreding is begaan die met een bestraffende bestuurlijke sanctie kan worden afgedaan. Veelal is dat een bestuurlijke boete, dus ik zal hierna kortweg spreken van het vermoeden van een ‘beboetbare’ overtreding. Deze weg is maar in enkele gevallen gevolgd, te weten in art. 53 Mw (opmerkelijk is dat het zwijsrecht ingevolge die bepaling – dus automatisch – ook geldt wanneer later alleen een last onder dwangsom wordt opgelegd), art. 15d Postwet en art. 15.6 Telecommunicatiewet. In de meeste gevallen wordt aangeknoopt bij het moment waarop betrokkene aan een handeling of gedraging van een bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie, zal worden opgelegd. Met die formulering heeft de wetgever (destijds) willen aansluiten bij de jurisprudentie van het EHRM, die op dit punt overigens nog lang niet is uitgekristalliseerd, en van de Hoge Raad (die het

EHRM zoveel mogelijk volgt). Zo’n gedraging of handeling kan een officiële kennisgeving zijn, maar dat hoeft niet per se. Het criterium van de ‘gedraging waaraan etc.’ biedt dus minder houvast voor betrokkenen dan het lijkt, ondanks de objectivering die in het element ‘redelijkerwijs’ besloten ligt. Het ligt ook in de lijn der verwachting dat dit criterium zal verdwijnen met de invoering van de Vierde tranche Awb. In het Voorontwerp werd het nog wel als aanvangspunt van het zwijsrecht gebruikt²⁶, maar in het wetsvoorstel Vierde tranche is het uiteindelijk geschrapt naar aanleiding van veel kritiek uit praktijk en wetenschap. Het belangrijkste punt van kritiek was dat er zo een onaanvaardbaar onderscheid zou ontstaan tussen bestuursrecht en strafrecht.²⁷ Dat onderscheid blijkt bijvoorbeeld uit een recente uitspraak van de Rotterdamse rechtbank.²⁸ Het ging daarin om een boete, opgelegd door De Nederlandsche Bank (DNB) wegens overtreding van de Wet toezicht kredietwezen 1992. De overtreder beweerde dat sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs, aangezien haar om inlichtingen was gevraagd *nadat* bij DNB het vermoeden van een overtreding was gerezen. De rechtbank overwoog ter bepaling van het moment waarop het bestuurlijk toezicht overgaat in ‘punitieve sanctionering’ dat “de schriftelijke mededeling van de verdenking dat eiseres de wet heeft overtreden, het vroegste moment zou kunnen zijn van de aanvang van het zwijsrecht.” DNB had betrokkene schriftelijk om informatie verzocht en in die brief vermeld dat men over documentatie beschikte op grond waarvan “het vermoeden is ontstaan dat [betrokkene] art. 82 lid 1 Wtk overtreedt.” De rechtbank merkt dit

25 EHRM 10 december 1982, Foti and Others (r.o. 52).

26 Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Cie. Scheltema), Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche, Den Haag: Sdu 1999, art. 5.0.11.

27 Zie onder meer G. Knigge, *De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht*,

RMT 2000, p. 83-96 en A.R. Hartmann, ‘Het zwijsrecht en de cautieverplichting’, in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Arnhem: Gouda Quint 2000, p. 37-63.

28 Rb. Rotterdam, 19 oktober 2004, LJN AR4867.

moment echter niet aan als het beginpunt van het zwijgrecht, maar stelt (zie r.o. 2.4.1): “In aanmerking genomen dat die brief en de andere verzoeken om informatie niet zeer stellig zijn omtrent geconstateerde overtredingen, maar meer een vermoeden uitspreken dat sprake is van overtredingen, en dat die verzoeken zien op het verkrijgen van nadere informatie teneinde vast te kunnen stellen of eiseres zich inderdaad schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 82 van de Wtk 1992, is de rechtbank van oordeel dat deze brieven zijn uitgegaan in het kader van het bestuurlijk nalevingstoezicht.” De rechtbank achtte de informatieverzoeken “onvoldoende objectief bepaalbaar (...) om te gelden als handelingen waaraan eiseres in redelijkheid de gevolgtrekking kon verbinden dat haar wegens overtreding een boete boven het hoofd hing.” In het strafrecht zou allang van een vermoeden van een strafbaar feit zijn gesproken en zou de verdachte dus reeds het zwijgrecht toekomen. Naast gelijkenschakeling aan het strafrecht bestond ook behoefte aan een objectiever aanknopingspunt.²⁹

In de Vierde tranche Awb wordt het zwijgrecht niet gekoppeld aan een vermoeden van een beboetbaar feit noch aan een ‘gedraging waaraan betrokkene etc.’, maar aan het moment waarop betrokkene *met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord* (art. 5.0.11). Hiermee wordt uitdrukking gegeven aan het feit dat het recht om te zwijgen heeft te gelden bij vragen die zijn gericht op bestraffing van betrokkene. Niet alle vragen worden dus door het zwijgrecht bestreken. Vragen die samenhangen met de normale wetstoepassing moeten gewoon worden beantwoord, óók wanneer daardoor mogelijk beboetbare feiten aan het licht komen. De cautieverplichting moet waarborgen dat betrokkene duidelijk is met welk doel de vragen worden gesteld en de meer objectieve maatstaf dat de rechter

achteraf zonodig kan oordelen dat informatie met schending van het zwijgrecht is verkregen. Nu zo uitdrukkelijk is aangeknoopt bij het strafrechtelijke begrip ‘verhoor’ moet worden aangenomen dat ook de jurisprudentie van de strafrechter in dezen zal (moeten) worden gevolgd. Het is overigens de vraag of de beoogde aansluiting bij het strafrecht in alle opzichten is geslaagd. Zo gaat het bij een verhoor om mondelinge communicatie (aldus de MvT). Dat de cautieplicht aan dat begrip is gekoppeld, is logisch en sluit ook aan bij het strafrecht (vgl. art. 29 lid 2 Sv). Maar door ook het beginpunt van de ‘opsporing’ en dus de toepasselijkheid van het zwijgrecht daaraan te koppelen, lijkt het zwijgrecht niet te gelden in geval van schriftelijk gevorderde inlichtingen; van een verhoorsituatie is dan immers geen sprake. Niet duidelijk is in hoeverre deze beperking verenigbaar is met art. 6 EVRM. De Nederlandse strafrechter lijkt er – mijns inziens terecht – evenwel vanuit te gaan dat het zwijgrecht ook ziet op schriftelijk gestelde vragen.³⁰

4. Analyse

In hoeverre verschilt de benadering in het (punitieve) bestuursrecht nu op wezenlijke punten van de benadering in het strafrecht en voorzover dat zo is, in hoeverre is dat problematisch? Een cruciaal verschil tussen het (punitieve) bestuursrecht en het strafrecht is dat bepaalde waarborgen in het strafrecht hoe dan ook gaan gelden als er sprake is van een vermoeden van een strafbaar feit, terwijl de bestuursrechtelijke handhaver de toepasselijkheid van die waarborgen als het ware kan beïnvloeden; als zijn taakuitoefening niet is gericht op (de voorbereiding van) de oplegging van een bestraffende sanctie, hoeft hij zich van de waarborgen die gekoppeld zijn aan een *criminal charge* niets aan te trekken, ook al rijst er het vermoeden

²⁹ Aldus de MvT (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 97).

³⁰ HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 173.

dat er in strijd met een wettelijk voorschrift is gehandeld. Het moment waarop de fase van de 'opsporing' aanvangt, is in het bestuursrecht derhalve mede afhankelijk van de intentie van de toezichthouder. Enerzijds kan dat ook niet goed anders, omdat die toezichthouder tevens verantwoordelijk is voor het toezicht op de naleving dat noodzakelijk is voor een normale wetstoepassing, waarvoor een onverkorte medewerkingsplicht geldt (zie hiervoor paragraaf 2.2). De aard van het bestuursrecht, waarin het bij handhaving niet alleen gaat om sanctionering maar ook om naleving – waarvoor overigens ook (herstel)sancties kunnen worden aangewend –, rechtvaardigt dan ook dat er een zekere keuzevrijheid bestaat. Deze keuzevrijheid bestaat overigens niet alleen op beleidsterreinen waar een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, maar ook – wat veelvuldig voorkomt – ingeval de betrokken wetgeving tevens strafrechtelijk kan worden gehandhaafd en toezichthouders als buitengewoon opsporingsambtenaar zijn aangewezen ('twee petten').³¹ Anderzijds bestaat hierdoor het gevaar dat de toezichtspet te lang wordt opgehouden, terwijl men eigenlijk al bezig is met 'opsporing'.

De wetgever heeft in de Vierde tranche van de Awb een poging gedaan dit probleem op te lossen door aansluiting te zoeken bij het strafrecht en de cautieplicht te koppelen aan het verhoor 'met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie'. Zoals in paragraaf 2.3 al is vermeld, is daarmee een objectieve maatstaf beoogd. Dat betekent dat de rechter achteraf moet kunnen vaststellen dat er op een bepaald moment van een verhoorsituatie sprake was, maar voor de burger die met een vordering om inlichtingen wordt geconfronteerd, is dat nog niet zo eenvoudig (terwijl hij als hij ten

onrechte weigert mee te werken strafvervolgning riskeert!). Is een toezichthouder die alle opties openhoudt en zich niet uitspreekt over de mogelijke wijze van afdoening bijvoorbeeld bezig met een verhoor? Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat van een verhoor niet snel sprake is. Zo oordeelde de Centrale Raad van Beroep in een bijstandszaak:

"De Algemene bijstandswet verzet zich er niet tegen dat een betrokkene in het kader van de controle op de juiste toepassing wordt uitgenodigd zonder dat hierbij exact wordt aangegeven wat de achterliggende reden voor dit gesprek is."

In casu had men het vermoeden dat appellante in de periode waarover ze bijstand ontving (ook) inkomsten uit arbeid had – ze had bij de politie aangifte gedaan van bedreiging door haar werkgever –, maar omdat het niet ging om een 'boetegesprek' was er geen zwijgrecht noch een cautieplicht.³² Uiteindelijk werd de bijstandsuitkering van betrokkene met terugwerkende kracht over de hele periode herzien (hetgeen – kennelijk – als een herstelsanctie wordt aangemerkt). Lastig is ook dat in de MvT wordt gesproken van 'situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding 'punitief' af te doen'.³³ De bevoegdheid om inlichtingen te vorderen ligt evenwel niet bij het bestuursorgaan dat bevoegd is tot sanctieoplegging, maar bij de toezichthouders (ook bestuursorganen) die werkzaam zijn ten behoeve van dat bestuursorgaan. De toezichthouders zijn weer niet tot sanctieoplegging bevoegd en zijn in veel organisaties evenmin degenen die de uiteindelijke sanctiebeschikking voorbereiden. Waaruit moet dan blijken voor welke afdoening het bestuursorgaan vermoedelijk zal kiezen? Is

31 Wel kunnen er afspraken met het OM zijn gemaakt over hoe welke zaken af te handelen; deze afspraken beperken de keuzevrijheid uiteraard.

32 CRvB 30 maart 2004, AB 2004, 307 m. nt. OJ.

33 *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 207, nr. 3, p. 96.

het bijvoorbeeld al voldoende als het beleid (of vaste bestuurspraktijk) is om bepaalde typen overtredingen punitief af te doen of moeten er aanwijzingen zijn in het concrete geval? Dat laatste veronderstelt dat er rond het moment dat de fase van het reguliere toezicht overgaat in 'opsporing' contact is tussen toezichthouder en bevoegd gezag, wat in de praktijk lang niet altijd het geval zal zijn. Sommige handhavende organisaties zijn ertoe overgegaan zogenoemde *Chinese walls* op te werpen; er wordt dan een strikte (organisatorische en personele) scheiding aangebracht tussen ambtenaren die belast zijn met het reguliere toezicht op de naleving en ambtenaren die belast zijn met 'onderzoek'. Zodra het vermoeden van onregelmatigheden rijst, wordt het dossier voor wat betreft de bestraffende afdoening aan de laatsten overgedragen. Of iedere ongerustheid bij burger en bedrijfsleven over het ten onrechte 'oprekken' van de toezichtsfase daarmee is weggenomen, is overigens nog maar de vraag.

In hoeverre het moment waarop de 'charge' in het bestuursrecht aanvangt verenigbaar is met de jurisprudentie van het EHRM, staat of valt met de wijze waarop in praktijk en jurisprudentie wordt omgegaan met de wettelijke criteria. Er zijn wat dat betreft nog vele vragen die beantwoording behoeven. In paragraaf 3 is reeds gewezen op het feit dat het zwijgrecht beperkt lijkt te worden tot mondelinge communicatie. Aangezien de wetgever uitdrukkelijk aansluiting heeft gezocht bij het strafrecht ligt het echter in de rede dat ook de bestuursrechter voor de uitleg van het begrip 'verhoor' zal aansluiten bij de strafrechtelijke jurisprudentie en dus ook schriftelijke verhoorsituaties zal erkennen. Hoe dan ook is in het punitieve bestuursrecht een bijzondere rol weggelegd voor de rechter, omdat vaak achteraf zal moeten

worden nagegaan of het zwijgrecht is gerespecteerd (als de bestuursrechter op basis van de objectieve maatstaf oordeelt dat betrokkene ten onrechte tot het afleggen van verklaringen is gedwongen). Op zichzelf lijkt koppeling van het zwijgrecht aan het (mondelinge én schriftelijke) verhoor mij in het licht van art. 6 EVRM niet problematisch te zijn, ook al merkt het EHRM ook allerlei andere handelingen als *charge* aan. Het zwijgrecht is immers pas van belang op het moment dat er vragen worden gesteld. In het strafrecht speelt dit probleem sowieso niet, omdat het zwijgrecht ingevolge art. 29 lid 1 juncto art. 27 Sv is gekoppeld aan de status van verdachte. Het moment waarop het zwijgrecht gaat gelden, ligt in het strafrecht dus eerder dan art. 6 EVRM – dat spreekt van *charged person* (beschuldigde) – vereist.³⁴

Een mogelijk bezwaar is voorts dat de bestuursrechters minder strenge eisen aan de bewijsvoering lijken te stellen dan de Hoge Raad (in straf- en belastingzaken). Hier van belang is dat de Hoge Raad in de bestuursrechtelijke sfeer onrechtmatig verkregen bewijs niet toelaatbaar acht als dit in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.³⁵ De meeste bestuursrechtelijke jurisprudentie over onrechtmatig verkregen bewijs gaat over strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Dit wordt alleen ontoelaatbaar geacht als het bewijsmateriaal is verkregen op een wijze die ernstig indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, bijvoorbeeld bij een flagrante schending van grondrechten.³⁶ Er zijn in de jurisprudentie geen aanwijzingen te vinden dat met betrekking tot bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs anders zal worden geoordeeld.³⁷ In het bestuursrecht is het dus eerder uitzondering

34 Zie HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 629 m. nt. C.

35 Een overzicht van relevante arresten geeft A-G Wattél in zijn conclusie onder HR 27 juni 2001, BNB 2002, 27 (overweging 5.16).

36 Zie onder meer CRvB 22 november 1991, RSV 1992, 199 en ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 242 m. nt. LD.

37 Vgl. CRvB 29 januari 2002, USZ 2002, 108.

dan regel dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mag worden gebruikt. Als het gaat om het opleggen van herstelsancties is daar ook wel iets voor te zeggen; het belang van een inhoudelijk juist besluit weegt daar met het oog op het algemeen belang en eventuele belangen van derden zwaarder.³⁸ Hoewel de uitsluitingsregel ook in het strafrecht genuanceerd wordt toegepast, biedt dat toch meer bescherming. De bestuursrechter zal zich voor wat betreft *bestraffende* afdoening dan ook bij deze jurisprudentie moeten aansluiten.

Een laatste punt dat hier bespreking behoeft, betreft de consequenties van art. 8 EVRM voor het toezicht en de 'opsporing' in het bestuursrecht, in het bijzonder voor de betreding van bedrijfsruimten. In paragraaf 2.3 is erop gewezen dat recente jurisprudentie van het EHRM voor onrust op dit front heeft gezorgd. Met name vraagt men zich af of de huidige betredingsbevoegdheden, die kunnen worden uitgeoefend zonder rechterlijke machtiging en door gewone toezichthouders (geen rechterlijke functionarissen), nog wel voldoen. Nu ging het in casu om een omvangrijke inval respectievelijk huiszoeking, waarbij vele documenten in beslag werden genomen (iets waartoe Nederlandse toezichthouders niet bevoegd zijn). Bovendien bestond reeds een vermoeden van overtreding. In dat geval is het verdedigbaar dat de overtreder-in-spe extra 'bescherming' wordt toegekend, zeker ingeval hem een bestraffende sancties kan worden opgelegd. De noodzaak van deze extra bescherming bestaat echter niet bij regulier, preventief toezicht en evenmin bij toezicht dat alleen kan resulteren in herstelsancties. Ik betwijfel dan ook of het EHRM voornoemde eisen zou stellen aan betreding van bedrijfsruimten in het kader

van dit 'gewone' toezicht. Ook voor betreding van bedrijfsruimten in het kader van onderzoek gericht op punitieve afdoening zouden voornoemde voorwaarden mijns inziens niet noodzakelijk zijn, mits het puur gaat om het binnengaan van die ruimten (waartoe de bevoegdheid van art. 5:15 Awb ook beperkt is). De NMa opereert wat dat betreft soms op het randje. In de onderzoeksfase kunnen de ambtenaren van de NMa inzage afdwingen met behulp van de sterke arm (art. 55 Mw). Dit kan het toezicht, zeker in relatie tot het bestaan van een vermoeden van overtreding, een veel ingrijpender karakter geven dan de uitoefening van de toezichts- (of onderzoeks)bevoegdheden als zodanig heeft.³⁹ In een tweetal zaken van 9 april 2003⁴⁰ kwamen de onderzoeksactiviteiten van de NMa rond de bouwfraudezaken ter sprake. Tijdens een (onaangekondigd) bezoek hebben ambtenaren van de NMa onderzoek verricht in werkkamers van directieleden en hun secretarissen, alsmede in de centrale archiefruimte. Daarbij zijn onder meer kasten, laden en andere bergplaatsen opengemaakt en kopieën gemaakt van documenten, harde schijven van computers, e-mailboxen et cetera. Volgens de betrokken bedrijven zijn bedoelde ruimten volledig doorzocht, waarbij de ambtenaren ongericht te werk gingen. Doel, omvang en voorwerp van onderzoek zouden onvoldoende zijn gespecificeerd. Hoewel de rechter in die zaken geen onrechtmatigheid zag, lijkt mij deze handelwijze op gespannen voet te staan met art. 5:15 Awb en art. 8 EVRM. Als deze praktijk op bepaalde beleidsterreinen noodzakelijk is voor een effectieve handhaving (de bestuursrechter wees bijvoorbeeld op het risico dat bij voorafgaande specificatie van de verlangde gegevens deze zouden worden vernietigd of anderszins

38 Zie uitvoeriger A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht* (diss. VU), Den Haag: BJU 2000, p. 200.

39 Aldus ook H.M.J. Quaadvlieg, *De NMa: een autoriteit en haar bevoegdheden*, TOS 2003, p. 153.

40 Vzng. Rb. 's-Gravenhage 9 april 2003 (HBG), AB 2003, 199 m. nt. OJ; de andere uitspraak (Van Hattum & Blankevoort) is niet gepubliceerd, maar gelijklopend (LJN AF7069).

worden verwijderd), dan dienen de toezichts- of onderzoeksbevoegdheden daarop te worden aangepast.⁴¹

5. Afsluiting

Uit het voorgaande moge blijken dat de wetgever in het algemeen zijn best heeft gedaan om het punitieve bestuursrecht te voorzien van de waarborgen die daarin gezien de aard van de sanctionering hebben te gelden. Zo is grosso modo verzekerd dat ook degene die met een bestraffende bestuurlijke sanctie wordt geconfronteerd, zich kan beroepen op het zwijgrecht. De incorporatie van de veelal internationaalrechtelijk vereiste waarborgen is echter niet op alle punten met honderd procent zekerheid gegarandeerd. Evenmin is de aansluiting bij het (nationale) strafrecht, waarvoor zeker de Awb-wetgever zich uitdrukkelijk heeft uitgesproken, in alle opzichten geslaagd. In paragraaf 4 is een aantal onderwerpen aangesneden dat in dat kader heroverweging behoeft. Aan de andere kant moet niet worden verwacht dat strafrecht en punitief bestuursrecht ooit helemaal gelijk kunnen worden gesteld; daaraan staat de aard van het bestuursrecht soms in de weg. Het streven moet er evenwel op gericht blijven zoveel mogelijk uniformiteit te betrachten en in ieder geval de internationale waarborgen die samenhangen met het bestraffende karakter van een sanctie ook in het bestuursrecht te garanderen.

41 Zie hierover uitvoeriger A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K. Bulterman en J.M. Verschuuren, De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht, Preadviezen VAR-reeks 132, Den Haag: BJU 2004, p. 152-153 en p. 184-186.