

# Misvattingen over de last onder dwangsom

mr. dr. drs. B. van der Vorm<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In het bestuurlijke sanctierecht wordt een onderscheid gemaakt tussen herstelsancties en bestraffende sancties. De bestuurlijke boete is blijkens art. 5:40 Awb een (bestuurlijke) sanctie die als bestraffend wordt aangemerkt. Dit geldt niet voor de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Onder deze sancties worden verstaan herstelsancties, zo blijkt uit art. 5:21 respectievelijk 5:31d Awb. Volgens Hartmann en Sackers valt niet te ontkennen dat aan herstelsancties bestraffende trekjes kleven, omdat ze ingrijpend kunnen zijn en behoorlijke financiële consequenties kunnen hebben.<sup>2</sup> Naar aanleiding van recente uitspraken van zowel de civiele als de strafkamer van de Hoge Raad is een discussie ontstaan over het al dan niet bestraffende karakter van de last onder dwangsom. Twee arresten van de Hoge Raad over de toepassing van de (last onder) dwangsom hebben auteurs ertoe gebracht te betogen dat deze sanctie bestraffend zou zijn. Recentelijk heeft Verschaeren opgemerkt dat het voorstelbaar is dat onder omstandigheden een last onder dwangsom een punitieve sanctie oplevert, indien de betrokkene niet in staat is om te voldoen aan de onderliggende verplichting.<sup>3</sup> Verschaeren baseert dit oordeel op een overweging van de civiele kamer van de Hoge Raad.<sup>4</sup> Van Eijdsen kan zich voorstellen dat een niet-gemaximaliseerde dwangsom op enig moment een punitieve sanctie wordt.<sup>5</sup> Ten aanzien van een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad over de cumulatie van een last onder dwangsom en een strafrechtelijke vervolging merkt Reijntjes op dat het aanmerken van de last onder dwangsom als reparatoir een 'listige juristenredenering' is en hij beschouwt deze sanc-

tie als bestuursstrafrecht.<sup>6</sup> Hij spreekt in dit verband van *Spielerei*.<sup>7</sup> In een recente conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Wattel merkt hij op dat aan de invordering van een last onder dwangsom een 'punitief luchtje' zit.<sup>8</sup> Snijden deze opvattingen over de last onder dwangsom hout? Of moeten zij worden aangemerkt als misvattingen over deze bestuurlijke sanctie?

In deze bijdrage staat de volgende vraag centraal: 'In hoeverre kan de last onder dwangsom worden aangemerkt als een bestraffende sanctie?' Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden, wordt ten eerste aandacht besteed aan de recente aanleiding van dit debat (paragraaf 2). Ten tweede wordt een inventarisatie gemaakt van de argumenten vóór het aanmerken van de last onder dwangsom als bestraffende sanctie (paragraaf 3). Ten derde worden de argumenten tegen besproken (paragraaf 4). Ten vierde wordt bezien wat de uitkomst van dit debat betekent voor het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie en de straftoemeting van de strafrechter (paragraaf 5). Er wordt besloten met een conclusie (paragraaf 6).

## 2. De concrete aanleiding: twee recente uitspraken over de (last onder) dwangsom

### 2.1. Enige algemene opmerkingen over de last onder dwangsom<sup>9</sup>

De last onder dwangsom wordt door de wetgever aangemerkt als een bestuurlijke herstelsanctie (art. 5:31d Awb). Blijkens art. 5:2 lid 1 onderdeel b, Awb, wordt de herstelsanctie als volgt gedefinieerd: 'Een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling

1. Benny van der Vorm is universitair docent straf(proces)recht en verbonden aan het Willem Pompe Instituut en het Moutaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

2. A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, 'Rubriek Bestuursstrafrecht', *DD* 2018, p. 308.

3. N.G.H. Verschaeren, '(Buitengerechtelijke) strafrechtelijke, bestuursrechtelijke, duale of dubbele handhaving? Recente ontwikkelingen omtrent buitengerechtelijke afdoening en de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht', *TPWS* 2017, p. 134.

4. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:310, *BNB* 2017/102, m.nt. J.A.R. van Eijdsen.

5. Zie de derde opmerkingen in de annotatie van J.A.R. van Eijdsen onder HR 24 februari 2017, *BNB* 2017/102.

6. Zie de eerste en de zesde opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, *NJ* 2018/94.

7. Zie de zesde opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, *NJ* 2018/94.

8. Conclusie A-G Wattel 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

9. Voor een uitgebreide bespreking van deze sanctie – in al zijn facetten – kan worden verwezen naar P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.' Afdeling 5.3.2 van Titel 5.3 Awb is geheel gewijd aan de last onder dwangsom. De last onder dwangsom bestaat uit drie elementen. Uit art. 5:31d Awb blijkt dat de last onder dwangsom een herstelsanctie is die een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding inhoudt (art. 5:31d, onderdeel a, Awb) en de verplichting inhoudt tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd (art. 5:31d, onderdeel b, Awb). Het derde element is de begunstigingstermijn (art. 5:32a lid 2 Awb).<sup>10</sup> De verplichting tot betaling van een geldsom heeft een voorwaardelijk karakter, omdat zij pas ontstaat als niet binnen de begunstigingstermijn gehoor wordt gegeven aan de last. De strekking van een last onder dwangsom is volgens de wetgever 'dat de verschuldigdheid van de dwangsom wordt voorkomen doordat de dreiging daarvan bewerkstelligt dat de overtreder de overtreding beëindigt'.<sup>11</sup> Het ontstaan van een betalingsverplichting wordt de verbeurte van de dwangsom genoemd. Volgens de wetgever is de last onder dwangsom de stok achter de deur voor het geval het bevel aan de overtreder om iets te doen of na te laten, niet wordt nageleefd.<sup>12</sup>

Een last onder dwangsom kan worden opgelegd door een bestuursorgaan, waarbij dit bestuursorgaan eveneens een preventieve dwangsom mag opleggen. Uit art. 5:7 Awb volgt namelijk dat een last onder dwangsom mag worden opgelegd, zodra het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk is.<sup>13</sup> Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen kan in plaats daarvan een last onder dwangsom opleggen (art. 5:32 lid 1 Awb). Dit wordt aangeduid als de afgeleide dwangsombevoegdheid.<sup>14</sup> Het bestuursorgaan mag niet kiezen voor de last onder dwangsom, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet (art. 5:32 lid 2 Awb). Als een last onder dwangsom, die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt opgelegd door het bestuursorgaan, wordt een termijn gesteld gedurende welke de overtreder het bevel kan uitvoeren zonder dat de dwangsom wordt verbeurd (art. 5:32a lid 2 Awb).

Het bestuursorgaan stelt de dwangsom vast hetzij op een bedrag ineens<sup>15</sup>, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd<sup>16</sup>, dan wel

per overtreding van de last<sup>17</sup> (art. 5:32b lid 1 Awb). Dit zijn de drie wettelijke dwangsomvormen. Het bedrag van de dwangsom staat in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom (art. 5:32b lid 3 Awb). Het is van belang dat van de last onder dwangsom een zodanige prikkel uitgaat, dat de oplegde lasten worden nagekomen en verbeurte van de dwangsom wordt voorkomen. Dit brengt met zich dat de hoogte van het te verbeuren bedrag mag worden afgestemd op het met de overtreding te behalen financiële voordeel.<sup>18</sup> De financiële omstandigheden van de overtreder mogen in beginsel daarentegen geen rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom.<sup>19</sup> Het met de overtreding reeds behaalde voordeel behoort ook geen rol te spelen.<sup>20</sup> Door het bestuursorgaan wordt een bedrag vastgesteld, waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd (art. 5:32b lid 2 Awb). De hoogte van de opgelegde dwangsom wordt door de rechter met terughoudendheid getoetst.<sup>21</sup>

De bevoegdheid bestaat dat het bestuursorgaan, dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, op verzoek van de overtreder, de last kan opheffen, de looptijd ervan kan opschorten voor een bepaalde termijn of de dwangsom kan verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen (art. 5:34 lid 1 Awb). Voorts kan het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, op verzoek van de overtreder, de last opheffen, indien de beschikking een jaar van kracht is geweest zonder dat de dwangsom is verbeurd (art. 5:34 lid 2 Awb). De bevoegdheid tot invordering van een verbeurde dwangsom verjaart door verloop van een jaar na de dag waarop zij is verbeurd (art. 5:35 Awb).

Tot slot moet in dit verband nog enige aandacht te worden besteed aan het proces van dwangsomop-

---

gingen waarbij sprake is van een continue c.q. langdurige niet afzonderlijk te constateren overtreding.

10. Bij de last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling van overtreding hoeft geen begunstigingstermijn te worden opgenomen.

11. *Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 112.*

12. *Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 100.*

13. L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-16.

14. *Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 112.*

15. Deze vorm wordt voornamelijk toegepast in situaties waarin een overtreder door het verrichten van een handeling de overtreding voor een bepaalde datum kan beëindigen.

16. Deze vorm wordt voornamelijk toegepast bij gedra-

17. Indien regelmatig overtredingen plaatsvinden, die geen continu karakter hebben en tot individuele opzichzelfstaande gedragingen zijn terug te leiden, dan kan, bijvoorbeeld ter voorkoming van herhaling van die gedragingen, er voor gekozen worden een last onder dwangsom per individueel geconstateerde overtreding op te leggen.

18. Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX0732, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

19. Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2459, JOM 2016/854.

20. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 maart 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AN5198, AB 1996/458, m.nt. G.T.J.M. Jurgens.

21. Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil. Volgens Barkhuysen is deze terughoudende toetsing niet wenselijk, indien sprake is van een hoge last onder dwangsom. Naar zijn mening is het problematisch dat ten aanzien van lichte bestuurlijke boetes een uitgebreid waarborgenpakket geldt, maar dit niet het geval is met betrekking tot zware bestuurlijke herstelsancties. Zie T. Barkhuysen, 'Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sancties', *NJB* 2014, p. 169.

legging. Er dient te worden vastgesteld dat sprake is van een (klaarblijkelijke) overtreding, waarna er een voornemen is om een last onder dwangsom op te leggen. De betrokkene krijgt vervolgens de mogelijkheid om zienswijze in te dienen. Indien de zienswijze het bestuursorgaan niet op een ander standpunt brengt, volgt de oplegging van de last onder dwangsom, het afwachten van de begunstigingstermijn, het controleren of aan de last is voldaan, de vaststelling of er aan voldaan is en zo niet óf en zo ja, hoeveel dwangsommen (van rechtswege) zijn verbeurd. De overtreder wordt hiervan op de hoogte gesteld middels een invorderingsbeschikking en dan start het invorderingstraject.<sup>22</sup>

## 2.2. Het arrest van HR 24 februari 2017 (civiele kamer)<sup>23</sup>

In september 2009 had de Belastingdienst een overeenkomst gesloten met een tipgever over de verstrekking van gedetailleerde informatie over Nederlandse belastingplichtigen met banktegoeden en effectenportefeuilles bij verschillende Europese banken, waaronder Rabobank Luxembourg S.A. De Belastingdienst heeft vervolgens tussen 19 maart 2011 en 4 april 2012 navorderingsaanslagen inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen met vergrijpboeten aan eiser opgelegd ter hoogte van ongeveer € 347.000,-. Door de Belastingdienst werd vermoed dat de eiser over meer buitenlands vermogen zou bezitten dan tot op heden door hem was aangegeven. In de civiele procedure die de Belastingdienst had gestart tegen de belastingplichtige teneinde alle gegevens te verkrijgen had de voorzieningenrechter de belastingplichtige veroordeeld om aan de Belastingdienst alle gegevens en inlichtingen te verstrekken met betrekking tot de in het buitenland aangehouden bankrekeningen en/of vermogensbestanddelen. Deze rechter wees het gevorderde bevel toe en daaraan een dwangsom verbonden bedrag ter hoogte van € 100.000,- voor het geval de eiser niet binnen drie maanden na de betekening van het vonnis (volledig) aan het bevel voldoet, en vervolgens € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat hij niet (volledig) aan dat bevel voldoet. Aan de te verbeuren dwangsommen was geen maximum verbonden. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd en heeft daartoe overwogen dat de opgelegde dwangsom niet onredelijk of onbillijk waren te achten. Bovendien viel volgens het hof niet in te zien waarom een dwangsom gemaximeerd zou moeten worden. Het karakter van de dwangsom is volgens het hof erin gelegen dat het een prikkel dient te zijn

de wettelijke informatieverplichtingen op grond van de Awr na te komen teneinde eventueel belasting te kunnen heffen. De opgelegde dwangsom is geen (extra) boete.<sup>24</sup>

De eiser betoogde vervolgens in cassatie onder meer dat de veroordeling met een dwangsom per tijdseenheid zonder dat hieraan een maximum is verbonden, is aan te merken als een straf en niet langer als een prikkel tot nakoming. De Hoge Raad overwoog dienaangaande als volgt:

*'Het beroep van [eiser] op art. 6 EVRM gaat niet op. Oplegging van een dwangsom heeft tot doel de schuldenaar tot nakoming te prikkelen en vormt als zodanig geen punitieve sanctie. Het betoog van [eiser] dat de dwangsom in dit geval wel een dergelijke sanctie oplevert omdat hij niet aan het gegeven bevel kan voldoen, slaagt niet. [eiser] heeft in deze procedure aan de orde kunnen stellen – en ook daadwerkelijk aan de orde gesteld – dat hij in de onmogelijkheid verkeert om aan het bevel te voldoen, maar zijn betoog terzake is door het hof ongegrond geoordeeld. Dit oordeel betreft een vaststelling en waardering die in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden onderzocht. Onbegrijpelijk is dat oordeel niet. In deze procedure moet derhalve ervan worden uitgegaan dat [eiser] aan het bevel kan voldoen, en dat reeds hierom geen sprake is van een punitieve sanctie. Voor de positie van [eiser] is voorts van belang dat hij de gestelde onmogelijkheid om aan het bevel te voldoen (opnieuw) aan de orde kan stellen door op de voet van art. 611d Rv opheffing van de dwangsom te vorderen, en dat hij in een eventueel executiegeschil kan aanvoeren dat hij aan het bevel heeft voldaan. Daarbij verdient opmerking dat in een executiegeschil op de Staat de stelplicht en bewijslast rusten dat dwangsommen zijn verbeurd; zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435, rov. 3.9 onder b). Ook voor het overige zijn er dus waarborgen dat de dwangsommen in dit concrete geval niet zullen neerkomen op een punitieve sanctie.'*<sup>25</sup>

Deze overweging van de Hoge Raad lijkt duidelijk: de oplegging van een dwangsom dient in casu niet te worden aangemerkt als een bestraffende sanctie. Hij houdt daarbij enkele slagen om de arm. Wel moet de kanttekening worden geplaatst dat dit oordeel de oplegging van een civielrechtelijke dwangsom door de rechter betreft, waardoor de overweging niet zonder meer van toepassing is op bestuurlijke last onder dwangsom. Hoewel de bewoordingen van de Hoge Raad duidelijk lijken te zijn, zijn sommige auteurs van mening dat uit deze verschillende onderdelen van deze overweging kan worden afgeleid, dat een dwangsom toch een

22. Zie ook C.W.M. van Alphen, 'De herstelsanctie tot voorkoming van herhaling en de behoefte daaraan in de gemeentelijke praktijk', *Gst.* 2019, p. 111-112; R. Stijnen, 'De beoordeling en schorsing van lasten onder dwangsom door de bestuursrechter in een voorlopige voorzieningprocedure', *NTB* 2019, p. 8-17.

23. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:310, *BNB* 2017/102, m.nt. J.A.R. van Eijdsen.

24. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:310, r.o. 3.11.2.

25. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:310, r.o. 3.11.2, r.o. 3.4.4.

straf kan zijn. Volgens Verschaeren is het onder omstandigheden voorstelbaar dat een last onder dwangsom een straf oplevert, indien de betrokkene niet in staat is om aan de onderliggende verplichting te voldoen. Naar haar mening heeft de (last onder) dwangsom dan per definitie een (aanzienlijke) betalingsverplichting tot gevolg, die feitelijk neerkomt op een geldboete.<sup>26</sup> Eijsden onderschrijft het uitgangspunt dat de dwangsom geen straf is, maar dit kan zijns inziens veranderen, indien aan de dwangsom geen maximum is verbonden. Deze auteur vraagt zich af in hoeverre de door de Hoge Raad genoemde waarborgen daadwerkelijk iets om het lijf hebben en hij vindt een medestander voor deze kritische houding ten opzichte van deze overweging van de Hoge Raad in de persoon van Beekhoven-van den Boezem.<sup>27</sup> Naar haar mening is een niet-gemaximeerde dwangsom niet langer een dwangmiddel, maar heeft vanaf dat moment een bestraffend karakter gekregen.

### 2.3. HR 12 december 2017<sup>28</sup>

In deze zaak is aan de verdachte – in de bestuursrechtelijke procedure: de overtreder – door de Inspectie Leefomgeving en Transport een last onder dwangsom opgelegd ter zake van overtreding van het bepaalde in art. 76 lid 1 Wet personenvervoer 2000. Die dwangsom – ter hoogte van € 10.000 per geconstateerde herhaling met een maximum van € 100.000 – heeft de overtreder verbeurd, omdat hij op 26 oktober 2013 het bepaalde in de Wet personenvervoer 2000 heeft overtreden. Daarna is de verdachte tevens strafrechtelijk vervolgd, omdat hij op of omstreeks 26 oktober 2013 te Breda taxi-voer heeft verricht zonder dat hij in het bezit was van de vereiste vergunning, hetgeen blijkt uit art. 76 lid 1 Wet personenvervoer 2000, verboden is en een misdrijf inhoudt. Volgens de verdediging moet de last onder dwangsom worden aangemerkt als een ‘criminal charge’, waardoor het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Het hof gaat mee in het betoog van de verdediging en overweegt dat door het Openbaar Ministerie is gehandeld in strijd met de beginselen van een goede procesorde, nu verdachte ten aanzien van hetzelfde feit zowel strafrechtelijk is vervolgd als een dwangsom heeft verbeurd.<sup>29</sup> Retrospectief wordt door Crijns en Van Emmerik betoogd dat de wijze waarop het hof de last onder dwangsom heeft aangemerkt als een ‘criminal charge’ op hen gekunsteld overkomt.<sup>30</sup> Hartmann en Sackers hebben

hun twijfels geuit over de houdbaarheid van dit arrest.<sup>31</sup> Hun twijfels zijn weggenomen door de Hoge Raad. In cassatie wordt het Openbaar Ministerie door de Hoge Raad in het gelijk gesteld.<sup>32</sup> De Hoge Raad overweegt als volgt:

*‘Het Hof heeft terecht geoordeeld dat art. 68 Sr op het onderhavige geval niet van toepassing is, omdat niet sprake is van - kort gezegd - meerdere onherroepelijke beslissingen van de strafrechter. Het oordeel van het Hof dat de vervolging ter zake van het tenlastegelegde feit in strijd is met het aan art. 68 Sr ten grondslag liggende ne bis in idem-beginsel en dat het Openbaar Ministerie dientengevolge niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging, is echter onjuist. De omstandigheid dat een gedraging die, na een vanwege een eerdere overtreding van de Wet Personenvervoer 2000 opgelegde last onder dwangsom, het verbeuren van die dwangsom ten gevolge heeft, tevens aanleiding is voor strafvervolging, brengt niet met zich dat sprake is van de uitzonderlijke situatie zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, NJ 2015/256, waarin twee procedures over een identieke verweten gedraging hun directe oorsprong vonden in hetzelfde feit met sterk gelijkende gevolgen.’<sup>33</sup>*

De strekking van deze overweging is duidelijk: het ne bis in idem-beginsel wordt niet geschonden, indien ten aanzien van hetzelfde feit zowel een last onder dwangsom wordt opgelegd (en de dwangsom als zodanig wordt verbeurd) en een strafrechtelijke vervolging plaatsvindt. Deze uitspraak van de Hoge Raad is sterk bekritiseerd door Reijntjes. Hij ziet de last onder dwangsom als bestuursstrafrecht, omdat de last onder dwangsom namelijk verdacht veel lijkt op een straf. De ‘argeloze lezer’ van art. 5:31d Awb verneemt tot zijn verbijstering dat de last onder dwangsom een herstelsanctie en geen bestraffende sanctie is en de strafrechtjurist zou verbijsterd zijn, omdat hij in zijn ‘naïviteit’ zou denken dat deze sanctie een soort voorwaardelijke boete is, aldus Reijntjes.<sup>34</sup> Volgens hem is art. 6 EVRM in deze zaak in het geding: de last onder dwangsom (€ 10.000 per overtreding) draagt naar haar constructie een voorwaardelijk karakter, maar deze is feitelijk ‘tenminste een factor tien hoger’ dan door de strafrechter voor hetzelfde feit wordt opgelegd. Bovendien, zo stelt Reijntjes, heeft de sanctie betrekking op een feit dat niet heel lang geleden

26. Verschaeren 2017, p. 134.

27. M.P. Beekhoven-van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 77 e.v.

28. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes.

29. Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349.

30. J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestaaffing’, *NJB* 2018, p. 1102. In verge-

lijkbare zin J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, ‘Ne bis in idem revisited. Over de lotgevallen van een beginsel’, *TBS&H* 2018, p. 78-82.

31. A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2017, p. 295.

32. Zie ook Hartmann & Sackers 2018, p. 306.

33. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, r.o. 2.4.

34. Zie de eerste opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, NJ 2018/94.

uitsluitend strafrechtelijk kon worden afgedaan en alleen op grond van vermeende effectiviteit in het bestuursrecht terecht is gekomen. Zonder een eerlijk proces, zoals bedoeld in art. 6 EVRM, mag een dergelijke last onder dwangsom niet worden opgelegd. Dat de wetgever de last onder dwangsom als een herstelsanctie aanmerkt, maakt geen verschil.<sup>35</sup> De oplegging van een last onder dwangsom – inclusief het verbeuren van de dwangsom – wordt door Reijntjes aangemerkt als een ‘criminal charge’. Het aanmerken van een last onder dwangsom als herstelsanctie staat naar zijn mening ver van de werkelijkheid.

### 3. De argumenten vóór het bestraffende karakter van de last onder dwangsom

#### 3.1. Inleiding

De discussie over het mogelijk bestraffende karakter van de last onder dwangsom is niet nieuw. In vooral het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw is door verschillende auteurs om uiteenlopende redenen betoogd dat deze sanctie een straf kan opleveren. Door veel auteurs wordt een onderscheid gemaakt tussen de oplegging van dwangsom en de verbeurte daarvan. De meeste auteurs zijn het er over eens dat de oplegging van een dwangsom niet bestraffend is. Volgens Vervaele en Widdershoven is de strekking van de oplegging van de dwangsom ‘niet dat het bedrag van de dwangsom wordt ingevorderd, maar dat overtreding van de wettelijke voorschriften wordt gestopt, dan wel dat geen nieuwe overtredingen worden begaan.’<sup>36</sup> Uit de literatuur blijkt dat in ieder geval vijf verschillende argumenten worden gebruikt om te betogen dat de last onder dwangsom – mede – bestraffend van aard is. Deze argumenten worden in het navolgende nader uiteen gezet.

#### 3.2. De enkele dwangsomoplegging als bestraffende sanctie

Over het algemeen wordt de dwangsomoplegging beschouwd als een herstelsanctie, die een reparatoir of preventief oogmerk heeft. Volgens de wetgever is deze sanctie primair gericht op een correctie van de onrechtmatige situatie of het voorkomen van de onrechtmatige gedraging.<sup>37</sup> In dit verband heeft ook Van Maarseveen de vraag opgeworpen of de dwangsomoplegging niet een voorwaardelijke straf is, welke vraag de auteur overigens niet beant-

woordt.<sup>38</sup> Volgens Duk is het een drogreden om de last onder dwangsom als een reparatoire sanctie te kwalificeren, omdat de bestaande illegale situatie niet verandert middels het betalen van het bedrag van de dwangsom.<sup>39</sup>

#### 3.3. De enkele invordering als bestraffende sanctie

Hartmann en Van Russen Groen maken een onderscheid tussen het opleggen van een dwangsom en de verbeurte en invordering daarvan. Zij zien de oplegging van de dwangsom – gezien het abstracte doel ervan: naleving van regelgeving in de toekomst te bewerkstelligen of het voorkomen van herhaling van overtredingen – als reparatoir.<sup>40</sup> De verbeurte en inning vinden daarentegen pas plaats nadat een andere tweede overtreding heeft plaatsgevonden, waardoor het doel van de verbeurte en inning niet meer het herstel van een onrechtmatige situatie is. De verbeurte of inning van de last onder dwangsom is naar hun mening een bestraffende sanctie.<sup>41</sup>

Een zelfde opvatting wordt gehuldigd door Vervaele en Widdershoven. Ook deze auteurs beschouwen de oplegging van een dwangsom niet als een bestraffende sanctie, maar stellen zich op het standpunt dat, indien de dwangsombeschikking ten uitvoer wordt gelegd, leedtoevoeging ontstaat en deze ook beoogd is. Het invorderen van een verbeurde dwangsom wordt door hen beschouwd als het vaststellen van een ‘criminal charge’.<sup>42</sup> Rogier merkt op dat de last onder dwangsom een preventieve en reparatoire sanctie is, die bij inning ervan mede een bestraffend karakter krijgt.<sup>43</sup> Hazewindus is dezelfde mening toegedaan: de verbeurte en inning van de dwangsom zijn bestraffend van aard, omdat met een boete wordt gereageerd op een onrechtmatige toestand of gedraging, terwijl de toestand of gedraging niet veranderd.<sup>44</sup> Van Buuren heeft in dit verband opgemerkt dat de last onder dwangsom een dubbel karakter heeft: de oplegging is preventief of reparatoir van aard, terwijl de inning een bestraffend karakter heeft.<sup>45</sup> Konijnnebelt en Van Male zijn van mening dat de inning niet is gericht op norm-

35. Zie de zevende opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, NJ 2018/94.

36. J.A.E. Vervaele & R.J.G.M. Widdershoven, *Bestuurlijke handhaving van visserijregelgeving. Een studie naar de relatie tussen EEG-recht en nationale handhaving*, Utrecht: Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht 1991, p. 86.

37. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, 3, p. 131.

38. H. van Maarseveen, ‘Verluchting’, *NJB* 1992, p. 1333.

39. W. Duk, ‘De bestuurder als toepasser van sancties’, in: W. Duk, F. H. Van der Burg & S.O. van Poelje (red.), *Bestuursrecht en bestuurswerkelijkheid*, Deventer: Kluwer 1997, p. 57-68.

40. A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 89.

41. Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 90.

42. Vervaele & Widdershoven 1991, p. 86.

43. L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint, 1992, p. 124-125.

44. W.G.A. Hazewindus, ‘De administratieve dwangsom. Een situatie en punitieve sanctie’, *NJB* 1992, p. 1072.

45. P.J.J. van Buuren, ‘Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling’, *NJB* 1992, p. 1347.

conform handelen, maar wel noodzakelijk is om effect te kunnen geven aan het opleggingsbesluit. Het invorderingsbesluit heeft naar hun mening bestraffende en 'situatieve' kenmerken.<sup>46</sup> Deze mening is ook Koeman toegedaan.<sup>47</sup>

#### 3.4. De invordering als bestraffende sanctie voor zover het bedrag van de dwangsom hoger is dan herstel rechtmatige toestand

Niet alle auteurs zijn ervan overtuigd dat de enkele invordering van de dwangsom moet worden aangemerkt als een bestraffende sanctie. Albers heeft betoogd, dat indien het maximum te verbeuren bedrag hoger is dan het bedrag dat het bestuursorgaan nodig heeft voor herstel van de rechtmatige toestand, de inning van de dwangsom een bestraffend karakter heeft. De inning zal dan namelijk leiden tot een financiële belasting die groter is dan het bedrag dat het bestuursorgaan nodig heeft voor het herstel van de onrechtmatige toestand.<sup>48</sup> Van Ommeren is dezelfde mening toegedaan.<sup>49</sup>

#### 3.5. De invordering als een voorwaardelijke geldboete?

Volgens Van Buuren heeft de inning van de opgelegde dwangsom een mogelijk bestraffend karakter. Hij merkt op dat het verschil tussen de dwangsom en de voorwaardelijke geldboete 'uiterst minimaal' is.<sup>50</sup> Om deze reden vraagt hij zich af of de combinatie van de last onder dwangsom en de voorwaardelijke geldboete toelaatbaar is, omdat dit naar zijn mening dubbelop lijkt te zijn.<sup>51</sup> Ook Hazewindus merkt op dat qua aard weinig verschil bestaat tussen de dwangsom en de voorwaardelijke geldboete. In beide gevallen is sprake van een plicht om iets specifiek te doen of na te laten, met de inning van een dwangsom of geldboete als dreiging. Als de voorwaardelijke geldboete een straf is, dan is de bestuurlijke last onder dwangsom dat ook.<sup>52</sup> Reijntjes ziet de last onder dwangsom eveneens als een soort voorwaardelijke geldboete:

*'De strafrechtjurist (maar waarschijnlijk ook de niet-bestuursrechtelijk geschoolde burger)*

46. W. Konijnnebelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage: VUGA 1994, p. 519.

47. N.S.J. Koeman, 'Handhaving', in: W. Konijnnebelt (red.), *De derde tranche. Commentaar op het voorontwerp voor de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992, p. 108.

48. C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?', *NJB* 2001, p. 1161.

49. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd; de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. UU), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 128.

50. Van Buuren 1992, p. 1347.

51. Van Buuren 1992, p. 1350.

52. Van Buuren 1992, p. 1072.

*zal vooral verbijsterd zijn, omdat hij in al zijn naïviteit dacht dat een last onder dwangsom een bijzondere (bestuursrechtelijk opgetuigde, of moeten we zeggen: vermomde?) soort van voorwaardelijke boete is: zondig je niet weer, dan gebeurt en verder niets, zondig je opnieuw dan verbeur je de dwangsom en kun je bovendien opnieuw worden bestraft.*<sup>53</sup>

In de literatuur is bepleit dat aan de strafbeschikking een voorwaardelijke modaliteit dient te worden toegevoegd.<sup>54</sup> Thans is het niet mogelijk om in het kader van de strafbeschikking straffen of maatregelen in voorwaardelijke vorm op te leggen.<sup>55</sup> Het is echter niet uit te sluiten dat dit aspect wordt betrokken in het project 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering'.<sup>56</sup> Hierop preludeerend, wat zou dit betekenen voor de bestuurlijke strafbeschikking? Zou dit ertoe kunnen leiden dat het mogelijk is om een bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen, inhoudende een voorwaardelijke geldboete? En zo ja, hoe verhoudt deze zich tot de last onder dwangsom? Is het onderscheid tussen beide afdoeningsvormen dan niet aan te merken als illusoir?<sup>57</sup>

#### 3.6. De betrokkene is niet in staat om aan de invordering te voldoen

Naar aanleiding van het hiervoor in paragraaf 2.2 aangestipte arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad – waar de vraag centraal stond in hoeverre de oplegging en invordering van een ongelimiteerde civiele dwangsom een 'criminal charge' oplevert – is Verschaeren van mening dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat onder omstandigheden het mogelijk is dat een last onder dwangsom een bestraffende sanctie is, indien de betrokkene niet in staat is om aan de onderliggende verplichting te voldoen,

53. Zie de eerste opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, *NJ* 2018/94.

54. Zie bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, 'Het wetsvoorstel OM-afdoening op het grensvlak van juridische techniek en strafprocesuele uitgangspunten', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Liber amicorum J.M. Reijntjes) Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 183.

55. Evenwel dient te worden opgemerkt dat de buitengerechtelijke afdoening middels een transactie ex art. 74 Sr ook één of meer voorwaarden kan stellen. Hetzelfde geldt voor afdoening middels de strafbeschikking. Ook die laatste kan volgens art. 257a lid 3 Sv, aanwijzingen, het gedrag van de verdachte betreffend, bevatten waaraan de verdachte gedurende een bij de strafbeschikking te bepalen proeftijd van ten hoogste een jaar heeft te voldoen.

56. Zie *Aanhangsel bij de Handelingen* 2016/17, nr. 659.

57. Crijns lijkt de last onder dwangsom als de functionele equivalent van de voorwaardelijke bestuurlijke boete te (willen) bestempelen. Zie J.H. Crijns, 'Op zoek naar consistentie. Bestrafing buiten de rechter om in strafrecht en bestuursrecht', *RM Themis* 2014, p. 266 en 274.

omdat sprake zou zijn van een (aanzienlijke) betalingsverplichting, die feitelijk neerkomt op een geldboete.<sup>58</sup> Indien de belastingplichtige niet aan het bevel kan voldoen, is de dwangsom geen prikkel meer tot nakoming, omdat nakoming dan niet mogelijk is. De dwangsom zou dan bestraffend zijn.

#### 4. De argumenten tegen het bestraffende karakter van de last onder dwangsom

##### 4.1. Inleiding

Uit het voorgaande is gebleken dat door verschillende auteurs – in het verleden, maar ook recentelijk – wordt betoogd dat de last onder dwangsom in ieder geval mede bestraffende elementen zou toekomen. Het doel van de oplegging van de last onder dwangsom is volgens de wetgever echter gelegen in de beëindiging van de overtreding.<sup>59</sup> De wetgever ziet de oplegging van een last onder dwangsom als een reparatoire sanctie.<sup>60</sup> Het door de wetgever aangemerkte doel van de sanctie is evenwel niet leidend, zo heeft de jurisprudentie omtrent het Alcoholslotprogramma geleerd.<sup>61</sup> Door Hartmann en Sackers is opgemerkt dat door de verdediging steeds vaker een beroep wordt gedaan op het arrest over het Alcoholslotprogramma.<sup>62</sup> Tot veel succes heeft dit overigens niet geleid. De argumenten tegen de opvatting dat de last onder dwangsom is aan te merken als een bestraffende sanctie worden in het onderstaande uiteengezet.

##### 4.2. De enkele dwangsomoplegging als bestraffende sanctie

Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) blijkt dat de oplegging van een last onder dwangsom niet wordt aangemerkt als een bestraffende sanctie. Zo heeft de Afdeling in de zaak 'Dwangsom chalet Caris' als volgt overwogen:

'Bij het opleggen van een last onder dwangsom gaat het naar het oordeel van de Afdeling namelijk om een handhavingsmaatregel die geen verdergaande strekking heeft dan het bewerkstelligen van hetgeen uit de juiste toepassing van bij of krachtens de wet gestelde voorschriften voortvloeit. Het opleggen van een dwangsom is *niet te beschouwen als het toebrengen van een verdergaande benadeling* dan die welke voortvloeit uit het enkel doen naleven van de bedoelde voorschriften. In dit opzicht kan de maatregel

dan ook *niet worden aangemerkt als een punitieve sanctie*, zodat geen aanleiding bestaat voor een indringende toetsing aan de in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb besloten liggende evenredigheidsmaatstaf, ook niet wat betreft de toetsing van de hoogte van het bedrag waarop de dwangsom is vastgesteld.' [cursivering BvdV]<sup>63</sup>

Uit deze overweging blijkt dat de Afdeling de oplegging van de last onder dwangsom ziet als een reparatoire sanctie. Annotator Brederveld merkt op dat het aanmerken van de last onder dwangsom als reparatoire sanctie 'bekende kost' is.<sup>64</sup> In andere uitspraken van de Afdeling wordt dit standpunt bevestigd.<sup>65</sup> Gezien de stand van zaken in de jurisprudentie kan de enkele oplegging van een last onder dwangsom bezwaarlijk worden aangemerkt als een bestraffende sanctie.

##### 4.3. De enkele invordering als bestraffende sanctie

Meer discussie bestaat over de vraag in hoeverre de inning van de dwangsom al dan niet kan worden beschouwd als een bestraffende sanctie. Michiels is er stellig van overtuigd dat de invordering van de last onder dwangsom niet is aan te merken als een bestraffende sanctie, omdat de invordering zelf geen sanctie is, maar slechts een uitvoeringsaanhangel bij die sanctie. Het bedrag waarop het bestuursorgaan recht heeft, wordt geïncasseerd, aldus Michiels.<sup>66</sup> Uit jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat eveneens de inning van een last onder dwangsom een bestraffend karakter ontbeert:

*'Het algemeen bestuur heeft bij het opleggen van bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen een eigen, niet van de met de strafvervolging en strafoplegging belaste organen afhankelijke verantwoordelijkheid. De last onder dwangsom is een reparatoire sanctie en de verbeurte van de dwangsom had door [appellant] kunnen worden voorkomen door zich te houden aan het bij of krachtens de wet bepaalde, terwijl een strafrechtelijke procedure kan leiden tot een punitieve sanctie die is bedoeld om leed toe te brengen na het plegen van een strafbaar feit. De*

58. Verschaeren 2017, p. 134.

59. F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van bestuursrecht*, Nijmegen: Ars AequiLibri 1994, p. 31.

60. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 131.

61. HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, NJ 2015/256, m.nt. B.F. Keulen.

62. Hartmann & Sackers 2018, p. 306.

63. ABRvS 19 september 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2322, AB 1997/91, m.t. P.J.J. van Buuren.

64. Zie de vierde opmerking in de annotatie van E. Brederveld onder ABRvS 19 september 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2322, Gst. 1997/2. Zie eveneens: J.H. Verwij, *De bestuurlijke dwangsom* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 85 e.v., A.B. Blomberg & F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect*, Den Haag: VUGA 1997, p. 77.

65. Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0934, AB 2004/117, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

66. Zie de derde opmerking in de annotatie van F.C.M.A. Michiels onder ABRvS 24 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0934, AB 2004/117.

*dwangsom is - na het niet voldoen aan de last - van rechtswege verbeurd en de invordering van de dwangsom is niet bedoeld om leed toe te brengen na het overtreden van de last. Er bestaat onvoldoende aanleiding voor het oordeel dat de invordering van de dwangsom louter op basis van de hoogte van de dwangsom is aan te merken als een punitieve sanctie waarop artikel 6 van het EVRM betrekking heeft.<sup>67</sup>*

Ook de Hoge Raad beschouwt de inning van een last onder dwangsom niet als een bestraffende sanctie. In een zaak waarbij de verdachte was veroordeeld tot de betaling van een geldboete van een € 20.000,00 wegens overtreding van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, was volgens de verdediging sprake van schending van het ne bis in idem-beginsel, omdat door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat ter zake van hetzelfde feit eveneens een verbeurde dwangsom was ingevorderd. Gelet op het bestraffende karakter van de invordering van de dwangsom zou het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard, aldus de verdediging. De Hoge Raad ging niet mee in dit betoog en oordeelde dat de invordering van de last onder dwangsom niet als een bestraffende sanctie was.<sup>68</sup>

Deze lijn kan eveneens worden gevonden in de jurisprudentie van het College van Beroepsleven voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). Ter illustratie kan worden gewezen op een zaak waarbij appellant had gehandeld in strijd met een oplegde last onder dwangsom en derhalve van rechtswege een dwangsom van € 10.000 had verbeurd, omdat hij taxivervoer verrichte zonder in het bezit te zijn van een hiervoor vereiste vergunning. Voor dit feit was deze 'snorder' strafrechtelijk veroordeeld tot het betalen van een geldboete van € 400,00. Appellant betoogde in de bestuursrechtelijke procedure dat de inning van de dwangsom moet worden aangemerkt als een bestraffende sanctie en dat hij derhalve dubbel zou worden gestraft. Bovendien voerde appellant aan dat hij onvoldoende financiële draagkracht had. Het CBb ging hierin niet mee:

*'Anders dan appellant heeft aangevoerd is de last onder dwangsom en de invordering daarvan geen punitieve sanctie, zodat geen sprake is van een dubbele bestraffing (...) Het is vaste rechtspraak dat in geval van een verbeurde dwangsom het bestuursorgaan in beginsel met toepassing van artikel 5:37 van de Awb tot invordering daarvan dient over te gaan (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 12 maart 2015, hiervoor aangehaald). Een andere opvatting zou afbreuk doen aan de werking die van een dwangsom behoort uit te gaan. Slechts in bijzondere omstandigheden kan het*

*bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk van invordering afzien. Daarvan is in de situatie van appellant geen sprake. Meer in het bijzonder overweegt het College dat een beroep op geringe draagkracht in de invorderingsfase in beginsel niet voor honorering in aanmerking komt (zie de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State van 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2513). In hetgeen appellant heeft aangevoerd over zijn financiële situatie ziet het College geen bijzondere omstandigheden aanwezig die aanleiding geven om hiervan af te wijken.<sup>69</sup>*

De lijn in de jurisprudentie is duidelijk: zowel de oplegging van de dwangsom als de invordering ervan worden niet aangemerkt als een bestraffende sanctie. Het is bestendige jurisprudentie dat een beroep op een gebrek aan draagkracht in dergelijke zaken geen succes heeft.<sup>70</sup>

#### 4.4. De invordering als bestraffende sanctie voor zover het bedrag van de dwangsom hoger is dan herstel rechtmatige toestand

In het verlengde van het voorgaande: het betoog dat wanneer een last onder dwangsom aanzienlijk hoger is dan het bedrag dat gemoeid is met het herstel van de rechtmatige situatie brengt naar mijn mening niet met zich dat louter op grond daarvan sprake zou zijn van een bestraffende sanctie. Indien het bedrag van de dwangsom (aanzienlijk) hoger is dan herstel van de rechtmatige toestand, betekent dit dat de last onder dwangsom disproportioneel is en een schending oplevert van het bepaalde in art. 5:32b lid 3 Awb. Het uitgangspunt is dat de hoogte van de opgelegde dwangsom door de rechter met terughoudendheid dient te worden getoetst en de hoogte van de dwangsom niet indringend wordt getoetst aan de evenredigheidsmaatstaf van art. 3:4 Awb. Er zijn evenwel voorbeelden te vinden van zaken waar door de Afdeling wordt overwogen dat het maximumbedrag dat kan worden verbeurd niet in een redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van het dwangsombesluit.<sup>71</sup> In dergelijke gevallen kan door de Afdeling een lager maximumbedrag worden vastgesteld. Uit jurisprudentie blijkt eveneens dat het CBb het maximumbedrag naar beneden kan bijstellen, indien de maximale hoogte van de last onder dwangsom niet in redelijke verhouding staat tot het financiële voordeel dat de overtreder kan behalen met de overtreding.<sup>72</sup>

67. ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1444, Gst. 2017/148, m.nt. C.M.M. van Mil.

68. HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, AB 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg.

69. CBb 20 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:330, r.o. 5/6.

70. Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX0732, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

71. ABRvS 5 juni 2001, JB 2002/205.

72. Cbb 18 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:155, AB 2014/305, m.nt. F.R. Vermeer.



#### 4.5. De invordering als een voorwaardelijke geldboete?

Volgens Reijntjes moet de invordering van een last onder dwangsom worden aangemerkt als een voorwaardelijke straf.<sup>73</sup> De voorwaardelijke straf heeft verschillende doelen, namelijk het voorkomen van recidive en het gedrag van de veroordeelde beïnvloeden. Indien recidive niet wordt verwacht, kan de in de veroordeling vervatte terechtwijzing met de hieraan verbonden strafdreiging worden beschouwd als voldoende leed toevoegend. Hoe weinig leed toevoegend de voorwaardelijke straf moge zijn, niettemin is sprake van een reactie van overheidswege, die ten opzichte van de enkele schuldigverklaring in het algemeen extra leed met zich meebrengt.<sup>74</sup> De oplegging van een voorwaardelijke straf houdt derhalve ook straf in. Het is vooral de gelijkens tussen de last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling van overtreding en de voorwaardelijke geldboete. Recentelijk heeft Alena ten aanzien van de preventieve last onder dwangsom zich het volgende afgevraagd:

*‘Rechtvaardigt het plegen van een eerdere overtreding een voorwaardelijke sanctie, naar aanleiding van alleen die eerdere overtreding? Want dat is feitelijk wat een herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling is wanneer er geen extra eisen aan worden gesteld: een voorwaardelijke sanctie, tenderend naar een voorwaardelijke straf.’<sup>75</sup>*

Het is echter staande jurisprudentie dat cumulatie van een last onder dwangsom en een voorwaardelijke geldboete geen strijd oplevert met de beginselen van ne bis in idem en una via. De navolgende uitspraak is hiervan een illustratie. De Afdeling ziet duidelijk een verschil tussen de dwangsom en de voorwaardelijke geldboete:

*‘De dwangsom onderscheidt zich zodoende van de strafrechtelijke boete, die uitsluitend betrekking heeft op een reeds gepleegde overtreding. Indien ingevolge art. 14a Sr is bepaald dat (een gedeelte van) de straf niet ten uitvoer zal worden gelegd, heeft ook het voorwaardelijk deel van die straf nog steeds betrekking op die reeds gepleegde overtreding. Dit vindt bevestiging in art. 14c lid 1 Sr, waarin als algemene voorwaarde staat dat de veroordeelde zich niet schuldig maakt aan een (niet noodzakelijkerwijs hetzelfde) strafbare feit. De opvatting van*

*appellante dat het voorwaardelijk opgelegde deel van de boete slechts of in ieder geval in hoofdzaak strekt tot voorkoming van herhaling van de overtreding (welke herhaling overigens opnieuw een strafbaar feit kan opleveren) is derhalve niet houdbaar.’<sup>76</sup>*

Annotator Blomberg merkt op dat het verschil tussen de last onder dwangsom en de voorwaardelijke geldboete erin is gelegen dat eerstgenoemde sanctie ziet op de toekomst (voorkomen van herhaling of voortzetting van de overtreding) en de voorwaardelijke geldboete op het verleden (het nieuwe delict vervult weliswaar een voorwaarde, maar kan tevens opnieuw tot een veroordeling leiden). Toch gaat de gelijkens tussen de dwangsom en de voorwaardelijke geldboete volgens Blomberg zeker op. Zij vraagt zich af of de Afdeling anders zou hebben geoordeeld, indien aan de voorwaardelijke geldboete ook herstelvoorwaarden zouden zijn verbonden.<sup>77</sup> Het antwoord op deze vraag luidt mijns inziens ontkennend. De dwangsom is een reparatoire sanctie, terwijl de voorwaardelijke geldboete – ook indien er herstelvoorwaarden aan worden verbonden – in ieder geval mede een bestraffend oogmerk toekomt. Wel is het karakter van de bijzondere voorwaarde door de opneming van verschillende afzonderlijke voorwaarden verwaterd.<sup>78</sup> Het onlosmakelijke verband tussen de voorwaardelijke straf en de bijzondere voorwaarden leiden er toe dat nog steeds sprake is van in ieder geval een mede bestraffend karakter van deze voorwaarden. Er kan worden geconcludeerd dat de vergelijking tussen de dwangsom en de voorwaardelijke geldboete slechts gedeeltelijk opgaat.<sup>79</sup>

Volledigheidshalve kan er overigens nog op worden gewezen dat een voorwaardelijke bestuurlijke boete niet kan worden opgelegd. Aan deze variant bestaat geen behoefte, omdat deze sanctie op hetzelfde neerkomt als een last onder dwangsom, aldus de wetgever.<sup>80</sup> Naar mijn mening kan gelet op het voorgaande op goede gronden worden betoogd dat een voorwaardelijke bestuurlijke boete – hoewel deze thans naar de huidige stand van zaken niet kan worden opgelegd – bestraffend van aard is en derhalve verschil vertoont met de last onder dwangsom.

73. Zie de eerste opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, NJ 2018/94.

74. F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten* (diss. Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 34.

75. A.P. Alena, ‘Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling’, *Gst.* 2018, p. 636.

76. ABRvS 11 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6115, AB 2000/185, m.nt. A.B. Blomberg.

77. Zie de derde opmerking in de annotatie van A.B. Blomberg onder ABRvS 11 februari 2000, AB 2000/185.

78. Bleichrodt 1996, p. 72.

79. Verweij 1997, p. 91.

80. *Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3 p.133-134.* Zie ook R.P.A. Kraaijeveld & M.A.W. Mol, ‘De voorwaardelijke bestuurlijke boete’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2014, p. 61-62.

#### 4.6. De betrokkene is niet in staat om aan de invordering te voldoen

Het argument dat de (last onder) dwangsom een bestraffend karakter zou hebben, omdat de betrokkene niet in staat is om aan de invordering te voldoen, is gebaseerd op een overweging van de civiele kamer van de Hoge Raad, en is hierdoor niet direct van toepassing op de bestuurlijke last onder dwangsom. Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van de Afdeling dat de hoogte van de last onder dwangsom mag worden afgestemd op het met de overtreding te behalen financiële voordeel en eveneens dat de financiële omstandigheden van de overtreder in beginsel geen rol mogen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom<sup>81</sup>. Het draagkrachtbeginsel speelt in dit verband – gelet op de beoogde werking van de last onder dwangsom – dus geen rol. Anders dan Verschaeren leidt het argument dat de betrokkene niet in staat is om aan de invordering te voldoen, naar mijn mening niet tot de conclusie dat de last onder dwangsom een bestraffend karakter heeft gekregen.<sup>82</sup>

### 5. De consequenties voor het vervolgingsbeleid en de straftoemeting

#### 5.1. De uitkomst van het debat

Mijns inziens is de uitkomst van het debat dat de last onder dwangsom, zowel de oplegging als de inning ervan, niet kan worden aangemerkt als een bestraffende sanctie. De argumenten tegen het aanmerken van deze bestuurlijke sanctie als bestraffend wegen nu eenmaal zwaarder dan de argumenten vóór. Op grond van de reeds genoemde argumentatie is het naar de huidige stand van zaken in de jurisprudentie een misvatting om aan de last onder dwangsom bestraffende aspecten toe te dichten. Desalniettemin kan een scenario worden geschetst, waarbij de inning van de last onder dwangsom een bestraffend karakter kan krijgen. Wat betekent een dergelijk scenario voor het strafrecht? Daarnaast kan een tweede scenario worden onderscheiden over de consequenties voor het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie en de straftoemeting, indien reeds een last onder dwangsom is opgelegd in een bestuurlijke procedure.

#### 5.2. Het eerste scenario: de last onder dwangsom als bestraffende sanctie

Hartmann en Sackers vinden het niet verwonderlijk dat regelmatig de stelling wordt betrokken dat ten aanzien van de last onder dwangsom onder omstandigheden sprake zou zijn van een 'criminal

charge'.<sup>83</sup> De thans genoemde argumenten zijn gelet op de stand van zaken in de jurisprudentie echter onvoldoende overtuigend. Naar mijn mening is desalniettemin een scenario denkbaar, waarbij de last onder dwangsom kan worden aangemerkt als een bestraffende sanctie: de invordering van een reeds verbeurde dwangsom kan soms een bestraffend karakter krijgen.<sup>84</sup> Ook Sanders deelt deze visie:

*'Als de invordering van een dwangsom in absolute zin niet langer een overtreding kan herstellen of een nieuwe overtreding kan voorkomen, dan dient de invordering volgens mij alleen nog maar het oogmerk van generale preventie; het bestraffen van de overtreder om een voorbeeld te stellen aan anderen. Ik denk dat dan niet meer gesproken kan worden van een reparatoire sanctie. In dat soort gevallen zal dan alsnog afgezien dienen te worden van invordering.'*<sup>85</sup>

Indien het Openbaar Ministerie na de invordering van de last onder dwangsom wegens hetzelfde feit een strafrechtelijke vervolging initieert, doet zich de uitzonderlijke situatie voor die op gespannen voet staat met het, aan art. 68 Sr ten grondslag liggende, beginsel dat iemand niet tweemaal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit. Dit zou betekenen dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard. In de praktijk heeft dit scenario zich overigens (nog) niet voorgedaan.

#### 5.3. Het tweede scenario: de last onder dwangsom als herstelsanctie

##### 5.3.1. Het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie

Wat betekent het voor het Openbaar Ministerie dat de last onder dwangsom moet worden aangemerkt als een bestuurlijke herstelsanctie? In de eerste plaats verzet het una via-beginsel zich niet tegen de situatie dat na de oplegging van een last onder dwangsom wegens hetzelfde feit een strafrechtelijke vervolging wordt ingezet.<sup>86</sup> De Hoge Raad neemt

83. Hartmann & Sackers 2018, p. 308.

84. Hierbij dient echter wel de kanttekening te worden geplaatst dat het bestuursorgaan hiermee van de geldende procedure afwijkt. Als de overtreder binnen de begunstigingstermijn de overtreding herstelt, worden namelijk geen dwangsommen verbeurd. Bijgevolg komt het bestuursorgaan aan invordering ook niet toe.

85. T.N. Sanders, 'Reparatoir met een licht punitieve geur: de last onder dwangsom en invordering', in: T. Barkhuijsen, W. den Ouden, A.T. Marseille, J.A.F. Peters & R.J.N. Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 651.

86. Het arrest EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, AB 2017/188, m.nt. T. Barkhuijsen & M.L. van Emmerik (*A. en B. tegen Noorwegen*) is niet van toepassing, omdat geen sprake is van cumu-

81. ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2797, JOM 2016/1077.

82. Verschaeren 2017, p. 134.

in dergelijke zaken terecht geen schending aan van het *una via-beginsel*.<sup>87</sup> In de tweede plaats moet het Openbaar Ministerie vaststellen in hoeverre een vervolging onder dergelijke omstandigheden opportuun is. In de zaak die leidde tot HR 12 december 2017, NJ 2018/94 werpt Reijntjes terecht de vraag op wat de toegevoegde waarde is van een strafrechtelijke vervolging, indien de last onder dwangsom zó hoog is, dat de hoogte van de geldboete daarbij in het niet valt. Volgens Reijntjes wordt de strafrechter dan een ‘bijwagen van het bestuur’<sup>88</sup>. Wat voegt een geldboete dan nog toe? Reijntjes vraagt zich af welk beleid het Openbaar Ministerie ter zake voert.<sup>89</sup> Hoewel in de Richtlijn voor strafvordering Wet personenvervoer 2000 aandacht wordt besteed aan deze kwestie, wordt met betrekking tot de te eisen geldboete geen rekening gehouden met een verbeurde last onder dwangsom op grond van art. 76 lid 1 Wet personenvervoer 2000. Uit deze richtlijn blijkt enerzijds dat bij het uitvaardigen van een strafbeschikking rekening kan worden gehouden met het feit dat reeds een last onder dwangsom is verbeurd verklaard. Anderzijds kan het Openbaar Ministerie met betrekking tot de te eisen geldboete wegens overtreding van art. 19 lid 2 Besluit personenvervoer 2000 (niet (tijdig) inleveren van een ongeldig vergunningbewijs), er rekening mee houden dat tevens een last onder dwangsom is verbeurd. Dit is echter geen verplichting, omdat volgens de richtlijn de oplegging en inning van een last onder dwangsom geen punitieve sanctie vormt op de nadien geconstateerde normschendingen. De conclusie is daarom gerechtvaardigd dat het Openbaar Ministerie ten aanzien van de onderhavige zaak geen beleid heeft geformuleerd op grond waarvan kon worden gehandeld. Bij gebrek aan geformuleerd beleid dient het Openbaar Ministerie in dergelijke zaken nadrukkelijk te bezien in hoeverre een strafvervolging opportuun is.

### 5.3.2. De straftoemeting en het evenredigheidsbeginsel

Als het Openbaar Ministerie gegronde redenen heeft om na de oplegging van een last onder dwangsom wegens hetzelfde feit een vervolging in te stellen, kan de strafrechter – in het verband van het evenredigheidsbeginsel – ten aanzien van de strafoplegging rekening houden met de invordering van de last onder dwangsom. Op deze ma-

---

latie van twee bestraffende sancties. Vgl. J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestraffing’, *NJB* 2018, p. 1094-1103; A.P.W. Duijkersloot, ‘Recente ontwikkelingen met betrekking tot het *una via-beginsel*’, *AA* 2018, p. 805-815.

87. HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, AB 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg.

88. Zie de vierde opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, NJ 2018/94.

89. Zie de vierde opmerking in de annotatie van J.M. Reijntjes onder HR 12 december 2017, NJ 2018/94.

nier wordt voorkomen dat de overtreding voor dezelfde overtreding onevenredig zwaar – ‘dubbel’ – wordt gepakt, zo wordt terecht door Blomberg opgemerkt.<sup>90</sup> Ook de Hoge Raad heeft er op gewezen dat het verbeuren van een dwangsom als relevante omstandigheid bij de strafoplegging kan worden betrokken.<sup>91</sup> Staatsraad Advocaat-Generaal Wattel pleit in een conclusie dat ten aanzien van de invordering van geldbedragen na handhavingsbesluiten, zoals lasten onder dwangsom, zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met alle relevante en bijzondere omstandigheden, zo ook de financiële positie van de belanghebbende en de samenloop van herstelsancties.<sup>92</sup> Crijns en Van Emmerik pleiten voor evenredige sanctionering, hetgeen er onder andere toe zou moeten leiden dat de strafrechter in de straftoemeting rekening moet houden met een eerder opgelegde last onder dwangsom.<sup>93</sup> In een dergelijk scenario is de strafrechter echter niet verplicht om rekening te houden met een reeds opgelegde en verbeurde last onder dwangsom. Uit de Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken blijkt overigens wel dat met betrekking tot het delict fraude, de omstandigheid dat aan de verdachte reeds een last onder dwangsom is opgelegd, een strafverminderende factor is.<sup>94</sup>

## 6. Conclusie

Naar aanleiding van twee recente arresten van de Hoge Raad – zowel de civiele kamer als de strafkamer – is een (nieuwe) discussie gestart over het al dan niet bestraffende karakter van de last onder dwangsom. Belangrijke argumenten vóór de stelling om de last onder dwangsom aan te merken als een bestraffende sanctie zijn vooral gelegen in de omstandigheid dat de financiële belasting voor de overtreder aanzienlijk groter is dan het bedrag dat voor het herstel van de onrechtmatige toestand nodig zou zijn. Ook wordt gewezen op de omstandigheid dat de overtreder financieel niet in staat is om aan het verbeurde te voldoen en zou de last onder dwangsom zijn aan te merken als een voorwaardelijke boete in strafrechtelijke zin. Uit jurisprudentie blijkt dat geen van deze argumenten wordt aanvaard. Het is vaste jurisprudentie dat de last onder dwangsom een bestuurlijke herstelsanctie is, die naar zijn aard strekt tot beëindiging van de overtreding. Zowel de oplegging van de last onder dwangsom als de invordering ervan zijn herstelsancties. De last, verbeurde en invordering kunnen niet los van elkaar worden gezien, omdat de dwangsom haar werking ontleent aan de dreiging van ver-

---

90. Zie de derde opmerking in de annotatie van A.B. Blomberg onder HR 20 maart 2007, AB 2007/249.

91. HR 12 december 2017, NJ 2018/94, r.o. 2.6.

92. Conclusie Staatsraad A-G Wattel 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

93. Crijns & Van Emmerik 2018, p. 1102.

94. Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken 2018, p. 21.

beurte en invordering. De opvatting van Reijntjes dat de last onder dwangsom bestuursstrafrecht zou zijn, is gezien de stand van zaken in de jurisprudentie een misvatting. Desalniettemin is een scenario denkbaar, waarbij de inning van de last onder dwangsom toch bestraffend zou kunnen zijn: de invordering van een reeds verbeurde dwangsom kan soms een bestraffend karakter krijgen. Mitsdien krijgt de last onder dwangsom het karakter van een bestuurlijke boete. Als het Openbaar Ministerie na het verbeuren van de last onder dwangsom wegens hetzelfde feit een strafrechtelijke vervolging initieert, zou dit – in de lijn van de jurisprudentie inzake het Alcoholslotprogramma – kunnen leiden tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Tot op heden heeft een dergelijk scenario zich niet voorgedaan.

Wat betekent het voor het Openbaar Ministerie dat de last onder dwangsom als een bestuurlijke herstelsanctie wordt aangemerkt? Met Reijntjes kan worden ingestemd dat het Openbaar Ministerie in ieder geval de opportuniteit van een vervolging goed moet beoordelen, indien ten aanzien van hetzelfde feit reeds een last onder dwangsom is verbeurd. De stand van zaken in de jurisprudentie is duidelijk: het Openbaar Ministerie handelt niet in strijd met het *una via*-beginsel, indien na de oplegging van een last onder dwangsom wegens hetzelfde feit een vervolging wordt ingesteld. Een dergelijke vervolging behoort echter wel opportuun te zijn en ook verdient het aanbeveling dat de strafrechter het verbeuren van een dwangsom als relevante omstandigheid bij de strafoplegging betreft. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de verdachte onevenredig zwaar door de strafrechter wordt gesanctioneerd.