

Artikel

De last onder dwangsom nieuwe stijl: een bestraffende sanctie?

Mr. dr. A.P.W. Duijkersloot en mr. W. Zorg*

1. Inleiding

De last onder dwangsom is een herstelsanctie. Dat zegt de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en dat zegt ook de rechtspraak.¹ Begin vorig jaar berichtten landelijke media over het nieuwe Rotterdamse optreden tegen minderjarigen met een mes op zak.² Rotterdamse ouders moeten, omdat landelijke wetgeving om de dreiging te beteugelen op zich laat wachten, als hun kind voor de tweede keer opgepakt wordt met een mes op zak, € 2500 boete betalen, zo zei de burgemeester Aboutaleb tegen radio Rijnmond. ‘We zijn erop uit de ouders te treffen’, voegde hij daaraan toe.³ Bij nadere bestudering blijkt het hier niet te gaan om een boete, maar om een last onder dwangsom van € 2500. Deze Rotterdamse aanpak staat niet op zich. Eind oktober 2020 is eenzelfde soort maatregel ingevoerd in Zaanstad.⁴

* Mr. dr. A.P.W. Duijkersloot is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en daar als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (Renforce) en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL). Mr. W. Zorg is jurist bij Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden.

1. Art. 5:31d jo. art. 5:2 lid 1 sub b Awb. Zie voor deze rechtspraak nader par. 2.
2. <https://nos.nl/artikel/2318052-grapperhaus-meer-messen-verbieden-niet-de-oplossing.html>.
3. <https://nos.nl/artikel/2323515-aboutaleb-2500-euro-boete-voor-ouders-van-jongere-die-mes-draagt.html>.
4. Ook hier werd in de media bericht dat het zou gaan om een boete. En ook hier blijkt het te gaan om last onder dwangsom www.nrc.nl/nieuws/2020/10/23/zaanstad-stelt-per-direct-messenverbod-in-a4017170 en www.zaanstad.nl/mozard/!suite05.scherm1070?mNwb=24560&mNwc=1.

Als we nader bekijken wat hier aan de hand is, blijkt het te gaan om een wijze van het opleggen van een last onder dwangsom, die is voorzien in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb: het opleggen van een last onder dwangsom aan iemand die een bepaalde norm heeft overtreden, om daarmee herhaling van overtreding van de betreffende norm door deze overtreder te voorkomen.⁵ Dit gebruik van de last onder dwangsom is niet nieuw. Door bestuursorganen wordt al lang op deze wijze van dit instrument gebruik gemaakt.⁶ De manier waarop dit in Rotterdam en Zaanstad plaatsvindt heeft wel een aantal bijzondere kenmerken. Het lijkt op het eerste gezicht vooral de bedoeling te zijn om een bepaald maatschappelijk probleem niet strafrechtelijk, maar bestuursrechtelijk aan te pakken. Ook dit is niets bijzonders. De bestuurlijke boete wordt zo al decennialang gebruikt. In dit geval wordt echter geen bestraffende sanctie, maar een herstelsanctie gebruikt. Dat is meer bijzonder. Nieuw is ook dit echter niet. Deze aanpak past in de ontwikkeling dat met name gemeenten bepaalde vormen van overlast en criminaliteit met de last onder dwangsom willen aanpakken, als alternatief voor het strafrecht en de bestuurlijke boete. Dit wordt wel aangeduid als de ‘Veluwse methode’, vanwege het door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) gesauveerde gebruik door de gemeente Putten van een last onder dwangsom ter sanctionering van de overtreding van het verbod in de Algemene plaatselijke verordening (hierna: APV) tot het ‘bij zich hebben van inbrekerswerktuig’.⁷

5. Vgl. art. 5:2 lid 1 sub b Awb.

6. Zie nader par. 2.

7. ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:916, *Gst.* 2016/166, m.nt. Van Alphen. Zie nader par. 2.2.

Deze hantering van de last onder dwangsom – wij zullen deze in het vervolg aanduiden als de last onder dwangsom nieuwe stijl – roept enkele vragen op die wij in deze bijdrage willen beantwoorden. Belangrijkste vraag is of de last onder dwangsom nieuwe stijl nog wel gekarakteriseerd kan worden als het opleggen van een herstelsanctie. Is hier geen sprake van bestraffing? De wetenschappelijke discussie over het al dan niet bestraffende karakter van de last onder dwangsom is vaker gevoerd.⁸ De conclusie is dan meestal dat van een bestraffende sanctie geen sprake is. De Awb zelf en de rechtspraak zijn op dit punt duidelijk. In 2018 en 2020 heeft de ABRvS ook over de last onder dwangsom nieuwe stijl al geoordeeld dat het geen bestraffende sanctie is. In december 2018, in een zaak over een last onder dwangsom ter voorkoming van herhaalde overtreding van het APV-verbod tot het bij zich hebben of vervoeren van inbrekerswerktuigen, overwoog zij: ‘Het college heeft een last onder dwangsom opgelegd om te voorkomen dat appelland het verbod weer overtreedt. Dat is geen bestraffende sanctie, maar een middel om te voorkomen dat appelland in herhaling vervalt.’⁹ In april 2020, in een zaak over een last onder dwangsom ter voorkoming van herhaalde overtreding van het APV-verbod inzake drugshandel op straat, werd overwogen: ‘Het doel van de last onder dwangsom is in dit geval het voorkomen van herhaling van de overtreding (...). Indien appelland niet opnieuw de overtreding begaat, verbeurt hij ook geen dwangsom. Hij heeft dit daarom zelf in de hand. De last onder dwangsom heeft daarmee niet tot doel om appelland te dwingen, maar om herhaling van de overtreding te voorkomen. Anders dan appelland stelt, gaat het hier dan ook niet om een punitieve sanctie. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) maakt de omstandigheid dat in dit soort gevallen strafrechtelijk kan worden opgetreden, niet dat niet ook een last onder dwangsom kan worden opgelegd.’¹⁰

Zoals we in deze bijdrage uiteen zullen zetten, is deze rechtspraak niet verrassend. Toch roept hij de vraag op of deze kwalificatie van de last onder dwangsom nieuwe stijl wel zo vanzelfsprekend is als het lijkt. In deze bijdrage willen wij daarop nader ingaan. Eerste vraag is waarin de last onder dwangsom nieuwe stijl verschilt van de traditionele oplegging van de last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling van een overtreding (par. 2). Tweede vraag is wat het kenmerkende onderscheid is tussen strafsancties en herstelsancties (par. 3). Derde vraag is hoe de last onder dwangsom nieuwe stijl

8. Zie o.a. C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 43 e.v. met een overzicht van de verschillende opvattingen, en recent B. van der Vorm, ‘Misvattingen over de last onder dwangsom’, *TvS&O* 2019/1, p. 14 e.v., en T. Sanders, ‘Reparatoir met een licht punitieve geur: de last onder dwangsom en invordering’, in: T. Barkhuysen e.a., *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 643 e.v., die ook de uiteenlopende opvattingen hierover kort samenvatten. Zie nader par. 4.1.

9. ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4039.

10. ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1117.

zich hiertoe verhoudt (par. 4). Ten slotte wordt bezien wat de rol van de bestuursrechter zou kunnen zijn als moet worden geconcludeerd dat de last onder dwangsom nieuwe stijl geen bestraffende sanctie is en de bestuursrechter (toch) verdergaande waarborgen wil bieden (par. 5).

2. De last onder dwangsom, in het bijzonder de last onder dwangsom nieuwe stijl

2.1 De last onder dwangsom: algemeen

Een bestuursorgaan heeft de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen als een alternatief voor de bevoegdheid een last onder bestuursdwang op te leggen.¹¹ Waar een bestuursorgaan de bestuursdwangbevoegdheid niet heeft, kan het de bevoegdheid tot oplegging van een last onder dwangsom rechtstreeks aan een bijzondere wet ontlenuen.¹² De last onder dwangsom bestaat uit twee elementen: het opleggen van een last aan de overtreder – die het in zijn macht hebben de last uit voeren¹³ – tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.¹⁴ De last kan dan strekken tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding – zoals bijvoorbeeld in Rotterdam en Zaanstad – of tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van de overtreding.¹⁵ De verplichting tot betaling van een geldsom heeft een voorwaardelijk karakter. Zij ontstaat pas als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. De bedoeling van een last onder dwangsom is immers juist dat de verbeurte van de dwangsom wordt voorkomen doordat de dreiging hiervan maakt dat de overtreder de overtreding beëindigt of niet (meer) begaat.

Diverse modaliteiten zijn mogelijk: de dwangsom kan zijn een bedrag ineens, een bedrag per tijdseenheid of een bedrag per overtreding.¹⁶ Bij de laatste twee modaliteiten dient een maximaal te verbeuren bedrag te worden aangegeven.¹⁷ De hoogte van de dwangsom

11. Art. 5:32 lid 1 Awb.

12. Bijv. art. 56 Mededingingswet.

13. O.a. ABRvS 14 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ1326, *JB* 2004/296, ABRvS 10 november 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR5450, *AB* 2004/457, ABRvS 29 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV7524, *JB* 2006/144, ABRvS 9 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1215, ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2080 en ABRvS 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2804, *AB* 2019/159. Bij de last onder dwangsom opgelegd aan ouders wegens de herhaaldelijke overtreding van het messenverbod door een van hun kinderen dringt zich in dit verband de vraag op of deze ouders het wel in hun macht hebben deze last uit te voeren. Deze valt buiten het bestek van deze bijdrage, maar naar ons oordeel kan hierover gereede twijfel bestaan.

14. Vgl. art. 5:31d Awb.

15. Art. 5:2 lid 1 sub b Awb.

16. Art. 5:32b lid 1 Awb.

17. Art. 5:32b lid 2 Awb.

moet in redelijke verhouding staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom¹⁸. In de regel dient een termijn te worden gegeven waarbinnen de last moet worden uitgevoerd.¹⁹ Bij de last ter voorkoming van herhaling van een overtreding hoeft dit evenwel niet.²⁰

Als we de last ter voorkoming van herhaling nader bezien, blijkt uit de rechtspraak dat deze in allerlei situaties kan worden gebruikt: de herhaalde overtreding door een kinderdagverblijf van bepalingen in de Wet kinderopvang,²¹ herhaaldelijk gebruik van een perceel voor detailhandel in strijd met de ter plaatse geldende bestemming,²² het opnieuw zonder vergunning bouwen op het perceel,²³ de herhaaldelijke overtreding van het verbod in de Wet personenvervoer 2000 om zonder vergunning taxivervoer te verrichten²⁴ en het wederom in de handel brengen van van herkauwers afkomstige verwerkte dierlijke eiwitten in strijd met het Unierecht.²⁵ Uit deze rechtspraak blijkt ook dat goed onderscheid moet worden gemaakt tussen het opleggen van een last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling en het preventief opleggen van een last onder dwangsom. Het laatste is gebaseerd op artikel 5:7 Awb en dient ertoe te voorkomen dat een nieuwe, niet eerder begane overtreding, wordt gepleegd. Hierbij geldt het zogenaamde klaarblijkelijkheids criterium: er dient sprake te zijn van een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat een overtreding in de toekomst zal plaatsvinden.²⁶

De last ter voorkoming van herhaling is evenwel gebaseerd op artikel 5:2 lid 1 sub b Awb. De eisen die in de rechtspraak worden gesteld aan deze mogelijkheid waren niet helemaal helder.²⁷ In de grote kameruitspraak van eind oktober 2020, die met name betrekking heeft op de heroverweging van herstelsancties, heeft de ABRvS (ook) de kans te baat genomen om aan te sluiten bij de vaste rechtspraak over de last ter voorkoming van herhaling van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb).²⁸ Volgens die rechtspraak kan een last ter voorkoming van herhaling van een eerdere overtreding worden opgelegd, indien een overtreding heeft plaatsgevonden en gevaar voor herhaling ‘voor de hand ligt’. Bij de beantwoording van

de vraag of een last strekt tot voorkoming van herhaling van eerdere overtredingen spelen verschillende omstandigheden op zichzelf en in onderlinge samenhang gezien een rol.²⁹ In verband met het uiteenlopende karakter van de verschillende overtredingen en het diverse palet aan onderliggende normen acht de ABRvS het niet mogelijk om in algemene zin te bepalen gedurende welke termijn na het plaatsvinden van een niet-voortdurende overtreding nog een herstelsanctie kan worden opgelegd ter voorkoming van herhaling van die overtreding (de zogenaamde bevoegdheidsvervaltermijn). Deze termijn zal per overtreding moeten worden vastgesteld.

Een recente ontwikkeling is als gezegd dat de last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling door met name gemeenten wordt gebruikt als alternatief voor het strafrecht en de bestuurlijke boete om overlast en criminaliteit aan te pakken: de last onder dwangsom nieuwe stijl. Wat zijn de bijzondere kenmerken van deze ‘nieuwe variant’?

2.2 De last onder dwangsom nieuwe stijl

Als we kijken naar het ontstaan van deze variant hebben we boven al gewezen op de ‘Veluwe methode’ die sinds 2014 bij diverse gemeenten in zwang is geraakt. Maar naar wij menen kan als startpunt het pleidooi van Brouwer en Schilder in het *NRC Handelsblad* in 2008 worden aangewezen.³⁰ Hierin bepleitten zij om erkende raddraaiers, voorafgaand aan de jaarwisseling, een dwangsom in het vooruitzicht te stellen om hen te weerhouden van ordeverstoringen. Dat zou een effectiever middel kunnen zijn dan het gebruik van het strafrechtelijke (‘super)snelrecht’, zoals dat sinds 2008 werd toegepast.³¹ Uiteindelijk werd in 2010 door het ministerie van Binnenlandse Zaken over dit onderwerp een expertmeeting gehouden, waarna toenmalig minister Hirsch Ballin, aan de hand van een brief aan de Tweede Kamer, gemeenten de suggestie deed om te gaan experimenteren met het op een dergelijke wijze inzetten van de last onder dwangsom.³² Een aantal gemeenten ging hier rondom de jaarwisseling toe over. Deze inzet van de last onder dwangsom, als effectiever alternatief voor de inzet

18. Art. 5:32b lid 3 Awb.

19. Art. 5:32a lid 2 Awb.

20. Art. 5:2 jo. art. 5:32a lid 2 Awb. Hetzelfde geldt voor een last gericht op het wegnemen of het beperken van de gevolgen van een overtreding.

21. ABRvS 21 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU8881, AB 2012/210, m.nt. Vermeer.

22. ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3776, AB 2016/88, m.nt. Van Mil.

23. ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1510, AB 2016/325, m.nt. Van Mil.

24. CBb 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424, AB 2009/394, m.nt. Michiels.

25. CBb 13 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:602, AB 2019/91, m.nt. Van Mil.

26. Zie hierover uitgebreid, met vermelding van relevante rechtspraak, A.P. Altena, ‘Preventieve handhaving: de preventieve herstelsanctie en de herstelsanctie tot het voorkomen van herhaling’, *Gst.* 2018/121.

27. Altena 2018, p. 634 e.v.

28. ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571.

29. Het gaat om omstandigheden die een beeld geven van de mate van continuïteit in de aan de orde zijnde overtredingen, zoals de aard van de overtreding, de mate van overeenkomst – bijvoorbeeld wat betreft de plaats ervan – met de eerdere geconstateerde overtredingen en het tijdsverloop sinds die overtreding. Voor de aard van de overtreding is – wil het gaan om een herhaling – onder meer van belang dat het gaat om overtredingen van hetzelfde voorschrift met dezelfde strekking. Om tot de conclusie te komen dat de last strekt ter voorkoming van een herhaling, is vereist dat de omstandigheden ten tijde van het opleggen van de last op één lijn kunnen worden gesteld met de omstandigheden ten tijde van de eerdere overtreding.

30. Brouwer & Schilder, ‘Snelrecht tegen raddraaiers voorkomt niets’, *NRC Handelsblad*, 29 december 2008, p. 7. Zie voor een nadere uitwerking J.G. Brouwer & L.D. Ruigrok, ‘Oudejaarsrellen in de zomer. Over onruststokers en een dwangsom’, *AA* 2010, p. 579-583.

31. Zie bijv. ‘Snelrecht en supersnelrecht rond Jaarwisseling’, www.burgemeesters.nl/node/2927#.X7JjTS-iFQI.

32. Brief van 8 september 2010, nr. 2010-0000550730 aan onder andere de korpsbeheerders, chefs van de regionale politiekorpsen en burgemeesters; *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 954 (vragen en antwoorden). Vgl. T. van den Akker, ‘Festiviteiten, reischoppers en de last onder dwangsom’, *NTB* 2013/13.

van het strafrecht om ordeverstoringen bij de jaarwisseling tegen te gaan, ontwikkelde zich vervolgens verder en werd ook toegepast bij de handhaving van de openbare orde in gemeenten in ruimere zin. Uit onderzoek gedaan door Van den Akker wordt duidelijk dat deze inzet plaats ging vinden onder meer om opgelegde gebiedsverboden en meldingsgeboden kracht bij te zetten, om horecabeleid en prostitutiebeleid te handhaven en om grip te krijgen op illegale wildcrossers.³³

Van Alphen wijst erop dat in de lokale driehoek tegenwoordig, als onderdeel van een integraal handhavingsbeleid, afspraken worden gemaakt over de bestuursrechtelijke aanpak van overtredingen van de APV, zoals de al genoemde verbodsbepalingen met betrekking tot het vervoer van inbrekerswerktuigen,³⁴ maar ook drugsoverlast.³⁵ Deze bestuursrechtelijke handhavingsaanpak wordt gevolgd vanwege de beperkingen die strafrechtelijke handhaving van de APV kent, waaronder de beperkte strafmaat in artikel 154 Gemeentewet (hierna: Gemw). Een bestuursrechtelijke aanpak, in de zin van de oplegging van een last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling van de overtreding, wordt dan als effectiever ervaren dan de strafrechtelijke aanpak.³⁶ Daarbij lijkt deze inzet niet alleen als een effectief alternatief voor het strafrecht te worden gezien, maar ook als doeltreffende vervanging van de bestuurlijke boete. Zo benadrukt Van Alphen dat de burgemeester de rechtstreekse verboden in de Drank- en Horecawet handhaaft door middel van een last onder dwangsom ter voorkoming van een herhaling van de overtreding, terwijl nadrukkelijk artikel 44a van de Drank- en Horecawet het instrument van de bestuurlijke boete kent.³⁷

Opvallend in dit verband is dat juist overtredingen als het vervoer van inbrekerswerktuigen, drugshandel op straat en het meevoeren van steekwapens zijn opgenomen in artikel 2 van het Besluit bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte, waar voorschriften in worden genoemd waarvoor op grond van artikel 154b Gemw géén bestuurlijke boete kan worden opgelegd.³⁸ In de toelichting bij dit Besluit werden deze voor-

schriften aangeduid als voorschriften die evident raken aan ernstiger strafbare feiten. Daarenboven werden eerder al in memorie van toelichting bij de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte, waarmee onder andere artikel 154b Gemw werd ingevoerd, criteria aangegeven om te bepalen welke overtredingen al dan niet op deze negatieve lijst zouden moeten worden opgenomen. Dat waren onder andere het criterium dat feiten geschikt moesten zijn voor bestuurlijke handhaving – hetgeen betekende dat het zou moeten gaan om feiten met een geringe normatieve lading waarvoor de dader geen ernstige morele blaam treft – en het criterium dat het geen feiten moest betreffen waarbij sprake is van een gevaarzettend karakter. In het laatste geval was exclusief strafrechtelijk optreden geboden, mede gelet op de noodzaak strafvorderlijke dwangmiddelen, zoals foullering, te gebruiken.³⁹

Kortom, de last onder dwangsom nieuwe stijl, kenmerkt zich door een inzet van de last onder dwangsom door met name gemeenten, ter voorkoming van de herhaling van een overtreding van voorschriften die veelal zijn gerelateerd aan de openbare orde en (kleine) criminaliteit, als aantrekkelijk(er) alternatief voor het strafrecht en de bestuurlijke boete, mede omdat de laatste sanctie in een aantal gevallen juist niet mag worden gebruikt.

Dat deze last onder dwangsom aantrekkelijk(er) wordt gevonden heeft nog een aantal andere redenen. Voor een deel zijn deze instrumenteel van aard. Zo kan het maximum van de op te leggen en te verbeuren dwangsom hoger zijn dan het strafrechtelijke boetemaximum, is het bestuur niet afhankelijk van een strafrechter die de hoogte van de boete bepaalt (of, als een strafbeschikking wordt uitgevaardigd, van de officier van justitie die een boete oplegt) en wordt telkens als opnieuw een overtreding wordt vastgesteld een bedrag verbeurd, zonder dat daarvoor een nieuwe procedure moet worden gevolgd die leidt tot een strafbeschikking of strafrechtelijk vonnis. Voor een ander deel zijn deze redenen materieel van karakter en hangen ze samen met de rechtswaARBorgen die bij verschillende sancties al dan niet gelden. De last onder dwangsom wordt in de Awb en in de rechtspraak aangemerkt als een herstelsanctie. Daarvoor gelden minder strenge rechtswaARBorgen dan voor strafsancities. Dit hangt samen met de waARBorgen die op grond van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) gelden voor een criminal charge en die ook (deels) zijn opgenomen in de Awb.⁴⁰ Het gevolg van het kwalificeren van een sanctie als een criminal charge en bestraffend, is in de kern dat de rechtswaARBorgen bij deze sanctie moeten voldoen aan eisen die verdergaan dan het reguliere bestuurs(proces)recht: dit wordt als het ware straf-

33. Zie Van den Akker 2013.

34. Naast de eerdergenoemde uitspraak van de ABRvS uit 2016 inzake de gemeente Putten, ook ABRvS 12 december 2018 (Barneveld), ECLI:NL:RVS:2018:4039, *Gst.* 2019/112, behandeld door Teunissen; ABRvS 3 april 2019 (Tilburg), ECLI:NL:RVS:2019:1066, *Gst.* 2019/126, m.nt. Adriaanse en ABRvS 19 augustus 2020 (Haarlemmermeer), ECLI:NL:RVS:2020:2001, AB 2020/371, m.nt. Van Mil, *Gst.* 2020/147, m.nt. Adriaanse. Waaruit blijkt dat de Veluwse methode zich verder over Nederland heeft verspreid...

35. O.a. Rb. Midden-Nederland 8 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:991; Rb. Gelderland 25 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1781, *Gst.* 2019/115, m.nt. Theunissen; Rb. Midden-Nederland 2 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1305 en Rb. Noord-Holland 18 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4651. Bevestigd door ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1117, *Gst.* 2020/112.

36. Zie C.W.M. van Alphen, 'De herstelsanctie tot voorkoming van herhaling en de behoefte daaraan in de gemeentelijke praktijk', *Gst.* 2019/23. Vgl. ook Teunissen 2019.

37. Van Alphen 2019.

38. Besluit van 15 december 2008 tot aanwijzing van voorschriften en vaststelling van boetetarieven als bedoeld in artikel 154b, eerste lid, onderdelen a en b, en zevende lid, van de Gemeentewet, *Stb.* 2008, 580.

39. *Kamerstukken II* 2004/05, nr. 3, p. 11. Vgl. Teunissen 2019, p. 572.

40. Op het begrip criminal charge gaan we in par. 3 nader in.

rechtelijk ingekleurd.⁴¹ Het gaat dan om waarborgen als de onschuldpresumptie en het zwijgrecht, het verbod van ne bis in idem, eisen aan het bewijs en de indringendheid van de rechterlijke toetsing.⁴²

Dit alles maakt de vraag relevant of de last onder dwangsom nieuwe stijl toch niet als herstelsanctie, maar als bestraffende sanctie, een criminal charge, moet worden gekwalificeerd. Alvorens we daarop ingaan, besteden we in de volgende paragraaf eerst aandacht aan het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties, alsook aan de criteria die uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) voortvloeien om te bepalen of een sanctie als een criminal charge moet worden aangeduid.

3. Herstelsanctie of bestraffende sanctie

In het Nederlandse bestuursrecht maakt de Awb een duidelijk onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties.⁴³ Een herstelsanctie wordt gedefinieerd als ‘een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding’.⁴⁴ Een bestraffende sanctie wordt omschreven als ‘een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen’.⁴⁵ De last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom worden gelet op deze definitie – en ook blijkens de definitie van deze sancties in respectievelijk artikel 5:21 en artikel 5:31d Awb – aangemerkt als een herstelsanctie. De bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie.⁴⁶

Uit de in deze definities gehanteerde termen ‘strekt tot’ en ‘beoogt’ kan worden afgeleid dat het doel van de sanctie bepalend is voor de kwalificatie ervan. Bij een herstelsanctie is dit het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding of de gevolgen daarvan, dan wel het voorkomen van herhaling. Bij een bestraffende sanctie is dit het bestraffen, in de zin van leed toevoegen, van/aan de overtreder. Het criterium ‘beoogt de overtreder leed

toe te voegen’ sluit aan bij de rechtspraak.⁴⁷ De ABRvS spreekt in de hier aangehaalde uitspraak van ‘het toevoegen van een verdergaande benadeling dan die welke voortvloeit uit het enkel doen naleven van de bij of krachtens de wet gestelde voorschriften’.

Voor de kwalificatie van sancties als al dan niet bestraffend is naast hetgeen de Awb bepaalt ook relevant het door het EHRM in het arrest Engel geformuleerde toetsingskader om te bepalen welke sancties een criminal charge zijn in de zin van artikel 6 EVRM.⁴⁸ Dit toetsingskader is genuanceerder dan het Nederlandse – dat als criterium alleen kent: leedtoevoeging beoogd of niet – maar mede daardoor zijn de uitkomsten van de toepassing ervan minder voorspelbaar. Het is niet alleen het EHRM dat dit toetsingskader hanteert. Om vast te stellen of een sanctie een criminal charge en bestraffend is, beziet (ook) de Nederlandse rechter regelmatig hoe deze sanctie zich verhoudt tot de Engel-criteria.⁴⁹

Met het in het arrest Engel neergelegde toetsingskader heeft het EHRM, om te voorkomen dat de aangesloten verdragsstaten de waarborgen van artikel 6 EVRM zouden omzeilen door de introductie van allerlei vormen van niet-strafrechtelijke afdoening van overtredingen, een autonome uitleg gegeven aan het begrip criminal charge. Drie criteria zijn voor deze kwalificatie van belang: de classificatie van de sanctie naar nationaal recht, de aard van de overtreding en de aard en de zwaarte van de sanctie. Het gaat hier om alternatieve criteria.⁵⁰ Wel kan het soms zo zijn dat het tweede en derde criterium op zichzelf er niet toe leiden dat er sprake is van een criminal charge, maar dat zij tezamen wel voldoende aanwijzingen opleveren voor de conclusie dat daarvan sprake is.⁵¹

Volstrekt helder is dat, als de sanctie in het nationale recht als behorend tot het strafrecht wordt gekwalificeerd, de kous af is: in dat geval gaat het om een crimi-

41. T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 90.

42. Vgl. kort samengevat F.C.M.A. Michiels e.a., *Handhavingsrecht*, Deventer; Wolters Kluwer 2016, p. 103, Barkhuysen e.a. 2016, p. 91 e.v. en (veel) uitgebreider o.a. F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en bestuursrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2011 en C.L.G.F.H. Albers, *Bestraffend bestuur 2014*, preadvies VAR 2014, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

43. Zie art. 5:2 lid 1 sub b en c Awb.

44. Art. 5:2 lid 1 sub b Awb.

45. Art. 5:2 lid 1 sub c Awb.

46. Art. 5:40 lid 1 Awb.

47. *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, nr. 7, p. 37 waarin wordt gewezen op ABRvS 19 september 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2322, AB 1997/91, m.nt. Van Buuren en Cbb 4 september 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AL1183, AB 2004/14, m.nt. Van der Vlies.

48. EHRM 8 juni 1976, ECLI:NL:XX:1976:AC0386, NJ 1978/223 (*Engel e.a./Nederland*).

49. De Engel-criteria worden door de Nederlandse (bestuurs)rechter niet alleen waar het gaat om lasten tot sluiting van een woning toegepast, maar ook met betrekking tot andere bestuurlijke maatregelen of sancties. Zie bijv. ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643, AB 2014/399, m.nt. Steijnen (alcoholslotprogramma); ABRvS maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:864 (intrekking van een marktvergunning), en CRvB 8 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2146, AB 2016/303, m.nt. Tollenaar (doorwerking van een WW-maatregel in de berekening van het WIA-dagloon).

50. O.a. EHRM 21 februari 1984 (*Öztürk*), ECLI:NL:XX:1984:AC9954; EHRM 25 augustus 1987 (Lutz), ECLI:NL:XX:1987:AC9955; EHRM 23 november 2006 (*Jussila*), ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, AB 2007/51, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

51. O.a. EHRM 24 februari 1994 (*Bendenoun*), ECLI:NL:XX:1994:AD2047; EHRM 9 oktober 2003 (*Ezeh en Connors*), ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD003966598; EHRM 23 november 2006 (*Jussila*), ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

nal charge.⁵² Dit roept wel de vraag op of dit criterium erg zinvol is: het impliceert immers dat herstelsancties die zijn opgenomen in (bijzondere) strafwetgeving een criminal charge zijn, louter omdat ze in die strafwetgeving zijn opgenomen.⁵³ In ieder geval, als een sanctie niet tot het strafrecht behoort, is ook duidelijk dat het criminal charge-karakter moet worden beoordeeld aan de hand van de andere twee criteria.

Bij de beoordeling van de aard van de overtreding spelen een aantal factoren een rol.⁵⁴ Ten eerste gaat het om de vraag of de (te) overtreden norm zich richt tot een specifieke groep met een bepaalde status – zoals artsen en advocaten (waarbij het EHRM de norm vaak kwalificeert als tuchtrechtelijk of disciplinair) maar ook bijvoorbeeld alle distributeurs van brandstof⁵⁵ – of tot in beginsel alle burgers, al dan niet in een bepaalde hoedanigheid. In het eerste geval is geen sprake van een criminal charge, in het tweede geval is sprake van een belangrijke aanwijzing dat daarvan wel sprake is.⁵⁶ Verder spelen een rol de vraag of de procedure wordt ingesteld door een overheidsorgaan met wettelijke handhavingsbevoegdheden,⁵⁷ of de wettelijke regeling in kwestie een bestraffend of afschrikwekkend doel heeft,⁵⁸ of de wettelijke regeling in kwestie ziet op de bescherming van algemene maatschappelijke belangen die doorgaans worden beschermd door het strafrecht,⁵⁹ of de oplegging van een straf afhankelijk is van verwijtbaarheid⁶⁰ en hoe vergelijkbare procedures worden gekwalificeerd in andere verdragsstaten.⁶¹

Bij de beoordeling van de aard en de zwaarte van de sanctie is de aard van de sanctie blijkens de rechtspraak van het EHRM wellicht het belangrijkste criterium. Als leedtoevoeging en afschrikking het doel is, dan is dat in beginsel een beslissende indicatie voor de kwalificatie van de sanctie als criminal charge. De geringe zwaarte van de sanctie zal daaraan geen afbreuk kunnen doen.⁶² Het EHRM heeft wel een nuancering aangebracht op de waarborgen die op grond van artikel 6 EVRM gelden voor lichte criminal charges/bestuurlijke boetes.⁶³ Bij

lichte bestuurlijke boetes op terreinen die niet tot de ‘hard core of criminal law’ behoren – dit zijn volgens het EHRM onder meer het belastingrecht, het verkeersrecht, het penitentiair recht, het douanerecht en het mededingingsrecht – hoeven niet alle (procedurele) EVRM-garanties voor een criminal charge ten volle te gelden. De zwaarte van de sanctie lijkt als criterium vooral een aanvullende rol te spelen en de doorslag te geven als er twijfel is over de aard van de sanctie of wanneer de sanctie aspecten van zowel straf als herstel heeft.⁶⁴ Het kan wel zo zijn dat bij ingrijpende maatregelen de zwaarte van een sanctie op zich, los van de andere criteria, toch al leidt tot een criminal charge.⁶⁵

4. Het al dan niet bestraffende karakter van de last onder dwangsom nieuwe stijl

Alvorens mede in het licht van het bovenstaande in te gaan op het al dan niet bestraffende karakter van de last onder dwangsom nieuwe stijl, eerst enkele opmerkingen over de last onder dwangsom als zodanig.

4.1 De last onder dwangsom

De rechtspraak van de Nederlandse rechter over de last onder dwangsom maakt duidelijk dat de last onder dwangsom, in navolging van de door de Awb-wetgever gegeven definities, niet als bestraffende sanctie, maar als herstelsanctie wordt beschouwd. De toepassing van de last onder dwangsom is, als eerder aangegeven, niet te beschouwen als het toebrengen van een verdergaande benadeling dan die welke voortvloeit uit het enkel doen naleven van de bij of krachtens de wet gestelde voorschriften.⁶⁶ Daarmee is deze niet gericht op leedtoevoeging en geen criminal charge of bestraffende sanctie.

In de literatuur is hier, zoals in de inleiding al aangegeven, ook inmiddels wel consensus over. In het algemeen wordt de last onder dwangsom niet als bestraffend gezien.⁶⁷ De redenering is dan dat de overheid de overtreder niet bestraft voor een reeds begane overtreding, maar de overtreder enkel wil bewegen de overtreding te beëindigen, of niet nogmaals te plegen. Het is, anders dan bij de bestuurlijke boete, altijd mogelijk om het betalen van de dwangsom te voorkomen, waardoor een

52. In een incidenteel geval is hier door het EHRM wel van afgeweken. Zie EHRM 28 oktober 1999 (*Escoubet*), ECLI:NL:XX:1999:AD5192, *NJ* 2001/593, m.nt. Alkema.

53. Zie Michiels e.a. 2016, p.6.

54. Vgl. Guide on article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), laatste update 31 december 2020, www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf.

55. EHRM 29 oktober 2013 (*Suceava t. Roemenië*), ECLI:NL:XX:2013:358, *AB* 2014/425, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik. Eenzelfde benadeling wordt door het HvJEU gehanteerd in het arrest Bonda, HvJEU 5 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:319, *AB* 2012/315, m.nt. Widdershoven.

56. Zie voor het laatste bijv. EHRM 21 februari 1984 (*Öztürk*), ECLI:NL:XX:1984:AC9954, *NJ* 1988/937, m.nt. Alkema en EHRM 23 juli 2002 (*Janosevich t. Zweden*), ECLI:NL:XX:2002:AP0689, *EHRC* 2002/99.

57. EHRM 10 juni 1996 (*Benham*), ECLI:CE:ECHR:0610JUD001938092.

58. O.a. EHRM *Öztürk* en *Bendenoun*.

59. EHRM 23 Oktober 2018 (*Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenija*), CE:ECHR:2018:1023JUD004707215.

60. EHRM *Benham*.

61. EHRM *Öztürk*.

62. Bijv. in het arrest *Öztürk*, waar het ging om een boete van 60 DM.

63. EHRM 23 november 2006 (*Jussila t. Finland*), ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, *AB* 2007/51, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

64. Michiels e.a. 2016., p. 7.

65. Albers 2014, p. 30, verwijzend naar EHRM 24 januari 2012 (*Mihai Toma*), ECLI:CE:ECHR:2012:0124JUD000105106.

66. ABRvS 19 september 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2322, *AB* 1997/91, m.nt. Van Buuren en ABRvS 11 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6315, *AB* 2000/185, m.nt. Blomberg, alsmede HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, *AB* 2007/249, m.nt. Blomberg.

67. Zie o.a. J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 97-98, P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 19 e.v., Michiels e.a. 2016, p. 5 en Sanders 2019, p. 646.

leedtoevoegend oogmerk ontbreekt.⁶⁸ Door sommigen werd in het verleden wel betoogd dat het bij de oplegging van de last onder dwangsom om bestraffing zou gaan.⁶⁹

De ABRvS wijst er wel op dat de hoogte van de dwangsom, om het doel van ‘herstel’ te bereiken, mag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet naleven van deze regels, maar dat bij de bepaling van de hoogte reeds behaald financieel voordeel géén rol mag spelen. Een dwangsomoplegging zou dan het karakter van een bestraffende sanctie krijgen.⁷⁰ Een dergelijke hoogte van de dwangsom betekent ook dat de last disproportioneel wordt en een schending oplevert van het bepaalde in artikel 5:32b lid 3 Awb. Een onredelijk hoge dwangsom kan op deze manier worden voorkomen. Problematisch is wel dat de bestuursrechter de hoogte van de dwangsom terughoudend toetst. Er sneuvelen in de praktijk maar weinig dwangsombesluiten vanwege de hoogte ervan.⁷¹

Van belang is verder dat de overtreder de verbeurte van de dwangsom moet kunnen voorkomen. De overtreder moet het, zoals eerder aangegeven, in zijn macht hebben de last (feitelijk) uit te voeren.⁷² Als dit niet het geval is, is ook geen sprake meer van een sanctie gericht op herstel, maar van een sanctie (ten dele) gericht op bestraffing en daarmee van een criminal charge.

In de literatuur wordt verder door sommigen de invordering van de dwangsom als bestraffend beschouwd: de invordering leidt niet tot enig herstel, maar beoogt alleen de overtreder financieel te treffen, met name als de overtreding al is beëindigd.⁷³ Omdat de invordering integraal onderdeel is van de last onder dwangsom als herstelsanctie, wordt uiteindelijk door de meeste auteurs geconcludeerd dat (ook) de invordering geen bestraffend, in de zin van leedtoevoegend, karakter heeft.⁷⁴

Ook de rechtspraak huldigt de laatste opvatting. Zo overwoog de ABRvS in 2017: ‘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 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.’⁷⁵

4.2 De last onder dwangsom nieuwe stijl

4.2.1 Geen criminal charge?

Moeten we de last onder dwangsom nieuwe stijl kwalificeren als niet bestraffend, zoals de ABRvS doet, of zijn er redenen om hier anders naar te kijken? Laten we beginnen met de constatering dat toetsing van de last onder dwangsom nieuwe stijl aan de Engel-criteria inderdaad zou kunnen leiden tot conclusie dat geen sprake is van een criminal charge en van bestraffing. De redenering kan dan zijn dat het eerste criterium – de classificatie van de sanctie naar nationaal recht – duidelijk niet wijst op een criminal charge: de last onder dwangsom is niet opgenomen in de Nederlandse strafwetgeving. Het tweede criterium – de aard van de overtreding – doet dat voor een deel wel: de gesanctioneerde norm, opgenomen in APV-bepalingen, zich richt tot eenieder en niet tot een bepaalde groep met een bepaalde status. Maar over het laatste criterium – de aard en zwaarte van de sanctie – kan dan worden gezegd dat dit niet wijst in de richting van een criminal charge: de aard van de sanctie is niet bestraffing in de zin van leedtoevoeging, maar het voorkomen van herhaling van een overtreding; de zwaarte van de sanctie – € 2500 voor overtreding van het messenverbod bijvoorbeeld – is aanzienlijk, maar als het bedrag van de dwangsom te hoog is, is dit op grond van artikel 5:32b lid 3 Awb niet toegestaan en kan de bestuursrechter daar een streep door zetten. Bestraffend en een criminal charge maakt dit de last zo bezien niet. De ABRvS hanteert de Engel-criteria in de uitspraken van december 2018 en april 2020 niet, maar in de kern is dit ook haar redenering. De vraag rijst wel of deze benadering niet te ongenueanceerd is. Wij menen in ieder geval dat bij een dergelijke toepassing van de Engel-criteria ten minste een aantal vragen rijzen.

De eerste vraag, die van algemene maar ook fundamentele aard is, is of bovenstaande argumentatie door het EHRM zal worden gevolgd, als het zou worden gevraagd over deze sanctie te oordelen.⁷⁶ Hierbij is volgens ons het volgende van belang. Het EHRM kiest voor een ‘autonome’ uitleg van verdragsbegrippen. Voor deze uitleg is mede gekozen om de bescherming van het EVRM praktisch en effectief te doen zijn. Begrippen uit

68. Aldus Sanders 2019, p. 646.

69. Sanders 2019, p. 645 wijst op P.C.M. Heinen, ‘Bestuursrechtelijke handhaving van het milieurecht en bewijs’, *Gst.* 1991/6919; G.H. Addink, G.R.M. van Dijk & M.J. Sluijs, ‘Besturen met dwangsommen, een bestuurlijke dwangsom in de Wabm’, *Bestuur* 1990/1, p. 18; G.H. Addink & M.J. Sluijs, ‘De algemene wet bestuursrecht op scherp’, *NTB* 1992, p. 41 en E. Alders, ‘Aanzet voor een ander milieuhandhavingrecht’, *NJB* 1992/3, p. 94-95.

70. ABRvS 13 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL2223, *JB* 2001/95, m.nt. Albers. Zie ook ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187, *Gst.* 2010/118, m.nt. Rogier, waar het ging om de uitoefening van de bestuursdwangbevoegdheid van art. 13b Opiumwet.

71. In par. 5 gaan we hierop nader in.

72. Michiels e.a. 2016, p. 93 met verwijzingen naar rechtspraak.

73. Zie Sanders 2019, p. 646 e.v. en Van der Vorm 2019, p. 18 e.v., verwijzend naar o.m. Addink, Van Dijk en Sluijs 1990, p. 18, L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint, 1992, p. 124-125; W.G.A. Hazewindus, ‘De administratieve dwangsom. Een situatie en punitieve sanctie’, *NJB* 1992, p. 1072 en A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 89.

74. Zie o.m. Verweij 1997, p. 85 e.v. Vgl. ook Michiels e.a. 2016, p. 290.

75. ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1444, *Gst.* 2017/148, m.nt. Van Mil. Vgl. ook HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, *AB* 2007/249, m.nt. Blomberg.

76. Overigens heeft het EHRM tot op heden over de last onder dwangsom als zodanig nog nooit een oordeel gegeven.

het verdrag krijgen in de jurisprudentie van het EHRM een eigen, autonome betekenis die niet noodzakelijkerwijs hoeft overeen te stemmen met hetgeen het nationale recht daarover bepaalt.⁷⁷ Ook het criminal charge-begrip wordt, zoals we eerder al aangaven, autonoom uitgelegd. Dit heeft mede betekend dat een boete die naar nationaal recht een bestuursrechtelijk karakter draagt als ‘criminal’ is gekwalificeerd, zodat de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing waren. Zou het EHRM niet voor een autonome uitleg hebben gekozen, dan zouden staten zich naar believen aan de bescherming van artikel 6 EVRM kunnen onttrekken, hetgeen het EHRM in strijd acht met het voorwerp en doel van het verdrag.⁷⁸ Het EHRM kiest ook vrijwel steeds voor een casuïstische benadering, dat wil zeggen een toepassing van de normen van het verdrag op de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij speelt de specifieke context van de zaak een rol. Een abstracte benadering wordt meestal vermeden, waardoor het moeilijk kan zijn uit een uitspraak een algemeen geldende regel te destilleren die ook in een andere casus van toepassing is. Dit maakt evenwel ook dat de beslissing van het EHRM in een concreet geval soms wat onvoorspelbaar kan zijn.⁷⁹

Een mooie illustratie hiervan is de rechtspraak over het criminal charge-karakter van de intrekking van een begunstigende beschikking.⁸⁰ Het EHRM oordeelde in het arrest Nilsson dat bij de intrekking van een rijbewijs sprake was van een criminal charge.⁸¹ Het betrof een intrekking van anderhalf jaar, een zware sanctie. Daarenboven vond de intrekking plaats ruim acht maanden na de overtreding. Dat impliceerde dat niet (alleen) sprake was van herstel, maar ook van leedtoevoeging. In het arrest Escoubet werd de intrekking van een rijbewijs niet als criminal charge gekwalificeerd. De intrekking gold voor een periode van vijftien dagen en vond meteen plaats na het feit waarvoor het rijbewijs werd ingetrokken.⁸² Verder overwoog het EHRM dat deze sanctie zodanig licht was dat dit op zichzelf nog niet tot het oordeel leidde dat de intrekking een criminal charge was.

Een ander voorbeeld is het eerder aangehaalde arrest Öztürk, waarin op grond van de Engel-criteria een bestuurlijke boete van 60 DM als criminal charge werd aangemerkt. Tot dat moment was dit bepaald nog geen uitgemaakte zaak. Swart merkt in zijn noot bij de uitspraak bijvoorbeeld op, dat het in het licht van de zaak Engel op het eerste gezicht misschien helemaal niet voor de hand lag dat het EHRM tot de conclusie zou

komen dat artikel 6 EVRM van toepassing is op de Duitse bestuurlijke boete voor verkeersovertredingen.⁸³

Mede in het licht van deze constatering is het vervolgens de vraag of, bij nadere beschouwing, de toepassing van het tweede en derde Engel-criterium zonder meer leidt tot de conclusie dat de last onder dwangsom nieuwe stijl geen criminal charge is.

4.2.2 De aard van de overtreding

We hebben in par. 2.2 aangegeven dat de last onder dwangsom nieuwe stijl overtredingen sanctioneert die ook strafrechtelijk kunnen worden aangepakt. De strafrechtelijke route wordt niet meer (of in mindere mate) gevolgd, omdat deze niet erg effectief bleek. Wat betekent dit voor de toepassing van het criterium aard van de overtreding?

Allereerst gaat het in veel gevallen om overtredingen die niet met een bestuurlijke boete mogen worden bestraft, vanwege hun link met het strafrecht. Dit is een relevant gegeven in het licht van het tweede Engel-criterium. We hebben in par. 3 aangegeven dat een van de factoren waar het EHRM naar kijkt, is of de wettelijke regeling in kwestie een bestraffend of afschrikwekkend doel heeft. Overtreding van het verbod van handel in drugs, het vervoeren van inbrekerswerktuigen en het bij zich hebben van steekwapens zijn, zoals we hebben besproken in par. 2.2, door de Nederlandse wetgever aangemerkt als voorschriften die een evidente link hebben met het strafrecht en zijn op de lijst van overtredingen geplaatst die niet geschikt waren voor bestuurlijke beboeting. Ze kwamen voor bestuurlijke handhaving als zodanig niet in aanmerking en vanwege hun gevaarzettend karakter behoorden ze exclusief tot het domein van het strafrecht. Dit kan naar wij menen bij de beoordeling van het criminal charge-karakter van de last onder dwangsom nieuwe stijl mogelijk een argument zijn dat – zo nodig in samenhang met het derde criterium waarover hieronder meer – gewicht in de schaal legt of zou moeten leggen.

Ten tweede is van belang dat in bijvoorbeeld Öztürk het feit dat bepaalde overtredingen voorheen strafrechtelijk werden afgedaan meespeelde bij de beoordeling van de sanctie als criminal charge. Deze voormalige nationale classificatie van overtreding gaf aldus inkleuring aan de aard van overtreding.⁸⁴ Ook bij de last onder dwangsom nieuwe stijl zou dit bij de beoordeling kunnen meewegen.

4.2.3 De aard van de sanctie

Vervolgens is het de vraag of bij de last onder dwangsom nieuwe stijl inderdaad geen sprake is van leedtoevoeging en afschrikking.

Ten eerste kunnen we, kijkend naar de last onder dwangsom voor de overtreding van het messenverbod, constateren dat door burgemeester Aboutaleb zelf wordt

77. O.a. Barkhuysen e.a. 2016, p. 83; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 20.

78. Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 20.

79. Vgl. Stijnen 2011, p. 51

80. Zie Michiels e.a. 2016., p. 140-142.

81. EHRM 13 december 2005 (*Nilsson*), ECLI:NL:XX:2005:AV3572, AB 2006/285, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

82. EHRM 28 oktober 1999 (*Escoubet*), ECLI:NL:XX:1999:AD5192, NJ 2001/593, m.nt. Alkema.

83. AA 34 (1985) 3, p. 150.

84. Vgl. Stijnen 2011, p. 50.

aangegeven dat aan de ouders een ‘boete’ wordt opgelegd en dat door hem uitdrukkelijk wordt gezegd dat de sanctie is bedoeld om de ouders te treffen. In zijn uitleg van het voorstel aan de raad – waarin hij het overigens wel over een last onder dwangsom heeft – geeft hij aan dat die dwangsom een financiële prikkel is om jongeren en hun ouders te bewegen hun verantwoordelijkheid te nemen. En, om ervoor te zorgen dat de prikkel een ‘afschrikkende werking’ heeft, is het bedrag van een dwangsom hoog. ‘Ik denk aan 2.500 Euro’, aldus de burgemeester.⁸⁵ Dergelijke uitlatingen van het bevoegde bestuur, waarin termen worden gebruikt als ‘boete’, ‘treffen’ en ‘afschrikkende werking’ zouden als een indicatie voor leedtoevoeging als sanctiedoel kunnen worden gezien. Dat laat wel onverlet dat de sanctie ook mede kan en zal zijn bedoeld om herhaling van de overtreding te voorkomen. Overigens, mochten voor de andere lasten onder dwangsom nieuwe stijl – voor bijvoorbeeld drugshandel op straat en het vervoeren van inbrekerswerktuigen – ook dergelijke termen in toelichtende stukken blijken te staan, dan kan dit ook bij deze sancties voor de kwalificatie een rol spelen.

Ten tweede dringt zich een vergelijking op met de voorwaardelijke strafrechtelijke geldboete.⁸⁶ Op grond van artikel 14a van het Wetboek van Strafrecht (Sr) kan de rechter, als een geldboete is opgelegd, beslissen dat die straf geheel of gedeeltelijk niet zal worden ten uitvoer gelegd. Gedurende een proeftijd moet de veroordeelde zich aan bepaalde voorwaarden houden. De algemene voorwaarde die de rechter bij een voorwaardelijke veroordeling altijd moet stellen is dat de veroordeelde zich gedurende de proeftijd niet schuldig maakt aan een nieuw strafbaar feit.⁸⁷ Wanneer de veroordeelde zich niet houdt aan de voorwaarde, kan de officier van justitie van de rechter vorderen dat de straf, geheel of gedeeltelijk, alsnog ten uitvoer wordt gelegd.⁸⁸ Dit is een stok achter de deur voor de veroordeelde om zich aan de voorwaarde(n) te houden. Voor een voorwaardelijke veroordeling wordt meestal gekozen omdat door oplegging van voorwaarden het gedrag van de verdachte kan worden beïnvloed en deze daardoor hopelijk zal worden weerhouden van het begaan van nieuwe strafbare feiten.⁸⁹

De ABRvS heeft twintig jaar geleden al overwogen dat er tussen de last onder dwangsom, al dan niet ter voorkoming van herhaling, en de voorwaardelijke geldboete principiële verschillen bestaan: ‘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. 14a 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.’⁹⁰ In deze uitspraak was deze constatering van belang omdat deze leidde tot de conclusie dat geen sprake was van dubbele bestraffing: de last onder dwangsom, ook die ter voorkoming van herhaling, was geen bestraffende sanctie en kon daarom worden gecombineerd met een strafsancie.

Bezien in het licht van het criminal charge-begrip is de voorwaardelijk strafrechtelijke geldboete een criminal charge. De reden hiervoor is niet zozeer de aard van de sanctie, maar simpelweg het feit dat deze onderdeel is van het strafrecht en dus op grond van het eerste Engelse criterium zonder meer een criminal charge is. Overigens is ook de aard van de voorwaardelijke strafrechtelijke geldboete in ieder geval voor een deel leedtoevoegend en voor een deel preventief. Voor de last onder dwangsom nieuwe stijl ligt dit ingewikkelder. Daar is de formele kwalificatie niet ‘strafrecht’ en kan alleen inhoudelijk worden gekeken naar de al dan niet leedtoevoegende aard ervan. Zoals we hierboven aangaven, zijn daar wel enkele aanknopingspunten voor te vinden in uitspraken van bestuurders. Maar of dit door het EHRM op zich als voldoende zal worden geoordeeld is twijfelachtig. De last onder dwangsom nieuwe stijl heeft zeker ook kenmerken van herstel en preventie. Kortom, de voorwaardelijke strafrechtelijke geldboete en de last onder dwangsom nieuwe stijl vertonen inhoudelijke overeenkomsten, zijn immers voor een deel gericht op preventie en voor deel op bestraffing, maar daarmee is niet gezegd dat dus ook de dwangsom een criminal charge is.

4.2.4 De zwaarte van de sanctie

Dan het criterium van de zwaarte van de sanctie. Bij de beoordeling van het criminal charge-karakter van sancties die elementen van zowel leedtoevoeging als herstel in zich hebben – en daar is als gezegd bij de last tot handhaving van het messenverbod iets voor te zeggen –

85. https://rotterdam.raadsinformatie.nl/document/8466539/2/s20bb002289_2_56631_tds.

86. Bijv. Albers 2004, p. 82 en recentelijk Teunissen 2019, p. 572, Van der Vorm 2019, p. 19 en de daar aangehaalde literatuur, en J.M.H.F. Teunissen, ‘Bestrijding van drugshandelgerelateerde overlast met een dwangsom ter voorkoming van herhaling van overtreding van een overlastverordening’, *Gst.* 2020/106.

87. Art. 14c lid 1 Sr. Bij de last onder dwangsom nieuwe stijl is van een proeftijd geen sprake. Er wordt alleen een maximaal te verbeuren bedrag vastgesteld. De beoordeling of (nog) sprake is van een herhaling van een overtreding moet, aldus de ABRvS in de in par. 2.1. besproken uitspraak van eind oktober vorig jaar, per overtreding (achteraf) worden vastgesteld. Dit komt naar wij menen de rechtszekerheid voor de overtreder niet ten goede.

88. Art. 6.6.1. van het Wetboek van Strafvordering.

89. Vgl. M.M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 327-328. Zie ook B. van der Vorm, ‘Enkele gedachten over de voorwaardelijke bestuur-

lijke boete in het financieel-economische handhavingsrecht’, *TvS&O* 2019/4, p. 172.

90. ABRvS 11 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6115, *AB* 2000/185, m.nt. Blomberg.

kan de zwaarte van de sanctie een aanvullende rol spelen.⁹¹

Als we deze nader onder de loep nemen, blijken dwangsommen nieuwe stijl die door gemeenten worden opgelegd, in vergelijking met de voor dezelfde overtreding op te leggen strafrechtelijke geldboetes, soms (aanzienlijk) hoger uit te vallen. Zo is de maximum geldstraf op overtreding van het APV-verbod tot het vervoeren of bij zich hebben van inbrekerswerktuigen er een van de tweede categorie: € 4350.⁹² Uit de Richtlijn voor strafvordering en de als bijlage bij die richtlijn geldende ‘Tekstenbundel’ volgt dat bij zo’n OM-strafbeschikking een boete van € 140 kan worden opgelegd.⁹³ Voor hetzelfde vergrijp worden, zo blijkt uit de rechterlijke uitspraken hierover, dwangsommen opgelegd van € 2500 per (herhaalde) overtreding met een maximum van € 10.000.

Voor het messenverbod is deze vergelijking iets lastiger, omdat de strafsancie geldt voor het zelf bezitten van messen en de dwangsom wordt opgelegd aan de ouders van de minderjarige messenbezitter. Maar voor meerderjarigen die zelf met een verboden mes op zak op straat worden aangehouden is de maximale geldstraf een geldboete van de vierde categorie, € 21.750. Volgens de richtlijn voor strafvordering wapens en munitie van het OM wordt evenwel de eerste keer € 350 geëist, bij recidive € 500. Ook hier is de dwangsom, zoals we in de inleiding al aangaven, € 2500 per overtreding. Kortom, ook in deze gevallen is de last onder dwangsom zwaarder dan het in de praktijk gehanteerde vergelijkbare alternatief, de strafrechtelijke geldboete.

Voor drugshandel op straat ligt dit anders. Ook hier geldt dat op overtreding een maximale geldstraf staat van € 4350. Uit de richtlijn voor strafvordering Opiumwet kan worden afgeleid dat hiervoor geen geldboetes maar alleen taakstraffen of vrijheidsstraffen worden geëist. De te verbeuren dwangsommen zijn € 5000 per (herhaalde) overtreding met een maximum van € 20.000.

Deze constatering roepen naar wij menen tenminste de vraag op of zij, samen met wat eerder is opgemerkt over de aard van de overtreding en de aard van de sanctie, niet uiteindelijk zou kunnen of moeten leiden tot de kwalificatie van de last onder dwangsom nieuwe stijl als een criminal charge.

4.3 Tussenconclusie

Er is gelet op het bovenstaande op zich redenen om, zoals ook de ABRvS doet, de last onder dwangsom nieuwe stijl niet als een bestraffende sanctie of een criminal charge aan te merken. Enige twijfel hierover is naar wij menen wel op zijn plaats als we, in samenhang, het tweede en derde Engel-criterium op deze sanctie toe-

passen en daarbij acht slaan op de niet altijd voorspelbare, casuïstische benadering van het EHRM, die vaak gericht is op het concrete geval en waarbij ook de context van de zaak een rol speelt. Vastgesteld kan worden dat de last onder dwangsom nieuwe stijl toch vooral wordt ingezet als eenvoudiger en effectiever alternatief voor het eerder voor dezelfde overtredingen gebruikte strafrecht. Daarbij gaat het dan veelal om zaken waarin de bestuurlijke boete volgens de wetgever niet mag worden gebruikt, omdat deze zaken niet voor bestuurlijke handhaving in aanmerking komen en een te evidente link met het strafrecht hebben. Procedurele strafrechtelijke waarborgen zijn hier als gevolg niet van toepassing. Het is naar wij menen daarom niet geheel ondenkbaar dat dit uiteindelijk voor het ERHM, als zich daar een zaak over deze sanctie aandient, reden kan zijn om deze sanctie als criminal charge te bestempelen. In ieder geval zou het interessant zijn als het EHRM de kans krijgt zich over een sanctie als deze uit te spreken.

Wat zonder meer duidelijk is, is dat het verschil in rechtswaarborgen die gelden voor de overtreder die via het strafrecht wordt aangepakt en de overtreder die, voor dezelfde overtreding, met een last onder dwangsom nieuwe stijl wordt geconfronteerd, niet wenselijk is. Dit kan worden opgelost door een gelijksoortige kwalificatie van beide sancties. In ieder geval lijkt de rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter die kant niet op te gaan. Een minder ingrijpende remedie zou daarom kunnen zijn een indringender toetsing van de hoogte van de dwangsom door die bestuursrechter. Daarover in de volgende paragraaf enkele opmerkingen.

5. Indringender toetsing door de bestuursrechter

We hebben eerder gewezen op de verschillen in rechtswaarborgen, in het bijzonder voortvloeiend uit de bescherming van artikel 6 EVRM. Een essentieel verschil waar het gaat om bestraffende sancties en herstelsancties is gelegen in de wijze waarop de bestuursrechter de hoogte ervan toetst. Het is op dit punt dat de bestuursrechter verdergaande waarborgen zou kunnen bieden dan tot nu toe, ook als hij de last onder dwangsom nieuwe stijl niet als bestraffend wil aanmerken. Het betreft hier met name de wijze van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Recentelijk heeft de ABRvS over de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel een conclusie gevraagd aan de staatsraad advocaat-generaal.⁹⁴ Daarvoor vormden drie zaken, waarin twee verschillende maatregelen aan de orde waren, de aanleiding: een zaak over de invordering van een dwangsom en twee zaken over het sluiten van een woning. De last onder dwangsom nieuwe stijl ontbreekt in dit rijtje,

91. Zie par. 3.

92. Er kan ook een vrijheidsstraf worden opgelegd van maximaal drie maanden.

93. Zie Teunissen 2019, p. 572.

94. www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@124250/conclusie-toetsing-evenredigheid/.

maar had er, naar wij menen, ook onderdeel van kunnen zijn.

Bij bestraffende sancties wordt de evenredigheid van de hoogte van de sanctie en de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid op indringende wijze getoetst.⁹⁵ Hoe toetst de rechter de gerechtvaardigheid van de hoogte van opgelegde dwangsom? Artikel 5:32b, lid 3, Awb bepaalt over de hoogte van de dwangsom dat de bedragen in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom staan. Het bedrag wordt dus bepaald aan de hand van de aard en ernst van de overtreding en de beoogde prikkel. Dat geeft het bestuur aanzienlijke ruimte om de hoogte te bepalen. Deze beslissingsruimte heeft als gevolg dat de bestuursrechter afstandelijk toetst. Bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom heeft het bestuur een grote mate van beoordelingsvrijheid die door de rechter terughoudend moet worden getoetst.⁹⁶ Het gaat erom of het bestuur de hoogte van de dwangsom in redelijkheid heeft kunnen vaststellen.⁹⁷ Alleen als het oordeel luidt dat het vastgestelde bedrag onredelijk hoog is, is sprake van strijd met artikel 5:32b lid 3 Awb.⁹⁸ Er is geen ruimte voor een volle evenredigheidstoets waarin alle omstandigheden worden meegewogen. Alleen de omstandigheden die in artikel 5:32b lid 3 Awb worden aangegeven, zijn relevant.⁹⁹ Wel dient de hoogte van de dwangsom en van het maximaal te verbeuren bedrag te worden gemotiveerd.¹⁰⁰ Een dwangsom is volgens de rechter te hoog als hij hoger is dan nodig is om zijn doel te bereiken. Om dit doel te bereiken kan de hoogte van het bedrag als gezegd worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet naleven van deze regels.¹⁰¹ Van de dwangsom moet een zodanige prikkel uitgaan, dat de opgelegde last wordt uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.¹⁰²

Bij diverse lasten onder dwangsom, maar zeker ook bij de last onder dwangsom nieuwe stijl, is het niet altijd eenvoudig om het voordeel dat het niet uitvoeren van de last onder dwangsom de overtreder oplevert te bepalen. Op dit punt is het interessant te kijken naar de zogenaamde toolkit van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (CVV) ‘Veluwse methode’ uit

2019.¹⁰³ Over de hoogte van de dwangsom bij het uitvoeren of bij zich hebben van inbrekerswerktuigen wordt opgemerkt, dat sinds 2017 de inzet verschuift van een vast bedrag van de maatregel naar een last onder dwangsom die meer in verhouding staat tot de waargenomen gedraging en achterliggende informatie. Deze is casusafhankelijk en niet in beton gegoten. Een last onder dwangsom van bijvoorbeeld € 2500 zal vermoedelijk afdoende zijn voor de lokale verslaafde inbreker die relatief weinig winst oogmerk heeft. Een als zeer actief bekende staande auto-inbreker, die wekelijks tientallen RNS-inbouwnavigatiesystemen wegneemt, zal eerder in aanmerking komen voor een last onder dwangsom die in verhouding staat tot diens vermoedelijk gegenereerde criminele verdiensten. Bij drugshandel op straat wordt aangegeven dat de hoogte afhankelijk van de aangeleverde informatie wordt vastgesteld. Ook hier is de gekozen hoogte casusafhankelijk en vereist deze maatwerk. In geval van een ambtshalve als zeer actief bekendstaande drugsdealer met een groot netwerk van afnemers, of een handelaar in aanzienlijke hoeveelheden, zal een last onder dwangsom van € 10.000 tot € 20.000 per overtreding eerder passend zijn dan € 5000.

Hiermee wordt duidelijk dat het bestuur binnen ruime marges werkt bij het vaststellen van de dwangsomhoogte. In het geval van een dwangsom voor het bij zich hebben van een mes op straat is het zelfs vrijwel ondoenlijk een link te leggen met enig te behalen voordeel. De door het bestuur daarvoor opgelegde bedragen verworden daarmee tot een slag in de lucht. Een ontbrekende of niet deugdelijke motivering van de hoogte van de dwangsom kan, gelet op de eerder aangehaalde rechtspraak, reden zijn voor vernietiging van het dwangsombesluit. Maar in andere gevallen zou de hoogte van de last onder dwangsom nieuwe stijl, mede gelet op het feit dat deze als alternatief wordt gebruikt voor het strafrecht of de bestuurlijke boete voor dezelfde overtreding, indringender moeten worden getoetst dan nu het geval is. Er zijn al wel eerder oproepen gedaan om opgelegde dwangsombedragen indringender te toetsen.¹⁰⁴ Hierbij is ook gewezen op een mogelijke noodzaak die hiervoor uit het Unierecht zou voortvloeien.¹⁰⁵ Maar vooralsnog is de toetsing van de hoogte van de opgelegde dwangsommen als gezegd afstandelijk.¹⁰⁶ Het komt niet vaak voor dat de rechter dwangsombedragen naar beneden bijstelt.¹⁰⁷

Een indringender toetsing van de hoogte van de last onder dwangsom nieuwe stijl zou ertoe leiden dat het verschil in waarborgen met het mogelijke alternatief

95. Vgl. Barkhuysen e.a. 2016, p. 91.

96. ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5757, AB 2008/124, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:328, AB 2014/304 m.nt. Vermeer.

97. ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:164.

98. ABRvS, 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2798.

99. ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504, AB 2014/162 m.nt. Van Mil.

100. CBB 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424, AB 2009/394, m.nt. Michiels; ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:533; ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2908.

101. ABRvS 10 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX0732, AB 2006/230, m.nt. Michiels en ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504, AB 2014/162 m.nt. Van Mil.

102. ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:328, AB 2014/304 m.nt. Vermeer; ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1100; ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1743; ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:86.

103. https://hetccv.nl/fileadmin/Bestanden/Onderwerpen/Woninginbraak/Toolkit_Veluwse_Methode_V2019.1.pdf. Zie ook Teunissen 2019, p. 573.

104. Bijv. Michiels e.a. 2016, p. 228.

105. M.n. HvJEU 8 december 2011 (*KME/Commissie*), ECLI:EU:C:2011:816, AB 2012/325, m.nt. Widdershoven.

106. Michiels e.a. 2016, p. 228.

107. (Zeldzame) voorbeelden zijn ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6256, AB 2010/110, m.nt. Michiels en CBB 18 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:155, AB 2014/305, m.nt. Vermeer.

– strafrechtelijk optreden of het opleggen van een bestuurlijke boete – wordt verkleind. Door de rechter zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de strafrechtelijke boetebedragen die voor de gedraging in de regel worden opgelegd. Een dwangsom zou in ieder geval naar wij menen niet hoger mogen zijn dan het maximum boetebedrag dat opgelegd zou kunnen worden in geval er strafrechtelijk gehandhaafd zou worden. Een dergelijke aanpak heeft ten slotte nog een belangrijk bijkomend staatsrechtelijk voordeel. Maximumstraffen in de strafrechtelijk kolom zijn – uiteindelijk – terug te leiden tot de volksvertegenwoordiging, waardoor ook de hoogte van de dwangsom nieuwe stijl een indirecte democratische legitimatie krijgt.

6. Conclusie

Het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties blijft vragen oproepen. Vanwege het verschil in rechtswaarborgen voor de overtreder is de kwalificatie van een sanctie als het een of het ander van groot belang. Dit geldt met name ook voor de inzet van de last onder dwangsom nieuwe stijl, die de laatste jaren als alternatief voor het strafrecht en de bestuurlijke boete wordt gehanteerd. De ABRvS kwalificeert (ook) deze sanctie als niet-bestruffend. Daar is zeker iets voor te zeggen. Toch is enige twijfel op zijn plaats, met name in het licht van het criminal charge-begrip van artikel 6 EVRM. Wat zonder meer duidelijk is, is dat het verschil in rechtswaarborgen die gelden voor de overtreder die via het strafrecht wordt aangepakt en de overtreder die, voor dezelfde overtreding, met een last onder dwangsom nieuwe stijl wordt geconfronteerd, niet wenselijk is. Een indringender toetsing van de hoogte van de opgelegde dwangsom kan de rechtswaarborgen voor de overtreder op een belangrijk punt versterken.