

Repressief bestuursrecht

Rob Widdershoven¹

Bespreking van het preadvies voor de NJV-jaarvergadering 2022 van Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik ‘De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid’, in: *De repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief, Handelingen NJV*, 150^e jaargang/2022, Wolters Kluwer 2022, p. 95-189.

‘D e afgelopen kwart eeuw is het bestuursrecht ontegenzeggelijk steeds repressiever geworden.’² Met die constatering begint het preadvies ‘*De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid*’, dat Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik dit jaar hebben geschreven voor de Nederlandse Juristen Vereniging (NJV). Het is een prachtig preadvies geworden, dat leest als een trein en getuigt van een grote kennis van het onderwerp. Hoewel de analyses afgewogen en genuanceerd zijn, leidt hun betoog tot prikkelende stellingen. Als de preadviseurs hun zin krijgen, voert de wetgever binnenkort alleen nog nieuwe bestuurlijke sancties en maatregelen in als ze strikt noodzakelijk zijn, dragen wetgever, bestuur en rechter gezamenlijk zorg voor een evenredige sanctionering (ook bij cumulatie van bestuurlijke maatregelen en strafsancities), stemt de bestuursrechter de toetsingsintensiteit van bestuurlijke sancties af op de ingrijpendheid ervan, geldt bij zware ingrepen in grondrechtelijke belangen de eis van een voorafgaande rechterlijke toestemming et cetera.

Hierna wordt bekeken hoe de preadviseurs tot deze en nog veel meer voorstellen zijn gekomen en of alles even wenselijk is. Daartoe wordt eerst de inhoud van het preadvies op hoofdlijnen weergegeven (par. 1). Daarna besteed ik achtereenvolgens aandacht aan het belang van evenredigheid (par. 2), aan de verantwoordelijkheid van de gehele trias voor een goede balans bij de handhaving (par. 3) en aan voorafgaande rechterlijke betrokkenheid (par. 4).

1. Het preadvies in vogelvlucht

In het preadvies onderzoeken Barkhuysen & Van Emmerik de vraag op welke wijze het huidige bestuursrecht de tendensen in de repressieve samenleving van de afgelopen jaren weerspiegelt, of het bestuursrecht voldoende tegenwicht biedt om de rechtsstatelijke positie van de burger te waarborgen en, zo nee, op welke wijze deze positie voldoende bescherming kan krijgen.³ De vraagstelling gaat ervan uit dat de samenleving de laatste decennia repressiever is geworden en die vooronderstelling is ongetwijfeld correct.

‘Repressief’ is voor de preadviseurs in de context van het bestuursrecht overigens niet alleen negatief.⁴ Zoals zij terecht vaststellen heeft het bestuursrecht immers altijd, naast een waarborgfunctie, ook een instrumentele functie gehad. De inzet van ‘repressieve’ middelen kan in dat verband nodig zijn om een veilige samenleving te garanderen, de openbare orde te handhaven, de volksgezondheid te beschermen, fraude en terrorisme te bestrijden, et cetera. Het aanwenden van instrumentele handhavingsmiddelen kan zelfs voortvloeien uit de positieve verplichting om burgers te beschermen tegen het gevaar op aantasting van hun recht op leven (artikel 2 EVRM) en van het recht op privéleven, ernstige gezondheidsschade daaronder begrepen (artikel 8 EVRM).⁵ Bovendien geldt op grond van het Unierecht voor de lidstaten de plicht om Unierechtelijke normen effectief, afschrikwekkend en evenredig te handhaven.⁶ Waar het op aankomt is het vinden van het juiste evenwicht tussen enerzijds de instrumentele inzet van het bestuursrecht en anderzijds het waarborgen van de rechtsstatelijke positie van de burger die met handhaving te maken krijgt. Of, zoals de preadviseurs het stellen:

‘er moet een evenwicht worden gevonden tussen “wetteloosheid”, in die zin dat de wet niet wordt nageleefd, en “rechteloosheid”, waarmee wordt bedoeld op het te veel in het gedrang laten komen van fundamentele rechten bij het afdwingen van de naleving van wetten.’⁷

In het preadvies wordt repressief bestuursrecht ruim opgevat. Daaronder wordt verstaan ‘het toekennen aan en gebruik door het bestuur van min of meer ingrijpende bevoegdheden teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen en ongewenst gedrag tegen te gaan (waaronder ook preventie valt).’⁸ Het kan gaan om toezichts- en handhavingbevoegdheden, maar ook om het stellen van ingrijpende vergunningsvoorschriften. Al die bevoegdheden zijn de laatste jaren toegenomen. Dat blijkt goed uit de schets die de preadviseurs in hoofdstuk 2 geven van het huidige repressieve bestuursrechtelijke instrumentarium. Wat betreft toezicht omvat dat – in aanvulling op de

reguliere bevoegdheden van titel 5.2 Awb – ingrijpende bevoegdheden als structurele observaties en cameratoezicht, uitlokking en pseudokoop⁹ en algoritmegestuurd toezicht. Die toename geldt ook voor het arsenaal van bestuurlijke sancties en maatregelen dat, naast de in de Awb geregelde lasten onder bestuursdwang en dwangsom en de bestuurlijke boete, een groot aantal andere voor betrokkene ingrijpende middelen bevat, zoals hoge terugvorderingen, huisverboden en gebiedsontzeggingen. Bovendien worden steeds hogere bestuurlijke boetes ingezet in inmiddels meer dan 150 wetten, ook tegen moeilijk vast te stellen overtredingen, zoals wettelijke zorgplichten. Daarmee zijn uitgangspunten die in de jaren negentig nog maatgevend waren, namelijk dat van de bestuurlijke boete terughoudend gebruik zou moeten worden gemaakt en alleen voor de bestraffing van overtredingen van voldoende duidelijke normen die eenvoudig zouden kunnen worden vastgesteld, ‘volstrekt achterhaald’.¹⁰ Wat de preadviseurs ook terecht constateren is dat de overheid

Uitgangspunten die in de jaren negentig nog maatgevend waren zijn ‘volstrekt achterhaald’

behalve van het bestuursrecht in veel gevallen ook gebruik kan maken van strafrecht en/of privaatrecht om bestuursrechtelijke normen te handhaven. Daarbij kunnen samenloopproblemen aan de orde zijn.

Het *pièce de resistance* van het preadvies is hoofdstuk 3, waarin de preadviseurs een rechtsstatelijke analyse geven van een aantal representatieve handhavingsinstrumenten. Deze analyse heeft een tweeledig doel, ten eerste om illustreren wat in het bestuursrecht inmiddels ‘allemaal te koop is’, en ten tweede, om te beoordelen of bij die instrumenten voldoende tegenwicht wordt geboden via wettelijke waarborgen en rechtsbescherming.¹¹ Daarbij wordt, indien toepasselijk ook een vergelijking gemaakt met de rechtsbescherming in het strafrecht van vergelijkbare maatregelen. Achtereenvolgens passeren de volgende structurele observatie, toezichtsalgoritmen (beide in de categorie toezicht), intrekking begunstigende beschikking,

terugvordering, hoge dwangsom bij last, aanwijzing staken exploitatie (kinderopvang en financieel toezicht), *naming and shaming* (alle in de categorie herstel), boete gefixeerd via beleidsregel, boete gefixeerd via algemeen verbindend voorschrift (beide in de categorie bestraffend), huisverboden, gebiedsverboden (beide in de categorie openbare orde) en vreemdelingenbewaring (categorie overig). De analyse van elk instrument geschiedt aan de hand van de relevante wetgeving, literatuur en rechtspraak, is bijzonder informatief en – dat is heel knap – onttaardt niet in een omgevallen boekenkast.

In hoofdstuk 5 worden aan de hand van de analyses in hoofdstuk 4 lessen getrokken voor wetgever, bestuur, rechter en burger, die voor een betere en meer structurele balans zouden zorgen bij de introductie en inzet van repressieve bestuursrechtelijke instrumenten. Die lessen worden in hoofdstuk 6 samengevat in 17 stellingen en aanbevelingen. In het vervolg bespreek ik een aantal belangrijke lessen.

2. Weg met de tweedeling, leve de evenredigheid

Een belangrijke les van Barkhuysen & Van Emmerik, waarmee ik zeker kan instemmen,¹² is dat bij de waarborgen voor bestuurlijke sanctionering het onderscheid tussen bestraffende sancties (*criminal charges*) en herstelsancties moet worden gerelativeerd. Die relativering beoogt niet om bij bestraffende bestuurlijke sancties te ontkomen aan de ‘strafrechtelijke’ waarborgen van het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (strafrechtelijke legaliteit, indringende rechterlijke toetsing, onschuldpresumptie, *nemo tenetur, ne bis in idem*). Behalve de bestuurlijke boete worden bestuurlijke sancties en maatregelen in de nationale en Europese rechtspraak echter niet aangemerkt als bestraffend of *criminal*.¹³ Voor al die sancties en maatregelen heeft die fixatie op het EVRM dus geen betekenis. Daarom zou de ingrijpendheid van de betreffende sancties of maatregelen bepalend moeten zijn voor de normering.¹⁴

Dat geldt – zoals de preadviseurs terecht signaleren – sinds de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 2 februari 2022 in de zaak *Harderwijk* al voor de indringendheid van de rechterlijke toetsing.¹⁵ Volgens de nieuwe lijn moeten sancties als ze ingrijpender zijn, indringender worden getoetst op evenredigheid, waarbij bovendien de uit het Unierecht en EVRM afkomstige driestapstoets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid wordt toegepast. De preadviseurs stellen in dit verband dat de rechter aldus de evenredigheid van de sanctie of maatregel in het concrete geval moet garande-

Auteur

1. Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is als hoogleraar Europees Bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht.

Noten

2. Preadvies, p. 100.
3. Preadvies, p. 105.
4. Preadvies, p. 100.

5. Preadvies, p. 100-101, 106-113.

6. Vergelijk HvJ EU 21 september 1989, nr. C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Commissie/Griekenland*). Deze verplichting is in ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571 (*Greenpeace*), van toepassing verklaard in het gehele bestuursrecht, ook dus in handhavingzaken die uitsluitend worden beheerst door het nationale recht.

7. Preadvies, p. 101.

8. Preadvies, p. 104-105

9. Art. 3:3a Wet handhaving consumentenbescherming. Inmiddels schrijft het Unierecht op sommige terreinen ook al digitale pseudokoop voor, bijvoorbeeld in art. 14 lid 4 onder j Verordening (EU) 2019/1020, betreffende markttoezicht en conformiteit van producten, *PbEU* 2019, L 169/1.

10. Preadvies, p. 102.

11. Preadvies, p. 121.

12. Deze les sluit namelijk heel goed aan bij de opvatting van P.J. Wattel en mijzelf in

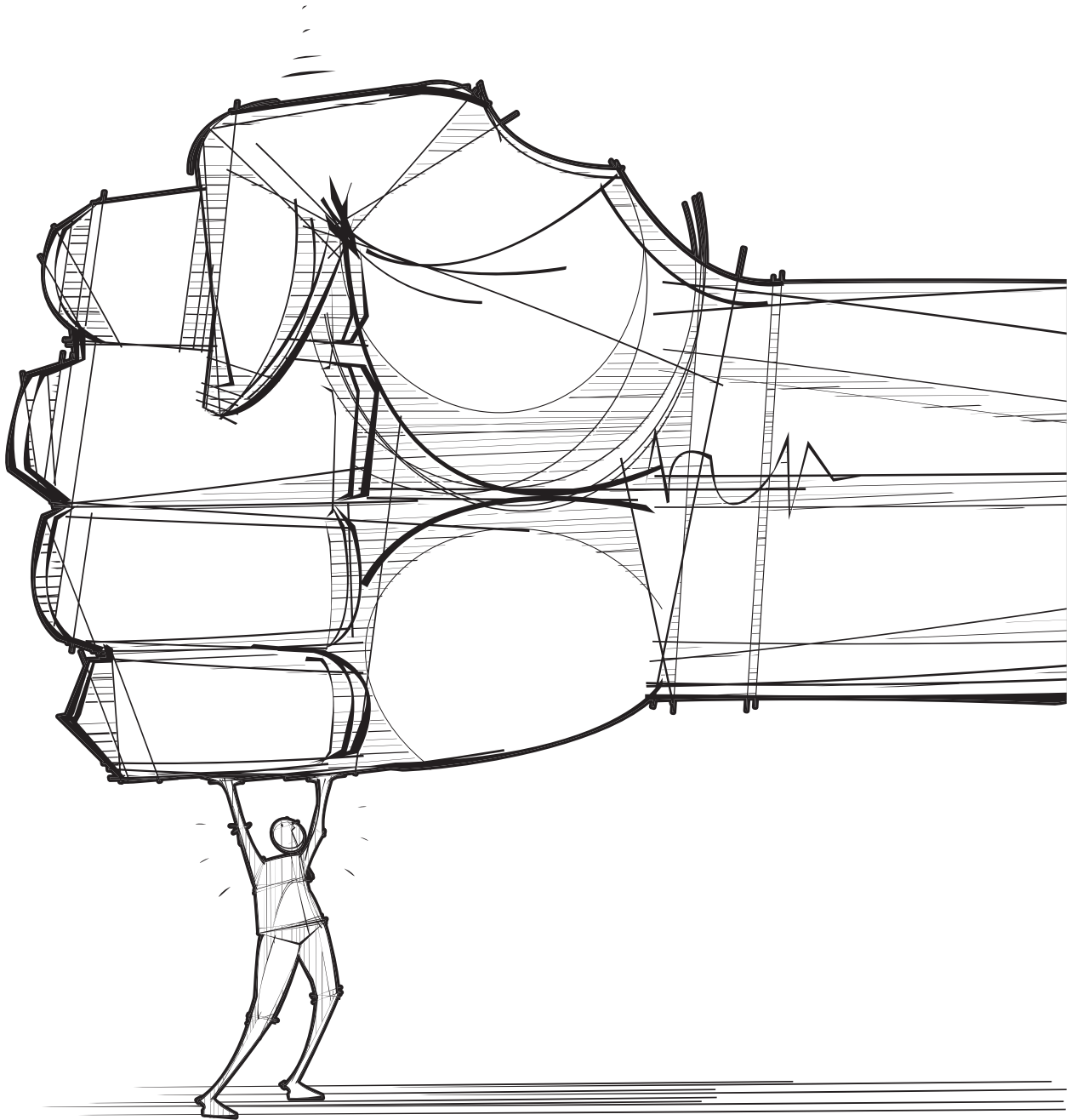
onze conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 6.

13. Vgl. de hiervoor genoemde conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 5 en par. 6.2.

14. Preadvies, p. 181-182.

15. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*).

Vgl. Preadvies, p. 182.



ren, waarbij deze het 'niet plus'-criterium moet toepassen.¹⁶ Dat is inderdaad een mooie maatstaf.

Nuancering van de tweedeling opent ook mogelijkheden om alternatieve waarborgen te ontwikkelen voor

De rechter moet de evenredigheid van de sanctie of maatregel in het concrete geval garanderen, waarbij deze het 'niet plus'-criterium moet toepassen

cumulatie van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties als het beginsel van *ne bis in idem* niet van toepassing is. Naar huidig recht geldt het beginsel voor de samenloop van twee bestraffende bestuurlijke sancties of van een bestraffende bestuurlijke sanctie en een strafrechtelijke sanctie.¹⁷ Omdat bestuurlijke sancties, als gezegd, meestal niet worden aangemerkt als 'bestraffend', is de betekenis van het beginsel bij bestuurlijke sanctionering echter heel beperkt. Om meer bescherming te bieden tegen de cumulatie van ingrijpende maatregelen en sancties stellen de preadviseurs voor dat de rechters moeten bezien of het gecumuleerd effect van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties evenredig is. Aldus kan 'op basis van 'hetzelfde feitencomplex' ook los van een strikte *ne bis in idem*-kwestie tot een evenredige uitkomst worden gekomen'.¹⁸ Dat lijkt mij een uitstekend voorstel.

In de rechtspraak ziet men soms al toepassingen van deze lijn.¹⁹

3. De trias tegen repressie?

Om tot een sanctiesysteem te komen, waarin wetten worden gehandhaafd op een rechtsstatelijke wijze ligt er – volgens de preadviseurs – een taak bij alle actoren van de trias.²⁰ Wat betreft maatwerk heeft de wetgever een belangrijke rol. Die moet ervoor zorgen dat de evenredigheid van repressieve maatregelen al zoveel mogelijk is verdisconteerd in de wettelijke regeling.²¹ Dat geldt ook voor beleidsregels. De rechter moet er vervolgens voor zorgen dat toepassing van die regels in de concrete omstandigheden van het geval evenredig uitvalt. Die moet – aldus de preadviseurs – ‘durven ingrijpen in geval van kennelijke onbillijkheid en zich niet achter de wetgever of het bestuur verschuilen’.²² Dat alles klinkt heel verstandig en sluit wat betreft de rol van de wetgever en bestuur ook goed aan bij de opmerking van de Nationale ombudsman in de Tweede Kamer bij de bespreking van zijn jaarverslag, dat ‘maatwerk geen oplossing is voor slecht beleid’. Als beleid en wetgeving slecht zijn, is rechterlijk maatwerk immers al snel pleisters plakken, omdat rechters alleen incidenteel kunnen ingrijpen als een burger beroep heeft ingesteld.

Ook de opmerking van de preadviseurs dat rechters zich bij kennelijke onbillijkheden niet achter wetgever of bestuur moeten verschuilen, is mij uit het hart gegrepen. Voor zover die onbillijkheden in beleidsregel of lagere regelgeving zitten, biedt het huidige recht de rechter voldoende middelen voor correcties, waarvan de rechters ook steeds meer gebruik maken.²³ Bij formeel-wettelijke onbil-

Ook de opmerking van de preadviseurs dat rechters zich bij kennelijke onbillijkheden niet achter wetgever of bestuur moeten verschuilen, is mij uit het hart gegrepen

16. Preadvies, p. 179, p. 189 (stelling & aanbeveling 12).

17. Op grond van art. 5:43 Awb voor de samenloop van twee bestuurlijke boetes, en op grond van art. 5:44 Awb en art. 243 lid 2 Sv voor de samenloop van een bestuurlijke boete en een strafrechtelijke sanctie. De toepasselijkheid van het beginsel op twee bestraffende bestuurlijke sancties, niet zinnig de een bestuurlijke boete, volgt uit de rechtspraak van de Afdeling, bijv. ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863. Verder kan in een uitzonderlijke situatie het beginsel dat ten grondslag ligt aan art. 68 Sr,

cumulatie van een ingrijpende bestuurlijke sanctie, in het bijzonder het alcoholslot, met een strafrechtelijke sanctie verbieden (vgl. HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434).

18. Preadvies, p. 179-180.

19. Vgl. ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1803, waarin de Afdeling oordeelt dat het bestuursorgaan bij de gecombineerde oplegging van een herstelsanctie (stillegging van werk) en een bestuurlijke boete voor dezelfde feiten, het evenredigheidsbeginsel in acht moet nemen. Zie HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, waarin de Hoge

lijkheden bestaat daarover meer twijfel. De preadviseurs bepleiten op dat punt dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet zou moeten worden afgeschaft en in elk geval zo restrictief mogelijk zou moeten worden uitgelegd.²⁴ Ook formele wetten zouden dan kunnen worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Over deze kwestie heeft staatsraad advocaat-generaal G. Snijders op 18 mei 2022 een conclusie genomen.²⁵ Daarin wordt een restrictieve uitlegging van het toetsingsverbod afgewezen, maar wordt wel gewezen op de mogelijkheden die beginselconforme wetsuitleg en *contra legem* toepassing van rechtsbeginselen bieden om onevenredige formeel-wettelijke uitkomsten te voorkomen.

Verder stellen de preadviseurs terecht dat de wetgever pas moet overgaan tot een verzwaring of uitbreiding van het bestuurlijke sanctiepakket als daarvoor een strikte noodzaak bestaat.²⁶ Incidentenpolitiek zou moeten worden vermeden. Die noodzakelijkheidseis wordt al gesteld in de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar zou ook daadwerkelijk moeten worden toegepast. Bovendien moet bij de introductie van een nieuwe sanctie al worden voorzien in passende waarborgen. Dat is van groot belang, omdat de wetgever het bestuur steeds ‘meer repressieve armslag’ verleent en de ‘waarborgen daar veelal achteraan hobbelen’.²⁷ Weliswaar, zo stellen de preadviseurs, komt de bestuursrechtspraak de laatste jaren op enig moment wel tot ‘noodzakelijk correcties’, maar dat kost altijd enige en soms veel tijd.

Tegelijkertijd zou de wetgever bij sommige onderwerpen juist wat actiever mogen zijn, in het bijzonder bij de regulering van steeds ingrijpendere toezichtsbevoegdheden. Dat geldt bijvoorbeeld voor structurele observaties door middel van camera’s, peilbakens, warmtezoekers en andere digitale middelen.²⁸ Daarvoor zou volgens de preadviseurs een specifieke wettelijke grondslag moeten worden gecreëerd, waarbij de inzet van deze middelen met meer waarborgen moet worden omkleed, onder meer door de eis van voorafgaande rechterlijke toestemming. Op deze eis kom ik in par. 4 terug. Volgens de preadviseurs zou zo’n toestemming ook moeten gelden voor de inzet van toezichtsalgoritmen, zoals de Fraude Signalerings Voorziening van de Belastingdienst.²⁹ Hoewel ik het doel van dit voorstel, het creëren van een effectieve rechtsweg tegen het gebruik van dergelijke algoritmen, steun, betwijfel ik wel of dit voorstel toereikend is. In de eerste plaats is het niet echt praktisch om de rechter per geval te laten

Raad oordeelt dat de strafrechter bij strafoplegging rekening kan houden met een reeds verbeurde dwangsom (zie ook Preadvies, p. 140).

20. Preadvies, p. 174-184.

21. Preadvies, p. 176-177.

22. Preadvies, p. 179.

23. Vgl. voor beleidsregels, de conclusie van Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 9.2, en voor algemeen verbindende voorschriften, M. van Zanten, ‘Het ‘hernieuwd’ exceptief toetsen van algemeen verbindende voorschriften. Naar een meer verfijnde toepas-

sing van het evenredigheidsbeginsel’, in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 111-136.

24. Preadvies, p. 181.

25. Conclusie van staatsraad advocaat-generaal G. Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

26. Preadvies, p. 174.

27. Preadvies, p. 183.

28. Preadvies, p. 125.

29. Preadvies, p. 127.

oordelen over de inzet van een algoritmisch systeem (als dat de bedoeling is van de preadviseurs). In de tweede plaats betwijfel ik of de rechter voldoende deskundig is om een concreet systeem te kunnen beoordelen op daarin ingebouwde onrechtmatigheden. Volgens mij kan die taak beter worden opgedragen aan een algoritmetoezichthouder (met beroep op de rechter), waaraan niet alleen juristen maar ook technici zijn verbonden.³⁰

4. Voorafgaande rechterlijke betrokkenheid? Ja, maar met mate

Het meest ingrijpende voorstel van Barkhuysen & Van Emmerik betreft hun wens dat bij 'zeer op de grondrechten ingrijpende' sancties, maatregelen en toezichtbevoegdheden sprake moet zijn van een voorafgaande rechterlijke toets ten gronde.³¹ In dit verband leggen zij de link met het strafrecht en beogen zij ongerechtvaardigde verschillen tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving te voorkomen. Hoewel sympathiek roepen dit voorstel en de uitwerking ervan bij mij wel diverse vragen op. Die worden hierna besproken, waarbij ik onderscheid maak tussen de voorafgaande instemming bij de toepassing van ingrijpende toezichtbevoegdheden en die bij de oplegging van sancties en maatregelen.

Wat betreft toezicht bepleiten zij, zoals al aangegeven, voorafgaande instemming of verlof door een rechter-commissaris bij de inzet van een ingrijpende bevoegdheid als structurele observatie door middel van digitale middelen.³² Dat lijkt mij een goed voorstel. Of zo'n toestemming ook moet gelden bij huisbezoeken in de sociale zekerheid, zoals de preadviseurs suggereren, weet ik niet zeker. In elk

voorwaarden ervan, maar de procedure is niet contradictoir en de verdachte is doorgaans niet op de hoogte van het feit dat hij voorwerp is van onderzoek. Dat is logisch, want anders zou de inzet van de genoemde middelen ineffectief zijn. Wat mij onduidelijk is, is wat de preadviseurs nu precies verwachten van de inzet van de rechter-commissaris bij toezichtsbevoegdheden. Is dat conform het strafrecht een waarborg voor een correcte toepassing van die middelen of is die toestemming bedoeld als een vorm van rechtsbescherming tegen de concrete inzet van een bepaald toezichtsmiddel? In die laatste richting gaat hun wens om bij ingrijpende toezichtmiddelen een 'rechterlijke toetsing ten gronde' te introduceren.³⁴ Dit punt zouden preadviseurs tijdens de jaarvergadering kunnen verhelderen.

Wat betreft sancties en maatregelen zijn de preadviseurs van oordeel dat vanwege de ingrijpendheid een voorafgaand rechterlijk verlof zou moeten worden ingevoerd bij het huisverbod, het gebiedsverbod, *namings- and shaming*, de aanwijzing staken exploitatie (van bijvoorbeeld kinderopvanglocaties en banken) en de vreemdelingenbewaring.³⁵ Verder zou die invoering volgens hen kunnen worden overwogen bij de sluiting van drugspannen, de ontneming van het Nederlanderschap en misschien ook nog bij de oplegging van hoge boetes. Ook hierbij is het de vraag wat de preadviseurs precies met dat rechterlijke verlof beogen. Is dat een niet-contradictoire test op de correcte aanwending van de bevoegdheid, betreft het een contradictoire toetsing 'ten gronde' van de sanctie of maatregel of beogen zij een systeem waarbij de rechter deze sancties oplegt op vordering van een bestuursorgaan?³⁶ Verder betwijfel ik serieus of de rechtsstatelijke problemen bij de oplegging van al deze sancties en maatregelen werkelijk zo groot zijn, dat een rechterlijk verlof over de hele linie noodzakelijk is. De belangrijkste algemene reden die de preadviseurs noemen voor de invoering van een rechterlijk verlof is dat belanghebbenden tegen deze maatregelen rechtsbescherming op korte termijn kunnen krijgen in een voorlopigevoorzieningsprocedure, maar dat de toetsing in die procedure terughoudend is.³⁷ Dat moge zo zijn, maar dat roept dan wel weer de vraag op wat men precies verwacht van die verlofprocedure en of de toetsing in die procedure veel indringender is. Bovendien zal de rechter vergeleken met het beperkte aantal voorlopigevoorzieningsverzoeken waarover hij nu moet oordelen, met zo'n duizend (verlof)zaken extra te maken krijgen,³⁸ wat de vraag oproept of de toetsing ervan werkelijk veel indringender zal zijn. Als dat al zo is, zal de oplegging van deze sancties uitgaande van het huidige aantal rechters vertraging oplopen. Dat staat op gespannen voet met een effectieve toepassing van deze sancties. Die effectiviteit is volgens de preadviseurs ook belangrijk en kan zelfs voortvloeien uit positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM (huisverbod, gebiedsverbod) of uit het EU-recht (aanwijzing staken exploitatie bank).

Kortom, bij de oplegging van een of enkele bestuurlijke sancties of maatregelen (zoals vreemdelingenbewaring) is de eis van voorafgaande rechterlijke betrokkenheid wellicht een goede gedachte. Wel moet duidelijk zijn wat die voorafgaande betrokkenheid precies inhoudt. Ik ben er echter niet van overtuigd dat deze betrokkenheid

Wat verwachten de preadviseurs precies van de voorafgaande rechterlijke toets?

geval is de vergelijking die ze in dit verband maken met de strafrechtelijke huiszoeking volgens mij niet geheel correct.³³ Bij een huisbezoek is de burger, anders dan bij een huiszoeking, immers niet verplicht om de toezichthouder binnen te laten en bovendien kan zo'n bezoek niet verder gaan dan 'zoekend rondkijken' (en betreft het geen doorzoeking). Kortom, het bestuursrechtelijke huisbezoek is ingrijpend, maar gaat niet zover als de strafrechtelijke huiszoeking. Wat mij verder niet duidelijk is, is wat de preadviseurs precies van de voorafgaande rechterlijke toets verwachten. In het strafprocesrecht, waarnaar de preadviseurs ter onderbouwing verwijzen, is voor inzet van dwangmiddelen (bijvoorbeeld de telefoontap ex artikel 126m Sv) een machtiging van de rechter-commissaris vereist en zijn opsporingsbevoegdheden als doorzoeking (artikel 110 Sv) en inbeslagname c.q. bevel tot uitlevering (artikel 104 en 105 Sv) in beginsel toebedeeld aan de rechter-commissaris. Deze machtigings- en primaire bevoegdheden van de rechter-commissaris vormen een belangrijke waarborg voor de naleving van toepassings-

Als het zo is dat deze maatregelen in de voorlopigevoorzieningsprocedure te terughoudend worden getoetst dan kan men beter daar wat aan doen

bij zoveel sancties en maatregelen werkelijk nodig is. Als het zo is dat deze maatregelen in de voorlopigevoorzieningsprocedure te terughoudend worden getoetst dan kan men beter daar wat aan doen, dan het systeem te herzien op een wijze die vermoedelijk ontwrichtend zal werken op de effectiviteit ervan. Al met al vereist dit voorstel nog nadere doordenking en waarschijnlijk meer maatwerk.

5. Conclusie

Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik hebben de bestuursrechtelijke handavingsliteratuur verrijkt met een prachtig NJV-preadvies met afgewogen analyses en prikkelende stellingnames. Met veel van hun stellingen

kan ik instemmen. Dat geldt voor het belang dat zij hechten aan evenredigheid 'nieuwe stijl' als toetsingsmaatstaf voor de toepassing van bestuurlijke sancties en maatregelen en als waarborg bij cumulatie van bestuurlijke sancties onderling en tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sancties. Dat geldt ook voor de gedeelde verantwoordelijkheid van wetgever, bestuur en rechter om te zorgen voor het juiste evenwicht tussen 'wetteloosheid' en 'rechteloosheid'. Het door hen bepleite voorafgaande rechterlijke verloop bij ingrijpende toezichtinstrumenten en andere maatregelen en sancties kan nuttig zijn, maar vereist volgens mij wel nadere doordenking zowel wat betreft de precieze reikwijdte als de door hen beoogde inhoud van de rechterlijke beoordeling. •

30. Vgl. ook Coalitieakkoord CDA, CU, D66, VVD 2021-2025, *Omzien naar elkaar*, 15 december 2021, p. 13.

31. Preadvies p. 184, p. 189 (stelling & aanbeveling 11).

32. Preadvies, p. 173.

33. Preadvies, p. 173-174.

34. Preadvies, p. 184. Misschien beogen de

preadviseurs bij sommige toezichtbevoegdheden een test à la de strafrechtelijke rechter-commissaris en bij andere een beroep bij de rechter-commissaris over de concrete toepassing van zo'n bevoegdheid bijvoorbeeld een informatievordering ex art. 5:16 en 5:17 Awb. Dat zou natuurlijk ook kunnen.

35. Preadvies, p. 175.

36. Dit is ook van belang vanwege de vraag of tegen de sanctieoplegging nog beroep in twee instanties openstaat.

37. Vgl. in die zin Preadvies, p. 175 (algemeen), p. 148 (*naming-and-shaming*) en p. 159 (huisverbod).

38. Dit is niet meer dan een schatting,

omdat het preadvies geen cijfers bevat.

Naar mijn inschatting komen *naming-and-shaming*-beslissingen, huisverboden en vreemdelingenbewaringsbesluiten alleen al aardig in de richting van zo'n duizend zaken.