

De repressieve samenleving

*Vanuit civiel-, bestuurs-
en strafrechtelijk perspectief*

Preadviezen van

Tom Barkhuysen

Johannes Bijlsma

Michiel van Emmerik

Stijn Franken

Petra van Kampen

Anne Keirse

Vanessa Mak



Wolters Kluwer

De repressieve samenleving

De repressieve samenleving

Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief

Preadviezen van

Prof. mr. Tom Barkhuysen

Mr. dr. Johannes Bijlsma

Mr. dr. Michiel van Emmerik

Prof. mr. Stijn Franken

Prof. dr. mr. Petra van Kampen

Prof. mr. dr. Anne Keirse

Prof. dr. mr. Vanessa Mak



Wolters Kluwer

Verkorte citeerwijze: Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving* 2022/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 16867 9

NUR 820-102

© 2022, Wolters Kluwer Nederland B.V., T. Barkhuysen e.a.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via wolterskluwer.com/nl-nl/privacy-cookies.

^
Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
v

NAVIGATOR



De preadviseurs



Prof. mr. Tom Barkhuysen studeerde staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht en Europees- en internationaal recht aan de Universiteit Leiden. Aan die laatste universiteit promoveerde hij in 1998 op een proefschrift over de eisen die het Europese recht stelt aan nationale rechtsbescherming. Hij is op dit moment advocaat-partner bestuursrecht bij Stibbe. Daarnaast is hij hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en onder meer lid van de redactie van het Nederlands Juristenblad.



Mr. dr. Johannes Bijlsma is universitair hoofddocent strafrecht aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (beide Universiteit Utrecht). Zijn recente onderzoek is gericht op de toenemende inzet van het strafrecht als middel om gevaar voor recidive te beheersen.



Mr. dr. Michiel van Emmerik is hoofddocent staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden. Daarnaast is hij rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Midden-Nederland (afdeling bestuursrecht). Hij verzorgt onderwijs op alle niveaus (Ba, Ma, PAO). Zijn onderzoek richt zich op de doorwerking van Europese grondrechten in het Nederlandse bestuursrecht en op de rechtsbescherming in het bestraffende bestuursrecht. Als wetgevingsjurist bij het ministerie van BZK leverde hij een belangrijke bijdrage aan de Vierde tranche van de Awb (met name het deel over de bestuurlijke boete). Hij is onder meer vaste annotator van de *AB*.



Prof. mr. Stijn Franken is advocaat in Amsterdam en als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.



Prof. dr. mr. Petra van Kampen is hoogleraar Strafrechtspraktijk aan de Universiteit Utrecht en (strafrecht-) advocaat te Amsterdam. Ze schrijft veelvuldig over onderwerpen die de strafrechtspraktijk raken.



Prof. mr. dr. Anne Keirse is raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam en hoogleraar burgerlijk recht bij het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Zij is lid van de European Group on Tort Law, het European Centre of Tort and Insurance Law en de International Academy of Commercial and Consumer Law. Bij haar academische en rechterlijke werkzaamheden richt zij zich, varend op een diepgravende kennis van het positieve recht, op de ontwikkeling van het nationale en Europese verbintenissenrecht. Het is haar ambitie om te ontdekken wat de koers van het privaatrecht is en te concretiseren hoe en waarom die koers kan worden bekrachtigd of beïnvloed.



Prof. dr. mr. Vanessa Mak is hoogleraar Civiel recht aan de Universiteit Leiden. Zij was vanaf 2008 verbonden aan Tilburg University, waar zij in 2014 benoemd werd tot hoogleraar Nederlands en Europees verbintenissenrecht. Van 2017-2020 was zij tevens vice-decaan onderzoek aan Tilburg Law School. Haar onderzoek richt zich op rechtsvorming in het Europees privaatrecht, in het bijzonder in het contractenrecht. In 2020 verscheen een monografie waarin zij deze thema's beschouwt vanuit rechtsppluralistisch perspectief (Legal Pluralism in European Contract Law, OUP 2020). In 2022 werd aan Vanessa Mak een NWO Vici-beurs toegekend voor onderzoek naar een herijking van het consumentbeeld in het licht van digitalisering, platformisering en duurzaamheid.

Inhoudsopgave

Voorwoord: de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief	1
<i>Anne Keirse en Vanessa Mak</i> Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving	9
<i>Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik</i> De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid	95
<i>Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen</i> Altijd een komma, nooit een punt? Reclassering, toezicht en resocialisatie	191

Voorwoord: de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief

De leden van de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) hebben in ieder geval één ding gemeen: zij zijn allen jurist. Maar met het complexer worden van het recht in de afgelopen halve eeuw is een toenemende specialisatie gepaard gegaan. Meer gespecialiseerde verenigingen kwamen op en veel juristen zijn daarbinnen actief. Dat is begrijpelijk. Het is en blijft echter nodig en inspirerend om naar ontwikkelingen in het recht te kijken die het recht als geheel en daarmee ons als juristen allemaal raken. Daarin ligt dus de blijvende missie van de NJV besloten. Vanuit die gedachte is ook het onderwerp voor onze jaarvergadering geboren. Het onderwerp van ‘De repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief’ werd enige jaren geleden geagendeerd, omdat het bestuur van de NJV vanaf ruwweg de laatste eeuwwisseling een ontwikkeling zag naar meer repressie die de drie grote vakgebieden raakt. Door gespecialiseerde deskundigen te vragen die ontwikkelingen op hun vakgebied in een preadvies in kaart te brengen, krijgen we niet alleen een fraai overzicht van die ontwikkeling op de deelgebieden, maar kunnen wellicht ook gemeenschappelijke inzichten ontstaan en kan lering worden getrokken uit oplossingen die in andere vakgebieden zijn gekozen.

De drie preadviezen geven, ieder op geheel eigen wijze, een fraai en doorleefd beeld van ontwikkelingen op de drie vakgebieden. Bij het agenderen van het onderwerp stond het bestuur van de NJV vooral de ontwikkelingen op het terrein van het publiekrecht, dus zowel het straf- als het bestuursrecht, voor ogen. Op die terreinen leek de ontwikkeling naar meer repressie immers vooral erg duidelijk. Binnen het strafrecht laat onderzoek met betrekking tot de straftoemeting zien dat het eerder bestaande idee dat Nederlandse rechters lichter zouden straffen dan hun buitenlandse collega's, achterhaald is. Daarnaast was er door verschillende incidenten, zoals de tragische dood van Anne Faber, maatschappelijke verontwaardiging over de bestaande wetgeving en zien we ook dat de wetgever de roep om meer repressie heeft opgepakt. Dat het bestuursrecht in de aangegeven periode repressiever is geworden heeft nauwelijks betoog. Stonden opbouw van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de ontwikkeling van de beginselen van behoorlijk bestuur centraal in de laatste decennia van de vorige eeuw en moest het bestuursrecht het wat

handhaving betreft vooral hebben van in die periode ook nog terughoudend ingezette reparatoire sancties, het vakgebied werd in de laatste decennia verrijkt met vele boetebevoegdheden. De recente toeslagenaffaire biedt een treurige illustratie van het doorschieten van repressie in het bestuursrecht.

Voor het *privaatrecht* was het vooraf wellicht minder helder of de ontwikkelingen op dat terrein onder de noemer van ‘repressie’ vallen. Zoals de preadviseurs *Anne Keirse* en *Vanessa Mak* helder verwoorden, zal wie aan repressie denkt, niet onmiddellijk aan het privaatrecht denken. Dat hangt volgens hen samen met de gebruikelijke inkleuring van een scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht. In het privaatrecht staat de autonomie van vrije actoren centraal en het privaatrecht is in de kern faciliterend. Maar de preadviseurs laten in hun rijke en historisch belangwekkende overzicht een aantal ontwikkelingen zien die, als het gaat over de laatste twee decennia, naadloos aansluiten bij het overkoepelende thema. Het bestuur dacht voor wat betreft het privaatrecht bij de agendering van het onderwerp vooral aan de toegenomen inzet van het privaatrecht van de kant van de overheid bij de handhaving. Maar de preadviseurs hebben een aanzienlijk bredere en rijkere invalshoek gekozen die laat zien dat toezicht op gewenst gedrag en aanpak van ongewenst gedrag niet exclusief het terrein van de overheid zijn. Ook private actoren pakken dat op en dat is, zo blijkt ook uit het preadvies, geen exclusief nieuwe ontwikkeling.

Gaat het om actuele repressieve tendensen dan onderscheiden zij drie aspecten van repressiviteit. In de eerste plaats: de inzet van het *privaat(proces)recht* om bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan; zo wijzen zij op de grote veranderingen in het arbeidsrecht en het consumentenrecht en het gezondheidsrecht. In de tweede plaats: *privaatrechtelijke* handhaving door private actoren; zo passeert bijvoorbeeld de rol die banken nu moeten spelen als poortwachter van het financiële stelsel de revue, maar komen ook de procesrechtelijke regelingen voor de effectivering van materiële rechten, zoals artikel 3:305a BW, de Wet collectieve afwikkeling masaschade (WCAM), de Wet massaschade in collectieve actie (WAMCA) en de EU-richtlijn met betrekking tot collectieve acties (Richtlijn (EU) 2020/1828) aan bod. In de derde plaats en *last but not least*: inzet van het *privaat(proces)recht* als onderdeel van het opkomen voor belangen van de samenleving (denk aan de klimaatprocedures die geleid hebben tot het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad en het vonnis van de Haagse rechtbank in de klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell). De preadviseurs haasten zich om aan te geven dat het zeker niet alleen repressie is dat in het privaatrecht van vandaag de klok slaat. Zo kan het zijn dat private partijen initiatieven ontwikkelen om langs de weg van het privaatrecht in vrijheid en beter dan de overheid maatschappelijke kwesties op te lossen. “Waarom wachten op de overheid om huizen duurzamer te maken als het ook lukt om samen met de burens te investeren in zonnepane-

len en de opgewekte energie te delen?”, verzochten de preadviseurs die dat zien als tegenkracht die het privaatrecht kan bieden tegen repressie.

De civielrechtelijke preadviseurs hebben in beeld gebracht dat de slinger in het privaatrecht zich lijkt te bewegen in de richting naar meer repressie, nu het zich heeft uitgespreid over meer en complexere rechtsbetrekkingen en ook de vermenging van het beginsel van de private vrijheid met de concepten van maatschappelijke betamelijkheid, zorgplichten, redelijkheid en billijkheid en goede trouw aan de diffuusheid heeft bijgedragen.

Repressie en privaatrecht zijn dus niet vreemd aan elkaar, maar de auteurs roepen ertoe op om het faciliterende karakter van het privaatrecht te bewaken en een balans te vinden tussen de waarden van individualisme, gemeenschapszin en broederschap. Private autonomie wordt niet bereikt door verheerlijking van een van deze waarden, want een ongebreidelde doorvoering van elk van deze kan de private autonomie juist ondergraven. Soms is het privaatrecht responsief ten opzichte van maatschappelijke ontwikkelingen en in andere gevallen juist autonoom. De uitdagingen van deze tijd vragen van het privaatrecht meer dan het enkel faciliteren van economische transacties, maar tegelijk is het faciliterend karakter van het privaatrecht, dat private actoren kan stimuleren om zelf actief op te treden in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkeling en innovatie, een aspect van het privaatrecht dat moet worden gekoesterd.

De overkoepelende stellingen vloeien goeddeels uit het voorgaande voort. Een daarvan is dat privaatrecht en publiekrecht meer met elkaar verbonden moeten worden in het wetenschappelijke debat en in regulering teneinde maatschappelijke doelstellingen zoals het streven naar duurzame oplossingen te bevorderen.

Daarmee is de brug geslagen naar het *bestuursrechtelijke* preadvies van *Tom Barkhuysen* en *Michiel van Emmerik*. Dat is van de drie preadviezen het meest klassiek in zijn opzet in die zin dat het een overzicht geeft van het gebruik van repressieve bevoegdheden door de overheid in de laatste twintig jaar en de wijze waarop de bestuursrechter vervolgens rechtsbescherming verleent. De preadviseurs benadrukken in het begin van hun preadvies dat het verkeerd zou zijn om het feit dat het karakter van het bestuursrecht repressiever is geworden louter negatief te benaderen. De instrumentele functie heeft het bestuursrecht immers steeds gehad en het is logisch dat deze in het bestuursrecht in de afgelopen periode veel aandacht heeft gekregen, gelet op het feit dat de samenleving vraagt om aandacht voor de veiligheid en de openbare orde, bescherming van de volksgezondheid en bestrijding van fraude. Dat neemt niet weg dat de preadviseurs de wijze waarop de balans tussen de vaak vergaande bevoegdheden en de rechtsbescherming die daarbij door wetgeving en rechter geboden wordt, kritisch benaderen en op basis van die kritische bespreking steeds alge-

mene lessen trekken. Daarbij geven zij een aantal keren aan dat de rechtspraak van de bestuursrechter wel is geëvolueerd en de rechtsbescherming, onder meer door de wijze waarop toetsing aan het evenredigheidsbeginsel vorm krijgt, bij een aantal bevoegdheden is uitgebreid. Niettemin vallen er, zo betogen zij, op een aantal terreinen nog belangrijke lessen te trekken en is winst te boeken als het om de waarborgfunctie en de rechtsbescherming gaat. Kritisch zijn de auteurs vooral op het feit dat de wetgeving in vergaande bevoegdheden voorziet zonder dat voor de toepassing daarvan voorafgaande rechterlijke toestemming is vereist.

Maar zoals de privaatrechtelijke auteurs benadrukken dat de juiste balans moet worden gevonden tussen het beginsel van de private autonomie en de meer repressieve inzet van het privaatrecht, zo benadrukken ook de bestuursrechtelijke preadviseurs in hun hoofdstuk waarin zij lessen trekken voor wetgever, bestuur, rechter en burgers dat het aankomt op het juiste evenwicht tussen de instrumentele benadering en de waarborgbenadering. Alle actoren moeten uitgaan van juiste mensbeelden, hetgeen volgens de preadviseurs inhoudt dat de overheid niet te wantrouwend zou moeten zijn, maar ook niet naïef over de bedoelingen van burgers. De wetgever zou voordat hij met nieuw wettelijk instrumentarium komt, echt heel serieus moeten afwegen of daarvoor een strikte noodzaak bestaat. Bij zware bestuursrechtelijke sancties als hoge boetes zou erover nagedacht kunnen worden deze door de bestuursrechter (en dus niet door een bestuursorgaan) te laten opleggen op vordering van het betreffende bestuursorgaan. De wetgever moet het bestuur en de rechter wel de mogelijkheid geven maatwerk te bieden. Voor het bestuur gelden vergelijkbare aanbevelingen. De rechter moet ‘als laatste actor in de trias de evenredigheid in het individuele geval garanderen’ en zolang het ‘van ouderdom piepende en krakende’ toetsingsverbod hem daarbij nog in de weg zit dat zo beperkt mogelijk uitleggen. Burgers moeten niet schromen zaken aan de rechter voor te leggen. In procedures over de inzet van bepaalde zeer ingrijpende bestuurlijke maatregelen zou, zo nodig door de overheid gefinancierde, rechtsbijstand van een deskundige rechtshulpverlener verplicht moeten worden. Ook dit betoog mondt uit in een aantal stellingen. De mate van ingrijpendheid van de bestuursrechtelijke maatregel of sanctie moet het niveau van rechtsbescherming bepalen en bij zware ingrepen in grondwettelijke belangen dient er voor de inzet van de maatregel of sanctie een rechterlijke toestemming te zijn. De rechter dient evenredigheid in concreto te verzekeren en daarbij het ‘niet-pluiscriterium’ te hanteren.

Terwijl de civiel- en bestuursrechtelijke preadviezen aldus breed van opzet zijn en over de volle breedte van de vakgebieden ontwikkelingen beschrijven die de hypothese van het bestuur van de NJV bevestigen dat de laatste twee decennia zich duidelijk een repressieve tendens voordoet, kiezen de *strafrech-*

telijke preadviseurs *Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen* een andere insteek. Zij vragen zich af of zo'n min of meer volledig overzicht mogelijk is en geven aan dat in ieder geval als onbegonnen werk te zien en ook aarzelingen te hebben bij het concept van de repressieve samenleving. Zeker in het strafrecht domineren de grijze tinten. De preadviseurs starten met een instructief overzicht van de geschiedenis van de reclassering in ons land dat, zoals ook de andere preadviezen laten zien, de door de tijdgeest beïnvloede schommelingen in de opvattingen illustreert.

De voortdurende zoektocht naar de juiste verhouding tussen instrumentele, op repressie gerichte doestellingen enerzijds en op rechtsbescherming georiënteerde belangen anderzijds staat in het strafrecht, zo schrijven zij, altijd al centraal. Maar de strafrechtelijke preadviseurs erkennen dat de notie van een repressieve samenleving ook voor hun vakgebied betekenis heeft en brengen dat in verband met de breed gevoelde behoefte om risico's voor te zijn, te bezweren of te controleren met typering als risicosamenleving en controlecultuur. Hun hypothese is dat sinds de eeuwwisseling speciale preventie in relatief kort tijdsbestek is veranderd van een streven dat vooral vorm kreeg door hulp en steun te bieden aan de delinquent naar een oogmerk dat wordt ingevuld door zo veel mogelijk toezicht te houden op naleving van aan een verdachte of veroordeelde opgelegde geboden of verboden. Zij bieden in hoofdstuk 3 van hun preadvies een indringend overzicht van de wetgevende activiteiten sinds 2000 waaruit dit oogmerk blijkt. Het gaat daarbij om 'een niet alleen in omvang indrukwekkend aantal wetswijzigingen' in de laatste twee decennia die cumulatieve veranderingen in het sanctierecht inhouden. Zij bestaan uit zowel invoering van nieuwe sanctiemodaliteiten als uitbreiding van bestaande mogelijkheden, allemaal in de sleutel geplaatst van de beperking van het recidiverisico en daarmee passend in een op preventie door toezicht gerichte aanpak.

Als zij vervolgens ingaan op de door de preadviseurs centraal gestelde vraag hoe de reclassering met die nieuwe realiteit omgaat, constateren zij dat de tekst van de Reclasseringsregeling 1995 in 2017 vrijwel ongemerkt zo is gewijzigd dat de hulp- en steun verlenende taak eruit is verdwenen. De officiële missie van de reclassering, zoals Reclassering Nederland die bijvoorbeeld op haar website uitdraagt, sluit bij de geschetste ontwikkeling aan; de ambitie is bijdragen aan een veilige samenleving, terugdringing van recidive door risicobeheersing en door gedragsverandering waarbij aan risicobeperking prioriteit wordt toegekend.

Maar veldonderzoek in de vorm van een ministage door een van de preadviseurs in augustus 2020 bij Reclassering Nederland en de Stichting Verslavingszorg GGZ heeft het vooraf kennelijk niet positieve beeld doen omslaan in groot enthousiasme over de wijze waarop de mensen van de reclassering hun taak vervullen. In dit bestek kunnen de negen conclusies van de ministage

niet worden weergegeven (men leze vooral zelf!), maar belangrijk is in ieder geval de constatering dat reclasseringsmedewerkers intern kunnen rekenen op steun van hun leiding voor een benadering waarin voortdurend de balans wordt gezocht tussen de toezichthoudende elementen en de hulpverlenende aspecten van het werk.

In hun slotbeschouwing zetten de preadviseurs duidelijk uiteen dat het mensbeeld dat aan de omvangrijke uitbreiding van sanctie- en toezichtmogelijkheden van de laatste twintig jaar ten grondslag ligt hen niet aanspreekt en spreken zij van illusiepolitiek als de overheid daarmee suggereert burgers veiligheid te kunnen bieden. Ook de reclasseringsmedewerkers zijn er “ten diepste van doordrongen dat alleen maar toezicht en controle niet werkt. Het moet dus anders dan de richting die de wetgever de afgelopen decennia heeft gekozen.” Ook de rechtspraak van de Hoge Raad geeft volgens de preadviseurs te weinig aanknopingspunten voor invulling van de wettelijke gevaarcriteria die bepalend zijn voor de vraag of het arsenaal van toezichtmodaliteiten kan worden ingezet. Zij benadrukken dat het zoeken naar de balans, zoals de reclassering gelukkig in de praktijk wel doet, door wetgever en rechtspraak ten onrechte niet meer wordt gedaan met de eenzijdige focus op speciale preventie en het laten vallen van hulp en steun aan verdachten en daders als doelstellingen.

Deze samenvatting van de preadviezen doet de rijkdom die erin besloten ligt geen recht, maar maken het wel mogelijk enkele opvallende gemeenschappelijke punten eruit te lichten:

- Alle preadviezen worstelen met de betekenis van het concept van de repressieve samenleving. Een sluitende definitie van het begrip voor alle rechtsgebieden is niet te geven. Terugkerende elementen in alle preadviezen zijn de vergaande beperking van de (negatieve) vrijheden van burgers en bedrijven, een verbreding en verstrakking van toezicht, en intensievere handhaving met strengere sancties.
- Alle preadviezen geven op hun terrein aan dat er behoefte bestaat aan een *goede balans* tussen de harde instrumentele, repressieve kant van het recht en de zachtere waarden en belangen die het recht belichaamt, zoals het beginsel van de private autonomie in het privaatrecht, rechtsbescherming tegen de overheid (bestuurs- en strafrecht) c.q. hulp en steun aan verdachten en daders (strafrecht).
- De rijke beschrijvingen van de ontwikkelingen in het recht op de deelgebieden hebben gemeen dat zij illustreren dat over de gehele linie in de afgelopen twintig jaar de meer repressieve kant terrein heeft gewonnen.
- De publiekrechtelijke preadviezen hebben gemeen dat zij duidelijk te zien zijn als een oproep aan de wetgever om terughoudender te zijn bij het introduceren van steeds weer nieuwe wettelijke instrumenten tot beheersing van de samenleving.
- Het privaatrechtelijke preadvies is misschien minder negatief over hetgeen het aan repressieve tendensen omschrijft, maar ook dát preadvies benadrukt dat het beginsel van de private autonomie, dat zo wezenlijk is voor het vakgebied, niet te zeer in de knel moet komen.

Eigen aan de ontwikkelingen die de drie preadviezen beschrijven is daarnaast dat zij een tendens tonen waarin het recht steeds meer wordt ingezet om onwenselijke ontwikkelingen te voorkomen: een soms doorgeschoten wens tot *preventie* van naderend onheil kan als rode draad van de in de preadviezen beschreven ontwikkelingen in het recht worden gezien. In het strafrechtelijke preadvies wordt zelfs gesproken van een preventieweb. Was recht voorheen wellicht vooral reactief en gericht op herstel, die functie heeft het natuurlijk niet verloren, maar veel centraler dan eerder is de behoefte om door middel van het recht naderend onheil te voorkomen komen te staan. Bij die poging dreigen belangrijke rechtsstatelijke waarden soms het onderspit te delven.

De preadviezen bieden volgens ons een prachtig tijdsbeeld van ‘de juridische stand van het land’ en veel stof voor inspirerende discussies op onze jaarvergadering op 10 juni 2022 in Utrecht.

De begeleidingscommissie van de NJV:

Jaap Polak
Friederike van der Jagt
Michel Vols

Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving

Anne Keirse en Vanessa Mak

1	Inleiding	11
2	Repressie en privaatrecht	17
2.1	<i>Begripsverkenning: Repressie en vrijheid</i>	17
2.2	<i>Terreinverkenning: repressie en private autonomie</i>	18
2.3	<i>Repressieve functie en/of werking van privaatrecht</i>	21
2.4	<i>Niets revolutionairs</i>	23
3	Het komen en gaan van repressieve elementen in het privaatrecht	25
3.1	<i>Schommelen tussen vrijheid en repressie</i>	25
3.2	<i>Verschuivende grens tussen privaatrecht en publiekrecht</i>	27
3.3	<i>De evolutie van ons privaatrecht</i>	34
3.4	<i>Golfbewegingen van contractenrecht</i>	40
3.5	<i>Golfbewegingen van aansprakelijkheidsrecht</i>	45
3.6	<i>De lijnen samengebracht</i>	50
4	Actuele repressieve tendensen in het privaatrecht	53
4.1	<i>Duiding van hedendaagse tendensen</i>	53
4.2	<i>Privaatrecht als instrument om gedrag te sturen</i>	54
4.2.1	Dwingend recht	54
4.2.2	Instrumentalisering van het privaatrecht	57
4.2.3	Effectiviteitsbeginsel en Europees consumentenrecht	58
4.3	<i>Privaatrechtelijke handhaving</i>	62
4.3.1	Wij zullen handhaven	62
4.3.2	Collectieve handhaving	64
4.3.3	Privaatrechtelijke regelingen voor publiekrechtelijke con- troles en boetes	66
4.3.4	Privaatrechtelijke vrijheidsbeneming	69
4.4	<i>Privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen</i>	70
4.4.1	Maatschappelijke belangen en het algemeen belang	70
4.4.2	Vermaatschappelijke rollen	72
4.5	<i>Privaatrecht als tegenwicht tegen repressie</i>	77

5	Evaluatie	81
6	Tot slot	87
7	Stellingen en discussiepunten	91

Wij leven in een tijd waarin niet alleen publieke organen, maar ook private actoren actief betrokken zijn bij het nastreven van publieke doelen en het handhaven van maatschappelijke normen. Burgers zetten zich in voor het afdwingen van klimaatnormen via de rechter, het privaatrecht zelf verlangt dat contractspartijen met grote marktmacht rekening houden met de belangen van zwakkere partijen, en het privaatrecht wordt in toenemende mate als instrument gebruikt voor handhaving van publiekrechtelijke normen. Hoewel deze ontwikkelingen de afgelopen jaren zichtbaarder zijn geworden, werd deze trend al eerder ingezet en past deze binnen de algemene tendens van horizontalisering waarbij hiërarchisch bestuur (*government*) plaats maakt voor netwerksturing (*governance*). Zorg voor veiligheid en toezicht worden inmiddels verdeeld over een bonte verzameling van maatschappelijke (publieke en private) actoren. In het kader van hun maatschappelijke posities krijgen private instellingen steeds vaker verantwoordelijkheid ten aanzien van algemene belangen, zoals veiligheid, duurzaamheid en het voorkomen van discriminatie, fraude, witwassen en klimaatschade. Zo wordt van non-gouvernementele organisaties, multinationals, financiële instellingen, scholen, woningbouwverenigingen, voetbalclubs en winkeliersverenigingen verwacht dat zij bij de maatschappelijke uitdagingen van deze tijd hun schouders eronder zetten, hoeders zijn van algemene belangen en zelf veiligheidsprogramma's ontwikkelen en uitvoeren.

Dit brengt ook mee dat private partijen met het oog op schadevoorkoming en ordehandhaving de (bewegings)vrijheid van anderen vergaand kunnen beperken. Concreet kunnen slachtoffers van (seksueel) geweld die nieuwe confrontaties met hun daders willen vermijden middels het privaatrechtelijke kort geding vergaande contactverboden doen opleggen, variërend van straatverboden tot verhuisgeboden. Ook ondernemingen die geconfronteerd worden met wangedrag zetten het privaatrecht daartegen in en beogen de orde te handhaven met behulp van privaatrechtelijke locatieverboden. Bekend zijn de privaatrechtelijke stadion(gebieds)verboden die door de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) worden opgelegd en de tienduizend (individuele en

collectieve) winkel- en/of horecaontzeggingen die jaarlijks door ondernemingen worden opgelegd.

Deze voorbeelden maken aanschouwelijk dat het privaatrecht – juist het rechtsgebied bij uitstek voor het faciliteren van vrije burgers en bedrijven – in toenemende mate wordt ingezet om repressief te kunnen optreden. Toezicht op gewenst gedrag en aanpak van ongewenst gedrag liggen niet (meer) exclusief op het terrein van de overheid, maar worden mede door private actoren uitgevoerd. De privaatrechtelijke vrijheid van private actoren krijgt in dit licht een nieuwe invulling.

Dit preadvies zoomt vanuit een privaatrechtelijk perspectief in op slingerbewegingen van autonomie naar repressie en op de verschuivingen van de reikwijdte en grenzen van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Stond Nederland in de laatste decennia van de vorige eeuw te boek als tolerant gidsland, tegenwoordig leven we steeds meer in een repressieve samenleving met vraag naar strengere regels, zwaardere sancties en toenemend toezicht. Het discours van de filosofie, politicologie, sociologie, bestuurskunde en criminologie onderschrijven het perspectief van structurele veranderingen van onze westerse maatschappij als gevolg van de industrialisering, liberalisering, secularisering, Europeanisering, globalisering, individualisering, marktwerking en privatisering en duiden dit kernachtig in termen van risicosamenleving, controlecultuur, participatiesamenleving en repressieve samenleving. Hoewel het te vroeg is om trends te benoemen, gaat de impact die COVID-19 op de samenleving heeft, gepaard met een verdergaande controle en – voor het privaatrecht van belang – een brede heroverweging van de verhouding tussen individuele en collectieve belangen. Wij zijn getuige van de meest dramatische uitbreiding van de staatsmachten sinds de Tweede Wereldoorlog. COVID-19 is wereldwijd aanleiding om repressie op te voeren. Met het argument van bescherming van de samenleving wordt (nood)wetgeving ingevoerd die de vrijheid van burgers en ondernemingen vergaand beperkt.

Deze ontwikkeling naar een repressieve samenleving heeft in publiekrechtelijke kringen veel pennen in beweging gebracht, hetgeen samenhangt met het feit dat deelgebieden van zowel het strafrecht als het bestuursrecht de afgelopen tijd merkbaar repressiever zijn geworden.¹ In het privaatrecht ligt dit genuanceerder. Uiteraard wordt ook in dit vakgebied geschreven over de ontwikkelingen en tendensen, maar het begrip ‘repressie’ is daarbij geen sleutelwoord. Dat neemt niet weg dat de ontwikkelingen in het privaatrecht wel onderzocht kunnen worden vanuit het perspectief van een repressieve

1 Zie het voorwoord van de begeleidingscommissie alsook de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke preadviezen in deze bundel met verdere verwijzingen.

samenleving. Begrip van de omgeving van het recht, te weten de samenleving waaraan het recht ten dienste staat, draagt bij aan begrip van het recht. Allereerst valt de roep om betere handhaving van het (privaat)recht op alsook de toegenomen inspanningen van de overheid om bij de handhaving het privaatrecht in te zetten. Handhaving heeft bij uitstek een repressief karakter en het thema ‘de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk perspectief’ had mogelijk zelfs kunnen worden ingevuld met een verhandeling volledig gewijd aan dit onderwerp. Wij hebben er evenwel voor gekozen om in bredere zin te onderzoeken welke repressieve tendensen kunnen worden onderscheiden in het privaatrecht, in het verleden, het heden en met een blik op de toekomst.

Een repressieve lading van privaatrecht is te onderkennen daar waar het privaatrecht in toenemende mate wordt ingezet teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan, daar waar privaatrechtelijke handhaving toeneemt, en daar waar de focus van het privaatrecht meer gericht raakt op belangen van de samenleving. Wij signaleren een aantal ontwikkelingslijnen in het privaatrecht waarin deze veranderingen in de kleur van het privaatrecht en de daarmee samenhangende veranderende rollen van private en publieke actoren tot uiting komen. Een actuele tendens in het privaatrecht is de verschuiving van een *ex post* naar een *ex ante* perspectief. De focus op terugdraaien en restitutie maakt steeds meer plaats voor vooruitkijken en oog voor handhaving en preventie. Ook wordt meer ingezet op collectieve in plaats van individuele handhaving, onder andere door het verruimen van de wettelijke mogelijkheden voor collectieve acties. Terwijl de Minister van Justitie rond de eeuwwisseling in een brief aan de Tweede Kamer over de toenemende claimcultuur nog waarschuwde voor een intensiever gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, en niet alleen de pro’s maar ook de contra’s belichtte,² is de toon inmiddels gewijzigd. Recentere brieven illustreren dat de regering vertrouwen stelt in de heilzame werking van de (pro)actieve inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht.³ Het Europese recht versterkt de tendensen die we in dit opzicht op nationaal niveau zien. Dat gebeurt niet alleen door wetgeving, maar ook door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, waarin het effectiviteitsbeginsel een sterke impuls geeft aan de mogelijkheden voor privaatrechtelijke handhaving. Voorts zien we een toenemend aantal voorbeelden van handhavingsinstrumenten in individuele privaatrechtelijke verhoudingen, zoals gedragscodes en contractuele boetes. Zichtbaar is ook een toename van algemeenbelangacties voor de civiele rechter. Wij doelen hierbij op civiele rechtszaken die worden gevoerd teneinde een

2 *Kamerstukken II* 1998/99, 26630, nr. 1.

3 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 31; *Kamerstukken I* 2016-2017, 28 663, nr. B. Aldus ook T. Hartlief, ‘Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2015’, in: Th. Vansweevelt & B. Weyts, *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Morsel: Intersentia 2015, p. 269.

algemeen belang van de samenleving te waarborgen, bijvoorbeeld klimaatbescherming.

Deze tendensen duiden wij hieronder als uitingen van repressie in het privaatrecht. Drie, elkaar versterkende ontwikkelingslijnen zijn te onderscheiden. Ten eerste wordt het privaatrecht op deelgebieden inhoudelijk dwingend door het werk van nationale en Europese wetgevers en rechters. Ten tweede zetten private actoren zelf het privaatrecht creatiever in als instrument van gedrags- en beleidsbeïnvloeding. Ten derde wordt het privaatrecht door publiekrecht gekleurd of zelfs – *de facto* maar niet *de iure* – verdrongen doordat de overheid in de privaatrechtelijke rechtsverhouding ingrijpt door private actoren op te leggen elkaar te controleren en te beperken.

Tegelijkertijd komt de vraag op of deze ontwikkelingen duiden op een fundamentele verandering van privaatrecht richting meer repressie. Het privaatrecht is immers in beginsel juist faciliterend van aard, terwijl dat ook nog steeds zichtbaar is in hedendaagse ontwikkelingen, waarin het privaatrecht een kader biedt aan private actoren om te innoveren en zelf nieuwe producten en diensten te ontwikkelen. De private sector heeft in dat opzicht een belangrijke rol naast de overheid in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkelingen. Een thema van deze tijd dat die rol illustreert, is het streven naar duurzame productie en consumptie en bescherming van het klimaat. Private actoren dragen in belangrijke mate bij aan het aandragen van oplossingen, bijvoorbeeld in de transitie naar duurzame energie. Het privaatrecht functioneert in onze ogen derhalve ook als tegenkracht tegen repressie: het waarborgt de vrijheid van private actoren, waardoor innovatie vanuit de markt wordt gestimuleerd. Daarenboven wordt ook via de rechter het privaatrecht ingezet om repressie tegen te gaan door omstreden regels, maatregelen of initiatieven als onrechtmatig opzij te laten zetten.

De huidige coronacrisis is een accelerator van de ontwikkelingen die in dit preadvies voor het voetlicht worden gebracht. De aanpak waartoe COVID-19 aanleiding geeft, heeft immers alles in zich van het beeld dat wij vanuit een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving schetsen. Op ruim terrein binnen deze aanpak maken vrijwilligheid en regelend recht plaats voor dwang en dwingend recht. Alom doemen nieuwe inbreuken op privacy en ongekende beperkingen in handelings- en contractsvrijheid op. We hebben in een oogwenk een radicale omslag in het Nederlandse vaccinatiedebat gezien; illustratief daarin is dat in het recente verleden jarenlang hevig is gediscussieerd over de – tot recent – beladen vraag of private organisaties in de kinderopvang de cliëntèle naar de vaccinatiestatus van hun kinderen mochten vragen en kinderen die niet tegen de bof, mazelen en rodehond waren gevaccineerd in hun opvang mochten weigeren. Burgers en private organisaties hebben zelf initiatieven ontplooid teneinde de vaccinatiegraad te vergroten en het weren van ongevaccineerden te stimuleren. Zij worden ook allerwegen door de over-

heid ingezet in de strijd tegen corona. Denk aan de controlerende en uitvoerende taak die de horeca op straffe van boete op zich heeft gekregen. Tegelijkertijd zien we ook dat het privaatrecht als correctie-instrument tegen repressie wordt gebruikt. Vele civiele rechtszaken tegen het coronabeleid van de overheid hebben het licht gezien, waarvan de juridische slag om de avondklok een van de bekendste is.⁴ Het coronabeleid blijkt niet soeverein maar wordt zichtbaar bespeeld door een verscheidenheid aan krachten binnen de (internationale) samenleving.

Dit preadvies is opgebouwd rond een aantal centrale vragen. Hoe ontwikkelt het privaatrecht zich in reactie op repressieve tendensen in de samenleving? Zijn in de huidige tijd trends zichtbaar waarin via privaatrechtelijke weg repressieve doelen worden nagestreefd? Zou het privaatrecht van de toekomst op repressie gericht moeten zijn? Of zou het privaatrecht en het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het bijzonder juist tegenwicht moeten bieden aan repressie? Onze doelstelling is aanschouwelijk te maken in welke mate de repressievere oriëntatie in de samenleving zich vertaalt in de privaatrechtspleging. Het beeld hiervan wordt in de eerste plaats ingevuld door de wijze waarop vorm en inhoud wordt gegeven aan de doelstellingen van het privaatrecht. Een vraag die daarbij rijst, is of repressie tot de (actuele) doelstellingen van het privaatrecht behoort. Vervolgens wordt het beeld nader ingevuld door de werking van het privaatrecht in ogenschouw te nemen.

Om onze doelstelling te bereiken en voornoemde centrale vragen te beantwoorden, geven wij hieronder eerst een werkdefinitie van het begrip ‘repressie’ en schetsen wij in grote lijnen welke plaats repressie heeft in het normatieve kader van het privaatrecht. Wij brengen in kaart hoe repressieve tendensen in de samenleving zich in het privaatrecht hebben gemanifesteerd. Onze hypothese is dat tendensen van tolerantie en repressie elkaar afwisselen. In het huidige tijdsgewricht, zo is de volgende hypothese, wordt het privaatrecht repressiever, publiekrechtelijker in die zin dat het algemene belangen meer erbij betreft, dat een collectievere aanpak ingang krijgt en een *ex ante* perspectief gericht op schadevoorkoming terrein wint. Vervolgens bespreken wij concrete en actuele voorbeelden van repressie in het privaatrecht. Op welke gebieden worden privaatrechtelijke verhoudingen beïnvloed door repressieve tendensen? De resultaten van deze *tour d’horizon* gebruiken wij vervolgens om te analyseren of (en hoe) repressie in het privaatrecht past. Doen de besproken voorbeelden afbreuk aan de beginselen van het privaatrecht, zoals (contracts)vrijheid en

4 In kort geding in eerste aanleg werd de Staat veroordeeld de avondklok per omgaande buiten werking te stellen, maar in hoger beroep werd de tenuitvoerlegging van dit vonnis dezelfde dag direct geschorst en vervolgens is het vonnis vernietigd. Zie Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:RBDHA:2021:1100; Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:252; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285 (*Avondklok-zaak*).

private autonomie,⁵ of passen ze in een trend waarin de grenzen tussen privaats- en publiekrecht steeds meer vervagen? Wij sluiten af met het uitspreken van een verwachting over de plaats van repressie in het privaatrecht in de nabije toekomst en een aantal aandachtspunten voor het behoud van het eigen, op (positieve) vrijheid en autonomie gerichte karakter van het privaatrecht.

5 Private autonomie wordt ook wel aangeduid met de termen wilsautonomie en partijautonomie. Het verwijst naar de overtuiging dat elk individu de bevoegdheid heeft om de eigen rechtspositie te bepalen.

2.1 Begripsverkenning: Repressie en vrijheid

De term repressie wordt veelal gebruikt als uiting van dwang en het inperken van vrijheid, bijvoorbeeld om (overheids)handelen te duiden dat erop gericht is bepaald gedrag van (groepen) individuen te onderdrukken of te bestraffen. Dat gaat vaak middels het recht en het recht dient daarbij tegelijkertijd ook als kader om dat (overheids)handelen te normeren, bijvoorbeeld om te bepalen in welke omstandigheden een sanctie gepast is en hoe zwaar de straf of boete mag zijn. Daar waar de overheid straffen oplegt of anderszins normen oplegt, wordt de vrijheid van de burger beperkt. Ook private actoren kunnen de vrijheid van anderen (doen) beperken. In de huidige tijd worden private actoren door de coronamaatregelen van de overheid zelfs gedwongen om de vrijheid van anderen te beperken.

Repressie staat in deze zin op gespannen voet met het (neo)liberale, individualistische vrijheidsbegrip dat gericht is op handelen conform de vrije wil zonder (overheids)belemmering. Dit neemt niet weg dat repressie vrijheid ook kan dienen. Door bepaald gedrag van de een te onderdrukken of te bestraffen wordt meer dan eens beoogd een maatschappelijke omgeving te creëren waarin de ander veilig en *in vrijheid* kan leven, en waarin fundamentele rechten van burgers zo veel mogelijk gewaarborgd zijn.¹ Het in de politieke en sociale filosofie veelgemaakte onderscheid tussen twee concepties van vrijheid, te weten negatieve vrijheid en positieve vrijheid, kan hier verhelderend werken.² Negatieve vrijheid wordt gevormd door de *afwezigheid* van beperkingen, ob-

1 Van Kempen betoogt dat repressie juist ook kan worden nagestreefd door een beroep op fundamentele rechten. Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (inaugurele rede, Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2008.

2 Het begrippenpaar positieve vrijheid en negatieve vrijheid is door Berlin in 1958 geïntroduceerd. I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), in: I. Berlin, *Liberty* (red. H. Hardy), Oxford: Oxford University Press 2002, p. 195.

stakels en grenzen. Positieve vrijheid ontstaat door de *aanwezigheid* van mogelijkheden om te handelen en het leven aldus zelf in de hand te nemen. Terwijl negatieve concepties van vrijheid zich richten op beantwoording van de vraag op welke terreinen de mens de vrijheid dient te hebben om ongehinderd de eigen gang te gaan, stellen positieve concepties van vrijheid aan de orde wie of wat bepaalt of beïnvloedt wat een mens doet, is of wil.

Repressie verkleint aldus negatieve vrijheid, omdat repressie door anderen gevormde obstakels meebrengt die het eigen handelen beperken. Maar tegelijkertijd kan deze repressie positieve vrijheid juist vergroten, doordat het handelen van iets of iemand de mogelijkheid creëert tot zelfontplooiing. Een inperking van negatieve vrijheid die tevens een bijdrage aan positieve vrijheid vormt, wordt bijvoorbeeld geleverd door overheidsregelgeving die erop gericht is zwakkere contractspartijen een sterkere positie te geven door regels van dwingend recht. Inperking van contractsvrijheid – een beginsel dat een negatieve conceptie van vrijheid reflecteert – kan aldus private autonomie – dat met positieve vrijheid samenvalt – vergroten.³

Dit strookt met het socialistisch of collectivistisch vrijheidsbegrip, dat niet beoogt dat eenieder onbelemmerd zijn gang kan gaan, maar dat juist voor ogen heeft dat terwijl de gemeenschap invloed kan uitoefenen op het bestuur, het bestuur invloed heeft op de economie, de markt en het privébezit.⁴ Overigens kan beleid gericht op positieve vrijheid ook repressie inhouden. Sterker nog, er wordt voor gewaarschuwd dat juist door het sociale aspect van positieve vrijheid onderdrukking in de hand wordt gewerkt omdat het meer dan eens samengaat met een problematische beperking van de negatieve vrijheid van andersdenkenden.⁵ Het huidige coronabeleid biedt in deze een interessante leerschool.

Kortom, vrijheid is in meerdere opzichten een dubbelconcept en dat brengt ook mee dat de waardering van repressie geen eenduidigheid kent.

2.2 Terreinverkenning: repressie en private autonomie

Wie aan repressie denkt, zal niet onmiddellijk aan privaatrecht denken, maar veeleer aan publiekrecht. Dat hangt samen met de gebruikelijke inkleuring van een scheidslijn tussen publiekrecht en privaatrecht. Het beeld daarbij is dat het publiekrecht de wijze regelt waarop de Staat binnen de samenleving fungeert met het oog op het algemeen belang en dat het privaatrecht de ruimte en de gelegenheid schept voor rechtssubjecten, waaronder in het bijzonder

3 Vergelijk S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitsluiting in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 15.

4 A. de Dijn, *Vrijheid, een woelige geschiedenis*, Amsterdam: Alfabet Uitgevers 2021.

5 Berlin (1958) 2002, p. 179.

individueen, om het eigen belang te behartigen. Het privaatrecht wordt ook wel omschreven als het regelen van de private autonomie, oftewel de bevoegdheid om de eigen rechtspositie te bepalen.⁶ Het vermogensrecht, als overkoepelende term voor het economisch gerichte privaatrecht, beschermt en faciliteert rechten op en uitwisseling van goederen en waardeerbare prestaties.⁷ De regels van het Burgerlijk Wetboek zijn meer ordenend van karakter dan sturend.⁸

Terwijl repressie een morele grondslag heeft, draait het in het privaatrecht aldus met name om efficiëntie. Privaatrecht is in de kern vooral faciliterend en spreekt niet zo zeer van sancties, maar eerder van remedies.⁹ Regels van eigendomsrecht en contractenrecht zijn erop gericht een kader te bieden aan partijen die vrijelijk kunnen beslissen of zij goederen in eigendom willen overdragen of een overeenkomst met een ander willen aangaan. Aansprakelijkheidsrecht biedt een kader voor (het afdwingen van) compensatie voor geleden schade. Het vermogensrecht dwingt partijen in beginsel niet in een bepaalde richting. Toespitsing op sancties – of zo men wil: remedies of verhaalsmogelijkheden – gaat dan ook deels voorbij aan waartoe het verbintenissenrecht op aarde is. Het aangaan van privaatrechtelijke relaties is primair gericht op het realiseren van eigen belangen. De verwachtingen en belangen van partijen over en weer worden door het privaatrecht vertaald in juridisch relevante eisen die aan het handelen van de betrokken partijen worden gesteld.

Niettemin kunnen ook in het privaatrecht beperkingen op de (negatieve en positieve) vrijheid van partijen worden geobserveerd die als repressie kunnen worden bestempeld. Het gaat in dit soort gevallen om privaatrechtelijke regels die worden ingezet teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan. Deels gaat het daarbij om horizontaal werkende gevallen: private actoren die het privaatrecht inzetten om bepaald gedrag af te dwingen, en dus een repressieve samenleving bewerkstelligen. Daarbij wordt de negatieve vrijheid van een partij ingeperkt teneinde de positieve vrijheid van een ander te bevorderen. Voorbeelden zijn privaatrechtelijke contactverboden, winkelverboden en stadionverboden bij geweldsdelicten, winkeldiefstal of vandalisme, alsook contractuele boetes voor niet-nakoming van wettelijke plichten en (collectieve) privaatrechtelijke acties voor de hand-

6 Vergelijk bijvoorbeeld: K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen rechts*, Verlag V.H. Beck: München 2004, nr. 1: “Das Privatrecht ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Beziehungen der einzelnen Personen als Bürger zueinander auf der Grundlage ihrer Gleichberechtigung und Selbstbestimmung (‘Privatautonomie’) regelt.”

7 W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 26. Dit preadvies is voornamelijk gericht op een analyse van het vermogensrecht. Hier en daar verwijzen wij naar voorbeelden uit het ondernemingsrecht, dat eveneens onderdeel uitmaakt van het privaatrecht.

8 F.J. van Ommeren, ‘Algemeen wetgevingsbeleid’, in: S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 144.

9 Overigens niet uitsluitend. Zie C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*. (Monografieën BW A11) (derde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2017; en voor België R. Feltkamp, *Beginselen van het vermogensrechtelijk privaatrecht* (tweede, herziene druk), Antwerpen: Maklu 2017, p. 235 e.v.

having van rechten en plichten. Daarnaast gaat het ook om de ontwikkeling en invoering van privaatrechtelijke regels voor het waarborgen van collectieve belangen (ofwel: collectieve zelfverwezenlijking), bijvoorbeeld door het toekennen van rechtsbescherming aan zwakkere partijen en toenemende mogelijkheden voor collectieve procedures en handhaving. Als het gaat om publieke belangen zien we in het privaatrecht meerdere tendensen, zoals het rekening moeten houden met belangen van derden of zelfs van toekomstige generaties en algemene belangen zoals duurzaamheid.¹⁰ Voorts zijn er gevallen waarin het privaatrecht ‘taken van het publiekrecht’ overneemt door de inzet van privaatrechtelijke vormen van certificering en controlemechanismen en door de aangroei van de poortwachtersfunctie van private instellingen, zoals banken en woningcorporaties.

Door de inzet van het privaatrecht voor het waarborgen van publieke belangen, vindt vaak ook een verandering plaats van het recht zelf die fundamenteel is dan de inzet van regels van privaatrecht om repressieve doelen te bewerkstelligen. Het privaatrecht zelf wordt instrumenteler. In plaats van faciliterend, wat het privaatrecht in beginsel is, wordt het (ook) sturend of geleidend.¹¹ Dat uit zich bijvoorbeeld in nieuwe regelgeving op het grensvlak van publiek- en privaatrecht, zoals normen van dwingend recht in het arbeidsrecht, consumentenrecht, financieel recht en gezondheidsrecht.¹² Een vraag die wij ons daarom ook stellen is of de repressieve tendensen in het privaatrecht in het licht van de bredere tendens tot het waarborgen van publieke belangen betekenen dat het privaatrecht van kleur verschiet.

Deze tendensen kunnen systematischer worden geduid door ze te bezien in het licht van de drie ontwikkelingslijnen die wij hierboven noemden. Ten eerste wordt het privaatrecht inhoudelijk repressiever van kleur door de dwingender invulling die nationale en Europese wet- en regelgevers eraan geven, alsmede de rechtspraak. Ten tweede wordt het privaatrecht door actoren zelf vaker op een sturende of dwingende manier ingezet tegen andere actoren. Ten derde wordt het privaatrecht in sommige gevallen van de publiekrechtelijke ratio doorspekt en verplicht de overheid private actoren om beperkend of controlerend jegens elkaar op te treden.

10 Denk bijvoorbeeld aan HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

11 De term ‘geleidend’ past meer bij het privaatrechtelijk jargon, terwijl ‘sturend’ wordt gebruikt in de sociaal-economische wetenschappen. Vergelijk W.H. van Boom, *Norm en normativiteit in het vermogensrecht* (Preadvies Christen Juristen Vereniging), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 9.

12 Over de spanning die dat oplevert met het normatieve karakter van het privaatrecht, dat vooreerst faciliterend is, hieronder meer.

2.3 Repressieve functie en/of werking van privaatrecht

Een blik op de geschiedenis leert ons dat een repressieve inzet van het privaatrecht geenszins uitsluitend van deze tijd is. Integendeel, de wortels van het verbintenissenrecht zijn repressief van aard en reiken tot in Romeinsrechtelijke systemen van eigenrichting en weerwraak.¹³ Zowel de buitencontractuele delictsacties als de acties inzake wanprestatie hadden aanvankelijk een punitief karakter. Dit uitte zich onder meer in verschuldigde compensatie die de geleden schade ver overtrof, niet-vererving van delictsacties en executie op de persoon van de debiteur in plaats van executie op diens vermogen. Het te vorderen bedrag had niet zozeer als vergoeding, maar veeleer als vergelding te gelden. Bij vernieling en bedrog bleef de private straf nog beperkt tot het betalen van een bedrag gelijk aan de vermogensschade, maar bij andere vergrijpen, zoals diefstal, mishandeling en belediging, moest veel meer betaald worden. Bij de typering als strafvordering in plaats van schadevergoedingsvordering past ook dat alle mededaders tot betaling veroordeeld werden alsook dat erfenamen van daders die zelf niets hadden misdaan, vrijuit gingen.

Het Romeinse recht kende voor een behoorlijk aantal schadeveroorzakende gedragingen geen strikte scheiding tussen het strafrecht en het privaatrecht. Wel werd er onderscheid gemaakt tussen zogenoemde *crimina* en *delicta*, hoewel sommige gedragingen in beide categorieën thuishoorden. *Crimina* waren ernstiger misdrijven, zoals misdrijven tegen de Staat of de goede zeden, seksuele misdrijven, geweld tegen personen, grafschennis, diefstal en oplichting. *Crimina* konden van overheidswege vervolgd worden. In geval van *delicta*, waartoe geringere vergrijpen zoals belediging en zaaksbeschadiging werden gerekend, als ook de *crimina* diefstal en mishandeling, kon het slachtoffer zelf een straf afdwingen via de rechter in de vorm van een geldboete die dan hemzelf ten goede kwam. Het repressieve en het vergoedende aspect van het recht zijn pas later geleidelijk aan van elkaar losgeraakt. Het was in het Romeinse recht in een behoorlijk aantal gevallen dan ook niet de overheid die optrad bij vergrijpen – behoudens bij misdrijven tegen de Staat – maar de slachtoffers zelf die poenale acties instelden. In de tijd dat de rechtspraak nog in de kinderschoenen stond, vond de burger aldus hoofdzakelijk via privaatrechtelijke weg, in plaats van publiekrechtelijke waarborgen, bescherming

13 Zie onder veel meer E.J.H. Schrage, 'Van delict tot onrechtmatige daad', *Ars Aequi Cahiers*, Nijmegen 1998, p. 18; J.H. Dondorp (m.m.v. J. Hallebeek), *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam: VU University Press 1998, p. 9 e.v.; C.A.N.M.Y. Cauffman, 'Naar een punitief Europees verbintenissenrecht', *TPR* 2007, p. 802; J.S. Kortmann, 'The Tort Law Industry', *ERPL* 2009 17(5), p. 801 e.v.; H.S. Maine, *Ancient Law*, Cambridge University Press 2012, p. 370 e.v.; R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding; Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad* (herzien en bewerkt door L.C. Winkel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1 e.v.; P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2020, p. 126 e.v.

tegen bedrog en geweld.¹⁴ Bracht een slachtoffer een bestraffing door de overheid op gang, dan verloor hij daarmee namelijk tot in de latere keizertijd de mogelijkheid van financiële genoegdoening via de weg van een private delicts-actie.

Daar waar het privaatrecht in sterkere mate een repressief, punitief karakter heeft, stellen rechtsbronnen het laakbare gedrag van de schuldenaar, de dader centraal en in mindere mate het geschonden belang van de schuldeiser, het slachtoffer. In geval van een reipersecutoire functie is dat juist andersom. Terwijl in het Romeinse recht en het inheemse recht van de middeleeuwen als uitgangspunt bij privaatrechtelijke aansprakelijkheid gold dat bepaald gedrag moest worden bestraft, hing het canonieke recht de restitutieer aan. In de rechtspraktijk van de late middeleeuwen heeft zich een ontwikkeling voltrokken die heeft geleid tot een verschuiving van de repressieve functie naar het publiekrechtelijk domein.¹⁵ Met de opkomst van het natuurrecht in de zeventiende eeuw is vervolgens afstand genomen van het punitieve karakter van het privaatrecht en werd bestraffing een publieke zaak. In het privaatrecht in Europa werd de focus verlegd van het laakbare gedrag van de dader naar het geschonden belang van de benadeelde en maakte de private boete plaats voor een algemene actie voor schadevergoeding. In de woorden van Hugo de Groot hebben zij die verkort zijn weliswaar recht op ‘weder-evening’ oftewel redres, maar komt het recht om te straffen de overheden toe.¹⁶ Sedertdien is de repressieve functie van het privaatrecht meer naar de achtergrond verdrongen en is bestraffing in moderne rechtssystemen inderdaad in beginsel voorbehouden aan de overheid. Het is echter niet zo zwart-wit, zoals wij hieronder in een historische schets zullen illustreren; repressief recht komt in vele tinten grijs.

Om te beginnen komt repressief recht niet slechts in de vorm van het *post factum* opleggen van leed. Bovendien geldt dat zelfs als het punitieve karakter wel voorop staat, hiermee niet uitsluitend boetedoening wordt nagestreefd. Leed wordt veelal in het vooruitzicht gesteld teneinde sociaal onwenselijke gedragingen te ontraden en verstoringen van de maatschappelijke orde te voorkomen. Aan repressie is met andere woorden in de regel ook een preventief doel verbonden. Bestrafing kan men bovendien ook duiden in termen van correctieve of vereffenende rechtvaardigheid en herstel van verstoord evenwicht. De repressieve functie van het recht valt aldus deels samen met de preventieve functie of handhavingsfunctie daarvan. Het gaat dan om de betuigelende werking van en het herstellen van de sociale orde door het recht. Deze

14 Maine 2012, p. 371.

15 J. Hallebeek, ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid aan de vooravond van de moderne samenleving’, in: B. Debaenst & B. Delbecq (red.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving*, Brugge: Die Keure 2014, p. 22.

16 H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (1631), Boek 3, deel 32 (bewerkt door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965.

functies hebben het publiekrecht en privaatrecht met elkaar gemeen. Preventie is onmiskenbaar een belangrijke functie van (onderdelen van) het (privaat) recht. In lijn met de publiekrechtelijke delen van deze preadviezen vertrekt onze beschouwing vanuit de veronderstelling dat de rechtspleging zich in toenemende mate richt op preventie.

Tot slot verdient opmerking dat functie en effect dienen te worden onderscheiden. De functie ziet op de doelstelling, op hetgeen wordt beoogd; het effect op de mate waarin die doelstelling wordt gerealiseerd, op hetgeen het beoogde of onbeoogde gevolg is. De functie ligt besloten in het ontwerp en de toepassing van rechtsregels, het effect is het gevolg van die toepassing. Zo kunnen zich ook zonder (expliciete) repressieve doelstellingen repressieve trends afspelen en kunnen instrumenten van privaatrecht ook zonder repressieve functie repressieve werking hebben.

Samenvattend kan worden gesteld dat ook al wordt repressie niet als een zelfstandige doelstelling van het hedendaagse privaatrecht beschouwd, repressie niet vreemd is aan het privaatrecht en het privaatrecht bovendien een repressieve werking kan hebben alsook in meer of mindere mate als repressief kan worden ervaren.

2.4 Niets revolutionairs

Repressie kan zich in het privaatrecht onder meer vertalen in (zwaardere) sancties, (hogere) schadevergoedingen, (verdergaande) (zorg)plichten, inperkingen van (contracts)vrijheid, dader- in plaats van slachtoffer-gerichtheid, nadruk op rechtsbescherming in plaats van belangenbescherming, het vooropstellen van publieke belangen in plaats van private belangen, collectiviteit, uitbreiding van de kring van ‘onderdrukkers’ zoals private toezichthouders en van de groep die onderdrukt wordt bijvoorbeeld door toegenomen private controle, *ex ante* aanpak in plaats van *ex post* en vervaging van grenzen met publiekrecht. In dit licht kunnen wij op het eerste gezicht zeggen dat de tendensen die wij waarnemen, passen in een toenemende repressie in het privaatrecht. De privaatrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid zijn in de huidige samenleving aanzienlijk gegroeid, terwijl de verklaring daarvoor niet kan worden gevonden in een toename van onveiligheid en vermijdbare schade in dezelfde periode.¹⁷ De reikwijdte van het contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht wordt merkbaar groter en de mogelijkheden voor civielrechtelijk verhaal nemen toe.¹⁸

17 Aldus ook S. Hedley, ‘The Unacknowledged Revolution in Liability for Negligence’, in: S. Worthington, A. Roberts & G. Virgo (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 119.

18 Zie ook Hartlief 2015, p. 269.

Zoals echter uit de bovenstaande schets van de oorsprong van het privaatrecht blijkt, is handhaving door en instrumentalisme in het privaatrecht niet nieuw en dienen we eerder van een wederopleving dan van een introductie van repressiviteit te spreken. Dit strookt ook met het gegeven dat het privaatrecht zich door de eeuwen heen in golfbewegingen ontwikkelt. Het (privaat)recht beweegt voortdurend mee met maatschappelijke ontwikkelingen en problemen waarvoor de maatschappij zich gesteld ziet.¹⁹ Het (privaat)recht laat zich enerzijds wiegen door de maatschappelijke krachten die erop inwerken en versterkt deze krachten anderzijds ook. Terwijl het (privaat)recht steunt op politieke, sociale, economische, morele, filosofische, historische en psychologische opvattingen ten aanzien van samenlevingsontwikkelingen en behoeften, worden rechtswetenschappelijke analyses daarvan ook via rechtsregels en via de rechtsbedeling afgedwongen.²⁰

Een blik op de rechtsgeschiedenis in ons land en daarbuiten, die in het volgende hoofdstuk wordt ingekleurd, leert ons dat we in het privaatrecht geen revoluties mogen verwachten.²¹ Het zijn veeleer geleidelijke evoluties, stromingen van continuïteit en consistentie wat de klok slaat, met bij tijd en wijle een gedeeltelijk wederkeren naar oudere concepten en gedachtegoed.²²

19 R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR)* 2013-5, p. 172.

20 L. Cornelis, *Samenlevingsgericht (aansprakelijkheids)recht; Grondwettelijke zuurstof voor het op adem trappende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 4-5.

21 D. Ibbetson, 'Revolutions in Private Law?', in: S. Worthington, A. Roberts & G. Virgo (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford: Hard Publishing 2018, p. 12; J. Steele, 'Risk Revolutions in Private Law', in: Worthington, Roberts & Virgo (eds.) 2018, p. 75; T.T. Arvind, 'Paradigms Lost or Paradigms Regained? Legal revolutions and the Path of the Law', in: Worthington, Roberts & Virgo (eds.) 2018, p. 75.

22 A.L.M. Keirse & T. Bouwman, 'Nudging Financial Decisions: Protecting Weaker Parties while Promoting Autonomy', *Texas International Law Journal* 2019-2, p. 202.

3

Het komen en gaan van repressieve elementen in het privaatrecht

3.1 Schommelen tussen vrijheid en repressie

In de volgende subparagrafen analyseren wij eerst hoe de scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht door de eeuwen heen is getrokken en verschoven en vervolgens welke invloed de politieke, economische en sociale context in verschillende tijdsgewrichten heeft gehad op de inhoud van het privaatrecht. Het overzicht richt zich op de grote lijnen die uit de nationale en Europese geschiedenis kunnen worden gedestilleerd, waarbij de invloed van vreemd recht op het Nederlandse recht aanzienlijk is geweest. Het individualisme uit het Romeinse recht en later het Franse recht is in recenter jaren deels naar de achtergrond gedrukt door, naast nationale, Europese tendensen gericht op gemeenschapsdenken.

Wij brengen met deze historie in beeld hoe afwisselend vrijheid en repressie worden gewaardeerd. Terwijl Gratama in de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) van 1872 spreekt over “de vrijheid, die hier te lande en in elk beschaafd land van Europa ieder individu heeft om zijn rechtsbetrekkingen in te richten gelijk hij verkiest”,¹ schrijft Pitlo in zijn boek *Evolutie in het privaatrecht* dat honderd jaar later precies het tegengestelde geldt: “Noch in Nederland, noch elders in Europa, kan het individu zijn rechtsbetrekkingen naar eigen inzicht regelen. Talloos zijn de wetten, die hem in die vrijheid beknotten. Waaraan is deze ommekeer, die men uit wet, rechtspraak en doctrine dagelijks kan aflezen, toe te schrijven?”² Naast het individuele juridische concept van vrijheid heeft zich de afgelopen 2500 jaren ook een politieke, collectiever vrijheidsbegrip ontwikkeld dat verschillende bloeiperiodes heeft gekend.³ De juridische onderverdeling tussen vrij mens en slaaf en de zogenoemde negatieve vrijheid zelf te kunnen beschikken over je leven,

1 B.J. Gratama, *HNJV* 1872-II, p. 110.

2 A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 39.

3 De Dijn 2021.

lichaam en lot is van oudsher een belangrijk onderdeel van het vrijheidsbegrip. Nog immer brengen wij vrijheid in verband met individuele rechten die een privédomein afbakenen waarop geen inbreuk mag worden gemaakt.

Vanaf 500 voor Christus hebben de Grieken en Romeinen het begrip ‘vrijheid’ evenwel ook een politieke of sociale lading gegeven. Dit meer democratische concept van vrijheid roept niet op tot bescherming tegen (overheids)-bemoeienis, maar tot controle door het volk op de wijze waarop het wordt geregeerd en tot aanwending van overheidsmacht om het collectieve welzijn te vergroten. In de moderne tijd is dit klassieke concept weer tot leven gewekt door renaissancistische humanisten, onder wie Machiavelli, en hun leerlingen. Vervolgens raakten de Amerikaanse, Franse, Nederlandse en Poolse revolutionairen van de laat achttiende eeuw en vroeg negentiende eeuw geïnspireerd en kwamen zij in opstand in naam van de vrijheid zichzelf te besturen.⁴

In reactie hierop groeide een contrarevolutionaire beweging en volgde het liberalisme met als gevolg dat in de negentiende en twintigste eeuw opnieuw een verschuiving in het denken over vrijheid plaatsvond. Geleerd werd dat vrijheid niet een kwestie was van wie er regeerden, maar werd bepaald door de mate waarin werd geregeerd. Vrijheid werd niet langer gelijkgesteld aan zelfbestuur door het volk, maar aan persoonlijke onafhankelijkheid. De doctrine van vrijheid liet zich samenvatten in het Franse ‘laissez faire’ en het Amerikaanse ‘mind your own business’.

Ook in die tijd stuitte deze individualistische benadering van vrijheid op weerstand, zeker in de nasleep van de Amerikaanse lange depressie en de wereldwijde economische crisis eind negentiende eeuw.⁵ Niet de inperking van overheidsbemoeienis, maar het einde van politieke en economische overheersing zou echte vrijheid brengen. Deze heropleving van de oproep tot democratische vrijheid van denkers en politici, onder wie Roosevelt, verstomde in het Westen evenwel door de Koude Oorlog. De idee dat de overheid moet helpen om de wensen van burgers te realiseren heeft begrijpelijkerwijs niet steeds evenveel aanhangers (gehad). In het werk van Berlin dat tegen de achtergrond van de Koude Oorlog kan worden gezien,⁶ lezen we dat alleen de ‘negatieve’ vrijheid, in de zin van niet-inmenging (door de Staat), de moeite waard is.⁷ De andere, ‘positieve’ invulling van het concept kan als een vertroebeling of een leugen worden gekenschetst. Voor De Dijn, een filosoof uit de huidige tijd die

4 De Dijn 2021, p. 8.

5 De ‘Lange Depressie’ was een crisis van 1873 tot 1879 of 1896. Over het eindpunt verschillen de meningen, maar hoe dan ook was het de langste periode van dalende groei in de Amerikaanse geschiedenis tot dan toe. Deze economische crisis was het ernstigst in de Verenigde Staten en (West-)Europa. Zij volgde op de sterke economische groei die in gang was gezet door de tweede industriële revolutie in de tien jaar na de Amerikaanse Burgeroorlog. Deze Lange Depressie werd ook ‘Grote Depressie’ genoemd totdat deze titel werd gereserveerd voor de ‘Grote Depressie’ van de jaren dertig van de twintigste eeuw.

6 Zie J. Müller, *Isaiah Berlin's Cold War Liberalism*, Singapore: Palgrave Macmillan 2019.

7 Berlin (1958) 2002.

over vrijheid schrijft, ligt dat anders.⁸ Zij wijst weliswaar als huidige invulling van het vrijheidsbegrip de negatieve conceptie aan, maar heeft zelf een positieve, democratische kijk op wat het betekent om vrij te zijn in een samenleving of als samenleving. Onze vraag is of het tij niet wederom is gekeerd. Immers, als wij het goed zien – en hieronder volgt een schets van ons beeld – staat De Dijn niet alleen.

3.2 Verschuivende grens tussen privaatrecht en publiekrecht

De geschiedenis leert dat de scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht aan verschuiving onderhevig is. Daarmee varieert ook in verschillende opzichten de repressiviteit van beide rechtsgebieden. Terwijl het publiekrecht – dat met inachtneming van de algemene belangen de bevoegdheden alsook de organisatie van de gemeenschap en de verhouding van het individu tot die gemeenschap regelt – door de overheid wordt gehandhaafd, wordt het privaatrecht – dat met een focus op de belangen van het individu de verhouding van individuen onderling regelt – in beginsel door benadeelde individuen zelf afdgedwongen. Alleen al dit onderscheid brengt een verschil in repressie mee, daar de overheid bijzondere bevoegdheden toekomt, dwangmiddelen tot haar beschikking heeft en dit een intrinsiek ongelijkwaardige rechtsverhouding meebrengt. Dit betekent ook dat een verschuiving van publieke regelgeving en/of handhaving naar private regelgeving en/of handhaving of andersom of een cumulatie daarvan, verschil maakt voor de mate van de gevoelde repressie.

Voorbeelden kunnen dit illustreren. Iemand die een roofoverval pleegt, kan door justitie worden vervolgd en bestraft onafhankelijk van wat de benadeelde daarvan vindt en los van de vraag of ook laatstgenoemde zelf er werk van maakt en een privaatrechtelijke claim tegenover de dief instelt. De overheid treedt tegen diefstal op in het belang van de gemeenschap. Dit wordt tot het terrein van het publiekrecht gerekend. Op het terrein van het privaatrecht wordt daarentegen het initiatief tot rechtshandhaving overgelaten aan de benadeelde. Komt een schuldenaar doelbewust zijn verplichtingen niet na, dan zal eerst de schuldeiser tegenover zijn schuldenaar moeten optreden en naar de rechter moeten stappen alvorens een rechter deze zaak ter hand neemt. Betekent dit dat de moderne maatschappij in sterkere mate wil worden behoed voor overvallers dan voor wanprestanten?

Wat tot het publiekrecht wordt gerekend en wat tot het privaatrecht, reflecteert het belang dat daaraan wordt toegekend. Deze categorisering is geen rustig bezit. Het verschilt van maatschappij tot maatschappij en van tijd tot tijd

wat daar en dan van zo essentieel belang wordt geacht dat het onder het publiekrecht wordt gebracht.⁹ Met grove pennenstreken laten zich hier golven van eb en vloed aftekenen; er zijn tijden dat het publiekrecht het privaatrecht meer en meer terugdringt en andersom zijn er tijden in de sfeer van *laissez faire, laissez aller*, van vrijheid van productie en (handels)verkeer.

Het kan ook samengaan. Hoofdstuk 4 inzake actuele repressieve tendensen laat zien dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regulering en handhaving in toenemende mate samen plaatsvinden.¹⁰ Zo opteert het Europese mededingingsrecht sinds de laatste eeuwwisseling voor een parallelle handhaving door bestuursrecht en privaatrecht. Ook op de terreinen van het consumentenrecht en de financiële dienstverlening is gekozen voor een gecombineerde aanpak. Onder de werking van de Wet handhaving consumentenbescherming kunnen de Autoriteit Consument en Markt en de Autoriteit Financiële Markten bestuursrechtelijk optreden naast de consumenten en concurrenten die groeiende mogelijkheden hebben om privaatrechtelijke en desgewenst collectieve acties te starten.

Repressief publiek- en privaatrecht kunnen hier als communicerende vaten functioneren. Normen die in het privaatrecht zijn ontwikkeld met het oog op de bescherming van de individuele belangen van private partijen worden meer dan eens in het publiekrecht opgenomen. Bij het uitwerken of herformuleren van deze in meer of mindere mate open normen uit het privaatrecht tot publiekrechtelijk te handhaven gedragsregels verworpen ze tot meer strakke en concreet geformuleerde normen.¹¹ Vervolgens krijgen deze aangepaste en aangescherpte normen ook betekenis in de onderlinge privaatrechtelijke verhoudingen waar ze door private partijen kunnen worden ingeroepen. Aldus wordt het functioneren van het privaatrecht sterk beïnvloed. Het brengt ook mee dat de (van oorsprong privaatrechtelijke) normen zich kunnen ontwikkelen in een richting die niet volledig spoort met het systeem van het privaatrecht. Potentieel problematisch is eveneens dat dubbele stelsels van normering en handhaving naast elkaar bestaan, op de terreinen van zowel publiekrecht als privaatrecht.¹² Een voorbeeld hiervan biedt de veralgemeniseerde bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht van financiële instellingen die vanuit de wens om

9 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 4.

10 Vergelijk D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Monografieën BW B49a)*, 2016/67 e.v.; A.J.C. de Moor-Van Vugt, A.P. Klap en T. de Lange, 'Parallele handhaving: match of mismatch? Het combinatieprincipe opnieuw bezien', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017, p. 164-173.

11 G. Snijders, 'Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard', in: G. Snijders & A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 39 e.v.

12 Zie O.O. Cherednychenko, 'De betekenis van het financiële 'toezichtprivaatrecht' voor het verbintenissenrecht', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt* (NILG Congresbundel) 2010, p. 63 e.v.; C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

het toezicht op financiële ondernemingen te verstevigen in publiekrechtelijke gedragsregels is genormeerd en wordt gehandhaafd onder meer door in het algemeen belang op te leggen sancties, hetgeen vervolgens effect heeft op de contractuele rechtsverhoudingen tussen financiële ondernemingen en hun cliënten.

De kruisbestuiving tussen privaats- en publiekrecht is natuurlijk niet willekeurig. Hoewel de beide terreinen beheerst worden door eigen beginselen, leerstukken en regels, behoren ze wel tot dezelfde rechtsorde. Instemmend halen wij Valk aan: “Eenheid van privaats- en publiekrecht is een dure plicht van zowel de bestuursrechters als de burgerlijke rechter; en trouwens ook van de rechtswetenschap.”¹³ In deze lijn oordeelt de Hoge Raad bijvoorbeeld dat naar zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke maatstaven tot uitgangspunt moet worden genomen dat overheidslichamen gehouden zijn gedane toezeggingen na te komen, dat het belang van degene die aanspraak maakt op nakoming zwaar weegt en dat zwaarwegende andere belangen, waaronder belangen van derden of algemene belangen, aan nakoming in de weg kunnen staan.¹⁴ Vanuit publiekrechtelijk perspectief betekent dit dat het vertrouwensbeginsel niet met zich brengt dat gerechtvaardigd vertrouwen altijd moet worden gehonoreerd. Privaatrechtelijk gesteld, in de bewoordingen van artikel 6:2 BW, kan het onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om van de Staat nakoming van een gedane toezegging te verlangen.

Zoals hierboven al is aangestipt is een deel van dat wat in de moderne tijd tot het strafrecht wordt gerekend en daarmee tot het publiekrecht bij uitstek, eens privaatrecht geweest. In oude tijden werden sommige schadeveroorzakende gedragingen die wij als strafbare feiten kwalificeren bijvoorbeeld als een privéaangelegenheid tussen misdadiger en benadeelde beschouwd. Ook andere voorbeelden van verschuivingen van privaatrecht naar publiekrecht dienen zich aan. Huurlegers zijn in de loop der tijd opgevolgd door staatse legers en voor vrijwilligheid is daarbij overheidsdwang in de plaats getreden. Nu de opkomstplicht van dienstplichtigen sinds 1997 is opgeschort, bestaat de Nederlandse krijgsmacht inmiddels weer uit personen die zelf vrijwillig voor een baan bij het leger kiezen. Het moderne huwelijk dat zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke aspecten kent, is ook eens te typeren geweest als koop of roof. Ons stelsel van sociale zekerheid is in de plaats gekomen van particuliere verzekeringen en private vormen van liefdadigheid. Inmiddels is dit stelsel echter afgekalfd en wordt daarom ook toevlucht gezocht in verzekeringen en *crowdfunding*.

13 W.L. Valk in zijn conclusie ECLI:NL:PHR:2021:587 voor HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

14 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, r.o. 3.2.3.

Daartegenover staan rechtshandelingen, zoals het testen, die in oude tijden in het openbaar plaatshadden, omdat testamenten en verervingen de gehele gemeenschap aangingen, maar thans van privaatrechtelijke en (hoogst) persoonlijke aard zijn. Handelsrecht was in vroeger tijden een apart verbijzonderd rechtsgebied, maar is thans integraal onderdeel van privaatrecht. Ook het pachtrecht, als vermaatschappelijk en geëconomiseerd agrarisch recht, is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.

Met ‘*the movement from status to contract*’ aan het einde van de achttiende, begin negentiende eeuw onderging ons recht een fundamentele wijziging.¹⁵ De rechtspositie werd niet langer bepaald door iemands toebedeelde status en positie in vaste hiërarchische verbanden, maar door de rechtsbetrekkingen die het individu uit vrije wil is aangegaan. Een rechtssysteem waarin de rechten en verplichtingen van individuen van hogerhand worden opgelegd, maakte plaats voor een rechtssysteem waarin de rechten en verplichtingen door mensen vrijelijk in afzonderlijke overeenkomsten werden opgenomen.¹⁶ In de woorden van Alfred Fouillée (1838-1912): “*Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste.*” Zoals hieronder nog uitgebreider aan de orde komt, heeft de Franse revolutie de leuzen van vrijheid en gelijkheid gebracht en de leer van private autonomie doen floreren. Met het oog op de grootste welvaart voor het grootst aantal mensen wordt opgeroepen tot vrijheid van handel, vrijheid van mededinging, vrijheid van arbeid en daarmee tot contractsvrijheid. Deze visie reduceert de rol van de Staat tot het eerbiedigen en doen eerbiedigen van het recht op het private economische initiatief, het particuliere eigendomsrecht en het gegeven woord. Het beeld van een politiestaat komt hier op, verwijzend naar het model van een minimale staat in overeenstemming met de ideeën van politiek liberalisme. Aan politieke inmenging ligt het behoud van individuele rechten ten doel en de instelling van de overheid vindt haar basis in de instemming van individuen. Aldus is de missie van het publiekrecht in deze tijdgeest – enigszins gechargeerd gezegd – beperkt tot het handhaven van de optimale voorwaarden voor de uitoefening van privaatrecht.

Hierop volgt echter een ontwikkeling in tegenovergestelde zin. De evolutie ‘*from status to contract*’ keert om in een ontwikkeling ‘*from contract to status*’.¹⁷ De tendens die sinds het einde van de negentiende eeuw wordt gesignaleerd, is die van een verschuiving van het recht van de privaatrechtelijke sfeer naar de publiekrechtelijke sfeer en daarmee van een uitbreiding van dwingend recht ten opzichte van regelend recht.¹⁸ In reactie op de sfeer van *laissez faire*,

15 H.S. Maine, *Ancient Law. Its connections with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1917, p. 100.

16 R. Kruithof, ‘Leven en dood van het contract’, *Rechtsgeleerd Weekblad* 1985-86, p. 2734.

17 Kruithof 1985-86, p. 2740; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht (Monografieën Nieuw BW A19)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 63-64; R.P.J.L. Tjittes, ‘Van status naar contract naar status’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1991, p. 60 e.v.

18 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem* 1995, nr. 14.

laissez aller, het vooropstellen van juridische vrijheid in het eerste driekwart deel van de negentiende eeuw, de economische verhoudingen ten gevolge van de industrialisatie en de erbarmelijke materiële positie van het proletariaat, is de overheid er in sterkere mate dan voorheen toe overgegaan de beschermingswaardig geachte (zwakke en misdeelde) partij door wettelijke maatregelen te beschermen. Een proactieve regering werkt samen met sociale partners aan wat later de verzorgingsstaat is gaan heten. Dit heeft onafwendbaar de individuele vrijheid doen inboeten. Denk aan de beperkingen van het eigendomsrecht – na de Franse revolutie vastgelegd als een onschendbaar en heilig recht, *droit inviolable et sacré*, maar vervolgens sterk bekritiseerd – en de daarmee gepaard gaande toenemende uitholling van het privévermogen. Preventief en repressief (overheids)toezicht hebben het vrije ondernemingsleven in toenemende mate aan banden gelegd. Ouderlijke *macht* wordt dankzij de kindervetten ouderlijk *gezag*. Zoals hierna nog wordt geïllustreerd kent het contractenrecht een groeiende inmenging van regels van dwingend recht en heeft het beginsel van contractsvrijheid klappen te verduren gekregen. Een en ander brengt aldus een beweging van toenemende overheidsbemoeienis en vermaatschappelijking van het recht in beeld. In de jaren zeventig van de twintigste eeuw staat Nederland internationaal bekend als een riant verzorgingsstaat.¹⁹

Vervolgens vindt opnieuw een trendbreuk plaats. Aan de geleide economie komt in de jaren zestig een einde en de overheid begint zich langzaam terug te trekken van het privaatrechtelijke erf.²⁰ Nadat de overheid in omvang meer dan vervijfvoudigd is, komt in 1983 een einde aan die groei.²¹ De overtuiging dat de overheid te omvangrijk is geworden en terug moet treden wint terrein. In West-Europa wordt bewust gekozen voor een afslanking van de overheid ten behoeve van de eigen verantwoordelijkheid en de vrije markt. Het neoliberale beleid van Thatcher en Reagan, dat zich richt op het vergroten van concurrentie, economisch *laissez faire*-beleid en de rol van de overheid terugdringt, krijgt alom navolging. In beleidsprogramma's van de kabinetten van Lubbers en Kok geeft de Nederlandse overheid aan terug te willen treden, te willen werken aan de dekolonisatie van de burger en aan deregulering en in te

19 Met de opbouw van de verzorgingsstaat in de jaren vijftig en zestig, de uitbreiding van de dienstverlening door de overheid en het toegenomen gebruik van de socialezekerheidsregelingen in de jaren zeventig, liep de collectieve-uitgavenquote op van 29% van het bruto binnenlands product (BBP) in 1950 tot 61% van het BBP in 1983. Zie F. Bos, *Centraal Plan Bureau, De Nederlandse collectieve uitgaven in historisch perspectief*, Den Haag: CPP 2006, p. 9.

20 C.J.H. Jansen, 'De ontwikkelingen in het privaatrecht in de eerste jaren na de bevrijding (1945-1950)', *RMThemis* 2019-6, p. 253.

21 Als een maatstaf om de grootte van de overheid te vergelijken wordt het totaal van de overheidsuitgaven als percentage van het bruto binnenlands product (BBP) gebruikt. Tussen 1870 en 1983 zijn in Nederland de overheidsuitgaven toegenomen van rond 10% van het BBP naar ruim 60%. Vervolgens is dit percentage tot het begin van deze eeuw gestaag gedaald en de laatste jaren schommelt het rond de 50%. Ook in andere West-Europese landen groeide de overheid tot de jaren tachtig exponentieel. Zie Bos 2006 en Centraal Bureau voor de Statistiek, Statline, statline.cbs.nl.

zetten op marktwerking en privatisering. De overheid stoot publieke taken, zoals het leveren van nutsvoorzieningen, post, telecommunicatie en openbaar vervoer, af en besteedt die taken uit aan private actoren. De PTT wordt opgesplitst in een tak post en een tak telecom, de eerste jaren met de Staat als enige aandeelhouder maar vanaf 1994 als beursgenoteerde bedrijven. De Nederlandse Spoorwegen worden naar aanleiding van Europese regelgeving zelfstandig en opgesplitst in een onderdeel infrastructuur (nu ProRail) en een deel vervoer (NS).²² Deze golf van privatisering heeft tot gevolg dat voorheen publieke taken worden belegd bij private partijen en aldus gestuurd worden door bedrijfsmatige processen en financiering. Dat betekent dat weer meer ruimte ontstaat voor contractsvrijheid. Meer dan in het publieke domein bestaat voor ondernemingen de mogelijkheid om te sturen op kosten-efficiëntie, het behalen van winst, en het onderhandelen van gunstige contractvoorwaarden. Vanuit het perspectief van de overheid verschuift het accent van sturing naar *soft law* en het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten wordt een van de instrumenten van overheidsbeleid. Aan door overheid opgelegde regels gaat meer dan eens zelfregulering vooraf en in toenemende mate gaan private organisaties publieke taken uitoefenen en publieke belangen behartigen. Aldus is in de laatste decennia van de vorige eeuw een nieuwe slingerbeweging ingezet richting deregulering en privatisering en is het centrum van de rechtsvorming weer (tijdelijk) naar de autonomie van partijen verschoven.²³

In het spoor van terugtreding door de overheid verdwijnt evenwel niet het algemene belang of het publiekrecht uit het privaatrecht. Weliswaar pretendeert de overheid niet langer de samenleving direct aan te sturen, maar indirect doet zij dat wel, als regisseur van de processen die beheerst worden door publiekrechtelijke kaders, geprivatiseerde publieke organen en publiekrechtelijk privaatrecht. Regulering wordt in de eenentwintigste eeuw opgevat als een publieke ruimte, waarbij overheidsregulering en maatschappelijke zelfregulering elkaar aanvullen.²⁴ Ondanks de omslag komen de toenemende overheidsbemoeienis met de private sector en de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht aldus niet tot een halt.

Het is ook dankzij de doorwerking van het Europese recht in ons nationaal privaatrecht dat de toenemende vervlechting van privaatrecht en publiekrecht een hoge vlucht heeft genomen.²⁵ Bij de privatisering van diensten op nationaal niveau sluit het marktdenken van de Europese Gemeenschappen goed aan. De opkomst van de Europese interne markt vanaf de jaren tachtig en

22 Zie <https://www.ns.nl/over-ns/wie-zijn-wij/geschiedenis>.

23 Loth 2009, p. 64.

24 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 125.

25 C.J.H. Jansen, 'Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2019, p. 114.

vervolmaakt met het Verdrag van Maastricht in 1992 past goed bij de neoliberale trend op nationaal niveau waarin marktwerking het wint van publiek beheer van voorzieningen. Opvallend genoeg kiest de Europese wetgever daarbij niet voor deregulering, maar maakt juist op grote schaal gebruik van wet- en regelgeving voor het bereiken van Europese marktdoelstellingen. De opkomst van het Europese consumentenrecht, zoals hieronder nog aan de orde komt, is daarvan een voorbeeld.²⁶

De aanscherping van het recht die de toenemende inzet van publiekrecht met zich kan brengen, gaat in vlagen zeer ver. In de woorden van het kabinet zelf in reactie op de recente toeslagenaffaire: “De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden. Door harde regelgeving, vooringenomen handelen, het ontbreken van de menselijke maat en door geen gehoor te geven aan noodsignalen, hebben tienduizenden ouders en kinderen hun leven de afgelopen tien jaar zien veranderen in een moeras van ellende.”²⁷ Het beleid rondom COVID-19 is eveneens stringent. Onder het credo van bescherming van de kwetsbaren en/of de collectiviteit zijn de persoonlijke vrijheid en de vrijheid van ondernemen op drastische wijze ingeperkt. De anderhalvemetersamenleving, de lockdowns, het stilleggen van sectoren, de mondkapjesplicht, de avondklok en de coronapas reduceren de private autonomie in buitengewone mate. De pijlers van grondrechten, zoals lichamelijke integriteit, privacy, vrij verkeer, contractsvrijheid en vrijheid van ondernemen, waarop onze samenleving berust, verzwakken en verzakken.

Als antwoord op de crisis waarin de rechtsstaat thans volgens velen verkeert, wordt opgeroepen het individuele belang weer meer in ogenschouw te nemen.²⁸ Bij het opstellen en uitvoeren van overheidsbeleid moet de menselijke maat worden hervonden. De rechtsstaat moet responsiever worden. Dit betekent dat het klassiek rechtstatelijke beeld dat een democratisch gelegitimeerde algemene regel op zich een voldoende rechtvaardiging is voor overheidsoptreden wordt losgelaten en dat wettelijk verankerde beleidsvrijheid voor de overheid door de (civiele) rechter niet zonder meer wordt gerespecteerd. Een responsieve rechtsstaat stelt het perspectief van de burger zoals die echt bestaat voorop en waarborgt dat de overheid openstaat voor de private autonomie, de belangen, de behoeften en de argumenten van individuen.²⁹

Een volgende uiting van de hier bedoelde variatie is dat daar waar het publiekrecht het privaatrecht binnendringt, de individuele vrijheid wordt beperkt ten gunste van het algemeen belang; aldus wordt het privaatrecht repressiever.

26 Vergelijk V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020, p. 79-80.

27 Kabinetsreactie rapport ‘Ongekend onrecht’, brief van 15 januari 2021, kenmerk 4181691.

28 S. Philipsen, ‘Responsief onderwijsrecht in de nasleep van de toeslagaffaire’, *School & Wet* 2021-5, p. 4.

29 M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

Open privaatrechtelijke normen die (in toenemende mate) door publiekrechtelijke regels worden ingevuld, worden strakker. De ontwikkeling van en binnen het privaatrecht wordt in de volgende paragraaf geschetst.

3.3 De evolutie van ons privaatrecht

Het privaatrecht zoekt steeds een evenwicht tussen de vrijheid van mensen en hun plichten die het leven in de samenleving meebrengt. Het vinden van een balans tussen respect voor autonomie en effectieve bescherming van individuele belangen behoort aldus traditioneel tot de kern van het vermogensrecht. Het draait om het toedelen en verdelen van eigendom, subjectieve rechten, verantwoordelijkheden, risico's en ontplooiingsmogelijkheden. De uitkomst van deze afweging verschilt naar tijd en plaats. Zoals uit de bovenstaande historische schets volgt, worden aan de belangen van individuele vrijheid enerzijds en aan ordehandhaving, bescherming en zekerheid anderzijds niet steeds gelijk gewicht toegekend. Een wijzigende tijdgeest die het resultaat is van ontwikkelingen van sociale, economische en politieke aard, leidt bijgevolg tot een andere invulling van het principe van de private autonomie. Wij schetsen deze geschiedenis van het privaatrecht en trekken daarbij opnieuw zevenmijlslaarzen aan.

De klassieke beschaving heeft het Romeinse privaatrecht als erfenis nagelaten. De invloed daarvan op het privaatrecht die door de eeuwen heen nimmer geheel is verdwenen, heeft verschillende bloeiperiodes gekend.³⁰ Het Romeinse recht is tot ontwikkeling gekomen in een uitdijend en krimpend Romeins rijk. Het bloeit in de oudheid, beleeft zijn top in de tweede eeuw na Christus en wordt in de zesde eeuw vastgelegd in het *Corpus Iuris Civilis* door keizer Justinus, die regeerde over Italië en het oostelijke deel van het Romeinse rijk.³¹ In het westen is de kennis van het Romeinse recht dan verloren gegaan, maar maakt het in de elfde eeuw door een herontdekking van de Digesten een comeback in verschillende continentale Europese landen. Intussen zijn delen van het Romeinse recht door monniken en leken bestudeerd en door opdringende stammen uit het oosten overgenomen. Zo leefde het Romeinse recht voort naast het inheemse recht, waaronder gewoonterechten, lokale of stedelijke wetgeving en koninklijke ordonnances. Met de geboorte van de rechtswetenschap in de elfde eeuw, door oprichting van de eerste rechtsschool in

30 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 13.

31 G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht; een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht* (bewerkt door C.J.H. Jansen), Deventer: Kluwer 2007, p. 11; J.H.A. Lokin, W.J. Zwalve & C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 124.

Bologna, beleefde het Romeinse recht opnieuw een triomftocht.³² Als object van studie trok het *Corpus Iuris* studenten uit heel Europa naar Italië, die na hun studie de opgedane kennis uitdroegen in hun land van herkomst.³³ Andere universiteiten volgden met rechtswetenschappelijk onderwijs op basis van het Romeinse recht. Gezien de noden van de opkomende vroegkapitalistische maatschappij, het streven naar centralisatie van kerk en staat, de vrees voor provincialiteit, de opkomst der steden, het gegeven dat Europa nog slechts één wetenschappelijke taal kende (het Latijn), en de kwaliteit van het Romeinse recht, heerste destijds een voor de receptie van het Romeinse recht gunstig klimaat.³⁴ Tezamen met het canonieke recht vormde het Romeinse recht het ‘gemeenschappelijke’ recht (*ius commune*) en kwam het feitelijk een grotere betekenis toe dan het (ongeschreven) lokale gewoonterecht, dat formeel primaire gelding had. In de Lage Landen drong het Romeinse geleerde recht sinds de dertiende eeuw steeds verder door in de praktijk van het geldende lokale en regionale recht.

Op deze Europeanisering van en door het recht en de rechtswetenschap volgde een tijdelijke tegenbeweging van nationalisering.³⁵ In de zestiende à zeventiende eeuw kromp de invloed van het *Corpus Iuris Civilis* gaandeweg.³⁶ Dit ging tezamen met de opkomst van de moderne staten met hun wetgevende activiteiten en de waardering voor hetgeen eigen is aan de aard van een volk alsook voor de eigen landstaal. Het Romeinse recht had de status van keizerlijke wetgeving en de geschreven rede zelf (*ratio scripta*) verloren. Het kreeg slechts gelding als het ‘goed recht’ was en niet opzij werd gezet door het inheems recht neergelegd in stedelijke wetgeving, plaatselijke verordeningen en gewestelijke regelgeving. Hoewel het inheemse recht veel privaatrechtelijke kwesties ongeregeld liet, groeide ook de kritiek op het Romeinse recht in de achttiende eeuw. De tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden tekent zich door rechtsverbrokkeling. Mede onder invloed van het natuurrecht zette een en ander de stemmen die opgingen voor uniformiteit, zekerheid en codificatie kracht bij.

Nadat in Frankrijk de roep om codificatie luid werd gehoord en de grote revolutie was uitgebroken, zag na enige mislukte codificatiepogingen de *Code Civil des Français* in 1804 het licht, kort daarop gevolgd door de *Code Napoléon*. In onze Republiek, die inmiddels aan macht had ingeboet, was de gedachte van uniform recht nog geen gemeengoed geworden en werd mede in

32 P. Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1; Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem* 1995, nr. 13.

33 A.L.M. Keirse, ‘Europeanisering van vermogensrecht’, in: A.L.M. Keirse en P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 87.

34 D. Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academia Press 2013, p. 108 e.v.

35 Keirse 2010, p. 88-89.

36 Van den Bergh 2007, p. 155.

het licht van de toenemende invloed van het federalisme aan de haalbaarheid van een eigen codificatie getwijfeld.³⁷ In 1807 eiste Napoleon Bonaparte dat de *Code Napoléon* ook hier zou worden ingevoerd en onze koning, zijn broer Lodewijk Napoleon, gaf hieraan gehoor, zij het met een aanpassing voor de Nederlandse situatie. Zo gold van 1 mei 1809 tot onze annexatie bij Frankrijk begin 1811 het ‘Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland’ en vervolgens tot 1838 de Franse *Code Civil*. Het Nederlands Burgerlijk Wetboek (oud) dat vanaf 1 oktober 1838 van kracht werd, was een navolging van de Franse *Code* behoudens enkele onderdelen waarin het inheemse recht was neergelegd.³⁸

Het vermogensrecht dat in deze wetboeken is uitgewerkt, ademt een Romeins-rechtelijke geest en is sterk gekleurd door de aan het Romeinse recht ontleende theorie van het individualisme. Het bood het individuele eigendomsrecht en de contractsvrijheid ruime bescherming. “*En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse*”,³⁹ aldus Portalis, die mede aan de wieg van de *Code Civil* stond. In de maatschappijvisie van deze tijd waarin individualisme en economisch liberalisme bloeiden, werd veel belang gehecht aan de vrijheid van het individu. Het uitgangspunt dat elk individu over een rede en een vrije wil beschikt, heeft weerslag op het recht. Niet de wet, maar de vrije wil van het individu (zoals die zich uit in vrijwillig gesloten overeenkomsten) wordt gezien als de uiteindelijke bron van rechtsbetrekkingen en verbintenissen.⁴⁰ De rol en de inmenging van de Staat en het publiekrecht zijn dan ook beperkt. Het individu is bevoegd om zijn eigen rechtspositie vrij te bepalen.

De periode van het legisme breekt aan. Maar het verstrijken van tijd vanaf het moment dat de wetgeving tot stand is gekomen, de veroudering van het wetboekenrecht en de daarmee samenhangende verwijding van de kloof tussen de wet en de behoeften van de maatschappij, tussen het wettenrecht en het in de maatschappij levende recht, voeden de tegenstroom. Aan het einde van de jaren tachtig in de negentiende eeuw wordt deze antilegistische beweging sterker.⁴¹ Vervolgens groeit het besef dat het uitgangspunt van vrijheid en gelijkheid van alle burgers niet met de maatschappelijke werkelijkheid strookt en dat de wetgever achterblijft met het wettelijk regelen van de maatschappe-

37 P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming: De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1996, p. 359-361.

38 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 13.

39 J.E.M. Portalis, *Discours Préliminaire*, in Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Brussel: 1836 I, p. 177 (1804). Zie ook Keirse & Bouwman 2019, p. 204.

40 Kruithof 1985-86, p. 2735; S. Stijns, *Verbindenissenrecht, Boekdeel I*, Brugge: Die Keure 2005, p. 37.

41 C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 119.

lijke problemen die bekend staan als de sociale kwestie. Economische, sociale en culturele ongelijkheden zijn aan de orde van de dag. De woningbouw stagnert, de gezondheidszorg faalt, de veiligheid in de fabrieken schiet te kort, bevolkingsgroepen worden uitgebuit, economische crises komen op. De rol van de Staat moet sturender zijn met het oog op een betere ordening van de maatschappij. En zo is de overheid zich direct en indirect steeds verder gaan bemoeien met de productie en de verdeling van private goederen en diensten.⁴²

Beoefenaren van het privaatrecht verzetten zich aanvankelijk tegen het nieuwe verschijnsel dat voor privaatrechtelijke problemen oplossingen buiten het privaatrecht worden gezocht en verkiezen een inperking van de contractsvrijheid of een private verzekering boven staatsinmenging.⁴³ Maar dit tegenwicht weet de toenemende overheidsbemoeienis met het privaatrecht en de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht niet lang af te houden. Zoals in de volgende paragraaf nog aan de orde komt, is het arbeidsrecht het eerste rechtsgebied waar de private autonomie door publiekrecht aan banden wordt gelegd. Met de regeringsmaatregelen in de Eerste Wereldoorlog en de regelgeving tijdens de crisis in de jaren dertig zet de publiekrechtelijke inperking van de contractsvrijheid zich met vaart voort.⁴⁴

Ook binnen het privaatrecht zelf klinken er sinds het einde van de 19e eeuw nieuwe geluiden. Het individualistisch getinte privaatrecht verschiet van kleur en zet een evolutie in collectivistische richting in. Nu de maatschappij minder individualistisch wordt gestructureerd, wordt het privaatrecht meer coöperatief.⁴⁵ Daarbij worden de individuele eigendomsvrijheid, de contractsvrijheid en de ondernemingsvrijheid ingrijpend beperkt ten gunste van de collectiviteit. De mens werd niet langer, zoals in de traditie van het Romeinse recht, als ego neergezet, maar als een gemeenschapswezen dat zijn subjectieve bevoegdheden alleen ten gunste van de gemeenschap mag gebruiken. Volgens deze nieuwe, meer ‘Germaansrechtelijke’ visie op het privaatrecht heeft het privaatrecht een sociale roeping. De voorzitter van de vergadering van de NJV van 1927, Limburg, hield de verzamelde juristen in zijn openingsrede voor dat het van het grootste gewicht is dat de uitlegger van de wet doordrongen is van de sociale roeping van de wet en haalde daarbij de gevleugelde woorden van Von Gierke aan: “*Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein.*”⁴⁶ In de handelingen van de NJV van 1936 valt te lezen dat als het gemeenschapsbelang ook op de lange duur komt te strijden met het privaatrecht.

42 Kruithof 1985-86, p. 2741.

43 Jansen 2015, p. 178 en 216.

44 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 247.

45 J. Valkhoff, *Vermaatschappelijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 4.

46 J. Limburg, ‘Rede’, *HNJV* 1927-II, p. 7.

lang, de gemeenschap voorgaat.⁴⁷ De nationaalsocialistische opvatting van het recht die in deze tijd opgang maakt, kiest zelfs vol voor de universalistische visie en geeft het gemeenschapsbelang altijd voorrang boven het individuele belang.

Opgemerkt zij dat de verheerlijking van het gemeenschapsbegrip niet van kritiek ontbloot is. In 1941 nam Drion stelling tegen het anti-individualisme: “Het gemeenschapsbelang, dat niet uitgaat van het individu, kan alle onrecht dekken en hééft veel onrecht gedekt. (...) Het recht kan slechts van de individuen uitgaan; een rechtsstaat slechts bestaan bij eerbied voor het individu. Wie uitgaat van het alles overheersend belang van dat hoogst vage begrip ‘de gemeenschap’ komt *nolens volens* bij Hitlers nieuwe orde uit.”⁴⁸ Ook de Franse civilisten Ripert en Savatier ijverden voor het herstel van de klassieke noties van het privaatrecht.⁴⁹ Geklaagd werd dat iedere vorm van vrijheid steeds verder uit het private leven werd geperst.⁵⁰ Desalniettemin zet zich de ‘publicisation’ van het privaatrecht voort en worden de contractsvrijheid en de vrijheden van de eigenaar en de onderneming verder uitgehold in het belang van de gemeenschap. Ook na de Tweede Wereldoorlog zetten de beknottung van de privaatrechtelijke vrijheden en de vermaatschappelijking van de eigendom zich voort.⁵¹ De bijzondere overeenkomsten van arbeid, koop, pacht en huur worden niet meer beschouwd als contracten van louter privaatrechtelijke aard. In het gebruik van goederen ondervinden eigenaren steeds meer beperkingen. Denk aan de sterk gewijzigde positie van de eigenaar die op zijn grond een huis wil bouwen of de boer die op zijn land wil boeren en met veel meer dan alleen zijn eigen belang rekening moet houden. Vermaatschappelijkt is ook het ondernemingsleven, waar met verplichte publiciteit en preventief en repressief overheidstoezicht de weg naar maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt geplaveid. Sommigen twijfelden zelfs aan het zelfstandige bestaansrecht van het privaatrecht.⁵² Zij stelden voor het Burgerlijk Wetboek te splitsen in wetten waarin publiek- en privaatrecht samenkwamen. Voor Meijers was de rol van het algemeen belang in het privaatrecht juist een motief voor de hercodificatie van het privaatrecht.⁵³ Nu het algemene belang in bijna elke privaatrechtelijke rechtsverhouding ingreep, riep Meijers op het Burgerlijk Wetboek

47 B.V.A. Röling, ‘Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen?’, *HNJV* 1936-I (Eerste stuk), p. 18.

48 H. Drion, ‘Individualisme in gevaar’ (1941), in: *Van, over en met Huib Drion* (1917- 2004), Den Haag: Boom Juridisch 2005, p. 46.

49 Zie C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37.

50 C.J.H. Jansen, ‘Vrijheid en onvrijheid in het vermogensrecht in en na de Tweede Wereldoorlog’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2020-7/8, p. 252; Valkhoff 1967, p. 5-7.

51 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 253.

52 Jansen 2016, p. 160.

53 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 249.

opnieuw in ogenschouw te nemen om na te gaan of het algemeen belang niet veel meer dan tot dan toe in de privaatrechtelijke wetsartikelen zelf uitdrukking moest vinden.⁵⁴

In de Algemene Inleiding bij het nieuw Burgerlijk Wetboek schreef hij: “Steeds meer dient het individu zich bewust te zijn, dat hij lid van een samenleving is en dat slechts door die samenleving en de regels, die daar gelden, zijn bestaan en zijn vrijheid verzekerd zijn. Dit heeft niet alleen ten gevolge, dat de wijze, waarop het individu van zijn rechten en bevoegdheden mag gebruik maken, steeds meer door in het algemeen belang gestelde regels wordt ingekort, maar ook dat de ene burger van de andere kan verlangen, dat hij zich bij de uitoefening van zijn rechten en bevoegdheden als iemand met sociaal besef gedraagt.”⁵⁵ Aldus zijn het algemeen belang en de bescherming van de zwakkeren ingevlochten in ons huidige Burgerlijk Wetboek.

Vanaf de tweede helft van de vorige eeuw neemt de welvaart in Nederland en de ons omringende landen meer toe. Innovatie en productie nemen een grote vlucht. De consumptiemaatschappij komt op. Afstand wordt genomen van het denken in sociale klassen. “Consumenten dat zijn we, per definitie, allemaal”; deze befaamde woorden van Kennedy maken een diepe indruk. De idee van de maakbare samenleving en de uitbreiding van de overheid stuiten in toenemende mate op kritiek. Vanuit het besef dat zelfontplooiing autonomie impliceert, wordt sturing (door de overheid) als paternalisme ervaren. De kring van belangen waarmee rekening moet worden gehouden wordt kleiner. Met de verandering van denken wordt niet meer zozeer van private partijen verlangd dat zij zich laten leiden door het belang van de gemeenschap, maar gaat het veeleer draaien om de belangen van degenen die concreet bij de private actie betrokken zijn. Zo bijvoorbeeld klinkt het sinds Baris/Riezenkamp dat partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een contract tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding en hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁵⁶ Kortom: het privaatrecht, in de negentiende eeuw doortrokken van individualisme, raakt in de daarop volgende eeuw doortrokken van gemeenschapszin en ademt vervolgens broederschap.⁵⁷ Na de sterke relativering en inkrimping van de historische, door het Romeins recht erkende,

54 E.M. Meijers, ‘Voor- en nadelen van het samenstellen van een nieuw Burgerlijk Wetboek’, rede uitgesproken op 20 januari 1949, in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* (Deel I), Leiden: UPL 1954, p. 179.

55 C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek; Algemeen Deel; Voorgeschiedenis en Algemene Inleiding*, Deventer: Kluwer 1962, p. 119.

56 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

57 Deze ontwikkeling kan ook kort worden geduid met de sleutelwoorden egoïsme, paternalisme en fraternalisme. Zie J.H. Nieuwenhuis, ‘Paternalisme, fraternalisme, egoïsme; een kleine catechismus van het contractenrecht’, *Nederlands Juristenblad (NJB)* 2009-35, p. 2254 e.v.; A.L.M. Keirse, ‘Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord’, *Contracteren* 2009-4, p. 105.

subjectieve rechten veren deze enigszins terug doordat ze niet meer tegenover de belangen van de gemeenschap worden gezet maar tegenover diegenen waartegen de rechten worden uitgeoefend. Ook in het Europeesrechtelijk perspectief is een verschuiving te zien van gemeenschapszin naar broederschap. De door de Europese Gemeenschap geïnspireerde consumentenwetgeving heeft het dwingende recht in het privaatrecht doen toenemen, maar nadat decennialang het belang van consumentenbescherming voorop staat, zien we een tegenreactie en zijn contractsvrijheid en de vrijemarktwerking sleutelwoorden geworden.

Als wij het goed zien, is deze golfbeweging van individualisme naar gemeenschapszin naar broederschap momenteel gekeerd en beweegt het privaatrecht momenteel van broederschap (terug) naar gemeenschapszin. Thans wordt weer de roep om bescherming gehoord. In de huidige tijd wordt opnieuw een beroep gedaan op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van burgers en ondernemingen. Illustratief is de overgang in het ondernemingsrecht naar maatschappelijk verantwoord ondernemen. Denk ook aan huidige verwachtingen in de coronacrisis, waaronder de oproep aan bedrijven om onder bepaalde omstandigheden betalingsverplichtingen kwijt te schelden, de druk op verhuurders om huursommen gedeeltelijk kwijt te schelden en de suggestie aan banken flexibel te opereren ten aanzien van kredietverlening. Opvallend is verder hoe sterk gewezen wordt op de gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor onder meer de publieke gezondheid, het klimaat en het energieverbruik. De kring van belangen waarmee het individu bij de invulling van het private leven rekening moet houden, breidt uit. De infiltratie van het publiekrecht in het privaatrecht is geen voorbijgaand verschijnsel.

3.4 Golfbewegingen van contractenrecht

Het contractenrecht beweegt mee met de – met ontwikkelingen in de sociale, economische en politieke achtergrond gepaard gaande – veranderende tijdgeest. De bovenstaande historische schets heeft in beeld gebracht dat de maatschappelijke betekenis van de overeenkomst zich laat tekenen als een golfbeweging. Het gewicht dat respectievelijk aan het eigen belang, het belang van de gemeenschap of de belangen van directbetrokkenen wordt gehecht, verschilt van tijd tot tijd. Daarmee varieert ook de invulling van het uitgangspunt van het moderne contractenrecht, de private autonomie, in het contractenrecht beter bekend onder de termen ‘wilsautonomie’ of ‘partijautonomie’. Wij zien een ontwikkeling van status naar contract naar status naar contract naar status.

In de ontwikkeling van de premoderne naar de moderne samenleving, die samengaat met een overgang van een agrarische naar een industriële samenleving en de opkomst van de klassieke markteconomie, beweegt de slinger

‘from status to contract’.⁵⁸ Met het verlichtingsdenken ligt de nadruk op individualisering en wilsovereenstemming. Vanuit de individualistische visie dat partijen in vrijheid en gelijkheid met elkaar kunnen contracteren, uit de leer van de private autonomie zich in het contractenrecht in de drie klassieke facetten van contractsvrijheid, de bindende kracht van overeenkomsten en consensualisme. De negentiende-eeuwse wilstheorie van de invloedrijke Duitse Pandektisten, onder wie in het bijzonder Von Savigny en Windscheid, beschouwt de wil als voorwaarde en rechtvaardiging van het contract en drukt een grote stempel op het contractenrecht. De overtuiging is dat het eenieder vrijstaat al dan niet te contracteren, met wie en waarover men wil, en dat het aan partijen is om de inhoud en de vorm van de overeenkomst te bepalen. Het individu dat beschikt over een rede en een vrije wil, en in vrijheid en gelijkheid met anderen contracteert, neemt in deze visie de centrale positie in.⁵⁹

Deze visie, die pleit tegen elk onderscheid van personen, wordt vanaf het einde van de negentiende eeuw sterk bekritiseerd en de beweging draait in tegengestelde richting om ‘from status to contract’. “Het ‘vrije’ contract wordt niet meer gesloten door de individuen afzonderlijk, maar organisaties hebben dat veelal reeds namens of voor hen gedaan.”⁶⁰ Omdat andermaal iemands sociale positie of status bepalend is voor diens rechtspositie, wordt dit getypeerd als een terugkeer van contract naar status. Verschil is wel, dat daar waar het in de premoderniteit om een toebedeelde status draaide, het in de moderniteit aankomt op een zelf bereikte of gekozen status. Het begrip ‘autonomie’ krijgt aldus een andere lading, waarin niet alleen de eigen vrijheid besloten ligt maar ook het respecteren van de zelfverwezenlijking van anderen.⁶¹ Standaardisatie en collectivisering nemen toe. Rechtsposities worden, mede aan de hand van een toenemend gebruik van dwingend recht, bepaald door standaardcontracten, collectieve (arbeids)overeenkomsten en de rechtsvorm van rechtspersonen. De ruimte van de contractsvrijheid wordt kleiner en de kring van belangen waarmee rekening moet worden gehouden groter.⁶² Nu de contractant niet als *ego* maar juist als sociaal wezen wordt gepositioneerd, moet deze zich laten leiden door het belang van de gemeenschap. Aldus wordt de leer der partijautonomie onder invloed van de socialisering van het contractenrecht aan-

58 Loth 2009, p. 63.

59 J.H.A. Lokin, ‘Van handeling naar rechtshandeling. Een kwestie van definitie’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, vol. XVII, p. 17-42.

60 F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract, een rechtssociologisch onderzoek*, Amsterdam: Uitgeverij Kobra 1984, p. 9.

61 Vergelijk J.B.M. Vranken, ‘Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht’, in: M.A.B. Chao-Duvis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginnelen van het contractenrecht*, W.E.J. Tjenk Willink: Deventer 2000, p. 145.

62 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginnelen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 6; T. Hartlief, ‘Contractvrijheid: een inleiding’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Kluwer: Deventer 1999, p. 1 e.v.; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/52 e.v.

gevuld en gecorrigeerd. Niet de wil van contractanten is wet, maar de goede trouw en de billijkheid.⁶³

De voornaamste inperkingen van de contractsvrijheid ontstaan in Nederland vanaf het einde van de negentiende eeuw als gevolg van ontwikkelingen in het arbeidsrecht. De industriële revolutie heeft in korte tijd voor grote veranderingen gezorgd in de maatschappij, in het bijzonder in de opschaling van productie en de verdeling van werk. Kleine en middelgrote bedrijven maken plaats voor fabrieken waarin machinaal producten worden vervaardigd en arbeiders in grote aantallen deelnemen aan het productieproces. Het werk is veelal gevaarlijk, de werkdagen lang en de vergoeding karig. In deze periode ontstaat in Nederland, net als in andere landen zoals Duitsland en Engeland, aandacht voor de plaats van sociale vraagstukken in het privaatrecht. Het contract biedt meer dan een gelegenheid om de eigen handelingsmogelijkheid met die van een ander uit te breiden; het is ook een sociaal of maatschappelijk gegeven dat bijsturing verdient om ongelijkwaardigheid te compenseren.⁶⁴ De geleide economie vergt een geleid – door de overheid gereguleerd – contract.⁶⁵ In Nederland resulteert dat in het arbeidsrecht in een versterking van de contractuele rechten van arbeiders in de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907, in het bijzonder ten aanzien van doorbetaling van loon tijdens ziekte.⁶⁶

De bescherming van zwakkere contractspartijen wordt in de loop van de twintigste eeuw door invoering van sociaaleconomische wetgeving uitgebreid naar de huurder, de pachter, de kredietnemer en de huurkoper, nadien aangeduid met de algemene categorie: consumenten.⁶⁷ Evenals bij de arbeidsovereenkomst wordt de sociale rechtvaardiging voor het beschermen van consumenten gevonden in de omstandigheid dat deze groep zich structureel in een zwakkere positie bevindt ten opzichte van de contractuele wederpartij. Economisch is het van belang de distributie van schaarse goederen en de mededinging in goede banen te leiden. Waar tussen gelijkwaardige partijen de regels van het privaatrecht – bijvoorbeeld een beroep op overmacht – de ene keer ten gunste van de ene partij en een volgende keer ten gunste van de andere uitvallen, bestaat bij ongelijke verhoudingen tussen werkgever en werknemer of aanbieder en consument het risico dat de laatste altijd aan het kortste eind trekt. De werkgever dan wel de aanbieder is namelijk in een positie om de voorwaarden van een overeenkomst te bepalen en voor de werknemer of con-

63 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 248; J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling: De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: N.V. de Arbeiderspers 1938, p. 233 e.v.

64 Keirse 2009, p. 105.

65 Aldus C.H.F. Polak, *Het geleide contract* (oratie), Wageningen 1947, p. 11.

66 J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie (Monografieën Sociaal Recht nr. 75)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, paragraaf 2.1.

67 G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, (vijfde druk), Zutphen: Paris 2020, p. 19. Zie ook E.H. Hondius, *Konsumentenrecht* (Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 1976.

sument geldt ‘take it or leave it’.⁶⁸ Vanaf de jaren vijftig van de twintigste eeuw zien consumentenorganisaties het licht, om hieraan tegenwicht te bieden.⁶⁹ Mede onder druk van deze maatschappelijke ontwikkelingen gaan zowel de nationale als Europese wetgever zich vanaf de zeventiger jaren bekommeren om de positie van de consument in de brede zin van het woord, waaronder ook de patiënt en de reiziger gaan vallen.⁷⁰ De Colportagewet uit 1973 die in 1975 in werking is getreden,⁷¹ kan worden aangewezen als de eerste Nederlandse wet van verbintenisrechtelijke aard die als doel heeft de consument te beschermen. Deze bloeiperiode van consumentenbeleid duurt voort en tegen het einde van de tachtiger jaren worden consumentenrechten met de komst van het nieuw Burgerlijk Wetboek zeker gesteld en in 1992 doet het begrip ‘consument’ – als beschermingswaardige zwakkere partij – expliciet zijn intrede in civielrechtelijke wetgeving.⁷² Ook vanuit Europa wordt in het laatste kwartaal van de vorige eeuw steeds steviger ingezet op consumentenbescherming in het contractenrecht, via de weg van harmonisatie van regelgeving en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.⁷³ Consumentenbescherming fungeert van meet af aan als middel om de Europese interne markt te realiseren. Vanaf 1992 met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht wordt consumentenbescherming, hoewel in de praktijk nog altijd verbonden aan de integratie van de interne markt, ook genoemd als op zich staande doelstelling van de Europese Unie.⁷⁴ De bescherming van zwakkere partijen door middel van het contractenrecht is daarmee sinds de vorige eeuw sterk uitgebreid.

Intussen hebben zich in Nederland nieuwe slingerbewegingen ingezet. Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is het centrum van de rechtsvorming binnen het contractenrecht voor korte tijd weer naar de autonomie van partijen verschoven. Gezien het tanend vertrouwen in het sturend vermogen van de overheid wint het instrument van de overeenkomst weer aan betekenis, zowel op privaatrechtelijk als publiekrechtelijk terrein. In de laatste twee decennia voor de eeuwwisseling is het dereguleren en privatiseren wat de klok slaat. Het is een tijd waarin de aandeelhouder het voor het zeggen heeft. De contractsvrijheid leeft op.

68 Vergelijk Van der Pijl 2019, paragraaf 2.1; J.G.J. Rinkes, ‘De consument als zwakke partij’, *AA* 2009-6, p. 380-387.

69 T. van Mierlo, ‘Crown Jewels for Consumers in the 1992 Civil Code: The Making of Consumer Law in the Netherlands’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2018-1, p. 25.

70 K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, Deventer: Kluwer Law International 2015, p. 194 e.v.

71 Wet van 7 september 1973, houdende regelen tot het tegengaan van misbruiken bij colportage, *Stb.* 1973, 438.

72 E.H. Hondius, *Consumentenrecht (Monografieën BW A8)*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 1-2; Van Mierlo 2018, p. 25.

73 Keirse 2010, p. 37, 77 e.v.

74 H. Unberath en A. Johnston, ‘The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection’, *Common Market Law Review* 2007, 44, p. 1242.

Zien wij het goed, dan heeft deze comeback van contractsvrijheid niet lang doorgezet. Privatisering en deregulering op nationaal niveau heeft, zo kan worden betoogd, ruimte gecreëerd voor regulering vanuit Europa. Het project van eenwording van de Europese interne markt viel in tijd samen met nationaal beleid gericht op marktwerking. Op Europees niveau werd regulering juist als instrument gebruikt om die eenwording te bewerkstelligen, wat verklaart waarom het Europese consumentenrecht vanaf het einde van de vorige eeuw een grote vlucht nam.⁷⁵

Aldus tekenen repressieve tendensen zich ook op het terrein van het contractenrecht niet lineair af, maar wisselen stromingen van contractsvrijheid en inperking van de negatieve vrijheid van private actoren – met het oog op (consumenten)bescherming – elkaar af. Van repressie *pur sang* is veelal geen sprake. Het contractenrecht wordt vooreerst gekenmerkt door beginselen van vrijheid en autonomie en inperking daarvan heeft eerder een sturend dan een repressief karakter. Recent zien we echter ook steeds meer repressie in de vorm van collectieve handhaving, handhaving van Europees recht via de doorwerking van het Europese effectiviteitsbeginsel in het contractenrecht, en het gebruik van contractuele boetes bij de handhaving van publiekrechtelijke verplichtingen.

Ook wordt het contractenrecht – al dan niet als alternatief of aanvulling op publiekrechtelijke regelgeving – ingezet als instrument voor het nastreven van maatschappelijke doelstellingen. De maatschappelijke thema's van de huidige tijd zijn duurzaamheid en digitalisering.⁷⁶ Die thema's hebben in hoog tempo het privaatrechtelijk debat bereikt. In het (consumenten)kooprecht wordt onderzocht of aanpassingen in de regels over non-conformiteit en remedies tot ecologisch duurzamer oplossingen kunnen leiden.⁷⁷ In het commerciële contractenrecht wordt in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen onderzocht in hoeverre oplossingen voor duurzame productie kunnen worden

75 Vergelijk G. Majone, 'The Rise of the Regulatory State in Europe', *West European Politics* 1994, p. 80.

76 Vergelijk Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, 'Nieuwe consumentenagenda. De weerbaarheid van de consument versterken met het oog op duurzaam herstel', COM/2020/696 final.

77 Zie o.a. C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 11; V. Mak en E. Terry, 'Circular economy and Consumer Protection. The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment through Consumer Law', *Journal of Consumer Policy* 2020, vol. 43, p. 227; E. Van Gool en A. Michel, 'The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis', *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, vol. 10, p. 136.

bereikt en afgedwongen door middel van afspraken die doorwerken in de contractuele keten.⁷⁸

Op het gebied van digitalisering heeft het contractenrecht een rol toebedeeld gekregen in het streven naar zorgvuldig gebruik van persoonsgegevens bij digitale transacties. Het contractenrecht kan aanvullende bescherming bieden naast de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁷⁹ In deze context wordt het contractenrecht duidelijk gekleurd door het publiekrechtelijke kader van de AVG. In die zin is overigens de Europese invloed op het Nederlandse privaatrecht sterk zichtbaar. Dat is eveneens zo in het financiële contractenrecht, dat met name sinds de financiële crisis van 2008 steeds verder gereguleerd is en waarin het privaatrecht en publiekrecht communicerende vaten zijn.⁸⁰ Dit type toezichtcontractenrecht wordt door sommige auteurs zelfs als eigen gebied gekarakteriseerd.⁸¹

3.5 Golfbewegingen van aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht balanceert op het snijvlak tussen de vrijwaring van de handelingsvrijheid aan de ene kant en de bescherming van het rechtssubject tegen schade veroorzaakt door een ander aan de andere kant. Herhaald zij dat aan deze twee hoogwaardige belangen van (negatieve) vrijheid en veiligheid door de eeuwen heen niet steeds het gelijke gewicht wordt toegekend. Het opgekomen streven naar een grotere bescherming van slachtoffers, de socialisering van het privaatrecht en de opkomst van verzekeringen, heeft ook stempels op het aansprakelijkheidsrecht gedrukt. Hoewel het algemene beeld is dat het aansprakelijkheidsrecht uitdijt en royaler is geworden en dat de mogelijkheden voor gedupeerden om hun schade op anderen te verhalen sterk verruimd zijn, ontwikkelt ook dit rechtsgebied zich niet lineair, maar veeleer in golfbewegingen.

Perioden van uitdijing en inperking van aansprakelijkheid wisselen elkaar af. Zo laat het aansprakelijkheidsrecht in ieder geval vanaf de inwerkingtreding van het oud-Burgerlijk Wetboek in 1838 tot in de jaren zestig en zeventig van

78 J. Hörnig, 'Inspired by Law? A Contractual Approach to Closed-Loop Supply Chains', in: C. Johansson & V. Mauerhofer (red.), *Proceedings of the 27th International Sustainable Development Research Society Conference*, Östersund: Mittuniversitetet 2021, p. 1733; F. Cafaggi, 'Regulation through Contracts: Supply-chain Contracting and Sustainability Standards', *European Review of Contract Law* 2016, 12(3), p. 218.

79 Vergelijk S. van Gulijk & D.J.B. Op Heij, 'Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 2016/7110, p. 453.

80 Zie ook paragraaf 3.2.

81 Cherednychenko hanteert de term 'European Supervision Private Law'; zie O.O. Cherednychenko, 'Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?', *European Review of Private Law* 2014, 22(1), p. 37. Zie ook: Cherednychenko 2010, p. 63 e.v.; O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren* 2011, p. 11-15; Snijders 2021, p. 41.

de negentiende eeuw het beeld zien van een redelijk ruime buitencontractuele aansprakelijkheid.⁸² Vervolgens was tot aan het begin van de twintigste eeuw een tendens te onderkennen van steeds minder vergaande aansprakelijkheid. Dit was mede ingegeven door de behoefte de opkomende industrie aan het einde van de negentiende eeuw zo min mogelijk te belasten. Vervolgens luidde het arrest *Lindenbaum/Cohen* in 1919 weer een periode van verruiming van aansprakelijkheid in.⁸³

In meer recente tijden staan de ontwikkelingen van het aansprakelijkheidsrecht evenmin op zich. Zij maken deel uit van een verandering in denken over verantwoordelijkheid en recht. Het is niet toevallig dat het aansprakelijkheidsrecht uitdijt als de sociale zekerheid afkalft. Het uitkeringsniveau gaat meer en meer omlaag, de uitkeringsvoorwaarden zijn aangescherpt, er is een toenemende nadruk op re-integratie. Halverwege de vorige eeuw, toen het niet op kon met de sociale zekerheid, kondigde Bloembergen juist de inwisseling van het aansprakelijkheidsrecht voor de sociale zekerheid aan.⁸⁴ Zover is het niet gekomen en nu zien we dus een tegengestelde tendens.

De mens wordt nog immer voortdurend aan risico's blootgesteld, maar vermijdbare schade is de laatste eeuw fors afgenomen. Desalniettemin is de privaatrechtelijke aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in deze zelfde periode aanzienlijk gegroeid.⁸⁵ De reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht wordt groter en de mogelijkheden voor civielrechtelijk claimen nemen toe. Het klassieke daderprofiel 'schuldig' is uitgehold doordat het gedrag van de dader in toenemende mate objectiverend wordt gewaardeerd. Op beroepsbeoefenaren rusten tegenwoordig strenge zorgplichten die zich in een flink tempo ontwikkelen. Causaliteitsperikelen waar schadeclaims op dreigen stuk te lopen, worden opgelost met nieuwe leerstukken, zoals de omkeringregel, proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans. De kring van mogelijk aansprakelijke rechtssubjecten groeit met kwalitatieve aansprakelijkheden en zogenoemde secundaire daders, zoals toezichthouders. Door de relativering van het leerstuk van verjaring is er meer tijd voor claims. De wetgever heeft de absolute verjaringstermijn voor de toekomst afgeschaft, daar waar het gaat om letsel of dood, en de Hoge Raad heeft in een reeks arresten de werking van verjaring sterk gerelativeerd. Deze rechtspraak is een mooie illustratie van hoe de billijkheid het recht doordrenkt en hoe de letter van de wet het kan afleggen

82 G.E. van Maanen, 'Stroomtreinen en aansprakelijkheid', *WPNR* 5743 (1985), p. 412.; A.L.M. Keirse, 'Golfbewegingen in het verbintenissenrecht', in: J.H.A. Lokin, J.M. Milo, C.H. van Rhee (red.) *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010, p. 121-128.

83 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindebaum/Cohen*).

84 A.R. Bloembergen, 'Naar een nieuw ongevallenrecht', in: *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 51 e.v.

85 Aldus ook Hedley 2018, p. 119.

tegen het rechtvaardigheidsgevoelen.⁸⁶ Meer wordt vertaald in geld; denk aan schadevergoeding wegens zuiver psychisch letsel, aan shockschade- en angstschadeclaims, aan vergoeding van affectieschade en zorgschade. De hoogte van toegekende schadevergoedingen neemt ook toe.

Zoomen we evenwel uit, dan tonen zich steeds golfbewegingen. Aan de orde kwam reeds het bestraffende karakter van aansprakelijkheid in het Romeinse recht, naar welk recht bijvoorbeeld een eigenaar van een gestolen zaak het dubbele of zelfs viervoudige van de waarde van de ontvreemde zaak van de dief kon eisen. In de moderne tijd is de repressieve functie van het aansprakelijkheidsrecht juist afgewezen en is bestraffing voorbehouden geraakt aan de overheid.⁸⁷ Tegenwoordig wordt evenwel gewezen op de vitaliteit van de repressieve functie van het civiele aansprakelijkheidsrecht en de inzet van aansprakelijkheidsrechtelijke instrumenten als private straf.⁸⁸ Nog ruimer staat de zogenoemde handhavingsfunctie van het aansprakelijkheidsrecht in de hedendaagse belangstelling. Het recht op schadevergoeding wordt niet uitsluitend compensatoir ingezet, aan schadevergoeding wordt ook een handhavingselement toegekend.⁸⁹ Recht dat meer gericht is op handhaving, is sterker geïnteresseerd in repressieve elementen. In het licht van de toenemende vraag naar privaatrechtelijke handhaving van onder meer het mededingingsrecht, mensenrechten, het consumentenrecht en het intellectuele-eigendomsrecht en de roep om steviger privaatrechtelijke sancties ter preventie en bestraffing van ernstige normschendingen, is het niet verwonderlijk dat in de rechtsleer weer veel aandacht wordt geschonken aan *de iure* en *de facto* punitieve elementen in het aansprakelijkheidsrecht, zoals winstafdracht en *punitive damages*.⁹⁰ Ook aan de vergoeding voor immateriële schade in geval van opzettelijke en lucratieve schendingen van persoonlijkheidsrechten wordt soms een preventieve en bestraffende functie gekoppeld.⁹¹

De actuele aandacht voor immateriële schade is wel betiteld als een ‘luxualisering’ en ‘emotionalisering’ van het aansprakelijkheidsrecht, kenmerkend

86 Dit actuele proces van relativering van het leerstuk van verjaring gaat vooralsnog verder dan in andere Europese landen. Mogelijk met uitzondering van het Engelse recht, kennen de andere Europese rechtssystemen een strenger regime van verjaring. Zie I. Gillead & B. Askeland (eds.), *Prescription in Tort Law; Analytical and Comparative Perspectives*, Cambridge: Intersentia 2020.

87 R.C. Meurkens, *Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2014, p. 381 en 389; I. Samoy e.a., ‘De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)’, in: B. Debaenst & B. Delbecq (red.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving*, Brugge: Die Keure 2014, p. 148; Gillaerts 2020, p. 137.

88 Zie Gillaerts 2020, p. 131 met verdere verwijzingen.

89 Zie hierover onder meer T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Een Europees schadebegrip’, *NTBR* 2018/5, p. 35-36; Gillaerts 2020, p. 147 e.v.; D.A. van der Kooij & J. van Kralingen, ‘Schadevergoeding op grond van de AVG: ter compensatie en/of handhaving?’, *NTBR* 2022 (nog te verschijnen).

90 Zie onder meer Meurkens 2014, p. 378 en Samoy 2014, p. 157 met verdere verwijzingen.

91 Meurkens 2014, p. 388; Gillaerts 2020, p. 135.

voor deze tijd.⁹² Maar reeds in het oud-Hollandse recht was immateriële schadevergoeding bekend, en het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* voorzag in een recht op smartengeld; de gekwetste of verminkte had het recht om ook vergoeding te vorderen voor pijn, smart en ontsiering van het lichaam.⁹³ Daarna zien we een tegengestelde ontwikkeling. In de periode 1811-1838, toen de *Code Civil* hier te lande gold, ontbrak iedere verwijzing naar immateriële schade. En ook ons oud-Burgerlijk Wetboek hield vast aan het uitgangspunt dat de toekenning van immateriële schadevergoeding niet mogelijk was, behoudens in geval van opzettelijke belediging. Het duurde tot 1943 alvorens de rechtspraktijk via de geleidelijke weg van de jurisprudentie het recht op smartengeld weer erkende.⁹⁴

Ook de ontwikkelingen op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid weerspiegelen dit beeld van golfbewegingen. Na een periode van steeds verdergaande aansprakelijkheid van werkgevers voor arbeidsongevallen – sommigen spraken al van risicoaansprakelijkheid – vaart de Hoge Raad tegenwoordig een mildere koers. Van de werkgever wordt nog immer een actief veiligheidsbeleid gevergd, maar bij alledaagse ongevallen op de werkvloer die door de werkgever redelijkerwijs niet hadden kunnen worden voorkomen, is een grens gesignaleerd. Dit brengt met zich dat meer nadruk wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer.

Van bijzonder belang voor onze studie is de ontwikkeling van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Vanzelfsprekend wordt naar wegen gezocht om de belangen van de overheid – en daarmee van de samenleving als geheel – te verzoenen met de belangen van individuen die door overheidshandelen schade lijden. Het leerstuk van overheidsaansprakelijkheidsrecht is gedoopt en gegroeid in de negentiende en twintigste eeuw.⁹⁵ Daarvoor gold in de rechtsstelsels van Europa en daarbuiten het adagium *rex non potest peccare, the king can do no wrong*, maar langzaam maar zeker zijn deze immuniteiten gerelativeerd

92 Zie Hartlief, 'Het slachtoffer en zijn inkomensschade; hoe flexibel moet hij zijn in het belang van de dader', in: F.T. Oldenhuis e.a., *Schadebeperkingsplicht; Wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridisch 2010, p. 40.

93 Artikel 1320 WNH: "Kwetsing, of verminking aan enig deel van het ligchaam geeft aan den gewonden het recht om te vorderen vergoeding van het meesterloon, en van de schade en winstderving daardoor aan hem toegebracht, de pijn en smart en ontsiering van het ligchaam daaronder gerekend, het geen door den regter, naar gelang van den persoon en de omstandigheden begroot wordt." De aanspraak op vergoeding voor smart en ontsiering van het lichaam strijdt met de Romeinsrechtelijke traditie, die in de *Code Civil* is gevolgd. Zie ook E.G.D. van Dongen & G.L.H. van Rosmalen, 'De vergoeding van immateriële schade in Nederland en Italië: een vergelijkend-rechtshistorische analyse', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2022 (nog te verschijnen).

94 HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455 (*Van Kreuning/Bessem*): "dat in overeenstemming met hetgeen van oudsher in ons land gegolden had en met hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt, het toekennen van vergoeding voor ideële schade, geleden ten gevolge van voormelde daden, als redelijk en billijk valt te beschouwen; dat daarom bij twijfel, wat de wetgever van 1838 met het tweede lid van artikel 1407 bedoeld heeft, de Hoge Raad er de voorkeur aan geeft dit aldus uit te leggen, dat bij de waardeering van de schade mede die van ideeelen aard in aanmerking komt."

95 A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2017-2, p. 4.

en tot slot zo goed als losgelaten. In Nederland is er aanvankelijk veel debat geweest over de ruimte voor een privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.⁹⁶ Weliswaar werd al snel aangenomen dat de overheid bij schending van een privaatrechtelijke norm of een subjectief recht jegens een burger aansprakelijk kon zijn, maar in de loop van de negentiende eeuw heeft de gedachte postgevat dat het publiekrechtelijk handelen van de overheid niet door het privaatrecht kon worden genormeerd. Dit was in lijn met de algemeen aanvaarde opvatting dat het privaatrecht en het publiekrecht gescheiden systemen zijn. Daar waar publiekrechtelijk optreden in het spel was, konden overheidslichamen slechts op grond van het publiekrecht worden aangesproken. In de twintigste eeuw is deze scheiding tussen publiek- en privaatrecht losgelaten en is verdedigd dat het privaatrecht het algemene recht belichaamt waaraan ook de overheid tegenover de burger gebonden is. Terwijl de wetgever de ontwikkeling van overheidsaansprakelijkheid aan de rechter liet, heeft de Hoge Raad in de vroege twintigste eeuw ruim baan gemaakt voor privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die vervolgens sterk is gegroeid. De laatste tijd wordt de (te) ver uitgedijde overheidsaansprakelijkheid op bepaalde terreinen weer ingeperkt en krijgen de overheden weer meer speelruimte.⁹⁷ Deze golfbewegingen worden mede ingezet door tijdgebonden rechtspolitieke afwegingen die ook samenhangen met de bijzondere positie van de overheid. De armslag van de overheid vergroot naarmate de politieke beladenheid van het handelen in kwestie toeneemt en verkleint naarmate het handelen meer gelijkenis met privaat handelen vertoont. Tendensen van tolerantie en repressie wisselen elkaar af.

De convergentie van overheidsaansprakelijkheid en repressie is overigens geen eenrichtingsverkeer. Enerzijds kan getracht worden repressie op te voeren middels overheidsaansprakelijkheid. Een voorbeeld biedt de *Urgenda*-zaak, waarin de Staat is bevolen maatregelen te treffen om de uitstoot van broeikaseffecten te (doen) verminderen.⁹⁸ Illustratief is ook de zaak *Gaswinning Groningen*, waarin de Staat onrechtmatig handelen wordt verweten door niet tijdig passende maatregelen in de vorm wetgeving, beleid, besluiten en feitelijk handelen te treffen om het ontstaan van schade als gevolg van gaswinning zo veel mogelijk te voorkomen.⁹⁹ Anderzijds kan aansprakelijkstelling van de overheid als instrument tegen repressie dienen. Denk aan de recente civiele rechtszaken van onder meer Stichting Viruswaarheid tegen de *lock-*

96 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 16 e.v.; G.E. van Maanen, 'De ondergang van de Vrouwe Elske en de opkomst van Noordwijkerhout/Guldemond', in: R.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 43 e.v.; P.A. Fruytier, *De civielrechtelijke inbedding van het besluiten aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 12.

97 Keirse & Ortleip, 2017, p. 14.

98 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

99 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Gaswinning Groningen*).

down-maatregelen, de avondklok, de mondkapjesplicht, het vaccinatiebeleid en het inreisverbod.¹⁰⁰ Te wijzen valt voorts op de procedures van de Koninklijke Horeca Nederland tegen de Staat om de heropening van cafés en restaurants af te dwingen, om de coronamaatregelen voor nachtclubs en discotheken te versoepelen en om schadevergoedingen te bewerkstelligen voor de zwaar door de *lockdown* getroffen branche.¹⁰¹

Deze voorbeelden illustreren dat policy-argumenten mede het overheidsaansprakelijkheidsrecht bepalen en dat daarmee op zichzelf nog niet een vaste beleidsrichting, van inperking dan wel uitdijing van overheidsaansprakelijkheid, is gegeven.¹⁰² Kritiek dat de civiele rechter niet genoeg oog heeft voor de vrijheid die de overheid nodig heeft om haar bestuurstaak goed uit te voeren wordt afgewisseld door commentaar op de terughoudendheid van de rechter om de overheid aansprakelijk te houden.¹⁰³

3.6 De lijnen samengebracht

Het privaatrecht is in beweging, zoals de samenleving en ons denken in beweging zijn. Het kompas van kennis uit het verleden toont aan dat het een doodlopende weg is om in dit proces een lineaire lijn van groei te willen ontdekken. Het proces verloopt chaotischer en daarbij zijn aan elkaar tegengestelden bewegingen te ontwaren. Het zijn maatschappelijke gegevens dat een reactie in de regel een tegenreactie uitlokt en dat aan werkelijke verandering chaos voorafgaat. Dat maakt dat het recht zich in geenszins nauw omlinnde golfbewegingen ontwikkelt. De hierboven besproken historie heeft dat in meerdere opzichten geïllustreerd.

Een van de golfbewegingen die wij in beeld hebben gebracht is het komen en gaan van de invloed van het Romeinse recht. Daarmee deels samenhangende tendensen zijn die van Europeanisering en nationalisering. De op-en-neer-beweging *from status to contract* en terug is aan de orde geweest. De mate van contractsvrijheid is een kwestie van meer of minder. Volledige contractsvrijheid is nimmer verwezenlijkt, evenmin heeft het daar ooit volledig aan ontbroken.¹⁰⁴ Wij hebben gezien hoe maatschappelijke en economische crises tot hevig ingrijpen leiden. Hoe het publiekrecht en privaatrecht elkaar afwisselen en aanvullen. Gespiegeld is dat de kring van belangen waarmee rekening moet worden gehouden uitzet en inkrimpt. Het gewicht dat toekomt aan het eigen

100 Zie <https://viruswaarheid.nl/rechtszaken>.

101 Zie onder meer Rb. Den Haag 17 september 2019, ECLI:NL:HR:RBDHA:2021:10092.

102 Hierover meer uitgebreid Keirse & Ortlep 2017, p. 3 e.v.

103 Di Bella 2014, p. 15.

104 C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19^e eeuw', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridisch 2003, p. 134.

belang, het belang van de gemeenschap, de belangen van directbetrokkenen varieert van tijd tot tijd. De sleutelwoorden van privaatrecht wisselen van individualisme naar gemeenschapszin naar broederschap en terug naar gemeenschapszin. De schommelingen tussen de vrijheid die partijen zich kunnen veroorloven en de repressie die zij moeten dulden, worden bepaald door de in een bepaalde tijd heersende opvatting van wetgever en rechter van het gemeenschapsbelang. En die opvatting varieert onder meer naar gelang de maatschappelijke omstandigheden, de toestand van de economie, de sociaal-politieke opvattingen, gehanteerde waardeoordelen over en visies op de maatschappij, de ethiek en de visie op moraal.

Een eventuele conclusie dat de actuele repressie van het privaatrecht zeer ver gaat, komt in een helderder daglicht te staan, als in ogenschouw wordt genomen dat elke reactie (te) ver kan doorslaan en, zoals de slinger van een klok, even ver naar de andere zijde van het middelpunt verwijderd doorloopt als waar de actie, waarop de reactie de reflex is, aan deze zijde van het middelpunt uitgehangen heeft.¹⁰⁵

105 Vergelijk Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 14.

4.1 Duiding van hedendaagse tendensen

De vraag is hoe hedendaagse repressieve tendensen in het privaatrecht moeten worden geduid. Hoe ver is de slinger doorgeslagen naar een repressief privaatrecht? Die vraag is, zoals het voorgaande rechtshistorische overzicht laat zien, makkelijker te beantwoorden indien het object van studie verder in het verleden ligt. Duiding geven aan een ontwikkeling waar we nog middenin staan, is ingewikkelder.

Om die reden zullen wij in dit hoofdstuk een aantal voorbeelden van repressieve tendensen in het hedendaagse privaatrecht uitwerken. Die voorbeelden illustreren dat het hedendaagse privaatrecht, zoals wij in de inleiding stelden, gekleurd lijkt te worden door repressie. Aan het eind van dit hoofdstuk noemen wij als tegenwicht ook een paar belangrijke maatschappelijke ontwikkelingen die juist gefaciliteerd worden door het kader van autonomie, vrijheid en economische ordening dat het privaatrecht biedt. Niet uit het oog mag worden verloren dat het privaatrecht die functie als basis heeft.

Onze *tour d'horizon* is onderverdeeld in de drie aspecten van repressiviteit in het privaatrecht die we hierboven identificeerden: (i) inzet van het privaatrecht (proces)recht teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan, (ii) privaatrechtelijke handhaving, en (iii) inzet van het privaatrecht (proces)recht als onderdeel van het opkomen voor algemene belangen van de samenleving. Zoals zal blijken, gaat het hier om deels elkaar overlappende categorieën. Illustratief zijn civielrechtelijke algemeenbelangacties gericht op gedragsbeïnvloeding en effectieve handhaving, die hieronder de revue zullen passeren.

4.2 Privaatrecht als instrument om gedrag te sturen

4.2.1 *Dwingend recht*

Dwingend recht werd eerder in dit preadvies al genoemd als uiting van sturing of geleiding door middel van het privaatrecht. Als voorbeelden werden genoemd normen van dwingend recht in het arbeidsrecht, huurrecht, consumentenrecht, financieel recht en gezondheidsrecht. In de ontwikkeling van het privaatrecht zien we de opkomst van dit type regels in het arbeidsrecht. Vanaf de industriële revolutie ontstond een grotere kwetsbaarheid van arbeiders en daarmee de behoefte aan bescherming, bijvoorbeeld ten aanzien van werken, ziekte en loon. Het consumentenrecht volgde later. De grondgedachte bij deze regelgeving is dat dwingend recht nodig is om zwakkere partijen te beschermen tegen contractuele uitbuiting door sterke partijen. Dat komt tot uitdrukking in het karakter van regels van dwingend recht, waarvan niet contractueel kan worden afgeweken, of van semi-dwingend recht, waarvan afwijking wel mogelijk is mits niet ten nadele van de zwakkere partij.¹ In het ongeschreven recht dwingen de eisen van redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid en zorgplichten partijen in een bepaalde richting.

Ook vanuit het Europese recht is de invloed van sociale aspecten zichtbaar, in het bijzonder in de vorm van specifieke regelgeving ten aanzien van consumentenovereenkomsten. Sociaal is de bescherming van de zwakkere contractspartij. In het Burgerlijk Wetboek zijn Europeesrechtelijke regels van dwingend recht terug te vinden in de informatieverplichtingen van artikel 6:230a e.v. BW² en 6:230g e.v. BW,³ de algemene-voorwaardenregeling van artikel 6:231 e.v. BW, en de regels voor bijzondere overeenkomsten in boek 7 BW voor consumentenkoop, pakketreizen, timeshare-overeenkomsten, consumentenkrediet en binnenkort ook digitale inhoud.

Hoort dwingend recht nu in het privaatrecht en het Burgerlijk Wetboek thuis? De sociale rol van het privaatrecht, waarbij gebruik wordt gemaakt van dwingend recht, is in elk geval erkend door de wetgever: “De tijd is voorbij, waarin als eenige taak van den burgerlijken wetgever bij de vastlegging van het contractenrecht werd aangemerkt het geven van regelen, welke alleen gelden voor zoover partijen daarvan niet gelieven af te wijken. Ook in het contractenrecht moeten sociale overwegingen onophoudelijk medespreken.”⁴

1 Zie bijvoorbeeld artikel 7:6 BW ten aanzien van consumentenkoop.

2 Implementatie van Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376, verder: Dienstenrichtlijn.

3 Implementatie van Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2011, L 304/64, verder: Richtlijn consumentenrechten.

4 *Kamerstukken II* 1933/34, 431, nr. 3, p. 7.

De vraag naar de plaats van sociale regelgeving in het privaatrecht is daarmee echter niet beslecht. Sommige auteurs menen dat de bescherming van zwakkere partijen in het privaatrecht aan heroverweging toe is, althans voor zover het gaat om de categoriale bescherming van consumenten. De toename aan zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), kleine ondernemingen, en prosumenten (een partij die tegelijkertijd producent en consument is) op onlineplatforms betekent dat de ondernemer lang niet in alle gevallen een sterke(-re) contractspartij is.⁵ Schelhaas pleit om die reden voor een andere norm, onafhankelijk van de grootte van partijen, namelijk bescherming 'in geval van een wezenlijke disbalans tussen partijen, waarbij financiële of economische afhankelijkheid dan wel een grote kennis- en informatieachterstand in de weg staan aan normaal functioneren van de contractsvrijheid zodat evenredige benadeling reëel is'.⁶ Smits deed al eens een ander voorstel, namelijk voor twee typen contractenrecht: één met een handelsmoraal, waarbij winst maken voorop staat, én een contractenrecht van de sociale rechtsstaat waarin 'wonen, werken, leven en gezondheid' vooropstaan.⁷ De toename van particuliere aanbieders in de platformeconomie, onder de noemer 'prosument', geeft eveneens aanleiding tot een herijking. Daarbij moet de vraag worden gesteld of een onlineplatform niet (deels) de verantwoordelijkheden van een handelaar moet dragen jegens de consument, indien zaken of diensten via het platform worden aangeboden door een prosument.⁸

In dit licht kan hier niet onvermeld blijven dat recente opmerkelijke wetgeving op verschillende terreinen stevige dwingendrechtelijke bepalingen in de *business to business* (B2B-)relatie heeft geïntroduceerd. In de nieuwe Franchisewet is bepaald dat niet ten nadele van in Nederland gevestigde franchisenemers kan worden afgeweken van de bescherming die deze wet franchisenemers beoogt te bieden tegen een gebrek aan transparantie en te veel eenzijdigheid in de contracten van franchisegevers. De in 2021 – ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/633 – ingevoerde Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen beschermt leveranciers, ook heel grote met een jaarlijkse omzet tot 350.000.000 euro, tegen de inkoopmacht van grote supermarktketens. Verder is in 2019 een Europese verordening aangenomen met het doel zakelijke aanbieders op onlineplatforms te be-

5 Vergelijk T. Hartlief, 'Kooplieden in het recht', *NJB* 2018/1236.

6 H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?*, Den Haag: Boom Juridisch 2018. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Twintig jaar nieuw BW: bijzondere overeenkomsten', *AA* 2012, afl. 11, p. 872.

7 T. Hartlief, 'Het contractenrecht anno 2025', *NJB* 2017/1392, met verwijzing naar J.M. Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht: over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1998, p. 10 e.v.

8 V. Mak, *De prosument en de digitale economie. Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst*, (oratie Leiden) 2021. Vergelijk Hartlief 2017/1392.

schermen in hun verhouding tot de platformbeheerder.⁹ Deze *platform to business* (P2B-)Verordening, voorziet in specifieke bepalingen over oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden, waarborgen voor toegang en verwijdering van aanbieders van een platform, en de beschikbaarheid van een klachtenregeling. Met de invoering van lid 2 en 3 in artikel 6:195 BW op grond van de Wet Acquisitiefraude uit 2016 worden ondernemers beschermd tegen misleidende omissies in acquirerende handelspraktijken.¹⁰ Deze nieuwe wetgeving is opmerkelijk te noemen omdat in overige *business to business*-situaties vrijwel het gehele contractenrecht (vooralsnog) van regelend recht is.

Overigens verdient opmerking dat door de civiele rechtspraak reeds in ruimere mate dwingendrechtelijk wordt ingegrepen in de verhouding tussen professionals. Denk aan de zorgplichten die professionals ook tegenover hun zakelijke klanten (en zelfs derden) in acht te nemen hebben.¹¹ In het bijzonder wordt bijvoorbeeld de bancaire contractsvrijheid vergaand ingeperkt door in de rechtspraak ontwikkelde verplichtingen om een bepaald contract niet aan te gaan (weigeringsplicht) of juist wel (contracteerplicht) dan wel om een bestaand contract te beëindigen (beëindigingsplicht).¹²

Niettemin, hoe de vormgeving van bescherming van (relatief) zwakkere partijen er ook uitziet, de invloed van sociale ontwikkelingen op het privaatrecht is niet langer weg te denken. Sleutelwoorden, zoals maatschappelijke betamelijkheid, zorgplichten, redelijkheid en billijkheid, subjectieve goede trouw, recht op gezinsleven en persoonlijke integriteit, kleuren het privaatrecht. Het door het privaatrecht gedragen beginsel van autonomie behelst niet alleen de eigen contractsvrijheid maar ook dat rekening wordt gehouden met de belangen van anderen, zodat zij hun autonomie kunnen verwezenlijken. Het lijkt ons in dit licht waarschijnlijk dat bepalingen van dwingend privaatrecht behouden blijven en zelfs nog verder aan uitbreiding onderhevig zullen zijn. Is het niet omdat Europees recht daartoe verplicht dan omdat dwingend recht een uitgelezen middel kan zijn om via het privaatrecht beleidsdoelen, politieke doelstellingen en gemeenschappelijke waarden te realiseren. Dat brengt ons tot de volgende uiting van de sturende rol van het privaatrecht: instrumentalisering.

9 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L186/57.

10 Wet van 29 maart 2016 ter zake van acquisitiefraude, *Stb.* 2016, 133.

11 O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, p. 66 e.v.; I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *AA* 2017, p. 605-606.

12 Zie D. Busch, 'Anti-witwasregels, Freikörperkultuur en de grenzen van de bancaire contractsvrijheid', *AA* 2022, p. 142 e.v.

4.2.2 Instrumentalisering van het privaatrecht

Het privaatrecht wordt de laatste decennia steeds vaker ingezet als instrument om bij te dragen aan het nastreven van beleidsdoelen of politieke doelstellingen en waarden. Deze ‘instrumentalisering’ van het privaatrecht heeft met name een impuls gekregen door de invloed van het Europese recht op het Nederlandse recht.

De Europese Unie, zoals de Europese Gemeenschappen daarvoor, heeft zich in de Verdragen verbonden tot het nastreven van een hoog niveau van consumentenbescherming als onderdeel van de Europese sociale markteconomie. Dat doel is te herleiden uit de waarden en doelstellingen van de Europese Unie, vastgelegd in artikel 2 en 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Consumentenbescherming wordt voorts als grondslag genoemd voor de wetgevingsbevoegdheid van de Europese wetgever, als aanvulling op het nastreven van de integratie van de Europese interne markt (artikel 114 lid 1 en 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)).¹³ Het recht is instrumenteel aan het nastreven van dat doel, enerzijds door middel van negatieve harmonisatie en anderzijds door positieve harmonisatie. Negatieve harmonisatie betekent het wegnemen van regelgeving die een barrière kan vormen voor de integratie van de interne markt. De Europese Unie heeft daartoe bevoegdheden op grond van de vier vrijheden.¹⁴ Met positieve harmonisatie wordt bedoeld op het introduceren van EU-wetgeving die beoogt de regelgeving van de lidstaten te uniformeren of dichter bij elkaar te brengen. Vanaf 1985, en vooral in de jaren negentig van de vorige eeuw, is een groot aantal Europese richtlijnen aangenomen op het gebied van het consumentencontractenrecht.¹⁵ Na een aantal jaren van consolidatie zijn recent drie nieuwe richtlijnen aangenomen: Richtlijn (EU) 2019/2161 inzake modernisering van het consumentenrecht, Richtlijn (EU) 2019/770 inzake overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, en Richtlijn (EU) 2019/771 inzake consumentenkoop (en ter vervanging van Richtlijn 1999/44/EG).¹⁶

Over de wenselijkheid van de instrumentalisering van het privaatrecht wordt van mening verschild. Niet alleen kan worden afgevraagd of het pri-

13 Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), *PbEU* 2012, C 326/1.

14 Vrij verkeer van goederen (artikelen 28-37 VWEU), diensten (artikel 56 VWEU), kapitaal (artikel 63 VWEU) en personen (artikel 21 VWEU).

15 Keirse 2010, p. 37 e.v.

16 Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, L 328/7, verder: Moderniseringsrichtlijn; Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1; Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, *PbEU* 2019, L 136/28. Zie ook V. Mak, ‘Op weg naar een Europese ‘Digital Single Market’’. Twee nieuwe richtlijnvoorstellen voor het Europees contractenrecht’, *NJB* 2016, afl. 8, p. 518-524.

vaatrecht, dat gebaseerd is op de gedachte van autonomie, wel geschikt is als instrument. De keuze voor en vormgeving van de privaatrechtelijke actie wordt dan namelijk niet slechts bepaald door de onderlinge verhouding van de private partijen, maar mede afhankelijk gemaakt van de mate waarin het kan bijdragen aan een algemener, zagezegd hoger doel. In bredere zin kan instrumentalisering van het recht leiden tot afkalving van de onafhankelijke positie van het recht en de rechter.¹⁷ Aan de andere kant past de tendens richting instrumentalisering in de golfbeweging tussen publiek- en privaatrecht die wij hierboven beschreven.¹⁸ De slinger lijkt in onze tijd door te slaan in de richting van een weer groeiende invloed van het publiekrecht op het privaatrecht.

Instrumentalisering komt niet alleen in de wetgeving maar ook in de rechtspraak tot uitdrukking. In onze tijd zien we een toenemende rol van de rechter als aanspreekpunt voor burgers voor het afdwingen van politieke afspraken of beleidsdoelen, bijvoorbeeld op het gebied van klimaat. Op dergelijke *public interest litigation* komen we hieronder nog terug in het licht van de verhouding tussen privaatrecht en maatschappelijke belangen. De rechter zelf stelt zich voorts vaker actief op door via het privaatrecht te zoeken naar wegen die de bescherming van sociale rechten van burgers waarborgen, onder meer via de band van het Europese recht.¹⁹ Het effectiviteitsbeginsel uit het Europese recht is in dat opzicht van grote invloed geweest.

4.2.3 *Effectiviteitsbeginsel en Europees consumentenrecht*

De effectiviteit van rechten neergelegd in het EU-recht is in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) een steeds nadrukkelijker thema geworden.²⁰ Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat de effectiviteit (of doeltreffendheid) van regels van EU-recht niet mag worden beperkt door regels van nationaal recht. Daar waar dat wel het geval is, moeten de nationale regels buiten toepassing worden gelaten of kan de Staat²¹ of, onder omstandigheden, een particulier aansprakelijk worden gehouden.²² In het contractenrecht heeft dit beginsel de basis gevormd voor een lijn van rechtspraak van het HvJ EU waarin de handhaving van consumentenrecht kracht wordt bijgezet door een

17 B. Tamanaha, *The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism* (Wolf Legal Publishing, Oisterwijk 2008), stelt dat 'in situations of sharp disagreement over the social good, if law is perceived as an instrument, individuals and groups within society will endeavor to seize the law, and fill in, interpret, and apply the law, to serve their own ends'.

18 Paragraaf 3.2.

19 Vergelijk Hof van Justitie EU 14 maart 2015, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*). Zie C. Mak, E. Mak en V. Mak, 'De verwijzende rechter. Rechtspolitieke verandering via prejudiciële vragen van lagere rechters aan het Europese Hof van Justitie', *NJB* 2017, p. 1724.

20 Artikel 19 VEU, tweede zin bepaalt: "Het [Hof] verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen."

21 HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich*).

22 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, *Jur.* 2001, p. I-6297 (*Courage/Crehan*).

verplichting voor nationale rechters tot ambtshalve toetsing. Daarbij moet worden opgemerkt dat het HvJ EU rekening houdt met, en ruimte laat voor, regels van nationaal procesrecht.²³

In dit verband is het wederom van belang om de bredere context van de rechtsontwikkeling in de gaten te houden. Evenals in het Nederlandse verbintenissenrecht zijn in het Europese recht tendensen zichtbaar. In de rechtspraak van het HvJ EU ten aanzien van effectiviteit van EU-recht kunnen drie fasen worden onderscheiden, te weten terughoudendheid, interventionisme, en het respecteren van nationaal recht.²⁴ Met die fasen is grofweg de periode in kaart gebracht vanaf de oprichting van de Europese Gemeenschappen, tot het erkennen van staatsaansprakelijkheid bij het niet tijdig implementeren van richtlijnen, naar het zoeken naar een balans tussen Europees en nationaal procesrecht bij de handhaving van consumentenrechten. Deze indeling is van Tridimas en stamt uit 2006.²⁵ De vraag kan worden gesteld of we inmiddels in een vierde fase terecht zijn gekomen, die in lijn is met de ook meer algemene ontwikkeling van constitutionalisering van het privaatrecht. Het HvJ EU heeft sinds de *Aziz*-uitspraak uit 2013 steeds nadrukkelijker naar het EU-Handvest van de grondrechten verwezen als basis voor het effectueren van EU-recht, met als grondslag in het bijzonder artikel 47.²⁶

Artikel 47, eerste zin van het Handvest bepaalt: “Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte ...” Deze bepaling wordt gezien als een uitwerking van het effectiviteitsbeginsel, met in de overige paragrafen van het artikel een uitwerking van het grondrecht op een eerlijk proces (in overeenstemming met artikel 6 en 13 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM)).²⁷ Het artikel heeft echter een bredere reikwijdte dan het effectueren van EU-recht op zich. De formulering van de eerste zin laat zien dat de bepaling expliciet is gericht op het garanderen van rechtsbescherming voor EU-burgers. De genoemde ‘voorziening in rechte’ kan bestaan uit het invoeren van een nieuwe materiële remedie in het nationale recht.²⁸ In het consumentenrecht zal dit materiële doel overigens veelal samenvallen met het procedureel effectueren van EU-recht.²⁹ Voorts is rechtsbescherming ook in

23 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht’, *WPNR* 2011 (6901), p. 794.

24 Vergelijk Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP 2006, p. 420-422. Zie ook Tjong Tjin Tai 2011, p. 794.

25 Zie overigens ook M. Dougan, *National remedies before the Court of Justice: issues of harmonisation and differentiation*, Oxford: Hart 2004, p. 26-52.

26 EU Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* C 364/1. HvJ EU 14 maart 2015, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*).

27 Vergelijk J.L.M. van Duin, ‘Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2017, vol. 6, afl. 5, p. 191.

28 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 3-I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/110.

29 Van Duin 2017, p. 192.

eerdere rechtspraak van het HvJ EU een uitvloeisel geweest van het waarborgen van effectiviteit.³⁰ Niettemin biedt het benoemen van dit doel een opening voor het HvJ EU om zich explicieter te richten op het waarborgen van individuele rechtsbescherming.

In privaatrechtelijke casus komt die bescherming onder andere tot uitdrukking in de bescherming van consumenten tegen uitzetting uit de woning bij uitwinning van een hypotheeklening door de bank. Ingevolge rechtspraak van het HvJ EU mag die uithuiszetting niet plaatsvinden gedurende de tijd dat een (parallele) procedure aanhangig is waarin bedingen uit de hypotheekovereenkomsten worden aangevochten op grond van de oneerlijke-bedingenregeling van Richtlijn 93/13/EEG.³¹ Een ander voorbeeld is de ambtshalve te beoordelen nietigheid van oneerlijke rentebedingen. Indien de rechter via deze weg een rentebeding vernietigt, zal de rechter niet op grond van aanvullend recht de wettelijke rente toewijzen. Door dat niet te doen, is de afschrikwekkende werking, en daarmee de effectiviteit, van de oneerlijke bedingenregeling zeker gesteld. Anders zou sprake zijn van een loterij zonder nieten, waarbij aanbieders zonder risico hoge rentebedingen kunnen opnemen in overeenkomsten.³²

De vanuit Europa ingezette tendens naar sterkere individuele rechtsbescherming voor consumenten, waarin effectieve en afschrikwekkende sancties een belangrijke rol spelen, heeft zich voortgezet in het nationale recht. We zien dat in de uitspraak die de Hoge Raad in november 2021 deed in antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Roermond over de handhaving van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten.³³ Deze vragen zijn ingegeven door de wens om effectief te kunnen optreden tegen handelaren die niet voldoen aan deze informatieplichten, geïmplementeerd in artikel 6:230m en 6:230v BW. De Richtlijn zelf schrijft niet voor welke sancties van toepassing zijn en heeft het dus aan het nationale recht overgelaten om dat te bepalen, met als voorwaarde dat de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.³⁴ In de praktijk betekent dit dat rechters de keuze hebben uit een scala aan materieelrechtelijke en procesrechtelijke

30 *Asser/Hartkamp 3-I* 2019/110 met verwijzing naar HvJ EU 15 mei 1986, 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston*) en HvJ EU 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*Factortame I*).

31 Zie HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 (*Sánchez Morcillo I*); HvJ EU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*).

32 Vergelijk C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nieten. Sancties in het consumentenrecht anno 2020*, Den Haag: Boom Juridisch 2020. Zie ook Landelijk Overleg Vakinhoud Civel en Kanton & Toezicht (LOVCK&T), *Amtshalve toetsing III*, Raad voor de Rechtspraak 2018, p. 55.

33 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677.

34 Richtlijn consumentenrechten, artikel 24. Voor een analyse van de in Nederland beschikbare sancties zie L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

opties.³⁵ De vragen die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd hebben betrekking op die opties. Naast een aantal processuele vragen over ambtshalve toetsing zijn de Hoge Raad de vragen voorgelegd of sancties moeten worden opgelegd voor het niet of ten dele voldoen aan informatieplichten; zo ja, welke sancties passend zijn en of de grondslag daarvan moet worden gezocht in de redelijkheid en billijkheid; en tot slot, of een staffel mag worden gehanteerd voor vergoeding.³⁶ De Hoge Raad beantwoordt deze vragen bevestigend en acht de sanctie van partiële vernietiging op grond van artikel 3:40 lid 2 BW passend.³⁷ Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst kan bestaan in een vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument. In de praktijk komt dat erop neer dat consumenten indien sprake is van een voldoende ernstige schending van een of meer essentiële informatieplichten, aanspraak hebben op terugbetaling van tien, vijftentwintig of mogelijk zelfs vijftig procent van de koopprijs. Advocaat-generaal Wissink merkt daarbij overigens op dat een prijsvermindering met vijftig procent wat hem betreft aan de (te) hoge kant is. Een hoog percentage prijsreductie kan immers voor de handelaar ongunstiger uitpakken dan algehele vernietiging met wederzijdse ongedaanmaking en zou daarmee ongeschikt zijn als minder vergaand alternatief voor algehele vernietiging.³⁸

Deze uitspraak van de Hoge Raad is verstrekkend. De vraag is of door het kiezen van deze lijn de belangen van handelaren niet te veel uit het oog worden verloren. Loos en Pavillon hadden om die reden een andere aanliegroute bepleit.³⁹ Het niet voldoen aan informatieplichten kan in de meeste gevallen worden gekwalificeerd als een misleidende omissie in de zin van de regeling voor oneerlijke handelspraktijken. In het Nederlandse recht bestaat daarvoor op grond van artikel 6:193j lid 3 BW een vernietigingsmogelijkheid voor de consument. Loos en Pavillon betogen dat deze bepaling een passender grondslag biedt voor de (gedeeltelijke) vernietiging van overeenkomsten bij ontbrekende informatie dan artikel 3:40 lid 2 BW of alternatieve grondslagen, zoals de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW en 6:248 BW). De reden daarvoor is dat artikel 6:193j lid 3 BW een causaliteitstoets hanteert: heeft de consument onder invloed van de oneerlijke handelspraktijk een overeenkomst gesloten die hij anders niet zou zijn aangegaan? De bepaling toetst dus of de wil van de consument daadwerkelijk is beïnvloed door het ontbreken van ver-

35 M.B.M. Loos & C.M.D.S. Pavillon, 'Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten. Handvatten voor de ambtshalve toetsingspraktijk aan de Richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2020, afl. 29, p. 2124-2135.

36 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, r.o. 2.5, vragen g, h en i.

37 Idem, r.o. 3.1.15.

38 Zie Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:758, onder 7.49.4. De Hoge Raad laat zich niet uit over de hoogte van de staffel.

39 Loos & Pavillon, *NJB* 2020, p. 2131. De bewijslast van de causaliteit ligt op de consument. Om die belemmering op te heffen pleiten Loos en Pavillon voor omkering van de bewijslast bij toepassing op de informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten.

plichte informatie. Die toets ontbreekt in artikel 3:40 lid 2 BW. De Hoge Raad gaat op dit punt niet nader in en laat dus in het ongewisse in hoeverre hij meent dat de belangen van handelaren hierdoor in het gedrang komen. Wellicht kan enige zorg worden weggenomen door de analyse van advocaat-generaal Wissink. Hij ziet de route van artikel 3:40 lid 2 niet als problematisch, omdat de lijst van informatieverplichtingen in artikel 6:230m BW en 6:230v BW *an sich* al een beperking geeft aan de gevallen waarvoor artikel 3:40 lid 2 BW een basis vormt voor (gedeeltelijke) vernietiging van de overeenkomst.⁴⁰

Niettemin zal in de praktijk moeten blijken of handelaren onevenredig hard worden getroffen door deze uitspraak van de Hoge Raad. Voor kleine of startende ondernemers is het een harde tik op de vingers als zij consumenten een groot deel van de koopprijs moeten vergoeden voor het niet of niet geheel voldoen aan de informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten. De gedachte om juist een afschrikwekkende sanctie te hanteren tegenover handelaren van grotere omvang die als ‘repeat player’ vaker bij de rechter staan, maakt deze uitspraak evenwel beter verstaanbaar. In ieder geval kan de uitspraak worden gezien als een uiting van een repressieve tendens in het overeenkomstenrecht in de vorm van remedies die verder gaan dan vergoeding van geleden schade en bij uitstek een afschrikwekkende functie hebben.

4.3 Privaatrechtelijke handhaving

4.3.1 *Wij zullen handhaven*

Handhaving heeft bij uitstek een repressief karakter en daarvoor heeft men zich lange tijd tot de overheid gewend. Ook wat betreft voor het privaatrecht wezenlijke kwesties, zoals de (on)geoorloofdheid van contracten en de (on)vrijheid van mededinging, heeft de nadruk in Nederland eerst op strafrechtelijke handhaving gelegen en vervolgens op de bestuursrechtelijke handhaving. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw is de privaatrechtelijke handhaving steeds sterker in de belangstelling komen te staan.⁴¹ De laatste jaren groeit het aantal mensen dat zich in de private sector bezighoudt met het bestrijden van criminaliteit hard. Dat private actoren in de huidige tijd meer en meer verantwoordelijkheid krijgen bij het afdwingen van normconform gedrag is deels te wijten aan het feit dat de overheid op sommige terreinen doelbewust de verantwoordelijkheid bij een private actor legt en is deels ook het gevolg van een gewijzigd maatschappelijk klimaat waarin meer honger is naar

40 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:758, onder 7.52.

41 Zie E.F.D. Engelhard e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2009, p. 15 en p. 51 e.v.

veiligheid en orde, mede door een andere beleving hiervan. Naast het ‘blauw’ van de politie, vult het straatbeeld zich ook met het ‘lichtblauw’ van de boa’s (de buitengewone opsporingsambtenaren) en het grijs van particuliere beveiligers.⁴² Na een reeks incidenten, zoals de onthullingen uit de Panama Papers, witwasschandalen bij Europese banken en mensenrechtenschendingen, is het maatschappelijke en politieke draagvlak voor bedrijven die het niet zo nauw nemen met de regels of complexe belastingconstructies optuigen tanende. Van bedrijven wordt verwacht dat ze niet alleen oog hebben voor hun eigen financiële belangen, maar ook voor de maatschappij.

Zo spelen banken een belangrijke rol als poortwachter van het financiële stelsel in de bestrijding van fraude, witwassen en terrorismefinanciering.⁴³ De bank dient haar potentiële klanten te onderwerpen aan een *customer due diligence*-onderzoek en bij een onaanvaardbaar risico op witwassen of hoge integriteitsrisico’s behoort de bank de relatie niet aan te gaan. Is de contractuele relatie met de bank eenmaal tot stand gekomen, dan duurt de verantwoordelijkheid van de bank voort en behoort de bank een voortdurende controle uit te oefenen op de zakelijke relatie en op de transacties die tijdens de duur van de relatie worden verricht. De bank dient zich ervan te verzekeren dat de transacties overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de klant en diens risicoprofiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die gebruikt worden. Wanneer gesignaleerd wordt dat een klant een te hoog risico op betrokkenheid bij witwassen of terrorismefinanciering met zich brengt, zal de bank de relatie met de klant moeten beëindigen. Daarbij zal de bank echter ook haar bijzondere zorgplicht in acht moeten nemen, die zij gelet op haar maatschappelijke functie heeft ten opzichte van klanten en derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daarbij is van groot gewicht dat het vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, laat staan om een bedrijf te exploiteren, zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank. Dit betekent dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden en in stand te houden.⁴⁴ De contractsvrijheid van banken wordt aldus in verschillende opzichten ingeperkt.⁴⁵ Enerzijds behoren zij bepaalde relaties niet aan te gaan of te verbreken en hun medewerking aan bepaalde transacties te ontfangen. Anderzijds wordt hun fundamenteel en zwaarwegend recht om niet te worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een ander en

42 J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde: Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 3.

43 Zie onder meer C.W.M. Lieverse & M.L. Lousse, ‘Hoofdstuk 3 - Banken’, in: B. Snijders-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek WWFT*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 33 e.v.

44 Zie HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652.

45 Zie ook hiervoor paragraaf 4.2.1 en Busch 2022, p. 139 e.v.

de in de Algemene bankvoorwaarden (ABV) opgenomen contractuele bevoegdheid om de bankrelatie op te zeggen sterk begrensd.

Ook andere private actoren, zoals verzekeringsmaatschappijen, woningcoöperaties, notarissen en curatoren, krijgen publieke verantwoordelijkheid doorgeschoven in het kader van een brede aanpak van vormen van fraude.⁴⁶ In 2011 is op initiatief van de overheid de Fraudehelpdesk opgericht, een private stichting die wil dienen als eerste loket bij oplichting en fraude wil voorkomen door voorlichting aan burgers en bedrijven. Dat deze trend zich doorzet blijkt ook uit het initiatief van onder meer belangenorganisatie MKB-Nederland tot oprichting van Vereniging Veilig Ondernemen door Informatie op Maat (VO-DIOM).

4.3.2 *Collectieve handhaving*

In het verlengde van de privaatrechtelijke bescherming van zwakkere partijen hebben zich in de laatste decennia verschillende handhavingsmechanismen ontwikkeld. Waar de rechten zelf als geleidend of sturend kunnen worden gezien,⁴⁷ heeft handhaving zoals gezegd een bij uitstek repressief karakter. Inbreuken op consumentenrechten kunnen aanleiding geven tot collectieve handhaving, ofwel publiekrechtelijk door de Autoriteit Consument en Markt (ACM), ofwel privaatrechtelijk via de collectieve actie van artikel 3:305a BW of via de collectieve vaststellingsovereenkomst onder de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).⁴⁸ In 2019 is daaraan de mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsvordering toegevoegd door de invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA)⁴⁹ en intussen is na jarenlang wachten eindelijk een Europese richtlijn (Richtlijn (EU) 2020/1828) met betrekking tot collectieve acties aangenomen.⁵⁰ Het gaat hierbij om procesrechtelijke regelingen voor de effectuering van materiële rechten, zonder dat daarbij het aansprakelijkheidsrecht of schadevergoedingsrecht wordt gewijzigd.

De effectiviteit van (de handhaving van) het privaatrecht wordt vergroot door deze instrumenten. Doordat collectief wordt opgetreden, geldt dat niet

46 Zie o.a. C.M. Hilverda, 'De publiek-publieke en publiek-private samenwerking ter bestrijding van faillissementsfraude', *NJB* 2016, p. 1420; S. Buisman, 'Naar een normatief kader voor hybride rechtspleging in Nederland en de Europese Unie', *NJB* 2021, p. 281.

47 Zie paragraaf 2.2.

48 Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Stb.* 2005, 340.

49 Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), *Stb.* 2019, 130.

50 Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2020, L 409/1.

alleen wordt opgekomen voor de gebundelde rechten van individuele bena-deelden, maar dat ook een algemeen belang wordt nagestreefd. Dat belang is erin gelegen om grootschalige schendingen van individuele rechten, bijvoorbeeld consumentenrechten, te voorkomen.⁵¹ De Richtlijn (EU) 2020/1828 illustreert dat. Deze richtlijn is de uitkomst van jarenlange pogingen tot Europese regulering van de procedure voor massaschadeclaims. In 2013 heeft de Europese Commissie met een mededeling en aanbeveling over een te ontwikkelen Europees horizontaal kader voor collectief verhaal de lidstaten aangemoedigd om mechanismen van collectief verhaal in te stellen voor de vergoeding van schades en voor de vorderingen tot staking van inbreuken.⁵² Het Volkswagenschandaal met betrekking tot frauduleuze emissietesten was voor de Europese Commissie de meest recente aanleiding voor een nieuw voorstel voor een verordening als onderdeel van de ‘New Deal for Consumers’ uit 2018. De Nederlandse wetgever, die de aanmoediging uit 2013 ter harte heeft genomen, koos ervoor het (onzekere) Europese wetgevingsproces niet af te wachten en de invoering van de WAMCA in de tussentijd door te zetten. Mogelijk zijn kleine aanpassingen nodig, al overlappen de wet en de richtlijn op een aantal punten.⁵³ Inmiddels is al een aantal WAMCA-procedures gestart, waarbij opvalt dat het privaatrecht wordt ingezet om een gebrek aan capaciteit in de publieke handhaving op te vangen. Op het gebied van privacyrecht zijn collectieve acties gestart tegen Oracle/Salesforce en tegen TikTok.⁵⁴ Dergelijke acties zijn een alternatief voor bestuursrechtelijke handhaving door de Autoriteit Persoonsgegevens, met als bijkomend aspect dat gedupeerden via de privaatrechtelijke weg schadevergoeding kunnen vorderen. Overigens blijkt uit de recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de Oracle/Salesforce-procedure dat nog hordes genomen moeten worden om tot een effectieve toepassing van de WAMCA-regeling te komen. In dit geval oordeelde de rechtbank dat de stichting die zich als klassenvertegenwoordiger meldde niet ontvankelijk moest worden geacht vanwege een gebrek aan representativiteit. De stichting had via een ‘like’-knop op een website de steun van 75.000 belanghebbenden vergaard. De rechtbank achtte dit echter onvoldoende om vast

51 Algemeen belang en groepsactie c.q. collectiviteit kunnen dus ook samenlopen. Zie ook R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter’, in: A. Wirtgen et. al., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2020-2021*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 161.

52 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s ‘Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal’, COM(2013) 401; Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, Pb L 201/60.

53 B.M. Katan & D.L. Barbiers, ‘De Richtlijn representatieve vorderingen komt eraan. Wat te doen met de WAMCA?’, *NTBR* 2019/27.

54 Zie voor een overzicht van collectieve acties <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>.

te stellen dat de stichting opkwam voor een voldoende groot deel van de getroffen groep benadeelden.⁵⁵

Naast private organisaties blijven toezichthoudende instanties van belang voor de collectieve bescherming van rechten. De ACM is in dat opzicht de laatste jaren een actievare rol gaan spelen. Dat uit zich onder andere in de praktijk van de ACM in de handhaving van consumentenrechten door middel van onderzoek naar mogelijke inbreuken, het uitdelen van waarschuwingen en het opleggen van boetes.⁵⁶ De ACM werd in 2015 nog verweten te weinig boetes uit te delen aan bedrijven die in overtreding waren en te vaak een goed gesprek voldoende te vinden.⁵⁷ De laatste jaren lijkt de toezichthouder, wellicht in reactie hierop, wel weer meer en hogere boetes op te leggen.⁵⁸ Dat zou kunnen worden gezien als een repressieve tendens, al is het op basis van de cijfers nog te vroeg om te zeggen of die langer zal aanhouden.

4.3.3 *Privaatrechtelijke regelingen voor publiekrechtelijke controles en boetes*

In lijn met het voorgaande kan als repressieve tendens in het privaatrecht worden gewezen op het toenemend gebruik van privaatrechtelijke gedragscodes en contractuele boeteclausules voor de handhaving van publiekrechtelijke regelgeving. In veel gevallen gaat het om het verdelen van verantwoordelijkheden tussen partijen in een netwerk of keten. Het belang van privaatrechtelijke controle van bedrijven en multinationals binnen hun handelsketens is in de huidige tijd toegenomen door de globalisering, de toenemende publiekrechtelijke regelgeving waaraan moet worden voldaan en de instigatie vanuit non-gouvernementele organisaties en overheden om hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen ten opzichte van stakeholders die door hun activiteiten beïnvloed worden en inmiddels zelfs ten opzichte van de samenleving in het algemeen. Enerzijds bieden gedragscodes en contractuele boetebedingen een uitbreiding van de handhavingsmogelijkheden van publiekrechtelijke normen via het privaatrecht en wordt het privaatrecht aldus ingezet als handhavingsinstrument. Anderzijds kan worden gezegd dat het privaatrecht in deze context vooral ook wordt ingezet voor het *verleggen* van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in de handelsketen. In die zin is hier geen sprake van toenemende repressie, maar eerder van een herverdeling tussen partijen in de keten, waartoe het privaatrecht al sinds jaar en dag mogelijkheden biedt. Een vraag

55 Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 (*Oracle/Salesforce*).

56 De ACM heeft deze bevoegdheden op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming, *Stb.* 2006, 591.

57 NRC 11 april 2015, 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek'.

58 Andersson Elffers Felix, 'Evaluatie van de Autoriteit Consument en Markt', rapport in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat 2020, p. 47.

daarbij is: kan een partij de last van het naleven van een publiekrechtelijke verplichting bij een andere partij neerleggen?

Denk aan de mogelijkheid van het verzekeren voor boetes. Tegen de lancering van een boeteverzekering voor parkeerboetes, bumperkleven en snelheidsovertredingen heeft de politiek zich verzet.⁵⁹ Verdedigd wordt dat een verzekering die strafrechtelijke of bestuursrechtelijke boetes dekt, strijdig is met de openbare orde of goede zeden daar het maatschappelijk onwenselijk is om het bestraffende effect van de boete weg te nemen.

Een succesvoller voorbeeld betreft de privaatrechtelijke handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV).⁶⁰ Deze wet schrijft voor dat het een werkgever, dat wil zeggen degene die een ander arbeid laat verrichten, verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder de door de wet vereiste vergunning.⁶¹ Toezicht op dit vereiste werkt door in een keten van werkgevers, mocht de vreemdeling feitelijk voor een andere werkgever komen te werken. In dat geval is de eerste werkgever verplicht een afschrift te verstrekken van het identiteitsbewijs van de vreemdeling (artikel 15 lid 1 WAV) en is de tweede werkgever verplicht de identiteit van de vreemdeling te controleren en het afschrift te bewaren (artikel 15 lid 2 WAV). De WAV werd in eerste instantie strafrechtelijk gehandhaafd, maar in 1995 is de bestuurlijke boete als handhavinginstrument geïntroduceerd.

Naar aanleiding van uitspraken van de bestuursrechter waarin boetes werden opgelegd voor het niet-naleven van WAV-verplichtingen zijn werkgevers op zoek gegaan naar wegen om de last van deze publiekrechtelijke boetes via het privaatrecht in de keten te verleggen. Het uitgangspunt van de WAV om de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid bij zowel de uitlenende als de inlenende werkgever te leggen, neemt niet weg dat in de contractuele verhouding tussen beide werkgevers de verantwoordelijkheid voor aanwezigheid van tewerkstellingsvergunningen, als die nodig zijn voor uitvoering van de opgedragen werkzaamheden door bepaalde personen, kan berusten bij de uitlenende werkgever, nu het immers in beginsel de uitlenende werkgever is die bepaalt welke medewerkers hij inzet voor uitvoering van het opgedragen werk. Dit betekent dat een inlenende werkgever die zich door schending van de WAV geconfronteerd ziet met een bestuursrechtelijke boete, deze schade onder omstandigheden met succes kan verhalen op zijn contractspartij (de uitlenende

59 Begin deze eeuw heeft Minister van Justitie Donner zich ingespannen om een dergelijke 'scheurverzekering' van de Nederlandse verzekeringsmarkt te weren.

60 Wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet arbeid vreemdelingen, *Stb.* 1994, 959.

61 Artikel 2 WAV, waarbij de vergunning kan zijn een tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning als gedefinieerd in artikel 1 Wav.

werkgever) via het contractuele aansprakelijkheidsrecht.⁶² Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan sprake zijn van een toerekenbaar tekortschieten van de uitlenende werkgever en daarmee van een gehoudenheid de boetebedragen van de opvolgend feitelijk werkgever(s) te vergoeden.⁶³

Privaatrechtelijke verlegging van publiekrechtelijke boetes kan ook met de inzet van contractuele bedingen worden gerealiseerd. In steeds meer gevallen gebruiken werkgevers contractuele clausules om onderling afspraken te maken over toezicht en boetes. Ter illustratie, een aantal van de voornoemde zaken waarin door de bestuursrechter boetes werden opgelegd betroffen vreemdelingen die in dienst van een distributiebedrijf dagbladen bezorgden. De uitgever van de dagbladen, in dit geval werkgever op afstand, kon volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden aangemerkt als werkgever van de vreemdeling.⁶⁴ De Afdeling oordeelde voorts dat de uitgever geen maatregelen had getroffen om overtredingen van de WAV te voorkomen en ook contractueel geen afspraken had gemaakt met het distributiebedrijf over naleving van de WAV. In die omstandigheden achtte de Afdeling schuld/verwijtbaarheid gegeven en bestond geen aanleiding om de boetes te matigen, gelet op het evenredigheidsbeginsel.⁶⁵

62 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 20 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6110; Rb. Dordrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL4310; Rb. Den Haag 25 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15027; Hof Amsterdam 200.267.482 (niet gepubliceerd). Dergelijke claims zijn niet steeds succesvol, zoals blijkt uit Rb. Utrecht 30 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD8740; Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH2893; Rb. Assen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:2187; Hof 's-Gravenhage 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3416; Rb. 's-Gravenhage 8 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4451; Rb. Dordrecht 30 maart 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP9792; Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6391; Rb. Oost-Brabant 28 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5315; Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) 16 december 2011, nr. 32.654; RvA 14 januari 2013, nr. 33.230, in hoger beroep gevolgd door RvA 14 juli 2014, nr. 71.868.

63 Het verweer dat de inlener zelf ook zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheid heeft geschonden door niet de identiteit van de ingezette werknemer te controleren, kan in beginsel niet afdoen aan de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de uitlener jegens hem. De schuldenaar die zelf bij machte is om de schade te voorkomen of beperken door te doen waartoe hij krachtens de overeenkomst met de schuldeiser verplicht is, maar daarin toerekenbaar tekortschiet, kan zich in beginsel niet ter afwijking of beperking van zijn aansprakelijkheid erop beroepen dat de schuldeiser door het treffen van (bijvoorbeeld) controlemaatregelen de schadelijke gevolgen van die wanprestatie had kunnen voorkomen of beperken. Vergelijk A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 123 en 151. Aangezien het in een geval als dit aan de uitlener kan worden toegerekend dat hij welbewust werkzaamheden laat verrichten zonder vereiste tewerkstellingsvergunning, kan de omstandigheid dat de inlener geen zelfstandige controle heeft uitgeoefend op de identiteit van de ingezette werknemer niet afdoen aan de contractuele aansprakelijkheid van de uitlener jegens de inlener ter zake van deze tewerkstelling. Voor zover laatstgenoemde omstandigheid kwalificeert als eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW, eist de billijkheid onder deze omstandigheden, gezien de contractuele verhouding van partijen en de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten, dat de vergoedingsplicht van de uitlener volledig in stand blijft. Dit is anders als de inlener wist dan wel onder de omstandigheden behoorde te weten dat voor de ingeschakelde arbeidskracht(en) een tewerkstellingsvergunning ontbrak. Vergelijk Rb. Rotterdam 20 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6110; Rb. Den Haag 25 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15027. Zie echter ook Rb. Dordrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL4310.

64 AbRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823. Hetzelfde geldt voor de distributiebedrijven waarvoor de vreemdelingen middels een overeenkomst van opdracht werkzaam waren; zie AbRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2655.

65 AbRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823, r.o. 2.7.2.

Werkgevers reageerden op deze rechtspraak door met anderen lager in de keten wel contractuele afspraken te maken over naleving van de WAV en mogelijke boetes. In de civiele rechtspraak kwam naar aanleiding daarvan de vraag naar voren of clausules waarbij de naleving van een publiekrechtelijke plicht wordt doorgeschoven naar een contractuele wederpartij afdwingbaar zijn. De Hoge Raad oordeelde dat deze bedingen inderdaad afdwingbaar zijn.⁶⁶ Echter, ook bij gebruik van een contractueel verhaalsbeding blijft de verantwoordelijkheid voor de naleving van de WAV bij de werkgever zelf liggen. In geval van niet-naleving geeft het contractuele beding hem een verhaalsmogelijkheid op grond van wanprestatie, maar dat neemt de verantwoordelijkheid niet weg. De werkgever draagt het risico van niet-verhaalbaarheid, bijvoorbeeld indien zijn contractuele wederpartij in staat van faillissement komt te verkeren.

Contractuele afspraken over verhaal van publiekrechtelijke boetes door kruisen de publiekrechtelijke handhaving dus niet en zijn in beginsel toegestaan. Overigens merkt de Hoge Raad in antwoord op aanvullende vragen op dat verhaalsbedingen onder omstandigheden wel nietig kunnen zijn.⁶⁷ Te denken valt aan gevallen waarin met een contractueel beding wordt beoogd de bestuursrechtelijke handhaving te frustreren, of gevallen waarin niet-naleving van de WAV te wijten is aan de opzet of grove schuld van de verhaalzoekende partij.⁶⁸ De hier genoemde uitspraak ziet op de WAV en het is niet uitgesloten dat bij andere boetebedingen een andere uitkomst wordt bereikt onder artikel 3:40 lid 1 BW. Voor ieder geval zal apart moeten worden getoetst of een contractueel verhaalsbeding een wettelijke regeling doorkruist of nietig moet worden geoordeeld op grond van een met de openbare orde of goede zeden strijdige inhoud of strekking van het beding.

4.3.4 *Privaatrechtelijke vrijheidsbeneming*

De inzet van het privaatrecht om het publieke domein en in het bijzonder de veiligheid binnen de publieke ruimte te regelen, kan zelfs tot vrijheidsbeneming leiden. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw – toen voor het eerst door de Hoge Raad uitspraak is gedaan over het verschijnsel van contactverbod – hebben private partijen concrete mogelijkheden om mensen die zich hebben misdragen voor langere tijd te weren uit een bepaalde omgeving.⁶⁹

66 HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*Wijnen Bouw Horst/Muller Complete Afbouw*).

67 In deze zaak beslist het Hof 's-Hertogenbosch na de prejudiciële beslissing in zijn eindarrest dat het beroep op het beding opgaat en dat de boete kan worden verhaald; Hof 's-Hertogenbosch, 20 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5600.

68 HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*Wijnen Bouw Horst/Muller Complete Afbouw*), r.o. 3.7.

69 HR 24 mei 1985, *NJ* 1987, 1 (*Aanrander met de hond*). Zie ook: A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht; Rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 42 e.v.

Aanvankelijk leidde deze ontwikkeling tot heftige discussies nu de botsing en inperking van grondrechten hier in het geding zijn. Inmiddels hebben privaatrechtelijke ontzeggingen, contact- en gebiedsverboden zich gesetteld in ons recht. De verboden jegens degenen die door crimineel, agressief of imponeerend gedrag anderen bedreigd doen voelen, komen in verschillende vormen voor: het buurt-, dorps-, stad-, park-, pleinverbod, het telefoon- en schrijfverbod, het winkel(centrum)verbod, het studeerverbod en zelfs het woonverbod. Talrijk zijn de verbodsacties die gevorderd worden tegen hooligans of lastige ex-partners in geval van verstoorde of afgebroken affectieve relaties. Ook worden regelmatig contactverboden opgelegd aan hen die zich schuldig hebben gemaakt aan het toebrengen van ernstige overlast, mishandeling, aanranding of verkrachting dan wel dreiging daarmee zonder dat er sprake is (geweest) van een daaraan voorafgaande relatie tussen het slachtoffer en de dader.⁷⁰ Onder omstandigheden worden zelfs ter afdwinging van nakoming van geboden of verboden privaatrechtelijke vorderingen toegewezen tot toepassingen van het dwangmiddel lijfswang met inzet van de deurwaarder.⁷¹

Private actoren proberen in toenemende mate ook in georganiseerd verband meer orde en veiligheid te creëren door overlast en criminaliteit in het publieke domein samen te bestrijden. Terwijl het begon met een toegangsverbod voor een specifieke locatie, een winkel of horecagelegenheid, worden thans ook collectieve ontzeggingen uitgedeeld en zien steeds meer registers het licht waarin overlastgevers als *personae non grata* worden geregistreerd. Zo verenigen winkeliers zich en treden zij door middel van de collectieve winkelontzegging op tegen normoverschrijdend gedrag van (potentiële) klanten. Overlastgevers, die de orde hebben verstoord bijvoorbeeld door diefstal of een poging daartoe in een van de bij een vereniging van winkeliers aangesloten winkels, kunnen aldus uit een omvangrijk winkelgebied worden geweerd.⁷²

4.4 Privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen

4.4.1 Maatschappelijke belangen en het algemeen belang

Als uiting van repressieve tendensen in het privaatrecht kan ook worden gewezen op de rol die het privaatrecht de laatste jaren steeds meer heeft als onderdeel van het opkomen voor algemene maatschappelijke belangen, zoals duurzaamheid. Het privaatrecht wordt in dit kader gebruikt als een instrument voor

70 Zie voor verwijzingen naar rechtspraak en literatuur Keirse 2017 p. 42-49.

71 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 9 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD6624.

72 M. Schuilenburg, *Orde in veiligheid; een dynamisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridisch 2012; Brouwer & Schilder (red.) 2014, p. 51-52.

collectieve zelfverwezenlijking: de positieve vrijheid van de burger wordt bevorderd door het versterken of inroepen van privaatrechtelijke rechten tegen de overheid en andere machtige actoren. De schakering van verschillende typen acties is zo rijk dat wij volstaan met het samenvatten van de repressieve invloed die uitgaat van de vermaatschappelijking, constitutionalisering en politisering van het privaatrecht. Dit doen wij aan de hand van de drie elkaar versterkende ontwikkelingslijnen van (i) de interne, inhoudelijke verkleuring van het privaatrecht naar meer sturend en dwingend privaatrecht in het algemeen belang, (ii) de toegenomen inzet en initiatieven van private actoren om op te treden tegen maatschappelijk ongewenst gedrag en bij te dragen aan duurzaam gewenst gedrag en (iii) de verschuiving van de publieke taak van de overheid om het algemeen belang te dienen richting private actoren.

Ter inleiding van deze paragraaf is enige afbakening nodig om helder te maken waarop wij doelen als we spreken over algemene en/of maatschappelijke belangen. Voor de term ‘algemeen belang’ bestaat geen vaststaande definitie en termen zoals ‘algemeen belang’, ‘collectief belang’, ‘groepsbelang’, ‘ideeel belang’ en ‘maatschappelijk belang’ worden door elkaar gebruikt.⁷³ Ook wij beogen geen scherpe afbakening te maken. Een algemeen belang kan worden afgezet tegen particuliere belangen of groepsbelangen en worden omschreven als een doel dat de gemeenschap zich stelt, uit oogpunt van maatschappelijke rechtvaardigheid of ter verwezenlijking van maatschappelijk onderschreven waarden.⁷⁴ Het gaat om een maatschappelijk ideaal of doel dat een grote diffuse groep of zelfs de gemeenschap als geheel raakt. Een algemeen belang heeft aldus een ideële kleur, namelijk het nastreven van maatschappelijke waarden en doelen. Die waarden en doelen kunnen de optelsom zijn van door individuele burgers gedeelde belangen, die onderling kunnen verschillen. Voorbeelden van algemene belangen zijn onafhankelijke rechtspraak, een rechtvaardig asielbeleid, biodiversiteit en dierenwelzijn.

Met de diverse algemene belangen is nog niet ‘het algemeen belang’ gegeven. Tot op zekere hoogte vallen algemene maatschappelijke belangen, zoals duurzaamheid, verkeersveiligheid, een goede gezondheidszorg of bewegingsvrijheid tijdens de coronapandemie, samen met het algemeen belang. Het algemeen belang is de resultante van een afweging van uiteenlopende algemene belangen en bijzondere belangen, waaronder groepsbelangen en individuele belangen.⁷⁵ De stelling dat een actie in het algemeen belang is, betekent derhalve dat na afweging van alle betrokken algemene en bijzondere belangen deze actie de gemeenschap het beste dient. Bij een dergelijke stelling zijn de

73 Zie ook E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1982, p. 2.

74 Aldus Schutgens & Sillen 2021, p. 159.

75 Dommering 1982, p. 3; Schutgens & Sillens, 160.

mathematische exactheid, zekerheid en onweerlegbaarheid uiteraard ver te zoeken.

Vanuit een traditionele opvatting over de democratische rechtsstaat ligt het in eerste instantie op de weg van de democratisch gelegitimeerde ambten om te bepalen welke waarden en doelen tot het algemeen belang behoren en wat in het algemeen belang is.⁷⁶ Wij menen echter dat private actoren ook een rol kunnen spelen en ook daadwerkelijk spelen in het bepalen wat tot het algemeen belang hoort en in het afdwingen ervan. In dit preadvies passeren voorbeelden de revue van civiele wetgeving, rechtspraak of actievoering in het algemeen belang, van door wetgever, rechter of rechtzoekende aan de orde gestelde maatschappelijke belangen die niet de hele samenleving raken en van individuele en collectieve procedures waarin ook een algemeen belang aan de orde is.

4.4.2 *Vermaatschappelijkte rollen*

De repressieve ontwikkelingslijnen die wij onderscheiden, ook in deze paragraaf over privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen, betreffen de veranderende rollen van de civiele wetgever, de civiele rechter, private actoren en het bestuur. Het klassieke schema van publiek- en privaatrecht waarin het publiekrecht het rechtsgebied bij uitstek is dat het diffuse algemeen belang dient en het privaatrecht juist de particuliere belangen van het individu dient, is sterk genuanceerd.

Dit preadvies biedt om te beginnen een bloemlezing van de wijze waarop de wetgever in toenemende mate het privaatrecht hanteert om bepaalde doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken. Algemene belangen worden gediend in formeel privaatrechtelijke regels van dwingend recht ter zake van bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst, de huurovereenkomst en consumentenovereenkomsten. Overeenkomsten en bedingen kunnen civielrechtelijk (partieel) worden vernietigd wegens strijd met publieke belangen, de wet, goede zeden en openbare orde. En ook het in aanmerking nemen van maatschappelijke verschillen tussen partijen en de bescherming van zwakkere partijen geschiedt in het algemeen belang.

Ook in de toepassing van het privaatrecht door de rechter komen algemene doelstellingen uit oogpunt van maatschappelijke rechtvaardigheid en ter verwezenlijking van maatschappelijk onderschreven waarden tot uitdrukking. Zo bijvoorbeeld is de standaardisering door de Hoge Raad van de aansprakelijkheid voor schade door ongevallen waarbij een motorrijtuig is betrokken ten behoeve van kinderen, voetgangers en fietsers op de grondslag van de billijkheidscorrectie in het kader van eigen schuld (de zogenoemde 50%- en

76 Vergelijk Schutgens & Sillens 2021, p. 160-161.

100%-regels), ingegeven door het grote gewicht van het maatschappelijk belang van een behoorlijke bescherming van deze groepen van verkeersslachtoffers.⁷⁷ In *Staat/Kabayel*, waarin de ontruiming van een asielzoekerscentrum was gevorderd, heeft de Hoge Raad beslist dat een ‘civielrechtelijk belang’ niet is vereist voor een vordering uit onrechtmatige daad, zodat de Staat ook publiekrechtelijke belangen kan verdedigen met de inzet van artikel 6:162 BW.⁷⁸ Het *Hangmat*-arrest getuigt ervan dat de Hoge Raad de grenzen van verzekerde opstalaansprakelijkheid mede afhankelijk stelt van wat in de maatschappij leeft en wat naar maatschappelijke opvattingen – in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar – het meest redelijk moet worden geacht.⁷⁹ In de jurisprudentie over de vraag hoelang een rechtsvordering kan worden afgedwongen alvorens deze verjaart, vindt een afweging plaats van het algemene belang van rechtszekerheid en individuele gerechtigheid.⁸⁰

De wetgever heeft de civiele rechter overigens ook de opdracht meegegeven acht te slaan op algemene belangen. Wij memoreren dat volgens Meijers het algemeen belang in bijna elke rechtsverhouding ingrijpt en dat in zijn ogen het algemeen belang meer dan vroeger in de artikelen van het Burgerlijk Wetboek zelf uitdrukking moet vinden.⁸¹ Hierop sluit aan dat artikel 3:12 BW expliciteert dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen ook rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Gewezen zij ook op artikel 6:168 BW dat bepaalt dat de rechter een vordering strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging kan afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld.⁸²

Deze ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak worden versterkt doordat burgers en andere private actoren steeds vaker de rechter weten te vinden voor het via het privaatrecht afdwingen van het in hun ogen algemeen belang, van politieke afspraken of van beleidsdoelen.⁸³ De ontstane maatschappelijke druk om naar manieren te zoeken waarmee het duurzaamheidsbelang en de naleving van langetermijndoelstellingen kunnen worden verzekerd, heeft ook ge-

77 HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 (*Saïd Hyati*); HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 401 (*Marleen Timmermans*); HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402 (*Pierre Wildiers II*). Zie hierover Keirse 2003, p. 231-238 met verdere verwijzingen.

78 HR 18 februari 1994, *NJ* 1995/718, m.nt. M. Scheltema ECLI:NL:HR:1994:ZC1267.

79 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*-arrest), ECLI:NL:HR:2010:BM6095.

80 Zie onder veel meer Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, *NJ* 2017/313 (*Mesotheloom*); HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:649, *NJ* 2021/165 (*Opeising legaat*).

81 Meijers, 1954, p. 179. Zie ook hiervoor paragraaf 3.3.

82 Naast de wetsartikelen 3:12 en 6:168 BW die wij hier aanhalen wijzen wij op de artikelen 1:29b, 3:134 lid 1 sub a, 3:168 lid 2, 3:185 lid 1, 5:78 sub b, 6:259 lid 2, 7:58 sub j, 7:119 sub 9, 7:309, 7:326, 7:377, 7:396 lid 4, 7:458 lid 2 sub a BW.

83 Zie o.a. I. Giesen, ‘Het privaatrecht als instrument in het publieke domein’, *NJB* 2018, -31 p. 2316 e.v.

leid tot een verruiming van de toegang tot de rechter voor vorderingen van private actoren gericht op algemene belangen. Het baanbrekende arrest van de Hoge Raad uit 1986 in de zaak die Milieudefensie voerde tegen de gemeente Amsterdam over onwenselijke baggerstort in de Nieuwe Meer, introduceerde de mogelijkheid voor maatschappelijke organisaties om naar de civiele rechter te stappen als de belangen waarvoor ze opkomen, worden geschaad.⁸⁴ In 1994 is deze weg van de algemeenbelangactie in artikel 3:305a BW gecodificeerd en in de huidige tijd valt deze actie een hernieuwde belangstelling ten deel.⁸⁵ Terwijl de ontwikkelingen die in de vorige subparagrafen de revue passeerden, in eerste instantie veeleer om rechtsbescherming draaien en niet zozeer direct specifieke beleidseffecten beogen, kan de inzet van het privaatrecht juist ook rechtstreeks gericht zijn op het nastreven van publieke beleidsdoelen en het bewerkstelligen van maatschappelijke verandering. Dat kan onder meer door de overheid of grote private partijen in rechte te betrekken, bijvoorbeeld in de vorm van algemeenbelangacties. De uitkomst van de zaak is dan in sommige gevallen ondergeschikt aan het belang van agendering van het betrokken thema. Illustratief is wellicht de collectieve actie van de Consumentenbond tegen Samsung over veiligheidsrisico's als gevolg van kwetsbaarheden in Android, het besturingssysteem van de smartphones van Samsung.⁸⁶ Hoewel het gebod om updates en upgrades door te voeren is afgewezen, lijkt de actie als onderdeel van de campagne van de Consumentenbond om technologiebedrijven aan hogere conformiteitsstandaarden te houden ten opzichte van consumenten dan zij gebruikelijk zijn te doen, niettemin geslaagd.

De grondslagen voor algemeenbelangacties kunnen variëren, al wordt in de regel de route van de (dreigende) onrechtmatige daad gekozen. De inzet is gewoonlijk een gebod of verbod op grond van artikel 3:296 juncto 6:162 BW. Het kan gaan om aansprakelijkheid (in de ruime zin van het woord) voor schending van internationale normen ten aanzien van klimaatbescherming of open zorgvuldigheidsnormen, zoals de verkeersveiligheid.⁸⁷ Ook kan het gaan om aansprakelijkheid voor inbreuken op concrete rechten van individuen die een algemeen belang vertegenwoordigen, zoals aansprakelijkheid voor gezondheidsschade van omwonenden van een fabriek, waarbij het algemeen belang is gelegen in bescherming van de volksgezondheid of het opkomen voor het recht op toegang tot schoon drinkwater van kinderen wier ouders de waterrekening niet hebben betaald. *Defence for Children* en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten menen dat gezinnen niet mogen worden afgesloten van water en dat de overheid en de waterbedrijven andere mogelijkheden moeten onderzoeken om ervoor te zorgen dat ouders de rekening

84 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 753, m.nt. W.H. Heemskerk.

85 Schutgens & Sillen 2021, p. 155.

86 Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310 (*Consumentenbond/Samsung*).

87 Voor meer voorbeelden zie Schutgens & Sillen 2021, p. 155-207.

betalen, waarbij het recht van kinderen op water gewaarborgd wordt, en procederen hierover.⁸⁸ De belangenorganisatie *Foodwatch* is een campagne gestart waarin zij de overheid oproept maatregelen te nemen om op gezonde voeding te sturen, zodat overgewicht en de ziekten die daaruit voortkomen, worden voorkomen.⁸⁹ *Foodwatch* is van mening dat de overheid niet genoeg doet om voedingsbedrijven op dit punt te sturen. Zij wil af van de ontoereikende zelfregulering van fastfoodbedrijven, bepleit een totaalverbod op kindermarketing voor alle producten die buiten de Schijf van Vijf vallen en wil aldus dat de overheid repressiever gaat optreden.

Klimaatzaken hebben de meeste bekendheid gekregen. De Rechtbank Den Haag deed in de *Urgenda*-zaak een vooruitstrevende stap door te oordelen dat de Nederlandse overheid zich harder moet inspannen om de uitstoot van broeikasgassen te reduceren. De rechtsgrond van de verplichting van de overheid jegens de burger werd gevonden in de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht uit het aansprakelijkheidsrecht.⁹⁰ Hoewel de rechtsgrond in de uitspraak van de Hoge Raad in deze *Urgenda*-zaak uiteindelijk een andere was, namelijk de verplichtingen van de Staat volgend uit het VN-Klimaatverdrag en het EVRM, blijft de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in beeld bij het voeren van klimaatprocedures. Een recent voorbeeld is de zaak van Milieudefensie tegen Shell – opvallend omdat het hier niet gaat om een procedure tegen de overheid maar tegen een private partij.⁹¹ De vordering van Milieudefensie berust op de stelling dat Shell onrechtmatig handelt door te weinig te doen tegen klimaatverandering, specifiek door onvoldoende maatregelen te treffen om in lijn met de doelstellingen van het Akkoord van Parijs de CO₂-uitstoot en de opwarming van de aarde tegen te gaan. De Rechtbank Den Haag beveelt Shell om via haar concernbeleid de CO₂-uitstoot eind 2030 netto 45% te verminderen ten opzichte van 2019. Deze zaak illustreert dat met toepassing van het privaatrecht meer druk wordt uitgeoefend en in sterkere mate wordt ingegrepen in de handelingsvrijheid van Shell dan wat de inzet van het publiekrecht tot nu toe heeft laten zien.

Uiteraard kan de betrokkenheid van of een beroep op een algemeen belang ook kracht bijzetten in een individuele of collectieve rechtszaak die – conform het meer traditionele civiele model – in eerste instantie om particuliere rechtsbescherming draait, en niet zozeer direct specifieke beleidseffecten beoogt. Dergelijke zaken kunnen wel beleidswijziging als neveneffect hebben. Het besef dat het privaatrecht bijdraagt aan de maatschappelijke controle op acti-

88 Zie <https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/armoede/2022/recht-op-water-procedure-ieder-kind-heeft-recht-op-water/>.

89 Zie <https://www.foodwatch.org/nl/current-nieuws/2021/offensief-voor-onze-gezondheid/>.

90 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

91 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

viteiten, producten en diensten die de veiligheid en gezondheid bedreigen, is gegroeid. De druk op private actoren tot zelfregulering neemt toe. De privaatrechtelijke strijd tegen industrieën van legale maar gezondheidsbedreigende producten, zoals DES, asbest, tabak, fastfood, loodhoudende verf, suiker en borstimplantaten, is wereldwijd losgebarsten.⁹² Met verwijten zoals *inadequate security* en de *failure to protect the public from* worden zogenoemde secundaire daders, zoals toezichthouders en ondernemingen die kunnen bijdragen aan de veiligheid van hun klanten, ter verantwoording geroepen voor strafbare feiten van anderen.⁹³ Deze zogenoemde secundaire aansprakelijkheid spreekt de crimineel als primaire dader natuurlijk geenszins vrij, maar biedt doorgaans wel een efficiëntere vorm van slachtofferbescherming. Aldus wordt een grote kring van private actoren ertoe bewogen een bijdrage te leveren aan maatschappelijk gewenst gedrag en criminaliteitsbestrijding. De kosten daarvan kunnen in de prijs van de door hen geleverde diensten of producten worden omgeslagen.

Last but not least is hier de veranderende rol van de publiekrechtelijke wetgever en het bestuur van belang. Een totaaloverzicht leert dat de overheid niet alleen actief controlerende en opsporende – en dus traditioneel publieke – taken doorschuift naar de civiele rechter en private actoren, maar dat zij ook door inactiviteit op bepaalde terreinen de civiele rechter en private actoren aanspoort om repressiever op te treden. Laatstgenoemden springen in gaten die vallen daar waar de politiek het laat afweten, bijvoorbeeld door onvoldoende vaart te maken met het vertalen van klimaatafspraken in beleid. Het beeld van een weerhuisje met poppetjes voor regen en zonneschijn is treffend: als de publiekrechtelijke wetgever en het bestuur terugbuigen, stappen de civiele rechter en private actoren naar buiten.⁹⁴

Voor privatisten leveren ook deze ontwikkelingen nieuwe onderzoeksvragen op. Een van deze vragen is in hoeverre het privaatrecht geschikt is als vehikel voor het behartigen van algemene belangen. Algemene belangen gaan individuele belangen immers te buiten en vallen in die zin buiten de grenzen van het partijgeschil of de partijverhouding waarop het privaatrecht in beginsel betrekking heeft. Omdat bovendien botsingen kunnen ontstaan met en tussen individuele belangen lijkt het eerder op de weg van de democratisch gelegiti-

92 Zie A.L.M. Keirse, 'Nieuw risico's; wie is er nog bang voor de magnetron?', *NJB* 2007, p. 2418 e.v.; A.L.M. Keirse, R.S.B. Kool & R. Ortlep, *Ongezonder (on)geoorloofd; Publiek- en privaatrecht & legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

93 Zie hierover o.a. K.L. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2020.

94 Dit beeld is aangedragen door oud-advocaat-generaal L. Timmerman, aangehaald in: <https://fd.nl/ondernemen/1385358/buigt-de-overheid-terug-dan-stapt-de-rechter-naar-voren>.

meerde politieke ambten te liggen om vast te stellen wat het algemeen belang is en waartoe het algemeen belang noopt.⁹⁵ De vraag is echter of dat zo is. Privaat- en publiekrecht vullen elkaar juist op veel terreinen aan en de wisselwerking tussen de twee betekent dat private actoren de ruimte hebben om ook een aanvullende evenals controlerende rol te vervullen ten opzichte van de overheid. Het privaatrecht biedt in die zin ook een tegenwicht tegen repressie, waarover hieronder meer.

De maatschappelijke inzet van het privaatrecht heeft uiteraard ook invloed op de ontwikkeling van leerstukken van privaatrecht.⁹⁶ De invulling van deze leerstukken in het licht van beleidsdoelen behoeft echter nog meer uitwerking. Hoe moet bijvoorbeeld worden omgegaan met toerekening en causaliteit nu de schade aan de samenleving, het klimaat of de gezondheid niet door één onderneming wordt veroorzaakt, maar door vele? Voor welke uitstoot bijvoorbeeld kan een onderneming verantwoordelijk worden gehouden?⁹⁷ Wat is het belang van *public interest litigation* naast andere vormen van toezicht en handhaving?

4.5 Privaatrecht als tegenwicht tegen repressie

Uit de voorgaande *tour d'horizon* zou het beeld kunnen ontstaan dat het hedendaagse privaatrecht een stevige slingerbeweging maakt richting repressie. De vraag is of die conclusie recht doet aan de huidige stand van het recht. Het privaatrecht heeft immers ook een rol, in wisselwerking met het publiekrecht, in het faciliteren van maatschappelijke ontwikkelingen. Het biedt een kader voor de economische ordening van transacties tussen partijen, in het bijzonder in het contractenrecht, naast bijvoorbeeld het mededingingsrecht. In dat opzicht faciliteert het privaatrecht actoren bij het ontwikkelen van economische activiteiten.⁹⁸ De autonomie van partijen staat voorop en maakt het voor private actoren mogelijk om zelf initiatieven te ontplooiën en te bepalen onder welke voorwaarden een samenwerking met een andere partij wordt aangegaan.

Het kan zijn dat private partijen daarin beter slagen dan de overheid en in die zin ontsnappen aan een minder goed alternatief dat anders vanuit de publieke sector zou zijn verzorgd, of zelfs een voorbeeldfunctie vervullen voor de overheid bij het aanpakken van maatschappelijke kwesties. Waarom wachten op de overheid om huizen duurzamer te maken als het ook lukt om samen

95 Vgl. Schutgens & Sillen 2021, p. 180.

96 Zie hierover o.a. E.N.F.M. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid; een rechtsvergelijkende analyse van de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht naar aanleiding van de asbestkwestie* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2013.

97 E.R. de Jong, 'Klimaat aansprakelijkheid van private ondernemingen', *NTBR* 2021, afl. 1, p. 2.

98 Zie paragraaf 2.2.

met de burens te investeren in zonnepanelen en de opgewekte energie te delen? Wij zien dit als tegenkracht die het privaatrecht kan bieden tegen repressie. Op punten waar de overheid niet goed in staat is om maatschappelijke ontwikkelingen te begeleiden of moeite heeft om de juiste oplossingsrichtingen te vinden, zoals bij de energietransitie het geval lijkt te zijn,⁹⁹ kunnen private actoren bijspringen. Voorbeelden van ontwikkelingen van deze aard zijn de opkomst van private initiatieven ten behoeve van de energietransitie, zoals het zelf opwekken van stroom in buurtcoöperatieven,¹⁰⁰ en het nastreven van duurzame productie en consumptie via de contractuele keten. Private partijen nemen in die gevallen maatschappelijke taken over van de (semi-)overheid. Zij zijn vaak wendbaarder en innovatiever dan de overheid, doordat ze kleinschaliger opereren en in beginsel voornamelijk hun eigen belangen hoeven mee te wegen.

Voor het privaatrecht zelf hebben dit soort maatschappelijke processen ook inhoudelijk betekenis. Zij hebben bijvoorbeeld hun weerslag op de toepassing van contractenrechtelijke leerstukken.¹⁰¹ Zo is vernieuwing zichtbaar in contracten in de bouw. Grote opdrachtgevers werken steeds vaker samen met een 'energy service company' (ESCO), die op grond van contractuele afspraken garandeert dat een bepaald energiebesparingsniveau wordt gerealiseerd.¹⁰² De ESCo draagt zorg voor de ontwikkeling, realisatie, het onderhoud en het beheer van onderdelen van het gebouw, en de financiering daarvan. Dit type contract is typisch voor de verschuiving naar een diensteneconomie, waarin partijen in plaats van een eenmalige (koop)transactie een overeenkomst aangaan waarbij de aanbieder zich verbindt een bepaalde prestatie te leveren.¹⁰³ Dat betekent dat de aanbieder, zoals in dit voorbeeld, zich verbindt onderdelen te leveren ten behoeve van duurzame bouw (zoals zonnepanelen), maar zelf eigenaar daarvan blijft en verantwoordelijk voor onderhoud en beheer.

Innovatie vanuit de markt is overigens niet zonder risico's, nu grote marktspelers vooral gericht zijn op eigen belangen en winstmaximalisatie. De overheid, op nationaal en Europees niveau, heeft ook als taak te zorgen dat innovatie niet ten koste gaat van een eerlijke en concurrerende markt. Innovatie die wordt gefaciliteerd door het privaatrecht wordt om die reden begrensd door

99 Zie over procedures van burgers tegen de overheid over 'van het gas afgaan' C.M.D.S. Pavillon, *Onderzoekstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid*, studie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat 2020, p. 45.

100 Zie daarover A. Carrillo en S. Lavrijssen, 'Radical consumer innovations in the electricity sector and the impact on prosumer regulation', *Sustainability* 2017, afl. 9, p. 1.

101 Vergelijk S. van Gulijk, 'De transitie naar duurzame energie in de bouw: duurzaam gecontracteerd?', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2019, afl. 11, p. 921.

102 Van Gulijk 2019, afl. 11, p. 921.

103 J. Hojnik, 'Ecological modernization through servitization: EU regulatory support for sustainable product-service systems', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2018, vol. 27, afl. 2, p. 162; V. Mak, 'Van ownership naar access: is toegang de nieuwe eigendom?', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 664.

publiekrechtelijke regelgeving, onder meer in het mededingingsrecht. De private sector en de overheid houden elkaar op die manier in evenwicht. Die wisselwerking is in het hedendaagse privaatrecht zichtbaar in digitale markten.

Bedrijven en consumenten hebben in de laatste decennia steeds meer mogelijkheden gekregen om met anderen te contracteren, ver buiten de eigen landsgrenzen. De opkomst van het internet en meer recent grote onlineplatforms heeft gezorgd dat het aantal transacties is opgeschaald van lokaal naar mondiaal niveau. De COVID-19 crisis heeft daaraan in die zin niet veel veranderd, nu reizen en toerisme weliswaar beperkt zijn (geweest), maar de onlinehandel juist een grote vlucht heeft genomen tijdens lockdowns. In deze digitale markten zijn partijen tot nog toe vrij om zelf hun ‘terms of engagement’ te bepalen op grond van overeenkomsten en gedragscodes, en zijn de grote spelers veelal weinig vatbaar voor het aansprakelijkheidsrecht.¹⁰⁴ Dat geldt in het bijzonder voor grote techbedrijven, zoals Amazon en Airbnb, die aanbieders en consumenten via onlineplatforms de gelegenheid bieden om met elkaar te contracteren. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies is op wetgeviingsgebied het een en ander in beweging. De Europese wetgever heeft een voorstel gedaan voor een Digital Services Act en een Digital Markets Act,¹⁰⁵ en de Nederlandse wetgever beraadt zich op aanvullende regulering op nationaal niveau.¹⁰⁶ Die voorstellen zouden, in combinatie met de toenemende druk op collectieve handhaving, kunnen leiden tot repressiever recht in digitale markten. De discussie is echter nog gaande en de opkomst van onlineplatforms als ‘private wetgevers’¹⁰⁷ illustreert ook het belang van het privaatrecht als faciliterend kader voor maatschappelijke ontwikkelingen.

Reeds naar voren kwam dat het privaatrecht ook in andere vorm een tegenkracht kan bieden tegen repressie. Het privaatrecht biedt immers mogelijkheden om voor de rechter op te komen tegen ontwikkelingen die als (te) repressief worden ervaren. Zowel in individuele en collectieve zaken gericht op particuliere belangen als in algemeenbelangacties kunnen vrijheidsbeperkingen die door de overheid of andere machtige organen worden opgelegd,

¹⁰⁴ Vergelijk Mak 2020.

¹⁰⁵ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG, COM/2020/825 final (Digital Services Act); Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (wet inzake digitale markten), COM/2020/842 final.

¹⁰⁶ Zie *Kamerstukken II* 2020-2021, 35134 en 35251, nr. 14, brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat; V. Mak en F. Schemkes, ‘Onderzoekstudie rondom consumentenbeleid in de digitale economie’, studie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, februari 2020, beschikbaar via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-961412.pdf>.

¹⁰⁷ H. Schweitzer, ‘Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische “Plattform-Regulierung”’, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2019, afl. 1, p. 1.

aan de kaak worden gesteld. Voorbeelden die wij aanhaalden zijn de – vooral nog weinig succesvolle – rechtszaken tegen de overheid waarin opgelegde coronamaatregelen door burgers en stichtingen voor de civiele rechter worden aangevochten.¹⁰⁸ Een andere – evenmin succesvolle – illustratie biedt de zaak die is aangespannen door Amnesty International, het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, Stichting Radar, Control Alt Delete en twee individuele eisers om actie te voeren tegen etnisch profileren en om een verbod uit te lokken op het gebruik van etniciteit als mogelijke indicator bij grenscontroles door de Koninklijke Marechaussee.¹⁰⁹ Een wel succesvol voorbeeld is de *SyRI*-zaak binnen de campagne ‘Bij Voorbaat Verdacht’ over het systeem waarmee de overheid gegevens van onverdachte burgers uit allerlei databanken aan elkaar koppelt om zo risicoprofielen op te stellen ter bestrijding van fraude op bijvoorbeeld het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen.¹¹⁰ De Rechtbank Den Haag acht de wetgeving die de inzet van het Systeem Risico Indicatie (SyRI) regelt in strijd met het recht op respect voor het privéleven. De Staat heeft geen hoger beroep ingesteld en legt zich bij dit vonnis neer.

Zekerheidshalve merken wij op dat wij de toename van rechtszaken voor de civiele rechter met als doel het nastreven van een algemeen belang, de zogenoemde algemeenbelangacties, enerzijds kwalificeren als een tendens die repressief kan worden genoemd, omdat het privaatrecht wordt ingezet in naam van het publieke belang, als middel om publieke en daarmee traditioneel publiekrechtelijke belangen te waarborgen. Anderzijds kan een algemeenbelangactie juist ook als inzet hebben om een vrijheidsbeperking op te heffen of een machtsuitoefening tegen te gaan en zich aldus tegen een vorm van repressie richten. Over de vragen welke acties in het algemeen belang zijn en welke maatschappelijke misstanden met behulp van privaatrechtelijke vorderingen moeten worden bevochten, wordt uiteraard niet eenduidig gedacht. Van eenrichtingsverkeer is in elk geval geenszins sprake.

108 Zie paragraaf 3.5.

109 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:RBDHA:2021:10283.

110 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

Wat drijft het privaatrecht van morgen? De idee van autonomie of het paradigma van (gedwongen) solidariteit? Is het privaatrecht gericht op het waarborgen van negatieve vrijheid of op het waarborgen van zelfverwezenlijking en dus positieve vrijheid? Wil het privaatrecht tolereren of presseren? Dit zijn geen nieuwe vragen. Integendeel, deze vragen raken de kern, of zo men wil het doel, van ons vakgebied; te weten de zoektocht naar het antwoord op de vraag in hoeverre de mens zich bij het bepalen van zijn gedrag en bij de uitoefening van zijn rechten dient te laten leiden door de rechten en belangen van anderen. In deze zoektocht wordt de uitkomst mede bepaald door de nadruk die nu eens op solidariteit en bescherming wordt gelegd en dan weer op autonomie en vrijheid.

In het huidige tijdgewricht lijkt de slinger zich te bewegen in de richting van meer repressie. Dat is zichtbaar in de ontwikkelingen die wij hierboven schetsten. Wij hebben in beeld gebracht dat het privaatrechtelijk veld zich niet scherp laat afgrenzen. Het privaatrecht heeft zich in de loop van de tijd over meer en complexere rechtsbetrekkingen uitgespreid en ook de vermenging van het beginsel van private vrijheid met de concepten van maatschappelijke betamelijkheid, zorgplichten, redelijkheid en billijkheid en goede trouw heeft aan de diffuusheid bijgedragen. De invloed van het publiekrecht op het privaatrecht is groter geworden, wat tot uitdrukking komt in bepalingen van dwingend recht. Het karakter van het privaatrecht is instrumentalistischer geworden, in het bijzonder door de invloed van het Europese recht op het Nederlandse recht. In de handhaving van het privaatrecht zien we grotere aandacht voor collectieve handhaving. Ook wordt het contractenrecht als vehikel gebruikt voor het effectueren van publiekrechtelijke verplichtingen. Tot slot wordt het privaatrecht ingezet voor het waarborgen van algemene maatschappelijke belangen. *Public interest litigation*, in het bijzonder in klimaatzaken, is daarvan een voorbeeld. Met deze ontwikkelingen verschuift de focus van het privaatrecht (opnieuw) van rechten naar plichten.¹

1 Zie ook A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenberg, *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag: Sdu 2010, p. 4 e.v.

Deze ontwikkelingen illustreren een beperking van de private autonomie ten gunste van anderen, of anders gezegd: de eigen vrijheid wordt begrensd of verkleind door de noodzaak om de autonomie van anderen te respecteren, zodat ook zij de ruimte hebben voor zelfverwezenlijking. Die tendens heeft zich in de geschiedenis van het privaatrecht eerder voorgedaan. Het autonomiebeginsel kreeg een andere invulling, breder dan de eigen (contracts)vrijheid, door sociale invloeden op het recht als gevolg van veranderingen in arbeid en productieprocessen vanaf het einde van de negentiende eeuw.²

Ook de huidige coronacrisis zet de autonomie onder druk. Voor overheden ligt hier de moeilijke taak om de belangen van individuele actoren alsook die van de samenleving te wegen. Bescherming van de een gaat ten koste van (de vrijheid van) de ander. De gevolgen van de ingrijpende maatregelen van de overheid om de verspreiding van het virus tegen te gaan, zijn groot, ook op civielrechtelijk terrein. We zien in de civiele rechtspraak pogingen om de daaruit voortvloeiende schade rechtvaardig over getroffen actoren te verdelen, bijvoorbeeld tussen bedrijfsmatige verhuurders en ondernemers die huurlas blijven betalen terwijl zij vanwege een *lockdown* inkomsten mislopen.³ Ook het privaatrecht draait in deze crisis in verschillende opzichten overuren. Het zal interessant zijn te bezien hoeveel van de huidige *ad hoc*-ontwikkelingen een blijvende invloed hebben op de inhoud en strekking van het privaatrecht.

Op de vraag of repressieve tendensen zichtbaar zijn in het privaatrecht zal het antwoord op grond van deze analyse bevestigend moeten zijn, in elk geval voor nu, in het huidige tijdgewricht en voor zover wij dit op grond van bovenstaande voorbeelden kunnen beoordelen. Met de ontwikkeling van nationale en Europese wetgeving en rechtspraak is het privaatrecht ten eerste op deelgebieden inhoudelijk dwingend geworden. Ten tweede benutten private actoren in de huidige tijd het privaatrecht als instrument van controle op en beïnvloeding van het gedrag van anderen. Ten derde hevelt de overheid publieke taken inzake veiligheid en orde bewust over naar private actoren. De overheid grijpt aldus in de privaatrechtelijke rechtsverhouding in door private partijen op te leggen elkaar te controleren en te beperken. Deze drie lijnen van ontwikkeling staan uiteraard niet los van elkaar, maar versterken elkaar.

Een andere vraag is of het privaatrecht in de toekomst al dan niet gericht zou moeten zijn op repressie. Of kan het privaatrecht voor private actoren juist een tegenwicht bieden tegen repressie door de overheid of door andere private partijen? Deze normatieve vraag raakt het privaatrecht in de kern. In onze analyse van het begrip ‘repressie’ wezen wij er reeds op dat het privaatrecht

2 Zie hoofdstuk 3.

3 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, *WR* 2022/21.

naar aard faciliterend is, in plaats van sturend of geleidend. Dat uitgangspunt zou erop duiden dat het privaatrecht zich niet zou moeten bezighouden met zaken als bescherming van zwakkeren of herverdeling van goederen. Het is een ordeningsmechanisme dat transacties faciliteert.

Tegelijkertijd bestaan echter veel voorbeelden van sociale invloeden op het privaatrecht die juist meer doen dan faciliteren en partijen naar bepaald (gewenst) gedrag sturen. De werkelijkheid botst dus met het theoretische uitgangspunt. Daarbij komt dat ook mét sociale aspecten, zoals dwingend consumentenrecht, het privaatrecht nog steeds, naast geleidend, met name ook faciliterend is. (Grote) bedrijven mogen immers nog steeds kiezen met wie en hoe zij zakendoen, terwijl tegelijkertijd een ongelijke verhouding rechter wordt getrokken. De toegenomen inzet van het privaatrecht door private actoren als instrument van gedrags- of beleidsbeïnvloeding ziet ook op de bescherming van private belangen in de private rechtsverhoudingen en beslechting van privaatrechtelijke geschillen. Het past aldus binnen het kader van het privaatrecht. Het is een zogenoemde interne kwestie. Er geldt dan als waarborg dat de civiele rechter in voorkomende gevallen de belangen afweegt en beslist waar de grenzen van de privaatrechtelijke actie liggen. Dat hier een serieuze, interne taak voor het privaatrecht is weggelegd, blijkt ook uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Daar waar bijvoorbeeld een privaatrechtelijke clause of overeenkomst het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens schendt, vindt de private vrijheid een duidelijke grens.⁴ Naar Nederlands recht waarborgen onder meer artikel 3:40 BW, 6:2 BW en 6:248 BW dat de structuur van een privaatrechtelijke handeling niet alleen wordt bepaald door de vrijheid van betrokken partijen en hun onderling vertrouwen. Dit is voor het privaatrecht een interne aangelegenheid, nu het privaatrecht niet alleen een band tussen partijen, maar ook tussen hen en de samenleving smeedt. Problematischer wordt de kwestie als privaatrechtelijke repressie niet zozeer ten behoeve van private belangen en in het kader van de ordening van particuliere rechtsverhoudingen wordt uitgeoefend, maar gericht is op publieke belangen en feitelijk een privaatrechtelijke uitvoering van een publieke taak inhoudt, zoals het voor de overheid uitvoeren van controles. Dan rijst de vraag of het privaatrecht zelf nog in staat is de grenzen te bewaken. De stelregel dat het publieke belang van ondergeschikt belang is bij private handhaving dreigt hier namelijk met voeten te worden getreden. Dat geldt zeker als de private controle niet plaatsvindt in het kader van zelfregulering, en daarmee dus het zelfregulerend vermogen van de markt niet leidend is, maar veeleer het handhavingstekort van de overheid als achtergrond heeft. De omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van een publieke taakvervulling dient immers

4 Zie o.a. EHRM 16 december 2008 (*Khursid en Mustafel/Zweden*), AB 2009/508, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

gevolgen te hebben voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd. Het is essentieel om voor ogen te houden dat het handelen van de overheid te allen tijde moet worden getoetst aan de norm of de handelwijze zich verdraagt met de specifieke belangen die zij heeft te verzorgen. Onlangs heeft ook de bestuursrechtelijke toezichthouder Autoriteit Persoonsgegevens erop gewezen dat politietaken niet overgeheveld mogen worden naar private actoren. Vergunningaanvragen van de Fraudehulpdesk en VO-DIOM voor het aanleggen van zwarte lijsten en fraudeursdatabases heeft zij afgewezen omdat belangrijke (publiekrechtelijke) waarborgen voor burgers ontbreken.⁵

Een antwoord op de normatieve vraag of het privaatrecht ten dienste zou moeten staan van repressie zal onzes inziens afhangen van het perspectief dat juristen hebben op de rol van het (privaat)recht in de maatschappij. Wie meent dat het recht is gebaseerd op politieke ideologieën, of zich hoort aan te passen aan maatschappelijke ontwikkelingen, zal geneigd zijn te zeggen dat het privaatrecht ruimte hoort te bieden aan repressieve tendensen. Recht kan in die zin ‘responsief’ worden genoemd.⁶ Als de maatschappij verandert, en bijvoorbeeld repressiever wordt van karakter, dan is het recht daarvan een uiting. Die stelling klinkt wellicht negatief, maar kan ook positief worden uitgelegd: repressie ziet doorgaans op de bescherming van zwakkere partijen, met als keerzijde het beperken van de vrijheid van andere, sterkere private actoren. Voorbeelden daarvan zijn de opkomst van werknemersbescherming in het arbeidsrecht, huurbescherming in het huurrecht en consumentenbescherming in het consumenten(contracten)recht.

In een ander perspectief kan het recht worden gezien als autonoom ten opzichte van maatschappelijke ontwikkelingen: recht en rechtspraak staan boven partijen en verbinden autoriteiten. Autonoom recht valt samen met de onderdelen van de klassieke rechtsstaat, gebaseerd op de scheiding der machten en beginselen van gelijkheid en rechtszekerheid.⁷ Wordt dit perspectief als leidend gezien, dan zou juist in de rede liggen om het privaatrecht als tegenkracht te zien. Niet met iedere maatschappelijke tendens hoeft te worden meegegaan, maar het recht geeft aan welke beginselen ten grondslag liggen aan de ordening van privaatrechtelijke verhoudingen.

Wellicht is het onmogelijk een keuze te maken voor het ene of het andere normatieve standpunt. Dit brengt ons ook terug op het onderscheid dat wij maakten tussen de repressieve functie en de repressieve werking van het pri-

5 Zie <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/fraudehulpdesk-mag-geen-strafrechtelijke-gegevens-verwerken>; <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-wijst-aanvraag-vergunning-zwarte-lijst-vodiom-af>.

6 Vergelijk P. Nonet & P. Selznick, *Law & Society in Transition*, New York: Octagon Books 1978.

7 Vergelijk R.C. Hartendorp, *Naar m(e)er rechtspraak?* (oratie Leiden), Leiden 2020, p. 6.

vaatrecht.⁸ Het maakt wezenlijk verschil of repressie een bewust en beoogd effect is van het privaatrecht of een onbedoeld (neven)effect. Zoals het *laissez faire* uit de negentiende eeuw niet is ingegeven door de wens autonomie optimaal in het privaatrecht te bevorderen, maar voortkomt uit de visie op de samenleving en de rol van de staat daarin, zo moet ook de repressie die wij signaleren worden geplaatst tegen de achtergrond van de maatschappelijke verhoudingen, de economische evolutie en de wijziging in de sociale opvattingen.⁹ De toon van repressie verandert bovendien naar gelang op een meer individualistisch of collectief concept van vrijheid wordt afgestemd. In de huidige tijd zien we zowel uiting van responsief als autonoom recht. Zoals Hartendorp terecht stelt, is er geen sprake van een lineaire ontwikkeling van autonoom naar responsief recht, zoals voorgesteld door Nonet en Selznick in de jaren zeventig van de twintigste eeuw, maar eerder van een dialectische verhouding tussen de twee.¹⁰ Zowel voorstanders van het gebruik van privaatrecht als instrument voor het sturen van gedrag of het waarborgen van maatschappelijke belangen, als tegenstanders daarvan, kunnen in de rechtstheoretische fundamenten van onze samenleving aanknopingspunten vinden ter ondersteuning van hun standpunt.

Zelf kunnen wij overigens goed leven met de responsieve tendensen die zichtbaar zijn in het hedendaagse privaatrecht en die geïnitieerd zijn door privaatrechtelijke wetgeving, de civiele rechter of private actoren, zoals de toenemende mogelijkheden voor collectieve handhaving van private belangen en *public interest litigation*. Hoewel de toegenomen rol van het privaatrecht en van private actoren in het nastreven van maatschappelijke belangen kan worden geduid als een repressieve tendens, passen deze ontwikkelingen volgens ons nog bij het karakter van het privaatrecht. Ze zijn ook toe te juichen, omdat de bescherming van maatschappelijke belangen via het recht een bredere inbedding krijgt, waarbij het publiekrecht de last niet alleen hoeft te dragen, maar in zekere zin wordt bijgestaan door het privaatrecht. Zorgwekkender wordt het daar waar de overheid de publieke taak om zorg te dragen voor het algemeen belang bewust of onbewust doorschuift naar private actoren. Wij zijn kritisch over de inkleuring van het privaatrecht door de overheid als middel om publieke taken ten uitvoer te brengen. Alsdan bestaat het risico dat burgers elkaar moeten controleren en vervagen de rollen die private partijen in de horizontale verhouding ten opzichte van elkaar hebben zonder de rechtsbescherming die private partijen in de verticale verhouding jegens de overheid toekomt. Met deze vorm van repressie komt de private autonomie in het gedrang, omdat het private belang ondergeschikt wordt gemaakt aan het publie-

8 Paragraaf 2.3.

9 Vergelijk ook Houben, p. 608-609; Asser/Sieburgh 6-III 2018/51.

10 Hartendorp 2020, p. 6.

ke belang. Dan verlaten we wat ons betreft de (open) ruimte van het privaatrecht en betreden we het (meer of minder dichtgetimmerde) terrein van het publiekrecht.

Anders dan op het eerste gezicht kan worden gedacht, zijn repressie en privaatrecht, zo blijkt uit onze analyse, niet geheel vreemd aan elkaar. Het faciliterende karakter van het privaatrecht wordt aangevuld met elementen die bepaald gedrag sturen of geleiden, met instrumenten voor (collectieve) handhaving, en met aandacht voor algemene maatschappelijke belangen. In het privaatrecht zijn die tendensen inpasbaar doordat ze niet alleen pressie meebrengen maar ook bijdragen aan de mogelijkheden tot zelfverwezenlijking van burgers, of anders gezegd: de private autonomie ook vergroten. Wel is de invloed van deze tendensen groter of kleiner, afhankelijk van de context waarin het recht zich ontwikkelt. Tussen verschillende tijdgewrichten zijn golfbewegingen zichtbaar van meer naar minder repressie, en weer naar meer.

Inzichtelijk is geworden dat het privaatrecht niet passief wordt gekneed door externe ontwikkelingen, zoals de opkomst van een repressieve samenleving. Het is veeleer zo dat sociale veranderingen het privaatrecht erbij betrekken en het privaatrecht een belangrijke bijdrage kan leveren aan de veranderingen. Anders gezegd: het privaatrecht reflecteert niet alleen, maar het is ook deel van de maatschappelijke veranderingen. Daarbij moet de eigenheid van het privaatrecht worden gekoesterd, niet worden afgekalfd door maatschappelijke invloeden.

Onze analyse leert dat de waarden van individualisme, gemeenschapszin en broederschap elk op hun beurt het privaatrecht en in het bijzonder de private autonomie kunnen dienen en hebben gediend, maar ook dat een ongebreidelde doorvoering van elk van deze de private autonomie kan ondermijnen. Private autonomie, het sleutelwoord van privaatrecht, wordt aldus niet bereikt door verheerlijking van een van deze waarden. Het komt aan op het vinden van een balans. Het gewicht van de waarden vrijheid, solidariteit en broederschap die het privaatrecht dragen, verschilt niet voor niets van tijd tot tijd. Mocht het privaatrecht steeds minder overlaten aan de vrijheid van partijen, dan dreigt het zich te ondergraven.

Voor privatisten kan bovenstaande analyse een kader bieden voor herijking van het eigen rechtsgebied. De gedachte van herijking hangt al in de lucht, zo

blijkt bijvoorbeeld uit het recente preadvies van Pavillon en Van Boom voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht.¹ Herijking kan plaatsvinden in het licht van duurzaamheidsdoelstellingen, zoals betoogd door Pavillon. Een dergelijke herijking sluit aan bij de klimaatzaken, zoals hierboven besproken, en het recente preadvies van Schutgens en Sillen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland over de algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter.² Een herijking kan ook gericht zijn op het herordenen van bestaande leerstukken teneinde de verhoudingen tussen marktpartijen beter te reguleren en bescherming te bieden aan kleine ondernemers, zoals betoogd door Van Boom. Die herijking zou aansluiten bij de door ons geschetste, eerdere tendensen gericht op de bescherming van zwakkere partijen, zoals werknemers, huurders en consumenten.³ Voorts kan een herijking van het privaatrecht nodig zijn in het licht van de hierboven door ons aangestipte nieuwe kwetsbaarheden, zoals die van prosumenten en andere gebruikers van digitale diensten.⁴

Bij al deze aspecten voor herijking kan de vraag gesteld worden in hoeverre het privaatrecht gekleurd zou moeten worden door sociale tendensen. Volgens ons is die vraag niet eenduidig te beantwoorden. Het recht is in sommige gevallen responsief ten aanzien van maatschappelijke ontwikkelingen en in andere gevallen autonoom, een kader waartegen nieuwe ontwikkelingen worden afgezet en gewogen. De grote uitdagingen van klimaatbescherming en digitalisering die de huidige tijd kenmerken lijken echter van het recht te vragen dat verder wordt gegaan dan het enkel faciliteren van economische transacties. Die observatie pleit ervoor om open te staan voor sociale invloeden op het privaatrecht en daarom, in de terminologie van dit preadvies, nieuwe repressieve tendensen ten behoeve van het privaatrecht en de gewenste privaatrechtelijke verhoudingen.

Privaatrecht en publiekrecht liggen daarmee in elkaars verlengde: beide staan ten dienste van het nastreven van de belangrijkste maatschappelijke doelstellingen van deze tijd. De invulling van die opdracht blijft wel eigen. Er moet voor worden gewaakt dat de groei van het bereik van het publiekrecht in het privaatrecht het evenwicht niet verstoort tussen het private belang van autonomie, particulier initiatief en contractsvrijheid enerzijds en het publieke belang anderzijds. Voorkomen moet worden dat ook bij de toepassing van

1 C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021. Zie ook A.L.M. Keirse, 'Een aansprakelijkheidsrecht dat *ubuntu* ademt; hoe het Afrikaanse regenboogconcept *ubuntu* een gitzwart toekomstbeeld weer kleur kan geven', in: T. Hartlief & M.G. Faure, *De Spier-bundel; de agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 69 e.v.; A.L.M. Keirse, 'Slotbeschouwing: Vrij of veilig?', in: Keirse, Kool & Ortlep 2018, p. 539 e.v.

2 Zie paragraaf 4.4.

3 Zie hoofdstuk 3.

4 Zie paragraaf 4.2.1.

privaatrechtelijke gedrags- en handhavingsregels de balans doorslaat naar het primaat van het publiekrechtelijk gedachtegoed. Het individu moet geen plaats maken voor de gemeenschap, net zomin als de gemeenschap plaats moet maken voor het individu. Naarmate privaatrechtelijk gedachtegoed op een bepaald terrein in toenemende mate bedreiging ondervindt van een (mogelijk geboden) uitbreiding van overheidsinmenging, is het van toenemend belang de waarde van dit gedachtegoed hoog te houden en ervoor op de bres te staan.

Dit brengt wat ons betreft mee dat de drie ontwikkelingslijnen van repressief privaatrecht die wij onderscheiden, niet gelijkelijk dienen te worden gewaardeerd. Kort herhaald, identificeren wij: (i) de interne, inhoudelijke verschuiving van faciliterend naar geleidend, sturend, dwingend privaatrecht, (ii) de toegenomen inzet en initiatieven van private actoren om op te treden tegen maatschappelijk ongewenst gedrag en bij te dragen aan duurzaam gewenst gedrag en (iii) de verschuiving van publieke taken van de overheid naar private partijen. Anders dan de eerste twee (interne) ontwikkelingslijnen, geïnitieerd door privaatrechtelijke wetgeving, de civiele rechter en private actoren, ondermijnt de derde (externe) ontwikkelingslijn, geïnitieerd door de overheid, de monopoliepositie van het privaatrecht bij het ordenen van particuliere rechtsverhoudingen en die van de civiele rechter bij het ontwikkelen ervan. Dit is aanleiding om deze lijn niet tot het privaatrecht te rekenen maar terug te schuiven naar de overheid en het publiekrecht met alle waarborgen van dien. Het privaatrecht dient immers niet primair het algemene, publieke belang, maar juist het private belang. Privaatrechtelijke repressieve middelen behoren ten dienste te staan van het privaatrecht zelf en van de ordening, bescherming of gelijktrekking van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen (en daarmee uiteindelijk de gehele samenleving).

Differentiatie tussen nood aan samenleving en nood van een samenleving kan hier verhelderend werken. Nood aan samenleving wordt idealiter privaatrechtelijk aangepakt, nood van een samenleving botst tegen de grenzen van de privaatrechtelijke ratio en vergt ook een publiekrechtelijke logica. Bij de eerste vorm gaat het over het afwegen van individuele en collectieve belangen. Hoe groot is de kring van belangen waarmee private actoren bij hun doen en laten rekening moeten houden? De waarden van individualisme, broederschap en gemeenschapszin wijzen hier de weg, een weg die over bergen en dalen gaat, maar niet onbegrensd is. De privaatrechtelijke ratio stelt zoals gezegd een grens. Het betrekken van individuele belangen, collectieve belangen en algemene maatschappelijke belangen in het privaatrecht moet (in ieder geval mede) het privaatrecht dienen en niet uitsluitend het publiekrecht. Bij nood van een samenleving is ook een andere belangenafweging geboden in het kader van een publiekrechtelijke logica alsook een beoordeling over het onderscheid tussen recht en beleid. Ter oplossing van nood van een samenleving is

er dan ook een grens aan wat vanuit het publiekrecht naar het privaatrecht kan worden doorgeschoven.

Daar het privaatrecht zich, anders dan het publiekrecht, niet richt op de verhouding tussen Staat en burger, maar op het afwegen van de belangen van private actoren, waartoe ook belangen behoren die algemeen zijn, vertaalt de repressieve samenleving in privaatrechtelijk perspectief zich in repressieve tendensen tussen private actoren onderling, bijvoorbeeld in het inperken van de (negatieve) vrijheid van de ene partij om de (positieve) vrijheid van de andere, zwakkere partij te vergroten. Het eigen karakter van het privaatrecht komt ook tot uitdrukking in een laatste aspect: de functie die het privaatrecht kan hebben als tegenkracht. Juist het faciliterende karakter van het privaatrecht kan private actoren stimuleren om zelf actief op te treden in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkeling en innovatie. Dat is een aspect dat moet worden gekoesterd, ook als de slinger zich richting een meer sturend privaatrecht beweegt.

Overkoepelende stellingen

De coronacrisis is een accelerator van de repressieve invloed die uitgaat van de actuele vermaatschappelijking, constitutionalisering en politisering van het privaatrecht.

Een functie van het recht in een repressieve samenleving is het waarborgen van (negatieve en positieve) vrijheid van burgers.

Het is zaak dat het privaatrecht een goede balans vindt in het ondersteunen van enerzijds negatieve vrijheid en anderzijds positieve vrijheid.

Terwijl de waarden van individualisme, gemeenschapszin en broederschap elk op hun beurt het privaatrecht en in het bijzonder de private autonomie kunnen dienen en dat ook hebben gedaan, kan een verheerlijking van elk van deze de private autonomie ondermijnen.

Na golven van individualisme, gemeenschapszin en broederschap te hebben gekend, bevindt het actuele privaatrecht zich in een golfbeweging terug naar gemeenschapszin.

Het privaatrecht wordt repressiever door de dwingender invulling die nationale en Europese regelgevers en rechters eraan geven.

Het privaatrecht wordt vaker door private actoren zelf op een sturende of dwingende manier ingezet tegen anderen.

Het privaatrecht wordt in sommige deelgebieden van publiekrechtelijke ratio doorspekt en de overheid verplicht private actoren om beperkend of controlerend tegenover elkaar op te treden.

Daar waar privaatrechtelijke repressie niet primair wordt uitgeoefend ten behoeve van de ordening van particuliere rechtsverhoudingen met het oog op private belangen, maar daarentegen gericht is op publieke belangen en feitelijk een privaatrechtelijke uitvoering van een publieke taak oplegt, voert deze te ver.

Privaatrechtelijke repressieve middelen behoren ten dienste te staan van het privaatrecht zelf en van de ordening, bescherming of gelijktrekking van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

Repressief publiekrecht en repressief privaatrecht zijn communicerende vaten.

Het individu moet geen plaats maken voor de gemeenschap, net zo min als de gemeenschap plaats moet maken voor het individu.

Nood aan samenleving wordt idealiter privaatrechtelijk aangepakt, nood van een samenleving botst tegen de grenzen van de privaatrechtelijke ratio en vergt ook een publiekrechtelijke logica.

Het recht laat zich enerzijds wiegen door de maatschappelijke krachten die erop inwerken en versterkt deze krachten anderzijds ook.

Juridische vooruitgang betekent een betere afstemming van het recht met de actuele noden van de samenleving.

Discussiepunten voor het gemeenschappelijk slotakkoord

Behoort de invulling van het begrip ‘autonomie’ in het privaatrecht te variëren naar gelang de maatschappelijke context waarin het privaatrecht opereert?

Kan een herijking van het privaatrecht volstaan met het herordenen en verdiepen van bestaande leerstukken, nu de structuur van het privaatrecht voldoende ruimte biedt voor responsiviteit in het licht van maatschappelijke doelstellingen?

Hebben private actoren niet alleen de mogelijkheid om zich actief in te zetten voor het nastreven van het algemeen belang, zoals klimaatbescherming, maar hebben zij daartoe ook een plicht indien de wetgever de handschoen niet oppakt of daarmee te lang wacht?

Is de slinger in de huidige tijd te ver doorgeslagen richting repressie en dient het privaatrecht (krachtiger) tegenwicht te bieden?

Zouden privaatrecht en publiekrecht meer met elkaar verbonden moeten worden – in het wetenschappelijke debat en in regulering – teneinde maatschappelijke doelstellingen, zoals het streven naar duurzame oplossingen, te bevorderen?

De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid

Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik¹

1	Inleiding	99
1.1	<i>Aanleiding: steeds repressiever wordend bestuursrecht</i>	99
1.2	<i>Toezicht en handhaving in opmars</i>	101
1.3	<i>Definitie, centrale vraagstelling en plan van behandeling</i>	104
2	Het huidige repressieve bestuursrechtelijke instrumentarium in vogelvlucht	107
2.1	<i>Introductie</i>	107
2.2	<i>Algemene (toezichts-) en handhavingsverplichtingen</i>	107
2.2.1	Nationaal	108
2.2.2	EU-recht	110
2.2.3	EVRM	111
2.3	<i>Algemene en bijzondere handhavingsinstrumenten</i>	113
2.3.1	Algemene wet bestuursrecht	113
2.3.2	Bijzondere wetten	116
2.3.3	Wet op de economische delicten	118
2.3.4	Privaatrechtelijke handhaving	118
2.4	<i>Conclusie</i>	119
3	Rechtsstatelijke analyse van een aantal representatieve instrumenten: voldoende tegenwicht via wettelijke waarborgen en rechtsbescherming?	121
3.1	<i>Introductie</i>	121
3.2	<i>Categorie toezicht: structurele observatie</i>	121
3.2.1	Inleiding	121
3.2.2	Wetgeving	122
3.2.3	Rechtspraak	122
3.2.4	Literatuur	124
3.2.5	Algemene les	125

1 Zij danken hun collega's en meelezers voor de zeer gewaardeerde hulp bij de totstandkoming van dit preadvies. Een speciaal woord van dank aan Lisa van der Maden, Charlotte Mattheussens, Thomas Sanders, Louise Verboeket en Max Vetzo die bereid waren om over een concept van dit preadvies, onder de gewaardeerde leiding van Jaap Polak, de discussie met ons aan te gaan. Dat leverde waardevolle suggesties op voor de eindversie. De tekst van daarvan is afgerond op 25 februari 2022.

3.3	<i>Categorie toezicht: toezichtsalgoritmen</i>	125
3.3.1	Inleiding	125
3.3.2	Wetgeving	126
3.3.3	Rechtspraak	126
3.3.4	Literatuur	126
3.3.5	Algemene les	127
3.4	<i>Categorie herstel: intrekking begunstigende beschikking</i>	128
3.4.1	Inleiding	128
3.4.2	Wetgeving en rechtspraak: algemeen	128
3.4.3	Rechtspraak: waarborgen	129
3.4.4	Algemene les	132
3.5	<i>Categorie herstel: terugvordering (Toeslagen)</i>	133
3.5.1	Inleiding	133
3.5.2	Wetgeving	133
3.5.3	De waarborgen vanuit evenredigheid bezien	134
3.5.4	Rechtspraak	135
3.5.5	Literatuur	137
3.5.6	Algemene les	138
3.6	<i>Categorie herstel: hoge dwangsom bij last</i>	138
3.6.1	Inleiding	138
3.6.2	Wetgeving	139
3.6.3	Rechtspraak	139
3.6.4	Literatuur	140
3.6.5	Algemene les	142
3.7	<i>Categorie herstel: aanwijzing staken exploitatie (kinderopvang en financieel toezicht)</i>	142
3.7.1	Inleiding	142
3.7.2	Wettelijk kader	142
3.7.3	Rechtspraak	143
3.7.4	Algemene les	144
3.8	<i>Categorie herstel: naming-and-shaming</i>	145
3.8.1	Inleiding	145
3.8.2	Wettelijke basis en karakterisering	145
3.8.3	Rechtspraak	146
3.8.4	Literatuur	147
3.8.5	Algemene les	148
3.9	<i>Categorie bestraffend: boete gefixeerd via beleidsregel (de casus van de WAV)</i>	148
3.9.1	Inleiding: wetgeving en beleid	148
3.9.2	Rechtspraak	149
3.9.3	Algemene les	150

3.10	<i>Categorie bestraffend: boete gefixeerd via algemeen verbindend voorschrift: het voorbeeld van de Huisvestingswet</i>	151
3.10.1	Inleiding: de wettelijke regeling	151
3.10.2	Rechtspraak	151
3.10.3	Algemene les	152
3.11	<i>Categorie openbare orde: huisverboden</i>	153
3.11.1	Inleiding: instrument en wetgeving	153
3.11.2	Praktijk en rechtspraak	154
3.11.3	Literatuur	158
3.11.4	Algemene les	158
3.12	<i>Categorie openbare orde: gebiedsverboden</i>	159
3.12.1	Inleiding: instrument en wetgeving	159
3.12.2	Rechtspraak	161
3.12.3	Literatuur	162
3.12.4	Algemene les	162
3.13	<i>Categorie bijzonder: vreemdelingenbewaring</i>	163
3.13.1	Inleiding	163
3.13.2	Wetgeving	163
3.13.3	Rechterlijke toetsing	165
3.13.4	Rechtspraak	166
3.13.5	Literatuur	167
3.13.6	Algemene les	168
3.14	<i>Conclusie</i>	169
4	Lessen voor wetgever, bestuur, rechter en burgers: op zoek naar een betere en meer structurele balans bij de introductie en inzet van repressieve bestuursrechtelijke instrumenten	171
4.1	<i>Introductie</i>	171
4.2	<i>Strafrechtelijke equivalenten: heroverweeg ongerechtvaardigde verschillen</i>	173
4.3	<i>De rol van de verschillende actoren binnen de trias en van de burger</i>	174
4.3.1	Algemeen	174
4.3.2	Wetgever	174
4.3.3	Bestuur	178
4.3.4	Rechter	179
4.3.5	Burgers	183
4.4	<i>Conclusie: gewenste rechtsbescherming</i>	183
5	Stellingen en aanbevelingen	187

1 Inleiding

1.1 Aanleiding: steeds repressiever wordend bestuursrecht

Op 15 augustus 2017 legde de toenmalige Minister van Justitie en Veiligheid een gebiedsverbod op aan de salafistische imam Jneid. De minister deed dit vanwege de opruiende preken en toespraken door de imam in aanwezigheid van een voor radicalisering vatbaar publiek uit de Haagse Schilderswijk en de wijk Transvaal. De minister besloot daarom op grond van artikel 2 lid 1 en 2 aanhef en onder b Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding tot een gebiedsverbod van zes maanden voor de genoemde wijken. Dit omdat Jneid in verband kon worden gebracht met het ondersteunen van terroristische activiteiten. Dit verbod bleef in stand tot bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De Afdeling oordeelt dat het verbod op terechte gronden, om redenen van nationale veiligheid, is opgelegd. Weliswaar wordt de imam daarmee in zijn vrijheid van meningsuiting en godsdienst beperkt, maar deze beperking is volgens de Afdeling gerechtvaardigd. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het gebiedsverbod geen bestraffende sanctie is maar een naar plaats en tijd afgebakende, preventieve maatregel, waarvan strekking, oogmerk, noch effect een punitief karakter heeft.¹ Het gebiedsverbod is diverse malen steeds met zes maanden verlengd en voor de rechter in stand gebleven, tot eind 2020 de Rechtbank Den Haag een streep heeft gezet door de laatste verlenging, nu niet meer aan alle elementen van het wettelijk criterium zou zijn voldaan.²

Veel verser in ons geheugen ligt wat nu de Toeslagenaffaire is gaan heten. Daar ging het om de veelvuldige inzet van het instrument van terugvordering

1 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, AB 2018/327, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder. Er is tevens een klacht in Straatsburg aanhangig over deze kwestie, zie klachtno. 57264/18 (Jneid).

2 Rb. Den Haag 31 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13885.

van ontvangen toeslagen voor kinderopvang indien de ouders niet konden voldoen aan de op hen rustende verplichting hun uitgaven aan te tonen.³

De afgelopen kwart eeuw is het bestuursrecht ontegenzeggelijk steeds repressiever geworden,⁴ zoals de zojuist besproken voorbeelden ook laten zien. Dit natuurlijk als logisch gevolg van meer repressieve tendensen in de samenleving. In de jaren zeventig, begin tachtig van de vorige eeuw leek daar toch iets anders tegenaan te worden gekeken, bijvoorbeeld op het terrein van het sociale bestuursrecht. Zo was de toekenning van bijstandsuitkeringen toen vooral gebaseerd op wederzijds vertrouwen. Begin jaren tachtig kon het nog zo zijn dat een Groningse wethouder aankondigde dat werkloze mannen vanaf 45 jaar gedurende twee jaar zonder enige verplichting van hun uitkering konden genieten.⁵ Dat zou nu ondenkbaar zijn. Nadat er verschillende fraudegevallen naar buiten kwamen, werden de teugels langzamerhand strakker aangehaald door de overheid. Daarbij sloeg de slinger soms wel weer te ver door, getuige ook de introductie van draconische fraudewetten in 2013 op dit terrein (waarbij de boete werd gesteld op de hoogte van het fraudebedrag).⁶ De rechter heeft daar inmiddels de scherpste kantjes van afgehaald.⁷

Het accent is in ieder geval de afgelopen kwart eeuw steeds meer op toezicht c.q. handhaving komen te liggen en op die manier is het bestuursrecht ook meer en meer in het klassieke strafrechtelijk vaarwater terechtgekomen. Dit wordt bij uitstek geïllustreerd door de enorme toename van het aantal bestuurlijke boetebevoegdheden op tal van bijzondere delen van het bestuursrecht, maar ook door de uitdijning (en de inzet) van toezichtsbevoegdheden, zoals het gebruik van camera's in de openbare ruimte. Repressie is in het bestuursrecht steeds centraler komen te staan.

Het gebruik van het woord 'repressief' brengt het risico mee dat deze tendens alleen als negatief wordt gezien. Het zou echter niet goed zijn dat als vertrekpunt van het preadvies te nemen. Bestuursrecht heeft immers naast een waarborgfunctie juist ook altijd een instrumentele functie gehad. Nu de samenleving om diverse redenen vraagt om meer aandacht voor veiligheid, openbare orde, bescherming van de volksgezondheid (COVID-19) en bestrijding van fraude, heeft (zoals ook blijkt uit het genoemde voorbeeld inzake terrorismebestrijding) het bestuursrecht daarbij vanzelfsprekend een belangrijke rol te vervullen. Daarbij komt dat de aanwending van de instrumentele middelen die

3 Vgl. hierover J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld*, Amsterdam: de Correspondent 2021.

4 Vgl. bijv. G.J. Vonk, 'Repressieve verzorgingsstaat', *NJB* 2014/80.

5 Zie nader hierover, C. van der Heijden, 'Wantrouwen als leidraad. Een labyrint van protocollen', *De Groene Amsterdammer*, 9 januari 2020.

6 Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, *Stb.* 2012, 462.

7 CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, *AB* 2015/8, m.nt. R. Stijnen.

het bestuursrecht biedt er ook weer toe kan dienen om rechten van anderen te waarborgen. Zo gelden er vanuit het EVRM juist ook positieve verplichtingen om burgers te beschermen tegen het gevaar van aantasting van het recht op leven (artikel 2 EVRM) en de mogelijke inbreuken van het recht op privéleven, ernstige gezondheidsschade daaronder begrepen (artikel 8 EVRM).⁸ De maatregelen tegen terreurdreiging, afwending van ernstige milieuschade (denk aan *Urgenda*) en bescherming tegen het coronavirus vormen daarvan zeer relevante en actuele voorbeelden. Zo moet de overheid telkens de verschillende in het geding zijnde (grond- en mensenrechtelijke) belangen tegen elkaar afwegen.⁹

Maar zoals altijd gaat het om het zoeken van een juiste balans en moet voorkomen worden dat het bestuursrecht wordt ‘misbruikt’ als repressiemiddel omdat dit nu eenmaal makkelijk is en – zoals doorgaans wordt aangenomen – met minder waarborgen is omkleed in vergelijking met het strafrecht. Er moet met andere woorden een evenwicht worden gevonden tussen ‘wetteloosheid’, in die zin dat de wet niet wordt nageleefd, en ‘rechteloosheid’, waarmee dan wordt bedoeld op het te veel in het gedrang laten komen van fundamentele rechten bij het afdwingen van de naleving van wetten.

1.2 Toezicht en handhaving in opmars

Vanaf het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw groeide de aandacht voor het handhaven van normen en in dit verband voor toezicht.¹⁰ Dit mede als gevolg van kritiek in de samenleving op vervagend normbesef. De term ‘handhavingstekort’ raakte in de mode om aan te duiden dat de strafrechtsketen het aantal zaken niet meer aankon en overbelast raakte. In aansluiting op een eerder rapport van de Commissie-Korthals Altes waarin een zogenoemd rechtshandhavingstekort werd geconstateerd, met name op het terrein van het strafrecht, werd de Commissie *Handhaving op niveau* (naar haar voorzitter ook de Commissie-Michiels genoemd) gevraagd om nader te bezien in hoeverre het bestuursrecht een goed alternatief voor het strafrecht zou kunnen zijn, en of daar ook sprake is van een handhavingstekort. De Commissie was van oordeel dat over “een tekort pas kan worden gesproken wanneer er rehtens wel *moet* wor-

8 Vgl. recent E. Gijssels, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021 en eerder P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008 en D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

9 Zie uitgebreid, J.P. Loof, ‘Coronacrisis en bestuursrecht: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies’, in: *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-adviezen, VAR-reeks 166), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 7-80.

10 Vgl. daaraan voorafgaand G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (Preadvies NJV 1984), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

den gehandhaafd, maar het bevoegde orgaan niet *wil* of niet *kan* handhaven. De mate waarin moet worden gehandhaafd, dient zichtbaar te worden gemaakt in een beleidsmatig gewenst en rechtens aanvaardbaar handhavingsniveau.”¹¹ De Commissie concludeerde (aan de hand van tien bijzondere deelterreinen van het bestuursrecht) dat de praktijk van de handhaving veelkleurig is en dat de mate van het handhavingstekort op verschillende terreinen uiteen kan lopen. Bovendien zou zo veel mogelijk gebruik moeten worden gemaakt van het reeds bestaande handhavingsinstrumentarium en samengewerkt moeten worden tussen de verschillende handhavingsspelers (bestuurlijk en justitieel). Bij het toedelen van nieuwe punitieve (bestraffende) bevoegdheden, met name ten aanzien van boeteoplegging, dient terughoudendheid te worden betracht, zeker als het gaat om decentraal toegepaste bevoegdheden; daarbij moet het strafrecht in beginsel niet worden uitgesloten, aldus de Commissie.¹²

Ook in zijn VU-oratie uit 1994 waarschuwde Michiels voor een te groot-schalig gebruik van de bestuurlijke boete.¹³ Dit was ook het jaar waarin de Commissie Toetsing voor Wetgevingsvraagstukken haar advies uitbracht over de inzet van bestuurlijke boetes. De Commissie formuleerde diverse uitgangspunten voor de introductie van de bestuurlijke boete, onder meer dat de betrokken norm een geringe normatieve lading heeft en dat de norm voldoende duidelijk is, zodat een overtreding eenvoudig kan worden vastgesteld.¹⁴ Dit uitgangspunt is ook overgenomen door de Awb-vierde-tranche-wetgever.¹⁵ Inmiddels lijkt dit uitgangspunt echter volstrekt achterhaald te zijn, gezien de enorme hoeveelheid bestuurlijke boetewetten (het aantal van 150 is gepasseerd)¹⁶ met niet alleen vaak hoge boetes maar ook moeilijk vast te stellen overtredingen (bijvoorbeeld van wettelijke zorgplichten).

Bij wijze van intermezzo is het illustratief een van onze voorgangers als preadviseur voor de NJV aan te halen. Het gaat om J.P. Hoogland die in 1947 preadviseerde over de vraag: *Met welke straffen en maatregelen, door welke bestuursorganen naar welke regels van proces behoren overtredingen van*

11 Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (Commissie-Michiels), *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 175.

12 *Handhaven op niveau*, 1998, p. 89.

13 F.C.M.A. Michiels, *De bestuurlijke boete in opmars?* (oratie Amsterdam VU), Zwolle 1994. Zie ook zijn VAR-preadvies: F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, Alphen aan den Rijn 1995, p. 117-118.

14 CTW-advies 1994/1, ‘Handhaving door bestuurlijke boeten’, Den Haag 12 januari 1994.

15 De Vierde tranche trad in werking op 1 juli 2009, nadat een eerste voorontwerp reeds in 1999 was verschenen.

16 Zie bijv. A.R. Hartmann & O.J.D.M.L. Janssen, ‘Op de kast en terug, maar niet in de la: Raad van State over de keuze tussen de twee bestraffende stelsels in het publiekrechtelijke sanctierecht’, *TBS&H* 2021, p. 36; Albers spreekt eerder ook al van 150: C.L.G.F.H. Albers, ‘Primitief strafrecht? Over decriminalisering, bestuursstrafrecht en rechtsbescherming’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 309-319, op p. 309. In dezelfde uitgave spreekt Stijnen van ‘bijna 140 wetten’ (zie R. Stijnen, ‘De Algemene wet bestuursrecht en het strafrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 297-307, op p. 297).

overheidsregelingen betreffende het economisch leven te worden beteugeld? Het volgende laat treffend zien hoe anders er destijds werd aangekeken tegen bestraffing door het bestuur:

“Nog een enkel woord over de ‘berechting’ door de administratie zelve. De mogelijkheid daartoe is onder anderen opengesteld in het Besluit tuchtrechtspraak voedselvoorziening, doch gelukkig zijn tot dusverre deze bepalingen vrijwel een doode letter gebleven, hoewel niet geheel. Rondom de gulden per niet ingeleverd ei, door het Bedrijfschap voor Pluimvee en eieren opgelegd aan ieder die niet voldeed aan zijn verplichting tot het inleveren van eieren, is rumoer genoeg ontstaan, al mag men op grond van zoo’n enkele ervaring het stelsel niet zonder meer verwerpen. Meer toepassing vond het beginsel op het gebied van de prijsbeheersching, waar de inspecteurs meteen fungeerden als rechters, doch dit systeem, dat in de praktijk ook leidde tot ongewenste toestanden, werd vrij spoedig na de bevrijding losgelaten. Het stelsel heeft ook te eclatante nadelen om het niet zonder meer te verwerpen. Zoo lang de bedrijfsschappen in de oogen van de bedrijfsgeenooten nog zijn, wat zij zijn, n.l. van bovenaf opgelegde organisaties, blijft berechting daardoor berechting door één der partijen met al de nadeelen van dien. Dan ziet de rechter de waarde van den geschonden, van hem zelf afkomstigen, regel niet meer objectief en dan dreigt het gevaar van berechting naar een eenheidsprocedee, zonder dat aan de bijzonderheden van het afzonderlijke geval meer aandacht wordt geschonken. Als eenig voordeel zou men misschien kunnen noemen dat een reeks van futiliteiten langs eenvoudigen weg zou kunnen worden afgedaan. Als het zou moeten, ik heb er vrede mee, zolang men die weg dan maar niet als rechtspraak betitelt en de strafmogelijkheden tot het alleruiterste beperkt.”¹⁷

Het mag geen verbazing wekken dat de preadviseur concludeert dat de berechting van overtredingen van overheidsregelingen betreffende het economisch leven dient plaats te vinden door de gewone rechterlijke macht volgens de regels van het Wetboek van Strafvordering.

Nu het tegenwoordig een gegeven is dat het bestuur op grote schaal beschikt over een bestraffend instrumentarium is er terecht een groeiende aandacht voor de vraag of de rechtsbescherming in het bestuursrecht op voldoende niveau is en of deze niet achterblijft ten opzichte van die in het strafrecht. Zo heeft de Raad van State hier ongevraagd advies over uitgebracht¹⁸ en heeft de VAR haar jaarvergadering in 2014 gewijd aan de rechtsbescherming bij bestraffende bestuurlijke sancties.¹⁹ De bestuursrechter toetst inmiddels strenger,

17 J.P. Hoogland, in: *Handelingen NJV 1947* (Preadvies NJV 1947), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947, p. 273-274.

18 Zie Afdeling Advisering van de Raad van State, Advies van 13 juli 2015, W03.15.0138/II, *Stcrt.* 2015, 30280 en de reactie van het kabinet: Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, nr. 102.

19 C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (Preadvies VAR, VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridisch 2014.

c.q. voller als het gaat om de vraag of er voldoende bewijs is voor de beboete overtreding en als het gaat om het vaststellen van de evenredigheid van de sanctie. Wel lijkt er vanuit het perspectief van de rechtsbescherming nog winst te behalen, in elk geval ten aanzien van de toetsing van de adequate wettelijke grondslag voor de inzet van vaak ingrijpende bevoegdheden en het omgaan met onrechtmatig verkregen bewijs, terwijl anderzijds een relevante vraag is of de rechtsbescherming ten aanzien van ingrijpende sancties die vooralsnog niet als bestraffend worden aangemerkt (bijvoorbeeld het hiervoor genoemde gebiedsverbod, de afwijzing of intrekking van vergunningen al dan niet op grond van de Wet Bibob, de sluiting van drugspannen, de ontneming van het Nederlanderschap om een aantal voorbeelden te noemen) voldoende op niveau is. Daarnaast is in bredere zin de vraag van belang of de bestuursrechter voldoende gebruikmaakt van de instrumenten die het bestuursprocesrecht biedt, zoals het horen van getuigen of het benoemen van getuigen.²⁰

Een ander belangrijk thema, zeker ook rechtsgebiedoverstijgend, is de cumulatie van diverse repressieve maatregelen, waarbij het van groot belang is om tot een goede afstemming tussen de verschillende actoren te komen teneinde een evenredige uitkomst in het concrete geval te bereiken. Daarmee is de historische context van het onderwerp van dit preadvies met heel grove streken geschetst.

1.3 Definitie, centrale vraagstelling en plan van behandeling

Een belangrijke voorvraag bij de verdere introductie van dit preadvies is wat te verstaan onder repressief bestuursrecht. Wij zouden in dit verband heel gemakkelijk uitvoerig kunnen stilstaan bij de vraag naar het onderscheid tussen reparatoire en bestraffende (punitieve) sancties en de gevolgen van die kwalificatie voor de (mate van) rechtsbescherming. Wij pogen echter een breder perspectief te kiezen.²¹ Onder repressief bestuursrecht verstaan wij hier dan 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). Het kan hier dus zowel gaan om toezichts- als handhavingsbevoegdheden, maar daarnaast kan

20 Vgl. *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag 2021.

21 Vgl. ook de zeer lezenswaardige conclusie (d.d. 7 juli 2021) van de raadsheren advocaat-generaal Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht waarbij zij voor de volheid van toetsing – terecht – aanknopen bij de ingrijpendheid van de maatregel en niet zozeer bij de kwalificatie criminal charge, ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel); zie hierover R.J.N. Schlössels, 'Evenredigheid als limiet: de lang verwachte conclusie over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *JBplus* 2021/3, p. 1-14. Zie voor de op deze conclusie volgende uitspraken ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, 334 en 336. Zie in dit verband ook reeds onze annotatie bij EHRM 23 november 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, *AB* 2007/51 (*Jussila t. Finland*).

het bijvoorbeeld ook gaan om het stellen van ingrijpende vergunningsvoorwaarden of andere vormen van (bestuursrechtelijke) normering. De instrumentalisering van het bestuursrecht laat zich ook illustreren aan de hand van het nog steeds groeiende bestuursrechtelijk toezichts- en handhavingsarsenaal van onder meer de burgemeester.²²

De kernvraag is dan – kort geformuleerd – in hoeverre de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursrecht (die er zeker is naast de instrumentele functie) in dit verband nog voldoende uit de verf komt. Het lijkt erop dat de Awb-wetgever met dekking van de rechter de laatste jaren (mogelijk nog steeds als uitvloeisel van het Rapport van de Commissie-Van Kemenade uit 1997)²³ het mogelijk heeft gemaakt dat het bestuur met meer ‘fouten’ kan weggelaten dan voorheen. Dit vanuit het doel het bestuur niet te veel voor de voeten te lopen, zodat het efficiënt beleidsdoelen kan verwezenlijken. Het is een belangrijke vraag of een en ander niet het gevaar in zich bergt van een meer en meer ‘deresponsabel’ bestuur.²⁴ Bestuursorganen zullen bezien waar ze bij de rechter mee weggelaten en daar hun praktijk op inrichten, met alle gevaren van dien. Dit nadat in de periode daarvoor juist steeds veel aandacht uitging naar het versterken van de rechtsbescherming. Daarbij moet worden aangetekend dat de vrijheid van handelen van het bestuur soms door de wetgever is dichtgetimmerd.

Een en ander brengt ons tot de volgende centrale vraagstelling van dit preadvies:

Op welke wijze weerspiegelt het huidige bestuursrecht de repressieve tendensen in de samenleving van de afgelopen jaren, biedt het voldoende tegenwicht om de rechtsstatelijke positie van burgers te waarborgen en zo nee, op welke wijze kan deze positie alsnog voldoende bescherming krijgen?

Het preadvies is daartoe als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 behandelt het huidige bestuursrechtelijke instrumentarium in vogelvlucht. Daarna bevat hoofdstuk 3 een rechtsstatelijke analyse (aan de hand van korte casestudies) van een aantal representatieve instrumenten (uit uiteenlopende categorieën, zoals toezicht, herstel, bestraffing, openbare orde, samenloop van diverse sancties (binnen het bestuursrecht, maar ook binnen het straf- én bestuursrecht)). Bezien wordt of er voldoende tegenwicht bestaat via wettelijke waarborgen en rechts-

22 Zie bijv. J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder, *Gewapend bestuur* (Preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridisch 2019. Zie verder hoofdstuk 3 van dit preadvies voor de inventarisatie van het bestuursrechtelijk instrumentarium.

23 Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, *Bestuur in geding*, Haarlem 1997.

24 Vgl. T. Barkhuysen, ‘Nieuw procesrecht en deresponsabel bestuur’, *NJB* 2013/2404.

bescherming en in het bijzonder hoe de bestuursrechtelijke rechtsbescherming zich verhoudt tot die in het strafrecht op het betreffende terrein.²⁵ Hoofdstuk 4 probeert lessen te trekken voor wetgever, bestuur, rechter en burger op zoek naar een betere en meer structurele balans bij de introductie en inzet van (nieuwe) repressieve bestuursrechtelijke instrumenten. Hoofdstuk 5, ten slotte, is kort en bevat een aantal stellingen c.q. aanbevelingen.

25 T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen: studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

2.1 **Introductie**

In dit hoofdstuk wordt om te beginnen in paragraaf 2.2 ingegaan op de verschillende algemene (toezichts- en) handhavingsverplichtingen die op nationaal en Europees niveau tot ontwikkeling zijn gekomen. Dit omdat daarmee duidelijk wordt welke verplichtingen er voor de overheid in algemene zin gelden om op te treden tegen niet-normconform handelen of nalaten. Daarbij is het van belang om op te merken dat al dan niet in navolging daarvan de nodige bijzondere wetten het betrokken bestuursorgaan verplichten daarin voorziene handhavingsinstrumenten daadwerkelijk in te zetten. Met dit alles ontstaat ook zicht op de ruimte die er al dan niet is om te gedogen.

Daarna volgt in paragraaf 2.3 een overzicht van het anno 2022 voor de overheid beschikbare arsenaal aan bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen (toezichtsmiddelen daaronder begrepen). Hierbij gaat het in de eerste plaats om algemene, in de Algemene wet bestuursrecht geregelde instrumenten. Daarnaast wordt gezien welke aanvullende instrumenten zijn voorzien in een selectie van bijzondere wetten. Zo wordt, zonder volledigheid te willen pretenderen, duidelijk dat de gereedschapskist van de overheid goed gevuld is.¹

Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2.4 afgesloten met een conclusie.

2.2 **Algemene (toezichts-) en handhavingsverplichtingen**

Hoewel er de nodige wetten zijn die bestuursorganen verplichten handhavend op te treden tegen niet-normconform gedrag, laat de wetgever meestal beleidsvrijheid ter zake (die vaak wel via beleidsregels wordt ingevuld). Dit omdat in de meeste gevallen vooraf niet goed overzien kan worden welke bijzondere

1 Zie nader de diverse bijdragen in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2014, p. 565-581.

gevallen zich voor kunnen doen. Tegelijk is er rechtspraak tot stand gekomen, zowel op nationaal als op Europees niveau, waarin deze vrijheid in meer (bij op herstel van de rechtmatige toestand gerichte herstelsancties) of mindere (bij bestraffende bestuurlijke sancties) mate wordt ingeperkt.² Overigens wordt de mogelijkheid bestuurlijke sancties op te leggen anderzijds ook beperkt. Als sprake is van een rechtvaardigingsgrond (zoals overmacht of handelen ter uitvoering van een wettelijk of ambtelijk bevel), mag er op grond van artikel 5:5 Awb geen sanctie worden opgelegd. Verder mag een bestraffende sanctie niet worden opgelegd wanneer geen sprake is van schuld. Dit volgt ook uit de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. Op dit alles wordt hierna nader ingegaan.

2.2.1 *Nationaal*

In de nationale rechtspraak was lange tijd geen sprake van een (beginsel)plicht tot handhaving. De Hoge Raad had daarbij het voortouw en benadrukte steeds dat het de overheid daarbij vrijstond bij de afweging van de in aanmerking komende belangen ‘(...) de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen’.³ Ook de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State tapte uit dat vaatje: “Het toepassen van bestuursdwang is geen verplichting, doch een bevoegdheid. Dit brengt met zich dat de belangen die met de uitoefening van bestuursdwang worden gediend, moeten worden afgewogen tegen de daartegenover staande belangen van de betrokkenen.”⁴

Via een aantal tussenstappen⁵ kwam de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2004 uiteindelijk tot de formule voor wat de beginselplicht tot handhaving is gaan heten en die ook geldt wanneer er geen concreet handhavingsverzoek ligt: “Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.”⁶

2 Vgl. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 185.

3 HR 12 maart 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AC239, *NJ* 1971, 265, m.nt. W.F. Prins (*Westerschouwense duinpol-der*).

4 ARRvS 25 september 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN1988, *AB* 1991/460, m.nt. P.J.J. van Buuren.

5 Vgl. Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 187.

6 ABRvS 30 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP4683, *JB* 2004/293, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

Daarna heeft de Afdeling ervoor gekozen de beginselplicht ook te laten gelden voor de tenuitvoerlegging van opgelegde herstelsancties (zoals het invorderen van dwangsommen).⁷ De beginselplicht is vervolgens ook omarmd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁸ De Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad (Belastingkamer) hebben die stap niet gezet. Een mogelijke (gedeeltelijke) verklaring daarvoor is het feit dat daar, anders dan bij de Afdeling en het CBb, in de regel geschillen tussen twee partijen aan de orde zijn tussen overheid en burger zonder dat er concrete derdenbelangen spelen (waardoor er ook geen verzoeken tot handhaving van derden aan de orde zijn).⁹

Overigens blijkt uit de jurisprudentie dat de beginselplicht tot handhaving niet ziet op bestraffende sancties¹⁰ en evenmin op de inzet van toezichtbevoegdheden, hoewel de beginselplicht op dat laatste wel invloed kan hebben. Immers, om te kunnen handhaven is er in veel gevallen inzet van toezichtsbevoegdheden nodig. Verder bepleit Michiels dat onder omstandigheden de beginselplicht ook ten aanzien van de inzet van bestuurlijke boeten zou moeten gelden.¹¹

De uitzonderingsmogelijkheden op de beginselplicht worden vervolgens ook relatief beperkt geïnterpreteerd. Daar gaat het om concreet zicht op legalisatie of beëindiging van de overtreding. Ook kunnen andere bijzondere omstandigheden een rol spelen, zoals de geringe ernst van de overtreding, het niet geschaad zijn van belangen van derden en het feit dat het om een incidentele overtreding gaat.¹² Ook wordt prioriteringsbeleid toegestaan (als niet zijnde in strijd met het gelijkheidsbeginsel)¹³ en kan bij lichte overtredingen met een waarschuwing worden volstaan. Lange tijd stilzitten aan de zijde van het bestuur of zelfs een expliciete gedoogverklaring leggen echter meestal weinig gewicht in de schaal om een uitzondering op de beginselplicht aanvaard te krijgen, zeker wanneer derden om handhaving verzoeken. Anders gezegd, een

7 Bijv. ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553, *JB* 2012/4.

8 CBb 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN4700, *AB* 2010/242, m.nt. I. Sewandono.

9 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 188.

10 Zie bijv. ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1407, *AB* 2022/16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik: het verzoek van appellante om handhavend op te treden tegen de Autoriteit Persoonsgegevens, o.m. door de oplegging van een bestuurlijke boete wordt afgewezen. Bovendien overweegt de Afdeling dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld “dat, nu er geen beginselplicht tot handhaving met betrekking tot de gevraagde oplegging van een bestuurlijke boete bestaat, het besluit tot afwijzing van het verzoek tot het opleggen van een boete minder indringend moet worden getoetst dan een afwijzing van een verzoek tot het opleggen van een eerste plaats aan de AP om de afweging te maken of het opleggen van een boete is aangewezen. Deze afweging wordt door de bestuursrechter terughoudend getoetst.”

11 F.C.M.A. Michiels, ‘In beginsel verplicht’, in: De Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (liber amicorum P.J.J. van Buuren), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 81-96. Anders F.R. Vermeer, ‘De ‘beginselplicht; gedetermineerd’, *JBplus* 2011, p. 72-74.

12 Zie met verwijzingen naar uitspraken Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 195-212.

13 Zie bijv. ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1961: het handhavingsbeleid mag er echter niet toe leiden dat tegen overtredingen met lage prioriteit nooit wordt opgetreden.

beroep op het vertrouwensbeginsel om daarmee aan handhaving te ontkomen slaagt niet vaak.¹⁴

De ratio van de introductie van de beginselplicht is niet heel precies vast te stellen. Genoemd worden het handhaven van de rechtsstaat en het uitgangspunt dat wettelijke verplichtingen niet voor niets worden geïntroduceerd en dat met het aannemen van een wet ook de wil van de wetgever tot uitdrukking wordt gebracht dat deze wetten worden nageleefd. Maar los van deze meer theoretische concepten is minstens zo belangrijk het destijds in de maatschappij levende sentiment dat er een einde moest komen aan de toen ervaren ‘gedoogcultuur’ en dat de teugels strenger moesten worden aangetrokken.¹⁵ Hierbij geldt dat door de handhaving ook weer (mensen)rechten van anderen kunnen worden beschermd, zij het dat dit ook weer binnen rechtstatelijke grenzen moet gebeuren.

2.2.2 EU-recht

De EU-pendant van de hiervoor besproken beginselplichtjurisprudentie is te vinden in het Griekse maïs-arrest van het Hof van Justitie. Daarin worden de lidstaten verplicht te reageren op schendingen van het (thans) Unierecht (toen gemeenschapsrecht) op basis van het beginsel van loyale samenwerking.¹⁶ De lidstaten zijn daarbij vrij te kiezen als het gaat om de middelen. Het mag gaan om strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of civielrechtelijke middelen. Voorwaarde is wel dat de sancties effectief, evenredig, gelijkwaardig (met voor overtredingen van het nationale recht voorziene sancties) en afschrikwekkend zijn.¹⁷ Wel komt het voor dat op bepaalde beleidsterreinen preciezer het soort toe te passen sancties wordt voorgeschreven.^{18, 19} Bovendien wordt in sommige gevallen zelfs de strafrechtelijke weg verlangd.²⁰

14 Zie Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 195-212. Vgl. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 waarin de Afdeling iets meer ruimte lijkt te laten voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel na de conclusie van advocaat-generaal Wattel.

15 Vgl. Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 192 e.v.

16 HvJ EU 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse maïs*).

17 HvJ EU 10 juli 1990, C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (*Hansen en Don*).

18 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 344-352.

19 In de woorden van het Hof van Justitie: “Dienaangaande zij opgemerkt, dat wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de Lidstaten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag verplicht zijn, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daartoe dienen de Lidstaten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Verder dienen de nationale autoriteiten even energie op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.” HvJ EU 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 r.o. 23-25. Zie nader P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridisch 2008, p. 293-320.

20 HvJ EU 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (in casu betrof het milieuregelgeving).

De Commissie kan op haar beurt via een infractieprocedure de lidstaten dwingen handhavend op te treden wanneer zij dat nalaten.²¹ Ook kan de Commissie op bepaalde beleidsterreinen, zoals het mededingingsrecht, zelf handhavend optreden tegen overtreders.²²

Met het uitdijen van het Unierecht, wordt ook de hiervoor omschreven daarmee samenhangende beginselplicht tot effectieve handhaving op meer terreinen van belang. Tegelijk geldt ook hier dat op de door het Unierecht bestreken terreinen het EU-Grondrechtenhandvest van toepassing is dat waarborgen biedt tegen een te vergaande inzet van repressieve instrumenten.

2.2.3 EVRM

Ook uit het EVRM vloeien onder omstandigheden toezichts- en handhavingsverplichtingen voort voor de verdragsstaten. Daarbij gaat het met name om het door de verdragsstaten verzekeren van de naleving van belangrijke fundamentele rechten, ook in de rechtsverhouding tussen burgers onderling. Dit in het kader van de zogenoemde positieve verplichtingen van de staat.²³

In de zaak *Öneryildiz/Turkije* maakt het EHRM in bredere zin duidelijk dat positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM gelden ten aanzien van alle mogelijke levensbedreigende risico's, inclusief milieugevaren. Het ging in deze zaak om de ontploffing van methaangas dat zich had opgehoopt onder een vuilnisbelt. Op de vuilnisbelt woonden mensen en de autoriteiten hadden ondanks duidelijke signalen over het ontploffingsgevaar nagelaten op te treden, met vele doden als gevolg. Het Hof neemt een schending aan van het recht op leven uit artikel 2 EVRM (en van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM) ondanks het verweer van de Turkse regering dat sprake was van illegale bewoning en klagers zich daarmee zelf in een gevaarlijke situatie hadden gebracht. Het Hof hecht echter meer belang aan het feit dat de autoriteiten de illegale bewoning jarenlang hadden gedoogd.²⁴

Aan de hiervoor aangehaalde uitspraak kan de basisregel worden ontleend dat de overheid alle maatregelen moet nemen die mede gelet op de haar toekomende bevoegdheden redelijkerwijs kunnen worden gevegd om te voorkomen dat een reële en directe levensbedreiging waarvan zij op de hoogte is of zou behoren te zijn, zich verwezenlijkt. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om bedreigingen veroorzaakt door overheidsdiensten of door derden. In dat licht is een enkel verbod om, bijvoorbeeld, ergens te wonen niet onder alle omstandigheden voldoende. De basisregel impliceert daarmee dat staten een

21 Vgl. HvJ EU 9 december 1997, C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 (*Spaanse aardbeien*).

22 Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 334-344.

23 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 96-98 (waaraan de hiernavolgende passage deels is ontleend).

24 EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, AB 2005/43, m.nt. A. Woltjer (*Öneryildiz/Turkije*).

adequaat systeem van toezicht en (preventieve) handhaving moeten opzetten, alsmede dat de normstelling en daarop gebaseerde vergunningverlening dienen te zijn gericht op het voorkomen van levensbedreigende situaties. Noodzakelijke maatregelen mogen niet met het oog op andere belangen (zoals financiële) worden uitgesteld, tenzij deze redelijkerwijs niet kunnen worden geleverd. Verder volgt uit artikel 2 EVRM ook de verplichting om burgers te informeren over (potentieel) gevaarlijke situaties. Aangenomen kan worden dat staten ook verplicht zijn te voorzien in effectieve nationale rechtsmiddelen waarmee zo nodig preventief ingrijpen van de staat in potentieel gevaarlijke situaties kan worden afgedwongen. Als een risico zich desalniettemin verwezenlijkt, eist artikel 2 EVRM in combinatie met artikel 13 EVRM dat een adequaat onderzoek naar de oorzaken wordt verricht. Tevens dienen de slachtoffers of hun nabestaanden een toereikende schadevergoeding te kunnen verkrijgen. In gevallen van extreme nalatigheid als gevolg waarvan meerdere slachtoffers zijn te betreuren, moet het mogelijk zijn de verantwoordelijken strafrechtelijk te vervolgen.²⁵ Uit latere jurisprudentie van het EHRM volgt dat de vervolgingsverplichting uit artikel 2 EVRM ook geldt als er (nog) geen dodelijke slachtoffers zijn geweest.²⁶ Maatgevend is het hebben laten bestaan van een concreet levensgevaar.²⁷

De autoriteiten kunnen zelf de middelen kiezen om deze doelen te bereiken. Hierbij heeft de staat een beoordelingsvrijheid. In dit verband geldt wel dat op de autoriteiten niet een onmogelijke of disproportionele last mag worden gelegd, zonder acht te slaan op bepaalde beleidskeuzes die zij moeten maken ten aanzien van prioriteiten en financiën.²⁸

Ook artikel 8 EVRM leidt tot een zekere handhavingsverplichting als daarin opgenomen rechten in het geding zijn.²⁹ Uit onder meer de zaak *Moreno Gómez* volgt dat het langdurig in strijd met nationale normen gedogen van ernstige geluidsoverlast tot een schending van artikel 8 EVRM kan leiden. De overheid voldoet niet aan zijn EVRM-verplichtingen door slechts normen ter bescherming van de in artikel 8 EVRM besloten liggende rechten op te stellen.

25 Vgl. EHRM 29 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0929JUD001922108, *AB* 2010/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Van Melle/Nederland*), inzake de nasleep van de Schipholbrand en het niet vervolgen van verantwoordelijke bewindspersonen.

26 EHRM 28 februari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW6229, *AB* 2012/314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *JB* 2012/120, m.nt. Sanderink (*Kolyadenko e.a./Rusland*).

27 Vgl. D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, p. 185 e.v. en R.J.B. Schutgens e.a., *Immunititeiten: Het recht op zijgezet?* (Preadviezen NJV 2013), Deventer: Kluwer 2013.

28 Vgl. EHRM 1 maart 2005, ECLI:NL:XX:2005:AT7354, *AB* 2006/274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Bône/Frankrijk*); EHRM 15 december 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL2007, *AB* 2010/292, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Kalender/Turkije*); EHRM 7 mei 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0507JUD004388110, *AB* 2021/40, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Vardosanidze t. Georgië*).

29 Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 105-107 (waaraan de hiernavolgende passage mede is ontleend).

Verdragsstaten hebben naar het oordeel van het Hof, behalve de verplichting dergelijke normen zelf te respecteren, de (positieve) verplichting om deze normen ook op een deugdelijke wijze te handhaven ten opzichte van derden die daarop inbreuk maken.³⁰ Voor de personen die slachtoffer zijn van de handelwijze (of beter gezegd het nalaten) van deze derden, dient op grond van artikel 8 EVRM mede in verbinding met artikel 13 EVRM, een rechtsmiddel beschikbaar te zijn teneinde de overheid te bewegen op nationaal niveau hun EVRM-rechten te realiseren door handhavend op te treden.³¹

2.3 Algemene en bijzondere handhavingsinstrumenten

Kijken we naar de Algemene wet bestuursrecht en een selectie van bijzondere wetten, dan blijkt er een groot arsenaal aan bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten te bestaan. Ook wordt kort stilgestaan bij toezichtsmiddelen op de naleving van voorschriften, die immers doorgaans voorafgaan aan de handhaving. Dan is er ook nog de strafrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke voorschriften, veelal via de Wet op de economische delicten, waardoor trouwens ook samenloopproblemen kunnen ontstaan doordat tegen een overtreding zowel bestuurs- als strafrechtelijk kan worden opgetreden. Ook wordt nog heel kort iets gezegd over de inzet van het privaatrecht door de overheid als handhavingsinstrument. Dit instrumentarium wordt hierna in vogelvlucht besproken.³²

2.3.1 Algemene wet bestuursrecht

Titel 5.2 Awb bevat een regeling over het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. Dit toezicht wordt ook wel handhavingstoezicht genoemd. Vaak gaat het immers vooraf aan de handhaving (dan is het dus een voortraject). Tegelijkertijd kan het zelf ook een handhavingsinstrument zijn, nu het kan leiden tot het voorkomen van overtredingen of de beëindiging van reeds gepleegde overtredingen.³³ In deze titel krijgen toezichthouders een bepaald

30 EHRM 16 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AR8330, AB 2005/453, m.nt. T. Barkhuysen (*Moreno Gómez/Spanje*). Vgl. EHRM 9 november 2010, ECLI:NL:XX:2010:BP1602, AB 2012/16, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Deés/Hongarije*), inzake de positieve verplichting bewoners te beschermen tegen geluidsoverlast zwaar verkeer.

31 Vgl. F. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010. Vgl. over woonoverlast M. Vols, *Woonoverlast en het recht op privéleven* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridisch 2013.

32 Zie voor een uitgebreider en vergelijkend overzicht in T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechten beperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

33 Zie Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 15. Zie nader over (economisch) toezicht L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters: Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey & N. Verheij, *Toezicht* (Preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2005.

standaardpakket aan bevoegdheden toegemeten.³⁴ In deze titel gaat het onder meer om het betreden van plaatsen, woningen (en bedrijfsruimten), het vorderen van inlichtingen, het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden, onderzoek van zaken (inclusief het nemen van monsters) en voertuigen. Deze bevoegdheden worden ingekaderd door artikel 5:13 Awb op basis waarvan toezichthouders de hen toekomende bevoegdheden slechts mogen gebruiken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is. Verder zijn vanzelfsprekend de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de normen van het EVRM van toepassing.

Een niet onomstreden praktijk is dat toezichthouders op basis van de hiervoor genoemde algemene toezichtbevoegdheden behoorlijk ingrijpende middelen inzetten. Daarbij dringt zich steeds vaker de vergelijking op met het strafrecht bij de inzet van dezelfde soort opsporingsmiddelen. Hierbij valt te denken aan structurele observatie, de inzet van een gps-tracker, het gebruikmaken van *mystery guests*³⁵ en de systematische verzameling van gegevens. In diverse zaken hebben bestuursrechters de inzet van het betreffende toezichtsmiddel naar onze mening terecht in strijd geacht met het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM, nu de betreffende wettelijke voorziening (doorgaans een algemene (Awb-)toezichtsbepaling) onvoldoende precies en toegankelijk was, waarmee niet voldaan werd aan de eis dat deze beperking bij wet voorzien is.³⁶ Het verschil met de strafrechtelijke waarborgen bij de inzet aldaar van vergelijkbare middelen valt in het oog. Voor de meest ingrijpende middelen is in het strafrecht voorafgaande rechterlijke instemming vereist (voor de minder ingrijpende de instemming van de officier van justitie). Hier blijkt ook uit dat de Awb-toezichtstitel langzaam uit haar jasje knapt. Bij de totstandkoming van deze titel in 1998 was de gedachte nog dat het ging om vooral lichte bevoegdheden waarbij voor zwaardere middelen werd aangegeven dat deze aan de eisen van artikel 8 EVRM zouden moeten voldoen. Hier komt nog bij dat deze vraag naar passende rechtsbescherming alleen nog maar pregnanter naar voren zal komen bij de verdere technologische ontwikkelin-

34 Op grond van artikel 5:11 Awb worden zij bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift.

35 O.a. CBb 8 juli 2015, *AB* 2016/347, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:195, *AB* 2020/147, m.nt. C.M. Saris & D. de Groot.

36 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, *AB* 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*GPS-tracker*); CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, *AB* 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*stelselmatige observatie*); HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, *AB* 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*automatische cameraregistratie kentekens op snelwegen i.v.m. belastingheffing*; hier ging het om art. 8 EVRM); CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, *AB* 2018/375, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*vorderen OV-chipreisgegevens door DUO op grond van art. 5:17 Awb acht de Raad wel in overeenstemming met art. 8 EVRM*); HR 10 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:639, *AB* 2020/298, m.nt. I.W. Vermeiden (*kentekenparkeerregistratie; geen strijd met art. 8 EVRM*).

gen, zoals de drone, het gebruik van algoritmen en de verdere koppeling van (data)systemen.³⁷

Daarnaast kennen bijzondere wetten aanvullende toezichtsbevoegdheden waarop onder het volgende kopje wordt ingegaan.

Hoofdstuk 5 Awb kent verder in het kader van de handhaving een algemene regeling voor twee veelvoorkomende herstelsancties. Dit zijn de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom.³⁸ De bevoegdheid een last onder bestuursdwang of dwangsom op te leggen vloeit echter niet voort uit de Awb zelf, maar uit een bijzondere formele wet. Voor het college van burgemeester en wethouders is dat bijvoorbeeld artikel 125 Gemeentewet, waar het gaat om de handhaving op de beleidsterreinen van het college. Uit artikel 5:32 lid 1 Awb vloeit dan voort dat in plaats daarvan het tot het opleggen van een last onder bestuursdwang bevoegde bestuursorgaan ook een last onder dwangsom kan opleggen. Een last onder bestuursdwang houdt in dat indien niet binnen de in de last gestelde termijn een einde wordt gemaakt aan de overtreding het bestuursorgaan dit feitelijk zelf kan doen en daarvoor de kosten kan verhalen op de overtreder. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het verwijderen van afval. Ook de bevoegdheid een vreemdeling uit te zetten op grond van artikel 63 Vreemdelingenwet 2000 is vanwege de materiële Awb-definitie een last onder bestuursdwang. Een last onder dwangsom kent deze mogelijkheden niet. Daar verbeurt de overtreder dwangsommen als de overtreding niet tijdig wordt beëindigd. Bij een klaarblijkelijk gevaar dat een wettelijk voorschrift zal worden overtreden, kan een last op grond van artikel 5:7 Awb ook preventief worden ingezet.

Daarnaast geeft de Awb in hoofdstuk 5 een algemene regeling voor de bestuurlijke boete, waarin onder meer diverse (procedurele) waarborgen zijn opgenomen (onder meer het zwijgrecht, regels inzake cumulatie, en bij hoge boetes het hoorrecht en de verplichting om een rapport op te stellen). Verder bevat artikel 5:46 Awb onder meer een nadere uitwerking voor het bestuur en de rechter van de relevante factoren bij het bepalen van de evenredigheid van de boete, in een niet-wettelijk gefixeerd stelsel (lid 2) en in een wettelijk gefixeerd stelsel (lid 3), beide waarvan we in hoofdstuk 3 voorbeelden zullen zien.

Ook voor de bestuurlijke boete geldt dat de bevoegdheid tot oplegging daarvan (en de maximale hoogte) volgt uit een bijzondere formele wet en niet uit de Awb zelf. Het aantal wetten waarin dat gebeurt, heeft een hoge vlucht

37 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, AB 2020/236, m.nt. H.B. van Kolfschooten (*inzet Syri-algoritme bij uitkeringstoezicht*). Vgl. Raad van State, Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557, p. 31.

38 Zie daarover nader R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 805-821.

genomen. Dit met name omdat de oplegging ervan eenvoudiger kan dan bij veel strafrechtelijke boetes.³⁹ Bij de bestuursrechtelijke boete is immers geen voorafgaande betrokkenheid van de rechter vereist (iets wat tegenwoordig ook mogelijk is binnen het strafrecht met de OM-boetes). Dat laatste is er mede debet aan dat er de nodige kritiek is op de bestuurlijke boete, zeker wanneer het daarbij gaat om hoge bedragen.⁴⁰ Het lijkt een gepasseerd station, maar we stellen de vraag toch: zou er bij hoge boetes voorafgaand aan de oplegging ervan niet toch een rechter aan te pas moeten komen?⁴¹

De Awb kent geen algemene regeling voor de intrekking en wijziging van begunstigende beschikkingen bij wijze van sanctie. Een dergelijke intrekking kan een bestraffend karakter hebben als zij op leedtoevoeging is gericht, maar ook – zoals in de meeste gevallen – een herstelkarakter.⁴² De Awb kent wel een regeling voor de intrekking en wijziging van subsidiebeschikkingen in hoofdstuk 4.

2.3.2 *Bijzondere wetten*

Aanvullende toezichtsbevoegdheden zijn te vinden in diverse bijzondere wetten. Ter illustratie worden er hier twee genoemd. Om te beginnen kan worden gedacht aan cameratoezicht in de openbare ruimte op grond van artikel 151c Gemeentewet. Verder kent artikel 3:3a Wet handhaving consumentenbescherming een regeling voor de inzet van het instrument van uitlokking/pseudo-koop.

Dan de handhavingsinstrumenten. Buiten het feit dat in bijzondere wetten dus de bevoegdheidsgrondslag moet zijn opgenomen voor de inzet van in de Awb geregelde handhavingsinstrumenten, zijn in deze wetten ook vele andere handhavingsinstrumenten te vinden.⁴³ Om te beginnen de intrekking en wijziging van begunstigende beschikkingen. Ook de weigering of intrekking van begunstigende beschikkingen naar aanleiding van een integriteitsverzoek op grond van de Wet Bibob kan hier worden genoemd. Verder kan worden gewezen op de uitsluiting die vooral een rol speelt in het Europese subsidierecht en de Alcoolwet (voorheen Drank- en Horecawet). Deze komt erop neer dat een betrokkene meestal voor een bepaalde periode wordt uitgesloten van het verkrij-

39 Vgl. F.C.M.A. Michiels, 'De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten', *JusVer* 2005/6.6.

40 Vgl. R.C.P. Haentjens, 'Is het morele gehalte van de geldboete als sanctie in het straf- en bestuursrecht achter de horizon verdwenen?', *TRs* 2019/1.

41 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 822-833; N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006/47.

42 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 833-704. Vgl. wel normen op EU-niveau voor de intrekking van besluiten die de Awb-regeling mogelijk tot inspiratie zal zijn: Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht: Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 179-206.

43 Zie daarover Michiels, Blomberg & Jurgens 2016, p. 135-154; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 833-842.

gen van bepaalde voordelen of het mogen verrichten van bepaalde handelingen, zoals het mogen aanvragen van een nieuwe vergunning binnen een bepaalde periode nadat de eerdere vergunning is ingetrokken. Daarnaast is een instrument de zogenoemde praktijk van *namings-and-shaming*. Deze wordt gebaseerd op artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur (en in de toekomst op hoofdstuk 3 Wet open overheid) of een bijzondere wet en houdt in dat het feit dat aan betrokkene een bepaalde sanctie is opgelegd, actief openbaar wordt gemaakt. Verder kan worden gewezen op de bestuurlijke waarborgsom (de inning daarvan na een overtreding), de waarschuwing, noodbevelen van de burgemeester, gebiedsverboden, tijdelijke huisverboden en bestuurlijke ophouding. De laatste drie liggen vooral in de sfeer van de openbare ordehandhaving. Deze kunnen ook als reactie op overtredingen worden ingezet en horen ook daarom in deze opsomming thuis. Een wat bijzondere en verstrekkende maatregel vormt de vreemdelingenbewaring met het oog op uitzetting. Deze maatregel wordt doorgaans gekarakteriseerd als een herstelmaatregel, terwijl buiten kijf staat dat het gaat om een zeer ingrijpende maatregel en om een vrijheidsberoving die moet voldoen aan de garanties van artikel 5 EVRM.

In de in Nederland geldende bijzondere wetten treffen we naast de hiervoor genoemde handavingsinstrumenten ook nog diverse andere sancties en maatregelen aan. Denk daarbij aan het geven van aanwijzingen, schorsing en berisping in het ambtenarenrecht, het stilleggen van een werk of het bevel tot staking van werkzaamheden, zoals voorzien in de Arbeidsomstandighedenwet. Ook kan een woning worden gesloten (Gemeentewet en Opiumwet). Verder kan worden gedacht aan de opschorting van uitbetaling of de terugvordering van uitgekeerde gelden waarin diverse wetten voorzien, waaronder de toeslagenwetgeving of de terugvordering van broeikasgasemissierechten (Wet milieubeheer). Ook komt voor het verbieden van de verdere exploitatie (Wet kinderopvang) of een aanwijzing of tijdelijk verbod (Wet financieel toezicht). Daarnaast is er de mogelijkheid van een verbod op het verlaten van het Schengengebied (Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding) of de intrekking van de Nederlandse nationaliteit (Rijkswet op het Nederlanderschap). Verder kan nog worden gedacht aan de oplegging van een educatieve maatregel ter bevordering van de rijvaardigheid of geschiktheid, of ongeldigverklaring van een rijbewijs (Wegenverkeerswet 1994, in het verleden ook de oplegging van een alcoholslotprogramma). Ten slotte kan onder de Postwet een registratie worden beëindigd.

Ten behoeve van de voorbereiding van dit preadvies zijn alle bestuursrechtelijke toezicht- en handavingsinstrumenten in kaart gebracht met de bedoeling deze als bijlage aan de lezers voor te houden. Vanwege de omvang van deze lijst is daarvan uiteindelijk afgezien. Maar dit feit alleen al illustreert de grote vlucht die bestuursrechtelijk toezicht en handhaving heeft genomen.

2.3.3 *Wet op de economische delicten*

Vaak voorzien bestuursrechtelijke wetten naast de mogelijkheid van bestuursrechtelijke sancties ook in de mogelijkheid te handhaven via het strafrecht. Daarbij wordt veelal verwezen naar de WED waarin dan de strafmaat geregeld is. Dit betekent dat er samenloopproblemen kunnen ontstaan.⁴⁴ Belangrijk is hier nog om te vermelden dat met de introductie van de OM-afdoening (OM-boete) in artikel 257a e.v. Sv inzet van het strafrecht ook mogelijk is zonder de tussenkomst van de strafrechter. Dat maakt de keuze voor een strafrechtelijke aanpak onder omstandigheden makkelijker.⁴⁵

2.3.4 *Privaatrechtelijke handhaving*

Behalve dat burgers elkaar onderling uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter kunnen aanspreken vanwege niet-naleving van bestuursrechtelijke normen,⁴⁶ kan de overheid onder omstandigheden ter handhaving van dergelijke normen ook gebruikmaken van het privaatrecht.⁴⁷ Voorwaarde voor dat laatste is wel dat de overheid daarmee de publiekrechtelijke regeling niet doorkruist. Kort en goed betekent dit dat het gebruik van het privaatrecht door de overheid niet is toegestaan wanneer de publiekrechtelijke regeling dat expliciet niet toestaat of omdat deze meer waarborgen biedt aan de burger.⁴⁸ Hier doen zich in de praktijk bijvoorbeeld ook vragen voor als het gaat om de geoorloofdheid van de inzet van private toezichthouders zoals dat gebeurt in het kader van het toezicht onder de Participatiewet en de Wet studiefinanciering 2000. Afhankelijk van de ruimte die de desbetreffende wet(gever) laat in combinatie met de waarborgen die worden geboden ter voorkoming van perverse prikkels bij het bedrijf dat voor toezicht wordt ingehuurd, is dit soms wel en soms niet toegestaan door de rechter.⁴⁹

44 Zie bijv. J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht', *NJB* 2018/749; R. Salet & H. Sackers, 'Spanningen tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit', *NJB* 2019/766.

45 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 844-848.

46 Vgl. S.C.P. Giesen & F.J.H. Hovens, 'De civielrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen', *NTB* 2009, p. 344-348.

47 Zie het preadvies van onze privaatrechtelijke mede-preadviseurs: zie eerder onder meer C.H. Sieburgh & J. Kortmann, *Handhaving door Nederlands privaatrecht* (Preadvies voor de Vereniging tot de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridisch 2009.

48 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 849-854.

49 Vgl. T. Barkhuysen, 'Grenzen aan de privatisering van (uitkerings)fraudeonderzoek', *NJB* 2016/136.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is een overzicht gegeven van de toezichts- en handhavingsinstrumenten waarover de overheid beschikt. Daarbij valt zowel het aantal als het spectrum aan soorten instrumenten op. Zo wordt structureel cameratoezicht gebruikt en worden ook algoritmen ingezet bij het toezicht. Ook valt op dat het bij handhaving kan gaan om voor betrokkenen ingrijpende maatregelen, zoals hoge terugvorderingen of boetes dan wel huisverboden of gebiedsontzeggings. Daarnaast is gebleken dat de overheid behalve van het bestuursrecht in veel gevallen ook gebruik kan maken van het strafrecht en/of het privaatrecht om bestuursrechtelijke normen te handhaven. Daarbij kunnen samenloopproblemen aan de orde zijn.

Daarnaast is gebleken dat, met name in reactie op het handhavingstekort, er in het bijzonder ten aanzien van wetgeving waarbij de Afdeling of het CBb de betrokken hoogste rechter is, een beginselverplichting voor bestuursorganen is aangenomen om van deze instrumenten gebruik te maken zodra er niet-normconform gedrag is vastgesteld. Daarmee kan een meer of minder impliciete verplichting samenhangen om ook effectief toezicht te houden. De uitzonderingen op de beginselplicht tot handhaving zijn beperkt. De Centrale Raad en de Hoge Raad (Belastingkamer) lijken meer ruimte te laten voor een belangenafweging ter zake van de inzet van deze instrumenten. Tegelijk moet worden vastgesteld dat daar waar niet-naleving van EU-recht of nationaal recht met een EU-rechtelijke achtergrond aan de orde is, er op basis daarvan ook een soort beginselplicht tot handhaving en vaak ook tot het houden van effectief toezicht bestaat. Zijn er grondrechten in het geding, dan heeft de positieve verplichtingenjurisprudentie van het EHRM een vergelijkbaar effect. Los daarvan dwingen in de nodige gevallen de betrokken formele wetten zelf tot inzet van handhavingsinstrumenten of maakt het bestuursorgaan beleidsregels die daartoe in beginsel dwingen.

3

Rechtsstatelijke analyse van een aantal representatieve instrumenten: voldoende tegenwicht via wettelijke waarborgen en rechtsbescherming?

3.1 **Introductie**

In de hiernavolgende casestudies worden verschillende categorieën van toezicht, herstel, bestraffende en andere maatregelen (openbare orde en vreemdelingenbewaring) in het bestuursrecht relatief kort in kaart gebracht. Binnen elke categorie komt steeds een aantal voorbeelden (casestudies) aan de orde met als doel om daarmee te illustreren wat er tegenwoordig allemaal te koop is, zonder daarmee de pretentie te hebben dat een compleet beeld wordt geschetst.¹ Bezien wordt steeds welke rechtswaarborgen al dan niet gelden en in het bijzonder – indien van toepassing – een vergelijking gemaakt met de rechtsbescherming in het strafrecht ten aanzien van vergelijkbare maatregelen.² Ook wordt anderszins bezien of de rechtswaarborgen toereikend zijn. Het gaat om een zo summier mogelijke behandeling volgens het (soms gecombineerde) stramien: inleiding, wetgeving, rechtspraak, literatuur en algemene lessen. Vanzelfsprekend kan er over elke casestudy veel meer worden gezegd. Daartoe ontbreekt hier echter de ruimte.

3.2 **Categorie toezicht: structurele observatie**

3.2.1 *Inleiding*

In hoofdstuk 2 (par. 2.3.1) zijn de algemene toezichtsbevoegdheden uit titel 5.2 Awb aan de orde geweest. Deze bevoegdheden komen aan iedere toezicht-

1 Zo had ook de samenloop van verschillende sancties als aparte casestudy kunnen worden behandeld. Daarbij spelen namelijk belangrijke vragen, zoals hoe te voorkomen dat deze samenloop onevenredig uitpakt voor betrokkenen. Voor een behandeling daarvan ontbrak echter de ruimte, hetgeen ons niet verhindert wel op deze problematiek in te gaan in hoofdstuk 4. Ook komt er geen casestudy aan de orde op het terrein van ondermijningswetgeving, terwijl ook daar het bestuursrecht een belangrijke rol speelt. Zie A.J. Wildschut, J.V. de Kort & L.M. Bruijn, *Ondermijning* (Preadviezen Jonge VAR 2017), Den Haag: Boom Juridisch 2020.

2 Vgl. T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014.

houder toe, tenzij bij wettelijk voorschrift of bij besluit anders is bepaald. Deze bevoegdheden bestaan onder andere uit het betreden van plaatsen (artikel 5:15 Awb), het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 Awb) en het onderzoeken van vervoersmiddelen (artikel 5:19 Awb). Andere bevoegdheden kunnen worden toegekend via bijzondere wetgeving.

De laatste jaren worden toezichtsmethoden gebruikt met een ander karakter. Toezichtsmethoden als camera's, warmtezoekers, peilbakens en drones kunnen worden gebruikt om subjecten van toezicht te observeren. Deze technische hulpmiddelen maken het mogelijk om gedurende een lange periode een grote hoeveelheid informatie te verzamelen. Door deze elementen krijgen de observaties een structureel karakter.

3.2.2 *Wetgeving*

Is er een voldoende wettelijke basis voor het gebruiken van dergelijke ingrijpende toezichtsmethoden? Een expliciete bevoegdheid om deze toezichtsmethoden te gebruiken kan niet worden gevonden in titel 5.2 Awb of in bijzondere bestuursrechtelijke regelgeving. Deze toezichtsmethoden kunnen echter een zware inbreuk maken op het recht op eerbiediging van het privéleven als neergelegd in artikel 8 EVRM. Om gerechtvaardigd inbreuk te maken op dit recht is er krachtens artikel 8 lid 2 EVRM onder meer een afdoende wettelijke grondslag vereist. Kunnen *algemene toezichtsbevoegdheden* in bijzondere wetgeving, zoals artikel 53a Wet werk en bijstand (hierna: WWB), thans artikel 53a Participatiewet (Pw), of titel 5.2 Awb een afdoende grondslag bieden?

3.2.3 *Rechtspraak*

In twee uitspraken uit 2016 was de Centrale Raad van oordeel dat er voor (structurele) cameraobservaties een specifieke wettelijke grondslag moet zijn. Anders dan in eerdere uitspraken,³ bood artikel 53a lid 9 WWB in de betrokken zaken geen afdoende wettelijke grondslag voor het structurele gebruik van cameraobservaties⁴ en het gebruik van peilbakens.⁵

In de laatstbedoelde peilbakenuitspraak werden waarnemingen verricht voor een periode van zes maanden om de rechtmatigheid van een verleende bijstand te onderzoeken. Deze waarnemingen werden gedurende twee maanden verricht met behulp van een peilbaken. Enkel de waarnemingen die waren verricht met inzet van een peilbaken waren problematisch. De Centrale Raad oordeelde dat door 'toenemende technische verfijning en intensivering van

3 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1258; CRvB 22 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4881 (*camera-observaties bij alleenstaande uitkeringsgerechtigde die ervan verdacht werd samen te wonen*).

4 CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479.

5 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947.

opsporingsmethoden en -technieken' een specifiekere wettelijke grondslag is vereist voor inbreuken door technische hulpmiddelen op het recht op respect voor het privéleven. Vervolgens gaat de Raad in op de redenen waarom artikel 53a lid 9 WWB niet een dergelijke grondslag kan bieden. Nu artikel 53a lid 9 WWB niet aangeeft wanneer het technisch hulpmiddel mag worden gebruikt en welke voorwaarden daarbij gelden, is het voor een belanghebbende niet *voorzienbaar* wanneer het hulpmiddel zal worden toegepast. Voorts kan artikel 53a lid 9 WWB niet worden gezien als een met *waarborgen omklede wettelijke grondslag*. Er is immers niet bepaald wie toestemming kan verlenen voor het inzetten van dit middel en ook niet op welke manier deze toestemming verleend dient te worden. Het gebrek aan waarborgen is volgens de Centrale Raad des te problematischer door het ingrijpende karakter van het hulpmiddel. Het hulpmiddel maakt het immers mogelijk een 'min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de betrokkenen' te verkrijgen.⁶ Ook wordt een vergelijking gemaakt met het strafrecht: in het strafrecht is de wettelijke grondslag wel met voldoende waarborgen omkleed. Krachtens artikel 126g en 126o Wetboek van Strafvordering kan stelselmatige observatie alleen plaatsvinden met voorafgaande toestemming van de officier van justitie. Gezien het ontbreken van een degelijke afdoende wettelijke grondslag in het bestuursrecht kunnen de verkregen waarnemingen naar het oordeel van de Centrale Raad niet voor het bewijs worden gebruikt.⁷

De Belastingkamer van de Hoge Raad hanteert een soortgelijke redenering als de Centrale Raad, hetgeen blijkt uit de uitspraak over het gebruik van *Automatic Number Plate Recognition* (hierna: ANPR) in het kader van een fiscale controle.⁸ In deze uitspraak formuleert de Hoge Raad criteria aan de hand waarvan beoordeeld dient te worden of sprake is van een inbreuk op het recht op privéleven.⁹ De Hoge Raad lijkt hiermee, net zoals de Centrale Raad, het stelselmatige karakter van deze hulpmiddelen centraal te stellen. De Hoge Raad oordeelt, eveneens in lijn met de Centrale Raad, dat er een 'voldoende precieze wettelijke grondslag' moet zijn voor dergelijke inbreuken en dat bewijsuitsluiting bij het ontbreken daarvan een gepaste sanctie is.¹⁰ In een meer

6 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947 AB 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; *Gst.* 2016/86, m.nt. R. Stijnen.

7 Vgl. ook CRvB 21 september 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2344, AB 2022/33, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik: structurele observatie van uitkeringsgerechtigde die illegaal als taxichauffeur zou bijverdienen. De zo via het bestuursrecht verkregen gegevens mochten niet worden gebruikt voor het bewijs, terwijl de gegevens die via het strafrecht (na toestemming van de officier van justitie) waren verkregen wel mochten worden gebruikt.

8 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, AB 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

9 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286; EHRM 2 september 2010, ECLI:NL:XX:2010:BQ2953 (*Uzun/Duitsland*), paragraaf 44 e.v.

10 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286; CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947; CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

recente uitspraak heeft de Hoge Raad het in Amsterdam gehanteerde kentenparkeersysteem wel in stand gelaten: de regeling hierover in de Parkeer-verordening biedt volgens hem een voldoende wettelijke grondslag voor de hiermee gemaakte inbreuk op het privéleven.¹¹

Uit de jurisprudentie blijkt dat voor het gebruik van technische hulpmiddelen als peilbakens en structurele cameraobservaties een met waarborgen omklede, voldoende specifieke wettelijke grondslag aanwezig moet zijn. Het is problematisch om het gebruik van allerlei technische hulpmiddelen te baseren op algemene bevoegdheden als artikel 53a WWB.¹² Nu een toereikende grondslag op dit moment in algemene zin ontbreekt, is het aan de wetgever om deze grondslag te creëren wanneer daaraan behoefte bestaat.¹³

3.2.4 Literatuur

In de literatuur wordt wel benadrukt dat het inzetten van technische hulpmiddelen binnen het bestuursrechtelijk onderzoek door de hiervoor behandelde uitspraken niet onmogelijk is geworden. Er zijn immers verschillende factoren die een rol spelen bij het al dan niet rechtmatig inzetten van technische hulpmiddelen. Hierbij kan worden gedacht aan ‘de intensiteit, frequentie van het gebruik van het middel, het subject of het object van onderzoek en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit’.¹⁴ Wel wordt onderstreept dat voor het inzetten van *ingrijpende* technische hulpmiddelen als peilbakens hoe dan ook een specifiekere wettelijke grondslag moet bestaan.¹⁵

Net als in de jurisprudentie, wordt hier ook een vergelijking getrokken tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Artikel 126g en 126o Sv zouden als inspiratie kunnen worden gebruikt voor een specifieke algemene wettelijke grondslag. Het zou met name wenselijk zijn als het gebruik van technische hulpmiddelen binnen het bestuursrecht ook wordt verbonden aan bepaalde voorwaarden. Zo valt te overwegen deze hulpmiddelen alleen in te mogen zetten met voorafgaande (rechterlijke) toestemming.¹⁶

Er wordt ook benadrukt dat het creëren van een dergelijke grondslag niet een gemakkelijke opgave is. Het gaat immers om technologische ontwikkelingen die zeer snel gaan. Het zal voor de wetgever daarom niet makkelijk te voorzien zijn welke technische hulpmiddelen over enkele jaren zullen zijn

11 HR 10 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:639, AB 2020/298, m.nt. I.W. Vermeiden.

12 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016.

13 J.H.A. van der Grinten & J. Wijmans, ‘Toezicht onder de Awb’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 653-663.

14 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.

15 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.

16 Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik in hun noot bij CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329J; Van der Grinten & Wijmans 2019.

ontwikkeld en daarom niet eenvoudig zijn om een voor een langere periode bruikbare algemene wettelijke regeling op te stellen.¹⁷

3.2.5 *Algemene les*

Voor het in brede zin gebruiken van ingrijpende technische hulpmiddelen binnen het bestuursrechtelijk toezicht is een specifieke wettelijke grondslag nodig die niet kan worden gevonden in de huidige regelgeving. De wetgever zal deze grondslag moeten creëren. Hierbij zal de wetgever een balans moeten vinden tussen enerzijds het bieden van een specifieke wettelijke grondslag en anderzijds het rekening houden met razendsnelle technologische ontwikkelingen. Bovendien valt op dat het vergelijkbare strafrechtelijke opsporingsmiddel meer rechtsbescherming geniet, nu de officier van justitie voorafgaande toestemming moet verlenen voor structurele observatie. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou ten minste gelijk moeten worden getrokken met het niveau van de strafrechtelijke waarborgen in deze, waarbij inzet van rechterlijke controle vooraf bij inzet van ingrijpende middelen de voorkeur verdient. Wat in algemene zin opvalt is dat bestuursorganen in de nodige gevallen kiezen voor de inzet van dergelijke ingrijpende middelen, terwijl er geen zekerheid is over de wettelijke grondslag daarvoor. Daarbij nemen zij het risico op de koop toe van een rechterlijke correctie.

3.3 **Categorie toezicht: toezichtsalgoritmen**

3.3.1 *Inleiding*

Artikel 64 en 65 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (hierna: ‘Wet SUWI’), in combinatie met hoofdstuk 5a Besluit SUWI vorm(d)en de wettelijke basis voor het Systeem Risico Indicatie (hierna: ‘SyRI’). SyRI is een systeem dat door de overheid wordt gebruikt ter bestrijding van fraude op het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen. Het systeem maakt hiervoor gebruik van persoonlijke gegevens van burgers. Hierbij worden veel verschillende gegevens gebruikt. Zo kan worden gedacht aan fiscale, onderwijs-, arbeids- of pensioengegevens. Deze gegevens worden gekoppeld en getoetst aan een risicomodel. Aan de hand van dit risicomodel kan worden bepaald wat het risico op fraude is bij specifieke burgers, waarna specifieke actie kan worden ondernomen.

17 CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, USZ 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker. Vgl. ook de aanbevelingen in het ongevraagde advies van de Raad van State, over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, Den Haag 2018.

3.3.2 *Wetgeving*

Artikel 64 Wet SUWI geeft de basis voor een aantal bestuursorganen om in samenwerking gegevens te verwerken ten behoeve van het doel van hun samenwerkingsverband (te weten fraudebestrijding). De wettelijke grondslag voor deze gegevensverwerking wordt geboden in artikel 65 Wet SUWI. Dit proces van gegevensverwerking vormt de basis voor de uitvoering van de risicoanalyses in SyRI. Daarnaast zijn in dit artikel ook bepalingen opgenomen over risicomeldingen en geheimhouding. Tot slot biedt artikel 65 Wet SUWI de grondslag voor hoofdstuk 5a Besluit SUWI.

Nu het hier gaat om persoonsgegevens van burgers zijn er verschillende mensenrechten in het geding. Hierbij kan gedacht worden aan artikel 8 EVRM, artikel 7 en 8 EU-Grondrechtenhandvest en aan verschillende bepalingen van de Algemene verordening gegevensbescherming. In de rechtspraak is beoordeeld of SyRI in overeenstemming is met de hiervoor genoemde bepalingen. Voor het gebruik van risicoprofileringsystemen is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.3.3 *Rechtspraak*

Voor de analyse van de rechtspraak over de gegevensverwerking van SyRI is de uitspraak van 5 februari 2020 van de Rechtbank Den Haag van groot belang.¹⁸ De rechtbank komt tot de conclusie dat de SyRI-wetgeving een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het recht op het respect voor het privéleven en de toets van artikel 8 lid 2 EVRM niet kan doorstaan. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat er een disbalans bestaat tussen de doelen van de SyRI-wetgeving enerzijds en de inbreuk op het privéleven die door de wetgeving wordt gemaakt anderzijds. Belangrijk daarbij is dat de SyRI-wetgeving onvoldoende inzicht en controle biedt bij de inzet van SyRI. Aldus komt de rechtbank tot het oordeel dat de SyRI-wetgeving onrechtmatig is. De SyRI-wetgeving is om die reden onverbindend verklaard. Tegen de uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

3.3.4 *Literatuur*

De literatuur vestigt de aandacht op het feit dat de rechtbank heeft gekozen om de algemene beginselen van gegevensbescherming uit het EU-Grondrechtenhandvest en de AVG in te lezen in artikel 8 EVRM. In het bijzonder heeft de rechtbank dat gedaan voor het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel

18 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

en het beginsel van dataminimalisatie.¹⁹ Ook werd de vraag gesteld of de rechtbank een minder vergaand middel had kunnen kiezen dan het onverbindend verklaren van de wetgeving. Had de rechtbank niet kunnen kiezen voor het buiten toepassing laten van de wetgeving in dit specifieke geval? Nu het hier gaat om een beoordeling van de SyRI-wetgeving in algemene zin en niet om een concreet individueel geval was dat geen passende oplossing.²⁰

Verder wordt in de literatuur de vraag besproken hoe SyRI ingericht zou kunnen worden om wel aan de wettelijke bepalingen te voldoen.²¹ Deze vraag is relevant nu systemen zoals SyRI wel een belangrijk doel kunnen dienen, namelijk fraudebestrijding. Het vinden van een nieuwe wettelijke regeling alleen, zal niet voldoende zijn om de gebreken van SyRI op te vangen. Het systeem is immers op zichzelf gezien problematisch. Om tot een aanvaardbaar risicoprofileringsysteem te komen, zal het systeem in ieder geval moeten voldoen aan de hiervoor genoemde algemene beginselen.²²

In de literatuur wordt ook nog opgemerkt dat SyRI niet het enige profileringsysteem is dat de overheid toepast. De kinderopvangtoeslagaffaire heeft immers laten zien dat de overheid ook de Fraude Signalering Voorziening (FSV) van de Belastingdienst heeft toegepast. In de literatuur wordt het profileringsysteem van de Belastingdienst zelfs als kwalijker gezien dan het SyRI systeem.²³

3.3.5 *Algemene les*

De rechtbank heeft met de SyRI-uitspraak de overheid op de vingers getikt. Risicoprofileringsystemen moeten voldoen aan het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisatie. In het licht van verdere technologische ontwikkelingen zullen meer uitspraken te verwachten zijn over risicoprofileringsystemen. Hierbij kan worden gedacht aan nog verdergaande systemen, zoals de FSV van de Belastingdienst. Voor het gebruik van dergelijke risicoprofileringsystemen is (tot op heden) geen voorafgaande rechterlijke goedkeuring vereist. Lastig punt hierbij is dat het gaat om instrumenten die vaak ook in preventieve zin worden ingezet. Dat maakt het – zolang er geen eis van voorafgaande rechterlijke toestemming geldt – lastig

19 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, O&A 2020/28, m.nt. S.R.P. Bastiaans, T. Barkhuysen & N. Jak; F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Komt een fraude-opsporingssysteem bij de rechter, in: L.W. Verboeket e.a. (red.) *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 593-609.

20 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, O&A 2020/28, m.nt. S.R.P. Bastiaans, T. Barkhuysen & N. Jak.

21 S. van Schendel, 'Inzet SyRI onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar en strijdig met fundamentele rechten', *Privacy & Informatie* 2020 (2), p. 69-71.

22 Van Schendel 2020, p. 69-71.

23 Çapkurt & Schuurmans 2021; Zie ook het onderzoeksrapport van de Autoriteit Persoonsgegevens naar deze fsv-lijst uit oktober 2021, nr. z2020-04615.

om in alle gevallen daartegen effectieve rechtsbescherming te bieden. Immers, als er geen sanctiebesluit wordt gebaseerd op de inzet van dergelijke middelen, is er geen aanknopingspunt om het aan de bestuursrechter voor te leggen. Een zaak bij de civiele rechter is eveneens lastig wegens vaak ontbrekende feitelijke informatie over de inzet.

3.4 Categorie herstel: intrekking begunstigende beschikking

3.4.1 *Inleiding*

Een begunstigende beschikking is bijvoorbeeld een subsidie, een ontheffing, een vergunning, een uitkering of een concessie. Deze beschikking verleent de burger dus rechten of aanspraken die er anders niet zouden zijn. Zulke rechten of aanspraken kunnen de burger weer worden ontnomen bij wijze van intrekking van de eerdere beschikking. Een algemene en alomvattende regeling is in de Algemene wet bestuursrecht niet voorhanden. Toch heeft de wetgever de intrekking van een begunstigende beschikking in bepaalde gevallen expliciet geregeld. Ten eerste bevat de Awb bepalingen die over de intrekking van een subsidie gaan (zie bijv. artikel 4:48 Awb). Ten tweede kan bijzondere bestuurswetgeving vergelijkbare bepalingen bevatten (zie bijv. de Wet terugvordering staatssteun en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht voor omgevingsvergunningen).²⁴

3.4.2 *Wetgeving en rechtspraak: algemeen*

Alhoewel geen algemene intrekkingsregeling voor een begunstigende beschikking voorhanden is, kan worden aangesloten bij de rechtspraak over impliciete intrekkingsregelingen en waarborgen afhankelijk van het herstel- of bestraffende karakter van de sanctie. Voor de volheid van de evenredigheids-toetsing wordt inmiddels terecht aangesloten bij de ingrijpendheid van de sanctie, los van de kwalificatie of sprake is van een criminal charge.²⁵ De jurisprudentie gaat uit van de ‘geïmpliceerde’ of ‘impliciete’ bevoegdheid tot intrekking: de bevoegdheid tot intrekking volgt uit de bevoegdheid tot verlening van een beschikking.²⁶ Die bevoegdheid stoelt op het ‘actus contrarius’-

24 Vgl. B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

25 Zie de eerdergenoemde conclusie van Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht (7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468), overgenomen – in ieder geval op dit punt – door de Afdeling in de uitspraken ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, 334 en 336.

26 Zie reeds KB 30 oktober 1954, *AB* 1954, p. 724; ARRvS 20 april 1982, *AB* 1982, 416, m.nt. Stellinga, zoals meer uitvoerig behandeld in: R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 4.2.3.

beginsel, hetgeen inhoudt dat het besluit tot intrekking van een besluit zo veel mogelijk overeenkomstig de procedure moet plaatsvinden als bij het verlenen van de beschikking.²⁷ Ondanks de inwerkingtreding van de Awb, en in het bijzonder de subsidietitel in 1998, voorziet de algemene bestuurswetgeving nog steeds niet in een algemene intrekkingsregeling.²⁸ De Afdeling bestuurs-rechtspraak van de Raad van State heeft sindsdien dan ook niet afgeweken van de leer van impliciete intrekkingsbevoegdheden.

In 2001 boog de Afdeling zich over de vraag of de intrekking van een standplaatsvergunning kon plaatsvinden bij gebrek aan expliciete bevoegdheid.²⁹ Een vergunning was verleend voor de zaterdagmarkt, terwijl enkel een verlenging voor de vrijdagmarkt aan de orde kon zijn. Ondanks het feit dat in de Marktverordening geen expliciete intrekkingsmogelijkheid voorhanden was, kon de intrekking toch toelaatbaar worden geacht mits deze niet in strijd was met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De vergunning werd ingetrokken om een administratieve fout in het algemeen belang te herstellen.

3.4.3 *Rechtspraak: waarborgen*

Artikel 6 EVRM en evenredigheid ex artikel 3:4 lid 2 Awb

De vraag naar de geldende rechtswaarborgen bij de intrekking van begunstige beschikkingen heeft lange tijd vooral in het teken gestaan van de kwalificatie van een herstel, of bestraffende sanctie, ook wel criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Aan de hand van de bekende *Engel-* (of *Öztürk*) criteria, namelijk de classificatie naar nationaal recht, de aard van de overtreding en de aard en ernst van de sanctie, werd dan uitgemaakt of de intrekking een bestraffende sanctie was. Daarmee waren dan de strafrechtelijke waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing (zoals de onschuldpresumptie, verdedigingsrechten, het zwijgrecht, *lex mitior*). Hieronder werd doorgaans ook het evenredigheidsvereiste geschaard, dat wil zeggen de eis dat de rechter de evenredigheid van de sanctie vol toetst.

In de loop der jaren zijn Nederlandse bestuursrechters – achteraf gezien – misschien wel wat al te gekunsteld bezig geweest om intrekkingen van begunstigende beschikkingen als criminal charge te beschouwen teneinde deze sanctie vol op evenredigheid te kunnen toetsen. Zo volgde de Afdeling de lijn dat een tijdelijke intrekking van de apk-keuringsbevoegdheid een bestraffende

27 Ortlep 2011, paragraaf 4.2.3.

28 Rapport van de Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht VAR, *Europa en het algemeen bestuursrecht: Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 179-206.

29 ABRvS 12 december 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD7859, *Gst.* 2002-7173, 6, m.nt. R.J.N. Schlössels, r.o. 2.3.

sanctie was.³⁰ Een dergelijke sanctie werd gekenmerkt door de (niet-noodzakelijke) extra leedtoevoeging en afschrikwekkende werking,³¹ althans tot 2005. In *APK keurmeester II* meende de Afdeling dat zowel een blijvende als een tijdelijke intrekking van de apk-keuringsbevoegdheid toch een herstelsanctie is.³²

Bij de intrekking van de exploitatievergunning voor horeca en coffeeshops veranderde de Afdeling ook van gedachten. Aanvankelijk beschouwde zij een dergelijke intrekking als toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel.³³ De intrekking zou een strafsanctie zijn, omdat dit nadeel tot doel had norm-conform gedrag te bereiken.³⁴ Vanaf 2009 gooit de Afdeling het roer om, beginnend met een Venlose coffeeshop.³⁵ De Afdeling stelde dat een dergelijke intrekking niet gericht is op het toebrengen van concreet nadeel dat verder gaat dan herstel van de rechtstoestand voor de vergunningsverlening.³⁶ Eind 2020 bevestigde de Afdeling de tot dusver gevolgde (nieuwe) koers.³⁷ In deze laatste coffeeshopzaak was sprake van een herstelsanctie vanwege de volgende redenen. Ten eerste oordeelde de Afdeling dat een dergelijke tijdelijke intrekking naar nationaal recht in het algemeen een herstelsanctie was.³⁸ Ten tweede werd niet voldaan aan de Engelse criteria. Het doel van het intrekkingbesluit was niet geïndividualiseerd concreet nadeel, maar bescherming van de openbare orde door herstel van de rechtstoestand. Aard van de overtreding en aard en zwaarte van de tijdelijke intrekking wezen niet in de richting van een strafsanctie.³⁹

De laatste jaren lijkt ondanks het herstelkarakter wel steeds vaker vanwege de ingrijpendheid vol op evenredigheid te worden getoetst (al dan niet met toepassing van artikel 3:4 lid 2 Awb). Een ontwikkeling die haar weerslag heeft gekregen in de zojuist genoemde conclusie van staatsraden/advocaten-generaal Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel bij be-

30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 1999, *AB* 1999, 282; ABRvS 10 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6282, *AB* 2000, 145, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 188, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; ABRvS 1 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL3392, *AB* 2004, 322, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

31 ABRvS 10 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6282, *AB* 2000, 145, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom.

32 ABRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402 (*apk keurmeester II*), *AB* 2006/20, m.nt. F.C.M.A. Michiels; *JB* 2006/11, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

33 ABRvS 12 oktober 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9034, *JB* 2000/328.

34 ABRvS 12 oktober 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9034, *JB* 2000/328.

35 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1351, *JB* 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*).

36 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1351, *JB* 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*).

37 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2771, *AB* 2021/31, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952 (*weigering en intrekking exploitatievergunningen coffeeshops Amsterdam*).

38 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2771, *AB* 2021/31, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, r.o. 7.2; onder verwijzing naar o.m. ABRvS 7 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3265.

39 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2771, *AB* 2021/31, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, r.o. 7.2.

stuurlijke maatregelen.⁴⁰ Een kernpunt van hun advies vormt de aanbeveling om voor de rechtsbescherming tegen bestuurlijke sancties niet langer aan te knopen bij het criminal chargebegrip, nu dat kan leiden tot nogal digitale resultaten. Waarom zouden alle strafrechtelijke toeters en bellen van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM moeten gelden bij een bestuurlijke boete van € 50, terwijl dit niet het geval is bij de intrekking van een exploitatievergunning van een goed lopend café? Voor de mate van rechtsbescherming, in het bijzonder de volheid van de evenredigheidstoetsing, zou beter kunnen worden aangesloten bij de ingrijpendheid van de (sanctie)maatregelen, in het bijzonder de belangen die voor betrokkene op het spel staan. Een dergelijke differentiatie past ook zeker in de jurisprudentie onder artikel 6 EVRM.⁴¹ De aanbeveling lijkt in een baanbrekende uitspraak inmiddels overgenomen door de hoogste bestuursrechtters, die ook overnamen het advies van deze A-G's om de evenredigheidstoetsing meer handen en voeten te geven door deze naar Europees voorbeeld uit te splitsen in een toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.⁴²

Een eerder voorbeeld van hetgeen de A-G's aanbevelen, vormt ook de intrekking van een standplaatsvergunning op de markt.⁴³ De intrekking beoogde het herstel van eerlijke concurrentie op de markt. Voorts kon volgens de Afdeling verdere toetsing aan de Engelcriteria niet wijzen op een criminal charge, zeker niet alleen gebaseerd op de zwaarte van de intrekking. Tegelijk werd er wel voor gekozen de intrekking intensiever op evenredigheid te toetsen gelet op de gevolgen daarvan voor betrokkene die ook al een boete opgelegd had gekregen in verband met dezelfde feiten.⁴⁴

Artikel 1 EP EVRM

Mede gelet op bescherming van het eigendomsrecht heeft het EHRM zich verder uitgelaten over de procedurele eisen aan de voorbereiding en rechterlijke toetsing van een intrekkingbesluit. Een beschikkingensysteem kan immers dienen tot ingrijpende regulering en daarmee de aantasting van eigendom. Hierdoor kan de intrekking van een begunstigende beschikking vallen onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM.⁴⁵ In dat geval moet er een eerlijke ba-

40 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel); zie hierover o.m. Schlössels, *JBplus* 2021/3, p. 1-14.

41 Zie reeds EHRM 23 november 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ9064, *AB* 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, waarin de annotatoren dit punt ook naar voren brengen.

42 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*uitspraak grote kamer*); zie nader over deze uitspraak hoofdstuk 4. Zie voor een voorloper ABRvS 6 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021.

43 ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863, *AB* 2017/189, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

44 Vgl. bijv. ook ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (*intrekking natuurvergunning varkenshouderij*).

45 EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1985:1010DEC001087384 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*), r.o. 55. Zie ook EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), r.o. 131.

lans zijn tussen het individueel en het algemeen belang. In *Megadat.com SRL t. Moldavië* werd de vergunning van de grootste Moldavische internetprovider ingetrokken. De intrekking vond plaats wegens verzuim in het doorgeven van een adreswijziging. Daarnaast slaagde de internetprovider niet in het verkrijgen van een nieuwe vergunning.⁴⁶ Na een reeks van handelingen van de overheid te hebben besproken, was voor het EHRM duidelijk dat een ingrijpende inbreuk op het eigendomsrecht meer procedurele verplichtingen meebrengt gelet op het eigendomsbelang van de eigenaar. In *Vékony t. Hongarije* vult het EHRM de waarborgen uit artikel 1 EP EVRM verder aan.⁴⁷ In deze casus buigt het EHRM zich over de intrekking van alle bestaande vergunningen voor tabaksverkoop. Deze intrekking en het instellen van een vernieuwde aanvraagprocedure vonden plaats op basis van een nieuwe wet ter ontmoediging van tabaksgebruik. Aangezien het hier om een lichte kwalificatie gaat, te weten de regulering van eigendom door vergunningen, komt Hongarije een ruime *margin of appreciation* toe. Deze marge is echter niet onbegrensd en het EHRM stelt een schending van artikel 1 EP vast. Volgens het Hof had Hongarije moeten letten op de volgende waarborgen: het aanbieden van een redelijke termijn, het letten op de genoten duur van bestaande vergunningen, het verkenen van de mogelijkheid dat de vergunninghouder zich kan conformeren naar het doel van nieuw beleid, de gevolgen van bepaalde toebedelingen, de aanwezigheid van transparante regels en het al dan niet prefereren van bestaande eerdere vergunninghouders over aspirant-vergunninghouders.

3.4.4 Algemene les

De intrekking van een begunstigende beschikking wordt meestal aangemerkt als herstelsanctie, waardoor de strafrechtelijke eisen van artikel 6 EVRM niet gelden. Wel geldt mede op basis van artikel 3:4 lid 2 Awb de volle evenredigheidstoets als het gaat om een intrekking met ingrijpende gevolgen. Daarnaast kan het eigendomsrecht van artikel 1 EP een aanvullende rol vervullen als het gaat om waarborgen. We zien hier een trend naar meer intensieve toetsing als door de intrekking betrokkene zeer in zijn belangen wordt geraakt. Dat relativeert het feit dat een intrekking niet als een bestraffende sanctie wordt gezien. Voor de intrekking van een vergunning is overigens geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist. Vanuit waarborgenoogpunt is hier opvallend, de periode waarin enerzijds intrekkingen niet meer als bestraffend werden gezien, maar er anderzijds nog geen sprake was van en strenge toets op evenredigheid naarmate een intrekking ingrijpendere gevolgen had.

46 EHRM 8 april 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD4192, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.
 47 EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113, EHRC 2015/74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony t. Hongarije*).

Het is vanuit rechtsbeschermingsoogpunt goed dat de rechtspraak op dit laatste punt is bijgedraaid.

3.5 Categorie herstel: terugvordering (Toeslagen)

3.5.1 *Inleiding*

Terugvordering van toeslagen door de afdeling Toeslagen van de Belastingdienst ('Belastingdienst/Toeslagen') is zeer in het nieuws geweest en de door het kabinet toegezegde compensatie is bij de afronding van dit preadvies nog steeds niet geheel afgehandeld. Zeker in het licht van de kinderopvangtoeslagenaffaire wordt wetgever, bestuur en rechter in toenemende mate verweten dat de harde toepassing van de wet onbehoorlijk diep kan ingrijpen in het leven van de burger door de terugvordering van een toeslag.⁴⁸ Vanuit burgerperspectief zijn de waarborgen daartegen dan ook van groot belang. Nu de Toeslagenaffaire terecht breed is uitgemeten in politiek Den Haag, de media, de juridische literatuur en binnen de rechtspraak, zullen wij er in het kader van dit preadvies slechts kort aandacht aan besteden.

3.5.2 *Wetgeving*

Een toeslag is een middel om minderdraagkrachtigen in de samenleving tegemoet te komen, waarbij draagkracht wordt gemeten in inkomen. Inkomensafhankelijke elementen zijn te vinden in zowel fiscale als socialezekerheidswetten en regelgeving. Onder het laatste begrip valt ook het toeslagenstelsel, of meer precies de 'inkomensafhankelijke regelingen'. De verscheidenheid aan diverse toeslagen uit zich in diverse wetten, zoals op het terrein van de huurtoeslag, zorgtoeslag, de kinderopvangtoeslag en het kindgebonden budget. Daarnaast heeft de wetgever in 2005 gepoogd het toeslagenstelsel te stroomlijnen met de inwerkingtreding van de Algemene wet inzake Inkomensafhankelijke regelingen (Awir). De Awir definieert kernbegrippen voor de inkomensafhankelijke regelingen en stelt algemene regels voor het aanvragen, het wijzigen, het toekennen van voorschotten en het definitief toekennen van toeslagen. De bepalingen van de Awir zijn van toepassing op de eerdergenoemde inkomensafhankelijke regelingen.⁴⁹ Daarbij is de Belastingdienst/Toeslagen aangewezen als uitvoerder zoals bij de terugvorderingshandeling.

De Belastingdienst/Toeslagen kan voorschotten herzien en stelt uiteindelijk vast hoeveel toeslag wordt toegekend. Zeker in het licht van de kinderop-

48 Zie bijv. *NTB* 2021, afl. 3.

49 Artikel 1 Awir jo. artikel 1a WHT, artikel 5 Wzt, artikel 1.3 Wko resp. artikel 1 Wet KB.

vangtoeslagenaffaire springt in het oog een gebonden bevoegdheid tot gehele terugvordering bij herziening, zonder ruimte voor uitzonderingen op grond van onbillijkheden. Totdat de kinderopvangtoeslagenaffaire tot de nodige commotie leidde, was de 100%-terugvorderingsplicht ex artikel 26 Awir (oud) aan de orde. Deze bepaling luidt als volgt:

“Indien een herziening van een tegemoetkoming of een herziening van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dan wel een verrekening van een voorschot met een tegemoetkoming daartoe leidt, is de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd.”

De Afdeling legde deze bepaling lange tijd zo uit dat bij zelfs een kleine (administratieve) verantwoordingsfout van de ontvanger van de toeslag 100% van de totaal verstrekte toeslag zou moeten worden teruggevorderd.⁵⁰ Over de vraag of de wet deze lezing daadwerkelijk dwingend voorschreef en of er echt geen ruimte was rekening te houden met onevenredige effecten, verschillen de meningen.⁵¹ Inmiddels is de wet Awir herzien in die zin dat wordt verduidelijkt dat het evenredigheidsbeginsel met zich kan brengen dat niet het gehele terugvorderingsbedrag kan worden teruggevorderd.⁵²

3.5.3 *De waarborgen vanuit evenredigheid bezien*

Bij een gebonden bevoegdheid tot (gehele) terugvordering zijn de waarborgen die de burger worden geboden van groot belang. Een dergelijke terugvordering grijpt diep in in het leven van een belanghebbende, juist wanneer de ontvangen toeslag de draagkracht diende te vergroten. Indien er ruimte voor is, zou het evenredigheidsbeginsel kunnen waken tegen de onevenredig nadelige gevolgen van de toeslagterugvordering.⁵³ Toch kan lang debat worden gevoerd over het bereik van het evenredigheidsbeginsel en over hoe het waken tegen onevenredig nadelige gevolgen past in de terugvordering van een toeslag. Een wettelijke grondslag voor evenredigheid zou men kunnen vinden in artikel 3:4

⁵⁰ Zie hierna.

⁵¹ Hiervoor verwezen zij naar: A. al Khatib & T. Linders, ‘Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen’, *NJB* 2021/1321, p. 1479-1486; J. van den Brink & R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire’, *NJB* 2021/353, p. 363-370; L.J.A. Damen, ‘Ik was het niet, ik was het niet, het was de wetgever!’, *NJB* 2021/354, p. 371-374; L. Damen, ‘Mea culpa: ik was het wel!’, *NTB* 2021/63, p. 145-146; B. van Etekoven, ‘Tussen wet en recht’, *NJB* 2021/101, p. 98-107; M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24, p. 246-253; J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, ‘De mythe van de hardheidsclausule. De toeslagenaffaire en de interpretatie van artikel 26 Awir’, *NTB* 2021/136, p. 299-305.

⁵² Vgl. artikel 4:94a Awb, dat sinds 1 april 2021 bepaalt: “Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, kan een bestuursorgaan een geldschuld geheel of gedeeltelijk kwijtschelden indien de nadelige gevolgen van de invordering onevenredig zijn in verhouding tot de met de invordering te dienen doelen.”

⁵³ Andere waarborgen dan het evenredigheidsbeginsel kunnen ook van toepassing zijn, maar worden hier verder niet besproken omwille van de ruimte. Zie voor de EVRM-dimensie bijv. Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1485 e.v.

lid 2 Awb, artikel 13b Awir (nieuw) en artikel 1 EP EVRM. Ten eerste codificeert artikel 3:4 lid 2 Awb het evenredigheidsbeginsel:

“De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.”

Ten tweede kan ook worden gekeken naar artikel 13b Awir. Net als lid 2 en 3 van artikel 26 is artikel 13b toegevoegd aan een herziene Awir. Artikel 13b Awir behelst nagenoeg dezelfde bepalingen over de belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel als artikel 3:4 Awb. Artikel 13b lid 2 Awir leest als volgt:

“De voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een beschikking als bedoeld in het eerste lid mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met die beschikking te dienen doelen.”

Extra aandacht dient uit te gaan naar de volgende passage in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet hardheidsaanpassing Awir die artikel 13b Awir in het leven riep:

“Met het voorgestelde artikel 13b wordt buiten twijfel gesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen gehouden is om in individuele gevallen de beginselen van behoorlijk bestuur die voortvloeien uit de voorgestelde artikelen toe te passen. Dit is in lijn met de jurisprudentie van de ABRvS waarin artikel 3:4 Awb een centrale plaats inneemt.”⁵⁴

Uit de aangehaalde passage lijkt de wetgever het evenredigheidsbeginsel te hebben beschouwd als prevalerend boven de terugvordering ex artikel 26 Awir, waarbij kan worden opgemerkt dat het opmerkelijk is dat zoiets vanzelfsprekend op deze wijze moet worden vastgelegd. Ten derde kan worden gekeken naar artikel 1 EP EVRM, dat het recht op het ongestoord genot van eigendom (*possessions*) beschermt. Als voorschotten of toeslagen kunnen worden aangemerkt als een ‘*possession*’, dan is artikel 1 EP EVRM van toepassing.

3.5.4 *Rechtspraak*

Aanvankelijk heeft de Afdeling het strenge karakter van de Awir stelselmatig onderstreept, maar volgens haar voorzitter heeft zij het strenge karakter van de Awir trachten bij te stellen vanaf 2016.⁵⁵ In de context van de kinderopvang-toeslagenaffaire is belangrijk te onderstrepen dat de Afdeling in oktober 2019

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35468, nr. 3, p. 19.

⁵⁵ Van Ettekoven, *NJB* 2021/101.

is omgegaan wat betreft het besluit tot herziening en het besluit tot terugvordering in het kader van evenredigheid. Bij het herzieningsbesluit heeft de Afdeling toch wel meer betekenis doen toekomen aan het afwegen van belangen, evenredigheid en motivering.⁵⁶ Bij de bepaling van het recht op voorschotten kan worden beoordeeld welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld wanneer deze kosten ook gedeeltelijk zijn betaald. Bij een dergelijke beoordeling moet artikel 3:4 lid 2 Awb thans wel in acht worden genomen. Van het terugvorderingsbesluit vindt de Afdeling dat artikel 26 Awir niet langer een plicht tot gehele terugvordering gebiedt.⁵⁷ Kortom, artikel 26 Awir biedt toch wel discretionaire ruimte wat betreft de hoogte van de terugvordering. Ook bij het besluit tot terugvordering moet een belangenafweging plaatsvinden waarbij de nadelige gevolgen niet onevenredig mogen zijn op grond van artikel 3:4 Awb.

Bij een terugvordering in het socialezekerheidsrecht kunnen de waarborgen die voortvloeien uit artikel 1 EP EVRM relevant zijn, zeker daar waar formele wetgeving een streng regime voorschrijft. Onder de reikwijdte van artikel 1 EP EVRM vallen niet alleen op premies gebaseerde uitkeringen, maar ook niet-contributieve uitkeringen mits er een subjectief recht op uitkering bestaat.⁵⁸ In beginsel kan dit worden aangenomen wanneer aan alle wettelijke voorwaarden voor die aanspraak op uitkering of legitieme verwachting is voldaan.⁵⁹ Waar niet aan dergelijke voorwaarden is voldaan – maar die voorwaarden discriminatoir blijken – is een beletsel niet aan de orde.⁶⁰ Ook kan sprake zijn van bijzondere omstandigheden die de uitkering in het bereik van artikel 1 EP EVRM doen vallen.⁶¹ In het kader van het terugvorderen van een voorschot zijn *good governance* en de daarmee gepaarde zorgvuldigheid van belang. Artikel 1 EP EVRM verplicht namelijk dat met de vereiste spoed alsmede op een gepaste en consistente manier gehandeld dient te worden.⁶²

Toch is voor de Nederlandse rechters een beroep op artikel 1 EP EVRM moeilijk gebleken. Voor de Afdeling en de Centrale Raad van Beroep is ‘een-voorschot-is-geen-eigendomsrecht’-jurisprudentie ontstaan, terwijl daar gezien de Straatsburgse jurisprudentie ten minste over getwijfeld kan wor-

56 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind; *Gst.* 2020/29, m.nt. R. Stijnen.

57 ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmman & D.K. Jongkind; *Gst.* 2020/30, m.nt. R. Stijnen.

58 EHRM 6 juli 2005, AB 2005/376, m.nt. F.J.L. Pennings (*Stec/Verenigd Koninkrijk*).

59 EHRM 15 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0915JUD001037305, EHRC 2009/120, m.nt. Pennings (*Moskal/Polen*); EHRM 11 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0211JUD000489313, AB 2022/61, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Casarin/Italië*).

60 EHRM 16 september 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8781 (*Gaygusuz/Oostenrijk*); EHRM 10 april 2012, no. 26252/08 (*Richardson/Verenigd Koninkrijk*).

61 EHRM 10 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0210JUD005308013, AB 2017/212, m.nt. A.J.M. Leijten (*Bélané Nagy/Hongarije*). Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321 met nadere verwijzingen.

62 EHRM 2 oktober 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1002JUD000574405, AB 2013/20, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Czaja/Polen*).

den.⁶³ Ook blijkt een dergelijk beroep moeilijk voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁶⁴ In de fosfaatzaken vond het CBb slechts in een van de zeven zaken dat toepassing en schending van artikel 1 EP EVRM aan de orde was, gelet op de aanwezigheid van een individuele en disproportionele last voor de belanghebbende.⁶⁵ Niettemin mag worden opgemerkt dat belastingrechtelijke zaken verder licht kunnen doen schijnen op de terugvordering in het socialezekerheidsrecht onder artikel 1 EP EVRM. In een zaak onder de Wet financiering sociale verzekering heeft advocaat-generaal Wattel in zijn conclusie het EVRM-begrip van legitieme verwachtingen bij publicaties nader uitgewerkt ten faveure van de belanghebbende.⁶⁶ Op dit snijvlak van bestuursrecht en fiscaal recht stemt het tot aanbeveling om ook de fiscaalrechtelijke jurisprudentie omtrent evenredigheid en artikel 1 EP EVRM mee te nemen.

3.5.5 *Literatuur*

In zijn reactie op de kindertoeslagenaffaire heeft Van Ettekoven, de voorzitter van de Afdeling, verschillende punten gemaakt over de terugvorderingshandeling door de Belastingdienst/Toeslagen.⁶⁷ Ten eerste zou volgens hem niet alleen een betalingsverplichting voor de belanghebbende, maar ook een terugvorderingsverplichting voor de Belastingdienst/Toeslagen besloten liggen in artikel 26 Awir (oud).⁶⁸ Van den Brink en Ortlep stemmen in met deze dwingendrechtelijke lezing van artikel 26 met inbegrip van een terugvorderingsverplichting.⁶⁹ Van de Beeten en Van de Beeten bekritiseren deze lezing gelet op de ontwikkeling van de wetsopvatting.⁷⁰ Ten tweede zegt Van Ettekoven dat voor correctie op grond van evenredigheid ex artikel 3:4 lid 2 Awb geen ruimte was gezien het dwingendrechtelijk karakter van artikel 26 Awir. Aan gezien er geen formele hiërarchie bestaat tussen de wetten in kwestie (Awb vis à vis Awir), doet Scheltema de suggestie dat het dan een kwestie van interpre-

63 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4162, r.o. 7.1, verwijzend naar EHRM 4 maart 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0304JUD003905097 (*Jantner/Slowakije*); CRvB 25 februari 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO9625; Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321, p. 1481.

64 CbB 17 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:522; CbB 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291. Zie ook Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

65 CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:5, *JM* 2019/34, m.nt. C. Korkmaz i.t.t. CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:1; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:2; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:3; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:4; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:6; CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:7. Zie ook Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

66 PHR 8 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:352 (concl. A-G P.J. Wattel), overgenomen door HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:1239 en 1354.

67 Van Ettekoven, *NJB* 2021/101.

68 Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

69 Van den Brink & Ortlep, *NJB* 2021/353.

70 Van de Beeten & Van de Beeten, *NTB* 2021/136. Zie ook zeer kritisch over deze lezing: L.F.M. Besselink, 'De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire', *NJB* 2021/201.

tatie is.⁷¹ Hierbij zijn de Aanwijzingen voor de Regelgeving behulpzaam: van de Awb kan worden afgeweken wanneer de wet dit uitdrukkelijk bepaalt, ‘quod non’.⁷² Ten derde lijkt Van Ettekoven niet ontvankelijk voor de doorwerking van artikel 1 EP EVRM.⁷³ Al Khatib en Linders stellen dat de waarborgen die uit dat artikel voortvloeien wel degelijk toepasselijk zijn gelet op de jurisprudentie van het EHRM.⁷⁴ Verder richt Damen de aandacht op het feit dat de kinderopvangtoeslagenaffaire (en de toeslagterugvordering meer algemeen) op het snijvlak van fiscaal en bestuursrechtelijk sociaalezekerheidsrecht ligt.⁷⁵

3.5.6 *Algemene les*

Ook bij de terugvordering van onterecht ontvangen toeslagen zal de rechter het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen.⁷⁶ Aanvankelijk sauveerde de Afdeling de terugvordering van het gehele bedrag aan ontvangen toeslagen (dus inclusief de rechtmatig ontvangen bedragen). Gelukkig is de Afdeling hiervan teruggekomen, toen bleek dat dit in heel wat zaken tot onevenredige gevolgen leidde. In zaken als deze kan mogelijk het door artikel 1 EP beschermde eigendomsrecht (daaronder begrepen het evenredigheidsbeginsel/beginsel van proportionaliteit) soelaas bieden. Voor de terugvordering van ten onrechte ontvangen toeslagen is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.6 **Categorie herstel: hoge dwangsom bij last**

3.6.1 *Inleiding*

De last onder dwangsom is een herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb en wordt verder uitgewerkt in artikel 5:31d Awb. Het gaat om een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de verplichting tot betaling van een geldsom als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. De woorden ‘geheel of gedeeltelijk’ in artikel 5:31d Awb duiden op mogelijke partiële handhaving. Het uitgangspunt is wel dat een handhavingsbesluit ge-

71 Scheltema 2019, *NTB* 2019/2, p. 250.

72 Scheltema 2019, *NTB* 2019/2, p. 250.

73 Van Ettekoven, *NJB* 2021/101, p. 107.

74 Al Khatib & Linders, *NJB* 2021/1321.

75 Damen, *NTB* 2021/63, p. 146.

76 Vgl. het reflectierapport van de rechtbanken, die de hand zeker in eigen boezem steken: Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit kinderopvangtoeslagzaken*, oktober 2021. Alsmede het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagaffaire*, Den Haag 2021.

richt is op het volledig opheffen van de overtreding.⁷⁷ De betaling van de geldsom is voorwaardelijk in de zin dat de verplichting hiertoe pas ontstaat als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. Dit hangt samen met de strekking van de last onder dwangsom: met dreiging van betaling van een geldsom bewerkstelligen dat de overtreder de overtreding beëindigt.⁷⁸ Volgens de wetgever is de sanctie primair gericht op een correctie van een onrechtmatige situatie of het voorkomen van een onrechtmatige gedraging (onder strikte condities is ook preventieve handhaving mogelijk).⁷⁹

3.6.2 *Wetgeving*

Op grond van artikel 5:32b lid 1 Awb kan een bestuursorgaan de dwangsom vaststellen op een bedrag ineens, per tijdseenheid of per overtreding van de last. De last onder dwangsom omschrijft de te nemen herstelmaatregelen (artikel 5:32a lid 1 Awb) en als de last strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt een termijn gesteld waarbinnen de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat de dwangsom wordt verbeurd (artikel 5:32a lid 2 Awb).

Artikel 5:32b lid 2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan een maximaal te verbeuren dwangsom vaststelt. Als het maximum is bereikt, kan een nieuwe last onder dwangsom worden opgelegd. Lid 3 bepaalt dat de bedragen van de last onder dwangsom in redelijke verhouding moeten staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom. De dwangsom moet een zodanige prikkel geven dat de opgelegde lasten worden nagekomen en dat verbeurte van de dwangsom wordt voorkomen.⁸⁰

3.6.3 *Rechtspraak*

De standaardtoetsingsformule luidt als volgt:

“Het opleggen van een last onder dwangsom heeft als doel om de overtreder te bewegen tot naleving van de voor hem geldende regels. Om dit doel te bereiken kan de hoogte van het bedrag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet-naleven van deze regels. Van de dwangsom moet een zodanige prikkel uitgaan, dat de opgelegde last wordt uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.”⁸¹

77 J.C.A. Verbeek, commentaar op artikel 5:31d Awb, in: T.C. Borman e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021. En bijvoorbeeld: ABRvS 27 februari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE8043, AB 2002/224.

78 Verbeek, in: *T&C Awb* 2021, artikel 5:31d Awb.

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

80 Verbeek, in: *T&C Awb* 2021, artikel 5:32b Awb.

81 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1100, r.o. 4.2.

Factoren die relevant kunnen zijn bij het bepalen van de hoogte zijn of sprake is van recidive,⁸² of de overtreder nog voordeel behaalt met de overtreding⁸³ en of de overtreding zorgt voor waardeestijging.⁸⁴ Opzet van de overtreder speelt geen rol.⁸⁵ De draagkracht van de overtreder is evenmin relevant.⁸⁶ Het reeds behaalde voordeel speelt ook geen rol.⁸⁷ Net zomin als de leeftijd van de overtreder.⁸⁸ De rechter toetst de hoogte van de opgelegde dwangsom terughoudend. Er bestaat geen aanleiding voor een indringende toetsing aan de evenredigheidsmaatstaf van artikel 3:4 lid 2 Awb, aldus de Afdeling.⁸⁹

Begin 2017 oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat de strafvervolgning ter zake van rijden als taxi zonder vergunning, om welke reden de verdachte al een forse dwangsom had verbeurd (die het Hof aanmerkte als criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM!), in strijd was met de beginselen van een goede procesorde, met name het *ne bis in idem*-beginsel.⁹⁰ Eind dat jaar vernietigde de Hoge Raad deze uitspraak. Hij was van oordeel dat het *ne bis in idem*-beginsel niet wordt geschonden omdat een dwangsom geen criminal charge inhoudt. Wel gaf de Hoge Raad aan dat de strafrechter bij strafoplegging rekening kan houden met een reeds verbeurde dwangsom.⁹¹

3.6.4 Literatuur

Rotterdamse ouders moeten 2.500 euro 'boete' betalen als hun kind voor de tweede keer gepakt wordt met een mes op zak. De boete is juridisch gezien een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 5:2 lid 1 sub b. Duijkersloot en Zorg noemen dit last onder dwangsom 'nieuwe stijl'. Bijzonder is dat voor de aanpak van maatschappelijke problemen gebruik wordt gemaakt van een herstelsanctie in plaats van een bestraffende sanctie. Nieuw is het echter ook weer niet. De auteurs spreken van een ontwikkeling met name bij gemeenten om bepaalde vormen van criminaliteit en overlast met de last onder dwangsom te bestrijden. Dit wordt wel de 'Veluwe methode' genoemd.⁹² De vraag is of deze methode dan nog wel een herstelsanctie is. De rechtspraak oordeelt van niet.⁹³ De auteurs sluiten zich hierbij aan, met de kanttekening dat enige twijfel

82 ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:772, r.o. 14.2.

83 ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:321, r.o. 4.2.

84 ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:304, r.o. 6.2.

85 ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1870, r.o. 3.2.

86 ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:321, r.o. 4.2.

87 ABRvS 13 maart 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AN5198.

88 ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:343, r.o. 8.1.

89 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:504.

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

91 HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122.

92 A.P.W. Duijkersloot & W. Zorg, 'De last onder dwangsom nieuwe stijl: een bestraffende sanctie?', *TBS&H* 2021, p. 101-112.

93 Bijvoorbeeld: ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4039.

op zijn plaats is, zeker in het licht van het criminal charge-begrip van artikel 6 EVRM.⁹⁴

Reijntjes noemt de gebruikelijke aanmerking van de last onder dwangsom als reparatoir een ‘listige juristenredenering’ en meent dat er daarmee eigenlijk sprake is van ‘bestuursstrafrecht’.⁹⁵ Van der Vorm is het niet met Reijntjes eens, maar stelt wel dat de inning van de last onder dwangsom een bestraffend karakter zou kunnen krijgen, als het OM na het verbeuren van een dwangsom wegens hetzelfde feit een strafrechtelijke vervolging initieert, maar dit heeft zich nog niet voorgedaan. Ook een aantal andere auteurs noemt de invordering van de dwangsom onder omstandigheden bestraffend. De invordering leidt immers onder omstandigheden niet meer tot herstel, maar is er dan alleen nog op gericht de overtreder financieel te treffen.⁹⁶ De strafrechter moet het verbeuren van een dwangsom volgens Van der Vorm als relevante omstandigheid bij de strafoplegging betrekken, om te voorkomen dat de verdachte onevenredig zwaar wordt gesanctioneerd.⁹⁷ Dit in lijn met het hiervoor besproken oordeel van de Hoge Raad.

Zoals al eerder besproken, heeft de Afdeling bepaald dat de hoogte van de dwangsom mag worden afgestemd op het financiële voordeel dat een overtreder kan verwachten bij het niet-naleven van deze regels, maar dat bij bepaling van de hoogte reeds behaald voordeel géén rol mag spelen. Dat laatste zou ertoe leiden dat een dwangsom een punitief karakter krijgt. Een onredelijk hoge dwangsom kan disproportioneel zijn en daarmee een schending van artikel 5:32b lid 3 Awb inhouden. Omdat de rechter terughoudend toetst, sneuvelen maar weinig dwangsombesluiten op grond van hun hoogte. Duijkersloot & Zorg noemen de terughoudende toetsing problematisch⁹⁸ en pleiten voor een meer indringende toetsing.⁹⁹ Daarvoor krijgen zij steun in de al genoemde conclusie van advocaten-generaal Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen, zoals inmiddels omarmd door de hoogste bestuursrechtshouders.¹⁰⁰ Een kernpunt van hun advies vormt als gezegd de aanbeveling om voor de rechtsbescherming tegen bestuurlijke sancties niet lan-

94 Duijkersloot & Zorg 2021, p. 112.

95 Zie de annotatie van J.M. Reijntjes onder de hiervoor aangehaalde uitspraak HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, *NJ* 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes; B. van der Vorm, ‘Misvattingen over de last onder dwangsom’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming*, 2019 nr. 1, p. 14.

96 Duijkersloot & Zorg 2021 met nadere verwijzingen T.N. Sanders, *Invordering door de overheid: de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 646 e.v.; Van der Vorm 2019, p. 18 e.v.; 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 een punitieve sanctie’, *NJB* 1992, p. 1072; A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 89).

97 Van der Vorm 2019, p. 25.

98 Duijkersloot & Zorg 2021, p. 107.

99 Duijkersloot & Zorg 2021, p. 112.

100 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel). Zie hierover o.a. Schlössels, *JBplus* 2021/3, p. 1-14. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (uitspraak grote kamer).

ger aan te knopen bij het criminal charge-begrip, nu dat kan leiden tot nogal digitale resultaten. Voor de mate van rechtsbescherming, in het bijzonder de volledigheid van de evenredigheidstoetsing, zou beter kunnen worden aangesloten bij de ingrijpendheid van de sanctie, in het bijzonder de belangen die voor betrokkene op het spel staan.

3.6.5 *Algemene les*

Het vaststellen van de hoogte van de dwangsom alsmede de toetsing daarvan is casuïstisch en de rechter toetst slechts terughoudend. De combinatie van de terughoudende toetsing en een mogelijke samenloop met strafrechtelijke sancties wordt onwenselijk gevonden. Al met al is er de nodige steun om onder omstandigheden (de invordering van) dwangsommen minder terughoudend te toetsen vanwege de impact daarvan op betrokkenen.¹⁰¹ Bovendien zou de strafrechter bij de bepaling van de strafmaat rekening kunnen houden met een reeds verbeurde dwangsom voor hetzelfde feit. Voor de oplegging van een dwangsom is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.7 **Categorie herstel: aanwijzing staken exploitatie (kinderopvang en financieel toezicht)**

3.7.1 *Inleiding*

De aanwijzing staken exploitatie is een methode van een bestuursorgaan om te gelasten dat de exploitatie van een bedrijf beëindigd moet worden. Als een inrichting geëxploiteerd gaat worden, dan is een exploitatievergunning van de gemeente nodig. Deze vergunning is locatie- en naamsgebonden. Als de onderneming beëindigd gaat worden, moet dit worden gemeld. In een huurovereenkomst kan een exploitatieplicht zijn opgenomen, waardoor de huurder zich daar in beginsel aan zal moeten houden. Dat speelt ten aanzien van de kinderopvang waarop hierna verder wordt ingegaan. Ook wordt kort ingegaan op vergelijkbare instrumenten in het financiële toezichtrecht.

3.7.2 *Wettelijk kader*

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft verschillende instrumenten tot haar beschikking om de regels uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) te handhaven. Een van die instrumenten is het geven van een aanwijzing, zoals bedoeld

101 Vgl. ook reeds conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over invordering van geldbedragen na handhavingsbesluiten van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

in artikel 1:75 Wft. Ook de Europese Centrale Bank (ECB) heeft de bevoegdheid om een aanwijzing te geven. Deze aanwijzing wordt gegeven aan degenen op wie op grond van de Wft verplichtingen rusten terwijl zij deze niet nakomen. Een aanwijzing kan ook inhouden dat de geadresseerde bepaalde activiteiten moet staken.¹⁰²

De kinderopvang zal in deze analyse met name worden gebruikt als voorbeeld voor de aanwijzing staken exploitatie. Als op herstel gerichte sancties kunnen op grond van de Wet kinderopvang aanwijzingen worden gegeven of kan er een exploitatieverbod worden uitgevaardigd. Artikel 1.65 Wet kinderopvang bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders de houder van een kindercentrum, een voorziening voor gastouderopvang of een gastouderbureau een schriftelijke aanwijzing kan geven met daarin met redenen omkleed op welke punten de voorschriften niet of in onvoldoende mate worden nageleefd en de te nemen maatregelen. Het college kan de opvang een schriftelijke aanwijzing geven, geregeld in artikel 1.65 Wet kinderopvang. Artikel 1.66 Wet kinderopvang regelt het verbod tot exploitatie. In artikel 7 lid 2 Besluit registers kinderopvang en peuterspeelzaalwerk wordt opgenomen welke wijzigingen de houder in ieder geval zonder uitstel moet doorgeven, waarbij het gaat om de gegevens die zijn vermeld in artikel 5 lid 1 en 2 Besluit registers. De houder dient tevens onverwijld aan het college door te geven als hij de exploitatie van een kinderopvangvoorziening definitief staakt. In het nieuwe lid 4 van artikel 7 Besluit registers is opgenomen dat de houder altijd een nieuwe aanvraag moet indienen als hij wil starten met een nieuwe kinderopvangvoorziening op een nieuwe locatie.¹⁰³

3.7.3 *Rechtspraak*

Aanwijzingsbesluiten op grond van de Wft

In de jurisprudentie kunnen een aantal relevante uitspraken worden gevonden over de aard en reikwijdte van deze aanwijzingsbesluiten, alsmede hoe intensief de rechter de vaststelling en waardering van de feiten, die leiden tot een aanwijzingsbesluit, dient te beoordelen. Om te beginnen heeft de Rechtbank Rotterdam overwogen dat een aanwijzing op basis van de voorganger van artikel 1:75 Wft, artikel 28 Wte 1995, een herstelsanctie is. Deze aanwijzing heeft immers geen punitief karakter of werkt als zodanig uit. Zij is slechts gericht op het voorkomen van verdere overtredingen.¹⁰⁴ Derhalve wordt in deze uitspraak een relevante overweging gegeven over de aard van een aanwijzingsbesluit op grond van de Wft. De voorzieningenrechter van de Recht-

102 'Aanwijzingsbevoegdheid', dnb.nl 25 februari 2021.

103 E. Soetendal, 'Lexplicatie, commentaar op artikel 7 Besluit registers kinderopvang en peuterspeelzaalwerk', kluwer.nl actueel t/m 27-01-2014.

104 Rb. Rotterdam 17 april 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF7603, r.o. 2.3.5., AB 2003/333, m.nt. O. Jansen.

bank Rotterdam heeft overwogen dat een aanwijzingsbesluit, dat strekt tot het staken van het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten, buiten de reikwijdte van artikel 1:75 Wft valt omdat deze tot gevolg heeft dat de overeenkomsten feitelijk worden opengebroken. Dit is dan namelijk in strijd met artikel 1:75 lid 3 Wft.¹⁰⁵ In een andere uitspraak overweegt het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat een door de rechtbank gehanteerde afstandelijke en marginale benadering niet op haar plaats is als het gaat om een aanwijzingsbesluit. De rechter kan niet volstaan met een marginale toetsing van de vaststelling en waardering van de relevante feiten.¹⁰⁶

Aanwijzingsbesluiten op grond van de Wko

Ook op grond van de Wko zijn een aantal uitspraken aan te wijzen die nadere informatie verschaffen over hoe een aanwijzingsbesluit dient te worden voorbereid en getoetst. De Afdeling overweegt dat de GGD bij het vaststellen van een rapport dat kan leiden tot een aanwijzingsbesluit handelt in de hoedanigheid van toezichthouder. Dit betekent volgens de Afdeling dat het onderzoek dat wordt verricht door de GGD op een zorgvuldige wijze dient plaats te vinden.¹⁰⁷ De Afdeling overweegt met deze uitspraak derhalve dat bij de voorbereiding van een aanwijzingsbesluit op grond van de Wko, het bestuursorgaan is gebonden aan het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb.¹⁰⁸ Daarnaast kunnen een groot aantal uitspraken worden genoemd die zeer casuïstisch van aard zijn. Wat opvalt aan deze uitspraken is dat de rechters nauwgezet de rapportages van onder andere de GGD nagaan. Daarbij wordt gekeken naar hoe zorgvuldig het rapport is vastgesteld en of het rapport zelf onvolkomen of inconsistent is.¹⁰⁹ De rechters schromen derhalve niet om de werkwijze van het bestuursorgaan grondig te controleren waarbij het de vraag is hoe indringend de inhoud daadwerkelijk wordt gecontroleerd.

3.7.4 *Algemene les*

Uit de voorgaande analyse is gebleken dat de aanwijzing ziet op meerdere situaties en er meerdere wettelijke kaders van toepassing zijn. Zo staan er in de Wft en de Wko bevoegdheden om een aanwijzing tot staking van de exploitatie te gelasten. Daarnaast laten de besproken uitspraken zien dat de bestuursrechter niet restrictief toetst en rekening houdt met alle omstandigheden van het geval, indien sprake is van een aanwijzing tot staken van de exploitatie.

¹⁰⁵ Rb. Rotterdam (vzr.) 25 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG5385, *JOR* 2009/18, r.o. 2.2.

¹⁰⁶ Cbb 12 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY7979, *JOR* 2007/14, r.o. 3.3.

¹⁰⁷ ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3763, *AB* 2020/88, r.o. 9.

¹⁰⁸ ABRvS 9 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2146, *AB* 2018/371.

¹⁰⁹ Zie bijv.: ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2553, *ABkort* 2019/368, Rb. Amsterdam 30 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3847.

Voor deze aanwijzing is overigens geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist.

3.8 Categorie herstel: naming-and-shaming

3.8.1 *Inleiding*

Naming-and-shaming is het noemen van betrokken (rechts)personen en het openbaar maken van informatie. Dit instrument wordt door overheidsinstanties¹¹⁰ ingezet om personen, bedrijven, instellingen, diensten of producten in de schijnwerpers te zetten. Dit heeft doorgaans als achterliggende reden dat deze (rechts)personen wettelijke voorschriften (zouden) hebben overtreden.¹¹¹ Naast het openbaar maken van boetebesluiten, kunnen ook besluiten tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom en inspectierapporten worden gepubliceerd.¹¹² Er kunnen meerdere doelen zijn die worden nagestreefd met het publiceren van een besluit, zoals de bescherming van de belangen van consumenten en generale preventie.¹¹³ Daarnaast kan het ook als doel hebben om het publiek te informeren en te waarschuwen en heeft *naming-and-shaming* het karakter van een sanctie voor de overtreder.¹¹⁴

3.8.2 *Wettelijke basis en karakterisering*

Naming-and-shaming is volgens Michiels in juridisch opzicht een tamelijk onbepaald begrip. Er bestaat zeker niet altijd een specifieke wettelijke grondslag voor.¹¹⁵ Bij *naming-and-shaming* bestaan er verschillende categorieën. Soms heeft het bestuursorgaan op grond van een bijzondere wet een bevoegdheid tot publicatie, soms rust op de toezichthouder een verplichting om boetes te publiceren die hij heeft opgelegd, zoals te vinden in de Wft, maar er bestaan ook gevallen waarin de toezichthouder zonder verplichting boetebesluiten kan publiceren. Indien sprake is van de laatste categorie wordt vaak de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) als grondslag gebruikt.¹¹⁶ *Naming-and-shaming* kan geschieden als reactie op een overtreding, waarbij de vraag rijst of dit gekwalificeerd kan worden als een besluit. Michiels geeft aan dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State naast de openbaarmakingen op

110 Privaatrechtelijke vormen van *naming-and-shaming* zullen we hier niet behandelen.

111 F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming' in het markttoezicht', *NTB* 2007/3, p. 85-95, paragraaf 1.

112 J.J. Reuveny e.a., *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Preadviezen Jonge VAR 2012, Jonge VAR-reeks 10), Den Haag: Boom Juridisch 2012, p. 9.

113 Reuveny e.a. 2012, p. 9.

114 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

115 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

116 Reuveny e.a. 2012, p. 9.

verzoek, ook spontane openbaarmakingen op grond van de WOB heeft aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.¹¹⁷ Uit het oogpunt van rechtsbescherming is dit belangrijk: voor belanghebbenden staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen *naming-and-shaming* die op grondslag van de WOB plaatsvindt.¹¹⁸

Er zijn meerdere wetsartikelen uit de WOB die van toepassing kunnen zijn op *naming-and-shaming*. Zo biedt artikel 8 WOB de algemene opdracht voor het bestuursorgaan om uit eigen beweging informatie over het beleid openbaar te maken, zodra dit ‘in het belang van een goede en democratische bestuursvoering’ is. Het is volgens de Tweede Kamer aan het bestuursorgaan om te beoordelen of daar sprake van is.¹¹⁹ Van deze actieve openbaarmaking wordt steeds meer gebruikgemaakt.¹²⁰ Voor deze analyse over *naming-and-shaming* is ook artikel 10 WOB van belang, waarin absolute en relatieve weigeringsgronden worden genoemd.¹²¹

Op grond van artikel 5:2 lid 1 onder a van de Awb wordt een bestuurlijke sanctie gedefinieerd als ‘*een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak*’. Bröring oordeelt dat *naming-and-shaming* niet als bestuurlijke sanctie is aan te merken, aangezien geen verplichting wordt opgelegd of aanspraak wordt onthouden.¹²² Dit neemt niet weg dat *naming-and-shaming* als sanctie kan worden bedoeld en dat het als een ingrijpende maatregel kan worden ervaren. Michiels¹²³ en Reuveny¹²⁴ zijn het eens met het oordeel van Bröring dat *naming-and-shaming* inderdaad geen bestuurlijke sanctie is, ondanks het feit dat de openbaarmaking een belastende maatregel is jegens iemand, die door de overheid wordt getroffen, als reactie op niet-naleving.

3.8.3 *Rechtspraak*

Voor belanghebbenden staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen *naming-and-shaming* op grondslag van de WOB en ook de andere genoemde wetten (ook wanneer het een verplichting betreft).¹²⁵ Er is een praktijk ontstaan (op basis van wettelijke bepalingen en/of jurisprudentie) dat betrok-

117 ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9903, r.o. 2.2.

118 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.1.

119 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, paragraaf 4.4.

120 J.J. Reuveny, ‘Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur’, in: *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen*, (Preadviezen Jonge VAR 2012, Jonge VAR-reeks 10), Den Haag: Boom Juridisch 2012, p. 15.

121 Reuveny 2012, p. 17-20.

122 H.E. Bröring ‘Commentaar op art. 5:4 Awb’, in: T.N. Sanders e.a. (red.), *Module Algemeen Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, aant. 2.3.2.

123 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.1.

124 Reuveny 2012, p. 22.

125 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.1.

kene nog de kans krijgt een voorlopige voorziening te vragen en de uitkomst daarvan af te wachten alvorens er daadwerkelijk openbaar wordt gemaakt.¹²⁶ Op deze wijze kan de rechtsbescherming ter zake van *naming-and-shaming* aan de EVRM-eisen (artikelen 6, 8 en 13) voldoen. Los van de kwalificatie van de maatregel van *naming-and-shaming* (over het algemeen wordt aangenomen dat publicatie van een herstelsanctie niet een bestraffend karakter heeft), is ook ten aanzien van *naming-and-shaming* een tendens waarneembaar dat de bestuursrechter (inclusief de voorzieningenrechter) voller op evenredigheid toetst als de maatregel meer ingrijpend is. Zo zal de voorzieningenrechter de maatregel schorsen als zij onomkeerbare gevolgen heeft en/of duidelijk is dat het onderliggende sanctiebesluit niet in stand kan blijven. Dit is ook in lijn met hetgeen A-G Wattel en Widdershoven betogen in hun aangehaalde conclusie over toetsing van sancties.

3.8.4 Literatuur

Bij *naming-and-shaming* speelt – naast het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 en het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM – ook de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM een normerende rol.¹²⁷ Ook Reuveny haalt dit aan. Aangezien hij betoogt dat de openbaarmaking van boetebesluiten een criminal charge is in de zin van artikel 6 EVRM, moet aan bepaalde rechtsbeschermingsvereisten worden voldaan. De onschuldpresumptie heeft een aantal elementen, waarbij het in het geval van de openbaarmakingen van boetebesluiten met name zal gaan om het recht op een behandeling als onschuldige.¹²⁸ Michiels bespreekt de vorm van *naming-and-shaming* waarbij de bedrijfsnaam van de overtreder wordt gepubliceerd als reactie op een geconstateerde overtreding. Michiels meent dat *naming-and-shaming* het karakter van een sanctie heeft en tegelijkertijd een mogelijkheid is om het publiek te waarschuwen.¹²⁹ Indien het slechts gaat om een waarschuwing naar het publiek, lijkt geen sprake te zijn van een sanctie. Dit is echter wel het geval indien de vermeende overtreding of sanctiebeschikking openbaar wordt gemaakt, waardoor de vermeende overtreder in een kwaad daglicht komt te staan.¹³⁰ De grens tussen beide situaties is overigens subtiel. Volgens Michiels kan *naming-and-shaming* vergaande gevolgen hebben voor de reputatie en voor het vermogen en commerciële prestaties van bedrijven. De reden voor de open-

126 Vgl. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 153-154.

127 EHRM 6 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD000222915, AB 2016/36, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Karajanov t. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), paragraaf 1.

128 Reuveny 2012, p. 26.

129 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

130 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 2.2.

baarmaking is dat er op de overtreder een heilzaam effect zal uitgaan. Bij de publicatie van een boete gaat het volgens hem om een punitieve sanctie.¹³¹

3.8.5 *Algemene les*

Uit het vorenstaande valt af te leiden dat *naming-and-shaming* een instrument is voor bestuursorganen en toezichthouders om consumenten te beschermen en te waarschuwen en om een sanctie uit te delen aan de overtreder. *Naming-and-shaming* wordt op meerdere terreinen in het bestuursrecht gebruikt en soms verplicht de wetgever daar zelfs toe of bestaat daartoe een beginselplicht op grond van een beleidsregel. Rechtsbescherming wordt vooral geboden via het instrument van de voorlopige voorziening, zelfs wanneer de wet verplicht tot openbaarmaking van een sanctie. Omdat het vaak gaat om ingrijpende gevolgen, is het van belang dat de toetsing intensief genoeg is. Daarbij is het positief dat deze ruimte er nu lijkt te ontstaan, los van de vraag of het gaat om een bestraffende maatregel. Bij *naming-and-shaming* is evenmin sprake van rechterlijke toetsing vooraf. Er is wel rechtsbescherming mogelijk op korte termijn via de voorlopige-voorzieningenprocedure, maar daar vindt een terughoudende toetsing plaats.

3.9 **Categorie bestraffend: boete gefixeerd via beleidsregel (de casus van de WAV)**

3.9.1 *Inleiding: wetgeving en beleid*

Volgens de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) legt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), in geval van overtreding van onder meer artikel 2 lid 1 WAV (het vereiste van een tewerkstellingsvergunning) een bestuurlijke boete op. Artikel 19 lid 1 WAV geeft aan dat het maximumbedrag € 87.000 (de vijfde categorie uit artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht) is. Hiermee wordt voldaan aan de eis van artikel 5:46 lid 1 Awb op grond waarvan de maximaal op te leggen bestuurlijke boete in de wet moet worden opgenomen. Verder is hier het boeteregime van artikel 5:46 lid 2 Awb van toepassing op grond waarvan het bestuursorgaan de boetehoogte in het concrete geval afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarnaast dient rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Daarbij zal het bestuursorgaan veelal beleidsregels maken op grond waarvan de boetehogtes kunnen worden vastgesteld. Op grond van artikel 19d lid 6 WAV heeft

131 Michiels, *NTB* 2007/3, paragraaf 1.

de minister beleidsregels vastgesteld met betrekking tot de boetebedragen. Dat is de Beleidsregel Boeteplegging WAV 2020. Deze beleidsregel fixeert de boete voor een rechtspersoon op € 8.000 en voor een natuurlijk persoon op € 2.000.

Artikel 11 van deze Beleidsregel geeft aan dat de bestuurlijke boete, bij overtreding van artikel 2 lid 1 WAV, kan worden gematigd met 25%, 50% of 75%, afhankelijk van de ernst en de mate van verwijtbaarheid en evenredigheid. Deze matigingsgronden zijn neergelegd in het overzicht specifieke matigingsgronden bestuurlijke boete WAV, dat als bijlage bij de Boetebeleidsregels is opgenomen. Bij recidive binnen vijf jaar na het plegen van de eerdere overtreding, wordt het boetebedrag met 100% verhoogd en in geval van ernstige overtredingen zelfs met 200%.¹³²

3.9.2 *Rechtspraak*

Na de introductie van de bestuurlijke beboeting van illegale tewerkstelling van vreemdelingen is de Afdeling een vrij stringente koers gaan varen waarbij de boetebeleidsregels met vaste boetebedragen leidend zijn geweest.¹³³ In de loop van de tijd is de Afdeling wel meer vol op evenredigheid in het individuele geval gaan toetsen en zijn boetes gematigd of geheel van tafel geschoven.¹³⁴ Zo is de Afdeling op een gegeven moment meer waarde gaan hechten aan een samenstel van omstandigheden. In de desbetreffende uitspraak van de Afdeling wordt opgemerkt dat met name het samenstel van omstandigheden wordt gebruikt als matigingsgrond en lijkt wat meer afstand te worden genomen van de boetebedragen in beleidsregels:

“Dit samenstel van feiten en omstandigheden biedt grond voor het oordeel dat de aan [appellante sub 2] opgelegde boetes voor verdergaande matiging dan 50% in aanmerking komen. De Afdeling acht een matiging van alle drie de opgelegde boetes met 75% passend en geboden. In zoverre faalt het betoog van de minister.”¹³⁵

De genoemde Boetebeleidsregels 2020 doen ook al meer recht aan de evenredigheidstoetsing door meer matigingsgronden toe te voegen en door schrapping van de in eerdere Boetebeleidsregels wel vermelde ‘verplichte’ strafverhogende omstandigheden. In de toelichting¹³⁶ wordt beschreven dat artikel 11

132 Zie artikel 19d lid 2 en 3 WAV. Op grond van lid 4 vindt ook een verhoging plaats indien in het voorafgaande tijdvak al eerder twee dezelfde overtredingen waren gepleegd.

133 Zie o.m. C.M. Saris, ‘De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls? De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving’, *NTB* 2012, p. 103-110 en M.L. van Emmerik & C.M. Saris, *Evenredige bestuurlijke boetes* (Preadvies VAR), Den Haag 2014.

134 M.L. van Emmerik & C.M. Saris, *Evenredige beboeting in het bestuursrecht*, *JBplus* 2015/4, p. 220.

135 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2511.

136 Besluit van de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid van 20 maart 2020 (*Stcrt* 2020, 1806), toelichting.

Beleidsregel niet wordt gebruikt voor situaties waarbij de overtreder een beroep doet op een verminderde draagkracht, waardoor de boete een overtreder in financiële problemen brengt. Daarbij wordt verwezen naar beleid op het bredere terrein van de SZW-wetgeving. In een brief aan de Tweede Kamer bespreekt de Minister van SZW het boetebeleid van de inspectie SZW.¹³⁷ Bij het boetebeleid wordt afgewogen of verwijtbaarheid aan de orde is en of andere matigingsgronden aan de orde zijn. Zo werd er in 2019 bij 9% van alle gevallen afgezien van het opleggen van de boete. Volgens de Kamerbrief zijn bij 23% van de zaken de boetes verlaagd onder meer op basis van matigingsgronden. Daarnaast biedt de inspectie SZW een betalingsregeling aan of besluit de boete te matigen als de financiële situatie van een overtreder zodanig is dat een bestuurlijke boete niet direct kan worden voldaan. In 2019 zijn er in totaal 1.778 boetebeschikkingen verzonden. 15% van deze boetes zijn, uiteindelijk al dan niet gedeeltelijk, gematigd.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het belang van de Boetebeleidsregel 2020 bij het bepalen van de rechtmatigheid van de door de minister gekozen boetehoogte nog verder gerelativeerd.¹³⁸ De Afdeling overweegt in deze uitspraak dat zij dient te beoordelen of gelet op alle omstandigheden, de opgelegde boete, in het licht van de met de WAV beoogde doelstellingen, met de in artikel 5:46 Awb neergelegde eisen strookt en dus een evenredige sanctie vormt. Ook wanneer het gaat om in de Beleidsregel verdisconteerde omstandigheden. De Afdeling oordeelt uiteindelijk dat de sanctie niet evenredig is en matigt de boete.

3.9.3 *Algemene les*

Na een zeer terughoudende start heeft de Afdeling haar restrictieve koers bijgesteld en is zij voller op evenredigheid van WAV-boetes gaan toetsen, waarbij beleidsregels steeds minder leidend zijn geworden.¹³⁹ Een voorbode van de in algemene zin (ook buiten de boetesfeer) indringender evenredigheidstoetsing. De boetebeleidsregels differentiëren als gevolg van de indringender toetsing door de Afdeling inmiddels ook meer naar diverse factoren, maar zelfs als deze wel zijn verdisconteerd zal de bestuursrechter nog steeds vol op evenredigheid moeten toetsen.¹⁴⁰ Vanzelfsprekend geldt bij de bestuurlijke boete dat de rechter er alleen aan te pas komt, als de beboete b Huisvestingswet ezwaar/

137 *Kamerstukken II* 2020/21, 35570-XV, nr.83.

138 ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1097.

139 Zie Van Emmerik & Saris 2014; P.J. Krop, *De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridisch 2014; N. Vreede & E. van Deijck, 'Zoeken naar evenredigheid in de Wet arbeid vreemdelingen', *JNVR* 2019, nr. 2.

140 ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1097.

beroep instelt tegen het boetebesluit. Uiteindelijk is het primair aan de wetgever en het bestuur om evenredige boetes te waarborgen.

3.10 Categorie bestraffend: boete gefixeerd via algemeen verbindend voorschrift: het voorbeeld van de Huisvestingswet

3.10.1 Inleiding: de wettelijke regeling

De Huisvestingswet 2014 schept de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtredingen van een gemeentelijke Huisvestingsverordening. De bestuurlijke boete maakt het mogelijk voor gemeentes om beter te handhaven, bijvoorbeeld in geval van illegale vakantieverhuur. Bij het bepalen van de hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de aard van de overtreding, de overtreder, het behaalde profijt, de mogelijkheden tot herstel van de gevolgen en de mogelijkheid van het opleggen van andere sanctiemogelijkheden. De maximaal op te leggen boete is bepaald in de Huisvestingswet.¹⁴¹ In de betreffende Huisvestingsverordening (en de bijlage) zijn voor verschillende overtredingen vaste boetebedragen opgenomen.

Het gaat hier om een boeteregime met vaste tarieven. Uit artikel 5:46 lid 3 Awb volgt dat ook bij dergelijke wettelijk gefixeerde boetes het bestuursorgaan niettemin een lagere dan in de wet vastgelegde boete oplegt, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de wettelijk vastgestelde boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is (de zogenoemde anti-hardheidsclausule). Al is er geen sprake van een ambtshalve verplichting daartoe. Betrokkene moet in beginsel de onevenredigheid zelf aannemelijk maken.

3.10.2 Rechtspraak

In een reeks van uitspraken heeft de Afdeling lange tijd de benadering gekozen dat de evenredigheid van de boetes reeds was verdisconteerd in de wettelijke regeling (Huisvestingsverordening en bijlage).¹⁴² Diverse aangevoerde bijzondere omstandigheden, zoals verminderde verwijtbaarheid, een beperkte ernst/duur van een overtreding en een geringe financiële draagkracht legden geen gewicht in de schaal. Ook kwamen regelmatig aan de orde de omstandigheden waaronder een overtreding is begaan en het al dan niet aanwezig zijn van recidive, maar de rechtspraak van de Afdeling bleef – als gezegd – tamelijk restrictief op het punt van het matigen of vernietigen van boetes.

¹⁴¹ Zie artikel 35 onder verwijzing naar artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht.

¹⁴² Vgl. Van Emmerik & Saris, *JBplus* 2015/4, p. 230 e.v. Zie verder bijv. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2200 en ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2996.

In een aantal uitspraken van eind 2020 spreekt de Afdeling zich uit over boetes opgelegd op grond van de Amsterdamse Huisvestingsverordening wegens illegale vakantieverhuur en verlaat daarin deze restrictieve lijn. Volgens haar pakken deze boetes in dit geval onevenredig uit vooral omdat het hier niet gaat om bedrijfsmatige vakantieverhuur, maar om incidentele verhuur door een gezin met hoofdverblijf in de woning.¹⁴³ Hierbij is van belang dat het enkele feit dat sprake is van een ernstige overtreding niet in de weg staat aan het op basis van andere bijzondere omstandigheden matigen van een boete. Volgens de Afdeling kunnen aldus een verminderde verwijtbaarheid, een beperkte ernst van een overtreding en een geringe financiële draagkracht worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden, als bedoeld in artikel 5:46 lid 3 Awb, die aanleiding geven om een boete te matigen.

Wat ook een goede zaak is, is dat de Afdeling de gemeente nadere wijzigingen geeft voor het alsnog vormgeven van een evenredig boeteregime in de algemene plaatselijke verordening. Dat kan een hoop nieuwe boetezaken op dit terrein voorkomen. Daarbij staat voor de Afdeling – onder verwijzing naar regelingen in andere grote steden – voorop, de wenselijkheid van het aanbrengen van een onderscheid tussen onttrekking met en zonder een bedrijfsmatig karakter. Want daarmee hangt samen de mate waarin beide soorten onttrekkingen het belang van bescherming van de woonruimtevoorraad kunnen schaden. Zo zal de doorlopende exploitatie van een illegaal hotel in een pand enerzijds en anderzijds, zoals in de hier aan de orde zijnde gevallen, incidentele verhuur in de zomer aan toeristen van een woning waar een gezin hoofdverblijf heeft en ingeschreven staat dat belang in verschillende mate schaden.

3.10.3 *Algemene les*

Deze wettelijk gefixeerde boetes zijn in beginsel EVRM-proof, als de rechter uiteindelijk maar in het individuele voorliggende geval de evenredigheid van de boete vol kan toetsen en deze zo nodig kan matigen of zelfs geheel van tafel vegen. In de regel wordt eerst getoetst of de wettelijke regeling in abstracto (of de beleidsregel zoals bij de WAV) evenredig is en daarna moet ook wanneer dat het geval is worden gezien of de boete in het individuele geval niet toch onevenredig uitpakt. Dit op aangeven van degene die de boete heeft opgelegd gekregen. Daarbij geldt dat naarmate een wettelijke boeteregeling (of beleidsregel) meer differentieert of, anders gezegd, meer maatwerk biedt, een dergelijke toetsing in het individuele geval minder snel nodig zal zijn. De toetsing door een rechter van de evenredigheid van een boetebesluit stuit daarbij niet af

143 ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2849, AB 2021/10, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, aan welke annotatie delen van deze paragraaf zijn ontleend.

op het feit dat daarin al bepaalde omstandigheden zijn verdisconteerd, ook dan kan de rechter deze omstandigheden nog vol op evenredigheid toetsen.¹⁴⁴ Vanzelfsprekend geldt bij de bestuurlijke boete dat de rechter er alleen aan te pas komt, als de beboete bezwaar/beroep instelt tegen het boetebesluit. Gelet op dit alles is het terecht dat de Afdeling haar eerdere koers, waarin zij geen ruimte zag om af te wijken van wettelijke boetehoogten, heeft verlaten. De hier behandelde uitspraken laten zien dat het destijds (in het kader van de Vierde tranche) gemaakte onderscheid tussen bij beleidsregel en bij de wet gefixeerde boetestelsels (zie respectievelijk artikel 5:46 lid 2 en 3 Awb) inmiddels achterhaald is. In beide gevallen dient er rechterlijk maatwerk te worden geboden.¹⁴⁵

3.11 Categorie openbare orde: huisverboden

3.11.1 *Inleiding: instrument en wetgeving*

Sinds 1 januari 2009 is de Wet tijdelijk huisverbod (hierna: Wth) van kracht.¹⁴⁶ Deze wet maakt het mogelijk dat iemand gedurende korte tijd zijn eigen woning niet mag betreden wanneer sprake is van (een dreiging van) huiselijk geweld. Zoals valt te lezen in artikel 1 onder b Wth, houdt het huisverbod in: de last om onmiddellijk de woning te verlaten, een verbod tot het betreden ervan, zich op te houden bij of aanwezig te zijn in die woning en een contactverbod met de bewoners die achterblijven in de woning (of daarin anders dan incidenteel verblijven). De maatregel kan op grond van artikel 2 Wth worden opgelegd door de burgemeester (of namens hem de hulpofficier van justitie) aan een meerderjarig persoon ‘wanneer uit feiten of omstandigheden blijkt dat diens aanwezigheid in de woning ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor de veiligheid van één of meer personen die met hem in de woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven of indien op grond van feiten of omstandigheden een ernstig vermoeden van dit gevaar bestaat’. Het doel van de wet is een stevige aanpak van huiselijk geweld mogelijk maken. Het opleggen van de maatregel strekt ertoe in de gegeven noodsituatie escalatie te voorkomen en hulp te bieden.¹⁴⁷ Dit huisverbod duurt tien dagen en kan op grond van

144 Vgl. ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1112, ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1114 en ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1115: boete op grond van de Arbeidsomstandighedenwet: ook als de rechter het beleid niet onredelijk heeft bevonden moet de staatssecretaris nagaan of er in het individuele geval reden is tot matiging.

145 Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Rechterlijke toetsing op evenredigheid van in wetten of beleidsregels gefixeerde bestraffende bestuurlijke sancties: (alleen) het laatste woord is aan de bestuursrechter’, in: Roel Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 265-281.

146 *Stb.* 2008, 421.

147 *Kamerstukken II* 2005/06, 30657, nr. 3, p. 2.

artikel 9 Wth worden verlengd tot ten hoogste vier weken indien de dreiging van het gevaar, of het vermoeden daarvan, zich voortzet.

De desbetreffende beschikking bevat een omschrijving van de plaats en de duur waarvoor het huisverbod geldt, de feiten en omstandigheden die daartoe aanleiding hebben gegeven en de namen van de personen ten aanzien van wie het verbod om contact op te nemen geldt.¹⁴⁸ In spoedeisende situaties kan het huisverbod mondeling worden aangezegd.¹⁴⁹ Bij de afweging of een huisverbod wordt opgelegd, betreft de burgemeester uitsluitend de in de bijlage bij het Besluit tijdelijk huisverbod (hierna: Bth) opgenomen feiten en omstandigheden.¹⁵⁰ Dat wordt het risicotaxatie-instrument huiselijk geweld (hierna: RiHG) genoemd. Het opleggen van het huisverbod is een discretionaire bevoegdheid, maar kan alleen worden aangewend in het licht van de factoren die het besluit noemt. Deze feiten en omstandigheden zien volgens artikel 2 lid 2 Bth op de persoon ten aanzien van wie wordt overwogen een huisverbod op te leggen, het verloop van het incident dat de aanleiding is te overwegen een huisverbod op te leggen en de leefomstandigheden van de persoon en degenen die met deze persoon in dezelfde woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven.

De uithuisgeplaatste kan op grond van artikel 6 Wth, ten aanzien van het huisverbod, om een voorlopige voorziening verzoeken als bedoeld in artikel 8:81 Awb, dat vervolgens binnen drie dagen behandeld wordt. Op grond van artikel 6 lid 2 Wth betreft de rechter bij de beoordeling van het huisverbod tevens de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan ná het opleggen van het huisverbod. Daaruit zou kunnen blijken dat de dreiging van gevaar of het vermoeden daarvan zich ten tijde van de beoordeling door de rechter niet langer voordoet, zodat het niet gerechtvaardigd is het huisverbod te laten voortduren. Ook kan tegen een huisverbod beroep worden ingesteld bij de rechtbank (zonder dat eerst bezwaar nodig is) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Wanneer de uithuisgeplaatste het huisverbod overtreedt, geldt dat als een strafrechtelijk misdrijf en kan deze persoon op grond van artikel 11 Wth worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een geldboete van de vierde categorie.

3.11.2 *Praktijk en rechtspraak*

Bij de afweging of een huisverbod wordt opgelegd, betreft de burgemeester dus uitsluitend de in de bijlage bij het Bth/RiHG opgenomen feiten en omstandigheden. Gemeenten kunnen binnen dat kader ook hun eigen beleid opstellen omtrent het opleggen van het huisverbod. In de eerste jaren na de invoering

¹⁴⁸ Artikel 2 lid 4 Wth.

¹⁴⁹ Artikel 2 lid 7 Wth.

¹⁵⁰ Artikel 2 Bth.

van het huisverbod is er een stijgende tendens in het aantal opgelegde huisverboden, maar rond 2013 zet een daling in. Dit is de aanleiding geweest voor het rapport 'Ups en downs tijdelijk huisverbod binnen de G4' van januari 2020.¹⁵¹ Uit dit rapport blijkt dat de daling voor de vier grote steden (Amsterdam, Rotterdam, Utrecht en Den Haag) niet te verklaren is door een afname van het aantal meldingen huiselijk geweld bij de politie. Wel bleken factoren als veranderingen bij de politie, zoals de vorming van de Nationale Politie in 2013, de verandering in het sociaal domein door de transitie van het participatie- en jeugdbeleid en de totstandkoming in 2015 van een nieuw advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling (Veilig Thuis) redenen te zijn voor de daling in het aantal opgelegde huisverboden. Van het aantal opgelegde huisverboden leidt slechts een fractie daarvan tot een gerechtelijke procedure. Zo staan er op rechtspraak.nl gemiddeld zo'n vijftig uitspraken over het huisverbod per jaar, terwijl er bijvoorbeeld in 2018 wel zo'n 2000 huisverboden zijn opgelegd (maar daarbij is van belang te realiseren dat slechts een fractie van de rechtbankuitspraken wordt gepubliceerd).¹⁵²

Damen beschrijft helder op welke wijze de rechter de oplegging van een huisverbod toetst:

"2. De besluitvorming over een tijdelijk huisverbod verloopt in twee fases. Volgens de Afdeling is de bevoegdheid tot het opleggen van een tijdelijk huisverbod 'beperkt tot situaties waarin voldoende grond is om aan te nemen, althans ernstig te vermoeden, dat zich een ernstig en onmiddellijk gevaar voordoet voor de veiligheid van personen.' Hoe toetst de rechter dit? 'De rechter beoordeelt of de aangevoerde omstandigheden van dien aard waren dat in het voorliggende geval een bevoegdheid tot oplegging van een huisverbod bestond.' Deze formulering duidt op een volle toetsing van de vaststelling en kwalificatie van de feiten, zonder beoordelingsvrijheid voor de burgemeester. Vervolgens: indien die voldoende grond bestaat, 'dient de burgemeester zorgvuldig te overwegen of aanwending van de bevoegdheid aangewezen is.' Vervolgens 'wordt de afweging van de burgemeester terughoudend getoetst.' Bij deze belangenafweging wordt dus beleidsvrijheid aangenomen, en terughoudend/marginaal getoetst."¹⁵³

Damen concludeert in een andere noot onder een uitspraak inzake een huisverbod dat de Afdeling echter niet altijd consistent is in haar formulering van de volle of marginale toetsing.¹⁵⁴ Zoals de Afdeling heeft uitgemaakt, is het op-

151 *Rapport Ups en downs tijdelijk huisverbod binnen de G4*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 28345, nr. 229.

152 C.A. Schreuder, 'Het tijdelijk huisverbod: tussen familierecht en bestuursrecht', *NTB* 2020/235, p. 596.

153 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2652, *AB* 2014/385, m.nt. L.J.A. Damen.

154 Zie L.J.A. Damen, annotatie bij ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3225, *AB* 2014/384, punt 5-7.

leggen van een huisverbod een ingrijpend instrument waarvan de toepassing zeer grote gevolgen heeft voor het privéleven van betrokkenen.¹⁵⁵ De bevoegdheid daartoe is beperkt tot situaties waarin voldoende grond aanwezig is om aan te nemen of ernstig te vermoeden, dat zich een ernstig en onmiddellijk gevaar voordoet voor de veiligheid van personen. In dat geval moet de burgemeester zorgvuldig overwegen of aanwending van de bevoegdheid aangewezen is. De rechter beoordeelt of de aangevoerde omstandigheden van dien aard waren dat in het voorliggende geval een bevoegdheid tot oplegging van een huisverbod bestond, en betreft daarbij tevens de feiten en omstandigheden na de oplegging. Indien dat het geval is, wordt de afweging van de burgemeester door de bestuursrechter terughoudend getoetst. Dit voorgaande is vaak als standaardrechtsoverweging opgenomen in uitspraken over het huisverbod.

Eén uitspraak van de Afdeling laat zien dat zij kritischer is als het gaat om een verlenging van het huisverbod, zeker als betrokkene reeds met hulpverlening vorderingen heeft gemaakt.¹⁵⁶ In deze uitspraak was het huisverbod verlengd vóórdat een reeds gepland gesprek tussen de bewoners en de uithuisgeplaatste had plaatsgevonden. De Afdeling oordeelt hier dat de burgemeester het besluit tot verlenging van het huisverbod niet zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd had. Toch bleven de rechtsgevolgen in stand omdat uit het gesprek, dat uiteindelijk wel plaatsvond, bleek dat nog steeds feiten en omstandigheden bestonden die een verlenging rechtvaardigden. Al met al kan in ieder geval gesteld worden dat het niet makkelijk is een huisverbod via de rechter van tafel te krijgen, hetgeen ook de volgende uitspraak laat zien.

De Afdeling overweegt in een andere uitspraak dat, gelet op de aard van een huisverbod, die altijd in spoedeisende situaties wordt opgelegd, niet is vereist dat de juistheid van de aan het huisverbod ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden onomstotelijk vaststaan. Voldoende is dat aannemelijk is dat die feiten en omstandigheden zich hebben voorgedaan en dat die feiten en omstandigheden voor de in het besluit genoemde personen een ernstig en onmiddellijk gevaar, dan wel een ernstig vermoeden van een dergelijk gevaar, opleveren. Een enkele verklaring, betwist en niet ondersteund met objectieve gegevens, biedt onvoldoende grond voor het opleggen van een tijdelijk huisverbod.¹⁵⁷ Uit een tweetal uitspraken blijkt verder dat bij het opleggen van een huisverbod rekening kan worden gehouden met de mogelijke gevolgen voor kinderen en een eerder opgelegd huisverbod bij een andere partner.¹⁵⁸

155 Zie onder meer ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1408 en ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3225.

156 ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:67.

157 ABRvS 28 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0146.

158 ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:40 & ABRvS 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:43.

Het opleggen van een huisverbod is niet aan te merken als punitieve sanctie en daarmee ook niet als criminal charge.¹⁵⁹ Een krachtens artikel 2 Wth opgelegd huisverbod staat dan ook niet in de weg aan strafvervolgning wegens het feit waarvoor het verbod is opgelegd.¹⁶⁰

De eerste tien dagen dat het huisverbod geldt, moet de burgemeester prudent omgaan met zijn bevoegdheid het huisverbod op te heffen.¹⁶¹ Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 2 Wth blijkt dat de eerste tien dagen ertoe dienen om andere personen uit het huishouden te beschermen en om de hulpverlening in staat te stellen contact op te nemen met het slachtoffer en de uithuisgeplaatste. Gelet hierop dient de burgemeester deze periode van tien dagen de mogelijkheid te krijgen om de noodzakelijke hulpverlening op te starten. Alleen bijzondere feiten en omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de rechter het huisverbod opheft voordat deze periode is verstreken. Bij de beoordeling of de dreiging van gevaar, of het vermoeden daarvan, daadwerkelijk niet langer bestaat, is van belang of de uithuisgeplaatste inmiddels een reële aanvang met de hulpverlening heeft gemaakt en of de verwachting gerechtvaardigd is dat hij aan hulpverlening blijft meewerken.¹⁶²

In een andere noemenswaardige zaak stelt appellante recht te hebben op schadevergoeding omdat het huisverbod onterecht zou zijn opgelegd. De Afdeling is van oordeel dat de burgemeester uit tegenstrijdige verklaringen ten onrechte heeft afgeleid dat de aanwezigheid van appellante in de woning een ernstig en onmiddellijk gevaar opleverde voor de veiligheid van de partner, althans daarop ten onrechte een vermoeden daaromtrent heeft gebaseerd. Over het door de partner gestelde incident zijn geen objectieve gegevens beschikbaar, bijvoorbeeld in de vorm van letsel of getuigenissen van derden. Daarnaast: naar het oordeel van de Afdeling kan het spoedeisend belang dat betrokken kan zijn bij het opleggen van een huisverbod, er niet toe leiden dat de burgemeester nader onderzoek, dat noodzakelijk is alvorens tot dit ingrijpende middel over te gaan, achterwege laat. Appellante krijgt een schadevergoeding toegekend van 500 euro.¹⁶³

Ook de strafrechter heeft zich uitgelaten over het huisverbod. Zo oordeelt de Hoge Raad dat handelen in strijd met het huisverbod (artikel 11 Wth) slechts strafbaar is, indien het opzet van de uithuisgeplaatste (al dan niet in voorwaardelijke vorm) gericht is op het betreden en het zich in de nabijheid bevinden van de woning, ten aanzien waarvan hem een huisverbod is opgelegd.¹⁶⁴ In deze zaak was de uithuisgeplaatste terug naar de woning gegaan,

159 Zie o.m. ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2495 en ABRvS 19 juli 2017 ECLI:NL:RVS:2017:1922.

160 HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062.

161 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:460.

162 Zie o.m. ABRvS 6 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2384.

163 ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5975.

164 HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2239.

maar hij wist dat zijn vrouw en kind naar het buitenland waren vertrokken en hij hen geen geweld kon aandoen. Formeel gezien heeft hij het huisverbod overtreden, maar zijn opzet zat er niet in hetgeen te doen waardoor hij het huisverbod opgelegd heeft gekregen.

3.11.3 *Literatuur*

Uit een evaluatie van het huisverbod in 2013 komt naar voren dat het huisverbod werkt omdat er minder uithuisgeplaatsten recidiveren.¹⁶⁵ Aanvullend onderzoek naar knelpunten in de uitvoering laat echter zien dat er aspecten rondom het huisverbod zijn, die ervoor zorgen dat in gevallen waarin aan de voorwaarden van de wet wordt voldaan, niet altijd een huisverbod wordt opgelegd. Veel daarvan is terug te voeren op onduidelijkheid over de interpretatie van de wet. Die onduidelijkheid weerhoudt burgemeesters ervan een huisverbod op te leggen omdat het onzeker is of het besluit daartoe bij de rechter standhoudt. De jurisprudentie laat evenwel zien dat een goed gedocumenteerd huisverbodsbesluit vrijwel altijd overeind blijft. Een goede dossieropbouw blijkt erg belangrijk, vooral waar er geen sprake is van een actueel politieincident of waar betrokkenen tegenstrijdige verklaringen geven. In die gevallen moet de rechter zijn afweging maken op grond van de overige feiten en omstandigheden. Die feiten en omstandigheden zijn bepalend voor het oordeel of sprake is van (blijvende) dreiging van ernstig en onmiddellijk gevaar en daarmee of het huisverbod in stand blijft en mensen de zorg krijgen die zij nodig hebben.

3.11.4 *Algemene les*

Een huisverbod is een zeer ingrijpende maatregel die nodig kan zijn om de huisgenoten van de betrokkene veilig te stellen en te beschermen tegen geweld (tevens een verplichting van de overheid op grond van artikel 2 en 3 EVRM). Ondanks de ingrijpendheid ervan wordt het huisverbod niet gezien als een bestraffende sanctie maar als een herstelmaatregel. Er is wel rechtsbescherming mogelijk op korte termijn via de voorlopige-voorzieningenprocedure, maar de toetsing is daar terughoudend. De bestuursrechter stelt strenge eisen aan de vaststelling van de feiten die aan het huisverbod ten grondslag worden gelegd. Het is nog even afwachten in hoeverre het evenredigheidsbeginsel verder doorwerkt in de wettelijk huisverbod-jurisprudentie. Voor een huisverbod is geen voorafgaande rechterlijke toetsing vereist.

165 Zie daarover A. Schreienberg, 'Het tijdelijk huisverbod: een zorgzame sanctie', *Gst.* 2014/19.

3.12 Categorie openbare orde: gebiedsverboden

3.12.1 Inleiding: instrument en wetgeving

De regeling met betrekking tot bevoegdheden voor gebiedsverboden is ingrijpend veranderd met de invoering van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (verder: WMBVEO) op 1 september 2010. De wet was een wens van de Tweede Kamer om zowel ernstige overlast in de openbare ruimte als voetbalvandalisme aan te pakken¹⁶⁶ en geeft burgemeesters de bevoegdheid om gebiedsverboden op te leggen. Ook de officier van justitie kan op grond van de WMBVEO onder voorwaarden een daartoe strekkende gedragsaanwijzing geven. De trend lijkt te zijn dat gebiedsverboden vaker worden opgelegd met minder aandacht voor het begrip ‘openbare orde’.

Artikel 172a Gemeentewet (Gemw) geeft burgemeesters de bevoegdheid om bij herhaaldelijke of ernstige verstoring van de openbare orde en bij ernstige vrees voor herhaling van een gebiedsverbod, een groepsverbod en/of een meldingsplicht op te leggen voor de duur van drie maanden, maximaal drie keer te verlengen. Artikel 172b Gemw regelt gebiedsverboden voor minderjarigen. De bevoegdheid van artikel 172a lid 1 Gemw is bedoeld voor de aanpak van ernstige overlast die wordt veroorzaakt door incidentele en notoire hooligans en ‘gevallen van aanhoudende terugkerende overlast’, waarbij de bevoegdheden op grond van de APV eventueel in combinatie met strafrechtelijk optreden onvoldoende zijn.¹⁶⁷ De gedragsaanwijzingen hebben geen bestraffend karakter: de burgemeester moet aanwijzingen motiveren met argumenten die ontleend zijn aan het belang om herhaling van ordeverstoring te voorkomen.¹⁶⁸

De Tweede Kamer heeft de reikwijdte van artikel 172a Gemw nog fors uitgebreid ten opzichte van het eerste regeringsvoorstel, door de maximale termijn voor een gedragsaanwijzing van drie maanden te verlengen tot een jaar, een zelfstandige meldingsplicht mogelijk te maken en de gedragsaanwijzing niet alleen bij groepsgewijze overlast maar ook bij individuele overlast mogelijk te maken.¹⁶⁹ Per 1 juli 2015 is de WMBVEO gewijzigd. Met de wijziging moest artikel 172a makkelijker toepasbaar zijn op voetbalvandalen.¹⁷⁰ De wijziging maakte mogelijk dat ook *first offenders* die de openbare orde ernstig hebben verstoord en waarbij vrees voor herhaling bestaat, gedragsaanwijzingen opgelegd kunnen krijgen. Ook is dit nu mogelijk voor personen die

166 *Kamerstukken II* 2005/06, 28684, nr. 76.

167 *Kamerstukken I* 2009/10, 31467C, p. 8 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33882, nr. 3, p. 5-9.

168 M.A.D.W. de Jong, ‘Commentaar op art. 172a Gemw’, in: J.L.W. Broeksteeg & L.L. van der Laan, *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

169 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

170 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

herhaaldelijk de orde verstoord hebben en waarbij herhaling te vrezen is. Bij dat laatste geldt dan de eis dat sprake is van ernstige verstoring niet. Ook kunnen burgemeesters gedragsaanwijzingen opleggen aan een persoon die van een private organisatie (zoals de KNVB) een bevel heeft gekregen waaruit de burgemeester kan afleiden dat ernstig gevreesd moet worden dat diegene de openbare orde zal verstoren.¹⁷¹

Volgens de Memorie van Toelichting mag artikel 172a gelet op het subsidiariteitsbeginsel pas worden gebruikt als andere, minder ingrijpende bevoegdheden (de APV of artikel 172 lid 3 Gemw) zijn geprobeerd.¹⁷² De toegevoegde waarde van de WMBVEO zit er met name in dat langere gebiedsverboden en een meldingsplicht mogelijk zijn.¹⁷³ Gebiedsverboden kunnen ook een grondslag krijgen in de APV (de algemene openbare orde-regeling). Veel gemeenten hebben in de APV een regeling opgenomen voor het geven van gebieds- of verblijfsverboden. Over de toepassing van de APV voor gebiedsverboden wordt door gemeenten heel verschillend gedacht. Sommige gemeenten lijken uitsluitend de APV toe te passen. Het gebruik van gebiedsverboden is toegenomen, met name in grotere gemeenten.¹⁷⁴ Ook blijkt uit onderzoek van Tuk en Van den Bor dat de WMBVEO in grote gemeenten het meest wordt gebruikt voor individuele overlast. Daarnaast schrijven Tuk en Vols dat de gemeente ook steeds vaker gebiedsverboden oplegt op basis van artikel 172 lid 3 Gemw.¹⁷⁵ Gemeenten lijken het begrip ‘openbare orde’ steeds ruimer te interpreteren en rechters gaan daarin mee. Per geval moet worden afgewogen welke maatregel het meest passend en effectief is tegen een bepaald type overlast. Inzet van de WMBVEO begint daarom met een probleemanalyse waarin wordt bepaald of de maatregelen uit de WMBVEO in aanmerking komen voor dit geval en of deze het beoogde effect zullen hebben. Dit wordt afgestemd tussen diverse veiligheidspartners, zoals het bestuur en het Openbaar Ministerie.¹⁷⁶ De burgemeester moet dan concreet aangeven (‘voldoende aannemelijk maken’) welke ernstige ordeverstoringen iemand heeft veroorzaakt en waarom ernstige vrees voor herhaling bestaat.¹⁷⁷ Uit onderzoek van De Jong blijkt dat artikel 172b Gemw voor gedragsaanwijzingen voor 12-minners niet gebruikt wordt in de praktijk. Problemen met mensen van 12 jaar of jonger willen gemeenten liever aanpakken via hulpverlening.¹⁷⁸

171 De Jong in: *T&C GPW* 2021, Wet MBVEO.

172 *Kamerstukken I* 2009/10, 31467C, p. 1, p. 3, p. 4 en p. 6.

173 Pro Facto, *Op doel? Evaluatie Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast*, Groningen: 2012, p. 83.

174 M.I. Tuk & L.M. van den Bor, ‘De toepassing van gebiedsverboden op grond van de gewijzigde Wet MBVEO in de praktijk’, *Gst.* 2019/113.

175 M. Tuk & M. Vols, ‘Ondermijning en het openbare-orderecht’, *NJB* 2018/1190, p. 1708.

176 Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, toepassing in de praktijk*, Den Haag 2012, p. 30.

177 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

178 M.A.D.W. de Jong e.a., *Orde in de openbare orde*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 52.

3.12.2 *Rechtspraak*

Volgens de memorie van toelichting moeten bij toepassing van artikel 172a Gemw eerst minder ingrijpende bevoegdheden worden geprobeerd. De rechter toetst deze eis niet altijd heel strikt. In een zaak waar de burgemeester iemand op grond van artikel 172a lid 1 Gemw een groepsverbod en meldplicht had opgelegd voor drie maanden, bepaalde de rechter dat dit voldeed aan het subsidiariteitsbeginsel. Het was immers minder ingrijpend dan een gebiedsverbod, nu het groepsverbod slechts inhield dat de persoon zich alleen op dagen van voetbalwedstrijden in de Arena niet in een groep in de omgeving mocht bevinden en zich moest melden.¹⁷⁹ Als de rechter een gebiedsverbod toetst aan proportionaliteit, is vooral van belang of de overlastgevende feiten hebben plaatsgevonden in het gebied. Er mag wel rekening mee worden gehouden dat het overlastgevend gedrag zich niet gewoon verplaatst. Bij goede onderbouwing kan dus het gebiedsverbod ruimer worden ingesteld.¹⁸⁰ De rechter toetst niet heel indringend. De bestuursrechter toetst of de burgemeester in redelijkheid tot een gebiedsverbod van een dergelijke omvang had kunnen komen.¹⁸¹ Ook als de termijn van de gedragsaanwijzing verstreken is, kan belanghebbende nog procesbelang hebben. Een gedragsaanwijzing is namelijk een publieke afwijzing van een bepaalde gedraging en kan de eer en goede naam aantasten.¹⁸²

De overlast en de ernstige vrees voor herhaling hoeven niet wettig en overtuigend worden bewezen. Het gaat om een bestuursrechtelijke reparatoire maatregel waarbij concrete aanwijzingen volstaan. Dat iemand eerder betrokken was bij ernstige ordeverstoringen kan een dergelijke concrete aanwijzing zijn.¹⁸³ Tot slot kan de burgemeester ook ordeverstoringen die iemand elders heeft veroorzaakt in verband met voetbal ten grondslag leggen aan een meldplicht en gebiedsverbod in de eigen gemeente. Het is niet noodzakelijk dat ordeverstoringen zich in één gemeente afspelen, maar wel dat de persoon daarbij betrokken was.¹⁸⁴ De burgemeester kan met gebiedsverboden het grondrecht op bewegingsvrijheid vergaand beperken. Het opleggen van een meldingsplicht kan het dagelijks leven zodanig beïnvloeden dat het recht op privacy wordt aangetast. De wet moet voldoende waarborgen bevatten tegen misbruik en voldaan moet worden aan de eisen die volgens vaste jurispruden-

179 Rb. Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140, r.o. 9.5.

180 Bijv. Rb. Amsterdam 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4865.

181 B.W.A. Jue-Volker, *Gebiedsverboden in het bestuursrecht en het strafrecht: uitbreiding of wildgroei?* (Preadviezen Jonge VAR, Jonge VAR-reeks, nr 14) Den Haag: Boom Juridisch 2015, p. 6.

182 Rb. Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140.

183 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2112 en De Jong in: *T&C GPW* 2021.

184 Rb. Amsterdam 6 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1774.

tie gelden.¹⁸⁵ Een gebiedsverbod mag er in beginsel niet toe leiden dat iemand zijn woning, naaste familie of werk niet meer kan bereiken.¹⁸⁶

3.12.3 *Literatuur*

Jue-Volker schrijft in haar preadvies voor de Jonge VAR dat het toepassingsbereik scherper zou moeten worden onderscheiden: de lichte bevelsbevoegdheid van 172 lid 3 Gemw is voor plotseling opkomende overlast; artikel 172a Gemw voor structurele, ernstige vormen van overlast. Zij schrijft dat de wetgever dat onderscheid heeft verzwakt door het schrappen van de eerder vereiste herhaaldelijkheid, en hiermee is ook de toegevoegde waarde van artikel 172a Gemw verminderd.¹⁸⁷ Ook schrijft ze dat de nieuwe gebiedsverbodsbepalingen in de Gemeentewet onmiskenbaar geformuleerd zijn naar de wens van de wetgever om snel op te kunnen treden. Dit gaat ten koste van belangrijke waarborgen en een (voorafgaande) rechterlijke toetsing. Tot slot stelt De Jong dat de WMBVEO een ruimer toepassingsbereik heeft gekregen dan voor 2015 en dat door *first offenders* een gedragsaanwijzing op grond van de wet te kunnen opleggen, de handhaving van de openbare orde meer op de achtergrond is geraakt.¹⁸⁸ De Jong stelt ook dat de toegang tot de bestuursrechter goed geregeld is, zeker nu de rechter soepel omgaat met het procesbelang.¹⁸⁹

3.12.4 *Algemene les*

Er zijn verschillende grondslagen voor het opleggen van gebiedsverboden. De favoriete grondslag verschilt per gemeente. Sommige gemeenten geven aan alleen de APV te gebruiken. Grotere gemeenten lijken vaker met gebiedsverboden te werken dan kleinere gemeenten. Het begrip ‘openbare orde’ ten behoeve waarvan gebiedsverboden opgelegd kunnen worden, lijkt steeds ruimer geïnterpreteerd te worden¹⁹⁰ en de rechter zou daarin meegaan. Gebiedsverboden lijken vrij makkelijk op te leggen, zeker na de wetwijziging in 2015 waarmee ook *first offenders* een gedragsmaatregel opgelegd kunnen krijgen. Daarnaast kan met de huidige gebiedsverbodsbepalingen heel snel gehandeld worden en dat kan ten koste gaan van waarborgen, terwijl gebiedsverboden wel in strijd kunnen komen met grondrechten. De rechterlijke toetsing is weinig intensief. Voor de oplegging van een gebiedsverbod is geen voorafgaande rechterlijke instemming vereist. Er is wel rechtsbescherming mogelijk op kor-

185 Pro Facto 2012, p. 16.

186 De Jong in: *T&C GPW* 2021.

187 Jue-Volker 2015, p. 39.

188 De Jong e.a. 2017, p. 51.

189 De Jong e.a. 2017, p. 51.

190 J.G. Brouwer, ‘Wat is openbare orde? Bevoegdheden van burgemeester niet onbegrensd’, *NJB* 2016/1561.

te termijn via de voorlopige-voorzieningenprocedure, maar daar vindt een terughoudende toetsing plaats.

3.13 Categorie bijzonder: vreemdelingenbewaring

3.13.1 *Inleiding*

Vreemdelingenbewaring beoogt te voorkomen dat mensen die Nederland moeten verlaten zich onttrekken aan een uitzetting. Dit is neergelegd in met name de Vreemdelingenwet 2000 (verder: VW 2000). Hoofdstuk 5 van deze wet gaat over vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende maatregelen. Artikel 59 VW 2000 regelt inbewaringstelling in het kader van uitzetting. Artikel 50 VW 2000 bepaalt dat vreemdelingen staande kunnen worden gehouden. Dan kunnen ze worden overgebracht naar een plaats voor verhoor waar zij maximaal zes uur mogen worden opgehouden. Als blijkt dat de persoon geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft, kan deze worden opgesloten in een detentiecentrum, in afwachting van uitzetting uit Nederland. De vreemdeling verblijft daar onder het regime van beperkte gemeenschap zoals vastgelegd in de Penitentiare beginselenwet (PBW). Deze wet is volledig op deze groep mensen van toepassing. De maatregel inbewaringstelling is geen straf en is een ‘ultimum remedium’, althans volgens de wetgever. Alleen als geen alternatief voorhanden is, mag in een individueel geval deze maatregel worden ingezet.¹⁹¹

3.13.2 *Wetgeving*

De Vreemdelingenwet 2000

Op grond van artikel 6 VW 2000 kunnen vreemdelingen worden gedetineerd in verband met een toegangswegiging tot het land. Op grond van artikel 59 VW 2000 kunnen vreemdelingen worden gedetineerd met oog op hun uitzetting. Deze laatste vallen onder de Penitentiare Beginselenwet. Het huidige artikel 59 VW 2000 bepaalt dat als het belang van de openbare orde of de nationale veiligheid het vordert, met het oog op de uitzetting, de minister een vreemdeling in bewaring kan stellen die a. geen rechtmatig verblijf heeft of b, een rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8 onder f, g en h, niet zijnde een vreemdeling als bedoeld in 59a of 59b VW 2000. Onder b wordt de reikwijdte van lid 1 dus beperkt tot vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben uit hoofde van een aanvraag voor een verblijfsvergunning. Als de aan-

191 Nationale Ombudsman, ‘Grenzen aan vreemdelingenbewaring. Een onderzoek naar de uitvoering van vreemdelingenbewaring’, 2020/02, p. 5 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32420, p. 15.

vraag wordt afgewezen, kan iemand weer in bewaring worden gesteld, maar als deze persoon dan bezwaar maakt of beroep instelt, moet de inbewaringstelling weer worden opgeheven. Door de tijd heen kan de status van een vreemdeling wijzigen van rechtmatig naar onrechtmatig en omgekeerd. De wijziging van de status van een vreemdeling heeft gevolgen voor de mogelijke grondslag voor inbewaringstelling. Onder artikel 59 VW 2000 kan worden gewisseld tussen de a- en de b- grond. Er moet dan een nieuw besluit worden genomen dat ook weer deugdelijk moet worden gemotiveerd.¹⁹² Artikel 59 lid 2 bepaalt dat als de noodzakelijke stukken voor uitzetting (op korte termijn) voorhanden zijn, de eventuele inbewaringstelling gevorderd moet worden door het belang van de openbare orde.

De Terugkeerrichtlijn

Sinds 24 december 2010 is de Terugkeerrichtlijn van de EU van kracht. In een reeks arresten heeft het Hof belangrijke aspecten van de vreemdelingenbewaring verduidelijkt, zie bijvoorbeeld *Kadzoev* en *Mahdi* (zie hierna onder rechtspraak). Als de derdelander niet vrijwillig is vertrokken of als geen termijn voor vertrek is vastgesteld, kan de lidstaat een verwijderingsbesluit nemen. Artikel 8 lid 4 van de richtlijn verplicht staten om zo nodig dwangmaatregelen toe te passen. In het uiterste geval kan de derdelander in bewaring worden gesteld (artikel 15 -17 Terugkeerrichtlijn).¹⁹³ Artikel 15 lid 3 Terugkeerrichtlijn bepaalt dat de inbewaringstelling met redelijke tussenpozen wordt getoetst op verzoek van de derdelander, of ambtshalve. Bij lange bewaring wordt de toetsing aan controle door een rechterlijke autoriteit onderworpen. Na de inwerkingtreding van de richtlijn en dit artikel bleef wel ruimte bestaan voor een terughoudende toets. De rechtbank moet sinds de richtlijn beoordelen 'of de minister zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen dan de inbewaringstelling doeltreffend konden worden toegepast'.¹⁹⁴

Wet Terugkeer en Vreemdelingenbewaring

Met deze nieuwe wet wil de wetgever het ultimatum remedium-karakter benadrukken en zo aansluiten bij de terugkeerrichtlijn.¹⁹⁵ Voor volwassen vreemdelingen wordt een onderscheid gemaakt tussen het verblijfs- en beheersregime. De PBW kent dit onderscheid niet. Het uitgangspunt is dat iemand in het verblijfsregime wordt geplaatst tenzij het met het oog op de handhaving van de orde en veiligheid in de inrichting in het beheersregime dient te worden ge-

192 J.A. Raukema, 'Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Vreemdelingenwet 2000, Artikel 59 [Inbewaringstelling]', *kluwer.nl actueel* t/m 06-07-2017.

193 Ministerie van Justitie en Veiligheid, 'Illegaal verblijf en illegale immigratie', *ecer.minbuza.nl*.

194 ABRvS 28 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ379, *Jf* 2011/261 (201100194/1/V3).

195 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 21 en artikel 15 Terugkeerrichtlijn.

plaatst.¹⁹⁶ In het beheersregime is minder vrijheid. Hoofdstuk 5 VW 2000 wordt ook ingrijpend aangepast. Beoogd is om de inzet van de vrijheidsbeperkende maatregelen beter te laten aansluiten bij onder meer de EU-Terugkeerrichtlijn. Het wetsvoorstel past bijvoorbeeld het huidige artikel 56 VW 2000 aan met een formulering die is gericht op de voorbereiding van het vertrek en de verwijdering van de vreemdeling. Daarbij is het element openbare orde en nationale veiligheid als grondslag voor de maatregel komen te vervallen.

Het nieuwe artikel 59 moet gaan luiden: “een vreemdeling die niet rechtmatig in Nederland verblijft, kan door de minister met het oog op de uitzetting in vreemdelingenbewaring worden gesteld, als a. er risico op onttrekking bestaat, of b. de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.” Ook hier verdwijnt dus de formulering met de openbare orde en nationale veiligheid als element en komt de focus te liggen op het vertrek. De regels omtrent visitatie zijn iets aangepast. Voorheen ging het standaard om een handmatig onderzoek aan het lichaam. Dat blijft nu mogelijk, maar alleen als de röntgenscanner buiten werking is of als sprake is van een andere dringende reden.¹⁹⁷ Kritiek is er ook. Het beheersregime kent de meeste beperkingen en geldt sowieso bij binnenkomst van een vreemdeling bij de inrichting. Isolatie en visitatie blijven mogelijk¹⁹⁸ onder de nieuwe wet en in de nieuwe wet is geen specifiekere toets met een motiveringseis opgenomen over waarom er geen minder dwingende maatregel opgelegd kan worden. Ook is niets opgenomen over herhaalde inbewaringstelling.¹⁹⁹

3.13.3 *Rechterlijke toetsing*

In een individueel geval moet altijd goed worden beargumenteerd waarom inbewaringstelling nodig is en moet worden nagegaan of een lichter middel volstaat. De beginselen van doelmatigheid en proportionaliteit moeten voortdurend in acht worden genomen. De uitvoering moet met strikte waarborgen worden omkleed. Met het in bewaring stellen van minderjarigen wordt zeer terughoudend omgegaan.²⁰⁰ Bij de vreemdelingenbewaring is geen voorafgaande rechterlijke toestemming vereist. De staatssecretaris kan de vreemdelingen in bewaring stellen als aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan. Net als bij de vrijheidsbeneming in het kader van het Wetboek van Strafvordering of de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg of de Wet Zorg en dwang (opvolgers van de Wet Bopz) is het *habeas corpus*-beginsel van toe-

196 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 14.

197 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 177.

198 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 177.

199 *Kamerstukken II* 2015/16, 34309, nr. 3, p. 16.

200 *Kamerstukken II* 2010/11, 32420, nr. 7, p. 15.

passing. Dit schrijft een rechterlijke toetsing van de vrijheidsbeneming op korte termijn voor. Dit is niet het geval bij vreemdelingenbewaring. De termijn voor rechterlijke toetsing bedraagt zes weken.

3.13.4 *Rechtspraak*

Volgens een uitspraak van de Afdeling heeft de staatssecretaris een te beperkte invulling gegeven aan zijn onderzoeksplicht. Tijdens een gesprek met iemand van de Dienst Terugkeer en Vertrek is de vreemdeling immers niet duidelijk gemaakt dat hij feiten of omstandigheden kon aanvoeren tegen de rechtmatigheid van zijn bewaring en later is hij evenmin in de gelegenheid gesteld om feiten en omstandigheden naar voren te brengen voor toepassing van een lichter middel. De grief slaagt reeds omdat de staatssecretaris niet heeft betoogd dat de vreemdeling door het gebrek in het gehoor niet in zijn belangen is geschaad. De vreemdeling krijgt een vergoeding (r.o. 3 en 4).²⁰¹ Uit een eerdere uitspraak van de Afdeling volgt dat de vreemdeling voorafgaand aan het opleggen van een inbewaringstelling duidelijk gemaakt moet worden dat hij eventuele bijzondere feiten of omstandigheden met betrekking tot zijn belang kan aanvoeren, die tot het oordeel kunnen leiden dat in zijn geval met een lichter middel moet worden volstaan.²⁰² In het arrest *Kadzoev* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) duidelijk gemaakt dat openbare orde geen grond is voor vreemdelingenbewaring. In tegenstelling tot de Opvangrichtlijn voorziet de Terugkeerrichtlijn hier niet in. De bewaring moet zijn gericht op verwijdering van de persoon en mag niet opgelegd worden als maatregel in verband met de openbare orde of veiligheid. Daarnaast maakt het HvJ EU duidelijk dat als iemand een asielverzoek heeft ingediend waardoor de uitzettingsprocedure wordt opgeschort, dit niet mag leiden tot een overschrijding van de maximale bewaringstermijn.²⁰³ Uit het arrest *Mahdi* van het Luxemburgse Hof blijkt o.a. dat een inbewaringstelling met opgave van feitelijke en juridische gronden moet worden opgelegd, om hiermee de vreemdeling zo goed mogelijk in staat te stellen zijn rechten te verdedigen.²⁰⁴ Verder bepaalt het Hof dat niet-terughoudend wordt getoetst bij de controle van het verlengingsbesluit door de rechter. Ook de beoordeling van formele gebreken van de bewaring, de aan de bewaring ten grondslag gelegde gronden en de belangenafweging worden niet-terughoudend getoetst. De staatssecretaris mag niet meer volstaan met een motivering dat is voldaan aan de voorwaarden voor een verlenging van de bewaring, maar moet tevens motiveren dat aan de andere eisen van rechtmatige

201 ABRvS 27 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1730.

202 ABRvS 24 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3083.

203 HvJ EU 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741 (*Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*).

204 HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320 (*Mahdi t. Bulgarije*).

bewaring is voldaan. Deze uitvoerige motiveringsplicht geldt ook voor het aanvankelijke bewaringsbesluit.²⁰⁵ Dit arrest is aanleiding geweest voor de Afdeling om de rechterlijke toetsing van bewaringszaken aan te passen. Bestuurlijke besluiten over de opheffing van bewaring worden nu dus niet langer terughoudend, maar intensief getoetst. De Afdeling leidt uit het arrest af dat de rechter zijn oordeel over de vraag of in een specifiek geval een andere lichtere maatregel dan kunnen volstaan, in de plaats moet kunnen stellen van dat van het bestuur.²⁰⁶

3.13.5 Literatuur

Cornelisse schrijft dat vreemdelingen regelmatig gedurende lange tijd worden vastgehouden onder een regime dat geen recht doet aan het bestuursrechtelijke karakter van de maatregel. Soms gaat de vreemdelingendetentie zelfs gepaard met meer beperkingen dan een strafrechtelijke detentie.²⁰⁷ Uit een rapport van de ombudsman blijkt dat een vrouw in vreemdelingenbewaring gevraagd werd haar hoofddoek permanent af te geven aan twee vrouwelijke arrestantenwachten in aanwezigheid van twee mannen. Ook een geïmproviseerde hoofddoek van Kleenex zakdoeken werd afgenomen. De inbreuk op het recht van vrijheid van godsdienst werd in dit geval gerechtvaardigd geacht nu in het verleden een vrouw zelfmoord had gepleegd met gebruik van een hoofddoek.²⁰⁸ Verder mogen vreemdelingen in bewaring geen arbeid verrichten. Volgens de minister hoeven vreemdelingen immers niet ‘geresocialiseerd’ te worden want ze keren niet in terug in ‘onze’ samenleving.²⁰⁹ Daarnaast geven sommige vreemdelingen aan af te zien van een ziekenhuisbezoek omdat bij het vervoer in detentie standaard gebruikgemaakt wordt van hand- of koppelboeien én een broekstok. Voor de combinatie hiervan is geen wettelijke basis. Hongerstakingen worden in een isoleercel geplaatst. Tot slot worden bijna geen zaken aangespannen bij de burgerlijke rechter door vreemdelingen wier rechten werden geschonden in detentie. Cornelisse schrijft verder dat de Afdeling het evenredigheidsbeginsel bij de invulling van de rechterlijke toets van de vraag naar of een lichter middel dan bewaring mogelijk was, onjuist toepast. In zaken waar de Afdeling toetst of er een lichter middel had volstaan, oordeelt zij, zodra er voldoende gronden voor bewaring waren, dat ‘de staatssecretaris

205 ABRvS 23 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:232; ABRvS 23 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:674, *JV* 2015/93 en ABRvS 10 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1309.

206 ABRvS 23 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:232, *JV* 2015/63, paragraaf 2.2. en G. Cornelisse, ‘Van de Magna Carta tot Mahdi: Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke toetsing van vreemdelingendetentie’, *Asiel- & Migrantenrecht* 2015 (5/6), p. 199-204, p.200.

207 G. Cornelisse, ‘Handboeien en isoleercellen. Over de gebrekkige implementatie van mensenrechten in de vreemdelingenbewaring’, *AA* 2011, afl. 5, p. 339-344.

208 Rapport van de Nationale Ombudsman, 26 augustus 2010, 2010/238.

209 Cornelisse, *AA* 2011, p. 342.

zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen konden worden toegepast'. Dit was alleen anders als de vreemdeling bijzondere feiten of omstandigheden had aangevoerd waardoor zijn persoonlijke situatie de maatregel onevenredig maakte. Na *Mahdi* lijkt deze toetst niet echt te zijn veranderd. Eerst kijkt de Afdeling of er grieven zijn gericht tegen het oordeel dat de vreemdeling niet meewerkt aan de uitzetting en dan overweegt zij dat de vreemdeling niets heeft aangevoerd met betrekking tot persoonlijke belangen op grond waarvan de maatregel onevenredig zou moeten zijn. Dan stelt zij dat de staatssecretaris zich daarom terecht op het standpunt heeft gesteld dat een lichter middel niet volstond.

De Afdeling toetst hiermee niet of het bestuur een lichter middel had moeten toepassen en toetst dus niet de noodzaak van de detentie. In plaats daarvan toetst zij de gronden voor bewaring zoals aangevoerd door de staatssecretaris. Als deze dan voldoende zwaarwegend zijn, komt de rechterlijke toets pas weer in beeld bij de vraag of de bewaring onevenredig bezwarend is. Hiermee verschilt de manier van toetsing helemaal niet met de manier van vóór *Mahdi*, zo stelt Cornelisse. De gronden voor bewaring die de staatssecretaris aanvoerde, werden immers altijd al vol getoetst.²¹⁰ Zo stelt de Afdeling in een post-*Mahdi*-uitspraak dat er geen lichter middel hoeft te worden toegepast om de uitzetting te verzekeren, *omdat* de vreemdeling niet vrijwillig vertrekt.²¹¹ In een rapport over de implementatie en interpretatie van de Terugkeerrichtlijn blijkt dat nationale rechtspraak een genuanceerd beeld zichtbaar maakt van de manier waarop de Afdeling invulling geeft aan de normen uit de Terugkeerrichtlijn en de rechtspraak van het HvJ EU. De Afdeling ziet streng toe op de navolging van de motivering van een bewaringsmaatregel. Aan de andere kant oordeelt de Afdeling dat de vraag in hoeverre een strafrechtelijke veroordeling aanleiding kan zijn om een onttrekkingsrisico aan te nemen, dit alleen een grond kan zijn voor bewaring als de veroordeling verband houdt met het risico op onttrekking aan het toezicht.²¹²

3.13.6 Algemene les

Op grond van deze analyse lijkt er zeker ruimte voor verbetering bij vreemdelingenbewaring en zijn aanpassingen in de wet nodig. Inbewaringstelling is gevoelig voor grondrechtenschendingen en wat isolatie en visitatie betreft, lijkt dat met de huidige nieuwe wetgeving niet heel veel beter te worden. Vreemdelingenbewaring kan worden opgelegd zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, terwijl de toetsing achteraf vaak langer op zich laat wachten. De

210 Cornelisse, *Asiel & Migrantenrecht* 2015(5/6), p. 201.

211 ABRvS 23 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:674, *JV* 2015/93.

212 M. Klaassen & P. Rodrigues, 'Interpretatie en implementatie van de Terugkeerrichtlijn', *WODC en Ministerie van Justitie en Veiligheid* 2021.

inhoud van de toets lijkt te terughoudend met name op het punt van de subsidiariteit.

3.14 Conclusie

De voorgaande casestudies (die niet de pretentie van volledigheid hebben) laten zien dat de overheid een groot arsenaal aan meer en minder ingrijpende repressieve (bestuursrechtelijke) instrumenten tot haar beschikking heeft gekregen, waarbij het bestuur vaak discretionaire bevoegdheid heeft om het middel al dan niet in te zetten. Deze instrumenten zijn gecreëerd om ongewenste situaties te voorkomen of uit de wereld te helpen. Duidelijk is dat de overheid bij veel problemen bestuursrechtelijke maatregelen als oplossing ziet. Daaraan zal zeker bijgedragen hebben dat deze in de regel zonder voorafgaande rechterlijke toestemming kunnen worden toegepast (zij het dat er wel kan worden verzocht om een voorlopige voorziening strekkende tot schorsing van de maatregel, maar daarbij wordt terughoudend getoetst), ook wanneer ze ingrijpend zijn. Tegelijk valt op dat de wetgever vaak ook probeert de waarborgen voor geadresseerden van dergelijke maatregelen beperkt te houden en er in ieder geval geen sprake is van een samenhangende visie op de vraag welke waarborgen gepast zijn bij bepaalde typen maatregelen, ook in relatie tot het strafrecht. En ook daar spelen efficiencyoverwegingen een belangrijke rol. De rechtspraak op haar beurt reageert daar wel op, maar vaak met de nodige vertraging en ook pas nadat sprake is van duidelijke uitwassen. Ook is een probleem dat sommige toezichtshandelingen (zoals het gebruik van algoritmen) niet leiden tot een sanctiebesluit, waardoor bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet mogelijk is en de civiele rechter zijn rol als restrechter niet kan vervullen doordat feitelijke informatie vaak ontbreekt.

Maar als de rechtspraak vaststelt dat er aan een bepaalde maatregel te veel bezwaren kleven, dan wordt daaraan ook paal en perk gesteld. Althans voor zover dat valt na te gaan. Een wijziging van een standaardtoetsingsformule in de rechtspraak betekent immers nog niet een-op-een een daadwerkelijke verbetering van de rechtspositie.²¹³ Daarvoor is ook vereist dat rechters echt kritisch zijn en de overheid in een concrete zaak ook durven terug te fluiten. Ook zal de bestuursrechter voldoende gebruik moeten maken van de procedurele gereedschapskist die de Algemene wet bestuursrecht biedt (zoals het horen van getuigen en het benoemen van deskundigen) om daarmee de feitenvaststelling door het bestuur kritisch te bejegenen. Verder valt op dat het evenre-

213 Daar komt nog bij dat slechts een fractie (rond de 5%) van alle rechterlijke uitspraken op rechtspraak.nl wordt gepubliceerd. Dat is natuurlijk schrikbarend weinig en dat cijfer moet echt fors omhoog, willen we van echte transparantie van rechtspraak kunnen spreken.

digheidsbeginsel voor de balans tussen de instrumentele belangen van de overheid en de waarborgen van door een maatregel getroffen individu steeds centraler komt te staan, terwijl nog verder moet uitkristalliseren welke impact de toepassing in concrete zaken daarvan zou moeten hebben. Matiging van een boete met 50% klinkt namelijk weliswaar als een duidelijke bijdrage aan evenredige uitkomsten, maar is dat wel zo als de standaardboete 10.000 euro bedraagt en de geadresseerde een laag inkomen heeft?²¹⁴

214 Vgl. A.T. Marseille, annotatie bij ABRvS 10 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:272, *AA* 2021, p. 1029-1034.

4 | Lessen voor wetgever, bestuur, rechter en burgers: op zoek naar een betere en meer structurele balans bij de introductie en inzet van repressieve bestuursrechtelijke instrumenten

4.1 Introductie

Na het in het vorige hoofdstuk geschilderde rijke palet van toezichtsmiddelen, maatregelen en sancties past het om in dit hoofdstuk de balans op te maken. In dit hoofdstuk bezien we nader welke rechtsbescherming hierbij passend is, mede in het licht van de eisen van een *effective remedy* voor een nationale instantie, zoals opgenomen in artikel 13 EVRM en artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest (voor zover het gaat om de tenuitvoerlegging van Unierecht).

Een relevante vraag in dit verband is ook of voor de inzet van de betrokken bestuursrechtelijke maatregel *vooraf* rechterlijke toestemming vereist is, hetgeen vaak (Europees) grondrechtelijk niet vereist is, terwijl ook een belangrijke vraag is hoe vol de rechterlijke toetsing op evenredigheid moet zijn. In lijn met de meergenoemde conclusie van Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht, kan het best worden aangesloten bij de ingrijpendheid van de maatregel in kwestie, dus niet bij het vaak wat digitale onderscheid tussen een criminal charge of niet, zoals dat wordt gemaakt in de Straatsburgse (en nationale) jurisprudentie.¹ Dat is terecht omarmd door de hoogste bestuursrechters.²

Bij deze analyse van de bestuursrechtelijke instrumenten is ook relevant dat zij er ook juist toe kunnen dienen om grond- en mensenrechten van anderen te beschermen, denk hierbij bijvoorbeeld aan bestuurlijke maatregelen ter bestrijding van terrorisme (recht op leven van artikel 2 EVRM), het huisverbod (bescherming tegen mishandeling of erger, artikel 2 en 3 EVRM), of de

1 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M Widdershoven & P.J. Wattel).

2 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *JB* 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*uitspraak grote kamer over sluiting drugsband Harderwijk*).

gezondheid (artikel 8 EVRM). De uit deze bepalingen uit het EU-recht en uit het nationale recht voortvloeiende beginselplicht tot handhaving mag er overigens niet toe leiden dat de verschillende maatregelen niet kritisch worden gezien en op evenredigheid worden gewaardeerd.

Een belangrijke graadmeter is ook in hoeverre de geschetste maatregelen en instrumenten een strafrechtelijk equivalent hebben. Is dat inderdaad het geval, dan is een belangrijke vervolgvraag hoe de rechtsbescherming in beide kolommen is verzekerd. Het zou immers vreemd (en mogelijk in strijd met nationale en internationale gelijkheidsnormen) zijn indien deze rechtsbescherming significant verschilt, terwijl het gaat om naar ingrijpendheid vergelijkbare maatregelen.³ Daarbij wordt vanzelfsprekend ook gezien in hoeverre de beschreven maatregelen op zichzelf beschouwd voldoen aan grondrechtelijke en Europees en internationaal gegarandeerde normen ter zake.

Waar het op aankomt is het vinden van het juiste evenwicht tussen de instrumentele benadering en de waarborgbenadering. Het is zaak niet terug te gaan naar het in hoofdstuk 1 van dit preadvies genoemde voorbeeld van bijstand in Groningen in de jaren zeventig van de vorige eeuw, waarbij bijstandsgerechtigden bij wijze van spreken ‘alles konden maken’.⁴ Maar tegelijkertijd is het ook niet wenselijk nog een SyRI- of Toeslagenaffaire te hebben. Hierbij moet ook geregeld de druk worden weerstaan van de media, c.q. publieke opinie (zoals vaak gevolgd door de politiek) die in het ene tijdsgewricht doorslaat naar keiharde aanpak van fraude⁵ en nu soms lijkt door te slaan naar te veel coulance voor de burger en te weinig begrip voor de overheid.⁶ Voor het vinden van deze balans hebben de drie actoren van de trias, de wetgever, het bestuur en de rechter, alle een rol te vervullen. De drie staatsmachten worden hierna achtereenvolgens behandeld. Eerst wordt ingezoomd op vergelijkbare toezichtsmiddelen in het strafrecht.

3 Vgl. Barkhuysen e.a. 2014.

4 Zie C. van der Heijden, ‘Wantrouwen als leidraad. Een labyrint van protocollen’, *De Groene Amsterdammer* 9 januari 2020.

5 Denk aan de zogenoemde Bulgarenfraude van een tiental jaren geleden, die mede ten grondslag heeft gelegen aan de verscherping van (fraude)wetgeving in de sociale zekerheid.

6 In dit verband valt te wijzen op de zogenoemde boodschappenaffaire die in de pers zo werd uitgemeten dat het toch belachelijk was dat een bijstandsmoeder het bedrag van de door haar moeder regelmatig betaalde boodschappen aan de gemeente moest doorgeven. Dat het toch wel iets genuanceerder ligt, wordt geïllustreerd door M.W. Venderbos, ‘De ‘boodschappenaffaire’, *Gst.* 2021/46, afl. 7521, p. 44-53 en CRvB 23 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:1918.; *AB* 2022/54, m.nt. M.W. Venderbos; *Gst.* 2021/148, m.nt. M.I.T. Albers & J.C. de Wit.

4.2 Strafrechtelijke equivalenten: heroverweeg ongerechtvaardigde verschillen

Een belangrijke vraag is voor welke onderzoeksmaatregelen vanwege hun ingrijpendheid een voorafgaande toestemming (door officier van justitie of rechter-commissaris) is vereist, onafhankelijk van de vraag of dit via het strafrecht of bestuursrecht gebeurt. Daartoe zou stelselmatig moeten worden ingezoomd op de titels in het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van diverse bijzondere bevoegdheden tot opsporing in artikel 126o e.v. (zoals stelselmatige observatie, infiltratie, stelselmatige inwinning van informatie, onderzoek van communicatie door middel van geautomatiseerde werken en het vorderen van gegevens). Ongerechtvaardigde verschillen in rechtsbescherming zijn daarbij problematisch. Een dergelijke exercitie wordt des te urgenter gezien de razendsnelle ontwikkelingen van de technologie (zoals de inzet van drones) en het grote belang van een rechtmatige controle op het juiste gebruik van voorzieningen op het terrein van de sociale zekerheid.⁷

Als we kijken naar de in hoofdstuk 3 van dit preadvies behandelde bestuursrechtelijke maatregelen en toezichtsmiddelen, dan vindt de structurele observatie (met name in het sociale bestuursrecht) zijn equivalent in het strafrecht,⁸ alleen is er daar voorafgaand aan de inzet van dit middel instemming van de officier van justitie nodig. Nu is dat natuurlijk geen voorafgaand rechterlijk verlov maar van dit vereiste kan mogelijk wel enige preventie uitgaan om niet te gemakkelijk naar dit middel te grijpen. Een dergelijke waarborg ontbreekt vooralsnog in het bestuursrecht. Om de waarborgen zowel in het bestuursrecht als het strafrecht te verbeteren, zou kunnen worden gedacht aan een voorafgaand verlov voor de toepassing van deze ingrijpende toezichtsmiddelen door de rechter-commissaris (die dan voor het bestuursrecht wettelijk moet worden verankerd).

Daarnaast valt op dat de bestuursrechtelijk gedetineerde vreemdeling er weliswaar recht op heeft dat een rechter de wettigheid van zijn detentie beoordeelt, maar op grond van artikel 5 lid 4 EVRM zou dit enkele maanden mogen duren, terwijl de op grond van artikel 5 lid 1 onder c EVRM strafrechtelijk gedetineerde er recht op heeft dat een rechter binnen enkele dagen de wettigheid van zijn vrijheidsberoving beoordeelt.⁹ Ook bestaan er verschillen in waarborgen ten aanzien van de huiszoeking in het strafrecht en het huisbezoek

7 Zie onder meer onze annotatie bij CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479, AB 2017/47, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

8 Titel V, 'Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband', artikel 126o e.v. Wetboek van Strafvordering.

9 Vgl. Barkhuysen e.a. 2014 en zie nader M.W. Venderbos, 'Normering van bestuurlijk toezichts- en controle-onderzoek', *JBplus* 2019/01, p. 1-31.

in het sociaalzekerheidsrecht.¹⁰ Dat is problematisch en zou moeten worden heroverwogen.

4.3 De rol van de verschillende actoren binnen de trias en van de burger

4.3.1 Algemeen

Om te beginnen geldt voor alle actoren binnen de trias dat moet worden uitgegaan van de juiste mensbeelden.¹¹ Niet iedereen is immers even bureaucratisch vaardig en de overheid zou niet te wantrouwend moeten zijn (maar ook niet te naïef) over bedoelingen van burgers. Niet naïef zijn wordt overigens hier expliciet genoemd als reactie op de te stellige bewering dat mensen goed zijn. Het geringe fraudepercentage dat daarvoor als bewijs wordt genomen, lijkt namelijk ook beïnvloed door het huidige strenge handavingsklimaat.

4.3.2 Wetgever

Bij het voornemen van ieder wetsvoorstel op het terrein van het (repressieve) bestuursrecht (of beter nog in het kader van de onderhandelingen voor een regeerakkoord) moet worden afgewogen of er strikte noodzaak bestaat voor verzwaring van het bestaande sanctiepakket dan wel de introductie van nieuw bestuursrechtelijk instrumentarium en dat het dus niet gaat om louter symboolpolitiek.¹² De Aanwijzingen voor de regelgeving moeten hierbij dus ook daadwerkelijk worden gevolgd.¹³ Ook moet worden nagedacht over passende waarborgen, waarbij de samenhang met garanties ten aanzien van andere bestuursrechtelijke maatregelen en het strafrecht in het oog moet worden gehouden.

Voor ingrijpende toezichtsmethoden (die vaak een inbreuk maken op het door artikel 8 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op privéleven) geldt dat er een voldoende specifieke wettelijke grondslag (in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM) moet bestaan. Algemene toezichtsbepalingen uit bijvoorbeeld de Participatie-

10 Zie bijv. C.H.R. Mattheussens, 'De bestuursrechtelijke rechter-commissaris', in: *Experimenten in het bestuursrecht* (Preadviezen Jonge VAR 2020, Jonge VAR-reeks 19), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 53-102.

11 Zie WRR-rapport nr. 97, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid: Den Haag 2017.

12 Vgl. de voorgenomen verlenging van de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding per 1 maart 2022, waarover terecht kritisch W. Verkoren & C. Ellemet: "Zet streep door de tijdelijke terrorismewet die meer kwaad doet dan goed. Bestuurlijke sancties, zonder tussenkomst van de rechter, zijn disproportioneel", *de Volkskrant* van 14 december 2021, p.21. De Tweede Kamer heeft inmiddels ingestemd met de verlenging van deze tijdelijke wet en op het moment van afsluiting van deze bijdrage lag het voorstel ter behandeling in de Eerste Kamer, zie *Kamerstukken* 35917.

13 Aanwijzing 2.2 bepaalt: "Tot het tot stand brengen van een regeling wordt alleen besloten indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan."

wet zijn hiervoor niet voldoende. Een vergelijkbaar vraagstuk doet zich overigens ook in het strafrecht voor, waarbij de vraag is welke toezichtsmiddelen, c.q. onderzoeksmaatregelen kunnen worden gebaseerd op de algemene zorgplicht van de politie op grond van artikel 3 Politiewet ('zorg voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde').

Als het even kan, zou deze wettelijke grondslag ook techniekonafhankelijk moeten worden gemaakt. Verder zou er in het bijzonder nader moeten worden gekeken naar de rechtsbescherming bij algoritmen, c.q. risicoprofileringsystemen, (zoals de Fraude Signalering Voorziening van de Belastingdienst). Een complicatie hierbij is dat het gaat om instrumenten die vaak ook in preventieve zin worden ingezet. Dat maakt het – zolang er geen eis van voorafgaande rechterlijke toestemming geldt – lastig om in alle gevallen daartegen effectieve rechtsbescherming te bieden. Immers, als er geen sanctiebesluit wordt gebaseerd op de inzet van dergelijke middelen, is er geen aanknopingspunt om het aan de bestuursrechter voor te leggen. Een zaak bij de civiele rechter is eveneens lastig wegens vaak ontbrekende feitelijke informatie over de inzet. Een en ander pleit ervoor om bij het gebruik van deze risicoprofileringsystemen te voorzien in een voorafgaande rechterlijke goedkeuring.

Daarnaast moeten de voorwaarden waaronder de desbetreffende maatregel of sanctie kan worden ingezet en door wie, zo precies mogelijk worden geregeld. Daarbij geldt dat bij zware ingrepen meer waarborgen moeten gelden en bij de zwaarste ingrepen sprake zou moeten zijn van *voorafgaande* rechterlijke toestemming.¹⁴ Als we de verschillende in hoofdstuk 3 behandelde bestuursrechtelijke maatregelen nader bezien, vinden wij dat er gezien de grote mate van ingrijpendheid voor de toepassing van de volgende maatregelen een voorafgaand rechterlijk verlof zou moeten bestaan: het huisverbod, het gebiedsverbod, *namings- and-shaming*, de aanwijzing staken exploitatie (bijvoorbeeld van een kinderopvanglocatie) en vreemdelingenbewaring. Verder kunnen wij ons dat onder meer ook voorstellen bij de niet behandelde maatregelen van ontneming van het Nederlanderschap en sluiting van een drugspand. Slechts de mogelijkheid van een voorlopige voorziening vinden wij vanwege de grote mate van ingrijpendheid niet voldoende, zeker ook omdat in de voorlopige-voorzieningenprocedure doorgaans terughoudend wordt getoetst. Voorafgaande rechterlijke toetsing is doorgaans overigens geen EVRM-eis, tenzij er sprake is van onomkeerbare gevolgen.¹⁵

14 Vgl. Mattheussens 2021.

15 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'EVRM-waarborgen volgens uit Straatsburgse jurisprudentie', in: Barkhuysen e.a. 2014, p. 23-53 met nadere verwijzingen.

Bij zware bestuurlijke sancties (denk aan hoge boetes) waarbij in de voorbereiding ingrijpende dwangmiddelen nodig zijn, kan er nog steeds over worden nagedacht deze door de bestuursrechter op te laten leggen op vordering van het betreffende bestuursorgaan, al lijkt dit inmiddels een gepasseerd station.

Verder dient de wetgever voldoende ruimte te laten aan het bestuur (en vervolgens de rechter) voor ‘maatwerk’. In de eerste plaats door het opnemen van discretionaire bevoegdheden om bestuurlijke sancties op te leggen¹⁶ en verder eventueel ook door het opnemen van een hardheidsclausule (of evenredigheidsbepaling).¹⁷ Dit laatste wordt ook bepleit door de Venetië Commissie in haar rapport over individuele rechtsbescherming in Nederland, zoals verzocht door de Tweede Kamer naar aanleiding van de Toeslagenaffaire.¹⁸

Maatwerk is op dit moment in de mode en dit heeft natuurlijk alles te maken met (de nasleep van) deze affaire.¹⁹ Daarover is reeds veel geschreven, en terecht.²⁰ Duidelijk lijkt op voorhand dat de drie actoren in de trias, wetgever, bestuur en rechter, ieder hun eigen rol hebben te spelen als het gaat om de verzekering van evenredige gevolgen in concreto.

Als we kijken naar de Straatsburgse jurisprudentie is het niet geheel uitgesloten dat reeds aan de EVRM-eisen is voldaan wanneer de wetgever al zo veel mogelijk de evenredigheid in een regeling verdisconteert en daarmee maatwerk probeert te bieden, al blijft het vanzelfsprekend lastig voor de wetgever om vooraf alle individuele omstandigheden te voorzien. Voor de wettelijk ge-

16 Vgl. het initiatiefwetsvoorstel vergroten beslissingsruimte bij het terugvorderen van bijstand. De internetconsultatie van dit door zes partijen uit de Tweede Kamer gesteunde conceptvoorstel is gesloten op 31 maart 2021, zie nader www.internetconsultatie.nl. Het voorstel is inmiddels uitgebreid naar andere uitkeringen en bij de Tweede Kamer ingediend, zie <https://nos.nl/1/2418509>.

17 De volgende passages over maatwerk zijn ontleend aan T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Rechterlijke toetsing op evenredigheid van in wetten of beleidsregels gefixeerde bestraffende bestuurlijke sancties: (alleen) het laatste woord is aan de bestuursrechter’, in: R. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 265-281.

18 *Opinie van de Venetië-commissie* nr. 1031 van 2021, CDL-AD (2021)031.

19 Zie het Verslag *Ongekend onrecht* van de Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslagen (POK), bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 25510, nr. 2; zie verder onder meer *Maatwerk met de Awb. Advies over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk*, Den Haag 2019; Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op maat. Tussenrapport*. (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020; zie bijvoorbeeld ook het *Jaarverslag Raad van State*, Den Haag 2021 en column ‘De burger verdient beter’, nationaalombudsman.nl.

20 Zie o.a. diverse bijdragen in het *Nederlands Juristenblad*: A.F.M. Brenninkmeijer, ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ als ‘verschrikkelijk onrecht’, *NJB* 2021/1; L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire’, *NJB* 2021/201 en J.E. van den Brink & R. Ortlep, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard’, *NJB* 2021/353 en B.J. van Ettekovén, ‘Tussen wet en recht. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag’, *NJB* 2021/101; zie ook diverse bijdragen in een bijzonder nummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* over de Toeslagenaffaire, *NTB*/3 en verder J.C.A. de Poorter, ‘Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, *JBplus* 2021, nr. 1, p. 12-23.

fixeerde boetes wordt een en ander geïllustreerd door de zaak *Malige*, betreffende het automatisch verliezen van punten en uiteindelijk het rijbewijs na verkeersovertredingen, waarin het Hof geen schending van artikel 6 EVRM aannam.²¹ Dit uitgangspunt blijkt ook uit de meer recente zaak *M.C. t. het Verenigd Koninkrijk* waarin het gaat om een gedifferentieerd (wettelijk) stelsel inzake vermelding van bepaalde strafbare feiten op het strafblad.²² De wetgever kan aldus de evenredigheid, c.q. proportionaliteit zo veel mogelijk verdisconteren in een wettelijke regeling, maar het zal lastig blijven – zo niet onmogelijk – alle bijzondere omstandigheden van tevoren te voorzien. Deze verdiscontering kan betekenen dat de rechter minder aan zet hoeft te komen, maar uiteindelijk zal – ook blijkens de Straatsburgse jurisprudentie – de rechter zo nodig wel moeten (kunnen) zorgdragen voor de verzekering van de evenredigheid in concreto, die immers door de wetgever lastiger voor alle gevallen (vooraf) is te verzekeren. De betreffende wettelijke regeling moet de rechter (of het bestuur) hier dan wel de ruimte voor geven. Dat was duidelijk niet het geval in de zaak *Ivanova en Cherkeзов t. Bulgarije*, waarin het ging om de afbraak van een illegaal gebouwde woning. In casu nam het Hof een schending van artikel 8 EVRM (recht op privéleven, huisrecht) aan veroorzaakt door de voorgenomen sloop van een illegaal gebouwde woning, nu de betreffende wettelijke regeling in geen enkele mogelijkheid voorzag om vanwege de klemmende individuele belangen van de door de relevante wettelijke regeling geboden afbraak af te zien.²³ Op deze wijze kan het EVRM als brekijzer fungeren om onevenredige uitkomsten te voorkomen, maar dit verdrag zou eerder als een aansporing moeten gelden aan het adres van de wetgever om dit overbodig te maken.²⁴

Het voorgaande nuanceert ook het door de Awb-wetgever gemaakte onderscheid tussen de evenredigheidstoetsing van niet-wettelijke gefixeerde (maar doorgaans wel in beleidsregels gefixeerde) boetes en boetes die dat wel zijn (respectievelijk in artikel 5:46 lid 2 en lid 3 Awb). In beide gevallen dient de rechter als laatste actor in de trias de evenredigheid van de voorliggende boete in concreto dienen te verzekeren.

Verder dienen de verscheidene wetgevingstoetsen serieus te worden genomen. De betreffende wettelijke regeling zal regelmatig moeten worden geëva-

21 EHRM 23 september 1998, ECLI:NLXX:1998:AD4557, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 873-879, m.nt. M. Kuijer & V. Lenos.

22 EHRM 30 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0330 (*M.C. t. Verenigd Koninkrijk, geen schending van art. 8 EVRM*).

23 EHRM 21 april 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0421JUD004657715, *AB* 2017/35, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, (*Ivanova en Cherkeзов t. Bulgarije*).

24 Zie: A. al Khatib & T. Linders, 'Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen', *NJB* 2021/1321, die artikel 8 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol noemen als mogelijk 'breekijzer' in de toeslagenaffaire.

lueerd, waarbij wordt gezien of de daarin opgenomen instrumenten nog nodig zijn of dat de waarborgen moeten worden bijgesteld.

Bij dit alles moet ook rekening worden gehouden met cumulatie van verschillende instrumenten. Bij de beoordeling van de evenredigheid moet bij cumulatie naar het totale sanctiepakket worden gekeken. Tegelijkertijd moet oog worden gehouden voor gelijke behandeling: te veel ruimte voor maatwerk kan dat ondergraven en ook de uitvoering zeer bemoeilijken.

Voor de wetgever (het parlement) betekent dit dus ook: geen incidentenpolitiek bedrijven (al dan niet gedreven door de media)²⁵ en zorgen voor institutioneel geheugen. Bij evaluaties of als er dingen misgaan, zou meer de vraag vooropgesteld moeten worden waarom het fout ging, in plaats van de nadruk te leggen op de vraag wie daarvoor kan worden aangesproken.²⁶ Dat moet voorkomen dat het beleid van het ene uiterste naar het andere gaat. Daarbij is ook respect voor andere staatsmachten van belang en moet zo min mogelijk incidentenpolitiek (en politiek willen scoren) bedreven worden. Daarbij past het niet om de rechter op het ene moment te betichten van een te kritische rol in relatie tot de wetgever (Programmatische Aanpak Stikstof, *Urgenda*) en op het andere moment diezelfde rechter te verwijten te weinig kritisch te zijn (Toeslagen). In dit verband is illustratief de naar aanleiding van de Toeslagen-affaire (nagenoeg) kamerbreed aangenomen motie Jetten-Marijnissen dat de rechter ook los van de relevante wetgeving altijd op basis van evenredigheid moet beslissen.²⁷ Tekenend is overigens dat de Tweede Kamer een week na het aannemen van deze motie een wetsvoorstel aannam dat het reeds bestaande verbod om in bepaalde gevallen een taakstraf op te leggen uitbreidde. Over consistentie gesproken ...²⁸

Ook richting het bestuur is meer aandacht en respect op zijn plaats: goede uitvoering(smogelijkheden) zijn immers cruciaal.²⁹

4.3.3 Bestuur

Voorop staat dat het bestuur zich moet houden aan wettelijke regels bij toezicht en handhaving. Dat lijkt een open deur, maar – wellicht mede door een gebrek aan rechterlijke correctie – er zijn de nodige voorbeelden te geven waar dit niet het geval was. Voor het bestuur geldt verder dat waar het eigen (beleids)regelgevende bevoegdheid heeft hetzelfde als hiervoor besproken

25 Zie: J. Frederik, *Zo hadden wij het niet bedoeld. De tragedie achter de toeslagenaffaire*, Amsterdam: de Correspondent 2021.

26 Zie Frederik 2021.

27 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 15.

28 Het gaat om een wetsvoorstel om de mogelijkheden van het opleggen van een taakstraf te beperken in geval van het plegen van geweld tegen personen met een publieke taak, *Kamerstukken II* 2020/21, 35582.

29 Vgl. H. Tjeenk Willink, *Kan de overheid crises aan? Waarom het belangrijk is om groter te denken en kleiner te doen*, Amsterdam: Prometheus 2021.

voor de wetgever. Ook het bestuur zal in beleidsregels zoveel mogelijk naar bijzondere omstandigheden moeten differentiëren. Dit is ook aan de orde als het beleidsregels betreft met betrekking tot de inzet van vrije bevoegdheden of überhaupt de inzet van vrije bevoegdheden. Voorzichtigheid is gepast met de inzet van ingrijpende (toezichts)bevoegdheden (zoals structurele observatie of systematische gegevensverzameling) zeker als dat – in afwachting van de door ons bepleite specifieke wettelijke grondslag – wordt gebaseerd op algemene bevoegdheden en *a fortiori* als private toezichthouders worden ingezet. Als dit toch gebeurt, moet dit zeer zorgvuldig gebeuren. Hoe dan ook dient het bestuur zo veel mogelijk maatwerk te bieden en zich niet te verschuilen achter het beleid of systeem, in ieder geval als het gaat om besluiten die niet meer bestuurlijk heroverwogen kunnen worden.³⁰ Daarbij geldt ook dat moet worden geïnvesteerd in de verdere verbetering van de kwaliteit van de bij het bestuursorgaan werkzame personen³¹ en er meer aandacht moet zijn voor de uitvoerbaarheid van regelingen. Ten slotte dient het bestuur en *ultimo* de rechter in iedere zaak te kijken naar het gecumuleerde effect van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen en de evenredigheid van het totale sanctiepakket te waarborgen.

4.3.4 Rechter

De rechter moet durven ingrijpen in geval van kennelijke onbillijkheid en zich niet achter de wetgever of het bestuur verschuilen, maar zeker ook niet achter de hoogste rechter omwille van rechtseenheid of angst om valse verwachtingen te wekken. Dit vanuit de gedachte dat de hoogste rechter toch voet bij stuk zal houden. De lagere rechter zou juist de discussie moeten aanzwengelen, zoals ook bepleit in het reflectierapport van de rechtbanken naar aanleiding van de toeslagenaffaire.³² Een vergelijkbare reactie valt te lezen in het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin de Afdeling de hand ook in eigen boezem steekt.³³

Daarbij moet de rechter (die het laatste aan zet is) ook naar het gecumuleerde effect van (bestuursrechtelijke en strafrechtelijke) maatregelen kijken en beziën of het totaalpakket van sancties evenredig is. Op deze manier kan op basis

30 Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, waarin de Afdeling terecht van oordeel is dat bij wel in een beleidsregel verdisconteerde omstandigheden er nog steeds ruimte is om deze omstandigheden in het voorliggende geval nogmaals te wegen, en vgl. (met nadere verwijzingen) K. Giezeman & N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet', *NJB* 2020/572.

31 T. Barkhuysen, 'De overheid behoeft de besten maar krijgt zij die nog wel?', *NJB* 2021/1319.

32 Zie rapport van de werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbanken. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, (in opdracht van het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht), 2021.

33 *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag 2021.

van ‘hetzelfde feitenrelaas’ ook los van een strikte *ne bis in idem*-kwestie tot een evenredige uitkomst worden gekomen.³⁴ Daarbij speelt een belangrijke rol ook hoe ingrijpend de betrokken sancties zijn, los van de vraag of het al dan niet gaat om een criminal charge.³⁵ Hierbij geldt dat de laatst aan bod zijnde rechter (de bestuursrechter of strafrechter) de totale evenredigheid van het sanctiepakket dient te garanderen. De rechtspraak laat daar diverse voorbeelden van zien. Hierbij spelen zeker nog wel lastige vragen hoe dit precies in te bouwen in de bestuursrechtelijke, c.q. strafrechtelijke procedure.³⁶

Dit komt behalve de individuele rechtsbescherming uiteindelijk ook de rechtsstatelijke kwaliteit van producten van wetgever en bestuur ten goede (zogenoemde schaduwwerking). De bestuursrechter moet verder bereid zijn zich daadwerkelijk zelf in de feiten te verdiepen. Daarbij zal hij voldoende gebruik moeten maken van de procedurele gereedschapskist die de Algemene wet bestuursrecht biedt (zoals het horen van getuigen en het benoemen van deskundigen) om daarmee de feitenvaststelling door het bestuur kritisch te bejegenen.

Daarnaast moet de bestuursrechter een sanctie zetten op het overtreden van materiële en procedurele waarborgregels ten aanzien van de inzet van toezichtsbevoegdheden (bijvoorbeeld door het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten). Dit ter voorkoming van ‘deresponsabel’ bestuur.³⁷ Ook is een kritischere benadering nodig van *namings-and-shaming*, zeker als daarmee geen marktwoaarschuwing aan de orde is. De rechter moet zich niet ‘neerleggen’ bij wettelijke verplichtingen tot openbaarmaking (zoals bijvoorbeeld bepaald in artikel 44 Gezondheidswet) maar in ieder voorliggend geval een passende evenredigheidstoetsing verrichten.

De rechter moet als laatste actor in de trias de evenredigheid in het individuele geval garanderen en niet bang zijn om hier op zijn ‘niet pluis’-gevoel af te gaan in geval van anders onredelijke uitkomsten.³⁸ Tegelijkertijd moet ervoor worden gewaakt dat de rechter een ‘zigzag’-beleid gaat voeren, bijvoorbeeld ten aanzien van de boetehoogte. Dit zou kunnen betekenen dat bestuursrechters net als strafrechters een soort van richtlijnen zouden moeten opstellen, teneinde al te grote verschillen in boetehoogten te voorkomen. Ook dan is er vanzelfsprekend ruimte voor de bestuursrechter om daarvan af te wijken teneinde een evenredige boete in concreto te kunnen verzekeren.

34 Vgl. EHRM 15 november 2016, (*A. en B. t. Noorwegen*), ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, AB 2017/188, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en Zie HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15 (*Menci*) ECLI:EU:C:2018:197, AB 2019/96, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

35 Zie bijv. ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863 en 863, AB 2017/189 en AB 2017/190 (*intrekking markvergunning*) m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder AB 2017/188.

36 Zie voor een eerste aanzet daartoe: J.H. Crijns & M.L. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestaafing’, *NJB* 2018/749.

37 Vgl. T. Barkhuysen, ‘Nieuw procesrecht en ‘deresponsabel’ bestuur’, *NJB* 2013/2404.

38 Zie ook de genoemde motie naar aanleiding van de Toeslagenaffaire, *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 15. Vgl. ook Van Emmerik & Saris 2014.

Voor de rechter geldt dat hij moet beseffen dat zodra hij een ruimte laat bestaan waar zijn toets niet kan ingrijpen, dit een signaal is (of kan zijn) voor wetgever en bestuur om deze ruimte naar eigen goeddunken in te gaan vullen, waarbij het risico serieus is dat daarbij rechten van betrokken individuele burgers in het gedrang komen. Dit betekent dus als formele wetten, algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels etc. leiden tot onevenredige uitkomsten, de rechter consequent zou moeten ingrijpen (en het gebruik van ingezet-te bevoegdheden indringender zou moeten toetsen).

Dit kan via de door Scheltema bepleite ruime uitleg van het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb³⁹ of via EVRM-normen (bijvoorbeeld het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol).⁴⁰ De rechter zou de toetsing aan deze normen ook zichtbaar moeten maken via zijn uitspraken. Daarbij kan (constitutionele) kritiek worden geleverd op Scheltema,⁴¹ nu hij ook wetten in formele zin onder de reikwijdte van de toetsing op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb laat vallen. Wat hiervan ook zij, de tijd is er in alle opzichten rijp voor het van ouderdom piepende en krakende toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet af te schaffen en in ieder geval voor nu zo restrictief mogelijk uit te leggen. Na alle interne pleidooien hiertoe,⁴² heeft ook de Venetië Commissie van de Raad van Europa een oproep gedaan om de afschaffing van het toetsingsverbod nu echt serieus te overwegen.⁴³ En als er echt geen rechterlijke correctie mogelijk blijkt, zou er ten minste gebruik moeten worden gemaakt van een oproep aan de wetgever in een overweging ten overvloede, zoals ook bepleit door Wattel en Widdershoven in hun al meermaals aangehaalde conclusie.⁴⁴

Bij de rechterlijke toetsing van bestuurlijke sancties dient volgens Wattel en Widdershoven het onderscheid tussen bestraffende en herstelsancties te worden gerelativeerd. Voor de volheid van de toetsing op evenredigheid zou niet langer bepalend moeten zijn de status van criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM, maar de ingrijpendheid van de betrokken maatregel.⁴⁵ De aanbeveling lijkt in een in het oog springende uitspraak inmiddels overgenomen door

39 M. Scheltema, 'Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht', in: *Wetgeving en uitvoering* (Preadvies Vereniging voor wetgeving) 2020.

40 Zie Al Khatib & Linders 2021.

41 Zie S.E. Zijlstra, 'Voorwaardelijke opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema' en ook M. van der Loop, 'Reactie op een 'Wet van Meeden of Perzen?', preadvies van Michiel Scheltema voor de vereniging voor Wetgeving', Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021.

42 Zie onder heel veel meer de Staatscommissie Parlementair Stelsel 2018 en de al aangehaalde conclusie van Wattel en Widdershoven over het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht (7 juli 2021, ECLI:NLRVS:2021:1468).

43 Opinie Venetië commissie 2021. Vgl. ook T. Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?', *NJB* 2021/38.

44 Een voorbeeld daarvan is te vinden in COVID-19-steunzaken. Vgl. CBB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, *AB* 2022/7, m.nt. H.E. Bröring.

45 Zie in dit verband de conclusie van Wattel en Widdershoven over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor de rechterlijke toetsing van bestuurlijke herstelsancties en maatregelen (7 juli 2021, ECLI:NLRVS:2021:1468).

de hoogste bestuursrechters, die ook overnamen het advies van deze A-G's om de evenredigheidstoetsing meer handen en voeten te geven door deze naar Europees voorbeeld uit te splitsen in een toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.⁴⁶ De vraag of, en zo ja hoe intensief, de bestuursrechter aan het evenredigheidsbeginsel toetst, hangt van veel factoren af en zal van geval tot geval verschillen. Anders dan de A-G's voorstelden, is de variëteit in toetsing aan het evenredigheidsbeginsel volgens de hoogste bestuursrechters echter niet terug te brengen tot drie standaardsituaties. Het is veel meer een glijdende schaal waarbij de bestuursrechter alle varianten tussen vol en terughoudend kan toepassen. De intensiteit van die toets wordt bepaald door de mate van beleidsruimte die de overheid heeft om een besluit te nemen, maar ook door het doel dat het besluit dient en wat het gewicht daarvan is. Verder is van belang of en in welke mate daardoor belangen van betrokken burgers en bedrijven worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit inbreuk maakt op de mensenrechten, zal de bestuursrechter intensiever toetsen.

Wattel en Widdershoven bepleiten verder een zo restrictief mogelijke uitleg van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet in afwachting van de ook door hen toegejuichte opheffing daarvan. Anders dan Scheltema, zijn zij van oordeel dat het naar huidig recht onmogelijk is om de door de formele wetgever dwingend voorgeschreven oplegging van (niet-)bestraffende sancties te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb. Voor de zekerheid: dit probleem doet zich niet voor als EU-recht of EVRM-rechten in het geding zijn. Dan kan op basis van artikel 93 en 94 Grondwet deze formele wet worden getoetst aan het Europeesrechtelijk verankerde evenredigheidsbeginsel.⁴⁷ Voor de *contra legem*-werking van ongeschreven algemene rechtsbeginselen zien zij in een concreet voorliggend geval wel enige ruimte.⁴⁸ Volgens hen kunnen bestuursrechters zich 'baseren op het evenredigheidsbeginsel om in concrete gevallen *apert* onevenredige effecten van een 'onwrikbare' formele wet te vermijden'.⁴⁹ Dit kan worden onderschreven, waarbij het nog de vraag blijft of het Hof van Justitie EU dit zal accepteren zodra de financiële belangen van de Unie in het geding komen.

46 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*uitspraak grote kamer inzake sluiting drugsband Harderwijk*); zie hierover ook hoofdstuk 3. Zie voor een voorloper ABRvS 6 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel), paragraaf 9.4.3.

47 Opmerkelijk is dat de voorzitter van de Afdeling op 22 februari 2022 juist op de valreep van de afronding van dit preadvies een conclusie heeft verzocht van A-G Snijders over de toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel en aan A-G Widdershoven over de toetsing van beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel. Verder bracht A-G Wattel op 16 februari 2022 conclusie uit over de toetsing van lagere wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel (ECLI:NL:RVS:2022:516). Dit brengt het totaal aantal conclusies over het evenredigheidsbeginsel dan op vier (zie nader <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130037/conclusie-over-evenredigheidstoets>).

49 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel), paragraaf 9.4.4.

Ten slotte dient naarmate een maatregel of sanctie ingrijpender is, kritischer te worden gekeken naar het aangedragen feitelijke bewijsmateriaal.⁵⁰

4.3.5 *Burgers*

Burgers (waaronder ook bedrijven) moeten niet schromen om zaken zo nodig aan de rechter voor te leggen. Dat geldt ook in toezichthoudersrelaties. Dat zou er niet toe moeten leiden dat de verhouding daarmee verstoord raakt, hetgeen ook een opdracht is aan de toezichthouder. Burgers moeten dit ook op een adequate wijze kunnen doen. In procedures over het gebruik van bepaalde zeer ingrijpende bestuurlijke maatregelen zou de inzet van een deskundige rechtsbijstandsverlener verplicht moeten worden, natuurlijk op voorwaarde dat er zo nodig financiering daarvan van overheidswege beschikbaar is.

Die moet worden ingevoerd in het bestuursrecht, zeker als het om de inzet van repressieve instrumenten gaat. Burgers dienen hun claim daarbij zo veel en grondig mogelijk te onderbouwen, zeker ook als het daarbij gaat om de stelling dat de betrokken bestuurlijke sanctie onevenredig uitpakt.

4.4 **Conclusie: gewenste rechtsbescherming**

Op basis van het voorgaande moet de conclusie zijn dat het bestuur hoe langer hoe meer repressieve armslag krijgt en dat de waarborgen daar veelal achteraan hobbelen. Daar komt nog bij dat het bestuur steeds meer op grondrechten inbreukmakende bevoegdheden direct mag (of soms zelfs moet) toepassen en dat er *pas achteraf* een rechter mag oordelen over de rechtmatigheid van die maatregelen. De in hoofdstuk 3 in kaart gebrachte repressieve maatregelen werden in eerste instantie in belangrijke mate gefaciliteerd door de rechtspraak. Het lijkt erop dat de bestuursrechtspraak zich in het verleden vooral met ‘techniciteiten’ heeft beziggehouden.⁵¹ De laatste jaren lijkt het erop dat de bestuursrechtspraak de handschoen meer oppakt en tot noodzakelijke correcties komt. Zo zijn van veel wettelijk verplichte sancties inmiddels door de rechter de scherpste randjes afgehaald door juist ook te bezien hoe in het concrete voorliggende geval tot een evenredig oordeel kan worden gekomen. Het is vanzelfsprekend een goede zaak dat de rechter op deze wijze maatwerk kan leveren. Het zou tegelijkertijd echter ook goed zijn als de wetgever bij het tot stand komen van (bij voorkeur op discretionaire wijze in te zetten) nieuwe handavingsinstrumenten al zo veel mogelijk rekening houdt met het door het

50 Vgl. ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, AB 2017/299, m.nt. T.N. Sanders.

51 Vgl. E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, ‘Balanceren boven nul. De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht’, *NTB* 2000/7, p. 214-221.

bestuur en daarna de rechter kunnen komen tot evenredige uitkomsten (bijv. door opname van een hardheidsclausule). Op deze manier hebben de wetgever, het bestuur en de rechter ieder hun eigen rol te vervullen als het gaat om het creëren van maatwerk op het terrein van het repressieve bestuursrecht. Dus een balans: niet wetteloos maar ook niet rechteloos.

Bij zeer op grondrechten ingrijpende bevoegdheden zou er toch eerst *vooraf een rechterlijke toets* ten gronde moeten plaatsvinden.⁵² Daaropvolgende bodemzaken of andere zaken waar fundamentele rechten in het geding zijn, zouden bij voorkeur door een meervoudige kamer moeten worden behandeld. Op die manier kunnen de rechters elkaar kritisch bevragen en bij de les houden over dergelijke fundamentele kwesties.⁵³ Afstemming met waarborgen in het strafrecht is aangewezen. De instrumentele kant van het bestuursrecht en de rechtsbeschermingskant lijken soms tegenover elkaar te staan. De instrumentele functie is en blijft vanzelfsprekend van belang om serieuze maatschappelijke problemen (zoals drugsgelateerde overlast, ondermijnende criminaliteit en fraude, om er slechts enkele te noemen) aan te pakken. Dit dient echter wel binnen rechtsstatelijke grenzen te geschieden en – als gezegd – mag het niet zo zijn dat waarborgen minder zijn dan in geval van de inzet van vergelijkbare instrumenten in het strafrecht. Bovendien gaat het niet per se altijd om een tegenstelling. Dergelijke rechtsstatelijke waarborgen hoeven de effectiviteit van de benodigde maatregel overigens niet in de weg te staan. Verder kan de repressieve inzet van het bestuursrecht er juist ook toe dienen om rechten van andere burgers te beschermen. Denk bijvoorbeeld aan artikel 2 en 3 EVRM bij het wettelijk huisverbod en ook bij de bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding.

De wetgever, het bestuur en de rechter hebben ieder hun eigen rol te vervullen als het gaat om het creëren van maatwerk op het terrein van het repressieve bestuursrecht en zo ontstaat een systeem waarmee we wetteloosheid aan de ene kant bestrijden en aan de andere kant burgers niet rechteloos maken. Het

52 Vgl. Mattheussens 2020, die pleit voor de introductie van een bestuursrechtelijke rechter-commissaris in grote toezichtzaken (AFM, ACM, Nederlandsche bank; voor onder meer bedrijfsbezoeken en de vordering van zakelijke gegevens) en in bijstandzaken (o.m. voor huisbezoeken en structurele observatie). Dit zou wat ons betreft zeker ook moeten gelden bij het verbieden van ondermijnende organisaties. Het past niet dat de Minister voor Rechtsbescherming als eerste aan zet is om een dergelijke vergaande inbreuk op het grondwettelijk gewaarborgde verenigingsrecht te maken, zie het in de Eerste Kamer aanhangige initiatiefvoorstel Kuiken e.a. Wet bestuurlijk verbod ondermijnende organisatie, *Kamerstukken*, 35079.

53 Vgl. R. Baas, *De meerwaarde van meervoud. Verschillen en overeenkomsten tussen meervoudige en enkelvoudige rechtspraak, in het bijzonder in civiele zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

is mooi dat er nu steeds meer garanties op papier staan maar nu komt het erop aan dat de overheid zich aan haar eigen regels houdt.⁵⁴

Wel dient een voorbehoud te worden gemaakt, in die zin dat slechts 5% van de uitspraken op rechtspraak.nl wordt gepubliceerd. Wij signaleren weliswaar positieve tendensen als het gaat om de groeiende aandacht bij de rechter voor evenredigheid bij de toetsing van sancties en andere ingrijpende maatregelen, maar het blijft de vraag of dit over de hele linie van (lagere) rechtspraak zo is. De wetenschap zou een steentje kunnen bijdragen aan het ontsluiten van lagere rechtspraak door deze vaker van een annotatie te voorzien.

Daarbij geldt ten slotte dat de rechter de moed moet opvatten om – zo nodig tegen wetgeving en/of vaste hogere jurisprudentie in – tot billijke uitkomsten in het concrete voorliggende geval te komen. Interessant is om in dit verband te verwijzen naar de rake typeringen die Buruma maakte in zijn Nijmeegse oratie van het optreden van de rechter dat naar tijdvak op verschillende manieren kan worden gekarakteriseerd (onder meer legistisch en rechtsprekend op grond van billijkheid); volgens Buruma zou de rechter uit alle tijdvakken iets goeds kunnen meenemen, zonder door te slaan in een van de karaktereigenschappen.⁵⁵ In 1975 vond een meerderheid van de NJV-vergadering die gewijd was aan ‘het functioneren van de rechter in de samenleving’ het overigens aanvaardbaar dat de rechter een uitspraak doet naar zijn redelijkheidsinzicht, ook als dit zou indruisen tegen het positieve recht.⁵⁶ Met deze aanbeveling kunnen we het een kleine 50 jaar later graag eens zijn.

54 Vgl. de berichtgeving naar heimelijk onderzoek door verschillende gemeentes (onder regie van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding) naar de gang van zaken in diverse moskeeën en het aanhangig zijnde wetsvoorstel verwerking persoonsgegevens coördinatie en analyse terrorismebestrijding, *Kamerstukken II* 2021/22, 35958, nr. 1-3, dat beoogt een specifiekere wettelijke grondslag te introduceren voor de werkzaamheden van de NCTV namens de Minister van Justitie en Veiligheid: A. Kouwenhoven, E. Rosenberg & R. van der Poel, ‘Gemeenten lieten moskee undercover onderzoeken’, *NRC* 15 oktober 2021; zie verder ook het recent aan het licht gekomen Risico Inventarisatie Systeem dat de Belastingdienst jarenlang heeft bijgehouden waardoor op de lijst geplaatste personen (van wie het ook nog eens volstrekt onduidelijk was hoe zij überhaupt op deze lijst waren terechtgekomen) ten onrechte allerlei voorzieningen moesten mislopen en de gemeente Rotterdam die met camera-auto’s toezicht hield op de naleving van de coronaregels (onder andere de afstandseis van anderhalve meter) en daarmee volgens de Autoriteit Persoonsgegevens de privacyregels schond.

55 Y. Buruma, *Wat is een goede rechter? Een mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)*, (oratie Nijmegen 2016), Nijmegen: CPO- Radboud Universiteit 2016.

56 Buruma 2016, p. 36.

Tot slot keren we terug naar de hoofdvraag van dit preadvies:

Op welke wijze weerspiegelt het huidige bestuursrecht de repressieve tendensen in de samenleving van de afgelopen jaren, biedt het voldoende tegenwicht om de rechtsstatelijke positie van burgers te waarborgen en zo nee op welke wijze kan deze positie alsnog voldoende bescherming krijgen?

In plaats van een samenvattende beschouwing naar aanleiding van deze vraag volgt hierna puntsgewijs een aantal stellingen en aanbevelingen die samengenomen als het goed is ook een antwoord bieden op deze vraag.

1. In de afgelopen dertig jaar heeft duidelijk een verschuiving plaatsgevonden naar een meer repressief bestuursrecht.
2. De wetgever heeft daarbij vaak onvoldoende nagedacht over de noodzakelijke waarborgen en het heeft daarbij lang geduurd voordat de rechter ingreep.
3. Bij ieder voornemen van een wetsvoorstel op het terrein van het (repressieve) bestuursrecht (ook in de fase van een regeerakkoord) moet worden afgewogen of er strikte noodzaak bestaat voor dit nieuwe wettelijke instrumentarium en dat het dus niet gaat om louter symboolpolitiek. Ook moet worden nagedacht over passende waarborgen, waarbij de samenhang met waarborgen ten aanzien van andere bestuursrechtelijke maatregelen en het strafrecht in het oog moet worden gehouden.
4. De (Europese) wetgever dient geen verplichting op te leggen aan bestuursorganen om van (bestraffende) bestuurlijke sancties gebruik te maken. Dit moet een discretionaire bevoegdheid zijn, zodat het bestuursorgaan rekening kan houden met alle omstandigheden van het geval.
5. Het bestuur dient bij de opstelling van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels ten aanzien van de toepassing van bestuurlijke sancties zo veel mogelijk evenredigheidsfactoren te verdisconteren.
6. Het bestuur dient zo veel mogelijk maatwerk te bieden door onevenredige uitkomsten te voorkomen en zich niet te verschuilen achter het beleid of

systeem, in ieder geval als het gaat om besluiten die niet meer bestuurlijk heroverwogen kunnen worden.

7. Het bestuur dient terughoudend en zorgvuldig gebruik te maken van ingrijpende (toezichts)bevoegdheden om te beginnen door de grenzen van de wet te respecteren. Dit geldt ook bij de inzet van private toezichhouders.
8. Het bestuur en *ultimo* de rechter moet in iedere zaak kijken naar het gecumuleerde effect van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen en de evenredigheid van het totale sanctiepakket waarborgen.
9. De rechter moet consequent ingrijpen als formele wetten, algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels etc. leiden tot onevenredige uitkomsten. Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet dient daartoe eindelijk te worden afgeschaft, dan wel restrictief te worden uitgelegd.
10. De mate van ingrijpendheid van de bestuursrechtelijke maatregel of sanctie bepaalt de intensiteit van de rechtsbescherming (en niet langer het al dan niet zijn van een criminal charge). Naarmate een maatregel of sanctie ingrijpender is, moet kritischer worden gekeken naar het aangedragen feitelijke bewijsmateriaal en naar de evenredigheid.
11. Bij zware ingrepen in grondrechtelijke belangen dient er vóór de inzet van de maatregel of sanctie een rechterlijke toestemming te zijn. Daarbij moet ten minste worden aangesloten bij het niveau van rechtsbescherming bij vergelijkbare maatregelen of sancties in het strafrecht.
12. De rechter is als laatste actor in de trias – na de wetgever en het bestuur – aan zet om de evenredigheid in concreto te verzekeren. Daarbij dient hij het ‘niet-pluiscriterium’ te hanteren en moet de positie van de betrokkene centraal staan. Dit laatste impliceert dat ook een matiging van een zeer hoge boete met bijvoorbeeld 75% – hetgeen op het eerste gezicht heel rechtvaardig kan overkomen – nog steeds onevenredig kan uitpakken gelet op de draagkracht van betrokkene in relatie tot de ernst van de overtreding.
13. Het bieden van effectieve rechtsbescherming door de rechter begint slechts met het aanpassen van standaardoverwegingen inzake de toetsingsintensiteit. Voor de burger is met name van belang dat de rechter daadwerkelijk bereid is zo nodig gebruik te maken van zijn daaruit voortvloeiende bevoegdheden de gevolgen van onbillijk beleid en onbillijke wetgeving te corrigeren.
14. Om deresponsabel bestuur te voorkomen moet de rechterlijke sanctie op schending van materiële en procedurele waarborgen door het bestuur bij de inzet van repressieve instrumenten worden verscherpt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het sneller uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs.
15. In procedures over de inzet van bepaalde zeer ingrijpende bestuurlijke maatregelen zou de inzet van een deskundige rechtsbijstandsverlener ver-

plicht moeten worden, natuurlijk op voorwaarde dat er zo nodig financiering daarvan van overheidswege beschikbaar is.

16. Burgers dienen hun bezwaren tegen de inzet van repressieve maatregelen zo veel en grondig mogelijk te onderbouwen, zeker ook als het daarbij gaat om de stelling dat de ter discussie staande bestuurlijke sanctie onevenredig uitpakt.
17. Waarborgen bij de inzet van repressieve bestuurlijke middelen hoeven niet te botsen met de effectiviteit daarvan.

Altijd een komma, nooit een punt? Reclassering, toezicht en resocialisatie

Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen

1	Introductie	193
1.1	<i>De opmars van preventief strafrecht</i>	197
1.2	<i>Over oude wijn in nieuwe zakken</i>	199
1.3	<i>Plan van aanpak</i>	203
2	De geschiedenis van de reclassering	207
2.1	<i>In den beginne</i>	207
2.2	<i>De opmaat naar verandering</i>	210
2.3	<i>Van particulier initiatief naar overheidsinterventie</i>	211
2.4	<i>Integratie van de reclassering in de strafrechtspleging</i>	214
2.5	<i>Van vrijwilligerswerk naar professionalisering</i>	218
2.6	<i>Straffen of helpen?</i>	221
2.7	<i>Op weg naar het heden</i>	223
3	De bouw van een preventieweb in twee decennia	227
3.1	<i>Uitbreiding van bestaande sanctiemodaliteiten</i>	228
3.2	<i>Nieuwe sanctiemodaliteiten</i>	233
3.3	<i>Ontwikkelingen buiten het sanctierecht</i>	236
4	De hedendaagse reclassering	239
4.1	<i>De organisatie van de reclassering en haar takenpakket in wet- en regelgeving</i>	241
4.2	<i>Het officiële standpunt van de reclassering</i>	243
4.3	<i>De (beperkte) proef op de som</i>	246
5	Slothbeschouwing	255
5.1	<i>Hulp en steun als inspanningsverplichting</i>	256
5.2	<i>Rechtspolitiek en illusiepolitiek</i>	258
5.3	<i>Het belang van nadere normering van het speciaal-preventieve sanctierecht</i>	260
5.4	<i>Weg uit het doolhof</i>	264
5.5	<i>De eerste stap: de maatregel als allerlaatste toevlucht</i>	266
5.6	<i>De tweede stap: de ontwikkeling van beginselen voor het speciaal-preventieve strafrecht</i>	267
5.7	<i>De derde stap: de afbakening van gevaarcriteria en de opstelling van bewijsmaatstaven</i>	268
5.8	<i>Tot slot</i>	273

1 | Introductie

Op 20 maart 2020 werden drie mensen veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf. Aan twee mannen werd die ultieme straf door het Amsterdamse gerechtshof opgelegd in de zogeheten *Staatsliedenbuurt*-zaak. In die hoofdstedelijke wijk kwamen op 29 december 2012 twee jongemannen door extreem vuurwapengeweld om het leven, wist een derde man ternauwernood aan datzelfde lot te ontsnappen en namen de daders op hun vlucht vervolgens hen achtervolgende motoragenten onder vuur.¹ De Rechtbank Midden-Nederland kwam tot dezelfde straf voor de man die op 18 maart 2019 met een terroristisch oogmerk dood en verderf zaaide in een Utrechtse tram.²

Op 1 september 2021 verbleven 52 personen die tot een levenslange gevangenisstraf zijn veroordeeld in een penitentiaire inrichting. Voor negen van hen geldt dat de veroordeling op die datum nog niet onherroepelijk was. Uit gegevens die het Forum Levenslang verzamelt en die het periodiek op zijn website publiceert, blijkt dat het aantal levenslanggestraften sinds het begin van deze eeuw meer dan vervijfvoudigd is.³ In 2000 onderging een tiental personen in een penitentiaire inrichting een levenslange gevangenisstraf. Alleen al in 2019 werden zeven mensen tot een levenslange gevangenisstraf veroordeeld.

Uit dit cijfermateriaal kan vanzelfsprekend niet de conclusie worden getrokken dat de rechter in de afgelopen decennia over de gehele linie meer en zwaarder heeft gestraft. Het beeld is veeleer diffuus. Cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek laten bijvoorbeeld zien dat het aantal personen dat op 30 september van een jaar was gedetineerd tussen 2005 en 2016 sterk is gedaald: van 15.200 personen op 30 september 2005 tot 8.810 personen op

1 Hof Amsterdam 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:GHAMS:2020:910 en ECLI:NL:GHAMS:2020:915. Het cassatieberoep in beide zaken is door de Hoge Raad op 13 juli 2021 verworpen (ECLI:NL:HR:2021:1049 en ECLI:NL:HR:2021:1050).

2 Rb. Midden-Nederland 20 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1046. Tegen het vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

3 Zie de website forumlevenslang.nl, *FAQ* (laatstelijk geraadpleegd op 22 december 2021).

30 september 2016. Sinds 2016 is weer een (lichte) stijging waarneembaar. Op 30 september 2020 waren 9.140 personen gedetineerd.⁴

In de periode 2009-2019 is bovendien het aantal geregistreerde misdrijven met circa 35% afgenomen, van 1.254.480 misdrijven in 2009 tot 817.390 misdrijven in 2019.⁵ Het aantal personen dat van een of meer misdrijven werd verdacht, nam in datzelfde tijdvak eveneens af: van 294.140 personen in 2009 tot 165.100 mensen in 2019.⁶ Het aandeel van de vrijheidsbenemende straffen in het totaal van de door de strafrechter opgelegde straffen steeg in de periode 2009-2019 van 25% naar 36%, maar in absolute getallen daalde het aantal vrijheidsstraffen dat werd opgelegd met 6%.⁷ De gemiddelde duur van de onvoorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraffen voor de in het Wetboek van Strafrecht opgenomen misdrijven nam af van 142 dagen in 2009 tot 114 dagen in 2019. Die daling deed zich weer niet voor bij de categorie van levensdelicten (en pogingen daartoe): de gemiddelde duur van een gevangenisstraf voor die feiten steeg van 865 dagen in 2009 tot 1.212 dagen in 2019.⁸

Gegevens als deze maken duidelijk dat de veronderstelling dat sprake is van een uniforme, punitieve tendens in de strafrechtspleging moeilijk met data kan worden onderbouwd. De cijfers leveren veeleer een aanwijzing op voor de hypothese dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds een krachtiger sanctietoepassing voor specifieke delicten of personen en anderzijds een mildere aanpak van andere categorieën van strafbare feiten of verdachten en daders.⁹ Of daarvan daadwerkelijk sprake is, kan evenmin louter op basis van cijfermateriaal op macroniveau worden vastgesteld. Daarvoor zouden ook andere ontwikkelingen in het straf(proces)recht – op het niveau van de wetgever, in de jurisprudentie, in de dagelijkse praktijk en in de doctrine – in de beoordeling moeten worden betrokken.

Zo'n brede blik op de strafrechtspleging in theorie en in praktijk kan in meer algemene zin in verband worden gebracht met en relevantie hebben voor de gedachtevorming over een repressieve samenleving vanuit strafrechtelijk perspectief. In deze context roept de notie van strafrechtelijke repressie associaties op met stevig optreden en zware sancties. De gedachte zou kunnen zijn dat

4 Zie <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/84425NED?q=gedetineerden> (laatstelijk geraadpleegd op 22 december 2021).

5 R.F. Meijer e.a. (red.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2019*, via wocd.nl, p. 52. Omdat het jaar 2020 door de coronapandemie een bijzonder jaar was, hebben we de cijfers voor 2020 buiten beschouwing gelaten. Over het jaar 2021 waren ten tijde van de afronding van dit preadvies nog geen cijfers beschikbaar.

6 R.F. Meijer e.a. 2019, p. 52 en p. 54-55.

7 R.F. Meijer e.a. 2019, p. 68.

8 R.F. Meijer e.a. 2019, tabel 6.11.

9 Zie daarover bijvoorbeeld M. Boone, *Eigen boeven eerst* (oratie RUG), Den Haag: Eleven 2012, die schrijft over *bifurcation*: de tweedeling tussen milde, insluitende bestraffing voor de een en de toepassing van harde, uitsluitende sancties voor de ander. Zie ook: F. de Jong, 'Responsabilisering in het Nederlandse straf-, sanctie- en detentierecht', *AA* 2017, p. 640-652.

met een krachtige aanpak en harde bestraffing bijvoorbeeld tegemoet kan worden gekomen aan de soms luide roep om vergelding. Onderzoek naar wetgeving op het terrein van het straf(proces)recht in het afgelopen decennium of in de afgelopen decennia zou dan een bijdrage kunnen leveren aan het antwoord op de vraag of, en zo ja, op welke deelgebieden een aldus begrepen repressieve oriëntatie zich heeft vertaald in regelgeving. Daarnaast kunnen onder meer de koers van de Hoge Raad, de strafoplegging in feitelijke aanleg en veranderingen in de detentiepraktijk aan een nadere beschouwing worden onderworpen, teneinde een min of meer onderbouwde uitspraak te doen over de veronderstelling dat sprake is van meer repressie, in de zin van een hardere aanpak en van zwaardere sancties.

Meer of minder repressie kan worden gerelateerd aan de introductie van nieuwe strafbaarstellingen of aan een (iets) andere interpretatie van bestaande delictsomschrijvingen, maar bijvoorbeeld ook aan ontwikkelingen op het terrein van de voorlopige hechtenis. De mate van repressie kan in verband worden gebracht met de koers die wordt gevolgd bij leerstukken die belangrijk zijn voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid zoals daderschap en deelneming, opzet en schuld of poging en voorbereiding, maar bovendien met de onmiskenbare opmars van slachtoffers en nabestaanden in de strafrechtspleging. De uitbreiding van het arsenaal aan sanctiemodaliteiten heeft betekenis voor het meer of minder repressieve karakter van het strafrecht, maar dat geldt evenzeer voor de ontwikkeling van nieuwe opsporingsmethoden of de creatieve invulling die wordt gegeven aan bestaande bevoegdheden tot onderzoek. Veranderingen op het terrein van de tenuitvoerlegging van sancties, met name ook van de vrijheidsbenemende sancties, kunnen van wezenlijk belang zijn voor een beschouwing over het repressieve gehalte van de strafrechtelijke rechtshandhaving, terwijl tendensen in het bewijsrecht en in de beoordeling van strafuitsluitingsgronden daarvoor eveneens illustratief kunnen zijn. Al deze – en nog meer – onderwerpen kunnen, kortom, kleur geven aan het thema van strafrecht in een repressieve samenleving.

De insteek van dit preadvies is evenwel niet om te komen tot een overkoepelend perspectief op het strafrecht in een repressieve samenleving, dat is gebaseerd op een analyse en waardering van uiteenlopende ontwikkelingen in de strafrechtspleging. We stellen ons evenmin tot doel om – aan de hand van wijzigingen in wetgeving, rechtspraak en dagelijkse praktijk – de hypothese te toetsen dat sprake is van een verharding in de strafrechtspleging of van een zogeheten punitieve wending.¹⁰ Het is wat ons betreft namelijk maar de vraag of het mogelijk is in een preadvies een min of meer volledig overzicht te geven

10 Zie voor een nadere invulling van en perspectieven op het begrip 'punitieve wending' bijvoorbeeld J. Terpstra, 'Punitieve wending, residentialisering en intolerantie: over veranderingen in bestraffing, bescherming en hulpverlening bij jeugdigen in Nederland', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht* (liber amicorum Buruma), Deventer: Kluwer 2011, p. 575-594.

van daarvoor relevante aspecten en deze vervolgens in onderlinge samenhang te waarderen en te beoordelen in *a short theory of nearly everything*. Misschien wel, maar niet door ons. We zien dat als onbegonnen werk, waaraan bovendien het risico kleeft dat vooral bevestiging wordt gezocht van een zich in het hoofd genestelde theorie. Als die is dat onmiskenbaar sprake is van een repressiever straf(proces)recht, of juist niet, dan bestaat het gevaar dat in de onvermijdelijke selectie en waardering van het beschikbare materiaal vooral die onderwerpen en bronnen worden benut die de juistheid van de hypothese kunnen ondersteunen. Ook preadviseurs moeten waken voor *confirmation bias*.

Daarmee zijn in feite ook onze aarzelingen verwoord bij het concept van een repressieve samenleving. Daar gaat een zekere aantrekkingskracht vanuit en het roept ongetwijfeld in meer of mindere mate beelden op bij degenen die zich beroepsmatig met de strafrechtspleging bezighouden. Tegelijkertijd veronderstelt het een zekere mate van eenduidigheid of eenvormigheid, als ware sprake van een onontkoombare natuurkracht waaraan het strafrecht zich niet kan onttrekken. Zo zwart-wit kunnen maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen evenwel niet worden geschilderd. Zeker in het strafrecht domineren de grijze tinten. Dat houdt in elk geval verband met de ambivalentie van het rechtsgebied,¹¹ waarin de voortdurende zoektocht centraal staat naar de juiste verhouding tussen instrumentele, op repressie gerichte doelstellingen enerzijds en op rechtsbescherming georiënteerde belangen anderzijds.¹² Het ligt niet voor de hand dat de uitkomst van die afweging steeds – dat wil zeggen: op alle niveaus, bij alle onderwerpen, in alle strafzaken en ten aanzien van alle verdachten en veroordeelden – dezelfde richting op wijst, van meer of juist minder repressie. Zo eenvoudig is het niet.

Bovendien: strafrecht kan moeilijk los worden gezien van repressie. Centraal staat de doelstelling om degenen die zich aan een strafbaar feit schuldig hebben gemaakt te confronteren met een strafrechtelijke reactie. Hoe ernstiger het delict, hoe zwaarder die reactie in de regel zal zijn. Dat een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd aan bijvoorbeeld de Utrechtse tramschutter kan tegen die achtergrond nauwelijks verbazing wekken. Het is de ernst van de bewezen verklaarde feiten die in deze zaak de strafoplegging heeft gedicteerd. Om die straf te duiden als een voorbeeld van de doorwerking in het strafrecht van repressieve tendensen in de samenleving, doet – op zijn minst genomen – gekunsteld aan.

11 Die uitdrukking ontleen we aan G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 9.

12 Zie daarvoor (natuurlijk) R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem-Antwerpen: Gouda Quint-Kluwer 1990.

1.1 De opmars van preventief strafrecht

Dat wil niet zeggen dat de notie van een repressieve samenleving voor de strafrechtspleging betekenisloos is. Zij is verbonden met het discours van academische disciplines als de sociologie, de criminologie en de bestuurskunde. In die wetenschapsgebieden zijn aansprekende theorieën ontwikkeld, waarin tal van ontwikkelingen in de samenleving zijn samengebracht in een tamelijk eenduidig perspectief. Met grove penseelstreken is dat perspectief te schetsen als dat van een samenleving die in rap tempo ingrijpend en voortdurend verandert door onder meer globalisering en technologische vooruitgang en dat van onzekere burgers die worden geconfronteerd met de gevolgen daarvan in termen van onder meer klimaatverandering, milieuvervuiling, immigratie, pandemieën, criminaliteit en terroristische dreiging. Daardoor is een voedingsbodem ontstaan voor een breed gevoelde behoefte (potentiële) risico's voor te zijn, te bezweren of te controleren. Typeringen als risicosamenleving en controlecultuur hebben dat perspectief in een enkel woord tot uitdrukking gebracht.¹³

Aan de rijkheid van de beschouwingen die ten grondslag liggen aan het concept van, kort gezegd, de risicosamenleving – en aan de verschillen in benadering tussen de diverse auteurs – doet de bondige weergave daarvan in de vorige alinea natuurlijk geen recht. Voor ons betoog is vooral van belang dat het concept in Nederland is omarmd en dat het in de strafrechtswetenschap wordt gehanteerd als een kapstok voor de duiding van tal van ontwikkelingen in de strafrechtspleging. De risicosamenleving is bijvoorbeeld in verband gebracht met wijzigingen in het materiële strafrecht en in het strafprocesrecht die beogen ruimte te creëren voor een effectieve bestrijding van terrorisme,¹⁴ maar ook met uiteenlopende onderwerpen als het culpoze delict, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en vormverzuimen.¹⁵ Het concept van de risicosamenleving heeft daarenboven ook in het Nederlandse taalgebied tot

13 Zie onder meer U. Beck, *The risk society: toward a new modernity*, Londen: Sage 1992; J. Young, *The exclusive society. Social exclusion, crime, and differences in late modernity*, Londen: Sage 1999; D. Garland, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Chicago: University of Chicago Press 2001 en B. Hudson, *Justice in the risk society. Challenging and re-affirming justice in late modernity*, Londen: Sage 2003.

14 Zie bijvoorbeeld M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU), Den Haag: Boom 2007 en M.F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation* (diss. UU), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2012.

15 Zie over culpoze delicten C. Kelk, 'Culpa en de veiligheidssamenleving', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht* (liber amicorum Machiels), Deventer: Kluwer 2013, p. 173-182; over de aansprakelijkheid van rechtspersonen D. Doerenbos, 'Schuldige rechtspersonen in de risicomaatschappij', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht* (liber amicorum Buruma), Deventer: Kluwer 2011, p. 143-153 en over vormverzuimen R. Kuiper, *Vormfouten* (diss. RUN), Deventer: Kluwer 2014, in het bijzonder p. 89-92.

welluidende titels van boeken en van wetenschappelijke bijdragen over straf(-proces)recht aanleiding gegeven.¹⁶

Het vertrekpunt van onze beschouwing is de veronderstelling dat de strafrechtspleging zich, in lijn met de notie van een risicosamenleving, meer en meer richt op preventie. Strafrechtelijke en strafvorderlijke instrumenten worden geacht een bijdrage te (kunnen) leveren aan het voorkomen dat bepaalde risico's zich, met name in de vorm van strafbare feiten, manifesteren. Het strafrecht en de strafvordering worden aldus in toenemende mate gekleurd door het streven naar risicominimalisatie. De betekenis die aan het begrip 'preventie' toekomt, verandert daardoor.

Preventie wordt nogal eens, als variant op de uitdrukking 'voorkomen is beter dan genezen', tegenover repressie geplaatst. In die dichotomie wordt aan preventie een voorkeurspositie toegekend. Natuurlijk is het beter dat strafbare feiten worden voorkomen dan dat achteraf via het strafrecht een repressieve reactie volgt. Het belang van goed hang- en sluitwerk ter voorkoming van inbraken kan bijvoorbeeld worden benadrukt. Of, met een bredere strekking: adequate voorzieningen op het terrein van de geestelijke gezondheidszorg of dat van de jeugdhulpverlening kunnen veel onheil voorkomen.

Preventieve ambities kunnen de strafrechtspleging sinds jaar en dag evenmin worden onzegd. Aan de strafbaarstelling van gedragingen, aan de wettelijke strafbedreiging en aan de strafoplegging in concrete zaken wordt bijvoorbeeld een generaal-preventieve werking toegedicht. Die bevestigen de norm en zij zouden (andere) burgers ervan moeten weerhouden strafbare feiten te plegen. Een belangrijk doel voor strafoplegging wordt voorts gevonden in speciale preventie, gericht op de individuele dader. De theorievorming daarover staat vooral in het teken van het sanctiestelsel en de straftoemeting.¹⁷ Traditionele sanctiemodaliteiten als de voorwaardelijke veroordeling en de maatregel van terbeschikkingstelling staan nadrukkelijk in het teken van speciale preventie.

De repressieve reactie van het strafrecht op een delict kan aldus (mede) in de sleutel worden gezet van het streven te voorkomen dat de dader recidiveert. Onze hypothese is dat sinds grofweg de eeuwwisseling in elk geval op wetgevingsniveau aan speciale preventie een andere invulling wordt gegeven dan voorheen het geval was. We vermoeden dat speciale preventie in de Nederlandse strafrechtspleging lange tijd verbonden is geweest met noties van hulpverlening en resocialisatie. De delinquent moest, waar nodig, worden gesteund om na veroordeling en strafexecutie weer als volwaardig burger in de samen-

16 H. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom 2002; Y. Buruma, *De dreigingsspiraal. Onbedoelde neveneffecten van misdaadbestrijding*, Den Haag: Boom Lemma 2005 en A. Klip, 'Totaalstrafrecht', *DD* 2010/34.

17 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 6.

leving te worden opgenomen. In het huidige tijdsgewricht is speciale preventie daarentegen, ten minste voor de wetgever, bovenal het aanknopingspunt voor een in aantal en intensiteit toenemend aantal modaliteiten om zo veel en zo lang mogelijk invloed uit te oefenen op het gedrag van de verdachte of de veroordeelde om het veronderstelde gevaar van strafbaar gedrag te reduceren en bij voorkeur te minimaliseren. Die invloed krijgt in het bijzonder vorm door het stellen van gedragsvoorwaarden aan een verdachte of een veroordeelde, door (langdurig en intensief) toezicht te houden op naleving daarvan en door aan schending van die voorwaarden vrijheidsbenemende consequenties te verbinden. Op die manier moet het getaxeerde gevaar worden ingedamd dat deze persoon in de toekomst strafbare feiten pleegt. Speciale preventie dus door toezicht en controle op de naleving van aan de verdachte of de veroordeelde opgelegde verboden of geboden met detentie als stok achter de deur, in plaats van speciale preventie door hulp en steun.

Onze veronderstelling is dat speciale preventie een kapstok is geworden voor een almaar groeiend web aan mogelijkheden voor intensieve overheidsbemoeienis met het leven en de persoonlijkheid van de verdachte of de dader. Door aan delinquenten voorwaarden in de vorm van geboden en verboden op te leggen, door op de naleving toezicht uit te oefenen en door op te treden tegen schending van die gedragsvoorwaarden, wordt beoogd de samenleving te beschermen tegen het risico van nieuwe strafbare feiten. Ook als de verdachte of de veroordeelde geen nieuw delict pleegt, kunnen aan een schending van gedragsvoorwaarden ingrijpende consequenties worden verbonden. De achterliggende gedachte van die benadering is dat het risico op recidive door niet-naleving van geboden of verboden wordt vergroot en dat daarop (dus) in het belang van de veiligheid moet worden gereageerd. Naar de mate waarin de voorwaarden die in dat verband worden gesteld stringenter zijn en naar de mate waarin de controle op de naleving daarvan ingrijpender is – en dus: hoe meer de focus is gericht op het belang van beveiliging van de samenleving tegen het gevaar dat wordt geacht uit te gaan van dit specifieke individu – krijgt speciale preventie een meer repressieve lading. In die zin kan het repressieve karakter van het strafrecht door preventieve maatregelen worden versterkt.

1.2 Over oude wijn in nieuwe zakken

De opmars van preventief strafrecht is geen nieuw fenomeen. In 1990 publiceerden Groenhuijsen en Van der Landen de resultaten van hun onderzoek naar de binnen de *Internationale Kriminalistische Vereinigung* gevoerde de-

batten, aan het einde van de 19^e eeuw en het begin van de 20^e eeuw.¹⁸ Die debatten, waaraan prominente wetenschappers en politici als Von Liszt, Van Hamel en Prins deelnamen, geven een beeld van de ‘harde kern’ van opvattingen van de zogeheten moderne richting in het strafrecht. Centraal uitgangspunt van de moderne richting is dat een effectieve bescherming van de samenleving tegen criminaliteit veronderstelt dat de strafrechtelijke reactie moet zijn afgestemd op de oorzaken van criminaliteit, die per persoon kunnen verschillen. De vraag of die oorzaken vooral moeten worden gevonden in medisch-biologische factoren dan wel in sociaal-politieke omstandigheden hield de gemoeieren binnen de moderne richting weliswaar bezig, maar dat neemt niet weg dat de moderne richting vooral oog had voor de speciaal-preventieve bestrijding van criminaliteit.¹⁹

In de statuten van de *Vereinigung* werd in dat verband onder meer aandacht gevraagd voor het belangrijke verschil tussen *Gelegenheitsverbrecher* en *Gewohnheitsverbrecher*. Om de risico’s die uitgingen van de tweede categorie in te dammen, werd intensief gediscussieerd over gevangenisstraffen van onbepaalde duur en, later, over preventieve maatregelen (*Sicherungsmassnahmen* of *Schutzmassnahmen*). Die maatregelen zouden, aldus de voorstanders daarvan, niet alleen moeten kunnen worden opgelegd aan degenen die een strafbaar feit hebben begaan, maar ook aan anderen die als een gevaar voor de maatschappij werden beschouwd.

Het is niet nodig in dit preadvies de exacte invloed van de denkbeelden van de moderne richting op de ontwikkeling van het Nederlandse strafrecht te schetsen. Groenhuijsen en Van der Landen merkten in 1990 met recht op dat de vragen die door de *Vereinigung* werden gesteld een eeuw later goeddeels dezelfde zijn gebleven: wat zijn de oorzaken van crimineel gedrag en op welke wijze kan worden opgetreden tegen degenen die stelselmatig strafbare feiten plegen en tegen anderen van wie wordt vermoed dat zij een risico vormen?²⁰ In de debatten die daarover binnen de *Vereinigung* werden gevoerd, komen elementen terug die in het hedendaagse discours over preventief strafrecht zijn te herkennen.²¹ Zoals toen werd gesproken over de vraag hoe het risico op strafbaar of gevaarlijk gedrag kon worden vastgesteld en zoals destijds de vraag werd gesteld naar de rechtsstatelijke grenzen van de overheidsreactie op dergelijke risico’s, gebeurt dat ook nu.

18 M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen, ‘De I.K.V. in het spanningsveld tussen klassieke rechtsbeginselen en moderne rechtsopvattingen’, in: M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen (red.), *De moderne richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 7-93. De beschouwing in de hoofdstuk over de moderne richting in het strafrecht is op het opstel van Groenhuijsen en Van der Landen gebaseerd.

19 Zie daarover ook hoofdstuk 2 van dit preadvies.

20 Groenhuijsen en Van der Landen 1990, p. 93.

21 Zie ook F. de Jong, *Symbolische en diabolische krachten in het strafrecht* (oratie UU), Den Haag: Boom 2016, p. 33, die in dit verband spreekt van een ‘neo- of ultra-Moderne Richting, eenzijdig gericht op het streven naar efficiëntie, veiligheid en onschadelijkmaking van delinquenten’.

De vragen die in actuele bijdragen worden gesteld over de invloed van de risicosamenleving op het straf(proces)recht en over de daaraan gekoppelde opkomst van *preventive justice*, zijn vergelijkbaar met die waarover in kringen van de moderne richting werd gedebatteerd. Ze zijn wel aangepast aan het heden, op basis van enerzijds de vaststelling dat de risico's voor de samenleving van specifieke vormen van criminaliteit door onder meer de razendsnelle ontwikkelingen van de technologie navenant groter zijn geworden dan in de tijd van Von Liszt *cum suis* en anderzijds de stand van de wetenschap. Ter illustratie stippen we twee onderwerpen aan die recent in het kader van het streven naar strafrechtelijke risicominimalisatie aan de orde zijn gesteld en trekken we een parallel met de discussie binnen de *Vereinigung*.

Het eerste onderwerp betreft de vraag hoe moet worden vastgesteld of sprake is van recidivegevaar en welke factoren daarin een rol spelen. Wanneer is sprake van een zodanig gevaar dat de inzet van een preventieve maatregel legitiem is? Binnen de moderne richting in het strafrecht liepen de ideeën daarover uiteen. We merkten al op dat zich binnen deze richting zowel een medisch-biologische stroming als een sociaal-politieke stroming manifesteerde, waarin de oorzaken van criminaliteit (vooral) in endogene respectievelijk exogene factoren werden gezocht.²² De gedachte in de beginjaren van de *Vereinigung* dat wetenschappelijk onderzoek zou uitwijzen welke personen als onverbeterlijke criminelen konden worden geboekstaafd, bleek echter al te optimistisch te zijn.²³

Meer dan honderd jaar later worden namelijk soortgelijke vragen gesteld. Dat verbaast niet, als wordt onderkend dat preventief optreden, ter onderdrukking van de kans op herhaling, wordt gebaseerd op een inschatting van de toekomst. Inherent aan een voorspelling over de toekomst is dat die onjuist kan blijken te zijn. Bovendien ontbreekt het in de wet, zo is al vaker opgemerkt,²⁴ aan een duidelijk en afgebakend normenkader aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of voldoende recidivegevaar bestaat voor de oplegging van een op preventie gerichte sanctie als terbeschikkingstelling. De uiteenlopende bepalingen waarin de wetgever criteria voor (herhalings)gevaar heeft beschreven, zijn een 'ratjetoe' genoemd.²⁵

De opkomst van risicotaxatie-instrumenten, waarvan in de praktijk gebruik wordt gemaakt in combinatie met of ter ondersteuning van een gestructureerd klinisch oordeel, biedt vooralsnog geen uitzicht op een bevredigende beantwoording van die prangende vragen. Risicotaxatie-instrumenten zijn

22 Groenhuijsen en Van der Landen 1990, met name p. 19.

23 Groenhuijsen en Van der Landen 1990, met name p. 75.

24 J. Bijlsma e.a., 'Stoomis en gevaar. Een aanzet tot onderzoek naar een alternatief voor tbs', *DD* 2020/25.

25 S. Struijk en M.J.F. van der Wolf, 'Gevaarscriteria in het strafrechtelijk sanctierecht: een risicovol ratjetoe', *AA* 2018, p. 938-947.

ontwikkeld op basis van empirisch onderzoek naar kenmerken die onderscheidend zijn voor veroordeelden die recidiveren, ten opzichte van veroordeelden die niet in herhaling zijn gevallen. Op basis daarvan zou, zo is de gedachte, een empirisch onderbouwde inschatting moeten kunnen worden gemaakt voor de kans op recidive in een individuele strafzaak. De nauwkeurigheid van voorspellingen op basis van deze instrumenten is echter allerm minst bevredigend.²⁶ Vooral de taxatie dat de kans op herhaling hoog is, blijkt relatief vaak onjuist te zijn (vals positieven).²⁷ Bovendien blijken sommige van deze instrumenten bevattelijk voor een ongelijke behandeling op basis van bijvoorbeeld ras of sociale klasse.²⁸

Opvallend is daarnaast dat de aanwezigheid van een psychische stoornis in risicotaxatie-instrumenten slechts een beperkte rol speelt als indicator voor herhalingsgevaar. Met het oog op de wettelijke regels omtrent de oplegging van de maatregel van terbeschikkingstelling met dwangverpleging, die als de zwaarste op preventie gerichte sanctie kan worden gekwalificeerd, is dat een opmerkelijke constatering: in artikel 37a Sr wordt als voorwaarde voor oplegging van deze maatregel immers genoemd dat bij de verdachte ten tijde van het begaan van het feit een psychische stoornis bestond. Tegelijkertijd sluit de beperkte rol van een stoornis bij de op basis van instrumenten van risicotaxatie gemaakte inschatting van recidivegevaar aan op de vaststelling dat uit empirisch onderzoek niet blijkt dat een verband bestaat tussen een psychische stoornis en een (verhoogd) recidiverisico.²⁹ In sommige instrumenten voor risicotaxatie wordt een stoornis als schizofrenie juist niet als een risicofactor aangemerkt, maar als een factor die de kans op herhaling verlaagt.³⁰

Het tweede onderwerp dat we hier aanstippen, ligt in het verlengde van het eerste. Het gaat om de vraag naar rechtsstatelijke grenzen van de inzet van strafrechtelijke en strafvorderlijke instrumenten die zijn gericht op de bescherming van de samenleving tegen (het risico van) toekomstig strafbaar en ander gevaarlijk gedrag. Tijdens de debatten van de *Vereinigung* bleken de vertegenwoordigers van de moderne richting in het strafrecht steeds weer aan te lopen tegen de grenzen die voortvloeien uit klassieke rechtsbeginselen, zoals het

26 Zie bijvoorbeeld J. Harte, 'Recidive inschatten met behulp van een empirisch model', *NJB* 2017/1799 en G. van Dijk, 'Algoritmische risicotaxatie van recidive', *NJB* 2020/1558, beide met nadere literatuurverwijzingen. Zie voorts de reactie van M. Maas e.a., 'Professional en risicotaxatie-instrument hand in hand. Hoe de reclasserings risico's inschat', *NJB* 2020/1814, met naschrift van Van Dijk.

27 S. Fazel e.a., 'Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24 827 people: systematic review and meta-analysis', *British Medical Journal* 2012, doi: 10.1136/bmj.e4692.

28 Harte 2017, p. 2388-2389.

29 Bijlsma e.a. 2020, p. 358-360, met nadere literatuurverwijzingen. Ook de eisen die kunnen worden gesteld aan de vaststelling van een psychische stoornis, roepen overigens de nodige vragen op. Zie daarover E.E. Nauta, 'Zelfstandige vaststelling van een psychische stoornis door de strafrechter', *NJB* 2021/2608.

30 T. Kooijmans en G. Meynen, 'De hybride structuur van de rapportage pro Justitia: over toerekeningsvatbaarheid en risico', *DD* 2012, p. 477-489.

legaliteitsbeginsel, die beogen burgers te beschermen tegen ongebreidelde overheidsmacht.³¹ Met de invoering van strafrechtelijke maatregelen konden deze klassieke beginselen in ieder geval ten dele omzeild worden. Veel anders is het vandaag de dag niet, zoals we in de slotbeschouwing nader uiteen zullen zetten. De vraag naar de legitimatie en begrenzing van op preventie gerichte maatregelen van strafrechtelijke en strafvorderlijke aard klemmt, als vanzelfsprekend, temeer indien de wetenschap geen duidelijke aanknopingspunten biedt voor een adequate onderbouwing van een voorspellende uitspraak over het risico dat deze verdachte of deze veroordeelde (opnieuw) een strafbaar feit zal begaan of anderszins gevaarlijk of maatschappelijk ongewenst gedrag zal vertonen.³² Omdat de wet evenmin een kader biedt voor de beoordeling en vaststelling van ‘gevaar’, maakt de praktijk mede gebruik van instrumenten voor risicotaxatie die niet steeds uitblinken door nauwkeurige voorspellingen. Vanuit rechtsstatelijk perspectief is die stand van zaken moeilijk anders dan als armoedig en in elk geval als zorgelijk te bestempelen. Op basis van die stand van zaken heeft een van ons vorig jaar gepleit voor de introductie van een ongevaarlijkheidspresumptie, in samenhang met de ontwikkeling van een ‘gevaarsdogmatiek’ die werk maakt van verschillende noties of schalen van gevaar. Zo’n ongevaarlijkheidspresumptie kan naar analogie van de onschuldpresumptie in rechtsstatelijk opzicht bescherming bieden tegen een onterechte of in de toepassing willekeurige inzet van preventieve sancties of preventieve maatregelen van strafvorderlijke aard.³³ We komen daar aan het slot van dit preadvies op terug.

1.3 Plan van aanpak

De lange inleiding van dit preadvies beoogt de veelzijdigheid en de complexiteit weer te geven van de vraagstukken die verband houden met de inzet van op speciale preventie gerichte middelen van strafvorderlijke en strafrechtelijke aard. Net zoals bij het algemene onderwerp van strafrecht in een repressieve samenleving achten wij ons niet in staat om binnen het bestek van dit

31 Groenhuijsen en Van der Landen 1990, bijvoorbeeld p. 87.

32 Terzijde merken we op dat onderzoek op het terrein van de levensloopcriminologie aanknopingspunten lijkt te bieden om in dit opzicht een stap voorwaarts te zetten. Zie daarover W. Huisman, ‘Levensloopcriminologie, criminele carrières en bijzondere dadergroepen’, *DD* 2019/6. Voor zover ons bekend, worden resultaten van dergelijk onderzoek (nog) niet gebruikt om in concrete gevallen preventieve maatregelen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard te onderbouwen.

33 J. Bijlsma, ‘Het is tijd voor een ongevaarlijkheidspresumptie’, *RMThemis* 2021, p. 81-92. Zie ook reeds A. Ashworth en L. Zedner, *Preventive justice*, Oxford: Oxford University Press 2014. Overigens kunnen parallellen worden gezien met de ontwikkeling van *predictive policing*, waarbij op basis van grootschalige data en algoritmes wordt getracht te voorspellen waar en door wie strafbare feiten zullen worden gepleegd. Zie bijvoorbeeld R.A. Hoving, ‘Verdacht door een algoritme. Kan predictive policing leiden tot een redelijke verdenking?’, *DD* 2019/41.

preadvies tot een alomvattende, samenhangende beschouwing te komen waarin een aanzet wordt gegeven voor de beantwoording van de vele vragen die kunnen worden gesteld over preventief strafrecht. We beperken ons daarom tot een nadere verkenning van de hypothese dat speciale preventie in een relatief kort tijdsbestek is veranderd van een streven dat vorm krijgt door vooral hulp en steun te bieden aan de delinquent naar een oogmerk dat wordt ingevuld door zo veel mogelijk toezicht te houden op de naleving van aan een verdachte of veroordeelde opgelegde geboden of verboden.

Met de notie van hulp en steun is in de Nederlandse verhoudingen onlosmakelijk de reclassering verbonden. Over het reclasseringswerk is wel opgemerkt dat het lange tijd bestond uit het verlenen van persoonlijke en individuele steun en begeleiding aan veroordeelden, maar dat het gaandeweg is veranderd in het verrichten van voorgeprogrammeerde inspanningen voor uitsluitend specifiek daarvoor aangewezen categorieën justitiabelen.³⁴ Of die niet als bijzonder positief te kwalificeren stelling kan worden onderschreven, komt aan de orde in het vervolg van dit preadvies.

In hoofdstuk 2 wordt op hoofdlijnen de geschiedenis van de reclassering beschreven. Die historische schets heeft vooral ten doel duidelijk te maken hoe invulling is gegeven aan het concept van speciale preventie in de twee eeuwen die achter ons liggen. In hoofdstuk 3 beogen we vervolgens een overzicht te geven van de wetgevende activiteiten sinds 2000 die, in het kader van het streven tot vermindering van recidive, tot doel hebben gehad om meer mogelijkheden te creëren voor het opleggen van geboden en verboden aan verdachten en veroordeelden en voor het houden van toezicht op de naleving daarvan. Voor deze ontwikkeling, die zowel in het strafspoor als in het maatregelspoor is waar te nemen, gebruiken we soms omwille van de eenvoud de dogmatisch minder zuivere termen ‘speciaal-preventief strafrecht’ of ‘risicostrafrecht’. We richten ons op (vrijheidsbeperkende) modaliteiten waaraan bijzondere voorwaarden en reclasseringstoezicht kunnen worden verbonden. Andere delen van het sanctierecht blijven grotendeels buiten beschouwing. De beschrijving van talrijke wetwijzigingen staat in het teken van de veronderstelling dat speciale preventie in de afgelopen decennia door de wetgever in belangrijke mate is gereduceerd tot, kort gezegd, repressief toezicht. Speciale preventie is nu vooral een kapstok voor steeds meer en steeds intensievere overheidsbemoeienis met het leven en de persoonlijkheid van de verdachte of de dader, vanuit de gedachte dat daarmee veiligheid kan worden verzekerd en dat daardoor het risico op recidive kan worden bezworen.

De wijze waarop de reclassering met die nieuwe realiteit omgaat, komt aan bod in hoofdstuk 4. Hoe geeft de reclassering thans invulling aan de haar door de wetgever opgedragen taken? Wijst de ontwikkeling die het reclasserings-

34 N. Jörg, C. Kelk en A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012, p. 41.

werk heeft doorgemaakt op een verschuiving van hulp en steun naar toezicht en controle? Heeft de reclassering (nog) ruimte voor hulpverlening aan verdachten en veroordeelden en voor op re-integratie gerichte activiteiten? Naar een antwoord op deze en andere vragen hebben we mede gezocht in gesprekken met medewerkers van de reclassering en in de mogelijkheid die ons is geboden om mee te kijken in de dagelijkse praktijk van het reclasseringswerk. Voor de open houding en de hartelijke ontvangst zijn wij veel dank verschuldigd aan degenen die een bijdrage hebben geleverd aan de ministage van een van ons. De blik in de keuken van de reclassering heeft niet alleen bijgedragen aan onze gedachtevorming, maar ook geleid tot bewondering voor de gewetensvolle wijze waarop reclasseringsmedewerkers zich onder niet altijd gemakkelijke omstandigheden inzetten voor verdachten en daders en voor de veiligheid van de samenleving.

In hoofdstuk 5 zullen onze bevindingen samenkomen. Daarin komen we aan de hand van de analyse in de daaraan voorafgaande delen van dit preadvies tot een waardering van de toenemende nadruk die in de strafrechtspleging wordt gelegd op toezicht en controle. In dat verband leggen we onszelf twee beperkingen op. In de eerste plaats treden we niet in het debat over strafrechtstheorieën, maar vertrekken we vanuit de veronderstelling dat zowel vergelding (in het strafspoor) als speciale preventie (in beide sporen) een plaats heeft in het Nederlandse strafrecht. Ten tweede beschouwen we de wetgevingsactiviteit van de afgelopen jaren als een gegeven. Hoewel we daarop de nodige kritiek uit zullen oefenen, ligt het niet in de lijn der verwachting dat op korte termijn een andere richting wordt ingeslagen. Onze aandacht zal daarom uitgaan naar de wijze waarop de praktijk – in het bijzonder: de reclassering en de rechtspraak – met deze nieuwe realiteit om kan gaan.

2.1 In den beginne

De geschiedenis van de reclassering in Nederland gaat bijna tweehonderd jaar terug. In 1823 werd het Nederlands Genootschap tot de Zedelijke Verbetering der Gevangenen opgericht, dat de eerste instelling was die zich bezighield met de reclassering van gevangenen tijdens en na hun detentie. De opkomst van de reclassering, de ontwikkelingen die zich in haar organisatie en haar werkzaamheden hebben voorgedaan, haar taken en haar verhouding tot de strafvorderlijke overheid zijn in tal van publicaties beschreven. Onder meer Van Bemmelen (1923), Fokkens (1981) en Janse de Jonge (1991) schreven een proefschrift over de reclassering, terwijl de geschiedenis van de reclasseringsinstellingen in de dissertatie van Heinrich (1995) minutieus en op fraaie wijze in kaart is gebracht.¹ In onze weergave van de geschiedenis van de reclassering baseren wij ons vooral op de boeken van Fokkens, Janse de Jonge en Heinrich over dit onderwerp en beperken we ons tot die aspecten die relevant zijn voor ons betoog.

Het Genootschap stelde zich tot doel om ‘gevangenen door den invloed van den godsdienst en door andere gepaste middelen, tot betere mensen te vormen en als zodaanig, aan de maatschappij terug te geven’ en om ‘den ontslagenen, welke gedurende hunne gevangenisstraf hebben blijk gegeven van zedelijke verbetering en van hun ernstige voornemen om een ordelijk levensgedrag in de maatschappij te leiden, behulpzaam te zijn ter verkrijging van een geschikte stand, waarin zij het levensonderhoud kunnen vinden.’² Die doelstelling was verbonden met het mensbeeld van de Verlichting, waarin de burger als een rationeel mens wordt aangemerkt die verantwoordelijk is voor zijn

1 J.M. van Bemmelen, *Van zedelijke verbetering tot reclasseering* (diss. RUG), Groningen: Martinus Nijhoff 1923; J.W. Fokkens, *Reclassering en strafrechtspleging* (diss. RUN), Arnhem: Gouda Quint 1981; J.A. Janse de Jonge, *Om de persoon van de dader* (diss. UU), Arnhem: Gouda Quint 1991 en J-P. Heinrich, *Particuliere reclassering en overheid in Nederland sinds 1823* (diss. RUG), Arnhem: Gouda Quint 1995.

2 Heinrich 1995, p. 32.

daden en voor de beslissingen die hij in het leven neemt. Criminaliteit is het gevolg van de vrije keuze van de calculerende *homo economicus*.³ Zij die verkeerde keuzes maken en strafbare feiten plegen, kunnen met goede ondersteuning zedelijk worden verbeterd waardoor en waarna zij weer een volwaardige plaats in de samenleving kunnen innemen.

Het past eveneens in het tijdsbeeld dat de oprichting van het Genootschap een particulier initiatief was. De rol van de (centrale) overheid in het maatschappelijk leven was, zeker in de eerste helft van de 19^e eeuw, beperkt. Zij hield zich in beginsel verre van activiteiten die waren gericht op bevordering van het welzijn van burgers of op verheffing van degenen die op het verkeerde pad waren geraakt.⁴ Dat werd gezien als een verantwoordelijkheid van gemeenten en van goedgee burgers die zich bekommeren om het lot van de minder bevoorrechte medemens. De strafvorderlijke overheid liet zich leiden door de uitgangspunten van de klassieke richting in het strafrecht, met centrale plaatsen voor het beginsel van proportionele vergelding en voor het streven naar rechtsbescherming van de burger tegen de overheid.⁵

Op basis van het beginsel van proportionele vergelding moet de straf in een juiste verhouding tot de zwaarte van het delict staan. Straf is in deze visie vergelding van de schuld van de verantwoordelijk te houden verdachte. Niet meer en niet minder. De koppeling tussen de straf en de ernst van het delict zou andere burgers tot nadenken stemmen en hen van strafbare gedragingen moeten weerhouden. Aan de straf werd dus een afschrikwekkende, algemeen-preventieve werking toegekend. Die abstracte, onpersoonlijke benadering betekende in de woorden van Fokkens dat weinig aandacht bestond voor de persoonlijke situatie van de dader of de maatschappelijke context en betekenis van het strafbare feit.⁶

Ook de notie dat de burger moet worden beschermd tegen de strafrechtelijke overheid, was een vrucht van het Verlichtingsdenken.⁷ Die bescherming werd gevonden in het concept van de *trias politica*, met een grote rol voor het legaliteitsbeginsel dat meebracht dat de rechter was gebonden aan precies geformuleerde delictsomgeschrijvingen en aan nauwkeurig bepaalde strafbedreigingen. Een eenvoudig en eenvormig strafstelsel met een beperkt aantal hoofdstraffen (gevangenisstraf, hechtenis, geldboete) diende vervolgens het gelijkheidsbeginsel en de rechtszekerheid. Zo'n stelsel zou het immers mogelijk maken om de juiste maat tussen straf en delict vast te stellen en te bevorderen dat vergelijkbare delicten op dezelfde wijze werden bestraft.

3 Zie bijvoorbeeld Janse de Jonge 1991, p. 3.

4 Elementen van de maatschappijvisies en mensbeelden die in dit hoofdstuk aan de orde komen, van het begin van de 19^e eeuw tot en met het heden, zijn ook beschreven in paragraaf 3.1 en 3.2 van het preadvies van Keirse en Mak.

5 Zie voor een nadere beschouwing over die uitgangspunten Groenhuijsen en Van der Landen 1990, p. 8-14.

6 Fokkens 1981, p. 6.

7 Fokkens 1981, p. 6-7 en Groenhuijsen en Van der Landen 1990, met name p. 11-14.

Tegen deze achtergrond is te begrijpen dat de doelstelling van het Genootschap niet bij iedereen in goede aarde viel. De vrees bestond dat te veel nadruk op zedelijke verheffing van gedetineerden afbreuk zou doen aan de afschrikwekkende werking van de gevangenisstraf.⁸ Aandacht voor de persoon van de dader en voor de omstandigheden waaronder het delict is begaan, zou bovendien het beginsel van proportionele vergelding en het streven naar rechtsgelijkheid ondergraven. Reclassering was moeilijk te plaatsen in de onpersoonlijke, min of meer werktuigelijke werking van de strafrechtspleging die de protagonisten van de klassieke richting voor ogen stond.

Het Genootschap richtte zich zowel op gedetineerden als op degenen die uit de gevangenis waren ontslagen. Ten aanzien van de gevangenen zag het aanvankelijk voor zichzelf vooral een aanvullende taak weggelegd, omdat het de overheid niet voor de voeten wilde lopen. De nazorg aan ex-gedetineerden zou met name moeten bestaan in (beperkte) financiële steun en in arbeidsverschaffing. Arbeid werd gezien als een belangrijk middel om tot zedelijke verheffing te komen. Het bleek echter niet gemakkelijk te zijn om aan dat streven handen en voeten te geven. Het plan voor een arbeidskolonie strandde in de beginjaren, mede door geldgebrek. Ook ondersteuning door bestuursleden van de afdelingen van het Genootschap, via toezicht op degenen die uit de gevangenis werden ontslagen en door ‘vaderlijke begeleiding’ langs de weg van het patroonaat, bleek moeizaam van de grond te komen.⁹

Al snel kwam de nadruk te liggen op de activiteiten van het Genootschap in de gevangenis. In de liberale maatschappijvisie van destijds zag de overheid voor zichzelf geen taak weggelegd voor hulp en steun aan gedetineerden of voor pogingen hen voor te bereiden op een terugkeer in de samenleving. Een gevangenis moest afschrikken. De wantoestanden in de inrichtingen die daarvan het gevolg waren, maar ook het uitgangspunt dat nazorg aan ex-gedetineerden alleen dan zin heeft als reeds in de gevangenis een begin is gemaakt met zedelijke verbetering,¹⁰ leidden ertoe dat het accent van de activiteiten van het Genootschap kwam te liggen op het intramurale werk. Zorg na detentie moest in de visie van het Genootschap worden verdiend, door al tijdens detentie blijk te geven van de wil en de mogelijkheid tot verbetering. Vanuit die invalshoek zag het Genootschap het als zijn taak (godsdienst)onderwijs voor gedetineerden te verzorgen, bij te dragen aan arbeid in gevangenis en om tijdens bezoeken aan gedetineerden het gesprek met hen aan te gaan.¹¹

8 Heinrich 1995, p. 29-30 en p. 39.

9 Fokkens 1981, p. 4-5 en Heinrich 1995, p. 32-38.

10 Heinrich 1995, p. 39.

11 Zie voor meer informatie over de omslag van nazorg aan ex-gedetineerden naar het werk in de gevangenis Fokkens 1981, p. 3-5 en Heinrich 1995, p. 32-40.

2.2 De opmaat naar verandering

Vanaf het midden van de 19^e eeuw veranderde langzaam maar zeker het beeld. Met name de 'sociale quaestie' vereiste in de ogen van velen dat afstand werd genomen van het lange tijd dominante perspectief van de teruggetrokken overheid, die slechts de rol van nachtwaker vervulde. Prangende, sociale problemen moesten door een meer actieve overheid worden aangepakt. Op die manier konden bovendien maatschappelijke rust en stabiliteit worden gewaarborgd en kon de gevestigde orde worden beschermd tegen revolutionaire gedachten en bewegingen.¹² Ook op reclasseringsterrein deed die ontwikkeling zich voor. De overheid nam belangrijke onderdelen van het werk van het Genootschap in de gevangenen over.¹³ Dat kwam op dat moment niet zozeer voort uit een andere visie op straffen, hoewel in toenemende mate de gedachte postvatte dat de wijze van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf zou kunnen bijdragen aan speciale, op de persoon van de dader gerichte preventie en aldus aan vermindering van recidivegevaar. Veelal had de groeiende rol van de overheid een praktische achtergrond. Vanaf 1860 nam de overheid bijvoorbeeld de kosten voor onderwijs in gevangenen geheel voor haar rekening,¹⁴ omdat die voor het Genootschap onbetaalbaar bleken te zijn. Kort daarop verdween de verantwoordelijkheid voor onderwijs aan gevangenen uit de statuten van het Genootschap.

Daarnaast heeft de geleidelijke introductie van het cellulaire stelsel in gevangenen, ter vervanging van de gemeenschappelijke opsluiting van gedetineerden, voor het werk van de reclassering grote betekenis gehad. Het Genootschap betoonde zich een voorstander van de invoering van het cellulaire stelsel. Dat zou aansluiten bij het doel van zedelijke verbetering. Door eenzame opsluiting, zo was de gedachte, kan de gedetineerde tot inkeer komen en bovendien zou op die wijze de slechte invloed worden gereduceerd die gevangenen op elkaar hebben. Het Genootschap verzette zich in de periode 1850-1870 daarom tegen verschillende voorstellen om de periode van eenzame opsluiting te beperken tot een maximum van bijvoorbeeld zes maanden of drie jaren.¹⁵ De invoering van het cellulaire stelsel had wel tot gevolg dat de taak van het Genootschap om mede zorg te dragen voor arbeid in gevangenen eveneens werd geschrapt. Arbeid in detentie werd door cellulaire opsluiting als extra belangrijk beschouwd en kreeg daarom het stempel van exclusieve overheidstaak.¹⁶ Vanaf 1877 concentreerde het Genootschap zich dan ook op

12 Fokkens 1981, p. 8 en Heinrich 1995, p. 60-64.

13 Zie daarover uitgebreider Fokkens 1981, p. 5-8 en Heinrich 1995, p. 34-46.

14 Vergelijk Heinrich 1995, p. 41-42, die erop heeft gewezen dat de centrale overheid in 1828 wel reeds de kosten voor verspreiding van een duizendtal godsdienstige en zedenkundige handboeken voor haar rekening nam.

15 Heinrich 1995, p. 52-55.

16 Fokkens 1981, p. 5 en Heinrich 1995, p. 45-46.

bezoek aan gedetineerden, op de hulpverlening aan ex-gedetineerden, die met name uit materiële hulp bestond, en op het debat over (de toekomst van) het gevangenisstelsel.

In 1886 trad een nieuw Wetboek van Strafrecht in werking dat nog duidelijk was geënt op de ideeën van de klassieke richting in het strafrecht.¹⁷ In diezelfde periode kreeg evenwel, onder invloed van de eerder in dit preadvies kort beschreven moderne richting in het strafrecht, een nieuwe visie op criminaliteit en de oorzaken daarvan vaste voet aan de grond. Terwijl criminaliteit in het klassieke strafrecht werd gezien als het gevolg van de vrije keuze van calculerende burgers, zocht de moderne richting de oorzaken van strafbaar gedrag veeleer in medisch-biologische dan wel sociaal-politieke factoren, die per persoon kunnen verschillen. De moderne richting stelde de persoon van de dader en diens omstandigheden centraal. Bovendien veranderde de visie op straf: in plaats van proportionele vergelding kwam de nadruk te liggen op de vraag hoe de samenleving effectief kan worden beschermd tegen criminaliteit. Vanuit die optiek ligt het voor de hand de strafrechtelijke sanctie (mede) in te zetten als middel tot controle op toekomstig gedrag van de veroordeelde. Dat inzicht leidde tot de gedachte dat onderscheid moest worden gemaakt:¹⁸

“De straf zou zich moeten differentiëren en zich naar gelang de persoonlijkheid moeten richten op opvoeding, behandeling of onschadelijkmaking. Ofwel de individu is zwak en kan niet aan de verleiding weerstaan, ofwel hij is verhard in het kwade, ofwel hij weet niet wat hij doet. En met deze diagnose van de dader is de therapie gegeven. Een voorwaardelijke straf voor hem, die nog van zijn fouten kan leren, een onvoorwaardelijke voor de onverbeterlijke recidivist en een beveiligingsmaatregel voor de gevaarlijke krankzinnige.”

Waar beperking van overheidsmacht in de klassieke richting nog als een centraal uitgangspunt gold, opende de moderne richting de deur naar vergaande overheidsinterventie in de strafrechtspleging.¹⁹

2.3 Van particulier initiatief naar overheidsinterventie

Aan het einde van de 19^e eeuw begaven zich meer particuliere organisaties op het terrein van de reclassering. Het Genootschap was niet meer de enige instelling die zich richtte op de verheffing van gedetineerden en ex-gedetineerden. De onderwijzer Govaers introduceerde in 1887 bijvoorbeeld het Leger des

17 Fokkens 1981, p. 6-8 en Groenhuijsen en Van der Landen 1990, p. 9.

18 Janse de Jonge 1991, p. 30, die in deze passage het destijds invloedrijke werk van Muller onder woorden brengt. Muller maakte 50 jaar deel uit van het hoofdbestuur van het Genootschap, tussen 1909 en 1959.

19 Heinrich 1995, p. 67.

Heils in Nederland. Die beweging richtte zich op degenen die het 'diepst gezonken' waren, waaronder (ex-)gedetineerden. Een ander voorbeeld was de vereniging Pro Juventute die in 1896 werd opgericht in Amsterdam door Van Hamel, een van de voortrekkers van de moderne richting. Daarna kwamen in andere steden eveneens verenigingen Pro Juventute van de grond. Hun doelgroep werd gevormd door jonge kinderen. Zo waren er meer bewegingen en instellingen die zich op het reclasseringswerk toelegden, veelal met een levensbeschouwelijke achtergrond.

Dat het reclasseringswerk goeddeels in de handen van het particulier initiatief bleef en niet, onder invloed van de denkbeelden van de moderne richting in het strafrecht, werd overgedragen aan de overheid, kan als de resultante van een typisch Nederlands proces worden geduid. Hoewel aan het einde van de 19^e eeuw breed werd onderkend dat met de reclassering van gedetineerden een algemeen belang wordt gediend, werd onder druk van confessionele partijen de verantwoordelijkheid voor verheffing en resocialisatie gelegd bij wat later wel het maatschappelijk middenveld is genoemd. Dat is de laag tussen overheid en samenleving, waarin elke levensbeschouwing een eigen zuil had.²⁰ In de woorden van Janse de Jonge:²¹

"In dit tijdvak veranderde de strafrechtspleging gaandeweg van een blinde vergeldingsreactie vanwege een misdaad tot een gedragskundig onderbouwde staatsinterventie naar aanleiding van een wetsovertreding, van mechanische afschrikking naar doordachte beïnvloeding van de dader en van anderen. Deze ontwikkeling is niet typisch Nederlands. Wel heeft ze hier een eigen vorm gekregen. En dit is vooral te danken aan die organisatie waarin de Nederlandse strafrechtspleging het meest van die uit omringende landen afwijkt: de reclassering."

Dat wil niet zeggen dat de overheid niet probeerde haar invloed op het reclasseringswerk te vergroten, met name door voorwaarden te verbinden aan de financiering daarvan. Geen andere gebeurtenis is, aldus Heinrich, in de geschiedenis van de reclassering van groter invloed geweest op haar ontwikkeling dan het besluit van de overheid in 1905 om het particuliere reclasseringswerk te subsidiëren.²² Het leidde tot meer zeggenschap van de overheid over het reclasseringswerk.²³ In zijn proefschrift heeft Fokkens de toelichting op de Reclasseringsregeling 1910 geciteerd, waarin over de subsidieregeling werd opgemerkt:²⁴

20 Zie nader Heinrich 1995, p. 62-64 en p. 104-115.

21 Janse de Jonge 1991, p. 16.

22 Heinrich 1995, p. 76. Zie ook Fokkens 1981, p. 11-15.

23 Heinrich 1995, p. 16.

24 Fokkens 1981, p. 13.

“Men is daarbij uitgegaan van het beginsel, dat de reclasseering, waar enigszins mogelijk, het werk moet zijn en blijven van vrije organen der maatschappij. Het grote belang intusschen, hetwelk de staat heeft bij een krachtige ontwikkeling der reclasseering, de waarborg daarin gelegen tegen de voortdurende recidive, die het beste strafstelsel op den duur met verslapping bedreigt, maakt het wenschelijk, dat de arbeid in dezen door particuliere verenigingen vericht, van overheidswege wordt gesteund. Met het oog op dit gewichtige belang, behoeft de Overheid zich zelfs niet van eigen rechtstreeksche bemoeiing te laten weerhouden, mits deze dan er op gericht zij het particuliere initiatief aan te vullen en tot meerdere ontwikkeling en krachtsinspanning te prikkelen.”

De eerste subsidies, van elk 1.500 gulden, gingen in 1905 naar drie landbouwkolonies, waarin delinquenten na beëindiging van hun detentie te werk konden worden gesteld.²⁵ In de Reclasseeringsregeling 1910 werd vervolgens voorzien in diverse vormen van overheidssubsidie, afhankelijk van de vraag of het ging om werkzaamheden die op initiatief van de reclasseringsinstellingen zelf werden verricht (gewone subsidie) of om werkzaamheden die op verzoek van de Minister van Justitie werden uitgevoerd (bijzondere subsidie). Subsidies werden verder onderverdeeld in verplegingssubsidies voor de opvang van ex-gedetineerden die na hun vrijlating werden geïnterneerd en ondersteuningssubsidies voor pogingen tot verheffing van ex-gedetineerden die in de vrije maatschappij waren geplaatst.²⁶

Om voor die subsidies in aanmerking te komen, moesten reclasseringsinstellingen zich bereid verklaren zich te onderwerpen aan de reclasseringsregeling. Op basis daarvan waren zij onder meer verplicht verantwoording af te leggen aan de minister over de besteding van het geld en om verslag uit te brengen over degenen die zij met overheidsgeld hielpen. Naast een vergoeding voor toezicht op ex-gedetineerden die in de maatschappij waren teruggekeerd, kende de Reclasseeringsregeling een bijzondere subsidie toe voor pogingen tot verheffing van verdachten die in een strafzaak naar een Rijkswerkinrichting dreigden te worden gestuurd. Fokkens heeft deze vorm van reclasseringstoezicht op een verdachte als een preventieve maatregel geïdentificeerd: als de verdachte zich niet hield aan de gestelde voorwaarden of de reclasseringspoging niet succesvol bleek te zijn, kon dat tot voortzetting van de vervolging leiden.²⁷

25 Zie Heinrich 1995, p. 77. Het ging om het Groote Woudhuis van het Genootschap, Groot Batelaar van het Leger des Heils en de christelijke landbouwkolonie Het Hoogeland. In 1908 werd deze subsidie verhoogd naar 2.500 gulden.

26 Tot deze laatstgenoemde categorie behoorde niet alleen het verschaffen van kleding of van werktuigen, maar bijvoorbeeld ook het houden van toezicht op ex-gedetineerden, aldus Heinrich 1995, p. 90. Onder de Reclasseeringsregeling 1915 werden wijzigingen in het stelsel van subsidies aangebracht, waarbij het patronaat als reclasseringsmiddel werd gestimuleerd. Nadien werd daarop (fors) bezuinigd. Zie daarover Heinrich 1995, p. 130-134.

27 Fokkens 1981, p. 14.

Ongeveer veertig instellingen werden onder de Reclasseeringsregeling 1910 erkend.²⁸ Om spanningen tussen die instellingen en verbroekeling van het reclasseringswerk tegen te gaan, werd in 1913, op initiatief van het Genootschap, de Vereniging van Reclasseeringsinstellingen opgericht. Daarbij sloten zich aanvankelijk 24 instellingen aan.²⁹ Het Centraal Bureau van die nieuwe vereniging werd belast met de plaatsing van de personen die bij de diverse instellingen werden geholpen. De registratie daarvan werd door het ministerie aangegrepen om tot een centrale plaatsing te komen. Reclasseringsinstellingen werden daarenboven verplicht aan de directeur van het Centraal Bureau alle inlichtingen te verschaffen over het verloop van de pogingen tot reclassering.³⁰ Tot wasdom is de Vereniging van Reclasseringsinstellingen nooit gekomen. De verzuilde instellingen hechtten te sterk aan hun autonomie om daadwerkelijk taken aan een centrale instantie over te dragen.³¹

2.4 Integratie van de reclassering in de strafrechtspleging

Niet zo heel lang na de introductie van het cellulaire stelsel kwam de discussie op gang over het zogeheten progressieve detentiestelsel en de voorwaardelijke invrijheidstelling. Het progressieve detentiestelsel richtte zich op een geleidelijke terugkeer van de gedetineerde in de samenleving, waardoor de kansen op een succesvolle resocialisatie zouden worden vergroot. Na een periode van eenzame opsluiting op basis van het cellulaire stelsel, zou een gedetineerde in gemeenschap met andere gevangenen kunnen worden geplaatst en ten slotte in aanmerking kunnen komen voor voorwaardelijke invrijheidstelling. Dit stelsel zou, zo was de gedachte, de veroordeelde na vrijlating op het rechte pad houden, zeker door de dreiging van verdere tenuitvoerlegging in geval van een nieuwe misstap.³²

Het Genootschap was evenwel geen voorstander. Het hechtte lange tijd sterk aan het cellulaire stelsel. Dat zou beter passen bij de doelstelling van zedelijke verbetering van gedetineerden. Wanneer cellulaire opsluiting zou worden gevolgd door gemeenschappelijke detentie, zou 'de gemeenschap bij de gedetineerde te niet doen, wat in eenzaamheid was opgebouwd', terwijl de voorwaardelijke invrijheidstelling gevangenen 'uitwendig braaf, maar inwendig huichelachtig' zou maken.³³ Toen de voorwaardelijke invrijheidstelling toch in het nieuwe Wetboek van Strafrecht werd opgenomen, paste het Ge-

28 Fokkens 1981, p. 33 en Heinrich 1995, p. 97-98.

29 Heinrich 1995, p. 97-104.

30 Heinrich 1995, p. 101.

31 Heinrich 1995, p. 150.

32 Fokkens 1981, p. 7-8 en Heinrich 1995, p. 51-57.

33 Heinrich 1995, p. 55-56.

nootschap in 1888 zijn statuten aan. Ook degenen die voorwaardelijk in vrijheid waren gesteld, konden vanaf dat moment op nazorg van het Genootschap rekenen.

Een overbrugging van gevangenschap naar vrijheid kon eveneens worden gevonden in intramurale opvang van degenen die uit detentie werden ontslagen. Het Genootschap opende in 1903 de deuren van de landbouwkolonie het Groote Woudhuis, alwaar gevangenen na hun ontslag uit detentie een verblijfplaats konden vinden en zij in hun reclassering werden ondersteund door de arbeid die zij daar moesten verrichten.³⁴ De betekenis die aan werkverschaffing werd toegekend, kwam eveneens tot uitdrukking in de hernieuwde aandacht voor het patronaat. De patroon moest de ex-gedeteneerde aan werk helpen en van begeleiding voorzien. Dat bleek evenwel in de praktijk een moeizaam proces te zijn.

In de discussie over de voorwaardelijke veroordeling speelde het idee van het patronaat een bijzondere rol. De introductie van de voorwaardelijke veroordeling had een tweeledig doel. De wetgever beoogde met de voorwaardelijke veroordeling zowel een alternatief te creëren voor de korte gevangenisstraf als te bewerkstelligen dat de veroordeelde door de dreiging van de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke straf zou worden gestimuleerd om niet opnieuw strafbare feiten te plegen. In de eerste wetsvoorstellen die strekten tot invoering van een voorwaardelijke veroordeling, uit 1900 en 1904, was geen plaats ingeruimd voor de reclassering. Dat veranderde in het wetsvoorstel dat in 1912 werd ingediend. In dat voorstel werd de rechter de bevoegdheid gegeven om te bevelen dat een vrijheidsstraf van maximaal zes maanden niet ten uitvoer zou worden gelegd indien de veroordeelde gedurende een proeftijd aan bepaalde voorwaarden zou voldoen. Met het algemene toezicht op naleving van de voorwaarden zou het Openbaar Ministerie worden belast. Bijzonder toezicht op naleving van de voorwaarden die het gedrag van de veroordeelde betreffen, zou door de rechter kunnen worden opgedragen aan reclasseringsinstellingen. Dezelfde voorwaarden en dezelfde vormen van toezicht werden in het wetsvoorstel gekoppeld aan een uitbreiding van de mogelijkheden tot voorwaardelijke invrijheidstelling.

Het wetsvoorstel leidde tot veel discussie. Een belangrijk punt van kritiek was dat particuliere reclasseringsinstellingen zouden worden belast met het toezicht op voorwaardelijk veroordeelden. Toezicht werd daarbij door de critici negatief geduid. Het zou tot ongewenste verhoudingen en onduidelijke toestanden kunnen leiden en als ‘vervolgend, misschien spionerend’ moeten worden gekwalificeerd.³⁵ De vraag was evenwel wat onder toezicht van de reclassering moest worden verstaan. Was dat gelijk te stellen met politietoe-

34 Heinrich 1995, p. 73-74.

35 Zie over deze discussie uitgebreid Fokkens 1981, p. 12-19. Zie ook Heinrich 1995, p. 120-124.

zicht, of was toezicht vooral een uitwerking van de patronaatsgedachte waarin begeleiding door een patroon veronderstelt dat, teneinde tot verheffing van de veroordeelde te kunnen komen, een zekere mate van controle wordt uitgeoefend op de wijze waarop de veroordeelde de hem gegeven raad en daad van de patroon opvolgt? Toezicht in de laatstbedoelde zin was als het ware onderdeel van de hulpverlening aan de veroordeelde. Fokkens heeft in dit verband Kempe geciteerd, die opmerkte:³⁶

“Men realiseer zich dus goed dat de betekenis die gehecht werd aan de elementen dwang en controle, volstrekt niet negatief gericht was op temmen, breken en in bedwang houden, men was er vast van overtuigd dat deze dwangmiddelen de *conditiones sine qua non* waren om positief resultaat te bereiken.”

Als compromis in de ‘toezichtdiscussie’ kwam uiteindelijk in het wetgevingsproces uit de bus dat de rechter bij een voorwaardelijke veroordeling aan reclasseringsinstellingen kon opdragen ter zake van de naleving van bijzondere voorwaarden hulp en steun te verlenen aan de veroordeelde. Geen toezicht op naleving van de voorwaarden dus, maar hulpverlening bij het nakomen van de voorwaarden. In de regeling van de voorwaardelijke invrijheidsstelling bleef de oorspronkelijke tekst wel gehandhaafd: de rechter kon een reclasseringsinstelling belasten met het bijzondere toezicht op naleving van in dat kader gestelde voorwaarden.³⁷

De betreffende waarde van het compromis bleek toen, kort na de introductie van de voorwaardelijke veroordeling in 1915, in een circulaire van 1918 aanvullend werd bepaald dat reclasseringsinstellingen aan de minister moesten rapporteren in hoeverre de bijzondere voorwaarden werden nageleefd. De patroon werd daardoor tevens toezichthouder.³⁸ De reclassering kreeg expliciet een justitiële taak en zij werd als ‘orgaan’ in de strafrechtspleging geïntegreerd.³⁹

Met de introductie van de voorwaardelijke invrijheidsstelling en de voorwaardelijke veroordeling werd het vanzelfsprekend van belang op goede wijze vast te kunnen stellen wie voor deze modaliteiten in aanmerking zouden kunnen komen. In de verplichtingen die reclasseringsinstellingen op basis van de Reclasseringsregeling 1910 waren aangegaan, zijn reeds de contouren te ontwaren van een nieuwe taak van de reclassering: het uitbrengen van voorlich-

36 Fokkens 1981, p. 18. Zie voorts Fokkens 1981, p. 53-55.

37 Fokkens 1981, p. 18 en Heinrich 1995, p. 118-124. In die gevallen waarin de rechter had nagelaten een specifieke reclasseringsinstelling aan te wijzen, werd het Centraal Bureau van de Vereniging van Reclasseringsinstellingen met de hulp en steun belast. Zie daarvoor Heinrich, p. 102.

38 Fokkens 1981, p. 19.

39 Fokkens 1981, p. 19 en p. 109.

tingsrapportages. Om in aanmerking te komen voor een verplegingssubsidie voor door de Minister van Justitie aangewezen personen moesten de instellingen namelijk de reclasseringsmogelijkheden onderzoeken en daarvan verslag uitbrengen.⁴⁰

Bij de voorwaardelijke invrijheidstelling werd de voorlichtingstaak neergelegd bij de reclasseringsraden, die op basis van de in 1915 opgestelde nieuwe reclasseringsregeling werden opgericht. Reclasseringsraden kregen tot taak op plaatselijk niveau de samenwerking tussen reclasseringsinstellingen te stimuleren en versnippering tegen te gaan. Deze raden werden daarnaast gemachtigd de verbinding tussen overheid en particuliere instellingen tot stand te brengen.⁴¹ In de praktijk bleken voorlichtingsrapportages voor de voorwaardelijke invrijheidstelling te worden opgemaakt door de particuliere instellingen, deels omdat die taak door de reclasseringsraden aan hen werd uitbesteed en deels op eigen initiatief.⁴² In het geval van de voorwaardelijke veroordeling was de voorlichtingstaak oorspronkelijk opgedragen aan speciaal aangestelde rijksambtenaren. Ook op dit terrein kozen de particuliere instellingen voor de vlucht naar voren. Omdat zij in het kader van de voorwaardelijke veroordeling hulp en steun moesten bieden aan de veroordeelde die bijzondere voorwaarden moest naleven, behoorden zij in hun visie een advies over die voorwaarden te kunnen geven. De instellingen brachten deze rapporten dus op eigen initiatief uit.

Na een korte periode van onwennigheid werd het voorlichtingsrapport door Openbaar Ministerie en rechter omarmd.⁴³ Het belang dat aan adequate voorlichting werd gehecht, kwam tot uitdrukking in de vaststelling dat de rechter in het overgrote deel van de zaken het advies van de reclassering opvolgde en voorts in de constatering dat het voorlichtingswerk al snel door vooral beroepskrachten werd verricht.⁴⁴

De integratie van de reclassering in de strafrechtspleging werd bezegeld met de invoering in 1926 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, dat in artikel 147 bepaalde dat het Openbaar Ministerie in het belang van het onderzoek in strafzaken de medewerking kon inroepen 'van personen en lichamen, welke op het gebied der reclasseering of der kinderbescherming of op dergelijk gebied werkzaam zijn' en dat het aan deze de nodige opdrachten kon geven. In de Memorie van Toelichting is daarover onder meer opgemerkt:⁴⁵

40 Fokkens 1981, p. 14-15 en Heinrich 1995, p. 124-129.

41 Zie nader over de reclasseringsraden Heinrich 1995, p. 116-118 en p. 159.

42 Heinrich 1995, p. 120, p. 124-127 en p. 338.

43 Fokkens 1981, p. 19 en Heinrich 1995, p. 125-126.

44 Fokkens 1981, p. 27 en Heinrich 1995, p. 170-176.

45 *Kamerstukken II* 1919/20, 409, nr. 3, p. 11.

“Het nieuw voorgestelde artikel strekt om de strafrechter en Openbaar Ministerie beter te outillieren voor de uitoefening van hun taak. Naarmate in het strafrecht de beginselen van individualisering en reclassering meer naar voren treden, doet zich uiteraard bij Openbaar Ministerie en rechter beide steeds sterker behoefte gevoelen aan medewerking van de zijde van personen en lichamen, welke op het gebied der reclassering of op soortgelijke gebieden werkzaam zijn. Men denke hier aan de voortdurend meer besepte noodzaak om aangaande de persoonlijkheid van verdachten inlichtingen te ontvangen van personen, die gewend zijn de reclasseringskansen van sociaal gevallen of hulpbehoevenden te beoordelen. Zulks met het oog op de te kiezen strafrechtelijke behandeling, straf of maatregel, voorwaardelijke veroordeling of wat dies meer zij. Men denke ook aan de wenschelijkheid om verdachten hangende de strafzaak aan eenig toezicht te onderwerpen en de resultaten van dat toezicht aan de beslissingen in de strafzaak dienstbaar te maken.”

In het nieuwe wetboek werd deze voorlichtingstaak uitsluitend in handen gelegd van de particuliere reclasseringsinstellingen. In 1926 kreeg bovendien het voorwaardelijk sepot met toezicht van de reclassering een wettelijke basis. Informeel werd die rechtsfiguur reeds toegepast, in zaken waarin de verdachte naar een Rijkswerkinrichting dreigde te worden gestuurd en in de praktijk van het jeugdstrafrecht. In de laatste categorie van zaken kon na voorlichting van Pro Juventute een voorwaardelijk sepot volgen, onder de voorwaarde dat de minderjarige zich onder toezicht stelde van een van de leden van Pro Juventute.⁴⁶ Na de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, kon de officier van justitie in alle zaken tot een voorwaardelijk sepot besluiten. Dat gebeurde op basis van een voorlichtingsrapport van de reclassering, die vervolgens werd belast met het toezicht op de naleving van de in dat verband gestelde voorwaarden.⁴⁷

2.5 Van vrijwilligerswerk naar professionalisering

De economische crisis in het *interbellum* beïnvloedde onvermijdelijk het reclasseringswerk. Naast bezuinigingen en discussies over (de kosten van) de verzuilde organisatie van het reclasseringswerk,⁴⁸ werd het steeds moeilijker invulling te geven aan de voor de reclassering van ex-gedetineerden zo belangrijk gevonden werkverschaffing. Er was door de toenemende werkloosheid minder ruimte om hen aan het werk te zetten. Daar kwam de vraag bovenop of verheffing door arbeid van degenen die strafbare feiten hadden gepleegd nog wel aanvaardbaar was, indien veel andere mensen door het ver-

46 Fokkens 1981, p. 24-25.

47 Fokkens 1981, p. 24-25 en Heinrich 1995, p. 129-130.

48 Daarover Heinrich 1995, p. 131-144.

lies van werk eveneens in moeilijke omstandigheden terecht waren gekomen.⁴⁹ Tegelijkertijd kwamen er barsten in het tot kort daarvoor onwrikbare geloof dat zij die strafbare feiten plegen door reclasseringsinstellingen daadwerkelijk konden worden verheven tot betere mensen. De massaliteit van bepaalde delicten, binnen bepaalde groepen, droeg bij aan die scepsis over de mogelijkheden tot 'individuele opvoeding'.⁵⁰

Autoritaire opvattingen over het strafrecht, waartoe de moderne richting openingen bood en die in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw aan populariteit wonnen, beoogden aan het gemeenschapsbelang prioriteit te geven. Een sterk strafrecht kon worden ingezet als middel tot 'volksopvoeding', althans tot opvoeding van bepaalde groepen in de samenleving die de naleving van (specifieke) normen niet hoog in het vaandel zouden hebben staan.⁵¹ Zowel het beginsel van proportionele vergelding dat in de klassieke richting uitgangspunt was als de betekenis die (aanvankelijk) in de moderne richting werd gegeven aan de hulpverlening aan en de resocialisatie van de individuele dader kwam daarmee onder druk te staan. De onvoorwaardelijke gevangenisstraf kwam ook voor 'reclassabele' delinquenten prominent terug in beeld en overwegingen van generale preventie en afschrikking kregen een nadrukkelijker plaats in het strafrechtelijk discours.

Na de bevrijding kwam een tegenreactie. Humanisering werd een kernbegrip. Dat had alles te maken met de gruwelijkheden tijdens de bezetting. Bovendien werd het voordien steeds als vanzelfsprekend gemaakte onderscheid tussen brave, gezagsgetrouwe burgers enerzijds en zij die al dan niet bij herhaling strafbare feiten begaan anderzijds door de oorlogsjaren op de proef gesteld.⁵² In het gevangeniswezen leidde de oriëntatie op humanisering onder meer tot invoering van de Penitentiare Beginselenwet in 1953, waarin het cellulaire stelsel werd vervangen door een gedifferentieerd stelsel van detentie in algehele of beperkte gemeenschap. In die wet werd bovendien tot uitdrukking gebracht dat de tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende straf mede dienstbaar moet zijn aan de resocialisatie van de dader.⁵³ Die dader werd, geïnspireerd door de invloedrijke Utrechtse school van Pompe, Baan en Kempe, niet als een vijand, een sukkel of een *persona miserabilis* gezien maar als een van ons.

49 Fokkens 1981, p. 27.

50 Fokkens 1981, p. 27-28 en Janse de Jonge 1991, p. 43-49. Zowel Fokkens als Janse de Jonge vestigt in dit verband onder meer de aandacht op enkele publicaties van Muller, waarin de introductie van straffen 'met algemene werking' werd voorgesteld, die de samenleving zouden moeten beschermen tegen degenen die stelselmatig strafbare feiten plegen.

51 Fokkens 1981, p. 28 en Janse de Jonge 1991, p. 44-46.

52 Janse de Jonge 1991, p. 63-64.

53 Fokkens 1981, p. 29; Janse de Jonge, p. 64 en Heinrich 1995, p. 156.

De dader kon, als medemens, aanspraak maken op solidariteit en vertrouwen alsmede op respect voor zijn persoon en zijn persoonlijkheid.⁵⁴

Dit alles liet het werk van de reclassering niet onberoerd. Ook op het terrein van de reclassering speelden de ideeën van Pompe en Kempe een hoofdrol, mede door hun nauwe betrokkenheid bij het werk van de reclassering. Pompe was lange tijd voorzitter van de katholieke reclasseringsvereniging, Kempe was jarenlang bestuurslid van het Genootschap, schreef zelf voorlichtingsrapporten en verzorgde opleidingen voor reclasseringsmedewerkers.⁵⁵ Voor hen was duidelijk dat een humane strafrechtspleging niet zonder goede reclassering kon. Voorlichting over de persoon van de dader vervulde daarbij een cruciale rol. Die diende niet ter beveiliging van de maatschappij en was evenmin bedoeld om 'genade voor recht' te laten gelden. Doel van de voorlichting is de strafrechter te helpen, door de levensloop van de verdachte objectief in kaart te brengen en door diens mogelijkheden te schetsen.⁵⁶ Het werk van de reclassering was in die zin te beschouwen als forensisch-maatschappelijk werk, met een sterk individualistische gerichtheid. Het beoogde de verdachte of de dader een kader aan te reiken, waarbinnen hij zelf tot ontplooiing kon komen.⁵⁷

In de jaren na de bevrijding was het niet gemakkelijk aan die doelstellingen praktisch invulling te geven. Een toename van de criminaliteit, een achterstand in de afdoening van strafzaken, een tekort aan reclasseringsmedewerkers en de groeiende behoefte aan voorlichtingsrapporten waren daaraan debet.⁵⁸ Overheid en reclasseringsinstellingen zetten daarom in op schaalvergroting en op professionalisering. Reclasseringswerk werd in toenemende mate gezien als een ambacht, dat niet aan vrijwilligers kon worden overgelaten. De leidende gedachte was dat de kwaliteit van de reclassering werd gediend door beroepskrachten in te schakelen, die waren geschoold in maatschappelijk werk. De overheid stimuleerde dat door aanvankelijk 90% en later 100% van de personeelskosten van reclasseringsmedewerkers voor haar rekening te nemen, niet alleen voor de voorlichtingstaak maar ook voor de toezichthoudende taken bij de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling. Omdat (geschikte) vrijwilligers bovendien steeds moeilijker te vinden waren, werd de reclassering gestaag het werkterrein van professionele beroepskrachten.⁵⁹

In de Reclasseringsregeling 1947 kregen de reclasseringsraden een publiekrechtelijk karakter. Zij zouden nadrukkelijk verantwoordelijk moeten

54 Fokkens 1981, p. 28-29; Janse de Jonge 1991, onder meer p. 74-80 en Heinrich 1995, p. 156-159.

55 Heinrich 1995, p. 158-159. Over Kempe uitgebreid Janse de Jonge 1991, p. 89-125.

56 Zie met name Janse de Jonge 1991, p. 105-106.

57 Fokkens 1981, p. 28 en Heinrich 1995, p. 156-159.

58 Fokkens 1981, p. 28 en Heinrich 1995, p. 152.

59 Fokkens 1981, p. 29 en Heinrich 1995, p. 151, p. 162-164 en p. 170-179.

zijn voor het reclasseringswerk door toezicht te houden op het werk van de instellingen. Een aanvraag voor een reclasseringsrapport moest aan de raad worden gericht, die deze vervolgens doorstuurde naar een van de aangesloten instellingen. De raad beoordeelde de opgestelde rapporten inhoudelijk. Hij was tevens belast met de coördinatie van bezoeken aan gedetineerden en van de nazorg. Dat brede mandaat van de reclasseringsraden zette de verhoudingen met de particuliere instellingen en hun medewerkers in toenemende mate op scherp.⁶⁰

2.6 Straffen of helpen?

In de sturende hand van de overheid was de taak van de reclassering duidelijk. Die was dienstbaar aan de strafrechtspleging. Voorlichting diende de rechter en het Openbaar Ministerie. Nazorg stond van oudsher in het teken van speciale preventie, opgevat als hulp en steun aan veroordeelden die erop gericht zijn te voorkomen dat delinquenten in herhaling vallen. Die nauwe band met de strafrechtspleging kwam aan het einde van de jaren vijftig van de vorige eeuw onder druk te staan. Een gepolariseerde discussie volgde, die ruim twee decennia voortduurde. Met de wetenschap van nu kan worden vastgesteld dat deze episode een kortstondige uitzondering is geweest op het proces van een groeiende symbiose tussen reclassering en overheid.⁶¹

De professionalisering van de reclassering, waarbij de instellingen werden omgevormd van organisaties die dreven op vrijwilligers tot min of meer ambtelijke organen waarin beroepskrachten die een opleiding tot maatschappelijk werker hadden afgerond de boventoon voerden, bleek een krachtige stimulans te zijn voor de vraag of de loyaliteit van de reclasseringsmedewerker moest liggen bij de strafrechtspleging dan wel bij de persoon van de verdachte of dader. Er werd in toenemende mate een spanning gevoeld tussen het beroep van de reclasseringsmedewerker, opgevat als dat van een maatschappelijk werker, en diens functie die in het teken stond van en gericht was op de strafrechtspleging. De gedachte was dat de noodzakelijke vertrouwensrelatie tussen hulpverlener en hulpbehoevende niet tot stand kan komen indien sprake is van door het strafrecht uitgeoefende dwang op de verdachte of veroordeelde en van opgelegde verplichtingen tot toezicht en controle door de reclassering. Fokkens verwoordde de onvrede over de dominantie van het perspectief van de strafrechtspleging als volgt:⁶²

60 Heinrich 1995, p. 151, p. 159-162 en p. 181-187.

61 In die zin reeds Heinrich 1995, p. 20-21.

62 Fokkens 1981, p. 30.

“Het is opmerkelijk te zien hoe veelal de geslaagde hulpverlening werd afgeleid uit het feit dat recidive was uitgebleven. Daarmee was het doel van de reclasseringsbemoeiing gereduceerd tot een justitieel doel. De reclassering werd zo voor vele reclasseerders en reclassanten een verlengstuk van de justitie.”

Deze discussie over de identiteit en de plaatsbepaling van de reclassering paste in een tijdsgeest van een kritische benadering van maatschappelijke verhoudingen en instituties. Vanuit die invalshoek was het bovendien maar de vraag of de oorzaken van criminaliteit moesten worden gezocht in of bij de individuele burger die met het strafrecht in aanraking kwam. Die oorzaken zouden veeleer moeten worden gevonden in de interactie tussen die burger en de samenleving. Daarom zou het in deze visie heel goed zo kunnen zijn dat het beter is bepaalde structuren en processen in de samenleving te veranderen die ervoor zorgen dat ‘selectief sommige mensen uit de boot van het maatschappelijk bestel vallen’ dan te streven naar aanpassing van de veroordeelde aan de gevestigde maatschappelijke orde.⁶³

Op het terrein van de voorlichting kwamen deze ideeën tot uitdrukking in het standpunt dat dit rapport niet was bedoeld om de rechter en het Openbaar Ministerie adequaat voor te lichten over de persoon van de verdachte of de veroordeelde met het oog op de strafrechtelijke doelstelling van speciale preventie. Voorlichting moest in het belang van de verdachte of de veroordeelde zijn. Zij zou dienstbaar aan de hulpverlening moeten zijn en zij zou daarom geen informatie kunnen bevatten die de vertrouwensrelatie kan verstoren. Niet zozeer de persoon van de verdachte of de veroordeelde, maar diens sociale omgeving zou in het voorlichtingsrapport centraal moeten staan. Die opvatting bleef niet zonder kritiek, vanuit de strafrechtspraktijk en vanuit de wetenschap. Zij betekende immers dat afstand werd genomen van het uitgangspunt van onafhankelijke, objectieve voorlichtingsrapporten die op de persoon van de verdachte of de veroordeelde zijn toegesneden en die daarom het openbaar minister en de rechter kunnen helpen bij beslissingen over de afdoening van strafbare feiten.⁶⁴

In meer algemene zin werd autonomie van de reclasseringsinstellingen bepleit. Die kon door de voortschrijdende secularisering van de samenleving, anders dan in het verleden, niet meer worden gebaseerd op de lange tijd aanvaarde autonomie van de levensbeschouwelijke zuilen die het maatschappelijk middenveld vormden. Het streven naar autonomie en naar terugdringing van de overheidsbemoeienis met de reclassering werd in deze periode verdedigd met een beroep op de professionaliteit van de reclassering.⁶⁵ Aanvanke-

63 Heinrich 1995, p. 194. Zie in meer algemene zin over dit debat Heinrich 1995, p. 189-194 en p. 211-220.

64 Heinrich 1995, p. 214-217 en p. 296-298. Zie ook W. Nieboer, ‘Reclassering en strafrechtspleging’, in: Th.W. van Veen e.a., *Strafrechtspleging onder spanning*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 97-110.

65 Heinrich 1995, met name p. 253-254.

lijk had die claim enig effect. De overheid leek afstand te nemen van haar sturende rol en een aantal stenen des aanstoots werd geschrapt, zoals de verplichting om elke overtreding van bijzondere voorwaarden bij een voorwaardelijke invrijheidstelling of voorwaardelijke veroordeling via de reclaseringsraad te melden aan het departement.⁶⁶ Maar al snel haalde de tijd de lossere band tussen reclassering en overheid weer in.

2.7 Op weg naar het heden

Nadat de reclassering zich lange tijd richtte op haar voorlichtingstaak en op het verlenen van hulp en steun aan en het houden van toezicht op veroordeelden ('nazorg'), kreeg de reclassering midden in de periode dat fel over haar identiteit werd gediscussieerd een nieuwe taak in de schoot geworpen: de zogeheten vroeghulp aan verdachten die in verzekering zijn gesteld.⁶⁷ De in 1974 geïntroduceerde verplichting om de reclassering na inverzekeringstelling van een verdachte in te schakelen, diende verschillende doelen. In het kader van vroeghulp kan de reclaseringsmedewerker zich buigen over acute hulpvragen van de verdachte die net van zijn vrijheid is beroofd. Op die wijze kan de reclassering volgens de wetgever bijdragen aan een vermindering van de psychische belasting die als onvermijdelijk gevolg van de vrijheidsbeneming werd gezien. Bovendien kan de reclassering door haar nieuwe taak reeds in een vroeg stadium een voorlichtingsrapport uitbrengen, waarmee de officier van justitie naar het oordeel van de wetgever rekening moet houden bij de beantwoording van de vraag of een vordering tot bewaring moest worden ingediend. Aldus zou de vroeghulp tevens een bijdrage kunnen leveren aan terugdringing van de toepassing van voorlopige hechtenis.

Op deze nieuwe taak bleek de reclassering aanvankelijk nauwelijks voorbereid, zoals ook de medewerking van de politie aan de vroeghulp maar moeizaam van de grond kwam. Van de ambitie om de inzet van het dwangmiddel van voorlopige hechtenis terug te dringen, kwam eveneens weinig terecht. In de korte periode tussen het bevel tot inverzekeringstelling en de vordering tot bewaring bleek het niet goed mogelijk zorgvuldige rapporten uit te brengen, waarin alternatieven konden worden aangereikt voor de voorlopige hechtenis. Niettemin was sprake van een uitbreiding van het takenpakket van de reclassering, die meebracht dat zij al in het prille begin van een strafproces moest worden ingeschakeld. De nieuwe taak raakte de identiteitsdiscussie op zichzelf niet, al is volgens Fokkens in de vroeghulp een aanknopingspunt te vin-

66 Fokkens 1981, p. 79 en Heinrich 1995, p. 221-223.

67 Zie daarover Fokkens 1981, p. 42-44 en Heinrich 1995, p. 266-269.

den voor het standpunt dat reclassering eerst en vooral maatschappelijk werk is.⁶⁸

“Veel duidelijker dan indien het contact gelegd wordt om een voorlichtingsrapport op te stellen of om uitvoering te geven aan een rechterlijke opdracht tot het onderhouden van contact, komt hier de reclassering als een hulpverlenende instelling naar voren. Zij doet hier eigener beweging een hulpaanbod op het moment dat de potentiële cliënt vermoedelijk zeer naar hulpverlening uitkijkt. Bovendien vervult zij daarmee minder een strafrechtelijke rol dan bij het opmaken van een reclasseringsrapport.”

Aan de identiteitsdiscussie kwam aan het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw een vrij abrupt einde. De reclassering koos, misschien wel *cont-recoeur*, eieren voor haar geld. Onder politieke, vooral financiële druk van de overheid besloot zij binnen de kaders van de strafrechtspleging werkzaam te blijven.⁶⁹ De opkomst van alternatieve sancties en de harde bezuinigingen die in deze periode werden aangekondigd op het algemene welzijnswerk vormden de achtergrond van die keuze. Een afwijzing van de aan de reclassering toegedichte rol bij experimenten met alternatieve sancties, zoals het verrichten van onbetaalde arbeid als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijke gevangenisstraf, zou in feite het einde betekenen van de particuliere reclassering. Het Ministerie van Justitie zou in dat geval de bekostiging van de werkzaamheden van de reclassering stopzetten.⁷⁰ Na aanvankelijke terughoudendheid, die verband hield met de vrees dat de reclassering door haar betrokkenheid bij alternatieve sancties in de executiefase te veel een verlengstuk van justitie zou worden, was uiteindelijk een combinatie van begeleidende en toezichhoudende taken bij alternatieve sancties voor de reclassering aanvaardbaar. Al snel groeide daarna het enthousiasme binnen de reclassering over alternatieve sancties, die een tegenwicht konden bieden aan een harder strafklimaat en die bovendien een rol konden vervullen bij de oplossing van de capaciteitsproblemen waarmee de strafrechtspleging door een almaar stijgende criminaliteit te maken had. De discussie was niet meer: straffen of helpen? Dienstverlening aan justitie en hulp aan de verdachte of de veroordeelde burger werden, zoals voorheen, als nevengeschikte doelen beschouwd. De visie van de reclassering werd, mede als gevolg van haar betrokkenheid bij vroeghulp en bij alternatieve sancties, veeleer dat zij een bijdrage kon leveren aan de beperking van de negatieve gevolgen van de inzet van het strafrechtelijk instrumentarium.⁷¹ Zij

68 Fokkens 1981, p. 44.

69 Zie overigens ook het geharnaste standpunt dat werd ingenomen door D.W. Steenhuis, ‘Reclassering en Openbaar Ministerie’, *Justitiële Verkenningen* 4/94, p. 21-27, volgens wie het Openbaar Ministerie en de rechter de ‘functionele bazen’ van de reclassering zijn.

70 Nader hierover Heinrich 1995, p. 247-249 en p. 269-274.

71 Heinrich 1995, p. 263-264 en p. 298-303.

zou in verband daarmee tegenspel aan de expansiedrang van de strafrechtelijke overheid moeten bieden door steeds weer aandacht voor die negatieve gevolgen te vragen.

Financiële motieven lagen ten grondslag aan de hernieuwde greep van de overheid op het reclasseringswerk. Wie betaalt, die bepaalt, zo heeft Heinrich die ontwikkeling samengevat.⁷² Fusies in de jaren zeventig van de vorige eeuw, de oprichting van de Algemene Reclasseringsvereniging in 1975 en de decentralisatie van de reclassering in de jaren tachtig van de vorige eeuw onder de paraplu van de Nederlandse Federatie van Reclasseringsinstellingen hadden steeds een financiële achtergrond en resulteerden bovendien in (steeds meer) zeggenschap van de overheid over het beleid van de reclassering.⁷³ Fundamentele discussies daarover waren verleden tijd. Heinrich heeft opgemerkt dat de reclassering met enige vertraging ook zelf realistischer en zakelijker werd, daarmee aansluitend bij de *no-nonsensmentaliteit* van de laatste twee decennia van de vorige eeuw.⁷⁴

De neoliberale maatschappijvisie kwam terug in de visie van de wetgever op het strafrecht. Dat werd in toenemende mate beschouwd als een van de ‘neutrale’ handhavingsmechanismen waaruit de wetgever kon kiezen om criminaliteit te beteugelen.⁷⁵ Standaardisering werd aangemoedigd, bijvoorbeeld door richtlijnen en oriëntatiepunten voor de straftoemeting die het daglicht zagen. Niet de persoon van de dader, maar een instrumentalistische visie op het (straf)recht voerde de boventoon. Doelmatigheid en doelgerichtheid waren toverwoorden.⁷⁶ Die benadering had haar weerslag op de reclassering, met haar traditionele focus op de individuele verdachte of veroordeelde en daarmee op de doelstelling van speciale preventie. De vraag was of daar nu nog zo veel behoefte aan bestond. Toenmalig procureur-generaal Steenhuis stond in elk geval een benadering voor ogen waarin de reclassering haar oren liet hangen naar het Openbaar Ministerie. De reclassering diende zich in zijn visie ‘flexibel en wervend op te stellen’, want:⁷⁷

“Voor een goed gevulde orderportefeuille is het zaak terdege op de hoogte te zijn van de wensen van de afnemer van het ‘reclasseringsprodukt’: de controle op de dienstverlening, te weten het O.M. [...] Dienstverlening bij de dienstverlening, dat is waar het om gaat.”

72 Heinrich 1995, p. 287.

73 Heinrich 1995, p. 236, p. 240-243, p. 276-295, p. 304-310 en p. 321-322.

74 Heinrich 1995, p. 312.

75 Heinrich 1995, 312-314. Zie ook reeds de oratie van G.E. Mulder, *Recht doen en rechtspraak*, Nijmegen 1973 en daarover P.T.C. van Kampen, ‘Recht doen en rechtspraak. De oratie van G.E. Mulder’, *Strafblad* 2012, p. 450-455.

76 Janse de Jonge 1991, p. 134-142.

77 Steenhuis 1994, p. 27.

Volgens Singer-Dekker betekende resocialisatie als product dat de justitiabele kennelijk te vergelijken was met een te repareren auto:⁷⁸

“Men kijkt wat eraan mankeert, maakt een overzicht van hetgeen eraan gedaan moet worden, schat hoeveel tijd daarmee gemoeid is en hoeveel de onderdelen kosten, maakt vervolgens een kosten-baten analyse en beslist daarop of hij nog een reparatie waard is. Zo ja, dan volgt aan het slot van de behandeling een test van alle onderdelen en daarmee is de klus geklaard.”

Helemaal ongevoelig leek de reclassering voor die benadering niet te zijn. Hulpverlening stond volgens criticasters niet meer primair in het teken van het welbevinden van de verdachte of de veroordeelde, maar zou ondergeschikt zijn geraakt aan het streven ‘de cliënt een leven zonder misdaad te laten leiden’.⁷⁹ In de Nota van Toelichting op de Reclasseringsregeling 1995 werd in elk geval gesteld dat straffen en helpen nevensgeschikte taken waren, waartussen voor alle bij de strafrechtspleging betrokken partijen aanvaardbare keuzes moesten worden gemaakt.⁸⁰

Met de vermelding van de Reclasseringsregeling 1995 zijn we aanbeland bij het heden, dat wij voor de opbouw van ons betoog – en misschien ook wel gemakshalve – 22 jaar geleden laten beginnen, bij de laatste eeuwwisseling.

78 H. Singer-Dekker, ‘Een breder perspectief?’ *Justitiële Verkenningen*, 4/94, p. 36–46 (p. 41).

79 Heinrich 1995, p. 320. Zie ook A.G.P. de Beer en G.J. Ploeg, ‘Een reclassering op vernieuwde leest’, *Justitiële Verkenningen* 4/94, p. 9–20.

80 Heinrich 1995, p. 316.

De reclassering blijft in dit hoofdstuk enigszins op de achtergrond. Haar huidige positie in de strafrechtspleging en de hedendaagse opvattingen omtrent haar taken kunnen volgens ons niet los worden gezien van een niet alleen in omvang indrukwekkend aantal wetswijzigingen. Het is daarom zaak eerst deze veranderingen in kaart te brengen, die het raamwerk vormen voor de actuele invulling die aan de opdracht tot reclassering wordt gegeven. Daartoe worden in dit hoofdstuk cumulatieve veranderingen in het sanctierecht samengevat. Die hebben tot gevolg gehad dat in elk geval de toezichthoudende taak van de reclassering zowel qua duur als qua modaliteiten sterk is uitgedijd. Deze wijzigingen hebben zich geconcentreerd in de periode 2000-2020 en bestaan in zowel de invoering van nieuwe sanctiemodaliteiten als de uitbreiding van bestaande mogelijkheden. Alle veranderingen zijn door de wetgever in de sleutel geplaatst van de beperking van het recidiverisico. Ze passen daarmee in een op preventie door toezicht gerichte aanpak. Met uitzondering van de maatregel tot plaatsing in een instelling voor stelselmatige daders (hierna: *isd-maatregel*), gaat het steeds om een uitbreiding van het arsenaal aan *vrijheidsbeperkende* modaliteiten.¹ We zullen voorts enkele ontwikkelingen aanstippen die strikt genomen buiten het terrein van het sanctierecht vallen. Omdat de reclassering er in het kader van voorlichting en toezicht bij betrokken is en omdat ook hier sprake is van wijzigingen die beogen een bijdrage te leveren aan de beteugeling van recidivegevaar door toezicht te houden op gedrag van de delinquent, komen ze toch ter sprake.

We volstaan in dit hoofdstuk met een beschrijving van vooral het wettelijk kader van de diverse wijzigingen en aanvullingen. Het ontbreekt aan ruimte om uitgebreid in te gaan op de soms uitvoerige wetsgeschiedenis die ten grondslag ligt aan de verschillende draden die hebben geleid tot een web aan voorzieningen die zijn gericht op speciale preventie door middel van toezicht

1 De (gewijzigde) verhouding tussen vrijheidsbenemende en -beperkende modaliteiten is in 2018 geanalyseerd in het preadvies van Bleichrodt voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Zie F.W. Bleichrodt, 'Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming in het Nederlands strafrechtelijk sanctierecht', in: *Preadviezen 2018*, Den Haag: Boom, p. 153-188.

op de naleving van specifieke geboden en verboden die via voorwaarden zijn opgelegd aan verdachten en veroordeelden. Ook de rechtspraak en de literatuur hierover komen slechts zeer beperkt ter sprake, terwijl het terrein van het straf(proces)recht voor minderjarigen en jongvolwassenen buiten beschouwing blijft omdat op dat speelveld niet de reclassering maar de Raad voor de Kinderbescherming opereert. Tot slot blijft de taakstraf buiten beeld, omdat deze veelal niet (meer) op het gepleegde feit en de persoon van de verdachte wordt toegesneden en het punitieve element daarvan voorop staat.² Ondanks die beperkingen, biedt de hiernavolgende beschrijving naar ons oordeel voldoende grond voor een bespreking van de hedendaagse positie en taakopvatting van de reclassering (in hoofdstuk 4) en voor een slotbeschouwing waarin de gewijzigde invulling van het concept van speciale preventie van een waarderling wordt voorzien (in hoofdstuk 5).

3.1 Uitbreiding van bestaande sanctiemodaliteiten

Van oudsher zijn toezicht en voorlichting verbonden met de voorwaardelijke veroordeling. In rap tempo is de reikwijdte van het toezicht in dit verband verruimd. Op 1 april 2012 is het aantal bijzondere voorwaarden in artikel 14c lid 2 Sr uitgebreid van vijf naar veertien en is de regeling tot stand gekomen die voorziet in de dadelijke uitvoerbaarheid van de gestelde voorwaarden en het daarop te houden toezicht.³ De uitbreiding van het aantal bijzondere voorwaarden voorzagt vooral in de met het oog op de rechtszekerheid en de effectiviteit van de voorwaardelijke veroordeling gevoelde noodzaak om enkele bijzondere voorwaarden met precisie in de wet op te nemen. Een duidelijke omschrijving in de wet voorkomt een minder scherpe omschrijving in de uitspraak van de rechter. Bovendien behoeft de rechter, als meer bijzondere voorwaarden in de tekst van de wet zijn uitgewerkt, in minder zaken in arren moede terug te vallen op de voorwaarde van (thans) artikel 14c lid 2 onder 14 Sr, volgens welke bepaling andere voorwaarden betreffende het gedrag van de veroordeelde kunnen worden gesteld.⁴ In de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad in een aantal arresten nog eens duidelijk gemaakt dat onder voorwaarden die het gedrag van de veroordeelde betreffen de voorwaarden moeten worden begrepen die strekken tot bevordering van goed levensgedrag of die een gedraging betreffen waartoe de veroordeelde uit een oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid gehouden moet worden geacht. Een dergelijke voorwaar-

2 F.W. Bleichrodt en P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 338.

3 Wet van 17 november 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met wijzigingen van de regeling van de voorwaardelijke veroordeling en de regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2011, 545.

4 *Kamerstukken II* 2009/10, 32319, nr. 3, p. 6.

de kan evenwel niet zo ver gaan dat van de veroordeelde in feite wordt verwacht mee te werken aan door de politie uit te oefenen veelomvattende en ingrijpende dwangmiddelen.⁵

De regeling van de dadelijke uitvoerbaarheid van bijzondere voorwaarden en het daarop te houden toezicht, opgenomen in artikel 14e Sr, houdt een afwijking in van de in artikel 6:1:16 lid 1 Sv neergelegde hoofdregel dat een rechterlijke beslissing niet ten uitvoer kan worden gelegd zolang geen sprake is van een onherroepelijk oordeel. Voor dadelijke uitvoerbaarheid van de bij een voorwaardelijke veroordeling gestelde voorwaarden en van het daarop te houden toezicht is vereist dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een strafbaar feit zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen. In zijn rechtspraak heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de strafrechter in de motivering van zijn bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid, bij een veroordeling voor een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, in het bijzonder tot uitdrukking dient te brengen dat en waarom er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte wederom zo een misdrijf zal begaan.⁶

Op basis van artikel 14c lid 3 Sr is aan een bijzondere voorwaarde die in het kader van een voorwaardelijke veroordeling is opgelegd sinds de inwerkingtreding van de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (hierna: WHTSB) op 1 januari 2020 van rechtswege de voorwaarde verbonden dat de veroordeelde meewerkt aan reclasseringstoezicht.⁷ Onder dat reclasseringstoezicht vallen in elk geval medewerking aan huisbezoeken en het zich melden bij een reclasseringsinstelling zo vaak en zo lang als de reclasseringsinstelling dat nodig acht. Daarnaast kan de rechter die bij een voorwaardelijke veroordeling bijzondere voorwaarden oplegt op basis van lid 6 van artikel 14c Sr opdracht geven dat de reclassering toezicht houdt op de naleving van de voorwaarden en voorts dat de veroordeelde zich in dat verband door de reclassering laat begeleiden. Het ligt voor de hand ervan uit te gaan dat bij dit reclasseringstoezicht opnieuw als grens geldt dat de veroordeelde niet hoeft mee te werken aan vormen van toezicht die gelijk te stellen zijn met veelomvattende en ingrijpende dwangmiddelen. Onderzoek aan of in gegevensdragers, waarvoor in de praktijk veelal ter ondersteuning van de re-

5 Zie onder meer HR 7 juli 2020, *NJ* 2020/410, m.nt. Jörg; HR 6 april 2021, *NJ* 2021/288, m.nt. Ten Voorde en HR 28 september 2021, *NJ* 2022/9, m.nt. Ten Voorde.

6 Zie bijvoorbeeld HR 17 mei 2016, *NJ* 2016/259 en HR 1 december 2020, *NJ* 2021/5.

7 Wet van 22 februari 2017, houdende wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met een herziening van de wettelijke regeling van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen (Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen), *Stb.* 2017, 82 in samenhang met de Wet van 19 juni 2018, houdende verbeteringen in enkele wetten van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2018), *Stb.* 2018, 228.

classering een gespecialiseerde opsporingsambtenaar werd ingeschakeld, ten-einde toezicht te houden op het internetgedrag van zedendelinquenten, overschrijdt bijvoorbeeld die grens.

Verstrekkend zijn de wijzigingen geweest die betrekking hebben op de aan een voorwaardelijke veroordeling gekoppelde proeftijd. Aan het begin van deze eeuw bedroeg die nog twee jaren in gevallen waarin de rechter de voorwaardelijke straf koppelde aan de algemene voorwaarde dat de veroordeelde niet opnieuw strafbare feiten pleegt of aan de bijzondere voorwaarden van storting van een waarborgsom of van een bedrag in het schadefonds geweldsmisdrijven. In alle andere gevallen van een voorwaardelijke veroordeling was de proeftijd op maximaal drie jaren gesteld. Sinds 2006 bedraagt de 'gewone' proeftijd ten hoogste drie jaren en kan deze volgens artikel 14b lid 2 Sr ten hoogste tien jaren belopen als er 'ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen'.⁸ Volgens lid 3 van artikel 14b Sr, ingevoerd in 2012, kan de proeftijd eveneens maximaal tien jaren zijn, indien er 'ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat de gezondheid of het welzijn van een of meer dieren benadeelt'.⁹ Sinds de inwerkingtreding van de WHTSB kan de proeftijd door de rechter op de voet van artikel 6:6:19 lid 2 Sv worden verlengd tot ten hoogste de termijn die maximaal aan de proeftijd kan worden verbonden (dus tot drie of tien jaren). Voorheen kon de rechter op basis van artikel 14f lid 1 (oud) Sr de proeftijd eenmaal met maximaal twee jaren verlengen.

In 1987 werd de voorwaardelijke invrijheidstelling vervangen door vervroegde invrijheidstelling.¹⁰ Aan het begin van deze eeuw volgde vervroegde invrijheidstelling vrijwel automatisch nadat twee derde van het onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van de straf was ondergaan. In geval van een onvoorwaardelijk strafdeel van ten hoogste een jaar kwam de veroordeelde voor vervroegde invrijheidstelling in aanmerking na tenuitvoerlegging van ten minste zes maanden en wanneer van het resterende gedeelte van de straf vervolgens minimaal een derde was ondergaan. De wettelijke regeling bevatte een aantal gronden voor uitstel of achterwege blijven van vervroegde invrij-

8 Wet van 22 december 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994, in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima, *Stb.* 2006, 11. Deze wijzigingen in de bepalingen over de proeftijd zijn via een amendement tot stand gekomen (*Kamerstukken II* 2003/04, 28484, nr. 15).

9 Wet van 30 augustus 2012 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het verhogen van de maximale proeftijd voor misdrijven die de gezondheid of het welzijn van dieren benadelen, en in verband met het verhogen van het strafmaximum voor onder meer het doden van andermans dieren, *Stb.* 2012, 392.

10 Wet van 26 november 1986 tot herziening van de regeling betreffende de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 1986, 594.

heidstelling, waarvan evenwel vrijwel nooit gebruik werd gemaakt.¹¹ Aan vervroegde invrijheidstelling werden evenmin voorwaarden verbonden, zelfs niet de algemene voorwaarde dat de veroordeelde zich gedurende de proeftijd niet schuldig maakt aan nieuwe strafbare feiten.

De vervroegde invrijheidstelling was geen lang leven beschoren. In 2008 was de terugkeer van de voorwaardelijke invrijheidstelling een feit.¹² Die kan onder meer worden uitgesteld of achterwege blijven als door het stellen van voorwaarden het recidiverisico onvoldoende kan worden ingeperkt of indien de veroordeelde niet bereid is de voorwaarden na te leven, zoals thans is vastgelegd in artikel 6:2:12 lid 1 onder d Sv. Aan de voorwaardelijke invrijheidstelling is de algemene voorwaarde gekoppeld dat de veroordeelde zich voor het einde van de proeftijd niet schuldig maakt aan een strafbaar feit en kunnen daarnaast bijzondere voorwaarden worden verbonden. Over de te stellen bijzondere voorwaarden adviseert de reclassering, volgens artikel 6:2:11 lid 6 Sv. Bij schending van een voorwaarde kan de voorwaardelijke invrijheidstelling worden herroepen. Ook bij de voorwaardelijke invrijheidstelling geldt van rechtswege de voorwaarde dat de veroordeelde medewerking verleent aan reclasseringstoezicht, waaronder volgens artikel 6:2:11 lid 2 onder 2 Sv huisbezoeken en een meldingsplicht kunnen worden geschaard.

Bij de omzetting van de vervroegde invrijheidstelling in de voorwaardelijke is het niet gebleven. In 2018 is het mogelijk gemaakt om de aan een voorwaarde gekoppelde proeftijd te verlengen.¹³ Die proeftijd is, aldus artikel 6:1:18 lid 2 Sv, gelijk aan de periode waarover voorwaardelijke invrijheidstelling wordt verleend en bedraagt ten minste een jaar. Die proeftijd kan op vordering van het Openbaar Ministerie eenmaal door de rechter met twee jaren worden verlengd. Indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde aan wie op grond van artikel 38z Sr een gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel kan worden opgelegd opnieuw een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen of indien dit ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen noodzakelijk is, kan de

11 Zie F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde* (diss. RUN), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 182-184.

12 Wet van 6 december 2007 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de vervroegde invrijheidstelling in een voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2007, 500.

13 Wet van 25 november 2015 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met het laten vervallen van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege, het verlengen van de proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling en de invoering van een langdurige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel voor ter beschikking gestelden en zeden- en geweldsdelinquenten (hierna: Wet langdurig toezicht), *Stb.* 2015, 460. De regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling is als gevolg van de inwerkingtreding van de WHTSB in 2020 overgeheveld van het Wetboek van Strafrecht naar het Wetboek van Strafvordering. Zie ook HR 15 juni 2021, *NJ* 2021/298, m.nt. Ten Voorde, over de vraag hoe de verlenging van de proeftijd bij de voorwaardelijke invrijheidstelling en de aan die verlengde proeftijd te verbinden bijzondere voorwaarden moeten worden beoordeeld in het licht van het legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM.

proeftijd *telkens* met ten hoogste twee jaren worden verlengd.¹⁴ In deze gevallen kan de proeftijd dus in potentie levenslang duren.¹⁵

De medio 2021 in werking getreden Wet straffen en beschermen beperkt het deel van de straf waarover voorwaardelijke invrijheidstelling wordt verleend tot ten hoogste twee jaren.¹⁶ De beslissing over voorwaardelijke invrijheidstelling vergt, aldus de wetgever, een op de individuele veroordeelde toegesneden afweging. Lid 3 van artikel 6:2:10 Sv bepaalt daartoe dat daarbij ten minste de volgende aspecten worden betrokken:

- a) de mate waarin en de wijze waarop de veroordeelde door zijn gedrag heeft doen blijken van een bijzondere geschiktheid tot terugkeer in de samenleving;
- b) de mogelijkheden om eventuele aan de invrijheidstelling verbonden risico's te beperken en beheersen;
- c) de belangen van slachtoffers, nabestaanden en andere relevante personen, waaronder de door de veroordeelde geleverde inspanningen om de door het strafbare feit veroorzaakte schade te vergoeden.

Ook de terbeschikkingstelling met voorwaarden heeft wijzigingen ondergaan in het tijdvak dat in dit hoofdstuk centraal staat. Sinds 2005 is de rechter, conform artikel 38 lid 1 Sr, *verplicht* om voorwaarden betreffende het gedrag aan de terbeschikkingstelling met voorwaarden te verbinden.¹⁷ Vanaf 2010 geeft de rechter in de uitspraak, ingevolge artikel 38 lid 2 Sr in verbinding met artikel 62 Reglement verpleging ter beschikking gestelden, aan een reclasseringsinstelling opdracht de ter beschikking gestelde hulp en steun te bieden bij de naleving van voorwaarden.¹⁸ Aanvankelijk kon de terbeschikkingstelling met voorwaarden eenmaal worden verlengd, waardoor deze maatregel maximaal vier jaren kon bedragen. Sinds 2010 kan deze sanctie volgens artikel 38d lid 2 Sr telkens worden verlengd indien de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen die verlenging eist. Daarbij geldt

14 Die volzin is toegevoegd bij Wet van 18 december 2019 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten in verband met de invoering van de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (Invoeringswet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen), *Stb.* 2019, 504.

15 Bleichrodt 2018, p. 160.

16 Wet van 24 juni 2020 tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de regeling inzake detentiefasering en voorwaardelijke invrijheidstelling (hierna: Wet straffen en beschermen), *Stb.* 2020, 224. Zie over de achtergronden van deze wet nader N. Tielemans en S.S. Arendse, 'De Wet straffen en beschermen: de voorwaardelijke invrijheidstelling als sluitstuk', *AA* 2021/0853.

17 Wet van 7 april 2005 tot wijziging van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden, de Penitentiaire beginselenwet en enige andere wetten onder meer naar aanleiding van evaluatieonderzoeken, *Stb.* 2005, 194.

18 Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met het verbeteren en versterken van de vaststelling van de identiteit van verdachten, veroordeelden en getuigen (Wet identiteitsvaststelling verdachten, veroordeelden en getuigen), *Stb.* 2009, 317.

volgens artikel 38e lid 2 Sr een absoluut maximum van negen jaren.¹⁹ Bij diezelfde wetswijziging is de optie van de dadelijke uitvoerbaarheid van de terbeschikkingstelling met voorwaarden tot stand gekomen. Nadere voorwaarden aan het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid zijn in dit verband niet geformuleerd.

De voorwaardelijke beëindiging van de terbeschikkingstelling met dwangverpleging was aanvankelijk voor de duur van een jaar. In 2008 werd die bepaling gewijzigd: nu kan de voorwaardelijke beëindiging volgens artikel 38g lid 1 Sr een jaar of twee jaren belopen.²⁰ Net als bij de terbeschikkingstelling met voorwaarden geldt bij deze modaliteit bovendien sinds 2005 de verplichting voor de rechter om voorwaarden betreffende het gedrag aan de beëindiging te verbinden en sinds 2010 dat de rechter een reclasseringsinstelling belast met hulp en steun bij naleving van de voorwaarden (artikel 38g Sr). Kon de totale duur van de voorwaardelijke beëindiging aan het begin van de eeuw ten hoogste drie jaren bedragen, met de invoering van de Wet langdurig toezicht in 2017 is in artikel 38j Sr geregeld dat deze ‘telkens’ en dus in potentie onbeperkt kan worden verlengd met een jaar dan wel twee jaren.

3.2 Nieuwe sanctiemoaliteiten

In 2001 werd (als opvolger van de nooit in werking getreden bewaringsmaatregel voor beroeps- en gewoontemisdadigers) een nieuwe vrijheidsbenemende beveiligingsmaatregel in het Wetboek van Strafrecht opgenomen: de maatregel strafrechtelijke opvang verslaafden.²¹ Reeds in 2004 is deze maatregel vervangen door de isd-maatregel.²² De maatregel strafrechtelijke opvang verslaafden zou zich op een te beperkte doelgroep richten en daarmee een onvoldoende bijdrage leveren aan de beveiliging van de samenleving tegen veelplegers.²³ De huidige isd-maatregel kan volgens artikel 38m lid 1 Sr worden opgelegd indien, iets verkort weergegeven, de verdachte wordt veroordeeld

19 Wet van 1 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de maatregel van terbeschikkingstelling met voorwaarden, *Stb.* 2010, 270.

20 Wet van 22 november 2007 houdende verlenging van de totale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege, *Stb.* 2007, 465.

21 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Penitentiare beginselenwet (strafrechtelijke opvang verslaafden), *Stb.* 2001, 28.

22 Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiare beginselenwet (plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders), *Stb.* 2004, 351. De totstandkomingsgeschiedenis van zowel de maatregel strafrechtelijke opvang verslaafden als de isd-maatregel is uitvoerig beschreven door S. Struijk, *De ISD in perspectief* (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

23 Struijk 2011, p. 215-217. De isd-maatregel kan echter volgens artikel 38m lid 3 Sr nog steeds zijn gericht op het leveren van een bijdrage aan de oplossing van verslavingsproblematiek.

wegens een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten en hij in de voorafgaande vijf jaren ten minste driemaal eerder wegens een misdrijf onherroepelijk is veroordeeld, terwijl er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde opnieuw een misdrijf zal begaan en de veiligheid van personen of goederen oplegging van de maatregel eist. De maatregel geldt, aldus artikel 38n lid 1 Sr, voor ten hoogste twee jaren. Op de voet van artikel 38p lid 1 Sr kan de rechter bepalen dat de maatregel niet ten uitvoer wordt gelegd, waarbij volgens lid 2 een proeftijd van ten hoogste drie jaren wordt vastgesteld. Naast de algemene voorwaarde dat de veroordeelde zich niet opnieuw aan een strafbaar feit schuldig maakt, stelt de rechter volgens artikel 38p lid 4 Sr ter bescherming van de veiligheid van personen of goederen voorwaarden betreffende het gedrag en kan aan een reclasseringsinstelling opdracht worden gegeven hulp en steun te verlenen bij de naleving van deze voorwaarden.

In 2012 is de vrijheidsbeperkende maatregel geïntroduceerd.²⁴ De reclassering speelt geen rol in het toezicht op de naleving van het gebod en de verboden die in het kader van deze maatregel kunnen worden opgelegd. Dat is het geval omdat artikel 38v Sr niet voorziet in elektronisch toezicht of in een meldplicht bij de reclassering. Ingevolge de *Aanwijzing kader voor toepassing van voorwaarden, gedragsaanwijzingen en maatregelen* wordt alleen in die gevallen door de reclassering toezicht uitgeoefend op de naleving van gebieds- of contactverboden.²⁵ Wij bespreken de maatregel hier toch, omdat die neerkomt op een significante uitbreiding van de mogelijkheden tot speciale preventie door toezicht te houden op een verbod of gebod dat aan een veroordeelde is opgelegd.

Ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten kan de vrijheidsbeperkende maatregel namelijk door de strafrechter worden opgelegd, aanvankelijk voor ten hoogste twee jaren maar sinds 2015 voor een periode van maximaal vijf jaren. De vrijheidsbeperking kan neerkomen op een gebiedsverbod, op een contactverbod of op een meldplicht en sinds 2015 ook op een locatiegebod.²⁶ De voorwaarden worden kracht bijgezet doordat schending van een voorwaarde in artikel 38w Sr wordt bedreigd met vervangende hechtenis van ten minste drie dagen en ten hoogste zes maanden. Feitelijk is evenwel geen sprake van *vervangende* hechtenis, omdat de toepassing van

24 Wet van 17 november 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van een rechterlijke vrijheidsbeperkende maatregel (rechterlijk gebieds- of contactverbod), *Stb.* 2011, 546.

25 *Sicr.* 2020, 62551. Zie met name onderdeel 4.1 van de Aanwijzing.

26 Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Gemeentewet en het Wetboek van Strafrecht ter aanscherping van de maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast, *Stb.* 2015, 255, voor zowel de maximale duur van de maatregel als de introductie van het locatiegebod. Zie hierover ook het bestuursrechtelijk preadvies van Barkhuysen en Van Emmerik, hoofdstuk 3.

hechtenis volgens artikel 38w lid 4 Sr de verplichting om de voorwaarden niet na te leven niet opheft.²⁷ Belangrijk is voorts dat de rechter bij zijn uitspraak kan bepalen dat deze maatregel dadelijk uitvoerbaar is. Dan moet volgens artikel 38v lid 4 Sv sprake zijn van een situatie waarin er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit pleegt of zich belastend gedraagt jegens een bepaald persoon of bepaalde personen.

De gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel is in 2018 met de Wet langdurig toezicht ingevoerd. De nieuwe maatregel kan volgens artikel 38z lid 1 Sr worden opgelegd ter bescherming van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen, bij dezelfde uitspraak waarin de verdachte is veroordeeld tot terbeschikkingstelling (met dwangverpleging of met voorwaarden) of tot een gevangenisstraf voor, kort gezegd, een strafbaar feit met zwaar geweld of voor een zedendelict. Met behulp van op de persoon toegesneden voorwaarden wordt beoogd bij die specifieke groepen van veroordeelden recidive te voorkomen.²⁸ De maatregel kan alleen worden opgelegd, zo bepaalt artikel 38z lid 2 Sr, indien de officier van justitie bij de vordering tot oplegging van deze maatregel een recent advies van een reclasseringsinstelling overlegt.

Tot feitelijke executie van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel komt het pas indien het Openbaar Ministerie, kort voor het einde van de terbeschikkingstelling of van de gevangenisstraf, op basis van artikel 6:6:23a lid 1 en lid 2 Sv een vordering tot tenuitvoerlegging indient. Daarbij wordt volgens artikel 6:6:23a lid 3 Sv opnieuw een reclasseringsadvies overgelegd. De tenuitvoerlegging wordt gelast, aldus artikel 6:6:23b lid 1 Sv, als er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde opnieuw een misdrijf zal begaan dat in aanmerking komt voor oplegging van deze maatregel of als tenuitvoerlegging noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen. De rechter kan aan de last tot tenuitvoerlegging bijzondere voorwaarden verbinden, waaraan van rechtswege de voorwaarde is gekoppeld van medewerking aan reclasseringstoezicht en -begeleiding, waaronder medewerking aan huisbezoeken, aldus artikel 6:6:23b lid 4 in samenhang met artikel 6:3:14 Sv. De tenuitvoerlegging kan voor een periode van ten hoogste vijf jaar worden gelast. Schending van voorwaarden leidt tot tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis, zo volgt uit artikel 6:6:23b lid 6 Sv in verband met artikel 38w Sr, maar vervangend is die hechtenis wederom niet omdat de uit de opgelegde voorwaarden voortvloeiende verplichtingen erdoor niet worden opgeheven. Op de voet van artikel 6:6:23c lid 1 Sv kan de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende

27 Bleichrodt 2018, p. 169.

28 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 2.

maatregel bij voortdurende van het herhalingsgevaar of gevaar voor belastend gedrag ‘telkens’ en dus mogelijk levenslang worden verlengd, steeds na overlegging van een recent reclasseringsadvies.

Ten slotte is nog van belang de invoering van de strafbeschikking in 2008.²⁹ Aan de strafbeschikking kunnen op basis van artikel 257a lid 2 Sv gedragsaanwijzingen worden verbonden met een maximale proeftijd van een jaar.³⁰ De strafbeschikking wordt vooral gebruikt voor de afdoening van relatief lichte zaken die voorheen door de rechter werden beoordeeld.³¹ Zij representeert zo gezien niet een uitbreiding van toezichtmogelijkheden. In het kader van dit preadvies is de strafbeschikking van belang omdat zij veelvuldig wordt ingezet in de in het volgende hoofdstuk te bespreken ZSM-praktijk (Zorgvuldig, Snel en op Maat’), waar de reclassering nauw bij betrokken is.

3.3 Ontwikkelingen buiten het sanctierecht

Niet alleen is in de laatste twee decennia een aantal nieuwe speciaal-preventieve maatregelen ingevoerd. Met de gelijktijdige inwerkingtreding van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (hierna: Wvggz) en de Wet forensische zorg (hierna: WFZ) is ook een maatregel uit het Wetboek van Strafrecht geschrapt: de aloude plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op grond van artikel 37 Sr is komen te vervallen.³² Daarvoor in de plaats is de bevoegdheid van de strafrechter gekomen om, al of niet op verzoek van de officier van justitie, in het kader van de ‘strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde’ een zorgmachtiging krachtens de Wvggz of een rechterlijke machtiging voor opname en verblijf in de zin van artikel 24 Wet zorg en dwang af te geven.

De maatregel van artikel 37 Sr was beperkt tot daders die wegens ontoerekenbaarheid van alle rechtsvervolgning waren ontslagen. Zij kon resulteren in de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis. De ‘strafrechtelijke’ zorgmachtiging van maximaal zes maanden strekt zich uit tot vrijwel iedereen die met de strafrechter in aanraking komt, indien maar aan de voorwaarden voor het af-

29 Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten, *Stb.* 2006, 330.

30 De Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden (*Stcrt.* 2020, 62570) bepaalt sinds 2020 dat aan een voorwaardelijk sepot in beginsel slechts de algemene voorwaarde mag worden verbonden en geen bijzondere voorwaarden. Het voorwaardelijk sepot blijft daarom in dit preadvies verder buiten beschouwing. Voorheen werden regelmatig betrekkelijk verstrekkende voorwaarden aan een sepot verbonden, vaak in combinatie met reclasseringstoezicht. Zie daarover J. Bijlsma, *Het voorwaardelijk sepot. Normering, praktijk, evaluatie*, Den Haag: Boom 2019.

31 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 2.

32 Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Stb.* 2018, 37 en Wet van 24 januari 2018 tot vaststelling van een Wet forensische zorg en daarmee verband houdende wijzigingen in diverse andere wetten (Wet forensische zorg), *Stb.* 2018, 38.

geven ervan is voldaan.³³ Het gaat niet alleen om verdachten die zijn ontslagen van rechtsvervolging op grond van ontoerekenbaarheid, maar onder meer ook om verdachten die zijn veroordeeld, verdachten die zijn vrijgesproken en om degenen wier (voorwaardelijke beëindiging van de) terbeschikkingstelling niet is verlengd. Een ‘connexe’ strafrechtelijke procedure is niet nodig.³⁴ Zolang de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde in het geding is, kan de officier van justitie volgens artikel 2.3 lid 1 onder 5 WFZ een verzoek tot het afgeven van een zorgmachtiging bij de rechter doen: “Er dient, met andere woorden, een link met het strafrecht of de veiligheid van de samenleving te zijn.”³⁵ Verplichte geestelijke gezondheidszorg omvat, anders dan artikel 37 Sr, niet alleen de opname in een instelling, maar op grond van artikel 3.2 lid 2 Wvggz onder meer ook de toediening van medicatie, insluiting, vrijheidsbeperkingen en onderzoek van de woning op gedragsbeïnvloedende middelen en gevaarlijke voorwerpen.

Bijzondere voorwaarden met een zorgcomponent die kunnen worden verbonden aan voorwaardelijke sanctiemodaliteiten vallen onder het regime van de Wet forensische zorg, evenals de schorsing van de voorlopige hechtenis onder dergelijke voorwaarden op grond van artikel 80 Sv. Artikel 2.4 lid 2 WFZ bepaalt nog eens expliciet dat het Openbaar Ministerie de reclassering opdracht kan geven in dit kader begeleiding te bieden bij en toezicht te houden op de naleving van deze voorwaarden.

Hoewel de Gratielwet op dit punt na de eeuwwisseling geen fundamentele veranderingen heeft ondergaan, is voor het overzicht van speciaal-preventieve modaliteiten van belang dat ook aan het verlenen van gratie volgens artikel 13 Gratielwet gedragsvoorwaarden kunnen worden verbonden en dat aan de reclassering op de voet van artikel 15 lid 1 Gratielwet opdracht kan worden gegeven toezicht te houden op de naleving van deze voorwaarden en hulp en steun te bieden aan de veroordeelde.

33 Van een strafrechtelijke maatregel is niet langer sprake, omdat de zorgmachtiging niet door het strafrecht wordt genormeerd, aldus Bleichrodt en Vegter 2021, p. 173.

34 *Kamerstukken II* 2015/16, 32399, nr. 25, p. 142 en p. 224.

35 *Kamerstukken II* 2015/16, 32399, nr. 25, p. 167.

De weergave van de geschiedenis van de reclassering is in hoofdstuk 2 afgesloten met een verwijzing naar de Reclasseringsregeling 1995. Die regeling kwam tot stand in een tijdvak waarin het strafrecht, in lijn met een neoliberale maatschappijvisie, vooral als een instrument werd gezien dat doelmatig en effectief moest worden ingezet. Daarbij past het de reclassering van delinquenten als product te zien. Soms wegen de baten van dat product op tegen de daaraan verbonden kosten, soms niet. In dat laatste geval is het niet erg doelmatig te investeren in de reclassering van een verdachte of veroordeelde. Die zakelijke benadering is ver verwijderd van de op Verlichtingsidealen geïnspireerde doelstelling tot verheffing van de medemens.

De typering door de strafwetgever van reclassering als product is nog steeds actueel. Zij is in de periode vanaf 2000 wel aangevuld met of voorzien van een specifieke lading, die samenhangt met de notie van een risicosamenleving. Reclassering is in de ogen van de strafwetgever heden ten dage een product dat wordt geacht bij te dragen aan een veilige samenleving, door met toezicht verbonden activiteiten die erop zijn gericht te voorkomen dat deze verdachte of deze veroordeelde opnieuw strafbare feiten pleegt of ander ongewenst gedrag vertoont. Nadat de reclassering aan het einde van de vorige eeuw nog nadrukkelijk aandacht vroeg voor de negatieve gevolgen van de inzet van het strafrechtelijk en strafvorderlijk instrumentarium en na jaren waarin een strikt instrumentalistische visie op het straf(proces)recht in de weg stond aan al te veel aandacht voor de persoon van de verdachte of de veroordeelde, lijkt het tij te zijn gekeerd.

Het belang dat aan speciale preventie wordt gehecht, beleeft een wederopstanding. De beschrijving in hoofdstuk 3 van de wetgevingsactiviteiten die in de afgelopen jaren zijn ontwikkeld met het oog op preventie, demonstreert een hernieuwd en toch wel opvallend geloof in de mogelijkheden om de kans op recidive te reduceren of zelfs te minimaliseren via een uitgebreid, fijnmazig systeem van gedragsvoorwaarden en controle op de naleving daarvan. In dat systeem speelt de reclassering een centrale rol. De invulling die tegenwoordig aan het doel van speciale preventie wordt gegeven, is evenwel een andere dan die van de *founding fathers* van de reclassering. Waar speciale preventie aan-

vankelijk een afgeleide was van het streven naar zedelijke verbetering en daaraan vorm werd gegeven door hulp en steun aan de verdachte of de veroordeelde te bieden, is speciale preventie nu ingebed in het veiligheidsdiscours van de wetgever.¹ Speciale preventie wordt niet (primaire) bereikt door hulp en steun, maar vooral door de verdachte en de veroordeelde voor langere tijd geboden en verboden op te leggen en door op de naleving van de in dat verband gestelde voorwaarden toezicht te houden.

Die andere invulling van speciale preventie blijkt mede uit de vaststelling dat resocialisatie aan belang heeft ingeboet. Voor behandeling van een veroordeelde in het kader van de isd-maatregel is volgens de wetgever bijvoorbeeld alleen plaats, indien daarvoor 'een duidelijk aanknopingspunt' bestaat.² De Wet straffen en beschermen is voor een belangrijk deel opgehangen aan de stelling dat gedetineerden een eigen verantwoordelijkheid hebben en dat zij bepaalde vrijheden, zoals deelname aan het penitentiaire programma, verlof en voorwaardelijke invrijheidstelling, moeten 'verdienen'. Zij die het niet verdienen, moeten het zonder op resocialisatie gerichte activiteiten doen. Het is alsof een uitgangspunt voor hulpverlening dat aan het begin van de 19^e eeuw werd gehanteerd door het particuliere gezelschap van het Nederlands Genootschap tot de Zedelijke Verbetering der Gevangenen in de afgelopen jaren opnieuw als beginsel is uitgevonden door de strafvorderlijke overheid. Het is alsof de wetgever de legitimatie voor verstreckende vormen van preventief toezicht in het stelsel van straf(proces)recht denkt te kunnen vinden in een mensbeeld dat in 1823 richtinggevend was.

In dit hoofdstuk gaan we op zoek naar de wijze waarop de reclassering met die nieuwe realiteit omgaat. Allereerst wordt kort de huidige organisatie van de reclassering besproken en komt de ontwikkeling van het takenpakket van de reclassering aan de orde. Daarna komt het standpunt van de reclassering aan de orde over de diverse wetswijzigingen die in hoofdstuk 3 zijn besproken. Tot slot doen we verslag van de ervaring en de indrukken die zijn opgedaan tijdens een ministage van een van ons bij diverse onderdelen van de reclassering.

1 Zie daarover reeds Heinrich 1995, p. 320. Zie ook het uit 2002 daterende veiligheidsprogramma 'Naar een veiliger samenleving' van het eerste kabinet Balkenende: *Kamerstukken II* 2002/03, 28684, nr. 1.

2 Daarover nader S. Struijk, 'Tien jaar ISD-tenuitvoerlegging: werk in uitvoering', *Strafblad* 2014, p. 213-220. Zie ook artikel 44j lid 1 Penitentiaire maatregel: "Gedurende het verblijf wordt een programma aangeboden, indien aannemelijk is dat betrokkene in staat en bereid is aan een programma deel te nemen."

4.1 De organisatie van de reclassering en haar takenpakket in wet- en regelgeving

Sinds 2004 werken drie organisaties op het terrein van de reclassering (3RO): het Leger des Heils, de Stichting Verslavingszorg GGZ en Reclassering Nederland. Deze afzonderlijke organisaties hebben een eigen identiteit, omvang en structuur.

Het Leger des Heils richt zich vanouds op de meest kwetsbare mensen. Voor het reclasseringswerk betekent dat een nadruk op verdachten en veroordeelden die dakloos en vaak ook verslaafd zijn. In 2020 werden door het Leger des Heils 4.331 adviezen uitgebracht, werd op 3.720 verdachten of veroordeelden toezicht gehouden, werden in het kader van een gestelde voorwaarde voor 2.856 mensen trainingen verzorgd en werden 326 werkstraffen begeleid, terwijl het Leger betrokken was bij 2.411 plaatsingen in de forensische zorg. Het reclasseringswerk vond plaats vanuit veertien vestigingen en daarvoor waren 177 volledige arbeidsplaatsen beschikbaar.³

De Stichting Verslavingszorg GGZ is een samenwerkingsverband van tien regionale instellingen voor verslavingsreclassering, waaraan ongeveer 800 reclasseringsmedewerkers zijn verbonden. Zij richten zich met name op mensen met verslavingsproblemen en met psychiatrische problemen. Volgens de website van de Stichting zijn door haar medewerkers in 2020 onder meer 14.478 adviesrapporten uitgebracht, stonden 11.520 verdachten en veroordeelden in dat jaar onder toezicht van de Stichting Verslavingszorg GGZ en wordt 99% van de personen aan wie de isd-maatregel is opgelegd door haar medewerkers begeleid nadat de maatregel is beëindigd.⁴

Reclassering Nederland is de grootste organisatie, met vestigingen in vijf regio's en ongeveer 2.000 werknemers. In 2020 werden volgens haar website onder meer 24.191 adviezen uitgebracht, werd op 15.395 verdachten en veroordeelden toezicht gehouden, werd voor 287 mensen een gedragstraining verzorgd en was de organisatie betrokken bij 15.169 werkstraffen.⁵

In vogelvlucht laat de in hoofdstuk 2 geschetste ontwikkeling van het takenpakket van de reclassering in wet- en regelgeving zich als volgt schetsen. In 1915 werd de reclassering in het Wetboek van Strafrecht belast met het bijzondere toezicht op de naleving van bijzondere voorwaarden die in het kader van een voorwaardelijke invrijheidstelling waren vastgesteld en voorts met het

3 Zie voor deze cijfers het via internet te raadplegen *Jaardocument 2020* van het Leger des Heils, in het bijzonder p. 16. Bij de beoordeling van de cijfers over 2020, ook van de andere reclasseringsorganisaties, moet rekening worden gehouden met de coronapandemie en de gevolgen daarvan voor de strafrechtspleging.

4 De informatie in de hoofdttekst is ontleend aan de website svg.nl (laatstelijk geraadpleegd op 22 december 2021).

5 De informatie in de hoofdttekst is ontleend aan de website reclassering.nl (laatstelijk geraadpleegd op 22 december 2021).

verlenen van hulp en steun bij de naleving van bijzondere voorwaarden die door de rechter waren verbonden aan een voorwaardelijke veroordeling. De reclasseringsregelingen uit 1910 en 1915 voorzagen door middel van een stelsel van subsidiemogelijkheden in een uitwerking van die toezichthoudende en hulpverlenende taken. De voorlichtingstaak kreeg pas daarna een wettelijke basis, toen aan het Openbaar Ministerie bij de inwerkingtreding van een nieuw Wetboek van Strafvordering in 1926 de bevoegdheid werd gegeven om de medewerking van de reclassering in te roepen. Het takenpakket van de reclasseringsinstellingen is uitgebreid in de jaren zeventig van de vorige eeuw, met de vroeghulp aan verdachten die in verzekering zijn gesteld. In 1981 benoemde Fokkens in zijn proefschrift dan ook vroeghulp, voorlichting en hulp- en steunverlening als de drie taken van de reclassering. Aan het verlenen van hulp en steun door de reclassering lag in de meeste gevallen een bijzondere voorwaarde in het kader van een voorwaardelijke veroordeling of een voorwaardelijke invrijheidstelling ten grondslag.⁶ Na een experimenteerfase werd de reclassering kort daarop eveneens een rol toebedeeld bij wat inmiddels de taakstraf heet. In de Reclasseringsregeling 1995, die op 1 januari 1995 in werking trad, werden in artikel 8 lid 1 de volgende reclasseringswerkzaamheden aangeduid:⁷

- a) het verlenen van hulp en steun aan personen die worden verdacht van of die zijn veroordeeld wegens een strafbaar feit;
- b) het doen van onderzoek naar verdachten en veroordeelden ten behoeve van een beslissing over de vervolging, de berechting of de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen en het geven van voorlichting daarover;
- c) de voorbereiding en de begeleiding van de uitvoering van de straf van onbetaalde arbeid en, voor zover daarvoor in aanmerking komend, van de uitvoering van andere rechterlijke beslissingen ten aanzien van verdachten en veroordeelden, alsmede het houden van toezicht daarop en het verschaffen van inlichtingen aan de bevoegde autoriteiten.

In 2017 zijn de formulering van die taken en de volgorde daarvan veranderd.⁸ Een reden daarvoor is in de toelichting op die wijziging niet gegeven. In de hui-

6 Fokkens 1981, p. 42-48.

7 Besluit van 15 december 1994, houdende nieuwe regels inzake de reclassering (Reclasseringsregeling 1995), *Stb.* 1994, 875. In het Besluit van 4 december 2003 tot wijziging van de Reclasseringsregeling 1995 in verband met een tijdelijke voorziening voor de overheveling van enkele taken van de Stichting Reclassering Nederland, *Stb.* 2003, 511 zijn de woorden 'de straf van onbetaalde arbeid' vervangen door 'de taakstraf'.

8 Besluit van 23 mei 2017 betreffende de wijziging van de Reclasseringsregeling 1995 in verband met de modernisering van de regeling en enkele redactionele en technische wijzigingen, *Stb.* 2017, 220.

dige tekst van artikel 8 Reclasseringsregeling 1995, zoals die sinds 26 juni 2019 luidt, wordt de reclassering met de volgende taken belast:⁹

- a) het doen van onderzoek naar en het geven van voorlichting en advies over verdachten en veroordeelden ten behoeve van een beslissing over vervolging, afdoening, berechting of tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen;
- b) het houden van toezicht op de naleving van aan verdachten of veroordeelden opgelegde voorwaarden of ontzetting van rechten en het hen ten behoeve daarvan begeleiden;
- c) de voorbereiding en de begeleiding van en het houden van toezicht op de uitvoering van de taakstraf en de voorbereiding en begeleiding van andere straffen of maatregelen waarmee reclasseringsinstellingen bij of krachten de wet zijn belast;
- d) het opstellen van een indicatiestelling als bedoeld in de Wet forensische zorg.

In 2017 verdween aldus vrijwel onopgemerkt de hulp- en steunverlenende taak uit de reclasseringsregeling. In plaats daarvan heeft het houden van toezicht op de naleving van aan verdachten of veroordeelden gestelde voorwaarden een centrale plaats gekregen in de taakomschrijving van de reclassering.

4.2 Het officiële standpunt van de reclassering

Op de website van het Leger des Heils wordt zijn reclasseringsopdracht geformuleerd met termen als ‘ondersteuning’ en ‘begeleiding’ van mensen die met het strafrecht in aanraking zijn gekomen, met als doel om herhaling van strafbare feiten te voorkomen:

“Met de juiste hulp en intensieve begeleiding proberen we een reclassant weer op het goede pad te brengen. Zodat hij of zij weer kan deelnemen aan de maatschappij.”

De Stichting Verslavingszorg GGZ gebruikt op haar website min of meer dezelfde woorden. Haar medewerkers dragen, zo is daar te lezen, bij aan een veiliger maatschappij door verslaafde en psychiatrische ex-delinquenten te begeleiden bij hun re-integratie in de maatschappij en door hen te helpen een nieuw leven op te bouwen. Reclasseren met zorg wordt dat genoemd.

De missie en de visie van Reclassering Nederland zijn op haar website anders beschreven:

9 De Reclasseringsregeling 1995 is voor het laatst gewijzigd in het Besluit van 6 juni 2019, houdende vaststelling van het Besluit forensische zorg en daarmee verband houdende wijzigingen van enige andere regelingen (Besluit forensische zorg), *Stb.* 2019, 230.

“Missie

Reclassering Nederland draagt bij aan de veiligheid van de samenleving door het voorkomen van criminaliteit en het terugdringen van recidive. Dat doen we door risico's zoveel mogelijk te beheersen en de dader of verdachte te stimuleren zijn of haar gedrag te veranderen.

Visie

Daders zijn verantwoordelijk voor het delict en hun eigen gedrag. Justitiële autoriteiten beslissen over de consequenties. Voor daders die door een handicap of hun psychische gesteldheid niet in staat zijn hun verantwoordelijkheid te nemen, vindt doorgaans toeleiding naar zorg plaats.

Gunstig beïnvloeden van gedrag van daders is vaak mogelijk. Reclassering Nederland ondersteunt mensen daarbij. Het aanwakken van motivatie, maken van verantwoorde keuzes en zelfreflectie maken deel uit van de aanpak. Daarbij houden we rekening met de risico's voor de samenleving en controleren we waar nodig.

Ook voor verdachten

Ook verdachten in strafzaken komen in aanraking met Reclassering Nederland. Vaak is het nog niet duidelijk of ze strafbare feiten hebben gepleegd. Uit justitiële gegevens, gedrag en de sociale omgeving zijn vaak echter risico's voor de veiligheid van personen of de samenleving te destilleren. In dat geval prevaleert het beperken van die risico's.”

De ambities van de risicosamenleving en het daarbij behorende jargon klinken door in de opdracht die Reclassering Nederland zichzelf in deze passages toedicht: bijdragen aan een veilige samenleving, terugdringing van recidive door risicobeheersing en door gedragsverandering, waarbij aan risicobeperking prioriteit wordt toegekend. Die positiebepaling is bovendien herkenbaar in de bijdrage van de reclassering aan de discussie over verschillende wetswijzigingen die in het vorige hoofdstuk zijn besproken. Die hebben, zoals opgemerkt, de reclassering tot een spil van de strafrechtspleging gemaakt. De reclassering moet de belofte van de wetgever in de praktijk brengen om de samenleving te beveiligen met een fijnmazig systeem van toezicht op en controle van verdachten en veroordeelden. Dat toezicht en die controle beperken zich niet meer tot een luttel aantal modaliteiten, in het bijzonder de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling, gedurende een periode van maximaal een aantal jaren. Toezicht en controle kunnen in de hedendaagse benadering plaatsvinden binnen het kader van een sterk gegroeid aantal wettelijke voorzieningen waarin voorwaarden aan verdachten en veroordeelden kunnen worden opgelegd. De duur daarvan is bij een aantal modaliteiten bovendien niet gemaximeerd en dus in potentie levenslang.

De reclassering heeft die centrale positie willen innemen. Zij heeft, voor zover in de parlementaire geschiedenis valt na te gaan, voorstellen tot uitbreiding van bestaande sanctiemodaliteiten en tot invoering van nieuwe sancties positief gewaardeerd. In enkele gevallen heeft de reclassering zelfs verderstrek-

kende voorstellen gedaan dan die van de wetgever. Voorafgaand aan de in 2012 in werking getreden wijziging van de wetgeving op het terrein van de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling, pleitte de reclassering er bijvoorbeeld voor om de aan een voorwaardelijke veroordeling verbonden proeftijd tweemaal te kunnen verlengen. De regering wees dit voorstel op dat moment van de hand, omdat tweemaal verlengen afbreuk zou kunnen doen aan de geloofwaardigheid van de voorwaardelijke veroordeling.¹⁰ Over de voorgestelde verhoging van de maximale duur van de terbeschikkingstelling met voorwaarden adviseerde de reclassering positief.¹¹ Datzelfde geldt voor de verruiming van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de terbeschikkingstelling, van een jaar naar twee jaren.¹² De reclassering was ‘zeer ingenomen’ met de schrapping van de maximale termijn van de voorwaardelijke beëindiging van de terbeschikkingstelling met dwangverpleging, die vorm kreeg in de Wet langdurig toezicht. Zij adviseerde bij die gelegenheid om de maximale duur van de terbeschikkingstelling met voorwaarden eveneens los te laten. Die aanbeveling werd niet overgenomen.¹³ De introductie van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel werd door de reclassering ‘ten zeerste’ toegejuicht.¹⁴ Alleen over de Wet straffen en beschermen, die tot gevolg heeft gehad dat de voorwaardelijke invrijheidstelling is gemaximeerd op ten hoogste twee jaren van de gevangenisstraf en die ook ingrijpende consequenties heeft voor de verschillende vormen van detentiefasering en voor het penitentiair programma, is de reclassering kritisch geweest. Zij wees er onder meer op dat het oude stelsel van de voorwaardelijke invrijheidstelling in het algemeen goed functioneerde en dat, voor zover aanpassingen nodig zouden zijn, daaraan ‘inhoudelijke overwegingen’ ten grondslag moeten liggen en dat daarvoor ‘gedegen’ onderzoek nodig is.¹⁵

In haar officiële standpunt, kenbaar via de website en in adviezen, blijkt de reclassering zich niet alleen te hebben geschikt in de uitbreiding van het preventieweb. Zij heeft haar steun daarvoor uitgesproken en zij heeft voorstellen voor regelgeving gedaan die in haar optiek een nog betere bijdrage aan de bestrijding van recidivegevaar kunnen leveren door uitbreiding van de mogelijkheden tot controle en toezicht. De vraag is of in de dagelijkse praktijk van het reclasseringswerk de verschuiving merkbaar is die het preventieweb van

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32319, nr. 3, p. 19.

11 Advies Reclassering Nederland 5 november 2007, bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 31823, nr. 3.

12 *Kamerstukken II* 2001/02, 28238, nr. 3, p. 2.

13 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 6 en p. 8.

14 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 11.

15 Advies Reclassering Nederland 12 juni 2018, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35122, nr. 3. In haar advies verwijst de reclassering naar J. uit Beijerse e.a., *De praktijk van de voorwaardelijke invrijheidstelling in relatie tot speciale preventie en re-integratie*, Den Haag: Boom 2018. In dat evaluatieonderzoek is geconcludeerd dat de oude wettelijke regeling voldoende ruimte bood voor ‘maatwerk’. Zie ook Bleichrodt 2018, p. 176-177, waarin de aan de Wet straffen en beschermen ten grondslag liggende overwegingen worden betwist.

de wetgever beoogt te bewerkstelligen: van speciale preventie door hulp en steun naar speciale preventie door toezicht en controle.

4.3 De (beperkte) proef op de som

In augustus 2020 heeft een van ons een kijkje in de keuken gekregen van Reclassering Nederland en van de Stichting Verslavingszorg GGZ. Op herhaalde verzoeken om enkele dagen mee te kunnen lopen met een of meer reclasseringsmedewerker(s) van het Leger des Heils kwam geen reactie. Door de uitbraak van het coronavirus en de daartegen genomen maatregelen, was de ministage noodgedwongen in sommige opzichten beperkt. Bezoeken aan gedetineerden, in het kader van de voorlichtings- en adviestaak of in het kader van het reclasseringswerk in penitentiaire inrichtingen, konden bijvoorbeeld niet plaatsvinden. Zowel Reclassering Nederland als de Stichting Verslavingszorg GGZ heeft een programma gemaakt dat, met inachtneming van deze beperkingen, een zo representatief mogelijk beeld geeft van de verschillende onderdelen van haar werkzaamheden. Daarbij lag de nadruk op de taken die in artikel 8 Reclasseringsregeling 1995 onder b en c zijn opgenomen: toezicht op de naleving van aan verdachten of veroordeelden opgelegde voorwaarden en de begeleiding van verdachten en veroordeelden in dat verband respectievelijk de voorbereiding en begeleiding van straffen of maatregelen en het toezicht op de uitvoering van de taakstraf. Ervaringen met het opstellen van een indicatiestelling in het kader van de Wet forensische zorg, die acht maanden voor aanvang van de ministage in werking was getreden, zijn nauwelijks ter sprake gekomen. De advies- en voorlichtingstaak kwam als onderdeel van de toezichthoudende taken aan bod, maar mede door de genoemde coronabeperkingen niet als zelfstandig programmaonderdeel.

Het resultaat van de ministage is in elk geval geweest dat de preadviseur een ander beeld van de reclassering en haar medewerkers heeft gekregen. Dat was voor aanvang geen overwegend positief beeld, ongetwijfeld gekleurd door het perspectief van de strafrechtadvocaat die de ontwikkeling in voorlichtingsrapporten heeft meegemaakt waarin de focus steeds meer is komen te liggen op risicotaxatie en inperking van recidivegevaar en wiens ervaringen met de reclassering zich overigens voornamelijk beperkten tot de momenten dat iets mis is gegaan bij de naleving door verdachten of veroordeelden van aan hen opgelegde voorwaarden. Vanuit dat (verdedigings)perspectief is het niet opmerkelijk dat de reclassering vooral als een ambtelijk verlengstuk van de strafvorderlijke overheid wordt gezien.

Na de ministage is dat beeld omgeslagen, niet in de minste plaats door de mensen die bij de reclasseringsinstanties werken. Wat een leuke mensen! Ze zijn trots op hun werk en ze zijn aanstekelijk enthousiast. Zij combineren een

groot verantwoordelijkheidsgevoel met een gezonde dosis realiteitszin over de beperkte mate waarin verdachten en veroordeelden kunnen (en soms: willen) voldoen aan de hooggespannen verwachtingen over voorkoming of beperking van recidive die worden uitgesproken of opgeschreven door mensen die in studeerkamers het zicht op de harde realiteit missen of zijn kwijtgeraakt. In contacten met verdachten en veroordeelden weten reclasseringsmedewerkers een balans te vinden tussen de zachte en de harde hand, tussen hulp en toezicht. Onder regelmatig moeilijke omstandigheden dragen zij soms, met kleine stapjes, daadwerkelijk iets bij aan resocialisatie en re-integratie. Medewerkers van de reclassering zetten zich in voor een doelgroep die voor een aanzienlijk deel bestaat uit de echte onderkant van de samenleving. Zij bekommeren zich om degenen waar die samenleving, inclusief de andere professionals in de strafrechtspleging, zich geen raad mee weet. Zij zien de dagelijkse ellende van psychische stoornis, verstandelijke beperking en verslaving, die in zo'n schril contrast staan met het gemakzuchtige mensbeeld van de vrije, zelfredzame burger.

De ministage bij Reclassering Nederland vond plaats bij de Regio Oost. In Arnhem is gesproken op het regiokantoor, waarbij een overzicht is gegeven van de heel diverse reclasseringsactiviteiten en is ingegaan op actuele problemen en vraagstukken. In Zwolle vond een ontmoeting plaats met twee projectleiders van nieuwe initiatieven die de reclassering weer een vaste plek in de penitentiare inrichting moet geven, nadat zij daar jarenlang alleen als 'gast' kwam indien contact met een gedetineerde noodzakelijk was voor een voorlichtingsrapportage. In het project 'Zwolse gedetineerden', dat zich niet alleen op gedetineerden uit Zwolle maar ook op die uit vier omliggende gemeenten richt, wordt ernaar gestreefd binnen vijftien dagen na diens binnenkomst een eerste gesprek te hebben met een gedetineerde, om in overleg met alle relevante instanties te inventariseren wat nodig is voor re-integratie na detentie. Op basis van dat overleg kan dus al in een vroeg stadium van gevangenschap worden nagedacht over het leven na detentie. Dat geldt evenzeer voor het programma 'Afgestraften zeden en geweld', waarin de reclassering de aanzet geeft om afspraken te maken over re-integratie van degene die is veroordeeld voor een ernstig delict dat tot maatschappelijke ophef heeft geleid. Daarbij komen vragen aan bod als: waar kan hij na zijn detentie naartoe, welke voorzieningen moeten worden getroffen om het risico op herhaling in te dammen en wat is nodig om de veroordeelde na zijn vrijlating te beschermen tegen bijvoorbeeld bedreigingen of geweld in zijn nieuw woonomgeving als die via de media of anderszins bekend is geworden?

In Deventer is de ZSM-locatie bezocht. Op die locatie wordt een snelle afdoeningsbeslissing voorbereid voor strafzaken uit de provincies Gelderland

en Overijssel.¹⁶ Dagelijks gaat het dan om ongeveer 60-120 zaken. Die worden beoordeeld door twee secties: ‘vast’ en ‘niet vast/vrije voeter’. Bij de sectie ‘vast’ gaat het om mensen die na aanhouding in verzekering zijn of zullen worden gesteld. Het streven is om al voor een eventuele voorgeleiding aan de rechter-commissaris duidelijkheid te hebben over het verdere afdoeningstraject. Dat gebeurt mede op basis van een screeningsadvies van de reclassering. De vroeghulp aan de aangehouden of in verzekering gestelde verdachte wordt daarom uitgezet via de ZSM-locatie. Op beeldschermen worden niet alleen termijnen weergegeven, maar wordt bovendien met kleuren duidelijk gemaakt wat de stand van zaken is: geel betekent dat het advies is aangevraagd maar nog niet is afgerond, groen betekent dat het voorlichtingsrapport is ontvangen. Zo is voor eenieder duidelijk wat nog binnen welke termijn moet gebeuren. Bij de sectie ‘niet vast/vrije voeter’ wordt het advies niet gebaseerd op persoonlijk contact met de verdachte in de fase van de vroeghulp, maar op beschikbare informatie als justitiële documentatie, verslagen van eerder reclasseringscontact, inlichtingen van het Veiligheidshuis of het eerste, veelal sociale verhoor van de verdachte. De spilfunctie van de reclassering in de ZSM-werkwijze komt overigens zichtbaar tot uitdrukking in de plaats die zij inneemt in de zaal: de reclassering zit in het midden van de zaal, omgeven door de vertegenwoordigers van de andere instanties die bij ZSM zijn betrokken.

In Zutphen is gesproken met de coördinator elektronische monitoring, die uitlegde dat een verschil bestaat tussen elektronische monitoring als onderdeel van een detentietraject dat is gericht op re-integratie en elektronische monitoring als bijzondere voorwaarde bij bijvoorbeeld de schorsing van de voorlopige hechtenis of de gedragsbeperkende maatregel. Als onderdeel van een detentietraject was elektronische monitoring destijds verbonden met een traject dat naar steeds meer vrijheid leidde. Als bijzondere voorwaarde heeft elektronische monitoring een meer repressief karakter, omdat zij dan in de regel is gekoppeld aan een locatieverbod of -gebod. Toch heeft elektronische monitoring ook dan een reikwijdte die verdergaat dan alleen de strikte controle op naleving van de opgelegde voorwaarde. Zij is een stimulans voor de verdachte of veroordeelde om actief op zoek te gaan naar dagbesteding, omdat dagbesteding betekent dat meer tijd buitenshuis mag worden doorgebracht. Bovendien blijkt het enkelbandje soms tot een aanmerkelijk betere band met partner of kinderen te leiden: de verdachte of de veroordeelde die voorheen altijd op pad was, is door elektronische monitoring meer thuis.

16 Zie over de ZSM-werkwijze nader onder meer M. Simon Thomas e.a., *Snel, betekenisvol en zorgvuldig. Een tussenevaluatie van de ZSM-werkwijze*, Den Haag: WODC 2016 en R. Salet en J.B. Terpstra, ‘ZSM in de praktijk. Aandacht en snelheid tegenover zorgvuldig en betekenisvol’, *DD* 2017, p. 489-501.

In Wekerom is de werkstraflocatie 's Heeren Loo bezocht. Op die prachtig gelegen plek is een zorginstelling gevestigd, waar mensen met een hersenbeschadiging verblijven. Omdat voldoende geld voor renovatie en onderhoud van het terrein en de gebouwen ontbreekt, is de reclassering ingeschakeld. Zij aan wie een werkstraf is opgelegd, werken daar onder begeleiding van een reclasseringsmedewerker in groepen van zes tot zeven mannen aan renovatie en onderhoud. Contact tussen de veroordeelden en de patiënten van de zorginstelling vindt niet veel plaats. Als het er wel is, blijken nogal wat veroordeelden onder de indruk te zijn, veelal in het besef dat sommige mensen het (nog) minder in het leven hebben getroffen dan zijzelf.

De rondreis in de Regio Oost werd afgesloten met een bezoek aan een vestiging in Arnhem, alwaar is gesproken met een medewerker die trainingen verzorgt aan reclassanten. De meest gevolgde training is COVA: cognitieve vaardigheden. Het Leger des Heils biedt ook COVA+ aan, voor mensen met een verstandelijke beperking. COVA en COVA+, die zowel individueel als in groepsverband worden aangeboden, beogen de deelnemers te leren eerst na te denken en dan pas te doen en dragen daarmee bij aan impulsbeheersing. Andere trainingen zijn bijvoorbeeld bedoeld voor daders van huiselijk geweld (gedragstraining BORG), voor mensen met agressieproblemen (training I-Respect) of voor verdachten en veroordeelden met verslavingsproblemen (training Leefstijl 24/7).

Inzicht in de werkzaamheden van de Stichting Verslavingszorg GGZ is verkregen door te praten met medewerkers van een van de aangesloten instellingen, Inforsa in Amsterdam, en door hen te vergezellen tijdens contacten met verdachten en veroordeelden. De clientèle van de Stichting Verslavingszorg kampt zichtbaar met problemen die verder reiken dan alleen strafrechtelijke: verslaving, stoornis, beperkte verstandelijke vermogens en strafbare feiten gaan in de regel hand in hand. Tijdens een inleidend gesprek op het kantoor van Inforsa is duidelijk gemaakt hoezeer terugval daarom inherent is aan de levens van deze mensen. Geen recidive is meestal te veel gevraagd voor de doelgroep. Minder recidive is reeds een hele prestatie:

“Als we eraan kunnen bijdragen dat iemand in plaats van dertig winkeldiefstallen er nog maar vijf per maand pleegt, dan zien we dat als een groot succes.”

Vervolgens is met een medewerker van de Stichting een huisbezoek gebracht aan een man die in een ver verleden een ernstig delict pleegde onder invloed van zowel alcohol als drugs en wiens terbeschikkingstelling met dwangverpleging na 34 jaren voorwaardelijk is beëindigd. De man woonde sinds een maand in een eigen appartement. Het gesprek concentreerde zich op een beperkt aantal vragen: welke medicatie is gewenst, mag hij een biertje of twee

biertjes per dag drinken en hoe werkt een smartphone? Over de medicatie en het bier bleken de huisarts en de psychiater verschillende ideeën te hebben. Het voorbeeld is illustratief voor de observatie dat het de reclassering veel tijd en energie kost om informatie te verzamelen bij allerlei (zorg)instanties en om, bij uiteenlopende standpunten, alle betrokkenen vervolgens op een lijn te krijgen.

Toezichtgesprekken die plaatsvonden op twee verschillende kantoren van Inforsa leverden eenzelfde indruk op. Niet alleen Inforsa maakt bijvoorbeeld een toezichtplan, maar ook de woningstichting. Overleg is noodzakelijk, om te voorkomen dat die plannen elkaar doorkruisen. Bij de psychiater moet informatie worden opgevraagd over de noodzaak van een ambulante behandeling, nadat een klinische behandeling is afgerond. Met de gemeente moet overleg worden gevoerd over de werkplek van de onder toezicht gestelde. Met de GGD moet afstemming plaatsvinden over de verstrekking van methadon. Hoe meer instanties en personen betrokken zijn, zo werd na afloop enigszins bedrukt opgemerkt, hoe meer de reclassering in een toezichthoudende, justitiële rol wordt gedrukt. Maatschappelijke zorg wordt dan bij andere instanties en personen neergelegd en de reclassering is alleen het justitiële slot op de deur dat wordt ingeschakeld als de overige betrokkenen er niet uitkomen.

Gesprekken die worden gevoerd met verdachten en veroordeelden, maken duidelijk dat het zetten van kleine stapjes in de regel het maximaal haalbare is. Huisvesting is een van de grootste problemen. De klinische zorg in de reguliere geestelijke gezondheidszorg is teruggedrongen, mede op basis van een bestuurlijk akkoord dat streefde naar ‘vermaatschappelijking van de zorg’.¹⁷ Voor de afbouw van het aantal bedden in de klinische zorg is evenwel geen toereikend aanbod aan ambulante zorg in de plaats gekomen. Voor de doelgroep van verslaafde veelplegers met psychische stoornissen en verstandelijke beperkingen is weliswaar een flink aantal woningen gereserveerd in Amsterdam – waardoor, aldus een van de gesprekspartners, ‘mijn neefjes en nichtjes, gewone Amsterdammers’ geen woonruimte kunnen vinden – maar de verantwoordelijkheid voor een eigen woning kunnen de meesten niet aan. Een klinische setting is aangewezen, omdat deze groep een duidelijke structuur nodig heeft.

Opvanghuizen als Domus en Domus+, waarbij + staat voor mensen met een verstandelijke beperking, bieden enige uitkomst. Daaraan is het laatste bezoek van de ministage gebracht. Van de vijf geplande gesprekken met bewoners, ging er een door. De andere vier mensen waren op straat. Een van hen bleek vlakbij te staan. Nadat de reclasseringsmedewerker naar hem toe liep,

17 Zie daarover onder meer het rapport *Over de brug. Plan van aanpak voor de behandeling, begeleiding en ondersteuning bij ernstige psychische aandoeningen*, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 25424, nr. 251.

beloofde de man er over vijf minuten te zijn. Na 45 minuten was hij er nog niet. “Ik kom morgen wel terug”, zei de reclasseringsmedewerker.

De ministage heeft tot enkele inzichten geleid, die puntsgewijs en slechts voorzien van een korte toelichting worden weergegeven. Het zijn er negen:

- a) Elke reclasseringsorganisatie heeft een eigen ‘kleur’, die wordt onderkend en die wordt gewaardeerd. Het Leger des Heils is door zijn confessionele achtergrond geneigd langer het goede in de mens te zien en daardoor meer gericht op hulp en steun dan op wat in het jargon risicomangement heet. Ook medewerkers van de Stichting Verslavingszorg GGZ zijn, meer dan die van Reclassering Nederland, bereid om verdachten en veroordeelden nog een kans te geven en in te zetten op hulpverlening. De veel bredere doelgroep van Reclassering Nederland vraagt om een zakelijke(re) benadering, waarin meer nadruk ligt op beheersing en vermindering van recidivegevaar. Dat geldt bijvoorbeeld voor verdachten en veroordeelden die worden gerekend tot de categorie van beroepscriminelen of voor degenen die in verband met een terroristisch misdrijf zijn of worden gebracht.
- b) Steeds weer is benadrukt dat de harde kant en de zachte kant van het reclasseringswerk niet zonder elkaar kunnen. Pogingen tot gedragsbeïnvloeding via een vrijblijvend aanbod van hulp en steun, dragen niet bij aan vermindering van recidive. Toezicht op de naleving van voorwaarden is nodig, controle op gemaakte afspraken eveneens. Alleen maar risicomangement, door strikt toezicht op de naleving van via voorwaarden opgelegde geboden en verboden, werkt op zijn beurt hooguit voor een korte periode. Duurzaam is die benadering in elk geval niet. Laatstgenoemde observatie sluit aan op onderzoek waarin is vastgesteld dat toezicht zonder begeleiding in termen van recidivevermindering weinig of geen effect heeft en dat te intensief toezicht zelfs tot meer recidive kan leiden.¹⁸
- c) Reclasseringsmedewerkers bemerken dat zij door de buitenwacht worden gedirigeerd naar meer toezicht en controle en minder hulp en steun. Wetgeving en commotie naar aanleiding van incidenten spelen daarbij een hoofdrol. De beperking van de voorwaardelijke invrijheidstelling tot maximaal twee jaren blijkt in de praktijk van de reclassering een steen des aanstoots te zijn. Zij is als een schoolvoorbeeld van onbezonnen wetgeving aangemerkt.
- d) Intern kunnen reclasseringsmedewerkers rekenen op steun voor een benadering waarin voortdurend de balans wordt gezocht tussen de toezichthoudende elementen en de hulpverlenende aspecten van het werk. Collegiale

18 R. Poort en K. Eppink, *Een literatuuronderzoek naar de effectiviteit van de reclassering*, Den Haag: Boom Juridisch 2009, p. 88-89 en p. 115. Zie ook B.S.J. Wartna e.a., *Wat werkt in Nederland en wat niet? Een meta-analyse van Nederlands recidiveonderzoek naar de effecten van strafrechtelijke sancties*, Den Haag: Boom-WODC 2013.

ondersteuning en toetsing spelen in die professionele afwegingen een belangrijke rol. De positieve, stimulerende houding van de (landelijke) leiding wordt in dit verband geroemd. Door zorgvuldig gebruik te maken van de hen toekomende professionele ruimte, kunnen reclasseringsmedewerkers maatwerk leveren. Voor verdachten en veroordeelden met problemen op tal van leefgebieden is het bijvoorbeeld eenvoudigweg niet mogelijk om steeds op tijd op een afspraak te verschijnen. Daarom heeft het geen zin om elke overtreding van een voorwaarde direct aan het Openbaar Ministerie te melden. Soms kan met een waarschuwing worden volstaan, soms komt de reclasseringsmedewerker gewoon de volgende dag terug.

- e) In de allereerste fase van het strafproces, en dus aan de ZSM-tafel, kan de reclassering soms het verschil maken, door aan te sturen op een andere dan een strafrechtelijke afdoening, met name in zogeheten maatwerkdaken. De reclassering probeert het Openbaar Ministerie er bijvoorbeeld van te overtuigen dat het beter is zorgverlening en schuldhulpverlening te organiseren voor hoogbejaarde verdachten die worden beschuldigd van een winkeldiefstal dan om hen te vervolgen. Jongeren die graffiti hebben gespoten, zouden – om een ander voorbeeld te noemen – niet automatisch in het strafrechtelijk systeem terecht moeten komen. Als die jongeren de door hen gemaakte rotzooi opruimen en schoonmaken, kan met een sepot worden volstaan.
- f) Voor mensen in detentie kan de reclassering het verschil maken, door tijdig in kaart te brengen wat moet worden geregeld voor een leven na detentie en door de betrokken instanties daarbij te betrekken. De Zwolse projecten verdienen navolging.
- g) Het werk van de reclassering wordt gecompliceerd doordat moet worden samengewerkt met een fiks aantal personen en instanties: penitentiaire inrichtingen, huisartsen, gemeenten, psychiaters, woningcorporaties, Openbaar Ministerie, politie, reguliere zorginstellingen, maatschappelijk werkers et cetera. Van een duidelijke taakafbakening en daaraan gekoppelde verantwoordelijkheid is lang niet altijd sprake. Soms zijn twee of drie instanties of personen met hetzelfde probleem bezig. Dat leidt niet alleen tot dubbel werk, maar ook tot onduidelijkheid als verschillende standpunten worden gehuldigd. Daarenboven blijkt het lastig te zijn van geheimhouders zoals artsen informatie te krijgen die relevant kan zijn voor het reclasseringstraject.
- h) Een beperkt aantal incidenten zorgt voor grote druk op de reclasseringsorganisaties en heeft geleid tot bemoeienis van de landelijke overheid met de inhoud van het reclasseringswerk. De zaak van Juliën C. en de zaak van

Michael P. zijn daarvan prominente voorbeelden.¹⁹ Incidenten moeten sindsdien binnen 24 uren worden gemeld bij het departement. Indien een persoon die onder toezicht van de reclassering staat ervan wordt verdacht een ernstig misdrijf te hebben gepleegd, is sprake van een incident. De onttrekking aan terbeschikkingstelling met dwangverpleging is eveneens een incident, net zoals een meldingsplicht bestaat indien iets misgaat in het toezicht op een verdachte of veroordeelde in een publicitair gevoelige zaak.

- i) Het werk van de reclassering wordt belemmerd door financieringssystemen en daarin gemaakte keuzes. De expertise van de reclassering kan bijvoorbeeld niet worden ingezet als een burgemeester of een wijkagent vraagt of de reclassering iets kan betekenen als zich problemen voordoen met hangjongeren of een overlast gevende buurman. Een financieringsgrondslag voor dergelijke activiteiten ontbreekt namelijk, omdat (en: zolang) geen sprake is van een strafrechtelijk kader. De aansluiting tussen forensische zorg en reguliere zorg is een ander, groot probleem dat samenhangt met uiteenlopende financieringssystemen. Omdat instellingen van maatschappelijke zorg minder financiering ontvangen dan beschikbaar is voor forensische zorg, weigert de reguliere zorg frequent de zorg over te nemen van mensen die als ‘complexe probleemgevallen’ of ‘kneuzen’ te boek staan. Het is daarom lastig na beëindiging van het reclasseringstoezicht een indicatiestelling te verkrijgen voor maatschappelijke ondersteuning of voor langdurige zorg, terwijl er alle reden is die kwetsbare groep buiten het justitiële kader eveneens te ondersteunen via bijvoorbeeld een project voor begeleid wonen.

19 Zie over de zaak van Juliën C., die eveneens bekend is als de Hoogerheide-zaak, onder meer HR 17 november 2009, *NJ* 2010/143, m.nt. Schalken. Zie over de zaak Michael P. het door de Inspectie Justitie en Veiligheid en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd opgestelde rapport *Het detentieverloop van Michael P.*, Den Haag 2019.

Speciale preventie is geen nieuwe doelstelling in het strafrecht. In Nederland is zij, met uitzondering van de periode van grofweg 1930-1945, steeds nadrukkelijk verbonden geweest met ideeën over hulpverlening aan verdachten en veroordeelden en met het belang dat aan resocialisatie wordt gehecht. De reclassering heeft daarin, sinds de oprichting van het Nederlands Genootschap tot de Zedelijke Verbetering der Gevangenen in 1823, een voortrekkersrol gespeeld. Hooggestemde verwachtingen over verbetering van delinquenten en over de mogelijkheden om hen door en na bestraffing op het rechte pad te houden, zijn in de loop der tijd naar beneden bijgesteld. Tot voor kort bleef als min of meer constante kerngedachte echter overeind staan dat steun aan degenen die met het strafrecht in aanraking is gekomen een bijdrage kan leveren aan indamming van recidivegevaar en aan re-integratie in de samenleving.

In circa twintig jaren heeft de wetgever de wortel goeddeels vervangen door de stok. De invulling die heden ten dage in regelgeving en ook door luidruchtige segmenten in de samenleving aan speciale preventie wordt gegeven, is een fundamenteel andere dan voorheen. De doelstelling is grotendeels versmald tot toezicht en controle op de naleving van aan verdachten en veroordeelden opgelegde geboden en verboden. Activiteiten die zijn gericht op re-integratie na detentie worden bijvoorbeeld slechts gereserveerd voor degenen die het in wetgevingsogen verdienen.¹ Een grote groep gedetineerden, die van de vreemdelingen, is daarvan op voorhand reeds uitgesloten. Ook voor verdachten en veroordeelden die door verslaving, psychische stoornis of verstandelijke beperkingen niet kunnen voldoen aan de standaard van de zelfredzame

1 In de memorie van toelichting bij de Wet straffen en beschermen (*Kamerstukken II* 2018/19, 35122, nr. 3, p. 6) wordt over de 'persoonsgerichte aanpak' die aan dit wetsvoorstel ten grondslag ligt bijvoorbeeld opgemerkt: "De gedetineerde heeft daarbij zelf de sleutel in handen voor een geslaagde terugkeer in de vrije maatschappij. Met zijn gedrag en inspanningen tijdens de detentieperiode moet de gedetineerde kunnen laten zien dat hij bereid is te investeren in zichzelf. In dat geval komt hij in aanmerking voor deelname aan het plusprogramma, waarin ruimere mogelijkheden gericht op resocialisatie worden geboden dan in het basisprogramma, en vervolgens voor externe vrijheden in de vorm van re-integratieverlof, extramurale arbeid, deelname aan een penitentiair programma en/of voorwaardelijke invrijheidstelling." Met de isd werd ook expliciet speciale preventie door middel van onschadelijkmaking beoogd. Inspanningen tot resocialisatie zouden beperkt blijven tot degenen bij wie van dergelijke inspanningen een duidelijk effect werd verwacht (Struijk 2011, p. 529-531).

gedetineerde geldt dat hen daardoor vooral toezicht en controle in plaats van hulp en steun wacht. De persoon van de verdachte of de veroordeelde is daarmee in belangrijke mate gereduceerd tot een risicofactor die door geboden en verboden in toom moet worden gehouden. Het concept van de risicosamenleving heeft zich aldus in een repressiever straf(proces)recht vertaald.

In de voorafgaande hoofdstukken is geprobeerd deze ontwikkeling van een preventief web van toezicht en controle in de strafvordering en het strafrecht te beschrijven en in een breder perspectief te plaatsen. Nog steeds wordt gewezen aan het web. Nieuwe ontwikkelingen op dit terrein dienen zich alweer aan. Vanuit de politiek worden bijvoorbeeld de mogelijkheden van preventieve detentie verkend voor gevaarlijke delinquenten die niet aan een stoornis lijden en aan wie daarom niet de maatregel van terbeschikkingstelling kan worden opgelegd.² In de media is door een vooraanstaande vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie in dit verband gepleit voor een onderzoek naar het nut van een zogeheten terroristen-TBS: een vorm van preventieve detentie voor de terrorist die na de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf nog steeds gevaarlijk is.³ Een web kan steeds wijder en fijner worden gesponnen.

5.1 Hulp en steun als inspanningsverplichting

Hoewel het bieden van hulp en steun naast het uitoefenen van toezicht en controle niet uit de reclasseringspraktijk is verdwenen en ook in parlementaire documenten het belang ervan bij tijd en wijle wordt benoemd,⁴ worden hulp en steun in de kern door de wetgever gezien als een *gunst* die de veroordeelde al of niet verleend kan worden en die vooral ook moet worden verdiend. Eerder werd al vermeld dat het bieden van hulp en steun als reclasseringstaak stilzwijgend uit de Reclasseringsregeling 1996 is geschrapt. Artikel 3:2 lid 1 Besluit tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen bepaalt bovendien dat de reclassering de *verplichtingen* vastlegt waaraan een veroordeelde in het kader van het toezicht op de naleving van voorwaarden heeft te voldoen.⁵

Die ontwikkeling is naar ons oordeel verontrustend. Het speciaal-preventieve strafrecht dat de wetgever heeft ontwikkeld, lijkt er weinig oog voor te hebben dat belangrijke factoren die bij kunnen dragen aan de hypothese dat de

2 Zie het rapport *Zicht op stoornis én gevaar. Aanvulling of herziening van het preventieve sanctiestelsel*, Den Haag; ministerie van Binnenlandse Zaken 2020. Het wetsvoorstel Aanpak dierenmishandeling en dierverwaarlozing (*Kamerstukken II* 2020/21, 35892, nr. 2) voorziet in de invoering van een nieuwe strafrechtelijke, vrijheidsbeperkende maatregel in de vorm van een verbod dieren te houden of een gebiedsverbod gedurende ten hoogste tien jaren 'ter bescherming van de goede zeden of ter voorkoming van strafbare feiten die de gezondheid of het welzijn van een of meer dieren benadelen'.

3 J. Simmelink, 'Het is tijd om na te denken over een terroristen-TBS', *NRC Handelsblad* 2 maart 2020.

4 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35122, nr. 3, p. 6.

5 *Stb.* 2019, 505.

betrokkene opnieuw een strafbaar feit zal begaan buiten de invloedssfeer van de verdachte of de veroordeelde liggen. Een factor als leeftijd kan niet worden veranderd en een justitieel verleden kan niet ongedaan worden gemaakt. Ten aanzien van dynamische risicofactoren, die op zichzelf wél kunnen worden beïnvloed, geldt daarnaast dat zij om uiteenlopende redenen niet steeds direct kunnen worden veranderd. Van een alcoholverslaving is men niet van de een op de andere dag verlost. Woning, werk en een relatie zijn niet op afroep beschikbaar. Het risico op recidive kan bovendien worden beïnvloed door overheidsbeleid op het terrein van bijvoorbeeld de volkshuisvesting, de geestelijke gezondheidszorg en de bescherming van en de hulpverlening aan kinderen en andere kwetsbare groepen.

Dit alles heeft tot gevolg dat het getaxeerde herhalingsgevaar aan de verdachte of de veroordeelde niet als een kaal verwijt voor de voeten mag worden geworpen, met ingrijpende gevolgen. Van de veroordeelde mag inderdaad worden verwacht dat hij zich waar mogelijk en binnen redelijke grenzen inspannt om recidivegevaar te verminderen. Blijft die inspanning achterwege, dan kan de betrokkene daarop worden aangesproken en kan dat consequenties hebben. De keerzijde van deze inspanningsverplichting voor de veroordeelde is wat ons betreft echter een inspanningsverplichting aan de zijde van de overheid. Degene die met een strafrechtelijke sanctie gericht op vermindering van recidivegevaar wordt geconfronteerd, behoort niet alleen de negatieve consequenties te dragen van het recidiverisico dat gedacht wordt van hem uit te gaan. Op de overheid rust de verplichting om de betrokkene de middelen te bieden om het vermoede recidivegevaar te verminderen om zo de tenuitvoerlegging van de sanctie te kunnen beëindigen, óók en vooral indien de capaciteiten van de veroordeelde tekortschieten. Komt de overheid haar inspanningsverplichting niet na, dan ondergraaft dat uiteindelijk de rechtmatigheid van maatregelen die beogen het herhalingsgevaar te beteugelen. Hulp en steun zijn dus geen gunsten die de verdachte kunnen worden geboden of juist onthouden al naar gelang hij de verantwoordelijkheid voor re-integratie zelf kan dragen, maar een recht waar de veroordeelde aanspraak op kan maken – zoals de samenleving op haar beurt mag verwachten dat de veroordeelde zich inspannt om niet opnieuw in de fout te gaan.

De eenzijdige nadruk in het politieke discours en in de wetgeving op toezicht en controle onttrekt de inspanningsverplichting die op de overheid rust aan het zicht. Uitsluitend uitoefenen van repressief toezicht miskent de verantwoordelijkheid die de strafvorderlijke overheid heeft voor hulp en steun aan verdachten en veroordeelden. Uit de praktijk van het reclasseringswerk, waarin hulp en steun gepaard gaan met controle en toezicht, spreekt wel het ethos dat hoort bij speciaal-preventief ingrijpen. Reclasseringsmedewerkers weten toezicht en controle te verbinden met hulp en steun. Daardoor is toezicht, in de eerder geciteerde woorden van Kempe, niet slechts negatief gericht op tem-

men, breken en in bedwang houden, maar op een positief resultaat waarin onder meer structuur kan worden geboden aan verdachten en veroordeelden die zich moeilijk zelfstandig staande kunnen houden.

5.2 Rechtspolitiek en illusiepolitiek

De kwalificatie ‘verontrustend’ van de op dit terrein relevante wetgeving van de laatste decennia kan als een rechtspolitiek standpunt worden geduid. Het pleidooi voor een inspanningsverplichting voor de overheid tot het bieden van hulp en steun aan verdachten en veroordeelden kan eveneens worden begrepen als de bijdrage aan een rechtspolitiek debat. Hetzelfde geldt voor de beantwoording van de vraag of het preventieve web van toezicht en controle dat de wetgever heeft gecreëerd, kan of moet worden aangevuld en opgevuld met nieuwe daden.

Verstandige (strafrecht)juristen zijn gewend te verwijzen naar de onvermijdelijkheid van rechtspolitieke keuzes om duidelijk te maken dat een afweging van de uiteenlopende belangen die met de strafrechtspleging zijn verbonden niet tot een uitkomst leidt die in de sterren staat geschreven. In een debat over de verhouding tussen de instrumentele en de rechtsbeschermende belangen van het straf(proces)recht kan daarom niemand, zo is de gedachte, er aanspraak op maken de (absolute) waarheid in pacht te hebben.

Daar valt geen speld tussen te krijgen. Een verwijzing naar de onvermijdelijkheid van rechtspolitieke keuzes kan echter ook als vluchtheuvel dienen voor de strafrechtjurist die geen positie wil kiezen en die meent te kunnen volstaan met het in kaart brengen van relevante argumenten. Als ogenschijnlijke buitenstaander waarschuwt zo’n jurist misschien nog wel voor te veel nadruk op het ene belang of juist op het andere belang. In algemene woorden kan erop gewezen worden dat het raadzaam is zorgvuldigheid te betrachten om tot de juiste balans te komen. Ook dat is heel verstandig. Waar dat evenwicht zo’n beetje is te vinden, wordt evenwel in het midden gelaten. Een meer precieze positiebepaling blijft achterwege, om maar geen vuile handen te maken. Rechtspolitiek is uiteindelijk een zaak van anderen.

Voor die vluchtheuvel kiezen we niet. De kwaliteit van het rechtspolitieke debat wordt volgens ons bevorderd door duidelijke standpunten van strafrechtjuristen, zeker als het gaat om een zo vergaande ontwikkeling als die van de speciaal-preventieve wending van de afgelopen decennia. Nuances zijn vanzelfsprekend belangrijk. Die worden echter niet gevonden door slechts een beroep te doen op abstracte grootheden als ‘balans’ of ‘evenwicht’. Voor de jurist die de studeerkamer verlaat, liggen de nuances in de strafrechtspleging voor het oprapen. In de dagelijkse praktijk blijkt namelijk de rijke schakering van verdachten en veroordeelden, van mogelijkheden en onmogelijkheden,

van kansen en bedreigingen. Wie goed kijkt, vindt daarin concrete aanknopingspunten voor een evenwichtige benadering.

De stroom van wetgeving die in hoofdstuk 3 is besproken, gaat in de kern uit van een mensbeeld dat de delinquent eerst en vooral als een risicofactor beschouwt. Als zodanig wordt hij bejegend. Het van hem uitgaande gevaar op herhaling moet in deze visie worden bezworen door een stelsel van strafrechtelijke en strafvorderlijke voorzieningen voor toezicht en controle. Die richten zich op de naleving van geboden en verboden die door middel van bijzondere voorwaarden zijn opgelegd. Schending daarvan leidt tot vrijheidsbeneming, ook als geen strafbaar feit is begaan. De belofte is dat de samenleving veiliger wordt door sturing te geven aan het gedrag van de verdachte of de veroordeelde, door te controleren of hij zich aan die gedragsaanwijzingen houdt en door aan schending van die aanwijzingen vrijheidsbenemende consequenties te verbinden. Dat mensbeeld spreekt ons niet aan. Geen mens behoort te worden gereduceerd tot het eendimensionale beeld van een vijand, een risico of een gevaar. Ook niet als hij is veroordeeld voor of wordt verdacht van de meest ernstige delicten. Ook niet als hij stelselmatig delicten begaat die stevast voor overlast en ergernis zorgen. Voor de betekenis die deze leidende gedachte heeft voor de strafrechtspleging, putten we, weinig verrassend, onder meer inspiratie uit het werk van illustere Utrechtse wetenschappers als Pompe, Kempe, Peters en Kelk. Zij hebben, elk op eigen wijze, het belang benadrukt van een samenleving die de delinquent niet aan de hand van stereotypen buitensluit en van een strafrechtspleging die door rechtsbescherming en door aandacht voor de persoon van de dader laat zien hem te erkennen als een gelijkwaardige.⁶

Gelijkwaardig betekent niet: gelijk. Veel mensen die met de strafrechtspleging in aanraking komen, hebben problemen. Zij zijn bijvoorbeeld verslaafd. Ze hebben een psychische stoornis. Ze zijn verstandelijk beperkt. Zij hebben in de afgelopen decennia de gevolgen ondervonden van het beleid in sectoren van maatschappelijke zorg en geestelijke gezondheidszorg, dat in feite is neergekomen op uitkleding van de zorg voor degenen die deze het hardste nodig hebben. Ze belichamen dat het beeld van de zelfredzame burger veelal een illusie is. Maar dat alles betekent niet dat zij daarom louter als gevaar voor de samenleving en voor de ander kunnen worden bestempeld. Zij behoren niet te worden afgeschreven. Ze zijn immers gelijkwaardig. Zij kunnen er daarom

6 Janse de Jonge 1991, onder meer p. 182. Zie nader bijvoorbeeld C.H. Brants, *Over levende gedachten: de menselijkheid van een functioneel strafrecht* (oratie UU), Den Haag: Boom Juridisch 1998; C.H. Brants, 'Een Utrechter sui generis', in: A.A. Franken e.a. (red.), *Constance Waarden* (Liber amicorum Kelk), Den Haag: Boom Juridisch 2008, p. 3-17; C. Kelk, *De kunst van een humaan strafrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018. Zie omtrent het gedachtegoed van de Utrechtse School ook F. de Jong en C. Kelk, 'Overarching Thoughts: Criminal Law Scholarship in Utrecht', in: F. de Jong (eds.), *Overarching Views of Crime and Deviancy. Rethinking the Legacy of the Utrecht School*, Den Haag: Eleven 2015, p. 21-88.

aanspraak op maken dat hen het vooruitzicht van re-integratie en resocialisatie wordt geboden. In een gesprek dat we in de voorbereiding van dit preadvies hadden met Johan Bac, algemeen directeur van Reclassering Nederland, gebruikte hij in dit verband een beeld dat we met zijn toestemming in de titel hebben verwerkt: de reclassering beschouwt de delinquent altijd als een komma, nooit als een punt.

Ook de verwachtingen van de wetgever over de mogelijkheden die toezicht en controle bieden bij de bestrijding van recidivegevaar, zoals die spreken uit de in hoofdstuk 3 geanalyseerde wetswijzigingen, delen we niet. De overheid die suggereert haar burgers veiligheid te kunnen bieden door uitsluitend repressief toezicht te houden op degenen die als gevaarlijk zijn gekwalificeerd, bedrijft illusiepolitiek en zal uiteindelijk als een ‘Rupsje Nooitgenoeg’ in ‘mateloosheid’ vervallen.⁷ Het is namelijk een illusie te denken dat gevaren of risico’s kunnen worden bezworen door (louter) strafvorderlijke en strafrechtelijke voorzieningen die het mogelijk maken toezicht te houden op de naleving van voorwaarden die aan een verdachte of aan een veroordeelde, of zelfs aan een afwijkende ander, zijn gesteld. Veiligheid wordt niet afgedwongen door ‘politiek gedreven luchtspiegelingen’.⁸

Zij die illusiepolitiek bedrijven, zullen in elk incident met betrokkenheid van iemand die eerder is verdacht van of veroordeeld voor een ernstig strafbaar feit een argument kunnen vinden om de wetgevende touwtjes nog strakker aan te trekken. Meer modaliteiten bieden echter slechts schijnoplossingen, net zoals een nieuwe uitbreiding van de reikwijdte van reeds bestaande modaliteiten. Zoals hiervoor al is opgemerkt, leert wetenschappelijk onderzoek in elk geval dat enkel toezicht niet leidt tot vermindering van recidive en dat te intensief toezicht zelfs meer recidive tot gevolg heeft.⁹ Ook reclasseringswerkers die zich dagelijks bezighouden met speciale preventie zijn er ten diepste van doordrongen dat alleen maar toezicht en controle niet werkt. Het moet dus anders dan de richting die de wetgever de afgelopen decennia heeft gekozen.

5.3 Het belang van nadere normering van het speciaal-preventieve sanctierecht

Mensbeelden en maatschappijvisies kunnen uiteenlopen. Het is, denken we, goed om die verschillen te benoemen. Standpunten die in het (rechts)politieke debat worden ingenomen, kunnen daardoor immers beter worden begrepen. In

7 Struijk 2014 respectievelijk Bleichrodt 2018, p. 187.

8 P.M. Schuyt, ‘Voorwaardelijke invrijheidstelling: het beeld en de werkelijkheid’, *Sancties* 2019, p. 5-13.

9 Poort en Eppink 2009, p. 88-89 en p. 115.

het juridische domein zullen die standpunten nader moeten worden uitgewerkt. Dat vergt een helder normatief kader en dat vraagt om zuiverheid in de argumentatie. Het belang daarvan zal door juristen breed worden onderschreven, ongeacht mensbeeld of maatschappijvisie.

Voor een nadere waardering van de in dit preadvies beschreven ontwikkelingen knopen we aan bij het tweesporenstelsel van het Nederlandse sanctiestelsel. Dat maakt een onderscheid tussen straf en maatregel, om aard en bereik van verschillende sancties af te bakenen. De theoretische onderbouwing van het verschil tussen straffen en maatregelen behoeven we hier niet *in extenso* te beschrijven. Het komt er, kort gezegd, op neer dat het schuldstrafrecht ervan uitgaat dat het verwijt dat de dader kan worden gemaakt de grondslag vormt van een hem op te leggen straf. Door de opzettelijke leedtoevoeging die straf is, wordt de schuld vergolden. In theorie vindt de straf eveneens een begrenzing in het verwijt dat dader kan worden gemaakt. De oplegging van een beveiligingsmaatregel komt in dit stelsel in beeld indien speciale preventie niet afdoende kan worden bereikt binnen de kaders van de straf. Gevangenisstraf is een straf, terbeschikkingstelling met dwangverpleging een maatregel. De straf is een concept van de klassieke richting, de maatregel is een product van de moderne richting in het strafrecht. De straf is ingebed in een stelsel van klassieke uitgangspunten die nadere grenzen stellen aan de oplegging ervan.

Het onderscheid tussen straf en maatregel is in wetgeving en rechtspraak dogmatisch nimmer zuiver doorgevoerd.¹⁰ Het is in belangrijke mate gerelativeerd door de zogeheten Zwarte Ruiter-jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin apodictisch is gesteld dat ‘straf naar de mate van schuld’ geen beginsel is dat steun vindt in het recht.¹¹ Waarom dat zo is, heeft de Hoge Raad nooit uitgelegd. Die rechtspraak heeft tot gevolg gehad dat de scheidslijnen tussen straf en maatregel zijn vervaagd. Daardoor bestaat het gevaar dat de wetgever om opportunistische redenen voor het spoor van de maatregel kiest. Als rechtspolitieke keuzes niet passen in de uitgangspunten van het schuldstrafrecht, kan eenvoudigweg worden gekozen voor het traject van de maatregel. Lastige rechtsbeginselen of normatieve grenzen spelen daar in feite geen rol. Van der Landen omschreef dit bezwaar in 1992 reeds als volgt:¹²

“Vormen van leedtoevoeging die niet met het strafbegrip zijn te verenigen, maar die niettemin noodzakelijk worden geacht, worden stevast tot maatregel bestempeld.”

10 Zie daarover uitgebreid D. van der Landen, *Straf en maatregel* (diss. UvT), Arnhem: Gouda Quint 1992, in het bijzonder p. 1-46 en p. 459-460.

11 HR 10 september 1957, *NJ* 1958/5, m.nt. Pompe. Zie onder meer ook HR 24 juli 1967, *NJ* 1969/63, m.nt. Enschedé en HR 12 november 1985, *NJ* 1986/327, m.nt. Van Veen.

12 Van der Landen 1992, p. 468.

In hun preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging signaleerden De Hullu en Bleichrodt in 2002 eveneens dat het maatregelenspoor oneigenlijk wordt ingezet om 'vergaande constructies' mogelijk te maken, die binnen de grenzen van het strafspoor niet kunnen worden gerechtvaardigd.¹³ Bleichrodt wees daarbij op de langdurige vrijheidsbeneming voor relatief lichte feiten bij de toen recent ingevoerde maatregel strafrechtelijke opvang verslaafden. In de twee decennia die ons scheiden van de preadviezen uit 2002 is die maatregel omgebouwd tot de isd-maatregel, die niet alleen verslaafde veelplegers tot doelgroep heeft maar die zich in brede zin richt op stelselmatige daders. Daarnaast zijn ook de vrijheidsbeperkende maatregel en de vrijheidsbeperkende of gedragsbeïnvloedende maatregel ingevoerd. De keuze voor het spoor van de maatregel is bij die nieuwe sancties niet toevallig. Over de vrijheidsbeperkende maatregel heeft de wetgever bijvoorbeeld opgemerkt dat de dreiging van tenuitvoerlegging van het voorwaardelijke deel van een straf juist in het geval van een veroordeling voor relatief lichte delicten veelal onvoldoende zal zijn om ervoor te zorgen dat de voorwaarden worden nageleefd.¹⁴

"Met de thans voorgestelde zelfstandig op te leggen maatregel kan de rechter ook in deze gevallen een passende sanctie opleggen, zonder dat hij daarbij gebonden is aan het kader van de voorwaardelijke strafoplegging."

Het spoor van de maatregel is gekozen, omdat dan niet de voor de straf geldende, normatieve grenzen het bereik van strafrechtelijk ingrijpen beperken. Dat is geen zuivere, maar een opportunistische argumentatie.

Ook in andere opzichten heeft de door ons beschreven wending in de afgelopen decennia, van speciale preventie in de vorm van hulp en steun naar speciale preventie in de vorm van toezicht en controle, tot een verdere verflakking van het onderscheid tussen straf en maatregel geleid. De voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling hebben steeds, overeenkomstig de uitgangspunten van het schuldstrafrecht, hun grondslag gevonden in het verwijt dat de veroordeelde wordt gemaakt.¹⁵ Beide modaliteiten waren ook in tijd betrekkelijk nauw verbonden met het gepleegde feit. Nog niet zo lang geleden bedroeg de maximale proeftijd voor de voorwaardelijke veroordeling drie jaren. Tegenwoordig is dat maximum tien jaren. De verbinding tussen het delict en de straf is daardoor verwaterd.

13 J. de Hullu, 'Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctierecht', in: *Herziening van het sanctiestelsel. Handelingen NJV 2002-1*, Deventer: Kluwer 2002, in het bijzonder p. 34-35 en F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie', in: *Herziening van het sanctiestelsel. Handelingen NJV 2002-1*, Deventer: Kluwer 2002, in het bijzonder p. 133.

14 *Kamerstukken II* 2010/11, 32551, nr. 3, p. 2.

15 Bleichrodt 1996, p. 39.

De wijziging van de regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling is nog ingrijpend. De proeftijd bij deze modaliteit was in beginsel gelijk aan het nog resterende strafdeel. Tegenwoordig kunnen die proeftijd en het daarvan verbonden toezicht in sommige gevallen ‘telkens’ worden verlengd. De introductie van dat levenslange toezicht is het gevolg van een amendement dat werd ingediend bij de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel langdurig toezicht. Het zou een oplossing moeten bieden voor de situatie dat in de veroordelende uitspraak geen gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel was opgelegd, terwijl deze op grond van nieuwe omstandigheden desalniettemin als noodzakelijk zou moeten worden aangemerkt.¹⁶ De regering onderschreef de redenering die aan het amendement ten grondslag lag. Zij merkte daarover op dat de onbeperkte verlenging van de proeftijd moest worden gezien als een ‘aanvullende maatregel ten opzichte van de zelfstandige toezichthoudende maatregel’.¹⁷ Vooral deze laatste redenering laat zien dat de wetgever de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling heeft laten afdrijven van hun grondslag (en begrenzing) in het verijt.¹⁸ De verlenging van de proeftijd van de aan de gevangenisstraf gekoppelde voorwaardelijke invrijheidstelling is met zo veel woorden als een maatregel bestempeld. Het onderscheid tussen straf en maatregel is daarmee door de wetgever ten grave gedragen. Niet op inhoudelijke gronden, maar omdat het wel praktisch is.

Met de invoering van de WFZ is overigens het onderscheid tussen strafrecht en civielrecht eveneens verwaterd. Het in de kern civielrechtelijke kader van de Wvggz kan immers in algemene zin worden ingezet ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, terwijl opname in een psychiatrisch ziekenhuis voorheen op de voet van artikel 37 (oud) Sr alleen mogelijk was in het uitzonderlijke geval van ontoerekenbaarheid.

In 2002 concludeerde Bleichrodt dat het wenselijk is om tot aanvullende normering van het speciaal-preventieve strafrecht te komen.¹⁹ Die aanbeveling kwam niet als een verrassing nadat hij aan het begin van zijn preadvies al had beschreven dat de:²⁰

“soms ingrijpende veranderingen in ons sanctierecht [...] veelal [zijn] doorgevoerd zonder een bezinning op de grondslagen van het stelsel als zodanig en zonder een fundamentele be-

16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 10.

17 *Kamerstukken I* 2015/16, 33816, D, p. 20-21.

18 Vgl. Bleichrodt 2018, p. 161.

19 Bleichrodt 2002, p. 134. Zie ook Bijlsma 2021 en F. de Jong, ‘Het mensbeeld in het risicofreestrecht’, *DD* 2021, p. 683-693.

20 Bleichrodt 2002, p. 91.

schouwing over de onderlinge verhouding van de verschillende sancties. Daardoor is het stelsel uit zijn voegen gegroeid.”

De Hullu sprak aan het slot van zijn preadvies in 2002 uit dat ‘meer consistentie, doelmatigheid en rechtvaardigheid’ in het ook toen al gedifferentieerde sanctierecht haalbaar zijn.²¹ Die positieve slotsom werd gedeeld door Bleichrodt die, ondanks de door hem gedane aanbevelingen, zijn preadvies afsloot met de observatie dat met de fundering van het sanctiestelsel weinig mis was.²²

Twee decennia later moet worden vastgesteld dat de échte verkruiemeling van het sanctierecht in 2002 nog moest beginnen. Waar De Hullu het sanctierecht wilde ordenen volgens een monistisch principe en Bleichrodt juist een nadrukkelijker oriëntatie op het tweesporenstelsel voorstond, is het cumulatieve effect van alle wetswijzingen in de afgelopen twee decennia dat ordening van het sanctierecht verder weg is dan ooit. Het enige overkoepelende uitgangspunt is dat meer en langduriger toezicht moet kunnen worden gehouden,²³ hoe dit zich ook moge verhouden tot de fundamente van het sanctierecht. Meer recente beschouwingen over (onderdelen van) het sanctierecht missen daarom de positieve toonzetting waarmee De Hullu en Bleichrodt nog eindigden.²⁴ Hiervoor zijn kwalificaties als ‘schijnveiligheid’, de overheid als ‘Rupsje Nooitgenoeg’, ‘mateloosheid’ en ‘politiek gedreven luchtspiegelingen’ gememoreerd. Die lijst kan moeiteloos worden aangevuld met andere beoordelingen: ‘ingrijpende stelselwijzingen zonder zorgvuldige en principiële doordenking in het parlement’,²⁵ een ‘risicovol ratjetoe’,²⁶ en een ‘strafrechtelijk bouwwerk’ dat ‘stilaan bezig is door z’n dogmatische fundamente te zakken’.²⁷

5.4 Weg uit het doolhof

De beide uitgangen uit het doolhof van het hedendaagse sanctierecht zijn bekend. De ene weg leidt naar een monistisch strafrechtelijk sanctiestelsel. In zo’n stelsel kent het strafrecht alleen straffen als sancties. Die straffen worden begrensd door klassieke rechtsbeginselen. Maatregelen die moeten worden getroffen ter beveiliging van de maatschappij, vallen dan buiten het bestek van

21 De Hullu 2002, p. 87.

22 Bleichrodt 2002, p. 165.

23 Zie ook J.W. Fokkens, ‘De ontwikkeling van de vrijheidsbenemende sancties de laatste vijftientig jaar’, *Sancties* 2016, p. 28-29 en Bleichrodt 2018, p. 187.

24 Een uitzondering is wellicht J.P. Balkema, ‘Het strafrechtelijk sanctiestelsel. Een terugblik op vijftientig jaar’, *Sancties* 2016, p. 4-12. Balkema concludeert dat het fundament van het sanctiestelsel niet is aangetast.

25 Fokkens 2016, p. 28.

26 Struijk en Van der Wolf 2018, p. 946.

27 De Jong 2021, p. 687.

het strafrecht. Zij kunnen bijvoorbeeld civielrechtelijk worden genormeerd, zoals bij de gedwongen opname in een psychiatrische inrichting, of zij kunnen worden gegoten in de vorm van een bestuursrechtelijk 'maatregelenrecht'.²⁸ Hoewel deze route vanuit een louter strafrechtelijk perspectief op dogmatisch sterke gronden berust, verkennen wij haar in dit preadvies niet verder. Zoals eerder opgemerkt, beschouwen wij in dit preadvies het bestaande wettelijke stelsel, inclusief het onderscheid tussen straf en maatregel, als een gegeven. Onze aandacht gaat daarom uit naar de wijze waarop met name de reclassering en de rechtspraak nader vorm kunnen geven aan dit stelsel. Om met Borgers te spreken: "Het uiteindelijke effect van wetswijzigingen hangt immers mede af van de wijze waarop de beroepspraktijk, in het bijzonder de rechterlijke macht, daarmee omspringt."²⁹ Een voorbeeld is de observatie dat de rechterlijke macht ten aanzien van de isd-maatregel is afgeweken van de door de wetgever gepropageerde nadruk op onschadelijkmaking van veelplegers door middel van 'kale' opsluiting. In de rechtspraktijk zijn nadrukkelijk de individuele belangen van de betrokkene afgewogen tegen dat veiligheidsargument en is aan resocialisatie een centrale plaats gegeven.³⁰

Omdat wij het wettelijke kader als uitgangspunt hanteren, volgen we de andere route: een heroriëntatie op het wettelijke onderscheid tussen straf en maatregel. Daarbij beperken we ons tot de maatregelen gericht op de vermindering van recidivegevaar. Het vertrekpunt is de vaststelling dat de wetgever veelal om pragmatische redenen voor het etiket van een strafrechtelijke maatregel heeft gekozen. Die keuze maakt het mogelijk om beperkingen te omzeilen die klassieke rechtsbeginselen met zich brengen. De meer algemene en principiële vraag naar de grenzen van het recht van de overheid om via het strafrecht speciaal-preventief in te grijpen, blijft daardoor, ook in de rechtspraak, onderbelicht. Door de eigen aard van het speciaal-preventieve strafrecht te onderstrepen, kunnen daarop toegesneden rechtsbeginselen en dogmatische concepten worden ontwikkeld die grenzen stellen aan de pragmatische keuzes die de wetgever pleegt te maken. Als het maatregelenrecht niet langer een eenvoudige wijkplaats biedt voor de invoering van op toezicht en controle gerichte voorzieningen, dan wordt de keuze daarvoor minder aantrekkelijk. Een 'eigen' normatief kader voor speciaal-preventief strafrecht biedt bovendien aanknopingspunten voor die situaties waarin de wetgever weliswaar het spoor van de straf heeft gevolgd, maar daarbij om pragmatische redenen is afgeweken van de voor dat spoor geldende (klassieke) uitgangspunten. Een

28 De Hullu (2002, p. 42) pleit er bijvoorbeeld voor om de terbeschikkingstelling te 'laten opgaan in de zorgzame vrijheidsstraf enerzijds en goed functionerende voorzieningen in de GGZ anderzijds'. Zie voor de bestuursrechtelijke weg T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2002.

29 Borgers 2007, p. 107. Hij voegt daaraan toe: "In mijn ogen ligt het kritieke moment niet zozeer op het niveau van de wetgeving, maar in de wijze waarop de rechter met die wetgeving omspringt."

30 Struijk 2011, p. 530-531.

voorbeeld daarvan is de mogelijkheid om de proeftijd bij een voorwaardelijke invrijheidstelling onbeperkt te verlengen.

Hierna geven we in een aantal stappen suggesties voor een rechtsontwikkeling die het speciaal-preventieve strafrecht van een normatief kader voorziet. Daarbij merken we op dat we ons in dit preadvies moeten beperken tot het aanstippen van enkele hoofdlijnen. Onze suggesties zijn gericht op het stimuleren van nader debat en gedachte-ontwikkeling over dit onderwerp.

5.5 De eerste stap: de maatregel als allerlaatste toevlucht

Strafrechtelijke beveiligingsmaatregelen dienen, zoals hiervoor is opgemerkt, niet ter vergelding van begaan onrecht, maar ter preventie van nieuwe strafbare feiten. De legitimatie voor speciaal-preventieve maatregelen is om in elk geval twee redenen minder sterk dan die voor straffen. Ten eerste is het maatregelenrecht op dit moment zwak genormeerd.³¹ Het wordt, anders dan bij straffen het geval is, (nog) niet, althans zeer beperkt begrensd door rechtsbeginselen en dogmatische concepten.³² Daardoor is bij een strafrechtelijke maatregel het gevaar van een disproportionele of willekeurige reactie veel groter. Ten tweede is ook de feitelijke grondslag van de oplegging van maatregelen vaak zwak. De oplegging van een straf veronderstelt dat buiten redelijke twijfel kan worden vastgesteld dat aan de dader een verwijt kan worden gemaakt ter zake van een door hem begaan strafbaar feit. Eenzelfde mate van zekerheid ontbreekt bij de vaststelling dat sprake is van herhalingsgevaar, terwijl dat risico juist de belangrijkste voorwaarde is voor oplegging van een beveiligingsmaatregel. Ook hierdoor ontstaat gevaar voor onterechte of disproportionele reacties.

Aan beide aspecten zullen we hierna nog aandacht besteden. Op deze plaats is van belang dat de relatief zwakke legitimatie van beveiligingsmaatregelen volgens ons mee moet brengen dat de doelstelling van speciale preventie primair vorm behoort te krijgen binnen strafmodaliteiten zoals de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling. De koppeling van deze modaliteiten aan de straf – die een grondslag vindt in het verwijt dat de veroordeelde wordt gemaakt en die wordt begrensd door het schuldbegin-sel – maakt dat het gevaar van willekeurig en overmatig ingrijpen in het leven van de veroordeelde veel kleiner is dan wanneer speciale preventie via de band van een beveiligingsmaatregel moet plaatsvinden. Is bestraffing *ultimum remedium*, dan is een beveiligingsmaatregel werkelijk het *allerlaatste* middel

31 Zie ook Kooijmans 2002, p. 360.

32 Kooijmans werkt in zijn dissertatie (Kooijmans 2002, p. 317-358) nationaalrechtelijke en mensenrechtelijke normen uit waaraan het – in zijn analyse op het bestuursrecht geënte – maatregelenrecht zou moeten voldoen.

waarnaar mag worden gegrepen. Dit principe, dat haaks staat op de wetgevingsactiviteit van de afgelopen jaren, zou leidend moeten zijn bij de oplegging van beveiligingsmaatregelen en tot uitdrukking moeten komen in een verzwaarde subsidiariteitseis en daaraan gekoppelde motiveringsplicht indien de rechter oplegging van een maatregel geboden acht. Daarbij moet worden gewaakt voor schijnconstructies. Hiervoor wezen wij er bijvoorbeeld al op dat de – in sommige gevallen zelfs onbeperkte – verlengingsmogelijkheden van de aan de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling gekoppelde proeftijden maken dat deze modaliteiten steeds meer een maatregelkarakter krijgen. Een probleem kan ook ontstaan indien de maximering van de voorwaardelijke invrijheidstelling tot twee jaar ertoe leidt dat minder werk kan worden gemaakt van de resocialisatie van bepaalde categorieën veroordeelden en de rechter zich daarom vaker genooddaakt ziet de proeftijd te verlengen of een beveiligingsmaatregel op te leggen en ten uitvoer te leggen.³³

5.6 De tweede stap: de ontwikkeling van beginselen voor het speciaal-preventieve strafrecht

Het Melk-en-water-arrest is vermaard. Daarin werd het schuldbeginssel stevig verankerd in het Nederlandse strafrecht.³⁴ De strafkamer van de Hoge Raad gaf daarmee nader vorm aan het Wetboek van Strafrecht dat niet heel lang daarvoor in werking was getreden. Tot een vergelijkbaar richtinggevend arrest over beveiligingsmaatregelen is het nog niet gekomen. Het spoor van het speciaal-preventieve strafrecht, dat sinds de laatste eeuwwisseling sterk in belang is toegenomen, wacht op normerende beginselen.³⁵

Paralleel aan het materieelrechtelijke schuldbeginssel kan een eerste beginssel in dit verband het materieelrechtelijk gevaarlijkheidsbeginssel zijn: geen preventieve maatregelen zonder vastgesteld recidivegevaar. Daarop voortbordurend kan een ongevaarlijkheidspresumptie in het preventieve strafrecht een rol vervullen die vergelijkbaar is met de onschuldpresumptie in het reguliere

33 De gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel wordt in de wetsgeschiedenis van de Wet straffen en beschermen in dit verband expliciet genoemd: *Kamerstukken I* 2019/20, 35122, C, p. 15; *Kamerstukken I* 2019/20, 35122, E, p. 6. In een verkennend onderzoek (T. Jaarsveld en J. Bosker, 'Beslissen over de verre toekomst. Reclasseringsadviezen aangaande de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel', *Proces* 2021, p. 375-386) naar de wijze waarop de reclassering adviseert over oplegging van deze maatregel wordt geconcludeerd (p. 386): "Voor de reclasseringswerker die ten tijde van de rechtszitting een afweging maakt of de gvm geadviseerd wordt, lijkt het op voorhand vrijwel onmogelijk om te overzien of langdurig toezicht na detentie noodzakelijk is en of dit vanuit de v.i.-modaliteit geboden kan worden, of dat de gvm geadviseerd dient te worden. Ook twijfelen respondenten of dit juridisch steekhoudend is."

34 HR 16 januari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, *NJ* 1916, p. 681. Zie daarover onder meer J. de Hullu, 'Zonder schuld geen strafbaarheid. Het onvergetelijke Melk en water-arrest uit 1916', *AA* 2021, p. 972-973.

35 Zie ook Ashworth en Zedner 2014, p. 250-267.

strafrecht. Alleen indien daarvoor voldoende bewijs bestaat, mag een persoon als gevaarlijk worden behandeld.³⁶ Daarnaast kan, zoals hiervoor reeds is bepleit, worden gedacht aan een inspanningsverplichting die op de overheid rust om een tot een beveiligingsmaatregel veroordeelde delinquent de middelen aan te reiken om te resocialiseren. Juist voor de rechtmatigheid van een beveiligingsmaatregel is het naar ons oordeel cruciaal dat de overheid aan deze inspanningsverplichting voldoet.³⁷ Die kan worden vertaald in een algemeen resocialisatiebeginsel, waarin aan hulp en steun een even belangrijke rol toekomt als aan toezicht en controle. Gezien de relatief zwakke legitimatie van beveiligingsmaatregelen is daarenboven, zoals in het voorafgaande betoogd, een strenge subsidiariteits- en proportionaliteitstoets aangewezen.

Omdat wij pleiten voor een scherpere afbakening van de twee sporen ten opzichte van elkaar, verdient ook de Zwarte Ruiter-jurisprudentie heroverweging. Deze jurisprudentie zet de deur open naar op speciale preventie gerichte straffen die de mate van schuld overstijgen. Gezien het sterk geprononceerde ‘beveiligingsspoor’ dat de laatste decennia is ontstaan, bestaat daartoe geen noodzaak. Een oriëntatie op het beginsel ‘straf naar de mate van schuld’ bakent de straf scherper af van de maatregel. Daardoor wordt tegelijkertijd de uitzonderlijkheid van uitsluitend speciaal-preventief ingrijpen beklemtoond en wordt duidelijk dat een ander normenkader in werking treedt. Het beginsel ‘straf naar de mate van schuld’ kan bovendien in stelling worden gebracht tegen wettelijke constructies die daarmee op gespannen voet staan, zoals de onbeperkte verlenging van proeftijden van voorwaardelijke strafmodaliteiten.

5.7 De derde stap: de afbakening van gevaarcriteria en de opstelling van bewijsmaatstaven

Het materieelrechtelijke schuldbeginnsel heeft zich vertaald in een genuanceerde dogmatiek waarin verschillende gradaties van schuld – zoals culpa, opzet en voorbedachte raad – worden onderscheiden. Een zwaardere schuldgraad vertaalt zich in een hoger strafmaximum. Een ‘gevaardogmatiek’ waarin verschillende graden van gevaar worden onderscheiden, bestaat echter niet. Dat

³⁶ Zie voor een uitwerking van dit beginsel Bijlsma 2021.

³⁷ In het geval van levenslanggestraften en veroordeelden tot een vrijheidsbenemende beveiligingsmaatregel bestaat op grond van de rechtspraak van het EHRM over artikel 5 EVRM de verplichting tot het aanbieden van rehabilitatiemogelijkheden om gedetineerden zicht op invrijheidstelling te bieden. Zie onder meer EHRM 26 april 2016, 10511/10 (*Murray t. Nederland*), paragraaf 104 en EHRM 25 februari 2016, 53157/11 (*Klinkenbuss t. Duitsland*), paragraaf 53. In EHRM 9 juli 2013, 66060/09, 130/10, 3896/10 (*Vinter e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*), merkt het EHRM op (par. 144): ‘[t]here is [...] now clear support in European and international law for the principle that all prisoners, including those serving life sentences, be offered the possibility of rehabilitation and the prospect of release if that rehabilitation is achieved’. In S. Meijer, ‘Rehabilitation as a positive obligation’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, p. 145-162 is daaruit een algemene positieve verplichting tot rehabilitatie afgeleid.

is een tekortkoming, zodra wordt onderkend dat aan de in hoofdstuk 3 besproken wetswijzigingen de veronderstelling ten grondslag ligt dat sprake is van een zodanig recidivegevaar dat de inzet van een op toezicht en controle gerichte modaliteit gerechtvaardigd is en vervolgens wordt vastgesteld dat de diverse speciaal-preventieve modaliteiten in aard en zwaarte sterk uiteenlopen. Wat is de toetssteen voor de oplegging van maatregelen die aan een burger langdurig de vrijheid kunnen ontnemen of die vrijheid vergaand kunnen beperken? Wat is de toetssteen voor de inzet van bevoegdheden van de strafvorderlijke overheid, met inbegrip van een reclasseringsinstelling, die erop neerkomen dat zij zich indringend en langdurig kan bemoeien met het leven van een burger?

Gevaarcriteria zijn er, zo leert een nadere inspectie van de relevante bepalingen, in soorten en maten. Van een eenduidige formulering is geen sprake. Dat de wetgever heeft geprobeerd enige structuur aan te brengen in de opeenstapeling van criteria – door bijvoorbeeld als regel te hanteren: hoe ingrijpender en langduriger de maatregel is, hoe groter of zwaarderweger het gevaar moet zijn – blijkt niet. Het beeld is veeleer dat van een chaotische willekeur in de wijze waarop het gevaar en het niveau daarvan onder woorden zijn gebracht. Het volgende rijtje, waarbij uitsluitend de wettelijke gevaarcriteria in kaart worden gebracht, onderbouwt die stelling:

- * De proeftijd bedraagt in geval van een voorwaardelijke veroordeling tien jaren ‘indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen’ (artikel 14b lid 2 Sr) en ‘indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat de gezondheid of het welzijn van een of meer dieren benadeelt’ (artikel 14b lid 3 Sr).
- * De bijzondere voorwaarden die door de rechter aan een voorwaardelijke veroordeling kunnen worden verbonden en het daarop uit te oefenen toezicht, kunnen dadelijk uitvoerbaar worden verklaard ‘indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen’ (artikel 14e Sr).
- * Bij de maatregel van terbeschikkingstelling is het criterium steeds ‘de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen’ (artikel 37a lid 1 Sr; artikel 37b lid 1 Sr; artikel 38b lid 1 Sr; artikel 38d lid 2 Sr; artikel 38e lid 3 Sr; artikel 38g lid 2 Sr; artikel 6:6:10 lid 1 en lid 2 Sv en artikel 6:6:10a lid 1 Sv).
- * Bij de mogelijkheid om de voorwaardelijke beëindiging van de terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege telkens met een

jaar of met twee jaren te verlengen, ontbreekt elk gevaarcriterium (artikel 38j Sr).

- * De isd-maatregel kan worden opgelegd indien er ‘ernstig rekening mede moet worden gehouden dat de verdachte wederom een misdrijf zal begaan’ en ‘de veiligheid van personen of goederen’ dit eist (artikel 38m lid 1 Sr en artikel 38p lid 4 Sr), terwijl de maatregel ‘strekt tot beveiliging van de maatschappij’ (artikel 38m lid 2 Sr).
- * De vrijheidsbeperkende maatregel kan worden opgelegd ‘ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten’ (artikel 38v lid 1 Sr).
- * De gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel kan worden opgelegd ‘ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen’ (artikel 38z lid 1 Sr).
- * De rechter kan de tenuitvoerlegging van de gedragsbeïnvloedende of vrijheidsbeperkende maatregel gelasten indien er ‘ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan waarvoor de rechter een maatregel strekkend tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking kan opleggen’ of ‘dit noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen’ (artikel 6:6:23b lid 1 Sv). Dezelfde criteria gelden bij de mogelijkheid deze maatregel telkens te verlengen (artikel 6:6:23c lid 1 Sv).
- * Bij de tenuitvoerlegging van sancties wordt onder meer rekening gehouden met ‘de veiligheid van de samenleving’ (artikel 6:1:3 Sv).
- * De aan de voorwaardelijke invrijheidstelling verbonden proeftijd kan telkens met twee jaren worden verlengd indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde aan wie, kort gezegd, een gedragsbeïnvloedende of vrijheidsbeperkende maatregel is opgelegd ‘wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen of indien dit ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen noodzakelijk is’ (artikel 6:1:18 lid 2 Sv).
- * Bij de beoordeling of een veroordeelde voor voorwaardelijke invrijheidstelling in aanmerking komt, wordt onder meer de mogelijkheden betrokken ‘om eventuele aan de invrijheidstelling verbonden risico’s te beperken en beheersen’ (artikel 6:2:10 lid 3 Sv).

Struijk en Van der Wolf hebben de uiteenlopende gevaarcriteria mede aan de hand van wetsgeschiedenis en jurisprudentie geanalyseerd. Zij concluderen:³⁸

“Het (...) spectrum van gevaarsinschattingen in het sanctierecht overziend, is de voorzichtige conclusie gerechtvaardigd dat de wetgever geen eenduidig en coherent stelsel van materiële gevaarscriteria heeft ontworpen. Integendeel, er lijkt veeleer sprake te zijn van een ratjetoe aan criteria, zonder dat die helder zijn afgebakend of nadrukkelijk zijn gerelateerd aan de mate waarin een sanctie(modaliteit) ingrijpt in het leven van de veroordeelde. De veelal open geformuleerde gevaarscriteria bieden de rechters bovendien weinig handvatten bij het maken van de individuele gevaarsinschatting, alsook de onderbouwing daarvan.”

De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt weinig aanknopingspunten voor een nadere invulling van de wettelijke criteria. De vaststelling bijvoorbeeld dat het recidiverisico van een verdachte zodanig is dat de maatregel van terbeschikkingstelling kan worden opgelegd, is volgens de Hoge Raad ‘zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat zij in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst’.³⁹

Het verbaast dan ook niet dat rechters in feitelijke aanleg moeilijk uit de voeten kunnen met de gevaarscriteria. Uit interviews met rechters die moeten oordelen over de verlenging van de terbeschikkingstelling, blijkt dat zij heel verschillende maatstaven voor de vaststelling van het voor verlenging vereiste recidivegevaar hanteren.⁴⁰ Voorts laat een kwantitatief jurisprudentieonderzoek naar de motivering van beslissingen over terbeschikkingstelling en de verlenging van die maatregel zien dat rechters slechts in (afgerond) 13% van de 246 onderzochte zaken een gemotiveerd oordeel over het recidiverisico geven en slechts in (afgerond) 30% het oordeel motiveren dat aan het gevaarscriterium is voldaan.⁴¹

Dat is geen wenselijke situatie. Zoals de door de wetgever geformuleerde subjectieve bestanddelen als culpa en opzet betekenis hebben gekregen in richtinggevende arresten van de Hoge Raad, zo behoeven de wettelijke criteria van (recidive)gevaar eveneens dringend een nadere invulling en afbakening in de jurisprudentie.

Het probleem is niet beperkt tot de vaststelling dat de gevaarscriteria materieel niet zijn afgebakend. Daarnaast wringt het dat niet helder is met welke mate van zekerheid moet vaststaan dat aan een gevaarscriterium is voldaan. De onschuldpresumptie schrijft voor dat schuld aan een strafbaar feit buiten redelijke twijfel wordt vastgesteld. Deze strenge bewijsmaatstaf wordt voorgeschreven omdat onterechte veroordelingen zo veel mogelijk moeten worden

39 HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:BG1645, r.o. 2.3 en HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6012, r.o. 2.4.

40 R.W. van Spaendonck, *Meer dan een kwestie van tijd. De verlenging van de tbs-maatregel* (diss. UU), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 185-186.

41 G.M. de Vries, ‘Motiveren rechters gevaar? Een kwantitatief jurisprudentieonderzoek naar de motivering van waarom aan het gevaarscriterium is voldaan bij het opleggen en verlengen van tbs’, *Sancties* 2021, p. 290-308.

voorkomen.⁴² Het is echter onbekend met welke mate van zekerheid moet vaststaan dat iemand recidivegevaarlijk is. De onzekerheidsmarge waarmee genoeg mag worden genomen bij de vaststelling van gevaar is echter een belangrijke kwestie.

Recidive is moeilijk te voorspellen. Dat wordt niet anders door de vaststelling dat die voorspelling wordt verbeterd als gebruik wordt gemaakt van actuariële instrumenten van risicotaxatie.⁴³ Die instrumenten geven weliswaar meer inzicht in voor de inschatting van het recidivegevaar relevante factoren, maar ze zijn niet op de individuele verdachte of veroordeelde toegesneden. Van iedere tien personen die door risicotaxatie-instrumenten in de recidivegevaarlijke categorie worden geplaatst, zullen er ongeveer zes niet recidiveren.⁴⁴ De ruimte voor vals positieve taxaties is dus groot – en lijkt veel groter te zijn dan de ruimte die wordt aanvaard voor een onjuiste beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde feit kan worden bewezen. Mogelijk is de gedachte dat voor recidivegevaar niet de strenge maatstaf van ‘buiten redelijke twijfel’ geldt en dat met iets meer onzekerheid genoeg mag worden genomen dan bij de beantwoording van de eerste vraag van artikel 350 Sv. Die visie veronderstelt dat de negatieve gevolgen van een onterechte vrijspraak als beperkter worden gewaardeerd dan de gevolgen van een te lage inschatting van recidivegevaar.⁴⁵ Tegelijkertijd, als risicotaxatie-instrumenten ‘blind’ gevolgd zouden worden, is de conclusie onvermijdelijk dat de meerderheid van degenen die aan beveiligingsmaatregelen worden onderworpen in werkelijkheid niet recidivegevaarlijk is. Gezien de ingrijpende gevolgen die beveiligingsmaatregelen met zich brengen, is dat naar ons oordeel een (veel) te hoge onzekerheidsmarge.⁴⁶

De onzekerheden waarmee risico-inschattingen zijn omgeven, nemen toe naar mate verder in de toekomst moet worden gekeken. Uit een recent onderzoek naar advisering van de reclassering over de oplegging van de gedragsbeïnvloedende of vrijheidsbeperkende maatregel, blijkt dat de lange termijn waarover recidivegevaar moet worden ingeschat hen voor problemen stelt.⁴⁷

42 Zie onder meer J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. RUN), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 89-95.

43 Zie bijvoorbeeld Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Gewogen risico. Deel 2: Behandeling opleggen aan zedendelinquenten*, Den Haag 2017, in het bijzonder p. 12-14 en p. 79-82 en C. van den Berg e.a., *Validatiestudie risico- en beschermende factoren van de RISC. Een evaluatieonderzoek naar de leefgebieden van het risicotaxatie en adviesinstrument van de 3RO*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2021, in het bijzonder p. 16-19.

44 Fazel e.a. 2012. Zie ook Harte 2017.

45 Bijlsma 2021, p. 88.

46 Zie ook Kooijmans 2002, p. 331: “Gegeven de ingrijpendheid van maatregelen mogen [...] hoe dan ook zware eisen worden gesteld aan de motivering door het bestuursorgaan van de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot de vaststelling dat zich een ongewenste situatie voordoet, alsmede aan de betrouwbaarheid van de redengevende bewijsmiddelen [...]”.

47 Jaarsveld en Bosker 2021.

“Naast het inschatten hoe het recidiverisico over langere termijn eruit zal zien, moet voor het opleggen van een gvm ook worden ingeschat of toezicht langer dan twee jaar nodig is, waarmee volgens een respondent bijna het onmogelijke wordt gevraagd van reclasseringswerkers. De reclasseringswerkers benoemen specifiek de periode van één tot twee jaar waarover zij een inschatting denken te kunnen maken. Het is voor hen lastig om verder in de toekomst te kijken: ‘Het blijft koffiedik kijken, glazenbollenwerk, hypothetisch.’ Een adviseur omschrijft dat het recidiverisico nooit met zekerheid in te schatten is, maar dat er bij het adviseren van de gvm wel heel erg vooruit moet worden gekeken, zonder te weten hoe bijvoorbeeld een tbs-behandeling gaat verlopen. ‘Het enige wat je echt met zekerheid kunt zeggen, is dat iemand kennelijk in staat is tot het plegen van een ernstig feit.’”

5.8 Tot slot

Hoewel hulp en steun nog steeds vorm krijgen in de praktijk van het reclasseringswerk en daarvoor ook van fundamenteel belang zijn, gaat het in de kern om een gunst die een veroordeelde – mede afhankelijk van zijn gedrag – al of niet kan worden verleend. In het huidige sanctierecht draait het eenzijdig om de verplichtingen die de veroordeelde in het kader van repressief toezicht heeft na te leven. Wij hebben ervoor gepleit om het bieden van hulp en steun aan veroordeelden – ook als zij de verantwoordelijkheid voor het vermijden van strafbare feiten (nog) niet zelf kunnen dragen – te beschouwen als een inspanningsverplichting die op de strafvorderlijke overheid rust. De rechtmatigheid van speciaal-preventieve sancties hangt in deze visie (mede) af van de vraag of de overheid aan deze inspanningsverplichting voldoet.

In het voorafgaande hebben we voorgesteld straf en beveiligingsmaatregel scherper van elkaar te onderscheiden en betoogd dat slechts in uitzonderingsgevallen naar het middel van de maatregel mag worden gegrepen. Speciale preventie dient primair in het strafspoor gestalte te krijgen, teneinde onterecht of disproportioneel ingrijpen beter te vermijden. Ook hebben wij voorstellen gedaan tot nadere normering van het spoor van de maatregel en aangevoerd dat deze nadere normering mede een taak van de rechter is. Die opdracht voor de rechter is wat ons betreft een gevolg van de keuze van de wetgever om steeds minder wettelijke beperkingen te stellen aan de duur en de ingrijpendheid van de modaliteiten waarmee toezicht en controle worden uitgeoefend. Daarmee is het de rechter die in concrete beslissingen over oplegging en verlenging de grenzen moet bepalen.⁴⁸

De rechterlijke macht is daarmee in een weinig benijdenswaardige positie gedrongen. Door hoge verwachtingen te wekken over de effectiviteit van strafrechtelijk repressief toezicht, terwijl die verwachtingen sterk contrasteren

48 Zie ook Bleichrodt 2018, p. 160.

met wat degenen die in de reclasseringspraktijk werkzaam zijn voor mogelijk houden, zal iedere juridische beperking kunnen worden uitgelegd als een beslissing die in strijd is met het algemeen belang. De (politieke) verontwaardiging waarmee recidive door ter beschikking gestelden doorgaans gepaard gaat, zal zich ook doen gelden indien sprake is van ernstige recidive van een delinquent die nog aan toezicht onderworpen *had kunnen zijn*. Die verontwaardiging zal zich dan richten op de rechter die heeft ‘nagelaten’ toezicht op te leggen of te verlengen.

De wetgever past in onze ogen op dit moment in elk geval terughoudendheid. Het sanctierecht is intussen zodanig uitgedijd dat moeilijk voorstelbaar is dat de praktijk gebaat is bij wéér een nieuwe modaliteit waarmee toezicht kan worden uitgeoefend. Waar het gaat om toezicht in een strafrechtelijk kader is in het wetgevingsproces bovendien weinig aandacht voor de uitvoeringspraktijk. Is het reëel om van de reclassering te verwachten om steeds grotere groepen delinquenten steeds langduriger te begeleiden? Meer principieel is de vraag of het wenselijk is om zo veel (informele) macht te concentreren bij een uitvoeringsinstantie, zeker nu een meer op repressie gerichte houding van de reclassering wordt verwacht.

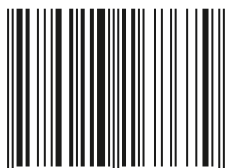
Juist het besef dat op het terrein van speciale preventie geen wonderen kunnen worden verricht, noopt tot terughoudendheid met de inzet van op speciale preventie gerichte sanctiemodaliteiten. Achter strafrechtelijk toezicht moet tijdig een punt kunnen worden gezet. Dat geldt temeer in die gevallen waarin een strafrechtelijke sanctie uitsluitend wordt gebaseerd op de veronderstelling dat sprake is van recidivegevaar en speciale preventie het doel van de sanctie is.

Het is aan de reclassering te danken dat de verwevenheid van toezicht en controle met hulp en steun, die kan bogen op een sterke traditie, behouden is gebleven in de hedendaagse risicosamenleving. Het is aan de strafrechtjuristen om deze traditie in de rechtsontwikkeling te integreren en daarvoor een stevige basis te creëren.



Nederlandse
Juristen
Vereniging

www.wolterskluwer.nl



9 789013 168679



Wolters Kluwer